

裁判字號：臺灣桃園地方法院 97 年訴字第 769 號刑事判決

裁判日期：民國 100 年 09 月 06 日

裁判案由：毒品危害防制條例

臺灣桃園地方法院刑事判決 97年度訴字第769號

公 訴 人 臺灣桃園地方法院檢察署檢察官

被 告 林智誼

國民

選任辯護人 呂翊丞律師

周威君律師

被 告 蔡穎群

國民

選任辯護人 邱英豪律師

賴彌鼎律師

上列被告因毒品危害防制條例案件，經檢察官提起公訴（97年度偵字第9157號），暨當庭追加起訴，本院判決如下：

主 文

蔡穎群又明知為禁藥，而寄藏，累犯，處有期徒刑壹年。扣案如附表一編號一所示之物，均沒收。又共同販賣第三級毒品，累犯，處有期徒刑陸年。扣案如附表一編號二所示之物，均沒收；包裝如附表一編號二所示物之包裝袋，均沒收；扣案販賣第三級毒品所得財物新臺幣貳拾玖萬元，沒收之，如全部或一部不能沒收時，以其財產抵償之。應執行有期徒刑陸年陸月。扣案如附表一編號一、二所示之物，均沒收；包裝如附表一編號二所示物之包裝袋，均沒收；扣案販賣第三級毒品所得財物新臺幣貳拾玖萬元，沒收之，如全部或一部不能沒收時，以其財產抵償之。

林智誼意圖販賣而持有第二級毒品，處有期徒刑伍年肆月。扣案如附表一編號二之(一)之物，沒收之；如附表二所示之物，均沒收銷燬；包裝如附表二所示物之包裝袋，沒收之。

事 實

一、蔡穎群綽號「黑皮」，於九十五年間因違反毒品危害防制條例案件，經本院於九十五年五月十八日以九十五年度桃簡字第一一五〇號刑事簡易判決，判處有期徒刑三月，同年六月十九日確定，於同年九月一日易科罰金執行完畢。其明知愷他命（又稱K他命）係經行政院衛生署公告列管之禁藥，未經許可不能受寄藏而持有。蔡穎群竟於民國九十四年三月間至四月初某日，受姓名、年籍不詳綽號「漢武」及名為「黃仲偉」之成年男子之託，代為寄藏如附表一編號一所示之第三級毒品愷他命六大包，於其位於桃園市○○路○段○○○號五樓之住處。

二、蔡穎群、趙豫宛（因逃匿另案審結）與林智誼三人，均明知

愷他命（又稱K他命）為行政院衛生署公告列管之第三級毒品，不得販賣、持有，惟蔡穎群、趙豫宛二人基於共同販賣第三級毒品愷他命之犯意聯絡，於同年四月九日前某日另向綽號「漢武」之成年男子購入如附表一編號二所示之第三級毒品愷他命二大包，欲伺機出賣他人獲利。同年四月九日下午，家住苗栗縣之林智誼基於意圖販賣第三級毒品愷他命，亦不排除搭配販賣第二級毒品MDMA（俗稱搖頭丸）以營利之犯意，以電話聯絡趙豫宛表示欲購買第三級毒品愷他命毒品回苗栗販賣，趙豫宛告知愷他命一公斤新台幣（以下同）三十一萬元，林智誼遂委由不知情之友人吳振豪（經檢察官另為不起訴處分確定在案），駕駛車號0000000號之自小客車，搭載林智誼共同前往趙豫宛所居住位於桃園縣桃園市○○路○○○號之檳榔攤，林智誼於當日晚間十一時許到達後，趙豫宛告知K他命僅要二十九萬元，遂表示另兩萬元購買第二級毒品MDMA用為日後搭配愷他命出售圖利，趙豫宛隨即向其友人姓名、年籍不詳，綽號「老王」之成年男子購入如附表二所示之第二級毒品MDMA一百顆，並以二萬元代價出售給林智誼，趙豫宛即與蔡穎群電話聯絡相約交易之時間、地點後，由趙豫宛攜同林智誼、不知情之吳振豪，於九十七年四月十日凌晨零時三十分許至蔡穎群位於桃園縣桃園市○○路○段○○○號五樓之住處，以現金二十九萬元之代價向趙豫宛、蔡穎群共同購得上述如附表編號二之(一)所示之第三級毒品愷他命一大包。惟雙方毒品交易聯絡用之手機通話內容早為檢察官依法向臺灣桃園地方法院聲請監聽獲准，監聽過程中發現有上述交易之情形可能發生，司法警察遂前往上述蔡穎群之住處樓下，當場查獲甫購得愷他命而下樓欲離開之林智誼，並於其上述自小客車副駕駛座處，查扣林智誼所購得如附表一編號二之(一)所示第三級毒品愷他命，及如附表二所示之第二級毒品MDMA 100 顆。並於上述蔡穎群之住處執行附帶搜索，共計查扣蔡穎群寄藏如附表一編號一之禁藥愷他命六大包，及蔡穎群與趙豫宛合購未及出售如附表一編號二之(一)所示之另一大包第三級毒品K他命，合計七大包，及現金三十一萬元、帳冊一本等物。

三、案經海巡署北部地區巡防局新竹機動查緝隊報請臺灣桃園地方法院檢察署檢察官偵查起訴暨於審理中當庭追加起訴。

理 由

壹、程序部分

甲、聲請違憲審查經司法院大法官決議不受理之說明

一、按「販賣」毒品之行為態樣，實務判決均受最高法院之影響，對於僅係購入尚未及售出之行為，概均引用判例之見解，認為：「並不以販入之後復行賣出為要件，祇要以營利為目的，將毒品購入或賣出，有一於此，其犯罪即為完成，雖購入之後未及售出即被查獲，仍屬犯罪既遂」。如此見解顯然無視刑法犯罪行為階段，尤其毒品危害防制條例第四條第六

項已有處罰未遂之規定，及同條例第五條另針對「意圖販賣而持有」的意圖或預備犯有處罰之明文下，已混淆犯罪之既、未遂判斷，甚至與著手前之決意或預備行為難以區分。倘若從最高法院二十五年非字一二三號判例的見解開始，翻開最高法院將近八十個年頭的數以萬計的販毒判決，向來認為毒品危害防制條例（及其前身之各種關於鴉片、煙毒、管制藥品等法律）的「販賣」，行為人不須將毒品「賣出去」始為販賣既遂，祇要將毒品「買進來」就是販賣既遂，簡言之，所謂的「販賣」不祇是「賣出」，而是包括「買入」？！這種對於「販賣」構成要件要素的理解，成為「專屬於司法人的特有專業知識」，別說是一般民眾，就算是與毒品接觸的犯罪人都難以理解。因而實務上對於販賣犯行，不用證明有買受毒品者存在，祇要證明有大量買入的行為，即足推論主觀上的營利意圖，而成立販賣既遂。

- 二、本院審理本件案例，對於應適用之毒品危害防制條例第四條第二項、第三項，及與之有重要關聯性之最高法院二十五年非字第一二三號、六十七年台上字第二五〇〇號、六十八年台上字第六〇六號，及六十九年台上字第一六七五號等判例，認有牴觸憲法之疑義，爰裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律違憲之具體理由，聲請司法院大法官憲法解釋。認為上述最高法院判例已與毒品危害防制條例第四條（第二、三項）具有無可分割之重要關聯性，成為實質意義的法律，判例增加法律所無之「限制」（侵害），嚴重「箝制」法官依法律、良心獨立審判的確信。系爭法律（及判例）對於「販賣」的解釋，超出一般人對於「販賣」的理解，其混淆販賣毒品既遂、未遂及意圖販賣而持有三者「罪」的判斷及「刑」的適用，有違法律明確性原則及罪刑法定原則，侵害人民基於憲法第八條的正當法律程序，及第十六條訴訟基本權之保障，又將「買入」與「賣出」處以相同刑罰效果，亦違憲法第七條之平等原則、第二十三條之比例原則。爰聲請大法官院解釋「販賣」之定義，使法官有合憲解釋之空間，並宣告上述四則判例違憲且立即失效。本件於九十九年八月三十日裁定停止審理聲請大法官解釋。
- 三、司法院大法官於一〇一年六月二十四日大法官第一三七六次會議議決不受理本院之聲請（會台字第10179號），決議理由：（一）各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義，聲請本院大法官解釋者，須確信系爭之法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響，並應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，本院釋字第三七一號、第五七二號

解釋闡釋甚明。(二)本件聲請人為審理臺灣桃園地方法院九十七年度訴字第七六九號違反毒品危害防制條例案件，對應適用之毒品危害防制條例第四條第二項、第三項規定，及與之有重要關聯性之最高法院二十五年非字第一二三號、六十七年台上字第二五〇〇號、六十八年台上字第六〇六號、六十九年台上字第一六七五號判例（下稱系爭判例），有牴觸憲法之疑義，聲請解釋。查其聲請意旨，係指摘系爭判例關於「販賣」之解釋，惟判例僅係終審機關於個案適用法令時，對於適用法令所表示之見解，並非法律，故系爭判例非屬本院釋字第三七一號、第五七二號、第五九〇號解釋所闡釋法官得聲請解釋之客體。是本件聲請，核與上開解釋所定之聲請解釋要件不合，應不受理。

四、本件既經大法官決議程序上不受理，本院祇得依法律審判，合先敘明。

乙、被告自白之證據能力

一、按被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。刑事訴訟法第一百五十六條第一項、第三項分別定有明文。又按訊問被告，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。筆錄內所載之被告陳述與錄音或錄影之內容不符者，除有前項但書情形外，其不符之部分，不得作為證據。刑事訴訟法第一百條之一第一、二項定有明文。

二、查被告林智誼、辯護人於準備程序、審判期日對於檢察官提出其警詢及偵查訊問筆錄之證據能力均不爭執，本院又查無明顯事證足認檢察及警察機關於製作該等筆錄時，有對被告施以法所禁止之不正方法等情事，是被告審判外之部分自白陳述筆錄，及否認犯罪事實之陳述，均係出於其任意性所製作，又與事實相符，自具證據能力。

三、被告蔡穎群自承於九十七年四月九日晚上十一時許被查獲，於翌日凌晨二時許被帶往位於新竹之海巡署北部地區巡防局（以下稱北巡局），司法警察並未強行在夜間要製作訊問筆錄，至早上十時或中午製作筆錄之前，其被留置於北巡局，是一個房間，有上下舖可以睡覺，該段時間並無任何人妨礙或阻止其休息睡覺。製作筆錄約費時一、兩個小時，期間警察尚經其要求給予喝水、抽煙之機會。因而足認警察機關並無強制被告於夜間供述並提供相當之處所讓被告休息到天亮後始製作筆錄，製作筆錄僅耗時一小時餘，期間均有讓被告喝水甚至抽菸，被告並無顯露疲態，更無要求休息而遭否准之情，查無其他證據證明被告有疲勞訊問之情。是被告蔡穎群、辯護人此處所辯顯無理由。至被告蔡穎群之辯護人另為

蔡穎群之利益辯稱其筆錄與錄音有不符之部分，業經本院受命法官於當事人均不反對，且事後均同意勘驗內容，於九十七年十月二十四日勘驗警詢光碟片，經核內容與警詢筆錄內容大致均符，此有勘驗筆錄在卷為證（本院卷一第一一四頁以下），其中僅有警詢筆錄（即偵查卷一第16頁）關於司法警察詢問：「行動電話0000000000是否作為販賣毒品之聯絡工具」之問答，與錄音光碟內容不符部分無證據能力，而依據刑事訴訟法第一百條之一第二項，此部分自應以本院九十七年十月二十四日勘驗筆錄所載內容（聯結辯護人九十七年九月四日之勘驗筆錄）有證據能力。

丙、被告以外之人於審判外之陳述

- 一、按被告【或共犯】之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，刑事訴訟法第一百五十六條第二項就此定有明文。司法實務上向來以為，此處所稱「被告」亦包括「共同被告」在內，亦即共犯或共同被告所為不利於己之供述，固得採為其他共同被告犯罪之證據，但此項不利之陳述，須無瑕疵可指，且就其他方面調查又與事實相符者，始得採為犯罪事實之認定。縱可認其陳述無瑕疵，亦應調查其他足資以證明所供述之犯罪事實確具有相當程度真實性之補強證據，以察其是否與事實相符。若不為調查，而專憑此項供述即為其他共犯或共同被告犯罪事實之認定，顯與刑事訴訟法第一百五十六條第二項之規定有違。足為代表之判例即為最高法院早於三十一年上字第二四二三號及四十六年台上字第四一九號兩件判例。換言之，前述法律及判例原則上均係肯定被告、共犯、共同被告之任意性自白具有「證據能力」，否則如不以此為前提，即無可能逕就「證明力」之部分有所限制。
- 二、惟按前述兩則判例肯定「共同被告之自白」對於他被告本人犯罪事實之證明，具有證據能力之見解，業經九十三年七月二十三日公布之司法院大法官議決釋字第五八二號解釋宣告違憲。釋字五八二號解釋謂（略以）：「刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，由檢察官或自訴人合併或追加起訴，或由法院合併審判所形成，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在。故共同被告對其他共同被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。最高法院三十一年上字第二四二三號及四十六年台上字第四一九號判例所稱共同被告不利於己之陳述得採為其他共同被告犯罪（事實認定）之證據一節，對其他共同被告案件之審判而言，未使該共同被告立於證人之地位而為陳述，逕以其依共同被告身分所為陳述採為不利於其他共同被告之證據，乃否定共同被告於其他共同被告案件之證人適格，排除人證之法定調查程序，與當時有效施行中之中華民國二十四年一月一日修正公布之刑事訴訟法第二百七十三條規定牴觸，並已不當剝奪

其他共同被告對該實具證人適格之共同被告詰問之權利，核與首開憲法意旨不符。該二判例及其他相同意旨判例，與上開解釋意旨不符部分，應不再援用」。換言之，前述兩則最高法院判例所認為，共同被告自白中對於他被告不利之事項，雖尚「應調查其他足資以證明所供述之犯罪事實確具有相當程度真實性之補強證據，以察其是否與事實相符」，始得採為他被告犯罪事實之認定，對於證據之證明力有所限制，惟討論證明力之限制，無異於「以承認共同被告不利他被告之供述具有證據能力」為前提，而有於法定五種證據方法（被告自白、人證、鑑定、勘驗、文書）之外，創設「第六種證據方法—共同被告」之嫌，是經大法官認為應將此時之共同被告列為證人，以保障遭共同被告不利指述之他被告之對質詰問權，以符正當法律程序及保障被告之訴訟權。釋字第五八二號解釋之意旨，與同樣於000年0月0日生效之現行刑事訴訟法第二百八十七條之一、之二的規定，若合符節。按法院認為適當時，得依職權或當事人或辯護人之聲請，以裁定將共同被告之調查證據或辯論程序分離或合併；法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。刑事訴訟法第二百八十七條之一第二項、第二百八十七條之二分別定有明文。

- 三、惟又按我國於九十二年七月一日之後，改採所謂「改良式當事人進行原則」，配合對於證人、鑑定人交互詰問之程序規定，於證據法則上，引進英美法系關於「傳聞法則」之規定，而與原有大陸法系之直接審理原則，並列規定於刑事訴訟法第一百五十九條：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，【除法律有規定者外】，不得作為證據」，並於同法第一百五十九條之一至之五，明定有傳聞法則之例外規定。「傳聞法則」與前述基於「嚴格證明法則」所要求之「法定證據方法」（及「法定調查證據程序」）限制，均屬於「證據能力」有無之要件，是以「傳聞法則之例外規定」適有可能違反「嚴格證明法則」，以「證人」之法定調查方法為例，證人依法應「具結」並以「交互詰問」之方式調查其證言，否則依法應具結而未具結，其證言自無證據能力，不得作為證據（刑事訴訟法第一百五十八條之三參見），惟如符合傳聞法則之例外，證人於審判外之警詢筆錄，仍具證據能力（刑事訴訟法第一百五十九條之三及之五參見），惟警詢程序中之證人依法無須具結，是以其證言筆錄，雖未具結，惟於審判程序中已合法例外具證據能力。同樣之情形，證人於審判外在檢察官或其他程序中法官前之陳述筆錄，雖依法應具結，惟因偵查程序中，一方當事人之檢察官即為訊問者，客觀上不可能踐行「交互詰問」，而其他程序中之法官前陳述（例如民事訴訟或少年事件程序等），依法亦不必以「交互詰問」方式為訊問，甚或該等證人於陳述時，所涉及之被告根本不在場，自無可能對之質問或詰問，惟刑事訴訟法第

一百五十九條之一第一項、第二項，仍分別為「審判外向法官所為之陳述，得為證據」及「於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據」之例外具證據能力之規定。凡此傳聞法則之例外規定，固然有違「嚴格證明法則」之法定調查證據方法（未行交互詰問），惟所謂「交互詰問」規定，係指當事人雙方依據刑事訴訟法第一百六十六條以次規定，所為之「輪流訊（詢）問」，其目的在透過被證人指控不利事項之被告之「反詰問」，以檢驗證人證言之可信性，換言之，其目的在發現證人證言之真實性，傳聞法則之發源國美國，該國學者證據法大師Wigmore 即採取所謂「真實性理論」(Reliability Theory)，而美國聯邦最高法院亦曾於多件判決中宣示採取此項見解。我學者認為此說有將傳聞法則憲法化之意味，在證據法稱「傳聞法則」，在憲法則易名為「對質詰問權」（參見王兆鵬，刑事訴訟講義（二），二〇〇三年六月，初版，第三〇四頁以下）。換言之，要求被告對證人行交互詰問，無寧係在保障被告之「對質詰問權」。

- 四、再按刑事被告「詰問」證人之權利，不論於英美法系或大陸法系之國家，其刑事審判制度，不論係採當事人進行模式或職權進行模式，皆有規定（如美國憲法增補條款第六條、日本憲法第三十七條第二項、日本刑事訴訟法第二百零四條、德國刑事訴訟法第二百三十九條）。西元一九五〇年十一月四日簽署、〇〇〇〇年〇月〇日生效之歐洲人權及基本自由保障公約（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom）第六條第三項第四款及聯合國於一九六六年十二月十六日通過、〇〇〇〇年〇月〇〇日生效之公民及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第十四條第三項第五款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。在我國憲法上，不但為第十六條之訴訟基本權所保障，且屬第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」、對人民身體自由所保障之正當法律程序之一種權利。釋字第三八四號解釋、第五八二號解釋參見。釋字第五八二號解釋並謂：此等憲法上權利之制度性保障，有助於公平審判（釋字第四四二號、第四八二號、第五一二號解釋參照）及發見真實之實現，以達成刑事訴訟之目的。足見與前述美國證據法大師Wigmore，及該國聯邦最高法院判決所宣示之「真實性理論」不謀而合，並同時扣緊被告憲法上「對質詰問權」之保障。
- 五、最高法院自九十四年七月間起，顯因釋字第五八二號解釋意旨之影響，陸續著有多起判決（至少已有十五則，且非出自同庭之判決），以被告對質詰問權是否於審判外經確保之方式，實質上限縮刑事訴訟法第一百五十九條之一至第一百五

十九條之三規定之適用，而認（【】為本院所自行附加）：
「按刑事訴訟法為保障被告受公平審判及發現實體真實，於民國九十二年二月六日修正及增訂公布施行之前及之後，對於人證之調查均採言詞及直接審理方式，並規定被告有與證人對質及詰問證人之權利，其中被告之對質詰問權，係屬憲法第八條第一項規定『非由法院依法定程序不得審問處罰』之正當法律程序所保障之基本人權及第十六條所保障之基本訴訟權，不容任意剝奪；故法院於審判中，除有法定情形而無法傳喚或傳喚不到或到庭後無正當理由拒絕陳述者外，均應依法定程序傳喚證人到場，命其具結陳述，並通知被告，使被告有與證人對質及詰問之機會，以確保被告之對質詰問權；否則，如僅於審判期日向被告提示該證人未經對質詰問之審判外陳述筆錄或告以要旨，被告之對質詰問權即無從行使，無異剝奪被告該等權利，且有害於實體真實之發現，其所踐行之調查程序，即難謂適法，該審判外之陳述，不能認係合法之證據資料。又刑事訴訟法第一百五十九條之一至第一百五十九條之二所稱得為證據之被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，以及於偵查中向檢察官所為之陳述，係指【已經被告或其辯護人行使反對詰問權者】而言，如法官於審判外或檢察官於偵查中訊問被告以外之人之程序，未予被告或其辯護人行使反對詰問權之機會，除有刑事訴訟法第一百五十九條之三所列各款之情形以外，【均應傳喚該陳述人到庭使被告或其辯護人有行使反對詰問權之機會，否則該審判外向法官所為陳述及偵查中向檢察官所為陳述，仍不具備適法之證據能力】。又同法第一百五十九條之二規定：『被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前審判外之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據』，其所謂『被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時』，係指被告以外之人於審判中，以證人身分依法定程序到場具結陳述，並接受被告之詰問，而其陳述與先前在檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述不符時而言。如被告以外之人未於審判中以證人身分依法定程序到場具結陳述，並接受被告之詰問，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，縱具有特別可信之情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，仍不符上開規定，自不得依該規定採為斷罪之證據（九十四年度台上字第三七二八號、五六五一號判決，九十五年度台上字第三六三七號、四五五八號、四六〇九號、五〇二六號、五一六〇號、五二五六號、六一七四號，九十六年度台上字第二三六〇號、三四三二號、四四三七號、五八二二號，九十七年度台上字第三五六號、八七〇號等判決，均同此意旨）。

六、綜上所述，本院以為，為保障被告憲法上之對質詰問權，刑

事訴訟法關於傳聞法則之例外規定，除第一百五十九條之五，因被告不爭執之「同意性」要件，以及第一百五十九條之四之特信性文書外，餘第一百五十九條之一及之三之例外規定（同法第一百五十九條之二非典型之傳聞法則例外），因未設任何限制，或限制過於寬鬆，而有侵害被告對質詰問權之憲法上訴訟權保障範圍，並且如此廣泛承認此類審判外陳述之證據能力，亦有違被告基於正當法律原則所得保障之對質詰問權。正如釋字第五八二號解釋理由書所言：「為確保被告對證人之詰問權，證人（含其他具證人適格之人）於審判中，應依人證之法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。至於被告以外之人（含證人、共同被告等）於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者（刑事訴訟法第一百五十九條第一項參照），【除客觀上不能受詰問者外】，於審判中，仍應依法踐行詰問程序」等語。是本院以為，證人、鑑定人於審判外向法官所為之陳述，如要在本案審判中取得證據能力，除符合本法第一百五十九條之五的同意性要件以外，否則必須被告於該程序中之對質詰問權獲得確保，亦即符合「先前的對質詰問權」法理，其於該程序向他法官所為之陳述，於本案審判中始有證據能力；如果審判外程序，被告對於證人等之對質詰問權未能行使，則該證人等在他程序向法官所為陳述仍不具證據能力，除另有「傳喚不能」（必要性）之要件外，本案審判中仍應傳喚該證人、鑑定人，使被告得以對之行使對質詰問權。換言之，審判外證人向他法官所為之陳述，如欲使用於本案審判程序，必須依法具結，並且該被告之詰問權曾獲得確保，亦即應符合刑事訴訟法第一百九十六條：「證人已由法官合法訊問，且於訊問時予當事人詰問之機會，其陳述明確別無訊問之必要者，不得再行傳喚」之規定，其審判外向法官所為陳述，始具證據能力。至審判外向檢察官所為陳述，基於相同理由，本法第一百五十九條之一第二項之除書規定：「除顯有不可信之情況者外」，應結合第二百四十八條第一項之規定，以被告之對質詰問權於偵查中獲得保障為前提，始具證據能力。總之，基於合憲解釋原則，刑事訴訟法第一百五十九條之一第一項必須與同法第一百九十六條結合；第二項必須與第二百四十八條第一項結合，實務上須以此目的性限縮之適用方式操作本條傳聞法則之例外規定，否則本法第一百五十九條之一，即可能發生違憲之結果。

- 七、查共同被告蔡穎群、林智誼，於警詢及偵查中所為不利於他被告之陳述，就他被告本人而言，均屬「傳聞證據」，且偵查中被告相互間並未保障其等之質問權，包括證人即偵查中之共同被告吳振豪（嗣於偵查中經檢察官不起訴處分確定），被告本人、選任辯護人等均爭執證據能力，基於上述理由及以對質詰問權保障合憲性操作傳聞法則之例外，在國家機

關未給予被告本人對被告以外之人有行使對質詰問權之機會前，不論警詢或偵訊筆錄，亦不論是否於偵查中已具結（蓋有無具結與被告是否行使對質詰問權互不相涉），均無證據能力。另最高法院實務通說，以九十五年度臺上字第六六七五號等諸多判決，認為至少偵訊筆錄先認定有證據能力，至於對質詰問權之欠缺，僅待審判中補行即可（同樣的邏輯就會延申到警詢筆錄也被先認定有證據能力）。此等判決意旨隱含的想法正是，否則先認定警詢、偵訊筆錄無證據能力，其後於審判中行使對質詰問權後，不論審判外一致或不一致，復經認定有證據能力，豈不矛盾？惟本院以為：

(一)按警詢或偵訊筆錄製作時，不論是被告或證人，其陳（證）述都可能隨時指涉他人，此時負責詢（訊）問之檢警機關不可能立即停止訊問，令被遭指涉之人均即到場對質，更遑論我國迄今尚未實行全面辯護之法制，因而在警詢、偵查中根本幾乎難以有全方位保障對質詰問權之機會與機制，更不可能在仍屬雙面關係之偵查訊問程序行使交互詰問，因而這些對審判中而言之先前陳述筆錄，如欲提出於法院以作為認定被告犯罪事實有無之依據，尤其不利被告者，就必須先給予被告有對質詰問之機會，此即所謂「先前的對質詰問權法理」，更係釋字第五八二號解釋將被告對質詰問權提升至憲法位階以保障之真諦。而此處的對質詰問，當然係指被告在審判外或審判中有與證人對質「詰問」（未必是交互詰問）之機會，而交互詰問法制自然祇能在審判中之三面關係下始能操作，不論對質詰問或交互詰問，都是對於證人於審判中及審判外之陳述，有檢驗其陳述真實性與否之程序。換言之，所謂對質詰問（或審判中的交互詰問）絕非僅針對證人審判中之證言行使對質詰問，毋寧更重要的是，對於證人於審判外曾有不利指述被告之筆錄，亦有對質詰問之機會，尤其是審判中與審判外陳述不一致時，對質詰問權即更有其意義。而審判外陳述之證人，於在審判中亦到庭陳（證）述，其陳述有前後不一致之情形時，何以要採信審判外並非在法官前，且未及對質詰問之陳述，反而不採信審判中在法官前有對質詰問之陳述，就必須說明其理由，這就是學說上所稱的「非典型之傳聞例外」，也就是刑事訴訟法第一百五十九條之二規定意旨之所在，而所述與審判外檢察官前偵訊筆錄不一致者，亦應類推刑事訴訟法第一百五十九條之二，以確定審判外陳述有無證據能力。

(二)因而本院雖於準備程序及審判期日之初裁定該被告以外之人警詢、偵訊筆錄均無證據能力，除非當事人舉出有其他外部不可信之情事，否則其主要係因為被告當時未及對被告以外之人審判外有行使對質詰問權之機會。惟查本院業傳喚證人吳振豪，並分離審判程序，以人證之調查證據程序，並給予被告等人有對之行使對質詰問機會並確保。因而對被告本人而言，其等對質詰問權均已延緩至審判期日保障，此部分欠

缺證據能力之事由已然補足。是就被告以外之人審判外之陳述，不論與審判中一致與否，均已行使對質詰問（以交互詰問之形式及被告親自有質問機會之程序），該項對質詰問權因而延緩至審判時確保，此即為「延緩的對質詰問權法理」。至於審判外不一致之陳述，另須檢驗有無其他顯有不可信之外部情狀，如無此等事由，自符合刑事訴訟法第一百五十九條之二之規定，有證據能力，且並未因而排除審判中之證述，換言之，即使陳述有前後不一致者，並非不可能併存於審判庭而均有證據能力，僅係何者陳述可性，尚須經由證明力之判斷。如此始符大法官釋字第五八二號解釋要求保障對質詰問權之意旨。本案既被告以外之人於審判外陳述時，查無顯不可信之情狀，因而審判外不一致之陳述亦有證據能力，綜上所述，被告以外之人警詢、偵訊筆錄及於本院審判中之證言，均有證據能力。此種延緩對質詰問權保障後而認定審判外陳述有證據能力，與審判期日之初因對質詰問之事由尚未補足或延緩保障，因而暫無證據能力之判斷並不相牴觸，蓋尤其對質詰問權欠缺之事由係相對性事由，既容許補正或延緩保障，其證據能力之有可能於成就對質詰問權保障後而復有證據能力。證據能力是可能浮動或其後復行取得或喪失者，可自以下情形更足證明：當事人於準備程序原不同意（或同意）有證據能力，嗣後於審判期日同意（不同意）有證據能力，其證據能力之有無即隨當事人之同意性與否而有改變，顯屬適例。

- 八、未按法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用（刑事訴訟法，以下同）第二百零三條至第二百零六條之一之規定；其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。第一百六十三條第一項、第一百六十六條至第一百六十七條之七（交互詰問相關規定）、第二百零二條（鑑定人應於鑑定前具結）之規定，於前項由實施鑑定或審查之人為言詞報告或說明之情形準用之。刑事訴訟法第二百零八條第一、二項定有明文。此即所謂「機關（團體）鑑定」之制度。另按證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據。刑事訴訟法第一百五十八條之三，定有明文。又依據同法第一百八十六條第一項前段、第二百零二條規定，除法律有特別規定外，證人、鑑定人於陳述或鑑定前，原則上均應具結，以符法律明定之調查證據程序，始符嚴格證明法則。有疑問者，刑事訴訟法第二百零八條可否解釋為同法第二百零二條之特別規定，因而排除同法第一百五十八條之三之適用，使得並無具結之機關（團體）鑑定，具有證據能力？實務多數見解似採肯定說，實務操作上向來將「機關鑑定」與所謂「自然人鑑定」區分，認為後者依據同法第二百零二條應為具結，而前者因為修正前本條規定，並無必須命實際為鑑定之人為具結之明文，亦無準用同法第二百零二條之規

定，實務因而認為，於囑託機關鑑定時，縱未命該醫院實際為鑑定之人簽名蓋章及具結，仍不得任意指為採證違背法則（最高法院七十五年台上字第五五五號判例）。又修正後即現行本條第一項雖增訂「得命實施鑑定或審查之人，以言詞報告或說明」之規定，並且於同條第二項明定實施鑑定或審查之人為言詞報告或說明，「準用第二百零二條（即應具結）」之規定。解釋上前述實務見解所認為「機關鑑定無庸具結」之見解仍未因本條修正而改變，僅係法院或檢察官命實施鑑定或審查者以言詞報告或說明時，「準用」應具結之規定。本院以為，不論修正前或後之規定，解釋上均未排除機關鑑定，其實際實施鑑定者，仍應具結之規定，換言之，刑事訴訟法第二百零二條之規定仍應「適用」於機關鑑定，理由如下：

- (一)所謂「機關鑑定」之制度，係立法者授權法院或檢察官於選任個別自然人實施鑑定之外，亦得囑託具公信力之專業機關、團體進行鑑定，但這並不表示鑑定人即為「機關、團體」，而非自然人，蓋司法機關通常無法確知某特定自然人具有某特定專業知識能力，惟可以囑託該特定專業機關團體為鑑定，該機關團體自僅得委由機關團體中之某位或某幾位特定自然人實施鑑定，機關或團體本身無可能為鑑定人，例如囑託「法務部調查局」為鑑定機關，為品扣案物品是否確為何級毒品之鑑定，該局自僅能委由機關內具該特定專業知識之人擔任此鑑定任務，此時鑑定人仍為「法務部調查局之該特定專業人員」，而非「法務部調查局」該機關，解釋上該專業人員（可能為司法警察或公務員或委外之專業人士）當然應依刑事訴訟法第二百零二條之規定具結，豈能僅因為其任職於或受委託於某機關、團體，即因而免除具結之義務（相同見解，請參見林鈺雄教授，刑事訴訟法，上冊總則編，二〇〇四年九月，四版，第四八六頁）。
- (二)不論修正前並無「準用」第二百零二條之明文，或修正後規定，鑑定後以言詞報告或說明時，始「準用」該條之規定，正突顯出鑑定人應具結，本係「直接適用」刑事訴訟法第二百零二條之結果，自無再藉由同法第二百零八條「準用」之餘地。現行第二百零八條第二項之「準用」規定，應係錯誤規定，解釋上直接適用同第二百零二條即可，至少該準用規定之適用，應採目的性限縮之適用態度，解釋上應與同法第二百零八條第一項為體系解釋，係指「機關或團體」該「法人本身」不用具結，如當事人對於機關（團體）出具之鑑定結果不爭執，即令實際實施鑑定之自然人未於該機關（團體）出具之鑑定書中具結，該鑑定書仍具證據能力，惟如當事人任一方有所爭執時，即應命實際鑑定之自然人到庭陳述或報告，此時該特定人應係於製作書面鑑定書，即「鑑定後」具結，所以與第二百零二條所規定「鑑定前」之具結尚有不同，所以立法者規定「準用」之。

(三)按鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。刑事訴訟法第二百零六條第一項定有明文。刑事訴訟法第一百五十九條第一項之立法理由因而認為鑑定人之鑑定報告書，不受傳聞法則之限制，而具證據能力。惟鑑定報告書通常係鑑定機關（鑑定人）於審判外所製作之書面，其屬審判外之陳述性質，甚為明確，同法第二百零六條第一項之規定，旨在規範鑑定人就其鑑定之經過及結果，得以言詞或書面之方式陳述而已，亦即解釋上到庭之鑑定人得以言詞陳述，並輔以書面、圖表等文字說明，不應以曲解本條，反使得鑑定人免除其到庭接受調查程序之義務（相同見解參見陳運財教授，傳聞法則之理論與實踐，月旦法學雜誌，第九七期，第一〇三頁以下）。足見該條項立法理由尚值商榷。解釋上機關鑑定若果如實務多數見解，一方面認為實際實施鑑定之人無庸具結，一方面又援用前述錯誤的立法理由，認為機關鑑定書為傳聞法則之例外，具有證據能力，則當事人無從詰問鑑定人，其結果係同時架空嚴格證明法則、傳聞法則及直接審理原則，並嚴重侵害被告之訴訟權。是解釋上透過具結之擔保，至少可以免除侵害人民訴訟權之疑慮，並且適用刑事訴訟法第二百零八條第二項之例外規定時，應採目的性擴張之態度，解釋上除經當事人同意，或另符合第一百五十九條之一以下之例外規定，否則，即令曾經鑑定人於審判外具結，該鑑定書仍無證據能力，原則上均應傳喚實際實施鑑定之人到庭，於審判庭經具結後，由當事人針對鑑定之程序及內容等事項詰問之，如此被告憲法上之訴訟權始足獲得確保，該鑑定書始取得證據能力。

(四)查被告、辯護人對於檢察官所提出由內政部刑事警察局所為鑑定報告之證據能力均不爭執，本院認符合刑事訴訟法第一百五十九條之五同意性、相當性之例外要件而具證據能力，自毋庸另行傳喚此等實際實施鑑定之自然人。

九、本案通訊監察譯文

因合於修正前通訊保障及監察法所定由檢察官核發之條件，屬合法監聽所取得，就被告本人而言亦屬其審判外之自白或不利於己之陳述，就被告以外之人而言，固屬被告以外之人審判外之陳述，惟屬蔡穎群、趙豫宛之「共謀者陳述」，且係依據機械性紀錄所派生之文書證據，其與監聽錄音帶相符者，性質非傳聞而得為證據。至司法警察如就譯文備註欄註記之文字，除以實際經驗為基礎者外，否則均屬司法警察個人意見或推測之詞，無證據能力。

丁、扣案物、書證

扣案現金三十一萬元、帳冊、計算機、支票、手機等物品，均係司法警察合法搜索、扣押取得，亦無偽造、變造之情，有證據能力。

貳、實體部分－證明力

一、按被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應

調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，刑事訴訟法第一百五十六條第二項就此定有明文。其立法目的乃欲以補強證據擔保自白之真實性，亦即以補強證據之存在，藉以限制向有「證據之王」稱號的自白在證據上之價值，質言之，本條項乃對於自由心證原則之限制，關於自白之證明力，採取證據法定原則，使自白僅具有一半之證明力，尚須另有其他補強證據以補足自白之證明力。而所謂「補強證據」，最高法院七十四年台覆字第一〇號曾經加以闡釋：「指除該自白本身以外，其他足資以證明自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言。雖其所補強者，非以事實之全部為必要，但亦須因補強證據與自白之相互利用，而足以使犯罪事實獲得確信者，始足當之」。司法院大法官議決釋字第五八二號解釋文後段，對於本條項所謂「其他必要之證據」，著有闡釋，足為刑事審判上操作「自白」與「補強證據」時之參考標準，茲節錄引述如下：「刑事審判基於憲法正當法律程序原則，對於犯罪事實之認定，採證據裁判及自白任意性等原則。刑事訴訟法據以規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪；為避免過分偏重自白，有害於真實發見及人權保障，並規定被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。基於上開嚴格證明法則及對自白證明力之限制規定，所謂『其他必要之證據』，自亦須具備證據能力，經合法調查，且就其證明力之程度，非謂自白為主要證據，其證明力當然較為強大，其他必要之證據為次要或補充性之證據，證明力當然較為薄弱，而應依其他必要證據之質量，與自白相互印證，綜合判斷，足以確信自白犯罪事實之真實性，始足當之」。尤須強調者，民國九十二年九月一日修正生效之本條項，於原條文之「被告」之外，特增訂「或共犯」之規定，其目的不僅在限制被告自白之證明力，亦限制「共犯」自白之證明力，蓋所謂「共犯之自白」往往涉及「正犯」即他被告犯罪事實之陳述，為恐「共犯」因基於同為被告之身分，無庸具結而不受偽證罪之處罰，因而容有隨意攀誣他人之虞，致妨害司法公正，立法者特於此增訂有與被告本人自白相同之證明力限制。

- 二、次按共同被告不利於他被告之陳述，即應先分離審判程序，將該共同被告列為證人之地位，具結並詰問，以保障他被告之訴訟權，業如前述。惟須注意者，分離審判程序，將共同被告列為證人詰問之程序，僅係取得「證據能力」之作法，惟就「證明力」之限制層次言，即令程序上以分離審判程序，將共同被告準用證人身分結證訊問，惟如係共犯之共同被告，其自白中對於他被告不利之陳述，仍應受刑事訴訟法第一百五十六條第二項之限制，換言之，【共犯之共同被告】所為自白，且不利於他被告本人之陳述者，即令以證人證

言之法定證據方法形諸於審判庭調查證據，仍不得以此「單一證言」為認定他被告犯罪之證據，始符前述刑事訴訟法第一百五十六條第二項，限制被告及共犯自白證明力之意旨。換言之，刑事訴訟法第二百八十七條之二之規定，仍應受到同法第一百五十六條第二項之特別規定的限制，除該共同被告之「自白」（即不利於他被告之證言）外，尚應有足為補強證據之其他證據，始得論罪科刑，方符正當法律程序之要求，及刑事訴訟法於此特設之證據法則。正如大法官許玉秀於釋字第五八二號解釋所提出之協同意見書所言：「同法第一百五十六條第二項所增訂之共犯自白規定，即應解釋為有共犯嫌疑之共同被告，就其與被告有關之供述證據，即便已經具結及詰問程序予以調查，仍應於該供述證據之外，另行調查其他必要之證據，不得以其供述證據，當作證明被告犯罪之其他必要證據；否則第一百五十六條第二項新增之規定，即可能導致同法第二百八十七條之二形同具文，嚴格證明法則亦將遭到破壞，而違背憲法第八條及第十六條以法定程序保障被告訴訟權之本旨。至於不具共同被告身分之共犯，對於被告之犯罪事實，本為被告以外之人，其自白當然必須依人證之調查方法予以調查，乃自明之理」。查本案被告三人，實體法上係經檢察官指為共犯之嫌疑被告，程序法上亦經檢察官共同起訴及追加起訴而列為共同被告，其等屬共犯之共同被告地位，尚無疑問，對於其等自白及其中不利於他被告之陳述部分，其證據能力及調查證據之方法，應遵循本院前述所論述之證據法則，始謂合法適當。

三、訊據被告蔡穎群不否認其外號叫「黑皮」，且對於上述寄藏禁藥K他命六大包，每包約一公斤，共計約六公斤之事實坦承不諱；惟矢口否認另有販賣第三級毒品愷他命一大包予林智誼之事實，辯稱（略以）：是趙豫宛賣給林智誼的，趙豫宛於案發前兩天帶二大包愷他命來寄放，只是單純借地點存放云云。訊據被告林智誼亦矢口否認上述犯行，辯稱（略以）：購買愷他命及MDMA都是為了自己施用，不是要日後出售圖利云云。經查：

(一)扣案如附表一、二及附表二之毒品，經檢察官選任內政部刑事警察局為鑑定機關，其中如附表一編號一、編號二之（一），即均自蔡穎群住處查扣之合計七大包證物，經鑑定機關編號為A1至A7，檢視均為白色晶體，外觀型態均相似，隨機抽取編號A1鑑定。其鑑定結果認：七袋驗前總毛重六九七〇·九七公克（包裝塑膠袋總約七〇·七一公克）；編號A1：淨重一〇〇二·八五公克，取〇·三九公克鑑定用罄，餘一〇〇二·四六公克，檢出三級毒品愷他命（又稱K他命）成分，純度約百分之九十八。因而依據抽測純值度，推估編號A1至A7均含愷他命之驗前總純質淨重六七六二·六五公克。而自林智誼身上所查扣即如附表一編號二之（二）之白色晶體經鑑定驗前毛重一〇〇三·六〇公克（包裝

重四·0二公克），取0·一八公克用罄，餘九九九·四0公克，檢出三級毒品愷他命（又稱K他命）成分，純度約百分之九十八，驗前總純質淨重約九七九·五八公克。如附表二即自林智誼所乘坐車上查扣之橘紅色圓形藥錠，外觀形態均相似，隨機抽取一顆磨混鑑定結果認：總淨重三0·0五公克，取0·二0公克鑑定用罄，總餘二九·八五公克，檢出二級毒品3,4-亞甲基雙氧甲基安非他命"（MDMA，俗稱搖頭丸）成分，純度百分之五十二，驗前總純質淨重約十五·六二公克。分有內政內政部刑事警察局九十七年四月三十日刑鑑字第0970055303號號鑑定書、九十七年五月六日刑鑑字第0000000000後鑑定書附偵查卷二第三十六頁、四十二頁足證。是本案自被告蔡穎群住處及林智誼身上、車上所分別查扣者，確為第三級毒品愷他命及第二級毒品MDMA，確堪認定。

(二)蔡穎群於審判期日坦承如附表一編號一之愷他命六大包係其友人「漢武」及「黃仲偉」所寄放，並提出其自行蒐證，檢察官不爭執證據能力之錄影畫面，經本院於九十八年二月十七日審判期日勘驗屬實（參見本院卷二第五十一頁以下）。畫面中確有一名身著黑衣之男子與身著白衣之被告蔡穎群對話，蔡穎群稱其為「仲偉」，該男子並未反駁，且該男子自稱受「宛仔」（即被告趙豫宛）之託前來找被告蔡穎群談。二人對話中，始終將扣案毒品愷他八大包，區分為六顆（粒）及兩顆（粒），例如該男子向蔡穎群稱：「如果你替他擔（扛）那兩顆（粒），你這樣才八年拉，我也不知道拉，還是看你有沒有要跟他談一下，你們兩個見面談一下」、「他就是這樣講阿，你聽不懂他的意思喔，就是看你有沒有要替他擔（扛）這兩顆（粒）」；蔡穎群的回答亦有：「你怎麼不會跟他說，阿他都替我擔（扛）那六顆（粒）了，他是怎麼有辦法再幫你擔（扛）那兩顆（粒）拉，對不對，那兩顆（粒）是販賣勒！」、「我那時候就有跟他說，私底下就有跟他說，我已經幫仲偉擔（扛）那六顆（粒）了」。而該男子亦自承毒品為其寄放在「黑皮」蔡穎群處：「外面的人都認為怎樣你知道嗎？都認為說我不幫自己人的忙，我說，不是阿，這個東西是我寄放在黑皮那邊，阿我幫他忙有什麼不對的」等語。參以蔡穎群於審判期日及警詢、偵訊中均一致辯稱：愷他命毒品係「漢武」所寄放等語，而審判中復提出尚有「黃仲偉」此人，及趙豫宛雖於審判中否認其中兩包愷他命為其存放於蔡穎群住所，惟對於上述畫面中著白衣與蔡穎群對話者為「黃仲偉」並不否認，且坦承係其託「黃仲偉」去找蔡穎群等語，而其否認兩大包不屬其所有之抗辯，與其於偵訊中自承兩大包屬其所有等語亦不一致而有衝突襲參見偵查卷一第二一三頁以下）。又查扣如附表一編號一之愷他命六包及編號二之(一)一包，所查扣之位置確有不同，係分開存放，前者（六包）放在房間衣櫥內，後者（一包）放

在客廳電視櫃旁的櫥櫃內，衣櫥內的六包愷他命是裝在一只基隆「李鵠鳳梨酥」的袋子內，上面還有放著類似輕便雨衣的東西，是一公斤、一公斤包好的；客廳的那一公斤是用一個夾鏈袋包裝著，外面沒有再另外包裝著。業據證人即當日執行附帶搜索之司法警察蘇雍翔結證在卷（參見本院卷一第一五二頁），經核與蔡穎群所陳述存放之位置相符，而足認附表一編號一之六包愷他命與編號二之兩包愷他命，合理懷疑可能分屬不同人所有。從而被告蔡穎群所辯即所自白如附表一編號一之六包愷他命係漢武、黃仲偉所寄藏，與其於警詢時將六包、兩包分別陳稱分屬漢武寄放及趙豫宛寄放者，就分屬不同人所有之部分相符，信有合理懷疑而堪認為真。至蔡穎群雖於警詢、偵訊中自承「漢武」寄放之目的係要供蔡穎群販賣之用等語，惟尚乏其他補強證據證明蔡穎群有應允找尋買主而有意圖販賣持有之意，自難遽論以意圖販賣而持有之罪，附此敘明。

(三)蔡穎群固辯稱其並無與趙豫宛共同販賣愷他命予林智誼；林智誼辯稱購入第二、三級毒品是為自己施用，非為販賣營之利之意圖云云。惟查：

- 1.就本件佈線監聽被告，及依據所謂「現譯快報」埋伏、追蹤進而查獲被告三人之過程，業據證人蘇雍翔於本院結證證稱（略以）：「本件是桃園地檢署檢察官核發監聽票，我們針對趙豫宛所使用的0960行動電話、蔡穎群0938門號監聽。當時沒有特定蔡穎群的身分沒有，只知道綽號『黑皮』及其住處，但已知到趙豫宛的姓名。當天是因為從監聽電話發現他們在聯絡販賣毒品的事情而決定到現場，當時已查出綽號「黑皮」的蔡穎群住在那邊的大樓，林智誼與蔡穎群交易是使用我們沒有監控的電話，但是趙豫宛打電話給蔡穎群告知有朋友要向他買毒品，他要求蔡穎群準備好，不要漏氣，所以得知四月九日晚上十點多他要去跟蔡穎群買毒品，他們是同日晚上七點多聯繫的，趙豫宛告知十點多會上來桃園。你們是到趙豫宛經營的檳榔攤附近埋伏，當天檳榔攤只有一台白色喜美轎車停在那裡，經查詢車牌所有人發現是苗栗的車牌。我們有看見趙豫宛、林智誼、吳振豪三人大約於晚上十一點左右，從檳榔攤出來，上白色喜美的車子。檳榔攤是一間四層樓的透天厝，一樓在賣檳榔。到蔡穎群住處時約十一點半左右，他們三人都有上去。上去約半個鐘頭，約凌晨零點下來，下來時只有吳振豪與林智誼。因為三人上去時手上都沒有提東西，下來之後坐在副駕駛座的那個人手上有提手提紙袋，我們認為那裡面應該是裝毒品，我們就上前攔檢，在紙袋裡面發現一個鞋盒，鞋盒裡面裝有一公斤的愷他命，在副駕駛座前方的置物箱查到MDMA，一拉開就看到。林智誼他們說毒品從一七〇號五樓拿出來的，所以我們就上去查緝。當時在蔡穎群住處還有趙豫宛，在現場查扣將近七公斤的愷他命及三十一萬的現金。現金是從趙豫宛身上的包包內

查扣，當時蔡穎群說七包毒品都是他的，趙豫宛當場什麼都沒有說，我問趙豫宛毒品是他的嗎，他說不是。帶回警局後訊問時，林智誼有說他用三十一萬元直接向趙豫宛購買愷他命與搖頭丸（MDMA），MDMA也是以一只小夾鏈包袋查獲。關於查扣現金及證物部分，趙豫宛在警詢中有說他身上的三十一萬元，有二十九萬元是向蔡穎群借的，現場還查扣的帳冊一本是在趙豫宛的包包內，除愷他命七公斤及兩支行動電話外，其他東西都是從趙豫宛身上查扣」等語（參見本院卷一第一四八頁以下）。亦據證人證述其搭載林智誼北上，及經查獲過程與之相符在卷。而被告蔡穎群、林智誼對於證人證述之查獲經過並不爭執在卷，是足見本件係自蔡穎群住處交易完畢未久即經查獲，而蔡穎群於經查獲的當場即向司法警察坦承扣案愷他命全數屬其所有，就附表一編號二之兩包愷他命部分相符。

2. 證人趙豫宛不否認經合法監聽之0000000000、0000000000、0000000000號電話都是其所有。並證稱（略以）：「第一次與林智誼認識時有聊到毒品，因我自己也有在抽，他問我有沒有在賣K他命，我打電話問我朋友老王，老王說量多的話，一公斤K他命三十一萬元。林智誼於四月九日那天約下午四、五點打電話說他要上來，我直覺認為他要買毒品，晚上他到我的檳榔攤時，是說要買毒品。因為我認為林智誼要買毒品，所以我與蔡穎群電話聯絡確認他有沒有準備好毒品要賣給林智誼的，偵查卷內監聽譯文上所指的『朋友』、『人家』都是指林智誼，『那個』是指愷他命。林智誼當天到了之後，我向他說愷他命一公斤二十九萬元，這是案發之前我到蔡穎群家，是蔡穎群跟我說的。因林智誼說他身上有三十一萬元，問我還有沒有MDMA，我就到樓下打電話給友人老王，我們就在檳榔攤等老王及蔡穎群分別準備MDMA及愷他命，因為蔡穎群說他到家時會馬上打電話給我，而同時間也是在等老王來，老王說MDMA兩萬元可以買一百顆。因當時林智誼拿錢給我，我當時有背包，我就把MDMA放進去我自己包包內，剩下的錢也是放進我的包包裡面。因林智誼拿給我時一捆一捆我沒有拆，我是拿我自己身上的兩萬元給老王，他給我的一萬元我有點，其他的十萬元的我沒有點，我想那些錢到蔡穎群家再點，我與老王交易時，吳振豪先去開車，因那時蔡穎群通知我，他已到家了，老王剛好也過來，我下來後，林智誼在檳榔攤買檳榔，我就跟老王講話，林智誼也在旁邊，但他有沒有看到我就不清楚。我主要是想要向蔡穎群借林智誼交付的二十九萬元」等語（參見本院卷一第二〇九頁以下）。而蔡穎群亦不否認九十七年四月九日是趙豫宛是與其聯繫，要其快回家拿東西，而意思當然就是要其去拿給趙豫宛。亦不否認通訊監察譯文所載當日晚間七時九分至十分與趙豫宛對話中的「那個」是指愷他命，而其早已將黃仲偉所寄放之愷他命六公斤放在家裡，待其回家

後未久，約晚間十時半以後，趙豫宛即帶林智誼等前來，以及其回家後就把趙豫宛原先放的兩包毒品加之前的六包毒品都拿出來，兩包本來就已經裝好放在鞋盒裡面，六包本來也是裝好在那邊。兩包我已經放在桌上，六公斤放在衣櫥裡面。甚且當日亦幫忙趙豫宛清點林智誼交付之現金，其中的十萬元等語（參見本院卷二第十一頁以下）。是二人係由趙豫宛找尋到買主，再至存放毒品之蔡穎群家中取貨及交付金錢，應足認定。

3.又查依據司法警察所監聽之通訊監察譯文，趙豫宛於四月九日晚間七時九分至十分撥打蔡穎群的行動電話，要求蔡穎群準備「那個」，並表示差不多一個鐘頭左右朋友要上來，蔡穎群亦表示要去連絡，且二人討論找不到「人家」，所以先拿「昨天不說的個，要先用那個」，趙豫宛並叮囑不可以讓買家白跑，蔡穎群即表示「不然你就先拿給他看」等語（參見偵查卷二第一七二頁之通訊監察譯文）。被告蔡穎群、趙豫宛均不否認通話中所指之「那個」即指愷他命，業如前述。而該對話過程觀之，足認係趙豫宛與買家於四月九日之前即曾有連繫，而要蔡穎群於四月九日當日先回家準備好愷他命毒品，有人要上來買，而該所謂「上來買毒品者」，顯係指且先前已與趙豫宛探詢過價格，而當日自苗栗出發北上之林智誼。且蔡穎群對於存放在其家中之愷他命顯有主導是否要拿出來給買家揀貨之權，是足認被告蔡穎群並非如其所辯單純寄放該二包愷他命之角色，而係與趙豫宛，對於出售愷他命有犯意聯絡及行為分擔之人。至於二人對於是否有曾經借票，及是否有趙豫宛所辯係欲向蔡穎群調借該出賣愷他命之二十九萬元等事實的爭執，僅係二人間對於獲利如何分配，以及是否全部現金先交由何人使用，日後是否償還或相抵債務之內部分擔等細節，實不影響二人對外共同有販賣決意，而先購入扣案如附表一編號二所示兩包愷他命，並於其後售出編號二之(一)之愷他命之事實。

4.至於林智誼於審判中所辯購入第二三級毒品係為自己施用之辯稱，不僅與其並無施用毒品行為之事實牴觸，蓋即使係第一次施用，亦不可能一次購入如此大量之毒品，且其於警詢、偵訊，及偵查中檢察官聲請羈押時，均自承係因為「聽說賣毒品好賺想試試看，為了日後想要賣才會北上批貨，但是還沒找到買主就被抓了」等語，更屬不符（參見偵查卷一第四十八頁、第二〇三頁；本院九十七年度聲羈字第二六〇號卷第十六頁）。想係被告選任辯護人後，始知悉實務上最高法院判例及判決，概認如意圖營利購入毒品，即使未及賣出即構成販賣既遂，就有任何相當智識者之判斷，自難再為誠實陳述而自陷重罪相繩之境地。其顯係為逃避較重之販賣毒品既遂罪追訴處罰而翻異前詞，當屬人之常情，其審判中所辯不足採信。

(四)綜上所述，被告等所辯均不足採信。本件事證明確，應予論

罪科刑。

- 四、核被告蔡穎群所為分別係犯藥事法第八十三條第一項明知為禁藥而寄藏罪、違反修正前毒品危害防制條例第四條第三項之販賣第三級毒品既遂罪。被告林智誼係違反毒品危害防制條例第五條第二、三項之意圖販賣而持有第二、三級毒品罪。查被告蔡穎群行為後，毒品危害防制條例第四條（含第三項）於九十八年五月二十日經立法院修正總統公布，因未有施行日期之特別規定，自應依一般原則，自公布日起算至第三日發生效力，亦即於同年月二十二日起施行生效。比較第四條第三項之法定刑，雖就有期徒刑部分並未修正，惟就得併科罰金刑部分，自修正前之得併科新臺幣「五百萬元以下罰金」，修正為「七百萬元以下罰金」，顯行為後之法律不利於（即無有利於）行為人，是應適用行為時較有利於行為人蔡穎群之修正前毒品危害防制條例第四條第三項之罪處斷。又被告蔡穎群販賣第三級毒品前，意圖販賣而持有第三級毒品之低度行為，為嗣後販賣之高度行為所吸收，不另論罪。所犯販賣三級毒品罪，與被告蔡豫宛有犯意聯絡及行為分擔，且相互將對方之行為視為自己行為支配，而有犯罪之配之關係，為共同正犯。再查被告蔡穎群前有事實欄所載犯罪行為及受徒刑執行完畢之事實，有臺灣高等法院被告前案紀錄表一件在卷可查。其受徒刑之執行完畢，五年以內故意再犯本件有期徒刑以上之罪之案件，均為累犯，均應依刑法第四十七條第一項規定，加重其刑。又所犯藥事法之罪與毒品危害防制條例之罪，犯罪時間有差距，對象及侵害之法益不同，罪名亦不同，屬犯意各別、行為互殊之實質上競合之數罪併罰關係。林智誼基於一個日後搭配出售毒品而同時持有之犯意，同時違反毒品危害防制條例第五條第二、三項之意圖販賣而持有第二、三級毒品罪，其屬想像競合犯，依據刑法第五十五條，從一重之意圖販賣而持有第二級毒品罪。至檢察官認被告林智誼係違反毒品危害防制條例第四條第二項、第三項之販賣第二、三級毒品未遂罪，顯係深受最高法院自二十五年台非字第一二三號判例以來的諸多判例，而導致司法實務幾乎一致性認為，意圖營利販入毒品即構成販賣毒品既遂罪，惟此部分適用法律之見解，與本院基於法律之確信見解不合，容有未洽，詳參見後述理由六之說明。
- 五、按煙毒之遺害我國，計自中國清末以來，垂百餘年，一經吸染，萎痺終身，其因此失業亡家者，觸目皆是，由此肆無忌憚，滋生其他犯罪者，俯首即得；更且流毒所及，國民精神日衰，身體日弱，欲以鳩形鵠面之徒，為執銳披堅之旅，殊不可得，是其非一身一家之害，直社會、國家之鉅蠹；而欲湔除毒害，杜漸防萌，當應特別以治本截流為急務，蓋伐木不自其本，必復生；塞水不自其源，必復流，本源一經斷絕，其餘則不戢自消也。「毒品危害防制條例」係鑒於煙毒之禍害蔓延，跨國販賣活動頻繁，而對之有所因應。故其立法

目的在防止來自世界各國毒害，查緝流入毒品，預防及制裁與毒品有關之犯罪，亦即肅清煙毒，防制毒品危害，藉以維護國民身心健康，進而維持社會秩序，俾免國家安全之陷於危殆（司法院大法官議決釋字第四七六號解釋理由書節錄參照）。前述發人深省之文字，係在說明毒品危害的不僅是個人的健康而已，更是對於家庭以及全體國民，乃至社會、國家戰力的重大危害，而欲戒除毒品，必須從斷絕來源作起。是本條例無論對於販賣、運輸等提供毒品來源之行為均訂有嚴苛之刑罰規定，其目的無非係在以國家之刑罰權，制裁並威嚇該等對國家安全及國民健康有重大危害之行為。爰審酌爰審酌被告蔡穎群、林智誼為謀不法利益而販賣或意圖販賣毒品予他人施用，助長毒品氾濫，戕害他人健康，非僅使多數人之生命、身體法益受侵害，影響所及甚且危害社會、國家之健全發展等犯罪手段及所生危害危害，且蔡穎群受寄藏禁藥及販賣毒品之數量甚多，犯罪情節非輕，林智誼所為尚未發生實害即將查獲，二人犯後雖曾於警詢、偵查中一度均坦承犯行，惟審理中復翻異前詞，否認犯行之犯後態度，以及二人因為本院於九十八年四月間調查證據完畢後，至九十九年八月間，乃至大法官於一〇一年六月間不受理本件聲請，因聲請大法官違憲審查所造成案件延滯終結之迅速審判期間上不利益等一切情狀，分別量處如主文所示之刑。並就蔡穎群所受之宣告刑定應執行之刑。末查扣案如附表一編號一之愷他命屬藥事法上未經許可禁止持有、流通之禁藥，屬違禁物，其不問是否屬於犯罪行為人所有，均應宣告沒收，應依刑法第三十八條第一項第一款之規定，宣告均沒收。如附表編號二所示第三級毒品愷他命，屬毒品危害防制條例第二條第二項第三款所明定之第三級毒品，同為法律上禁止持有之違禁物，惟毒品危害防制條例第十八條第一項前段，對於無正當理由而擅自持有第三級毒品者，僅有「沒入銷燬」之行刑罰規定，而不似第一、二級毒品，定有「沒收銷燬」之刑罰規定，依最高法院九十五年度台上字第九一一號判決之說明，認為立法者認施用或持有第三、四級毒品，因其可罰性較低，故予除罪化，僅就施用及持有第一、第二級毒品科以刑罰。惟鑑於第三、四級毒品均係管制藥品，而特於同條例第十一條之一明定無正當理由，不得擅自持有；第十八條第一項後段復規定查獲之第三、四級毒品，無正當理由而擅自持有者，沒入銷燬之。從而，依同條例第十八條第一項後段應沒入銷燬之毒品，專指查獲之施用、持有第三、四級毒品而言；倘係查獲之製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法使人施用、引誘他人施用或轉讓之第三、四級毒品，既屬同條例相關法條明文規定處罰之犯罪行為，即非該條項應沒入銷燬之範圍。又同條例第十九條第一項所定「供犯罪所用或因犯罪所得之物」，係指犯第四條至第九條、第十二條、第十三條或第十四條第一項、第二項之罪所用或所得

之物，不包括毒品本身在內，自不得為第三、四級毒品之沒收依據（以犯第四條第三項販賣第三級毒品罪為例，其供犯罪所用之物，當指「供販賣第三級毒品所用之物」而言；第三級毒品本身為販賣之標的，為遂行販賣該毒品使用之物，始屬「供犯罪《犯第四條第三項之販賣第三級毒品罪》所用之物」，其理至明）。同條例對於查獲之製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法使人施用、引誘他人施用及轉讓第三、四級毒品之沒收，並無特別規定，如其行為已構成犯罪，則該毒品即屬不受法律保護之違禁物，應回歸刑法之適用，依刑法第三十八條第一項第一款之規定沒收之。最高法院因而認如依毒品危害防制條例第十九條第一項之規定宣告沒收第三、四級毒品，顯有判決適用法則不當之違背法令（參見最高法院九十五年度台上字第九一一號刑事判決意旨）。又按毒品危害防制條例於九十八年五月二十日修正公布後，增列持有有一定數量第三級毒品之犯罪刑罰規定，因而販賣愷他命而被查獲，其所販賣之愷他命，係供實行販賣犯罪行為所使用之目的物，亦屬供犯罪所用之物。而供犯罪所用之物併具違禁物之性質者，因違禁物不問是否屬於犯罪行為人所有，均應宣告沒收，自應優先適用刑法第三十八條第一項第一款之規定沒收。此為最高法院一百零一年度第三次刑事庭會議決議最新見解。是均足認如附表一編號二之愷他命，亦應依刑法第三十八條第一項第一款宣告均沒收。至扣案如附表二所示之第二級毒品，則依毒品危害防制條例第十八條第一項前段，沒收銷燬之。至包裝扣案如附表一編號二及如附表二所示第三級、第二級毒品，最高法院近來諸多判決見解，均認為包裝毒品之外包裝有防止毒品裸露、逸出及潮濕之功用，並便於攜帶及運輸之用，應依毒品危害防制條例第十九條第一項（前段）宣告沒收之（以最高法院九十一年度台上字第二〇六二號判決要旨為代表），而非以包裝與毒品難以分離，或分離需費過鉅，一體同視為毒品。查上述包裝毒品愷他命、MDMA所用之包裝塑膠袋確係被告所有供本件販賣、意圖販賣毒品所用之物等情，應依同條例第十九條第一項之規定均沒收；又查扣案新臺幣三十一萬元，其中二萬元係與趙豫宛是否販賣第二級毒品所得之財物有關，尚與本案無關，餘二十九萬元係蔡穎群、趙豫宛共同販賣第三級毒品犯罪所得之財物，同依同條例第十九條第一項，宣告沒收之，如全部或一部不能沒收時，以其財產抵償之。至扣案帳冊一本、計算機等物，尚無證據認與本件販賣或意圖販賣而持有毒品有關，行動電話三具含SIM卡門號三門，均係趙豫宛所有，爰均不論知沒收，併此敘明。

六、本院不贊同檢察官認為被告林智誼成立販賣第二、三級毒品「既遂罪」之法律見解，理由如下：

(一)在無證據證明林智誼已尋獲毒品買家，且其甫經購入扣案如附表一編號二之(一)、附表二之毒品後即被查獲，檢察官仍認

其所為構成販賣既遂罪。顯係受到最高法院對於販賣毒品向採見解之影響，此等判決意旨不可勝數，僅舉最高法院九十八年度台上字第一二一六號判決意旨為例：「查刑法上所謂販賣行為，固不以販入後復行賣出為必要，祇要以營利為目的，而有將毒品販入或賣出二者其一之行為，即足構成，為本院一貫之見解，上訴意旨此部分指摘，尚有誤會」。換言之，上述最高法院判決甚且吝於說理，僅以「此為本院一貫之見解」寥寥幾語，即不理會被告上訴理由之指摘而駁回上訴。實務工作者皆知，此等判決法律見解之形成，係深受最高法院判例之影響。

(二)查最高法院現存至少四則判例解釋毒品犯罪的「販賣」要件最早一則自禁煙法年代即存在，其他三則均係針對廢止前藥物藥商管理法而發，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之判例，惟最高法院就毒品危害防制條例所處罰之販賣，從來亦係援用判例意旨。如二十五年非字第一二三號判例：「禁煙法上之販賣鴉片罪，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」；六十七年台上字第二五〇〇號判例：「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。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」（六十八年台上字第六〇六號、六十九年台上字第一六七五號判例意旨均同）。本院認為上述判例顯然混淆販賣毒品罪的既、未遂及預備行為認定標準，置法〇〇〇區〇〇〇〇段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持有毒品犯行，或僅著手而不遂之未遂犯行，竟當作販賣毒品既遂罪處罰，已違反植基於憲法第八條正當法律程序，其中實體法內涵之「罪刑法定原則」（釋字第三八四號解釋參見），並且導致毒品危害防制條例第四條「販賣」毒品罪之刑法罰法律，違反法律明確性及刑罰明確性原則。以下分述之。

(三)上述四則判例（以下稱系爭判例）混淆販賣毒品的既、未遂及預備行為的認定標準

1.關於故意犯罪行為一般區分為五或六個階段：決意（→陰謀）→預備→著手實行→完成行為→發生結果。區別犯罪的行為階段，主要是在決定刑罰處罰的界限，倘若行為人著手實行且實現所有犯罪構成要件要素，也就是處罰既遂犯，固然不成問題，然而對於一個行為的刑罰，永遠是站在預防法益侵害的目的為取舍的標準。處罰一個行為不是為了它已經造成甚麼損害（不是為了報仇），而是為了避免將來再出現可能造成損害的行為。刑法因而有處罰「陰謀犯」、「預備犯」的刑法例，而立法者針對許多犯罪型態明定有處罰未遂犯的明文更是常態，一般認為，對於未遂犯或更前的犯罪行為

階段加以處罰是所謂的「刑罰前置化」（黃榮堅教授則以為，與其說對於未遂犯的處罰是刑罰的前置化，不如說對於既遂犯的處罰是刑罰的後置化，參見黃榮堅，基礎刑法學《下》，二〇〇六年三版，第四九九至五〇二頁）。所以將刑法上行為區分不同行為階段的目的，就是在決定行為的「可刑罰性」（是否處罰）及「處罰程度」（如何處罰）。問題是如何方屬合理的前置化？也就是可刑罰性的起點問題。判斷合理的前置化，就是找尋刑罰的預防目的—是否達到預防法益侵害的目的為判斷標準。

- 2.於此之前，必須先判斷販賣毒品罪所保護的法益究為何？釋字第四七六號解釋認為：「製造、運輸、販賣行為乃煙毒禍害之源，其源不斷，則流毒所及，非僅多數人之生命、身體受其侵害，并社會、國家之法益亦不能免，為害之鉅，當非個人一己之生命、身體法益所可比擬」；理由書更強調：「鑒於煙毒之禍害蔓延，跨國販賣活動頻繁，而對之有所因應。故其立法目的在防止來自世界各國毒害，查緝流入毒品，預防及制裁與毒品有關之犯罪，亦即肅清煙毒，防制毒品危害，藉以維護國民身心健康，進而維持社會秩序，俾免國家安全之陷於危殆。因是拔其貽害之本，首予杜絕煙毒流入之途，即重煙毒來源之截堵，俾能清其源而遏其流，以求根絕」等語。很顯然，大法官從兩個層次說明，認為販賣毒品行為除對於施用毒品者之生命、身體、健康法益造成潛在之危險外，也對於一國社會秩序、經濟秩序及國家安全形成干擾。學者因而分析販賣毒品罪的保護法益，原則上應優先定位在對於「不特定多數人生命、身體、健康法益」之保護，此外尚涉及危害社會秩序、經濟秩序及國家安全等利益，惟後者無論如何僅為間接的利益保護。吊詭的是，大法官一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施用毒品行為的正當性，於釋字第五四四號解釋認為：「施用毒品，或得視為自傷行為，然其影響施用者之中樞神經系統，導致神智不清，產生心理上及生理上之依賴性，積習成癮，禁斷困難，輕則個人沈淪、家庭破毀，失去正常生活及工作能力，成為家庭或社會之負擔；重則可能與其他犯罪行為相結合，滋生重大刑事案件，惡化治安，嚴重損及公益。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段，於抽象危險階段即以刑罰規範，對施用毒品者之人身自由為適當限制」、「雖以所施用之毒品屬煙毒或麻醉藥品為其規範對象，未按行為人是否業已成癮為類型化之區分，就行為對法益危害之程度亦未盡顧及，但究其目的，無非在運用刑罰之一般預防功能以嚇阻毒品之施用，挽社會於頹廢」。殊不論刑法向有「自傷不罰、他傷不法」的基本原則，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。

- 3.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，認為此時即有對生命、身體與健康之危險（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，二〇〇九年四月，初版，第一八三頁）。而相對於犯罪既遂觀念上係以實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化，也是法益保護的前置化，類似未遂犯的既遂化，是典型的行為犯。屬行為犯性質的抽象危險犯，因為係立法者基於經驗等因素，認為祇要從事某行為即具有法益侵害危險，因而不會以犯罪結果（實際侵害）出現為必要，換言之，附隨於行為的「典型危險性」，祇是入罪化的理由，而非構成要件要素。行為祇要符合構成要件之描述，即足成立抽象危險犯，通常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實害或具體危險。亦即抽象危險犯的構成要件解釋容易被簡單化，無庸審查行為結果及因果關係，學者因而更質疑，尤其犯罪行為階段的認定，諸如預備、未遂及既遂的界限為因而模糊不清，其結果不僅免除刑事司法者的舉證負擔，也可以透過操縱既未遂界限的模糊，不當擴大刑事處罰範圍（參見王皇玉，同上書，初版，第一八五頁）。
- 4.固然販賣毒品的抽象危險犯，自法益保護觀點有其正當性，也是刑事政策上的合理風險分配，然而對於販賣毒品的構成要件解釋，如果不採取某種程度的限縮，仍然會造成刑罰的不當擴張。以抽象危險犯來解構販賣毒品的既、未遂程度，從法益保護觀點分析，必須是販毒者基於營利之意思，將毒品移轉至買毒者，始達既遂之程度，因為毒品必須已達到買受者可得支配的領域，對於買毒者的身體、健康法益才有受損之可能性。德國彼邦學者亦採取同樣的解釋，認為販賣毒品的既、未遂標準，應以毒品是否已經「實際轉讓」至買受人而定。系爭判例將「販賣」行為解釋為不以「販入後復行賣出」為必要，且認為「販入或賣出，有一於此，其犯罪即經完成，不得視為未遂」，換言之，僅有購入毒品，即使尚未賣出給他人，仍然成立販賣毒品既遂罪。已屬恣意擴大抽

象危險犯之適用範圍，超越抽象危險犯的危險擬制內涵，學者認為此種解釋形成「危險的雙重擬制」，首先是將購入毒品之人擬制為必然會製造一個將毒品販賣出去的危險，更遑論實務案例常先入為主的將持有大量毒品者先擬制為基於營利意圖而販入；其次就是擬制為有購買者的存在，不論現實上根本尚有有購買者出現（例如本件案例），且購買者會實際施用毒品而形成生命、身體、健康法益的侵害。如此將既遂的認定時點向前推移，其結果將導致「原本應該屬於販賣未遂的行為，被提前作為販賣既遂行為論處；而原本屬於販賣預備的行為，則成為販賣未遂」。且販賣毒品就是處罰其散佈、移轉至他人可得支配的領域，因而祇要行為人之毒品仍處於自己持有之狀態，尚未散佈出去，仍有可能因己意而中止其販賣行為之可能，不論是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為既遂的形成「一網打盡式」的處罰方式，不僅中止未遂犯毫無適用餘地，也排除行為人可能論以情節較輕的施用、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遂罪（以上參見王皇玉，同上書，初版，第一八九至一九三頁）。

5. 購入毒品即等於賣出毒品既遂的判例解釋，造成與毒品危害防制條例第5條的「意圖販賣而持有毒品」罪犯罪類型，不論概念區別及適用上，均更形混淆及困難。按在有特定買受人的販賣毒品案件中，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。著手而未遂的判斷標準，最高法院九十七年度台上字第三六〇〇號判決曾謂：「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，在有買受者的會案例中，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，更無須判斷上述「販賣」的三項構成要件要素，自無著手未遂的可能，而所謂意圖販賣而持有罪的預備犯，自更無成立的空間。當然，熟悉販毒實務見解者均知，最高法院為遷就系爭

判例，因而解釋第五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，乃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時，從不想賣到想要賣的「內心轉折」的證明上難題，實體處罰言，此種見解無異於處罰「意圖犯」，當行為人持有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徒刑的刑罰？！連侵害生命法益的殺人罪都沒有意圖犯或陰謀犯，即使訴諸所謂國家法益的大帽子，陰謀犯法例也僅有刑法第一百零一條第二項的陰謀暴動內亂罪，更遑論其效果係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品罪，僅因訴諸不特定生命、身體及健康法益，竟能賦予如此嚴苛的刑罰效果！而實務見解的推波助瀾，一再將販賣毒品行為的可罰性起點前移，系爭判例將預備犯（或未遂）當作既遂犯處罰還不夠，為了遷就此等違法不當的判例見解，更不惜將行為人的「決意」也納入預備犯處罰！直至混亂整個犯罪行為階段，仍樂此不疲？毒品犯罪體系所以如此邏輯謬誤、亂無章法，謂系爭判例所衍生的最高法院判例實務為始作俑者，當不為過。

6.總而言之，系爭判例如此解釋販賣既遂，無異於架空毒品危害防制條例第四條第六項關於販賣毒品未遂，及同條例第五條意圖販賣而持有毒品罪之適用，當行為人基於營利販賣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為階段處罰：預備犯→未遂犯→既遂犯。竟一次到位，全以既遂犯處罰，實體法上違法罪刑法定原則，程序法上還省卻檢警機關調查蒐證、舉證被告有販賣毒品犯行的麻煩，形成「祇要被告手上有大量毒品」即合理推論被告有販賣意思，處以販賣既遂處罰？！更別說行為人面臨天差地別的刑罰效果。至於最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身訂作的「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」的判斷標準，更將立法者所預設之犯罪行為階段：「預備犯→未遂犯→既遂犯」，質變成僅有「決意犯（第五條）→既遂犯（第四條）」，不僅處罰決意，且沒有預備、沒有未遂？！更別說程序上徒增事實審調查證據之困擾。

(四)系爭判例操作反而混淆「販賣」毒品與「運輸」毒品的不同行為態樣

- 1.系爭判例將「販入」等於「販賣既遂」的影響，還不僅止於犯罪行為階段的錯置，包括與販賣態樣列於同條項以相同法定刑處罰的「運輸」毒品態樣的認定，也遭波及，甚至有架空運輸毒品罪的適用空間之虞。
- 2.運輸毒品之行為人，其運輸毒品之動機多端，以本院審理相關案件之經驗，有單純收取代價為人運輸者，亦有為利於自己施用之目的而運輸者，此外，國際間的運輸毒品犯行，行為人係出於日後販賣之目的，而先在國外購入毒品，再運輸

入國者亦所在多，尤其此多係集團犯罪情形，輸入國內之目的自係為出售圖利，而通常係集團中其他成員先在國外購入毒品，再交由行為人運輸入國，國內另有其他成員接應。無論如何，運輸毒品之行為人，其必有先前如何取得毒品之原因及過程，尤其集團犯罪之運輸毒品，其目的不外係為出售圖利，立法者所以將「運輸」與「販賣」犯行同列，而以相同之法定刑看待，即係出於此種經驗上之必然所致，至少相當程度係防止大批毒品的國境間運輸對於法益侵害的危險性發生，因而無庸證明行為人有無販賣之意思，蓋立法者已預設此種行為係遂行其後販賣行為的重要或不可或缺階段，至少也是危害性等同於販賣的行為。然而實務受到上述「意圖營利購入等於販賣既遂」判例之影響，當運輸行為人「誠實」說出其動機係為了販賣而購入毒品運輸，或者「不排除」有可能日後用來販賣時，他所觸犯的就不再是運輸毒品罪，而是販賣毒品既遂罪，即使根本還沒有任何具體買家，祇是有此想法而已。行為人爭執購入行為不是販賣，最高法院均引用該判例見解駁回上訴，此種案例不勝枚舉。僅以最高法院九十八年度台上字第五八四五號判決為例：「再販賣毒品之既遂與否，並不以販入之後復行賣出為要件，祇要以營利為目的，將毒品購入或賣出，有一於此，其犯罪即為完成。依原判決認定之事實，李○○、舒○○係意圖營利而向馬來西亞毒販購入第三級毒品，並於該毒品私運進口後在運輸途中遭查獲，原判決據以論處李○○、舒○○販賣第三級毒品既遂之罪，適用法則並無不當。李○○之上訴意旨(四)及、舒○○之上訴意旨(二)徒憑己見，任意指摘，均非上訴第三審之合法理由」。

3. 即使事實審法院依據檢察官起訴之運輸毒品事實，不去調查被告是否（共同）販入及販入之動機，而以客觀上之運輸行為論以被告運輸毒品罪。雖然民國九十二年即改採當事人進行主義之立法，習於依職權調查事實的最高法院，總以被告運輸的主觀上意圖是否有「販賣營利」而販入，仍屬起訴效力所及，要求法院應一併調查論罪，致質疑此種不當判例見解之下級審法官沒有刻意迴避調查的空間。就連法官量刑指責運輸毒品「一旦闖關成功，勢將造成毒品之流通與氾濫，形成犯罪根源」等語，也會被最高法院拿來作文章，懷疑運輸行為人有販賣意圖而應成立販賣毒品罪。等到下級審法官遵從最高法院判決意旨，推翻檢察官起訴的運輸毒品罪嫌，而以被告自承或共犯供承之營利動機，將參與運輸犯行的行為人，論以販賣毒品既遂罪時，最高法院又反過來斤斤計較被告或共犯的「歷次陳述」，要求下級審應查明被告的動機，而謂：「毒品危害防制條例所謂販賣毒品罪，不以販入後復行賣出為必要，只要以營利為目的，將毒品販入或賣出，有一於此，其販賣毒品之犯罪即告完成。故行為人於販入毒品之初或賣出之時，是否有營利之意圖，攸關該罪成立與否

之認定，事實審法院對於此項主觀意圖之有無，自應詳予調查認定，於判決事實詳加記載，並於理由欄內敘明其所憑之證據及心證理由，始為適法」（參見最高法院九十九年度台上字第五二四一號判決、九十九年度台上字第一八九三號判決意旨）。

4. 在此種處罰「意圖」的判例見解之下，運輸毒品的行為人會同時構成「運輸毒品罪」與「販賣毒品既遂罪」，不僅混淆兩種截然不同的行為態樣，也另衍生犯罪競合認定罪數上的疑義，最高法院先係認為二罪為牽連犯，從一重罪處斷，牽連犯刪除後，又認為屬想像競合犯，同樣從一重罪處斷，所以如此，顯見最高法院也不欲因而造成一行為重覆評價及重覆處罰的結果，至於僅有購入的販賣罪行較重，或是嗣後實行的運輸犯行情節較重呢？最高法院向來仍採形式上的罪名比較，認為販賣罪重於運輸罪，下級審法院曾經認為「因僅有販入海洛因毒品之行為，尚未賣出，而運輸行為則係因已運入台灣，以運輸海洛因行為之情節較重，應從一重之運輸海洛因毒品罪處斷」。然而最高法院仍認為被告「運輸毒品之目的在販賣，其既已完成販入毒品並私運入境，就毒品之散布及對人類健康危害之程度而言，販賣之行為較諸單純運輸毒品之行為，與實害更為貼近，自以販賣之情節較重，應從情節較重之販賣第一級毒品罪處斷」，而認為原判決認運輸之情節較販賣之情節為重，而從運輸第一級毒品罪處斷，自有適用法則不當之違法（最高法院九十七年度台上字第三二二號判決意旨參見）。
- (五) 系爭判例的適用結果，混淆立法者所預設的販賣毒品未遂罪、意圖販賣而持有毒品罪的犯罪階段，更以動機論架空運輸毒品罪的適用，最重要的是，立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為，卻遭司法者以「判例」全然架空，形成僅適用販賣既遂罪的結果。此種判例正係法官最常質疑行政命令違法、違憲的「增加法律所無之限制」，其背後的意義正係司法權對於立法權的不尊重，嚴重違反權立分立原則；從罪刑法定原則而言，顯然違反對行為人為不利類推的禁止。至於系爭判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品犯罪之販賣行為，不論罪刑輕重、不論是否有處罰未遂或預備犯的明文，形成違禁物祇要在行為人手中，即構成販賣既遂之危險（例如販賣槍枝：九十七年度台上字第一七一五號、九十九年度台上字第八九〇號；不能上訴第三審的販賣仿冒商標商品罪、刑法販賣猥褻物品罪，第一、二審法院採取此種法律見解者俯拾即是）。這種無條件的持判例文字「套用」法律，不問該法律的規範目的、體系適用是否產生的矛盾，以及最重要的，產生極端不利於行為人的結果，同樣是違反禁止不利於行為人的類推。綜上所述，即有違反罪刑法定原則之情。
- (六) 系爭判例對於「販賣」的文義解釋，有悖一般理解更非人民

所能預見，而違反法明確性原則及罪刑明確性

- 1.系爭判例及所影響的各級法院實務見解，均將所謂販賣解釋為不以販入後復行賣出為必要，認為祇要以營利為目的，「購入」或「賣出」，有一於此，犯罪即成立，均不得視為未遂。依本院所理解的中文意義，「販賣」與「買賣」不同，「販賣」即中文所謂的「同義複詞」，販者，賣也，販賣即是出賣，聲請人以「教育部國語辭典」查詢「販賣」一詞之解釋為：商人買入貨物而轉售給消費者。漢書·卷七十二·貢禹傳：「市井勿得販賣，除其租銖之律。」初刻拍案驚奇·卷三十一：「得些銀子，買馬去青州鎮州上販賣。而販賣之相反詞為「購買」，其相似詞為「銷售」。因而當「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。其要「低價買入」以便「高價賣出」而牟利之意思，不過隱含其中，並非字面上之意義。實務上以「販入」表示「買入」，出於以為「販賣」乃「買賣」之誤會所致。所謂「不以販入後復行賣出為必要」，只須買入或賣出之一，即成立販賣罪云云，自非正確。如同「聽聞」二字，「聽」字固為以耳收音之意，「聞」字亦有以鼻嗅之之意，惟「聽聞」二字一經併列，字面上即為聽見之意，絕無以鼻嗅之之意，若將聽聞解為「不以聽見之後復行嗅到為必要」，其荒謬自不待言！何況，同條例第四條第一項之規範行為計有製造、運輸及販賣，與槍砲彈藥刀械管制條例第七條之立法相同。其「製造」、「運輸」及「販賣」三者，皆為同義複詞，製造即是將其原料做成成品，運輸即是以交通工具而將之運行輸送，販賣即是將之販售出賣，在中文意義上，並無不同之解釋。
- 2.縱使如最高法院所習於拆解文字之解釋方式，將「販賣」二字拆開，「販」字亦非指「販入」之意。經聲請人自「中央研究院語言所語庫查詢系統」查詢結果，「販」字單指「賣出」之意者，可見於《韓非子·內儲說下》：「昭奚恤令吏執販茅者而問之，果燒也」；《尹文子·大道上》：「我聞有鳳凰，今直見之，汝販之乎？」；清龔自珍《己亥雜詩三百十五首》之44：「何敢自矜醫國手，藥方只販古時丹」；《三國志·蜀志·先主傳》：「先主少孤，與母販履織席為業」；《舊唐書·黃巢傳》：「（巢）本以販鹽為事」；《明史·孝義傳·阿寄》：「寄入山販漆，期年而三倍其息」等。另依康熙字典中所記載之「販」字，其意指「買賤賣貴」之意【附件七】，此外，《玉篇·貝部》：「販，賤買貴賣」；《史記·平準書》：「販物求利」，均係此意。而不論「賣出」或「買賤賣貴」，無非重在有營利意圖的「賣出獲利」之意，蓋僅有買入而未賣出，自無從證明獲利，就不可能同時有「買賤賣貴」的意涵，所以「販」字即為「賣」的意思。為更進一步確認「販賣」兩字及「販」字之意義，本院更於審理其他案件時，依職權分別函請國立臺灣大學

中國文學系及國立師範大學國文學系鑑定。前者以牽涉法律判決，恐無能準確答覆為由，未提供意見；後者則就「販」字之研究，認為「販」當名詞使用時，指做小買賣的人，如「布販」、「菜販」；當動詞使用時，有「賣」及「買進」兩種意思。賣者，如「販魚」，同樣引用《三國志·蜀志·先主傳》：「先主少孤，與母販履織席為業」；《舊唐書·黃巢傳》：「（巢）本以販鹽為事」。買進者，則引用《水滸傳》第44回：「隨叔父來外鄉販羊馬賣」；紅樓夢·第48回：「趕端陽節前，我順路販些紙笥香扇來賣」。國立師範大學國文學系結論雖認為：「販」的引申意可以作「賣」也可以作「買」，並認為「販」字與「賣」字的本義不完全相同，「販」字本義為「買賤賣貴也」，引申義兼有「賣」與「買進」兩義，當然可以說「販入」，解釋為「買入」。然而仍指出「販賣」辭義為「商人買入貨物而轉售給消費者」（詳本院卷）。因而本院以為，以「販」字或「販賣」二字，重點均在「賣」，雖販字兼指「賣」與「買進」，惟自其本義「買賤賣貴」，更足證係指有營利的賣出行為，始能觀其全貌。總之，很簡單的理解，「販賣毒品」我們會簡稱「賣毒」或「販毒」，後者絕非「買毒」的意思，而不論人民或法官，對於「販毒者」的理解都應該是指「賣毒者」，而絕非「買毒者」吧！

3. 細究系爭四則判例，除二十五年非字第一二三號判例作成於國民政府年代，針對當時的禁煙法的鴉片而發外，其餘均係適用藥事法的前身「藥物藥商管理法」的販賣偽、禁藥罪。按現行毒品危害防制條例施行前，販賣第二級毒品安非他命等其他（包括第三、四級）毒品之行為，係依據麻醉藥品管理條例或藥事法（其前身藥物藥商管理法）等規定處罰，而早在藥物藥商管理法有效施行之時代，因該法並無對於意圖販賣而持有偽藥或禁藥行為之處罰明文，經最高法院六十六年度第一次刑事庭會議決議「將偽、禁藥購（買）入或賣出，有一於此，即為販賣既遂」之見解後，即有系爭最高法院六十七年、六十八年及六十九年三號判例出現，其後並為最高法院援引於麻醉藥品管理條例規定之「販賣」安非他命罪中（參見最高法院八十年度台上字第四九九二號、八十二年度台上字第六二八五號判決等判決）。最高法院不無欲「彌補」藥物藥商管理法並無意圖販賣而持有偽、禁藥罪的「漏洞」之意。殊不論以司法判例方式不當擴張處罰法條之文字，不僅嚴重違反罪刑法定原則，且僭越立法權，而有侵害權力分立原則的憲法危機，然而不論修正前之肅清煙毒條例（第七條第一、二、三項）或已廢止之麻醉藥品管理條例（第十三條之一第二項第二款），均有「意圖販賣而持有毒品」罪的相類規定及處罰未遂犯之明文，那麼何以針對煙毒的第一級毒品，最高法院仍要堅持「購入等於賣出」的見解？此項疑問終至翻找最高法院二十五年非字第一二三號判例的作

成年代及當時法令—「禁煙法」，並綜觀前後銜接或替代之法律，而恍然大悟。

4. 原來支配販毒實務長達近八十年之久的二十五年非字第一二三號判例，可能並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」為意圖販賣毒品既遂罪、「賣出」為販賣毒品既遂罪。讓我們再看一次本件判例：「禁煙法上之販賣鴉片罪，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」。對照該判例所解釋的禁煙法第六條規定：「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」，可知禁煙法第六條係同時規定多種行為的構成要件，至少有四個不同罪名，分別是：「製造鴉片或其代用品」罪、「販賣鴉片或其代用品」罪、「意圖販賣而持有鴉片或其代用品」罪、「運輸鴉片或其代用品」罪，而且並無處罰未遂犯之明文。換言之，該條除處罰製造、販賣、運輸三種犯行外，同時也處罰意圖販賣而持有犯行，四者法定刑均相同。而同時將「意圖販賣而持有」與「販賣」態樣同列於同一法條，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，不論是民國建國前的晚清時代或民國建國之初的各次刑法典或特別法均無改變。自一九〇七年的「刑律草案」、一九一〇年的「修正刑律草案」、一九一一年的「欽定大清刑律」，乃至一九一二年（民國一年）的「暫行新刑律」、一九一五年（民國四年）的「修正刑法草案」、一九一八年（民國七年）的「刑法第二次修正案」、一九一九年（民國八年）的「改定刑法第二次修正案」、一九二八年（民國十七年）「中華民國刑法」（所謂舊刑法），均係將「意圖販賣而持有」與「販賣」態樣同列，直到一九三三年起（民國二十二年）的「中華民國刑法修正案」乃至民國二十四年公布即現行的「中華民國刑法」，始不再處罰意圖販賣而持有鴉片罪。惟民國二十四年、二十五年分別公布的「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，且同條文內並無處罰未遂犯之明文。
5. 自以上立法模式以觀，販賣與意圖販賣而持有煙毒罪通常是併列的，因為其法定刑均相同，所以稱販賣煙毒罪，通常是同時指稱販賣與意圖販賣而持有煙毒罪二者。因而二十五年非字第一二三號判例所指「禁煙法上之販賣鴉片罪」正係指該法第六條中段的「販賣或意圖販賣而持有鴉片」罪，其接著所稱的「並不以販入之後復行賣出為構成要件」，即指販賣鴉片罪除同條所定的「販賣」構成要件外，尚包括另一種販賣罪的構成要件，即「不以販入之後復行賣出」的意圖販賣而持有罪的構成要件。於是判例最後所指「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」，自然係指二者均須「以營利為目的」，而「以營利為目的將鴉片購入」者，成立意圖販賣而持有的販賣鴉片罪；「以營利為目的將鴉片賣出」者，亦係成立販賣鴉片罪，二者均無處罰未遂之明文，二者均為既遂，而「均不得視為未遂」之不罰。足見當時意圖販賣而持有犯行，正有銜接販賣未遂犯行的作用，立法者一律當作既遂犯處罰，且二者法定刑相同，所以才會有「將鴉片購入或將鴉片賣出，有一於此，其犯罪即經完成」的闡釋。就法言法，依當時的法律體系及構成要件，該判例的闡釋並未超出法律以外，自屬合法。

6. 總而言之，在當時「販賣」與「意圖販賣而持有」均規定於同條以相同法定刑處罰，且無未遂犯處罰明文之年代，關於販賣鴉片、煙毒罪，係同時指稱「販賣」與「意圖販賣而持有」二者，因而意圖販賣而持有罪祇要以營利為目的將鴉片或煙毒購入即屬既遂，其與賣出鴉片或煙毒之「販賣」行為，屬同條之不同罪名，其判斷既遂與否的標準自不相同，判例所謂「將鴉片購入，其犯罪即經完成」，係專指意圖販賣而持有罪的既遂，與販賣罪的既遂無關。此種想法並非沒有終審實務判決的依據，參見於民國6年適用「暫行新刑律」第二百六十六條（製造鴉片煙，或販賣，或意圖販賣而收藏，或自外國販運者，三等至五等有期徒刑，併科五百圓以下罰金）的【大理院六年上字第五一六號刑事判決】意旨：「刑律第二百六十六條規定意圖販賣而收藏鴉片煙之罪，祇須有販賣之意思而收藏者即為既遂，其有無販賣行為則所不計，故經人委託代賣鴉片煙，收到後復行執持外出維持，販賣行為雖未達到，而收藏事實則已完成，應即論為收藏之既遂罪，其有論為販賣之既遂或未遂者，均屬未合」。足見當時實務亦未認為意圖販賣而持有（或收藏），於購入時即成立販賣罪之既遂，而係構成意圖販賣而持有罪的既遂。

7. 從而，系爭四則判例的始作俑者二十五年非字第一二三號判例，其實係分別針對「販賣」與「意圖販賣而持有」罪，建構其既遂判斷標準，僅有購入所成立的既遂罪係指意圖販賣而持有罪，與販賣罪其實無關。我國實務者適用該判例時，未能同時檢視當時法令體系，深究其義，以致僅望文生義，而誤解該判例長達近八年之久，之後據此衍生六十七年、六十八年及六十九年的後續三個判例，自不足為奇。

(七) 違反法明確性及罪刑明確性的法律及與之有重要關聯性之判例

1. 最高法院是最終的有權解釋機關，然而系爭判例對於「販賣」的解釋，不僅並無任何與命令相類的公告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賣意義，反而更加不確定。完全不符釋字第四三二號解釋以降所宣示的三項檢驗要件：第一，已超出人民所能理解的範圍；第二，買入後的持有行為變成賣出既遂，更非受規範之行為人所得預見

；第三，經由各級法院適用系爭判例，不僅難以確認販賣行為，反而因為擴張解釋的結果，致使一般人民必須經由司法程序始確知自己已經觸犯販賣既遂罪。本件偵查中檢察官聲請羈押被告林智誼，偵查法官即為合議庭審判長，偵查法官親見被告林智誼坦承為了日後販賣而買入愷他命，並深表後悔等語，對照其警詢、偵訊時一致坦承之陳述，足認其有悔意且願意坦誠以對，惟殊不知如此坦承悔悟，毫不隱藏內心犯罪動機及意圖的誠實舉措，反而導致自己自陷於更重犯罪之追訴？加上此係判例所造成之結果，國家機關踐行告知義務之所涉犯罪名時，有無義務以此等判例之意旨，亦有爭議（更毋論或許連司法警察機關亦難以理解法院實務係如此認定販賣既遂，而無「能力」踐行此部分告知義務）。偵查中羈押審查訊問時，偵查法官祇能無奈「諄諄教誨」被告林智誼應選任辯護人並充分取得實務對於販賣毒品見解之資訊。如此想來，自無怪乎被告林智誼於委任辯護人得知此種實務見解後，會主動翻異其警詢、偵查乃至偵查法官前坦承為了日後賣出而買入之自白，堅決否認有欲賣出之犯意，未有施用慣行亦硬是辯稱為自己施用而持有？原本坦承面對已行之被告，也祇能被迫成為「設詞狡辯」之被告？更遑論立法者於毒品危害防制條例所新設第十七條偵、審自白得減輕其刑之規定，竟反而不能適用於被告林智誼？！

2. 以釋字第五二二號、第六八〇號解釋所指的刑罰明確性判斷標準而言，因為判例並非法規命令，自無授權之法律，更無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處罰，難以預見係構成販賣毒品既遂罪。
3. 或有主張所謂預見可能性，應以法律人標準，而非一般人標準。正如聲請合議庭前曾提到的，即使法律人都無從預見「買=賣」，更別說法律絕對不應該是法律人的禁臠，不論法明確性或刑罰明確性原則，都不應該理解為法律人的可接觸性，而不論一般人民的可預見性。至於如何判斷系爭法律規定之意義，是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為態樣，予以判斷之。
4. 至於林子儀、許宗力兩位大法官於釋字第六三六號解釋提出部分協同意見書，曾提出的具體判斷標準：「一般人民或雖不能依文字語言習慣或日常生活經驗，對法律規定之文本予以合理解釋，而理解系爭法律規定之意義，惟如經執法機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意義，或因其對系爭法律規定之反覆解釋適用，已形成明確內

容，並經依法公布或其它公示方法，而為受規範之一般人民所習知者，亦可認該系爭規定之內容為受規範之一般人民所理解，並因此能預見其行為是否受該法律所規範，而與法律明確性原則無違」。係為強調「一般人民之知悉，惟其能知悉，才有理解之可能，也才有預見可能性」，而判例並無固定或使人民得預見的公布方式，業如前述，自無可能為一般人民所習知，而且刑法的「販賣」反而是因為判例及判決反覆解釋適用後，使得本來的明確性變得不明確。至於行為人究係犯預備犯的意圖販賣而持有毒品罪、販賣毒品未遂罪或既遂罪，甚且究係運輸毒品或販賣毒品罪，更係嚴重影響行為人對於罪刑判斷之預見，而有違罪刑法定原則之罪刑明確性。

(八)買賣毒品的雙方當事人均處以販賣既遂罪，甚且處以相同刑罰，有違平等原則及比例原則

1. 平等原則為所有基本權的基礎，國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待，不得有不合理的差別待遇。平等原則要求的為實質平等，大法官在歷來的解釋中不斷闡釋其中意旨謂：平等原則並非保障絕對的、機械的形式平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等（參見釋字第二一一號、第三四一號、第四一二號）；釋字第四八五號解釋更是開宗明義即宣示：「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」。至於應如何判斷此差別待遇是否「合理」，大法官亦不諱言，此乃違憲審查之難題所在。
2. 正如前述，檢驗法律是否符合平等原則，判斷重點即在差別對待是否「合理」，換言之，是否具有正當性而為憲法所容許的差別對待，亦即「實質正義的不平等」。即俗稱「等者等之，不等者不等之」。至於具體之判斷方式，學者提出多項操作標準，本院不擬於本判決理由贅述（有興趣者可參見本案適憲聲請書）。
3. 實則，對於自由權侵害之案例，我國仿德國模式，發展出可謂詳盡的比例原則為審查標準，所以「平等審查是否有比例原則適用之餘地」，換言之，比例原則可否適用於平等權案例的討論，即成為我國與德國共同之課題。許宗力大法官於任命大法官前，曾撰文分析大法官解釋，嘗試建構平等審查的模式，並融入比例原則之審查標準，試圖提出得一體適用於自由權及平等權之審查標準，其審查層次更為精細分明：
（一）平等審查的第一步是先判斷系爭法規究竟有無存在差別待遇的問題，差別待遇係指對於具有「可相提並論性」（Vergleichbarkeit）的人或社會生活事實在法規上作不相同之處理，而「可相提並論性」，乃指法規上受到不同處理的人或社會生活事實，共同具有一個他人或其他生活事實

所未具有的特徵。例如法規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人所無的服兵役特徵，所以兩者可以相提並論。（二）第二步是確定差別待遇的目的，判斷其究係追求、實現「不等者不等之」的實質平等目的，或是無涉實質平等的政策目的。此處的審查在平等審查居於關鑑地位。（三）如係追求實質平等目的的差別待遇，則適用「合目的性審查模型」，亦即判斷差別待遇之分類手段與目的間是否有合理關聯，必要時得佐以「事物本質」與「體系正義」的觀察，而分別採取從寬或從嚴審查基準；（四）如係追求無關實質平等的政策目的者，則適用「比例原則的審查模型」，須注意於此之前仍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第二十三條所要求的四項「公益要件」之一，確定目的合憲後，即依序審查差別待遇是否有助於政策目的之達成（適合原則）、是否除此以外，已別無他法之不得已手段（必要原則）、所追求公益的份量是否超越因差別待遇而遭犧牲的平等法益（狹義比例原則）。

4. 本件既為刑事罰效果之法律，明顯係自由權遭侵害之案例。很顯然的，蔡穎群所犯為販賣第三級毒品罪嫌，但是僅買到蔡穎群出售的毒品的林智誼卻也同犯販賣第三級毒品罪嫌。「可相提並論性」的出售者蔡穎群係犯販賣毒品罪，根本無可相提並論性的林智誼，不僅被強行並列，且為相同的刑事處罰，林智誼因為買進毒品時即屬既遂，無從適用販賣未遂罪減輕其刑，更不能適用法定刑較輕的意圖販賣而持有毒品罪，此種不合理的平等，造成「不等者等之」的差別待遇，而對於林智誼的差別待遇結果，根本通不過比例原則的審查。以販賣罪處罰買進毒品持有中之人，恐無端處罰為施用或其他非販賣目的而持有的行為人，難謂符合適合性原則，即使從寬審查本條及系爭判例的嚇阻作用，惟立法上本有較輕的意圖販賣而持有毒品罪處罰，系爭判例卻造成買受者林智誼被處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公益考量，必須如此嚴重侵害持有毒品之人，更別說販賣第一級毒品罪可是僅有死刑或無期徒刑兩種效果的嚴苛刑罰，因而顯然也不成比例而難以通過狹義比例原則的檢驗。遑論倘若林智誼僥倖未被查獲，就其購入行為本應論處兩個販賣毒品既遂罪，日後如將此次購入的毒品賣出，甚或林智誼於甫收到毒品即行賣出，而於賣出毒品時始遭查獲，豈非還要重覆論處販賣毒品犯行？其謬至然。
5. 固然最高法院顯然為了「補救」上述可能發生的「重覆處罰」的質疑，因而認為「販入後復行賣出之場合，行為人意圖營利而販入毒品後，迄首次賣出，乃二個舉動之接續實行，仍祇成立一個販賣既遂罪」。惟此種見解一方面將犯罪行為階段轉化為「接續」行為，所破壞者何止接續犯之理論及實務操作，他方面如果被告係時隔久遠始有出賣毒品行為，如

何能謂「二個舉動之接續實行」？尤其最高法院既認為購入時即販賣既遂。本案中的被告林智誼如果日後一次出賣第二、三級毒品，應依想像競合犯，從一重論處販賣第二級毒品罪，其與購入時的兩罪併罰如何競合？尤有甚者，日後被告於販賣毒品遭查獲時，行使追訴權時效抗辯，辯稱毒品於二十年前即購入，係罹於追訴權時效，或追訴權時效從未起算？又被告購入行為如經起訴或判決確定，日後將購入時的剩餘毒品另行首次賣出，難道要論知不受理或免訴判決？更別說一次購入大量毒品，之後分多次賣出，如何分辨首次出賣行為？更遑論憑甚麼理論基礎，首次可以與購入時併論一罪，其他賣出行為卻要另行論處？凡此繁瑣難解之紛擾，均緣起自最高法院執意固守系爭四判例，因而「發明」諸多難以自圓其說的奇特見解所致。

- (九)基於上述合理確信之理由，本院認為毒品危害防制條例第四條的販賣毒品罪（本案雖係第二項及第三項，惟第一項的第一級毒品無疑有相同的情形），因為與系爭四判例有重大關聯性，系爭四判例顯已增加法律所無且不利於人民之限制，違反憲法第八條所蘊含的罪刑法定原則、刑罰明確性原則（法律明確性原則），同時亦違反憲法第七條、第二十三條的平等原則及比例原則，因而不採檢察官之主張。
- (十)關於法官面對最高法院的違憲判例，究可否聲請大法官違憲審查之疑義，民國一百年五月二十七日大法官釋字第六八七號解釋嘗言：「法官針對判例聲請釋憲，判例乃該院為統一法令上之見解，所表示之法律見解，與法律尚有不同，非屬法官得聲請解釋之客體。上開二聲請解釋部分，均核與本院釋字第三七一號及第五七二號解釋所定之聲請解釋要件有所不合，應不予受理」等語。多數大法官並未說明具體理由，即逕謂法官聲請判例違憲，不符釋字第三七一號、第五七二號解釋所定僅得聲請法律違憲之解釋要件。雖然釋字第六八八七號解釋，至少有五位大法官林子儀、許宗力、許玉秀、李震山及陳新民，分別就此提出（部分）不同意見，主張程序上應准許法官針對判例違憲提起解釋，惟為多數大法官所不採。至於多數大法官不採之理由顯付之闕如，本院僅能自釋字第六八七號解釋中，由蘇永欽、徐璧湖大法官所提出之共同意見書窺之一二：「下級法院法官因個案的特殊性而對法令的具體適用提出新的見解，可適時回應社會變遷，提供終審法院重新思考的機會，法院組織法第五十七條有關判例的變更規定，實已寓有此意。故若本院大法官受理聲請，而對仍在法院審理中，本可由承審法官自為審查、或嗣後由終審法院重新確認的判例合憲性問題，逕為審查，不僅不符合憲法第八十條對法官獨立審判的誠命，也將扭曲本院大法官與一般法院體系在合憲性控制上的基本分工」。因而本院合議庭藉由本案「自為審查」系爭判例，認有上述違憲之情而難以適用，祈上級審法院，包括終審法院能「重新確認系爭

判例的合憲性」，方不致辜負大法官不願「扭曲大法官與一般法院體系在合憲性控制上的基本分工」的美意。至於釋字第六八七號解釋未提出具體理由卻不准法官聲請判例的違憲審查，本院亦至盼多數大法官的真意，係如許宗力、林子儀兩位大法官於該號解釋提出的部分協同、部分不同意見書中結論所指出的：「善解本號解釋多數意見的弦外之音，係在避免進一步鞏固判例對法官的拘束力，而非指判例不受違憲審查。本席等切盼下級法院法官對憲法的忠誠，終能劃開多數意見沈默的鐵幕，履踐其真意」。

據上論斷，應依刑事訴訟法第二百九十九條第一項前段，藥事法第八十三條第一項、（九十八年五月二十二日）修正前毒品危害防制條例第四條第三項，毒品危害防制條例第五條第二項、第三項、第十八條第一項前段、第十九條第一項，刑法第十一條、第五十五條、第三十八條第一項第一款，判決如主文。

本案經檢察官黃俊華到庭執行職務。

中 華 民 國 100 年 9 月 6 日
 刑事第六庭審判長法官 錢 建 榮
 法官 黃 翊 哲
 法官 陳 德 池

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受判決後10日內向本院提出上訴書狀，並應敘述具體理由。其未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官 李 玉 華
 中 華 民 國 100 年 9 月 16 日

【附表一】

編號	毒品（禁藥）名稱及數量	合計
一	愷他命六大包 （驗前總純質淨重五七九六·五五公克）	
二	(一) 第三級毒品愷他命一大包 （驗前總純質淨重九六六·一0公克）	共二大包 （驗前純
	(二) 第三級毒品愷他命一大包 （驗前總純質淨重九七九·五八公克）	質淨重共 一九四五 ·六八公 克）

【附表二】

毒品名稱及數量

第二級毒品MDMA一百顆（驗前總純質淨重約一五·六二公克）

附錄論罪科刑法條全文：

（98年5月22日修正前）毒品危害防制條例第4條

製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣七百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第三級毒品者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。

製造、運輸、販賣第四級毒品者，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。

製造、運輸、販賣專供製造或施用毒品之器具者，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。

前五項之未遂犯罰之。

毒品危害防制條例第5條

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。

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。

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。

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。

資料來源：司法院法學資料檢索系統