憲法法庭114年憲裁字第74號裁定
部分不同意見書

尤伯祥大法官提出

謝銘洋大法官加入

本件裁判憲法審查之聲請意旨所指摘確定終局判決違憲之處有二，其一是就毒品危害防制條例第4條之運輸毒品罪既、未遂之判斷，確定終局判決所採「以已否起運離開現場為準。如已起運離開現場，其構成要件之輸送行為即已完成，應論以既遂」之見解，使如甫起運者、運送中途遭查獲者與實際完成運送交付者均負完全相同刑責，並架空運輸毒品未遂罪之適用空間，違反比例原則、罪刑相當原則及罪刑法定原則（下稱第一部分聲請理由）；其二，就刑法第66條前段「有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至二分之一。」之規定，確定終局判決所採並非必須減輕其刑至二分之一之見解，使減刑幅度完全屬法院自由裁量之範疇，違反法律明確性與信賴保護原則，構成對憲法第7條平等權及權力分立原則之侵害（下稱第二部分聲請理由）。

多數大法官認為第二部分聲請理由係單純就法院認事用法當否而為爭執，尚難認已具體敘明確定終局判決有何牴觸憲法之處，就此本席敬表贊同。惟，基於以下理由，本席認為第一部分聲請理由應予受理：

一、確定終局判決係依我國實務一向見解，將毒品危害防制條例第4條之運輸毒品罪定性為行為犯、抽象危險犯，一經起運離開現場即屬既遂，並憑此見解而認定

聲請人所犯已屬既遂：

毒品危害防制條例第 4 條所稱「運輸毒品」行為，乃指自某地運送至他地而言，包含一切轉運與輸送毒品之情形，無論是由國外運至國內，抑或是由國內之甲地運至乙地，只要在行為人犯罪計畫之內，均屬之。而該罪之成立，並非以所運輸之毒品已運抵目的地為要件，區別既遂、未遂之依據，係以已否起運離開現場為準，如已起運離開現場而進入運輸途中，即屬既遂，不以達到目的地為必要，在毒品到達終極目的地前，其犯罪行為仍在持續進行中，乃實務近百年來之穩定見解（最高法院早於禁煙治罪暫行條例時期之 26 年滬上字第 74 號及 27 年滬上字第 42 號判例即採此見解），確定終局判決亦按此見解而認定聲請人所犯已屬既遂。

上述認為只要起運離開現場即屬運輸毒品罪既遂，而不以毒品到達目的地為必要之實務見解，其立論前提當係毒品一經起運離開現場，即屬立法者所擬制之高度可能危及本罪所保護法益而應予處罰之行為。依此等見解，運輸毒品罪係行為犯、抽象危險犯。

二、確定終局判決之上開見解確已產生違憲疑義而有必要受理予以澄清：

（一）抽象危險犯構成要件之解釋乃至既、未遂之判斷，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：

按，抽象危險犯之立法模式既不以行為業已對法益造成實害或產生具體危險為處罰之要件，則基

於比例原則下刑罰之最後手段性原則，抽象危險犯之立法自應限於所處罰之行為於生活經驗上有高度可能危及立法者所欲保護之客體，而可於立法時將該等行為推定為有高度危險之情形[1]。而縱使抽象危險犯之立法符合前述之憲法上比例原則之要求，然於個案層面，抽象危險犯之立法模式，不容許個案中行為人藉舉證證明其行為確實不會對法益產生任何危險，以推翻立法者擬制之處罰前提，仍有可能導致在個案中處罰實際上根本不會危害立法者所欲保護客體之行為，進而過度干預人民之行為自由，並導致刑罰的非必要使用。因此，對於抽象危險犯構成要件之解釋乃至既、未遂之判斷，尤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（司法院釋字第792號解釋理由書參照）。

（二）確定終局判決之上開見解，不僅與一般人民對「運輸」之理解是否相符，顯有可疑，更使運輸毒品罪幾無成立未遂犯之餘地，進而過度壓縮不能未遂與中止未遂規定之適用空間，不免滋生違反罪刑法定原則及比例原則之疑義：

行為人已著手實行，且將行為實行完成，或已發生結果者，其犯罪行為即屬既遂；雖已著手實行，但尚未完成實行行為，或實行行為雖已完成，

[1] 林山田，刑法通論（上冊），2005年9月，增訂9版，第243頁。

但尚未發生結果者，則犯罪只屬未遂。犯罪既、未遂之區別，乃在於行為人是否完全實現客觀不法構成要件。於行為犯之情形，既、未遂之分野，在於行為人是否已實行完成客觀不法構成要件所描述之行為，其尚未實行完成者，應屬未遂。是縱屬行為犯，除立法者明定一經著手實行，犯罪立即既遂而無既、未遂之分的著手犯（Unternehmensdelikte，例如刑法第100條第1項之內亂罪，規定以強暴或脅迫著手實行內亂行為者，即屬既遂）外，仍有未遂之可能[2]，並非一跨過著手實行之階段就當然臻於既遂。

毒品危害防制條例第4條之運輸毒品罪，實務上向認為其構成要件所描述之運輸行為，係指將毒品自一地運送至他地。稽之教育部國語辭典簡編本對「運輸」乙詞之解釋：「利用交通工具，將人或物由一地運送到另一地。」[3]上述對運輸毒品之實務解釋，可謂尚與受規範者即一般人民對「運輸」乙詞之理解相符。

依實務之解釋，運輸毒品罪之客觀不法構成要件所描述之運輸行為，必然是行為人所支配之跨越時空的連續流程。既然是一個由行為人支配之連續流程，則論理而言，在流程的終點即毒品運抵目的地前，行為人尚未實行完成客觀不法構成要件所描

[2] 林山田，註1書，第438、439頁。
[3] 參見教育部，教育百科 https://pedia.cloud.edu.tw/Entry/Detail/?title=%E9%81%8B%E8%BC%B8&search=%E5%BE%91（最後瀏覽日：114年7月30日）

述之行為，該罪之不法構成要件不能謂已完全實現。故自起運至抵達目的地之運送過程，應屬未遂之階段。如是推論，應亦屬常人根據其對「運輸」乙詞之理解所得預見。實務一方面將運輸毒品解釋為將毒品自一地運送至他地之行為，另一方面卻認為一經起運離開現場即屬運輸毒品既遂，不免自相齟齬，是否係受規範者及一般人民得以預見，亦顯有可疑。深入言之，著手實行、起運與離開起運地現場在時空上往往密不可分，以致依上開實務見解操作之結果，未遂幾難成立，絕大多數運輸毒品之行為人一經著手實行旋即既遂[4]。

惟，毒品危害防制條例第 4 條之運輸毒品罪不僅沒有規定著手實行即屬既遂，而且在同條第 6 項明文區別本罪之既、未遂而異其處罰。由立法者為杜絕毒品進入流通鏈而明定運輸毒品行為縱屬未遂亦予處罰，適可顯示立法者所欲處罰之運輸行為，係行為人所支配之將毒品由一地運至他地之犯罪流程，因此絕非著手犯。起運離開現場即構成既遂之實務見解，其實已將運輸行為之客觀構成要件，由立法原旨設想之運送流程變更為起運。上述見解藉由對既遂範圍之擴張解釋，幾已將運輸毒品罪變更為著

[4] 有偵查實務工作者之研究指出，實務上成立運輸未遂者確實罕見，多類為代收包裹案之情形，見：蕭文儒，網購即運輸？跑腿成毒梟？－論運輸毒品罪之「運輸」，警大法學論集第 40 期，110 年 4 月，第 227 頁。此外，國立臺灣大學法律學院科技整合法律學研究所碩士班楊穎曄同學在其碩士論文內蒐集之運輸未遂案例僅有三件判決，這三件判決中有二件係警方事先偵知行為人將領取之包裹內夾藏毒品，進而於行為人前往提領包裹時，預先埋伏並於行為人領得包裹時即予逮捕。另一件也是警方事先偵知包裹內夾藏毒品，予以查扣後進行控制下交付，由行為人領回，見：楊穎曄，運輸毒品罪之研究，國立臺灣大學法律學院科技整合法律學研究所碩士論文，112 年 8 月，第 71 至 76 頁。楊同學之論文與蕭文儒之看法可謂若合符節。

手犯，使運輸毒品罪處罰未遂之規定幾已形同虛設，而有是否違背立法者之規範計畫致生牴觸罪刑法定原則下禁止擴張解釋之疑義。

抑有進者，刑法第 26 條之不能未遂及同法第 27 條之中止未遂規定，因此見解在運輸毒品罪幾無適用餘地，以致不論行為人於起運後是否因己意中止或採取防止結果發生之措施，亦不論行為人所用運輸方法本質上是否根本不能達到運輸目的，均被論以既遂之處罰。如此結果，不僅益添違背立法者處罰本罪未遂犯之規範計畫之疑慮，而且將實際上根本不會危害本罪所欲保護法益之行為一概予以既遂犯之處罰，而剝奪行為人依這兩條規定減輕或免除其刑之機會，亦可能導致刑罰的非必要使用。就此而言，上述實務見解亦難免滋生罪責與處罰不相對應而有違比例原則之疑慮。

上述實務見解乃著眼於運輸毒品罪係抽象危險犯，因而以毒品一經起運離開現場，即屬立法者所擬制之因高度可能危及本罪所保護法益而應予處罰之行為，為其立論基礎。然而，考諸司法院釋字第 792 號解釋理由書第 13 段：「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。」認為製造、運輸、販賣毒品這三種行為同係因產生危害而應受處罰，進而得其販賣僅罰「賣出」而不及於「販入」之推論，則在本號解釋將運輸解釋為「從一地運至他地，使毒品流通於他地，產生危害」後，上述基於運輸毒品罪係抽象危險犯而來之實務見解，其立論基礎是否已因這號解釋而有所動搖，亦值探究，由此益可見本件聲請有受理價值。