

論販賣毒品罪在立法及適用上之問題

張天一*

目次

- 壹、前言
- 貳、對「販賣」概念內涵之釐清
- 參、販賣毒品罪與其他毒品犯罪之區分標準
- 肆、對販賣毒品罪立法方式之檢討
- 伍、結論

關鍵字：毒品危害防制條例、販賣毒品罪、重刑化、國民健康、釋字 476
號解釋

投稿日期：九十九年四月二十八日；接受刊登日期：九十九年五月十七日

*輔仁大學法學博士，中原大學財經法律系助理教授。

壹、前言

一、對毒品危害防制條例第四條規定之檢視

近年來，是否廢除死刑的議題在我國引起了廣泛的討論，在支持應維持死刑的看法中，一個經常被提及的有力論點，即在於大法官會議曾於釋字第四七六號解釋中表明了死刑係屬合憲之見解，而此號解釋之緣起，係由於我國的毒品危害防制條例第四條第一項中，對於製造、運輸、販賣第一級毒品之行爲，給予死刑或無期徒刑之刑事制裁。由於實務界在適用該條文時，時常感到在法定刑的設計上過度僵化，考慮到個案中行爲人之犯罪情節輕重有別，若一律給予無期徒刑或死刑之制裁，實有情輕法重之憾，因此，實務界在處理此等案件時，多半會以援引刑法第五十九條等方式，設法讓被告得以減輕刑罰¹，因此，毒品危害防制條例第四條之法定刑度是否合乎比例原則之要求，向來受到質疑。不過，大法官會議在釋字第四七六號解釋的理由書中卻以「死刑、無期徒刑之法定刑規定，係本於特別法嚴禁毒害之目的而爲之處罰，乃維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要，無違憲法第二十三條之規定，與憲法第十五條亦無抵觸」作爲理由，認定其法定刑在制定上並無違憲。

而綜觀毒品危害防制條例中毒品犯罪之各條處罰規定，除了在施用毒品行爲之部分存有入罪化與除罪化的爭議外，對於其他毒品犯罪

¹ 張天一，對重刑化政策下販賣毒品罪之檢討，月旦法學雜誌，第一八〇期，頁 99（2010）。

行爲，立法者向來即採取重刑化的刑事政策，欲以嚴苛之刑罰來抗制毒品犯罪，在二〇〇九年五月該法的修正中，立法者將該法第四條第一項中併科罰金刑的數額，由原先的新台幣一千萬元提高爲二千萬元，其做法更明顯的印證出立法者重刑化的思想。對於販賣毒品行爲科以死刑是否合理的問題，國內已有文獻做過討論，係認爲其法定刑在設計上不具合理性²，本文從其論點，肯認以死刑作爲法定刑並不合理，於此不再重複探討，亦不涉入死刑應否存廢的議題。是故，本文所討論的重心係針對目前毒品危害防制條例第四條之規定內容，由於本條規定不論在法規的設計上及適用上，都存在著極大的問題，而這些問題存在已久，卻少見有進一步的討論。長期以來，不但立法者未能藉由修法予以改正，且我國實務界亦消極的繼續沿用不合時宜的見解，所造成的不當之處，對人權之侵害程度並不亞於死刑所帶來之惡害。對此，本文欲呈現出該條文所存在之不當處，並提出修正建議，期望能拋磚引玉，讓相關問題能夠獲得更多的重視。

二、問題的提出

對我國販賣毒品罪的規定加以檢視，主要存在著兩個問題：其一，由於該罪構成要件在解釋上的爭議，使得販賣毒品罪的適用範圍遭到不當的擴張，亦使得本罪與其他毒品犯罪之間界限不明。其二，由於我國在販賣毒品行爲的處罰上，是以「毒品分級」作爲標準，以區別法定刑的程度，此一作法是否適當，不無疑問。再者，由於在法定刑設計上的僵化，導致實務界對於個案的量刑空間受到嚴重壓縮，亦有不當之處。對於上述的兩個問題，本文分述如下，以進一步呈現

² 王皇玉，論販賣毒品罪，政大法學評論，第八十四期，頁 263-264（2005）；張天一，前揭註 1，頁 113。

爭議所在。

(一) 在構成要件解釋上之疑問

毒品危害防制條例第四條中所存在的一個主要問題，來自於我國實務界在解釋及適用販賣毒品罪上所生之疑義，對於該罪中之「販賣」概念在解釋上，我國實務界向來係採取「不論販入或賣出之行爲，均屬販賣行爲」之見解³。如依循此一見解，行爲人在買入毒品後復行賣出之行爲，係屬於販賣行爲；而行爲人以賣出毒品爲目的而買入毒品之行爲，亦屬於販賣行爲。是故，行爲人在買入毒品後，如在尚未賣出之際即被查獲犯行，其行爲應論以販賣毒品罪之既遂犯。對於上述實務界的看法，有論者係抱持質疑的態度，認爲如以一般日常用語去理解「販賣」一詞，其意涵應爲「商人由生產者販入貨物後，進而將其轉售與消費者」⁴，因此，將「僅買入卻尚未賣出」之情形，亦解釋成爲「販賣行爲」的作法，在解釋方式上是否已超出一般社會大眾對於法律文義所能理解之範圍外，而有違罪刑法定原則，實不無疑問。

再者，毒品危害防制條例第五條中另設有「意圖販賣而持有毒品罪」之規定，對於行爲人以販賣毒品作爲目的，進而持有毒品之行爲，亦給予處罰。如探究此一條文之立法目的，應係立法者將「爲販賣毒品進而持有毒品，卻尚未賣出」與「持有毒品後，並已復行加以販賣之行爲」兩者行爲態樣相互比較後，認爲由於在前者之情形中，行爲人尚未完成賣出毒品之行爲，尚未有相對人取得毒品並予以施用，其

³ 最高法院 25 年非字第 123 號判例。

⁴ 黃朝貴，談毒品販賣、轉讓、幫助吸食（施用）之法律適用問題（上），法務通訊，第一七五一期，版 2（1995）。

行為所造成之侵害危險程度較低，不法內涵自較後者之情形為輕，故給予較輕之刑事制裁。不過，由於我國實務界對販賣毒品罪的適用上，向來依循最高法院二十五年非字第一二三號判例之意旨⁵，認為販賣毒品行為在成立上，並不以「販入之後復行賣出」為必要，若以營利為目的將鴉片購入或將鴉片賣出，有其中之一行為者，其販賣毒品行為即已完成，即屬本罪之既遂犯，而不得論以未遂。對此，應該思考的一個問題是：此一判例係於一九三六年時做成，而當時所適用之法規為一九二九年所制定的「禁煙法」，就禁煙法的內容觀之，其中並未設有如同毒品危害防制條例第五條之規定，直到一九五五年「肅清煙毒條例」制定時，才有類似之規定，暫且不論實務界擴張販賣毒品罪處罰範圍之作法是否恰當，但是，至少還能夠從法制度上嘗試取得合理性。不過，在時空變遷，法律依據已有所不同的情況下，我國實務界仍以七十多年前所做成之判例繼續沿用於現今之案件審判上，在作法上是否妥當，實有檢討之必要性。

此外，毒品危害防制條例第八條中對於「轉讓毒品」之行為，亦設有處罰規定，但以轉讓第一級毒品為例，其法定刑度為一年以上、七年以下有期徒刑，與販賣第一級毒品的行為相較之下，其法定刑度顯然較輕，而且有相當的落差。不過，如就「販賣」與「轉讓」兩者概念相互比較，均是具有「將毒品讓與他人」之性質，其差異處僅在於「該讓與毒品行為係屬有償或無償」⁶，而這樣的差別性，實際上

⁵ 就如最高法院 97 年度台上字第 6846 號、最高法院 97 年度台上字第 6636 號、最高法院 97 年度台上字第 6417 號及最高法院 97 年度台上字 5709 號等刑事判決中，均延續此一見解。

⁶ 甘添貴，刑法各論（上），頁 478-479，五南圖書出版公司，四版（1994）；林山田，刑法各罪論（下冊），頁 553，自版，五版（2005）。

是否確實大幅提昇販賣行為之不法內涵，而必須要動用到死刑此一威嚇手段以實現預防目的，恐怕要先打上一個問號，重新予以斟酌。

（二）在量刑標準設計上之疑問

而毒品危害防制條例第四條中的另外一個問題，在於就該條的立法架構而言，係以「行為態樣」及「毒品種類」作為區分上之標準。由行為態樣方面觀之，係對於「製造毒品」、「運輸毒品」及「販賣毒品」三種行為態樣給予刑事制裁，但三者行為態樣在法定刑度上，並無區別；而由毒品種類方面觀之，係依照同法第二條之分級規定，對於製造、運輸或販賣第一級至第三級之毒品行為，分別給予不同之法定刑度。因此，販賣毒品罪在其法定刑度之區分上，是以行為人所販賣的毒品種類之等級，來作為區別標準。

換言之，現行法上對於販賣毒品行為之處罰，是依照行為人販賣毒品種類之等級，分別給予高低不同之法定刑度。而在毒品等級的劃分上，則是依照毒品危害防制條例第二條中所列之「成癮性」、「濫用性」及「對社會危害性」三個標準，將毒品區分為四個等級，而這樣的區分標準是否正確，值得重新檢視。更進一步來說，在該法第二條中所提出的三個區分標準，其內涵究竟為何？而這樣的區分模式，是否可以統一性的適用於所有的毒品犯罪中？亦即對於販賣毒品行為與其他的毒品犯罪行為，是否可以適用完全相同的區分標準來作為處罰上的依據？對於上述問題，國內則少見相關的討論。

但亦有少數見解認為，轉讓行為亦可將有償之讓與包含在內。參閱陳仟萬，剖析毒品性犯罪行為的構成要件－以毒品危害防制條例的規定為依歸，刑事法雜誌，第四十三卷第三期，頁 8-9（1999）。

其次，觀察我國實務界對於販賣毒品案件之判決可知，法官在個案中所採取的量刑基準，其實並非僅以「毒品種類」作為依據，另包括了販賣毒品之數量、次數與獲利金額等標準在內。不過，在現行法上卻僅以毒品之等級區分來決定法定刑設定上的輕重，導致實務界只能尋求其他的途徑，來解決法定刑度上僵化的問題，以試圖緩和罪刑失衡之狀況，但問題仍未能有效被解決。因此，目前我國在販賣毒品罪的立法上，確實是存在一些不當之處，為了能夠妥善解決立法與實務運作脫節的困境，提出一套較為合理的立法方式與量刑模式，自應有其必要性。

貳、對「販賣」概念內涵之釐清

一、實務界所採解釋方式之不當處

如前所述，對「販賣」之概念應如何予以解釋的爭議，是目前販賣毒品罪所存在最大的問題。依照我國實務界之見解，所謂「販賣行為」，係對於不特定之人或多數人為有償轉讓物品之行為，但不限於先買後賣，亦無須反覆為之，且並不以得利為要件⁷。從此一見解的論述觀之，其實在論述上並無錯誤之處，就「販賣」一詞的字義而言，在理解上是可包含「買入」及「賣出」兩者行為態樣，就如我們在日常生活中，確實常見經商者在買入物品後，再行賣出給消費者之情形，而兼具了上述兩者態樣。不過，如果僅具「買入」或「賣出」其中之一的態樣時，是否仍屬於販賣行為，則有斟酌之餘地。

⁷ 最高法院 18 年上字第 767 號判例。

就現實上而言，亦可能存在雖未有買入物品之行爲，卻因其他原因持有物品，而後予以出售的情形，如製造者在生產物品後，復行將物品出賣於人，此時，即僅有「賣出」之態樣。此外，又如在目前生活中隨處可見的「自動販賣機」，雖然名爲「販賣機」，但該機器在本質上是代替銷售者出售物品，著重處係在於「賣出」，而非在於「買入」，因此，對於「販賣」此一詞彙在理解上，似可認爲其屬於「同義複詞」⁸，亦即該詞彙所強調者在於「賣出」之意涵，至於「買入」則並非爲必要的條件。因此，該實務見解中所謂「販賣行爲不限於先買後賣」的說法，是值得贊同的。

從販賣毒品之本質而言，係指「有償讓與毒品」之行爲，亦即販賣者以買受人處分財物或財產上之利益，作爲其交付毒品之對價。而在毒品危害防制條例第八條中另設有「轉讓毒品罪」之規定，依照該條之立法意旨觀之，所謂「轉讓行爲」，係指以無償方式讓與毒品予他人，亦即販賣者在毒品之交付上是沒有存在財產利益上之對價。若將販賣行爲及轉讓行爲兩相比較，兩者行爲均具有將毒品讓與他人之性質，就此點而言，既然行爲人將毒品交付予他人，就有促使他人施用毒品之可能性，所造成之利益侵害程度應無不同，但是，兩罪之法定刑度卻有明顯之差別，因此，造成法定刑度有所差異之原因，應在於「有償」或「無償」之區別。不過，一個值得思考的問題是：爲何因爲行爲人的讓與毒品行爲是存在財產上之對價，在行爲的處罰上就必須加重？

⁸ 所謂「同義複詞」，即爲同義字重複使用所成之詞，屬於修辭方式之一種，爲鑲嵌的增字用法之必要條件。而使用此一修辭方式之目的，多半在於拉長音節，除得使語氣充足外，亦能使語意充實。

首先，一個可能的答案是：行為人係以犯罪行為作為獲取財產利益之方式，基於其選擇以犯罪行為來牟取利益的考量，而認為有予以加重處罰之必要，在性質上是類似於刑法中以「意圖營利」對行為人為加重處罰之規定。不過，不論「獲取財產利益」是以行為態樣或主觀目的之形式加以表現，均非是一個應受到負面評價之概念，就如一般社會上之工作，工作者多半也是存在著獲取財產利益之目的，而我們並不會去非難行為人存有獲利的念頭，因為獲取財產利益原本就是我們能夠在社會上生存下去的主要方式，並無受到譴責之必要。同樣的，即使獲利的行為或目的與另一個犯罪行為相結合，並非一定會轉變成為一個負面評價之概念，除非我們是用「君子愛財、取之有道」的道德觀念去看待，否則，不論行為人是在客觀上有獲得財產利益的行為，或是在其主觀上有獲得財產利益之意思，都不應以此作為加重處罰之理由。而唯一能使「獲取財產利益」概念產生質變，而須給予負面評價的情形，應在於行為人是以侵害他人財產利益之方式來獲取財產利益，不然單純僅以「行為人係藉由犯罪行為來獲取財產利益」作為加重處罰之理由，在說法上是欠缺合理性的⁹。因此，以「行為人有償轉讓毒品，係藉此以獲取財產利益」作為販賣毒品罪應加重處罰的理由，在說法上也是難以成立的。

對此，另一個比較合理的解釋是：由於讓與毒品的行為在目前是受到禁止的，因此，在毒品交易市場中容易存在著壟斷的狀況，自然也導致毒品會有較高的生產或銷售上的經濟成本¹⁰。所以，若是以無

⁹ 基於這樣的看法，目前我國刑法中以「意圖營利」來作為加重處罰事由的規定，在作法上是否合宜，亦有值得斟酌之處。

¹⁰ 關於近年毒品在我國買賣價格之相關統計資料及說明，可參閱行政院研究發展考核委員會，毒品問題與對策，頁 20-22，行政院研究發展

償的方式讓與毒品時，讓與者就必須自行吸收毒品之經濟成本，從常理上而言，於無償讓與毒品的狀況下，不論在毒品讓與的數量或是次數上，都會比較有限，除非資力甚鉅者，否則，將難以負荷在取得毒品上所需支出之成本。換言之，雖然毒品讓與者並不一定要從中獲取暴利，但至少必須是在能夠獲得足以與毒品價格相對應之財產利益的情形下，才有可能繼續取得毒品，進而反覆為讓與行為，在這一點上，其實與一般的商業活動是相仿的。所以，販賣毒品行為所表彰的，是販賣者有繼續從事讓與毒品行為之高度可能性，雖然我們不能排除存在著偶發性的單一次數販賣行為，不過，與無償的轉讓毒品行為相較之下，有償的販賣毒品行為確實有較高的可能會反覆發生，而且在毒品轉讓的數量上也可能較大，如果由這一點來作為加重處罰的理由，或許是一個比較合理的說法，但在立法上應有更加細緻化的必要，而非如現行的毒品危害防制條例直接為二分化的區別。對此，根據美國哥倫比亞大學的社會學教授Venkatesh其於就讀博士班時所做之研究顯示：在美國的毒品供給鏈結構中，真正能夠獲得高額利益者，其實是在於少數的上層供應者，而下層供應者之收入往往僅能勉強維持生活上的開銷¹¹。因此，如果在立法技術上沒有考慮到個案中可能存在的差異性，而僅以讓與毒品行為係屬「有償」或「無償」作為法定刑設計上之標準時，恐怕在法規適用上會流於僵化，而犧牲對個案處理

考核委員（2006）。

¹¹ Steven Levitt & Stephen Dubner著（李明譯），蘋果橘子經濟學（Freakonomics），頁134以下，大塊文化出版（2006）。關於Venkatesh教授在此一研究上之詳細過程，有興趣者可參閱Sudhir Venkatesh著（賴盈滿譯），我當黑幫老大的一天（Gang Leader For A Day: A Rogue Sociologist Takes To the Streets），遠流出版社（2009）。

上之公平正義。

至於「販賣」之概念在解釋上，必須是行為人在買入後復行賣出，始屬販賣行為；抑或是只要僅有買入行為，縱使尚未賣出，即屬販賣行為，對於此一問題，向來在我國實務界存有爭議。就實務界之多數見解而言，仍遵循最高法院二十五年非字第一二三號判例之意旨，認為販賣行為在認定上，買入及賣出無須兼備，僅有買入或賣出行為之一，販賣行為即告完成。因此，如行為人以營利之目的買入毒品，即使尚未賣出毒品，其販賣行為亦屬完成，仍應論以販賣毒品罪之既遂犯¹²。不過，實務界亦曾有不同見解認為，如就法條之字義而為解釋，販賣一詞應指販入及賣出兩者兼備而言，如僅為販入而尚未賣出，或是僅締結買賣契約卻尚未交付毒品者，則不得論以販賣毒品罪，否則，即有違罪刑法定原則之虞¹³。

對此，本文認為應就最高法院作成二十五年非字第一二三號判例時的背景加以考量，在當時有效之法律，係為一九二九年所制定的「禁煙法」，而在禁煙法共七條的規定中，僅粗略區分種植罌粟、販賣毒品、私藏毒品、吸食毒品與私設地下煙館等行為，並未如後續制訂之「肅清煙毒條例」及「毒品危害防制條例」一般，對於禁止之行為類型詳加區分，如在禁煙法中即未設有「意圖販賣而持有毒品」的犯罪類型。因此，為了能夠擴大對毒品供應行為之壓制，當時實務界將販賣之概念為擴張解釋，在作法上並不會令人感到意外。不過，值得注意的是，在民國初期仍適用「暫行新刑律」之時，實務界即曾有見解表明：行為人受人委託販賣鴉片，於持有鴉片後即外出準備交易，但

¹² 81年4月7日（81）廳刑一字第254號函覆台高院。

¹³ 73年6月8日（73）廳刑一字第506號函覆台高院。

在交易未成前，其行為僅成立刑律第二六六條之「意圖販賣收藏鴉片罪」，而不得論以販賣鴉片罪之既遂或未遂犯¹⁴。此一實務見解在說理上實屬正確，但為何實務界嗣後改變見解，將販賣概念予以從寬認定，其中之來龍去脈已不可考，不過，就此一實務見解之變遷而言，實務界擴大對販賣行為解釋之作法，在說理上反而是欠缺合理性的。

二、重新定義「販賣」概念

對於「販賣」概念之爭議，本文認為不論當時實務界採取擴張販賣概念之原因為何，但時至今日，實無繼續延用最高法院二十五年非字第一二三號判例之必要。就形式上而言，目前毒品危害防制條例中已對於「意圖販賣而持有毒品」之行為態樣設有處罰規定，因此，對於行為人基於販賣之目的，購入毒品後卻尚未賣出之情形，論以該條例第五條之罪，即為已足，而非適用第四條之販賣毒品罪。再者，就第五條之立法意旨而言，顯然立法者是有意將「購入毒品後，並已復行賣出」與「購入毒品後，尚未復行賣出」之情形予以區分，若仍繼續延用最高法院二十五年非字第一二三號判例之見解，將導致本條例第五條之規定遭到架空，而幾無適用之餘地。因為依照該判例之意旨，只要行為人基於販賣之目的而買入毒品，即可認為其已經完成販賣毒品行為，應論以本條例第四條之「販賣毒品罪」，而非論以第五條之「意圖販賣而持有毒品罪」。如此一來，可能適用第五條規定來加以處罰之情形，僅剩下行為人雖具有販賣之意圖，卻以「無償」之方式取得毒品之情形，例如：以受贈之方式由他人處取得毒品，不過，這種情形在現實上出現的可能性可說是微乎其微，如果立法者只是為

¹⁴ 最高法院 6 年上字第 516 號判例。

了這樣「罕見」的個案去特別加以立法，在作法上實在是難以解釋。所以，至今實務界仍沿用最高法院二十五年非字第一二三號判例的原因，可能就是實務界並未留心法規之變遷，因而繼續延用已經不合時宜的判例，導致了違背原先立法目的之不當結果。

此外，從實質上而言，販賣毒品行為之處罰基礎，應在於行為人將毒品散布給他人，進而促使他人施用毒品，導致其健康受到損害，使得國民生產力有所減損¹⁵。依據此一論點，在處罰販賣毒品行為上的一個前提要件，就是行為人已經將毒品讓與他人，若此一讓與行為並未實現時，立法者所預設之利益侵害即無法發生，而非屬本罪之行為態樣範圍，故對於行為人之行為自不應論以販賣毒品罪。因此，本文認為對於「販賣」概念在解釋上，應理解為「行為人以有償方式將毒品讓與特定或不特定之人」，也就是應該著重於「賣出」的意涵上，此時，才有可能為販賣毒品罪找到合理的加重處罰基礎，因此，行為人究竟是否有買入毒品之行為，其實與販賣毒品罪的成立與否並無關係。所以，目前實務界所依循的最高法院二十五年非字第一二三號判例之見解，已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，亦使得毒品危害防制條例第四條第六項「販賣毒品罪之未遂犯」的處罰規定幾無適用之可能¹⁶，此一作法，等於使得司法權凌駕於立法權之上，不無違反權力分立制度之虞，故對於此一實務界之不當見解，應有儘速檢討與修正之必要性。

¹⁵ 張天一，前揭註 1，頁 110-112。

¹⁶ 王皇玉，前揭註 2，頁 260-261。

參、販賣毒品罪與其他毒品犯罪之區分標準

在現行的毒品危害防制條例當中，立法者除處罰販賣毒品之行爲外，亦對於其他與毒品有關之行爲設有處罰規定，而各罪在適用上應如何予以區別，是一個值得討論的問題。以下，本文將延續前述之論點，對於「販賣毒品罪」與「轉讓毒品罪」及「意圖販賣而持有毒品罪」之間的區分標準予以討論，以釐清各罪在適用上之範圍界限。

一、與「轉讓毒品罪」之區分標準

將「販賣毒品罪」與「轉讓毒品罪」兩相比較，可發現兩罪之相同處在於均具有「毒品之持有者將毒品之所有權移轉給他人」之性質，亦即持有者將毒品在法律上或事實上之處分權讓與他人¹⁷，此外，在行爲既遂與未遂之認定上，係以現實上持有者是否已將毒品交付給相對人爲斷，若爲現實交付之情形，是以相對人已建立起對毒品的持有關係之際，作爲行爲既遂之時點；若爲簡易交付之情形，由於毒品已在相對人之持有關係下，則是以雙方達成移轉所有權之合意時，作爲行爲既遂之時點¹⁸。

而兩罪之差異處則在於販賣毒品罪在成立上，係行爲人以有償之方式轉讓毒品之所有權；至於轉讓毒品罪在成立上，則係行爲人以無償之方式轉讓毒品之所有權¹⁹，換言之，若行爲人係由相對人處獲得

¹⁷ 藤永幸治等，藥物犯罪，頁 56-57，東京法令出版株式會社，二版（2005）。

¹⁸ 前揭註，頁 59。

¹⁹ 「轉讓毒品罪」在適用上一個可以去思考的問題是，若行爲人並無移轉所有權之意思，僅是將毒品單純「交付」於他人，如將毒品寄放

財產利益，以作為讓與毒品所有權之對價，不論其所取得者為有形之財物或無形之財產利益，均屬販賣毒品行為之範疇。不過，若在個案中，行為人因讓與毒品所取得財產利益之金錢價值，是低於毒品所具之金錢價值時，其行為是否仍屬於販賣行為？對此，學說上則存有爭論²⁰。我國實務界在論及販賣毒品罪之成立要件時，可見延續最高法院二十五年非字第一二三號判例之觀點，以「意圖營利」作為販賣毒品罪主觀要素之一的看法，亦即行為人在販入或賣出毒品之際，主觀上必須存在藉此取得財產利益之目的，否則，其行為不能論以販賣毒品罪²¹。不過，若行為人具有營利之意圖，縱使係以原價或低於原價將毒品讓與他人，但仍不妨礙販賣毒品罪之成立²²。此外，雖然亦曾見否認以「意圖營利」作為販賣毒品罪成立要件的實務見解²³，但實屬少數，就目前實務界之多數見解而言，仍認為販賣毒品罪在成立上應以「意圖營利」作為要件，即行為人在販入或賣出毒品之際，其主觀上必須存有獲得財產利益之意思，至於實際上是否已獲得原先預期金額之財產利益，並非所問。

在德國的「麻醉藥品法」（Betäubungsmittelgesetz, BtMG）中，

於他人處，此一行為是否應予處罰，值得斟酌。由於在此一情形中，行為人並無「移轉所有權給他人」之意思，其行為是否能以轉讓毒品罪相繩，不無疑問。

²⁰ 對於此一問題之相關討論，可參閱林信旭，淺論販賣毒品罪應否以「意圖營利」為必要，軍法專刊，第四十五卷第六期，頁 30 以下(1999)。

²¹ 最高法院 67 年台上字第 2500 號判例；最高法院 69 年台上字第 1675 號判例；臺灣高等法院暨所屬法院 88 年法律座談會刑事類提案第 17 號。

²² 最高法院 84 年 4 月 18 日第 3 次刑事庭會議決議。

²³ 最高法院 18 年上字第 767 號判例。

對於行為人以有償方式讓與毒品之行為，再區分為「從事交易」（Handeltreiben）以及「出售」（Veräußerung）兩種型態，所謂「從事交易」，係指行為人為「牟取私利」（Eigennutz）而移轉毒品之行為²⁴，亦即行為人必須由移轉毒品的行為中獲取「額外的財產利益」（sonstige Vorteile），而依照德國聯邦法院之見解，即使該行為是偶爾為之或是僅有一次，仍屬於交易行為²⁵。而所謂「出售」，係指行為人以有償的方式移轉毒品，但並未有從中「獲利」（Gewinn）²⁶。因此，若行為人以二〇〇歐元買入古柯鹼，而以四〇〇歐元轉售給他人時，由於行為人從中獲取了二〇〇歐元價差的財產利益，故其行為屬於「從事交易」；反之，若行為人以二〇〇歐元買入古柯鹼，而以原價轉售給他人，或是由於相對人殺價的緣故，僅以一五〇歐元轉售時，由於行為人並未由毒品移轉行為中獲得額外的財產利益，則其行為應屬於「出售」²⁷。不過，在麻醉藥品法第 29 條第 1 項第 1 款的規定中，對於從事交易與出售的行為同樣是給予五年以下有期徒刑之

²⁴ Franke / Wienroeder, Betäubungsmittelgesetz, 3. Aufl., 2008, §29 Rn.22 ; Junge / Lander / Winkler / Rohr, Deutsches Betäubungsmittelrecht, 1. Aufl., 2009, §29 S.15 ; Körner, Betäubungsmittelgesetz, 6. Aufl., 2007, §29 Rn.220 ; Malek, Betäubungsmittelstrafrecht, 3. Aufl., 2008, Kap.2 Rn. 86 ; Patzak / Bohnen, Betäubungsmittelrecht, 1. Aufl., 2009, Kap.2 Rn. 50 ; Wagner / Kallin / Kruse, Betäubungsmittelstrafrecht, 2. Aufl., 2004, Rn.32 ; Webel, Betäubungsmittelstrafrecht, 1. Aufl., 2009, S.62.

²⁵ BGHSt 6, 246ff.

²⁶ Franke / Wienroeder, a.a.O.(Fn.24), §29 Rn.103 ; Junge / Lander / Winkler / Rohr, a.a.O.(Fn.24), §29 S.45 ; Körner, a.a.O.(Fn.24), §29 Rn.1211 ; Malek, a.a.O.(Fn.24), Kap.2 Rn. 253 ; Patzak / Bohnen, a.a.O.(Fn.24), Kap.2 Rn. 47 ; Wagner / Kallin / Kruse, a.a.O.(Fn.24), Rn.42 ; Webel, a.a.O.(Fn.24), S.88f.

²⁷ 對於相關案例的探討，可參閱Wagner / Kallin / Kruse, a.a.O.(Fn.24), Rn.32ff.

處罰，並未特別予以區別，而兩者的區分實益之一，在於如存在特定之事由時，則加重對從事交易行為的處罰（§29a(1)2, §30(1)1, §30a(1)(2) BtMG）。從德國立法例觀之，其實可知立法者認為行為人是否從移轉毒品中獲得利益，並不會影響行為的不法程度，即使是無償的交付行為（abgeben），在法定刑度上也與從事交易及出售行為無異，而與我國之立法方式有別。

至於在日本的「麻藥五法」中²⁸，亦未如我國為「販賣」及「轉讓」的類型區分，而是以「交付」及「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²⁹。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，因此，在日本的立法例上，是將「意圖營利」作為加重處罰的要件，亦與我國之立法方式有別。

基於上述之說明與比較法上之介紹，本文認為實務界以「意圖營利」作為販賣毒品罪成立要件的看法，實屬畫蛇添足之舉，因為販賣行為在本質上必然包含了「有償」的性質在內，因此，行為人在實行販賣行為時，對於此一行為事實在其主觀上亦須有所認知，故無必要另外增加「營利」之意圖。縱使一個有償的轉讓行為也可能讓行為人所擁有的財產不增反減，如行為人以低於買入價格之金額出售毒品，但是，依照本文前述之看法，與轉讓毒品罪相較之下，對於販賣毒品

²⁸ 日本在毒品法規的制定上，是依照毒品類型之區別，個別予以立法，主要為「麻醉藥物及影響精神藥物取締法」（麻藥及向ひ精神藥取締法）、「興奮劑取締法」（覺せい劑取締法）、「大麻取締法」（大麻取締法）、「鴉片法」（あへん法）以及「麻醉藥物特別法」（麻藥特例法）五個法規，對此，一般合稱為「麻藥五法」。

²⁹ 藤永幸治等，前揭註 17，頁 56。

罪給予更嚴苛處罰之原因，係在於行為人以有償方式讓與毒品，並因而取得財產利益，便有較高的可能性繼續反覆為讓與毒品之行為，因此，行為人所獲得的財產利益是否與毒品價格相等，本來就不是要被考慮的要素。至於在行為人以極低的對價讓與毒品的狀況中，姑且不論現實上發生之可能性，在理論上，其行為仍應論以販賣毒品罪，但可將其獲利的多寡作為量刑上之參考，甚至透過立法方式為例外之處理，應該是比較適當的解決之道。

二、與「意圖販賣而持有毒品罪」之區分標準

毒品危害防制條例中對於「持有毒品」之行為亦設有處罰規定，但依照行為人係單純持有毒品或意圖販賣而持有毒品而異其處罰，且兩罪在法定刑度上顯有落差，單純持有毒品罪最重為三年有期徒刑，但意圖販賣而持有毒品罪最重卻可至無期徒刑，其主要原因應在於行為人主觀意圖上之差別。從法條之形式上觀之，意圖販賣而持有毒品罪是有別於販賣毒品罪，而屬獨立之犯罪類型，但就實質而言，該罪應屬於販賣毒品罪之預備犯，亦即以持有毒品作為販賣毒品之前階段準備行為。不過，與其他犯罪之預備犯規定相較之下，本罪之法定刑度在設計上顯然過高，若以殺人罪為對照，殺人罪之法定刑為死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑，而殺人罪之預備犯僅為三年以下有期徒刑，反觀本罪之法定刑度，竟為無期徒刑或十年以上有期徒刑，完全忽略本罪所具有之預備行為性質，由此更明顯呈現出毒品危害防制條例向來存在的重刑化思想，不但違背罪刑均衡原則，亦違背平等原則，在立法政策上實屬不當。

而本罪在適用上出現的一個問題，同樣源於最高法院二十五年非字第一二三號判例所造成之困擾，由於實務界依循該判例之見解，認

為行為人只要在買入毒品之際，若其主觀上存在營利目的，其「販入毒品」之行為即屬販賣毒品罪之既遂犯，如此一來，必須是行為人在買入毒品之際，主觀上並無復行賣出之意思，如出於供自己施用之目的時，始有本罪之適用空間。不過，如果行為人在買入毒品之際，在其主觀上不具有營利之目的，自與本罪之成立要件不符，為何能夠成立本罪？實不無疑問。對此，我國實務界曾有見解表示，行為人起初無販賣毒品之意思，僅為自行施用而購入毒品，如嗣後另起販賣之意圖時，則其行為應論以意圖販賣而持有毒品罪³⁰。又或行為人原無販賣營利之意圖，於購入或因其他原因取得毒品後，始另行起意販賣營利，行為人既非以營利售賣意圖而販入，如嗣後起意圖利售賣，於尚未著手為賣出行為前，始成立意圖販賣而持有毒品罪³¹。換言之，我國實務界認為即使行為人在持有毒品之際，其主觀上並未有販賣之意思，但在持有中卻另生販賣之意圖時，則仍應論以本罪。不過，先不論此一行為態樣是否能與持有毒品之際即具有販賣意圖的情形等同視之，單純就本罪在立法形式上，並未如刑法第三八四條之一「準擄人勒贖罪」一般，對另起販賣意圖之情形以明文規定賦予處罰基礎這點而言，我國實務界以司法解釋之方式擴大本罪之適用範圍，在作法上恐已違反罪刑法定原則，應儘快揚棄此一不當見解為當。

因此，本文認為若行為人以「欲於買入毒品後復行賣出」之主觀意思，進而持有毒品時，應成立意圖販賣而持有毒品罪；若行為人因其他原因持有，於嗣後另生販賣意圖時，在現行法的規定下，僅能論

³⁰ 最高法院 22 年上字第 833 號判例；76 年 9 月 12 日（76）廳刑一字第 1669 號函覆台高院。

³¹ 最高法院 90 年度台上字第 2046 號刑事判決；最高法院 95 年度台上字第 3574 號刑事判決。

以毒品危害防制條例第十一條之「持有毒品罪」。至於行為人以販賣之意思買入毒品，只要尚未有賣出之行為，亦僅能論以本罪，而非論以販賣毒品罪。因此，必須待行為人進而賣出毒品，亦即在現實上已有將毒品移轉給他人之行為時，才能適用販賣毒品罪加以處罰。所以，倘若行為人僅是向他人兜售毒品，或是僅與他人存在買賣毒品之合意，但事實上卻尚無交付毒品之行為時，均屬意圖販賣而持有毒品罪之處罰範疇，而非論以販賣毒品罪之既遂犯或未遂犯³²，如此一來，自然能解決目前販賣毒品罪與意圖販賣而持有毒品罪區分界限不明的問題，也能符合立法者區別兩者行為態樣的原意。

三、整合犯罪類型之可能性

從前述的討論中，可以得知就販賣毒品及轉讓毒品兩者的行為本質而言，都存在移轉毒品持有關係的性質，其差異處僅在於移轉毒品之行為是否具為有償。這裡必須要思考的一個問題是：如果我們所著重的是在於行為人將毒品移轉出去之後所造成之危險性時，販賣行為和轉讓行為其實是沒有區別的，因為危險性的高低應該是取決於讓予的對象（如是否成年）或是讓予的數量等因素，至於行為人主觀上是否存在獲利的意圖，頂多只是影響行為人為下一次移轉行為的可能性而已，但對於本次移轉行為的不法內涵而言，應該不會產生任何的影響。因此，放棄區分販賣與轉讓行為的作法，而以轉讓毒品罪作為處罰上的基本態樣，再以轉讓的毒品類型及毒品數量、所轉讓的對象以

³² 就如日本「麻藥五法」中所設「意圖營圖而轉讓毒品罪」在適用上，日本實務界認為即使雙方已有轉讓之合意，但現實上尚未有移轉毒品持有之行為時，則未達本罪之著手階段，自不能論以未遂犯。請參閱高松高判昭 27.1.31 高刑集 5.2.139。

及是否為反覆繼續性（職業性）的從事轉讓行為，來做為法定刑設計上的區分標準，即可確保個案上所存在的差異性不致遭到忽略，在立法方式上應會較為妥適。

此外，以行為人是否具有販賣之意圖對持有毒品之行為予以區分，在作法上也值得斟酌，換言之，本文認為即使行為人在其主觀上存在販賣的目的性，亦不會對持有毒品行為的不法內涵產生影響，因此，只要對於轉讓毒品罪設有未遂犯之處罰規定即可，而無須另設「意圖販賣而持有毒品罪」之規定。如按照此一立法方式，不論行為人以何種目的持有毒品，均成立持有毒品罪（但可對於因施用目的而持有毒品之行為予以排除，以符合對施用毒品行為去刑罰化之政策），如行為人一旦著手為移轉毒品行為時，即可論以轉讓毒品罪之未遂犯，如毒品已經轉入他人持有關係下時，則論以轉讓毒品罪之既遂犯。如此一來，在立法方式上不但能與各行為之本質相契合，也能夠避免現行法所存在各罪之間界限不清的問題。

肆、對販賣毒品罪立法方式之檢討

一、毒品分級一體適用之問題

毒品危害防制條例第二條是關於「毒品定義」及「毒品分級」之規定，依該條第一項之規定，所謂「毒品」，係指具有成癮性、濫用性及對社會危害性之麻醉藥品與其製品，或是影響精神物質與其製品。而該條第二項中，則以成癮性、濫用性以及對社會危害性作為分類標準，而將毒品分為四個等級。而毒品相關犯罪在法定刑度之設計上，亦是以此一分級方式作為衡量標準，一體適用於各個毒品犯罪類

型中。不過，以同樣一套的分級方式作為全部毒品犯罪在法定刑設計上的依據，似乎忽略了各種毒品犯罪在本質上的差異性，在作法上是否正確，應有討論的必要，

就「毒品」一詞而言，雖然已成為生活上之用語，但在性質上仍是一個「規範意義」或是「法律意義」的概念，毒品在其本質上，係指會對生物體之生理及精神作用產生影響之物質，尤其著重於對精神作用上所生之影響，也就是一般所稱的「麻醉物品」³³。就毒品危害防制條例中對毒品的定義而言，「成癮性」此一概念是較為容易理解的，係指人體對於物質有過度性之需求，由於某一物質對人體之正常生理或心理機能會產生一定之干擾效果，如反覆使用該物質，人體對於該物質會出現抗藥性，亦即同一劑量物質所能對人體所產生的干擾程度會降低，因此，必須提高劑量之使用，始能滿足在心理及身體上之依賴性，故「成癮性」在內涵上是與「依賴性」的概念相同³⁴。而「濫用性」的概念在理解上，係指在生活經驗上，就使用物質後對生物體所造成之影響或其延伸之結果加以判斷，是否符合社會相當性，以評價使用該物質之行為能否受到容許。以使用麻醉藥品為例，可能是基於治療之用途，亦有可能是作為享樂之方式，其行為能否受到容許，在評價上自然就會有所不同，即使是以麻醉藥品作為治療用途，但使用之時機或劑量是否恰當，亦會對濫用性的判斷上有所影響³⁵。

³³ Körner, a.a.O.(Fn.24), §1 Rn.1; Weber, Betäubungsmittelgesetz, 3. Aufl., 2009, §1 Rn.137f.

³⁴ 關於對「成癮性」與「依賴性」概念之說明，可參閱張天一，釋字第四七六號解釋的遺珠之憾－試論毒品犯罪之相關問題，月旦法學雜誌，第一〇三期，頁 170-171（2003）。

³⁵ 關於對「濫用性」概念之說明，可參閱前揭註，頁 169-170。

換言之，「濫用性」是具有規範評價的性質，完全是依循當時社會觀念及法律規範而定，如果某種麻醉藥品或精神物質的使用目的或方式不被現行規範所允許時，就是屬於濫用行爲，該物質就會被稱之爲「毒品」。至於「對社會危害性」此一概念，與前面的兩個概念相較下，在內涵上就較爲模糊，一般係指因濫用行爲所造成之利益損害，除了對個人身體健康所造成之影響外，另包括其行爲所可能引發之犯罪、個人之生產力下降或是社會在處理相關問題上所需支出之成本等，對於其概念內涵則少見一致性的說明。

以「成癮性」、「濫用性」與「對社會危害性」的概念來定義「毒品」是否恰當，雖具有討論之空間，不過，仍在能被接受的範圍內。不過，要以這三個概念作爲毒品分級上的標準，甚至是作爲毒品相關犯罪在處罰上的標準，在作法上即不無疑問。首先，就毒品危害防制條例第二條第二項的分級內容觀之，主要應是以「成癮性」作爲分類上的標準，亦即依照麻醉藥品或精神物質所能引發之依賴性高低程度予以區分，由高至低分爲四個等級。所以，在毒品的分級上，恐怕是沒有以「濫用性」及「對社會危害性」作爲實質的區分標準，僅具有形式上的意義，亦即這三個概念只有在第二條第一項中產生定義的效果，但在第二項的毒品分級中，其實是以「成癮性」作爲主軸。

進一步需要思考的是：「濫用性」本來就是毒品與麻醉藥物或精神物質的區分標準，如果以嗎啡與安非他命加以比較，嗎啡在醫學治療上之用途是較爲廣泛³⁶，在濫用性的程度上應該較低，但在目前我

³⁶ 安非他命之成分爲「苯丙胺」，又稱之爲「去甲麻黃素」，雖然在醫學上可藉由霧化吸入劑之方式來抒解鼻塞症狀，但現實上被作爲治療用途之機會非常低。

國的毒品分級上，卻是將嗎啡分類為第一級毒品，而將安非他命分類為第二級毒品，顯然在分級上並未考慮到麻醉藥物或精神物質是否具有正向用途，純粹是因為嗎啡具有較高的成癮性，而將其歸屬於第一級毒品中。此外，就「對社會危害性」而言，若以施用毒品後所可能產生之攻擊性加以比較，在屬性上屬於「中樞神經抑制劑」的嗎啡，因為具有抑制精神作用的效果，通常在施用後較少引發攻擊性，而在屬性上屬於「中樞神經興奮劑」的安非他命，由於具有強化精神作用的效果，在施用後則有較高的可能引發攻擊性，若以此作為分級標準，亦與目前之毒品分級狀況相違。所以，目前我國在毒品的分級上，可說是以「成癮性」來作為主要的分級標準，至於「濫用性」及「對社會之危害性」的概念則並未發揮分級標準之功能，充其量也只是居於附隨的地位³⁷。不過，就「濫用性」或「對社會之危害性」之概念內涵而言，由於須藉由社會規範加以認定，雖然可以作為個案判斷上的具體標準，但並不適宜作為毒品分級上之抽象標準，否則，將會導致分級標準過於浮動的情形。

如前所述，目前在毒品相關犯罪的規定中，是以上述之毒品分級作為法定刑度之區分方式，若毒品之分級越高，則對應之法定刑度亦越高。本文認為在目前的毒品分級上，主要是以「成癮性」作為區分標準，對此，不能否認的是，使用此一區分標準確實有其意義，如在毒品的戒治工作上，自然需要考慮到成癮性高低的差異，而給予不同之矯治方式。不過，若要以成癮性之高低來作為毒品犯罪在處罰輕

³⁷ 國內亦有學者採取相似見解者，但認為「對社會之危害性」之因素亦居於決定性的地位。可參閱王皇玉，台灣毒品政策與立法之回顧與評析，月旦法學雜誌，第一八〇期，頁84（2010）。

重上之衡量標準，在作法上就值得商榷。就刑法上的觀點而言，對於犯罪所施予的刑罰較重，所代表的是行為人所為行為的不法內涵較重，或者是行為人所負之罪責內涵較重，如就施用毒品或販賣毒品行為而言，是否行為人所施用或販賣的麻醉藥品或精神物質所具之成癮性越高，就代表其行為的不法或罪責內涵越高？換言之，是否能夠認為當毒品的成癮性越高時，就必然會有越高的濫用性及對社會危害性？雖然從現實上而言，成癮性較高的毒品通常是具有較高的市場價格，但是，這並非代表成癮性較高的毒品就必然會對人體健康的傷害越大或引發犯罪的機會越高，就如國內曾有實證研究指出，毒品之種類與施用後因而引發暴力犯罪，或是為購買毒品而引發財產犯罪之間，其實是沒有必然的關連性³⁸，所以，毒品的成癮性與施用或販賣毒品所造成之危害性之間是呈現正比的說法，目前並沒有足夠的理論根據或實證資料來支持，若要以此作為處罰輕重的區分標準，在作法上似乎過於粗糙。尤其目前毒品危害防制條例中是以單一的分級方式，一體適用於所有的毒品犯罪上，不但將「管制標準」及「處罰標準」混為一談，亦忽略個別毒品犯罪所具有的本質差異，實有不當之處³⁹，因此，應對我國在毒品分級上之標準及毒品犯罪之法定刑設定依據重新予以檢討。

³⁸ 蔡鴻文，台灣地區毒品犯罪實證分析研究，頁 141-142、151-152，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文（2002）。

³⁹ 雖然藥品和毒品往往是一體兩面，但藥品並非當然就是毒品，毒品也不見得能夠作為藥品，自然不能以單一的標準去審查。對於此一問題的詳細討論，可參閱王皇玉，前揭註 37，頁 88-90。

二、外國立法例上之借鏡

目前我國對於毒品分級的方式上以及販賣毒品罪法定刑的區分上，確實存在著一些問題，有待尋找適當的方法去解決。所謂「他山之石，可以攻錯」，故參酌外國立法例之內容，應可作為在問題思考上的一個途徑，因此，本文對德國、日本及美國法規上之毒品分級方式與販賣毒品行為之處罰規定，分別介紹如下。

（一）德國法上之規定

德國在「麻醉藥品法」(Betäubungsmittelgesetz, BtMG)中是將麻醉藥品區分為三類，依照毒品性質上之不同，將其區分為「不得交易之麻醉藥品」(nicht verkehrsfähige BtM)、「得交易但不得開立處方之麻醉藥品」(verkehrsfähige, aber nicht verschreibungsfähige BtM)以及「得交易並得開立處方之麻醉藥品」(verkehrsfähige und verschreibungsfähige BtM)⁴⁰。而依照麻醉藥品法第1條第2款之規定，聯邦政府及聯邦參議院在毒品分級的調整及擴充上，應依照下列三個標準：

- 1、該物質在科學知識上可知之作用效果，特別應考慮到該物質所產生的依賴性。
- 2、由該物質或運用該物質製造麻醉藥品的可能性。
- 3、依據受濫用的程度或直接、間接所造成之健康危害程度，考量該麻醉藥品或其他物質或原料(製劑)之安全性及流通管制。

至於在販賣毒品行為之處罰規定上，如前所述，是區分為「從事

⁴⁰ Körner, a.a.O.(Fn.24), §1, Rn. 7ff; Weber, a.a.O.(Fn.33), §1, Rn. 220ff.

交易」與「出售」兩種類型，其區別在於行為人是否有藉由移轉毒品行為獲利，亦即從中獲得額外的財產利益。對於上述兩種行為，在麻醉藥品法第 29 條第 1 項中是給予相同之法定刑，並未有所區分。但如果行為人是以「職業性的」(gewerbsmäßig) 方式進行，或對多數人之健康造成損害時，依照同條第 3 項之規定，則給予一年以上有期徒刑之加重處罰⁴¹。如行為人為二十一歲以上之人，而與十八歲以下之人為從事交易或出售行為時，則給予五年以上有期徒刑之加重處罰⁴²。

此外，在「從事交易」的行為方式中，如行為人所移轉之毒品數量屬於「非少量」(nicht geringer Menge) 時，則給予一年以上有期徒刑之加重處罰⁴³。如行為人是以「幫派(組織)之成員」(als Mitglied einer Bunde) 方式來從事交易時，則給予二年以上有期徒刑之加重處罰⁴⁴。如行為人同時具備上述之兩種加重事由，或是攜帶槍械或類似之物從事交易時，則給予五年以上有期徒刑之加重處罰⁴⁵。

根據上述對於德國法之介紹可知，德國對販賣毒品行為的處罰上，並非如我國單純以毒品分級作為標準，在德國的麻醉藥品法中，毒品分級反而不是處罰上之依據，而是著重於行為之態樣與販賣毒品之數量等因素，來作為法定刑設計上的依據，因此，德國法上對販賣毒品行為的處罰規定是較為多元及彈性⁴⁶，且在法定刑的程度上也未

⁴¹ 請參閱§29(3) BtMG。

⁴² 請參閱§30a(2)1 BtMG

⁴³ 請參閱§29a(1)2 BtMG。

⁴⁴ 請參閱§30(1)1 BtMG。

⁴⁵ 請參閱§30a(1), §30a(2)2 BtMG。

⁴⁶ 王皇玉，前揭註 2，頁 268-269。

如我國嚴苛。

（二）日本法上之規定

日本在毒品的管制上，是以「麻藥五法」作為管理及處罰之基礎，而麻藥五法是以毒品的類型加以區分，扣除掉具有落實日本與國際共同協力防制毒品性質的「麻藥特例法」後⁴⁷，主要包含了「麻醉藥品及影響精神藥物」、「興奮劑」、「大麻」以及「鴉片」四大類的管制物質，分別給予不同之規制。

如前所述，在日本法上未設有販賣毒品的行為類型，而是以「交付」及「收受」做作為基礎行為類型，再以「意圖營利」作為加重類型，在「麻醉藥品及影響精神藥物取締法」中，交付或收受海洛因之行為，其法定刑為十年以下懲役；若以營利為目的而交付或收受海洛因時，其法定刑則為一年以上懲役，得併科五百萬元以下罰金。若交付或收受者為其他之麻醉藥品時，其法定刑為七年以下懲役；以營利為目的而交付或收受時，其法定刑則為一年以上、十年以下懲役，得併科三百萬元以下罰金。若交付或收受者為精神藥物時，其法定刑為三年以下懲役；以營利為目的而交付或收受時，其法定刑則為五年以下懲役，得併科一百萬元以下罰金。如與交付或收受興奮劑、大麻及鴉片之處罰規定相較下，麻醉藥品及影響精神藥物與興奮劑之法定刑度為最高，次重者為鴉片，最輕者為大麻。

此外，值得注意的是，在日本的麻藥五法中，對於交付及收受行為之處罰，是獨立於製造、輸出及輸入行為之外，並非如我國是將販賣行為與製造及運輸行為在不法程度上等同視之，因此，在日本法

⁴⁷ 藤永幸治等，前揭註 17，頁 8-9。

上，單純交付或收受毒品行為的法定刑度是低於製造、輸出及輸入行為。

（三）美國法上之規定

美國對於毒品問題向來採取較強硬的管制政策，其於一九七〇年時所制定的「藥物濫用預防與管制綜合法案（The Comprehensive Drug Abuse Prevention And Control Act of 1970）」，是將所有與毒品、麻醉藥品相關管制辦法的規定，予以統整立法之法規，該法案第二章之「管制物質法」（Controlled Substances Act，簡稱CSA），其中對於應受管制物質之分級考量因素與分級標準，設有詳細的規定。依照該法之規定，何種物質應受管制以及應受何種程度之管制，主要是由首席檢察官依據該法第 811 條所列舉的八點考量因素，來決定某一物質是否列入管制範圍，其所列舉的八點考量因素如下⁴⁸：

- 1、實際或相對的濫用可能性。
- 2、就已知的科學證據能證明其藥理作用者。
- 3、國家就目前科學知識所知的藥物或物質。
- 4、過去和當前的濫用情形。
- 5、濫用的範圍、持續時間及重要性。
- 6、危害公眾健康的風險程度。
- 7、該物質所生的心理和生理依賴程度。
- 8、該物質是否為管制物質的直接製造來源。

⁴⁸ 請參閱CSA, Sec.811

此外，在管制物質法第 812 條規定及其分級附表中，則依照麻醉藥品在醫療上之價值、造成危害之程度以及被濫用成癮的可能性作為標準，將麻醉藥品區分為五個等級：第一級藥物是具有被濫用的高可能性，亦非醫療用藥，且該藥品在安全性及使用上未受到醫療上有效之監督；第二級藥物是具有有被濫用的高可能性，但在嚴格的限制及監督下，可作為醫療上之用途，不過，卻會造成生理及心理上之高度依賴性；第三級藥物是被濫用的可能性低於第一級第二級藥物，且具有醫療用途，但會造成生理上中度至低度的依賴性，或是造成心理上之高度依賴性；第四級藥物是被濫用的可能性較低，亦具有醫療用途，且其對於生理及心理上造成的依賴性程度較前三級為輕；至於第五級藥品是指與第四級毒品相較下，有較低被濫用的可能性，亦可作為醫療用途，且其對於生理及心理上造成的依賴程度亦較第四級藥物輕微⁴⁹。

而就管制物質法第 841 條處罰販賣毒品行為的內容觀之，雖然有以藥物之種類而異其法定刑度之高低，但同時亦以販賣毒品之數量作為區分標準，以海洛因與大麻為例，雖然兩者同屬於第一級毒品，但在販賣行為的處罰上，販賣一公斤以上之海洛因，將會被處以十年以上有期徒刑，但必須是販賣一千公斤以上之大麻時，才會被論以相同之法定刑度⁵⁰。此外，也會考慮到行為人是否是以「持續性犯罪組織」(Continuing Criminal Enterprise) 的方式進行販毒行為 (Sec.848)，或所販賣之對象是否為未滿 21 歲之人 (Sec.859)，抑或是販賣毒品的地點是否位於學校、大學或活動中心等地方 (Sec.860) 之因素，以作

⁴⁹ 請參閱 CSA, Sec.812

⁵⁰ 請參閱 CSA, Sec.841

為法定刑度之區分標準，同樣有別於我國所採取的單一標準立法方式。

三、量刑空間過度僵化之問題

由先前對我國毒品危害防制條例之檢討及對外國立法例的介紹中，可知我國在立法方式上，是以單一的毒品分級方式一體性地適用於所有的毒品犯罪中，在區分標準上過於簡略，難以就不同的個案適當地予以評價。相較之下，外國在毒品犯罪的相關法規上，多半採取多元化的立法方式，除考慮到毒品的類型外，亦將毒品的數量或行為方式等因素考慮在內，鮮少與我國一般採取單一的區分標準。此外，對於販賣毒品行為的處罰上，在外國立法例中，多半僅給予有期徒刑之刑事責任，除非是屬於特別嚴重之情形，才會提升至無期徒刑或死刑的程度，甚至在日本的立法例上，是將販賣毒品行為與製造、運輸行為態樣相脫離，而給予較輕的刑事責任。反觀我國，對於販賣第一級毒品的行為，是直接拉高至無期徒刑或死刑之法定刑，對於販賣第二級毒品的行為，也是給予七年以上有期徒刑或無期徒刑，在法定刑的設計上可謂嚴苛。

對於前述我國毒品犯罪立法上所存在的不當情形，其主要原因在於我國在毒品防制工作上，向來均秉持著「重刑化思想」，以不法程度最輕微的施用毒品行為，即使立法者「聲稱」應將施用毒品視為偏差及病態行為，在處遇上宜以治療代替處罰，但已流於形式上之說詞，因為就現行法之規定而言，在實質上仍是將施用毒品行為視為犯罪，依然不放棄以刑罰作為抗制手段的想法，導致矯治措施反而淪於

次要之地位⁵¹。同樣的，政府亦以「斷絕供給」作為毒品防制工作上之主要方針，自然也是以刑罰來抗制販賣毒品行為，並且是採取極為嚴苛的刑事手段。不過，從近年來實務界對販賣毒品罪的個案處理狀況而言，實際上被告被論以死刑之案件非常鮮少，即使被論以無期徒刑的案件也不多見，在絕大多數的案件中，都可見法院斟酌行為人販賣毒品之數量、販賣毒品之次數或是販賣毒品之獲利金額等狀況，來作為量刑上之依據，換言之，法院在處理販賣毒品罪之案件時，並非只有考慮到行為人所販賣的毒品類型而已，顯示出實務工作者已經察覺現行毒品危害防制條例所存在的不合理處，企圖創造實質的判斷標準，以緩和重刑化政策所產生的弊病。

雖然我國實務界對於販賣毒品的案件處理上，已嘗試導入毒品分級以外之其他標準，來作為量刑上之實質依據，但由於現行毒品危害防制條例中對於販賣毒品罪所設之法定刑實在過於僵化，造成法官在處理個案上之裁量空間大幅受到壓縮，尤其在大多數販賣毒品的案件中，行為人僅為下游之販賣者，所販賣之毒品數量甚為有限，甚至可見行為人僅是將原先欲自行施用之毒品加以轉賣，以供他人消解毒癮之用的情形，此時，即使對其論以最輕法定刑度之無期徒刑，亦令人有不當之感。因此，常見法院在販賣毒品案件的判決理由中，以「就其情節而論，衡情足認其之惡性尚非重大不赦，若以毒品危害防制條例第四條第一項所規定之法定本刑而科處最輕本刑無期徒刑，實屬情輕法重，在客觀上尚足以引起一般之同情，尚有堪資憫恕之處」、「於此情形，倘依其情狀處以有期徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之

⁵¹ 張天一，兩岸保安處分制度之比較－以施用毒品之保安處分為中心，軍法專刊，第五十五卷第四期，頁 152-154（2009）。

目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀有無可憫恕之處」或「其犯罪情節當非與販賣毒品數量達數公斤以上大盤毒梟者可資等同併論，本院認情輕法重，堪予憫恕，雖宣告法定最低度之刑，猶嫌過重，故其所犯之罪適用刑法第五十九條之規定酌量減輕其刑」等語，作為量刑上減輕之理由，以符合個案中之公平正義，緩解法定刑度上過度僵化的問題。

對此，本文認為實務界之作法是正確的，即使在法規中僅見毒品分級的形式區分標準，但在個案的處理上，亦須衡量販賣毒品之數量及獲利金額等實質因素，綜合作為量刑上之依據。不過，在量刑空間過度僵化的困境下，實務界嘗試為法規解套的方法仍是治標不治本，尤其在二〇〇五年刑法修正後，緊縮了第五十九條「酌量減輕刑罰」及第六十四條、第六十五條「死刑、無期徒刑之減輕方法」規定的法律效果，即使將原先法定最低刑度的無期徒刑加以減輕，也僅能減至十五年以上之有期徒刑，導致實務界必須尋求其他的理由來為行為人減輕刑罰，雖然在作法上堪稱良善，但畢竟並非正軌的處理方式，因此，勢必要提出更適當的解決方案，才能讓實務界由量刑空間僵化的窘境中脫困而出。

此外，由毒品危害防制條例第八條第六項及第十一條第四項規定觀之，立法者對於轉讓或持有毒品達一定數量者，依照行政院所公布「轉讓持有毒品加重其刑之數量標準」，是可對其行為加重處罰⁵²，

⁵² 由於本條例第 11 條之規定已於 2009 年 5 月 20 日修正，對於持有不同數量毒品之情形，則分別給予不同程度之法定刑，因此，在修正生效後，「轉讓持有毒品加重其刑之數量標準」之規定即不再適用於持有毒品罪。

可見立法者並非不知毒品數量與毒品犯罪之重要關連性。但令人遺憾的是，立法者僅一味關注於「加重處罰」的立法上，而忽略了相對應的「減輕處罰」規定。在現行毒品危害防制條例中，除了於第十七條有針對行為人供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯，或是於偵查及審判中均為自白之情形，設有減輕處罰之規定外⁵³，並未見其他之量刑標準或其他減輕處罰規定。與外國立法例相較下，我國在毒品防制的法規制定上，不但傾向重刑化的立法政策，在量刑空間上也過度僵化，在立法架構上僅著重於加重處罰規定之設計，卻忽略對不法內涵較為輕微之案件設計減輕處罰之規定，整體而言，完全欠缺一套能夠符合個案差異性的量刑模式。在這套輕重失衡的毒品防制法規下，所犧牲的不只是行為人應受保障的人權，更犧牲了司法實務上所追求的公平正義，因此，應儘速對於毒品危害防制條例進行通盤的檢討，對於毒品犯罪提出一套合理的量刑模式。

對此，本文認為在毒品危害防制條例未來的修正方向上，首先，應該注意「藥品管制標準」與「毒品犯罪處罰標準」上之差異性，亦即在毒品的分級方式及歸屬上，不應與「管制藥品管理條例」之分級標準直接連結，亦應考慮到個別毒品犯罪行為的差異性，不宜以同一套的分級標準作為所有毒品犯罪法定刑設計上的依據。其次，以販賣毒品罪為例，目前我國對於販賣毒品行為的處罰過於嚴苛，如就販賣

⁵³ 本條於 2009 年 5 月 20 日修正時，將第 1 項修正為：「犯第 4 條至第 8 條、第 10 條或第 11 條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」就其內容而言，其實只是所謂的「窩裡反條款」，欲藉由減輕或免除其刑之優惠，誘使行為人坦承犯行並供出其他犯罪參與者，與「秘密證人」之性質相似，並非是考量其犯行輕微所設之減輕處罰規定。

毒品的行為本質而言，應屬危險犯之性質，即使其行為有可能損害多數人之身體健康，間接導致國民生產力受到減損，但就其行為之不法程度而言，現行法上所給予之刑事責任著實過高，且欠缺裁量空間，而無法兼顧到個案中的差異性，建議應揚棄重刑化的立法政策，對法定刑度重新調整。再者，在販賣毒品的法定刑度設計上，目前單純以毒品分級為依據之作法，使得法定刑度無法與販賣毒品行為的不法內涵取得合理的連結，即使我國實務界引進其他的衡量標準嘗試亡羊補牢，但畢竟不是正本清源的解決之道，因此，應及早對現行法規予以檢視並修正，可參酌外國立法例之內容，考慮將販賣毒品之對象、販賣毒品之數量以及販賣毒品所生之危害性等要素，轉化為具體的法定刑區分標準。此外，其實對於抗制販賣毒品行為最佳的方式，還是在於剝奪行為人由販毒行為所得之利益或是其原本所擁有之財產，亦即藉由窮化的方式斷絕其再次取得毒品的可能性，對此，可考慮引進德國刑法上之「財產刑」（Vermögensstrafe）之規定⁵⁴，或是對於提供販毒者資金以及收受販毒者資金之行為予以處罰，若能在執行面上有效切除其取得毒品之來源，其防制效果應遠勝於給予重刑化的刑事制裁。

⁵⁴ 不過，「財產刑」的規定是否妥當，在德國也存有不少的討論，對此，本文並非絕對贊成我國引進「財產刑」之制度，但與重刑化的立法政策相較之下，思考如何斷絕行為人再為犯行之可能性，應該才是解決問題的關鍵。關於「財產刑」制度在德國法上之爭議，可參閱Perron, Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall im Spannungsfeld zwischen öffentlichen Strafverfolgungsinteressen und privaten Eigentumsrechten, Juristenzeitung 1993, S.918ff.

伍、結論

其實販賣毒品就與其他的交易活動一般，無法脫離市場法則，就如前哥倫比亞總統 Vargas 所說的：「毒梟唯一沒有打破的法則就是供需法則」，只要存在著需求，供給自然就會隨之而生。從人類的歷史來看，濫用藥物的行為始終未曾消失過，其原因可能來自於人類與生俱來的依賴性，比利時作家 Maeterlinck 在其作品中「大多數的人唯一享受生命的時刻，是他們遺忘自我的時刻」的這一句話，似乎下了一個最好的註解。因此，當刑罰都無法有效防制濫用藥物的行為時，要以法律來消除人類慾望的作法似乎已經是走入死胡同，縱使立法者一再提高對販賣毒品行為的處罰，但在販毒者承受著高風險的同時，高利潤也隨之而來，就算將施用和販賣毒品的人全數關入監獄內，仍然會有新的一群人進入這個市場，而諷刺的是，重刑化的政策所帶來的另一個效應，反而是讓這些「新興市場參與者」從毒品交易中獲得了更高的利益。

我國在實務界在販賣毒品罪之適用上，忽略了法規在沿革上所生之變遷，始終奉最高法院二十五年非字第一二三號判例之意旨為圭臬，而過度擴張販賣毒品罪的適用範圍，將「買入毒品但尚未賣出」之情形，亦論以販賣毒品罪之既遂犯，使得販賣毒品罪之未遂犯與意圖販賣而持有毒品罪的規定遭到架空。對此，本文認為時至今日，實務界不應再繼續沿用一個七十多年前已經不符現實狀況的判例，宜及早予以揚棄。依照本文的看法，必須行為人已有出售毒品行為，亦即行為人已將毒品之持有移轉給他人時，始能成立販賣毒品罪，若僅有買入之行為，或是僅與他人達成買賣的合意，均不得論以本罪。

而現行毒品危害防制條例對於毒品犯罪之處罰規定，僅以毒品分級作為法定刑度之區分標準，且在法定刑度設計上過於嚴苛，大幅壓縮法院的量刑空間，忽略販賣毒品行為現實上所具有之多樣性，不論是銷售之大盤商、組織之負責人與銷售鏈尾端之兜售者，抑或是職業性的販賣毒品與偶發性的販賣毒品，均給予相同之法定刑度，在立法上已經違反分配正義的要求，導致在情節較為輕微的販賣毒品案件中，實務界必須尋求其他的途徑來為行為人解套，來緩和罪刑不相當的弊病。本文認為這樣的作法並非是徹底的解決之道，而是應該揚棄重刑化的立法政策，重新且全面檢討目前毒品犯罪的相關規定，並參酌外國立法例上之規定，除了重新對目前的毒品犯罪類型予以整合外，亦應考量在毒品類型之外，加入其他的要素以提出一套合理的量刑模式，以符合罪刑均衡原則，避免法院在不同個案的量刑上發生過大差距之弊病。

中原財經法學

參考文獻

書籍

- 甘添貴，刑法各論（上），五南圖書出版公司，四版（1994）。
- 行政院研究發展考核委員會編，毒品問題與對策，行政院研究發展考核委員會（2006）。
- 林山田，刑法各罪論（下冊），自版，五版（2005）。
- 蔡鴻文，台灣地區毒品犯罪實證分析研究，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文（2002）。
- Levitt, Steven & Stephen Dubner 著（李明譯），蘋果橘子經濟學（Freakonomics），大塊文化出版（2006）。
- Venkatesh, Sudhir Alladi 著（賴盈滿譯），我當黑幫老大的一天（Gang Leader For A Day: A Rogue Sociologist Takes To the Streets），遠流出版社（2009）。
- 藤永幸治等，藥物犯罪，東京法令出版株式會社，二版（2005）。
- Franke, Ulrich / Wienroeder, Karl: Betäubungsmittelgesetz, 3. Aufl., 2008.
- Junge, Wilfried K / Lander, Carola / Winkler, Karl-Rudolf / Rohr, Annette: Deutsches Betäubungsmittelrecht, 1. Aufl., 2009.
- Körner, Harald Hans: Betäubungsmittelgesetz, 6. Aufl., 2007.
- Malek, Klaus: Betäubungsmittelstrafrecht, 3. Aufl., 2008.
- Patzak, Jörn / Bohnen, Wolfgang: Betäubungsmittelrecht, 1. Aufl., 2009.
- Wagner, Hans-Jochen / Kallin, Ulf / Kruse, Michael: Betäubungsmittelstrafrecht, 2. Aufl., 2004.
- Webel, Karsten: Betäubungsmittelstrafrecht, 1. Aufl., 2009.
- Weber, Klaus: Betäubungsmittelgesetz, 3. Aufl., 2009.

期刊

王皇玉，台灣毒品政策與立法之回顧與評析，月旦法學雜誌，第一八〇期，頁 80-96 (2010)。

王皇玉，論販賣毒品罪，政大法學評論，第八十四期，頁 225-275 (2005)。

林信旭，淺論販賣毒品罪應否以「意圖營利」為必要，軍法專刊，第四十五卷第六期，頁 30-36 (1999)。

張天一，對重刑化政策下販賣毒品罪之檢討，月旦法學雜誌，第一八〇期，頁 97-114 (2010)。

張天一，兩岸保安處分制度之比較－以施用毒品之保安處分為中心，軍法專刊，第五十五卷第四期，頁 137-158 (2009)。

張天一，釋字第四七六號解釋的遺珠之憾－試論毒品犯罪之相關問題，月旦法學雜誌，第一〇三期，頁 166-181 (2003)。

陳仟萬，剖析毒品性犯罪行為的構成要件－以毒品危害防制條例的規定為依歸，刑事法雜誌，第四十三卷第三期，頁 1-16 (1999)。

黃朝貴，談毒品販賣、轉讓、幫助吸食（施用）之法律適用問題（上），法務通訊，第一七五一期，版 2 (1995)。

Perron, Walter: Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall im Spannungsfeld zwischen öffentlichen Strafverfolgungsinteressen und privaten Eigentumsrechten, Juristenzeitung 1993, S. 918 - 925.

摘要

我國在毒品防制工作上的法律依據主要為「毒品危害防制條例」，其中對於販賣毒品行為之處罰相當嚴厲，可科處無期徒刑或死刑。不過，我國在販賣毒品罪的立法政策上存在不少缺失，不但在分級標準上欠缺合理性，在量刑空間上亦欠缺彈性，導致實務界在處理個案時甚感困擾，因而犧牲了公平性。

此外，實務界在販賣毒品罪的解釋與適用上，長期以來均沿用早期判例之見解，未能與時俱進的加以調整，過度擴張了販賣毒品罪的適用範圍，而嚴重影響到法規運用上的正確性。因此，本文針對我國販賣毒品罪在立法政策及實務運作上之缺失加以檢討，並且提出解決對策，以有助於解決目前販賣毒品罪所存在之問題。

On the Issue about the Legislation and Application of Crime of Trafficking in Drugs

Tien-Yi Chang

Abstract

Our main legal basis of drug abuse prevention is Drug Endanger Prevent Law, in which there is heavy punishment for dealing narcotics —life sentence or death penalty as the worst. However, there are many flaws in the legislation about dealing narcotics. It lacks not only the rationality in classification but also the flexibility in the measurement of penalty. This causes much trouble when we deal with different cases to the extent that we sacrifice equity.

Besides, we have long used early precedents, without making any adjustment, for the explanation and application of the penalty for dealing narcotics in our practice. This expands the application of the law so much that it seriously influences the accuracy of the way the law functions. As a result, this thesis examines the flaws in the legislation and practice of the penalty for dealing narcotics and brings out the solution in the hope of helping solve the existent problems in the law.

Key words : drug endanger prevent law, crime of trafficking in drugs,

advanced punishment, national healthy, J.Y. interpretation No.

476