



從憲法法庭112年憲判字第13號判決的延伸思考 ——立法政策該關心毒品擴散多少？ 還是交易者有沒有賺到錢？

曾昭愷

臺灣高等檢察署
臺南檢察分署檢察官

目次

壹、前言

貳、憲法法庭對販毒犯罪量刑政策的宣示

參、製造、運輸毒品甚至販賣毒品之行為概念仍有爭議

肆、刑法第 59 條性質的探討

伍、毒品條例修法前宜先確立之基本立場

陸、毒品條例的成長歷程

柒、結語

壹、前言

憲法法庭於2023年8月11日公告112年憲判字第13號判決，針對毒品危害防制條例（下稱「毒品條例」）第4條第1項前段規定，認為販賣第一級毒品犯罪之法定刑違反「罪刑相當原則」及「比例原則」，且過於僵化，有違憲之情形。判決公布後，或許因為判決理由未經完

整傳達及充分討論，致使引發輿論正反對不同意見。

然而理性探索該號判決想要表達的真意，再對照司法實務的運作現況，有一些問題可以作延伸思考的：（一）各法院針對「非重大販毒案件」，為因應法定刑過重之問題，將屬於特殊「個案正義原則」展現的刑法第59條，幾乎運作成通案性適用，是否有違該法條之立法精

神？（二）對照毒品條例各犯罪類型之法定刑，是否「太過重視」毒品交易者有沒有賺到錢或利益？是否「不夠重視」他擴散了多少毒品到這個社會？國家政策應該比較關心前者還是後者？（三）過度重視毒品交易者有沒有賺到錢，且一認定「有」就把刑度拉到極高，是否讓檢察官在法庭上「開闢了沒必要開闢的戰場」，耗費無謂的司法資源？（四）定義不明確的「運輸」、「製造」等概念，是否同有本號判決所質疑的相類問題？（五）過度重視「毒品交易者有沒有賺到錢或利益」這件事，是否讓我們的監獄資源長期耗費在許多吸毒者互通有無的非典型販毒者身上，可能實際上是長期監禁吸毒者？

貳、憲法法庭對販毒犯罪量刑政策的宣示

基於司法權預設被動、不告不理的本質，憲法法庭本號判決，以極為限縮及片段的方式，針對毒品條例第4條第1項前段，指出其法定刑過重，違反罪刑相當原則、比例原則及過於僵化等問題。略引該判決主文如下：

（一）毒品條例第4條第1項前段規定：「……販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑。」立法者基於防制毒品危害之目的，一律以無期徒刑為最低法定刑，固有其政策之考量，惟對諸如無其

他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。於此範圍內，對人民受憲法第8條保障人身自由所為之限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。釋字第476號解釋，於此範圍內應予變更；相關機關應自本判決公告之日起2年內，依本判決意旨修正之。

（二）自本判決公告之日起至修法完成前，法院審理觸犯販賣第一級毒品之罪而符合前揭情輕法重之個案，除依刑法第59條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減輕其刑至二分之一。

（三）另鑑於同條例第4條第1項前段規定所適用之個案犯罪情節輕重及危害程度差異極大，一律以無期徒刑為最低法定刑，有過度僵化之虞，相關機關允宜檢討其所規範之法定刑，例如於死刑、無期徒刑之外，另納入有期徒刑之法定刑，或依販賣數量、次數多寡等，分別訂定不同刑度之處罰。

參、製造、運輸毒品甚至販賣毒品之行為概念仍有爭議

製造、運輸毒品行為與販賣毒品行為同列最重之罪，然而「製造」、「運輸」並無立法定義，其內容在實務操作上仍

欠缺明確性。懂化工的行為人在自家製作少許毒品供自己施用，算不算「製造」毒品？行為人為供自己四處旅行施用之需，隨身攜帶10小包安非他命，算不算「運輸」毒品？二者似乎均難謂不是，但如此解釋，勢必與最初立法者的本意有很大出入。立法者嗣後發現此問題，遂於毒品條例第17條第3項增訂「被告因供自己施用而犯第四條之運輸毒品罪，且情節輕微者，得減輕其刑。」以解決此情況下運輸毒品刑度過重的問題，惟並未解決諸多其他情況行為人攜帶毒品移動或行為人為供自己施用而製造毒品等可能發生的刑度過重問題¹。

至於「販賣」用語，經過司法實務長期累積見解，概念內涵相對較為明確具體。然而對於施毒者間互通有無的微量有償性移轉，是不是可以評價為「販賣」(似難謂不是)？但實務操作上仍存有不少判斷上的疑義。受限於司法權行使的被動本質，本判決範圍僅針對當事人聲請內容作處理，固然僅對販賣一級毒品行為之法定刑過重及過於僵化等問題提出質疑。然而如上說明，同條項的製造、運輸犯罪又何嘗不存在相類問題？

肆、刑法第59條性質的探討

一、司法權與立法權的微妙互動

立法者制定法律，司法者依立法者

所制定之法律執行司法權，此為制度運作之常。關於法官的量刑，立法者透過立法，請司法者斟酌刑法第57條各款之規定，明定法官在量刑時應衡酌哪些因素，而司法者在衡酌第57條各款之因素後，原則上應在立法者所律定的法定刑範圍內量刑，這是立法權授權以及與司法權的憲法分工，原則上司法權應遵守此一憲法界限，並且尊重立法者的決定。而刑法第59條所規定之酌減其刑，是容許法官超出法定刑範圍來量刑之例外情形²。

二、個案正義對法安定性的調和

每個人心中的正義不同，合目的性判斷的標準也不一致，所以任何法的運作，法安定性便成為優先考慮的法律理念。如果依照法學家賴德布魯赫的法理念公式來說明，只有在法安定性的遵守達到令人難以忍受(unerträgliches)的程度³，才適合在個案中透過正義理念進行調整。事實上，刑法第59條之規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」本質上就是一種個案正義原則對法安定性調和的明文規定，立法者特別透過法律條文，授權司法者可以在個案中進行這種法律理念運作。同樣的，這種調和不僅是特殊個案的個案裁量，而且解釋上也應該是「如堅持遵守立法者所訂法定刑來量刑，會達到『令人難以忍受』的『犯

罪之情狀顯可憫恕』程度，始可以個案正義原則來進行調和」。⁴

三、司法個案調和若運作成為通案可能侵犯立法權

正如本件憲法判決之理由所質疑的，「在此僵化之法定刑規定之下，司法實務對於觸犯系爭規定者，除涉及走私巨量毒品進口或大盤者外，甚少逕行科處無期徒刑以上之刑者，而絕大多數依刑法第59條之規定減輕其刑，於20年以下、15年以上有期徒之範圍內量刑（刑法第65條第2項規定參照），成為實務判決之常態。」形成法官明知大多數販賣第一級毒品者均不符合刑法第59條之要件，卻因該罪之法定刑過重，因而迫於無奈而對其等濫用刑法第59條酌減其刑之怪異現象⁵。有大法官更直言：「（在過去有多號大法官解釋認為）看似過苛的法定刑規定是有可能連結刑法第59條規定而合憲，也就是刑法第59條可用來拯救過苛的法定刑規定。就此，本席在釋字第775號解釋的協同意見書第8至10段即曾指出：刑法第59條仍有其要件，亦即『犯罪之情狀顯可憫恕』，並非當然可一律適用於所有個案，如此解釋方法，無異是逼迫審理個案法官必須一律先適用刑法第59條，反而背離刑法第59條之立法原意及文義。」⁶

學者即前大法官蘇俊雄也提出警示，「這種強調裁判上減輕之優越性的作

法，加上實務上得修改立法者最低刑度的解釋，固可顯現司法的權威性，但是其授權規定的內容不甚明確，恐怕因而造成立法與司法權限分際的模糊，且與現代刑法理論之力求犯罪行為的類型化，據以貫徹刑法保護法益與維繫司法公平性的功能，理念上亦有未合。」⁷若浮濫運用，可能變成終結法定刑的帝王條款⁸。

無論是上開憲法判決的質疑或學者的警示，事實上都是肇因於毒品條例中，若干罪名法定刑之規定是否妥適之問題。而且問題不僅止於違反罪刑相當性原則的疑義，本文更進一步需要提出的立法思考的是，「我們的毒品條例應該優先關注毒品擴散了多少到這個社會上？還是販毒者有沒有賺到錢？」從法條前後法定刑的規範邏輯看起來，似乎是後者。

伍、毒品條例修法前宜先確立之基本立場

一、我們該優先關心「毒品有無擴散」？還是極端關注「毒品交易者有無賺到錢」？

關於毒品交易之犯罪，現行法究竟比較關心販毒者有沒有賺到錢？還是比較關心行為人擴散了多少毒品到我們的社會上？應無疑義，社會大眾理應比較在意有多少毒品擴散到我們的社會，恐

怕比較不那麼在意販毒者有沒有賺到錢這件事。然而比對我國毒品條例各罪法定刑間之關係，再觀察各法定刑衍生的法庭攻防現況，這種立法價值判斷恐怕不是如此。

二、比對毒品條例相關犯罪之法定刑⁹

(一)擴散零點幾公克毒品出去，比擴散一大包毒品還嚴重？

現行毒品條例販賣第一級毒品之法定刑為死刑或無期徒刑；轉讓第一級毒品之法定刑為1年以上7年以下有期徒刑。換言之，販賣零點幾公克第一級毒品海洛因給施用者，也就是擴散到社會只有零點幾公克的海洛因，法定刑就是死刑或無期徒刑。即使「個案扭曲成通案」的適用刑法第59條減輕，其刑度也遠比轉讓一大包海洛因到這個社會要重很多。同樣的，販賣第二級毒品之法定刑為無期徒刑或10年以上有期徒刑；轉讓第二級毒品之法定刑為6月以上5年以下有期徒刑。也就是說，販賣零點幾公克的第二級毒品安非他命，也就是擴散到社會上只有零點幾公克的安非他命，即使「個案扭曲成通案」的適用刑法第59條減輕，其刑度也遠比轉讓一大包安非他命到這個社會要重很多。差別就在於行為人有沒有拿到對價或從中撥一點施用。從立法外觀顯示，重視「被告

有沒有賺到錢」遠勝於「被告擴散多少毒品到社會上去」。

(二)根本沒有擴散毒品出去，比擴散一大包毒品還嚴重？

再就意圖販賣而持有毒品與轉讓毒品之類型作比較，現行毒品條例意圖販賣而持有第一級毒品者，法定刑為無期徒刑或10年以上有期徒刑；轉讓第一級毒品之法定刑為1年以上7年以下有期徒刑。換言之，即使持有幾公克的第一級毒品海洛因，根本尚未將海洛因擴散到社會上，即使「個案扭曲成通案」的適用刑法第59條減輕，其刑度也遠比轉讓一大包海洛因到這個社會要重很多，只因為他心裡打算賺點差價或從中撥一點自己施用，但尚未找到交易對象。同樣的，現行法意圖販賣而持有第二級毒品者，法定刑為5年以上有期徒刑，轉讓第二級毒品之法定刑為6月以上5年以下有期徒刑。換言之，即使持有幾公克的第二級毒品安非他命，根本尚未將安非他命擴散到社會上，即使「個案扭曲成通案」的適用刑法第59條減輕，其刑度也遠比轉讓一大包安非他命到這個社會要重很多，只因為他心裡打算賺點差價或從中撥一點自己施用，尚未找到交易對象。

從上述毒品條例各罪法定刑對照比較可以看出，現行法緝毒之立法政策，似有過度重視「行為人有沒有賺到錢？

有沒有想賺錢？」這件事，而不夠重視「行為人到底擴散多少毒品到這個社會上？」致使現在司法實務不論偵查或審判程序，相當高比例的時間資源，都花在爭執行為人有沒有賺到錢？有沒有撥一點自己施用？不僅增加追訴舉證、審判證明上的困難度，甚至量化藥物濫用者之間互通有無的「非典型販毒行為」，可能被情輕法重的科以重刑，進而衍生監獄資源可能耗費在這些「非典型販毒」的吸毒者身上，成為監獄的過度負荷的重要因素。

三、法庭攻防開關了不必要開關的戰場

國家對抗毒品氾濫，關注重點似應擺在「被告究竟擴散了多少毒品到我們的社會上」，毒品犯罪的追訴，則是抑制毒品擴散的手段之一。至於「被告是否從毒品交易中賺到錢」，本來不應是社會大眾關心的事。雖然我們不能忽略，營利意圖或有償交易無疑是促成毒品擴散的動力之一，為營利而擴散毒品之行為加重處罰，有其絕對必要，但也不宜本末倒置將這種加重處罰的條件，因法定刑極端拉高而變成追訴毒品犯罪的翻轉性關鍵因素。正因為立法太在意販毒者有沒有賺到錢這件事，只要毒品犯罪者賺到了錢或留一點自己施用，刑罰立刻飆高到超越罪刑相當之刑度。以至於司法實務現況，檢察官與辯護人在法庭上

攻防的焦點，往往不是被告擴散了多少毒品到我們的社會，反而是被告有沒有賺到差價？被告將毒品交付給施用者時，有沒有撥一點自己施用？甚至毒品施用者互通有無的毒品有償往來，也有相當比例被認定是販毒而重判，只因為被告有拿到錢。

反觀立法者本應重點關心的毒品擴散行為，在法庭攻防中，倘若辯護人替被告從販賣毒品嫌疑辯護成為轉讓毒品，彷彿為被告打了一場勝仗。如此，不僅讓代表國家追訴毒品犯罪的檢察官耗費無謂資源，開關沒有必要開關的戰場。也讓執法的檢察官心中發生疑問：我們究竟該比較在意毒品擴散多少到社會上？還是被告有沒有賺到錢？因此，本文建議立法政策至少可以考慮以下調整方向：「擴大毒品移轉（或轉讓）的法定刑裁量空間，依擴散到社會之毒品多寡拉大法定刑差距」、「以毒品的移轉為基底，針對營利意圖或營利行為，適度予以加重刑度即可」¹⁰。

陸、毒品條例的成長歷程

綜觀我國反毒立法之成長歷程，從早期的肅清煙毒條例、麻醉藥品管理條例到後來的毒品條例。早期的立法主軸，是將施用者定性為犯人，施用毒品就是一種犯罪，而且法條全然是以肅毒為主軸的立法；後來自從我國開啟對毒

品施用者試辦毒品減害替代療法等措施後，毒品條例漸漸將毒品施用者，在犯罪光譜上，從犯人往病人方向位移，並陸續增訂觀察勒戒、強制戒治及其他戒癮治療等相關戒毒處置之程序。

然而，毒品犯罪的特性，在於其建構了一個極為鞏固的市場，市場成員因受毒品控制而需求極為堅定。警方在某個區域查緝一大桌毒品看似引起媒體注意，但往往在另一個區域進來更多，因為這個市場的需求是固定且牢不可破的。無論是查緝或相關戒癮治療措施，都只是國民施用毒品後的善後措施，如何使我國的毒品市場變小，至少不要擴大？可能是我國反毒立法的下一段成長歷程。本文認為，應透過立法授權或誡命，讓相關機關承擔不同態樣的防毒法定義務，特別是立法要求教育體系，針對如海綿吸水般最適合作防毒灌輸的小學生，研究如何透過各界與教育體系合作，設計實質有效又不佔用時間的灌輸方式（要強調不是有作宣導就好、有製作教材就好），使我國國民有相當比例於小學畢業前，就已對毒品擁有如意識型態般堅定的嫌惡意識。以立法要求之方式，讓國家機關負擔法定義務，讓毒品市場縮小或者至少不要擴大，或許是毒品條例成長過程中，應思考的下一階段任務。

柒、結語

理想中的反毒立法政策應該是讓毒品犯罪抓得到、容易舉證追訴、判得下去、監獄留給真正擴散毒品之人。然而現今毒品條例關於「製造」、「運輸」之概念不明確，卻規定在最為嚴重的犯罪型態。至於規定在同一嚴重犯罪型態的「販賣」行為，不僅和「製造」、「運輸」同樣出現不少的情輕法重案件，從相關法條比對，更突顯立法上「過度在意行為人有沒有賺到錢」以及「不夠在意有多少毒品已擴散到社會上」的價值判斷。長期下來，造成司法判決有浮濫適用刑法第59條（個案變成通案）之嫌，有侵犯立法權之疑慮。此外，過度重視被告有沒有從毒品交易賺到錢或好處這件事，對本質上只是加重要件的營利行為賦予過重的評價，致使檢察官在法庭上開闢了不需要開闢的戰場，讓有償性的毒品交易行為失焦而追訴困難，法官判不下去，為數不少情輕法重施用者互通有無的微量交易，成為非典型的販毒行為，一判可能就是7、8年到10餘年，監獄承受太多原本可能被評價為施用毒品的非典型販毒者，形成不合理的監獄資源浪費。

因此，本文建議未來因應憲法法庭之修法要求，並利用此契機，重新確立以「抑制毒品擴散」為主軸的立法政策，擴大毒品移轉（或轉讓）的法定刑裁量

空間，並在非難毒品移轉、持有為基底的立法政策下，針對移轉毒品、持有毒品是否達一定質量以上？移轉毒品是否具有償性？持有毒品依其是否僅供自己施用？進行大量運輸或大量製造？等因素酌予加重或減輕¹¹，讓「毒品犯罪」，抓得到，容易舉證追訴，法院判得下去，監獄資源留給大量擴散毒品者。

本文建議漸層性的立法模式，例如：「轉讓第○級毒品，處○○年以上○○年以下有期徒刑」、「轉讓第○級毒品達○○公克者，處○○年以上○○年以下有期徒刑（較前項加重）」、「意圖營利而犯前二項之罪者，加重其刑至二分之一（較前二項再加重）」。

註釋

1. 日本刑法第三百三十六條 あへん煙を輸入し、製造し、販売し、又は販売の目的で所持した者は、六月以上七年以下の懲役に処する；中華民國刑法第257條第2項規定：「販賣或運輸嗎啡、高根、海洛因或其他合質料者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科十五萬元以下罰金。」可資參考。
2. 林鈺雄，新刑法總則，四版，元照，2014年9月，681頁。
3. Vgl. Gustav Radbruch Rechtsphilosophie, 1963, S.168~173；轉引自曾昭愷，德國行政法上情事變更理論，中興（台北）大學碩士論文，26頁以下。
4. 司法實務對於刑法第59條適用可能出現的亂象：「在販賣第一級毒品案件中，若已偵審自白又供出毒品來源而遞減其刑後，往往就不再用刑法第59條予以酌減；反之，若否認犯罪，且未偵審自白又未供出毒品來源，反而會適用刑法第59條予以酌減，因而造成坦白從嚴，否認從寬之不合理現象。」參閱孫啟強，刑法第59條酌減其刑之實務運作情形，月旦律評，11期，2023年2月，82頁以下。
5. 孫啟強，同前註，89頁。
6. 參閱憲法法庭112年憲判字第13號判決黃昭元大法官不同意見書。
7. 蘇俊雄，刑法總論Ⅲ，2000年4月，441頁。
8. 林鈺雄，同註2，681頁。
9. 本段法定刑之比較說明，作者曾以方塊文章之方式，在臺灣高等檢察署之內部刊物中刊登，並經ETtoday新聞電子報於2021年11月5日轉載，詳請參閱臺灣高等檢察署2021年10月電子報，7頁。
10. 關於日本相關毒品犯罪規範，依營利與否之法定刑刑度分配，參閱明照博章著，李錫棟譯，日本取締毒品案件的法律制度——以取締覺醒劑的歷史演進為中心，警大法學論集，37期，2019年10月，47頁。
11. 日本昭和26年（最終改正令和元年12月4日）覺醒劑取締法第41條之2之立法模式可資參考：

I 覚醒剤を、みだりに、所持し、譲り渡し、又は譲り受けた者（第42条第5号に該当する者を除く。）は、10年以下の懲役に処する。

II 営利の目的で前項の罪を犯した者は、1年以上の有期懲役に処し、又は情状により1年以上の有期懲役及び500万円以下の罰金に処する。

III 前二項の未遂罪は、罰する。

關鍵詞：112 年憲判字第 13 號、濫用刑法第 59 條、令人難以忍受、毒品交易者有無賺到錢、擴大毒品移轉（或轉讓）的法定刑裁量空間

DOI：10.53106/279069732005

（相關文獻➤月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；
更多裁判分析➤月旦法律分析庫 lawwise.com.tw）