全國法規資料庫
Laws & Regulations Database of The Republic of China

發文單位：司法院
解釋字號：釋字第 476 號
解釋日期：民國 88 年 01 月 29 日
資料來源：司法院公報 第 41 卷 2 期 40-58 頁
司法院大法官解釋續編（十三）第 1-30 頁
司法院大法官解釋（十一）（99年5月版）第 59-89 頁
總統府公報 第 6271 號 11-34 頁
相關法條：中華民國憲法 第 8、15、23 條
毒品危害防制條例 第 4、5 條

解 釋 文：　人民身體之自由與生存權應予保障，固爲憲法第八條、第十五條所明定；惟國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所爲之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則，要不得僅以其關乎人民生命、身體之自由，遂執兩不相侔之普通刑法規定事項，而謂其係有違於前開憲法之意旨。中華民國八十一年七月二十七日修正公布之「肅清煙毒條例」、八十七年五月二十日修正公布之「毒品危害防制條例」，其立法目的，乃特別爲肅清煙毒、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，首予杜絕流入之途，即著重煙毒來源之截堵，以求禍害之根絕；而製造、運輸、販賣行爲乃煙毒禍害之源，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，爲害之鉅，當非個人一己之生命、身體法益所可比擬。對於此等行爲之以特別立法嚴厲規範，當已符合比例原則；抑且製造、運輸、販賣煙毒之行爲，除有上述高度不法之內涵外，更具有暴利之特質，利之所在，不免群趨僥倖，若僅藉由長期自由刑措置，而欲達成肅清、防制之目的，非但成效難期，要亦有悖於公平與正義。肅清煙毒條例第五條第一項：「販賣、運輸、製造毒品、鴉片或麻煙者，處死刑或無期徒刑。」、毒品危害防制條例第四條第一項：「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。」其中關於死刑、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牴觸。

理 由 書：　憲法第八條、第十五條固明定人民身體之自由與生存權應予保障；惟國家刑罰權之實現，立法機關本於一定目的，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑，以別普通刑法於犯罪及刑罰爲一般性規定者，倘該目的就歷史淵源、文化背景、社會現況予以觀察，尚無違於國民之期待，且與國民法的感情亦相契合，自難謂其非屬正當；而其爲此所採取之手段，即對於人民基本權利爲必要之限制，乃補偏救弊所需，亦理所當爲者，即應

認係符合憲法第二十三條之比例原則。至於其依循上述目的與手段間之均衡，就此等特定犯罪之評價所爲之法定刑規定，在法益保護之考量上，普通刑法之其他犯罪與之並不相侔者，尤不得單以個人之價值判斷，執以否定立法之價值體系，而以其關乎人民生命、身體自由之乙端，即謂係有違於前開憲法規定之保護意旨。

煙毒之遺害我國，計自清末以迄民國，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；而製造、運輸、販賣無非在於使人吸食，其吸食者愈眾，則獲利愈豐，因是呼朋引類，源源接濟，以誘人上癮爲能事。萃全國有用之國民，日沈湎於鴆毒之鄉而不悔，其戕害國計民生，已堪髮指；更且流毒所及，國民精神日衰，身體日弱，欲以鳩形鵠面之徒，爲執銳披堅之旅，殊不可得，是其非一身一家之害，直社會、國家之鉅蠹，自不得不嚴其於法；而欲湔除毒害，杜漸防萌，當應特別以治本截流爲急務，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。八十一年七月二十七日修正公布之「肅清煙毒條例」、八十七年五月二十日修正公布之「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。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。茲製造、運輸、販賣乃煙毒之禍源，若任令因循瞻顧，則吸食者日眾，漸染日深，流毒所及，非僅多數人之身體法益受其侵害，并社會國家之法益亦不能免，此殷鑒非遠。是對於此等特定之行爲嚴予非難，並特別立法加重其刑責，自係本於現實之考量，其僅以兩不相侔之侵害個人法益之殺人罪相比擬，殊屬不倫；抑且製造、運輸、販賣煙毒之行爲，除具備前述高度不法內涵外，更具有暴利之特質，利之所在，不免群趨僥倖，倘僅藉由長期自由刑之措置，而欲達成肅清防制之目的，非但成效難期，要亦有悖於公平與正義。肅清煙毒條例第五條第一項：「販賣、運輸、製造毒品、鴉片或麻煙者，處死刑或無期徒刑。」毒品危害防制條例第四條第一項：「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。」其中關於死刑、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牴觸。

關於意圖販賣而持有毒品罪之肅清煙毒條例第七條第一項、毒品危害防制條例第五條第一項暨「販賣」之司法實務見解聲請解釋部分，前者爲起訴事實所未記載，此有在卷之起訴書正本可稽，既不在起訴之列，當不屬審判之範圍，聲請人復未說明其如何係屬於審理該等案件所應適用之法律，自非得以之爲聲請解釋之對象；至於後者販賣一詞，概念上究應爲如何之闡釋，乃見解之問題，非屬法律本身適用牴觸憲法之疑義，均不符合本院釋字第三七一號解釋之意旨，應不予受理，附此敘明。

大法官會議主　席　施啓揚

大法官　翁岳生
劉鐵錚
吳　庚
王和雄
王澤鑑
林永謀
施文森
孫森焱
陳計男
曾華松
董翔飛
楊慧英
戴東雄
蘇俊雄

抄台灣台北地方法院法官陳志祥聲請書

壹　目的

一　按憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務。法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認爲有牴觸憲法之疑義者，得以之爲先決問題，裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律爲違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋，司法院釋字第三七一號解釋著有明文。

二　本院審理八十七年度重訴字第十四號被告許○群、翁○誠、林○金、張錦鏜煙毒案件（下稱本案）及八十七年度訴字第九九八號被告林景華煙毒案件（下稱林案），認爲其所應適用之前肅清煙毒條例（下稱前條例）第五條第一項、第七條第一項、毒品危害防制條例（下稱本條例）第四條第一項、第五條第一項，分別有牴觸憲法第七條、第十五條、第二十二條及第二十三條規定之疑義，且有立法疏漏之情事，業已分別裁定停止其訴訟程序。

三　依前述釋字第三七一號解釋，聲請司法院大法官解釋憲法，以求宣告前條例第五條第一項、第七條第一項、本條例第四條第一項、第五條第一項之規定因違憲而無效，並請宣示立法院應迅速補充立法，以資救濟。再者，司法實務上對何謂販賣之見解明顯錯誤，關係本案被告張錦鏜之罪責，亦請一併闡明之。

四　本案被告四人均在羈押中，本院遂於八十七年六月六日，以北院義刑精八七重訴一四字第一七七一八號函，詢問司法院大法官書記處：被告在押之案件，可否優先受理解釋？如不裁定停止訴訟程序，可否聲請解釋？其理由略以：被告在押之案件，法官認爲應適用之法律有牴觸憲法之虞時，依司法院釋字第三七一號解釋，似須裁定停止訴訟程序，再聲請大法官解釋。如此，在押被告因訴訟停止而無法獲得審理，已有剝奪其訴訟權之虞；而其等候解釋期間，又須不斷延長羈押，勢將影響人權；如因而被迫將應羈押之被告釋放，以便裁定停止，有

時未必妥適。本院推原該三七一號解釋意旨，認爲既可裁定停止而聲請解釋，更可不裁定停止而聲請解釋云云。司法院大法官書記處於八十七年七月十五日，僅以（八七）處大三字第一二五三五號函稱：依該院大法官第二七八九次全體審查會決議，各級法院依該院釋字第三七一號解釋聲請解釋憲法者，如係被告羈押中之案件，原則上應優先審理云云，並未答覆如不裁定停止訴訟程序，可否聲請解釋。爲此，本院只得兩案一併裁定停止，一起聲請解釋，以符合該三七一號解釋意旨。被告既在羈押中，尙祈大法官速爲解釋！

五　被告張錦鏜所涉非法吸用化學合成麻醉藥品罪部分，業經判決確定；而被告許○群、翁○誠、林○金是否涉有行使僞造護照罪，以及兩案是否涉有懲治走私條例罪嫌部分，不在聲請解釋範圍內，均併此而說明之。

貳　疑義

一　本案被告許○群、翁○誠、林○金三人，涉嫌於八十六年十二月六日，自在泰國之「阿源」委託來台之泰國船員「阿強」處，取得海洛因五大件（每件約七百公克）並存放台北市名邑飯店後，於同月七日，由被告林○金、翁○誠取來兩大件，交付被告許○群，由被告許○群持至台北市大亞飯店，以新台幣一百六十八萬元之價格，將之售與他人。同月九日，被告翁○誠、林○金取來另三大件，存入台北市新光三越百貨公司地下樓儲物櫃，再由其二人把風，而由被告許○群出面，以新台幣二百五十五萬元之價格，將之售與被告張錦鏜。被告張錦鏜持鑰匙至該儲物櫃取出該三件海洛因時，爲法務部調查局人員當場查獲。檢察官認爲被告四人均犯前條例第五條第一項之販賣毒品罪嫌。林案被告林景華涉嫌於八十七年二月至同年四月二十日之間，連續四次自大陸地區廈門經香港或澳門，搭機至桃園中正機場入境；每次均將二兩至四兩毒品海洛因夾藏於內褲，而運輸入境，並持至台北市開封街交付他人。同年五月十三日，在開封街而爲警查獲。檢察官認爲被告涉有前條例第四條第一項之運輸第一級毒品罪嫌。

二　本院審理兩案結果，認爲被告許○群、翁○誠、林○金三人固涉有前條例第五條第一項之販賣毒品罪嫌；惟被告張錦鏜似涉有前條例第七條第一項之意圖販賣而持有毒品罪嫌；被告林景華似亦涉有前條例第五條第一項之運輸毒品罪嫌。蓋前條例業經修正爲本條例，並於八十六年十月三十日經立法院三讀通過，而於被告行爲後之八十七年五月二十日公布施行，並於同月二十二日生效在案。前條例第五條第一項販賣毒品罪之法定刑爲死刑或無期徒刑；其第七條第一項意圖販賣而持有毒品罪之法定刑爲無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣三十萬元以下罰金。而本條例第四條第一項之販賣第一級毒品罪，其法定刑爲死刑或無期徒刑，處無期徒刑者，得併科新台幣一千萬元以下罰金。其第五條第一項意圖販賣而持有第一級毒品罪之法定刑爲無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新台幣七百萬元以下罰金。經比較新舊兩條例結果，以舊法即前條例之規定有利於被告。被告行爲後法律已有變更，自應適用前條例。兩條例既須經過比較適用，則其相

同罪名之規定，自應一併聲請解釋，蓋其合憲與否，應有相同之結果。其次，檢察官之所以認爲被告張錦鏜買入海洛因即犯有販賣毒品罪嫌，諒以司法實務奉行不渝之「所謂販賣，不以販入後復行賣出爲必要」之見解而爲其論據。此一荒謬見解侵害人權數十年而迄今未變。在判例制度尚存之今日，自有聲請大法官併爲解釋或闡明之必要。

三　兩條例販賣或運輸毒品罪之法定刑，均爲死刑或無期徒刑，較之殺人罪之死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑爲重；兩條例意圖販賣而持有毒品罪之法定刑，均爲無期徒刑或十年以上有期徒刑，並得併科罰金，遠比預備殺人罪之二年以下有期徒刑爲重。此種超重刑之立法，是否違背罪刑相當原則，而非止於立法者形成自由（Gestaltungsfreiheit）之問題？此乃本院疑問之所在。本院如依法定刑量刑，被告不是被判死刑，便是無期徒刑，將是過量之處罰。因此，其所應適用之前述條文，均有違憲之虞。爲此而聲請解釋。

四　本聲請案係前條例及本條例之前述規定分別涉有牴觸憲法第七條、第十五條、第二十二條及第二十三條之疑義，屬於司法院大法官審理案件法第四條第一項第二款所謂之「關於法律有無牴觸憲法之事項」。

五　大法官於七十四年間所爲之釋字第一九四號解釋，固稱「戡亂時期肅清煙毒條例第五條第一項規定：販賣毒品者，處死刑，立法固嚴；惟係於戡亂時期，爲肅清煙毒，以維護國家安全及社會秩序之必要而制定，與憲法第二十三條並無牴觸，亦無牴觸憲法第七條之可言」云云；惟查：該解釋既以戡亂時期而作爲合憲解釋之理由，則在戡亂時期早已終止之今日，時空已有不同，其合憲理由恐已不存。再者，本件聲請案並非針對修正前販賣罪之唯一死刑而爲，其範圍尚包括兩條例之意圖販賣而持有罪，其刑罰則包括死刑、無期徒刑及有期徒刑，亦與前聲請案不同。何況，前聲請案之聲請理由及該解釋之理由，均未針對各項憲法原則（Verfassungsgrundsatz）而論，其解釋實屬理由不備。因此，大法官自應針對本聲請案再爲解釋，併此說明之。

參　理由

一　立法者形成自由不可違背各種憲法原則

孟子曰：「離婁之明，公輸子之巧，不以規矩，不能成方圓；師曠之聰，不以六律，不能正五音：堯舜之道，不以仁政，不能平治天下。」（註一）立法者在行使立法權時，固有相當程度自由形成法律之裁量（Ermessen）空間；惟仍須符合各種憲法原則始可，並非可以任意爲之。申言之，立法者之立法裁量或立法形成，唯有在憲法原則之規範下，始有其自由可言，不能使其形成自由凌駕於憲法原則上；申言之，其裁量必須本於理性抉擇，始得謂其合憲法；否則，以爲立法萬能而任意爲之，乃裁量濫用（Ermessensfehlgebrauch），違背恣意禁止（Willkuerverbot）原則，自難免其爲違憲之立法。

（一）比例原則

憲法第二十二條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」是爲人權概括保障規定。其第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除爲防止妨礙他人自

由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」其除外規定，爲公益原則。其法律限制，爲法律保留原則（Prinzip des Gesetzesverbehalt）。 其必要二字，爲必要原則，實乃比例原則（der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit in Weiteren Sinne, The concept of proportionality）之規定。比例原則要求行政、立法及司法行爲，其手段與所欲實現之目的間，應有合理比例關係，不得不成比例。當今，已是防止國家權力濫用之「法治國家原則」（Rechtsstaatsprinzip,Der Grundsatz der Rechts staat lichkeit）之一。

德國學者 Fleiner之名言曰：「警察不能以大砲打麻雀。」（Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schiessen）（註二）孔子曰：「割雞焉用牛刀！」

（註三）而莊子曰：「以隋侯之珠，彈千仞之雀，世必笑之。」（註四）其理亦同。

凡此，足爲比例原則之最佳註腳。

比例原則之內涵有三：（一）適當性原則（Prinzip der Geeignetheit ）。其意指所採取之手段必須適合其所追求之目的，始得謂之正當，而具有適當性。申言之，以法律爲手段而限制人民權利，可達到維護公益之目的時，其立法手段始具有適當性。（二）最小侵害原則（Erforderlichkeit, der geringstmoegliche Eingriff ,Prinzip der geringstmoeglichen Eingriffes.）。 其意指所採取之手段能達成目的，且無其他具有相同效力而不限制基本權之更佳手段時，始可謂其侵害最小，而具有必要性；申言之，於適當性原則獲肯定時，在達成立法目的有各項手段時，應選擇對人民權利侵害最小之手段，其手段始具有必要性，亦稱爲必要性原則。（三）比例性原則（Verhaeltnismaessigkeit in engerem Sinne, Proportionalitaet） 。其意指欲達成一定目的所採取手段之限制程度，不得與達成目的之需要程度不成比例，亦即必須符合一定比例關係始可。申言之，其立法手段固可達成立法目的，惟其法益權衡結果，仍不可給予人民過度之負擔，造成人民權利過量之損失。依據適當性原則之要求，國家刑罰權之行使，應限於必要之干預；能以其他手段而達成目的時，則應放棄刑罰。此由於刑法係以刑罰爲其反應手段，屬於規範社會共同生活秩序之最後手段。若以其他手段亦能有效防止不法行爲時，不應使用刑罰手段。唯在以其他手段未能有效防止不法行爲時，始得使用刑罰。此謂之刑罰之「最後手段性」。在符合適當性原則時，立法者對於數手段之選擇，仍須符合最小侵害原則及比例性原則；既不能以立法形成自由爲詞，而選擇侵害較大之手段；當其選擇該手段後，亦不能以立法形成自由爲由，而使規定嚴苛，以致形成對人民權利之過量侵害，使其目的與限制程度不成比例。

再者，法律係社會規範之一，刑罰僅係多種社會控制手段之一而已，並非唯一手段，且係輔助手段，屬於治標而已。因此，刑罰具有

輔助性，是爲刑罰之「謙抑原則」。欲收預防犯罪之效果，必須廣爲運用刑罰以外之制度，即教育、道德、宗教、緩刑、假釋、保護管束或其他各種保安處分，始克竟其功（註五）。若其他社會控制手段不施，未能防範犯罪於未然，反而藉由擴張刑罰之立法，欲求遏止犯罪，使得原本針對犯罪「後」始加以處罰之刑罰手段，由於誇大其預防功能，而將之前移至犯罪「前」即加以處罰，使得被告一有行爲之危險時，即要受罰，實與行爲刑法原則相違。危險犯（Verletzungsdelikte）之立法，尤應注意！德國法學家耶林（R. von Jhering 1818-1892 ）謂：「刑罰如兩刃之劍，用之不得其當，則國家與個人兩受其害。」（註六）可不慎乎！明乎此，自然不會迷信所謂「刑罰萬能觀」，以爲刑罰足以治癒所有犯罪，更以爲死刑足以遏止所有之重罪，動輒以刑罰爲手段，隨意賦予死刑甚至唯一死刑，以求對抗任何犯罪，卻不思由其他治本方法著手，以求防止犯罪在先。因此，在立法上，對於何種行爲應予犯罪化，應依後述之法益觀點而慎重考量。否則，輕易動用刑罰，破壞其最後手段性，使刑罰不再謙抑，而變成工具，人民動輒得咎，「刑罰不中，則民無所措手足」（註七）。

（二）法益原則

比例原則在刑事立法上，可以導出法益原則，蓋任何行爲要加以犯罪化，必有其「法益」（Rechtsgut, bein juridigue ）考量。法益係法律所保護之利益，亦爲刑法存在之正當根據。刑事立法之核心，在於其所保護之法益。刑法之任務，在於法益之保護。無法益保護，無刑法可言；亦即無法益受到破壞或危險，則無刑罰之必要。 行爲如未造成「法益侵害」（Rechtsgutverletzung）或「法益危險」（Rechtsgutgefaehrdung），則無將之犯罪化之必要。申言之，對於法益造成侵害或危險之行爲，始具有應刑罰性，而得立法加以犯罪化，是爲法益刑法之基本原則，是爲法益原則。

法益本身依其價值評價之強度，而呈現法益位階。生命、身體、自由、名譽、財產五者，按其順序，而高低位階化。生命法益最高，其次身體法益，其次自由法益，其次名譽法益，而財產法益最低。此五種傳統法益，稱之爲「個人法益」（Individualrechtsgueter）。與之相關者，在個人法益之外，尚有一般法益即「超個人法益」（ Ueberindividualistische Rechtsgueter）。 所謂超個人法益，係指超出個人以外之法益，其本質僅係多數個人法益之集合。例如內亂罪之法益，應認係多數個人法益（生命、身體、自由、名譽、財產）之集合；而國內學者慣稱之爲國家法益。又如刑法第一百四十九條之妨害秩序罪，其本質係危及多數人之居住自由安全性，則本罪之法益本是個人自由法益之集合；惟國內學者慣稱之爲社會法益（註八）。

法益之功能，在刑法上有二：一爲決定刑罰必要性；二爲使得處刑合理性。前者，有法益保護之必要性，始得加以犯罪化，是爲法益權衡原則，亦即立法必要原則；後者，其法定刑之刑罰種類及其刑

度輕重，必須與其所保護之法益具有相當性，是爲法益相當原則，亦即立法相當原則。法益相當原則，指法益破壞與刑罰賦予必須相當，亦即犯罪與處刑必須相當，與後述立法上之罪刑相當原則相同。申言之，在有「入刑化」之必要時，始得賦予該刑種；具有相當性時，始得爲該級刑度之訂定。必須與其法益位階爲合理而相當之規範，以免產生不合理之法定刑。依前者，可以導出一基本刑事立法原則，即「無法益損害，即無刑罰」原則。否則，立法者任意行使其刑罰立法權之結果，勢必使得刑事法充斥「無法益之犯罪」（rechtsgutsloses Delikt）。

（三）罪刑相當原則

比例原則在刑事立法上及司法上，可以導出罪刑相當原則。立法上罪刑相當原則係指行爲經犯罪化後，考量其侵害何種法益，應該賦予何種刑罰種類；而在賦予自由刑或財產刑時，其刑度應在若干之間，始得使其責任與其刑罰具有相當性而得相適應。理論上，應注意法益位階，重所當重，輕所當輕；使罪得其刑，而刑當其罪；不得任意賦予刑種，或任意增減刑度，使得罪重而刑輕，或罪輕而刑重，亦稱之爲立法比例原則。漢書云：「法無二門，輕重當罪。」（註九）正是此意。

司法上罪刑相當原則，要求法官在量刑時，應依法益之位階，重所當重，輕所當輕，必使罪得其刑而刑當其罪；不得重罪而輕判，或輕罪而重判；期使責任與刑罰得以相適應，而具有相當性，亦稱之爲司法比例原則。例如在實質上一罪或裁判上一罪而僅論以一罪時，應酌情而爲必要之加重，其罪責與刑罰始具有相當性。再如刑法第三百三十七條之侵占遺失物罪，係專科罰金之罪；而收受贓物罪，得處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金；如係收受他人侵占之遺失物，因贓物罪之罪責並未超越侵占遺失物之罪責，故在量刑時，侵占罪既僅得處以罰金，就收受贓物罪亦僅得選科罰金，其罪責與刑罰始具有相當性，而符合罪刑相當原則。地藏十輪經云：「若犯重罪，應重治罰；若犯中罪，應中治罰；若犯輕罪，應輕治罰；令其慚愧，懺悔所犯。」（註十）其此之謂也！

（四）平等原則

憲法第七條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」是爲平等權。此一平等權之規定，可以導出「相同之情況，應爲相同之處理；不同之情況，應爲不同之處理」之平等原則，或稱差別待遇禁止（Differenzierungsverbot ）原則。申言之，人民得因其情況相同而要求爲相同之處理或規範，亦得因其情況不同而要求爲不同之處理或規範。更進而言之，即在相同情況下，人民亦得因其情節不同，而要求有彈性之規範，以便爲不同之處理。若其刑事立法不分輕重而只有死刑，並無其他刑罰種類可供選擇，法官無法依其不同情況而爲不同之量刑，則是違背平等原則；若其立法只有死刑或無期徒刑可供選擇，因其彈性過小，法官無法依照刑法第五十七條各款審酌，以便依據不同之

罪責而量處不同之刑罰，亦難認其符合平等原則。

（五）生命權保障原則

以法益位階觀之，生命、身體、自由、名譽和財產五種個人法益，以生命法益位階最高。茲憲法第八條既由人身自由而論，顯然生命權係超越憲法而存在，「生命權絕對保障原則」本係憲法原則，無待乎憲法明文。因此，對於非侵害他人生命法益之行爲而賦予相對死刑，自屬違背生命權絕對保障原則，而爲違憲之立法。退而言之，若依司法院大法官審理案件法第四條第二項規定，解釋之事項，以憲法條文有規定之事項爲限，則觀之憲法第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」依自然法觀點，所謂生存權，以生命權存在爲其前提，生命權自然包括於生存權內（註十一）。準此，生命權保障原則亦爲憲法原則無疑。再退而言之，至少憲法第二十二條其他「權利」亦無排除生命權之理。因此，立法對生命權之限制，仍應受憲法第二十三條之規範。準此以觀，立法賦予死刑之規定是否合憲，即有商榷餘地。

憲法第二十三條係規定：在四種情況所必要時，始得對於自由權利加以「限制」。如認爲生命權係權利之一，亦因生命權之性質無從加以「限制」，自亦不得逾越憲法之規定而加以「剝奪」。因此，死刑既係生命權之剝奪，無論其爲絕對死刑或相對死刑，均屬違憲之立法。更退而言之，縱認爲憲法第二十三條之「限制」包括「剝奪」，仍不得違背罪刑相當原則。申言之，在侵害生命法益之行爲，始得立法賦予相對死刑之刑罰效果，亦即只有在殺人及其結合犯，才可能具有剝奪行爲人生命之必要性。進而言之，在非侵害生命法益之絕對死刑，不合罪刑相當原則，固然違憲；在非侵害生命法益之相對死刑，其理亦同；而在侵害生命法益之絕對死刑，不但剝奪司法官之裁量權，爲立法權侵害司法權，有違權力分立原則（Prinzip der Gewaltenteilung），而且，亦不合罪刑相當原則，仍屬違憲。唯有在侵害生命法益之相對死刑，始得認係不違憲之立法。一言以蔽之，在認爲「剝奪」亦屬「限制」之前提下，亦僅在殺人及其結合犯，賦予相對死刑之立法，方可認其不違憲；否則，俱爲違憲之立法。

以美國規定爲例，其聯邦最高法院曾於一九七二年六月間，在其 Furman v. Georgia 一案中，認爲死刑爲憲法（美國憲法增補條款第八條、第十四條）所禁止之「殘酷及異常之刑罰」（cruel and unusual punishment），而認定其違憲。其後，雖於一九七六年七月，在 Gregg v. Georgia 一案中改變態度，認爲對殺人罪處以死刑並不違反憲法；惟仍在其判決主旨中強調「對任何殺人罪事件均以死刑爲絕對法定刑之法律即爲違憲」（註十二）。一九七七年七月二日，復在判決中對於死刑存廢提出四項原則：１、各州法律仍可沿用死刑，處以殺人犯。２、法律制度務必詳細規定，使法院於決定死刑之前，能充分考慮對被告有利與不利之案情因素，不能輕率地科處死刑。３、對死刑者無周全法律規定及保護，得視爲違憲

而無效。４、凡規定殺人罪列入「唯一」死刑之條文時，因未載明上列供法院審核輕重之條款，均屬違憲（註十三）。申言之，其最高法院仍認唯一死刑係絕對違憲，無論其侵害之法益如何；在相對死刑中，亦僅侵害生命法益之故意殺人罪，始得處以死刑。以此推知其最高法院一貫立場有二：（一）唯一死刑違憲。（二）未侵害生命法益之相對死刑違憲。其前後爭論只在侵害生命法益之相對死刑是否違憲而已。

（六）人性尊嚴原則

德國基本法（Grundgesetz） 第一條第一項規定：「人性尊嚴不可侵犯。尊重及保護人性尊嚴，乃所有國家權力機構之義務（Die Wuerde des Menschen istun-tastbar, Sie zu achten und zu schutzen ist Verpflichtung aller staatli-chen Gewalt. ）。」依國民主權原理，國民是國家主人，其人性尊嚴（die Wuer-de des Menschen, Menschenwuerde, human dignity ）不可侵犯。尊重及保護人性尊嚴，實係行政、立法、司法機關之義務。既係義務，即非權利，行政、立法、司法機關並無選擇自由。例如，在立法上，對身體法益之危險犯，若以剝奪生命作爲處罰手段，則是過量之處罰，不但違背法益原則、罪刑相當原則、平等原則、生命權保障原則，乃立法機關欠缺尊重及保護人性尊嚴，更是違背人性尊嚴原則。司法上，法官如未依刑法第五十九條減輕其刑，乃司法機關違背憲法義務，其判決乃侵害基本權之違憲判決甚明，屬於判決不適用法則，爲當然違背法令。更進而言之，對未侵害生命法益之犯罪，而立法賦予死刑，或對於未侵害生命法益之犯罪行爲人，而判處死刑，均爲違背人性尊嚴原則，不免其爲違憲之立法或判決。

二　販賣或運輸毒品罪不須死刑或無期徒刑

（一）就法益觀點言之

漢文帝時，齊太倉令淳于公有罪當刑，其女緹縈上書曰：「死者不可復生，刑者不可復續。」文帝爲之動容，下詔除肉刑（註十四）。死刑係生命刑，將剝奪行爲人之生命。身體刑（Koerperstrafe, Leibesstrafe,corporal punishment）既因不人道而爲現行刑法所不採，生命刑又有何存在之理由？而無期徒刑係指終身自由刑，爲終身監禁，亦即行爲人有被永久隔離於社會時，才有必要施以無期徒刑。在立法上，如非罪大惡極之犯罪，有何必要賦予此種嚴厲之刑罰？何況，在廢除死刑之國家，無期徒刑係最高之刑罰，非至罪大惡極，尤其不會輕率立法賦予之。

依法益原則觀之，製造、運輸或販賣毒品行爲所直接危及者，不過個人之身體法益，對於高位階之生命法益尚無直接危險，何況實害！申言之，將製造、運輸及販賣毒品行爲犯罪化，實係「危險犯」（Verletzungs delikte ），並非「實害犯」（Gefaehrdungsdel-ikte）之立法，有防患於未然之意。由於少量毒品即有大量危險，製造、運輸、販賣毒品所危及者，係不特定之多數人，則其犯罪化之立法固亦有據；然則，製造、運輸之後，必以販賣爲最後目的，

而販賣毒品乃必須買受者自願配合，亦即需要相對人協力始得完成之行爲。因此，縱基於一般預防之觀點而認應予重罰，亦不應有剝奪其生命法益之相對死刑以及使之永久隔離社會之無期徒刑！何況，如前所述，立法剝奪個案裁量之司法權，實亦有違權力分立原則（Prinzip der Gewaltenteilung ）。以最高位階之生命法益言之，刑法之有預備殺人罪、預備放火罪、預備強盜罪、預備擄人勒贖罪，均因其行爲已造成生命法益之危險；否則，各該罪即無設預備犯之必要。如係單純身體、自由、名譽、財產之法益危險行爲，則未曾設預備犯而加以犯罪化。上述各預備罪，或爲一年以下有期徒刑，或爲二年以下有期徒刑，均屬輕罰。準此以觀，製造、運輸或販賣毒品之行爲，對於他人之身體而言，只有危險，並無實害；對於他人之生命而言，既無危險，更無實害，處以有期徒刑已足，立法又何必以死刑及無期徒刑代之？製造、運輸或販賣毒品罪之法定刑，在八十一年之前，係唯一死刑；現行規定係死刑或無期徒刑，並無有期徒刑可供法官選擇。然則，觀之刑法第二百七十一條第一項之殺人罪，係直接侵害他人生命法益之實害犯，其處罰不過死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑，仍有有期徒刑可供選科。如此，在未侵害生命法益之製造、運輸或販賣毒品行爲，處以死刑或無期徒刑，其法理何在？是兩條例關於製造、運輸、販賣毒品罪，其立法罪刑輕重失衡，已然可見。其刑罰種類之賦予，實爲過量之威嚇，違悖報應理論之要求，不合罪刑相當原則。

其次，觀之二十四年施行之刑法，其第二百五十七條第二項之販賣或運輸海洛因罪之刑罰，不過三年以上十年以下有期徒刑而已，並無死刑或無期徒刑之規定；乃四十四年施行之前條例，其製造、運輸、販賣毒品罪之刑罰，竟爲唯一死刑；遲至八十一年修法時，始改爲死刑或無期徒刑。今本條例沿之，仍爲死刑或無期徒刑。該罪死刑或無期徒刑之刑罰所欲保護者，竟是身體法益，並非生命法益；其所欲防止者，竟是法益危險行爲，並非法益實害行爲。相形之下，可知以死刑或無期徒刑而處罰製造、運輸或販賣毒品之行爲，實爲過量之處罰，不合法益相當原則甚明。因此，根本之道，在回歸刑法，處以有期徒刑即爲已足。

（二）就刑罰理論言之

按刑罰之目的何在？向有報應理論與預防理論之對立。後者又可分爲一般預防理論與特別預防理論二者。主報應理論者強調：刑罰之輕重應與罪責之輕重成比例。主一般預防理論者認爲：刑罰之目的不在報應，而在嚇阻他人，以儆效尤，使他人知所警惕，而不敢觸犯法律。主特別預防理論者認爲：刑罰重在教育，以促使犯罪行爲人能夠再社會化，成爲社會中有用之一員，以達社會防衛之目的。先就報應理論言之，刑罰係以與犯罪相等之痛苦，來報應犯罪之不法，以達抗制犯罪之目的。申言之，刑罰以其具有痛苦性之本質，來均衡具有不法本質之犯罪，藉以衡平行爲人之罪責。社會得以實現正義，而行爲人得以贖罪。是故強調「刑罰之輕重應與罪責之輕

重成比例」。中共修正新刑法第五條亦規定：「刑罰的輕重，應當與犯罪分子所犯罪行和承擔的刑事責任相適應。」（註十五）準此，對比前述刑法第二百七十一條第一項侵害他人生命法益之殺人罪，其法定刑爲死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。而本條例僅有侵害他人身體法益危險之運輸或販賣毒品罪，其法定刑竟爲死刑或無期徒刑，可見本條例刑罰種類之賦予，爲過量之處罰，不合報應理論之要求，更不合比例原則之要求。次就一般預防理論言之，以死刑或無期徒刑而處罰販賣毒品之行爲人，係以剝奪
生命法益或終身行動自由之手段，而處罰僅有侵害他人身體法益危險之行爲人，以作爲威嚇他人之手段，其爲過量之威嚇甚明。立法目的欲求嚇阻他人犯罪，結果必然適得其反，製造、運輸、販賣毒品之行爲，其處罰較重，而殺人之行爲，其處罰較輕，顯與常人之法感有違。如此一來，製造、運輸或販賣毒品者殺人，自亦在所不惜，不但使得刑罰之邊際嚇阻效用喪失， 而且造成殘忍化效應（Brutalization Effect）（註十六），亦即嚴刑峻罰逼得製造、運輸或販賣毒品者可能輕率殺人，徒然使得人民之生命法益隨時陷於不保！

一般預防理論之堅信者或稱：販賣毒品者將促使施用毒品者爲購買昂貴之毒品而無所不作，更犯他罪，故應重罰云云；然則，君不見開設賭場可以使人一夕之間傾家蕩產？其危害較之製造、運輸或販賣毒品尚且爲烈；惟依刑法第二百六十八條之賭博罪，其處罰不過三年以下有期徒刑，尚屬輕罪；未曾立法賦予無期徒刑，遑論死刑！準此以觀，製造、運輸或販賣毒品罪又何必賦予死刑或無期徒刑？復就特別預防理論言之，死刑爲極刑，實係完全放棄教育刑而給予犯人再社會化之機會。其不能達成特別預防之目的，自不待言。何況，其立法手段既不能達成立法目的，自難謂合乎適當性原則。其次，縱認爲其人罪不可赦，必須永久隔離於社會，則依前述最小侵害原則之要求，在追求任何合憲之目的時，應採取侵害人權最小之手段，故在多種可以達到永久隔離之立法手段中，無期徒刑已足達其目的，無須以死刑或唯一死刑行之。因此，無論相對死刑或絕對死刑，均不能認係侵害最小之方法，仍與比例原則有違，不能認爲合憲。至於無期徒刑，理論上係欲使犯人永久隔離社會，又如何施以再教育而求其再社會化？易言之，有再社會化之可能時，有何處以無期徒刑之必要？是否處以長期有期徒刑即爲已足？

（三）就刑事政策言之

反毒一項，全國各界皆應努力，原非司法所能獨力負擔。司法反毒之重點，固在於嚴懲製造、運輸或販賣毒品之行爲。然而，若教育不施，海防不設，緝毒不力，徒憑嚴刑峻罰而繩之何益？其實，如同法務部數年前提出「危害治安治罪暫行條例」一般，以爲對特定犯罪一律處以死刑，即可改善治安，均係治亂世用重典思想之產物。該條例經學者反對，法務部乃將之撤回。何故？依犯罪學原理，有人即有犯罪。犯罪何嘗因重典而停止？治重罪用重典，治輕罪用

輕典，始爲法治國家之常態，不應動輒立法加重刑罰，甚或濫用死刑或無期徒刑。君不見現行立法及司法對於擄人勒贖未撕票者濫用死刑結果，只有造成更多撕票？

我國古代法家往往迷信「治亂世用重典」，此一觀念相沿迄今，未受現代法治觀念洗禮者，也往往不能明瞭法治真諦。韓非子云：「行刑重其輕者，輕者不至，重者不來；此謂以刑去刑。」可爲適例。事實上，輕罪而重罰，輕者固然不至，而重者往往接踵而來。尤其，在已犯輕罪之際，往往不惜再犯重罪，反正輕重等罪。舉例言之，如果立法規定罵人者死，則在罵人之後，進而傷人乃至殺人，自亦在所不惜，何故？輕罪而重罰，階段嚇阻功能盡失，已無邊際效用。我國現行刑事法體系，尤其刑事特別法，其立法並未使罪責與刑罰相當，反而輕罪而重罰者比比皆是，所以者何，立法者濫用刑罰之一般預防功能，以爲重刑可以嚇阻所有犯罪也！

何況，「治亂世用重典」亦經不起歷史考驗：漢興，高祖初入關，約法三章曰：「殺人者死，傷人及盜抵罪。」（註十七）改朝換代之際，猶止於規定殺人者死，並未規定傷人及盜亦死，治亂世何嘗用重典？再觀之現行懲治盜匪條例第二條第九款已規定意圖勒贖而擄人者，處唯一死刑；未殺人而處以唯一死刑，可謂治太平世用超重典；然則，十年來之擄人勒贖案件不惟未減，反而大增（註十八），治安何嘗改善？由此可知：「治亂世用重典」云云，不過想當然耳之迷信而已。更何況，一九八九年，聯合國之死刑問題報告亦指出，「無法找到科學上之證據，以證明死刑比終生監禁更具嚇阻作用」（註十九），則迷信死刑有何必要？香港立法局於一九九一年六月二十六日，通過廢除死刑之動議案：「有見及防止及消滅罪行所需，以保持香港爲一個高標準、現代化及保障人權的社會，本局要求政府強化警備以對付罪行，以及動議立法局廢除死刑，而以終身監禁取代。」（註二十）一九九三年四月二十一日，香港立法局終於一九九二年刑事罪行（修訂）（第三號）條例，正式廢除死刑（註二十一）。觀其動議理由所要求者，亦僅「強化警備」一項而已。由此可見，強化警備以提高破案率，使得有罪必罰，歹徒無所遁形，始爲得計。申言之，提高刑事追訴之確實性才是對於犯罪具有威嚇力，最高之破案率才是最好之刑事政策（註二十二）。一言以蔽之，抓得到比判得重更爲重要。

日前，聯合國在荷蘭海牙成立永久國際刑事法庭之草案，規定凡犯下種族滅絕、戰爭罪行、反人性罪行及侵略等國際社會最關切罪刑者，將在此起訴而受審，其最重刑期爲無期徒刑，並無死刑規定（註二十三）。在全球刑事政策皆朝人性化走向時，獨我國尚陷於「治亂世用重典」之泥淖中而不能自拔。主其事者不但不作正確示範，反而推波助瀾，忽而要引進新加坡之鞭刑，忽而要引進美國加州之三振刑（註二十四），以爲以暴制暴，便可改善治安而天下太平，未免一廂情願。殊不知無罪而受罰，或輕罪而重罰，則重罪將如何處罰？如此，徒然使得刑罰架構爲之紊亂，人民無所措其手足而

已！

三　販賣或運輸毒品罪最多處以長期徒刑已足

司法院釋字第二六三號解釋稱：若有情輕法重之情形，裁判時本有刑法第五十九條酌量減輕其刑之適用。最高法院亦認「適用第五十九條酌量減輕其刑時，並不排除第五十七條所列舉十款事由之審酌」（註二十五）。觀之刑法第五十七條已將「犯罪所生之危險或損害」一項列於第九款。而刑法第五十九條係規定「犯罪之情狀」可憫恕，並非規定「犯罪之行爲」可憫恕，則其情狀自然包括各種量刑考量情狀在內。雖有謂該條所謂可憫恕者，必須客觀上值得同情，量處最低度刑仍嫌過重者，始足當之；然則，如前所述，就比例原則觀之，或就法益原則觀之，或就罪刑相當原則觀之，或就其他憲法原則觀之，製造、運輸、販賣毒品之行爲，並無賦予或處以死刑或無期徒刑之必要。準此以觀，行爲人將受過量之處罰，其處罰乃罪不至死之死刑，或罪不至此之終身監禁，此非可憫恕，何謂可憫恕？準此，再參以人性尊嚴原則，法官依刑法第五十九條而減輕其刑，實乃法定義務，並非裁量權。然則，並非人人信念如此，減與不減在人，則被告之幸與不幸，在法官一念之間！因此，宣告死刑與無期徒刑違憲，改爲有期徒刑，始爲正途；否則，至少應將有期徒刑與之併列，以供法官選擇，可免刑罰過苛之弊端。

其次，我國有期徒刑係二月以上十五年以下，遇有加重時，僅得加至二十年。由於十五年與無期徒刑之間，相距過大，若處以十五年覺得太輕，處以無期徒刑又覺得太重時，將造成量刑上之困難。若處以十五年，則爲重罪而輕判，被告將逃避部分罪責；若處以無期徒刑，則爲輕罪而重判，被告將受到額外處罰。兩者皆有違罪刑相當原則。由於歷史因素所影響，即鴉片戰爭陰影使然，法官認爲製造、運輸或販賣毒品爲罪大惡極者不在少數，被告因而被處以死刑者亦不在少數，被處以無期徒刑者尤爲多數，六年來，已達七百餘人（註二十六）。此七百餘人處以有期徒刑已足，卻被處以無期徒刑，屬於遭受過量之處罰。不必永久隔離於社會者，卻被宣告應永久隔離於社會。其中，諒有部分被告係因法官覺得處以有期徒刑十五年太輕，而又無長期自由刑可供選擇，乃被迫選擇處以無期徒刑。否則，單是煙毒案件，六年間有七百餘人被判處無期徒刑，寶島罪人何其多！豈真全部罪刑相當？不免令人存疑！

查刑法之立法係在二十四年間，當時之平均人壽尚短，故有期徒刑以十五年爲其上限。觀其立法理由，係考慮當時「人生平均年齡不過四十一、二齡」；惟六十餘年後之今日已然不同，平均人壽已近八十歲，已近立法當時一倍。因此，有期徒刑必須延長，是爲法與時轉，使法官在量刑上有其空間，庶幾被迫性之無期徒刑可以避免！申言之，縱認製造、運輸或販賣毒品之危險性高，對象爲不特定人，有重罰之必要，長期徒刑實已足夠，根本不須無期徒刑，何況死刑！易言之，必須與社會永久隔絕者，始服無期徒刑；必須長期教化始能再社會化者，則服長期徒刑。如此，刑罰位階及其規範始能漸趨常態。至於有

期徒刑應延長至如何程度，較爲合理，當可委諸立法者之形成自由，自不待言！

四　意圖販賣而持有毒品罪更不須長期徒刑

如前所述，販賣毒品罪之不必至死刑或無期徒刑，只須處以有期徒刑已足。準此，觀之兩條例之意圖販賣而持有毒品罪，其法定刑均爲無期徒刑或十年以上有期徒刑，則其罪責尚不必至無期徒刑，乃舉重明輕之當然解釋。然則，其有期徒刑是否應至十年以上？觀之下述，即知不然：

已著手於犯罪行爲之實行而不遂者，爲未遂犯，得按既遂犯之刑減輕之。依刑法第六十五條規定，無期徒刑減輕後，爲七年以上有期徒刑。縱認爲兩條例關於販賣毒品罪之死刑或無期徒刑不違憲，惟因意圖販賣而持有毒品行爲，尚未至著手販賣，其罪責較之販賣毒品未遂罪還輕，尚不必至七年以上有期徒刑，何況十年以上！因此，兩條例關於意圖販賣而持有毒品罪之十年以上有期徒刑，不合法益原則，亦不合罪刑相當原則，不失爲違憲之規定。反之，如認爲兩條例關於販賣毒品罪之死刑或無期徒刑違憲，則更應比例降低其意圖販賣而持有毒品罪之刑度，始合法益原則及罪刑相當原則，自不待言。

五　販賣不以販入後復行賣出爲必要乃謬見

司法實務上對販賣二字之見解，可謂怪異之至，認爲「所謂販賣，不以販入後復行賣出爲必要」（註二十七）云云，造成行爲人不過意圖販賣而持有毒品，尚未著手販賣，連販賣未遂罪都未構成，卻被判處販賣既遂罪之刑。惟查立法者既未使用「買賣」二字，而使用「販賣」二字，則此一見解，已是明顯錯誤，並非法律問題仁智之見而已。申言之，此乃司法者曲解立法者之意思，任意變更犯罪構成要件，再以悖離罪刑法定原則之解釋方法，加以曲解，而侵害人權。數十年來如此，迄今未變，令人遺憾！此一見解，分別有中文及法律上之誤會：在中文上，販賣乃同義複詞，販者，賣也。販賣即是賣，買與賣係相對名詞。實務上以「販入」表示「買入」，出於以爲「販賣」乃「買賣」之誤會所致。在法律上，就罪責程度觀之，販賣、意圖販賣而持有、轉讓、施用、持有之行爲，分別成立販賣罪、意圖販賣而持有罪、轉讓罪、施用罪、持有罪。此在本條例或麻醉藥品管理條例皆然。其罪責程度，由高而低排列，刑罰規範甚爲完整而井然有序。然則，此誤見一出，造成販賣未遂罪無從適用，而意圖販賣而持有罪幾遭架空；爲此，實務上遂有認爲意圖販賣而持有罪，係指「意圖販賣而販入以外之原因而持有並另行起意販賣」者而言；其扭曲立法意旨在先，復以迂迴之解釋以免該罪成爲具文，何苦至此？實則，由於「意圖販賣而非法持有」與「非法持有」，其基本之持有行爲相同，所不同者，前者具有販賣之主觀不法要素及責任意思而已。正因此故，立法加以犯罪類型化，爲獨立犯，用以規範買入而尚未賣出之情形，是爲原則；所謂「意圖販賣而販入以外之原因而持有並另行起意販賣」，充其量爲該款適用之例外情形而已，並非該款適用之原則。至於實務上認爲販賣罪與轉讓罪「犯意各別」，而依數罪併罰原理，論以二

罪，亦屬誤解，蓋就行爲本身觀之，有牟利意思而持有並轉手而取得對價，是爲販賣；無牟利意思而持有並轉手，無論取得對價與否，皆爲轉讓。申言之，持有行爲、轉讓行爲均爲販賣行爲在客觀上之基礎行爲、當然行爲、部分行爲、低度行爲。在成立販賣罪之際，低度之轉讓行爲如同持有行爲，已爲高度之販賣行爲所吸收，自難將其販賣行爲割裂，將其中部分行爲另行論以轉讓禁藥之罪責。何況，君不見持有故意與販賣故意亦屬各別，何以高度之販賣行爲可以吸收低度之持有行爲，而不能吸收低度之轉讓行爲？可見可否吸收，應就行爲本身而論，不應論及行爲以外之主觀不法要素或責任意思，併此說明之。

若在麻醉藥品管理條例，其販賣罪係五年以上有期徒刑，前述錯誤見解尚未見其嚴重性；惟在前條例或本條例之販賣毒品罪，其法定刑乃死刑或無期徒刑；在八十一年前條例修法之前，乃唯一死刑，則其謬見侵害人權之嚴重性可想而知。考績制度、辦案成績制度、裁判書送閱制度、判例制度，加之案牘勞形使人習焉而不察，實爲主因；惟因司法體系保守難改，唯賴大法官併爲解釋，以資澄清，始克有濟！

肆　結論

日前，見報載八十三年間走私毒品海洛因二公斤來台之被告吳來旺，最高法院已判決其死刑確定（註二十八），頓時心中感慨萬千，不該死者而死之，此非殘民以逞而何？未料，八十七年八月二十日，司法周刊及法務通訊同時刊載被告已於上月二十三日執行槍決，讀之心中戰慄，難以自已！數十年來，類此事件竟然層出不窮。其殺不辜者，豈非視人命如草芥？

觀之該案最高法院判決死刑之理由，竟是「販賣之毒品數量甚鉅，嚴重危害國人健康」。海洛因二公斤豈是數量甚鉅？對身體（健康）法益之危險犯，竟以剝奪生命作爲處罰手段，根本是過量之處罰，明顯違背比例原則，違背法益原則，違背罪刑相當原則，違背平等原則，違背生命權保障原則，違背人性尊嚴原則，是爲侵害基本權之違憲判決甚明。法官未依刑法第五十九條減輕其刑，乃違背憲法義務，屬於判決不適用法則，爲當然違背法令。然則，最高法院檢察署檢察總長竟未提起非常上訴，以資救濟！法務部長竟未依刑事訴訟法行使最後審核權，率爾批准執行死刑，豈有求其生而不得乎（註二十九）？一念之間決人生死者，豈真無動於衷乎？季康子問政於孔子曰：「如殺無道，以就有道，何如？」孔子對曰：「子爲政，焉用殺？子欲善，而民善矣！」（註三十）古之人爲政不用殺，今之人爲政焉用殺？以殺止殺，不但難止殺，唯恐以殺止殺殺不止！至少，如非以殺不足以止殺，充其量只能在殺人及其結合罪上，立法始可採用相對死刑；若非侵害生命法益之罪而賦予死刑甚或唯一死刑，何如「殺其麋鹿者，如殺人之罪」（註三十一）？豈是合理！若謂販賣毒品者該死，則殺人、強盜、強姦、販賣人口、職業賭博、販賣槍砲者，難道不該死？然則，現行法之各該罪，均有有期徒刑可以選科，既未規定唯一死刑，亦未規定死刑或無期徒刑，甚至若干罪只規定有期徒刑。蓋未殺人

而處以死刑，剝奪其生命，如同掘坑於境內，陷人民於死地，與苛政猛於虎何異？

其次，無期徒刑必須有永久隔離社會之必要時，始得爲之，惟我國刑事法上無期徒刑何其多！如非殺人或其結合罪，有何必要立法賦予之？至少，如前所述，其罪須至應與社會永久隔絕者，始服無期徒刑；如只須長期教化即可再社會化者，服長期徒刑即可，何必動輒以無期徒刑相加？不當立法不斷，全面減刑再三，監獄教化不彰，假釋審核不實，才是治安敗壞主因。今治安敗壞而不求病因，徒以重刑欲求改善，何異緣木求魚？一味加重其刑，社會只有更加混亂，人民未蒙其利，先受其害，殆可預期。以本聲請案而言，其運輸或販賣毒品者，罪不必至死，亦不必至終身監禁，依現行有期徒刑論罪科刑即爲已足；倘認爲所犯該罪之輕重不一，有期徒刑之十五年上限尚有不足，則立法延長有期徒刑即可，亦不必至無期徒刑，何況死刑！苟能如此，重所當重，輕所當輕，使得被告罪得其刑而刑當其罪，再配合假釋或減刑濫用之禁止，使得假釋門檻隨之提高，並經嚴格審核程序，無期徒刑應不適用一般假釋，只可依特別程序或經由特赦爲之，使得受刑人不再輕易縱之而去，社會或可漸趨法治常態。如其不此之圖，任由過重之刑侵害人權，欲求國家長治久安，雖堯舜不能！

伍　註釋

註一：語出「孟子」離婁篇。

註二：見 F. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltung-srechts,S. 404. 引自林錫堯著「西德公法上之比例原則」，司法周刊第九十八期，司法周刊雜誌社，七十一年十二月，第二版。其意係指打麻雀用彈弓或鳥槍即可。

註三：語出「論語」陽貨篇。

註四：語出「莊子」讓王篇。其全文爲：莊子曰：「今且有人於此，以隋侯之珠，彈千仞之雀，世必笑之；是何也？則其所用者重，而所要者輕也。」引自陳志祥著「論罪刑相當原則」，台灣基隆地方法院檢察署印行，八十二年七月初版，第五十六頁。

註五：見張甘妹著「刑事政策」，三民書局股份有限公司，八十年一月修訂再版，第十二頁。

註六：見林山田著「刑罰學」，台灣商務印書館股份有限公司，八十一年二月修訂第一次印刷，第一二六頁至第一二七頁。

註七：語出「論語」子路篇。

註八：見陳志龍著「法益與刑事立法」，自版，七十九年初版，第一四〇頁及第五十二頁。參註四陳志祥著「論罪刑相當原則」，第十頁及第十一頁。

註九：見漢朝班固撰、謝瑞智今譯「漢書刑法志」，自版，八十年八月一日初版，第九十頁。

註十：釋迦牟尼佛語，出自「大乘大集地藏十輪經」卷第三，唐三藏法師玄奘譯，財團法人佛陀教育基金會出版部，七十九年十二月再版，第九十頁。

註十一：見張治安著「中華民國憲法最新釋義」，八十四年十月第三版，政大書城，第九十四頁。

註十二：引自曾錦源著「公法上比例原則之研究」，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文，七十七年十二月，第一〇四頁。

註十三：見鄧海波著「從人的求生慾論死刑之存廢」，法律評論第四十五卷第三期，法律評論雜誌社，六十八年一月，第二十二頁；亦見張平吾著「台灣地區執行死刑現況及相關問題之探討」，警政學報第十五期，中央警官學校警政研究所，七十八年，第一一一頁。

註十四：見註九漢朝班固撰、謝瑞智注譯「漢書刑法志」，第四十八頁；並參楊鴻烈著「中國法律思想史」，台灣商務印書館股份有限公司，五十三年版，第一九五頁。

註十五：一九九七年十月一日施行之中華人民共和國刑法，引自聯合報八十六年三月十八日第九版，趙秉志著「大陸新刑法典鳥瞰」。

註十六：見彭聖斐著「論死刑之存廢－以死刑存置論與死刑廢止論之各論爭點爲中心」，全國律師，八十六年十二月十五日出版，第五十二頁。

註十七：見註九班固撰、謝瑞智注譯「漢書刑法志」，第四十五頁。

註十八：見聯合晚報，八十七年七月二十二日，第三版。據統計八十七年一月至同年五月，擄人勒贖案件共有三十八件，大約四天一件。

註十九：見張香華編「生或死」，國際特赦組織（Amnesty International,簡稱 A.I.）在台舉辦「死刑存廢」會談實錄，星光出版社，八十年五月，第七十五頁。

註二十：見「廢除死刑運動在香港」，國際特赦組織香港分會一九九一年八月通訊。

註二十一：見八十二年四月二十二日聯合報，引自律師通訊第一六五期，台北律師公會，八十二年六月五日，第五頁。

註二十二：「最高的破案率是最好的刑事政策」係法務部前部長廖正豪語，載法務通訊第一八二九期第三版，八十六年五月二十二日，廖正豪著「全面打擊犯罪建立祥和社會（下）－法務部部長在總統府國父紀念月會專題報告講詞」。

註二十三：見中國時報，八十七年七月十八日，第十三版。

註二十四：三振刑，指對於重大犯罪之再犯者，加倍處刑，三犯者，處以無期徒刑，使之「三振出局」；見民生報，八十七年四月十九日，第二十版。其實，刑法累犯之設，係將被告前次已受處罰之行爲再次評價而再次處罰，已有違憲之爭，何況三振刑！參陳志祥著「三振刑殺雞用牛刀」，刊於聯合報，八十七年四月二十四日，民意論壇版。

註二十五：最高法院七十年五月十六日七十年度第六次刑事庭長會議決議參照。

註二十六：依法務部、教育部、行政院衛生署編著「反毒報告書」，由法務部發行，八十七年五月，第二十三頁記載：八十一年至八十六年，因煙毒案件而遭判處死刑確定者共有六人，遭判處無期徒刑確定者共有七七二人。

註二十七：最高法院六十六年一月二十四日六十六年度第一次刑庭庭推總會議決議參照。以「販入」作爲「賣出」而判決者，不知凡幾；法官之裁判書類或檢察官之檢察書類中，以「販入」二字而表示「買入」者，更是俯拾皆是，實乃司法奇觀！

註二十八：見自由時報，八十七年七月九日，第六版。

註二十九：見北宋司馬光著「資治通鑑」，引自註四陳志祥著「論罪刑相當原則」，第一六六頁。其全文爲：歐陽觀爲推官，留心讞獄，嘗夜閱文書，屢廢而歎，妻問之，曰：「此死獄也，我求其生不得！」其妻曰：「生可求乎？」曰：「求其生而不得，則死者與我兩無憾也！矧求其生而有得耶！」亦可參歐陽修著「瀧岡阡表」，其文句類此。

註三十：語出「論語」顏淵篇。

註三十一：語出「孟子」梁惠王下篇。其全文爲：臣聞郊關之內，有囿方四十里；殺其麋鹿者，如殺人之罪，則是方四十里，爲阱於國中；民以爲大，不亦宜乎！

此　致

司　法　院

聲　請　人：台灣台北地方法院法官　陳志祥

中華民國八十七年九月九日

參考法條：中華民國憲法 第 8、15、23 條 (36.01.01)

肅清煙毒條例 第 5 條 (81.07.27)

毒品危害防制條例 第 4 條 (87.05.20)