

持有概念與持有毒品罪

——從最高法院104年度臺非字第199號 判決談起

林 琬 珊**

要 目

壹、序 論	有、轉讓毒品罪、持有、持有
貳、實務現況與問題	大量毒品等罪之間的關係
一、持有大量毒品的不法性：從最 高法院104年度臺非字第199號 判決談起	(一)販賣行為的解釋變更及其影響 (二)毒品犯罪不同行為階段之間的 關係
(一)最高法院104年度臺非字第199 號判決	三、實務運用上所凸顯的問題
(二)臺灣高等法院暨所屬法院98年 法律座談會刑事類提案第15號	參、學說理論現況與問題
(三)小結：修法所帶來的問題	一、學說理論對於持有毒品罪與持 有處罰的論述
二、販賣毒品罪、意圖販賣而持	(一)作為施用等後行為預備犯之持 有毒品罪

DOI: 10.3966/102398202019090158003

* 本文感謝兩位匿名審查人之審稿意見，針對本文論點給予筆者進一步思考、
檢討的契機。惟文責由筆者自負。

** 輔仁大學法律學系助理教授，日本京都大學大學院法學研究科法學博士。

投稿日期：一〇七年七月十三日；接受刊登日期：一〇七年十二月二十四日

責任校對：林嘉瑛

(二)持有（大量）毒品罪與其他毒品犯罪之間的適用關係	(一)持有處罰的行為原理、行為性問題
(三)小 結	(二)持有毒品行為的定性及處罰正當性
二、行為原理與行為概念	肆、持有與持有毒品罪
(一)行為原理及其與行為刑法之關係	一、持有與持有毒品罪之處罰正當性問題
(二)行為概念或行為性	二、實務運用上的問題之處理
三、從行為原理與行為概念來重新檢討持有之處罰	伍、結 語



元照出版提供

請勿公開散布。

摘 要

就持有毒品行為之處罰，自一九五五年「戡亂時期肅清煙毒條例」開始，到一九九二年「肅清煙毒條例」、一九九七年「毒品危害防制條例」，可以說對於毒品的刑罰法規，從立法之後就一直有對於意圖販賣而持有、單純持有的處罰。從立法資料上觀察，臺灣至少自一九九〇年代起，即有毒品氾濫的問題存在，立法者對於毒品問題的處理與對於毒品犯的應對，大抵上從過去較為寬容的「病人」觀點到現在毫不掩飾的嚴罰手段。然而，從行為原理與行為概念的觀點來看，持有毒品的處罰有其問題，本文即嘗試就此問題加以檢討，並且認為可以透過除刑化來解決問題。

關鍵詞：持有毒品、施用毒品、意圖販賣而持有毒品、持有大量毒品、吸收關係、行為原理、除刑化

壹、序 論

犯罪必須是行為，若不符合刑法上所謂的行為概念，則無法將之當作行為加以處罰。就犯罪成立要件，應該如何定位行為，日本刑法學界在過去曾有熱烈討論，然而，所謂行為論的議論卻被認為是無益的議論。¹行為若是犯罪成立與否的重要要素，那麼行為論的檢討則不會沒有實益。反之，如果認為這樣的議論沒有意義，則是否意味著行為此一要件事實上未被重視。²這種現象從刑法總則的一般議論中，並不明顯，但從具體個別的犯罪來觀察，則正好可以凸顯行為的要件欠缺的問題。而持有的處罰，即為一例。

毒品危害防制條例第5條規定了意圖販賣而持有毒品的處罰規定，第11條則規定了持有毒品的處罰（下稱「單純持有」），於二〇〇三年毒品危害防制條例的修正中，於當時的第11條第4項增訂了「持有毒品達一定數量者，加重其刑至二分之一」的規定，其後，此一規定又於二〇〇九年修法時，就持有純質淨重達一定數量毒品之加重處罰規定，將數量直接明訂於毒品危害防制條例第11條第3項到第6項（下稱「持有大量毒品」）。

就持有毒品行為之處罰，自一九五五年「戡亂時期肅清煙毒條例」制定開始即有處罰規定。戡亂時期肅清煙毒條例第7條規定：「意圖販賣而持有毒品或鴉片者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科一萬元以下罰金。（第一項）意圖販賣而持有麻煙者，處七年以上有期徒刑，得併科七千元以下罰金。（第二項）」第10條則為單純持有的規定：「持有毒品或鴉片者，處二年以上、五年以下有期徒刑。（第一項）持有麻煙、抵癮物品或罌粟種子者，處

¹ 平野龍一『刑法 總論 I』有斐閣109頁（1972年7月）。

² 生田勝義『行為原理と刑事違法論』信山社91頁以下（2002年7月）。

六月以上、二年以下有期徒刑。（第二項）」另有減刑之規定。³到一九九二年「肅清煙毒條例」將「戡亂時期」四字予以刪除的同時，並未全盤修正本法，就持有之處罰只有依罰金罰鍰提高標準條例將罰金額度提高，並未為其他刑度之調整。

一九九七年全文修正「毒品危害防制條例」，第5條規定：「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。（第一項）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。（第二項）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。（第三項）」修法後，就毒品為分類管制，就意圖販賣而持有的最高刑度並未變更，但最低刑度，則降低為三年以上有期徒刑。第11條則規定：「持有第一級毒品者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣五萬元以下罰金。（第一項）持有第二級毒品者，處二年以下有期徒刑、拘役或新臺幣三萬元以下罰金。（第二項）」與舊法相比，持有毒品的處罰則降低了法定刑，其理由在於「為配合反毒政策之重大變革，採行對於施用毒品者主要以勒戒及強制戒治方式祛除其毒癮之刑事政策，爰適度降低上開犯罪之法定刑。」⁴而其背景則係因本次修法的最大變革，是認為施用毒品者具有「病患性犯人」的特質，即使仍然設有刑事制裁規定，但在執行上則是以觀察勒戒與強制戒治為優先手段。⁵

二〇〇三年修正「毒品危害防制條例」，第5條增訂意圖販賣

³ 戡亂時期肅清煙毒條例第11條：「犯第五條第一項至第四項、第七條第一項至第三項、第八條、第九條第一項、第二項、第五項或第十條第一項、第二項之罪，供出煙毒來源，因而破獲者，得減輕其刑。」

⁴ 立法院公報84卷65期院會記錄頁233，肅清煙毒條例修正草案總說明。

⁵ 立法院公報84卷65期院會記錄頁233-234，肅清煙毒條例修正草案總說明。

而持有第四級毒品者之刑事處罰，「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」，意圖販賣而持有行為的刑度下限又再降低。第11條則增訂第4項：「持有毒品達一定數量者，加重其刑至二分之一，其標準由行政院定之。」其理由則係因為「實務上，單純持有毒品達一定數量者，與意圖販賣而持有毒品之間常難以區別判斷，如僅因主觀意圖不同而適用不同構成要件，致刑責有重大差距，實有失衡平，爰增列第四項，規定持有毒品達一定數量者，加重其刑至二分之一。至其一定數量之標準，則由行政院定之，以應實際需要。」⁶

而持有一定數量毒品之行為的加重規定，其後於二〇〇九年修法時，被明定於本法中，亦即，增訂持有第三級與第四級毒品之處罰，但僅於持有一定數量時才予以刑事處罰，⁷同時，就持有數量之加重標準，則依毒品分類而有不同標準，但第11條增訂第3項到第6項之規定，刑度則加重至與轉讓毒品罪相同。⁸

法務部於二〇一七年所召開的司法國是會議中提案，「（第四點）毒品危害防制條例第11條持有毒品『純質淨重』及持有三、四級毒品『20公克以上』始構成刑事責任之規定有無調整之必要：該等規定在實務運作上均發生一定之困難，如何解決該等問題？（第五點）持有（純質淨重20公克以下）及施用第三、四級毒品者，應

⁶ 請參見2003年立法理由。

⁷ 於持有第三級與第四級毒品未達一定數量時，則依增訂第11條之1之規定：「無正當理由持有或施用第三級或第四級毒品者，處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，並應限期令其接受四小時以上八小時以下之毒品危害講習。」施以行政罰。

⁸ 就持有一定數量毒品行為之加重處罰規定之立法簡評，請參見吳耀宗，論我國毒品管制之法政策走向——從「戡亂時期肅清煙毒條例」至「毒品危害防制條例」，月旦法學雜誌，180期，頁74-75、78，2010年5月。

否賦予刑事責任：依毒品危害防制條例第11條之規定，持有（純質淨重20公克以下）及施用第三、四級毒品者僅能予以講習及行政裁罰，在實務運作上均遇到相當的瓶頸。為有效遏止第三、四級毒品之氾濫，對於多次或施用毒品成癮者，是否應賦予更強之強制措施或刑罰？」⁹最後亦作成決議，「修訂毒品危害防制條例，將持有第1、2級毒品『純質淨重』改為『淨重』。並研議調降持有第3、4級毒品『20公克』之持有標準。」¹⁰二〇一七年十月法務部即已將「毒品危害防制條例部分條文修正草案」送交行政院審查，擬將現行持有一級、二級毒品的計量標準，從「純質淨重」修正為「淨重」，持有三級、四級毒品的刑罰標準從20公克降至5公克，最高刑度則為三年有期徒刑。¹¹

從修法脈絡看來，對於毒品的刑罰法規，從立法之後就一直有對於意圖販賣而持有之行為、單純持有行為的處罰。從立法資料上觀察，臺灣至少自一九九〇年代起，即有毒品氾濫的問題存在，¹²立法者對於毒品問題的處理與對於毒品犯的應對，從一九九七年較為寬容的「病人」觀點，到現在認為寬容無效後，展開層層加重的

⁹ 請參見2017年4月20日總統府司法改革國是會議第五分組第四次會議，書面意見：緝毒與毒品重刑化政策之檢討（法務部意見）（資料編號-5-4-討1）「司法改革國是會議分組會議第5組第4次會議 議題5-2-1：緝毒、毒品重刑化、施用毒品罪一罪一罰等政策之檢討」，<https://drive.google.com/file/d/0B9NObfZ1vI2WaE1DNVvaLUVBZHc/view>，最後瀏覽日：2017年11月13日。

¹⁰ 請參見2017年4月20日總統府司法改革國是會議第五分組第四次會議決議，<https://justice.president.gov.tw/meeting/36>，最後瀏覽日：2017年11月13日。

¹¹ 請參見自由時報，持有毒品 法部提修法加重刑責，2017年10月20日，<http://news.ltn.com.tw/news/society/paper/1144872>，最後瀏覽日：2017年11月13日；蘋果日報，掃毒新制 持K毒5克就違法，2017年10月20日，<https://tw.appledaily.com/headline/daily/20171020/37819481/>，最後瀏覽日：2017年11月13日。

¹² 如立法院公報84卷65期2822號頁183，當時法務部部長馬英九的說明。

嚴罰手段。就持有行為的處罰，也是走嚴罰化的路線。

司法實務上對於持有毒品的處理，在二〇〇五年修法廢除連續犯規定之後，開始傾向對於施用毒品者採取一罪一罰的論罪方式，而施用毒品同時持有的情況，則向來是以施用毒品罪吸收持有毒品罪的吸收關係之論述，只論以施用毒品罪。但在新增訂持有大量毒品罪之後，實務翻轉上開吸收關係的論述，就施用同時持有大量毒品的情況，變更處理方法，認為應該論以不法內涵較高、法定刑較高的持有大量毒品罪。以持有大量毒品罪吸收施用毒品罪這樣的見解在個案上處理雖然並非沒有道理，但是，同樣的處理方式在不同的個案類型上，則可能另有問題。本文認為，問題的討論應該回到持有毒品罪與持有大量毒品罪之處罰規範上。

學說上對於毒品危害防制條例乃至於毒品問題的應對，向來將焦點置於販賣毒品罪與施用毒品罪的討論上，對於持有毒品罪的討論，由於在行為階段，持有行為通常先於販賣毒品或施用毒品行為之前，因而往往在將之定性為預備行為。然而，持有行為是否真有較高的不法內涵、是否具備行為性、持有毒品行為是否有法益侵害的可能性，皆為特定行為是否得作為犯罪行為加以處罰之正當性根據，實有探討之必要。

本文之目的在探討持有概念與持有毒品罪本身的問題。從持有毒品罪解釋論上因修法產生的問題出發，探討持有毒品處罰本身具有的理論疑義，就持有毒品罪的刑罰法規做立法正當性的檢討，轉向除刑化的立法論建議。以下於「貳」簡介實務現況與問題，於「參」探討持有毒品行為與持有行為處罰之問題，於「肆」就上開問題尋找可能的解決方法。¹³惟在確立結論之前，文中仍泛用「持

¹³ 毒品問題的探討亦可從毒品規制的合理性、妥當性來加以檢討。大法官解釋雖然數次針對毒品危害防制條例作成解釋，但多為針對法律效果的解釋，如

有行為」此一用語。

貳、實務現況與問題

一、持有大量毒品的不法性：從最高法院104年度臺非字第199號判決談起

(一)最高法院104年度臺非字第199號判決

本件第一審為臺灣新北地方法院103年度審訴字第484號判決（下稱「原判決」），判決確定後，經檢察總長提起非常上訴，作成最高法院104年度臺非字第199號判決（下稱「本判決」）。¹⁴就第一審所確認的犯罪事實，共分為以下三部分，被告為有罪陳述，於事實認定上並無爭議。第一，基於持有第一級毒品純質淨重10公克以上之犯意，購入第一級毒品海洛因純質淨重13.19公克而持有之行為。（下稱「第一行為」）。第二，基於施用第二級毒品甲基安非他命之犯意，施用甲基安非他命一次。（下稱「第二行

司法院釋字第476號解釋（毒品條例之死刑、無期徒刑規定違憲？）、「第544號解釋（麻醉藥品條例、煙毒條例，對施用者處自由刑規定違憲？）」，就毒品危害防制條例「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」之立法目的，則肯認其目的之正當性。臺灣文獻上或許是因為實定法的存在，鮮少有直指本法違憲或規制不正當的論述，本文亦不採取此種進路，而單純檢討解釋學上的問題。日本就大麻取締法的合憲性，屢在訴訟上有爭議。主要的違憲主張有認為違反日本憲法第13條幸福追求權、違反第14條平等原則（酒精性飲料與香菸等物與大麻有同等或更高的有害性，立法上有規制不同的問題）、違反第31、36條（明確性原則、規制的合理性）。詳可參見植村立郎「大麻取締法」平野龍一＝佐々木史朗＝藤永幸治編『注解特別刑法第5-II卷 医事・薬事編(2)（第二版）』青林書院82-86頁（1992年6月）。

¹⁴ 本判決為104年最高法院具有參考價值裁判之一。

為」)。第三，基於施用第一級毒品海洛因之犯意，於同上時地，施用海洛因一次。（下稱「第三行為」）。

原判決參照93年度臺上字第6502號判決見解，亦即，「刑法上之吸收犯，係指犯罪之性質上，其罪名之觀念中當然包含他行為者而言，亦即所發生之數個犯罪事實之間，依犯罪之性質及一般日常生活之經驗判斷，一方可以包含於他方犯罪觀念之中，遂逕行認定一方之罪，而置屬於實行階段性之他方於不論；其中吸收犯中之高度行為吸收低度行為，係以犯罪行為之發展，依其在刑法上之評價程度，得分為若干階段，即循序而進之行為，其前行之低度行為不外使後行之高度行為易於實現，則後行之高度行為內容，實已涵蓋低度行為之結果，故高度行為當然吸收低度行為，其前後行為，在形態上雖屬分別獨立，但從同一法益之侵害觀點而言，具有必然之附隨關係，亦即具有階段之貫通性，禁止為雙重評價而應為單一之評價，若數個事實行為，犯意各別，被害法益不同，既無階段貫通之附隨關係，自不生後行為吸收前行為之關係，應視行為人主觀之犯意而分別論以連續犯或數罪併罰。」¹⁵認為「吸收犯之成立必須是被吸收之罪其不法內涵得由他罪所涵蓋者作為基礎，在此一前提下，無論持有毒品數量多寡，持有毒品行為之不法內涵絕無可能延伸包括全部之『施用毒品』在內，即除施用毒品前，持有供施用毒品份量之該次持有毒品行為，與施用行為間，確具包含於施用行為之罪質內外，其餘持有毒品之行為，在邏輯上原不能當然解為，為施用毒品行為所吸收」。¹⁶

從而，就被告所為的三個行為，原判決認為第一行為「係犯毒

¹⁵ 最高法院93年度臺上字第6502號判決。

¹⁶ 臺灣新北地方法院103年度審訴字第484號判決。此係來自於臺灣高等法院暨所屬法院98年法律座談會刑事類提案第15號丙說見解。

品危害防制條例第十一條第三項之持有第一級毒品純質淨重十公克以上罪」，第二行為「係犯毒品危害防制條例第十條第二項之施用第二級毒品罪」，第三行為「係犯毒品危害防制條例第十條第一項之施用第一級毒品罪」。「其施用前後持有甲基安非他命之行為為施用毒品之當然手段行為，不另論罪。被告所犯毒品危害防制條例第十一條第三項之持有第一級毒品純質淨重十公克以上罪、同條例第十條第一項、第二項之施用第一級毒品罪及施用第二級毒品罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。」¹⁷

由上述可知，原審法院認為，除了就第二行為之論罪科刑係以施用毒品行為吸收持有毒品行為，因而就持有行為不另外論罪，僅論以施用第二級毒品罪之外，就第一行為與第三行為，則係將第一行為所持有之毒品分成兩部分，一部分為第三行為所施用之部分（下稱「已施用部分」），其餘則為尚未施用之部分（下稱「未施用部分」），並就第三行為已施用部分，論以施用第一級毒品罪，就第一行為所持有（同時為第三行為未施用）部分，認為不能被施用毒品行為所吸收（如上開原判決理由中所述：其餘持有毒品之行為，在邏輯上原不能當然解為，為施用毒品行為所吸收），而應論以持有第一級毒品純質淨重10公克以上罪。同時認為上開成立之三罪，應予數罪併罰。

相對的，最高法院104年度臺非字第199號判決則認為，「九十八年五月二十日修正之毒品危害防制條例既將同屬持有毒品行為之處罰，依數量多寡而分別以觀，顯見立法者乃係有意以持有毒品數量作為評價持有毒品行為不法內涵高低之標準，並據此修正持有毒品罪之法定刑，俾使有所區隔。因此，應可推知當行為人持有毒品數量達法定標準以上者，由於此舉相較於僅持有少量毒品之不法內

¹⁷ 臺灣新北地方法院103年度審訴字第484號判決。

涵較高、法定刑亦隨之顯著提升，縱令行為人係為供個人施用而購入，由於該等行為不法內涵非原本施用毒品行為所得涵蓋，自不得拘泥於以往施用行為吸收持有行為之見解，應本諸行為不法內涵之高低作為判斷標準，改認持有法定數量以上毒品之行為，屬高度行為而得吸收施用毒品行為，或逕認施用毒品之輕行為當為持有超過法定數量毒品之重行為所吸收，方屬允當。」

從而，本判決認為，「被告因此所犯施用第一級毒品之低度行為（筆者註：第三行為），應為其持有第一級毒品純質淨重十公克以上之高度行為（筆者註：第一行為）所吸收，僅應論以持有第一級毒品純質淨重十公克以上罪，乃原審法院未察，誤以『吸收犯之成立必須是被吸收之罪其不法內涵得由他罪所涵蓋者作為基礎，在此一前提下，無論持有毒品數量多寡，持有毒品行為之不法內涵絕無可能延伸包括全部之施用毒品在內，即除施用毒品前，持有供施用毒品份量之該次持有毒品行為，與施用行為間，確具包含於施用行為之罪質內外，其餘持有毒品之行為，在邏輯上原不能當然解為，為施用毒品行為所吸收』，而認被告所犯前開持有第一級毒品純質淨重十公克以上與施用第一級毒品兩罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰，並分別量處有期徒刑一年四月及十月，即有判決適用法則不當之違背法令。案經確定，且此部分不利於被告，非常上訴意旨執以指摘，洵有理由。應由本院將原判決關於被告持有第一級毒品純質淨重十公克以上及施用第一級毒品部分撤銷」，另行判決撤銷原判決關於原告持有第一級毒品純質淨重十公克以上及施用第一級毒品部分，就此部分則判決被告持有第一級毒品純質淨重十公克以上之罪。¹⁸

若將本判決與下述臺灣高等法院暨所屬法院98年法律座談會刑

¹⁸ 最高法院104年度臺非字第199號判決。

事類提案第15號相對照，即可發現本判決所採的是座談會研討及審查意見之乙說，¹⁹而原判決則是採同座談會的丙說。

(二)臺灣高等法院暨所屬法院98年法律座談會刑事類提案第15號

臺灣高等法院暨所屬法院98年法律座談會刑事類提案第15號（下稱「高院98年座談會」）所討論的法律問題，為「某A前於民國96年間因施用毒品案件，經法院裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品傾向，遂於96年6月1日執行完畢釋放。詎其猶不知悔改，復於98年11月22日某時許，於其住處再次施用第一級毒品海洛因而遭警查獲，且於查獲之際同時為警扣得其所持有之第一級毒品1包（送請鑑定後確含有第一級毒品海洛因成分，且純質淨重為11公克）。A係為自己施用而持有，且係從中分裝0.5公克海洛因於上揭時、地施用1次後，旋遭查獲，A所為應如何論科？」²⁰討論意見分三說，理由圍繞在吸收關係的論述，以及論持有毒品罪時，就施用毒品部分犯行是否須由檢察官聲請法院裁定施以觀察、勒戒這兩點上。以下僅就前者加以整理介紹。

甲說認為，應論以毒品危害防制條例第10條第1項施用第一級毒品罪，但宣告刑不得低於有期徒刑一年。理由在於以下數點。第一，臺灣審判實務上向來均認為施用毒品為持有毒品之高度行為，因此，除非個案中證明行為人持有之毒品是施用毒品後另行購入且與本案施用毒品犯行無關，因而必須單獨論以持有毒品罪以外，判決理由中多認定持有毒品之低度行為應為施用毒品之高度行為所吸收，而不另行論罪。第二，就所謂「高度行為」與「低度行為」，

¹⁹ 最高法院104年度臺非字第199號判決中論理部分之文字幾乎與臺灣高等法院暨所屬法院98年法律座談會刑事類提案第15號中之乙說相同。

²⁰ 以下討論意見，除可由司法院法學資料檢索系統中獲得之外，亦可參照司法院臺灣高等法院暨所屬法院98年法律座談會彙編（99年1月版）頁428-436。

認為必須綜觀整體相關法律規範，審諸各類犯罪行為所定構成要件之相互關係與既有法秩序對於犯罪行為之非難程度高低等諸多層面合併加以定性，而非專以法定刑輕重來判斷。並以毒品危害防制條例為例，就條文中針對販賣、運輸、製造（第4條）、轉讓（第8條）、施用（第10條）及持有（第11條）等與毒品相關之各類犯罪行為設有處罰規定，且該等行為無論透過個案審判實務上或自論理上加以觀察，皆包含「持有毒品」之行為在內，其中尤以施用毒品與持有毒品二者更屬密不可分。亦即，上述各類行為皆係以持有毒品作為基礎，再結合其他不法構成要件要素（例如「施用」）而成為另外一個獨立犯罪類型，因而從邏輯上來說，「持有毒品」相較於其他犯罪毒品類型而言均屬低度行為，不能僅因法定刑輕重有別，而改變不同犯罪類型彼此間既有之規範架構。因此，甲說認為，倘若A係為供個人施用而持有法定數量以上之毒品，仍應論以施用第一級毒品罪為當²¹。此說並提出質疑認為，若非如此「實難以合理解釋為何同屬施用毒品犯罪，倘若行為人持有毒品純質淨重未達法定標準（第一級毒品為10公克）者，既須由施用之高度行為吸收持有之低度行為；反之，若行為人所持有毒品已達法定標準者，此際持有毒品又何以反將成為高度行為而得以吸收施用毒品行為？」²²

²¹ 請參照臺灣高等法院暨所屬法院98年法律座談會刑事類提案第15號。就甲說認為宣告刑不得低於有期徒刑1年的部分，則係因為「然因本案行為人所犯屬於低度行為之罪（即同條例第11條第3項）法定刑為『1年以上7年以下有期徒刑』，基於刑罰效果封鎖作用之理論基礎（亦即當一行為同時成立數罪、且依罪數理論必須論以一罪者，設若較輕之罪法定刑下限高於較重之罪法定刑下限者，法院即不得任意量處低於較輕之罪法定刑下限之宣告刑），此際應至少宣告1年以上有期徒刑，方屬允恰。」

²² 臺灣高等法院暨所屬法院98年法律座談會刑事類提案第15號之甲說。

本判決採取的乙說認為，應論以毒品危害防制條例第11條第3項持有一定數量以上之持有第一級毒品罪。此說認為，最高法院針對罪數問題建立所謂「吸收犯」之理論，「其類型亦非專以高度行為吸收低度行為一類為限，尚包括全部行為吸收部分（階段）行為」。「又所謂高度行為吸收低度行為乃係基於法益侵害之觀點，認為當高度行為之不法內涵足以涵蓋低度行為時，方得論以吸收犯。」乙說認為，「98年5月20日修正之毒品危害防制條例既將同屬持有毒品行為之處罰依數量多寡而分別以觀，顯見立法乃係有意以持有毒品數量作為評價持有毒品行為不法內涵高低之標準，並據此修訂持有毒品罪之法定刑，俾使有所區隔。」因此可以推知，「當行為人持有毒品數量達法定標準以上者，由於此舉相較於僅持有少量毒品之不法內涵較高、法定刑亦隨之顯著提升，縱令行為人係為供個人施用而1次購入，由於該等行為不法內涵非原本施用毒品行為所得涵蓋，自不得拘泥於以往施用行為吸收持有行為之既定見解，應本諸行為不法內涵高低行為判斷標準，改認持有法定數量以上毒品之行為屬高度行為而得吸收施用毒品行為，或逕認施用毒品之輕行為當為持有超過法定數量毒品之重行為所吸收，方屬允當。」因此，乙說認為，「A所持有第一級毒品海洛因數量業已達法定數量10公克以上，是其施用毒品行為必須為持有大量毒品之行為所吸收，故此時應論以毒品危害防制條例第11條第3項持有一定數量以上之持有第一級毒品罪，方屬適法。」「至於持有海洛因未達10公克之情形，毒品危害防制條例第11條第1項既另有處罰規定，與持有達10公克以上即屬不同犯罪，則持有海洛因未達10公克，並有施用犯行，仍由施用行為吸收持有之低度行為，兩者並無扞格之處。」²³

²³ 臺灣高等法院暨所屬法院98年法律座談會刑事類提案第15號之乙說。

原判決所採的丙說認為，應分別論以毒品危害防制條例第10條第1項施用第一級毒品罪及同條例第11條第3項持有一定數量以上之持有第一級毒品罪，但此時施用第一級毒品罪部分之宣告刑並無不得低於有期徒刑一年之限制。第一，丙說指出，臺灣「審判實務以往針對施用毒品與持有毒品二者間相互吸收關係之認定標準漸趨模糊，甚而有為便於論知沒收毒品之故，竟率爾擴張吸收犯之原有概念，實有藉此機會予以導正之必要。」第二，參照最高法院93年度臺上字第6502號判決針對高度行為吸收低度行為所作說明，「吸收犯之成立必須是被吸收之罪其不法內涵得由他罪所涵蓋者作為基礎，在此一前提下，無論持有毒品數量多寡，持有毒品行為之不法內涵絕無可能延伸包括『施用毒品』在內。」因此，丙說認為，「A施用毒品後所剩餘之第一級毒品海洛因驗收後純質淨重既高達11公克，業已逾越毒品危害防制條例第11條第3項所定之標準，自應就其所為分別論以同條例第10條第1項施用第一級毒品罪（施用行為吸收持有該次施用數量毒品之行為）及同條例第11條第3項持有一定數量以上之持有第一級毒品罪（就持有其餘毒品部分）。」

「另參以現時審判實務乃採認施用毒品須採一罪一罰之意見，故施用毒品行為所得吸收者，實應僅以行為人供該次施用所持有之毒品為限，尚非可任意擴張至所持有之其餘毒品。因此在行為人1次購入毒品進而分次施用之情形下，其持有毒品行為性質上雖屬於繼續犯，然理論上既應為其後各次施用毒品犯行所吸收，自無過度評價之虞，否則倘若遽認1次施用毒品行為竟可吸收全部持有毒品行為，就行為人持有其餘毒品之舉對於法秩序可能生之侵害而言，反有評價不足之缺失。再若1次購入毒品後，僅有部分毒品供已施用，其餘毒品則另行起意販賣予他人之例，此時行為人雖僅有單一旦繼續之持有毒品行為，然鑑於持有原因各別（分別係供施用而持有與供販賣而持有）之故，法院在判決理由中亦將詳予說明其持有

毒品行為應各由施用毒品及販賣毒品之行為所吸收，顯係將持有毒品行為依據持有原因不同而加以適當切割，再依上述吸收犯之理論予以論罪，如此一來適可說明施用毒品行為在邏輯上原不得吸收全部持有毒品之舉，法院自應依據個案事實詳加認定後而為裁判，未可一概而論。」

(三)小結：修法所帶來的問題

持有大量毒品罪與施用毒品罪的處理，因為修法提高前者的刑度，而使最高法院認為立法者係有意以持有毒品的數量來評價持有毒品行為不法內涵之高低，持有毒品數量達法定標準以上者，即被認為有較高的不法內涵。同時認為，在這種情況下，該持有大量毒品行為之不法內涵，已非施用毒品行為所涵蓋，因此，在這種情況下不採取過去以施用行為吸收持有行為之見解，而改以持有大量毒品行為來吸收施用毒品行為。

從上述的討論中，可以暫且拉出以下三個問題。第一，不法內涵的高低之判斷，其標準為何？持有毒品的數量作為標準，是否適當？第二，上述高院98年座談會中，甲說提及持有毒品罪與施用毒品罪之間的吸收關係會因所持有毒品之數量是否達到法定標準，而有相反的結果，這樣的現象是否能夠合理說明？第三，從高院98年座談會中的丙說可以推演出，持有行為會被論幾個罪，並不一定。在目前實務對於施用毒品採取一罪一罰的作法之下，在被查獲時尚持有毒品的情況下，必然會論以一個持有（大量）毒品罪之外，會因為是否出現後行為如施用、販賣毒品等行為，而被併合處罰。因此，可能會因為查獲時點而有所不同。

二、販賣毒品罪、意圖販賣而持有、轉讓毒品罪、持有、持有大量毒品等罪之間的關係

除了上開個案所帶出的爭議之外，由於「販賣」概念解釋的變更，亦影響意圖販賣而持有毒品罪之解釋適用，同時可能影響個案中法律適用的問題，爰予一併介紹。

(一)販賣行為的解釋變更及其影響

臺灣舊有判例就刑法或特別法中涉及「販賣」相關概念之解釋，於二〇一二年最高法院刑事庭會議中經決議不再援用。對於販賣概念的重新檢討，也連帶牽動販賣未遂與意圖販賣而持有兩罪的適用關係。

舊有實務對於販賣的解釋，認為「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。」²⁴從而，只要以營利目的購入或賣出毒品者，即成立販賣罪，不以販入之後復行賣出為要件。在此一解釋下，舊有實務見解針對意圖販賣而持有毒品罪，採取限縮解釋，係指非以營利之目的而持有（例如受贈、吸用），嗣變更犯意，意圖販賣繼續持有，尚未著手賣出者為限。²⁵如此一來，於非以營利之目的而持有，因變更犯意意圖販賣而維持持有狀態之繼續，於尚未著手賣出，尚無法論以販賣未遂時，則會僅因主觀的改變而得處罰，有其問題。亦即，由於係於持有持續中，於持有之客觀態樣並未有變化亦無其他行為時，只因為主觀犯

²⁴ 最高法院25年非字第123號判例。其他如最高法院67年臺上字第2500號判例、最高法院68年臺上字第606號判例、最高法院69年臺上字第1675號判例。上述四則判例皆已於民國101年8月7日、8月21日、11月6日經最高法院101年度第6次、第7次、第10次刑事庭會議決議不再援用。

²⁵ 最高法院101年度第10次刑事庭會議決議(一)討論事項壹、三。

意的改變即認為成立犯罪，實則有欠缺可罰行為的問題。²⁶

對於販賣所為之上開司法解釋，於最高法院101年度第6次、第7次、第10次刑事庭會議決議不再援用，並於最高法院101年度第10次刑事庭會議決議(一)處理販賣解釋變更後，販賣毒品未遂罪與意圖營利而持有罪兩罪之間的適用問題。亦即，在決議不再援用上開販賣之舊有司法解釋後，意圖營利而販入毒品，尚未賣出者，構成販賣毒品未遂罪，則前述對於意圖販賣而持有之限縮解釋，是否應予維持或補充解釋，有討論之必要。

最高法院101年度第10次刑事庭會議決議(一)採取乙說，認為於此情形，販賣未遂與意圖販賣而持有毒品罪，有法條競合之適用。亦即，意圖營利而販入毒品之行為，原本構成販賣毒品既遂罪，但因販賣解釋之變更，則變成販賣既遂不該當，而同時該當販賣未遂與意圖販賣而持有毒品罪，兩罪法條競合。乙說的理由主要係認為，「所謂販賣行為，須有營利之意思，方足構成。刑罰法律所規定之販賣罪，類皆為(1)意圖營利而販入，(2)意圖營利而販入並賣出，(3)基於販入以外之其他原因而持有，嗣意圖營利而賣出等類型。從行為階段理論立場，意圖營利而販入，即為前述(1)、(2)販賣罪之著手，至於(3)之情形，則以另行起意販賣，向外求售或供買方看貨或與之議價時，或其他實行犯意之行為者，為其罪之著手。而販賣行為之完成與否，胥賴標的物之是否交付作為既、未遂之標準。行為人持有毒品之目的，既在於販賣，不論係出於原始持有之目的，抑或初非以營利之目的而持有，嗣變更犯意，意圖販賣繼續持有，均與意圖販賣而持有毒品罪之要件該當，且與販賣罪有法條競合之適用，並擇販賣罪處罰，該意圖販賣而持有僅不另論罪而

²⁶ 黃榮堅，2012年刑事法發展回顧：法律問題之事實與表述，國立臺灣大學法學論叢，42卷特刊，頁1056，2013年11月。

已，並非不處罰。此觀販賣、運輸、轉讓、施用毒品，其持有之低度行為均為販賣之高度行為所吸收，不另論罪，為實務上確信之見解，意圖販賣而持有毒品罪，基本行為仍係持有，意圖販賣為加重要件，與販賣罪競合時，難認應排除上開法條競合之適用。」因此，於法條競合後，適用販賣未遂罪。²⁷

惟此決議仍衍生兩個問題。第一，此決議仍認為主觀意思的變更即可構成意圖販賣而持有罪，並不要求客觀行為態樣，販入之後，只須因主觀尚存在營利意圖，即可認定著手，解釋變更之前即存在的問題，亦即，單純因為主觀犯意變更即變成可罰的問題仍然存在，換言之，變更解釋只不過讓成立之罪從販賣既遂罪改變為未遂罪（請參見後述最高法院107年度臺上字第410號判決），未見實務就前述學說上所指明的問題有加以應對。第二，在變更主觀內容之前，亦構成持有（大量）毒品罪，此時應如何適用？

（二）毒品犯罪不同行為階段之間的關係

就毒品犯罪，向來於個案法律適用或論罪科刑時，就其相關犯行有區分不同行為階段，實務見解多稱之為「行為階段理論」。以下整理毒品犯罪中不同行為階段之間的關係，以利後述就持有行為與其他行為階段犯罪行為之討論。

1. 持有（大量）毒品罪與施用毒品罪

最高法院94年度臺上字第1039號判決謂：「行為人如意圖供己施用而持有毒品，並進而施用，則持有毒品之低度行為，當然為高度之施用行為所吸收，不另論以持有毒品罪；但行為人倘係基於其他原因而單純持有毒品，其單純持有毒品之行為，與施用毒品間即

²⁷ 最高法院101年度第10次刑事庭會議決議（一）乙說之（一），並可參見最高法院101年度第6次刑事庭會議決議「販賣未遂與意圖販賣而持有二罪，應擇販賣未遂罪處斷」。

無何關連，自無高、低度行為之可言，應不生吸收之問題。」惟如最高法院104年度臺非字第199號判決所言，因為修法，現在則反過來，以持有大量毒品之行為吸收施用行為，並僅論持有大量毒品罪。

2. 意圖販賣而持有毒品罪與販賣毒品罪

就（意圖販賣而）持有毒品、販賣毒品（既未遂）之關係，如最高法院101年度第10次刑事庭會議決議所採之乙說中之（一）認為，從行為階段理論立場來看，意圖營利而販入，為販賣罪之著手，如係基於販入以外之其他原因而持有，嗣意圖營利而賣出等類型，則以另行起意販賣，向外求售或供買方看貨或與之議價時，或其他實行犯意之行為者，為其罪之著手。從而，可以看出，實務見解認為（意圖販賣而）持有毒品行為與販賣行為之間，有前後行為階段之關係，否則無須提及行為階段理論之立場。同時，在競合的問題上，實務亦謂：「此觀販賣、運輸、轉讓、施用毒品，其持有之低度行為均為販賣之高度行為所吸收，不另論罪，為實務上確信之見解，意圖販賣而持有毒品罪，基本行為仍係持有，意圖販賣為加重要件，與販賣罪競合時，難認應排除上開法條競合之適用。」²⁸此外，最高法院27年滬上字第50號判例之（二）曾就販賣毒品之未遂犯，持有毒品時，依禁毒治罪暫行條例第4條，論以意圖販賣而持有毒品之罪，並認為毋庸論以販賣毒品之未遂罪，²⁹似與最高法院101年度第10次刑事庭會議決議矛盾。就此，最高法院101年度第10次刑事庭會議決議之（二）亦提及，本則判例所涉及之行為該當當時禁毒治罪暫行條例第4條中的不同行為態樣，亦即，該條文中將販賣、

²⁸ 最高法院101年度第10次刑事庭會議決議乙說之（一）。

²⁹ 最高法院27年滬上字第50號判例。最高法院第101年度第7次刑事庭會議（二）決議保留本則判例。

意圖販賣而持有毒品者規定於同一法條，有相同的法定刑，刑事庭會議認為判例就該當之條文依法條競合，擇一適用，並無違反罪數理論，惟若從行為階段理論的觀點出發，則恐有紊亂行為階段理論的問題，因而不應擇低度行為之意圖販賣而持有毒品論罪，而應論以高度行為之販賣毒品未遂罪。由此可見，實務見解認為，就持有與販賣毒品之間的關係，即使在販賣未遂的情況，持有行為皆為低度行為，既遂或未遂的販賣行為則為高度行為。然而，就持有大量毒品之處罰，係從二〇〇三年、二〇〇九年開始即有規定，倘如最高法院104年度臺非字第199號判決所言「以持有毒品的數量作為評價持有毒品行為不法內涵高低之標準」，則從臺灣新北地方法院103年度審訴字第484號判決中亦可看得出來，於二〇〇三年至最高法院101年度第10次刑事庭會議決議作成之間，顯然實務見解仍然並非以持有毒品的數量來評價行為不法內涵的高低。

然而，實務見解之認事用法，亦值留意，如最高法院107年度臺上字第410號判決除重申兩罪上述之關係，就是否有販賣毒品罪之著手，於上訴意旨謂：「依立法者所預設之法益侵害危險性程度，應以實際與買家商討交易細節為買賣毒品罪之著手行為。若行為人之行為階段尚未進展至此，應尊重立法者之決定而視其情節，以買賣毒品罪之實質預備犯，即意圖販賣而持有毒品罪論科。本案依上訴人所供，其販入毒品之際，雖有販賣毒品之意圖，惟對販入之毒品要以何種方式販賣、對象為何等犯罪計畫均未有所認識，更遑論推動犯罪之意欲前，即為警查獲，僅處於預備階段，可否僅以上訴人基於販賣意圖販入扣案毒品，即認其有販賣毒品之主觀犯意，自非無疑。原判決逕論以販賣毒品未遂罪，有理由不備，適用法則不當之違法。縱認上訴人成立販賣毒品未遂罪，考其係初次、單獨犯案、於計畫成熟前即為警查獲，因無銷售渠道而無廣泛散布之危險，顯於社會無影響，縱其犯行既遂，亦無法適切貼合於販賣

毒品罪所昭示之法益侵害危險性內涵，縱依未遂及毒品危害防制條例第17條規定酌減，亦有不足。」的情況下，法院則認為「原判決依上訴人供述、扣案愷他命之鑑定書，認扣案愷他命淨重高達52.81公克，顯逾一般人自行施用所需之程度，並已分裝為13小袋，上訴人復供稱，日後以新臺幣（下同）1,000元轉賣他人時會另行分裝等語，足認上訴人於販入扣案愷他命之際，即有販賣第三級毒品予他人以牟利之犯意，其主觀犯意及行為之危險性於販入之際，即達於意圖販賣而持有及販賣未遂之程度，自無須有其他向外求售或供買方看貨或與之議價時，或為其他實行犯意之行為之必要。所辯無販賣意思云云顯非可信。」足見法院認為，單有主觀犯意加上客觀大量持有行為，即使無其他客觀販賣行為，法院仍認為行為已有危險性。

然而，已有分裝毒品之行為，是否即足以認定販賣毒品行為之著手？實有疑問。於無任何人洽購的情況下，難謂毒品有散布之危險，則根本難謂與單純持有之行為有何不同。實務見解如此認事用法，實則僅是將過往的既遂直接論以未遂，而未確實地判斷著手的危險是否已經產生。

3. 持有（大量）毒品罪與販賣毒品罪

最高法院97年度臺非字第530號判決表示「復因持有後，進而販賣（第二級毒品MDMA部分），持有之低度行為應為販賣之高度行為所吸收，且有吸收犯之實質上一罪關係。」另外，臺灣高等法院臺中分院105年度上訴字第1423號判決就持有大量毒品罪，在同時該當販賣未遂與意圖販賣而持有的情況，在被告意圖營利而販入毒品，除如前述認為「以意圖營利而販入毒品，如尚未賣出，構成販賣未遂罪，併與意圖販賣而持有罪為法條競合」，³⁰並謂：

³⁰ 另可參見最高法院101年度臺上字第5762號判決謂：「惟毒品危害防制條例對

「被告意圖營利而販入如附表所示之第三級毒品，惟尚未賣出即遭查獲，核其所為，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項之販賣第三級毒品未遂罪。被告持有第三級毒品純質淨重20公克以上之低度行為，為其販賣第三級毒品未遂之高度行為所吸收，不另論罪。」以販賣未遂吸收持有大量毒品之行為。

雖然有關持有（大量）毒品與販賣毒品罪的案件，法院較常從數量與過往的販賣前歷中認為被告有販賣意圖，進而是論以前一個類型之販賣既未遂或意圖販賣而持有，但亦不乏有認為，在檢察官無法證明販賣意圖時，「自難僅單憑被告購買為數不少之愷他命，即遽予認定被告確有意圖營利販入愷他命或意圖販賣而持有愷他命之犯行。」³¹而僅認定成立持有大量毒品罪之部分。

4. 持有（大量）毒品罪與轉讓毒品罪

最高法院97年度臺上字第5639號判決謂：「依原判決之認定及卷內資料，上訴人轉讓予○○○之本件甲基安非他命之持有行為，為轉讓○○○之低度行為，與前案之單純持有行為無涉，原判決乃認其持有之行為為高度之轉讓行為所吸收，因而論以轉讓第二級毒

於販賣罪與意圖販賣而持有罪，均設有罰則，行為人持有毒品之目的，既在於販賣，不論係出於原始持有之目的，抑或初非以營利之目的而持有（例如受贈、吸用），嗣變更犯意，意圖販賣繼續持有，均與意圖販賣而持有毒品罪之要件該當，且與販賣罪有法條競合之適用，並擇販賣罪處罰，該意圖販賣而持有僅不另論罪而已，並非不處罰。此觀販賣、運輸、轉讓、施用毒品，其持有之低度行為均為販賣等高度行為所吸收，不另論罪，為實務上確信之見解，意圖販賣而持有毒品罪，基本行為仍係持有，意圖販賣為加重要件，與販賣罪競合時，難認應排除上開法條競合之適用。從而，本院先前因本則判例而對於意圖販賣而持有毒品罪，採取限縮解釋，指初非以營利之目的而持有，嗣變更犯意，意圖販賣繼續持有，尚未著手賣出之見解，應予補充。」

³¹ 臺灣高等法院臺中分院104年度上訴字第1583號判決。此判決並於最高法院106年度臺上字第397號判決獲得維持。

品罪，於法並無不合。」³²

5. 持有（大量）毒品罪與意圖販賣而持有毒品罪

臺灣高等法院99年度上訴字第3153號判決謂：「被告持有之低度行為，均為被告意圖販賣而持有之高度行為所吸收，不另論罪。」

6. 持有（大量）毒品與運輸毒品罪

如最高法院98年度臺上字第7960號判決謂：「核其所為，係犯毒品危害防制條例第四條第一項之運輸第一級毒品罪及懲治走私條例第二條第一項之私運管制物品進口罪。其持有第一級毒品海洛因之低度行為，為運輸之高度行為所吸收，不另論罪。」另外，最高法院99年度臺上字第4463號判決：「其持有海洛因之低度行為，應為運輸之高度行為所吸收，不另論罪。」

臺灣高等法院高雄分院100年度上訴字第1232號判決：「故核被告劉○政、李○霆所為，係均犯毒品危害防制條例第4條第3項之運輸第三級毒品罪。渠等運輸上開第三級毒品過程中，持有（筆者按：大量）第三級毒品之低度行為，為運輸第三級毒品之高度行為所吸收，不另論罪。」

7. 小 結

不過，從這樣的整理可以得知，實務見解中所謂行為階段理論不僅是所謂「持有後施用」的前後行為區分，也包含犯罪行為未遂、既遂的前後階段。在該當複數條文時，兩者皆為考量論罪或科刑的判斷要素。而持有大量毒品是不是不法內涵較高而能吸收其他

³² 本件毒品數量非大量。原審臺灣高等法院高雄分院94年度上訴字第1731號判決亦謂：「被告所犯持有（指被告所轉讓在甲○○身上查獲之2小包甲基安非他命部分）第二級毒品之低度行為，已被轉讓第二級毒品之高度行為所吸收，不另論持有罪。」行為時，轉讓的刑度高於持有。

行為，尚須視其他行為是何種行為態樣及法定刑高低。綜觀上述實務見解，本文認為，最能就實務見解吸收關係之操作加以解釋的，應僅有以刑度的高低來論述不法內涵高低的說法，亦即，當有刑度高低時，最高法院即會以刑度高者為不法內涵高者，並以之吸收刑度低者。

三、實務運用上所凸顯的問題

綜合以上實務見解，可以歸納出以下一個中間結論與三個問題。

首先，毒品犯罪行為中，不法內涵高低的判斷，以及「高度行為」與「低度行為」的區分，其標準為何？除了行為階段理論之外，法定刑高低、既未遂判斷、預備行為與實行行為之間對於法益侵害或法益侵害危險的高低大小遠近關係，是否亦為判斷要素之一？從上開實務見解可以看得出來，原則上高低度行為的區分，仍以行為階段來判斷，但如有法定刑逸脫行為的前後階段輕重區分，則會受法定刑輕重的影響而改變吸收的方向。

其次，就實務見解衍生的問題，第一，上述高院98年座談會中，甲說提及持有毒品罪與施用毒品罪之間的吸收關係會因所持有毒品之數量是否達到法定標準，而有相反的結果，這樣的現象是否能夠合理說明？

第二，從高院98年座談會中的丙說可以推演出，持有行為會被論幾個罪，並不一定。在目前實務對於施用毒品採取一罪一罰的作法之下，在被查獲時尚持有毒品的情況下，必然會論以一個持有（大量）毒品罪之外，會因為是否出現後行為如施用、販賣毒品等行為，而被併合處罰。此一問題點在學說上有認為就反覆數次施用

毒品者，應僅評價為一個施用毒品行為的見解之下，更顯重要。³³亦即，依實務現行的處理方法，持有大量毒品並且有多次施用的情況，實務會論以一個持有大量毒品罪與數個施用毒品罪，數罪併罰。但如認為在反覆數次施用毒品，應僅評價為一個施用毒品行為時，同時採取過去實務見解認為以施用吸收持有的情況，則恐怕僅會論一個施用毒品罪。此兩者的處理方式在結論上有很大的不同，顯然在後續行為尚未出現之前，僅將持有行為評價為一行為有可能評價不足或評價過廣，唯有在究明行為人主觀上就所持有之毒品的各個部分的使用目的，才有可能某種程度「正確」的評價持有行為。然而，這樣的作法是否正當？亦應一併考量。

從第二個問題衍生出來的第三個問題，是持有（大量）毒品行為或持有行為本身，是否是值得以刑法加以處罰的行為？持有行為的處罰又有如何的法律性質？本文認為，要處理最高法院104年度臺非字第199號判決的法律適用爭議，根本上有必要就此一問題加以檢討。

以下，相對應於上開實務所顯現的問題，就學說理論中對於毒品犯罪的諸種行為之性質、諸種行為之間的關係等之討論加以整理，並分析檢討持有行為之處罰可能存在的問題。

參、學說理論現況與問題

學說上對於毒品危害防制條例乃至於毒品問題的應對，向來的焦點在販賣毒品罪與施用毒品罪的討論上，對於毒品犯罪的討論，較少專論持有行為。由於在行為階段，持有行為通常先於販賣毒品

³³ 黃榮堅，論連續犯之廢除——參考德國法制上連續關係概念之處理，載：連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題，頁100，2003年12月。

或施用毒品行為之前，因而往往被定性為預備行為。

然而，就持有行為本身加以處罰，並非自明之理。針對持有行為是否符合刑法上的行為概念、是否具備行為性、持有毒品行為本身是否能彰顯法益侵害或具有法益侵害的可能性，皆是探討持有行為處罰之正當性根據時，必須面對的問題。以下先就臺灣學說理論對於持有毒品罪與持有行為的論述及其問題加以簡介，再探討行為性與法益侵害性的問題。

一、學說理論對於持有毒品罪與持有處罰的論述

(一)作為施用等後行為預備犯之持有毒品罪

臺灣文獻上對於持有毒品行為的處罰本身，基本上採取肯認的態度，亦即，在一定的標準上，認為處罰持有毒品有其合理性。以下區分行為態樣與刑度的討論，整理學說論述。

首先，就持有毒品行為在諸種毒品犯罪中的定位，一般而言，文獻上對於持有毒品行為在諸種毒品犯罪中的定性，認為持有行為具有基礎性質，是與毒品相關的行為中最初始的基礎行為。³⁴不過，就持有毒品行為本身的屬性、性質（是否當然具有社會侵害性），如將持有行為分為供給面的持有（販賣型持有）、需求面的持有（施用型持有）與中立性的持有行為等三個類型的持有，則除了供給面的持有（販賣型持有）與需求面的持有（施用型持有）以外，中立性的持有行為是否可能存在，³⁵是否有既不施用亦不散布

³⁴ 王皇玉，台灣毒品政策與立法之回顧與評析，月旦法學雜誌，180期，頁90，2010年5月；李善植，論持有毒品行為與其目的行為之關係——以持有大量毒品行為與其目的行為之競合為重心，軍法專刊，57卷3期，頁132，2011年6月。

³⁵ 就供給面的持有（販賣型持有）、需求面的持有（施用型持有）與中立性的持有行為的用語，係參照王皇玉，同前註，頁90-91。

於他人的持有態樣此一問題，則有見解不否認其可能存在，³⁶但亦有認為，毒品沒有收藏、保存或觀賞價值，難以想像會有單純持有毒品卻不從事後續利用毒品之行為。³⁷而就持有行為本身，如持有槍砲彈藥、持有毒品等行為，是否有處罰上正當性的問題，則未有文獻提及。

就持有毒品行為的處罰正當性，學說上有從持有毒品行為與販賣行為的關係上，加以論述，認為持有行為並不等於販賣行為，同時認為由於毒品的社會侵害性在毒品散布出去時才會發生，因而，持有毒品行為的處罰要有正當性，必須是該持有行為已經隱含了有進一步販賣出去的風險。³⁸再者，就上述三種類型的持有行為，有認為，如果持有行為沒有進一步的表徵顯示出是販賣型持有，即就無法進而推定持有毒品具有任何社會侵害性。³⁹而要如何判斷是否具有販賣風險的持有，論者則認為可以從主觀面或客觀面來加以推斷，前者是持有者透露出來的主觀意思是否是為了販賣而持有，以主觀的目的來論斷該持有行為是否已經具有進一步危害他人的主觀不法與社會侵害性，後者則是單純以毒品數量來界定，持有者客觀上所持有毒品的數量是否已經龐大到顯然非自用的程度，如果持有毒品超過一定數量，則直接以立法擬制的方式，假設該持有毒品

³⁶ 王皇玉，同註34，頁91。

³⁷ 李善植，同註34，頁132。

³⁸ 王皇玉，同註34，頁90-91。

³⁹ 王皇玉，同註34，頁91。文獻上則有實務家否定純粹中性持有毒品行為有存在之可能，然後進一步認為，由於持有之後才有可能有後續施用、轉讓或販賣等行為，因此立法者將「單純持有毒品」之基礎行為，視為情節最輕微之狀況，後續的其他行為則係依情節由低而高之施用、轉讓及販賣行為，遞加重處罰。請參見李善植，同註34，頁132。與王文相較之下，李文之見解不同在於，認為單純持有毒品之行為已經具有基本的處罰正當性，因而似乎不會有如王文一般，可能會導出有不可罰的持有行為出現的可能。

行為具有進一步販賣出去以製造社會危害的典型風險存在，立法技術上也不外以這兩種主客觀的方式來處理。⁴⁰進一步來說，這兩種處理方式，被認為均係在處罰販賣毒品之前的前置行為，因此，論者有認為持有毒品行為可以算是販賣毒品行為的實質預備犯。⁴¹

其次，就持有大量毒品罪之增訂，學說上多採取肯定之見解。持有大量毒品罪之規定，係於二〇〇三年增訂，二〇〇九年修正。就此一修法，整體而言，學說上的評價多採取正面肯定的方向。⁴²就二〇〇三年修正通過毒品危害防制條例，針對轉讓毒品罪與持有毒品罪，引進以毒品數量多寡作為量刑輕重之參考，有認為這樣的修法方向，原則上值得肯認。其理由有二，其一是認為以毒品數量來決定量刑輕重，本身就是一種節制抽象危險犯構成要件的方式，另一則是認為，透過毒品數量之多寡來加重處罰，也可以提供一個較為明確而客觀的量刑標準，擺脫對於行為人主觀上是否具備營利意圖的證明難題。⁴³惟就此次增訂，亦有認為，由於持有「達一定

⁴⁰ 王皇玉，同註34，頁91。

⁴¹ 王皇玉，同註34，頁91。同時，就販賣毒品罪，氏認為販賣毒品罪主要的保護法益為販賣毒品行為對於不特定多數人生命、身體與自由所造成的潛在危險性，附帶在第二個層次是對於社會秩序與國家安全潛在危害，並且認為，販賣毒品罪事是一種抽象危險犯，在購買者健康損害實際發生之前，就介入加以處罰販賣者。詳請參見王皇玉，論販賣毒品罪（以下為避免混淆，簡稱「論販毒罪」），政大法學評論，84期，頁238-252，2005年4月。另可參見張天一，論販賣毒品罪在立法及適用上之問題，中原財經法學，24期，頁182，2010年6月。

⁴² 如王皇玉，論販毒罪，同前註，頁269；吳耀宗，同註8，頁74-75、78。

⁴³ 王皇玉，同註34，頁92；王皇玉，論販毒罪，同註41，頁269。從而，氏認為，這種以數量多寡作為量刑輕重的立法方式，未擴大適用到製造、販賣與運輸毒品的行為態樣，較為遺憾。請參見王皇玉，論販毒罪，同註41，頁269。另外，須稍加留意的是，就「以毒品數量來決定量刑輕重，本身就是一種節制抽象危險犯構成要件的方式」之論述，論文脈絡雖似指販賣毒品罪，

數量者，加重其刑二分之一」的規定，雖就依照持有之數量多寡而科處不同程度的刑罰這點來看，係屬合理，但仍然有以下三個問題。第一，未依照毒品之分級與數量之多寡作更具體的區分。第二，一律加重其刑至二分之一，過於粗糙。第三，立法上完全授權由行政機關決定「一定數量之標準」，被認為有違憲法上法律保留之要求，⁴⁴而針對立法理由所提及「如僅因主觀意圖不同而適用不同構成要件，致刑責有重大差距，實有失衡平」，則認為，事實上因主觀意圖不同而科處不同程度的刑罰，正是罪刑相當原則與平等原則之展現。⁴⁵而就二〇〇九年將一定數量明確規定於本法之中的修正，學說則有認為，這是著眼於持有大量毒品行為本身所具有的社會侵害性，⁴⁶另亦有提及，依照毒品之分級與數量之不同，而對於持有毒品之行為予以加重處罰，並且明訂其數量，符合罪刑相當原則與明確性原則。⁴⁷

學說亦有提及，這兩次針對持有大量毒品罪之修法，有不同的立法思維。亦即，於二〇〇三年增訂處罰規定時，立法動機是著眼於意圖販賣而持有罪與單純持有罪的刑度落差問題，同時，亦有特殊的實務背景，亦即，當時由於意圖販賣而持有毒品罪的成立要件

不過就閱讀上，似指涉此處所討論的持有大量毒品罪。惟，值得注意的是，若從同作者與毒品相關之論文中討論持有毒品罪與販賣毒品罪關係來看，其定性販賣毒品罪本身為抽象危險犯，而持有毒品罪為販賣毒品罪之實質預備犯，持有毒品罪本身是抽象危險犯的實質預備犯，同時也是抽象危險犯。若此，同時作為抽象危險犯的持有毒品罪與販賣毒品罪，因為有預備犯與基本犯的關係，顯然在認定上，兩者行為的危險性應該要有得予以區分之差異存在，始為合理。併請參見王皇玉，同註34，頁91。

⁴⁴ 吳耀宗，同註8，頁74。

⁴⁵ 吳耀宗，同註8，頁74-75。

⁴⁶ 王皇玉，同註34，頁94。但文中亦有批評，詳請參見頁94-95。

⁴⁷ 吳耀宗，同註8，頁78。批評亦參照同頁。

太嚴格，導致查緝毒品與偵查機關的反撲，只要無法證明被告有賺取差價或意圖營利的意思，即使查獲再多量的毒品，也只能論以刑度極輕的單純持有毒品罪，深深打擊查緝毒品機關的士氣，因而有此次之修正，避免因為對行為人主觀意圖的證明困難，導致刑度有所差距。而至二〇〇九年修法時，則改而著眼於持有大量毒品行為本身所具有的社會侵害性。亦即，透過數量此一客觀性標準來推測持有毒品者散布毒品之風險與可能性。換言之，只要持有一定數量的毒品，就以立法擬制的方式認為行為人有販賣毒品的風險。至於一定數量，其評價的實質標準則在於是否已顯然超過自己施用所需。⁴⁸

再者，就持有毒品罪的刑度本身，從不同觀點出發，而有不同之見解。亦即，從以毒品數量來決定量刑輕重，節制犯罪之處罰、提供明確而客觀的量刑標準此一角度來看，有認為修法值得肯認。⁴⁹而其不足之處，則如條文中並未明確標示加重處罰的實質根據在於「顯超過自用之數量」，可能導致司法者機械式的適用法條，強調純質淨重有其荒謬性，⁵⁰亦有認為條文標準太過嚴苛。⁵¹

(二)持有（大量）毒品罪與其他毒品犯罪之間的適用關係

文獻上有認為，就自然意義之行為概念而言，毒品犯罪之基礎行為與目的行為，顯然並非自然意義之一行為。⁵²持有毒品是毒品犯罪的基礎，在論罪上，目的行為皆須透過持有毒品之基礎行為才能達成，目的行為之不法內涵恆高於基礎行為，低度之基礎行為應

⁴⁸ 以上，請參見王皇玉，同註34，頁90-95。

⁴⁹ 王皇玉，論販毒罪，同註41，頁269；吳耀宗，同註8，頁78。

⁵⁰ 王皇玉，同註34，頁94。

⁵¹ 吳耀宗，同註8，頁78。

⁵² 李善植，同註34，頁134。

為高度之目的行為所吸收。⁵³同時，縱然二〇〇九年修法就持有大量毒品之行為予以重罰，但立法者並未將持有大量毒品擬制為轉讓或販賣等行為。從而論者有認為在解釋上，持有大量毒品仍為持有毒品之型態，屬於毒品犯罪之基礎行為，仍須配合行為人後續行為之表徵，以判斷其持有大量毒品之目的。一旦出現後續之目的行為，則持有大量毒品之基礎行為應一概為施用、轉讓、意圖販賣而持有及販賣等目的行為所吸收。⁵⁴結論上，論者認為，雖然在現行法之下，持有大量毒品之法定刑高於施用毒品之法定刑，但在行為人兼具施用毒品及持有大量毒品行為時，由於無法排除行為人為長期施用而大量藏毒之可能，且又無證據可以證明行為人有施用以外之其他目的，基於不法內涵本質高低之考量，仍應認為施用行為吸收持有大量毒品行為。⁵⁵

1. 持有（大量）毒品罪與施用毒品

文獻上有認為，持有大量毒品行為之本質仍然是持有毒品，僅是持有毒品的數量龐大，但仍然不像其他諸如販賣、轉讓等目的行為，不僅有持有毒品的基礎行為，還有其他後續之目的行為表徵。因而認為，除非立法明文將持有大量毒品之行為擬制為目的行為，例如持有毒品達一定數量者，以意圖販賣而持有毒品論。否則解釋上持有大量毒品仍是毒品犯罪之基礎行為，行為人持有大量毒品如同持有一般數量之毒品般，可能提供他人使用，亦可能供自己長期使用。⁵⁶同時認為，二〇〇九年的修法並未將持有大量毒品之行為擬制為「轉讓」或「販賣」，解釋上，持有大量毒品仍為持有毒品

⁵³ 李善植，同註34，頁141。

⁵⁴ 李善植，同註34，頁141-142。

⁵⁵ 李善植，同註34，頁142。

⁵⁶ 李善植，同註34，頁135。

之型態，並未因為持有數量之多寡而改變持有狀態之本質，亦即，持有毒品之數量超過法定標準僅構成加重處罰之原因，尚不足以推測其持有行為之目的，仍須配合行為人後續行為之表徵，以判斷其大量持有毒品之目的。⁵⁷

就持有大量毒品與施用毒品之關係，文獻上則認為，立法者並未將持有大量毒品擬制為意圖販賣或其他目的犯罪。在無法排除行為人僅係為供自己長期施用而持有大量毒品之可能，且依有疑唯利於被告之解釋，若無其他證據可資證明行為人有施用毒品以外之其他目的行為，僅得認定行為人係為供自己長期施用而大量持有毒品。於此情況，持有大量毒品行為與施用行為具備典型的伴隨關係，與一般持有行為之於施用行為相同，非難的重點皆在於後續的施用行為，行為人為施用而持有大量毒品之不法內涵及罪責內涵當可被包含在施用行為中，持有大量毒品之行為會被施用行為所吸收，不另論持有大量毒品罪。⁵⁸

同時，就高院98年座談會所研討之法律問題，其中，乙說有無法解釋在供已施用而大量購毒的情形，持有大量毒品為什麼值得特別非難，亦無法說明可能因剩餘毒品數量的多寡而改變論罪關係，甚至在持有大量毒品行為吸收施用毒品行為的處理之下，等於變相鼓勵行為人在持有大量毒品期間，可以盡情施用毒品，反倒有違現行實務上對於多次施用毒品之論罪採取一罪一罰之處理方式。⁵⁹

2. 意圖販賣而持有毒品罪與販賣毒品罪

針對非以營利之目的而持有（例如受贈），嗣變更犯意，意圖販賣繼續持有，尚未著手賣出者，學說上有認為，首先，對於客觀

⁵⁷ 李善植，同註34，頁136。

⁵⁸ 以上，請參見李善植，同註34，頁139。

⁵⁹ 李善植，同註34，頁139-140。

上不變的持有行為的持續，僅僅因為主觀意識上的變動，即論以一個獨立的罪名，顯然是對於純粹思想的處罰，形成沒有犯罪行為的犯罪，而加以批判。⁶⁰再者，則係認為在判斷販賣毒品未遂時，所謂販賣既然係指販出的行為，那麼從毒品危害防制的預防毒品擴散的角度來看，販出的著手行為可以嚴格的限制在交付行為的著手，否則至少應該限制在買賣行為的要約，僅僅是販入而持有毒品之行為，不應將之界定為販賣毒品的著手行為，販入毒品的行為可能構成的應該是意圖販賣而持有毒品罪。⁶¹然而，現在多數的實務見解雖然已不將販入直接論以販賣既遂，但仍有例如在並不存在要約等行為，即純因持有大量即認為有販賣意圖，而論以販賣未遂的判決。在未遂的處罰不過係「得按既遂犯之刑減輕之」的情況下，縱然有判例的變更，實際上恐不見得有實質上的差別，可見實務見解仍然存在問題。

3. 持有（大量）毒品罪與販賣毒品罪

立法者制定持有大量毒品罰則之重要目的之一，在於處罰有販賣風險之持有毒品行為。如果持有大量毒品後，確實從事販賣毒品行為，則持有大量毒品之低度行為應為販賣毒品之高度行為所吸收，不另論罪。⁶²

4. 持有（大量）毒品罪與轉讓毒品罪

文獻上就轉讓毒品，認為係無償提供毒品予他人使用，有害於他人身心健康，不法內涵高於持有毒品行為。⁶³行為人先持有大量

⁶⁰ 黃榮堅，同註26，頁1056。

⁶¹ 黃榮堅，同註26，頁1056-1057。惟，如果討論的問題著重於基於販入以外之其他原因而持有，後另行起意販賣的情況，則此處肯認意圖販賣而持有罪的構成，似將落入上開對於思想加以處罰的批評。

⁶² 李善植，同註34，頁141。

⁶³ 李善植，同註34，頁140。

毒品，其後轉讓毒品之行為表彰原初持有大量毒品之目的，因而認為基礎行為應為目的行為所吸收，因此，行為人持有大量毒品後，再將毒品無償轉讓與他人，其論罪關係應等同於單純持有毒品與轉讓毒品之關係，即持有大量毒品之低度行為為轉讓毒品之高度行為所吸收，持有大量毒品不另論罪。⁶⁴

然而，文獻上批評，現行法將持有大量毒品之法定刑提高至等同於轉讓毒品之法定刑，造成基礎行為與目的行為之評價相同，等於是鼓勵行為人只要持有大量毒品後，可以任意地無償提供他人使用，反正兩者法定刑相同，因此即使另外為轉讓之犯行，亦不會額外受罰，此一修法並不妥當。⁶⁵

5. 持有（大量）毒品罪與意圖販賣而持有毒品罪

文獻上就持有大量毒品與意圖販賣而持有毒品，認為其係皆以非營利之目的而販入或因其他原因而持有毒品為前提，但意圖販賣而持有毒品者，尚須配合其他客觀情狀，足認行為人於持有毒品後，有起意出售所持有之毒品且迄未著手賣出者之事實。是故，如果行為人事後出現意圖販賣之表徵，則其持有大量毒品之目的已得證明，持有大量毒品之低度行為為意圖販賣而持有毒品之高度行為所吸收，持有大量毒品不另論罪。⁶⁶

（三）小 結

就持有行為態樣部分，對於上開見解，有三點值得留意。第一，在前述觀點之下，無販賣或轉讓意圖又非大量的持有行為，是否即不具有處罰正當性，而應該不予處罰，學說見解並未言明，留

⁶⁴ 李善植，同註34，頁140。

⁶⁵ 李善植，同註34，頁140-141。

⁶⁶ 李善植，同註34，頁141。

有討論空間。第二，針對持有毒品行為的處罰正當性論述，強調必須具備社會侵害性，於其他學說或實務見解中未見此種論述，值得留意。第三，在未有客觀的毒品危害性的產生時，僅就主觀有販賣意圖即可肯認加重處罰此一觀點，考量到倘若在客觀上尚無結果或法益侵害危險發生即無處罰必要的原則下，則存在問題。

就刑度部分，就持有大量毒品罪之增訂，值得留意的除了有前開查緝實務的背景問題之外，亦應考慮的是，如果認為持有數量的多寡應該對應於不同的量刑，背後的思考或許在於數量的不同會有社會侵害性的輕重差異，從這個面向來看，該主張似為合理，不過，如果考量到主客觀對應的問題，則恐怕會產生如果行為人對於大量並無認識，則是否無法論持有大量毒品罪的錯誤論問題。此一問題即如同刑法第227條是否要認識被害人年齡一樣，要求對此必須要具備故意，實屬正當，對於毒品的數量的認識，同時也彰顯行為人對於自己行為危險性是否有所認識，亦應具備故意。

另就持有（大量）毒品與其他毒品犯罪之間的關係，在現行法的架構現狀之下，特別是文獻上主張在行為人兼具施用毒品及持有大量毒品行為時，如無法排除行為人為長期施用而大量藏毒之可能，且又無證據可以證明行為人有施用以外之其他目的，基於不法內涵本質高低之考量，仍應認為施用行為吸收持有大量毒品行為之見解，⁶⁷與實務見解論述與作法不同，但論述合理，值得肯認。

此外，第11條第3項、第4項刑度都和第8條第1項、第2項相同，在行為人意圖販賣而持有的情況應該直接適用罪刑更重的第5條固無疑義，可以推知，第11條第3項、第4項可能是被當成轉讓毒品罪的前行為前置加以處罰，等於是在無法證明販賣、轉讓意圖時，但推論大量持有非供自用而係為他用的情況，直接將之等同於

⁶⁷ 李善植，同註34，頁142。

轉讓，等於在處罰轉讓毒品罪的預備行為，但作為預備行為卻論以相同刑度，則有問題。

二、行為原理與行為概念

接著，本文將重點轉向持有毒品罪的立法與對於持有（毒品）行為的處罰。問題的根源仍然必須回到持有行為之處罰是否符合現在刑法的諸多原理。

（一）行為原理及其與行為刑法之關係

近代刑法裡有三個基本的制約原理，罪刑法定主義、行為原理與責任主義，各有其內容。相較於其他兩個原則，行為原理的內容難謂其內容已經確定下來，可能會依論者之不同而有不盡相同的內容與不同解讀。⁶⁸相對於罪刑法定主義與責任主義，在臺灣的教科書與文獻中，甚少見有提及行為原理。有教科書則指出，行為原理主張國家刑罰權應處罰的是行為，而非行為人，因而應排除非行為之純粹思想、信仰的處罰，並謂唯有侵害法益、侵害社會之行為，始有成立犯罪可能。⁶⁹

行為原理，或稱行為主義，常與兩個問題相混同，其一是在「何謂犯罪」的問題，與客觀主義刑法與主觀主義刑法的論爭、行為刑法與行為人刑法的議論相關，如前述教科書亦如此提及，另一則是在探討行為的意義與機能時，亦會與行為論相連結。行為原理與這兩個問題，皆是在探討什麼才是值得以刑罰加以非難的對象，有其相似性。以下先討論行為原理與客觀主義刑法、行為刑法之間的異同，再討論行為原理與行為論的問題。

⁶⁸ 淺田和茂『刑法總論（補正版）』成文堂44頁（2007年3月）。

⁶⁹ 陳子平，刑法總論，頁60，2017年9月，4版。

首先，在客觀主義刑法與主觀主義刑法的議論中，有將行為主義等同於客觀主義來加以論述。此種論述方向說明客觀主義係指刑事責任的基礎是求諸於表現於外部的犯人行為的立場，重視客觀行為，而主觀主義則是指刑事責任的基礎在於犯人的反社會性格，亦即，將刑事責任的基礎求諸於反覆為犯罪行為的犯人危險性或社會危險性中，重視犯罪所顯現出來的行為人性格上的危險性，同時認為，對應於其內容，可以將客觀主義稱為行為主義，將主觀主義稱為行為人主義。⁷⁰但在行為刑法與行為人刑法的論爭中，亦不一定是基於行為原理來理解行為刑法。⁷¹多數學說認為，行為不具有犯罪的實質內容，犯罪的本質應該在違法論與責任論來加以討論，若此，則行為的機能即會稀薄化，重要性亦會降低。⁷²然而，行為之實質所在的違法論與責任論中，若行為的要素被忽視，違法論與責任論亦容易走上規範化或人格化，行為責任原理則會開始空洞化。⁷³

再者，就行為原理，學說上認為係指若無社會侵害性的外部行為或結果則不處罰的原則，為了正當化對於個人的處罰，應以該個人現實上以自己之行為惹起法益侵害或危險為必要。⁷⁴能成為犯罪

⁷⁰ 大塚仁『刑法概說（總論）（第四版）』有斐閣43-44頁（2008年10月）。

⁷¹ 生田勝義，同註2，54頁。

⁷² 生田勝義，同註2，55-56頁。

⁷³ 生田勝義，同註2，56頁。

⁷⁴ 淺田和茂，同註68，44頁；曾根威彥『刑法原論』成文堂88頁（2016年4月）；松原芳博『刑法總論』日本評論社20頁（2013年3月）；前田雅英就行為原理之介紹，係說明舊派刑法學認為人係基於自由意思而行動，對於犯罪人現實上所為之（包含結果的）行為科以刑罰，請參見前田雅英『刑法總論講義（第五版）』東京大学出版會20頁（2011年3月）。就行為原理的生成脈絡，則可追溯自貝加利亞（Cesare Beccaria），可參見淺田和茂，同註68，44-45頁；生田勝義，同註2，56頁以下。

的行為，必須是對於社會有害的行為，同時，也只有對於這種具備有害性的行為，才有可能做「違法」的評價。⁷⁵此一觀點之下的行為原理中，蘊含了兩項要求，第一，是內心的思想、信仰、人格或性格不得成為處罰的對象，必須要以現實的外部行為為前提。第二，則是必須要有現實上一定的利益侵害或危險的發生，才能成為刑法的對象。⁷⁶同時，論者亦有認為，應該將行為原理當作刑法立法與解釋的指針，作為立法論，從行為原理的觀點，有必要重新檢討無被害者的犯罪（如風俗犯）及龐大的行政刑法，作為解釋論，在探討違法性本質的議論及相關各個犯罪之法益的確定上，可以說行為原理是可以對於現狀提供批判性觀點的原則。⁷⁷這樣的行為原則的討論，與法益保護原則相關，但亦與個人自由保障緊密關聯，在法益保護需求過度高漲之際，例如，由於對於恐怖主義的不安，而開始將抱有特定思想之人視為恐怖份子預備軍加以處罰的作法，雖有益於法益保護，但若非從個人自由保障的觀點導出行為原理，則難以對於這種思想處罰的作法加以排除。⁷⁸

⁷⁵ 松宮孝明『刑法總論講義（第四版）』成文堂13頁（2009年3月）。

⁷⁶ 淺田和茂，同註68，44頁；松原芳博，同註74，20頁。就行為原理，在敘述上並未強調「社會侵害性」或「現實上一定的利益侵害或危險的發生」者，如：井田良『講義刑法學・總論（補訂版）』有斐閣28-31頁（2011年7月）。井田良所指出行為原則的兩個面向，其一為內心的思想、意思、心情不得成為處罰對象，另一則是要求即使造成外部的實害發生，但若是基於人的意思支配或控制不可能的身體態度，則亦不得將之作為犯罪加以處罰，如睡眠中的動作、單純的反射運動或受到絕對強制之身體動作。

⁷⁷ 淺田和茂，同註68，45頁。同旨：曾根威彥，同註74，88頁。

⁷⁸ 松原芳博，同註74，20-21頁。由此可見，行為原理亦與違法論或法益保護原則相關。在保護法益愈發抽象化的情況下，開始出現提前處罰、犯罪的前置化的現象，會因為難以掌握行為的有害性，而開始重視主觀要件。此時縱使客觀行為不值得作為犯罪加以處罰，如不強調行為本身的社會侵害性，則仍會因為確實有條文所規定的形式的行為態樣出現，而符合行為論的要求。可

由此出發，即有認為，刑法上的「行為」正是處罰理由的外部事件與處罰對象之行為人的接點，因此，行為原則所謂的「行為」，必須是其作用及於外界，如果僅是在日記中寫下一定的思想，即使動手寫作是一個動作，但因為尚未有對外的作用，若就之加以處罰，則應謂有違行為原則。⁷⁹在這種思考下，行為原則即非單純為了擔保外部的認識可能性或證明可能性的原則，而是認為應該將處罰根據求諸於行為的對外作用的實質原理。⁸⁰

此外，學說上有指出，在談論犯罪是所謂構成要件該當、違法且有責的行為時，所討論的行為，應該是「包含結果在內」的「廣義行為」，而向來行為論所討論的則是與結果切離關係的「惹起結果」的「狹義行為」。⁸¹本文亦認為，談論行為原理時，所討論的行為應該是「廣義行為」，與「狹義行為」應該有所區分。行為原理中所探討的行為，與行為論中所討論的狹義的行為，有所不同。雖然行為論中所要求的行為概念亦不能有違行為原理的諸多要求，但行為原理的要求，基本上是及於犯罪論全體的課題，進一步亦應是制約立法的原理。⁸²那麼，行為論中所討論的對象「行為」，究應如何理解？這是必須從行為在犯罪論體系有如何之機能，以及應該有如何之機能的討論，來加以辨明的問題。⁸³

參見生田勝義，同註2，69頁以下。

⁷⁹ 松原芳博，同註74，21頁。日本有一判例即是在處理在日記中批判天皇之人，被以不敬罪加以處罰，請參見大判明治44年3月3日刑錄17輯4卷258頁。

⁸⁰ 松原芳博，同註74，21頁。近代學派的社會防衛論雖然以表徵反社會性格的行為之存在為必要，惟其處罰理由係為從行為推測的性格，而非行為之作用，在這一點上，被認為反於行為原則。請參見松原芳博，同註74，21頁。

⁸¹ 淺田和茂，同註68，97頁。

⁸² 淺田和茂，同註68，98頁。

⁸³ 淺田和茂，同註68，98頁。

(二)行為概念或行為性

過去，特別是到一九六〇年代為止，在探討各個構成要件的實行行為之前，到底何謂行為此一問題，在戰後的日本學界曾有熱烈討論。但是，學說上有認為這種觀念性的行為論並不具有生產性，雖然如思想、人格這種非行為的對象，不應受到處罰，但這只需要在罪刑法定主義的原則之下，去質疑有處罰思想或人格之虞的構成要件即為已足。⁸⁴

現在日本學界探討行為概念，除提及各種行為論的理論之外，有將行為概念分成兩個部分來加以說明。第一，要有客觀外部的行為本身（身體動靜）。第二，要有主觀內部的行為意思。⁸⁵在論述上，學說亦有將之與行為原理相連結來論述。但如前所述，行為論中所討論的是狹義行為，似難認為有涵蓋到結果或發生結果的危險，將行為原理與行為概念相連結是否合理，不無疑問。

向來在臺灣教科書中對於行為概念的討論，重點在於行為與非行為的區分，有因果行為論、目的行為論、社會行為論、人格行為論的議論。一般認為需要具備的要件，有 1. 必須是人類的舉止、2. 行為必須受意思所支配、3. 行為必須具備身體的動靜、4. 發生具有社會重要性的外界變動。⁸⁶然而，從這樣的要件設定可以發現，前

⁸⁴ 前田雅英，同註74，107頁。

⁸⁵ 如：松原芳博，同註74，45頁認為此係指狹義行為，相對來說，包含外部結果的則是廣義行為；齋野彥弥『基本講義 刑法總論』新世社59頁（2007年11月）；高橋則夫『刑法總論（第三版）』成文堂84-86頁（2016年10月）。兩者除要求要意思支配可能性與身體運動之外，尚要求要有外部性，但就外部性僅強調人類意思或思想等內部態度並非刑法評價之對象，行為必須是外部的態度，而未強調要有社會侵害性。

⁸⁶ 可參見王皇玉，刑法總則，頁132-135，2017年9月，3版。另外如：林東茂，刑法綜覽，頁1-78，2016年3月，增訂8版，則要求行為必須是有人格表現、心理／精神現象的行為，才有刑法上的意義。

述對於行為原理的思考，並未顯現在對於行為概念的設定之中，可見，一般而言，「行為」是與其社會侵害性被切離開來思考的，⁸⁷從而，必須要思考的問題是，行為原理要求行為必須具有社會侵害性，是否應該被內包於行為概念之中，亦即，在行為論的判斷上，是否有需要判斷是否具備社會侵害性，抑或是可以留待構成要件論與違法論中判斷即為已足。

日本學說上有認為，行為必須是「有害於社會之人的外部動作（身體動靜）」，⁸⁸與前述諸說不同，這樣的觀點是將行為原理的要求直接落實於狹義的行為概念之中，在犯罪論中使行為概念有其獨自的意義，⁸⁹同時認為，行為原理作為批判與克服現代刑法肥大化傾向的一個原則，有其現代的意義。⁹⁰然而，就此一見解，則有批評認為，將「有害於社會」這樣的要件置入行為論之中，是預先處理違法論的問題，會給予行為論過大的負擔，⁹¹同時可能會造成行為論喪失獨立的體系地位，將作為「評價的對象」之行為與作為「對象的評價」之行為同置於一個次元。⁹²

行為、行為性此一要件，除了劃定犯罪的外框，也是檢討構成要件該當性、違法性與有責性這三個犯罪成立要件的基盤。雖然如前所述，日本學說上多有認為「裸的行為論」並無多大的意義，只

⁸⁷ 生田勝義，同註2，55頁。

⁸⁸ 生田勝義「行為」中義勝＝吉川經夫＝中山研一編『刑法1總論（第二章）』蒼林社64頁（1984年1月）。

⁸⁹ 生田勝義，同註2，53頁以下。

⁹⁰ 生田勝義，同註2，63頁以下。

⁹¹ 淺田和茂，同註68，106頁、44頁註2。但氏於同書97頁中說明該章節所處理的是「包含結果在內」的「廣義行為」，因而在討論行為時，似難以就社會侵害性略而不論。然而，論者所強調的應該是在行為論確認違法論評價的對象事實如何，而不就該事實內容是否違法或有社會侵害性加以檢討。

⁹² 松原芳博，同註74，42-44頁。

要能確認行為亦是構成要件要素即可，⁹³亦有認為重點在於討論實行行為性的解釋，沒有必要在此之前另外再討論行為。⁹⁴但行為原理或行為性的議論在犯罪論的建構上是否有其獨自的意義，必須檢討是否有「構成要件該當、違法、有責，但不是刑法上的行為，所以不是犯罪」或者「是刑法上的行為，且構成要件該當、違法、有責，但不符合行為原理的要求」的情況。⁹⁵本文認為，對於將行為原理的要求直接落實於狹義的行為概念之中的這種作法，前述學說之批評實可認同。因為從原理上來思考，在違法論或責任論就會判斷的對象，實毋須在行為論中預先判斷。然而，在違法論與責任論判斷日漸規範化的現況下，將社會侵害性拉回行為或以行為原理此一原則來判斷，則似有必要。而這在本文所探討的持有處罰上，亦可以看得出來。

三、從行為原理與行為概念來重新檢討持有之處罰

(一) 持有處罰的行為原理、行為性問題

日本近年來的刑事立法，以風險社會為背景，以抽象危險犯形式的處罰早期化傾向日漸顯著。在與本來的法益侵害的關係上，僅是預備或預備之前的犯罪階段之行為被以獨立的抽象危險犯加以處罰，就可用於犯罪之一定之物或情報，亦常採用將其提供、取得、持有或保管作為構成要件之立法形式。⁹⁶刑事介入早期化的潮流

⁹³ 山口厚『刑法總論（第三版）』有斐閣43頁（2016年3月）。

⁹⁴ 前田雅英，同註74，107-110頁。

⁹⁵ 平野龍一，同註1，106頁。

⁹⁶ 松原芳博「外国文献紹介 ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ『行為主義刑法——十分に尊重されている基本原則であろうか？』」早稲田法学79巻4号246頁（2004年9月）。

中，可以預想得到「持有」行為的犯罪化可能更進一步被推進。⁹⁷

受到德國學說的啟發，⁹⁸日本近來學說上有認為，將持有行為規定為犯罪加以處罰，在與行為概念的關係上，存在疑義。⁹⁹透過行為概念來篩選犯罪行為，主要係在兩個方向上發揮機能，第一，為對於社會外界之作用要求，亦即，必須在社會外界出現，對於社會外界有實質作用者，始得作為行為加以處罰，即前述之客觀外部的行為。第二，則為行為主體的參與要求，亦即，在對於社會外界的作用之中，只有起因於人的主體性的參與、有行為貢獻，才能作為行為加以處罰。¹⁰⁰但是，持有行為是否具備這前述行為概念的兩個要素，值得檢討，特別是持有行為是否有客觀外部的行為，有其疑問。持有本身並不要求隨身攜帶，也不要求取得行為，而更接近一種事實狀態，看不出來有外部的身體動靜，因此，可以在做其他各種行為時同時該當持有行為。甚至即使行為人準備轉讓、丟棄、自願繳交、施用等行為，仍然會成立持有犯罪，難以看出法律到底要求的是如何的行為。¹⁰¹

由此出發來檢討「持有」，第一，在對於社會外界的作用要求此一觀點，只是單純持有某物，此一該事態是否尚止於私領域中，對於社會外界尚無實質作用？論者認為，雖然確實無法否認「持有」的社會作用極為微弱，但是，某物存在於某人的支配下此一事

⁹⁷ 松原芳博「所持罪における『所持』概念と行為性」西原春夫＝新倉修＝齋藤正和＝酒井安行＝大塚裕史＝高橋則夫編『佐々木史朗先生喜寿祝賀 刑事法の理論と実践』第一法規出版26頁（2002年11月）。

⁹⁸ 同前註，28-31頁、45-46頁。

⁹⁹ 以下參考松原芳博，同註97，26頁以下。

¹⁰⁰ 松原芳博，同註97，25頁以下。

¹⁰¹ 在將持有當作不作為犯時，即會因此無法確認作為義務的內容。請參見松原芳博，同註97，36頁。

實本身，對於共同體或法秩序具有一定的客觀意義，這一點，可謂即可滿足行為性的最低限度的要求，再加上就槍砲刀械等殺傷工具或禁止藥物，此類客體有極大的潛在危險性，但相對的卻難以想像持有該些客體可能存在的正當利益，因而認為，就持有加以犯罪化，尚可被正當化。但若是其他東西的持有，以要求販賣目的或供給使用目的等朝向法益侵害的目的，是否勉強可以容許這些犯罪化？論者則留下了疑問。¹⁰²

第二，從行為人主體性的參與此一觀點來看，「持有」的行為性亦有問題。因為「持有」本身只不過是對於物的事實上支配的關係或狀態，無法立即說是行為人所為的行為。然而，必須說，對於單純的「狀態」追究刑事責任，反於「犯罪是行為」此一命題，進一步也違背了責任原則。¹⁰³

論者即謂，如果認為犯罪是人的行為，那麼，持有犯罪也必須由人的行為來加以構成。因而必須檢討持有罪是否可能理解為伴隨著行為人自主參與的行為？可能的話，應該限於何種程度？加以檢討。論者首先確認，向來持有罪被認為是舉動犯（單純行為犯），持有本身即是行為態樣，但「持有」的意義在於對物的事實上支配關係，並非行為，而僅是單純的事實狀態之後，論者則認為，要以「持有」為處罰對象，唯有將「持有」解釋為結果。¹⁰⁴其論述如下。¹⁰⁵

首先，就持有罪，法上是就藥物等物在個人支配之下的這種事實狀態（而這種事態可以認為是藥物等物蔓延的前提或一個狀況），

¹⁰² 松原芳博，同註97，26頁以下。

¹⁰³ 松原芳博，同註97，26-27頁以下。

¹⁰⁴ 松原芳博，同註97，32頁以下。

¹⁰⁵ 以下整理自松原芳博，同註97，32頁以下。

將之當作不當的事態加以否認。所謂「持有」，和殺人罪的「人的死亡」相同，就是被法的評價機能（客觀的評價規範）所否認的狀態非價。其次，作為狀態非價的「持有」要歸屬給行為人的作為或不作為時，必須構成作為人的行為的「犯罪」，正當化對於行為人的處罰。正當化這種歸屬的行為人的參與（行為貢獻），例如，基於意思之持有的開始的作為，即為一例。如此一來，持有罪可以被解釋為是由作為結果的「持有」，以及將持有與行為人結合在一起的行為人的參與（行為貢獻＝狹義行為）所構成的結果犯。¹⁰⁶換言之，持有罪可以解釋為是「行為貢獻的支配開始」加上「作為『結果』的支配狀態」的結果犯。¹⁰⁷

一般而言，作為結果的支配狀態不會有問題，那麼，接著必須要檢討的即是要如何認定前述的行為人的參與（行為貢獻＝狹義行為）。此種行為如基於意思取得對象物的取得行為，這是惹起「持有」此種狀態非價的作為，是得以賦予持有罪行為性的契機。¹⁰⁸再者，於持有的開始時點，如無法肯認行為人有責的取得行為時，如在之後的時點有阻止事實上支配之喪失的行為存在，則可肯認此一行為為持有罪中的行為貢獻。¹⁰⁹然而，雖然持有罪的行為貢獻也有可能是「不作為」，亦即，對於物的事實上支配的不放棄，使之繼續持續的行為。但論者認為要將所持的行為貢獻求諸「不作為」，會有諸多問題，因而對於「不作為」的所持是否完全沒有成立餘地此一問題，保留結論，僅提醒即使肯認其可能性，也必須確定其具體的作為義務內容及其根據，就作為義務的作為可能性的認定，亦

¹⁰⁶ 松原芳博，同註97，32頁。

¹⁰⁷ 松原芳博，同註97，33頁。

¹⁰⁸ 松原芳博，同註97，33頁。

¹⁰⁹ 松原芳博，同註97，34頁。

不可或缺。¹¹⁰

相對於德國學說有認為持有犯罪，是不以人的行為為前提的單純事實關係犯罪，因為欠缺制裁規定層次的適合性而違憲，亦有認為持有反於語言的形式，沒有包含任何人的行為，無法將持有還原成作為或不作為，因此無法將之當作犯罪加以處罰，將持有當作犯罪是立法上的錯誤。¹¹¹論者則認為，德國學說明確化了持有並非人的行為，而只不過是一種作為事實狀態的人與物的關係，在指摘「透過行為人的行為參與的必要性」這點上，值得注意，但是，論者卻認為完全否定持有罪中之行為參與的存在，全面性的排除處罰，並非現實的解決。進而認為即使要以持有只不過是事實狀態此事為前提，亦應摸索方向，諸如以某種形式得以確保行為人行為參與的契機，來重新建構持有犯罪之處罰。¹¹²

然而，將持有罪解釋為結果犯，另外要求行為貢獻，看似解決了上述第二個「行為人主體性參與」的問題，但就「持有」是否具備對於社會外界的作用，甚至「持有」是否具有社會侵害性，則仍

¹¹⁰ 松原芳博，同註97，35-36頁。審稿意見有提及，臺灣刑法中亦有先以作為造成一定狀態後，處罰不改變該狀態之不作為的條文，如侵入住居後的留滯行為之處罰，且在考慮到毒品為違禁品，無許可則不能擅自持有，則不作為犯的構成在理論上未必不可能。然而，侵入住居後的留滯行為之處罰，其法所期待的行為很明確的是物理上離開該住居，相對的，如同註101所述，持有毒品如為不作為，則必須明確指出具體作為義務內容，亦即，必須說明究竟法所期待之行為的內容為何。然而，如不持有即丟棄毒品，可能污染水源或遭第三人拾得，則丟棄是否能成為作為義務的內容嗎？恐非無疑。又如繳交給國家機關，在持有之處罰並未設有自願繳交則予以減免之規定的情況下，這種作為義務的內容設定可能難謂有期待可能性。因而，就得否解釋為不作為犯而言，雖然類似的處罰構造確實存在，但在持有之處罰上，有其特殊的問題存在，而有解釋的困難。

¹¹¹ 松原芳博，同註97，28-31頁。

¹¹² 松原芳博，同註97，31頁。

未說明清楚。詳言之，即使如論者所謂，某物存在於某人的支配下此一事實本身，對於共同體或法秩序具有一定的客觀意義，但這與「持有」本身可否同時解釋為「結果」，則有疑問，同時，即使將「持有」解釋為「結果」，也尚未清楚說明「持有」的法益侵害性或社會危害性。就槍砲彈藥等客體而言，固然持有本身就有潛在的危險性存在，但就毒品而言，「持有」本身實難謂具備什麼樣的危險，要將「持有」解釋為結果或肯定「持有」對於社會外界有產生作用，在毒品此一客體範疇上，本文認為並未成功，更遑論即使持有特定客體並不存在正當利益，也不代表可以正當化就其持有加以處罰。如此一來可以發現，重要的關鍵仍然必須回到行為本身是否可以透過對於外界的作用，造成法益侵害或危殆化的類型性危險。從而，持有本身難以與外界發生作用，或者必須藉由後階段的行為才能產生法益侵害或危殆化，則持有難謂為刑法上的行為，亦不具備值得刑法加以處罰的法益侵害性，就其處罰即有正當化的疑慮。¹¹³

(二)持有毒品行為的定性及處罰正當性

1. 持有毒品行為作為毒品犯罪之基礎行為欠缺法益侵害性

毒品犯罪中，向來議論的重心在於販賣毒品罪。從毒品危害防制條例就各種不同毒品犯罪的法定刑來觀察，以客體為第一級毒品之罪為例，法定刑由重至輕的行為態樣係為「製造、運輸、販賣」意圖販賣而持有」以強暴、脅迫、欺瞞或其他非法之方法使人施用」引誘他人施用」轉讓」施用」持有大量」持有」。學說見解一般

¹¹³ 就這種難以外界發生作用的「持有」，本文亦認為難以單純透過附加「販賣意圖」之主觀要素來彰顯（或創造）客觀不法的有無或程度高低，而必須透過後階段行為或其他周邊行為之遂行才能產生法益侵害或危殆化。但此處並非全面性否定意圖等這種主觀要素，併予敘明。

認為，單純持有毒品行為是毒品犯罪的基礎行為。¹¹⁴而如前述臺灣向來的實務見解於基於同一原因的情況，亦認為持有毒品相對於自行施用行為、運輸、販賣、意圖販賣而持有、轉讓行為，是具有基礎性質的低度行為。

從法定刑的輕重可以看得出來相對於直接自（行施）用或（以非法方法或引誘）他用，不論是將毒品犯罪的法益解釋為國民健康、生產力或個人健康的利益，單純持有（少量）的情況，離法益侵害甚遠，相對於製造、運輸、販賣，單純持有（少量）行為並無將毒品置於他人可及領域之中，離法益侵害甚遠，因此，單純持有（少量）行為的法定刑較輕。

其次，就持有毒品行為與販賣毒品行為的關係，持有人主觀上以販賣為目的之持有與持有人客觀上大量持有毒品的兩種販賣型的持有行為被定性為販賣毒品行為的實質預備犯。¹¹⁵販賣毒品罪作為抽象危險犯，¹¹⁶就其保護法益，有認為是對於不特定多數人生命、身體、健康之保護，同時亦包含販賣毒品行為可能涉及危害社會秩序、經濟秩序與國家安全等間接利益，¹¹⁷相對的，亦有認為不宜將販賣毒品罪之保護法益解釋為不特定多數人之身體健康，而係在於保護國家能夠維持存續所必要之國民生產力。¹¹⁸如此一來，即使肯認這些解釋，作為販賣毒品之基礎行為的持有毒品行

¹¹⁴ 王皇玉，同註34，頁90；李善植，同註34，頁132。

¹¹⁵ 王皇玉，同註34，頁91。

¹¹⁶ 王皇玉，論販毒罪，同註41，頁251；張麗卿，酗酒駕車在交通往來中的抽象危險——評臺北地方法院88年度北簡字第1484號等判決，月旦法學雜誌，54期，頁175，1999年11月。

¹¹⁷ 王皇玉，論販毒罪，同註41，頁250-251。

¹¹⁸ 張天一，對重刑化政策下販賣毒品罪之檢討，月旦法學雜誌，180期，頁110-112，2010年5月。

為，即會是抽象危險犯的實質預備犯，雖然持有行為本身在事實面容易確認，只要確定持有事實的存在，持有行為的處罰較無是否該當構成要件等問題，但是，規範面上，持有行為本身是否具備值得刑法加以處罰的法益侵害或危殆化，則有問題。不論是將販賣毒品罪解釋為不特定多數人的生命、身體健康的保護或國民健康，皆必須承認此一法益保護，離實害發生尚有相當距離，亦即，販賣毒品行為與毒品被施用之後導致現實上的生命、身體健康危害之法益侵害尚遠，甚至，若認為法益是國家為求存續所必須的國民健康或生產力之維持，則因為法益更為抽象，勢必待有一定數量之國民因施用毒品，才會伴隨有導致國民生產力下降的問題產生，也才会有法益侵害之危殆化的問題出現，從這個脈絡來思考，販賣毒品行為的處罰即可謂極為前置。而持有毒品行為作為販賣毒品罪的實質預備犯，更加前置化，抽象危險犯的預備行為到底要如何確認其法益侵害性或社會危害性的存在，則成為問題。

再者，持有毒品行為可能有供給自己施用或他人施用，但理論上亦存在中性的持有行為。雖然就毒品此一客體，難以想像會有收藏、保存或不加以施用的中性持有行為的態樣。不過，由於自己施用的部分，有施用毒品之處罰，¹¹⁹供給他人施用之部分，則有製造、運輸、販賣與轉讓毒品之處罰，如果認為只要持有者沒有進一步將毒品散布出去，毒品的危害性就沒有發生的話，¹²⁰則可認為，不論是否是販賣型持有或中性的持有行為，法益侵害性或社會危害性的程度在客觀上應該是相同的。亦即，若非經由施用、製造、運輸、販賣與轉讓毒品等後階段行為之實行，持有行為本身事實上很難彰顯有侵害法益之危險，甚至即使散布出去，但在未經施

¹¹⁹ 但僅限於第一級與第二級毒品的部分，請參見毒品危害防制條例第10條。

¹²⁰ 王皇玉，同註34，頁91。

用之前，事實上都很難說毒品有什麼危害性。

從而，持有行為的處罰若非在於毒品有散布流通的可能性，則難以確認法益侵害性，就其處罰，即有正當性的疑義。因此，如果要處罰單純持有少量或大量毒品的行為、意圖販賣而持有毒品的行為，必然必須有持有以外能彰顯法益侵害危險的其他行為存在，才可能具備正當性。¹²¹

2. 高度行為、低度行為與吸收關係之標準不明

回到本文論述的契機，亦即最高法院104年度臺非字第199號判決中，就持有毒品與施用毒品行為之間、高度行為或低度行為之間，何者吸收何者的問題。

如前所述，臺灣的實務見解向來認為單純持有毒品行為，是毒品犯罪的基礎行為，且相對於自行施用、運輸、販賣、意圖販賣而持有、轉讓行為而言，是低度行為。然而，細究最高法院104年度判決之觀點可知，就吸收關係而言，向來以行為不法內涵之高低作為標準，就此點，本判決並未與向來實務見解有所不同。而之所以就吸收關係會相反，則是因為法院認為，立法者就「行為不法內

¹²¹ 審查意見有認為，本文之所以認為持有毒品罪有違反行為主義之疑慮，原因可能在其法益內涵並不清楚，進而在學說致力明確化法益，在解釋上不得不有某程度之限縮時，持有罪之處罰即顯得是在處罰「狀態」，而非行為。審查意見復提及，從實務見解處理的重點問題可以發現，實務（可能潛意識）認為行為人確實有行為，所以問題的重點大多是罪數問題，並認為在這種情況要指出行為主義的問題，相當困難，指明法益不明確的部分，可能相對較為容易。

本文認為，誠然，毒品犯罪問題在實務上較多都是罪數問題，不過持有之處罰要有意義，必然是因為「持有」可以從其他前後階段行為切割出來單獨處罰，始有特別規定之必要。而既然切割處罰，則「持有」亦必須接受行為主義之檢驗。雖然法益內涵不明確的問題確實係為持有罪處罰的問題之一，但本文礙於篇幅僅能先處理行為主義的問題。

涵」的判斷標準已經改變，就持有毒品、持有大量毒品與施用毒品三者之間的關係，會變成持有大量毒品罪屬於高度行為，而得吸收施用毒品行為。

向來的實務見解與本判決的論述看來都有其道理，但是，低度行為與高度行為以及行為不法的高低究竟如何判斷，基礎行為是什麼觀點之下的基礎行為，卻始終未明確說明。

就實務對於吸收關係或吸收犯的操作，則有認為最高法院就高低度行為的認定，係以行為該當之罪的法定刑為標準，法定刑較高者為高度行為，較低者為低度行為，但如法定刑相同者，如就偽造文書罪與行使偽造文書罪，判例雖仍有區分，以行使行為為高度行為，以偽造行為為低度行為，但卻無說理，因此，無法知悉最高法院之標準¹²²，亦有認為就偽造貨幣罪章、偽造文書罪章與偽造有價證券罪章中的偽造行為與行使行為之間，最高法院就高低度行為的認定標準不明。¹²³

不過，本文認為，可以確定的是，實務見解就吸收關係原則上除了「某種犯罪行為之性質或結果當然含有他罪之成分」¹²⁴的這種情況以外，處理的是「某種犯罪行為為他罪之階段行為（或部分行為）」，¹²⁵從而，「高度行為吸收低度行為，係以犯罪行為之發展，依其在刑法上之評價程度，得分為若干階段，即循序而進之行為，其前行之低度行為不外使後行之高度行為易於實現，則後行之高度行為內容，實已涵蓋低度行為之結果，故高度行為當然吸收

¹²² 林山田，刑法通論（下冊），頁374，2008年1月，10版。同樣認為實務所謂之吸收關係係指重罪吸收輕罪（重行為吸收輕行為），但認為此種見解並無法理根據，請參見陳子平，同註69，頁699-700。

¹²³ 林鈺雄，新刑法總則，頁585，2016年9月，5版。

¹²⁴ 可參見最高法院42年臺上字第410號判例。

¹²⁵ 可參見最高法院103年度臺上字第2301號判決。

低度行為，其前後行為，在形態上雖屬分別獨立，但從同一法益之侵害觀點而言，具有必然之附隨關係，亦即具有階段之貫通性，禁止為雙重評價而應為單一之評價」，¹²⁶處理的是行為前後階段的關係。而通常後階段的行為離法益侵害較近，不法內涵自然應該較高，這點在毒品犯罪中並無二致。從而，持有行為的不法內涵，實應遠低於後階段行為，而不應因為立法提高刑度，就忽略了刑度的提高必須彰顯不法內涵的高低，而貿然將持有行為解釋為不法內涵較高的高度行為。

從結論來說，本文認為，因為在持有罪的立法上，有「行為不法內涵＝行為階段≠法定刑」的問題存在，導致在毒品問題上，實務雖然原則上係以行為階段來判斷，但在法定刑高低無法貼合行為前後階段時，則例外以法定刑高低來判斷。從而，本判決與決議並非以行為不法內涵來加以思考，而是單純以法定刑高低來判斷。而對於持有行為處罰及其較高的刑度，甚至可能讓行為人在刑度的比較觀點之下，反正持有大量毒品的處罰等同於轉讓毒品罪，進而乾脆將毒品轉讓出去，反倒可能造成更多法益侵害，這顯然並非立法者所欲達到的結果。¹²⁷

3. 不適合解釋為截堵式構成要件

所謂截堵式構成要件，係指從規範目的而言，某些行為應該受到處罰，但實際上可能面臨可罰性認定障礙，為了貫徹規範處罰目的，並網羅該行為於可罰範圍內，以免有漏網之魚，立法者特別以

¹²⁶ 可參見最高法院93年度臺上字第6502號判決。惟本件之爭點在於上訴人即被告對不詳姓名司機之預備強盜行為與本件對被害人○○○實施之強盜殺人行為，犯意各別，侵害法益不同，且前後行為似無階段貫通之附隨關係，此二行為是否可讓該不詳姓名司機實施之預備強盜行為，為嗣後對○○○實施之強盜殺人行為所吸收。

¹²⁷ 李善植，同註34，頁140-141。

一個較為概括性的條文，涵括原本不受處罰的行為，用以解決訴訟障礙與可罰性漏洞，回應處罰需求。¹²⁸而截堵式構成要件作為一種立法方式，多半是為了解決因果關係認定的問題，如有認為刑法第185條之3不能安全駕駛罪之規定，即是為了避免實害犯舉證上的困難，而運用抽象危險犯的規範方式，前置化處罰，以危險犯之規定提前對於法益加以保護，¹²⁹除此之外，亦有認為，在經濟刑法領域中，基於刑事政策的考量，有將重大過失行為予以犯罪化，來攔截防堵因難以證明行為人是否具備故意而恐有規避經濟刑法制裁的問題，因此，截堵式構成要件的立法方式，亦可以解決無法認定故意的問題。¹³⁰

在打擊毒品、毒品是絕對的惡的意識形態之下，更由於難以想像有中性的持有行為，持有毒品的處罰變成了一網打盡毒品流通的方法之一，持有毒品罪成為一種截堵式犯罪構成要件，即使後階段行為尚未實行或難以證明，亦可認為得以透過處罰持有行為來防堵後階段的行為，立法處罰持有毒品行為，等於處罰了所有毒品犯罪行為。¹³¹

持有毒品行為作為截堵式構成要件，確實在其他毒品犯罪行為之外，預先在其他毒品犯罪行為尚未實行之際，即予以捕獲，有其截堵功能，在無法證明後階段行為將會實行時的截堵規定，也不會漏掉其他可能實施的毒品犯罪，避免處罰漏洞，還兼具預防毒品犯罪之效果。但是，即使將個別犯罪行為解釋為截堵式構成要件，仍然應該留意的是，該行為之處罰仍然必須具備可罰性與正當性，亦

¹²⁸ 許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，82期，頁175、184，2012年6月。

¹²⁹ 如張麗卿，同註116，頁175。

¹³⁰ 林山田，同註122，頁174。

¹³¹ 王皇玉，同註34，頁90。

即，在針對特定主體（如公務員貪瀆）或客體（如毒品犯罪）而建構的某個犯罪體系之中，截堵式構成要件將成為該體系中可罰行為的基本規定，網羅其他無法構成具體犯罪構成要件的行為加以處罰，因此，截堵式構成要件本身的處罰規定本身，亦應具備正當性，然而，持有毒品行為在處罰正當性上顯然有問題。

然而，為了要正當化持有行為處罰，立法者與學說都有所論述。討論毒品社會侵害性時，即可發現，若非實行後階段的行為，很難論斷持有有何社會侵害性。

將持有行為解釋為截堵式構成要件，乍看之下，似乎有其道理。亦即，從規範目的來看，毒品犯罪最根本的目的在於將毒品排除在人際交往的社會領域與自己或他人施用的私領域之外，以求前述法益保護之達成；持有毒品之後，可能供給予他人而有運輸、販賣、轉讓、施用行為，也可能有自行施用的需求面向；不過，很顯然的在只有抓到持有的事實時，有時難以證明後階段到底要實行的是哪一個行為，並且，即使後階段的行為多數都有規範未遂犯之處罰，但要證明有法益侵害之具體危險產生，並不容易，甚至，如第一、二級毒品之施用行為即無處罰未遂，因而，即使在後階段行為有舉證困難或缺處罰規定的情況下，將單純持有行為予以犯罪化，即成為達到規範目的的方法之一。如此看來，將持有行為解釋為截堵式構成要件似乎沒什麼問題。

然而，若將截堵式構成要件的理解，放至持有毒品行為與販賣毒品行為此一行為脈絡下來觀察，則會產生以下問題，亦即，抽象危險犯的規範方式也是截堵式構成要件的一種，因而，解釋上，截堵式構成要件指的可能是販賣毒品行為，但亦有可能是持有毒品行為，而這兩種解釋卻都存在問題。亦即，抽象危險犯的規範方式，

本即有其作為法益保護前置化的功能，¹³²從而，可以將販賣毒品罪本身理解為一種截堵式構成要件，亦即，不論如何理解販賣毒品罪之法益，販毒行為本身皆還不足以讓不特定多數人之生命、身體健康產生侵害，亦不足以有害國民健康或生產力，但是，如果認為整體的社會利益確實有因販毒行為而有受到侵害的可能性，因而在毒品供自己施用或使他人施用之前，即認為有處罰之必要，而不能放任法益現實上是到侵害或有危殆化。不過，如此以截堵式構成要件的設置必要性來論證販賣毒品罪之正當性之後，卻會導致作為販賣毒品行為的前階段行為或實質預備犯之持有行為，可能會變成抽象危險犯的抽象危險犯、抽象危險犯的實質預備犯、抽象危險犯的截堵式構成要件。在學說將持有行為解釋為截堵式構成要件的見解之下，甚至會是截堵式構成要件之截堵式構成要件，產生雙重截堵的效果，從刑法謙抑性、節制刑罰的觀點來看，顯然有很大的問題。而即使將持有罪本身解釋為截堵式構成要件，也仍會遭遇到前述處罰正當性的問題。再者，如將意圖販賣而持有、持有大量毒品、單純持有毒品之三者相比較，就會發現這些行為的處罰，根本上是一層一層的截堵式構成要件，更顯不當。

附帶一提，就持有行為，在論述財產來源不明罪的脈絡下，臺灣亦有認為「持有」只是一個與人類行動無關的外在客觀狀態的論述，而刑事責任建立在行為的基礎上，構成要件必須規範具體的「犯行」，才能定型刑法規制的人類行動，就持有不明財產，只是一個公務員已經取得財產的客觀狀態，無法成為刑法禁止的構成要件行為，也無法透過法條描述，表現出刑法所要禁止的到底是什麼樣的行為。¹³³在財產來源不明罪的解釋上，客觀狀態的處罰有理

¹³² 張麗卿，同註116，頁175。

¹³³ 許恒達，同註128，頁174。

論上的問題，從而論者將該罪之犯行解釋為與原本貪污罪名相同的貪污行為，亦即，貪污行為已經完成，但無法完全證明貪污罪之要件時，以財產來源不明罪來處理。¹³⁴此即與前述的日本學說上的處理相類似，為截堵式構成要件的解釋取徑。不過，財產來源不明罪的情況，係存在貪污行為與不明財產時，因特定要素無法完成證明時，所為的截堵式構成要件的解釋。但是在持有毒品罪的部分，至少在日本法上，也是有一個（條文上可罰的）受讓或隱匿等行為，再加上持有結果。但是在臺灣的毒品危害防治條例中，並沒有處罰受讓，個案中的持有行為可能是不可罰的受讓之後的後行為，亦有可能是可罰的販賣或施用的前行為，至少在不可罰的受讓之後的持有行為之處罰上，存在疑義，從而，本文認為，在臺灣法的架構下，似不適合將持有解釋為截堵式構成要件。

4. 刑度問題

上述主要以行為態樣為論述的重心，以下則討論刑度的部分，主要的重心在法定刑的討論與二〇〇三年與二〇〇九年的法律修正。¹³⁵

法定刑彰顯法益侵害的質量輕重與罪責高低，因此，單一法定刑的背後，應該具有來自於不法與罪責的合理根據，同時，與其他條文之間，亦應能系統性的解釋彼此刑度輕重差距的理由。從而，當法定刑無法合理解釋時，刑度的設定即有問題。

二〇〇三年修正毒品危害防治條例，於第11條增訂第4項：「持有毒品達一定數量者，加重其刑至二分之一，其標準由行政院定之。」立法理由則係因為「實務上，單純持有毒品達一定數量者，與意圖販賣而持有毒品之間常難以區別判斷，如僅因主觀意圖

¹³⁴ 許恒達，同註128，頁174-175、184以下。

¹³⁵ 就此部分的學說討論，請參見前述參、一、(一)。

不同而適用不同構成要件，致刑責有重大差距，實有失衡平」。二〇〇九年修正毒品危害防治條例，將持有一定數量毒品之行為的加重規定，明定於本法中，亦即，增訂持有第三級與第四級毒品之處罰，但僅於持有一定數量時才予以刑事處罰，¹³⁶同時，就持有數量之加重標準，則依毒品分類而有不同標準。

就刑度的檢討，首先，二〇〇九年修正毒品危害防治條例第11條增訂第3項到第6項之規定，刑度則加重至與轉讓毒品罪相同。然而，持有大量並不等於轉讓，離法益侵害亦有遠近差異，設定相同的刑度已有正當性的問題存在。¹³⁷

其次，最高法院104年度臺非字第199號判決則係以持有數量多寡來區分不法內涵之高低。然而，客體的數量多寡，並不總是可以彰顯不法內涵的高低。舉例而言，行為人殺害複數被害人，因為客體死亡本身就彰顯法益侵害，因此，相較於僅殺害一人的情況，殺害複數人的情況法益侵害較高、不法內涵較高，並無疑義，但是，持有毒品的數量本身，無法彰顯法益侵害，亦即，只要不知道所持有之毒品究為自用、他用、是否販賣等可能存在的後行為，就根本無法得知可能產生的法益侵害的態樣。從而，依照持有毒品數量高

¹³⁶ 由此可見，即使不探討持有是不是刑法上的行為，持有毒品本身是否具有可罰性，亦有論述空間。

¹³⁷ 審查意見有認為，仍然有可能考慮在相同法定刑之下，進一步認為持有大量毒品罪的情形限於販賣或運輸等較為嚴重之類型的前階段，並且將轉讓行為的毒品量限於很少量的情形。此種見解先嘗試進行解釋論上的限縮可能性，在無法限縮時再考慮挑戰法條的正當性，值得參考。
這樣的解釋方法固然可以拆解本文中所提及的問題，然而，持有大量毒品所指之大量係指第一級毒品純質淨重10公克以上、第二、三、四級毒品純質淨重10公克以上，數量並非巨大到必然能排除有後行為轉讓的可能，而只要「持有大量毒品＋轉讓」這種前後行為組合的可能性存在，本文中所指之問題則仍然會在。

低來區分刑度，並不合理。¹³⁸

再者，必須檢視修法時所存在的立法背景事實。從立法理由來看，「實務上，單純持有毒品達一定數量者，與意圖販賣而持有毒品之間常難以區別判斷，如僅因主觀意圖不同而適用不同構成要件，致刑責有重大差距，實有失衡平，爰增列第四項」，¹³⁹然而，不符合意圖販賣而持有罪的構成要件本來就無法適用該罪，無法證明主觀意圖而僅能論較輕的單純持有毒品罪，本屬當然，這是舉證的問題，實難謂有何衡平性的問題。另外，從文獻上可知，由於實務就持有毒品罪與意圖販賣而持有罪的成立，實務見解嚴格要求必須是行為人出於營利之意圖而持有毒品，始構成意圖販賣而持有罪，否則僅能成立持有毒品罪，從而，如果無法證明被告有賺取差價或意圖營利的意思，即使查獲大量毒品，亦只能論以刑度較輕的單純持有毒品罪，如此嚴苛的成立要件使得查緝毒品與偵查機關的反撲，打擊查緝毒品機關的士氣。¹⁴⁰然而，查緝機關與偵查機關的士氣受到打擊，係與法益侵害及行為人的罪責無關的事項，二〇〇三年修正毒品危害防治條例增訂第11條第4項，有正當性的問題。

肆、持有與持有毒品罪

一、持有與持有毒品罪之處罰正當性問題

從前述的檢討中，可以得出以下三點結論。第一，從行為原理

¹³⁸ 如2003年修法時，有立委提及對於轉讓獲持有毒品達一定數量者，其行為具有法益侵害的危險，建議加重其刑，但卻未附理由說明。請參見立法院第5屆第3會期第15次會議議案關係文書，頁304。

¹³⁹ 立法討論可以參見立法院公報第92卷第30期委員會紀錄頁170以下。92卷30期3304號下冊頁170以下。

¹⁴⁰ 王皇玉，同註34，頁92。

的觀點來看，持有顯然離法益侵害結果甚遠，單純持有甚至難以產生任何毒品犯罪法益侵害的危險，因此，持有之處罰有違行為原理的要求。第二，從行為性的觀點來檢討持有之處罰時，持有本身僅是一個事實狀態，並不是刑法上所謂的行為，本文亦認為不應將之解釋為結果犯或截堵式構成要件，因此，持有之處罰亦有違行為性的要求。第三，於刑度上，刑度高低設定不應與毒品數量掛鉤，立法背景事實亦與法益侵害或罪責無關，提高刑度的修法欠缺正當性。

不過，除此之外亦可以發現的是，持有毒品問題除可透過刑事罰來處理，亦可透過行政管制、藉由行政沒入來應對。持有毒品的處罰並不是事理之必然，如一九九七年修正的毒品危害防制條例中，就持有第一級與第二級以外之毒品即無處罰規定，但仍得依同法第18條第1項本文予以沒收，而即使是依照現行法，就第三、四級毒品的少量持有，即採取此種「非犯罪化」作法，僅有於第11條之1規定「無正當理由，不得擅自持有」，即使尚不構成刑事犯罪行為，於查獲後，仍可依照第18條第1項後段依行政程序予以沒入銷毀，¹⁴¹仍可達到防止毒品散布於社會的效果。既不會影響警察的點數，又能片面地預防毒品犯罪。

既然持有毒品罪之處罰問題重重，本文認為最適切的解決方法就是修法廢除刑事處罰，就各級毒品之持有皆採取現行法針對第三、四級毒品少量的持有所為之「非犯罪化」作法；不過，從臺灣整體毒品政策可以觀察得出來，已經將毒品視為禁忌的情況下，根本不可能一夕之間扭轉持有本身的法律評價，甚至有可能於廢除的同時，另外增訂持有之原因行為的處罰，而恐生處罰更為前置化的現象。惟如能僅修法刪除持有罪之刑事處罰，則可在毒品危害防制條例中將條文改為「無正當理由，不得擅自持有各級毒品」，並規

¹⁴¹ 處理方式可參見臺灣高等法院臺中分院105年度上訴字第1423號判決。

定「查獲之各級毒品，於無正當理由而擅自持有者，均沒入銷燬之」，透過行政管制、沒入來處理。

附帶一提，本文認為，持有本身為一事實狀態，欠缺行為適格性，不應作為刑法上之實行行為加以處罰。惟如將實行行為規定為創設或變更持有狀態等持有之原因行為，如受讓、寄藏等態樣，則因為會有「人的外部動作」或「對於社會外界的作用」與「行為人主體性的參與」，在行為適格性的討論上，問題較小，相對地，討論的重點則會著重在這些行為是否具備足夠的「法益侵害性」此一問題上。由此亦可見得，即使刪除持有之處罰，仍有可能透過增訂「創設或變更持有狀態」之實行行為態樣，亦即，增訂持有之原因行為之處罰，達到部分持有行為處罰之效果。如此一來，即會反襯出毒品犯罪之處罰中，最核心的問題應該在於毒品犯罪中之保護法益究竟為何，以及在釐清了法益之後，在不同的犯罪形態或流程中，應該進一步去細緻化探討各個階段的行為又是否具有充足的「法益侵害性」。¹⁴²

二、實務運用上的問題之處理

就前述實務運用上的問題，高低度行為之區分原則上是以行為階段來論，但如有前行為法定刑較高的情況，則會直接以法定刑的高低來論吸收關係。但此種作法不合理之處，已如前述。如將之廢除或採取行政管制的作法（亦即是一種除罪化或除刑化），則前述實務爭議即不復存在。不過，從實務見解變更販賣的法律解釋之後的實務操作中，可以想見的是，即使是做本文此種主張甚至被採納，實務上的作法則可能轉變為，更提前或更寬鬆認定販賣等持有

¹⁴² 就此部分，礙於本文篇幅與目的，僅能留待往後進一步研究。

之後階段行為的著手時點，¹⁴³亦即，在無法處罰持有的情況下，只好往前擴張後階段犯罪的未遂犯處理範圍來加以應對。但未遂的處罰係為例外的擴張處罰事由，本應嚴格認定，而如能修正廢除持有的處罰，顯然就後階段行為未遂認定，即應更為限縮。

在仍然維持刑事罰的情況下，前述之第一、二個問題，於高院98年座談會中，甲說提及持有毒品罪與施用毒品罪之間的吸收關係會因所持有毒品之數量是否達到法定標準，而有相反的結果，因為依照毒品數量、單純從數量觀點來區分刑度本即不合理，這樣的現象亦難以適切說明。甚至有可能出現多次施用毒品一罪一罰的處理，與持有大量毒品行為究應如何競合的問題。而因持有大量毒品行為的法定刑與轉讓毒品罪是相同的，因此應該將持有大量毒品罪的處罰，規範性限縮在有一定的轉讓、販賣或營利主觀要件與散布可能性的行為出現時，才可以適用該條。不過，這樣的作法將會導致在可論以轉讓或販賣未遂的情況，本條將會被吸收。

伍、結 語

毒品政策自一九九〇年代開始，基本上是呈現嚴罰傾向。然而，從世界各國對於毒品的不同態度可以發現，嚴罰與強硬的毒品對策，大抵只是讓毒品遁入黑暗，讓圍繞毒品周邊的其他（犯罪等）問題也一併蒙上陰影，例如毒品施用產生的愛滋問題，也同樣會趨於嚴重，甚至統計上施用毒品人數不減反增。然而，寬容的毒品政策帶來的則是施用人數減少，可見嚴罰強硬的毒品政策只有失敗一途，實不應繼續對於毒品問題採取嚴罰政策。

毒品問題是否真的能透過刑法、刑罰來加以解決？刑罰以外的

¹⁴³ 但如後行為本即無未遂的處罰規定，則無此問題。

手段、方式，無法應對毒品問題嗎？運用刑罰是不是讓毒品問題與更深層的家庭、社會問題更為惡化或潛在化，反倒問題不只是沒有解決，還變得更為嚴重？當然，除罪化或除刑化的建議可能會面對質疑或批判。但是，刑法所能解決的問題、能發揮的功能，本來就侷限在非常小的一部分，除此之外，建構適切妥當的經濟政策、社會政策、家庭政策，才是根本上重要的應對方式。

本文從持有毒品罪解釋論上因修法產生的問題出發，探討持有毒品處罰本身具有的理論疑義，就持有毒品罪的刑罰法規做立法正當性的檢討，轉向除罪化或除刑化的立法論建議。持有毒品的處罰從法益保護的觀點上並不具有正當性，但是，現實上的問題是，我們不可能對於毒品置之不理，即使是毒品犯罪中最基本類型的持有處罰，要求除罪化亦不易達成，對於輿論的觀察也可以得知，這樣的政策要求必然是失敗的。那麼問題就回到應該如何處理持有毒品的一種策略性考量上。亦即，明知這樣的處罰在刑法上不正當之處，但策略上不採取除罪化的論述，不適宜對於毒品問題完全不予處理，更重要的是，如果一味的、單向的要求除罪化，反而自外於毒品政策，而難以對於毒品問題有施力點，甚至，無法對於因為好奇或被陷害等原因而身陷毒癮之中的人給予福祉措施。因此，本文採取的是除刑化的方式，一方面不會有違反行為原理的問題，另一方面仍能防止毒品流通於社會。但更重要的問題應該是，要怎麼樣不破壞現狀但卻能給予其中最艱困的一方（施用毒品者）些許幫助。¹⁴⁴

¹⁴⁴ 就毒品問題，即使侷限在持有部分，本文礙於篇幅與能力，仍有其他爭點未能提及或細究，僅能留待日後另為文探討，尚祈見諒。

參考文獻

一、中 文

1. 王皇玉，論販賣毒品罪，政大法學評論，84期，頁225-275，2005年4月。
(Huang-Yu Wang, *An Examination of Illicit Traffic in Narcotic Drug*, 84 CHENGCHI LAW REVIEW, 225-275 (2005).)
2. 王皇玉，台灣毒品政策與立法之回顧與評析，月旦法學雜誌，180期，頁80-96，2010年5月。(Huang-Yu Wang, *Retrospect and Comments on National Drug Policy and Legislation in Taiwan*, 180 THE TAIWAN LAW REVIEW, 80-96 (2010).)
3. 王皇玉，刑法總則，3版，2017年9月。(Huang-Yu Wang, *Criminal Law: General Principles Part*, 3rd ed. (2017).)
4. 李善植，論持有毒品行為與其目的行為之關係——以持有大量毒品行為與其目的行為之競合為重心，軍法專刊，57卷3期，頁130-142，2011年6月。
(Shan-Chih Lee, *The Relationship Between the Acts of Possessing Narcotics and Their Purposive Behavior*, 57(3) THE MILITARY LAW JOURNAL, 130-142 (2011).)
5. 吳耀宗，論我國毒品管制之法政策走向——從「戡亂時期肅清煙毒條例」至「毒品危害防制條例」，月旦法學雜誌，180期，頁57-79，2010年5月。
(Yaw-Taung Wu, *Drug Policy in Taiwan — From “Drug Control Act during the Period for Suppression of the Communist Rebellion” to “Narcotics Hazard Prevention Act”*, 180 THE TAIWAN LAW REVIEW, 57-79 (2010).)
6. 林山田，刑法通論（下冊），10版，2008年1月。(Shan-Tien Lin, *Criminal Law: General Principles Part II*, 10th ed. (2008).)
7. 林東茂，刑法綜覽，增訂8版，2016年3月。(Dong-Mao Lin, *Criminal Law*, 8th ed. (2016).)
8. 林鈺雄，新刑法總則，5版，2016年9月。(Yu-Hsiung Lin, *New Criminal Law: General Principles Part*, 5th ed. (2016).)
9. 陳子平，刑法總論，4版，2017年9月。(Zi-Ping Chen, *Criminal Law*, 4th ed. (2017).)
10. 張天一，對重刑化政策下販賣毒品罪之檢討，月旦法學雜誌，180期，頁97-

- 114, 2010年5月。(Tien-Yi Chang, *On the Crime of Drug Trafficking of the Harsh Criminal Justice Policy*, 180 THE TAIWAN LAW REVIEW, 97-114 (2010).)
11. 張天一，論販賣毒品罪在立法及適用上之問題，中原財經法學，24期，頁165-205，2010年6月。(Tien-Yi Chang, *On the Issue About the Legislation and Application of Crime of Trafficking in Drugs*, 24 CHUNGYUAN FINANCIAL & ECONOMIC LAW REVIEW, 165-205 (2010).)
12. 許恒達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，82期，頁141-204，2012年6月。(Heng-Da Hsu, *Reconsidering the Criminalization of "Illicit Wealth" in Light of Taiwan's Punitive Infrastructure Against Corruption*, 82 TAIPEI UNIVERSITY LAW REVIEW, 141-204 (2012).)
13. 黃榮堅，論連續犯之廢除——參考德國法制上連續關係概念之處理，載：連續犯規定應否廢除暨其法律適用問題，頁73-109，2003年12月。(Jung-Chien Huang, *On the Abolishment of the Successive Crime — Using the Conception of Fortsetzungszusammenhang in German Law as Reference*, in: ON THE ISSUE ABOUT ABOLISHMENT OF THE SUCCESSIVE CRIME AND APPLICATION, 73-109 (2003).)
14. 黃榮堅，2012年刑事法發展回顧：法律問題之事實與表述，國立臺灣大學法學論叢，42卷特刊，頁1033-1066，2013年11月。(Jung-Chien Huang, *Developments in the Law in 2012: Criminal Law*, 42(S) NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY LAW JOURNAL, 1033-1066 (2013).)
15. 張麗卿，酗酒駕車在交通往來中的抽象危險——評臺北地方法院88年度北簡字第1484號等判決，月旦法學雜誌，54期，頁173-180，1999年11月。(Li-Ching Chang, *Abstract Danger of Drunk Driving — Commentary on Taipei District Court Decision Bei-Jian-No.1484 (1999)*, 54 THE TAIWAN LAW REVIEW, 173-180 (1999).)

二、外 文

1. 山口厚『刑法總論（第三版）』有斐閣（2016年3月）。
2. 大塚仁『刑法概説（總論）（第四版）』有斐閣（2008年10月）。

3. 井田良『講義刑法学・総論（補訂版）』有斐閣（2011年7月）。
4. 生田勝義「行為」中義勝＝吉川経夫＝中山研一編『刑法1総論（第二章）』蒼林社（1984年1月）。
5. 生田勝義『行為原理と刑事違法論』信山社（2002年7月）。
6. 平野龍一『刑法 総論 I』有斐閣（1972年7月）。
7. 松宮孝明『刑法総論講義（第四版）』成文堂（2009年3月）。
8. 松原芳博「所持罪における『所持』概念と行為性」西原春夫＝新倉修＝齋藤正和＝酒井安行＝大塚裕史＝高橋則夫編『佐々木史朗先生喜寿祝賀 刑事法の理論と実践』第一法規出版（2002年11月）。
9. 松原芳博「外国文献紹介 ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ『行為主義刑法——十分に尊重されている基本原則であろうか？』」早稲田法学79巻4号（2004年9月）。
10. 松原芳博『刑法総論』日本評論社（2013年3月）。
11. 浅田和茂『刑法総論（補正版）』成文堂（2007年3月）。
12. 前田雅英『刑法総論講義（第五版）』東京大学出版会（2011年3月）。
13. 高橋則夫『刑法総論（第三版）』成文堂（2016年10月）。
14. 曾根威彦『刑法原論』成文堂（2016年4月）。
15. 植村立郎「大麻取締法」平野龍一＝佐々木史朗＝藤永幸治編『注解特別刑法第5-II巻 医事・薬事編(2)（第二版）』青林書院（1992年6月）。
16. 齋野彦弥『基本講義 刑法総論』新世社（2007年11月）。

The Criminal Offense of Possessing Narcotics and the Possession

Wan-Shan Lin^{*}

Abstract

This article aims to examine the criminal offense of possessing narcotics and its element “possession”. From the establishment of the “Drug Control Act during the Period for Suppression of the Communist Rebellion” (1955) until now, the criminal offenses of possessing narcotics and of possessing narcotics with intent to sell have been held punishable by the Taiwanese legal system. From 2003, legislators passed law that severely punishes those who possess narcotics that violate the legal standards. According to the legislation documents, drug abuse has become a very serious problem in Taiwan since at least 1990. Drug laws are usually considered and the government has been tightening the law continuously. However, from the point of view of “Tatprinzip” and the concept of “Tat”, there is some doubt whether the punishment of Possessing Narcotics is legitimate. This article aims to discuss the aforementioned issues and make suggestions. It is concluded that most of the issues can be resolved through depenalization.

Keywords: Possessing Narcotics, Narcotics Use, Possessing Narcotics with Intent to Sell, Possessing Narcotics Over the Legal Standards, Konsumtion, Tatprinzip, Depenalization

^{*}

Assistant Professor, School of Law, Department of Law, Fu Jen Catholic University; Ph.D., Graduate School of Law, Kyoto University.

Received: July 13, 2018; accepted: December 24, 2018