

## 毒品犯罪與刑法總則—簡評三則最高法院判決

編目 | 刑法

主筆人 | 君珩

法務部統計數據顯示，雖然各地檢察署毒品案件偵結人數並無上升趨勢，但起訴者於過去 3 年來皆保持 2 萬人次以上<sup>1</sup>，顯示毒品犯罪仍為台灣目前重要社會問題之一。由於刑事訴訟法第 376 條第 1 項第 9 款僅明示排除施用第一級毒品罪與持有第二級毒品純質淨重二十公克以上罪，因此毒品危害防制條例中其他最重本刑為三年以上有期徒刑之犯罪類型，仍保有上訴第三審的空間，最高法院於相關個案中的判斷與論理，尤其是涉及刑法或刑事訴訟法者，即難謂不具參考價值。是故，本文以下將分享與毒品犯罪中三則與刑法總則相關之最高法院判決，除分析爭點、亦簡評內容，以作為讀者們複習刑法總則時的參考。

### 一、保證人地位：最高法院 113 年度台上字第 472 號刑事判決

#### (一) 判決節錄

又對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同，刑法第 15 條第 1 項定有明文。所指「『法律上』有防止結果發生之義務」者（即居於保證人地位），不以「法律」有明文規定者為限，依契約或法律之精神觀察有此義務時，亦應包括在內，但僅出於倫理、道德、宗教或社會等理由，則不與之。從法益保護的實質角度觀察，學理將前揭防止結果發生之保證人義務，區分為保護特定法益之「保護者保證人」、避免特定危險源擴散侵害法益之「監督者保證人」。其中「保護者保證人」係指對於特定法益具有事實上或法律上的保護地位，而有義務採取防範措施，避免特定法益陷入外在危險的威脅，包括依法令規定、契約約定負有保護義務之人、自願承擔保護協助義務、危險共同體之組成員等。至於「監督者保證人」則係避免危險從其源頭外溢，以致法益受侵害，包含危險前行為之人、對於危險源負有監督或看管義務之人等。所指「保護者保證人」中之「危險共同體」，係指數人彼此允諾約定會在發生緊急狀況時提供實質保護，以降低活動危險，則該數人間互居於保證人地位，而成為「危險共同體」。偶發臨時性的施用毒品團體，數人彼此間並無因約定而建立相互照顧之信賴關係，亦無持久之緊密關係，並非前揭「危險共同體」，彼此間並不負保證人義務。

#### (二) 內容簡評

<sup>1</sup> 法務部，反毒大本營，毒品統計分析，臺灣地區各地方檢察署辦理毒品案件偵查終結人數（107-113），<https://antidrug.moj.gov.tw/dl-3259-e61dd14d-60ca-4ecc-9fcc-700f1ebf7ea5.html>（最後瀏覽日期：2025 年 05 月 22 日）。

「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務」，刑法第 15 條參照。此種「不純正不作為犯」情形，行為人便是透過不作為的方式，實現了分則條文中純正不作為犯以外的其他犯罪構成要件，作為不純正不作為犯之客觀構成要件之一，「保證人地位」便是用以判斷行為人是否因符合特定資格而具有作為義務，進而必須介入法益侵害流程、避免侵害結果之發生<sup>2</sup>。

早期最高法院對於「保證人地位」的詮釋多從法條文義出發，將其類型僅限定於「危險前行為」情形，例如最高法院 81 年度台上字第 437 號刑事判決便提到「刑法上之殺人罪，必須行為人有戕害他人性命之決意為其構成要件之一，不論積極行為殺人，抑消極行為殺人均屬之；同法第十五條第一項所稱對於一定結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同；其先決條件，又以同條第二項規定因自己行為致有發生一定結果之危險者，始負防止其發生之保障義務。質言之，倘若行為人並無為「自己之行為」之前提條件，縱有發生一定結果之危險情形，仍不得課末為行為人之防止發生危險結果之保障義務，其理甚明。」

不過，學說則多沿襲德國「功能性理論」的立場，以作為義務的功能不同，將保證人地位大致上區分為「保護型保證人地位」與「監督型保證人地位」二者。「保護型保證人地位」指的是對於一定法益具有特別保護義務者，例如生活共同體、危險共同體與因法律、契約或出於自願而承擔危險防止義務者；至於「監督型保證人地位」則是要求對於危險源具有監督義務之人，有義務必須防止該危險源可能誘發之危險發生，而這可能是出於行為人之交易安全義務，或是其人本身之危險前行為所致<sup>34</sup>。近期實務對於上述學說所提出的兩種不同保證人地位類型，都曾分別於判決中加以肯認，例如保護型而言，最高法院 109 年度台上字第 4212 號刑事判決即認為行為人對於「特定近親（如直系血親、配偶等）」、「存在特殊信賴之生活（如同居家屬）」或「冒險共同體（如登山團體）關係之人」所處之無助狀態是存在保證人地位的；至於監督型部分，包含最高法院 113 年度台上字第 2136 號刑事判決在內的諸多實務見解也都概括式地認定「違背義務之危險前行為」以及「對危險源監督義務者」是具有保證人地位的，而之所以「對危險源監督義務者」有作為義務，最高法院 110 年度台上字第 624 號刑事判決則主張「基於交易安全之義務，物主既對其危險物負有監督責任，自對該物會進一步危害他人一事具有預見可能性，原則上負有防止

<sup>2</sup> 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，三版，頁 242，臺北：元照，2022 年 02 月。

<sup>3</sup> 王皇玉，刑法總則，八版，頁 533-535，臺北：新學林，2022 年 08 月。

<sup>4</sup> 一反通說，認為「保證人地位」即是在判斷應在何種條件下承認行為人之積極義務而建立風險連帶性，並基於「法權理論」，認為僅有「自由法秩序之補充性扶助體制」與「風險管轄合意移轉」兩種類型足以建構起保證人地位，因前者旨在防止個人因自我負責能力欠缺所導致的生存機會喪失，後者則透過當事人自由意願的合致而建立局部風險連帶性，使當事人所欲從事的社會交往活動成為可能者，可見周濛沂，重新建構刑法上保證人地位的法理基礎，國立臺灣大學法學論叢，第 43 卷第 1 期，頁 209-269，2014 年 03 月。

危險發生之義務，其能防止而疏未防止者，仍應就犯罪結果之發生負過失之責。」

但是，直到本則具有參考價值之判決中，最高法院才正式呼應了學說分類，而在論理上將保證人地位區分為「保護者」與「監督者」，並於個案涵攝時認為偶發臨時性的施用毒品團體並無信賴關係或緊密關係可言，因而非「保護者保證人」的子類型即「危險共同體」，其人彼此間自不具有保證人地位，若斷言行為人對於同時施用毒品他人之死亡結果即須負擔過失致死刑責，恐有待商榷。

本文認為，實務見解有以下幾點值得注意。第一，最高法院不僅逐漸精緻化本身對於保證人地位的論述，也正式接受了學說上的分類，等同揚棄了早期僅限縮於危險前行為的見解，而擴張了作為義務的主體範圍，這或許可以被認為是除了大量採用抽象危險犯<sup>5</sup>的立法模式外，另一種因應「風險社會」、適當調整人際互動時該如何分配風險、該由何人承擔風險之策略之一。此種策略固然可行，不過未來是否有可能會涵蓋過廣、變相箝制人民自由，或許仍有待觀察。第二，依照最高法院的論理，或許可以導出這樣的結論：**任何以犯罪為目的而臨時聚集的團體，成員間皆不具備相互照顧之信賴關係，無法於發生緊急狀況時提供實質保護，而非「危險共同體」，彼此間不負保證人義務。**上述說法固然符合部分實態，畢竟殊難想像一個可能自身都難保的犯罪者會在意甚至介入可能素昧平生的同行者的死活，不過不論是長期組織的幫派，或是短暫會合的聚會，其成員間究竟有無「信賴關係」而得以對彼此提供「實質保護」，或許應個案判斷為佳，難以於事前一概承認或否認，因為幫派成員間也有可能貌合神離、出事了便鳥獸散，但聚會則可能是出於對彼此間基於其他情事的信賴才展開，或許仍可期待互助，不見得就應該被塑造地如此無情。

## 二、被害人自我負責原則：最高法院 110 年度台上字第 5318 號刑事判決

### (一) 判決節錄

觀諸人類刑法史，「殺人」作為必須處罰的犯罪，可溯及遠古的法制初起。而刑法對於殺人行為，並不要求特殊的行為方式，如投以毒藥、毆以棒棍、射以槍彈，均非不可，殺人的手段也隨著工藝科技的進展呈現不同面貌，因此是否成立殺人罪，仍應視其是否具備主觀、客觀之殺人罪成立要件而定。殺人罪之成立，依現代刑法理論，除主觀上應有殺人故意（明知並有意使其發生之直接故意；或預見其發生而其發生並不違背其本意之間接故意）外；客觀上須具備殺人行為與死亡結果，且結果與行為間必須具備因果關係與客觀歸責，始足當之。依「客觀歸責」理論之架構，倘(1)、行為人藉由侵害行為對行為客體製造了法所不容許的風險；(2)、此不法風險在具體結果中實現了，且具有常態之關連而未產

<sup>5</sup> 可見謝煜偉，抽象危險犯的合憲性檢驗與實質適性解釋 - 評最高法院 112 年度台上字第 2376 號刑事判決，當代法律，第 29 期，頁 115-130，2024 年 05 月；徐育安，傳統刑法理論與現代風險社會 - 以我國食安法爭議為核心，臺北大學法學論叢，第 104 期，頁 73-135，2017 年 12 月；古承宗，風險社會與現代刑法的象徵性，科技法學評論，第 10 卷第 1 期，頁 115-177，2013 年 06 月。

生重大之偏離；(3)、此結果存在於避免危險的**構成要件效力範圍**之內，則由此行為所引起的死亡結果，始得算作行為人的成果而歸責予行為人。就上述(3)申言之，結果之發生，倘係應由被害人自我負責之領域，或第三人專屬之責任領域，則損害的發生不該歸責於行為人的行為。簡言之，行為人必須具備製造風險、風險實現及構成要件效力範圍之要件，始具有客觀歸責。至於本案爭點所在《販賣毒品行為，可否另成立想像競合關係之殺人罪》，依上揭說明，除行為人有無殺人故意之判斷外，厥應審究之重點，乃客觀上販賣毒品與購毒者施用毒品發生死亡之間有無因果關係及客觀歸責。在購毒者因施用販毒行為人提供之毒品而死亡之情形，已然具有原因與結果之（**條件**）因果關係，且行為人也藉由販賣毒品行為製造了法所不容許之風險，風險亦於結果實現，惟販賣毒品後，購毒者如何支配該毒品，是否自用或提供予他人施用、是否分次微量施用或一次過量之濫用等情，乃取決於購毒者，在單純因購毒者濫用過量毒品致死的情形，倘若施毒者認知毒品的風險並具有依認知而行為的能力時，施用過量毒品既係出於施毒者意識地實現自我損害或自我危險，則其過量施用毒品發生死亡結果，行為支配在於購毒者本身，該死亡結果屬於被害人應負責的領域，尚不能歸責於販毒者，自難成立殺人罪責。

## （二）內容簡評

雖然刑法並未明文，不過可否就法益侵害結果之發生處罰行為人，向來皆認為必須該結果與行為人之行為間存在「**因果關係**」才可以。有關「因果關係」的判斷，實務多數見解向來是將最高法院 76 年台上字第 192 號刑事判決奉為主臬，採取其所謂之「**相當因果關係**」，即「依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係」，換句話說，結果的發生必須是行為本身危險性所常態可能被預期的法益侵害，才可認為兩者間具有相當性<sup>6</sup>，半年內的最高法院 114 年度台上字第 27 號刑事判決亦採取相同判斷標準。

不過，上述實務見解卻遭到學說多般質疑，認為「相當因果關係」此般傳統用語**不僅混淆了「因果關係」與「結果歸責」兩者截然不同之層次，也忽視了規範意旨，因為縱使行為是法益侵害結果之相當條件，仍可能出於其他理由而被法律所容許**<sup>7</sup>。於是，現今學說多半認為判斷上應改以「**條件因果關係 + 客觀歸責理論**」模式，先於「**結果原因**」階段探討行為人之行為是否為造成法益侵害結果發生而言不可想像其不存在之條件，再於「**結果歸責**」階段以「**客觀歸責理論**」建構行為與結果間之歸責關係。如以日常生活語意脈絡加

<sup>6</sup> 許恒達，合法替代行為與過失犯的結果歸責：假設容許風險實現理論的提出與應用，國立臺灣大學法學論叢，第 40 卷第 2 期，頁 735，2011 年 06 月。

<sup>7</sup> 薛智仁，參與被害人自我危害之結果歸責 - 最高法院 110 年度台上字第 5318 號刑事判決，台灣法律人，第 16 期，頁 150-151，2022 年 10 月。

以理解，毋寧說「結果原因」階段近似「都『是』你」，而「結果歸責」階段則與「都『怪』你」有所雷同<sup>8</sup>。至於客觀歸責理論大概判斷步驟，則如下表格所示<sup>9</sup>：

階段	內容	例外
步驟 1	行為人是否製造了一個法所不容許的風險？	① 行為人降低了既存風險 ② 行為人所製造者為可容許之一般生活風險 ③ 行為人符合信賴原則 <sup>10</sup> 之要求
步驟 2	該法所不容許的風險是否實現？	① 結果並非位於規範保護目的範圍內 ② 行為人不具義務違反關聯性 ③ 因果關係出現異常
步驟 3	結果是否位於構成要件效力範圍內？	① 被害人自我負責 ② 第三人行為介入

或許是認知到相當因果關係說的判斷較為粗糙，近期也有實務見解改以上述「客觀歸責理論」的立場對於原有的「相當因果關係」進行內容上調整者，例如最高法院 108 年度台上字第 1808 號刑事判決：「刑法上結果犯以一定結果之發生為必要，其結果與行為之間若無因果關係，行為人自不負既遂犯之刑事責任。關於有無因果關係之判斷，固有各種不同之理論，採『相當因果關係說』者，主張行為與結果間，必須具備『若無該行為，則無該結果』之條件關係，然為避免過度擴張結果歸責之範圍，應依一般經驗法則為客觀判斷，亦即必須具有在一般情形下，該行為通常皆足以造成該結果之相當性，始足令負既遂責任。但因因果關係之『相當』與否，概念欠缺明確，在判斷上不免流於主觀，且對於複雜之因果關係類型，較難認定行為與結果間之因果關聯性。晚近則形成『客觀歸責理論』，明確區分結果原因與結果歸責之概念，藉以使因果關係之認定與歸責之判斷更為精確。『客觀歸責理論』認為除應具備條件上之因果關係外，尚須審酌該結果發生是否可歸責於行為人之『客觀可歸責性』，祇有在行為人之行為對行為客體製造法所不容許之風險，而該風險在具體結果中實現（即結果與行為之間具有常態關聯性，且結果之發生在規範之保護目的範圍內並且具有可避免性），且結果存在於構成要件效力範圍內，該結果始歸由行為人負責。因之，為使法律解釋能與時俱進，提升因果關係判斷之可預測性，乃藉由『客觀歸責理論』之運用，彌補往昔實務所採『相當因果關係說』之缺失，而使因果關係之判斷更

<sup>8</sup> 蔡聖偉，被害人吸食毒品過量死亡的歸責問題 - 評最高法院 110 年度台上字第 5318 號刑事判決，月旦實務選評，第 2 卷第 3 期，頁 139，2022 年 03 月。

<sup>9</sup> 以下整理自王皇玉，前註 3，頁 203-224。

<sup>10</sup> 本文所示者為通說與實務見解下「信賴原則」被普遍放置之體系定位，至於不同想法與深入分析可參考許恒達，交通過失與信賴原則 - 簡評新北地院 102 年度交易字第 812 號刑事判決，月旦法學教室，第 157 期，頁 53-63 頁，2015 年 10 月。

**趨細緻精確**。至於『客觀歸責理論』所謂製造法所不容許之危險，係指行為人之行為製造對法益威脅之風險而言，倘行為人之行為係屬降低風險（即行為客體所處之狀況因行為人之介入而改善，使其風險因之降低）、未製造法律上具有重要性之風險（即行為並未逾越社會所容許之界限，而屬日常生活之行為）或製造法律所容許之風險（即行為雖已製造法律上具有重要性之風險，但該危險被評價為適法之活動，例如：行為人遵守交通規則而駕車之行為）等情形，始在排除之列。」

相較最高法院 108 年度台上字第 1808 號刑事判決，最高法院 110 年度台上字第 5318 號刑事判決的論理可以說是更為精緻，不僅對於「相當因果關係說」隻字未提，甚或可以說是暗示要採取「條件因果關係說」，更詳述了「客觀歸責理論」的三階段判斷步驟，並將所涉爭議正確地置於「結果發生是否因被害人自我負責而阻卻行為人歸責」此一脈絡下進行討論，而備受學說肯定<sup>11</sup>。

本文亦認為，此則實務見解不論是內容或是結論均值得參考，因為法益侵害結果若是被害人出於理性自主決定所參與之危險行為所致，則其自當為本身選擇負起責任，若過度向前追溯至行為人，於刑罰風險分配恐有不公。不過，判決同樣存在兩點值得注意者。其一，判決中並未對於「被害人自我負責原則<sup>12</sup>」的內容多加闡述，但其實個案中是否會因為「被害人自我負責」而阻斷行為人與結果間的歸責關係，尚須符合一定要件<sup>13</sup>：

1. 被害人需要具有法益處分權，所處分者原則上不得為超個人法益。
2. 行為人必須是「參與」被害人自我危害，而不得是得其同意後加以危害之，否則將會落入是否適用「得被害人承諾」而阻卻「違法性」之範疇。
3. 被害人須出於自主決定，未受到假設承諾他人危害時亦會使得該承諾無效之壓力、錯誤或是能力限制，並對於所承擔之風險有充分認識。

是故判決中相關論理或將因為未深入探究是否符合要件而存在些許瑕疵。

其二，判決中只有提到「自難成立殺人罪責」，卻對於行為人是否成立「過失致死罪」隻字未提。不論是殺人既遂罪或是過失致死罪，行為與結果間理應均須要求「條件因果關係 + 客觀歸責」存在，兩者差異僅在於主觀上究為故意抑或過失而已，但過往最高法院卻多僅在「過失犯」事例中討論相當因果關係，並於此則判決中就「故意犯」以條件因果關係與客觀歸責理論予以涵攝，此舉恐將可能得出「過失犯與故意犯之因果關係與客觀歸責判斷無須一致」之混淆誤認推論。

高點法律研習班  
版權所有，重製必究！

<sup>11</sup> 薛智仁，前註 7，頁 158；蔡聖偉，前註 8，頁 139-139。至於有關此一議題之實務考察與解釋論上釐清，則可見黃士軒，自甘冒險而受法益侵害之刑責歸屬問題 - 以我國過失犯事例為素材，中原財經法學，第 45 期，頁 137-212，2020 年 12 月。

<sup>12</sup> 本文僅止與簡單整理「被害人自我負責」要件，至於有關理論基礎之討論者，近期可參照馮聖晏，刑事不法與被害人自負風險，臺北大學法學論叢，第 131 期，頁 75-148，2024 年 09 月。

<sup>13</sup> 以下整理自薛智仁，前註 7，頁 154-158。

## 三、著手時點：最高法院 109 年度台上大字第 4861 號刑事裁定

## (一) 判決節錄

本案法律爭議首應釐清者，厥為毒品危害防制條例第 4 條第 1 項至第 4 項所定販賣毒品罪，其「販賣」之內涵。由於法律本身為抽象性之概念，須透過解釋方得具體適用。上開條文所稱之「販賣」，依其文義，或解為出售物品，或解為購入物品再轉售，其概念具有多義性，宜從立法資料及法律規範之體系與目的，探究其內涵。稽諸司法院釋字第 792 號解釋意旨，已明指販賣之核心意義係在出售，不論依文義、體系解釋及立法者原意，販賣毒品既遂罪僅限於「銷售賣出」之行為已完成，始足該當。從而，毒品危害防制條例第 4 條第 1 項至第 4 項所稱之「販賣」，其內涵著重在出售，應指銷售之行為，並非單指以營利為目的而購入毒品之情形，如此始符合立法本旨及法律規範之目的。惟意圖營利而購入毒品，究否已著手於毒品之販賣，關涉同條例第 4 條第 6 項「販賣毒品未遂罪」或第 5 條「意圖販賣而持有毒品罪」之成立，上開解釋並未論及，致生爭議。

現代刑法重視法益之保護，以其作為刑罰正當化之依據。由於施用毒品行為具有成癮性、傳染性及群眾性，其流毒深遠而難除，故毒品之散布及施用，嚴重危害國民健康及社會秩序，為防制毒品危害，維護國民身心健康，始制定毒品危害防制條例，其販賣毒品罪所要保護之法益，顯非僅為防免毒品買受者之個人受到危害，而係側重整體國民身心健康及社會秩序之維護。因此，販賣毒品罪之處罰基礎，在於行為人意圖營利，將持有之毒品讓與他人，使之擴散蔓延，其惡性表徵在散布之意涵上。

行為人意圖營利而購入毒品，其主觀上雖認知係為銷售營利，客觀上並有購入毒品之行為，惟仍須對外銷售，始為販賣行為之具體實現。此之對外銷售，自買賣毒品之二面關係以觀，固須藉由如通訊設備或親洽面談與買方聯繫交易，方能供買方看貨或與之議價，以實現對特定或可得特定之買方銷售；至於對不特定人或特定多數人行銷，進行宣傳、廣告，以招攬買主之情形（例如在網路上或通訊軟體「LINE」群組，發布銷售毒品之訊息以求售），因銷售毒品之型態日新月異，尤以現今網際網路發達，透過電子媒體或網路方式宣傳販毒之訊息，使毒品之散布更為迅速，依一般社會通念，其惡性已對於販賣毒品罪所要保護整體國民身心健康之法益，形成直接危險，固得認開始實行足以與販賣毒品罪構成要件之實現具有必要關聯性之行為，已達著手販賣階段；然行為人意圖營利而購入毒品後，在尚未尋找買主前，即為警查獲，既未對外銷售或行銷，難認其意圖營利而購入毒品之行為，與該罪之構成要件實現具有必要關聯性，即非屬著手販賣之行為，應僅成立意圖販賣而持有毒品罪。至於行為人意圖營利，因買主之要約而購入毒品，或先向不特定人或特定多數人行銷後，再購入毒品等情形，就其前後整體行為以觀，前者已與可得特定之買方磋商，為與該買方締約而購入毒品行為，已對販賣毒品罪所保護之法益形成直接危險，與銷售毒品之實現具有必要關聯性；後者則與意圖營利購入毒品後，對不特定人或特定多數人

行銷之情形無異，均已達販賣毒品罪之著手階段，自不待言。

綜上，行為人意圖營利而購入毒品，在尚未尋找買主前，即為警查獲，其主觀上雖有營利之意圖，客觀上亦有購入毒品之行為，但其既未對外銷售，亦無向外行銷之著手販賣行為，自難認已著手實行販賣毒品，應論以意圖販賣而持有毒品罪。

## (二) 內容簡評

「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯」，刑法第 25 條第 1 項參照。一般認為，之所以處罰未遂犯，是因為當行為人出於法敵對意識而於客觀上從事特定行為時，已然震撼了社會大眾對於法規範效力的信賴，並侵害法秩序的安定性與和平性，即所謂的「**印象理論**」<sup>14</sup>。

早期實務對於著手時點認定係採取「形式客觀說」，認為行為人必須要開始進行構成要件行為，才會該當著手，像最高法院 28 年滬上字第 8 號刑事判決即認為「**上訴人侵入某公司內，既未著手於客觀上可認為竊盜行為之實行，縱其目的係在行竊，仍難論以竊盜未遂之罪**」；後來則逐漸有放寬的趨勢，像是針對同樣的侵入住居竊盜情形，最高法院 84 年度台上字第 4341 號刑事判決則一改前述說法，而主張「所謂『著手』，固係指犯人對於犯罪構成要件之行為（或構成犯罪之事實）開始實行者而言，惟侵入竊盜究以何時為著手起算時點，依一般社會觀念，咸認行為人以竊盜為目的，而侵入他人住宅，搜尋財物時，即應認與竊盜之著手行為相當，可認為已著手於竊盜行為之實行。」經最高法院 100 年度台上字第 3553 號刑事判決主張「行為人是否已著手於犯罪之行為，自應就行為人主觀犯意及客觀行為綜合判斷，如依行為人對於犯罪之認識，已開始實行與犯罪構成要件有**必要關聯性**之行為，而該行為對於法律所保護之法益形成**直接危險**時，即屬犯罪之著手行為」後，此般「**主客觀混合說**」便已成為實務、通說主流見解<sup>15</sup>迄今，近期如最高法院 113 年度台上字第 2631 號刑事判決亦援用此般論理。

至於學說部分，有關「著手時點」之認定標準則可說是眾說紛紜。有主張「**風險輸出理論**」者，認為未遂犯之可罰性基礎在於非理性地否認他人尊嚴而侵害他人權利，而著手實行概念則為此一基礎之具體化，即個人從其法權領域「輸出風險」至他人**法權領域**中，對故意未遂犯之著手實行的成立而言，**規範風險輸出**和**主觀風險輸出**皆為必要；前者落在依規範觀點，以行為人主觀認知的事實為基礎而定出的侵害進程最後可逆轉時點；後者落在依行為人觀點而定出的侵害進程最後可逆轉時點。在規範化的詮釋下，兩者合致時固然成立故意未遂犯的著手實行，兩者並不合致、但歸屬於同一風險關係時亦能成立故意未遂

<sup>14</sup> 王皇玉，前註 3，頁 384-385。

<sup>15</sup> 對於著手判斷標準的簡單討論可見蔡聖偉，惡視力 - 未遂犯的著手判斷，新學林法學，第 6 期，頁 241-243，2024 年 12 月。

犯的著手實行<sup>16</sup>。亦有以客觀未遂理論為出發點者，認為應以是否已達「中間危險狀態」來判斷行為人是否著手，審視行為人所造成之事實狀態於何時已足以特定具體後續因果歷程內容、物理空間上危險因子也已達損害客體鄰近區域，且除非有無法預期的阻斷因子出現，否則法益將幾近必然受損<sup>17</sup>。不過，本文認為，上述想法固然值得作為探討現有見解的反思，不過相較法研所考試而言，國家考試其實不用於作答時敘述或是建構如此完整、龐大的未遂體系，因為單純要依據主客觀混合說涵攝題目中行為人之特定行為是否已然著手就可能所費不貲了，實在沒有那麼多閒功夫從理論基礎開始討論起，因此請各位還是以記憶主客觀混合說為主即可。

不過，這並不代表本則判決在「主客觀混合說」理論下就沒有論證瑕疵等問題。本號大法庭裁定作成前半年，釋字第 792 號解釋剛出爐，以罪刑法定原則為由，認定過往「以營利為目的而購入毒品，便該當販賣毒品罪」的舊判例見解違憲，因此最高法院 109 年度台上大字第 4861 號刑事裁定便是以「主客觀混合說」的立場，進一步解釋該如何「販賣毒品未遂罪」與「意圖販賣而持有毒品罪」，並主張只有在主觀上意圖營利、且已經購入毒品之行為人，客觀上開始對不特定人或特定多數人「行銷」時，才會成立販賣毒品未遂罪，否則軍只能以意圖販賣而持有毒品罪相繩。此般機械式、類型化建立著手標準的說法，隨即遭到學說質疑，若考量販賣毒品罪之規範目的在於「防止毒品流通市場而危害國民身體健康」，那麼「販賣」自不應僅侷限於形式文義，而應實質解釋為「行為人基於對價關係而交付毒品予他人，使他人取得對於毒品之事實上處分權」為佳，毋寧應以「交付」為著手時點，「交付」行為本身才可能與「販賣」存在「必要關聯性」，且對於買受人之身體健康造成「直接危險」<sup>18</sup>。

本文認為，學說批評正是應證了，面對新興毒品氾濫，實務出於對毒品防制的無能為力，仍然停留在家父長主義下的「重刑化」、「嚴罰化」思維，而忽略了刑法本身的論理，令人遺憾。依照「主客觀混合說」，本文認為，縱使認為「行銷」與「販賣」之間存在「必要關聯性」，然而僅透過社群平台或是通訊軟體對於不特定人或特定多數人從事「行銷」，實在難以認為客觀上就已經對於該他人乃至於其他民眾之身體健康造成「直接危險」，因為「跑路」、「黑吃黑」情事頻傳且眾所皆知，除非是長期合作的上下游，否則購買者應該也難以在達成合意時便篤定有辦法取得所購買之毒品。此外，對於施用毒品者此種泛稱之「病

【高點法律專班】  
版權所有，重製必究！

<sup>16</sup> 周濛沂，未遂犯可罰性基礎及著手實行概念：風險輸出理論的建構與應用，國立臺灣大學法學論叢，第 47 卷第 1 期，頁 405-489，2018 年 03 月。

<sup>17</sup> 許恒達，重新檢視未遂犯的可罰基礎與著手時點：以客觀未遂理論及客觀犯行的實質化為中心，國立臺灣大學法學論叢，第 40 卷第 4 期，頁 2397-2473，2011 年 12 月。

<sup>18</sup> 薛智仁，販賣毒品罪之著手時點 - 最高法院 109 年度台上大字第 4861 號刑事裁定，台灣法律人，第 1 期，頁 180-182，2021 年 07 月。類似見解，認為應以「毒品之支配權限是否移轉」判斷行為人有無著手者，可見張天一，販賣毒品罪之著手認定 - 兼評最高法院 109 年度台上大字第 4861 號裁定，台灣法律人，第 32 期，頁 114-115，2024 年 02 月。

犯」，近年來反毒政策是否真能有效協助其人脫離毒品成癮問題，或許也是存在疑問的。

#### 四、結論

依據法務部所統計之「監獄新入監受刑人入監時罪名」，114年1月至4月間涉及毒品危害防制條例之人數，於男性居次，僅少於公共危險案件，女性亦高居第三，而低於洗錢防制法與詐欺罪<sup>19</sup>，可見未來毒品案件仍有極高機會將繼續出現於最高法院的視野中。雖然個案適用的是毒品危害防制條例此一特別法，不過基礎論理上亦攸關刑法與刑事訴訟法，不論是考生或是實務工作者，都應該對於相關實務見解隨時保持關注，以利作答或是執業。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

<sup>19</sup> 法務部，法務統計，監獄新入監受刑人入監時罪名，

[https://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebList3\\_Report.aspx?list\\_id=748](https://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/common/WebList3_Report.aspx?list_id=748)

（最後瀏覽日期：2025年05月23日）。