

裁判選輯及評釋：刑事

張瑋玲*

【裁判字號】最高法院109年台上大字第1089號刑事裁定

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判日期】民國109年12月30日

【裁判要旨】

被告轉讓甲基安非他命（未達法定應加重其刑之一定數量）予成年男子，同時該當藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪及毒品危害防制條例第8條第2項轉讓第二級毒品罪之構成要件，應依重法優於輕法之原則，擇較重之轉讓禁藥罪論處。

【評釋】

一、按：「本法所稱禁藥，係指藥品有左列各款情形之一者：一、經中央衛生主管機關明令公告禁止製造、調劑、輸入、輸出、販賣或陳列之毒害藥品。」、「明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五千萬元以下罰金。」，藥事法第22條第1項第1款、第83條第1項分別定有明文。

二、次按：「本條例所稱毒品，指具有成癮性、濫用性、對社會危害性之麻醉藥品與其製品及影響精神物質與其製品。毒品依其成癮性、濫用性及對社會危害

性，分為四級，其品項如下：二、第二級罌粟、古柯、大麻、安非他命、配西汀、潘他唑新及其相類製品（如附表二）。」、「轉讓第二級毒品者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣七十萬元以下罰金。」，毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第2條第1項、同條第2項第2款、第8條第2項分別定有明文。

三、再按：「犯第四條至第八條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。」毒品條例第17條第2項定有明文。

四、此刑事裁定所處理之法律爭議為：「**被告轉讓甲基安非他命（未達法定應加重其刑之一定數量）予成年之甲男，同時該當藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪及毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第8條第2項轉讓第二級毒品罪之構成要件，應如何論處？**」，由最高法院刑事第三庭評議後擬採之法律見解【按：應論以毒品危害防制條例第8條第2項轉讓第二級毒品罪。】，與最高法院先前裁判歧異【按：最高法院103年度台上字第1268號判決認為，該當於毒品條例第8條第2項之轉讓第二級毒品罪及藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪者，優先適用藥事

* 本文作者係執業律師

法第83條第1項論罪。其他相同見解：106年度台上1742號、109年度台上字第1166號、109年度台上1324號判決】，經徵詢各庭之意見，爰裁定將此一爭議問題提交大法庭裁判。

五、附值一提者係，上開受徵詢庭之回復書提出併案徵詢之法律問題為：「**被告轉讓同屬禁藥之第二級毒品甲基安非他命（未達法定應加重其刑之一定數量）予成年之甲女等人（非孕婦），經依法規競合之例，擇法定刑較重之藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪論處，被告於偵查及歷次審判中均自白，得否適用毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第17條第2項之規定（下稱系爭規定）減輕其刑？**」，於最高法院刑事庭見解分歧【按：最高法院104年度第11次刑事庭會議決議認為，既擇一適用藥事法第八十三條第一項規定論處罪刑，則被告縱於偵查及審判中均自白，基於法律整體適用不得割裂原則，仍無另依毒品危害防制條例第十七條第二項之規定，減輕其刑之餘地。】。嗣此爭議由最高法院刑事第八庭評議後，依法提案予刑事大法庭裁判，案號為最高法院109年度台上大字第4243號刑事提案裁定，而結果尚未出爐，故此爭議之發展日後亦值得關注。

六、經查，最高法院刑事大法庭認為，當甲基安非他命不合於管制藥品列管之要件者（即不具備阻卻違法事由），自屬兼具第二級毒品與禁藥之性質。其非法轉讓者，藥事法第83條第1項及毒品條例第8條第2項、第6項皆設有處罰規定，屬於

同一犯罪行為而同時有2種法律可資處罰之法規競合情形。至於選擇之原則或標準為何，因法無明文，學說上有所謂特別關係、補充關係、吸收關係及擇一關係等選擇適用法律之原則。其他尚有特別法與普通法關係、狹義法與廣義法關係、全部法與一部法關係、後法與前法關係及重法與輕法關係。

七、次查，最高法院刑事大法庭同時指出，關於法規競合選擇適用法律之判斷標準，其中運用較為廣泛者為重法優於輕法之原則，主要原因有三：「適用標準明確」、「充分評價不法」、「避免刑罰不公」，以規範難以被所謂特別關係、補充關係或吸收關係涵蓋之其他法規競合情形，自屬正當合宜。且最高法院採用上述原則，作為選擇法規競合適用法律之標準，迄今已久，在相關法律及客觀環境毫無異動之情形下，不宜驟變，以維法律明確性與安定性。因此，最高法院刑事大法庭依上開論述脈絡，認為行為人轉讓甲基安非他命（未達法定應加重其刑之一定數量）予成年男子，同時該當藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪及毒品條例第8條第2項轉讓第二級毒品罪之構成要件。因轉讓禁藥罪之法定刑為7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5000萬元以下罰金，較轉讓第二級毒品罪之法定刑6年以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣70萬元以下罰金為重，故應依重法優於輕法之原則，擇較重之轉讓禁藥罪論處。

八、再查，此刑事裁定由蔡彩貞法官提出不

同意見書，認為毒品條例處罰轉讓第二級毒品與藥事法處罰轉讓禁藥等規定間，存有法規競合之特別關係，前者為特別規定，應優先適用。因兩者雖均為特別刑法，然依兩者規範對象觀察，毒品條例所規範之「毒品」，係藥事法原有構成要件要素中「藥品」概念之特殊化。於本案甲基安非他命屬毒品，業經公告為禁藥，縱未公告為禁藥，亦屬不可能經合法製造之偽藥，故毒品條例所處罰之轉讓第二級毒品行為，其行為客體必為禁藥或偽藥，仍於藥事法第83條第1項所處罰轉讓行為客體之範圍內，並僅限縮於毒品，故毒品條例對轉讓第二級毒品之處罰規定，相對於藥事法處罰轉讓禁藥、偽藥之規定，為特別規定，則轉讓甲基安非他命，依毒品條例第8條第2項論處，具理論上正當性。惟依目前大法庭制度，提案庭需依大法庭裁定之法律見解作出確定之終局判決，成為最高法院之「先前裁判」，於本案即最高法院109年度台上字第1089號刑事判決，往後各審理庭對於受理之案件，除非擬對於大法庭裁定見解之先前裁判表示不同之法律意見，再次開啟向大法庭提案等程序，否則應採取與先前裁判之相同見解，以達法律見解之一致性。

九、最後，在此大法庭刑事裁定出爐後，經搜尋地方法院及高等法院引用此刑事裁定作成之判決至截稿日止，於類似案例中均依循此刑事裁定，認為重法優於輕法之原則，擇較重之轉讓禁藥罪論處。從而，若於承辦案件中遇有類似案件，

應特別注意此大法庭刑事裁定。

【裁判字號】最高法院109年度台上字第4249號刑事判決

【裁判案由】誣告

【裁判日期】民國109年11月12日

【裁判要旨】

鄉鎮市調解條例第31條既未規定有告訴權之人必須在調解不成立之「同時」聲請移請檢察官偵查，亦未對該聲請設有期間之限制。因此，凡聲請調解不成立者，無論同時或其後6個月內向調解委員會聲請將調解事件移請該管檢察官偵查，均生視為於聲請調解時已經告訴之效果，俾符保障聲請調解之被害人猶能充分行使告訴權之立法本旨。

【評釋】

一、按：「告訴乃論之刑事事件由有告訴權之人聲請調解者，經調解不成立時，鄉、鎮、市公所依其向調解委員會提出之聲請，將調解事件移請該管檢察官偵查，並視為於聲請調解時已經告訴。」，鄉鎮市調解條例第31條定有明文。

二、次按：「告訴乃論之罪，其告訴應自得為告訴之人知悉犯人之時起，於六個月內為之。得為告訴之人有數人，其一人遲誤期間者，其效力不及於他人。」，刑事訴訟法第237條定有明文。

三、本案爭點為告訴權人是否必須於向鄉、鎮、市公所聲請調解不成立之「當時」，聲請將調解事件移請檢察官偵查，始生視為於聲請調解時已經告訴之效果？

四、經查，本案判決之基礎事實略為，被告前以其於同年1月8日遭前案過失傷害之被告駕駛之車輛倒車撞擊，致其受傷為由，於106年8月1日至臺灣臺中地方檢察署按鈴申告，提出過失傷害告訴【按：公訴意旨認定當時車內任何人均未受有傷害。】。但被告於106年1月8日當日即已知悉犯人，其應於6個月內即同年7月8日前提出告訴。而被告於同年6月20日向臺中市太平區調解委員會聲請調解，嗣於同年8月16日調解不成立時，並未依鄉鎮市調解條例第31條規定聲請移請檢察官偵查，且按鈴申告時（106年8月1日）已逾告訴期間，而被告又於同年10月13日向臺中市太平區調解委員會聲請將上開調解事件移請檢察官偵查，第二審判決認為此與鄉鎮市調解條例第31條規定不符，亦不能視為於聲請調解時已經告訴，因而認定被告申告之事實縱屬虛偽，因國家在法律程序上已欠缺追訴條件而無從行使審判權，難認有使被誣告人即前案過失傷害之被告受刑事處罰之危險，被告之行為顯不成立誣告罪而屬不罰。

五、惟查，最高法院認為鄉鎮市調解條例第31條，其立法目的為促使當事人善用鄉鎮市調解制度，使告訴乃論之罪之告訴權人，不致因聲請調解程序費時，造成調解不成立時，告訴權因告訴期間屆滿而喪失。而前揭法條既未規定有告訴權之人必須在調解不成立之「同時」聲請移請檢察官偵查，亦未對該聲請設有期間之限制。如認調解不成立之次日或其

後6個月內（參照刑事訴訟法第237條規定之法理）向調解委員會提出聲請移請檢察官偵查，仍然無法視為於聲請調解時已經告訴，已然剝奪被害人告訴權之行使。故凡聲請調解不成立者，無論同時或其後6個月內向調解委員會聲請將調解事件移請該管檢察官偵查，均生視為於聲請調解時已經告訴之效果，俾符保障聲請調解之被害人猶能充分行使告訴權之立法本旨。至於為避免追訴與否懸而未定，前開向調解委員會聲請移請檢察官偵查之時間，是否宜有期間限制？以多久為適宜？有待循立法途徑解決。從而，第二審判決認為告訴權人必須於聲請調解不成立之「當時」，聲請將調解事件移請檢察官偵查，始生視為於聲請調解時已經告訴之效果，其所持之法律見解，除與前揭法條之文義不符，亦與上述規定旨在特別保障聲請調解之被害人猶能充分行使告訴權之立法目的有悖，其執此理由逕為有利於被告之認定，自非適法。故將原判決撤銷，發回審理。

六、綜上所述，最高法院此刑事判決認為參照刑事訴訟法第237條規定之法理，得同時或其後6個月內，向調解委員會聲請將調解事件移請該管檢察官偵查，均生視為於聲請調解時已經告訴之效果。且最高法院將此刑事判決選為具參考價值裁判，故於承辦案件遇有類似案例事實時，殊值參照，以爭取當事人最佳利益。

【裁判字號】最高法院109年度台抗字第1372號刑事裁定

【裁判案由】違反證券交易法聲明異議

【裁判日期】民國109年10月08日

【裁判要旨】

法院依刑法第74條第1項及第2項為附負擔緩刑宣告確定，其後該緩刑之宣告，因同法第75條第1項或第75條之1第1項所定事由遭撤銷時，因該緩刑宣告原屬合法，其撤銷之效力當非如違法之宣告（如不符合刑法第74條第1項之規定而宣告緩刑）應溯及既往失效，而係自撤銷緩刑確定時起失效，亦即排除其未來之效力。準此，被告尚未履行之部分，既已失踐行之依據，自無庸再履行。至已履行之部分，則因立法者就撤銷緩刑所定之事由，分別為緩刑前因故意所犯之他罪或緩刑期內因故意更犯之新罪，而在緩刑期內受一定刑度之有期徒刑、拘役或罰金之宣告確定；或緩刑期內因過失更犯罪，而在緩刑期內受有期徒刑之宣告確定；或違反第74條第2項第1款至第8款之所定負擔情節重大者（參刑法第75條第1項、第75條之1第1項），核均屬被告在緩刑期內或緩刑期前所為可歸責之事由，且各該事由皆屬其事前所得知悉，並可預見緩刑被撤銷之可能性。是上開事由既為立法者所預設，屬立法形成，復無違背憲法基本原則，且客觀上均可歸責於被告。從而，被告依緩刑宣告已履行之負擔，並無值得保護之信賴，尚難謂有信賴保護原則之適用，自不得請求返還或賠償。且

查與所附負擔及撤銷事由幾近相同之附負擔緩起訴（參刑事訴訟法第253條之2第1項、第253條之3第1項），於檢察官撤銷緩起訴之處分時，就被告已履行之部分，同法第253條之3第2項明定「不得請求返還或賠償」；另授予利益之合法附負擔行政處分，於法規准許廢止，或受益人未履行該負擔，而由原處分機關依職權廢止時，該行政處分自廢止時或自廢止機關所指定較後之日時起，失其效力，且受益人就其已履行之部分，亦無請求補償之權，此觀行政程序法第123條、第125條、第126條之規定即明。本諸相同法理，緩刑之宣告經依法撤銷後，被告已履行之部分，當亦不得請求返還或賠償。又原刑法緩刑之規定，僅設定2至5年之觀察期間，並無附負擔之規定，欠缺在緩刑期間內對受緩刑宣告人之具體觀察手段，為落實緩刑意旨，且基於個別預防、鼓勵被告自新及復歸社會之目的，94年2月2日刑法修正時，仿刑事訴訟法緩起訴附負擔之規定，於刑法第74條增訂第2項，導入緩刑期間內附負擔之機制，並於95年7月1日施行。依增訂緩刑附負擔規定之立法意旨，復參以違反緩刑所定負擔，須情節重大，始構成裁量撤銷緩刑之事由，且此事由亦非撤銷緩刑之唯一原因。足見緩刑所附之負擔與撤銷緩刑間，並無絕對性之聯結，且緩刑所附之負擔，或係對於被害人關係之修復；或為賦予被告社會公益責任；或者係使被告回復身心正常之處遇；抑或為預防犯罪與保護被害人之相應舉措，皆非刑罰之替代性措施。因此，緩刑之宣告經撤銷後，被告已履行部分不予返還或賠償，亦無違反一罪不二罰原則之可言。

【評釋】

一、按：「緩刑宣告，得斟酌情形，命犯罪行為人為下列各款事項：一、向被害人道歉。二、立悔過書。三、向被害人支付相當數額之財產或非財產上之損害賠償。四、向公庫支付一定之金額。五、向指定之政府機關、政府機構、行政法人、社區或其他符合公益目的之機構或團體，提供四十小時以上二百四十小時以下之義務勞務。六、完成戒癮治療、精神治療、心理輔導或其他適當之處遇措施。七、保護被害人安全之必要命令。八、預防再犯所為之必要命令。」，刑法第74條第2項各款定有明文。

二、次按「檢察官撤銷緩起訴之處分時，被告已履行之部分，不得請求返還或賠償。」刑事訴訟法第253條之3第2項定有明文。

三、本案爭點為緩刑宣告依法撤銷者，被告已履行向公庫支付一定金額之部分，得否請求返還？

四、本案判決之基礎事實略為，抗告人前因違反證券交易法案件，經原審法院判處有期徒刑2年，緩刑4年，應向公庫支付新臺幣（下同）100萬元，並經最高法院駁回上訴確定。嗣檢察官以其於緩刑前另故意犯證券交易法之罪，經原審法院判處有期徒刑3年6月，且經最高法院駁回上訴確定，而依刑法第75條第1項第2款規定聲請撤銷上開緩刑宣告，經法院裁定撤銷確定，抗告人已入監執行，則抗告人聲請返還其前依上開確定判決向公庫繳交之30萬元，惟檢察官卻駁回其

聲請，遂聲明異議，遭高等法院駁回後，又提出本件抗告。

五、次查，臺灣高等法院認為緩刑宣告課以被告履行一定負擔之義務，難謂與緩刑宣告有「對價關係」，且參酌刑事訴訟法第253條之3第2項之相同法理，緩刑之宣告經依法撤銷後，被告已履行之部分自亦不得請求返還。故將被告對檢察官本件執行之指揮聲明異議駁回。

六、再查，最高法院認為原緩刑宣告屬合法，其撤銷緩刑之效力，並非如違法之緩刑宣告，應溯及既往失效，而係排除其未來之效力。至已履行之部分，則因立法者就撤銷緩刑所定之事由（參刑法第75條第1項、第75條之1第1項），核屬被告在緩刑期內或緩刑期前所為可歸責之事由，且各該事由皆屬其事前所得知悉，並可預見緩刑被撤銷之可能性。從而，被告依緩刑宣告已履行之負擔，尚難謂有信賴保護原則之適用。再參酌行政程序法第123條、第125條、第126條之規定，本諸相同法理，緩刑之宣告經依法撤銷後，被告已履行之部分，當亦不得請求返還或賠償。

七、未查，最高法院亦指出，觀諸緩刑制度之目的係基於個別預防、鼓勵被告自新及復歸社會，而緩刑所附之負擔，或係對於被害人關係之修復；或為賦予被告社會公益責任；或者係使被告回復身心正常之處遇；抑或為預防犯罪與保護被害人之相應舉措，皆非刑罰之替代性措施。因此，緩刑之宣告經撤銷後，被告已履行部分不予返還或賠償，亦無違反一罪不二罰原則。故最高法院將抗告人

之抗告駁回。
八、綜上所述，就緩刑宣告依法經撤銷者，被告若已履行緩刑期間附負擔之條件，是否得請求返還或賠償，未如刑事訴訟法第253條之3第2項定有明文，然參酌最高法院此具參考價值裁定，可知基於與

刑事訴訟法第253條之3第2項規定、行政程序法第123條、第125條、第126條規定之相同法理、緩刑條件之性質及緩刑制度目的等，不得請求返還或賠償。於承辦類似案件時，應併與當事人敘明此相關風險，以維護當事人權益。

稿 約

- 一、每期截稿日為每月月底五天前。
- 二、手寫稿之字跡務必工整；為求校稿之便利，請作者提供磁片或電子檔案。
- 三、本刊各專欄均歡迎投稿及提供資料，學者專家來稿請附學、經歷及現職基本資料及聯絡地址電話。
- 四、請作者切勿一稿兩投。但如為研（座）討會內之特定人士閱覽之文章不在此限。
- 五、文稿如有引用其他著作者，請註明其出處，並提供註釋。
- 六、本刊為公會刊物，常態性設有中華民國律師公會全國聯合會會務屬性之專欄，關於該專欄之文件或文章，由秘書長會知會訊委員會主任委員刊登，不計稿酬。
- 七、所有稿件均應依審稿辦法處理。
- 八、本刊審稿委員得提供修稿建議，如作者拒絕者，應特別註明。
- 九、為感謝作者熱心支持本刊，除第六條規定外，凡經審稿通過之文稿，當酌致稿酬如下：
 - （一）本刊稿酬每一字新台幣壹元，外文稿酬另議。
 - （二）凡超過壹萬貳仟字之稿件，壹萬貳仟字以上部份，每字新台幣0.5元。
 - （三）每篇稿件給付稿酬上限為新台幣壹萬伍千元。
 - （四）翻譯之文稿，每字新台幣0.5元。
 - （五）未具原創性，而係引用其他學術文獻及法案等之附件者，除有例外，否則不列入稿酬之計算。
- 十、投稿者欲撤回投稿時，若已完成編排作業者，須賠償本會審稿之審查費用新台幣貳千元，並經編輯委員會同意後始得撤回。
- 十一、本稿約經會訊委員會修正通過後自2008年1月10日施行。