

裁判選輯及評釋：刑事

張瀚升*

【裁判字號】最高法院109年台上大字第4243號刑事裁定

【裁判案由】毒品危害防制條例

【裁判日期】民國110年08月18日

【裁判要旨】

行為人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）予成年人（非孕婦），依重法優於輕法之原則，擇較重之藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪論處，如行為人於偵查及歷次審判中均自白，仍應適用毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑。

【評釋】

一、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：…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。」、「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。」，毒品危害防制條例第2條第1項、同條第2項第2款、第8條第

2項、第17條第2項分別定有明文。

二、次按：「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，得併科新臺幣五十萬元以下罰金。」，藥事法第22條第1項第1款、第83條第1項分別定有明文。

三、未按：「查安非他命類（包括甲基安非他命）藥品，因對中樞神經具有強烈興奮作用，服用後會引起不安、頭昏、顫抖、亢進性反應、失眠、焦慮譫妄，並產生耐藥性、依賴性、欣慰感等副作用，行政院衛生署於69年12月8日公告禁用屬安非他命類之減肥藥品，於75年7月11日再次公告重申禁止使用安非他命類藥品，79年10月9日公告安非他命類藥品禁止於醫療上使用。」，行政院衛生署管制藥品管理局管證字第0940002687號函可資參照。

四、此刑事裁定所處理的法律爭議為：「**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**

* 本文作者係執業律師

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第17條第2項規定減輕其刑?」,因上開爭議在先前最高法院之統一見解係依採取否定說【按:最高法院104年度第11次刑事庭會議決議之見解採否定說後,如104年度台上字第2207號、105年度台上字第2327號等刑事判決均援引前揭會議決議見解採否定說】,然而最高法院刑事第八庭在審理本案時擬採肯定說,並經徵詢其他各庭,除刑事第六庭同意本庭之見解及部分理由外,其餘各庭均維持先前裁判之見解。在經過評議後認本件法律問題,既存有潛在歧異,尚不能經由徵詢程序取得一致見解,爰依法院組織法第51條之2規定,提案予刑事大法庭。

五、查,最高法院刑事大法庭首先定性該法律爭議的案例事實行為同時該當藥事法第83條第1項轉讓禁藥及毒品條例第8條第2項轉讓第二級毒品罪之構成要件,屬於同一犯罪行為而同時有二種法律可資處罰之法規競合情形,應依重法優於輕法之原則,擇較重之轉讓禁藥罪論處,此部分屬於最高法院最近統一之見解【按:請參照最高法院109年度台上大字第1089號刑事大法庭裁定之內容】,對於單一行為而發生單一之犯罪結果,同時有數法條可以適用,依一般法理擇一適用,所評價的對象是構成要件行為,以避免對同一行為侵害同一法益進行重

複評價。又依毒品危害防制條例第17條第2項規定之立法理由來看,該規定乃是為了使犯毒品危害防制條例第四條至第八條之毒品案件之刑事訴訟程序儘早確定,並鼓勵被告自白認罪,開啟其自新之路。此項優惠可使案情較隱密而複雜,證據蒐集、調查及犯罪事實認定相對困難的毒品案件較容易偵辦,並同時使偵、審程序較易順利進行而有節省訴訟勞費之效。該立法目的與自首雷同,係將單純科刑事由作為處斷刑上減輕規定,其正當性求諸於被告於偵、審程序中自白之事實,故從上開立法目的探討之結果毒品危害防制條例第17條第2項規定與罪責成立之關聯性已遠,不因該毒品同屬禁藥而有所不同。

六、次查,依循上開討論脈絡,最高法院刑事大法庭認為該案件雖於論罪上從重以違反藥事法論處,但性質上亦屬轉讓毒品案件,本屬於毒品條例所規範之事實,無涉該當犯罪之不法要件,且與刑事訴訟程序儘早確定間具有高度關聯性,而藥事法更無與毒品危害防制條例規定相類或衝突之規定,基於本質上相同事物應為相同處理之法理,及法秩序一致性之要求,自應給予毒品危害防制條例規定之減刑寬典,以調和上開各法規範間之法律效果,使法律整體適用結果符合法規範意旨及價值體系間和諧,以減少法規範間之衝突與矛盾,如此才合乎法理,實務運作亦因而圓融無礙。且法規競合係因考量僅侵害一個法益為避免重複評價而擇一處罰,則適用毒品

危害防制法之規定減刑，與避免重複評價之用意亦不衝突，實質上也更符合充分評價之誠命。若僅因法院評價被告構成要件行為而擇一適用刑罰之結果，即無視其偵、審程序中自白之事實，剝奪法律給予被告減輕其刑之寬典，顯然有違毒品危害防制條例採行寬厚刑事政策之立法目的與適用於轉讓毒品案件事實之規範體系。同時將產生實務上警、偵機關在偵辦之初告知毒品危害防制條例規定之減刑寬典而取得被告之自白，最終卻於法院評價後無減刑之適用，恐會滋生取證規範禁止之利誘或詐欺之疑義。

七、再查，最高法院刑事大法庭又以從憲法罪刑相當、平等原則之法理，認為如本案之情況無適用毒品危害防制條例第17條第2項之減刑規定，將有違行刑相當與平等原則。蓋依本案犯罪事實被告轉讓甲基安非他命未達法定應加重其刑之一定數量時，擇較重之藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪論處，如以未適用毒品條例第8條第2項之罪論處，即謂被告於偵、審程序中自白，亦無從適用毒品危害防制條例之規定減輕其刑。**但轉讓甲基安非他命達法定應加重其刑之一定數量者，依重法優於輕法之原則，應適用毒品條例第8條第6項、第2項之規定論處，若被告於偵、審程序中自白，反而得獲毒品危害防制條例規定之減刑寬典，造成相同之自白事實而異其得否減輕之結果，致重罪輕判、輕罪重罰，其責罰顯然不相當，於憲法罪刑相當原則自有未符，並存有法律適用上對於同一**

違禁物品之轉讓行為，僅因數量不同，採用兩套截然不同之適用毒品危害防制條例規定之情形，造成二者間之差別待遇，而此差別待遇並非基於事物性質之不同所致，乃因刑罰體系複雜多樣化，繫諸於個案偶然因素而擇一處罰之結果，既欠缺合理正當之理由足資證明採取不同規範之必要性，復衍生法律適用上之混亂，顯然違反憲法禁止恣意差別待遇之平等原則。

八、最終，最高法院刑事大法庭針對先前最高法院採否定說之主要理由「法律能否割裂適用」加以解釋，首先所謂法律整體適用不得割裂原則，係源自最高法院27年上字第2615號判例，該意旨原侷限在法律修正而為罪刑新舊法之比較適用時，須考量就同一法規整體適用之原則，不可將同一法規割裂而分別適用有利益之條文，始有其適用。但該判例所指罪刑新舊法比較，如保安處分再一併為比較，實務已改採割裂比較（最高法院96年度第3次刑事庭會議決議壹），而有例外。再者，在法規競合之例子中，行為該當各罪之構成要件時，依一般法理擇一論處，有關不法要件自須整體適用，不能各取數法條中之一部分構成而為處罰，此乃當然之理。但有關刑之減輕、沒收等特別規定，基於責任個別原則，應可割裂適用，而無再援引上開新舊法比較不得割裂適用之判例意旨，認為「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規定減輕其刑之餘地」之可言。

九、綜上所述，最高法院刑事大法庭從毒品

危害防制條例減刑規定之立法目的、憲法罪刑相當、平等原則以及法律割裂適用解釋之討論脈絡下，認為行為人轉讓未達法定應加重其刑之一定數量之第二級毒品即禁藥甲基安非他命與成年之婦女（非孕婦），雖依法規競合擇法定刑較重之藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪論處，但若行為人於偵、審程序均自白，而可適用毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑。此一見解於承辦案件中遇有類似案例事實可資參考，除可援引為當事人爭取減輕其刑之最佳利益外，於訴訟策略之討論上亦可與當事人說明分析以利當事人決定訴訟方向。

【裁判字號】最高法院109年度台上字第5073號判決

【裁判案由】公共危險

【裁判日期】民國110年01月28日

【裁判要旨】

有關刑法第47條第1項累犯加重本刑之規定是否合憲，司法院於108年2月22日作成釋字第775號解釋，認為該規定不生違反憲法一行為不二罰原則之問題，惟其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則

之意旨。而就前開違憲部分，該號解釋並指示立法者：「於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨修正之。」且要求法院，在法律修正前：「為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。」然就法院裁量之射程範圍及是否加重最低本刑之條件，則無進一步之說明。惟參酌該號解釋理由書，首先闡明刑罰具有最後手段之特性，應受嚴格之限制，且須以罪責為基礎，與罪責相對應，不得超過罪責；繼而說明立法機關以法律規定法官所科處之刑罰種類及其上限，應與犯罪行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始與憲法罪刑相當原則及第23條比例原則無違；復進一步闡釋：因目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，如最低法定本刑為6月有期徒刑，累犯加重結果，最低本刑為7月有期徒刑。本來法院認為諭知6月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞動即可收矯正之效或足以維持法秩序，但因累犯加重最低本刑之結果，仍須宣告7月以上有期徒刑，致不得為易刑處分等旨，而有上開解釋文之結論；更特別就涉及累犯要件科刑資料之處理，作出：「為使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實及其他科刑資料，指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決」之指示。足徵本號解釋主軸始終聚焦在累犯規定與罪刑相當原則之衝突關係。參以刑法第59條之規定，固係立法者為符合罪

刑相當原則，而賦予法官救濟個案之量刑調節機制。惟並非所有個案於適用刑法第59條酌減其刑後，即無違反罪刑相當原則之虞，此觀司法院釋字第669號、第790號解釋自明（分別揭示法院於審理未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍，及意圖供製造毒品之用，而栽種大麻之個案，如遇有違法情節輕微，顯可憫恕之情形，依當時槍砲彈藥刀械管制條例第8條第1項、毒品危害防制條例第12條第2項規定之刑罰，縱使適用刑法第59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，有違憲法罪刑相當原則及比例原則，而宣告上開規定於此範圍內違憲等旨）。**況若謂法院就構成累犯之個案，僅於無法適用刑法第59條之規定時，始得依本號解釋裁量不予加重最低本刑，則於行為人不符該條酌減其刑之規定，但有其他減刑事由之適用（例如刑法第19條第2項）時，仍得裁量不予加重最低本刑；而於僅符合刑法第59條之規定，別無其他減刑事由之個案，法院即使認仍有罪刑不相當之情形，亦無不加重最低本刑之裁量空間，核非事理之平，併有邏輯上之矛盾。可見該號解釋提及刑法第59條，應僅係用以舉例說明累犯規定所構築之處斷刑下限，即使透過該規定調節，仍無法全面正當化累犯不分情節一律加重最低本刑之規定。從而法院於修法前，如認依累犯規定加重最低本刑，有罪刑不相當之情形，不論已否依刑法第59條規定酌減其刑，仍得依上開解釋意旨，裁量不予加重。**

【評釋】

一、按：「刑法第47條第1項規定：『受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5

年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。』有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第23條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。」，司法院大法官釋字第775號解釋文可資參照。

二、查，本案法律爭點為：法院依照司法院釋字第775號解釋中關於刑法第47條累犯要件之適用，是否限於法院認該個案應量處最低法定刑，但又無法適用刑法第59條酌減其刑規定時，始得裁量不予加重最低本刑？

三、次查，本案判決基礎事實略為：被告駕車時貿然變換車道，與告訴人騎乘之重型機車發生擦撞，告訴人因此人車倒地，被告下車察看後，未對告訴人採取必要之救護措施，旋即棄置車輛跑步逃離現場。經一審法院認定被告涉犯肇事逃逸罪，雖被告乃於5年內年內再犯本案為累犯，但一審法院審酌被告此次肇事

逃逸為初犯，且被告於偵、審程序均自白並與告訴人達成和解，認為倘就被告本件犯行論以法定最低度之刑猶嫌過重，爰依刑法第59條規定，酌量減輕其刑。檢察官對此一審判決不服提起上訴，上訴理由係以被告前於95年、99年、102年、106年間均有飲酒後駕車之前案，雖被告辯稱係因無照駕駛才逃離云云，然無照駕駛僅須依道路交通管理處罰條例第86條第1項規定加重其刑2分之1，顯較肇事逃逸罪責為輕，若非另犯他罪，實無僅因無照駕駛而逃離現場致使自身另陷重罪之必要，足認被告所辯與常情相悖，而可能因酒駕為警查獲而逃離現場，難認有特殊之犯罪原因及環境，客觀上實難引起一般同情，原審逕依刑法第59條規定予以酌減，實屬失當。請求撤銷原判決，另為適當合法判決。二審法院維持一審法院之見解駁回檢察官之上訴後。檢察官又提起本案之上訴，主要理由乃援引最高法院108年度台上字第1709、2479號判決，認為依照司法院釋字第775號解釋之內容，構成累犯之案件，法院僅有於認該個案應量處最低法定刑，但又無法適用刑法第59條酌減其刑規定時，始得裁量不予加重最低本刑。原審就被告構成累犯之上開犯行，既依刑法第59條規定酌減其刑，自應加重最低本刑。其未依累犯規定加重最低本刑，所為裁量超出前開解釋範圍，而屬判決違背法令，且本案罪質與被告構成累犯前案之酒後駕車相同，均係保護用路人安全，又刑法一再修正加

重該2罪之法定刑，可見國民意志乃強烈反對酒後駕車及肇事逃逸被告有多次酒後駕車之前案，前次酒後駕車係於民國106年10月17日所為，竟於107年2月21日再犯本案，顯未心生悔悟，甚且無照駕駛，罔顧用路人安全，均足見其有特別惡性及對刑罰反應力薄弱。原審未依累犯規定加重最低本刑，自有適用法則不當之違法。況依前述各情，亦難認其為本案犯行時有何足以引起一般人同情之客觀情狀，當無刑法第59條酌減其刑規定之適用。原審依該規定減刑，同有適用法則不當之違法。

四、再查，最高法院於本文中先就司法院釋字第775號解釋內容中在刑法第47條第1項累犯規定於法律修正前，並無就法院裁量之射程範圍及是否加重最低本刑之條件做進一步之說明。然依照解釋理由書之論述邏輯，可得出本號解釋主軸始終聚焦在累犯規定與罪刑相當原則之衝突關係。再者，最高法院認為刑法第59條之規定，固係立法者為符合罪刑相當原則，而賦予法官救濟個案之量刑調節機制。惟並非所有個案於適用刑法第59條酌減其刑後，即無違反罪刑相當原則之虞，此由司法院釋字第669號、第790號解釋自明（分別揭示法院於審理未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍，及意圖供製造毒品之用，而栽種大麻之個案，如遇有違法情節輕微，顯可憫恕之情形，依當時槍砲彈藥刀械管制條例第8條第1項、毒品危害防制條例第12條第2項規定之刑罰，縱使適用刑法第

59條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，有違憲法罪刑相當原則及比例原則，而宣告上開規定於此範圍內違憲等要旨）因此累犯與刑法第59條之適用並無必然關係。

五、未查，最高法院於上開論述邏輯下更深入論述，認為若是法院就構成累犯之個案，僅於無法適用刑法第59條之規定時，始得依本號解釋裁量不予加重最低本刑，則於行為人不符該條酌減其刑之規定，但有其他減刑事由之適用（例如刑法第19條第2項）時，仍得裁量不予加重最低本刑；而於僅符合刑法第59條之規定，別無其他減刑事由之個案，法院即使認仍有罪刑不相當之情形，亦無不加重最低本刑之裁量空間，核非事理之平，併有邏輯上之矛盾。可見該號解釋提及刑法第59條，應僅係用以舉例說明累犯規定所構築之處斷刑下限，即使透過該規定調節，仍無法全面正當化累犯不分情節一律加重最低本刑之規定。**因此法院於修法前，如認依累犯規定加重最低本刑，有罪刑不相當之情形，不論已否依刑法第59條規定酌減其刑，仍得依上開解釋意旨，裁量不予加重。**至於檢察官所引用之最高法院108年度台上字第1709號、第2479號判決，均僅認原判決依累犯規定加重最低本刑，並未違反罪刑相當原則，並無有關構成累犯之被告，如依刑法第59條之規定酌減其刑，即無依上開解釋意旨裁量是否加重最低本刑之闡釋，故最高法院以此認為檢察官所提出之上訴並無理由而駁回檢察官

之上訴。

六、本案中最高法院認為在刑法第47條第1項依司法院釋字第775號解釋意旨修法前，法院只要認為依累犯規定加重最低本刑，有罪刑不相當之情形，即便已適用刑法第59條酌減其刑之規定，仍可依該解釋意旨，裁量不予加重其刑。此見解於承辦案件中遇有累犯適用之情況下，可資參考援用。但應注意的是，最高法院於本案所採取之見解似乎逸脫司法院釋字第775號解釋之文字，經查找最高法院關於本案法律爭點之相關見解時，於論述上多有依循該號解釋文之文義**以個案情節無法適用刑法第59條酌量減輕其刑時，方得依上開解釋意旨裁量不予加重**，整理如下：

（一）「關於刑法第47條第1項累犯加重本刑之規定，依司法院釋字第775號解釋意旨，尚不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，且牴觸憲法第23條比例原則。於此範圍內，在有關機關依該解釋意旨修正刑法第47條前，為避免發生上述罪刑不相當之情

形，法院就該個案應依該解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。而細釋前開解釋意旨，並非宣告刑法累犯規定全部違憲，祇在法院認為依個案情節應量處最低法定刑，又無法適用刑法第59條酌量減輕其刑時，始得依該解釋意旨裁量不予加重。」，最高法院110年度台上字第4022號判決、2732號判決等共計18個較為新進之判決均以上開論述內容解釋司法院釋字第775號中關於累犯是否加重其刑之法院裁量要件。

- (二)「司法院釋字第775號解釋，依解釋文及理由之意旨，係指構成累犯者，不分情節，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，不符罪刑相當原則、比例原則。於此範圍內，在修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應裁量是否加重最低本刑；依此，該解釋係指個案應量處最低法定刑、又無法適用刑法第59條在內減輕規定之

情形，法院應依此解釋意旨裁量不予加重最低本刑。」、「參酌司法院釋字第775號解釋意旨，依刑法第47條第1項規定加重其刑，符合罪刑相當原則及比例原則。再者，該上開解釋文，係指個案應量處最低法定刑，又無法適用刑法第59條在內減輕規定之情形，法院應依此解釋意旨裁量不予加重最低本刑，並非指前案為同性質之案件始有累犯加重之適用。」最高法院110年度台上字第4840號判決、109年度台上字第296號判決等9個判決，包含本案檢察官所引用之最高法院108年度台上字第1709號判決，則以上開論述解釋解釋司法院釋字第775號中關於累犯是否加重其刑之法院裁量要件。

- (三)綜上，最高法院關於此法律問題之見解似有分歧，在刑法第47條第1項累犯規定修正前，仍待觀察最高法院對此一法律爭議之見解是否會趨於一致，甚至有可能將此爭議提交大法庭統一見解，則於日後可持續追蹤確認。