

介入議價行為是否成立運輸毒品罪之正犯——臺灣高等法院109年度上重訴字第35號判決

武傑凱*

壹、前言

根據我國司法院所統計公布之數據顯示，自民國100年起我國各地方法院第一審訴訟案件當中，因違反毒品危害防制條例科刑之人數，除去年略為下降至26,707人外，每年均超過3萬人之數，為涵蓋普通刑法及特別刑法在內，各類型刑事犯罪罪名之最大宗，於所佔人數比例上，均占各年度地方法院第一審科刑人數近兩成¹，而毒品危害防制條例自總統於民國87年5月20日由原肅清煙毒條例修正公布為現名以來，分別經歷民國92、97、98、99、104、105、106及109年等多次修正，可見毒品犯罪相關規範之於我國刑事司法實務及立法上，均受到高度重視。

現行毒品危害防制條例下第4、5、6及12條中，均有多項罪名為法定最輕本刑五年以上有期徒刑之重罪，而運輸毒品罪部分，更是分別依其運輸毒品級別，最重可處至死刑，最輕

如運輸第四級毒品，亦是須處以5年以上12年以下有期徒刑之重刑，更足以認為運輸毒品犯罪之內涵，確有加以探討之必要，而隨著犯罪手法漸趨複雜及分工越加精密，運輸毒品行為犯罪參與認定之困難度也與日俱增，如何依個別行為人之參與程度為適當之認定，確為司法實務相關案件上之難題。

臺灣高等法院109上重訴字第35號判決，於判決理由中即有論及運輸毒品案件正犯及共犯之區辨，惟其說明上論理妥適與否，是否仍有應釐清或修正之處，本文即擬以我國現行學說及實務，對於正犯及共犯區辨之見解，以及運輸毒品罪之成立要件，分為闡釋後綜合加以評析之。

貳、本案事實

某A為求能自海外進口毒品入境，以新臺幣（以下同）2,400萬之報酬，委請本案被告甲

*本文作者係國立臺北大學法律學系博士班學生，律師（本文部分內容曾於國立臺北大學法律學院「刑事法律爭議問題專題研究（二）」以課堂報告形式提出，感謝徐育安老師指導，惟一切文責仍由作者承擔。）

註1：參，司法院，地方法院刑事第一審訴訟案件科刑人數—按罪名別分，第5頁，載於 <https://www.judicial.gov.tw/tw/lp-1921-1-xCat-02.html>，最後瀏覽日2021年4月1日

代為安排仲介漁船，自柬埔寨載運愷他命600公斤，計畫由中國大陸大型船隻航行至柬埔寨外海，接運由柬埔寨出貨之毒品後，再航行至臺灣外海，由臺灣派遣小型船隻接運入境。被告甲遂尋由被告丙仲介安排臺灣方面的小船參與運輸，被告丙則找某B，某B再找上被告丁共同參與，被告甲另以報酬60萬元之代價，委託被告戊至柬埔寨聯繫並監督毒品出貨及運輸至中國大陸大型漁船之相關事宜。惟嗣後所安排之中國大陸大型船隻，因故失去蹤跡無法聯繫，致運輸愷他命之計畫無法成行。

被告甲於原安排之中國大陸大型船隻失去聯繫後，委請被告丙再為安排中國大陸部份的大型船隻，臺灣方面則改由被告丁另外介紹之人，擔任船長接運，仍預計依原計畫載運愷他命600公斤入境，並先後完成衛星電話等聯繫設備購置，以及報酬定金之交付。被告乙則為被告甲之舊識，因故知悉某A與被告甲之載運計畫已準備完竣，故擬利用其計畫另行載運海洛因550公斤，遂透過被告甲等人聯繫被告丁等人，以再額外給付中國大陸方面人員800萬元報酬，臺灣方面1300萬元報酬之代價，委託被告等人載運海洛因，而取得被告丁等人同意，謀議已定並取得定金及部分報酬後，本案船隻即按計畫出航。然於載運期間，被告丙得知本案中國大陸大型船隻，航程較遠風險相對較高，但所能分配之報酬，低於航程較短之臺灣船隻數百萬元，乃認運費報酬分擔不公平，而向被告甲爭執抱怨，並稱若不增加中國大陸部份的運費報酬，則將所載運之愷他命及海洛因於海上丟棄，被告甲恐某A與其所委運之愷他命遭到海拋，故積極涉入並代替被告乙與被告丙間之

協調，並提出雙方各退一步，由被告乙另為800萬元之給付，獲被告乙應允。

參、法院裁判

一審經基隆地方法院審理後，認被告甲、丙、丁一行為同時觸犯運輸第一、第三級毒品罪，及私運管制物品進口未遂罪，被告乙則係一行為同時觸犯運輸第一級毒品罪，及私運管制物品進口未遂罪，均依想像競合規定從一重運輸第一級毒品罪處斷，而被告戊則係以一行為同時觸犯運輸第三級毒品罪，及私運管制物品進口未遂罪，依想像競合規定從一重從運輸第三級毒品罪處斷。而於一審判決後，檢辯雙方均向臺灣高等法院提出上訴，而臺灣高等法院除依刑法第59條將被告丙之無期徒刑撤銷改判有期徒刑17年外，對於檢辯雙方之上訴均予駁回。

而被告甲涉及運輸海洛因之部分，地方法院及高等法院於事實認定上，雖均肯認其於被告乙告知欲載運海洛因時，曾表示運輸第一級毒品罪責太重不敢參與，然仍以其於本件中，有間接輾轉被告乙有關某B及被告丁之聯絡資訊，及介入被告乙、丙間運輸海洛因報酬之議價行為之情事，並謂運輸毒品之運費報酬與買賣毒品價金相同，有運費報酬談妥始有成立運送契約關係之可能，均為構成要件極為重要之一環，而認被告甲介入被告乙、丙運送雙方之議價行為，已屬運輸之構成要件行為，縱使被告甲原本是以幫助被告乙之意思，參與協調運費報酬，然因被告甲所為已屬運輸之構成要件行為，故仍論以運輸第一級毒品之正犯。

肆、法律爭點

本件被告甲係運輸三級毒品愷他命之共同正犯固無疑義，惟就參與運輸一級毒品海洛因部份，其以幫助之意思，介入被告乙與其餘同案被告間，共同運輸一級毒品海洛因議價之行為，是否屬運輸毒品罪構成要件行為，而應構成運輸第一級毒品罪共同正犯。

伍、判決評析

一、我國現行法上對於正犯、共犯之區分

對於多數人參與之犯罪，世界立法例上有區分為單一正犯概念體系、二元犯罪參與體系二者，前者係將所有參與犯罪實行之人，均認為係正犯，而依據其參與程度及性質量刑，或僅於形式上為區分，但區分作用僅止於量刑，立法上有義大利、巴西、挪威、丹麥及奧地利等國家採之。而後者則於概念及刑罰評價上，均對於正犯及共犯加以區分，立法上則有法國、德國及日本採之²。

二元犯罪參與體系制度於理論及實務運作上，存有若干難題，包含結構關係所生連鎖性參與問題、正犯與共犯區分時之共犯認定、行為人背後之人參與角色確立及於主觀要素上之割裂均是如此³。

我國刑法於2005年修法時，關於第四章正犯與共犯之章名，修正理由明確說明採二元犯罪參與體系，而認為包含直接正犯、間接正犯、單獨正犯及共同正犯在內之正犯，與包含教唆犯及幫助犯在內之共犯有實質差異⁴，故與法國、德國及日本同採二元犯罪參與體系之我國，亦於正犯與共犯有認定之難題存在，以下即就我國現行對於正犯及共犯之闡述及主要認定理論分述後，再行提出本文見解。

(一) 學說上對於正、共犯區分之探討

定義上，刑法上所謂正犯為主要操控實行構成要件行為，直接正犯、間接正犯、共同正犯及同時犯均包含在內，而共犯則對構成要件實行欠缺主導地位，包括教唆犯與幫助犯⁵。2005年刑法總則修正時，於修訂理由中表示正犯為被評價為直接之實行行為者，共犯則被評價為間接參與實行行為者⁶。

國內學界於闡述正共犯之區分標準上，普遍援引外國學說而分為主觀理論、客觀理論及犯罪支配論等諸說。主觀理論認為，因客觀行為於因果關係上，就犯罪之完成均屬等價，故於正、共犯之判斷上，應以行為人內心為標準。倘行為人係以自己犯罪之意思，或為自己目的或利益而實行行為者，該行為人即為正犯；倘行為人係以為他人犯罪之意思，或為他人目的或利益而實行行為者，該行為人則為共犯。而就主觀認定的基準不

註2：陳子平（2018），《新刑法總則之理論基礎——正犯與共犯，正犯與共犯區分》，第3-5頁，元照出版公司。

註3：柯耀程（2014），《刑法總則》，第261頁，三民書局股份有限公司。

註4：陳子平，前揭註2，第5頁。

註5：林東茂（2018），《刑法總則》，第267頁，一品文化出版社。

註6：陳子平，前揭註2，第5頁。

同，主觀理論又有分為以目的、利益為主的
目的說、利益說，以及以犯罪意思為主的故
意說。客觀理論則係以行為之客觀層面觀
察，又可分為形式客觀說、實質客觀說二
者，前者認為於犯罪中實行構成要件行為者
為正犯，而實行構成要件以外之行為者則為
共犯，後者則以行為於客觀上實質的危險性
及因果關係份量為區分標準⁷。犯罪支配論則
係因主觀理論及客觀理論，於論理上之偏重
不同，往往產生相異之結果，故以結合客觀
與主觀面之犯罪支配概念為標準，認為對於
犯罪中具有犯罪支配地位者即為正犯，而非
具犯罪支配地位即為共犯；犯罪支配又可再
行區分為行為人直接實現不法構成要件的行
為支配、行為人藉由強制手段或他人錯誤等
方式，利用他人之意思支配，以及多數行為
人協力共同分工之功能支配等三者⁸。

惟上開各說除彼此相互間之爭議外，學說
另有認為現行犯罪參與理論，常誤將共犯作
為犯罪認定以外之必然類型，忽略正犯以外
僅能視為非正犯，需另有共犯形成的條件成
立後才能認定為共犯，而且從屬性僅為共犯
成立的必要條件，另需觀察行為與構成要件
行為間的關聯性。故共犯應具有行為人直接
或間接加功於實現構成要件之行為，以透過

該行為依附於構成要件的實現，而構成要件
行為實現時，依附行為與構成要件行為間須
具有從屬性關係，如此始得認定該正犯以外
之行為人為共犯⁹。

於構成正犯與共犯之區分難題當中，共同
正犯與幫助犯間往往佔有相當大的比例。共
同正犯就參與結構，係指一個構成要件的行
為事實，由二人以上共同加以實現¹⁰，而就
主、客觀成立要件部分，共同正犯之成立主觀
上需有共同的犯罪計畫或犯罪決意，其產生
時點不以著手前為限，於著手後加入亦可成
立共同正犯，即一般所稱之相續共同正犯，而
客觀上則須具有共同的實行行為，即參與者
於共同犯罪計畫或決意範圍內，於實行時共
同實現構成要件，參與者個人不必實行構成
要件，僅需依共同的犯罪計畫或決意，可認為
對於實現構成要件參與分工即可¹¹。另外，共
同正犯之行為，於其犯罪計畫或決意之範圍
內，需與其他共同正犯共同負責，故共同正
犯之犯罪計畫或決意將影響其責任範圍，而
於認定共同犯罪計畫之範圍上，得從意思聯
絡之方式切入，倘為明示之方式則無疑義，
若為默示之方式則得由行為人之行動在社會
溝通上意涵加以推斷¹²。幫助犯則指對於具
犯罪決意之他人提供助力，以利其實行構成

註7：惟有學者尚有補充稱實質客觀說並非獨立之理論，而係協助解決形式客觀說上所遭遇之難題。柯耀程（2014），《刑法總則》，第265頁，三民書局股份有限公司。

註8：陳子平（2017），《刑法總論》，第469-471頁，元照出版有限公司；林山田（2008），《刑法通論》（下冊），第35-47頁，自版；柯耀程，前揭註2，第262-272頁；林東茂（2018），《刑法總則》，第280-282頁，一品文化出版社。

註9：柯耀程（2018），《共犯理念的重新建構，正犯與共犯區分》，第43-75頁，元照出版公司。

註10：柯耀程（2012），〈「車手」共同正犯的共同性研判〉，《月旦裁判時報》，第17期，第54頁。

註11：蕭宏宜（2014），〈共同正犯的概念內涵與實務發展〉，《法令月刊》，第65卷，第82-83頁。

註12：徐育安（2011），〈共同正犯之意思聯絡與加重結果——最高法院九十九年台上字第三四三零號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第7期，第100頁。

要件行為，其要件上需行為人具有主觀上之幫助故意，即對於自己行為可使他人之犯罪行為容易實行之認識，客觀上則需有使他人之犯罪行為易於實行之幫助行為。此外，基於現行刑法於刑法第30條之修法理由中，明確採取共犯從屬性說之立場¹³，因此除主觀幫助故意及客觀幫助行為以外，尚需有正犯即被幫助者之主行為存在，始得成立幫助犯¹⁴。故共同正犯及幫助犯之意義及成立要件既有不同，於二者之區分上，同正犯、共犯區分理論，學說有分為主觀及客觀二說，主觀說即以自己主觀上犯罪之意思者為共同正犯，為他人加功之意思者為幫助犯，客觀說則分為是否實行構成要件行為之全部或一部者為標準之形式客觀說，以及以行為人分擔角色為重要或次要為準之實質客觀說¹⁵，此外亦有學者則認為於判斷上應綜合行為人之主、客觀，於行為人與共同正犯間無共同行為決意，僅以幫助他人犯罪意思，而未參與實行犯罪行為僅施以助力者，應認為係幫助犯¹⁶。

（二）司法實務認定標準之見解

實務於正犯與共犯之區分標準上，早期多採客觀說，其中以最高法院22年度上字第

1713號原判例「……刑法第四十二條之共同正犯，係採客觀主義，以共同實施構成犯罪事實之行為為成立要件，雖共犯相互間祇須分擔一部分行為，苟有犯意之聯絡，仍應就全部犯罪事實共同負責，然其所為之一部行為，究須構成犯罪事實之內容，始有分擔實施之可言」¹⁷，及司法院院字第785號解釋「……現行刑法解釋。從犯應採客觀說中之形式說。如甲扭乙於地。丙持刀砍殺之。甲係從犯。但依刑法第四十四條第三項。應處以正犯之刑。」為其代表。惟之後最高法院於其決議中改認：「……三、區分正犯及從犯之標準如左：（一）以自己犯罪之意思而參與犯罪構成要件之行為者為正犯。（二）以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件之行為者為正犯。（三）以幫助他人犯罪之意思而參與，其所參與之行為，為犯罪構成要件以外之行為者，為從犯。（四）以自己犯罪之意思而參與，其所參與之行為，為犯罪構成要件以外之行為者，為正犯。」¹⁸，而對於正犯之成立採行了一個主客觀擇一標準，而民國54年公布之司法院大法官會議釋字第109號解釋文中「以自己共同犯罪之意

註13：陳子平，前揭註2，第33頁。

註14：陳子平，前揭註8，623-625；柯耀程，前揭註8；林山田，前揭註8，第128-135頁。

註15：陳子平，前揭註8，第638-639頁。

註16：林山田，前揭註8，第140-141頁。

註17：該判例於91年度第10次刑事庭會議決議以與司法院大法官會議釋字第109號解釋、24年上字第2868號、25年上字第2253判例之見解牴觸為由，而不再援用。

最高法院民國91年7月23日91年度第10次刑事庭會議決議，不再援用。不再援用理由：本則判例與司法院大法官會議釋字第109號解釋及本院24年上字第2868號、25年上字第2253號判例之見解牴觸。

註18：最高法院95年度第22次刑事庭會議認該決議年月日不詳，關於幫助犯獨立性及幫助犯時點之認定不再援用，惟關於正犯、共犯區分標準部分仍繼續供參考。

思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，或以自己共同犯罪之意思，事先同謀，而由其中一部分人實施犯罪之行為者，均為共同正犯。」亦未對實務於正犯、共犯之區分採取主客觀擇一標準的趨勢產生影響¹⁹，2005年刑法第28條之修法理由中，也明確確認司法實務上對於主客觀擇一標準的態度，而近期被列為足資參考判決之最高法院105年度台上字第88號判決，「又刑法上之幫助犯，固以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪構成要件以外之行為而成立，惟所謂以幫助他人犯罪之意思而參與者，指其參與之原因，僅在助成他人犯罪之實現者而言，倘以合同之意思而參加犯罪，即係以自己犯罪之意思而參與，縱其所參與者為犯罪構成要件以外之行為，仍屬共同正犯，又所謂參與犯罪構成要件以外之行為者，指其所參與者非直接構成某種犯罪事實之內容，而僅係助成其犯罪事實實現之行為而言，苟已參與構成某種犯罪事實之一部，即屬分擔實行犯罪之行為，雖僅以幫助他人犯罪之意思而參與，亦仍屬共同正犯。此為現行實務上一致之見解。是就共同正犯與從犯之區分，係採主觀（是否以合同之意思即以自己共同犯罪之意思而參與）、

客觀（是否參與構成要件行為）擇一標準說（參見民國94年2月2日修正公布之刑法第28條之修正立法理由）」亦足資參照。

然而無論係於釋字第109號公布後，抑或是於2005年刑法修正後，於實務上仍有採取客觀說為標準者，如最高法院89年度台上字第2117號判決，「刑法第二十八條之共同正犯，係採客觀主義，以共同實施構成犯罪事實之行為為成立要件。雖共犯相互間祇須分擔一部分行為，苟有犯意之聯絡，即應就全部犯罪事實共同負責，然其所為之一部分行為，仍須構成犯罪事實之內容，始有分擔實施之可言。」即明白表示客觀理論之形式客觀說之立場，而於一二審法院當中，亦有多則判決於理由書中表明對於共同正犯之判斷係採客觀主義²⁰。

除主客觀擇一標準及形式客觀說以外，最高法院103年度台上字第2258號判決，於判決理由中則敘明「……共同實行犯罪行為之人，在共同意思範圍以內，各自分擔犯罪行為之一部，彼此協力、相互補充以達其犯罪之目的者，即應對於全部所發生之結果，共同負責。故共同正犯在客觀上透過分工參與實現犯罪結果之部分或階段行為，以共同支

註19：實則，司法院大法官會議解釋第109號並未表示其採取主客觀擇一標準之立場，依該號解釋之文義，其於實施犯罪構成要件以外之行為，及其中一部分人實施犯罪之行為者中，均有論及自己共同犯罪之意思，應傾向主觀說之標準。惟實務上對於該號解釋，有認為係採主客觀擇一理論者，如臺灣高等法院花蓮分院102年度上訴字第37號判決、臺灣臺南地方法院105年度訴字第270號判決、臺灣新北地方法院105年度訴字第987號判決、臺灣高等法院臺中分院105年度上訴字第1356號判決、臺灣高等法院臺中分院107年度上訴字第650號判決、臺灣臺中地方法院109年度訴字第675號判決均是，而臺灣高等法院臺南分院98年度上更（二）字第110號判決則認為該號釋字是採主觀說之立場；學說上，則有陳子平老師認為釋字第109號似可歸類為主觀說，前揭註8，第476頁。

註20：臺灣高等法院臺中分院109年度上訴字第2535號判決、臺灣高等法院高雄分院108年度上訴字第1213號判決、臺灣高等法院108年度上易字第2437號判決、臺灣高雄地方法院108年度訴字第440號判決及臺灣臺北地方法院105年度易字第450號判決等。

配犯罪「是否」或「如何」實現之目的，並因其主觀上具有支配如何實現之犯罪意思而受歸責，固不以實際參與犯罪構成要件行為或參與每一階段之犯罪行為為必要。僅參與事前之計劃、謀議而未實際參與犯罪（計劃主持人、組織者），或僅參與犯罪構成要件以外之行為（把風、接應），倘足以左右其他行為人是否或如何犯罪，而對於犯罪之實現具有功能上不可或缺之重要性者，與其他參與實行犯罪構成要件行為之人，同具有功能性的犯罪支配地位，而為共同正犯。」並於其後受到下級審法院的多次引用²¹。顯示近年來實務上亦有漸受到學界之影響，而對共同正犯開始採取犯罪支配之功能性支配理論者，故於我國司法實務上，正犯及共犯之區分，主要係以主客觀擇一標準為多數見解，偶有採取犯罪支配理論及形式客觀說為正犯及共犯區分標準者²²。

而論及共同正犯與幫助犯部份，實務普遍見解並未與一般正犯、共犯之區分有所不同，以最高法院95年度台上字第4473號判決，「……正犯與幫助犯之區分，係以行為

人之犯意及其所參與之行為為判斷之標準。除行為人係以幫助他人犯罪之意思而參與，其參與之行為又為犯罪構成要件以外之行為者，為幫助犯外；倘行為人雖以幫助他人犯罪之意思而參與，但所參與者為犯罪構成要件之行為者，仍為正犯。又行為人苟係以自己犯罪之意思而參與，則不論其所參與之行為，為犯罪構成要件之行為或構成要件以外之行為，均應以正犯論擬。」可知實務仍係採主客觀擇一標準²³為判斷，此外於最高法院102年度台上字第1876號判決，「……原判決就刑法上關於正犯、幫助犯之區分，除敘明目前實務上係以行為人主觀之犯意及客觀之犯行為標準，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯，其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為，亦為正犯。如以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，則為從犯外；另外引用學說上所謂「犯罪支配理論」或「功能性的犯罪支配」，作為補充說明。並以第一審引

註21：如臺灣臺中地方法院110年度簡字第243號判決、臺灣橋頭地方法院108年度易字第219號判決、臺灣高等法院109年度上訴字第4085號判決、臺灣高等法院臺中分院106年度上易字第699號判決。

註22：較為特別者，有部分實務見解於共同正犯成立要件時，表示以基於客觀主義應以共同實施構成犯罪事實之行為為成立要件，然隨即於論及正犯共犯之區分時，則以主客觀擇一標準，稱以自己犯罪之意思，縱所為係構成要件以外行為，均同於以幫助他人之意思為構成要件行為者，而成立共同正犯，如臺灣高等法院108年度重上更一字第40號判決、臺灣高等法院106年度上訴字第63號判決、臺灣臺東地方法院107年度原訴字第10號判決、臺灣臺中地方法院107年度訴字第2756號判決、臺灣桃園地方法院102年度訴字第605號判決均是。

註23：相同見解，最高法院101年度台上字第6297號判決、臺灣高等法院臺南分院109年度上更一字第36號判決、臺灣高等法院高雄分院102年度上訴字第738號判決、臺灣高等法院高雄分院102年度上訴字第155號判決、臺灣高等法院花蓮分院99年度上易字第159號判決、臺灣屏東地方法院109年度訴字第434號判決、臺灣臺南地方法院109年度簡上字第151號判決、臺灣雲林地方法院108年度金簡字第1號判決、臺灣高等法院高雄分院刑事判決102年度上訴字第155號等。

用上揭學說作為正犯、幫助犯之區分，尚難指有何違誤（見原判決第23、24頁）。經核於法並無不合。」則顯示最高法院對於下級審於主客觀擇一標準外，另外引用犯罪支配作為標準亦採取正面肯定態度。

（三）本文見解

隨著犯罪型態的日新月異，涉及多數行為人之案件與日俱增，個案情節上則更趨複雜，使得如何正確的區分案件中正犯及共犯也相對於以往更加重要。上開學說及諸多實務中，主觀理論及客觀理論於區分上雖亦有其理，首先是藉由行為人之主觀為標準過於抽象，於具體個案中認定上有所困難，行為人於行為當時的主觀心理屬正犯還是共犯，往往難以明確分別，而客觀理論將重點置於客觀之構成要件該當行為中，於判斷上雖可稱明確，但又難免於部分案件中，對於正犯之範圍過於狹窄，且於精密之跨國犯罪或集團犯罪中，僅以客觀構成要件為判斷基準，恐難以符合現代犯罪分工現況之所需，因此主觀理論及客觀理論均非全然妥適。然而，實務上所採的主客觀擇一標準，雖然於論理上均有論及主觀因素及客觀行為，或是說形式客觀行為即犯罪構成要件，而且對於實務認定更為簡單便利，但僅因行為人具備主觀之為自己犯罪之意思或客觀之犯罪構成要件行為其一，即論以正犯，未免便宜行事、過於嚴苛，且實務判決亦未對行為人僅因具備主觀或客觀要素二者其一，即構成正犯之正當性為何多加說明，因此以主客觀擇一標準判斷個案中之正犯及共犯亦恐非適宜。而此時，以結合主客觀因素之犯罪支配概念為準據的犯罪支配理論，於正犯及共犯區分上即

有其優勢之處，惟於實際應用上，對於行為人是否確已具犯罪支配地位，應於主客觀部分均予充分說明，以免判斷上流於恣意。另外，本文亦贊同上述學說所稱，正犯以外並不應當然即認為成立共犯，故於判斷正犯及共犯之區分以外，應就共犯形成之條件另外加以檢視。而幫助犯及共同正犯之區分亦是如此，應結合行為人之主客觀因素，不應僅偏重行為人之主觀意思或客觀行為，以判斷各該行為人於犯罪參與中之角色。

二、運輸毒品罪之成立

我國刑法於1935年公布施行時，雖於分則編第二十章定有鴉片罪，以為鴉片、嗎啡等毒品之規範，然就運輸行為，僅就自國外輸入國內者加以處罰。故於1955年之戡亂時期肅清煙毒條例中，立法者即於第5條第1項將所有類型之運輸毒品行為，與販賣、製造毒品同列而明文禁止，違者將處以唯一死刑，嗣後雖曾將唯一死刑改為死刑或無期徒刑，並於1998年改列為更名為毒品危害防制條例之新法第4條，並以毒品分級而於刑度上加以區別，然最重之運輸第一級毒品仍維持為死刑或無期徒刑迄今。罰金刑部分，以最重之運輸第一級毒品而言，則自1998年之新臺幣1000萬元以下罰金迭經增加至2020年新法之新臺幣3000萬元以下罰金，無論與普通刑法抑或是特別刑法相較，均應屬於極重度之刑罰。

於探討完刑法上學說及實務對於正犯及共犯，以及共同正犯與幫助犯區分等見解後，本文以下將正面檢視運輸毒品罪之各成立要件，以求更為妥適的判斷該罪正犯及共犯之

構成與區分。

（一）客觀上之運輸行為

運輸毒品罪之立法目的，在於藉由禁止毒品之運輸，而縮小毒品的流通範圍，以達減少社會大眾對於毒品之接觸機會²⁴。運輸毒品罪之運輸行為，應指行為人客觀上攜運搬帶毒品，使毒品得於相異兩地間移動，亦即指毒品受行為人之轉運輸送²⁵，例如駕駛車輛將毒品由新北市載運到台中市者，或是攜帶毒品搭乘飛機至外地或離島，均係屬運輸毒品之行為。縱使非專為運輸毒品之移動，而係於搬運大量物品時連同毒品一併運輸，亦屬運輸毒品之行為，且於運輸過程中，並非僅有直接於兩地之間搬送者構成運輸毒品，以不同運輸工具輾轉迂迴將毒品送至目的地，其中各階段均係運輸毒品之行為²⁶。例

如，先將毒品由桃園市搬攜至苗栗市暫存後，再由苗栗市攜帶至目的地台中市，期間有參與者均係構成運輸毒品行為。然而，運輸毒品以行為人移動程度之區別，有距離長短上遠近不同，而是否均屬於運輸行為則有疑義。本文認為，基於前述運輸毒品罪之立法目的，毒品運輸之距離，應已達到足使毒品流通擴散始足當之，而非謂任何行為人對於毒品之物理上移動，均可構成運輸行為²⁷，以免過度擴張運輸毒品罪之範圍。此外，運輸毒品因犯罪個案上具體分工之不同，其運輸之目的或係受他人委託而攜帶輸送，如實務上常見之夾帶毒品出入境之「鳥人」者是，或係為自己個人而搬運持送，僅需行為人確有使毒品移動流通之行為，無論其運輸之目的係為自己或為他人，均屬運輸行為。

註24：最高法院104年度台上字第1566號判決：「運輸毒品罪之處罰，其立法目的係為避免毒品在兩地之間流通，導致毒品擴散之結果發生，以維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要」。

註25：最高法院102年度台上字第1689號判決「毒品危害防制條例之運輸毒品罪，所稱『運輸』，係指一切轉運與輸送毒品之情形而言，不論係自國外輸入或國內各地間之輸送，凡各行為人間基於共同運送之意思，將犯罪構成要件所定之物品，從甲地移至乙地，即足當之。」「…運輸第一級毒品罪，所謂『運輸』，係本於運輸意思而搬運輸送而言，須基於此意圖，而為搬運輸送之行為，始成立運輸毒品罪；…」。

註26：最高法院92年度台上字第5426號判決「所謂『運輸』，係指本於運輸意思而搬運輸送而言，倘其有此意圖者，一有搬運輸送之行為犯罪即已成立，並非以運抵目的地為完成犯罪之要件。而運輸毒品罪，並不以兩地間毒品直接搬運輸送移轉存置於特定地點為限，其以迂迴、輾轉方法，利用不相同之運輸工具、方法，將特定之毒品移轉運送至終極目的地者，其各階段之運送行為，均不失為『運輸』行為之一種。」

註27：相同見解，最高法院24年度總會決議（三八）「…二、以運輸之意思由甲地運到乙地之行為謂之運輸（即其意思非販賣、非持有而為運輸之意思，其行為係由甲地運到相當距離之乙地並含有運輸之作用者）。」；最高法院97年度台上字第4758號判決：「以運輸之意思由甲地運到乙地之行為，謂之運輸。凡其意思非販賣、非持有而為運輸之意思，其行為係由甲地運到相當距離之乙地，並含有運輸之作用者，即足當之。」；最高法院95年度台上字第3245號判決：「刑事法上之運輸，乃指從甲地至乙地之搬運、輸送行為，本質上具有距離之概念，其既遂與否，雖不以到達目的地為必要，但仍以行為人已經動身上路，始有運輸之著手可言。倘行為人僅將所欲運輸之客體，自藏放箱櫃或相類物件內取出，既未出發或移動身體達於社會通念所認定之相當距離，即難認已有運輸行為之著手，無成立運輸未遂之餘地。」

而運輸毒品係為從事國際間毒品進出口運輸，抑或起運地及目的地係均於國內之異地運輸，亦無礙於毒品運輸行為之成立，且於運輸方法上亦無限制，而無論係海運、陸運、空運或結合海陸空之多階段運輸，皆屬運輸毒品罪之運輸行為²⁸。再者，運輸毒品之人倘係為他人運輸，基於運輸毒品重罪之特性，實務上固然以行為人受有鉅額報酬為常態，然客觀上是否有取得報酬，甚或縱使行為人未約定酬金，均不影響運輸毒品行為之成立²⁹。

（二）主觀上運輸毒品之意思

運輸毒品罪性質上屬故意作為犯，故除客觀上之運輸行為外，主觀上亦須有具備運輸毒品之意思³⁰，即須行為人認識其所運輸者為毒品³¹，並有使毒品於相異兩地間移動之犯意，且具備可能因其行為造成毒品流通之認

識，始足當之。倘行為人主觀上對於運輸毒品級別較輕，客觀上運輸之毒品級別較重而不一致時，依「所知輕於所犯，從其所知」之法理，應依其較輕之所知級別論處³²。而因毒品危害防制條例各罪中，無論係與運輸刑度相同之販賣、製造，或是較輕之意圖販賣而持有、持有或施用，於行為時均有可能會涉及運輸行為，如毒品持有者或施用者於購得毒品後，將毒品攜回住處，或受人所託寄放毒品，行為人將毒品取回藏放或返還寄託人時均是如此³³，故除了運輸毒品之意思外，行為人於為客觀運輸行為時，主觀上尚須別無其它行為目的，以避免基於持有或施用而取得毒品者，因取得後將毒品攜回個人處所，或基於販賣毒品之目的者，為將毒品攜帶前往交付買方，而均另論以運輸毒品罪，進而造成適用範圍過寬的情形³⁴。另如

註28：最高法院106年度台上字第114號判決：「毒品危害防制條例中所稱之『運輸毒品』，係指轉運輸送而言，不論是國際間或國內之轉運及輸送毒品行為，均在規範之內。且不論是否意在圖利，究係為人抑或為己，更不論其運輸方法究為海運、空運、陸運或海陸空聯運，皆包括之。」

註29：最高法院84年度台覆字第82號判決：「…又，肅清煙毒條例之運輸毒品罪，原不以行為人於運輸犯行中受有酬金為必要。…」

註30：最高法院107年度台上字第511號判決：「毒品危害防制條例所稱『運輸毒品』之行為，係指行為人基於運輸毒品之意思，而將毒品從某地運送至他處而言。」

註31：臺灣高等法院100年度上訴字第275號判決：「…運輸毒品罪仍以行為人對於所運輸之物品有認識，而且運輸行為不違背其本意始足當之，故即便欲論以未必故意，亦須對於此一運輸毒品之犯罪事實有所預見，若無預見，自難論以運輸毒品罪。」

註32：臺灣高等法院107年度上訴字第1290號刑事判決：「…依卷證資料所示，亦無其他積極證據足資證明被告知悉本件運輸之毒品係第二級毒品甲基安非他命，依『罪證有疑，利於被告』之證據法則，應認被告於本件行為時主觀上僅有運輸第三級毒品愷他命之認知犯意，進循『所知輕於所犯，從其所知』之法理，僅論以被告所知之運輸第三級毒品愷他命之刑責，而不成立運輸第二級毒品罪。」

註33：臺灣高等法院103年度上訴字第830號判決：「…被告受託保管『小軒』交付之第三級毒品愷他命後，持之返家寄放，再於住處樓下或對面將愷他命交還『小軒』，均係基於為他人寄藏愷他命之目的而為上開行為，難認被告另有搬運輸送愷他命之犯意，公訴意指被告為寄藏毒品之目的，攜帶毒品返家或交還『小軒』之行為，另涉犯運輸毒品罪嫌，亦有誤會。」

註34：最高法院98年度台上字第3007號判決：「運輸毒品罪，所謂『運輸』，係指轉運輸送而言，不以自國外輸入國內或自國內輸出國外者為限，其在『國內運送』者，亦屬之。至於運輸之動機、目的

前所述，實務上運輸毒品之個案雖均以行為人受有鉅額報酬為常態，然主觀上行為人是否確有因運輸行為而獲利之意圖，則非屬運輸毒品罪之主觀要件所要求，縱使行為人運輸時並無意圖營利，僅須其具有運輸毒品之意思及行為，亦構成運輸毒品罪³⁵。

三、運輸毒品罪正犯及共犯之判斷

綜合上述各學說及實務見解，就運輸毒品罪之構成要件，於判斷運輸毒品罪之正犯及共犯時，倘依主觀理論之見解，運輸毒品罪之行為人，須主觀上有以其自己之行為，使

毒品於兩地間移動而造成毒品流通擴散之意思，始為運輸毒品罪之正犯，而是否具備因其行為而獲利之意思則非所問，縱使行為人係基於營利之意圖而參與運輸毒品之犯行，亦不得逕謂行為人無成立共犯之可能。而以客觀理論之立場，採取形式客觀說，則運輸毒品之正犯，雖不以全程參與為必要，縱僅參與毒品運輸行程之一部，亦得以正犯論處，惟仍須係有為毒品於相當距離移動間之攜帶搬運者，否則即非屬運輸毒品罪之正犯，如協助辦理護照及相互間聯繫³⁶、擔任運毒者之翻譯³⁷、仲介他人參與運毒³⁸、及陪

係為己或為他人，運輸之方法為海運、空運、陸運或兼而有之，固非所問，但仍以本於運輸意思而搬運輸送，即須有此意圖，而為搬運輸送之行為，始成立運輸罪；若係為單純持有而零星持送，如無運輸之認識或意圖，即不能論以該罪。」；最高法院92年度台上字第1184號判決：「毒品危害防制條例所稱之運輸，係指單純運輸並無他項目的者而言，若以販賣目的而從事於搬運之行為，仍成立意圖販賣而持有（或販賣）之罪（本院24年上字第1673號判例、24年7月總會決議事項三八參照）。否則單純為轉讓、施用等目的所為之搬運毒品行為，豈不皆應依運輸毒品論罪（至於從國外或甲地販入毒品後，再運輸入境或運輸至乙地，因另有運輸之意思及行為，與此情形不同）。」；最高法院109年度台上字第2388號判決：「毒品危害防制條例所稱之『運輸』，固指轉運輸送毒品，亦即由一地轉運輸送另一地，且不以國外輸入國內或國內輸出國外為限，其在國內運送者，亦屬之，更不論其是否意在圖利，究係為人抑或為己，運輸方法究為海運、空運、陸運或海陸空聯運，皆包括在內。惟運輸毒品罪乃故意作為犯，自須具備故意之主觀構成要件；亦即行為人除客觀上必須為轉運及輸送毒品之行為外，主觀上亦須本於『運輸之意思』而為毒品之搬運輸送，始足當之。倘不問其犯意如何，祇因在兩區域間具有夾帶或持送之客觀作為，即概以運輸毒品之重罪論處，對於單純為販賣或轉讓、施用等目的而攜帶毒品之行為，均另論以運輸毒品罪，則有評價過度之嫌。如僅為交付所販賣之毒品，而將毒品攜帶至買方處所，仍僅成立販賣毒品罪，而與運輸毒品罪無涉。」

註35：最高法院93年度台上字第5342號判決：「按毒品危害防制條例第四條所稱之運輸毒品，並不以為他人輸送為必要，其為自己輸送者亦包括在內，且運輸不以營利意圖為必要，亦不分國外輸入國內、國內輸出國外，即使在國內二區域間運送者，縱零星或短途持送，除顯然無運輸之認識或意圖，得認為單純持有外，亦屬之。」

註36：臺灣高等法院臺中分院103年度上訴字第1563號判決：「被告○○○上開行為，或係協助○○○向中華旅行社辦護照及處理出國事項，或係代○○○與○○○聯繫，要求○○○練習吞食小蕃茄，均與運輸第一級毒品、私運管制物品進口罪之構成要件有別；」

註37：臺灣高等法院108年度上訴字第1726號判決：「而被告當時所上網預訂並入宿之飯店，為曼谷『AsiaHotel』，原本預訂5天4夜（即104年8月14日入宿至同年月18日退房）乙情，有○○○之供述可憑（見偵17676卷第57頁），明顯足以提供助力，使○○○等人易於實現犯罪行為，自屬客觀上之幫助行為。此由證人○○○於偵訊時所證：如果沒有被告翻譯，我沒辦法自己與泰國人接洽，我連出

同運毒者前往機場等行為，均屬構成要件以外之行為³⁹，參與運輸毒品而為該等行為則係應僅論以幫助犯；而採實質客觀論者，則須以其所參與之行為，客觀上對於運輸毒品之實質危險性及因果關係影響為標準，若危險性及影響程度較大者，即當屬運輸毒品罪之正犯，惟是否受有利益或報酬於客觀理論之標準上，非屬正犯之判準，客觀上縱使行為人受有報酬或有約定酬金，亦不能當然認為即屬正犯。若以實務之主客觀擇一標準，無論行為人係認以自己使毒品流通擴散，抑或所為者係參與相當距離毒品攜帶搬運之一部或全部，則均屬運輸毒品罪之正犯。而如以犯罪支配理論觀察，則以行為人於主客觀上居於犯罪支配地位者為正犯，意即以主觀上及客觀上綜合判斷，而得認行為人對於使毒品於相異兩地間移動而流通擴散，係居於操控者之位置，故縱使行為人所為非屬運輸毒品之構成要件行為，然其與他行為人間基於共同之行為決意，而依其工作分配下參與犯行，則亦因屬功能的犯罪支配而得論以正犯。

於確認行為人之行為並未構成運輸毒品罪之正犯後，非即認為行為人應負幫助犯之

責，應另行檢視行為人是否有基於協助他人之意思，而為加功於實現毒品移動而流通擴散之行為，且該行為是否與運輸毒品行為間係具有從屬性關係後，始得認定該正犯以外之人，是否成立運輸毒品罪之幫助犯。

陸、結論

本案被告甲一二審法院雖以客觀事證，認定被告甲係基於幫助之意思，為告知被告乙相關聯絡資訊及介入運輸海洛因報酬等行為，卻以有運費報酬始有成立運送契約可能為由，認為被告甲之行為屬構成要件行為，進而認定被告甲為本件運輸第一級毒品罪之共同正犯。實則，法院於事實認定部分，本件毒品運輸原先雖係由被告甲發起，然而對於運輸第一級毒品海洛因部分，係因被告乙對於運輸計畫之全程掌握，進而為安排籌劃，並與被告丁等人達成毒品數量、運費等合意，被告甲僅為其協助聯繫，而運輸之過程細節，則係由被告丙等人所進行，被告甲未能實質掌控，嗣後之運費協調，被告甲亦係因受被告丙恐稱將海拋毒品，懼屬其所有之愷他命將受毀損拋棄，而蒙受鉅額損失

國都有問題等語（見偵緝2428卷第127頁），尤無疑義。又上揭客觀行為，均屬運輸第一級毒品或私運進口管制物品之構成要件以外行為，且遍閱全案卷證資料，亦查無被告究有何參與犯罪構成要件行為之情事。」。

註38：臺灣高等法院108年度上訴字第3159號判決：「張佳美雖對於『Mayer』欲私運管制物品進口有所預見、認識，惟其僅係基於幫助之意思，介紹安予『Mayer』，對『Mayer』之私運行為資以助力，並未參與實行犯罪之行為，亦無證據有約定報酬，難認為有共同犯罪之意思，應為幫助犯。核其所為，係犯法第30條第1項、懲治走私條例第2條第1項之幫助私運管制物品進口罪。」

註39：臺灣高等法院97年度上訴字第1370號判決：「被告甲○○應係知情代購趙金蔚、林建宏二人機票，並陪同前往國際機場出境而為運輸第一級毒品海洛因之構成要件以外幫助行為，犯行已堪認定」。

下，始為被告乙丙協調，故對於海洛因之運輸，被告甲顯非居於操控者之地位，應難以認為其具有犯罪支配而論以正犯。倘採主觀理論之標準，法院既認被告甲係以幫助之意思參與本件運輸第一級毒品之犯行，則更無成立共同正犯之可能；另如以客觀理論之立場，形式上協助聯繫及介入議價行為，均未參與毒品於相當距離間之攜帶搬運，要難謂屬運輸毒品罪之構成要件行為，而充其量僅屬運輸毒品前之預備行為。實務過往見解亦有認為協助聯繫甚或仲介他人參與運毒，屬於運輸毒品構成要件以外之行為，該等行為對於運輸毒品之危險性及因果關係之影響，亦無足以認為已達正犯之程度，況且運輸毒品在客觀上，原不以約定報酬或獲有酬金為必要，未因此獲利亦得成立運輸毒品罪，此亦為實務之穩定見解。縱然個案上多以鉅額報酬為常態，亦不應以此即稱運費報酬談妥始可能有成立運送契約，而謂介入議價行為屬運輸毒品罪構成要件範圍，而論以正犯責任。因此，被告甲就參與運輸第一級毒品海洛因之行為，並不應成立運輸第一級毒品罪

之正犯，至多僅得認因為其協助聯繫溝通與介入議價行為，有加功於本件運輸第一級毒品構成要件之實現，且該聯繫溝通與介入議價行為係從屬於本案其他被告運輸毒品犯行，而論成立幫助犯之可能。故一審、二審判決就介入運輸報酬議價屬運輸毒品構成要件，而構成運輸毒品罪共同正犯之見解，應值得再行慎思。

近年來，實務漸受學界影響，而接受以犯罪支配做為正犯及共犯之區分標準，對此本文認為頗值肯定，而於採行犯罪支配理論同時，具體詳述個別案件中，被告具備犯罪支配地位與否之正共犯認定理由，則於論理上當更為明確妥適。文末期望實務能夠重新思考，過往所慣於採行之主客觀擇一標準之妥適性，於判斷行為人犯罪參與中係屬正犯或共犯時，得以更為審慎的態度，建構精確之正共犯區分標準，並明確檢視非屬正犯之人之共犯形成條件，個案判決中亦應具體詳述認定的理由及憑據，以避免因區分標準過於模糊，而產生個案認定上愈發困難之情形。

（投稿日期：2021年10月18日）