最高法院大法庭法律問題鑑定意見

案號：最高法院 109 年度台上大字第 1089 號

鑑定人：柯耀程（中正大學榮譽教授・東海大學法學院特聘教授）

壹、爭議問題

爭議之法律問題：「轉讓甲基安非他命之行為，於現行法制下，同時該當藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥罪、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。應如何論處？」

本案基礎的行為事實，為行為人轉讓甲基安非他命之行為，因甲基安非他命依其屬性，既得屬於藥事法第 22 條規範的禁藥；同時亦為毒品危害防治條例第 2 條所定的第二級毒品。因行為人之行為為轉讓該物之行為，就規範適用範圍的形式觀察，其似乎既得有該當毒品危害防治條例第 8 條第 2 項之轉讓二級毒品行為；亦有藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥之行為。此即形成單一受評價對象，而有數個法律規範得以適用的情形，其究竟應為何種規範的適用，方屬妥當？其所涉及者，乃為法律規範適用正確性的問題。

整體事實的法律關係，乃在於同一行為事實，因有得為適用的複數法律規範存在，其具體適用關係的爭議。其具體正確的適用關係為何？所依據的法理何在？乃本件爭議問題所在。

貳、同一事實於法律適用關係辯證

具體事實的法律適用關係，乃屬於法律規範涵攝的問題。若單一個行為事實，卻存在有疑似有複數的法律規範，均得以為適用，而最終僅得以單一規範為正確的法律適用時，此時，對於單一行為事實的法律評價關係，因規範形成的問題，而致有複數規範疑似均能適用的情形，此並非屬於具體行為事實的認定問題，而是規範本身的結構性問題。而對應一定客觀存在的事實，規範形成與存在的形式，或在同一法律形式中，或因立法上的慣性，將特定事實的規定，從既有的基本規範中獨立出來，做特別性的規範，或以單獨的方式制訂，或將特定的犯罪類型，以獨立的特別法形式呈現，究竟是以單一的法律形式、或是制訂特別規定或特別法的形式，所涉及的問題，係屬於立

法慣性或喜好的問題[1]。若就單一刑法的法律形式體系而言，會發生一行為事實，疑似有多個規範可以適用的情形，乃屬於構成要件形成的問題，亦即從基本構成要件的規定，與其衍生出變體構成要件關係的問題，在同一部法律形式的規定中，有發生對於同一個行為事實疑似有複數構成要件得以適用的情形者，最終僅有單一構成要件得以為完整的適用，其疑似該當卻無法適用的構成要件，其實其該當者，僅只是從表象的觀察而已，並非疑似該當的構成要件均有適用的條件，故此種構成要件內部疑似的適用競合關係，乃稱其為法律競合或法規競合（此為法規競合的本然性概念，後人卻多有誤用或誤解，致其概念被擴張到失其本來面目，此於學理的追本溯源時，殊感遺憾），其事實上並非屬於真有競合的前提存在，僅是一種表象（Schein）而已。

此外，因法律形式存在的關係，單一個行為事實發生有數個規定均得以真實為適用時，其僅能依循法則的基礎，做單一規定的適用，其未被適用的法律規定，並非僅是疑似該當而已，而是具體且完整地該當，只是因法則的關係，而無法作為具體適用的基礎。此種規範均得具體該當，卻僅能取其一為適用的情況，並非刑法「法律競合」的概念類型，而此種規範的適用關係，必須先行辯證基本（或普通或一般）規定與特別規定的關係；在依所謂「特別規定優先普通規定」的適用法則，而為具體規範的適用（此為刑法第 11 條所規範的內涵）。學理上時常將法律競合的概念，與「特別規定優先普通規定」的適用法則相混淆，而導致誤解法律競合的本質與內涵，進而導致具體規範適用上，常生紛亂的現象。

另外，倘若一個在這樣的法律適用關係狀態下，法律適用的辯證，乃至選擇的問題，則因規範形成的歸屬關係，而有二種根本的規範架構問題存在：1、數個疑似該當的規範，係屬同一規範的存在形式，此為該法律存在形式的內部問題，此種情形乃屬於概念所稱法律競合的本質性概念；2、疑似得以適用的法律規範，分屬於數個不同存在的法律形式，且就具體的行為事實觀察，此數規範的構成要件，其對行為事實的包攝（Subsumtion）的關係

---

1 以德國與我國的立法習性而言，德國在刑事立法上，比較傾向單一法律形式完整性的思維，故在刑事立法上，多採取所謂「包裹立法」的方式，亦即對於法律所欲規範的事項檢討，其有修法必要時，會將相關性的法律規範彙整，做一次性統籌的修正；而我國在刑事立法上，則喜好採用個別性的方式，對於擬修正的法律規定，通常以不動基本規範，而採用特別性的立法方式，故容易造成同一事項會發生有不同法律形式得以適用的情形，亦即我國的立法傾向採用特別立法的形式。

上，均屬於完全該當，得為適用的情形，只是因規範存在的結構關係，僅得以做擇一的適用，其未被適用的構成要件，並非不該當，而是基於法律適用的基礎法則考量，必須做優先適用關係的選擇而已。

是以，對於同一事實而有複數規範疑似該當，而最終僅得對該單一行為事實作單一構成要件之適用，其實際所存在的情形，會因規範形式存在的關係，而有概念上的差異。倘若單一行為事實僅就其形式為觀察，在同一刑法規範中，疑似有數構成要件有被該當，但就整體行為事實的分析，其僅得為單一構成要件為適用，其所以發生有疑似構成要件該當的情形，乃僅因構成要件的形成關係所致，此時在探究具體適用的構成要件時，理念上乃以法律或法規競合的概念，作為詮釋何以數疑似該當的構成要件，僅得為單一之適用。此種情形，所謂疑似該當卻無得適用的構成要件，或因其尚欠缺具體行為事實所存在的條件、或因其對具體行為事實尚屬評價不足，嚴格而言，其疑似該當者，實際上並非完全該當，故無法作為具體事實的適用；反之，倘若數個得以為適用的構成要件，不論其所規範的對象與範圍，所有構成要件所設定的條件，均與具體行為事實相合致，但單一行為事實僅能做單一規範的適用，此時乃必須依據法則而為適用選擇的基礎，乃有所謂「特別規定優先一般規定適用（Lex specialis derogate generali）」的法則，以作為均為該當數規範的適用選擇基礎。至於孰者為一般性規範？孰者又為特別性規範？除從立法存在的形式為觀察之外，諸如普通刑法之外，另制定的特別刑法，尚應從規範的對象與範圍，是否存在有專屬性或是特殊性為觀察，諸如在普通刑法之外，另於其他法律形式的法規中，所定的附屬刑法規定，例如普通刑法中對於基礎的背信（刑法第 342 條）、詐欺（刑法第 339 條、第 355 條）等，而於銀行法第 125 條之 1～之 3 的規定中，訂有特別背信、詐欺等規定是。或是所得以適用的規範，並非存在於普通形式的刑法之中，其係個別存在於特別刑法及附屬刑法之中，其仍為「特別規定優先一般規定適用」法則適用的範圍，例如行為事實為運送、販賣、運送或轉讓毒品的行為，其除毒品危害防制條例第 4 條以下有所規定之外，另於藥事法第 82、83 條的規定，亦得以包攝具體的行為事實。此時，數規範對於具體的行為事實，均屬於得為該當適用，但就法律適用的關係而言，僅得選擇單一構成要件為適用，其決定適用的基礎，乃在「特別規定優先一般規定適用」的法則，而非刑法法規競合概念所得以為解決者。茲此將同一行為事實有數規範得以為適用的情形，分列詳述之。

一、同一法律存在形式的關係

疑似得為適用的法律規範，同在一個規範存在形式時，亦即在同一法律存在的形式。此種疑似規範競合的情況，刑法學上有多種的稱謂形式，或稱其為「法律、法規或法條競合（Gesetzeskonkurrenz）」、或稱之為「法規單一（Sesetzeseinheit）」，亦有以「假性競合（scheinbare Konkurrenz）」或「不純正競合（unechte Konkurrenz）」稱之。惟不論稱為的名稱為何，其具體內涵乃指對於一行為在法律上，有多數個規定疑似被該當，但最終僅有一個法律規定被適用，其他疑似該當的規定，則完全被除斥，而無具體之適用，亦即最終無法適用的法律規定，僅只是疑似該當，而具體對應事實卻無得以適用。由於從評價標準的構成要件觀察，有多數個規定，疑似被該當，即在形式上似有競合情形發生，但實際上，如同犯罪行為論中所處理的一行為可罰性認定一般，僅有一構成要件被適用，惟何以會發生可能有競合存在，卻無具體適用的情況？簡單地說，法律競合產生的基本原因，乃在其評價的對象並無單複數判斷問題，而是僅有唯一一個客觀存在的行為（且僅能為一行為），而在規範評價關係上，疑似有數個規範被完全實現，然因規範設計的關係，僅有一個規範被適用，也就是該適用之規範，已能對存在之一行為，作完全評價。是故，所生競合疑慮者，僅發生在規範內部，其係構成要件形成時所存在的根本性關係，蓋構成要件對於同一種類的犯罪類型規範，通常係以基本構成要件作為制定的基礎，再以基本構成要件為思考，在基本構成要件中加入不同客觀情狀存在的要件要素，使其成為基本構成要件的變體要件，在同種犯罪類型中，乃形成有基本構成要件與變體構成要件的規範結構，以茲對應具體的行為事實。亦即會發生法律競合的問題者，僅在於同一規範內部中，規範之間具有內含關係存在時，亦即屬於規範內部結構性的問題[2]。

此時在構成要件中，乃產生同一種犯罪類型，會有不同構成要件，基於基礎行為的要求，各依其所設定的條件，而對應同一行為時所存在不同情狀的事實。此種對於同類型犯罪規範的構成要件，其所存在的關係，則得各依其觀察面向不同，而作彼此間關係的詮釋。於同類犯罪類型中的構成要件，彼此間的關係，可以從不同的面向為觀察，其關係在一般的學理中有三種：1、特別關係（Spezialität）；2、補充關係（Subsidiarität）；3、吸收關係（Konsumtion）[3]。然而，學理的發展，對於法律競合關係的理解，

2　參照柯耀程，刑法競合論，2 版，2012 年 10 月，元照出版，109 頁以下。

3　嚴格而言，規範內含關係的觀察面向，應僅有規範範圍的大小，或是多寡的問題，其所形成的關係，應僅有 1、特別關係；2、補充關係二種而已，至於吸收關係者，乃屬於檢討究

似乎走偏了方向[4]，甚至極度誤用法律競合的概念，更將「特別規定優先一般規定適用」的適用法則，視為是決定法律競合的一種關係，乃至在具體的行為事實為適用法律決定時，造成諸多的謬誤。

法律競合概念得以為適用詮釋的基礎前提，應僅在於同一法律形式中，方有因構成要件的形成結構關係，檢討得以為具體適用的規範，其在形象上雖然有對同一行為事實，疑似數構成要件該當的表象，但實際應僅有單一個構成要件方屬於對行為事實的完全該當，其未被適用的構成要件，在包攝過程的檢討中，基於完全評價的基礎，根本就有所欠缺，其所以不得為適用者，乃因無法認其為被該當，而非該當卻不能適用。是以，法律競合被稱為係一種假的競合，其本質性的問題，乃僅是單純從構成要件結構的形象性觀察而已。

法律競合概念的基本前提，乃在於疑似有數個構成要件均有該當，而最終僅有一個為真正該當適用的法律規定，其餘疑似該當的構成要件，最終均因非真正該當而被除斥，無法適用，亦即法律競合所形成疑似數個構成要件均有該當，其僅是一種表象、一種假象而已，最終規範的包攝關係，僅唯一一個構成要件方屬於真正該當者。在構成要件體系中，何以會發生疑似該當

竟適用何者的適用結果。此外，另有部分學者，更將所謂擇一關係（Alternativität）亦視為形成法律競合的關係，諸如韓忠謨，刑法原理，374；蔡墩銘，刑法精義，377；甘添貴，罪數理論之研究（三），軍法專刊第 40 卷第 4 期，2 頁以下；auch Baumann/Weber, Strafrecht AT, S. 664；Klug, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, in: ZStW 68(1956), S. 414。在德國學理中，對於擇一關係的論述，通常將其分成廣義擇一關係與狹義擇一關係，認為如欲將擇一關係視為假性競合的一種關係，僅在於廣義的概念下，方有意義，在狹義的概念上，則屬多餘。此種批判見解，vgl. Vogler-LK,10. Aufl., Rn. 106 vor § 52； Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., S. 734；Schönke/Schröder/Stree, Kommentar zum StGB, 25. Aufl., Rn. 133 vor § 52。將擇一關係用於法律競合中，本質上即是一種誤用，屬於概念理解上的謬誤。關於法律競合形成關係的完整批判，參照柯耀程，刑法釋論Ⅱ，2014 年 8 月，一品文化出版，150 頁以下。

4 誠如德國刑法大師 Jakobs 的質疑，其認為學理對於法律競合形成形式的見解，似乎太過於單向化，而忽略構成要件彼此間所形成的關連性，必須從雙向加以思考，從包含構成要件之於被包含構成要件，固然為特別關係，但如以被包含構成要件之於包含構成要件的觀察，顯然無由產生特別關係，因此，Jakobs 認為足以產生法律競合的規範關係，僅有一種內含關係而已。蓋僅在構成要件間具有內含關係時，方足以發生法律競合問題，其他關係下根本無由產生法律競合關係。Vgl. Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1993, S. 865ff.。

卻又不該當的現象？此為構成要件形成過程的本然性關係，因構成要件係以犯罪類型為形成的思考基礎，類型化的規範形成，都是以基本構成要件為基礎，在針對不同的情狀，做基本構成要件上的修正，亦即由基本而生變體或延伸，基本與變體或延伸性構成要件的結構關係，從觀察面像的不同，乃形成從變體或延伸構成要件對於基本構成要件而言，其乃屬於「特別關係」，反之則為「補充關係」，或是一行為階段的規範，既遂之於未遂者，乃屬事實完整與結果欠缺的關係；未遂之於既遂者，則屬於處罰的攔截關係，一般會以補充關係來詮釋。至於吸收關係者亦然，當一個構成要件完全涵蓋另一個構成要件，被涵蓋的構成要件，無異為涵蓋構成要件所吸收，只是在具體適用時，當觀察行為事實究竟適用涵蓋構成要件？或是被涵蓋的構成要件？若適用涵蓋的構成要件者，顯然其已將被涵蓋之構成要件吸收其中。至於部分說法，認為法律競合中有所謂「擇一關係（Alternative）」者，實乃概念的誤植，在法律競合中根本沒有所謂擇一關係的概念。蓋擇一關係的前提，必須所該當的構成要件，均真實被該當，而非屬於疑似該當的表象，會有擇一關係問題存在者，僅在於同一規範而有存於不同法律形式的數構成要件均真實該當時，才會發生的情形，其並非法律競合的內質性概念。而何以會需為擇一關係的適用檢討？其所涉及的問題，乃在不同規範形式下，必須依循「特別規定優先一般規定適用」法則而為選擇適用的關係。

二、不同規範同時存在的關係

若一個評價客體的行為事實，其所該當的法律規定，分屬於不同的法律形式存在，且各該規定的規範對象與範圍，均得以被視為該當時，乃產生一個行為事實而有數規範均該當的情形。而基於單一事實僅得適用單一規範的適用關係，乃形成適用上的競合問題，此種特殊的現象，主要多存在於喜好特別立法的體制中。我國現行的體制，都是採取特別立法的形式，不論是對於刑法中的特定犯罪類型，或是個別化的規定，其所形成的法制架構，在犯罪類型的一般性規定之外，多有特別規定的存在，其或以特別刑法的形式，諸如貪污治罪條例之於刑法第 120 條以下的公務員職務犯罪，其將職務犯罪中所包含貪瀆類型的規定，抽出貪污類型，獨立形成特別刑法的貪污治罪條例；又如槍砲彈藥刀械管制條例，其係針對刑法第 186、187 條的爆裂物罪，獨立做類型擴張，而制定成特別刑法的型態。除特別刑法的立法體例之外，對於個別的類型，不論刑法中是否有規定，多於其他行政法律、民商法規或金融法規中，加入刑罰制裁的規定，而形成附屬刑法的型態，附屬刑法的型態包羅萬象，諸如政府採購法、銀行法、證券交易法、著作權法等，不

勝枚舉。因有特別或個別類型另行規定的立法慣性，其對應具體的行為事實時，乃形成法律規範適用上疊床架屋的現象，而此種規範存在的型態，乃極易產生對於同一行為事實，而有數個均得該當適用的法律規定存在，且各該法律規定並非僅是疑似該當而已，其個別而論，均屬於完全得為該當適用，僅因其具有同一個規範對象，對於此單一規範對象的犯罪類型，僅能有一個最為適當相稱的法律規定適用，其未得以適用的法律規定，並非不該當，而是基於「特別規定優先一般規定適用」的法則，僅能做單一特別規定的適用。

不同規範而以同一行為事實作為規範的對象，其不同於「法律競合」概念者，乃在於其規範的包攝關係，均屬於得該當適用的情形，亦即所得適用的法律規定，均真實被該當，非僅是法律競合概念下的假性競合關係，其對於規範對象的該當關係，乃屬於真實的該當，並非僅是疑似該當，最終卻非真實該當。故同一行為事實而有存在於不同法律形式的數規定，均有該當且均得以適用時，無法假借「法律競合」的處理方式，不論是所謂「特別關係」、「補充關係」，或是「吸收關係」，均無法作為此種不同規範形式該當數要件的詮釋基礎，蓋此得適用同一行為事實的構成要件，均真實被該當，且根本無所謂吸收適用的問題，其乃係基於基本法則的要求，所為選擇性的法律適用關係。同一行為事實同時該當於不同規範形式的數個構成要件，其僅得有單一構成要件為最終適用，此時必須循著刑法第 11 條規定的意旨，依「特別規定優先一般規定適用」的法則，決定選擇哪一個構成要件為最適切的適用。其中所存在的問題，乃在於如何決定孰者為「一般規定（或普通規定）」？孰者為「特別規定」？

三、一般與特別規定的決定基準

當一個行為事實同時該當數存在不同法律形式的構成要件時，其個別構成要件本質上均屬於完全被該當，但因僅有一個行為事實存在，不能同時適用二個規範事實相當的構成要件，否則即有過度評價或是重複評價的問題存在，其僅能選擇單一個構成要件為適用。倘若所存在的構成要件，一個為普通刑法中的構成要件，而另一個為特別刑法的構成要件時，基於法律規範存在形式的本質關係，依所謂「特別法優先普通法」適用的原則，而應為特別法構成要件之適用，例如公務員有收受賄賂的行為，其既有刑法第 121 或 122 條構成要件的該當，亦有貪污治罪條例第 4 條或第 5 條的適用，此二者的收賄罪均屬於完全該當的情況，但因貪污治罪條例為刑法的特別法，故以其適用為優先，刑法的基本規定雖有該當，但無適用之餘地；又倘若行

為事實所該當的規定，並無普通刑法的規定，得以適用，而是分屬於不同法律所規定者，該行為事實同時該當此不同法律形式的構成要件時，其適用關係，必須依循刑法第 11 條的基本意涵為適用之決定，亦即所謂「特別規定優先一般規定適用」之法則。為決定孰者為一般規定？孰者為特別規定？則必須觀察各該當規定的屬性，以作為具體適用的優先性決定。若以案例事實的轉讓甲基安非他命的行為，其既有毒品危害防治條例第 8 條之適用，亦有藥事法第 83 條的規定可以該當，二者規定均得以涵蓋轉讓二級毒品之行為事實，本質上二構成要件均被真實該當，此時必須決定適用的優先性。優先性決定的基礎，即決定孰為一般規定、孰為特別規定，應從規範對象係屬概括性規範，或是專屬性規範的方向為思考，當一個規範的對象，具有專屬性的類型限縮者，而另一規範並未做類型化的專屬性限縮，僅是一般性概括的規範時，則概括性的規定，係屬於一般性規範，而專屬性的規定，則屬於特別規定，自然應優先為專屬性規定為適用。具體地說，當同一行為事實均得以該當不同法律形式中的數構成要件者，必須從該數構成要件彼此間的規範內容，做對照比較，依其規範的內容，而為相待對照的觀察，若是適用的主體，或是所規範的客體（規範對象），屬於概括性規範（通常規範的範圍較廣且非特別限定），未做類型上特別的限縮者，其屬性乃為一般性規定；如規範內容不論是主體的限定、或是客體的限縮，或是規範對象更為具體的形象者，即屬於具有專屬性的構成要件，此相較於概括性規定者，即為特別規定（其規範的範圍較為特定且限縮）。

從藥事法與毒品危害防治條例為相待比較，藥事法第 83 條所規定的對象為禁藥，其包括法律所禁止的「毒害藥品」（藥事法第 22 條第 1 項第 1 款），而毒品危害防制條例主要係以「毒品」為規範對象，第 8 條係轉讓第二級毒品的制裁規定，二者之間，藥事法第 83 條的規範對象，除毒品之外，尚有其他具有毒害性的藥品，就規範範圍而言，較毒品危害防治條例所規定者為寬廣，故二者相較之下，藥事法第 83 條乃為概括性的規定，而毒品危害防治條例所規範的對象，則僅侷限在毒品（條例第 2 條）。若從具體事實的轉讓甲基安非他命而論，其屬於二級毒品，固然二級毒品亦得以視為禁藥的一種，但對應此具體事實而言，藥事法第 83 條第 1 項的規定，因其對象屬於概括性的規定，乃屬於一般性條款；而毒品危害防治條例第 8 條第 2 項的規定，係專屬轉讓第二級毒品所定，其具有規範對象的專屬性，故其應屬於特別規定，對於同一轉讓二級毒品的行為而言，應優先適用毒品危害防治條例第 8 條第 2 項的構成要件。

同一事實的不同規範適用關係的決定，其係構成要件成罪關係選擇的問題，所以基本適用原則為「特別規定優先一般規定適用」，在適用的前提上，尚無關各規定間法律效果輕重的問題，且在決定適用優先性的法則中，並無所謂「重法優於輕法適用」的法則。

另外，同一行為事實有不同法律規定均得以適用的前提下，必須依循「特別規定優先一般規定適用」的法則，作為決定適用優先性的處理，惟刑法第 11 條規範的意旨，同屬於刑法規範者，若基於特別的情狀下，必須為適用規範選擇性時，在不抵觸或違拗的前提下，仍得適用一般性規定中的法則。照理說，轉讓甲基安非他命的行為，僅因藥事法第 83 條第 1 項處罰，較毒品危害防制條例第 8 條第 2 項的規定為重，即自創「重法優於輕法」的法則，甚而又言基於法律適用完整性的考量，不能對同一事實作割裂適用，而否定若行為人於偵查中及審判中，均自白的減輕規定（毒品危害防制條例第 17 條），此係背於刑法第 11 條規範的意旨，對於本件的處理，更是屬於將錯就錯的法律適用。據實而論，本件轉讓甲基安非他命的行為，就所該當的法律規定，做優先性選擇的決定，首先該行為事實的成罪關係，乃以毒品危害防制條例第 8 條第 2 項的規定，應為特別規定，而藥事法第 83 條第 1 項的規定，則為一般性規定，在成罪的適用關係上，自然應優先適用毒品危害防制條例，其根本無關二規定間刑之輕重問題，亦無關法律修正時，是否於藥事法中刪除毒品特別適用的問題。蓋就規範存在的本質，毒品危害防制條例所規範的對象為毒品，其相較於藥事法對於禁藥處罰的規範，乃屬於專屬性的類型，自然應對應於專屬性的對象，具有優先適用的關係。

參、結論

對於同一行為事實具有數構成要件得以為適用的情形，倘若該數構成要件的該當者，僅是一種分析過程的表象，經過整體規範適用的檢討過程，其實僅有單一個構成要件得以真實且完整地該當時，學理上都以「法律競合」的概念，來稱為此種具體法律適用的關係。事實上，「法律競合」的概念，乃是刑法檢討具體事實與構成要件該當的判斷時，所採用的一種單純性的思維理念而已，其本身並無真實的競合問題存在，僅是在檢討法律適用時，因構成要件體系的結構關係，特別是當構成要件彼此間，存在著內含關係時，於相待立名的構成要件間，從不同角度作為比較觀察所得出來的理念產物。然而，學理對於「法律競合」的概念，迭生誤解，甚至將其擴散到非屬其概念能夠涵蓋的範圍，其中擴張最為嚴重者，莫過於在法律競合中「特別關係」

的詮釋，此種特別關係的基本前提，乃僅限於構成要件具有內含關係時，檢視此前提下的不同構成要件的關係，相較於基本構成要件的內容，若他構成要件有加入其他成罪的特別要素者，則該變體構成要件相較於基本構成要件，乃屬於「特別關係」。此種特別關係者，既無關特別法與普通法的關係，也無關於特別規定與一般規定的關係。易言之，法律競合概念乃屬於同一規範形式下的內部規範問題，在詮釋上根本無法擴散到處理不同法律形式，所存在的法律規定。這是學理長期以來，對於法律競合概念嚴重的曲解，甚或將非屬於法律競合於檢討構成要件的分析關係，擴張到不同法律規範形式的構成要件適用的問題上，弄得法律競合的理念面目全非，更造成學理謬誤上的莫衷一是，此學理發展時，應特予警惕。

同一行為事實若發生有數不同法律形式的規範該當時，即無所謂法律競合概念適用的餘地。然長期以來因學理的錯誤理解，導致對於不同規範存在的情形，錯誤地假借法律競合的關係，來做具體適用上的處理，此係將錯就錯的誤植。蓋法律競合者真正該當的構成要件，僅為唯一，其餘疑似該當的構成要件者，均僅是「疑似」，根本並無該的而得適用的情形；然當行為事實所該當者，若分屬不同法規中的構成要件，且各該構成要件均真實有被該當的情況，但於單一行為事實僅得為單一構成要件適用的前提下，必須依循法律適用的基本法則，而為選擇性的適用[5]。而會有選擇適用的問題，僅在單一事實有數構成要件均真實該當的情況下，才有可能發生，將擇一關係視為法律競合的一種形式，顯然是一種概念的胡亂拼湊。

本件所生法律適用爭議性的問題，於學理上的意見如下：

1、轉讓甲基安非他命的行為事實，其均得該當藥事法第 83 條第 1 項及毒品危害防治條例第 8 條第 2 項的規定，乃屬於同一行為事實該當不同法律形式的構成要件問題，本質上並無法律競合概念適用的餘地。只是長期以來學理及實務均錯植法律競合概念，遂生有陷入規範適用的疑慮。本件爭議問題的核心，應為法律適用的基本性問題，亦即數個均為真實該當具體事實的構成要件，其應如

5　學理上特別是源自日本的刑法學理，甚至將選擇性適用的概念，亦即所謂「擇一關係（Alternativität）」也置入法律競合的概念中，更是一種概念上的誤植、濫植。蓋擇一概念係一種適用選擇性的關係，其僅限於均該當的構成要件，方有選擇適用的問題，且選擇適用者，亦需依循著一定的法則，所以方有「特別規定優先一般規定適用」的基礎法則存在。參照柯耀程，刑法釋論Ⅱ，166 頁。

何選擇適用的問題。其應以「特別規定優先一般規定適用（Lex specialis derogate generali）」的法則，作為決定適用的基準。

2、「特別規定優先一般規定適用（Lex specialis derogate generali）」的法則，乃是屬於相待立名的前提下，所生的法學理念，亦即必須具有對照比較的前提下，方有此法則適用的關係，而何者為「特別規定（或為特別法）」？何者為「一般規定（或為普通法）」？乃彼此相較的觀察，其無關所比較的規定屬性，即使二者相較於刑法均為特別法，而需做適用的選擇時，仍舊屬於該法則決定的範圍，並非均屬特別法或特別規定的形式，即無比較的關係存在。蓋因立法例的慣性，我國向來喜好作個別性的立法，故常可見特別法中又有特別法的疊床架屋情形，造成在適用上的困擾。檢視該法則的關係，僅限於相待對照的比較規定，無關其究竟為何種屬性。故而並無特別規定不能與特別規定比較的問題。

3、對具體行為事實的法律適用檢討者，乃在其成罪關係的構成要件適用問題，其所應關注者，應為罪的形成問題，根本無關法律效果輕重的關係，蓋必先有罪的形成時，方有對應的法定刑形成，故在法律適用的理念上，根本沒有所謂「重法優於輕法」的法則存在，蓋得以為輕重者，乃以法律效果的刑為觀察，焉有以刑作為罪成立的決定關鍵，此係本末倒置的推論方式，於法理上理不相應。在事實的法律適用關係決定時，仍須從成罪適用為基礎。再者，如決定出孰為特別規定、孰為一般規定，其乃規範本質的問題，除非規範內容的完全變更，否則不會因法律規定的修正，而有所差異。

4、轉讓甲基安非他命的行為事實，所以該當藥事法第 83 條第 1 項及毒品危害防治條例的 8 條第 2 項者，乃在於規範的對象，亦即甲基安非他命，該規範對象既屬於藥事法所定的「禁藥」，亦屬於毒品危害防制條例規定的毒品，該得為適用的二條文之間，藥事法所定的「禁藥」範圍，所涵攝者兼及毒品及其他以外之毒害藥物，係屬於概括性的規範類型；而毒品危害防制條例乃以「毒品」為專屬規定，二者相較，對於轉讓甲基安非他命的行為，應以毒品危害防制條例為特別規定。故對具體行為的規範適用選擇，應以適用毒品危害防制條例第 8 條第 2 項為正確。蓋若以藥事法第 83 條第 1 項規定為重，即傾向以重法為適用之選擇時，則會發生適用上割裂的問題，諸如具體行為所轉讓者並非二級以下的毒品，而是一級毒品，如海洛因時，則轉讓一級毒品的行為，係以毒品危害防制條例第 8 條第 1 項的規定為重，若以重者優先的觀念，則轉讓一級毒品即需回到毒品防制條例為適用。此乃造成同為毒品，僅因一級或二級的差異，即產生適用規定上的分歧，乃形成適用選擇上的恣意，殊無此理。不論一級或二級毒品均為毒品，而對於各種對毒品的禁制行為者，均應專屬於毒品危害防制條例的適用。

5、結論：轉讓甲基安非他命之行為，同時有藥事法第 83 條第 1 項及毒品危害防制條例第 8 條第 2 項規定的適用，其具體規範該當的情況，乃屬於同一行為均該當不同法律形式的數構成要件問題，此種數個規範均被該當的法律關係，其適用的判斷上，應依循「特別規定優先一般規定適用」的法則為斷，檢視此種關係，乃以該當的構成要件作比較，無關其本來的形式（即使其均為特別法亦然）。二者係以藥事法第 83 條的規定，為概括性的一般規定，而以毒品危害防制條例第 8 條第 2 項的規定，為毒品專屬性的特別規定，故應為毒品危害防制條例第 8 條第 2 項為該具體行為事實之適用為正確。

法律意見鑑定人：柯耀程

最高法院大法庭法律問題鑑定意見

鑑定人：柯耀程 教授

1

系爭法律問題

- 行為事實
  - 行為人轉讓甲基安非他命之行為。（屬於第二級毒品）
- 該當規範
  - 藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪（7年以下）
  - 毒品危害防制條例第8條第2項轉讓第二級毒品罪（6月以上5年以下）
- 如何論處？
  - 藥事法？毒品危害防制條例？選擇適用？法理依據？

2

同一事實數規範該當辯證

- 規範該當
  - 均在同一法律
    - 數構成要件疑似該當，僅單一適用→法律競合
    - 真實該當，均得適用→想像競合
  - 存於不同法律
    - 刑法與其他特別規定→刑法第11條
    - 分屬不同法律→特別規定優先一般規定法則

3

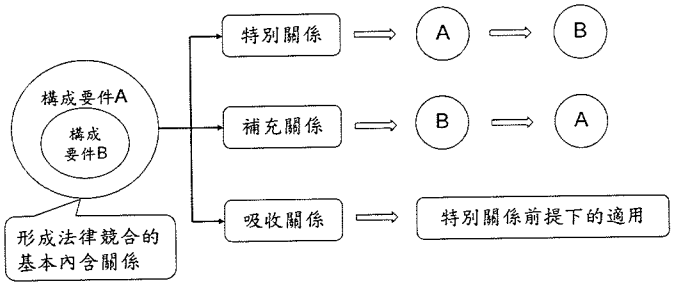
規範該當關係判別

- 構成要件
  - 疑似該當
    - 疑似該當數構成要件，但僅單一真實該當
    - 依法律競合的理念為處理
    - 依規範對具體事實的包攝關係為斷
  - 真實該當
    - 數構成要件均真實該當，但僅能選擇單一適用
    - 法則：特別規定優先一般規定適用
    - 依規範屬性決定特別與一般規定的關係

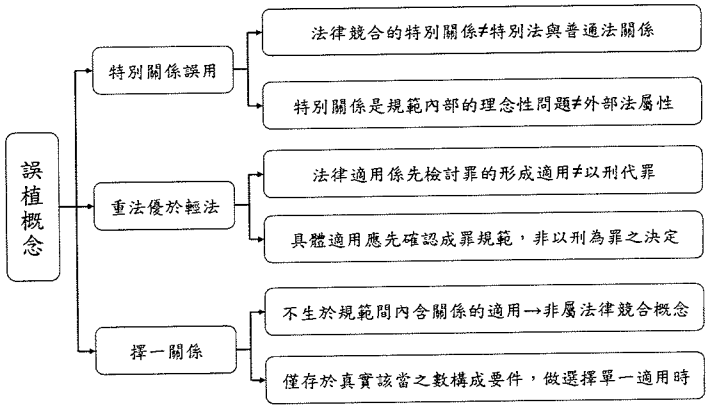
4

法律競合概念釐清

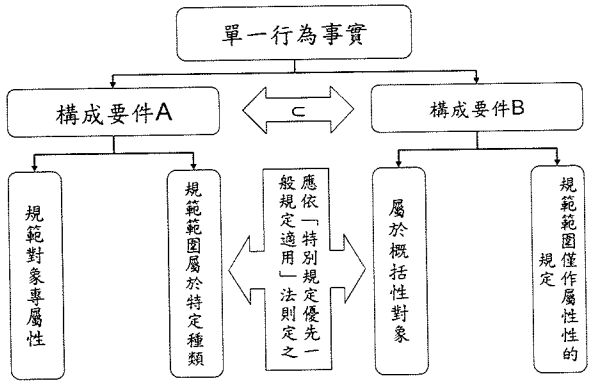
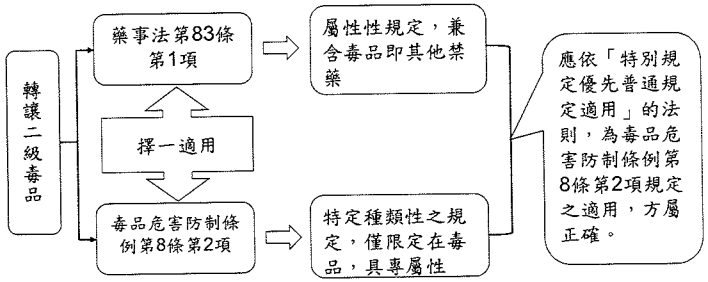
概念內涵 ⇒ 一行為事實疑似該當數構成要件，而最終僅單一構成要件真實被該當，餘者均非真正該當。其乃規範彼此間內含問題。



誤植概念釐清



不同規範形式的數構成要件該當



具體適用