

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官蔡名堯

被告 胡財誌

選任辯護人 林忠熙律師

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，本院刑事第九庭（徵詢及提案裁定時為刑事第三庭）裁定提案之法律爭議（本案案號：109 年度台上字第 1089 號，提案裁定案號：109 年度台上大字第 1089 號），本大法庭裁定如下：

主 文

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。

理 由

壹、本案基礎事實

被告胡財誌基於轉讓甲基安非他命之犯意，將購得未達法定應加重其刑之一定數量甲基安非他命轉讓予成年之甲男。

貳、本案法律爭議

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？

參、本大法庭之見解

- 一、甲基安非他命係政府明令公告禁止使用之毒害藥品，為藥事法第 22 條第 1 項第 1 款所稱之禁藥，亦屬依毒品條例第 2 條第 2 項第 2 款公告列管之第二級毒品，且併屬管制藥品管理條例第 3 條第 2 項列管之第二級管制藥品。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。
- 二、轉讓甲基安非他命之法律適用：(一)毒品條例於民國 87 年 5 月 20 日修正公布前，實務向以「轉讓禁藥罪」論科。(二)毒品條例修正公布後，(1)藥事法第 83 條第 1 項於 93 年 4 月 21 日修正

公布前，其法定刑為「五年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以下罰金」，較之毒品條例第 8 條第 2 項之法定刑「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」為輕，故而優先適用重法之毒品條例第 8 條第 2 項規定論處。(2) 93 年 4 月 21 日修正公布之藥事法第 83 條第 1 項，因其法定刑提高為「七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金」(嗣於 104 年 12 月 2 日再度修正公布提高為「得併科罰金新臺幣五千萬元」)，實務依重法優於輕法及後法優於前法等法理，就轉讓甲基安非他命未達法定應加重其刑之一定數量者，應優先擇法定刑較重之藥事法第 83 條第 1 項規定論處；就轉讓甲基安非他命達法定應加重其刑之一定數量者，因應依毒品條例第 8 條第 6 項規定加重其刑至 2 分之 1，其法定刑已較藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥罪為重，故適用毒品條例第 8 條第 6 項規定論處。

三、刑法學理上所稱法規競合，係指因單一行為而發生單一之犯罪結果，因法規之錯綜關係而該當於二個以上刑罰法律所規定之犯罪構成要件，致同時有二個以上之刑罰法規可資適用時，基於單一行為處罰一次性之原則，與禁止重複評價及充分評價不法之誡命，自應選擇其中一個最適當之法規論處。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。

四、實務上大致係依據個案情節，分別適用上述各種不同之原則，以解決法規競合時應如何選擇適用法律。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：第一是「適用標準明確」，有助於實務操作，可避免因判斷標準不明確而造成適用結果歧異之弊病，併能符合法律明確性與可預測性之理念。蓋因我國刑事特別法（包括刑事單行法與附屬刑法等）繁多，各種法規間之關係錯綜複雜，尤其在刑事單行法彼此間，或與附屬刑法競合之情形下，往往發生選擇適用原則不易判斷之情形，且每因觀察角度不同而造成相異之結論，不利於法律適用之安定性與法院裁判之公信力。而「重法優於輕法」原則，係以刑罰法規所定罪名之法定刑輕重作為比較之基準，其適用標準明確，自無不易判斷而難以運用之問題。第二是「充分評價不法」，基於刑事處罰應充分評價行為不法內涵之誡命，採用重法優於輕法之原則，方能充分

評價行為人犯罪之不法內涵。否則，若於法規競合之情形下，排斥處罰較重，而選擇處罰較輕之法規，不僅違背立法設較重處罰規定之旨意，亦有評價不足之弊。第三是「避免刑罰不公」，在被告行為同時該當二種以上輕重處罰不同罪名之構成要件，若不依較重之罪名，反而依較輕之罪名論斷，相對於行為只符合較重罪名而不符合較輕罪名之要件者，反而只能用較重之罪名論斷，將造成刑罰不公平之情形。

五、關於法規競合選擇適用法律之判斷標準，法律既無明文規定，學說亦乏具體明確標準。本院向來適用重法優於輕法之原則，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，堪謂具有法規競合「滯洪池」之功能，既無悖乎重複評價之禁止，亦符合充分評價之誡命，且可避免刑罰不公，自屬正當合宜。況本院採用上述原則，作為選擇法規競合適用法律之標準，迄今已久，實務運用並無困擾。在相關法律及客觀環境毫無異動之情形下，殊不宜驟然加以改變，以維法律適用之明確性與安定性。

六、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 月以上 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。

中 華 民 國 109 年 12 月 30 日

刑事大法庭審判長法官 吳 燦

法官 陳 世 淙

法官 郭 毓 洲

法官 林 立 華

法官 徐 昌 錦

法官 段 景 榕

法官 李 英 勇

法官 李 錦 樑

法官 林 勤 純

法官 梁 宏 哲

法官 蔡 彩 貞

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 109 年 12 月 30 日

不同意見書

蔡彩貞法官 提出

陳世淙法官、李錦樑法官、梁宏哲法官 加入

本件關於轉讓甲基安非他命應如何論罪之法律爭議提案（109年度台上大字第1089號），經評議後，多數大法庭法官堅持沿用本院先前所持見解，認本件法律爭議屬法條競合，應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，然對本件法條競合難為「特別關係」「補充關係」或「吸收關係」等情形所涵蓋之說明，稍有未盡。本席實難贊同，爰提出不同意見書如后。

一、法條競合係指一行為侵害一法益，而形式上該當於數罪名¹

刑事案件中，對被告行為之評價，旨在確認其所為該當於何種犯罪構成要件，宣告其犯罪性質，並確定國家刑罰權之必要性，自應回歸刑罰終極目的在於保護法益之考量，於保護法益之必要限度內，尋求一合乎比例原則之犯罪宣告，以避免雙重評價或評價不足。一行為雖該當於數犯罪構成要件，惟因行為人祇有一次侵害法益之事實，若所該當之數犯罪構成要件亦係保護同一法益，則基於法益保護必要性之實質上考量，自不應雙重評價而為數罪之宣告並為數罪之處罰。法條競合理論，即在

¹ 黃榮堅，雙重評價禁止與法條競合，臺大法學論叢，第23卷第1期，1993年12月，第31頁。

探討僅有一侵害法益之行為，卻該當於數犯罪構成要件時，所該當之數犯罪構成要件是否具有保護法益同一性，及如何從中選取一最適切之法規，資為對行為宣告犯罪之依據。故法條競合理論適用之對象，應僅限於保護法益具有同一性之數犯罪構成要件；其理論重點，厥為雙重評價之禁止，置重於設定行為評價之上限²。

二、法條競合之特別關係中，不分輕、重法，特別規定恆優先於普通規定適用

法條競合之類型，包括普通規定與特別規定間之「特別關係」、基本規定與補充規定間之「補充關係」、吸收規定與被吸收規定間之「吸收關係」；部分論者主張尚包括未能為上開三種情形所涵蓋之「擇一關係」³。其中「特別關係」，係指就侵害某一法益之犯罪行為，除制定基本類型之構成要件，作為標準化規範外，另並以之為基礎，就該基本犯罪類型之行為主體、行為客體之客觀情狀、法律所欲保護之客體或法益等規範對象，加入不同之因素，加以斟酌、修正，或予以特殊化、類型化，而演化產生各種變體構成要件⁴，藉以對既有基本類型之法定刑，予以

² 同前註，第 186 頁。

³ 參考陳樸生，實用刑法，1972 年 9 月 3 日三版，第 230 頁。

⁴ 參考柯耀程，刑法「法律競合」問題思辯—法學方法的思考—(下)，東海大學法學研究，第 16 期，2001 年 12 月，第 53 至 57 頁。

較輕、較重之不同調整。變體構成要件之要素，在概念上必然包含標準化規範構成要件中之所有要素，實現前者之構成要件時，亦當然實現後者之構成要件，自二者之刑罰構成要件觀之，形式上雖不相同，但因彼此間有包含關係，應認所保護之法益相同，仍具有保護法益同一性，而存在法條競合關係，且前者為特別規定，後者為普通規定，故學說上亦有稱此種法條競合為「包含關係」⁵。

法條競合之特別關係中，普通規定或透過新概念要素的加入，或將原有概念要素特殊化以縮小犯罪構成要件規範的範圍，而演化成為特別規定，故普通規定之構成要件相對於特別規定，是規範涵蓋範圍較廣的上位概念，特別規定之構成要件則是較狹義的下位概念。邏輯上，較狹義的特別規定應優先於普通法適用，否則，特別規定將不具有任何規範功能而失其制定之意義。此不獨特別刑罰規定所被賦予之特別構成要件，相較於普通刑罰規定，係加重要素之情形；縱屬減輕要素，亦然。此觀諸屬加重情形者，例如：刑法第 272 條殺害直系血親尊親屬罪相對於同法第 271 條第 1 項殺人罪、刑法第 321 條第 1 項加重竊盜罪相對於同法第 320 條第 1 項普通竊盜罪，固分別從較重

⁵同前註 1，第 187 頁。

之殺害直系血親尊親屬罪、加重竊盜罪等特別規定論處；即使屬減輕情形者，例如：刑法第 274 條第 1 項生母殺嬰罪相對於同法第 271 條第 1 項殺人罪、刑法第 212 條偽造特種文書罪相對於刑法第 210 條偽造文書罪，依然論以較輕之生母殺嬰罪、偽造特種文書罪等特別規定即明。故特別規定優於普通規定適用，乃法條競合下之特別關係中法律適用之通則；易言之，於法條競合之範圍內，特別規定排除普通規定之適用。至於「重法優於輕法」「後法優於前法」等原則，於存在特別關係之數法規範間，並無適用之餘地，中央法規標準法第 16 條即為例證。是法條競合特別關係中普通規定之法定刑，縱嗣因法律修正，致較特別法為重，而有輕重失衡之疑慮時，因事屬立法自由形成之範疇，且涉及刑罰罪刑法定重要原則之遵守與落實，仍應另循其他正當救濟管道，不宜由司法機關逕本其適用、解釋法律之職權，取而代之。

三、法條競合特別關係中之特別規定與普通規定，僅係相對之對應關係，非絕對之對應關係

判斷二以上之法條是否存在法條競合之特別關係，端視其彼此間於構成要件之實現上，是否存在上開必然之關聯性。又法條競合特別關係中之特別規定與普通規定，係指於同一法條競合

關係下，二以上之多個法條間優、劣位⁶之相對關係；不同之法條競合關係下，相競爭之法條，亦互不相同，故此法條競合中之特別規定，於另一法條競合中，非必為特別規定；相對於某一規定均屬特別規定之二以上多數法條，彼此間仍可能存在法條競合之特別關係，彼此處於優、劣之相對關係，而互為特別規定與普通規定。一言以蔽之，法條競合特別關係中之特別規定與普通規定，僅係相對之對應關係，非絕對之對應關係。

四、一侵害法益行為該當於數犯罪構成要件之論罪問題，不論該等處罰規定所屬法律之異同，殊途同歸，均立基於法條競合理論部分論者認為法條競合概念係指發生在同一法律內部不同法條間之關係，不能擴及於分屬不同法律之法條間關係，例如：刑法與附屬刑法間的情形，不同法律間之法條，僅得依特別法優於普通法之原則處理⁷。然二者不僅同為解決一行為侵害一法益，形式上該當於不同法條之構成要件時，於法律適用上，應如何避免重複評價之同一問題；所不同者，僅說理上，同一法律內部不同法條之關係依法條競合理論處理，而分屬不同法律之數法條間關係，則另依循特別法與普通法之關係加以闡述；

⁶ 陳志輝，刑法上的法條競合，初版，1998年2月，第133頁。

⁷ 柯耀程，法規範同一性適用法律競合之質疑—最高法院88年度台上字第726號判決評釋，台灣法學雜誌，第11期，2000年6月，第38頁。

況儘管如此，二者檢視判斷之基礎，均為法條競合理論，殊途同歸，尚無嚴予區隔之實益⁸。從而本件法律爭議所關涉之二法條，雖分屬毒品危害防制條例(下稱毒品條例)及藥事法，本席仍取徑法條競合理論而為闡述。

五、毒品條例處罰轉讓第二級毒品與藥事法處罰轉讓禁(偽)藥等規定

定間存在法條競合之特別關係，前者為特別規定，應優先適用毒品條例與藥事法相對於刑法，雖均為特別法，然依二者之規範對象觀之，藥事法所規範之藥物，包括藥品及醫療器材，其中藥品之範圍，涵蓋一切足以影響人類身體結構、生理機能之藥品(含原料藥及製劑)及用以配製該藥品之藥品(含原料藥及製劑)，為該法第4條、第6條所明定；毒品條例所規範之毒品，依其第2條第1項、第4項規定，指非醫藥及科學上需用之具有成癮性、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，性質上自屬於藥事法所規範之足以影響人類身體結構、生理機能之藥品。足徵毒品條例所規範之「毒品」，係藥事法原有構成要件要素中「藥品」概念之特殊化，其規範範圍僅限於藥事法所規範藥品之一部分。再就該二法律關於轉讓行為之處罰規定而言，藥事法第83條第1項所處罰轉讓

⁸ 參考同前1註，第196、197頁。

行為之客體禁藥、偽藥，性質上仍屬藥品，且與藥事法所規範之上開藥品同其範圍，僅其製造、調劑、輸入、輸出、販賣、陳列之過程，有違反中央衛生主管機關公告之禁令、或未經核准，或標示不實等違法事由，致成為藥事法所稱之禁藥、偽藥；反觀毒品條例第8條第2項處罰之轉讓行為，其客體為第二級毒品，性質上本屬藥事法所規範藥品，已詳如前述，且其中甲基安非他命業經公告為禁藥，而其他第二級毒品，因同條例第4、5、10、11條等規定，禁止製造、運輸、販賣、施用、持有，故屬違禁物，縱未經依法公告為禁藥，亦因其製造不可能經合法核准，而屬偽藥，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，亦徵毒品條例處罰轉讓行為之規定，係將藥事法處罰轉讓行為規定原有概念要素特殊化，致規範範圍僅藥事法該處罰規定之一部分。從而毒品條例處罰轉讓第二級毒品規定之構成要件要素，在概念上必然包含藥事法處罰轉讓禁藥、偽藥規定之所有構成要件要素，此二刑罰規定具保護法益同一性，屬法條競合之情形；且實現前者之構成要件時，亦當然實現後者之構成要件，是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。轉讓甲基安非他命行為，依毒品條例第8條第2項規定論處，具有理論上正當性。

六、本件裁定雖以法條競合之情形，如何選擇據以論罪之法規，法無明文，本院向來所採之「重法優於輕法」原則，可避免捨重罰採輕罰致評價不足之弊，而「充分評價不法」等旨，說明沿用本院先前所持見解之理由。然遑論「評價不足」所稱之「評價」，一般係指確認行為該當於何種犯罪，屬犯罪構成要件該當之問題，與刑罰輕重無涉；況法條競合理論主要在探討僅有一犯罪行為，卻同時該當於數犯罪構成要件，且此數犯罪構成要件之規定所保護者均為同一法益之情形，應如何擇一論罪，以避免過度評價，尚不生評價不足之問題。尤以法條競合理論，為法學方法論之重要環節，毋寧為法律適用之經緯，其各種競合關係之內容、原則，均由法理所生，為法理之當然，無待明文。

綜上，本席不同意多數意見。依法院組織法第51條之9第2項規定，提出本件不同意見書。