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 4243 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

本案相關性的爭議問題有三：

一、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）與成年人，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 項之規定減輕其刑？

二、另同一事實涉及法律適用的關係，適用較重的藥事法第 83 條第 1 項為處斷，然因該事實同樣真實該當毒品危害防制條例第 8 條第 2 項的規定，因涉及此等事實於毒品危害防制條例第 17 條第 2 項定有偵查及審判中均自白的減輕規定。此時雖適用較重的藥事法第 83 條第 1 項規定，而毒品危害防制條例第 8 條第 2 項被排除適用，其在量刑時，應否對於毒品條例第 17 條第 2 項的規定，於量刑中予以考慮？抑或根本上即應有毒品危害防制條例第 17 條第 2 項之適用？

三、又同一轉讓甲基安非他命（未達法定應加重其刑之一定數量）的行為事實，因法律適用的關係，擇較重之藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥罪論處。惟因該行為事實同時有藥事法第 83 條第 1 項之轉讓禁藥罪，及毒品危害防制條例第 8 條第 2 項轉讓第二級毒品罪之該當，因法律適用之例，擇以較重之刑的藥事法第 83 條第 1 項適用，然藥事法第 83 條第 1 項所定的法定刑，為 7 年以下有期徒刑；而被除斥的毒品危害防制條例第 8 條第 2 項所定的

法定刑，則為 6 月以上 5 年以下有期徒刑，就法定刑的結構，雖以藥事法第 83 條第 1 項之刑為重，然毒品危害防制條例第 8 條第 2 項所定之刑，確有較重之低度刑，是以在科刑時，是否有如刑法第 55 條想像競合之規定，不得低於被排除適用法規低度刑的限制？

貳、概念釐清與具體適用

對於轉讓二級毒品，但未達法定應加重之一定數量的行為事實，其本有毒品危害防制條例第 8 條第 2 項轉讓二級毒品罪，以及藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥罪之具體該當，此本屬於同一行為事實，同時有二構成要件均具體該當的適用判斷問題。最高法院刑事大法庭 109 年台上大字第 1089 號裁定依循既有實務所形成的認知，認為應從重法為處斷。遂使得被告轉讓少量二級毒品甲基安非他命的行為，雖同時有毒品危害防制條例第 8 條第 2 項及藥事法第 83 條第 1 項的適用，因以藥事法所規定者為重，乃以藥事法第 83 條第 1 項為具體適用之法規，並未為毒品危害防制條例第 8 條第 2 項規定的適用。然因毒品危害防制條例第 17 條第 2 項之規定，犯毒品危害防制條例第 4 條至第 8 條規定之罪者，於偵查中及審判中均自白，得減輕其刑。本案之例雖具體事實為轉讓甲基安非他命的行為，但因具體適用的法律為藥事法第 83 條第 1 項的規定，其是否仍應為毒品危害防制條例第 17 條第 2 項減輕規定的適用？乃成為法規整體適用分割與否的爭辯焦點。最高法院歷來對於適用具體法律規定的認知，多傾向於法規適用的整體與完整性，具體事實既適用藥事法的規定，則應完全依藥事法所訂的內容，作為具體適用的基準，因藥事法中對於轉讓禁藥的行為，並未定有自白得為減輕的規定，基於法律不能分割的整體性適用觀念，對於具體事實，自無由得為毒品危害防制條例第 17 條第 2 項減輕的適用[1]。惟就刑法規範的型態關係而言，毒品危害防制條例乃屬於刑法的特別法，屬性為特別刑法的形式，亦即該條例乃專屬於刑法內容的規範；而藥事法之於刑法而言，其本質並非刑法的法律規定，所以訂有刑罰制裁者，乃係附屬性質，其為附屬刑法的屬性；又對比毒品危害防制條例與藥事法，雖其可能涉及同一具體事項的規範，諸如轉讓毒品的具體事實，但就屬性關係而言，毒品危害防制條例乃屬

---

1 參照最高法院 104 年刑庭會議第 11 會議決議。

於純粹刑法的規範，藥事法雖有刑罰規定存在，但其仍屬於附屬刑法。通常附屬刑法者，在立法形式上，都僅作成罪條件的規定，亦即都僅作犯罪構成要件類型的規範，或是對於特定法律效果，如沒收之規定，對於其他諸如減免刑事責任事由、適用刑罰加重或減輕事由等問題，或是有參與問題等，均未做個別性的規定，畢竟其僅為附屬刑法而已。對此，若有涉及具體行為事實有涉及刑的加重減輕事項，其在具體的適用關係上，倘屬刑法總則所規定的事項者，其適用固然較無問題，諸如行為人有自首的事由（刑法第 62 條），或是得否適用易科罰金，或緩刑規定者；但若涉及刑法加重或減輕規定者，特別是有涉及刑罰減輕規定者，其並非屬於刑法總則所規定，而是個別犯罪類型規定中或是屬於特別刑法內所規定者，其是否仍得以適用？是否可以從刑法第 11 條規定的涵蓋範圍，得到妥適的適用解決？仍有說明與釐清的必要。

一、競合概念釐清

基於行為非難的「完全評價」原則的要求，對於一個具體的行為事實，在法律適用的基本認知，必須為完足無欠缺的完全該當性判定，亦即適用的法律規範，以及相關的法律關係（包含行為加重、減輕事由、刑事責任相關規範的適用、科刑與執行相關的規範等），如屬於行為事實所存在的具體事實或事由者，在法律適用的要求上，均應予以考慮，並為最精準的法律適用。由於構成要件的規範，多屬於單行行為事實型態的規定形式，其對於具體行為事實的評價，會因行為事實的具體形象，而產生具體適用關係的差異狀況。原則上一個具體的行為事實，必須其在法律的適用關係，會有四種法律該當情狀的可能性：1、單一構成要件適用：倘若單一構成要件的成罪要件，即足以完整規範，自然以單一構成要件的該當，作為對應具體行為事實的成罪認定；2、想像競合關係：當單一行為事實，其行為形式及所生侵害的事實，並非單一構成要件所得以完全涵蓋，而必須以數個構成要件的共同作用，方得以對之為完整評價者，此時所共同適用的構成要件規範，均確實被具體行為事實所該當，數構成要件對於具體的行為事實，均具有評價的作用，亦具有真實且具體適用的前提；3、假性競合的迷幻效應：當一個具體事實，有數個構成要件得以為適用，但實際上僅有單一構成要件得以為適用，其他疑似該當的構成要件，因受到「完全評價」原則的檢視，事實上並無得為該當適用，其所未為

得適用者，乃在於其對應具體行為事實，得為適用規範的完整性尚有不足，自然被視為不該當。假性競合（有多元的名稱，或有稱為法律競合、不純正競合、或是法規競合，本質均屬適用的法規單一）所以存在，主要係因構成要件對於同質性的行為事實，做不同層次規範的構想所然；4、規範的重疊效應：單對於一個具體的行為事實，具體該當的規定有數個，且每一個構成要件對具體事實均具有真實該當的情況，此時在法律的具體適用上，究竟應擇取那一個構成要件為適用？乃回歸到法律適用最根本的原則，亦即「特別規定優先普通規定適用」的基礎原則，對於此種情狀的存在，主要係立法上的疊床架屋，對於同一行為事實的規範，於基礎規定之外，更做特別法立法，或是做附屬刑法的立法，遂形成同一事實具有相同性質的數規範都有該當的情況，在此種疊床架屋的法規型態下，決定適用的基準，乃在於判斷那一個構成要件屬於特別性的規定？而那一個屬於一般性的規範。

（一）法律效果

上述四種構成要件該當關係的法律適用型態，主要係在決定對於行為事實非難的法定規範該當的問題，當法定構成要件該當的關係確認之後，乃形成確認法定刑的關係。若是屬於單一構成要件的適用者，基於法定原則的要求，科刑的基準，原則上（除刑法第 59 條及第 61 條的裁量考量之外）應依法定刑的刑度，作為具體量刑的範圍；若屬於想像競合的問題，則因具體事實係由數個構成要件共同評價所形成的非難結果，又因數構成要件共同適用時，欠缺單一法定刑的結構，在科刑基準上，必須有一個屬於法定刑性質的刑度，以作為科刑的依據，對此乃有所謂「結合刑原則」[2]，作為想像競合科刑處斷的適用規則，故當共同適用的構成要件，其屬較輕之法定刑，有較高的低度刑者，在科刑的刑度基準，則以結合較重罪的高度刑與較輕罪的低度刑而成。此結合刑原則的適用，僅限定在想像競合的型態，若非屬想像競合之觸犯數罪名者，即無所謂「低度刑的攔阻效應」問題；又若本乎構成要件體系的關係，所形成的法規競合問題；或是因重疊立法的因素，所形成的構成要件重疊該當的問題，因其最終僅有單一構成要件得以具體適用，並無想像競合存在的關係，於科刑的基準，根本不

---

2 關於想像競合概念與所謂從一重處斷，但不得低於較高低度刑，即所謂「結合刑原則」。參照柯耀程，刑法競合論，2 版，2012 年 10 月，元照出版，48 頁以下。

生無適用之構成要件，其雖有較高的低度刑，仍無所謂「低度刑的攔阻效應」適用之餘地。故如轉讓二級毒品，雖均該當藥事法第 83 條第 1 項及毒品危害防制條例的 8 條第 2 項的規定，其依實務見解，應依重法為處斷，而適用藥事法第 83 條第 1 項的刑度為 7 年以下有期徒刑，未得為具體適用的毒品危害防制條例第 8 條第 2 項的刑度，則為 6 月以上 5 年以下有期徒刑，其雖有較重之低度刑，但轉讓二級毒品的一行為，所該當的法律規定，並非屬於想像競合的結構型態，自無法定刑整合的關係，基於罪刑法定原則的要求，其僅能依適用的構成要件，依其所定的法定刑，作為科刑的基礎。

此外，具體的犯罪事實，其確認構成要件該當之後，自應依據該罪所定的法定刑，而為處刑的基礎，行為人所為行為事實的情節與損害結果的程度，本就各有差異，但其在具體量刑時，本於刑罰裁量的容許（如刑法第 59 條、第 61 條），得以做科刑時的衡酌。刑罰裁量主要所考量者，係行為人所為事實的各種因素（刑法 57 條），只要事實情節符合裁量的事由者，法律自有授權法官得於法定減免事由之外，得為酌量減輕的規定（刑法第 59、60、61 條、73 條），即使法律對於具體行為事實具有法定減輕的規定者，亦然，不論法定絕對減免規定，或是相對減輕規定，除依法應獲得為減輕者外，自得在刑罰裁量時，就具體行為事實的情節等因素，而為酌量減輕。法定減輕事由與裁量減輕事由並無互相排斥的效應，其本就得以為併行運用（刑法第 60 條）。即使法定減輕事由的規定，因選擇性法律適用的因素，而被排斥無法適用時，於刑法裁量上，自得對具體行為事實的衡量，而為酌量減輕的適用，然此種酌量減輕的事由，並非因被除斥的減輕規定，而是基於刑罰裁量上的授權關係所致。倘若被除斥的減輕規定，其減輕事由，仍屬於刑罰裁量事由者，即使其因法律適用關係被排斥適用，但其作為減輕事由，亦屬於刑罰裁量所應審酌的範圍者，自得予以衡酌而為減輕的處斷。本案若因法律適用的因素，對於轉讓二級毒品的行為，被告於偵查及審判中均有自白者，雖因法律是選擇的依據（實務採用重罪優先輕罪適用），且基於法律適用整體性的謬誤見解，至使得原本得依毒品危害防制條例第 17 條第 2 項為減輕的事由，不被適用，但對於具體行為事實而言，被告卻係有於偵查及各審級中均自白，此一自白作為減輕事由，雖因得適用的規定被排斥，但自白的本身，即得以作為刑罰裁量的量刑事由。

（二）適用分割與否的問題

對於同一行為事實，而有分別規定於不同法律形式的規定均得為具體適用時，而僅得選擇一構成要件為適用，若是被排斥的規定，其對於構成要件的事實，同時規範有減輕的規定時，因其係屬於不同法律形式的規定，於選擇適用時已被排斥，故當所適用的法律規定，其中並未有如被排斥法律形式的減輕規定時，則是否得以已被排斥法律的減輕規定為適用？實務係採取否定的立場。依據最高法院 104 年第 11 次刑庭會議的決議[3]，認為「對於不同刑罰法律間具有法規競合關係者，經擇一法律加以論科，其相關法條之適用，應本於整體性原則，不得任意割裂。…被告轉讓甲基安非他命之行為，因藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥與毒品危害防制條例第 8 條第 2 項轉讓第二級毒品之法規競合關係，既擇一適用藥事法第 83 條第 1 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 17 條第 2 項之規定，減輕其刑之餘地」。此即係由司法實務所創設出所謂「整體性適用」的規則。

然法律適用的「整體性、不得為割裂適用」的意旨，究竟所指者為何？其究係針對適用法律的形式？抑或是應有其特定的意涵？確實需加以說明清楚。原則上，法律適用的基礎，乃在於對具體行為事實的成罪規範，亦即構成要件該當判斷的問題，對於法律規範的評價對象的判斷，若有因立法上的疊床架屋，而造成同一事實有數構成要件規範的存在時，對具體事實的認定，基本的適用前提，應該事先從法律適用的基礎原則，亦即「特別規定優先普通規定」的適用關係，作為具體適用的基礎，而選擇所應適用的規定為論斷。在構成要件判斷的選擇過程，僅能以單一的構成要件，作為適用的基礎，不得將構成要件作切割的適用，亦即對應依具體行為事實的規範，有 A、B 二構成要件，在具體適用時，僅能選擇 A 或 B 為適用，不能做部分 A、部分 B 的構成要件為適用。同時，對於所選擇適用的構成要件，其法

---

3 雖在現制下，採行大法庭的形式，作為解決法律爭議的機制，而有捨棄所謂最高法院決議的構想，然決議亦屬法律適用的見解，係屬於法律認知內化的問題，形式可以廢除，但其內涵仍為法律適用的認知。若依此種結構性的改變，最高法院 104 年第 11 次刑庭會議的決議，本屬於被廢棄的對象，但重要的不是決議的形式，而是其具體的內涵，決議所形成的法律見解，仍舊拘束著具體的法律適用。嚴格而言，該決議應為誤解法律適用整體性、不得割裂適用的意涵。

律效果，亦僅能從該構成要件的法定刑為科刑的基礎，不能構成要件選擇 A，而法定刑選用 B 的法定刑，此方為整體適用不得割裂的本然意義。此亦為罪刑法定原則核心的內涵所在。

當同時該當的構成要件，分屬於不同的法律形式時，對於論罪所適用的構成要件，自然不能做成罪條件的切割，但若對於具體事實除成罪的構成要件規範外，另設有對於其他情節事由、或是減輕事由另設有規定者，此等成罪構成要件以外事由的規定，係針對於所適用的具體行為事實者，其因罪的適用被排斥，但具體的行為事實仍屬於同一，則成罪規定以外的事由，其有規定者，非必然即應為排斥不得適用，其是否得為適用者，仍應從刑法第 11 條規範的意涵，作為適用的審視。法律形式的存在，不論是屬於特別刑法或是附屬刑法，其所專屬性的成罪或是相關規範之外，若有未為規範的事項，本應回歸到刑法基本法則的適用，此為刑法第 11 條規範的意旨所在，不同法律形式對於成罪規定的適用，並無排斥其他法律基本原則，或是法律成罪規定外的其他事由規定的封閉性效應，故以具體適用構成要件所存在的法律形式，不得割裂適用者，在於構成要件、不在於法律形式，是以將法律形式作為認定整體性適用，作為適用封閉性認定的見解，恐有誤解。

二、法律適用基準

對於同一行為事實，而有分屬於不同法律形式的相同構成要件規範者，不論係屬於特別刑法的形式，或是附屬刑法的形式，其在具體的法律適用上，必須依循一定的適用準據。而刑法第 11 條的規定，即是此種結構關係下的法律適用基礎規範。刑法第 11 條的規定「本法總則於其他法律有刑罰、保安處分或沒收之規定者，亦適用之。但其他法律有特別規定者，不在此限。」，該規定所揭示的規範意涵有二[4]：1、形式意義：凡有涉及刑罰權的法律規定，均應有刑法基本原則的適用，且刑法總則主要所規範者，乃在於對犯罪行為不法、可罰等相關性判斷的原則性規定，其多屬於整體性行為事實判斷的基礎，刑法總則所規範的內容，本對於整體事實的評價，具有普遍性的效應，

---

4 參照柯耀程，刑法釋論Ⅰ，2014 年 8 月，一品出版，155 頁以下。

其僅需做整體性的規範，毋須為個別性的規定[5]。惟個別規定，或是特別刑法、附屬刑法中，如有特別規定者，則依其特別規定為適用；2、實質意涵：刑法適用的準則，本有屬於普遍性與個別性的形象，若屬普遍適用的基準者，並不允許其他法律規定予以變更，諸如法定原則、罪責原則等絕對性的基礎原則是；若屬於個別性的刑罰權規範者，從規範存在的形式可以做二種類型的區分：（1）刑法總則內雖有原則性的規定，但其他法律規定另設有特別規定者，則從其特別規定適用，例如刑法緩刑的前提為受 2 年以下有期徒刑之宣告，但少年事件處理法則對於少年刑事案件的規範，得為緩刑的條件，則為受 3 年以下有期徒刑之宣告；又如褫奪公權的規定，刑法總則原則上係以受有期徒刑 1 年以上之宣告者，方得以宣告褫奪公權，但貪污治罪條例則特別規定，只要犯該條例之罪者，應為褫奪公權之宣告（貪污治罪條例第 17 條），並不受刑法總則的拘束；（2）刑法總則未做原則性的規定，而於其他刑法法律中，定有規定者，則仍適用此特別規定，如刑法總則並未對於被告自白，做得減輕其行的規定，而於刑法第 172 條中定有自白減輕的規定；同樣對於毒品犯罪者，毒品危害防制條例第 17 條第 2 項，對於犯毒品罪者（毒品危害防制條例第 4 條之第 8 條之罪），偵查中及審判中均自白者，減輕其刑。

此外，若對於同一具體行為事實，於不同的法律形式中，均定有規定者，除成罪規定相當者外，若本質性的法律規定，另定有成罪規定以外的其他事項者，諸如訂有刑罰減輕事由者，其所規定的事項，本就基於具體事實所然，倘若關於構成要件該當的具體行為事實，確實均該當不同法律形式的構成要件時，因法律是選擇的關係，而僅得以適用單純成罪規範的法律形式時，對於構成要件以外與事實相關性的其他規定，因規範的內容，乃屬於同一事實相關性的事項，自仍得以為適用，此亦係刑法第 11 條規範所涵蓋的範圍。具體而言，轉讓甲基安非他命的行為事實，因有藥事法第 83 條第 1 項及毒品危害防制條例第 8 條第 2 項的規定，得以為適用，且二者均真實該當，即便

---

5 不同體制下對於整體性規範的思維，或有些微不同，諸如我國刑法對於未遂的規範，則採取宣示性做個別規範的形式（刑法第 25 條第 2 項），而德國刑法則是採取雙重性的規範方式，德國對於未遂處罰的規定，若屬於重罪者（Verbrechen）則未遂罰之；若屬於輕罪者（Vergehen），則以個別規定的方式（德刑§23 Abs.1）。

法律適用的選擇因素，最終適用藥事法第 83 條第 1 項的規定，但因構成要件以外，對於具體行為事實，被告於偵查及審判中均有自白時，其依據毒品危害防制條例第 17 條第 2 項的規定，對於此等具體事實，涉有減輕其刑的規定，其無涉於構成要件該當與否的判斷，且與事實相關，且轉讓的標的，仍屬於毒品危害防制條例所規範的範圍，其並非單純非毒品（因須有類型性的法定方屬之），而得專屬藥事法為禁藥罪之適用，其本屬於毒品法所定的規範事實範圍，對此等事實，雖藥事法中並無自白減輕的規定，仍應為毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定的適用。

三、法律適用的合理性

被告有轉讓甲基安非他命的行為，因其所轉讓的數量，未達到法律加重適用的量，乃形成同時具有藥事法第 83 條第 1 項及毒品危害防制條例第 8 條第 2 項規定，均得為具體適用的情形，雖因法律適用的選擇性因素，最終適用藥事法第 83 條第 1 項為處斷，但該具體行為事實中，被告於偵查中及審判中均自白，該自白依據毒品危害防制條例第 17 條第 2 項的規定，本得為減輕其刑的適用，但因涉及成罪適用規定為藥事法第 83 條第 1 項的規定（不論名為轉讓禁藥罪，或是轉讓二級毒品罪，其基本事實均為轉讓甲基安非他命，該標的既是禁藥，亦是毒品），乃生成罪規範依據藥事法，而所涉及自白減輕的規定，則為毒品危害防制條例，若予以為減輕其刑規定的適用，是否有生整體性適用不得割裂的問題？爰對於具體事實的成罪法律適用，僅得選擇藥事法第 83 條第 1 項，或是毒品危害防制條例第 8 條第 2 項，若具體成罪規範的適用，係選擇藥事法為適用，並無部分採用轉讓禁藥罪、部分引用轉讓二級毒品罪的構成要件，或是罪的形成依藥事法、刑依毒品危害防制條例，即無所謂割裂適用的問題。

又具體的事實，被告對於其轉讓行為，於偵查及審判中均自白，該條件本合於毒品危害防制條例第 17 條第 2 項的規定，即使成罪的法律適用，係依藥事法第 83 條第 1 項的規定，仍無妨於減輕規定的適用，其乃屬於刑法第 11 條規範意涵所涵蓋的範圍。倘若認為既適用藥事法的規定，即無得為割裂適用毒品危害防制條例為減輕者，則在法律適用的關係上，會發生嚴重的失衡現象，略舉一對比之例說明，若二被告同為轉讓的甲基安非他命，一轉讓 9 客、另一則轉讓 25 克，

且二被告於偵查及審判中亦均自白，但其確有大不相同的命運。轉讓 9 克者，依法律適用選擇的結果，應為藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥罪之適用，且一實務慣性的見解，認為藥事法中並無自白減輕的規定，基於整體適用不可割裂的觀點，僅得適用藥事法第 83 條第 1 項鎖定之最，科以該罪所定之刑，雖有自白的事實，卻無得為減輕其刑的適用；反之，轉讓 25 克者，其情節應較轉讓 9 克者為重，依具體適用的觀點，則應適用毒品危害防制條例第 8 條第 6 項之加重規定，因其於偵查及審判中均自白，又得適用該條例第 17 條第 2 項的減輕規定，蓋成罪的法律適用暨適用毒品危害防制條例，且自白亦屬該條例內之規定，並不會有割裂適用的疑慮，其雖屬於應適用加重規定的行為，但得有減輕規定適用的問題，依照刑法第 71 條第 1 項的規定，應先加後減，又刑法第 66 條減輕程度的規定，以及第 67 條法定刑度上下同加減的規定，對於轉讓 25 克的行為事實，其該當毒品條例第 8 條第 2 項（法定刑為 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）的規定，依此規定為加減，如此可以得出科刑依據的刑度範圍，若依該條例第 8 條第 2 項先予以加重者，則刑度範圍為 9 月以上 7 年 6 月以下有期徒刑，再依此為減輕，所得的結果，即為 4 1/2 月以上 3 年 9 月以下有期徒刑。這樣的量刑空間，絕對要比轉讓未達 10 克，僅得適用藥事法第 83 條第 1 項的規定，而不得以自白為減輕適用者為輕。關行為事實情節較重者，因法律適用的關係，卻得到較輕科刑基礎的結果；而行為情節較輕者，卻因偏執法律適用選擇的因素，以及錯用整體適用不得割裂的認知，造成必須承擔較重科刑基礎的後果。此種法律適用差異性的結果，以及整體適用不得割裂的偏執，遂造成量刑基準的失衡現象，蓋同樣因轉讓二級毒品的行為，於偵查及審判中均有自白，卻產生「重者為輕、而輕者為重」的矛盾現象，焉有轉讓數量較大者，其因適用毒品危害防制條例的加重規定，所以得適用自白的減輕規定，所得的刑度範圍，卻遠輕於轉讓數量較少而適用藥事法，卻因受限於整體適用觀念的因素，而適用藥事法處斷的情形，此具體事實上所存在的矛盾關係，方為本案所應特別加以重視的問題。

參、結論

本案所涉問題的核心，在於被告轉讓二級毒品甲基安非他命的行為，因為達一定得為法定加重規定適用的數量，於法律適用的選擇上，

依據最高法院 109 年台上大字第 1089 號裁定，認定法律適用關係應為較重的藥事法第 83 條第 1 項的規定，惟因被告偵查及審判中均自白，其是否得適用毒品危害防制條例第 17 條第 2 項的減輕其刑規定？若依實務向來的適用見解（最高法院 104 年第 11 次刑庭會議決議），本無得為減刑規定的適用。然此種見解存在有本質性的矛盾與謬誤，一者誤解整體適用要求的內涵，其乃屬於罪刑法定原則下，對於成罪構成要件及其法定刑的完整適用關係所為的要求，並非係針對於構成要件罪刑規定以外的要求，若於罪刑規定以外另設有適用的規定者，其主要應從規範的對象觀察，若屬於對應行為事實的衡量，或是涉及訴訟條件的規定者，於成罪構成要件規定的適用以外，均得為併用，此亦係刑法第 11 條規範的意旨。

綜上，本案件鑑定意見結果如下：

一、轉讓甲基安非他命的行為事實，因其未達一定的數量，依最高法院之見解，應為藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥罪之適用，但因事涉被告於偵查及審判中均有自白，該等行為事實以外的事項，於毒品危害防制條例第 17 條第 2 項定有「減輕其刑」的規定，該減刑規定的適用，並無礙於法律適用的正確性與合理性，其應予以適用，其本無所謂整體不得割裂適用的問題存在，且若認為不為適用時，乃會形成上述「重者為輕、而輕者為重」的矛盾現象。

二、任何犯罪行為事實，均屬於刑罰裁量上衡酌的基礎，即使未有法定的減輕事由存在，仍得基於裁量授權的關係，做適當科刑上的酌減。該案件本應適用毒品危害防制條例第 17 條第 2 項的減輕規定，其本為「應減」，自毋須以此事由，作為量刑上考量的問題。蓋只要前提問題解決，本問題即得迎刃而解。

三、本案所涉及的法律關係，並非想像競合的問題，自無所謂低度刑攔阻效應的關係存在。其並非想像競合的關係，在法律效果的要求上，並無所謂「結合刑原則」適用之餘地。

法律意見鑑定人：柯耀程