

# 最高檢察署

檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

(109 年度台上大字第 4243 號)

檢察官 宋國業  
陳瑞仁  
吳巡龍  
黃則儒  
林俊言  
蔡秋明



## 本案提案之法律問題

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）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（下稱毒品條例）第 17 條第 2 項之規定（下稱系爭規定）減輕其刑？

## 目 錄

|                                                          |    |
|----------------------------------------------------------|----|
| 壹、有關本案法律爭點及相關聯問題處理順序之說明                                  | 1  |
| 貳、與本案法律爭點相關之法律條文及立法理由                                    | 2  |
| 一、毒品危害防制條例第 17 條                                         | 2  |
| 二、刑法第 55 條                                               | 3  |
| 參、與法律爭點相關之本案事實                                           | 3  |
| 肆、本案下級審對上開法律爭點之見解                                        | 7  |
| 一、臺灣花蓮地方法院 107 年度訴字第 283 號刑事判決                           | 7  |
| 二、臺灣高等法院花蓮分院 108 年度上訴字第 61 號刑事判決                         | 9  |
| 三、小 結                                                    | 11 |
| 伍、本案法律爭點之基礎性關聯問題：在法規競合脈絡下被告之科刑是否不得低於被排斥適用法規之最低法定刑？       | 12 |
| 一、相關實務見解                                                 | 12 |
| (一) 肯定說                                                  | 12 |
| (二) 否定說                                                  | 15 |
| 二、相關學說                                                   | 18 |
| 三、外國立法例                                                  | 20 |
| (一) 美國法                                                  | 20 |
| (二) 日本法                                                  | 23 |
| (三) 德國法                                                  | 25 |
| 四、本署見解                                                   | 37 |
| (一) 封鎖作用之意義：封鎖作用旨在避免被告獲得不當之輕典                            | 37 |
| (二) 封鎖作用在法規競合場合之適用：在法規競合案型，未獲適用之輕罪法條亦有封鎖效果               | 38 |
| 陸、本案法律爭點問題：被排斥適用法規有減輕或免除其刑之規定者，在量刑時是否應予以考慮？              | 38 |
| 一、相關實務見解                                                 | 38 |
| (一) 肯定說：得適用毒品條例第 17 條第 2 項之規定減輕其刑                        | 38 |
| (二) 否定說：不得適用毒品條例第 17 條第 2 項之規定減輕其刑                       | 40 |
| 二、相關學說                                                   | 44 |
| 三、德國學說                                                   | 44 |
| 四、本署見解                                                   | 46 |
| (一) 本案行為本應逕依毒品危害防制條例論處，並依同條例第 17 條所定自白減輕規定，減輕其刑。         | 46 |
| (二) 透過輕罪封鎖作用法理的聯結，宜認在偵審中自白犯罪之轉讓甲基安非他命而依藥事法論罪之行為人，仍得減輕其刑。 | 46 |
| 柒、結 論                                                    | 48 |



最高檢察署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨書

110 年度台庭蒞字第 4 號

提出人 最高檢察署檢察官 宋國業

被告 鍾順裕 年籍詳卷

選任辯護人 林政雄律師

上列被告因違反毒品危害防制條例等案件，於中華民國 108 年 10 月 08 日經臺灣高等法院花蓮分院為第二審判決（108 年度上訴字第 61 號），被告提起上訴，因貴院審理庭評議後，認擬採為判決基礎之法律見解與貴院先前裁判之法律見解歧異，提案予刑事大法庭裁判，茲將本署檢察官刑事大法庭言詞辯論意旨分述於後：

壹、有關本案法律爭點及相關聯問題處理順序之說明

本案立案之後，最高法庭提案庭法官於 109 年 3 月 12 日準備程序中，提出兩則與本案法律爭點相關而經抽象化後之法律問題：其一為「被排斥適用法規有減輕或免除其刑之規定者，在量刑時是否應予以考慮？」其二為「科刑是否不得低於被排斥適用法規之最低法定刑？」。雖然未經特別言明，此二問題諒係均指在法規競合脈絡下的法律問題。第一個問題實即本案之法律爭點問題，第二個問題則表面上僅為本案法律爭點之附帶法律問題。然而，由於在解決第一個相關法律問題之前，必須先回答：「想像競合犯之『輕罪規定的封鎖作用』

（die Sperrwirkung des mildereren Gesetzes）在法規競合之案例中有無適用餘地？」之問題。在此問題獲得肯定答案之後，始能進一步回答：若規範輕罪之法律有刑罰減輕規定，而規範重罪之法律無此減輕規定時，可否基於「輕罪規定的封鎖作用」，對於構成重罪罪名之行為減輕其刑罰。其次，德國「輕罪封鎖作用」的原本意涵，一為「輕罪最低刑度的封鎖作用」（die Sperrwirkung für die Mindeststrafe），一為規範輕罪罪名之法律有關從刑（Nebenstrafen）、附隨效果（Nebenfolgen）與附隨處分（Maßnahmen）之規定對於重罪罪名所起的封鎖作用，然

各罪刑罰的加重減輕，原不在封鎖作用的範圍內，以此之故，邏輯上允宜先行討論第二個問題，再行探究第一個問題。故而本文決定先就第二個問題予以論述，並另名之為「基礎性關聯問題」，俟此問題獲得結論之後，再行討論輕罪規範之減輕規定是否亦在「封鎖作用」之射程範圍之內，原第一個問題則逕稱「本案法律爭點問題」。蓋如後所述，「輕罪的封鎖作用」之本意原在避免犯罪行為因為刑罰評價不足而不當獲益，而刑罰之減輕乃對行為人有利，與「封鎖作用」之原本意旨有所出入，是此問題本即較為深細，爰在討論順序上列為在後探討之問題，先此說明。

## 貳、與本案法律爭點相關之法律條文及立法理由

### 一、毒品危害防制條例第 17 條

98 年 5 月 5 日修正，98 年 5 月 20 日公布之毒品危害防制條例第 17 條規定：「(第 1 項)犯第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。(第 2 項)犯第四條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。」108 年 12 月 17 日修正，109 年 1 月 15 日公布之毒品危害防制條例第 17 條規定：「(第 1 項)犯第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。(第 2 項)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。(第 3 項)被告因供自己施用而犯第四條之運輸毒品罪，且情節輕微者，得減輕其刑。」理由：「一、第一項未修正。二、第二項之規範目的原在於使犯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，以開啟其自新之路，故對犯前述罪之毒品之被告，於偵查及審判中均自白者，採行寬厚之刑事政策，而為應減輕其刑之規定。惟原所稱「審判中」，究指被告僅須於審判中曾有一次自白犯罪即應適用減刑規定，抑或須於歷次審判中均自白犯罪者始符合之？解釋上易生爭議。考量原立法之目的，係在使前述毒品案件之刑事訴

訟程序儘早確定，當以被告於歷次審判中均自白犯罪者，始足當之，而所謂歷次審判中均自白，係指歷次事實審審級（包括更審、再審或非常上訴後之更為審判程序），且於各該審級中，於法官宣示最後言詞辯論終結時，被告為自白之陳述而言。故爰修正第二項，明定於偵查及歷次審判中均自白者，始減輕其刑。又被告於偵查中及於一審審理中自白，僅被告上訴且於二審審理中否認犯罪，因不符合第二項所定「歷次審判中均自白」之減刑要件，法院自應撤銷原判決另行改判，併此敘明。三、本法對「運輸」毒品之行為均一律依據第四條加以處罰，對於行為人係自行施用之意圖而運輸毒品之行為，並無不同規範。然此種基於自行施用之目的而運輸毒品之行為，且情節輕微者，雖有問責之必要性，惟如一律依本法第四條論以運輸毒品之重罪，實屬法重情輕，且亦無足與真正長期、大量運輸毒品之犯行區別，是針對自行施用而運輸毒品之犯行，增訂本條第三項，以達罪刑均衡之目的。」

## 二、刑法第 55 條

94 年 1 月 7 日修正、94 年 2 月 2 日公布、95 年 7 月 1 日施行之刑法第 55 條規定：「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」修正理由：「想像上競合與牽連犯，依原法規定，應從一重處斷，遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑。此種情形，殊與法律規定從一重處斷之原旨相違背，爰增設但書規定，以免科刑偏失。又依增設本但書規定之精神，如所犯罪名在三個以上時，量定宣告刑，不得低於該重罪以外各罪法定最輕本刑中之最高者，此乃當然之解釋。」

## 參、與法律爭點相關之本案事實

鍾順裕明知甲基安非他命經行政院衛生福利部明令公告列為禁藥管理，依法不得轉讓，竟基於轉讓甲基安非他命禁藥之各別犯意，於如附表一編號 1、4、6 號及附表二編號 1 至 4 號所示之時間、地

點，無償轉讓禁藥甲基安非他命（無證據證明純質淨重逾 10 公克）予附表一編號 1、4、6 號及附表二編號 1 至 4 號所示對象林鈺鳳等人共 7 次<sup>1</sup>。附表一編號 7 部分係被告販賣第二級毒品罪部分，僅作對照之用，與本案法律問題之討論並無直接關聯。

---

<sup>1</sup> 本案事實、附表一編號 1、4、6 及附表二引自臺灣高等法院花蓮分院 108 年度上訴字第 61 號刑事判決。

附表一：

| 編號 | 交易時間                  | 交易地點                 | 交易對象 | 交易方式<br>(金額為新台幣)                                                                          | 判決結果                                                                                                                            |
|----|-----------------------|----------------------|------|-------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1  | 107年4月29日12時16分許通話後未久 | 花蓮縣玉里鎮城南九街150號鍾順裕之居所 | 林鈺鳳  | 被告以門號0963556749號行動電話與林鈺鳳聯絡後，將第二級毒品甲基安非他命1小包(重量未逾純質淨重10公克)放置居所客廳桌上，無償轉讓予林鈺鳳施用。             | 鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑捌月。<br>扣案0963556749號行動電話手機(含SIM卡壹張)壹支沒收。                                                                      |
| 4  | 107年5月5日1時42分許通話後未久   | 花蓮縣玉里鎮城南九街150號鍾順裕之居所 | 林鈺鳳  | 被告以門號0963556749號行動電話與林鈺鳳聯絡後，將第二級毒品甲基安非他命1小包(重量未逾純質淨重10公克)放置居所客廳桌上，無償轉讓予林鈺鳳施用。             | 鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑捌月。<br>扣案0963556749號行動電話手機(含SIM卡壹張)壹支沒收。                                                                      |
| 6  | 107年6月20日20時39分許通話後未久 | 花蓮縣玉里鎮城南九街150號鍾順裕之居所 | 林鈺鳳  | 被告以門號0963556749號行動電話與林鈺鳳聯絡後，將第二級毒品甲基安非他命1小包(重量未逾純質淨重10公克)放置居所客廳桌上，無償轉讓予林鈺鳳施用。             | 鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑捌月。<br>扣案0963556749號行動電話手機(含SIM卡壹張)壹支沒收。                                                                      |
| 7  | 107年5月11日19時20分許通話後未久 | 被告居所                 | 吳聲基  | 吳聲基撥打被告門號0963556749號行動電話與被告聯絡後，被告以1000元之代價，販賣第二級毒品甲基安非他命1小包(重量不詳)予吳聲基，吳聲基當場交付1000元予鍾順裕收受。 | 鍾順裕販賣第二級毒品，累犯，處有期徒刑參年柒月。<br>扣案如附表三所示之物均沒收銷燬。扣案0963556749號行動電話手機(含SIM卡壹張)壹支、電子磅秤壹台均沒收。未扣案之犯罪所得新臺幣壹仟元沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。 |

附表二：

| 編號 | 轉讓時間                  | 轉讓地點 | 轉讓對象 | 轉讓方式                                                                                                       | 判決結果                                                       |
|----|-----------------------|------|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|
| 1  | 107年6月2日19時1分許通話後未久   | 被告居所 | 陳智祥  | 陳智祥撥打被告門號0000000000號行動電話與被告聯絡後，被告以提供陳智祥盛裝第二級毒品甲基安非他命之殘渣袋，讓陳智祥刮取甲基安非他命殘渣之方式，無償轉讓甲基安非他命（重量未逾純質淨重10公克）予陳智祥施用。 | 鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑柒月。<br>扣案0000000000號行動電話手機（含SIM卡壹張）壹支沒收。 |
| 2  | 107年4月30日13時49分許通話後未久 | 被告居所 | 游培宣  | 游培宣撥打被告門號0000000000號行動電話與被告聯絡後，被告在左列時、地，無償轉讓第二級毒品甲基安非他命（重量未逾純質淨重10公克）予游培宣施用。                               | 鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑柒月。<br>扣案0000000000號行動電話手機（含SIM卡壹張）壹支沒收。 |
| 3  | 107年6、7月間之某時          | 被告居所 | 沈智賢  | 被告在左列時、地，無償轉讓第二級毒品甲基安非他命（重量未逾純質淨重10公克）予沈智賢施用。                                                              | 鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑柒月。                                      |
| 4  | 107年6、7月間之某時          | 被告居所 | 沈智賢  | 被告在左列時、地，無償轉讓第二級毒品甲基安非他命（重量未逾純質淨重10公克）予沈智賢施用。                                                              | 鍾順裕犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑柒月。                                      |

案經臺灣花蓮地方檢察署檢察官認被告鍾順裕就附表一係違反毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪嫌；就附表二係違反藥事法第83條第1項之轉讓禁藥罪嫌，以107年度偵字第3578號提起公訴。臺灣花蓮地方法院以107年度訴字第283號刑事判決判處被告就附表一販賣第二級毒品罪；就附表二轉讓第二級毒品罪。被告提起上訴，臺灣高等法院花蓮分院以108年度上訴字第61號刑事

判決判處被告就附表一編號 1、4、6 號及附表二之部分轉讓禁藥罪（附表一編號 7 為被告販賣第二級毒品罪部分）。

#### 肆、本案下級審對上開法律爭點之見解

##### 一、臺灣花蓮地方法院 107 年度訴字第 283 號刑事判決

臺灣花蓮地方法院 107 年度訴字第 283 號刑事判決認為：「

##### (二)轉讓第二級毒品之法律適用

1.按法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之，中央法規標準法第 16 條定有明文。是「特別法優於普通法」原則已法有明文，於法規競合情形，應循此原則適用特別法規定，而非逕依法定刑相互比較，率以「重法優於輕法」方式選擇應適用之法律。藥事法之立法目的，係為規範藥事之管理，此觀藥事法第 1 條第 1 項前段自明；而毒品危害防制條例之立法目的則在於防制毒品危害，維護國民身心健康，此亦明文於毒品危害防制條例第 1 條。是藥事法與毒品危害防制條例除禁制之目的重疊外，藥事法規範之範圍顯然較毒品危害防制條例廣，換言之，毒品危害防制條例乃針對各級毒品之禁制而設，就毒品之販賣、轉讓、施用本均屬涉及毒品之使用行為，自應優先適用專門規範毒品使用行為之毒品危害防制條例，即毒品危害防制條例就毒品使用行為之刑罰規範，係藥事法之特別法。況依 98 年 5 月 20 日修正及增訂之毒品危害防制條例第 17 條第 1 項、第 2 項規定觀之，立法者並未排除毒品兼具禁藥性質時之相關犯罪類型亦有此等減輕其刑規定之適用，若執意以「重法優於輕法」原則，將轉讓此類有禁藥性質之毒品犯行，適用藥事法第 83 條第 1 項規定處斷，無非將逾越法律文義之解釋，且違背立法意志，並限縮被告有利事項之適用範圍，況於同樣條件下，轉讓第一級毒品者可獲邀減輕其刑，但轉讓具有禁藥性質之第二級毒品則否，勢必造成輕重失衡之處罰結果。是於法規競合之情形，若仍持「重法優於輕法」原則，顯然無法達成罪刑相當之刑罰效果。故本案轉讓甲基安非他命犯行，既

同時符合毒品危害防制條例第 8 條第 2 項及修正前藥事法第 83 條第 1 項規定，而屬法規競合，揆諸上開說明，自應循「特別法優於普通法」原則，優先適用毒品危害防制條例第 8 條第 2 項規定處斷。

2. 況「管制藥品」亦屬藥品之一環，其與「毒品」所重疊之品項，應視具體案件中使用該藥品之目的分別是用藥事法或毒品危害防制條例，該物質必須供醫藥、科學上之使用目的視為管制藥品時，始由藥事法所規範，若非供醫學、科學上使用，即還原其毒品本質，逕以毒品危害防制條例予以規範，其理於本案之適用上應無不同，則行為人如查無係供醫學或科學上使用之目的而非法持有甲基安非他命之事證，自應回歸甲基安非他命乃毒品危害防制條例所定之第二級毒品，而應對被告所為論以毒品危害防制條例之罪，要無法條競合論以藥事法之罪之餘地。且按明知為偽藥或禁藥，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 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 5 千萬元以下罰金，藥事法第 83 條第 1 項定有明文，然查，本案被告陳稱：知道甲基安非他命是毒品，但不知道是禁藥等語（見本院卷第 48 頁），此與一般社會常情無違，因被告既非甲基安非他命毒品之上游製造端，本身亦屬毒品買賣下游之買方，且毒品購買者所關心者，至多僅係所購毒品價格、品質及數量，衡情應無詢問或查證欲購毒品來源之動機，且衡諸被告僅國中畢業之智識程度，復無專業之醫學背景，亦無藥事法之相關前科紀錄，是被告應無知悉其所轉讓之甲基安非他命究係國內自製，或源自於國外，甚或其他來源之可能，則其就其所轉讓之甲基安非他命究否屬藥事法中所規範之偽藥或禁藥，自無何主觀上明知之犯意可言。是被告既與藥事法第 83 條第 1 項「明知」之要件不符自難逕以藥事法第 83 條第 1 項之轉讓禁藥罪相繩等情，應論以毒品危害防制條例第 8 條第 2 項之轉讓第二級毒品罪。

3. 綜上，不論認藥事法第 83 條第 1 項與毒品危害防制條例第 8

條有無競合關係，本案轉讓甲基安非他命之行為均無適用藥事法第83條之餘地，而應論以毒品危害防制條例第8條第2項轉讓第二級毒品罪方為妥適。

(三)核被告事實欄一、(一)所為，均係犯毒品危害防制條例第4條第2項之販賣第二級毒品罪；事實欄一、(二)所為，均係犯同條例第8條第2項之轉讓第二級毒品罪；事實欄一、(三)所為，係犯同條例第10條第2項之施用第二級毒品罪。被告販賣、轉讓及施用第二級毒品前、後，持有第二級毒品甲基安非他命之低度行為，各為其販賣、轉讓及施用之高度行為所吸收，均不另論罪。公訴意旨認被告就如附表二編號1至2所為係藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪，容有誤會，惟起訴事實同一，應予變更起訴法條；公訴意旨另就被告如附表二編號3至4所為，認係成立毒品危害防制條例第4條第2項販賣第二級毒品罪，惟此部分依卷內證據無從認定毒品之轉讓為有償，業如前述，惟起訴事實同一，亦應予變更起訴法條。被告所犯上開各罪間，行為互殊，犯意各別，應予分論併罰。

(四)加重及減輕事由：

.....

2.被告就附表一編號7販賣第二級毒品犯行及附表二轉讓第二級毒品犯行，於偵查中及本院審判時均自白犯罪，均應依毒品危害防制條例第17條第2項規定減輕其刑，並依刑法第71條第1項與前開加重事由先加後減之。」

## 二、臺灣高等法院花蓮分院108年度上訴字第61號刑事判決

臺灣高等法院花蓮分院108年度上訴字第61號刑事判決認為：

「三、法律之適用

(一)論罪

.....

2.轉讓禁藥部分

(1) 按甲基安非他命除屬第二級毒品外，且因安非他命類藥品業經行政院衛生署（現改制為行政院衛生福利部）於 75 年 7 月 11 日以衛署藥字第 597627 號公告一概禁止使用，並在 79 年 10 月 9 日以衛署藥字第 904142 號函明令公告列為禁藥，是甲基安非他命亦屬藥事法所規範不得轉讓之禁藥。

(2) 次按甲基安非他命雖係毒品危害防制條例第 2 條第 2 項第 2 款規定之第二級毒品，然亦經行政院衛生署（已改制為衛生福利部）於民國 75 年 7 月 11 日以衛署藥字第 597627 號公告重申禁止使用，迄未變更，而屬藥事法第 22 條第 1 項第 1 款所列之禁藥。行為人明知禁藥甲基安非他命而轉讓者，除成立毒品危害防制條例第 8 條第 2 項之轉讓第二級毒品罪外，亦構成藥事法第 83 條第 1 項之轉讓禁藥罪，屬於同一犯罪行為同時有二種法律可資處罰之法規競合（或稱法條競合）關係。因毒品危害防制條例第 8 條第 2 項之轉讓第二級毒品罪，法定本刑為 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。藥事法第 83 條第 1 項之轉讓禁藥罪，法定本刑為 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 5,000 萬元以下罰金。從而，轉讓甲基安非他命之行為，除轉讓達毒品危害防制條例第 8 條第 6 項規定之一定數量（淨重 10 公克以上），或成年人轉讓予未成年人，或明知為懷胎婦女而轉讓，經依法加重後之法定刑較藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥之法定刑為重情形外，依「重法優於輕法」原則，應適用重法即藥事法第 83 條第 1 項之轉讓禁藥罪處罰（最高法院 108 年度台上字第 1153 號判決要旨參照）。

(3) 查被告如附表一編號 1、4、6 號及附表二編號 1 至 4 號所載轉讓甲基安非他命予林鈺鳳等人，未逾純質淨重 10 公克以上，則被告於上揭時、地轉讓禁藥甲基安非他命，各應依藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥罪論處。

.....

(五) 關於適用毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定減輕其刑

1.按毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定：「犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑」，旨在鼓勵犯罪行為人之悔悟，同時使偵、審機關易於發現真實，以利毒品之查緝，俾收防制毒品危害之效；從而被告至少須在偵查及審判階段各有 1 次以上之自白，始得認有該條項減刑規定之適用（最高法院 107 年度台上字第 4373 號判決要旨參照）。

2.查被告於檢察官偵查及原審、本院審理時均曾坦承附表一編號 7 號販賣第二級毒品犯行，依上述說明，被告就附表一編號 7 號所示之犯行，應依毒品危害防制條例第 17 條第 2 項之規定減輕其刑，並依刑法第 71 條第 1 項規定，先加後減之。

3.按法律之適用有其整體性原則，藥事法並無關於轉讓毒品者於偵查及審判中自白，應減輕其刑之特別規定，故若選擇適用藥事法第 83 條第 1 項規定論以明知為禁藥而轉讓罪者，即無割裂適用毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定減輕其刑之餘地（最高法院 106 年度台上字第 369 號判決要旨參照）。查被告就轉讓禁藥犯行，既如前述應優先適用藥事法第 83 條第 1 項規定論罪科刑，縱於偵查及審判中均自白犯行，但藥事法並無轉讓禁藥者，於偵查及審判中自白應減輕其刑之特別規定，自無割裂適用毒品危害防制條例第 17 條第 2 項減輕其刑之餘地。至被告此部分坦承犯罪之犯後態度，已為本院於法定刑內所斟酌，合併說明。」

三、小結

有關本案之基礎性關聯問題，本署仍一本在最高法院 109 年度台上大字第 1089 號裁定言詞辯論中主張之立場，即認應該尊重藥事法行政主管之意見，認為同屬藥事法與毒品條例物之規範對象的藥品或毒品的轉讓行為，唯於作醫療或科學研究使用（the use for scientific treatments or scientific research），而非供作暫時癮止麻醉藥癮之不當使

用 (the abuse for quenching the thirst of narcotics) 時，始有藥事法第 83 條的適用，其他轉讓行為均應依毒品條例第 8 條論罪科刑。在行為人有於偵查及審判中均為自白之情形，自得依同條例第 17 條第 2 項之規定減輕其刑，無須再作任何文義以外的法律解釋或理論推演。本案第一審判決臺灣花蓮地方法院 107 年度訴字第 283 號刑事判決中所提二則有關本案應依何一法律所定罪名論罪科刑之見解，均頗有見地，可惜此二法律見解乃屬邏輯上無法同時併存之主張，僅能採擇其一，殊無併同適用之理。蓋同一轉讓甲基安非他命之行為，既經認為僅構成毒品條例第 8 條第 2 項之轉讓毒品罪，而不成立藥事法第 83 條第 1 項之轉讓禁藥罪（無法規競合問題）；自無從另又認為毒品條例第 8 條第 2 項之轉讓第二級毒品罪係藥事法第 83 條第 1 項之轉讓禁藥罪之特別規定（存有法規競合中之特別關係），此乃該判決就適用法規及罪名之抉擇，在論理上有所齟齬之處。至於本案第二審之臺灣高等法院花蓮分院 108 年度上訴字第 61 號刑事判決，其見解無論就本案基礎性關聯問題或就本案法律爭點問題之見解，均與本署所持者不同，合先說明。

伍、本案法律爭點之基礎性關聯問題：在法規競合脈絡下被告之科刑是否不得低於被排斥適用法規之最低法定刑？

#### 一、相關實務見解

##### （一）肯定說

此一問題，司法實務上不乏採取肯定說之見解者，此類裁判可以最高法院 104 年台上字第 380 號刑事判決為代表，該判決就此問題之要旨略謂：「(一)、法規範上之想像競合應從一重處斷與法理上之法規競合應擇一適用，本質上均在防免評價過剩；但就量刑而言，在重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，如仍得在重罪之最輕本刑以上、輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑，即有評價不足，造成重罪輕罰之不合理現象。因此，基於衡平原則，此一輕罪之最低法

定刑，在就重罪而為量刑時，即具有「封鎖作用」；亦即重罪之宣告刑，不得低於輕罪所規定之最低法定刑。德國刑法第五十二條第二項關於想像競合犯即設有此一限制規定，而在法規競合之場合，德國刑法雖未明文規定，但該國學說及實務均予以承認此一「封鎖作用」，在法規競合亦有其適用，以求衡平。而且此種「封鎖作用」還包含輕罪之從刑、附屬效果及保安處分在內。（參見：黃榮堅，刑法問題與利益思考，第376頁；蘇俊雄，刑法總論III，第123-124頁；陳志輝，刑法上的法條競合，第28頁）。我國刑法第五十五條之想像競合犯，於九十四年二月二日修正公布時，既亦仿採德國刑法第五十二條第二項之規定，就所從一重處斷之重罪，增設但書規定「但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，以免科刑偏失，則此種輕罪最低度法定刑於量刑上所具有之封鎖作用，在法規競合對於被排斥適用之部分遇有此種情形者，在法理上亦應同其適用，否則無異鼓勵行為人犯重罪以博取輕罰。……而於想像競合之輕罪沒收從刑如有特別規定者，亦應優先適用，則早經本院著有判例（七十九年台上字第五一三七號）。且查：(1)五十六年六月二日修正公布、六十四年九月十一日施行之醫師法第二十八條第一項規定「未取得合法醫師資格擅自執行醫療業務者，處一年以上三年以下有期徒刑，得併科二千元以上五千元以下罰金，……。」第二項規定「犯前項之罪因而致人傷害或死亡者，應依刑法加重其刑二分之一，……。」是以，未取得合法醫師資格擅自執行醫療業務因而致人傷害或死亡者，其行為實分別構成刑法第二百八十四條第二項業務上過失傷害或重傷罪及第二百七十六條第二項之業務上過失致人於死罪。醫師法第二十八條第二項既明示依刑法加重其刑二分之一，自指刑法相關規定之刑度而言。惟應注意依刑法相當條文之規定加重刑法原定之刑之二分之一處罰時，不應低於醫師法第二十八條第一項所定之刑（即在別無減輕之情形，量刑不得低於一年有期徒刑）。此為本院針對適用修正前醫師法第二十八條第二項所設

量刑限制規定之一致見解(六十五年十一月三十日六十五年度第七次刑庭庭推總會決議(二))，實與前述之輕罪最低度法定刑「封鎖作用」無殊。(2)又，本院對於先前以營利為目的，將毒品(或偽、禁藥)販入，即屬販賣既遂罪，並不以賣出為必要之相關判例，經決議不再援用後，改採以意圖營利而販入毒品(或偽、禁藥)，如尚未賣出，構成販賣未遂罪，併與意圖販賣而持有罪為法條(規)競合之見解，惟亦同時慮及在量刑上可能會出現重罪輕罰而輕罪重罰之失衡情形，特予舉例指出「販賣第二級毒品者，法定刑(徒刑部分，下同)為無期徒刑或七年以上有期徒刑；而意圖販賣而持有第二級毒品罪，法定刑為五年以上有期徒刑。是以販賣第二級毒品未遂，最低得宣告有期徒刑三年六月，較之意圖販賣而持有第二級毒品罪之最低度刑五年以上有期徒刑為輕，不無重罪輕罰之失衡情形」。從而在個案上遇有類此法規競合之場合，即應採取德國實務及學說上所承認之法規競合仍有輕罪最低度刑封鎖作用之法律效果上之地位，以免科刑偏失。此為刑法第五十五條修正後，本院近例對於法規競合在量刑上限制規定之一致見解(一〇一年十一月六日一〇一年度第十次刑事庭議會議決決議(一)第五點)。」

上開判決明白肯認法規競合亦有輕罪最低度刑「封鎖作用」之適用，殊值肯定。該判決及 65 年 11 月 30 日最高法院 65 年度第 7 次刑庭庭推總會會議決議<sup>2</sup>意見，所舉醫師法第 28 條與刑法第 276 條或刑法第 284 條之關係，若成立想像競合或法規競合<sup>3</sup>，確如該判決所言，

<sup>2</sup> 65 年 11 月 30 日最高法院 65 年度第 7 次刑庭庭推總會會議決議：「醫師法第二十八條第二項所謂「應依刑法加重其刑二分之一」，係指依刑法相關條文之刑度加重二分之一，蓋未取得合法醫師資格擅自執行醫療業務因而致人傷害或死亡者，其行為實分別構成刑法第二百八十四條第二項業務上過失傷害或重傷罪及第二百七十六條第二項之業務上過失致人於死罪。醫師法第二十八條第二項既明示依刑法加重其刑二分之一，自指刑法相關規定之刑度而言。且業務上過失致人於死罪其最重本刑為五年以下有期徒刑，如謂醫師法第二十八條第二項之罪應適用同條第一項之刑(一年以上三年以下有期徒刑)，則加重二分之一結果，其最重刑亦不過有期徒刑四年六月，反較刑法規定之刑為輕，甚不合理，以解為適用刑法規定之刑較為妥當。惟應注意醫師法第二十八條第二項係同條第一項結果犯加重處罰之規定，故依刑法相當條文之規定加重刑法原定之刑之二分一處罰時，不應低於醫師法第二十八條第一項所定之刑。」

<sup>3</sup> 本言詞辯論意旨書認為此種案例係一行為觸犯數罪名應成想像競合犯，非僅屬法規競合而具有擇一適用關係之單純一罪。

「輕罪最低度法定刑封鎖作用」之法理，隱然在焉。<sup>4</sup>至該判決所舉販賣第二級毒品罪、販賣第二級毒品罪未遂與意圖販賣而持有第二級毒品罪間之關係，其中比較有可能發生抽象比較問題之販賣第二級毒品罪之既遂或未遂，與意圖販賣而持有第二級毒品罪之比較，在實際案例亦不至發生問題，蓋究係既遂或未遂，在個案審理務須先依相關證據釐清。若係販賣第二級毒品既遂，即依毒品條例第 4 條第 2 項論處；若販賣第二級毒品未遂，始有決定究應依該條例第 4 條第 5 項、第 2 項、刑法第 25 條第 2 項論處，或依同條例第 5 條第 2 項處以意圖販賣而持有第二級毒品罪，前者係已著手販賣行為而未臻既遂程度，後者則僅有販賣之意圖，尚未著手進行販賣行為，行為態樣互殊，不可能構成想像競合或法規競合之情事，實無操作「封鎖效應」之必要，附此說明。

## (二) 否定說

然我國實務上亦有認為毒品危害防制條例第 8 條第 2 項轉讓第二級毒品罪與藥事法第 83 條第 1 項轉讓偽、禁藥罪係法條競合，而認為並無刑法第 55 條但書特別規定「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之適用者<sup>5</sup>。最高法院 104 年台上字第 2568 號刑事判決

<sup>4</sup> 然本言詞辯論意旨書並不同意該判決及「醫師法 28 條第 2 項所謂『應加重其刑二分之一』，係指依刑法相關條文之刑度加重二分之一。」之說法。蓋該條第 2 項明明規定「犯前項之罪因而致人傷害或死亡者，應依法加重其刑二分之一，……。」（按該條於現行法已經刪除）所謂「依刑法加重其刑」，明明係指就「所犯前項規定之罪」，「依照刑法總則有關加重其刑之規定」，加重其刑二分之一而言，絕非刑法分則所定相關罪名之刑度，然卻由於為恐依該條加重二分之一之結果，其最重刑度仍然較刑法第 276 條所定最重本刑為低，為避免此一結果，竟硬生生將該條解釋為「醫師法 28 條第 2 項既明示為依刑法加重其刑二分之一，自指刑法相關規定之刑度而言。」此種解讀實甚牽強。況且亦與該決議後段「惟應注意醫師法第 28 條第 2 項係同條第項結果犯加重處罰之規定」之說自相矛盾。惟因此一問題與本案法律問題並無直接關係，爰不在本文中討論。

<sup>5</sup> 臺灣高等法院暨所屬法院 104 年法律座談會刑事類提案第 9 號，另可參照臺灣高等法院暨所屬法院 104 年法律座談會刑事類提案第 10 號。

會議次別：臺灣高等法院暨所屬法院 104 年法律座談會刑事類提案 第 9 號

會議日期：民國 104 年 11 月 04 日

座談機關：臺灣高等法院暨所屬法院

法律問題：某甲轉讓禁藥（亦屬第二級毒品）甲基安非他命 1 公克給某乙。法院以違反藥事法處罰處刑，有無刑法第 55 條但書特別規定「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之適用？

討論意見：甲說：肯定說。

（一）法規範上之想像競合應從一重處斷與法理上之法規競合應擇一適

用，本質上均在防免評價過剩；但就量刑而言，在重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，如仍得在重罪之最輕本刑以上、輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑，即有評價不足，造成重罪輕罰之不合理現象。因此，基於衡平原則，此一輕罪之最低法定刑，在就重罪而為量刑時，即具有「封鎖作用」；亦即重罪之宣告刑，不得低於輕罪所規定之最低法定刑。德國刑法第 52 條第 2 項關於想像競合犯即設有此一限制規定，而在法規競合之場合，德國刑法雖未明文規定，但該國學說及實務均予以承認此一「封鎖作用」，在法規競合亦有其適用，以求衡平。

(二) 我國刑法第 55 條之想像競合犯，既亦仿採德國刑法第 52 條第 2 項之規定，就所從一重處斷之重罪，增設但書規定「但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，以免科刑偏失，則此種輕罪最低度法定刑於量刑上所具有之封鎖作用，在法規競合對於被排斥適用之部分遇有此種情形者，在法理上亦應同其適用，否則無異鼓勵行為人犯重罪以博取輕罰。又輕罪或被排斥適用之法規，如有減輕或免除其刑之規定者，在重罪或優先適用之法規於量刑時，自亦應予以考慮，此乃當然之解釋，始符衡平。

(三) 特予舉例指出「販賣第二級毒品者，法定刑（徒刑部分，下同）為無期徒刑或 7 年以上有期徒刑；而意圖販賣而持有第二級毒品罪，法定刑為 5 年以上有期徒刑。是以販賣第二級毒品未遂，最低得宣告有期徒刑 3 年 6 月，較之意圖販賣而持有第二級毒品罪之最低度刑 5 年以上有期徒刑為輕，不無重罪輕罰之失衡情形」。從而在個案上遇有類此法規競合之場合，即應採取德國實務及學說上所承認之法規競合仍有輕罪最低度刑封鎖作用之法律效果上之地位，以免科刑偏失。然類此法律之解釋與適用，只須依循本院上開一致之見解（即法規競合亦有輕罪最低度刑「封鎖作用」之適用），即可迎刃而解，且亦唯有如此，始符合公平正義，而避免有重罪輕罰之失衡情形，並足以保障被告之權益，不致發生不合理的差別性待遇之扭曲現象（如轉讓達一定數量之甲基安非他命者，其自白可獲邀減刑之寬典，但未達一定數量者，其之自白反而不能減刑）（最高法院 104 年度台上字第 380 號判決參照）。

乙說：否定說。

(一) 學理上所稱法條（規）競合，係指一行為同時該當於數法條所定犯罪構成要件之競合情形，但應就競合之數法條中擇一適用，而排斥其他法條之適用，以避免犯罪之重複評價，屬於單純一罪。刑法第 55 條前段規定之想像競合犯，則指一行為觸犯數罪名之競合情形，應就數罪名中從較重之一罪處斷，但不排斥其他輕罪之成立，惟不另加以處罰，以避免犯罪之重複評價，屬於裁判上一罪。想像競合犯既規定從一重處斷，為避免遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，裁判者仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑，以致發生與法律規定從一重處斷之本旨不合之情形，故刑法第 55 條但書特別規定「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，以免科刑偏失。而法條（規）競合，既純屬數法條之擇一適用，而排斥其他法條之適用，於量定宣告刑時，本不受刑法第 55 條但書規定之拘束，又無其他法定不得量處低於已被排斥而不適用之其他法條最輕本刑以下之刑之限制，只須以行為人之責任為基礎，審酌刑法第 57 條各款所列一切情狀而為量刑即可。

(二) 又基於法律一體適用之原則，於偵查及審判中均自白其轉讓愷他命之犯行，亦無從依毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定減輕其刑（最高法院 102 年度台上字第 2405 號、第 4364 號判

即認為：「四）學理上所謂法條（規）競合，係指一行為同時該當數法條規定之犯罪構成要件，因該行為之不法內涵，已為其中一構成要件所涵蓋，而排斥其他構成要件之適用，為避免雙重評價，故僅能選擇其中一法條論罪，本質乃屬單純一罪。而刑法第五十五條規定之想像競合犯，則指一行為符合數個相同或不同法條所定犯罪構成要件，應為（雙）多重之評價，併成立相同或不同之數罪名，科刑上，立法基

決參照）。

初步研討結果：

採甲說。

審查意見：採乙說。（建議第 10 題併在第 9 題一併討論）

（一）法律解釋之方法，包括文義解釋、系統解釋、歷史解釋、目的解釋等，基於罪刑法定原則及刑法最後手段性（刑法謙抑性），對於犯罪之法律要件、法律效果及犯罪追訴條件之範圍，不但不得超過文義解釋之最大範疇，更應於文義範圍內，綜合立法目的、歷史及體系等解釋方法，作出最適當解釋，以免增加法律條文所無之限制，致害及罪刑法定原則，或不當擴大刑罰範圍，進而影響刑法安定性及明確性。尤其，刑罰係以國家強制力為後盾，動輒以剝奪人民生命、自由及財產權利為手段之制裁，自應嚴格要求其規範內容應明確，此即「罪刑法定主義」作為刑法規範基本原則之根本意義所在。而刑罰既係國家最嚴峻之權力作用，縱有維持法秩序統一性之需求，仍應禁止就刑罰之規定為類推適用，以避免人民遭受難以預測之損害，亦即於罪刑法定原則之拘束下，原不得以類推適用之方式為科處刑罰法律之解釋方法，並據以為科處刑罰之基礎。

（二）按想像競合與法規競合，固同屬一行為而該當於數個構成要件，惟二者本質上及其所衍生之法律效果仍有不同。前者係因侵害數法益，為充分保護被害者之法益，避免評價不足，乃就其行為所該當之數個構成要件分別加以評價，而論以數罪。但因行為人祇有單一行為，較諸數個犯罪行為之侵害性為輕，揆諸「一行為不二罰」之原則，法律乃規定從一重處斷即為已足（至所從重之罪，在量刑上應受輕罪最低度刑之封鎖規範），為科刑上或裁判上一罪；後者則因僅侵害一法益，為避免牴觸「雙重評價禁止原則」，祇須適用最適切之構成要件予以論罪科刑，即足以包括整個犯罪行為之不法內涵。故其他構成要件之罰責均排斥不用，實質上僅成立單一罪名，屬單純一罪，於量定宣告刑時，本不受刑法第 55 條但書規定之拘束，又無其他法定不得量處低於已被排斥而不適用之其他法條最輕本刑以下之刑之限制，祇須以行為人之責任為基礎，審酌刑法第 57 條各款所列一切情狀而為量刑即可。本題在實務上既認係法規競合之關係，而擇一藥事法處斷，基於前述之罪刑法定及類推適用禁止原則，自無刑法第 55 條但書特別規定「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」之適用。

研討結果：（一）本提案與第 10 號提案合併討論。

（二）照審查意見通過（經付表決結果：實到 78 人，採甲說 10 票，採乙說 63 票）。

相關法條：毒品危害防制條例第 17 條第 1 項，刑法第 55 條但書。

於刑罰衡平原理，明示主刑處斷上採「限制吸收原則」，於該條前段規定從較重之一罪處斷，本質仍為數罪之競合，屬裁判上一罪。又為避免遇有重罪之法定最輕本刑較輕罪之法定最輕本刑為輕時，法院仍得在重罪之最輕本刑以上，輕罪之最輕本刑以下，量定其宣告刑，致與法律規定從一重處斷之本旨相違背，故該條但書特別規定「不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑」，以免科刑偏失。至法條（規）競合，既純屬數法條之擇一適用，而排斥其他法條之適用，於量定宣告刑時，本不受刑法第五十五條但書規定之拘束，又無其他法定不得量處低於已被排斥而不適用之其他法條最輕本刑限制，祇須以行為人之責任為基礎，審酌刑法第五十七條各款所列一切情狀而為量刑，即無違法可指。」

對於否定說判決所持之立場，本署充分表示尊重。該判就想像競合與法規競合在行為型態及法律效果上之分野，亦言之成理，持之有故。該判決就法規競合，以無法律明文規定為由，不採「輕罪規定的封鎖作用」之說，剋實言之，亦無理論瑕疵可指。

## 二、相關學說

有關想像競合處罰規定之輕罪的封鎖作用（或封鎖效果），因為相關規定已經見諸明文（德國刑法第 52 條第 2 項、我國刑法第 55 條但書），我國學者在著作亦多有提及<sup>6</sup>。但在法規競合的案例是否亦有輕罪規定之封鎖作用的適用，則因法無明文，僅有少數學者提及此一問題。其中刑法學者黃榮堅在其論著「刑法問題與利益思考」<sup>7</sup>一書中表示：「按照德國的通說，重罪的最低法定刑如果反而低於輕罪的最低法定刑，那麼雖然在特別關係的法律效果上仍是全部法優於一部法，但是輕罪的最低法定刑具有「封鎖作用」，亦即就全部法而量刑時，宣告刑不得低於輕罪所規定的最低法定刑。此一基於衡平而來的原則，

<sup>6</sup> 例如黃榮堅，基礎刑法學（下）2012 年第 4 版，頁 922；林鈺雄，新刑法總則，2018 年第 6 版，頁 612、613；王皇玉，刑法總則，2018 年第 4 版，頁 573、574。

<sup>7</sup> 黃榮堅，刑法問題與利益思考，2003 年，第 376 頁

事實上已經明白揭示在德國刑法第 52 條第 2 項關於想像競合的規定。而此種衡平原則，不僅對想像競合的情形有效，對於法條競合的情形也應該有效，否則無異於鼓勵行為人犯重罪來博取輕罰<sup>8</sup>，因此雖然德國刑法對於法條競合也是沒有做規定，但是學說及實務仍然承認這種封鎖作用在法條競合的法律效果上的地位。這種處理方式，可以給我們做參考，使全部法優於一部法原則的適用，不至於因為立法者立法上的疏失而受到障礙。」學者蘇俊雄、陳志輝亦有類似見解。<sup>9</sup>

有關想像競合之法律效果，學者柯耀程在其著作中正確指出，德國與我國係採「結合刑原則」(Kombinationsprinzip)<sup>10</sup>之模式，即結合重罪與輕罪法定刑最高刑度及最低刑度中之重者，處理量刑問題。然而，關於法規競合之法律效果問題，柯教授則似採取與德國通說相異之立場。首先，柯教授認為法規競合(法律競合)(Gesetzeskonkurrenz)係一種「假性競合或不純正競合」(scheinbare od. unechte Realkonkurrenz)<sup>11</sup>，並認為輕罪規定的封鎖作用<sup>12</sup>，在法規競合的案例應無適用餘地，否則將使真正競合與假性競合之分野趨於模糊。茲將柯教授所持見解直接引述如下：「由於德國法對於想像競合的法律效果處理方式，是採用所謂「結合刑原則」(Kombinationsprinzip)，亦即將適用規範法定刑的上、下度一併考量，並結合上、下度之重者，故稱『結合刑原則』。我國刑法修正草案對於第 55 條之修正方向，亦

<sup>8</sup> 黃教授所謂「犯重罪而博取輕罰」之說亦為上述肯定說判決所援用。惟在法規競合的場合，某一犯罪行為應該適用何一犯罪規定論處，悉由法院定奪，行為人雖可提出對其有利之主張，但無決定之權。若在法規競合之型態無輕罪封鎖作用之適用，行為人固然有可能獲得不當之輕典，然此乃行為人所無法事先決定者；換言之，犯了法規競合型態之罪，雖然會依重罪規定論罪，卻未必可以獲得輕罰。以此，「犯重罪而博取輕罰」之說，或宜修改為「犯重罪竟獲輕罰」，始能自圓其說。

<sup>9</sup> 蘇俊雄，刑法總論 III，第 123-124 頁；陳志輝，刑法上的法條競合，第 28 頁。

<sup>10</sup> 請參見下述本辯論意旨書有關德國法想像競合法律效果之介紹。

<sup>11</sup> 此一描述或名稱並無任何問題，在德國及我國學界亦有類似稱呼。

<sup>12</sup> 柯教授對「輕罪規定的封鎖作用」(die Sperrwirkung des milderen Gesetzes)中文譯法為「輕罪規範阻斷效應」。又在本辯論意旨書，「結合刑原則」(Kombinationsprinzip)、結合性刑罰框架(Kombinationsstrafrahmen)、「輕罪規定的封鎖作用」(die Sperrwirkung des milderen Gesetzes)均作意義大致相同的理解，僅後者著重於輕罪所規定之最輕本刑刑度高於重罪所規定之最輕本刑度時，量刑時不得低於輕罪之最輕本刑而已。

朝此修正。惟此種『結合刑原則』是針對想像競合類型的法律效果處理，對於假性競合以此種方式處理，將產生假性競處理方式的想像競合化，不但使得假性競合與想像競合的結構差異更形模糊，亦將顛覆構成要件中法定刑規定的意義。然而，在德國的學理及實務上，卻出現所謂『輕罪規範阻斷效應』（Sperrwirkung des milderen Gesetzes）的見解，認為假性競合的處理方，應與想像競等同視之。……值得疑慮者，此種異中求同的處理方式，勢必使假性競合與想像競合，形同真假不分的情況，其中值得質疑之處，不言可諭。或可視為就此問題採否定說的見解。<sup>13</sup>

### 三、外國立法例

#### （一）美國法

美國刑法有關罪數的計算，係採一行為成立一個罪名之方式，檢察官對被告以某一行為觸犯某一罪名之指控，稱為訴因（count）。美國聯邦法並無歐陸法系「想像競合犯」與「法規競合」之概念，欲瞭解美國法近似之法律規定，需從瞭解美國法「審判範圍」及「既判力」著手。美國之起訴書除記載可確定被告人別之基本資料外，必須在各個訴因載明被告犯行、所犯罪名及依據之法律條款，而犯行則主要記載犯罪構成要件相關之事實。美國聯邦刑事訴訟程序規則第7條規定：「(a)起訴文件之種類：1.重罪：最重法定刑為死刑或超過一年以上有期徒刑之罪，除刑事藐視法庭罪外，應經大陪審團之起訴。2.輕罪：最重法定刑為一年以下有期徒刑之罪，可依本規則58(b)(1)之規定起訴(information)。(b)拋棄大陪審團審查權：最重法定刑為一年以上有期徒刑之罪，被告經公開法庭告知控訴之性質及其權利後，可拋棄由大陪審團審查起訴之權利，而由檢察官以 information 之方式起訴。(c)性質及內容：1.原則：無論是由大陪審團名義出具的 indictment，或由檢察官出具的 information，均應以書面為之，清晰、簡要、明確

<sup>13</sup> 柯耀程，刑法競合論，2012年修訂二版，頁210。相關問題之詳細討論，請見同書頁201至頁265。

地敘述符合其所控訴犯行之構成要件之關鍵基本事實；並由檢察官簽名。……訴因(count)可引用其他訴因內記載之指訴內容，訴因可主張被告犯罪之方法不明，或被告犯罪之方法使用一個或多個特定的方法。對於每一訴因，起訴文件應就被告所犯之實定法、規則或其他法律條文，提供官方或慣用之引註方式……」

美國聯邦刑事訴訟規則第 7 條 (e) 項規定：不經大陪審團之起訴書 (information)，判決前於符合同一犯行及不妨害被告防禦權的前提下，法院得容許檢察官修正或變更起訴書所載之內容。依此規定，判決前在不追加另一犯行或變更為不同犯行及不損及被告實體權利之情況下，法院得允許檢察官修正起訴書 (information)。依美國實務見解，此條同一性之範圍比後述美國法判斷審判範圍之標準 (lesser included offense) 更寬，其判斷重點是起訴書修正是否對被告之防禦權產生侵害，若未產生實質侵害，法院應予容許。

在案件同一性的前提下，美國法院於對被告防禦權沒有造成不利之情形時，應允許檢察官對其起訴書為變更，變更應以書面為之，犯罪事實與所犯法條及罪名之變更可能連動，也可能無關。不在起訴書所特定範圍內之犯罪事實及罪名，除非經檢察官變更，否則法院無審判權利或義務。

美國聯邦刑事訴訟規則第 31 條 (c) 規定審判範圍：「法院得就起訴罪名之未遂罪、起訴罪名要件中所包含之罪或該罪之未遂罪判決被告有罪。」因某些犯罪相互比較，有所謂 lesser included offense 的情形，亦即 A 罪名之構成要件，在 B 罪中全部都有，且 B 罪尚有其他構成要件為 A 罪所無，則 A 罪為 lesser included offense。<sup>14</sup>在實務上，起訴上述 B 罪名，法官可指示陪審團於 B 罪不成立時，得就 A 罪認定成罪。亦即起訴罪名之構成要件包括其他較輕罪名全部之構成要件，則該輕罪為審判範圍所涵括，但法院不得變更輕罪為重罪或非

<sup>14</sup> 若非要進行比較不可，比等情形可認接近大陸法系所承認法規競合之特別關係或吸收關係。

起訴法條構成要件所全部包括之其他罪名。例如起訴殺人罪，法院得變更法條為傷害致死罪或過失致死罪；檢察官起訴強制性交罪，法院得變更為妨害自由罪。檢察官起訴傷害致死罪，法院不得改判殺人罪；起訴妨害自由罪，法院不得改判為強制性交罪或詐欺罪。

美國法並無類似我國想像競合犯從一重處斷的規定，被告一行為構成數罪名，此數罪名均可予以起訴、判刑。聯邦最高法院在 *Missouri v. Hunter* 案表明：禁止雙重危險之射程範圍係以國會立法目的為界限，國會立法明示某一刑罰係外加於其他法定刑罰，則在同一起訴文件中，對被告之一行為以二種不同之法條予以處罰，並不違憲。例如法院准許被告停止羈押之條件為交保期間不得再犯罪，若被告交保期間持有毒品，同時涉嫌藐視法庭罪及持有毒品罪，檢察官得一併起訴該二罪，法院應就該二罪判決。但法院不得就未經起訴之犯罪審判，若檢察官只起訴被告藐視法庭罪，法院不得以想像競合犯之理由，判決被告犯持有毒品罪。

由上述的討論，可知在英美法系的刑事司法實務上，構成數罪的情形，遠比大陸法系容易，數罪的刑期亦往往甚長。為解決刑罰過苛的問題，英美法在歷史上發展出「同時執行」的制度。大致上，美國多數犯罪（multiple offences）有罪判決的執行，其方式可大別為接續執行刑期（consecutive imposition of sentences）及同時執行刑期（concurrent imposition of sentences）兩類。前者的執行方式係在一罪的刑期執行完畢後接著開始執行另一罪的刑期；後者則係數罪的刑期同時併行進行，至刑期較長之刑期進行終了，即算全部罪刑均被執行完畢。依照 *Oregon v. Ice* 案判決意旨，基於長久以來的司法實務，並考量各州的刑事司法行政權限係由州政府掌理，美國憲法增修條文第 6 條（the 6<sup>th</sup> Amendment）之規定，並不禁止各州授權法官依其發現之事實，判令被告應接續執行其刑期，而非同時執行多數犯罪之刑期。

<sup>15</sup>換言之，有關多數犯罪之執行，法官本得採取同時執行之方式進行其刑期，但若法官認為以接續執行之方式為之較妥，其決定亦無違憲之虞。此種法律賦予法院有刑期執行方式的裁量權限，對於糾正類似大陸法系中概念上數罪競合（如所謂真正競合的想像競合，甚或所謂不真正競合的法規競合），甚至所犯為實質數罪，而其合併定執行刑之後仍嫌過苛之情形，或許亦可視為一種解決問題之道，亦未可知。

16

## （二）日本法

### 1. 覺醒劑(安非他命)製造罪與舊藥事法之無藥品許可業許可而製造罪為法條競合關係，適用特別法之覺醒劑取締法

製造覺醒劑(安非他命)罪(覺醒劑取締法第41條第2款、第15條1項，3年以下有期徒刑或5萬日元以下罰金)與無依藥品許可業許可而製造罪(舊藥事法<sup>17</sup>第26條1項、56條1項，3年以下有期徒刑或3萬日元以下罰金)之適用關係，二審認定二罪為一行為觸犯數罪名的想像競合關係，論以藥事法無藥品許可業許可而製造罪，被告不服上訴第三審，最高裁判所第三小法廷昭和31年5月22日判決<sup>18</sup>認二審認定有所違誤，應成立覺醒劑取締法之製造覺醒劑(安非他命)罪，因覺醒劑取締法為專法，製造覺醒劑(安非他命)應專以該法處罰之即可達到處罰目的，將原判決廢棄發回二審。

<sup>15</sup> In light of historical practice and the States' authority over administration of their criminal justice systems, the Sixth Amendment does not inhibit States from assigning to judges, rather than to juries, the finding of facts necessary to the imposition of consecutive, rather than concurrent, sentences for multiple offenses. *Oregon v. Ice*, 555 U.S. 160 (2009), pp. 5-11.

<sup>16</sup> 在英國及澳洲的量刑實務上，量處多數罪刑時，究採同時執行抑或接續執行，則向來採取所謂的整體考量原則（the principle of totality），務期刑度不致過分苛刻亦不致過於輕縱（not too harsh nor too lenient）。參見 *R v MMK* (2006) 164 A Crim R 481 at [11]; *Mill v The Queen* (1988) 166 CLR 59 at 63. 轉引自 *Sentencing Bench Book — Sentencing procedures for imprisonment* ([https://www.judcom.nsw.gov.au/publications/benchbks/sentencing/concurrent\\_and\\_consecutive\\_sentences.html](https://www.judcom.nsw.gov.au/publications/benchbks/sentencing/concurrent_and_consecutive_sentences.html)) (最後瀏覽：2021年4月19日)。

<sup>17</sup> 現已改為醫藥品、醫療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律（昭和35年法律第145号，一般簡稱「藥機法」）。

<sup>18</sup> 最判昭31.5.22，最高裁判所刑事判例集10卷5号724頁，<https://reurl.cc/e9bEmi> (最後瀏覽：2021年4月15日)。判決要旨：<https://reurl.cc/10bR5Q> (最後瀏覽：2021年4月15日)。

## 2. 由判例發展之想像競合封鎖作用

日本刑法第 54 條規定一個行為觸犯二個以上罪名時之處理，第 1 項規定：「一個行為觸犯二個以上之罪名，或者犯罪之手段或結果行為觸犯他罪名時，從最重之刑處斷。<sup>19</sup>」前段即通稱「想像競合」(觀念的競合)之規定，係科刑上一罪之規定。然其並未如同台灣現行法有封鎖作用之明文(台灣刑法第 55 條但書)，係由判例發展出來者。

### (1) 以重罪之刑處斷，輕罪之併科罰金刑規定，亦得適用

依最高裁判所第一小法廷平成 19 年 12 月 3 日駁回上訴之決定<sup>20</sup>，在數罪有科刑上一罪之關係，其最重之刑僅有期徒刑，他罪有罰金刑得以併科之規定，鑑於刑法第 54 條第 1 項規定之意旨(從最重之刑處斷)，得科處最重之罪的有期徒刑併科他罪的罰金刑<sup>21</sup>。因此，(詐騙行為而使被害人匯款進入人頭帳戶)涉犯詐欺罪及組織性犯罪之處罰及規制犯罪收益的法律(一般簡稱：組織性犯罪處罰法)第 10 條第 1 項隱匿犯罪所得罪，有刑法第 54 條第 1 項前段之想像競合關係，詐欺罪之法定刑為 10 年以下有期徒刑，而隱匿犯罪所得罪之法定刑為 5 年以下有期徒刑及得併科 300 萬日元以下罰金，二審<sup>22</sup>以最重之刑的詐欺罪量處 1 年 2 月，再以輕罪之隱匿犯罪所得罪的規定併科罰金 100 萬日元，並無不當而駁回上訴。

### (2) 有加重減輕事由之情形，應先加減後比較

科刑上一罪有一部免除其刑，得就餘罪予以處斷之(大審院判決大正 12 年 11 月 26 日，裁判集 2 卷 838 頁)<sup>23</sup>。有法律上減輕事由之

<sup>19</sup> 原文：第 54 條第 1 項 一個の行為が二個以上の罪名に触れ、又は犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるときは、その最も重い刑により処断する。引自：e-gov 法令検索，刑法，<https://reurl.cc/DvpG8e>(最後瀏覽：2021 年 4 月 15 日)。

<sup>20</sup> 最決平 19.12.3，最高裁判所刑事判例集 61 卷 9 号 821 頁，<https://reurl.cc/0De8jK>(最後瀏覽：2021 年 4 月 15 日)。判決要旨：<https://reurl.cc/V3ovEy>(最後瀏覽：2021 年 4 月 15 日)。

<sup>21</sup> 在而在此之前，東京高等裁判所平成 16 年 10 月 1 日判決，認定違反入出國管理及難民認定法第 73 條之 2 第 1 項第 3 款之罪、職業安定法第 63 條第 2 款之罪，有想像競合關係，依職業安定法第 63 條第 2 款之罪的法定刑處斷，並依輕罪之入出國管理及難民認定法第 73 條之 2 第 1 項第 3 款之罪罰金刑予以併科。參見：東京高判平成 16 年 10 月 1 日，LEX/DB 28101170。

<sup>22</sup> 大阪高等裁判所平成 18 年 11 月 2 日判決，LEX/DB 28145325。

<sup>23</sup> 中谷雄二郎，收於大塚仁、中山善房、古田佑紀、河上和雄(編)，大コンメンタール刑法(第

某罪的刑度為最重者，減輕之結果，處斷刑較無減輕事由之罪的法定刑為輕，依照刑法第 54 條第 1 項論以最重之刑，仍應依無減輕事由之罪的最重法定刑論斷<sup>24</sup>。

實例：東京地方裁判所平成 2 年 5 月 15 日判決<sup>25</sup>，想像競合之關係中，數個犯罪中一部犯罪成立中止未遂，應先適用刑法第 54 條第 1 項、第 10 條(刑之輕重比較)，中止未遂所成立之罪與其他各罪之法定刑比較對照而以最重之刑的一罪處斷之，若中止未遂之成立的罪為法定刑最重者時，雖其刑因為中止未遂之減輕，致非中止未遂之罪的法定刑變成最重之刑，其罪刑以一罪處斷之結果，無法適用中止未遂予以減輕、量刑上也無法考量中止未遂。本件放火欲燒死自己之小孩 3 人，因己意中止救出小孩，涉犯現住建造物等放火罪(刑法 108 條，死刑、無期徒刑、5 年以上有期徒刑)及殺人未遂罪(殺人依刑法 199 條為死刑、無期徒刑、5 年以上有期徒刑，殺人未遂 203 條依第 43 條但書可減輕或免除其刑)有想像競合關係，現住建造物等放火罪之刑最重，但所涉犯之該罪不成立中止未遂，故不得以中止未遂減輕之。

### 3. 小結

在日本，此類製造、販賣、轉讓覺醒劑(安非他命)之案件，係以法條競合處理，適用覺醒劑取締法，因毒品在脈絡上係屬特別法，故不適用舊藥事法或現行之藥機法，二者之間也不存在想像競合關係。

### (三) 德國法

#### 1. 德國法有關想像競合犯封鎖效果之學說與實務

所謂輕罪之封鎖作用，其實源於德國刑法第 52 條第 2 項至第 4 項有關想像競合犯如何科處刑罰的規定，我國刑法第 55 條但書規定從之。德國的想像競合 (Idealkonkurrenz)，在學理上通常稱為「Tateinheit」，即「犯罪行為單一」(我國學者有稱之為「犯罪單一」)

4 卷〉第 43 條~第 59 條，青林書院，2013 年 10 月，304 頁。

<sup>24</sup> 中谷雄二郎，收於大塚仁、中山善房、古田佑紀、河上和雄(編)，大コンメンタル刑法〈第 4 卷〉第 43 條~第 59 條，青林書院，2013 年 10 月，404 頁。

<sup>25</sup> 東京地判平成 2 年 5 月 15 日，LEX/DB 27922019。

的犯罪型態。犯罪之想像競合係一行為觸犯數罪名，在德國和我國，法律均規定應從其中刑罰最重或較重之罪論處；而所謂刑罰較重之罪，在所犯各罪刑罰種類相同之情形，固指其中最重本刑較高之罪名，然被排斥適用的輕罪規定，亦透過輕罪的最輕本刑，二者在刑罰的量處上，同時發揮刑罰框架效果，形成整體刑度的最高及最低限制。此一量刑限制，因側重輕罪對刑度下限的把關角色，而稱為「輕罪規定的封鎖作用」（die Sperrwirkung des milderen Gesetzes）或稱「輕罪最低刑度的封鎖作用」（die Sperrwirkung für die Mindeststrafe），簡稱封鎖作用（die Sperrwirkung）。以下先依德國慕尼黑刑法註釋書（MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg）有關該法第 55 條的論述，說明其理論構造。

#### (1) 結合刑原則

在一行為觸犯不同罪名之想像競合犯罪型態，依德國刑法第 52 條第 2 項至第 4 項之規定，所犯各罪之刑罰會組合成一種「一體性的刑罰威嚇」（gemeinsamen Strafdrohung）。此種結合性刑罰框架（Kombinationsstrafrahmen）在主要刑罰的論科上，不但在該條第二項前段規定，最重得科處所犯各罪在刑罰種類及刑度均屬較重之罪的「最高刑度」，以此設下該想像競合犯的刑罰上限；同時也在同條第二項後段規定所宣告之刑，「不得低於刑度較輕之罪所定的最低刑度」，此即「輕罪規定的封鎖作用」（die Sperrwirkung des milderen Gesetzes）所形成的刑罰下限。另又在同條第 3 項規定，得予併科罰金，以及在同條第 4 項規定得併科從刑、附隨效果或附加處分，從而形成一稱累積性刑法威嚇（eine kumulative Strafandrohung）效果。<sup>26</sup>

<sup>26</sup> §52 Tateinheit（行為單數；或譯犯罪單數）

1. Kombinationsprinzip

Bei ungleichartiger Tateinheit sind die Strafdrohungen aller verletzten Strafgesetze nach Abs. 2-4 zu einer „gemeinsamen Strafdrohung“ zu kombinieren, der dann die einheitliche Strafe entsprechend Abs. 1 zu entnehmen ist. Dieser Kombinationsstrafrahmen weist für die Hauptstrafe einen Strafrahmen auf, der „nach oben“ der Vorschrift zu entnehmen ist, die im Höchstmaß die nach Art und Höhe die „schwerste Strafe“ androht (Abs. 2 S. 1). „Nach unten“ ist die **Sperrwirkung des milderen Gesetzes** zu beachten, soweit seine untere Strafrahmengrenze höher ist Abs. 2 S. 2, soweit es eine kumulative Strafandrohung enthält (Abs. 3), oder Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 8) androht (Abs.

換言之，結合性刑罰原則，得科處至各罪所處最重本刑中的最高刑度，以此作為科刑上限，且以各罪所處最輕本刑中的最高者為其下限。在主刑之外所應科處之從刑、附隨效果以及附加處分，以有應予或得予併科此等附隨負擔之法律規定為其前提，固不待言。而法律之所以創設「輕罪規定的封鎖效果」的原因，則是慮及不應讓觸犯數個罪名的犯罪行為人，反而因此獲得較為有利的刑罰處遇。<sup>27</sup>

## (2) 結合性刑罰框架

在有免除其刑或撤銷科刑裁判之情形，結合性刑罰的法律即無機會適用，已見前述。依照司法實務及學者通說，如果數個所犯罪名的適用有相互競合的情形，則刑的免除僅能一體為之（不能只免除 A 罪之刑而保留 B 罪之刑）。但此一見解顯然並未考量第 60 條的規定，依照該條前段規定，如果某一犯罪對行為人滋生嚴重的影響，而對之宣告刑罰顯然失當時，法院得裁判免除其刑。此一規定對某罪而言，或許適當；但對另一罪而言，即未必適合。（譯者按：此由第 60 條但書「因犯罪而受一年以上有期徒刑之宣告者不適用之」的規定，亦可推知此一疑慮的合理性。）因此，刑之免除不能對所有競合犯罪一體為之。此一意旨不僅必須在量刑時予以宣告，在罪責之認定亦應一併諭知，此乃競合犯罪之澄清功能所應有之要求。最主要的例子是犯偽證罪與誹謗罪的想像競合犯時，偽證罪的罪責經依德國刑法 158 條的規定免除時，判決主文即應宣告為：「被告○○○犯誹謗罪，處...之刑。」

4 S. 2). 引自 *MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg*, 4. Aufl. 2020, StGB § 52 Rn. 114

<sup>27</sup> Mit anderen Worten: Der Kombinationsstrafrahmen wird nach oben durch die höchste der Höchststrafen der verletzten Einzelstrafgesetze und nach unten durch die höchste der Mindeststrafen begrenzt. Neben der Hauptstrafe muss oder kann auf Nebenstrafen, Nebenfolgen oder Maßnahmen erkannt werden, wenn nur eines der verletzten Gesetze sie vorschreibt oder zulässt. Die Sperrwirkung des milderen Gesetzes beruht auf der Überlegung, dass der Täter nicht deshalb besser gestellt sein darf, weil seine Handlung mehrere Strafgesetze verletzt hat. *MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg*, 4. Aufl. 2020, StGB § 52 Rn. 114

<sup>28</sup> Für die Kombinationsstrafdrohung bleiben schließlich auch solche Strafgesetze außer Betracht, bei denen ein Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund vorliegt. Das Absehen von Strafe soll nach Rechtsprechung und hL bei tateinheitlichem Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen nur einheitlich beantwortet werden können. Diese Auffassung trägt aber dem Umstand nicht Rechnung, dass die Voraussetzungen des § 60 durchaus für eine Gesetzesverletzung zutreffen können, für eine andere

### (3) 結合性刑罰框架如何建立

#### A. 同種刑罰的一致性威嚇

如前所述，結合性刑罰框架之刑罰上限為各罪最高法定刑的最高者，其下限則為各最低法定刑的最高者。

例如，犯德國刑法第 222 條之過失致人於死罪與同法第 315 條 c 第 3 項第 2 款、第 1 項之過失道路交通危險罪的想像競合犯：過失致人於死罪的刑罰框架（刑度）為 1 月以上（第 38 條第 2 項）5 年以下（第 40 條第 1 項）之有期徒刑或 5 天份（日額）以上 360 天份以下罰金，過失道路交通危險罪的刑度為 1 月以上（第 38 條第 2 項）2 年以下（第 40 條第 1 項）之有期徒刑或 5 天份以上 360 天份以下罰金。

29

究應適用何一最重本刑科處刑罰，必須先具體確認所犯各罪的適用刑度範圍之後，再來認定應依何一罪名的最重本刑處斷。例如在謀殺未遂與加重強盜的想像競合犯案例。首先要問的問題是，究應直接依刑法 211 條決定其最重本刑為無期徒刑，或者先依德國刑法 23 條第 2 項之未遂犯減輕規定（未遂犯得按既遂犯之刑減輕），再依同法第 49 條第 1 項所定之特殊法定減輕依據（無期徒刑減為 3 年以上有

---

aber nicht. Deshalb sollte, wenn nicht bei allen tateinheitlich konkurrierenden Delikten von Strafe abgesehen werden kann, wegen der Klarstellungsfunktion der Tateinheit dies nicht nur in den Strafzumessungsgründen, sondern bereits im Schuldspruch zum Ausdruck kommen. Tenorierungsbeispiel: „Der Angeklagte ist des Meineids in Tateinheit mit Verleumdung schuldig. Von der Strafe wegen Meineids wird gem. § 158 StGB abgesehen. Wegen Verleumdung wird der Angeklagte zu ... verurteilt.“ *MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg, 4. Aufl. 2020, StGB § 52 Rn. 117*

29

#### 2. Bildung des Kombinationsstrafrahmens

##### a) Übereinstimmende Androhung derselben Straftat

Der Strafrahmen ist nach oben durch die höchste Höchststrafe und nach unten durch die höchste Mindeststrafe begrenzt.

Beispiel für die Strafrahmenfeststellung bei fahrlässiger Tötung (§ 222) in Tateinheit mit fahrlässiger Straßenverkehrsgefährdung (§ 315c Abs. 1 iVm Abs. 3 Nr. 2): Die fahrlässige Tötung enthält einen Strafrahmen von einem Monat (§ 38 Abs. 2) bis fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe (§ 40 Abs. 1) von fünf bis 360 Tagessätzen. Die fahrlässige Straßenverkehrsgefährdung enthält einen Strafrahmen von einem Monat (§ 38 Abs. 2) bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe (§ 40 Abs. 1) von fünf bis 360 Tagessätzen. Der Vergleich der Strafandrohungen zeigt, dass die Strafe dem § 222 zu entnehmen ist, also ein Strafrahmen von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe oder 360 Tagessätzen Geldstrafe. Aufgrund § 52 Abs. 4 S. 2 ist aber wegen des Regelfalls gleichwohl auf die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 69 Abs. 2 Nr. 1 zu erkennen. *MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg, 4. Aufl. 2020, StGB § 52 Rn. 118-119.*

期徒刑)，及同法第 38 條第 2 項有關徒期徒刑上下限(1 月以上 15 年以下)的規定，從而釐清謀殺未遂罪得處 3 年以上 15 年以下的有期徒刑，是其最重本刑為 15 年有期徒刑。另外在加重強盜部分，則要先確認究係適用第 250 條第 1 項(處 3 年以上有期徒刑)，或者更重的第 252 條第 2 項(處 5 年以上有期徒刑)；其次再予確認有無情節較輕，而得依照同條第 3 項予以減輕之情事(處 1 年以上 10 年以下)，如果具體個案應適用的條項是 250 條第 2 項，而且沒有其他減輕事由，則其可處刑度即為 5 年以上 15 年以下有期徒刑，如此一來，加重強盜罪的最輕本刑就會超過謀殺未遂罪的最輕本刑，而該想像競合犯的最重本刑亦不致超過 15 年有期徒刑。<sup>30</sup>

B.在結合性刑罰框架的運作下，比較輕微的刑罰種類，會被比較嚴厲的刑罰種類所取代。(A) 如果某罪規定可處有期徒刑，另一罪名僅規定可處罰金，那麼可處有期徒刑的就是重法。比較重的就是可以處有期徒刑的規定，科處罰金的規定只能透過刑法第 47 條的規定來實現。(B) 同樣的，如果某罪僅規定應處有期徒刑，而另一罪名規定可處有期徒刑或科罰金，那麼，較輕的「或科」罰金規定就不會被適用，而只能透過第 47 條予以科處。(C) 如果某罪規定可處有期徒刑，另外一罪依軍刑法規定科以刑事禁閉，例如某一非軍刑法犯罪與軍刑法犯罪的競合，則有期徒刑的規定就無適用的機會。<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Die Prüfung, welches Strafgesetz die schwere Strafe androht, darf erst erfolgen, nachdem für jeden einzelnen Tatbestand der im Einzelfall anzuwendende Strafraum festgestellt wurde. Beispiel: Bei versuchtem Mord in Tateinheit mit schwerem Raub ist zunächst zu fragen, ob bei Mord die Strafe aus § 211(lebenslang) oder wegen Versuchs (§ 23 Abs. 2 nach § 49 Nr. 1 iVm 38 Abs. 2 auf drei bis 15 Jahre Freiheitsstrafe zu mildern ist. Beim schweren Raub ist zu prüfen, ob ein Qualifikationstatbestand nach § 250 Abs. 1 oder sogar nach dem härteren § 250 Abs. 2 vorliegt. Anschließend ist zu entscheiden, ob ein minder schwerer Fall nach § 250 Abs. 3 gegeben ist. Greift § 250 Abs. 2 ein und ist ein minder schwerer Fall nicht gegeben, reicht der Strafraum von fünf bis 15 Jahren Freiheitsstrafe. Die Untergrenze des Strafraums ist hier also höher als beim versuchten Mord, so dass der anzuwendende Strafraum von fünf bis 15 Jahre Freiheitsstrafe reicht. MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg, 4. Aufl. 2020, StGB § 52 Rn. 120.

<sup>31</sup> b) Androhung verschiedener Strafen

Für die Bildung des Kombinationsstrafrums wird die mildere durch die schwerere Strafe verdrängt. (1) Droht eines der Gesetze Freiheitsstrafe, das andere nur Geldstrafe an, ist auf die „schwerere“ Freiheitsstrafe zu erkennen. Auf eine Geldstrafe kann nur über § 47 erkannt werden. (2) Entsprechendes gilt, wenn im einen Gesetz Freiheitsstrafe, im anderen wahlweise Freiheitsstrafe oder Geldstrafe angedroht ist; die mildere Wahlmöglichkeit entfällt und auf Geldstrafe kann nur über § 47

### C. 併科罰金

在科處自由刑之外另行科處罰金，僅能於本條第 3 項所定情形下為之。<sup>32</sup>

## 2. 德國判決就想像競合之封鎖作用在法規競合亦有適用之說理

前述最高法院 104 年台上字第 2568 號刑事判決認為：「學理上所謂法條（規）競合，係指一行為同時該當數法條規定之犯罪構成要件，因該行為之不法內涵，已為其中一構成要件所涵蓋，而排斥其他構成要件之適用，為避免雙重評價，故僅能選擇其中一法條論罪，本質乃屬單純一罪」，依此見解，法規競合之案例於量定宣告刑時，是否亦受刑法第 55 條但書就想像競合犯規定之拘束，確實不無疑問。此一問題，德國司法實務亦曾數度面對，以下列舉三則德國聯邦最高法院判決對此問題的論述，希望對於建立「封鎖作用在法規競合亦有其適用」的理論基礎有所助益。

### (1) 德國聯邦最高法院 1951 年 4 月 24 日刑事第一庭 101/51 判決<sup>33</sup>：

該案之犯罪事實及所犯法條為：被告強制性交未遂，依(當時)德國刑法的規定，被告之犯罪行為同時該當德國刑法第 177 條<sup>34</sup>連結第

---

erkannt werden. (3) Droht das eine Gesetz Freiheitsstrafe an, das andere Strafarrest nach dem WStG, zB bei Tateinheit von nichtmilitärischen und militärischen Straftaten, so ist Freiheitsstrafe verwirkt, weil ihr gegenüber der Strafarrest milder ist. MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg, 4. Aufl. 2020, StGB § 52 Rn. 121.

<sup>32</sup> c) Geldstrafe neben Freiheitsstrafe

Neben Freiheitsstrafe kann gesondert auf Geldstrafe nur unter den Voraussetzungen des Abs. 3 erkannt werden. MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg, 4. Aufl. 2020, StGB § 52 Rn. 122.

<sup>33</sup> BGH, Urteil vom 24.04.1951 – 1 StR 101/51, 即 BGHSt 1, 152.

<sup>34</sup> [20. März 1876–1. Oktober 1953]

§ 177

(1) Mit **Zuchthaus** wird bestraft, wer durch Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine Frauensperson zur Duldung des außerehelichen Beischlafs nöthigt, oder wer eine Frauensperson zum außerehelichen Beischlaf mißbraucht, nachdem er sie zu diesem Zwecke in einen willenlosen oder bewußtlosen Zustand versetzt hat.

(2) Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter einem Jahre ein.

[1. Januar 1872–1. April 1970]

§ 14

(1) Die Zuchthausstrafe ist eine lebenslängliche oder eine zeitige.

(2) Der **Höchstbetrag der zeitigen Zuchthausstrafe ist funfzehn Jahre**, ihr Mindestbetrag ein Jahr.

(3) Wo das Gesetz die Zuchthausstrafe nicht ausdrücklich als eine lebenslängliche androht, ist dieselbe eine zeitige.

44 條<sup>35</sup>第 1 項、第 3 項強制性交未遂以及第 176 條<sup>36</sup>性強制之規定，而強制性交未遂之法定刑為 3 月以上一般監獄(Gefängnis)有期徒刑，15 年以下矯正院(Zuchthaus)有期徒刑；第 176 條之法定刑為 6 月以上一般監獄有期徒刑，10 年以下矯正院有期徒刑。

該判決認為，本案應適用德國刑法第 177 條、第 43 條<sup>37</sup>規定，而非第 176 條第 1 項第 1 款之規定判決被告有罪，且宣告刑的最低刑度要受到第 176 條之拘束，即 6 月以上一般監獄有期徒刑。聯邦最高法院未適用第 176 條第 1 項第 1 款判決被告有罪，並非因為被告可能沒有實現該條構成要件的知悉與意欲，該條規定係因為有第 177 條之特別規定，因而退卻未予適用。然被告觸犯第 176 條第 1 項第 1 款之一般規定的事實仍存在，所以不能完全不注意及此。實務見解一向認為，因為法條競合而無法適用的規定，要考慮從重量刑(參照帝國法院判決 RGSt 63, 423)。此外，當存在個人解除刑罰事由(persönlicher Strafaufhebungsgrund)，例如依德國刑法第 46 條，已著手於犯罪之

---

<sup>35</sup> [15. Juni 1943–1. Oktober 1953]

§ 44

(1) Das versuchte Verbrechen oder Vergehen kann milder bestraft werden als das vollendete.

(2) Ist das vollendete Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslangem Zuchthaus bedroht, so kann auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren erkannt werden.

(3) (weggefallen)

(4) [1] In den übrigen Fällen kann die Strafe bis auf ein Viertel des Mindestbetrages der auf das vollendete Verbrechen oder Vergehen angedrohten Freiheits- und Geldstrafe ermäßigt werden. [2] Ist hiernach Zuchthausstrafe unter einem Jahre verwirkt, so ist dieselbe nach Maßgabe des § 21 in Gefängniß zu verwandeln.

<sup>36</sup> [20. März 1876–1. Oktober 1953]

§ 176

(1) Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer 1. mit Gewalt unzüchtige Handlungen an einer Frauensperson vornimmt oder dieselbe durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zur Duldung unzüchtiger Handlungen nöthigt;

2. eine in einem willenlosen oder bewußtlosen Zustande befindliche oder eine geistesranke Frauensperson zum außerehelichen Beischlafe mißbraucht, oder

3. mit Personen unter vierzehn Jahren unzüchtige Handlungen vornimmt oder dieselben zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet.

(2) Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnißstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

<sup>37</sup> [1. Januar 1872–1. Januar 1975]

§ 43

(1) Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen.

(2) Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt.

實行而因已意中止，而阻礙基於特別規定之處罰時，被排斥的一般規定即可適用<sup>38</sup>。本案的情形，被告如非因為僱主的呼喚，而是基於自己的自由意志放開被害人，他雖然可能不再因為強制性交未遂而受處罰，但仍可能因為刑法第 176 條第 1 項第 1 款之性強制既遂，至少被判處 6 月以上一般監獄有期徒刑。若因為被告著手於犯行(一般未遂)，而不是因為被告之努力所以沒有完成強制性交(已意中止、中止未遂)，就可以獲得更輕的處罰，或將與正義背道而馳<sup>39</sup>。被告不能因為他的犯行不僅觸犯一個刑法規定，而是觸犯多數刑法規定而獲得好處(參照帝國法院判決 RGSt 73, 148)。當犯罪行為人違反多數法律規定，僅因為其中一條規定包含特殊規範始適用該條規定，而不適用其他規定的情形，也應適用上開原則論處<sup>40</sup>。基於這些考量，就算被告僅依強制性交未遂之規定處斷，仍不得宣告低於 6 個月的一般監獄有期徒刑。

<sup>38</sup> 判決原文：「Ferner ist das verdrängte allgemeinere Gesetz dann anwendbar, wenn der Bestrafung aus dem besonderen Gesetz ein persönlicher Strafaufhebungsgrund entgegensteht, so beim Rücktritt vom Versuch nach § 46 StGB (vgl. RGSt 23, 225; RG DJ 1938, 723).」

[1. Januar 1872–1. Januar 1975]

§ 46

Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Täter

1. die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder
2. zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.

<sup>39</sup> 判決原文：「Hätte der Angeklagte nicht wegen des Rufens seines Arbeitgebers, sondern aus freien Stücken von seinem Opfer abgesehen, so könnte er zwar nicht mehr wegen versuchter Notzucht bestraft werden; er hätte dann aber wegen vollendeten Verbrechens aus § 176 Abs 1 Nr 1 StGB eine Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten verwirkt. Es würde der Gerechtigkeit widersprechen, wenn er nur deshalb, weil es ohne sein Verdienst nicht zur Vollendung der Notzucht gekommen, sondern beim Versuch dieser Tat geblieben ist, milder bestraft werden dürfte.」刑法的評價上，已意中止(中止未遂)的法律效果應該要輕於一般未遂的法律效果。本案的情形，如果被告已意中止，仍可能成立德國刑法第 176 條第 1 項第 1 款之性強制既遂，至少要判處 6 月以上一般監獄有期徒刑；而強制性交未遂，德國刑法第 177 條強制性交罪是 1 年以上一般監獄、15 年以下矯正院有期徒刑，依德國刑法第 44 條一般未遂之規定減輕後，最輕本刑可減至四分之一，即 3 月一般監獄有期徒刑。若因為適用德國刑法第 177 條、第 44 條而可以判處低於 6 月之一般監獄有期徒刑，將造成強制性交(一般)未遂的罪刑比已意中止(中止未遂，本案雖不成立強制性交未遂，但可能成立性強制既遂)的情形來得輕，而有輕重失衡。

<sup>40</sup> 判決原文：「Für den Fall einer Tateinheit hatte die ältere Rechtsprechung die Ausschließlichkeit des strengeren Gesetzes in dem Sinne angenommen, daß seine untere Strafgenze auch dann maßgebend war, wenn die Mindeststrafe des gleichzeitig verletzten milderen Gesetzes höher lag. Diese Rechtsprechung ist später mit Recht aufgegeben worden, weil es einem Täter nicht zum Vorteil gereichen dürfe, wenn er durch seine Tat nicht nur ein Strafgesetz, sondern mehrere Strafgesetze verletzt hat (RGSt 73, 148). Derselbe Grundsatz muß auch in dem Falle gelten, wenn ein Täter mehrere Gesetze verletzt hat, von denen ein Teil nur um deswillen nicht anwendbar ist, weil ein anderes die besondere Norm enthält und aus diesem Grunde die alleinige Anwendung beansprucht.」

刑。亦即，本案判決肯認，一犯罪行為觸犯數刑法規定，行為人若因為較重罪之規定排除較輕罪之規定，僅依較重罪處斷，宣告刑仍不得低於所觸犯較輕罪規定的最輕本刑。

(2) 德國聯邦最高法院 1955 年 7 月 8 日刑事第一庭 245/55 判決<sup>41</sup>：

該案之犯罪事實及所犯法條為：被告為國內外專家圈知名、於 Spalt 啤酒花產地的啤酒花種植者，啤酒花的價格因產地而有不同，1953 年 10 月 1 日時，一公擔(即 50 公斤)的啤酒花，產自 Spalt 的價格為 380 馬克，產自 Hallertau 的價格為 280 馬克；同年 11 月 1 日時，產自 Spalt 的價格為 350 馬克，產自 Hallertau 的價格為 180 馬克，而這樣的價差會一直維持到全部收成販售完畢。被告利用這個價差，將其平均以 170 馬克所購買，產自 Hallertau 的 140 公擔啤酒花，包裝成是自己所種植、產自 Spalt 的啤酒花，並取得啤酒花產地證明後，以每公擔 300 至 320 馬克的價格出售，被告因此獲利超過 15000 馬克。地方法院判決被告以一行為觸犯詐欺罪、間接虛偽登載罪以及啤酒花產地法(Hopfenherkunftsgesetz, HHG)第 21 條及第 22 條之罪，處有期徒刑 1 年 2 月，併科罰金 5000 馬克，已扣押並變價之產自 Hallertau 的啤酒花沒收之。

該案之判決結果為：聯邦最高法院駁回上訴，但認為啤酒花產地法第 21 條與詐欺罪是法條競合，啤酒花產地法第 21 條是補充規定。判決中表示，啤酒花產地法第 21 條與詐欺罪構成要件競合的結果，不適用啤酒花產地法第 21 條，但無論如何不排除適用啤酒花產地法第 24 條之規定來沒收已扣押的啤酒花。法條競合的情形，除據以處斷的法律外，被排除的法律規定中有關最輕本刑、從刑以及保安處分之規定仍有適用<sup>42</sup>。亦即，本案判決肯認，法條競合不排除輕罪有關犯罪物沒收之規定，且於判決中宣示，法條競合的情形，也適用被排

<sup>41</sup> BGH, Urteil vom 08.07.1955 – 1 StR 245/55, 即 BGHSt 8, 46.

<sup>42</sup> 判決原文：「Auch bei Gesetzeskonkurrenz bleiben die Vorschriften des verdrängten Gesetzes über Mindest- und Nebenstrafen, wie auch über Sicherungsmaßnahmen neben dem Gesetz, aus dem bestraft wird, anwendbar.」。

除的法律規定中有關最輕本刑、從刑以及保安處分之規定。

(3) 德國聯邦最高法院 1964 年 1 月 14 日刑事第一庭 246/63 判決<sup>43</sup>：

該案之犯罪事實及所犯法條為：被告以變造存簿<sup>44</sup>及提款卡內存款日及提款日之方式，欺騙 GBW 的會計，從 GBW 的 6 個銀行帳戶提領共計 420000 馬克。地方法院以被告犯詐欺罪之連續行為、公務員偽造公文書罪之連續行為判處一年一般監獄有期徒刑。檢察官及被告均提起上訴。

該案之判決理由為：偽造文書的案件，雖然德國刑法第 348 條<sup>45</sup>第 2 項之公務員偽造公文書罪相對於德國刑法第 267 條<sup>46</sup>偽造文書罪是特別規定，原則上德國刑法第 348 條第 2 項排斥同法第 267 條之規定，但在法條競合的情形，一般規定並非沒有例外地退卻。長久以來，實務見解從實體法的角度始終認為，因為己意中止之未遂而不罰時，並不阻礙適用其他規定來處罰該未遂犯行，如果犯罪行為人違反其他法律規定並既遂，且個案上從這些規定的關聯下沒有得出其他結果，而這些規定間具有法律單數，即法條競合的關係。實務見解肯認，於法條競合的情形，在確定刑罰範圍時、在量刑時、以及在作關於從刑、保安處分的決定時，要考慮被排除適用的法律。類似的考慮為，若因為程序障礙事由而無法依要適用的法律追訴犯罪行為人，仍可以犯罪

<sup>43</sup> BGH, Urteil vom 14. 1. 1964 - 1 StR 246/63, 即 BGHSt 19, 188。

<sup>44</sup> 公營銀行的存簿，依德國聯邦最高法院之見解，屬於公文書，參照 BGH, Urteil vom 11. 6. 1963 - 1 StR 463/62 (LG Augsburg)。

<sup>45</sup> [15. Juni 1943–1. September 1969]

§ 348

(1) Ein Beamter, welcher, zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt, innerhalb seiner Zuständigkeit vorsätzlich eine rechtlich erhebliche Tatsache falsch beurkundet oder in öffentliche Register oder Bücher falsch einträgt, wird mit Gefängniß nicht unter einem Monat bestraft.

(2) Dieselbe Strafe trifft einen Beamten, welcher eine ihm amtlich anvertraute oder zugängliche Urkunde vorsätzlich vernichtet, bei Seite schafft, beschädigt oder verfälscht.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus.

<sup>46</sup> [15. Juni 1943–1. September 1969]

§ 267

(1) Wer zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde herstellt, eine echte Urkunde verfälscht oder eine unechte oder verfälschte Urkunde gebraucht, wird wegen Urkundenfälschung mit Gefängnis bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) In schweren Fällen ist die Strafe Zuchthaus.

行為人同時實現，但被排除適用的法律來追訴犯罪行為人。這取決於二個觀點，即從所涉及的程序障礙事由及其目的來看，適用被排除的法律有無疑慮；此外，從互相競合的規定之關聯來觀察，也許無法適用被排除的法律。然本案並沒有上述的疑慮，可適用德國刑法第 267 條追訴被告。基於引渡的理由所限制之審判權，是禁止針對被告涉犯公務員偽造公文書罪的部分為審判。但引渡許可中明確地允許，可依德國刑法第 267 條追訴被告。該程序障礙事由僅排除依特別規定(德國刑法第 348 條第 2 項)追訴被告，但不排除依其他被排除適用的一般規定(德國刑法第 267 條)追訴被告。由德國刑法第 348 條第 2 項及同法第 267 條所存在法律單數的關係，依德國刑法第 267 條追訴被告並沒有疑慮。因為程序障礙事由無法依德國刑法第 348 條第 2 項之特別規定追訴被告，而適用德國刑法第 267 條之一般規定，可使被告不會因此得到優待。此外，也沒有理由從無法依德國刑法第 348 條追訴被告而得出，也將導致不能適用德國刑法第 267 條之結果。聯邦最高法院將本案撤銷發回，因為被告之犯行是否成立德國刑法第 267 條之罪，並未依德國刑事訴訟法第 265 條踐行變更法律見解之程序，被告也沒有機會就此為辯護。

### 3. Beck 刑法註釋書

2021 年版的 Beck 線上版刑法註釋書 (BeckOK StGB/Heintschel-Heinegg) 也以下述內容，扼要肯認法規競合亦有「輕罪規定封鎖作用」之適用：「法規競合與想像競合之間的差異，僅表現在有罪判決主文的宣示（而不在其刑罰的量處）。在法規競合的情形，僅有獲得適用之犯罪罪名出現在判決主文，未獲適用之犯罪的罪名則被獲得適用之罪所吸收；但在想像競合之情形，則裁判者須在判決主文同時引用所有行為人所觸犯各罪罪名之構成要件。」<sup>47</sup>

<sup>47</sup> III. Unterschiede zur Tateinheit und Rechtswirkungen

Formal wirkt sich der Unterschied zwischen Gesetzes- und Tateinheit allein auf den Schuldspruch aus. Während im Fall der Gesetzeseinheit aufgrund der Absorption des verdrängenden Delikts nur das verdrängende Gesetz im Schuldspruch erscheint, nennt der Urteilstenor bei Tateinheit alle tateinheitlich

「然在刑罰的量處上，依照德國的實務見解，則未獲適用之犯罪規定(罪名)的刑度亦須一併受到考慮。只要獲得適用之條文對此並無特別排除之規定，被排斥適用之條文即會如同刑法第 52 條第 2 項第 2 句之規定，形成刑罰框架下限的封鎖效果。如果獲得適用之犯罪規定刑度(下限)較低，而未獲適用之罪所規定的刑度(下限)超出其上，則輕罪規定之封鎖作用亦有適用的餘地。<sup>48</sup>」本案藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥罪所規定之最輕本刑，低於毒品條例第 8 條第 2 項轉讓第二級毒品罪之最輕本刑，即其適例。

#### 4. 小結

法條競合(Gesetzeskonkurrenz)，即法律單數(Gesetzeseinheit)是指單數行為表現上、形式上同時該當了數個(或數次)犯罪構成要件，但實質上因為有特別關係、補充關係、吸收關係而使其中一個構成要件應優先適用，並進而排斥其他構成要件的適用<sup>49</sup>。法條競合的法律效果是一個構成要件應優先適用而排斥其他構成要件，但未適用的規定得於量刑時從重加以考慮。

參酌德國學說及實務，法條競合下，除適用的法條是較輕的特別法(lex specialis)外，量刑時不得低於未適用法條之最輕本刑。依照封

---

verwirklichten Tatbestände (näher MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg Vor § 52 Rn. MUEKOSTGB STGB 1 § 52 Randnummer 29 f. mwN). 引自 BeckOK StGB/Heintschel-Heinegg, 49. Ed. 1.2.2021, StGB § 52 Rn. 19

<sup>48</sup> Bei der Strafzumessung soll dagegen das verdrängte Gesetz nach der Rechtsprechung – entsprechend tateinheitlicher Begehung wiederum – berücksichtigt werden können (BGHSt 30, BGHSt Jahr 30 Seite 166 (BGHSt Jahr 30 167); aA MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg Vor § 52 Rn. MUEKOSTGB STGB 1 § 52 Randnummer 62 ff., MUEKOSTGB STGB 1 § 52 Randnummer 77 ff. mwN). Das verdrängte Gesetz entfaltet nach der Rechtsprechung eine Sperrwirkung dahingehend, dass die Strafraumenuntergrenze wie nach § STGB § 52 Abs. STGB § 52 Absatz 2 S. 2 nicht unterschritten werden darf, sofern das vorrangige Gesetz nicht gerade eine Privilegierung darstellt (BGHSt 30, BGHSt Jahr 30 Seite 166 (BGHSt Jahr 30 167)). Das soll auch dann gelten, wenn das vorrangige Gesetz einen minder schweren Fall vorsieht und der Strafraumen des verdrängten Gesetzes hinsichtlich der Strafraumenuntergrenze darüber hinausgeht. Nebenstrafen oder Nebenfolgen und Maßnahmen können nach der Rechtsprechung auch dann verhängt werden, wenn sie nur im verdrängten Gesetz vorgesehen sind (BGHSt 19, BGHSt Jahr 19 Seite 188 (BGHSt Jahr 19 189)). Bei ausdrücklicher Spezialität und formeller Subsidiarität entspricht diese Rechtsprechung jedenfalls dem Gesetzeswortlaut (SSW StGB/Eschelbach Rn. SASCHLUWIDKOSTGB STGB § 52 Randnummer 28) und auch den Grundprinzipien der Gesetzeseinheit (MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg Vor § 52 Rn. MUEKOSTGB STGB 1 § 52 Randnummer 62 ff., MUEKOSTGB STGB 1 § 52 Randnummer 77 ff. mwN). 引自 BeckOK StGB/Heintschel-Heinegg, 49. Ed. 1.2.2021, StGB § 52 Rn. 20.

<sup>49</sup> 林鈺雄，新刑法總則，2018 年 9 月，六版第 1 刷，第 602 頁至第 608 頁。

鎖作用理論遭到排除適用的法律，也可宣告從刑、附隨效果、保安處分以及利得沒收和犯罪物沒收，其結果幾與德國刑法第 52 條想像競合的規定相符<sup>50</sup>。

#### 四、本署見解

##### （一）封鎖作用之意義：封鎖作用旨在避免被告獲得不當之輕典

如前所述，封鎖作用（die Sperrwirkung）的概念其實來自德國 52 條及我國刑法 55 條有關想像競合之規定。關於想像競合犯之處罰，兩國法律均規定應從其刑罰最重或較重之罪名論處；而所謂刑罰較重之罪，在所犯各罪刑罰種類相同之情形，係指其中最重本刑較高之罪名而言。至於被排斥適用的最重本刑較輕罪名，在刑罰的量處上，並非不具任何作用，而係透過輕罪的最輕本刑與重罪的最重本刑，同時發揮刑罰框架效果的作用，在形成整體量刑幅度上的最高與最低刑度限制。此一實際上結合重罪刑度上限與輕罪刑度下限所形成的上下幅度的量刑限制，即稱為「輕罪規定的封鎖作用」（die Sperrwirkung des milderen Gesetzes），簡稱封鎖作用，或稱「結合性刑罰框架結構」（Kombinationsstrafrahmen）。

誠如前述德國注釋書及最高法院 104 年度台上字第 380 號等肯定說判決所言，不論從德國刑法第 52 條或我國刑法第 55 條的規定來看，其目的都在避免其行為觸犯數個犯罪構成要件的被告，不致因為從一重罪規定處罰的結果，反而獲得不當之利益。我國刑法第 55 條但書之規定，即係表達此一意旨。前述最高法院肯定說，亦將封鎖作用正確描述為「輕罪最低法定刑的封鎖作用」，亦即想像競合犯雖應依所犯二罪或數罪中之重罪論罪，亦即若成立三罪以上時，依其最重本刑刑度最高者論罪；若成立二罪則依其最重本刑度較高論處。然

<sup>50</sup> 也有學者主張法條競合之補充關係，未適用的法律亦無封鎖作用。BGHSt 1, 152; 19, 188; 10, 312, 8, 46. Thomas Fischer, Beck'sche Kurz-Kommentare, Strafgesetzbuch, 63. Aufl. 2016, Vor § 52 Rn. 44-45. Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, 30. Aufl. 2019, StGB Vorbemerkungen zu den §§ 52 ff. Rn. 103. Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. neu bearbeitete Auflage, 2018, Rn. 1288.

而，其刑度下限卻仍不得低於各罪所定最輕本刑中之最高刑度；亦即依重罪科刑所處之刑度，不得低於一個或數個輕罪最輕本刑中的最高者。換言之，若重罪之最輕本刑高於輕罪之最輕本刑，即依最重罪規定之最輕本刑定其刑度下限；若輕罪之最輕本刑高於重罪之最輕本刑（例如本案事例），即應依輕罪之最輕本刑定其刑度下限，斯乃「輕罪最低法定刑封鎖作用」之精義。

至於輕罪罪名之減輕規定是否得以適用，嚴格說來，並非「輕罪封鎖作用」之直接效果，無寧只是間接作用，不宜逕自援引重罪規定所無之輕罪減輕規定，直接作為減輕重罪刑度的依據，詳細說理請見下一法律問題之討論。

## （二）封鎖作用在法規競合場合之適用：在法規競合案型，未獲適用之輕罪法條亦有封鎖效果

法規競合(Gesetzeskonkurrenz)，即法律單數(Gesetzeseinheit)是指單數行為表現上、形式上同時該當了數個(或數次)犯罪構成要件（罪名），但實質上因為有特別關係(Spezialität)、補充關係(Subsidiarität)、吸收關係(Komsumption)而使其中一個犯罪構成要件應受優先適用，並進而排斥其他構成要件的適用。依前述德國實務及學說通說，法條競合的法律效果是一個構成要件應優先適用而排斥其他構成要件，但未適用的規定亦得於量刑時從重加以考慮。換言之，想像競合之「輕罪規定封鎖作用」，在法規競合之場合，亦有其適用，以免被告在刑罰的量處獲得不合正義之不當利益。此一見解，本署亦能認同。

陸、本案法律爭點問題：被排斥適用法規有減輕或免除其刑之規定者，在量刑時是否應予以考慮？

### 一、相關實務見解

#### （一）肯定說：得適用毒品條例第 17 條第 2 項之規定減輕其刑

前述最高法院於 104 年 2 月 5 日作成 104 年度台上字第 380 號刑事判決，基於避免刑罰評價不足缺失的考量，業已肯認法規競合如

同想像競合犯，亦有「輕罪封鎖作用」原則之適用，已如先前之引述。關於規範輕罪罪名法律中之刑罰減輕規定，於判認成立重罪之刑罰評量時有無適用餘地，該判決亦採肯定之見解。換言之，在本案轉讓甲基安非他命之場合，即使以藥事法第 83 條第 1 項論以轉讓禁藥罪，仍得依輕罪規定封鎖作用之原理，而適用毒品危害防制條例第 17 條第 2 項之規定減輕其刑。該判決有關此一問題之要旨略謂：「又輕罪或被排斥適用之法規，如有減輕或免除其刑之規定者，在重罪或優先適用之法規於量刑時，自亦應予以考慮，此乃當然之解釋，始符衡平。……至於台灣台南地方法院刑事第六庭以：轉讓未達毒品危害防制條例第八條第六項所定一定數量之甲基安非他命，實務認為依法規競合應優先適用藥事法第八十三條第一項（下稱系爭規定）論科，惟系爭規定並無類似毒品危害防制條例第十七條減輕或免除其刑之規定及第十八條、第十九條沒收銷燬、追徵價額或財產抵償之規定，存有法律適用上對同一違禁物品之不同行為，採用兩套截然不同之規範之情形，欠缺合理之差別待遇，且造成法律適用上之混亂，違反平等及刑罰公平性原則……。……類此法律之解釋與適用，祇須依循本院上開一致之見解（即法規競合亦有輕罪最低度刑「封鎖作用」之適用），即可迎刃而解，且亦唯有如此，始符合公平正義，而避免有重罪輕罰之失衡情形，並足以保障被告之權益，不致發生不合理的差別性待遇之扭曲現象（如轉讓達一定數量之甲基安非他命者，其自白可獲邀減刑之寬典，但未達一定數量者，其之自白反而不能減刑）。茲本件依原判決之認定，上訴人於偵、審中均自白轉讓甲基安非他命二次與張凱傑施用之犯罪事實。原判決以甲基安非他命係毒品危害防制條例規定之第二級毒品，亦為藥事法所稱之禁藥，而以上訴人所為，係該當於藥事法第八十三條第一項轉讓禁藥與毒品危害防制條例第八條第二項之轉讓第二級毒品等罪名，因前者為後法、重法，依法規競合應優先適用藥事法第八十三條第一項處罰。惟又認為上訴人雖於偵、審

中自白，但仍無毒品危害防制條例第十七條第二項自白減輕其刑之適用，揆之說明，所持法律見解已難謂無違誤，復於別無減輕其刑之情況，卻僅各量定有期徒刑四月，尤有評價不足、重罪輕罰之不合理現象，其適用法則自屬違背法令。……四、上訴意旨執以指摘原判決上開部分違背法令，為有理由。原判決既有上開違誤，因僅屬法律適用不當，尚不影響事實之確定，可據以為裁判，爰將原判決關於上開罪刑部分撤銷，依毒品危害防制條例第十七條第二項酌減其刑後，仍審酌上情，改判量處如主文第二項所示，期臻適法。」

該判決有關「輕罪封鎖作用」應該獲得適用之原則的說理雖相當充分，然「輕罪最低刑度封鎖作用」本係想像競合犯在論罪科刑上的法定效果，在無明文規定作為基礎的法規競合案例，何以亦得適用？而在實際案例上，又該如何適用較為合理？此等問題，該判決之說理似仍有所欠缺，是尚有進一步探討其理論基礎之必要。

## (二) 否定說：不得適用毒品條例第 17 條第 2 項之規定減輕其刑

104 年 06 月 30 日最高法院 104 年度第 11 次刑事庭會議決議：「採乙說：否定說。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。實務上，於比較新舊法律之適用時，亦本此原則（本院二十七年上字第二六一五號判例意旨參照）。題旨所示被告轉讓甲基安非他命之行為，因藥事法第八十三條第一項轉讓禁藥與毒品危害防制條例第八條第二項轉讓第二級毒品之法規競合關係，既擇一適用藥事法第八十三條第一項規定論處罪刑，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十七條第二項之規定，減輕其刑之餘地。」

在此決議作成之前的最高法院 103 年度台上字第 1268 號刑事判決要旨亦稱：「第二級毒品未必係經公告之禁藥，禁藥亦未必均為第二級毒品，故毒品條例第八條第二項及藥事法第八十三條第一項二者，

並無必然之取代關係。該當於毒品條例第八條第二項之轉讓第二級毒品罪及藥事法第八十三條第一項之轉讓禁藥罪者，既優先適用藥事法第八十三條第一項論罪，縱行為人有於偵、審中自白或供出毒品來源因而查獲其他正犯或共犯等情事，亦不得再適用毒品條例第十七條規定予以減輕其刑。至轉讓同屬禁藥之第二級毒品逾淨重十公克以上者，依毒品條例第八條第六項規定，因加重其刑至二分之一結果，法定刑已重於藥事法第八十三條第一項，而應回歸適用毒品條例第八條第二項，並因法律整體適用原則而有同條例第十七條減輕其刑規定之適用。上訴意旨據以指摘因整體適用之結果，致轉讓毒品數量多者，反而可以享有自白減刑之寬典，而有輕重失衡之現象。惟此一輕重失衡現象，乃因法律整體適用之結果，並涉及立法者對於轉讓禁藥罪之法定刑的高低，是否反應法益受侵害的方式與程度、行為人主觀不法的態樣及其程度或自首、自白、供出來源等鼓勵行為人自新或擴大追查禁藥來源等因素之綜合考量，屬立法者對相關立法事實之判斷與預測，司法者自應予適度尊重。惟法院仍可透過個案衡平的機制，諸如針對行為人犯罪情節之輕重，施以不同程度處罰之裁量空間，再配合刑法第五十九條刑之酌減及第七十四條緩刑等規定，應足以調節轉讓少量第二級毒品（禁藥）不能適用毒品條例第十七條減刑規定之不利現象，而避免過苛之處罰，以大幅緩解對其情法失平的指摘。」另外最高法院 103 年台上字第 2828 號刑事判決，亦採類以見解。

最高法院 104 年度台上字第 2582 號刑事判決亦採法律不得割裂適用，既依藥事法之規定論罪，不得再依毒品條例規定減刑見解。其要旨如下：「（一）、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。實務上，於比較新舊法律之適用時，亦本此原則（本院二十七年上字第 2615 號判例意旨參照）。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）之行為，因藥事

法第八十三條第一項轉讓禁藥與毒品危害防制條例第八條第二項轉讓第二級毒品之法規競合關係，既擇一適用藥事法第八十三條第一項規定論處罪刑，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十七條第二項之規定，減輕其刑之餘地。此為本院最近一致之見解。」104 年台上字第 399 號刑事判決亦可參照。

此外，臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會刑事類提案第 16 號<sup>51</sup>，亦採否定說的見解。

---

<sup>51</sup> 會議次別：臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會刑事類提案第 16 號

會議日期：民國 98 年 11 月 11 日

座談機關：臺灣高等法院暨所屬法院

法律問題：在民國 98 年 5 月 20 日修正公布之毒品危害防制條例第 17 條第 2 項施行後，若被告轉讓安非他命，經審理認為應優先適用藥事法第 83 條第 1 項明知為禁藥而轉讓罪時，若被告於偵查及審判中均自白，有無依該條項減輕其刑之適用？

討論意見：甲說：否定說。

按最高法院 27 年上字第 2615 號判例：「犯罪在刑法施行前，比較裁判前之法律孰為有利於行為人時，應就罪刑有關之一切情形，比較其全部之結果，而為整個之適用，不能割裂而分別適用有利益之條文。」由此可知，適用法律應整體性適用，不得割裂適用，該原則，無論於同一法律為新舊法比較時，或不同法律規定間產生法規競合關係時，應均遵循之。故本案既已因法規競合關係，優先適用藥事法第 83 條第 1 項規定論罪，則被告縱使於偵查及審判中均自白，基於適用法律應整體性適用，不得割裂之原則，亦不得另依修正後毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定，減輕其刑。

乙說：肯定說。

按修正後毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定：「犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查中及審判中均自白，減輕其刑」，其立法目的在於使製造、販賣、運輸、轉讓毒品案件之刑事訴訟程序能儘早確定，鼓勵被告自白認罪，開啟其自新之路，故被告轉讓安非他命之行為，若僅因法律競合而適用藥事法第 83 條第 1 項規定論處，即認不得適用修正後毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定減輕其刑，則與該條鼓勵被告自白認罪，使該案件之刑事訴訟程序能儘早確定之立法目的不符。況同樣轉讓毒品（禁藥）之行為，於轉讓第一級毒品海洛因且於偵審中自白者，可依毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定減輕其刑，但轉讓第二級毒品安非他命者，卻因優先適用藥事法第 83 條第 1 項，而不得依毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定減輕其刑，同樣轉讓毒品（禁藥）且偵審中自白之行為，僅因轉讓之毒品種類不同，即就其自白生減刑與否之差異，有失公平。又同樣轉讓第二級毒品安非他命且偵審中自白之行為，又將因轉讓安非他命數量達淨重 10 公克以上與否，而生是否減刑之差異對待，致轉讓安非他命數量較多者，反而可以享有自白減刑之優待，輕重失衡，顯非妥適。

初步研討結果：

在最高法院 108 年度台上字第 2682 號刑事判決中，否定說見解仍獲該案審判庭之支持。該判決要旨如下：「又法律之適用有其整體性原則，除法律有特別規定外（例如刑法第 55 條但書規定關於想像競合犯中輕罪最低本刑對於重罪量刑之封鎖作用），不得任意割裂適用，若選擇適用藥事法第 83 條第 1 項規定論以轉讓禁藥罪者，法律既無特別規定，即無割裂適用毒品危害防制條例第 17 條第 2 項規定減輕其刑之餘地。原判決對於附表一編號 4、8-10、12-14 所載轉讓甲基安非他命之部分，依「重法優於輕法」之法理，適用藥事法第 83 條第 1 項轉讓禁藥罪之規定處斷，並本於法律整體適用不得任意割裂原則，認上訴人此部分犯行並無毒品危害防制條例第 17 條第 2 項減輕其刑規定之適用，自屬合法。」

直至 109 年度台上字第 1166 號刑事判決，最高法院審理該案的承審法庭仍然持否定說之立場，其要旨如下：「四、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，

---

採甲說（甲說 8 票，乙說 4 票）。

審查意見：（一）甲說理由修正為「對於不同刑罰法律間具有法規競合關係者，由法院為比較適用時，應本於法律整體適用不得割裂原則。實務上，於同一法律為新舊法比較適用時，亦本此原則（最高法院 27 年上字第 2615 號判例參照）。本案被告轉讓安非他命之行為，既發生藥事法第 83 條第 1 項與毒品危害防制條例第 8 條第 2 項規定間之法規競合關係，而應優先適用較重之藥事法第 83 條第 1 項規定論處，縱被告於偵查及審判中均自白，基於法律整體適用不得割裂原則，不得另依修正後毒品危害防制條例第 17 條第 2 項之規定，減輕其刑。」

（二）採修正後甲說。

研討結果：（一）增列丙說。

丙說：最有利被告說。

（一）毒品危害防制條例為藥事法之特別法，依中央法規標準法第 16 條規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用」，本題應適用特別法之毒品危害防制條例。

（二）我國近日通過世界人權二大公約，相關法律均應依人權保障之世界思潮為對應檢討或修正，本題亦宜援用刑法第 2 條新舊法比較時所採從舊從輕之最有利被告原則，適用毒品危害防制條例，以符合人權保障及立法者制定自白減刑規定之最新民意，同時維持法律整體適用不得割裂之原則。

（二）照審查意見通過（經付表決結果：實到 72 人，採修正後甲說 37 票，採乙說 19 票，採丙說 9 票）。

應本於整體性原則，不得任意割裂。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。此為本院 104 年度第 11 次刑事庭會議所採之見解。」

## 二、相關學說

有關此一問題，我國少有相關學者提出相關論述。僅潘韋丞法官曾經為文認為：適用藥事法論罪之轉讓第二級毒品作為，仍可再依毒品條例自白減刑之規定減輕其刑。潘法官認為：藥事法有關偽、禁藥罪之規定為轉讓毒品罪之特別法規定，應優先適用，論罪部分適用藥事法，但若藥事法未規定總則性之加重減輕事由，自應回歸適用毒品危害防制條例，此與回歸刑法總則適用自首、累犯等規定，在概念上並無不同<sup>52</sup>，從而認為可以依毒品危害防制條例第 17 條第 2 項之規定減輕其刑。

然而，「輕罪規定的封鎖作用」，其主要目的原在避免被告獲得不當之輕典，亦即避免其行為觸犯數個犯罪構成要件的被告，不致因為從一重罪規定處罰的結果，反而獲得不受輕罪處罰規定限制之不當利益，前已數數言之。我國刑法第 55 條但書及德國刑法第 52 條第 2 項至第 4 項規定，均在表達此一意旨。如前所述，「輕罪的封鎖作用」並無法導出輕罪罪名之減輕規定可以逕於重罪直接適用之結論，無寧只是間接作用，不宜逕自援引作為得依被排斥適用之輕罪才有的刑罰減輕規定，直接作為重罪罪名減輕其刑的理論。以下依德國最新出版之註釋書說明想像競合犯封鎖作用之運用內涵。

## 三、德國學說

前揭慕尼黑黑刑法註釋書在析論想像競合犯之輕罪規定封鎖作用

<sup>52</sup> 潘韋丞，論毒品危害防制條例與藥事法之「割裂適用」，月旦法學雜誌，242 期，2015 年 7 月，224-225 頁。

時，就相關各罪所據之法律，若各有刑罰加減規定時應如何處理的問題時，其見解如下：「結合性刑罰框架的形成，須依個案具體情狀始能予以確認。如果所犯罪名因有加重或減輕因素，而致其最重本刑或最輕本刑有所增減時，結合性刑罰框架即應分別在加重或減輕之後始告形成。」<sup>53</sup>

「建立在刑法想像競合基礎上的結合性刑罰框架，必須依此架構，始能在具體個案實現犯罪之處罰。若因個案之處罰前提條件並不具備，例如，如有免除或排除刑罰事由存在，即無相關刑法規定之適用。此外，若欠缺刑事追訴條件，例如未經被害人提出告訴，或如追訴權時效已告消滅，亦無訴諸該刑法規定之餘地。量刑之際，對於因為不具追訴條件而無法追訴之犯罪行為，充其量只能在衡酌刑度時作為參考而已。」<sup>54</sup>

綜前所述，一個犯罪行為所觸犯的數個不同刑法犯罪規定，若該規範該等犯罪的法律各有刑罰加重減輕規定，則在「結合性刑罰框架」形成之前，亦即在輕罪罪名的封鎖效果發揮作用之前，即應各自先行進行刑罰之加減，俟於刑罰之加減完成之後，始依「結合性刑罰框架」亦即「輕罪規定之封鎖作用」，決定其刑罰之量處範圍。此一原則，不但於想像競合有其適用，揆諸前揭說明，在法規競合之案例，亦有適用餘地。

上述原則若應用於本案，既可讓在偵、審中自白之行為人獲邀自白減刑的法定利益，又可防止行為人獲得法律規定限制之外的不當減

<sup>53</sup> Der Kombinationsstrafrahmen ist nach den Umständen des Einzelfalls konkret zu ermitteln. Sehen also eines oder mehrere der verletzten Strafgesetze bei erschwerenden oder mildernden Umständen andere Höchst- oder Mindeststrafen vor, so sind, wenn Erschwerens- oder Milderungsgründe vorliegen, die veränderten Strafrahmen zu kombinieren. *MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg*, 4. Aufl. 2020, StGB § 52 Rn. 115

<sup>54</sup> Den Kombinationsstrafrahmen bilden nur die idealkonkurrierenden Strafgesetze, nach denen im konkreten Fall eine Bestrafung erfolgen kann. Keine Berücksichtigung finden Strafgesetze, bei denen ein Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund vorliegt. Außer Ansatz bleiben auch Strafgesetze, die wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung nicht anwendbar sind, so wenn der erforderliche Strafantrag nicht gestellt oder Verjährung eingetreten ist; jede Gesetzesverletzung unterliegt einer eigenen Verjährung. Bei der Strafzumessung darf die mangels Strafantrag nicht verfolgbare Tat nur mit einem geringeren Gewicht als die verfolgbare Tatbestandsverwirklichung berücksichtigt werden. *MüKoStGB/v. Heintschel-Heinegg*, 4. Aufl. 2020, StGB § 52 Rn. 116

刑利益，對於本案法律爭點問題的解決，實有明確的指引作用，應可援引作處理本案自白減輕事例之理論依據。

#### 四、本署見解

(一) 本案行為本應逕依毒品危害防制條例論處，並依同條例第 17 條所定自白減輕規定，減輕其刑。

有關本案論罪之前提問題，不論採納本署在 109 年台大字 1089 號裁定言詞辯論程序中提出之意見，或該案鑑定人柯耀程教授之鑑定意見，抑或該裁定不同意見書之見解，本件轉讓甲基安非他命之行為均應依毒品條例第 8 條第 2 項論罪科刑，行為人於偵查及歷次審理中既為自白，自應依同條例第 17 條第 1 項規定減輕其刑，毫無進行任何複雜說理之需要。

(二) 透過輕罪封鎖作用法理的聯結，宜認在偵審中自白犯罪之轉讓甲基安非他命而依藥事法論罪之行為人，仍得減輕其刑。

貴院若仍認應維持本案行為應依藥事法第 83 條論罪之立場，該行為人既經於偵、審中自白，參酌前述德國通說見解，在透過輕罪規定封鎖作用建立適用聯結，在先依毒品條例有關自白減輕之規定，對於轉讓第二級毒品之法定刑予以減輕之後，再依「輕罪最低刑度的封鎖作用」，在轉讓禁藥罪法定刑與經減輕之轉讓第二級毒品罪之上下刑度之間，酌定本案行為人應處之刑度，則行為人即仍得享毒品條例所規定減輕其刑的寬典。惟其減輕機制如何運作，尚有探究之必要。約而言之，其操作模式可大別為兩類，以下分別論之：

#### 1. 各自依輕重各罪之後再行操作輕罪最低刑度封鎖作用之模式（模式 1）

依前述法規競合「輕罪規定的封鎖作用」（die Sperrwirkung des mildereren Gesetzes）運作的結果，本案系爭行為同時構成藥事法第 83 條第 1 項之轉讓禁藥罪與毒品危害防制條例第 8 條第 2 項之轉讓第二級毒品罪，雖應依較重之藥事法第 83 條第 1 項論罪，然刑罰較輕

規定之毒品條例的最輕本刑下限（有期徒刑 6 月以上），仍然應該發揮封鎖作用。惟因行為人於偵查中及歷次審判中均自白，本得依毒品條第 17 條第 1 項減輕其刑；依刑法第 66 條前段之規定，其最輕本刑即得減至 3 月以上有期徒刑。換言之，輕重各罪應在各自原有刑度依法加減之後，再依「結合性刑罰框架」或「輕罪最低刑度封鎖作用」之運作，依刑法第 35 條規定決定何一罪名者為刑罰最重或較重之罪，並衡量重罪與輕罪者之各最輕本刑中何者為最重，亦即決定何者為各罪之最輕本刑中最高（或較高）刑度，以及刑度加減之後應科處之最重本刑與刑度最高之最輕本刑度各為若干，再來決定依何罪論處以及輕罪封鎖效果之最高刑度之最輕本刑為何。就本案而言，被告所應處藥事法 7 年以下之有期徒刑，尚應受到毒品條例第 8 條第 2 項最輕本刑 6 月以上之限制（封鎖）而科處 7 年以下 6 月以上有期徒刑。就刑之減輕而言，被告所犯之藥事法轉讓禁藥罪並無自白減輕規定，另一最重本刑較輕原本得處 5 年以下 6 月以上之轉讓第二級毒品罪，則得經由毒品條例第 17 條第 2 項之自白減輕規定，減至 2 年 6 月以下 3 月以上之有期徒刑，經過封鎖作用的運作，該轉讓行為應該科處之刑度為 7 年以下 3 月以上有期徒刑。此一封鎖效用運作之模式，具有操作穩定、易於預測的優點，安定性較佳；且有前述德國刑法註釋書之最新詮釋作為基礎，應屬最為可採之模式。可稱模式 1，此乃本署所採之解決模式。

## 2. 直接適用減輕規定或先行操作輕罪封鎖作用再為減輕之模式（模式 2）

就同一問題，最高法院 104 年台上字第 380 號判決略稱：「輕罪或被排斥適用之法規，如有減輕或免除其刑之規定者，在重罪或優先適用之法規於量刑時，自亦應予以考慮，此乃當然之解釋，始符衡平。」揆其意旨，似謂法規競合輕罪所據法律之減輕規定，即可直接作為重罪罪名之減輕依據。此種見解可列為模式 2 之甲說。若循此旨，本案

被告所犯藥事法第 83 條第 1 項之轉讓禁藥罪即可直接適用毒品條例第 17 條第 2 項規定予以減輕；然則，被告所犯之藥事法第 83 條第 1 項所定轉讓禁藥罪，依刑法第 33 條第 3 款及同法第 66 條前段規定，即可減至 3 年 6 月以下、2 月未滿之有期徒刑，其刑度下限，反比直接適用輕罪毒品條例第 8 條第 2 項轉讓第二級毒品罪經減輕後之刑度下限更低，似與常理不合。蓋若未依循輕罪封鎖作用之運作途徑，本無減輕其刑法律依據之重罪法律藥事法，如何得以直接適用其他法律即毒品條所定之減輕規定，在理論上勢將難以自圓其說。

若在此一刑之減輕後，繼之操作輕罪之封鎖作用，則將造成被告須處 3 年 6 月以下、6 月以上之刑（不妨稱為模式 2 之乙說）。若採此模式，較諸上述本署所建議之模式 1 的處斷方式，就被告可處之最輕本刑而言，反於被告不利。

若或純為被告之利益著想，可能尚有主張競合之二罪名可分別予減輕再行操作輕罪封鎖作用之意見，亦未可知，若採此一想法，則被告得以獲處 3 年 6 月以下、3 月以上之刑，此種意見不妨稱為第 2 模式之丙說。此說之理論缺失一如本模式之甲說，亦即無法說明在未運作封鎖作用之前，本無自白減輕依據之重罪規定何以得以減輕其刑。

## 柒、結論

本案法律問題解決之道，若最高法院能放棄 109 年度台上大字第 1089 號之見解，改採依毒品條例規定論罪科刑之立場，所有問題均可迎而解，本無須大費周章論述如何建構上述解決之道。

針對本案爭點問題，本署原則上贊同對於在偵、審中均為自白之本案行為人，適度減輕其刑，以求事理之平。惟應依何法理（或循何途徑）、如何減輕？應予減輕之刑度若干？在法理依據及方法論上，仍有留意必要。有關法理依據，提案庭及採肯定說之最高法院判決，一再強調實質的衡平，認為不予減輕，不合公平正義，且有鼓勵自白、

開啟自新，促進偵審程序平順進行，並利折服及早確定等諸種刑事司法政策優點。前揭肯定說判決雖然肯認在法規競合案件，亦有「輕罪規定最低法定刑的封鎖效用」之適用（加重其刑之案例亦應一體適用），惜乎未能進一步釐清，何以「輕罪規定最低法定的封鎖作用」對於無刑罰減輕法定依據之重罪罪名亦有適用餘地之緣由。蓋「輕罪規定最低法定的封鎖作用」，其原意係在強調輕罪罪名所發揮之最低刑度限制效果，似不及於輕罪罪名本身以外之刑罰加減規定之適用。

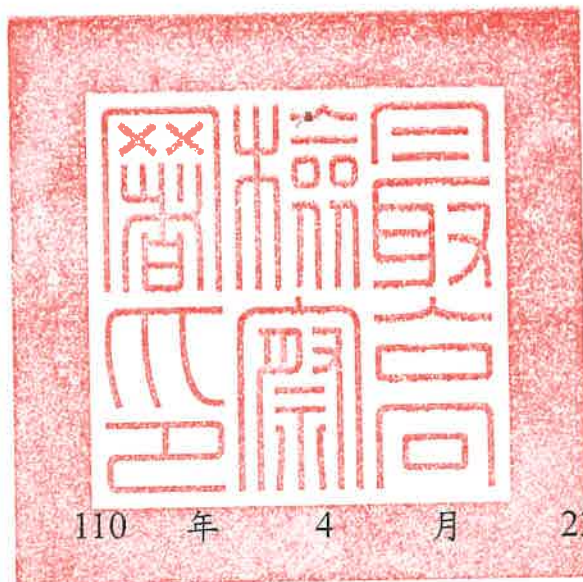
本署並不反對引入「封鎖作用」之法理以助解決此一問題。但本署認為，簡稱「封鎖作用」之「輕罪規定的封鎖作用」，其原始意義乃在「輕罪最低刑度的封鎖作用」以及「輕罪有關從刑、從屬效果及附隨處分的封鎖作用」二者，其目的係在避免犯罪行為人獲得不當之寬典，可見該機制之原意，與前述為求利益行為人之立意並不相符，此節不可不察。緣此，本署並不認為訴諸封鎖作用，即得出毒品條例之自白減輕規定在藥事法之轉讓禁藥罪直接適用的結論。解決之道，須先肯定於法規競合案例亦有「輕罪規定的封鎖作用」之適用，先在被適用之重罪規定（在本案即藥事法）與被排斥適用的輕罪規定（在案即毒品條例）之間，建立一個姑且名之「封鎖聯結」的聯繫機制，此為第一步驟；次於重罪規定與輕罪規定，各自進行刑罰加重或減輕之「規定內部刑罰加減機制」，此第二步驟；最後再將各罪各自加重或減輕之結果，持以依循「輕罪最低刑度封鎖作用」機制，決定得對行為人科刑之範圍（含科刑種類與刑度）。易言之，此一模式非僅適用於減輕其刑之事例，在有刑度加重事由與法律依據之案例，亦應循此模式處理，始能理論一貫。

綜上論述，本署認為，本案轉讓甲基安非他命之行為人，既有在偵查中及歷次審判中自白之事實，自應享有減輕其刑的寬典，此一法律上得享之優惠，本不應因為司法機關在個案審理中採取不同的理論操作而受影響。然本案論罪規定之藥事法，畢竟無在偵審中自白減輕

其刑之明文規定存在，若欲使行為人得以享有該法所無之刑罰減輕待遇，即使在法無明文規定之法規競合案例，仍有必要參照德國刑法界通說，逕依想像競合犯之處理模式，透過「封鎖作用」的法理聯結，先就所成立較輕之轉讓第二級毒品罪，依照該罪所適用法律中之刑罰減輕規定減輕至 2 年 6 月以下、3 月以上之後，再依「輕罪規定的封鎖作用」，限定本案轉讓禁藥罪所處的刑度下限為有期徒刑 3 月，至其最高刑度則仍應該維持於藥事法第 83 條第 1 項之有期徒刑 7 年。本署認為，此一折衷作法，不但符合事理之衡平，在刑事政策上亦有鼓勵行為人犯後懊悔自新的作用，又無使行為人獲得不當寬典之結果，應是較為可採的作法。

此致

最高法院



中 華 民 國 110 年 4 月 23 日

檢察官 宋國業

陳瑞仁

吳巡龍

黃則儒

林俊言

蔡秋明

