



轉讓甲基安非他命的 法律評價

——簡評最高法院109年度台上大字
第1089號裁定

吳梓榕

最高檢察署調辦事
檢察官

目次	壹、問題所在 貳、裁定要旨	參、過於簡化、預設立場、欠缺實質說理的裁定理由 肆、裁定之後：各種割裂適用
----	------------------	--

壹、問題所在

如就以下命題，對我國15歲以上青少年與成人們進行街訪，「請問，您認為（甲基）安非他命是一種毒品，還是藥品呢？」相信90%以上會回答前者。然，作為一種最普遍、最廣為社會大眾所「明知」的第二級毒品，針對「無償轉讓安非他命」這個實務頗常見的犯罪類型，在法院判決中所表彰或宣告的罪

名，99%以上卻「不會是」毒品危害防制條例（下稱「毒品條例」）第8條第2項的轉讓第二級毒品罪，而會是藥事法第83條第1項之轉讓「禁藥」罪，理由何在？——先說結論：法院在此類案型，在判決論罪欄中，通常會有一段（幾乎每篇都一樣或大致相同）關於「法條競合的論述」¹，大意是說，因此時該行為同時符合藥事法第83條第1項轉讓禁藥罪之構成要件，基於「後法優於前法、

重法優於輕法」之法理，應將行為人未達法定加重數量的轉讓甲基安非他命行為，論以法定刑較重的「轉讓禁藥罪」；但，事情又非如此單純，倘行為人轉讓安非他命的數量超過純質淨重10公克，此時法院「應該」又會回歸毒品條例來適用（此時適用同條第6項之轉讓逾重二級毒品罪），認定行為人此時犯轉讓逾重第二級毒品罪²，換言之，此時又不論以藥事法的轉讓禁藥罪了。

因此，問題來了：為何同樣都是轉讓第二級毒品安非他命的行為，司法實務卻長久以往，以「轉讓數量是否超過10公克」，理所當然地割裂適用論罪法條？此間說理過程是否合理而具正當性？此實為擔任一審檢察官10餘年的筆者，一直以來未明就理，然亦未深入研究的法律問題（蓋檢察官工作主軸較偏重「偵查／認事」，「論罪／用法」則屬法院核心任務，起訴書的起訴法條對法院而言僅具建議性質，法官可在同一基礎社會事實之範圍內，變更起訴法條，因而在實務操作上，檢察官原則上不會刻意選擇與多數法院見解歧異之法條起訴），不過，顯然此問題並非筆者一人的內心小劇場（疑惑），是類案件在實務逐漸累積、經各審級法院表述見解後，在具統一法律見解功能之最高法院不同刑事庭間，亦形成不同見解，故啟動「大法庭」機制進行言詞辯論與廣泛討論。2020年12月30日，最高法院公布109年度

台上大字第1089號裁定（下稱「系爭裁定」），多數庭選擇採取前述法院實務的多數見解，並直接在裁定主文宣示所謂的「重法優先原則」³。筆者於2023年11月18日獲邀參與成功大學法律系主辦之「2023府城刑事法論壇——最高法院刑事大法庭裁定系列探討」研討會（下稱「2023府城刑事法論壇」），探討系爭裁定，會中邀請當時最高法院提案庭成員之一的梁宏哲法官，分享大法庭就此議題「得心證之過程」，筆者在研究與交流過程中收穫、思考甚多，認系爭裁定在法理依據及理由形成，顯有不足，遂為本文，希有拋磚引玉之效，讓此議題於未來司法實務上，仍有繼續被討論的空間。

貳、裁定要旨

系爭裁定理由（見裁定理由參、部分）共五大點（不含第六點結論），茲整理重點如下：

一、第一點

說明甲基安非他命同時屬毒品條例公告列管之「第二級毒品」及管制藥品管理條例（下稱「管制藥品條例」）第3條第2款公告列管之「第二級管制藥品」，於其不合於管制藥品列管要件者，即兼具第二級毒品與禁藥之性質。非法轉讓者，同時符合毒品條例第8條第2

項、藥事法第83條第1項之構成要件而形成法規競合。

二、第二點

列出毒品條例與藥事法上列條文的修法過程／時間序後，就直接說結論→「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、第三點

說明學理上關於法規競合，重點在「要選擇一個最適當的法規論處」，至於如何選擇，學說上有特別、補充、吸收及擇一關係；其他尚有特別與普通法、狹義與廣義法、全部法與一部法、後法與前法關係及重法與輕法關係（此段均未引用任何文獻、教科書）。

四、第四點

說明法院決實務廣泛運用上述「重法優於輕法原則」的三大主因：

- (一) 適用標準明確、法官好操作。
- (二) 選用重法，方能「充分評價

不法」。

(三) 選用重法，可以「避免刑罰不公」。

五、第五點

強調既然關於法規競合的判斷標準法無明文、學說亦乏具體標準，上述實務愛用的「重法優先原則」既然適用已久，又有上述可用的理由，迄今運作下來都沒問題，那就應該繼續適用、不宜驟然改變，「以維法律適用的明確性與安定性」。

參、過於簡化、預設立場、欠缺實質說理的裁定理由

一、究竟誰比較「特別」？

(一) 如裁定理由第一點所指，本案是要處理設例情況所面臨的法規競合（或法條競合，因多數文獻使用後者，下均以後者稱之）問題。而法條競合，係指「一行為同時合致數犯罪／法條之構成要件，選用其一即可充分評價行為的不法與罪責內涵，為避免雙重評價，故要選出其一來適用」，然，「如何選出這個法條」？一直以來學理上穩定、無爭議的標準僅三：特別關係、補充關係與吸收關係⁴。至裁定第三點所提到的特別法與普通法、狹義與廣義法、全部與一部法、後法與前法及重法與輕法間，

何者為先之判斷標準，均屬我國實務自行創設的基準，並無堅實之學理依據，且對這些標準，事實上學說向來係持批判觀點⁵，尤針對所謂「重法優於輕法原則」，學者更早有論述：「法條競合未必就是重罪優先於輕罪的競合」⁶、「重法優於輕法原則不僅全然欠缺理論基礎，也抵觸學說上所建構的競合理論」⁷——蓋，如特別關係中典型的「基本與變體構成要件（如刑法第271條v.s第273條之殺人罪v.s義憤殺人罪）」，當個案符合變體構成要件時，此時我們選用的正是「較輕之法」。因此，在一行為同時符合兩法規之構成要件而欲選用其一來充分評價時，重點在於釐清「哪個法條／法規具特殊性」，而非單以「重法優於輕法」如此形式的基準來簡單操作，系爭理由稱「重法優於輕法原則」有其學理依據，顯有疑問⁸。

（二）那麼，倘回歸學理上處理此問題的特別關係來思考，「藥事法第83條第1項與毒品條例第8條第2項，究竟何者比較特別」？

1.再次重申，系爭裁定並未回答此問題——蓋，其僅以「藥事法修法在後（後法優於前法）+修法後藥事法的規定較重（重法優於輕法）」這兩個「客觀事態」，就決定應該要適用藥事法，這顯然是一種預設結論、僅為求「好操作（單純數學題？）」的循環論證，因其並無法解釋：為何當轉讓安非他命數量大於10

公克的法定加重數量時，毒品條例又變得比較特別而應優先適用。

2.基於以下理由，針對「轉讓不論何級、何重量的毒品」行為，如同時涉及藥事法刑責時，應認毒品條例屬藥事法的特別規定，應優先適用：

（1）法條規範目的與包攝關係

依毒品條例第2條第1項：「本條例所稱毒品，指具成癮性、濫用性及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」，從法條文義可看出，並非所有麻醉藥品均屬毒品（可能同時具有醫療功能），必須具成癮性、濫用性及社會危害性者，始屬之，這也符合一般社會大眾的理解——所謂「是藥三分毒」，在多數民眾的認知中，藥品相較於毒品，其範圍顯然較廣（藥品屬大圈、毒品屬小圈），如針對「特殊的藥品」在毒品條例另有相關規定，自應優先適用之（毒品條例>藥事法）——就此，蔡彩貞大法官（按，當時為系爭裁定不同意見書主筆法官）於系爭裁定不同意見書正確指出：「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」。

另按「管制藥品管理條例有規定者，優先適用該條例之規定」，藥事法第1條第1項定有明文，換言之，立法者已明示：管制藥品管理條例係藥事法的特別規定（管制藥品管理條例>藥事法），那麼，管制藥品管理條例與毒品條例這兩間優先適用關係為何？查甲基安非他命亦屬【管制藥品管理條例】公告列管之管制藥品（該條例第3條第1項參照），然上述條例與毒品條例在屬性、規範目的上各有不同（前者屬行政管制⁹，後者屬刑事處罰）、規範對象亦有異（前者側重在對藥商、在管制藥品許可及後續相關流程的管制、後者則是針對重大、特定的國人身體健康法益，選用刑罰加以保護），不論從刑法具最後手段性的層面思考，或自相關法規修法沿革觀察¹⁰，應均可得出「個案如同時符合管制藥品管理條例與毒品條例時，後者優先適用」（毒品條例>管制藥品管理條例）的結論。綜上，從各該法規範之規範目的與沿革來看，完全找不出任何藥事法優先於毒品條例適用的理由。

(2)切合行為人的認知與一般社會大眾之理解

上述理解不僅與一般社會大眾認知較相近，實際上也較切合大部分轉讓甲基安非他命之行為人的「主觀故意」，簡單來說，絕大部分轉讓安非他命者，其所認知的，也是「我在轉讓毒品」，會知道安非他命法律定性上另包括「禁藥」者，少之又少（相信許多轉讓安非他命之被告在被檢警或法官諭知同時涉及轉讓禁藥罪時，內心其實深感莫名，然實務上甚少會著墨此一可能涉及「禁止錯誤」的法律問題¹¹），因此，目前多數實務與系爭裁定所採「割裂適用」——未達10公克，就是轉讓禁藥；超過10公克，就是轉讓毒品——之認事用法模式，甚悖於一般社會大眾經驗法則。

(3)認藥事法係毒品條例的特別法，有違權立分立與獨立審判原則

針對設例問題，事實上司法實務並非如裁定理由所言，一直採取「穩定、一致」的「重法優先原則」，反而一直是個「爭議問題」，諸多實務先進曾嘗試從不同角度去論辯（而認應適用毒品條例）。如：97年11月12日的臺灣高等法院（下稱「臺高院」）暨所屬法院法律座談會臨時類提案第2號對此問題的研究意見（乙說）即指出：「毒品危害防制條例」及「管制藥品管理條例」為立法院三讀通過之法律……而是否為「禁藥」乃由行政院衛生署依職權個別公告，僅為行

政機關之函令解釋。是以如「安非他命類藥品」係依法律規定列為「毒品」及「管制藥品」，若可由行政機關以行政函釋將之公告為「禁藥」，即排除「毒品危害防制條例」及「管制藥品管制條例」之規定而適用「藥事法」，則與消極依法行政之「法律優位原則」有所扞格。易言之，如採適用「藥事法」說，形同行政機關得以行政函釋之方式，將毒品危害防制條例定義之毒品及管制藥品管理條例定義之管制藥品，公告為禁藥，則應適用藥事法，即可影響法官審判時如何適用法律，實有違權力分立與獨立審判原則。——其實臺高院當時研究後的多數意見，係採乙說（但不知是經過如何的峰迴路轉，最後審查意見仍採與系爭裁定理由相同的甲說）——而在12年後、系爭裁定作成時的2020年底，事實上最高法院刑庭中，亦非少數支持回歸毒品條例適用，系爭裁定最終僅以1票之差險勝¹²，據此，可看出本件所涉法律爭議後續仍有討論空間。

二、所謂的評價充足與法安定性

如前所述，裁定理由稱在設例問題，選擇重法適用，方能「充分評價行為不法、避免刑罰不公」，其實並未說明背後有何法理基礎，只是反覆強調「這樣很明確、好操作、實務長久運作下來並無問題、不宜驟然改變」，然而前述理由，倘吾人選擇輕法優先，事實上也全

部能夠成立，如此直覺、形式化的操作，不僅背離法解釋的精神，更無法說明為何在「轉讓超過法定數量」時，實務見解又會回歸毒品條例適用的「雙標運作結果」。

另一問題是，裁定理由認為選擇重法才能評價充足，但實際操作結果，在這些轉讓微量（未超過法定加重其刑數量10公克）甲基安非他命的案型，絕大多數的法院在量刑時，會判處6個月以下得易科罰金之刑（按，藥事法第83條第1項的法定刑為7年以下有期徒刑、得併科5千萬元以下罰金），然，毒品條例第8條第2項最低的法定刑，其實就是6個月——換言之，選擇「重法優先」的多數實務見解，在個案「論罪完的量刑階段」，又會選擇給予較輕的刑度（在並沒有刑法59條特別酌減事由的前提下）——試問，如此「從輕量刑」的結果，又如何「對不法予以充分評價、避免刑罰不公」呢？

最後，關於法安定性這個理由，裁定理由「重法優先原則因實務向來運作沒問題、不宜驟然改變」的說法，實無法不令人即生「鄉愿、將錯就錯」之感。然針對過往判例是否有疑義、是否應該因時制宜改變解釋結果等，不正是作為法律審／終審之最高法院被賦予的神聖任務？而就某法律爭議，當最高法院各庭間見解有歧異、無法透過徵詢程序而統一者，在大法庭經過辯論後，應於裁

定理由中，對「其他不同意見或說理為何不可採」有充分、具體的說明（而非一再重申多數意見的理由），藉此讓外界及其他庭對最終裁定所採見解心服口服，這不也是大法庭存在的意義？是系爭裁定選擇以如此簡化、循環論證的方式，作為其採取重法優先的理由之一，令人遺憾。

實質而論，大法庭或多數實務見解因重法優先，選擇在「論罪時」優先適用藥事法，但，倘個案中有「行為人供出上游或自白減刑」等毒品條例第17條第1、2項所列減刑事由時，又會覺得「不讓他們減刑很奇怪」，因此，在藥事法就此沒有明文規定的狀況下，實務又另以創設性的解釋，認「此時可同時適用毒品條例內的減刑規則」¹³，於是造成：入罪/論罪時認不應用毒品條例，但要減刑時又可適用的弔詭現象，如此「隨意又割裂」的適用方式，非但就體系解釋的角度看來是種矛盾，事實上也正影響了所謂的法安定性及法明確性。

肆、裁定之後：各種割裂適用

「雖然在刑事立法上，刑法關於時之效力問題係採從新從輕原則，但在刑法實務上遇到法律競合時，卻受所謂重法優於輕法或重法吸收輕法等原則之支配，好像一切依據重法處斷，即為正確。在判決上既無說理，且與刑法學說以及立法精神均不相符合，故迄今在刑法實務上之唯重原則，實不足採信。」——刑法大師林山田早在25年前、於其經典之作《刑法通論》¹⁴中，精確指出所謂「重法優於輕法」並無法理依據之弊。可惜的是，悠悠數十載經過，系爭裁定現仍選擇與刑法大師及目前多數學說見解走不同的路，造成這個古老的問題，現仍以「各種割裂適用」之結果（依不同數量而適用不同法論罪、適用藥事法入罪但用毒品條例減刑）繼續存在，然，此或許也是當代法律人、應該持續接下的挑戰——就法論法，以理服人，希藉本文以上之探討，讓此議題後續仍有繼續論辯的空間。♣

註釋

1. 該段論述大致內容如下：「甲基安非他命雖係第二級毒品，但其亦屬於藥事法所稱之禁藥（即藥事法第22條第1款所稱之『經中央衛生主管機關明令公告禁止製造、調劑、輸入、輸出、販賣或陳列之毒害藥品』）。

而明知為禁藥而轉讓者，藥事法第83條亦定有處罰明文。故行為人明知為禁藥即甲基安非他命而轉讓予他人者，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，此係屬同一犯罪行為而同時有二種法律可資處罰之法條（規）競合情形，應依重法優於輕法、後法優於前法等法理，擇一處斷」、「……因藥事法第83條第1項於93年4月21日修正公布，同年月23日施行，為毒品危害防制條例第8條第2項後法，且為重法。依『重法優於輕法』、『後法優於前法』等法理，除轉讓第一級毒品應適用毒品危害防制條例第8條第1項外，轉讓第二、三、四級毒品自應優先適用藥事法處斷」——此見解自最高法院97年度台非字第397、461號判決、97年度台上字第3490號判決中經採用及臺灣高等法院暨所屬法院97年法律座談會刑事臨時類提案第2號研究結果多數採甲說（同上見解）後，逐漸形成法院實務的「穩定多數說」，近期見解包括最高法院111年度台上字第1168、3770、5632號、112年度台上字第3623號等判決。

2. 會說「應該」，係因此設例於實務上鮮少發生，畢竟就現實面而言，純質淨重超過10公克的安非他命要價不斐，行為人無償轉讓的動機甚微（至少在筆者12年的一審辦案經驗中從未親自或聽聞同事遇過如此「佛心」之被告，經搜尋司法院網站法學資料檢索系統之判決，以「毒品危害防制條例第8條第6項+甲基安非他命」為關鍵字搜尋，亦幾乎查無相關判決），但如上開設例發生，法院確實會回歸毒品危害防制條例適用，論以「轉讓逾量第二級毒品罪」，此參諸如前引最高法院111年度台上字第5362號判決意旨及系爭裁定理由「參、二」之內容可明。
3. 系爭裁定主文：「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。」
4. 相關理論說明及舉例，參許澤天，刑法總則，四版，2023年5月，586-591頁；林鈺雄，新刑法總則，十一版，2023年9月，613-621頁；林東茂，刑法總則，2018年5月，328-329頁。
5. 林鈺雄，同前註，617頁；黃榮堅，雙重評價禁止與法條競合，收錄於：刑法問題與利益思考，元照，2003年10月，374頁；許恒達，2020年刑事法實務發展回顧：綜評刑事大法院元年的競合論爭議，臺灣大學法學論叢，50卷特刊，2021年11月，1523-1524頁。
6. 林東茂，同註4，329頁。
7. 張天一，轉讓毒品行為於「毒品危害防制條例」與「藥事法」上之競合問題——評臺灣臺北地方法院106年度訴字第91號判決，裁判時報，67期，2018年1月，70頁。
8. 就此，系爭裁定之不同意見書第二點中亦指出，「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律規範間，並無適用餘地，並認中央法規標準法第16條之規定即為例證。
9. 參藥事法第1條第1項，開宗明義稱：藥事之「管理」，依本法之規定。
10. 張天一，同註7，69頁。作者認為自管制藥品管理條例第36條後段：「違反毒品危害防制條例規定經起訴者，自起訴之日起，暫停其處方、使用或調劑管制藥品；其經無罪判決確定者，得申請恢復之」的規定，亦可看出立法者在事物同時涉及二法時，有意要讓毒品條例優先適用。
11. 少數有提及此問題的判決：最高法院110年度台上字第2037號判決參照。
12. 因此讓本件成為大法庭創設以來，最多大法庭成員出具一致的不同意見書的裁定。相關過程及其他不同庭的意見，參梁宏哲，立法疏忽下實務錯置的「重法優先原則」，發表於2023府城刑事法論壇與談稿。

13. 系爭裁定後，最高法院110年度台上字第552號刑事判決意旨，仍認關於毒品條例第17條第1、2項之減刑事由，在轉讓微量安非他命而法院適用藥事法論罪時均可適用，並稱就此，「各庭之間經徵詢意見後，均採肯定說。……此為本院最近統一見解，繼續適用方符平等原則」。
14. 林山田，刑法通論，五版，1996年10月，471頁。

關鍵詞：轉讓甲基安非他命、法條競合、重法優於輕法、藥事法、毒品危害防制條例

DOI：10.53106/27906973232406

（相關文獻●月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；
更多裁判分析●月旦法律分析庫 lawwise.com.tw）