

最高法院刑事判決

112年度台上字第5071號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官劉海倫
上訴人
即被告 屠紀齡

上列上訴人等因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國112年8月9日第二審判決（111年度侵上訴字第128號，起訴案號：臺灣基隆地方檢察署110年度偵字第2467號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院。

理 由

□本件原判決撤銷第一審之科刑判決，改判仍依想像競合犯之例，從一重論處上訴人即被告屠紀齡成年人以欺瞞使未成年人混合施用第三級、第四級毒品罪刑（一行為觸犯成年人以欺瞞使未成年人混合施用第三級、第四級毒品罪、以藥劑強制性交未遂罪，處有期徒刑5年4月）。固非無見。

□惟按：

(一)科刑之判決書，其事實認定與理由說明，以及理由說明彼此間，必須互相適合，苟其事實認定與理由說明，前後不相一致，或理由與理由之間，彼此互相齟齬，均屬判決理由矛盾之當然違背法令。又基於罪刑法定原則之要求，刑法分則或刑事特別法就特定犯罪所規定之刑罰，均設有一定高低度之刑罰框架，即所謂法定刑。惟因犯罪行為情狀變化萬千，情節輕重懸殊，有時法定刑尚無法適當反應具體不法行為，為適應刑罰個別化之要求，刑罰法律另設規定加重、減輕、免除等各種事由，修正法定刑之範圍並限制法官之刑罰裁量餘地，俾符合罪刑相當，使罰當其罪，輕重得宜。其中，刑法分則或刑事特別法有關加重其刑之規定甚為常見，型態、種類繁多，現行實務依其

性質，分為「總則」與「分則」加重二種。其屬「總則」加重性質者，僅為處斷刑之範圍擴大，乃單純的刑之加重，並未變更其犯罪類型，原有法定刑自不受影響；其屬「分則」加重性質者，其罪之構成條件已具備，而與原罪脫離，並為獨立之另一罪名，並借原罪之基準刑而為加重，已係獨立之罪刑規定，性質上屬借罪借刑之立法例。毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第9條各項之規定，均係刑法分則之加重，其中該條第1項係以借犯販賣毒品或同條例第6條至第8條之原罪，再加上成年人對未成年人犯罪之條件而成；該條第2項係以對之販賣毒品或犯同條例第6條至第8條之原罪，再加上明知為懷胎婦女之條件而成；另該條第3項係以借犯同條例第4條至第8條之原罪，再加上係混合二種以上之毒品為條件而成，並均借原罪之基準刑為加重其刑至二分之一，是毒品條例第9條各項之罪均已各自獨立成罪，並非單純僅為販賣毒品或同條例第6條至第8條或同條例第4條至第8條之加重規定。如一行為同時符合該條例第9條其中2項以上規定，自屬一行為觸犯數罪名，應循想像競合犯之規定，從一重處斷。

(二)原判決事實欄認定被告係成年人，其以欺瞞使未成年A女（即代號BA000-A110020者，民國00年00月出生；姓名詳卷）於不知情下混合施用第三級及第四級毒品，並以此為加重強制性交之手段等情（見原判決第1至2頁），復於理由說明被告所為，係以一行為觸犯刑法第222條第2項、第1項第4款之以藥劑犯強制性交未遂罪與毒品條例第9條第1項、第3項、第6條第3項、第4項之罪，應依刑法第55條規定，從一重處斷等旨（見原判決第32頁）。倘若無訛，原判決既認上開各罪應依想像競合犯之例從一重處斷，何以僅就毒品條例第9條第1項之罪與刑法第222條第1項第4款之罪為輕重比較（見原判決第33頁第9至19行），卻置毒品條例第9條第3項之罪於不論？又僅說明毒品條例第9條第1項之罪為刑法分則之加重（見原判決第32至33頁），對於同條第3項之罪是否亦屬刑法分則之加重，則未置一詞，乃遽指該第3項之罪得與上開其他各罪依想像競合犯之

例，從一重處斷，理由已有欠備。何況，原判決既認上開各罪從一重處斷結果，應論以毒品條例第9條第1項之罪，則其應以該規定之刑處斷即足，要無再依該規定加重其刑之理，惟其又謂「被告於本案應從一重依毒品條例第9條第1項、第6條第3項成年人以欺瞞使未成年人施用第三級毒品罪處斷。且被告為成年人，其以欺瞞使未成年A女施用第三級毒品犯行，應依毒品條例第9條第1項規定，加重其刑」（見原判決第33頁第17至21行），即對被告依毒品條例第9條第1項之罪處斷後，再依該規定加重其刑，亦非允當。而上開毒品條例第9條第1項與同條第3項之2罪，各有獨立之罪刑，且經依想像競合犯規定從一重處斷結果，較輕之罪已為較重之罪所吸收，尚不發生刑法第70條所規定「有二種以上刑之加重」，遞予加重其刑之問題。原判決竟謂「因被告有使A女混合施用第三級、第四級毒品情事，爰依毒品條例第9條第3項規定，加重其刑，且依法遞加之」（見原判決第33頁第21至23行），將之依法遞加重其刑，不惟相關法則之適用不當，且其理由之載述亦前後齟齬，併有判決理由矛盾之違法。

□綜上，檢察官及被告之上訴意旨指摘原判決違背法令，核非全無理由。至被告究應依毒品條例第9條第1項、同條第3項規定遞加重其刑或僅從一重論處，攸關處斷刑範圍之形成，對被告犯罪之法律適用及量刑權益影響甚鉅，自應由當事人就此進行辯論後，再予斟酌取捨，以為裁量。原判決上述違背法令情形，已影響於法律適用及量刑事實之確定，為兼顧被告之審級利益，本院無從據以為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 2 月 17 日

刑事第三庭審判長法官 林立華

法官 林瑞斌

法官 王敏慧

法官 陳如玲

01

法 官 李麗珠

02

本件正本證明與原本無異

03

書記官 李淳智

04

中 華 民 國 113 年 2 月 20 日