

最高法院刑事判決

111年度台上字第52號

上訴人 許博硯

上列上訴人因違反槍砲彈藥刀械管制條例等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國¹¹⁰年⁸月¹²日第二審判決（¹¹⁰年度上訴字第²⁷²號，起訴案號：臺灣屏東地方檢察署¹⁰⁸年度毒偵字第¹⁴⁴⁶號、¹⁰⁸年度偵字第⁵⁰⁵³、⁶⁶⁷⁷、⁸⁰⁸⁴號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決及第一審判決關於轉讓禁藥罪刑部分撤銷。

許博硯犯轉讓禁藥罪，累犯，處有期徒刑伍月。

原判決關於其附表一編號²、³部分均撤銷，發回臺灣高等法院高雄分院。

理 由

壹、撤銷改判（即轉讓禁藥）部分

一、本件原判決認定：上訴人許博硯明知甲基安非他命係毒品危害防制條例第²條第²項第²款所定之第二級毒品，且經中央主管機關公告列為禁藥管理，依法不得轉讓。竟基於轉讓禁藥甲基安非他命之犯意，於民國¹⁰⁸年⁶月⁴日中午¹²時許，在屏東縣○○鎮○○路○○○號³樓，轉讓甲基安非他命與黃博典、陳照文、施信宏施用¹次（無證據證明淨重已達¹⁰公克以上）等情。係以上述犯罪事實，業據上訴人於警詢、偵查及歷次審理中均坦承不諱，核與上述證人即各該受轉讓人證述情節大致相符，並有扣押物品收據等證據可資佐證，足信上訴人之自白屬實。而以上訴人所為轉讓甲基安非他命犯行，係犯藥事法第⁸³條第¹項轉讓禁藥罪，同時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，屬法條競合關係，依重法優於輕法原則，擇較重之轉讓禁藥罪論處。另敘明上訴人所犯轉讓禁藥罪，符合累犯要件，並依司法院釋字第⁷⁷⁵號解釋意旨，審酌其此前之犯罪紀錄及本件故意犯行情節，應適用刑法第⁴⁷條第¹項規定加重其刑。原判決因而維持第一審關於論處上訴人犯轉讓禁藥罪刑部分之判決，而駁

01 回上訴人就此部分在第二審之上訴，經核其採證認事及法律
02 適用，除後述關於是否有毒品危害防制條例第¹⁷條第²項減
03 輕其刑規定之適用及量刑外，尚無違誤。

04 二、惟查：行為人明知而轉讓同屬禁藥之第二級毒品甲基安非他
05 命（未達法定應加重其刑之一定數量）與成年人（非孕婦）
06 ，其行為同時該當於藥事法第⁸³條第¹項轉讓禁藥罪及毒品
07 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，屬
08 法條競合關係，本院向依所謂重法優於輕法原則，擇較重之
09 轉讓禁藥罪論處。惟如行為人於偵查及（歷次）審判中均自
10 白者減輕其刑，則不論¹⁰⁹年¹月¹⁵日修正公布、同年⁰月⁰⁰
11 日生效施行之修正前或修正後毒品危害防制條例第¹⁷條第²
12 項，相較於就此並無特別規定的藥事法，則有特別規定。基
13 於法條競合特別關係下的「全部法優於一部法」原則，對於
14 行為人的犯行必須充分評價，始符憲法罪刑相當性原則之要
15 求。因而行為人轉讓甲基安非他命未達法定應加重其刑之一
16 定數量時，雖擇較重之藥事法第⁸³條第¹項轉讓禁藥罪論處
17 ，惟如行為人於偵、審程序中自白，仍應適用不論修正前、
18 後之毒品危害防制條例第¹⁷條第²項規定減輕其刑，所謂法
19 律整體適用不得割裂原則，於刑之減輕、沒收等特別規定，
20 並無適用餘地，而仍得割裂適用，此為本院最近統一之見解
21 。

22 三、依原判決所認定之前述犯罪事實，上訴人所為符合前述轉讓
23 禁藥罪與轉讓第二級毒品罪之構成要件，依法條競合之例，
24 擇法定刑較重之前者論處，且上訴人於偵查、第一審及原審
25 審判中均自白轉讓禁藥犯行，然原判決以法律適用有其整體
26 性而不得割裂適用為由，維持第一審未依上述毒品危害防制
27 條例規定減輕其刑之判決，駁回上訴人對於此部分在第二審
28 之上訴。依上述說明，自有適用法則不當之違誤。上訴意旨
29 執此指摘原判決違法，為有理由。惟原判決僅係關於應否減
30 刑之論斷違誤而應予撤銷，尚不影響於本件犯罪事實及刑罰
31 減輕事由之確定，本院自得據以為判決，爰將原判決及第一

審判決關於轉讓禁藥罪刑部分均撤銷，並自為判決，先依刑法第⁴⁷條第¹項規定加重其刑，再適用毒品危害防制條例第¹⁷條第²項規定減輕其刑，且以上訴人之責任為基礎，並根據原審就此部分之科刑辯論，審酌如前述依刑法第⁵⁷條各款規定所列事項等一切情狀，量處有期徒刑⁵月，以符法制。

貳、撤銷發回（即原判決附表一編號²、³）部分

一、本件原判決認定上訴人有如其事實欄（下稱事實欄）二、三所載製造槍枝及持有槍彈犯行，就事實欄三部分（即原判決附表〈下稱附表〉一編號³），撤銷第一審關於此部分之科刑判決，改判仍論處上訴人犯非法持有可發射子彈具有殺傷力槍枝罪刑（想像競合犯非法持有子彈罪），並諭知罰金如易服勞役之折算標準及相關沒收；維持第一審關於事實欄二部分（即附表一編號²），論處上訴人犯製造可發射子彈具有殺傷力槍枝罪刑，並諭知罰金如易服勞役之折算標準及相關沒收部分之判決，駁回上訴人此部分在第二審之上訴。固非無見。

二、惟查：

（一）有罪判決書對於被告有利之證據，如不加採納，必須說明其不予採納之理由，否則即難謂無判決不備理由之違誤。又與待證事實具有重要、直接關係，為法院判斷基礎之證據，雖已經調查，倘猶未明瞭，即與未經調查者無異，如遽行判決，自屬應於審判期日調查之證據而未予調查之違法。

（二）上訴人於原審準備程序雖表示認罪，但就附表一編號³被訴持有槍枝部分（即附表二之一編號³、⁴之鋼管槍），仍辯稱：「附表一編號³持有槍枝的部分是我自己改的，應該論以製造，與附表一編號²應為一罪關係」等語，原審因而將之列為重要爭點：「原判決附表一編號³之槍枝是否為被告自己製造？如係自己製造，與原判決附表一編號²之罪數關係為何？」（參見原審卷第¹¹⁹頁）。又上訴人於原審審判期日復辯稱：「我原本有持有兩支鋼管槍，那

兩支槍枝都是我自己改的」；於審判長就被訴事實訊問時，更明確陳稱：「鋼管槍的部份是我自己改的。兩支鋼管槍的構造不一樣，其中一支是用拉的把它固定在後面，另一支是按鈕式的，我先把其中一支轉為鋼管，用電鑽把鋼管鑽洞，鑽成一排 L 型的軌道，再用手持雕刻機修飾軌道，再拿一小塊圓形的鐵塊，在鐵塊中間鑽孔，然後在中心點鎖上螺絲，把螺絲打磨成撞針後放入鐵管握把處內部，再將彈簧放入鎖上後蓋，裝上拉板，使撞針能夠正常扣動後即完成。另外一支是按鈕式的，改造方式是我購買變造鐵的吸錫器，首先拆除吸錫器的握把，再把中心的鐵棒打磨尖銳，當撞針使用，再把整枝吸錫器放入鋼管握把內部，放置固定位置後做上記號，在記號處鑽孔，然後在鋼管握把末端鎖上螺絲，撞針就完成了」各等語（參見原審卷第¹⁹⁴、²⁰⁸頁），上訴人所辯上情，可謂詳細具體，尚非全然無稽。再者，上訴人之辯護人於事實及法律為辯論時亦辯稱：「一審判決附表一編號³兩支鋼管槍部分，被告（即上訴人）能夠清楚說明製作過程及細節，足證這兩把鋼管槍為被告自行加裝製造，至於製造槍枝罪數部份，認為（附表一）編號³的兩支鋼管槍、及（附表一）編號²的兩支改造模型槍係屬單純一罪」等語（參見原審卷第²¹⁴頁）。而我國第二審為覆審制，除法律有特別規定外，本應就事實認定、法律適用及刑罰之量定，為重覆之審理。則上訴人所辯附表一編號³鋼管槍係其製造一節，是否可採？倘屬可信，是否與附表一編號²之製造犯行屬一行為或數行為？均有疑義。此攸關附表一編號³所載犯行，究係成立製造或持有槍枝罪，以及附表一編號²、³所載犯行有無想像競合犯之裁判上一罪關係，且屬對上訴人之利益有重大關係事項，自應詳加調查、審認，並為必要之說明。原判決並未進一步調查明白，亦未敘明其論斷之理由，就上訴人附表一編號³之犯行，逕論上訴人以持有槍彈罪，而與附表一編號²之製造槍枝犯行，予以分論併罰，致

上訴意旨執以指摘，難昭折服，自有調查職責未盡及理由不備之違法。

三、上訴意旨執以指摘原判決此部分違法，為有理由，且原判決之上述違誤，影響於事實之確定，本院無從據以自行判決，應認原判決關於附表一編號²、³部分，均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³⁹⁸條第¹款，第⁴⁰¹條，藥事法第⁸³條第¹項，毒品危害防制條例第¹⁷條第²項，刑法第¹¹條、第⁴⁷條第¹項，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 3 月 3 日

刑事第七庭審判長	法官	李	錦	樑
	法官	蔡	彩	貞
	法官	林	孟	宜
	法官	吳	淑	惠
	法官	錢	建	榮

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 3 月 7 日

附錄法條：藥事法第⁸³條第¹項

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，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣五千萬元以下罰金。