

# 陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述補遺（四）

\*謝添富、趙唏華

## 壹、毒品危害防制條例簡化施用毒品者之處遇程序、聲請及裁定觀察、勒戒或強制戒治，應儘速辦理，以免造成部隊困擾

鑑於毒品危害防制條例原僅分為三級毒品，無法與管制藥品管理條例互相配合，致第四級毒品遭致濫用，卻無相關處罰規定；且所訂施用毒品者之刑事處遇，須依其不同犯次而異其處遇，程序過於繁複，衍生一般刑事訴訟程序與觀察勒戒、強制戒治程序交錯複雜，於法律適用上引發諸多爭議，有修正簡化之必要等情，業於 92 年 7 月 9 日修正，93 年 1 月 9 日施行；係將觀察、勒戒期間予以延長為 2 個月，另簡化施用毒品者之處遇程序，僅區分為初犯、5 年後再犯及 5 年內再犯，其中有關初犯及 5 年後再犯者之強制戒治期間，修訂為 6 個月以上，至無繼續強制戒治之必要為止，但最長不得逾 1 年，並刪除停止強制戒治付保護管束及延長強制戒治之規定。另修正前有關二犯及三犯（含）以上令入戒治處所施以強制戒治之規定，均予刪除。

法規主管機關法務部並以 92 年 12 月 19 日法檢字第 0920805249 號函，對於仍在觀察、勒戒處所施以觀察、勒戒及在戒治處所中施以強制戒治者，於修正條文施行時，依修正條文第 35 條之規定，提示修正前、後條文之適用，其標準係依從新、從輕原則，且保安處分之處遇程序輕於刑事處遇程序，並附具本條修正「說明」之附件「毒品危害防制條例新法施行處理原則參考資料」乙份，列舉「第一次犯（含涉犯肅煙及麻藥條例案件）」、「5 年內再犯（其第一次犯係觀察、勒戒或強制戒治後，無繼續施用毒品傾向，經不起訴處分）」及「5 年內再犯（其第一次犯係強制戒治後經不起訴處分）或三犯以上」3 類、58 項，以供參處。又 93 年 1 月 7 日總統令修正「戒治處分執行條例」，同日行政院令訂定「轉讓持有毒品加重其刑之數量標準」及「採驗尿液實施辦法」在案。

國防部（軍法司）亦相應配合，除指導最高軍事法院於同年 7 月 16 日審雄字第 0930000393 號函頒「軍事法院辦理毒品危害防制條例案件應行注意事項」外，另於同年 8 月 23 日法浩字第 0930002713 號令修頒「軍法機關辦理施用毒品案件縮短作業流程應行注意事項」，並附具縮短作業流程圖，除提示各院、檢得指派專人辦理施用毒品案件，以臻嫻熟作業程序外，並

---

\* 謝添富，國防部最高軍事法院前少將院長，國防部法制司簡任司長。

\* 趙唏華，政治大學法學士，輔仁大學法學碩士，國防部法制司法規研審處處長。

要求軍事檢察官對事證已臻明確，依其前科資料係初犯或五年後再犯者，應即檢具卷證聲請觀察、勒戒，並將被告移送該管軍事法院訊問，不得逾 24 小時，及軍事法院於受理聲請後，應即時分案訊問為准駁之裁定，亦不得逾 24 小時，要在督促依法儘速辦理被告觀察、勒戒或強制戒治事宜，以免造成部隊困擾。

其後戒治處分執行條例復於 95 年 5 月 5 日再行修正，自同年 7 月 1 日施行，宜併注意。此外，國防部（軍醫局）依毒品危害防制條例第 33 條及行政院同年 7 月 17 日修正發布「特定人員尿液採驗辦法」之規定，於同年 8 月 25 日修訂「國軍官兵濫用藥物尿液篩檢作業規定」，要求新訓旅等單位之採尿小組，對於篩檢測出毒品陽性反應者，應循序先送地區國軍總醫院複檢，再轉送經行政院衛生署認可之檢驗機構即三軍總醫院作確認檢驗，以確認呈陽性反應之程序，再行移送軍事檢察署法辦，以淨化國軍，維持部隊安全，均有助實務運作。

## **貳、施用毒品之被告，因拘提或逮捕獲案或軍事檢察官當庭逮捕者，聲請觀察勒戒時，應隨案移送軍事法院訊問，係在保護人身自由及掌握戒癮契機，但非聲請觀察勒戒之前置要件**

緣台中地方法院 93 年 2 月份法律座談會，研討檢察官對於初犯施用毒品之被告，聲請觀察、勒戒時，是否應先經拘提、逮捕前置之程序或對於非經拘提、逮捕（含檢察官當庭逮捕之情形）之被告，得否僅以書面提出聲請之法律問題，研討意見：

甲說：略以：

（一）毒品危害防制條例第 23 條之 1 增訂施用毒品之被告，因拘提逮或逮捕到場，或因傳喚、自首或自行到場，經檢察官當庭逮捕者，檢察官聲請觀察、勒戒，應自拘提或逮捕之時起 24 小時內為之，並將被告移送法院訊問，其增訂理由係以觀察勒戒具強制力，性質上仍屬拘束被告身體自由，檢察官於聲請觀察、勒戒時，自應依憲法第 8 條保障人身自由之規定，並參照刑事訴訟法第 93 條有關聲請羈押規定之精神，明定自拘提或逮捕之時起 24 小時內為之，並將被告移送法院訊問。故檢察官聲請觀察、勒戒，必須先經拘提、逮捕之前置程序，且將之移送法院，而由法官訊問後，始得裁定觀察、勒戒，以保障被告答辯防禦之權益；就立法技術而言，係參照檢察官於偵查中聲請羈押被告之精神，亦應有拘提、逮捕前置程序及須經法官訊問之適用。

（二）如檢察官得僅以書面聲請觀察、勒戒，則被告縱係經拘捕到場，

檢察官亦可能未立即聲請觀察、勒戒，而將被告釋回，待日後再以書面聲請觀察、勒戒，如此，將導致檢察官有規避適用上開新增規定之虞。(三)觀察、勒戒性質上既仍屬拘束人身自由，對拘捕到場之被告聲請觀察、勒戒，須經法院訊問，則對非拘捕到場之被告，依舉重明輕之法理，更應經法院之訊問，以避免施用毒品者冒用他人名義接受警察訊問後，未隨案移送，檢察官未予傳訊即逕以被冒名者為被告聲請觀察、勒戒，而法官又未經訊問被告，致誤以該被冒名者為被告裁定觀察、勒戒，且因該裁定不待確定即得移送執行，恐有致被冒名者無端被解送執行觀察、勒戒之情形發生。

乙說：略以：

- (一)毒品危害防制條例第 23 條之 1 既規定「被告因拘提或逮捕到場」、「被告因傳喚、自首或自行到場，經檢察官予以逮捕」者，依文義解釋，只限於被告因拘捕或因傳喚、自首、自行到場而經檢察官予以逮捕者，始有適用。若非因拘捕或經檢察官當庭逮捕之情形，檢察官自得僅以書面聲請觀察、勒戒。
- (二)本條立法理由係謂施用毒品之被告因拘捕到場者，檢察官聲請觀察、勒戒，究應否將被告移送法院訊問？檢、審機關迭有爭議，實有明定之必要，蓋司法警察機關既依法予以拘捕到場，且觀察、勒戒具強制力，性質上仍屬拘束被告之身體自由，是檢察官於聲請觀察、勒戒時，自應依憲法第八條保障人身自由之規定，並參照刑事訴訟法第 93 條有關聲請羈押規定之精神，明定應自拘捕之時起 24 小時內為之，並將被告移送法院訊問，以保障被告權益。又被告因傳喚、自首或自行到場者，為免被告退庭離去後，徒增施用毒品之機會，並掌握為其戒癮之契機，爰參照刑事訴訟法第 228 條第 3 項但書規定，明定經檢察官予以逮捕者，亦應自逮捕之時起 24 小時內，聲請觀察、勒戒，並將被告移送法院訊問。顯見本條立法目的在保護被告的人身自由及掌握戒癮契機，尚與保障被告答辯防禦權益無涉，自不能援為檢察官聲請觀察、勒戒時，須經拘提、逮捕之依據，故應僅限於拘提、逮捕到場或經檢察官當庭逮捕之被告，始有本條規定之適用。

研討結論：採乙說。台灣高等法院研究意見亦採乙說<sup>1</sup>。

本文按乙說之理由應較符合本（第 23 條之 1）條增訂「說明」之立法

---

<sup>1</sup> 本則法律座談會資料，載於 93 年 7 月司法院公報第 46 卷第 7 期，頁 148，及 93 年 7 月 1 日司法周刊第 1191 期，第 3 版。

理由，要在證明拘捕程序並非聲請觀察、勒戒之前置要件，此與聲請羈押，須以拘捕程序為前置要件者，尚屬有別，故對未經拘捕程序者，檢察官仍得以書面聲請觀察、勒戒，惟仍應經法官訊問，始得裁定，固值贊同。但按甲說理由所述，對未經拘捕程序之被告，仍應依拘捕程序之法理，傳喚、訊問，再於聲請時隨案移送法院訊問，以防冒名頂替積弊乙節，則有可取之處，是甲乙二說於拘捕程序是否為聲請觀察、勒戒之前置要件，雖各有見地，惟關於法院應踐行訊問程序，始得為准駁之裁定，則為一致。

關此，軍事檢察官辦理施用毒品案件，依前開縮短作業流程應行注意事項之規定，對到案被告，應即時訊問（第 3 點），對於事證已臻明確，並經查證軍（司）法前科紀錄資料係初犯及 5 年後再犯，應即聲請觀察、勒戒，其經軍法警察（官）拘捕到案者，並即檢具卷證將被告移送該管軍事法院訊問（第 5 點），其未經拘捕移案者，應即依法傳喚到案，訊問後依軍事審判法第 136 條但書規定，當庭逮捕，並即聲請觀察、勒戒及將被告隨案移送軍事法院訊問，其係自首或自行到場者，亦同（第 10 點，按本點係泛稱被告係「函送」（或.....略）之案件，亦應秉持依法從速辦理原則，同步查證，儘速優先結案云云，似欠完備）。以上運作，既非以拘捕程序為觀察、勒戒之前置要件，案經檢、審雙重訊問，尤可防範冒名頂替之誤載情事，堪稱折中。

## 參、毒品危害防制條例所稱五年後再犯，僅限於初犯戒癮後五年內，未再有施用犯行

按本條例自 93 年 1 月 19 修正施行後，將施用第一、二級毒品之刑事處遇程序，區分為「初犯」及「5 年內再犯」、「5 年後再犯」，修正理由係謂「初犯」，經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，應為不起訴處分；其後「5 年內再犯」者，因其再犯率甚高，原實施之觀察、勒戒及強制戒治已無法收其實效，故依法追訴。至於經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，「5 年後再犯」者，前所實施之勒戒或戒治已足以遮斷其施用毒品之毒癮，為期自新及協助斷除毒癮，仍適用「初犯」規定，先經觀察、勒戒或強制戒治之程序。從而，僅限於「初犯」及「5 年後再犯」二種情形，始應先經觀察、勒戒或強制戒治程序。

最高法院 95 年 5 月 9 日第 7 次刑事庭會議決議認為：倘被告於 5 年內已再犯，經依法追訴處罰，縱然其第三次（或第三次以上）再度施用毒品之時間，係在初犯經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放之 5 年以後，已不符合「5 年後再犯」之規定，且因既於「5 年內再犯」，顯然其再犯率甚高，原實施觀察、勒戒或強制戒治，已無法收其實效，即應依法追訴處罰（至於三犯或以上施用毒品之時間，宜否有期間限制？以多久為適宜？分

屬刑事政策及醫學專業，有待修法解決）。

最高法院旋於同年月 25 日並著成 95 年台非字第 104 號判決，重申初犯施用毒品者，經觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，5 年內再犯者，即應逕為刑事處遇，毋庸再行觀察、勒戒或強制戒治程序，其係 5 年後再犯者，則應先行送觀察、勒戒，並依其有無繼續施用毒品傾向，以定其是否施以強制戒治之程序，於強制戒治程序執行完畢，始予不起訴處分。

而該案被告前因施用毒品，經屏東地方法院裁定送觀察、勒戒後，認無繼續施用毒品之傾向，於 89 年 6 月 3 日執行完畢，經屏東地方法院檢察署不起訴處分確定，又於 5 年內之 93 年間施用毒品，經新竹地方法院判刑 6 月確定，於 93 年 10 月 29 日易科罰金執行完畢，其既曾於「5 年內再犯」，且經法院判處罪刑確定，而依公訴事實，被告復於 94 年 9 月底至同年 10 月 9 日，連續施用第二級毒品，即非所定「5 年後再犯」之情形，檢察官逕行起訴，要無不合。原審台灣高等法院高雄分院確定判決維持第一審高雄地方法院認檢察官之起訴程序違背法律規定而諭知不受理之判決，駁回檢察官於第二審之上訴，即有判決適用法則不當之違背法令<sup>2</sup>。最高法院前開闡釋「5 年後再犯」之正解，限縮其適用範圍，尚非以先後施用之時間為唯一準據，允宜注意。

#### 肆、毒品危害防制條例舊法所稱強制戒治執行完畢之期間，包括停止戒治付保護管束之程序

毒品危害防制條例新法雖將停止強制戒治改付保護管束之規定刪除，惟關聯「5 年內」或「5 年後」再犯所應受之刑事處遇，故於初犯之強制戒治執行完畢釋放後，究指停止戒治出所，抑或指保護管束期滿乙節，仍值探討。對此問題，士林地方法院檢察署毒品危害防制條例研討會第 4 號曾提案探討，研討意見：

甲說：依前開「新法施行處理原則參考資料」規定：「已依舊法執行強制戒治中（或執行以保護管束代之），檢察官依舊法繼續執行」、「已依舊法停止戒治執行保護管束中，發生撤銷停止戒治事由，觀護人依舊法報由檢察官聲請裁定撤銷停止戒治」，可見依舊法停止戒治出所後，須保護管束期滿，強制戒治程序始執行完畢。故所謂 5 年內再犯，應自保護管束期滿後起算。

乙說：條文既然明定「釋放後」，故所謂 5 年內再犯，應自停止戒治釋放出所後起算，倘在停止戒治釋放後 5 年後再犯，雖其犯罪時間在保護管束期滿後 5 年內，仍應依初犯處理，不得逕予起訴。

---

<sup>2</sup> 最高法院 95 年台非字第 104 號判決載於 96 年 6 月司法院公報第 49 卷第 6 期，頁 90。



結論：所謂執行完畢係指保護管束完畢或戒治期滿，作為初犯或再犯之區隔。

台灣高等法院檢察署審查意見採甲說，係以所謂觀察、勒戒或強制戒治執行完畢釋放後，當指該觀察、勒戒或強制戒治療程已經完成，就強制戒治而言，停止戒治交付保護管束亦屬強制戒治療程之一，故所謂強制戒治執行完畢釋放後，當然係指保護管束期滿未經撤銷。

法務部研究意見亦採甲說，蓋依條文文義觀之，在依舊法停止強制戒治出所之情況，尚應付保護管束，於此期間內，仍係於強制戒治之處遇程序中，尚未執行完畢，須至保護管束期滿始為執行完畢，自應以保護管束期滿為基準；再由立法目的觀之，係因受觀察、勒戒或強制戒治人經過完整之刑事處遇程序，斷絕身癮及心癮後，仍於 5 年內再犯，已難收刑事處遇之效，故逕予追訴，是在依舊法停止戒治出所之情況，受戒治人仍處於保護管束中，在此狀態下仍係強制戒治處遇之一環，尚未完成完整之強制戒治程序，故受戒治人出所後，於保護管束期間內再犯，應非本條例第 23 條第 2 項所欲逕行追訴之範圍<sup>3</sup>。

又本條項立法目的既重在「觀察、勒戒或強制戒治執刑完畢釋放後」，亦即依本條例所定之療程是否業已完成，因此，所謂執行完畢釋放後，當指該觀察、勒戒或強制戒治療程已經完成而言，應不包括曾因施用毒品經判決確定之情形<sup>4</sup>。

## 伍、製造、運輸、販賣毒品等行為，司法實務認皆可獨立成罪，無吸收關係存在

司法實務認為，毒品危害防制條例第 4 條之製造、運輸、販賣毒品罪，其製造或運輸或販賣毒品之行為，皆可獨立成罪，彼此程度不相關連，無所謂低度行為為高度行為所吸收之可言<sup>5</sup>；至私運管制進口之毒品入境販賣，係一行為而觸犯運輸毒品及私運管制物品進口二罪名，而運輸毒品與

---

<sup>3</sup> 法務部 93 年 11 月 25 日法檢字第 0930804368 號函覆台灣高等法院檢察署，載於 93 年 12 月 1 日法務部公報第 340 期，頁 78，及 94 年 4 月 14 日法務通訊第 2233 期，第 6 版。

<sup>4</sup> 法務部 95 年 1 月 20 日法檢字第 0950800243 號函開：台南地方法院檢察署法律座談會議、台灣高等法院檢察署及該部研究意見一致採此甲說。至乙說則謂法定療程執行完畢釋放後，五年內再犯施用罪者，即應依法追訴，則舉輕以明重，行為人經依法施用罪判決確定後，五年內再犯施用毒品，自應依法追訴云云，載於 96 年 3 月 1 日法務通訊第 2329 期，第 6 版。

<sup>5</sup> 最高法院 75 年第 21 次刑事庭決議、90 年臺上字第 6443 號判決及軍事法院辦理毒品危害防制條例案件應行注意事項第 3 點前段參照。

販賣毒品有方法結果之牽連關係，應依刑法第 55 條後段從一重之販賣毒品罪論處<sup>6</sup>(95 年 7 月 1 日廢除牽連犯施行後，視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷，刑法第 55 條修正「說明」參照，以下之牽連犯亦同，不贅。)；又代為運輸者，若無販賣之犯意聯絡或行為分擔，即非屬販賣之共同正犯，僅得論究其運輸行為，凡此均應詳加查明，俾憑論斷其法律關係<sup>7</sup>。

## 陸、販賣意圖之辨正

司法實務向來認為，販賣毒品罪，祇須行為人以營利為目的，一有販入或賣出毒品之行為，即屬既遂，不以販入之後復行賣出為必要<sup>8</sup>。對非以營利售賣意圖而販入，或基於販賣以外之其他原因而持有(供已施用)毒品者，嗣後起意售賣，其著手於販賣而未及賣出，或賣出予未具買受真意者(所謂「釣魚」)，其販賣毒品之高度行為吸收意圖販賣而持有毒品之低度行為，成立販賣毒品未遂罪<sup>9</sup>；其尚未著手於賣出即被查獲，則成立意圖販賣而持有毒品<sup>10</sup>。對非以營利售賣意圖而販入，或基於販賣以外之其他原因而持有(供已施用)毒品，其原無賣意，受設計教唆始萌賣意，或不能證明原本即有賣意，而賣出予未具買受真意之警方或線民者(所謂「陷害教唆」)，係成立單純持有毒品罪<sup>11</sup>。

軍事法院受理上開案件，應就被告持有毒品原因，係自始以營利為目的而販入，或原非以營利為目的而販入，嗣後起意售賣，或原無賣意，受設計教唆始萌犯意，進而著手實行犯罪構成要件之行為，攸關應成立販賣毒品既、未遂或係單純持有毒品罪，自應詳予調查審認，記明於事實欄，並於理由內說明其認定所憑之證據及理由，始稱適法<sup>12</sup>，茲將販賣及持有毒品犯罪態樣表列如下：

| 犯 罪<br>態 樣 | 被 告 主 觀 犯<br>意 | 取 得 毒 品 原 因 | 所 著 手 行 為 | 警 察 介 入 情<br>形 | 論 處 情<br>形 |
|------------|----------------|-------------|-----------|----------------|------------|
|------------|----------------|-------------|-----------|----------------|------------|

<sup>6</sup> 最高法院 73 年臺覆字第 17 號判例、同年度第 25 號判決、74 年第 10 次刑事庭會議決議、後述 92 年臺上字第 3321 號判決及前揭（註 5）應行注意事項第 3 點後段參照。

<sup>7</sup> 最高法院 73 年臺覆字第 17 號判例及前揭（註 5）應行注意事項第 3 點後段參照。

<sup>8</sup> 最高法院 68 年臺上字第 606 號判例，及 92 年臺上字第 3455 號判決參照。

<sup>9</sup> 最高法院 85 年第 4 次刑事庭會議決議，及 92 年臺上字第 585 號判決參照。

<sup>10</sup> 最高法院 90 年臺上字第 2046 號判決參照。

<sup>11</sup> 司法院 83 年 3 月 19 日(83)廳刑 1 字第 05728 號函復臺灣高等法院，及最高法院 85 年第 4 次刑事庭會議研究報告參照。

<sup>12</sup> 軍事法院辦理毒品危害防制條例案件應行注意事項第 3、4 點參照。

|    |               |                                                       |                                          |                                                                                        |                                                                                                                                                                                |
|----|---------------|-------------------------------------------------------|------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 一、 | 主觀上營利<br>售賣意圖 | 以營利為目的<br>而取得                                         | 販入或賣<br>出，有一於<br>此                       | 販入或賣出<br>後緝獲                                                                           | 販賣毒品既<br>遂罪（最高<br>法院 90 臺<br>上 2046 號）                                                                                                                                         |
| 二、 | 嗣後起意售<br>賣    | 非以營利販賣<br>意圖而販入；<br>或基於販賣以<br>外之其他原因<br>而持有（供已<br>施用） | 著手於販賣<br>行為，未及<br>賣出；或賣<br>出予未具買<br>受真意者 | 「釣魚」（警<br>方對原已具<br>有犯罪故意<br>並已實施犯<br>罪行為之人，<br>以所謂「釣<br>魚」之偵查<br>技巧蒐集其<br>犯罪證據之<br>情形） | 販賣毒品未<br>遂罪（高度<br>行為吸收『<br>意圖販賣而<br>持有毒品』<br>之低度行為）<br>（1.最高<br>法院 85 年<br>第四次刑議<br>及附件研究<br>報告，2.臺<br>高院 89 上<br>訴字第 949<br>號，3.最高<br>法院 90 臺<br>上 2046 號、<br>92 臺上 585<br>號） |
| 三、 | 嗣後起意售<br>賣    | 非以營利售賣<br>意圖而販入；<br>或基於販賣以<br>外之其他原因<br>而持有（供已<br>施用） | 尚未著手於<br>賣出行為                            | 「釣魚」失敗<br>（行為人尚<br>未著手犯罪<br>構成要件之<br>事實，然警方<br>有其具賣意<br>之罪證者）                          | 意圖販賣而<br>持有毒品罪<br>（1.臺高院<br>89 上訴字第<br>949 號，<br>2.最高法                                                                                                                         |



|    |                            |                                    |                  |                                                            |                                                                       |
|----|----------------------------|------------------------------------|------------------|------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
|    |                            |                                    |                  |                                                            | 院 90 臺<br>上 2046<br>號)                                                |
| 四、 | 原無賣意，受設計教唆始萌賣意；或不能證明原本即有賣意 | 非以營利售賣之意圖而販入；或基於販賣以外之其他原因而持有（供已施用） | 賣出予未具買受真意之警方或線民者 | 「陷害教唆」（係指行為人不具犯罪之故意，純因軍法警察（官）之設計教唆，始萌生犯意，進而實施犯罪構成要件之行為者而言） | 單純持有毒品（1.83 年臺中高分院座談結論－司法院 83.3.19 廳刑－0572 號函，2.最高法院 85 年第四次刑議附件研究報告） |

（本表係作者謝添富指導上校軍法官廖文盟製作，現榮陞國防部東部地方軍事法院檢察署檢察長）

## 柒、運輸毒品罪之「運輸」，最高法院認為一經起運即屬既遂，且不以為他人運輸為限

最高法院認為，運輸毒品罪所謂「運輸」，係指本於運輸意思而搬運輸送而言，倘其有此意圖者，一有搬運輸送之行爲，犯罪即已成立，並非以運抵目的地為完成犯罪之要件，換言之，區別該罪既遂、未遂之依據，應以已否起運為準，既已起運，構成該罪之輸送行為即已完成，不以達到目的地為既遂條件<sup>13</sup>。

例如，最高法院（刑六庭）92 年 6 月 16 日臺上字第 3096 號判決，關於毒品案件之運輸型態，即謂「上訴人既已從黃○○之住處，攜帶裝有毒品海洛因及化學合成麻醉藥品安非他命之藍色背包，走至該處對面巷子其

<sup>13</sup>參拙著，陸海空軍刑法修正經過及修正內容補遺（二）－其他軍事犯罪部分柒之一「運輸之解析」，軍法專刊第 53 卷第 5 期，頁 35、36。就本法第 65 條未經許可運輸軍用武器彈藥罪，於其運輸之涵意引敘相類之毒品運輸型態實務，先為補遺，以供佐參。茲於本次毒品部分，再次回溯補遺，要期完備相關資訊。

使用車輛旁而被警察查獲，上訴人顯已起運該毒品，雖未運抵目的地，仍應論以運輸既遂罪。原判決卻認上訴人雖已著手運輸，然尚未達運輸既遂之程度，而論以未遂罪，……，自有適用法則不當之違法」。

又如最高法院（刑四庭）同年 10 月 2 日臺上字第 5426 號判決，除亦闡釋「運輸毒品罪，並不以兩地間毒品直接搬運輸送移轉存置於特定地點為限，其以迂迴、輾轉方法，利用不相同之運輸工具、方法，將特定之毒品移轉運送至終極目的者，其各階段之運送行為，均不失為『運輸』行為之一種外」，復謂「上訴人自高雄縣鳳山市新樂街 263 巷 8 號 12 樓廚房流理台下方之櫥櫃中取出三包安非他命，騎機車駛出大樓地下停車場，其運輸行為業已完成，雖未運抵同市公正路與保泰路口交予綽號阿財，即為法務部調查局調查人員逮獲，亦僅犯罪之目的尚未達到，『其運送之二地雖均在高雄縣鳳山市，並不影響其犯罪之成立』。…原判決認…二人均係犯…運輸第二級毒品安非他命既遂犯，其適用法則即無違誤」，均堪供參考。

惟此所謂運輸，乃就單純運輸並無他項目的而言，此與前述別有他項目的之運輸罪有所區別，苟因有他項目的而運輸，則他項目的如構成犯罪，即應分別情形按牽連犯或想像競合犯論擬，不能置他項罪名於不問<sup>14</sup>。

復按運輸與持有毒品之區別，應以路途之遠近、數量之多寡，並依實際情形，參酌被告之犯意而為認定，如無運輸或販賣之意圖，而零星夾帶或短途持送者，始得斟酌實際情形，論以持有罪<sup>15</sup>。

又運輸毒品罪不以運輸他人所有或持有之毒品為限，即為自己運輸者亦包括在內，關此同屬運輸型態之懲治走私條例第 3 條第 1 項之運送走私物品罪，最高法院自 82 年度第 3 次刑庭決議之（一），認為「『運輸』不以為他人輸送為必要，即為自己輸送者亦包括在內」以來，實務上不論是否走私案件，均採同一見解，諸如 86 年臺上字第 1314 號判決（被告在馬祖拾獲軍用子彈，利用郵包寄回臺北縣戶籍地）、82 年臺上字第 2105 號判決及 84 年臺上字第 2525 號判例均屬之。

尤以刑十一庭 92 年臺上字第 3321 號判決，就上訴人賴○州基於私運管制進口物品即第一級毒品海洛因進口之犯意，自桃園國際機場出境，到澳門轉抵泰國購得海洛因淨重 851.18 公克，分裝成二大塊、二中塊及二小塊，以束腹帶將該二大塊、二中塊捆綁在腹部，及將以保險套包裝之二小塊塞入肛門，而走私運輸從澳門搭機返台，自桃園國際機場入境，為內政部警政署航空警察局據線報而查獲乙案見，其駁回上訴理由即敘明：「懲治走私條例之運輸走私物品罪，並不以運送他人所有或持有之走私物品為限，即

<sup>14</sup> 最高法院 92 年臺上字第 1288 號判決參照。

<sup>15</sup> 司法院院解字第 3541 號解釋，及最高法院 82 年臺非字第 34 號、92 年臺上字第 5426 號判決參照。

爲自己運送者一包括在內，故不論運送人係爲他人或爲自己運輸，均應成立運送走私物品罪（本院 84 年臺上字第 2525 號判例參照）。『同理，毒品危害防制條例之運輸毒品罪，亦不以運輸他人所有或持有之毒品爲限，即爲自己運輸者亦包括在內，故不論運輸人係爲他人運輸或爲自己運輸，均應成立運輸毒品罪』，原判決（指台灣高等法院 92 年上重更（一）字第 16 號）核上訴人所爲係犯毒品危害防制條例第 4 條第 1 項運輸第一級毒品罪及懲治走私條例第 2 條第 1 項走私罪，係一行為觸犯數罪名，爲想像競合犯，應從一重之運輸第一級毒品罪處斷，因而維持第一審判決，駁回第二審上訴，經核於法尙無違誤，及上訴意旨仍執前詞主張爲自己運輸毒品，不成立運輸毒品罪云云，對原判決理由已經詳爲說明之事項，重爲爭辯，爲無理由，應予駁回。故不論運輸人係爲他人運輸或爲自己運輸，均應成立運輸毒品罪<sup>16</sup>。

## 捌、毒品犯罪之刑罰加重與減輕事由

毒品危害防制條例第 8 條第 6 項轉讓毒品達一定數量者，加重其刑至二分之一，係指轉讓第一級至第四級毒品而言，與第 11 條第 4 項持有毒品達一定數量者，加重其刑至二分之一，僅指持有第一級、第二級毒品有所不同；至其一定數量之標準，均應注意行政院最新公告之「轉讓持有毒品加重其刑之數量標準」。上開加重其刑，均係強制規定，軍事審判官並無裁量不予加重之餘地，否則即屬適用法則不當之違背命令，其據爲上訴理由者，上訴軍事法院應將原審判決此部分撤銷改判。本條例第 9 條係指滿 20 歲之成年人對未滿 20 歲之未成年人，犯第 6 條至第 8 條之罪加重處罰之規定而言；而兒童及少年福利法第 70 條第 1 項暨少年事件處理法第 85 條，二者規定之年齡及要件均與本條例不同，適用時特應注意<sup>17</sup>。

另本條例第 17 條所列因供出毒品來源而破獲者，得減輕其刑，其立法意旨重在鼓勵具體供出其上游販毒者，俾資追查該毒梟前手及上游毒品，以杜絕毒品之蔓延與氾濫爲目的。倘未因其自白進而查獲毒梟前手或其上游毒品者，或雖依被告之供述，因而起出毒品並查獲其他共犯，但非毒梟前手或上游毒品者，均不得執此邀本條規定之寬減<sup>18</sup>。至供出與所查獲毒品無關之其他線索，亦不在本條得減輕其刑之列<sup>19</sup>。

---

<sup>16</sup>前揭（註 5）應行注意事項第 5、6 點參照。

<sup>17</sup>前揭（註 5）應行注意事項第 9 點第 2 項、第 10 點參照。

<sup>18</sup>司法院 82 年 12 月 6 日(82)廳刑 1 字第 21717 號函、最高法院 92 年臺上字第 5426 號判決參照。

<sup>19</sup>軍事法院辦理毒品危害防制條例案件應行注意事項第 9、10、11 點參照。

## 玖、毒品案件應予沒收銷燬者，以查獲之第一、二級毒品及專供製造或施用前揭毒品之器具為限

依本條例第 18 條第 1 項前段規定，應予沒收銷燬之者，以查獲之第一、二級毒品及專供製造或施用第一、二級毒品之器具為限，其所謂「專供」製造或施用毒品之器具，自應解為專以供施用毒品者為限，若通常尚可以供他項用途之器具，當非此之所謂專供。如有(預備)供施用毒品之用，應依刑法第 38 條第 1 項第 2 款規定沒收<sup>20</sup>；至於毒品之外包裝，既係用於包裹毒品，防其裸露、潮濕，便於攜帶販賣，則屬供販賣毒品所用之物，應依同條例第 19 條第 1 項之規定宣告沒收，不屬第 18 條第 1 項前段之範疇<sup>21</sup>。

又製造或施用毒品之器具在裁判前，宜先行送驗鑑定是否專供製造或施用毒品之器具及有無毒品殘渣之陽性反應，以為裁判沒收之憑據。被告死亡或經觀察、勒戒後，無繼續施用毒品傾向而獲不起訴處分，軍事檢察官對於查扣之第一、二級毒品，聲請單獨宣告沒收者，本條例第 18 條第 1 項前段應優先刑法第 38 條第 1 項第 1 款而適用<sup>22</sup>。

本條例第 19 條第 1 項規定販賣毒品所得價款之沒收，固不以已扣押者為限，如已花用殆盡，雖屬不存在，而無論知沒收之必要<sup>23</sup>。惟如「消費寄託」或「消費借貸」與他人，則應認該販毒所得之款仍屬存在，不以當場搜獲扣押者為限，應宣告沒收<sup>24</sup>。同條項中所謂「追徵其價額」者，必限於所沒收之物為金錢以外之其他財物而無法沒收時，始應追徵其價額，使其繳納與原物相當之價額。如所得財物為金錢而無法沒收時，應以其財產抵償之，而不發生追徵價額之問題<sup>25</sup>。

## 拾、依毒品危害防制條例聲請觀察、勒戒者，應否同時聲請留置暨刑案羈押

---

<sup>20</sup> 司法院(81)廳刑 1 字第 16290 號、(82)廳刑 1 字第 878 號函參照。

<sup>21</sup> 最高法院 92 年臺上字第 1288 號判決參照。另台灣高等法院 92 年上重更(一)字第 16 號判決，對於包裝海洛因毒品之塑膠膜及保險套，認予毒品難以分離，依本條例第 18 條第 1 項前段沒收並銷毀之，及對用以捆綁運輸毒品之束腹帶為被告所有，認係供犯運輸毒品罪所用之物，依同條例第 19 條第 1 項諭知沒收乙案，前開最高法院(刑 11 庭) 92 臺上字第 3321 號判決核無不合，予以維持，併供參考。

<sup>22</sup> 司法院 88 年 2 月 25 日(88)廳刑 1 字第 03325 號函、最高法院 92 年臺上字第 5391 號判決參照。

<sup>23</sup> 最高法院 82 年臺覆字第 176 號判決參照。

<sup>24</sup> 最高法院 66 年第 8 次刑庭會議決議參照。

<sup>25</sup> 最高法院 92 年臺上字第 1288 號判決，及軍事法院辦理毒品危害防制條例案件應行注意事項第 14、15 點參照。

依本條例施行細則第 17 條第 2 項規定，受觀察、勒戒人，另因他案依法應予羈押、留置時，其觀察、勒戒處分應於看守所附設之勒戒處所執行之，其期間與羈押、留置期間同時進行。故軍事檢察官另案起訴現執行觀察、勒戒處分之被告，軍事法院經問訊後認有羈押之原因與必要者，自得決定羈押；至因他案偵查中業經聲押獲准，嗣被告因違反本條例案件，另由軍事法院裁定觀察、勒戒者，若其觀察、勒戒期滿之期間將逾偵查中羈押 2 月期間時，如軍事檢察官就刑案羈押部分未聲請延押，依法固應視為撤銷羈押，惟被告既在勒戒處所執行觀察、勒戒中，故此軍事法院不必再開具釋票<sup>26</sup>。

另依修正戒治處分執行條例第 25 條規定，受戒治人接受戒治處遇屆滿 6 個月後，經依第 17 條所為之評估，認無繼續強制戒治之必要者，戒治所得隨時檢具事證，報請指揮執行之「檢察官命令」或「法院裁定」停止戒治後，辦理出所，與舊法所稱報由「檢察官聲請法院裁定」之規定有異，參見該執行條例第 25 條修正說明，係認強制戒治與刑法第 91 條、91 條之 1 強制治療性質相近，同屬相對不定期之醫療型保安處分，故於達成治療目標，認無繼續強制戒治之必要時，即予停止執行，無庸再聲請軍事法院裁定；僅於前因違反肅清煙毒條例及麻醉藥品管理條例，經傳拘無著，嗣予通緝到案者之強制戒治，因係由軍事法院逕予指揮執行，故其停止戒治仍應報由軍事法院許可，應請注意<sup>27</sup>。

實務運作方面，國防部各級軍事法院 93 年第 1 次法律座談會提案 7，毒品危害防制條例類第 002 號，國防部東部地方軍事法院提案毒品危害防制條例第 23 條之 1 第 1 項：「被告因拘提或逮捕到場者，檢察官依第二十條第一項規定聲請法院裁定觀察、勒戒，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內為之，並將被告移送該管法院訊問；被告因傳喚、自首或自行到場，經檢察官予以逮捕者，亦同」。是軍事檢察官依前揭「拘提或逮捕」後時限內向軍事法院聲請裁定觀察、勒戒，是否尚須同時依觀察勒戒處分執行條例第 3 條第 2 項之規定，聲請將被告留置勒戒處所法律問題<sup>28</sup>，研討意見：

---

<sup>26</sup> 臺灣高等法院對臺南地院 90 年 10 月法律座談之研究意見參照。

<sup>27</sup> 軍事法院辦理毒品危害防制條例案件應行注意事項第 13、17 點參照。

<sup>28</sup> 按本條例第 23 條之 1 為新增訂條文，並於民國 93 年 1 月 9 日施行。其立法意旨認以：被告於第一次施用第一、二級毒品僅除刑不除罪，再次施用第一、二級毒品即應依法追訴處罰，然司法警察機關依法予以拘提或逮捕到場，且依本條例規定之觀察勒戒具強制力，性質上仍屬拘束被告之身體自由，是檢察官於聲請法院裁定觀察勒戒時，自應依憲法第八條保障人身自由之規定，並參照刑事訴訟法第 93 條有關聲請羈押規定之精神，明定應自拘提或逮捕之時起 24 小時內為之，並將被告移送該管法院訊問，以保障被告權益。又施用第一、二級毒品之被告，因傳喚、自首或自行到場者，為免被告退庭離去

甲說：肯定說。參照前揭新增訂本條例第 23 條之 1 意旨，其目的除釐清本條例修正前施用毒品之被告，因拘提或逮捕到場者，檢察官聲請法院裁定觀察勒戒或強制戒治，究應否將被告移送該管法院訊問，以解決檢察機關與審判機關間作法不一之爭議外，另本條例對被告聲請、裁定觀察勒戒程序具強制力，因屬保安處分性質，究與一般刑事犯不同，且本條例對此並無準用刑事訴訟法之規定，當無法逕依該法之程序處置，故為保障被告人身自由，即參照增訂刑事訴訟法相關規定，以符法制。又本條旨在賦予司法警察機關、檢察官對符合本條例第 20 條第 1 項規定聲請法院裁定觀察勒戒前，可對被告實施「拘提、逮捕」等強制處分之法源，及處分後應於時限內（24 小時）移送該管法院訊問之機制。另依觀察勒戒處分執行條例第 3 條第 2 項：「前項聲請裁定（觀察勒戒）期間，得依檢察官之聲請將被聲請人留置於勒戒處所，留置期間得折抵執行觀察、勒戒期間」之規定以觀，其條文意旨除規範法院對聲請裁定觀察勒戒程序與刑事犯不同之特別規定外，並律定法院於受理該案件後應於 24 小時內為之之明快處置（觀察勒戒處分執行條例第 3 條第 1 項參照），期使被告儘早戒斷毒癮，以啟自新，二條文間之性質與目的顯屬不同，不生法條牴觸與競合之疑慮，故軍事檢察官依條例第 23 條之 1 第 1 項聲請軍事法院裁定觀察勒戒外，亦須援引觀察勒戒處分執行條例第 3 條第 2 項之規定聲請留置於勒戒處所，方為適法。

乙說：否定說：按本條例第 23 條之 1 第 1 項規定意旨，被告施用毒品，如符合本條例第 20 條第 1 項規定，檢察官依「拘提、逮捕前置原則」，聲請法院裁定觀察勒戒，並應於 24 小時內將被告移送法院訊問，此「拘提、逮捕」處分與觀察勒戒處分執行條例第 3 條第 2 項所定，檢察官聲請法院裁定期間，法院得依檢察官之聲請將被聲請人「留置」於勒戒處所，法院並應於 24 小時內為裁定，其「聲請留置」目的均為免被告退庭離去後，徒增施用毒品之機會，並掌握為其戒癮之契機所為之規定，兩者同為拘束人身自由，保障人權之法令依據，相較之下其性質並無不同，因此本條例第 23 條之 1 第 1 項係新增規定，當無再適用觀察勒戒處分執行條例第 3 條第 2 項留置之餘地。故軍事檢察官對被告違犯前揭案件並符合「拘提、逮捕前置原則」之規定，應於 24 小時內移送軍事法院聲請裁定觀察、勒戒即可，另無須援引性質、目的相同之觀察勒戒處分執行條例第 3 條第 2 項之

---

後，徒增施用毒品之機會，並掌握為其戒癮之契機，爰參照刑事訴訟法第 228 條第 4 項但書之規定，明定經檢察官予以逮捕者，亦應自逮捕之時起 24 小時內，聲請法院裁定觀察勒戒，並將被告移該管法院訊問，合先敘明。



規定，聲請軍事法院將被告「留置」於勒戒處所。  
研討結論多數採乙說<sup>29</sup>。

本文固認同研討結論所採乙說見解，惟乙說所謂檢察官依「逮捕、拘提前置原則」及「並符合『拘提、逮捕前置原則』云云」，經研與本條例第 23 條之 1 之立法理由所揭被告經依法拘捕者，應於依限聲請觀察、勒戒時，隨案移送該管法院訊問，尚非謂未經拘捕之前置要件者，即不得聲請觀察、勒戒，亦即拘捕程序並非聲請觀察、勒戒之前置要件，而與聲請羈押須以拘捕為前置要件者有別（本文貳「因拘提、逮捕獲案或檢察官當庭逮捕者，聲請觀察、勒戒時，應隨案移送軍事法院訊問，係在保護人身自由及掌握戒癮契機，但非聲請觀察、勒戒之前置要件」參照），故而所謂拘提逮捕「前置原則」允宜修正為「程序」，以符立法本旨。

## 拾壹、聲請觀察、勒戒，不得併就扣案毒品或施用器具聲請單獨宣告沒收

同上法律座談會提案 6，毒品危害防制條例類第 001 號，國防部北部地方軍事法院桃園分院提案犯毒品危害防制條例第 10 條之罪者，軍事檢察官於聲請裁定觀察勒戒時，如一併就扣案之施用毒品器具或毒品聲請宣告沒收，軍事法院應否裁定沒收法律問題，研討意見：

甲說：應予裁定沒收。按沒收於裁判時並宣告之，刑法第 40 條前段著有明文，所謂裁判係指裁定與判決，是軍事檢察官聲請裁定觀察勒戒時，一併就扣案之施用毒品器具或毒品聲請宣告沒收，於法並無不合，軍事法院應予裁定沒收。

乙說：不應裁定沒收，按沒收係從屬於主刑之一種刑罰，而軍事法院所為之觀察勒戒，其性質為保安處分，非屬刑法第 33 條規定之主刑，此觀毒品危害防制條例第 20 條第 2 項前段：「受觀察、勒戒人無繼續施用毒品傾向者，應即釋放，並為不起訴之處分或不付審理之裁定」規定自明，依主從不可分之原則，既無主刑，則從刑無所附麗，是軍事檢察官聲請裁定將被告送觀察、勒戒時，一併就扣案之施用毒品器具或毒品聲請宣告沒收，軍事法院不應准許，惟此部分不須於主文諭知，僅於理由中說明即可。

丙說<sup>30</sup>：分別裁定。觀察勒戒處分與沒收處分性質不同，在目前刑訴體系，似無法合併為之。惟若考量訴訟經濟及紛爭一次解決性，應可就軍

---

<sup>29</sup>載於「國防部各級軍事法院九十三年第一次法律座談會紀錄」，最高軍事法院編印，頁 31。

<sup>30</sup>國防部南部地方軍事法院對乙說補充意見為丙說。

事檢察官觀察勒戒及沒收之聲請，依法審核，並予分別裁定（即以裁定書爲之），似可解決沒收之裁定與保安處分並列之慮，且軍事檢察官亦無庸再另案聲請。

丁說<sup>31</sup>：諭知駁回。同乙說理由，即按沒收係從屬於主刑之一種刑罰，而軍事法院所爲之觀察勒戒裁定，其性質爲保安處分，非屬刑法第 33 條規定之主刑，此觀之毒品危害防制條例第 20 條第 2 項前段：「受觀察、勒戒人無繼續施用毒品傾向者，應即釋放，並爲不起訴之處分或不付審理之裁定」規定自明，依主從不可分之原則，既無主刑，則從刑無所附麗，是軍事檢察官聲請裁定將被告送觀察、勒戒時，一併就扣案之施用毒品器具或毒品聲請宣告沒收，軍事法院不應准許，因軍事檢察官就扣案之施用毒品器具或毒品聲請宣告沒收部分不合法，應於裁定主文中諭知駁回，方爲適法。

結論：提案機關說明本題所指施用毒品器具係屬「專供」，多數採乙說。國防部最高軍事法院補充意見：按沒收爲從刑之一種，依主從不可分之原則，應附隨於主刑而同時宣告之，除有罪、免刑等判決於裁判時併宣告外，如諭知無罪之判決，既無主刑，則從刑亦無所附麗，觀察勒戒處分之裁定，非屬刑法第 33 條之主刑，故應另依刑法第 40 條但書之規定，由軍事檢察官聲請單獨宣告沒收（最高法院 78 年臺非字第 72 號判例參照）。

其後國防部各級軍事檢察署 93 年上半年檢察業務會議，提案討論軍事檢察官對犯毒品危害防制條例第 10 條各項之施用毒品罪嫌聲請軍事法院裁定觀察勒戒時，若另有本案查獲之毒品或專供施用毒品之器具扣案時，軍事檢察官得否於觀察勒戒之聲請書中，同時向軍事法院聲請爲前開毒品或施用器具沒收之裁定法律問題，研討意見：

甲說（肯定說）：軍事檢察官應以被告之犯罪事實爲起訴範圍，故此，軍事檢察官於同一起訴書中，除有應不起訴者外，自應記載被告於起訴前之犯罪事實，包括同一性與非同一性之事實，並產生追訴前開各犯罪事實之效力。同時，軍事檢察官於起訴書中，除對犯罪事實表示追訴外，亦得同時請求軍事法院爲保安處分與毒品或施用器具之專科沒收，性質雖不同，惟二者均可獨立存在，縱不得合併爲之，亦僅生法院是否應分別裁定之問題，與軍事檢察官之聲請無涉，是軍事檢察官於同一聲請中，就不同性質之事項爲裁定之聲請，應均生聲請之效力，軍事法院不得僅以聲請內容性質不同爲由，認該聲請爲不合法而予駁回。

乙說（否定說）：軍事法院所爲之觀察勒戒，其性質爲保安處分，並非主刑

---

<sup>31</sup>國防部東部地方軍事法院增列丁說。

之一種，而沒收係從刑，與觀察勒戒之保安處分既無主從關係，性質亦不相同，軍事檢察官自不得於聲請裁定將被告送觀察勒戒時，一併就扣案之施用毒品或器具聲請宣告沒收。研討結論多數贊成甲說，並補充理由如下：按沒收雖為從刑，然依毒品危害防制條例第 18 條第 1 項規定「查獲之第一、二級毒品及專供製造或施用第一、二級毒品之器具，不問屬於犯人與否，均沒收銷燬之。(餘略)」因此，對於查獲之毒品及專供施用器具，不論被告是否受有罪判決、不起訴處分或不付審理，均應予以沒收。從而，對於應施以觀察勒戒之案件，扣案之毒品或施用器具，顯然僅能聲請單獨宣告沒收，此種單獨宣告沒收，自無須附麗於主刑後而併予宣告，也就是是否有主刑之存在，並不會影響單獨宣告沒收之效力。故對於毒品及施用器具之沒收，自無須視觀察勒戒是否為其主刑而決定是否得附麗於該主刑後併予宣告。

國防部最高軍事法院檢察署審查意見：

一、同意甲說意見。

二、國防部各級軍事法院 93 年第 1 次法律座談會提案 6 亦針對本問題討論，係採乙說，為避免軍事檢察官聲請時，因與軍事法院之見解不同而引發爭議，實務操作上，仍由各級軍事檢察署與配置之軍事法院協調後辦理為宜。會議結論：同意國防部最高軍事法院檢察署審查意見。於 93 年 7 月 22 日審壯字第 0930000316 號書函送各軍事檢察署參考，同時副知國防部軍法司及最高軍事法院參照。

惟按上開會議結論似有未盡適切之處，理由如下：

一、按刑法第 40 條但書所定違禁物得單獨宣告沒收，其立法意旨係鑑於從刑原則上固應隨同主刑宣告，惟遇有犯人不明，以及因罪證不足而為不起訴處分或諭知無罪之裁判者，倘案內有違禁物時，即得單獨宣告沒收，以貫徹義務沒收主義之精神；至其沒收之方法，則應由軍事檢察官聲請同級軍事法院以裁定宣告之<sup>32</sup>。本件毒品危害防制條例（以下稱本條例）第 18 條第 1 項所定違禁物之沒收，固係上開刑法之特別法，惟其沒收方法既未訂定特別程序，自應本諸刑法之立法意旨，回歸刑事訴訟法第 259 條第 2 項規定之程序，俟案件為不起訴處分後，另行聲請軍事法院單獨裁定沒收。上述見解迄無二致，若有所爭議，亦僅究

---

<sup>32</sup> 司法院 18 年院字 67 號，及 30 年院字第 2169 號解釋參照。另按刑法第四十條業經修正為：沒收，除有特別規定者外，於裁判時併宣告之（第一項），違禁物或專科沒收之物得單獨宣告沒收（第二項），自九十五年七月一日施行。係因刑事訴訟法第二百五十九條之一或其他可單獨宣告沒收者，不限於裁判時併予宣告，及刑法分則或刑事特別法關於專科沒收之物，雖非違禁物，然其性質究不宜任令在外流通，自有單獨宣告沒收之必要，爰予增訂，詳參本條修正說明，以下均同本註，不贅。

應敘引刑法抑或本條例之特別規定為據而已，尚無於觀察、勒戒之同一聲請書內一併聲請沒收之司法座談研究或裁判<sup>33</sup>，合先敘明。

- 二、依本條例第 20 條及第 23 條規定，對初犯或戒癮後 5 年後再犯施用毒品者，所定之刑事處遇程序，係以執行觀察、勒戒或強制戒治之保安處分後，再予不起訴處分，以終結其程序。揆諸前開說明，並無上開處遇程序終結前，遽予聲請沒收之必要性，亦無何訴訟經濟可言。再就本條例第 18 條 92 年 7 月 9 日之修正「說明」二，敘載本條第 1 項增訂中段沒收規定所開：持有或施用第三、四級毒品經查獲後，或經檢察官為不起訴處分後，因不構成犯罪，有關製造或施用毒品之器具，「於案件終結後」，如被告未予領回，該等器具之處理實務上將有其困難，且亦不宜再由被告領回云云，是此與同項前段第一、二級毒品及器具均應沒收之同一理由，實與刑法第 40 條但書之立法意旨相吻合。故若於聲請觀察、勒戒之同一聲請書內，一併聲請沒收，亦顯違反立法意旨，自為法律所不應准許。況本件法律問題結論所採甲說，既亦認二者「縱不得合併為之」，卻又勉強同時並為聲請，立論亦嫌未當。
- 三、就司法實務運作而言：（一）不論法務部於 87 年本條例施行時所訂「施用毒品犯處理流程圖（第一次犯之者）」，並無聲請觀察、勒戒同時聲請沒收之流程可按，且該部 88 年修頒「檢察機關辦理毒品危害防制條例案件應行注意事項」第 8 點明定「因施用而持有第一級、第二級毒品者，其施用毒品部分，若依條例規定為不起訴處分者，其同時持有同品項毒品之行爲，依吸收法理，不予處罰，然對扣案毒品仍應依法聲請宣告沒收」，即係將聲請觀察、勒戒與沒收程序分離，提示沒收部分，應於不起訴處分後為之。（二）復按司法院 92 年 12 月 9 日（92）院台廳刑一字第 30979 號配合本條例修正施行，所訂刑事裁定例稿，亦無觀察、勒戒同時宣告沒收之文書。（三）末按諭知無罪之判決，得否就案內違禁物單獨宣告沒收，抑應由軍事檢察官俟無罪判決後，另行聲請單獨宣告沒收乙節，緣檢察總長曾以臺灣高等法院於被告販毒無罪之判決，併就扣案毒品宣告沒收乙案，有違最高法院 78 年臺非字 72 號判例，認係適用法則不當之違法，據以提起非常上訴，最高法院迺於 83 年台非字 342 號判決，參照司法院 30 年院字 2169 號及 37 年院解字 4028 號解釋，修正上開判例，判謂：法院於判決無罪時，因案件既已繫屬於法院，自得單獨宣告沒收，兼顧訴訟經濟，僅於案件未經起訴或不起訴時，始應由檢察官聲請法院裁定沒收，因認原判決並無違法可言，及非常上訴意旨不無誤會，予以駁回在案，關此，最高軍事

---

<sup>33</sup> 高雄地方法院 87 年 7 月及雲林地方法院同年 11 月法律座談會問題，臺灣高等法院研究意見參照。

法院就各級軍事法院 93 年第次法律座談會提案 6，與該署相同法律問題之補充意見，未就上開最高法院 83 年臺非字第 342 號判決意旨併予論述，及就觀察、勒戒與沒收二者不具審判不可分之事項，贊同乙說對同時聲請沒收之部分不應准許，不須於主文諭知，固欠完備，惟其認同時聲請沒收之部分為依法律「不應准許」之結論，則無不合。蓋不論觀察勒戒或沒收之聲請，均非起訴行為，亦均無如同刑事訴訟法第 451 條所定聲請與起訴有同一效力之明文，即應另案聲請，抑且無從援引上開解釋及判決所示訴訟經濟之法理，不得於觀察、勒戒之裁定內併為沒收之宣告。(四)如被告涉有施用毒品並同時涉有販賣毒品等罪，倘軍事檢察官聲請觀察勒戒併沒收查獲之毒品，並於軍事法院裁定沒收，予以銷燬，而販賣毒品等罪經起訴後，審理中因證物已銷燬，將無可踐行重新鑑驗或當庭提示證物等程序。

- 四、軍法改制後，國防部之軍法法令疑義解答權責，不僅業經最高軍事法院承繼<sup>34</sup>，就裁定事項而言，現行法並不受司法審查，故對最高軍事法院之法律見解，除顯有牴觸法律者外，允宜尊重。本件該署既知悉該院已有不同見解在前，猶持異見，抑且任令各檢協調各院辦理，尤將肇致實務上之分歧，尚欠允洽。其後，該署再經研究亦認對最高軍事法院之法律見解允宜尊重，有關查獲之毒品或專供施用毒品器具扣案時，軍事檢察官得否於觀察勒戒之聲請書中，同時向軍事法院聲請裁定沒收，宜參考該院之見解採乙說（否定說），於 93 年 9 月 15 日審壯字第 0930000419 號令釋各軍事檢察署參考辦理，院檢之歧見遂告化解。至於檢察官對於施用毒品之被告，經聲請法院裁定送觀察勒戒後，以被告無繼續施用毒品傾向而為不起訴處分，嗣對於同案查扣之海洛因、安非他命，另聲請法院單獨裁定沒收，則法院究應依據刑法第 40 但書抑或本條例第 18 條第 1 項前段宣告沒收？雲林地方法院 87 年 11 月法律座談初步研討結果採刑法為據，惟台灣高等法院研究意見改採本條例為據；又若被告因犯施用安非他命過量死亡，遺留安非他命 1 公克，檢察官於不起訴處分後，向法院聲請單獨沒收時，高雄地方法院 87 年 7 月法律座談結論及台灣高等法院研究意見，一致認為應援引本條例第 18 條第 1 項前段規定為據<sup>35</sup>。與本文上開本條例第 18 條第 1 項係刑法第 40 條但書之特別法之見解無殊，併供參考。

## 拾貳、單純持有第三、四級毒品，不起訴處分確定後，查獲之毒

<sup>34</sup> 前軍法局 89 年 12 月 12 日（89）則創字第 5046 號覆最高軍事法院檢察署函參照。

<sup>35</sup> 參見司法院刑事廳 88 年 2 月 25 日（88）廳刑一字第 03325 號函附雲林地方法院法律座談，載於 88 年 4 月 28 日司法周刊第 926 期；高雄地方法院法律座談，載於 88 年 3 月 31 日司法周刊第 922 期。

## 品應如何處理

關於無正當理由而擅自持有第三、四級毒品者，毒品危害防制條例並無科處刑罰之規定，則單純持有第三、四級毒品之案件，經檢察官不起訴處分確定後，查獲之毒品應如何處理？臺灣士林地方法院檢察署檢察官法律座談會議曾提案討論：

甲說：應由檢察官發扣押物處分命令沒入銷燬之。按查獲之第一、二級毒品及專供製造或施用第一、二級毒品之器具，不問屬於犯人與否，均沒收銷燬之；查獲之第三、四級毒品及製造或施用毒品之器具，無正當理由而擅自持有者，均沒收銷燬之，修正後毒品危害防制條例第 18 條第 1 項前段定有明文。參諸其修正理由，係鑑於持有及施用第三、四級毒品，均未科以行事罰，為免實務上對上開規定之適用產生疑義，始予明定，顯係有意區別查獲之第一、二級毒品及第三、四級毒品之處分程序，則查獲之第三、四級毒品，依上揭法條規定，應依行政處分之「沒入銷燬」程序處理。又毒品危害防制條例第 11 條之 1 規定：第三、四級毒品無正當理由，不得擅自持有，換言之，若有正當理由則得持有之，是第三、四級毒品，並非屬絕對禁止持有之違禁物，自無刑法第 40 條但書規定之適用，則查獲之第三、四級毒品，依前述說明，應由檢察官發扣押物處分命令，逕予沒入銷燬為適當。

乙說：應向法院聲請單獨宣告沒收。按違禁物不問屬於犯人與否，沒收之；又違禁物得單獨宣告沒收，刑法第 38 條第 1 項第 1 款、第 2 項、第 40 條但書分別定有明文。第三、四級毒品，依毒品危害防制條例第 11 條之 1 規定，不得擅自持有，即屬違禁物，應依上揭規定向法院聲請單獨宣告沒收。

丙說：應向法院聲請宣告沒入銷燬之。理由：無正當理由而擅自持有第三、四級毒品者，毒品危害防制條例第 18 條第 1 項前段既已明文規定應沒入銷燬之，則應依該條規定向法院聲請宣告沒入銷燬之。

丁說：應由查獲之警察機關逕行沒入。理由：毒品危害防制條例施行細則第 11 條之 1 規定，依該條例第 18 條第 1 項規定，經查獲無正當理由而擅自持有第三、四級毒品及製造或施用毒品之器具者，由查獲機關予以沒入銷燬之，是應由查獲之警察機關逕行將毒品沒入銷燬之。討論意見：採甲說。應由檢察官發扣押物處分命令沒入銷燬之；惟若法務部研議結果同意採甲說，建議修改毒品危害防制條例施行細則第 11 條之 1 有關沒入機關之規定。審查意見：採甲說。應由檢察官發扣押物處分命令沒入銷燬之。惟若法務部研議結果同意採甲說，建議修改毒品危害防制條例施行細則第 11 條之 1 有關沒入機關

之規定。

決議：採甲說。應由檢察官發扣押物處分命令沒入銷燬之。惟若法務部研議結果同意採甲說，建議修改毒品危害防制條例施行細則第 11 條之 1 有關沒入機關之規定。

臺灣高等法院檢察署研究意見：

（一）同意採甲說。應由檢察官發扣押物處分命令沒入銷燬之。

（二）至於提案機關決議建請修改毒品危害防制條例施行細則第 11 條之 1 有關沒入機關之規定乙節，查上開條文所定「經查獲無正當理由而擅自持有第三、四級毒品及製造或施用毒品之器具者，由查獲機關逕行將毒品沒入銷燬之」，所稱「查獲機關」應包括檢察機關、警察機關及其他依法查獲毒品之機關。其由警察機關查獲而移送檢察機關辦理者，因毒品危害防制條例第 18 條第 1 項後段所定之沒入，核屬行政罰，得由檢察官執行之，是案件繫屬之檢察機關得逕引該條文為沒入處分之依據，無引據同條例施行細則第 11 條之 1 之必要。是以 1、案繫警察機關時，得由警察機關依施行細則第 11 條之 1 逕予執行。2、案經警察機關移送檢察機關者，則由檢察官依毒品危害防制條例第 18 條第 1 項後段為沒入之執行；3、檢察官不自為執行者，亦得發交警察機關為執行，尚無疑義。提案機關決議所認毒品危害防制條例施行細則第 11 條之 1 有關沒入規定應予修正，似無必要。

法務部研究意見：按毒品危害防制條例第 18 條第 1 項規定，查獲之第三、四級毒品，無正當理由而擅自持有者，均沒入銷燬。由於該條例並未規定應由何機關執行沒入銷燬，故毒品危害防制條例施行細則第 11 條之 1 乃規定：「依本條例第 18 條第 1 項規定，經查獲無正當理由而擅自持有第三、四級毒品及製造或施用毒品之器具者，由查獲機關予以沒入銷燬之。」可知，此沒入銷燬之行政處分的執行機關為查獲機關，故如由警察機關查獲者，應由警察機關依行政罰法裁處之，由檢察機關查獲者，則由檢察官逕以沒入處分令為之<sup>36</sup>。

類案國防部各級軍事法院 93 年第 1 次法律座談會提案 8，毒品危害防制條例類第 003 號，國防部南部地方軍事法院提案：某甲平日不務正業，又好賭成性，因積欠大筆賭債無力償還，竟起意販售第三級毒品「K 他命」以牟取暴利，乃於 93 年 2 月 3 日，以新台幣 10 萬元購入「愷他命」1 千顆後，旋即於翌日晚間開車前往 PUB 欲進行兜售，在前往 PUB 途中，因形跡

---

<sup>36</sup> 法務部 94 年 7 月 21 日法檢字第 0940802834 號函覆台高檢，載於法務通訊第 2282 期（95 年 3 月 30 日），第 6 版。另最高法院 96 年台上字第 4930 號判決，亦揭示應由行政主管機關，依本條之規定予以「沒入」銷燬之。



可疑，遭員警臨檢而查獲，並扣得第三級毒品「愷他命」1 千顆。本案經檢察官偵查起訴後，法院就扣得之第三級毒品應如何處理法律問題，研究意見：

甲說：依毒品危害防制條例第 18 條第 1 項中段規定，發還查獲之機關為沒入銷燬之處分。毒品危害防制條例第 18 條第 1 項規定業於 92 年 7 月 9 日修正公布，而於 93 年 1 月 9 日生效施行，就查獲之第一、二、三、四級毒品分別規定沒收及沒入銷燬之要件，依該條例第 18 條第 1 項前段規定，無正當理由而擅自持有第三級毒品，該查獲之第三級毒品，應由查獲之機關依法為沒入銷燬之，而非由司法機關宣告沒收銷燬之。

乙說：依刑法第 38 條第 1 項第 1 款規定宣告沒收。依修正施行之毒品危害防制條例第 18 條第 1 項前段規定，該查獲之第三級毒品，雖不能由司法機關宣告沒收銷燬之，然按違禁物係指依法令禁止製造、運輸、販賣、持有及行使之物而言，依毒品危害防制條例第 11 條之 1 規定，第三級毒品，無正當理由，不得擅自持有，是第三級毒品仍係屬違禁物，應依刑法第 38 條第 1 項第 1 款宣告沒收。

丙說：依刑法第 38 條第 1 項第 2 款規定宣告沒收。依毒品危害防制條例第 11 條之 1 規定，第三級毒品若有正當理由得予持有，是第三級毒品並非屬絕對禁止持有之違禁物，毒品危害防制條例就無正當理由而擅自持有第三級毒品者，並無科處刑罰之規定，該查獲之第三級毒品，原應由查獲之機關依法為沒入銷燬之處分，而非由司法機關宣告沒收銷燬之，惟本件查獲被告所有之第三級毒品「愷他命」，既係供被告販賣第三級毒品所用之物，應刑法第 38 條第 1 項第 2 款規定宣告沒收（臺灣高等法院 92 年度上訴字第 4574 號判決參照）。並補充理由如下：

（一）就立法意旨而言，於 93 年 1 月 9 日修正施行之毒品危害防制條例第 18 條第 1 項，就查獲之第一、二、三、四級毒品，分別規定沒收及沒入銷燬，其立法意旨係因新修正施行之毒品危害防制條例，對於持有及施用第三、四級毒品均未科以刑罰，而不構成犯罪，若持有、施用第三、四級毒品經查獲後，經檢察官為不起訴處分或少年法院（地方法院少年庭）為不付審理裁定後，因不構成犯罪，乃配合該條例第 11 條之 1 規定，於第 18 條第 1 項中段明定查獲之第三、四級毒品應沒入銷燬之規定，足見此有關沒入銷燬之規定，係針對持有、施用第三、四級毒品之情形而言，尚與本案例所示情節不符。

（二）自前揭立法意旨觀之，足認本次修正公布之第 18 條第 1 項規定，並無排除刑法第 38 條第 1 項規定之適用之意涵，況就該條例第

18 條第 1 項中段規定由查獲機關為沒入銷燬之處分，係屬於行政機關之行政處分，尚與刑法第 38 條第 1 項規定由司法機關為刑事之保安處分迥異，自難認前揭沒入銷燬之規定為刑法第 38 條第 1 項沒收規定之特別規定，而排除刑法總則沒收規定之適用。

(三) 依毒品危害防制條例第 11 條之 1 規定：「第三級毒品，無正當理由，不得擅自持有。」是第三、四級毒品並非絕對禁止持有之物，若有正當理由時仍得持有，是第三、四級毒品並非屬違禁物，不得以刑法第 38 條第 1 項第 1 款宣告沒收。

(四) 本件查獲之第三級毒品「愷他命」，係被告以 10 萬元之代價販入，為被告所有之物，且係被告持以販賣前揭毒品牟利，係供被告犯罪所用之物，自應刑法第 38 條第 1 項第 2 款規定宣告沒收。

研討結論，多數採丙說<sup>37</sup>。

但按其後最高法院(刑二庭)95 年 2 月 23 日台上字第 911 號判決則謂：施用或持有第三、四級毒品，因其可罰性較低，故毒品危害防制條例予以除罪化，僅就施用及持有第一、二級毒品科以刑罰，惟鑑於第三、四級毒品均係管制藥品，特於該條例第 11 條之 1 明定無正當理由，不得擅自持有，第 18 條第 1 項後段復規定查獲之第三、四級毒品，無正當理由而擅自持有者，沒入銷燬之。從而，依該條例第 18 條第 1 項後段應沒入銷燬之毒品，專指查獲之施用或持有第三、四級毒品而言；倘係查獲之製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法使人施用、引誘他人施用或轉讓之第三、四級毒品，既屬該條例相關法條明文處罰之犯罪行為，即非第 18 條第 1 項後段應沒入銷燬之範圍。又同條例第 19 條第 1 項所定「供犯罪所用或因犯罪所得之物」，係指犯第 4 條至第 9 條、第 12 條、第 13 條或第 14 條第 1 項、第 2 項之罪所用或所得之物，不包括毒品本身在內，自亦不得為第三、四級毒品之沒收依據（以犯第 4 條第 3 項販賣第三級毒品為例，其供犯罪所用之物，當指「供販賣第三級毒品所用之物」而言；第三級毒品本身為販賣之標的，其為遂行販賣該毒品所使用之物，始屬「供犯罪【犯第 4 條第 3 項之販賣第三級毒品罪】所用之物」，其理至明）。及同條例對於查獲之製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法使人施用、引誘他人施用及轉讓第三、四級毒品之沒收，並無特別規定，如其行為已構成犯罪，則該毒品即屬不受法律保護之違禁物，應回歸刑法之適用，依刑法第 38 條第 1 項第 1 款之規定沒收之。因認原審台灣高等法院台中分院 94 年上訴字第 1473 號判決以第三、四級毒品並非刑法上之違禁物，但扣案之「愷他命」既係供被告等販賣第三級毒品所用之物，應依同條例第 19 條第 1 項之規定

---

<sup>37</sup> 載於「國防部各級軍事法院九十三年第一次法律座談會紀錄」，最高軍事法院編印，頁 35 至 39。

宣告沒收乙節，顯有判決適用法則不當之違背法令云云<sup>38</sup>。

準此，依軍司法共同終審最高法院之法律見解，本條例第 18 條第 1 項後段應予沒入銷燬之物，係專指除罪化之「施用或持有之第三、四級毒品」，不及於其他構成本條例各罪之毒品；又意圖販賣而持有第三、四級毒品，既然構成本條例（第 5 條第 3、4 項）之罪，則「該毒品即屬不受法律保護之違禁物」，並因本條例對此毒品之沒收，並無特別規定，故「應回歸刑法之適用，依刑法第 38 條第 1 項第 1 款（違禁物）之規定沒收之」；及意圖販賣而持有之第三、四級毒品，其「本身為販賣之標的」，尚非為遂行販賣該毒品而使用之物，「即非屬本條例第 19 條第 1 項所定『供犯罪所用之物』」，亦即本條項不包括該毒品本身，基此同一法理，自亦非刑法第 38 條第 1 項第 2 款前段「供犯罪所用之物」。

前揭國防部最高軍事法院法律座談結論多數所採丙說所持意圖販賣而持有之第三級毒品愷他命、並非違禁物，迺係供被告販賣所用之物，應依刑法第 38 條第 1 項第 2 款「供犯罪所用之物」之規定宣告沒收之見解，與上開同屬第二事實審台灣高等法院台中分院 94 年上訴字第 1473 號判決，似無二致，係於本條例修正施行之初做成之研究結論，迄今已完成階段性任務，為示對法律審之尊重，當經最高軍事法院於 96 年 12 月 18 日提付國防部各級軍事法院 96 年第 2 次法律座談會再行討論，結論認應修正改採乙說。其理由認：

- 一、查販賣毒品罪，並不以販入後復行賣出為必要，祇須以營利為目的，販入或賣出，有一於此，其販入毒品罪即屬既遂。本件某甲為圖營利而販入第三級毒品「愷他命」，縱令尚未賣出即遭查獲，揆諸前開法意，仍應論以毒品危害防制條例第 4 條第 3 項「販賣第三級毒品」罪，先予敘明。
- 二、毒品危害防制條例第 2 條第 2 項規定，毒品依其成癮性、濫用性及對社會危害性分為四級，並就製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法使人施用、引誘他人施用及轉讓等不同品項毒品之行爲，分別定其處罰。至施用或持有第三、四級毒品，因其可罰性較低，故予除罪化，僅就施用及持有第一、二級毒品科以刑罰。惟鑑於第三、四級毒品均係管制藥品，特於同條例第 11 條之 1 明定無正當理由，不得擅自持有；第 18 條第 1 項後段復規定查獲之第三、四級毒品，無正當理由而擅自持有者，沒入銷燬之。從而，依同條例第 18 條第 1 項後段應沒入銷燬之毒品，專指查獲之施用、持有第三、四級毒品而言；倘係查獲之製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、

---

<sup>38</sup> 最高法院 95 年台上字第 911 號判決載於 96 年 3 月司法院公報第 49 卷 第 3 期，頁 131，及同年月法令月刊第 58 卷第 3 期，頁 141。

以非法方法使人施用、引誘他人施用或轉讓之第三、四級毒品，既屬同條例相關法條明文規定處罰之犯罪行為，即非該條項應沒入銷燬之範圍。又同條例第 19 條第 1 項所定「供犯罪所用或因犯罪所得之物」，係指犯第 4 條至第 9 條、第 12 條、第 13 條或第 14 條第 1 項、第 2 項之罪所用或所得之物，不包括毒品本身在內，自不得為第三、四級毒品之沒收依據（以犯第 4 條第 3 項「販賣第三級毒品」罪為例，其供犯罪所用之物，當指「供販賣第三級毒品所用之物」而言；第三級毒品本身為販賣之標的，為遂行販賣該毒品使用之物，始屬「供犯罪《犯第四條第三項之『販賣第三級毒品』罪》所用之物，其理至明」。同條例對於查獲之製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、以非法方法使人施用、引誘他人施用及轉讓第三、四級毒品之沒收，並無特別規定，如其行為已構成犯罪，則該毒品即屬不受法律保護之違禁物，應回歸刑法之適用，依刑法第 38 條第 1 項第 1 款之規定沒收之，始為適法（最高法院 95 年度台上字第 911、4358、5252 號判決及 96 年度台上字第 89、727、728、884、2427、5165、5541、6121、6231、6350、6581 號判決參照）。

另按上開查獲機關沒入銷燬之性質，應屬行政秩序罰，諸如藥事法第 79 條第 1 項規定：「查獲之偽藥或禁藥，沒入銷燬之」，係列於該法第 8 章「稽查及取締」內，而非列於第 9 章之「罰則」，其性質應為行政秩序罰，屬行政機關依行政程序科罰之權限，尚非行政刑罰，刑事法院不得越權於判決內諭知沒收，否則為適用法則不當之違法<sup>39</sup>。

另如違反農地重劃條例第 39 條所列各款之行為，依該條例規定「處一年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金，並責令回復原狀」，其中處以有期徒刑、拘役或罰金之法定刑，固屬行政刑罰，但「責令回復原狀」，乃責令行為人應為一定作為之處罰，核與沒收之剝奪物之所有權不同，既非屬於刑法所定之主、從刑，復不具有保安處分之性質，顯屬行政秩序罰而非行政刑罰之範疇，此觀之判決確定後，受判決人如拒不恢復原狀時，刑事訴訟法並無如行政執行法有得依強制方法執行之規定自明，故應由該管行政機關依法定程序為之，刑事法院殊無於判決內予以援用宣告之餘地，倘竟逾越而為責令恢復原狀之諭知，即有判決適用法則不當之違法<sup>40</sup>。

準此，軍事法院若對無正當理由擅自持有之第三、四級毒品及製造或施用其毒品之器具，誤予裁判沒收或沒入，即屬適用法則不當之違法，請併注意。

<sup>39</sup> 最高法院 92 年上字第 2718 號判決參照，刊於司法周刊第 1176 期（93 年 3 月 18 日）。

<sup>40</sup> 最高法院 89 年台非字第 87 號判決參照，載於同年 10 月司法院公報，頁 43。

## 拾參、實體法所涉軍司法審判權之評析

邇近最高法院 95 年度臺非字第 122 號判決，判稱：軍事審判法第 5 條第 1 項規定：「犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中者，依本法追訴審判。但案件在追訴審判中而離職離役者，初審案件應移送該管第一審之法院，上訴案件應移送該管第二審之法院審判」；第 2 項規定：「犯罪在任職服役中，發覺在離職離役後者，由法院審判」，而認「依其立法體例，係在補充軍事審判法第 1 條之規定，必現役軍人所犯符合第 1 條之規範，始有該法條適用之可言」云云。

按軍事審判法第 1 條為原則性規定，第 5 條則係補充第 1 條之規定，如具第 5 條第 1 項前段「犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中」之情形，均應依軍事審判法追訴審判，參諸民國 45 年 6 月 15 日立法院第 1 屆第 17 會期第 28 次會議議事錄，出席討論之委員均持此一見解自明，此要係軍司法機關分掌刑罰權之調節規定，以兼顧偵審便利及軍紀維護。鑑於以往因有國家安全法第 8 條第 2 項但書之規定，軍法機關之審判範圍受到限制，被告犯罪及發覺縱符合軍審法第五條第一項前段之情形，仍須將軍刑法及其特別法以外而屬於刑法第 61 條之案件，排除在軍事審判範圍之外，茲國安法第 8 條第 2 項既已於 90 年 10 月 2 日起停止適用，則軍審法上開規定自應回歸常態適用，亦即不論現役軍人任職服役前所犯為何罪，只要其犯罪之發覺在任職服役中，即應由軍法機關依軍審法之規定訴追審判<sup>41</sup>。至於非現役軍人除於戰時犯軍刑法第二條所列各罪外，則無軍刑法之適用。

筆者曾於本法修正經過及修正內容析述（十六）引介最高軍事法院暨所屬軍事法院 91 年法律座談會軍刑法類第 07 號提案「現役軍人在入伍前觸犯毒品危害防制條例所列之罪，於入伍後發覺受軍事審判，其判決之論結法條應否註明陸海空軍刑法第七十七條」法律問題之研討結論，以供參閱。並因事涉軍事審判法第 5 條之適用，又按入伍前觸犯毒品危害防治條例之罪，於入伍後發覺，並因國家安全法第 8 條第 2 項於 90 年 10 月 2 日起停止適用，同日軍刑法修正施行，於第 77 條引置該條例之罪之相類案件，法律審最高法院 91 年臺非字第 303 號判決，固亦認應歸軍事法院審判，並於理由前段敘引軍事審判法第 5 條第 1 項前段為據，惟理由末段卻又謂普通法院受理及審判時，「被告為現役軍人犯陸海空軍刑法之罪」（按被告犯行為警察發覺時，已具現役軍人身分），依軍事審判法第 1 條第 1 項規定，並無審判權（竟予實體裁定，顯屬違背法令）云云，與理由前段已非一致；復按被告於入伍前，顯非現役軍人，既非軍刑法之適用主體，而謂所為係犯

---

<sup>41</sup> 載於「法律座談問題研究彙編（第一輯）」，國防部軍法司編印，92 年 7 月，頁 170。

軍刑法之罪，亦值商榷，且與軍事審判法第 5 條第 3 項應「按行為時之身分適用法律」之實體規定相悖。

關此，最高法院 81 年臺非字第 176 號判決，依據國家安全法第 8 條第 2 項但書之規定，判斷司軍法審判權之歸屬，不採檢察總長所持入伍前犯竊盜罪，發覺在服役中，所犯又係軍刑法（舊法）第 85 條之盜取財物罪，普通法院尚無審判權之見解，駁回非常上訴，判曰：如果某種犯罪行為於行為時係屬刑法第 61 條所列之罪，自不可因發覺於任職服役中該行為亦合於軍刑法之犯罪構成要件，即可認為係犯軍刑法之罪，如果行為人行為時無軍人身分，所犯為刑法第 61 條之罪，亦不因審判時其行為合於軍刑法之犯罪構成要件，即可由軍法機關審判云云，可資參證。

又若被告於軍事法院審判中而退伍離職離役，於程序部分，軍事法院得否依同條第一項但書之規定，再將該案移還普通法院？亦滋疑義？反之，若參照最高軍事法院暨所屬軍事法院 91 年法律座談會毒品第 01 號提案法律問題研討結論所揭司、軍法行政主管機關自解嚴迄今之共識：因法律之修正，致審判機關變動所生業務移轉之法理，而為糾正，則較為一貫，法律秩序亦趨安定。準此，首開 91 年臺非字第 303 號判決理由末段是否適切而有利於未來司、軍法機關之實務運作？猶待累積更多案例，再事檢討因應，併供參考云云，合先敘明<sup>42</sup>。

承上，揆諸最高法院 92 年臺非字第 393 號判決即謂：「現役軍人在任職服役前犯罪，發覺亦在任職服役前者，應由普通法院審判，此由軍事審判法第 5 條之規定即可證明；而 88 年 10 月 2 日修正前之軍事審判法第 3 條第 3 款規定陸海空軍所屬在校之學員、學生，係視同現役軍人，但該法條修正施行後，陸海空軍所屬在校之學員、學生，已非視同現役軍人，則如其涉嫌犯罪，且發覺時縱係軍事院校之學員、學生，自應由司法機關訴追處罰。

『此類原視同現役軍人身分，由軍事審判機關審判中尚未審結之案件，於軍事審判法前開條文修正施行後，應移送普通法院審判，此僅係審判機關之變更，法院應依刑事訴訟法之規定續行審判，此有司法院刑事廳 88 年 10 月 28 日電話傳真，檢察機關辦理軍事審判法修正施行後，軍事審判機關移送刑事案件應行注意事項可稽』。本案被告翁○○、張○○二人於 85 年 9 月 20 日至同年月 24 日為陸軍軍官學校三年級學生，分別擔任該校專指部入六連第一排第三班及第一班教育班長時，涉嫌共同凌虐入伍生吳○○，致吳○○受傷，經陸軍第八軍團司令部軍事檢察官於 87 年 8 月 10 日依修正前陸海空軍刑法第 73 條濫用職權為凌虐罪及刑法第 277 條第 1 項傷害罪提起

---

<sup>42</sup> 陸海空軍刑法修正經過及修正內容析述（16），載於軍法專刊第 50 卷第 4 期，93 年 4 月 1 日發行，頁 21。另所引軍事法院座談會研討資料，載於前揭「法律座談問題研究彙編（第 1 輯）」，頁 306 及 398。

公訴。嗣國防部南部地方軍事法院，於審理中以被告等行爲時均爲陸軍軍官學校之學生，至 86 年 11 月 8 日始自軍校畢業分發部隊服役，而陸軍軍官學校於 86 年 8 月 5 日已將被告等函送陸軍第八軍團司令部偵辦，經該部軍事檢察官於同年 8 月 12 日收案辦理，足見被告等於犯罪被發覺時仍屬在校學生，但軍事審判法已於 88 年 10 月 3 日修正公布，被告等已非現行軍事審判法第 2 條、第 3 條規定之現役軍人或視同現役軍人，因而於 89 年 2 月 21 日以 89 法和字第 0577 號函將被告等移送有管轄權之司法機關，即台灣高雄地方法院審理。依前開說明，自應依法由司法機關續行審判，案經台灣高雄地方法院 89 年度易字第 962 號判決後，原審竟誤認被告等犯罪時及發覺時均係現役軍人，且軍事檢察官起訴時被告等已是少尉排長，爲現役軍人爲由，認普通法院就本案無審判權，乃撤銷第一審台灣高雄地方法院對被告等爲科刑之判決，而爲公訴不受理之諭知，揆諸前開說明，顯屬不受理訴訟之違法。」，似就上開 91 年臺非字第 303 號判決理由有所修正，堪供佐參<sup>43</sup>。

惟邇近同院 95 年臺非字第 122 號判決，就現役軍人於服役中之 93 年 9 月 12 日所犯刑法第 284 條第 1 項前段之過失傷害罪，因非陸海空軍刑法或其特別法之罪，應歸普通法院審判，軍事法院對之並無審判權之案件，迺台灣高等法院台南分院竟以被告此部分犯罪及發覺均在任職服役中爲由（另犯飲酒危險駕駛罪，應分論併罰），認應由軍事法院審判，而將第一審台南地方法院之有罪判決撤銷，改諭知公訴不受理，顯有適用法則不當之違背法令乙案<sup>44</sup>，筆者按：被告並非入伍前犯罪而於任職服役中發覺，本即不生適用軍事審判法第 5 條第 1 項以定軍司法機關審判權之問題，台灣高

---

<sup>43</sup> 或謂本件判決雖與軍事審判法第五條第一項因案喪失現役軍人身分而移送普通法院審判之情形不同，「不過開創了喪失現役軍人身分後即移普通法院審理之先例」云云，本文未便認同。蓋上開因法律之修正，致審判機關變動所生業務移轉之法理，係援用民國七十六年台灣地區解除戒嚴暨國家安全法施行之實務，歷經八十八年軍事審判法全面修正施行，相關不再視同現役軍人案件之移送司法機關續辦，以迄九十年十月二日起，國家安全法第八條第二項停止適用暨修正陸海空軍刑法同日施行，所生軍司法案件之互移，均一貫沿用，既無涉軍事審判法第五條之適用，亦非本件判決所開創也。詳參司法周刊雜誌社 78 年 3 月印行，刑事法律專題研究（二）－司法院司法業務研究會第十、十二期研究專輯，頁 245，司法院函頒「動員戡亂時期國家安全法及其施行細則施行後辦理刑事案件應行注意事項」及頁 248 法務部函頒「檢察機關辦理動員戡亂時期國家安全法施行後刑事案件應行注意事項」及國防部軍法司 93 年 8 月編印「軍法法令彙編」內國防部 90 年 9 月 21 日及 27 日令頒「軍事法院」及「軍事法院檢察署」之國家安全法第 8 條第 2 項停止適用後「軍事法院」及「軍事法院檢察署」辦理移送「普通法院」及「普通法院檢察署」刑事案件應行注意事項，檢察類，頁 71，審判類，頁 113。

<sup>44</sup> 最高法院 95 年台非字第 122 號判決，載於 96 年 7 月司法院公報第 49 卷第 7 期，頁 61。



等法院台南分院誤為適用，固有未合。但最高法院闡釋軍事審判法第 5 條之適用，先則敘引該條第 1 項規定「犯罪在任職服役前，發覺在任職服役中者，依本法追訴審判。但案件在追訴審判中而離職離役者，初審案件應移送該管第一審之法院，上訴案件應移送該管第二審之法院審判」及第 2 項規定「犯罪在任職服役中，發覺在離職離役後者，由法院審判」，進而判稱「依其立法體例，係在補充軍事審判法第 1 條之規定，『必現役軍人犯罪符合第 1 條之規範，始有該法條適用之可言』」云云，關此，若謂現役軍人犯罪須符合軍事審判法第 1 條之規定，亦即所犯為陸海空軍刑法或其特別法之罪，始有同法第 5 條之適用，則以非軍人於入伍前，既非現役軍人，如非於戰時觸犯陸海空軍刑法第 2 條所列之罪，本非陸海空軍刑法之適用主體，豈能犯陸海空軍刑法之罪而受軍事審判？是此部分之判決理由，如同前開 91 年臺非字第 303 號判決理由，亦不無商榷之處。

要之，上開各判決理由之論述不一，雖尚於判決結果無影響，惟本文認以 81 年臺非字第 176 號及 92 年臺非字第 393 號判決較符立法本旨。

## 拾肆、90年9月28日修正公布之條文自特定日施行外，其後修正條文均自公布日施行

緣陸海空軍刑法自民國 18 年 9 月 25 日制定公布以來，歷次修正均「自公布日施行」，迨民國 90 年 9 月 28 日完成全面修正，於第 79 條規定「本法自 90 年 10 月 2 日起施行」，係採中央法規標準法第 14 條「法規特定有施行日期，或以命令特定施行日期者，自該特定日起發生效力」之立法體例；嗣立法委員為達到逐步廢除死刑之目標，提案將本法第 27 條及第 66 條所定唯一死刑之規定，修正為處以「死刑或無期徒刑」，於 96 年 1 月 10 日公布施行，惟上開第 79 條自特定日施行之規定，未配合修正，致第 27 條及第 66 條修正條文有溯及適用之疑慮。為解決本法施行日期之疑慮，國防部擬具第 79 條修正條文，明定「本法除中華民國 90 年 9 月 28 日修正公布之條文自 90 年 10 月 2 日施行者外，自公布日施行。」，陳經行政院第 3048 次院會決議通過，送請立法院審議，立法院第 6 屆第 6 會期第 11 次全院聯席會議，於 96 年 11 月 21 日完成三讀程序<sup>45</sup>，已奉總統同年 12 月 12 日公布施行。本條完成立法後，不僅符合歷次修正之事實，亦可順利解決法律溯及適用之疑慮，有助於法律之適用。

## 後記：

---

<sup>45</sup> 詳參 96 年 11 月 22 日青年日報 2 版報導。

鑑於學海浩瀚，而實務運作仍將生生不息，既非補遺所得盡其功，筆者略盡棉薄，全文就此告結。回顧拙著本法修正經過及修正內容析述，自 90 年 10 月與本法施行之日同步於本刊發表，至 93 年 4 月連載完畢後，曾授權國防部高等軍事法院高雄分院姚其壯前院長彙集析述（一）至（十六）成冊，供該院同仁辦案參考，迨筆者校勘增補為「陸海空軍刑法論釋暫編版」，復於 95 年授權現任東部地方軍事法院檢察署廖文盟檢察長提供國防大學管理學院法律系 96 年班教學之用，嗣為結合實務運作脈動及最高法院終審見解，再事增補，仍提供 97 年班教學使用，先後已歷六載有餘，即將綜整付梓。竊惟承辦修法並在實務見證之心得，蔽帚固不宜自珍，但一路走來深感受比施多，願與同道分享並就教方家，若能給有志研究相關法制者更完整之素材，或對軍法實務之運作有所助益，是所謂獬廌薪傳，則幸甚。