

刑事辯護意旨狀

案號：110 年度台上大字第 446 號

被 告：謝凱倫 請詳卷

選任辯護人：陳志峯律師

張百欣律師 均請詳卷

為 110 年度台上大字第 446 號違反毒品危害防制條例等罪案件，依法提出辯護意旨狀事：

壹、就 鈞院所整理之爭點一：司法院釋字第 790 號解釋文僅諭知相關機關逾期未修正，法院得適用過渡規範（即情節輕微者，法院得依解釋意旨減輕法定刑至 1/2），則於修法期限屆滿前，各法院審理案件應如何處理？

一、依據吳信華教授所出具之鑑定意見書對此爭點所為之鑑定意見，固然認為本案之情形下，採裁定書上之「乙說」較屬妥適之處理方式：即「法院應將個案之審判程序延至新法修正公布後或釋字第 790 解釋公布之日起 1 年後始予以終結，俾得適用有利於行為人之法律或依上開解釋意旨減輕其刑。」，而所持之理由為：蓋如此先可避免「期限內是否仍應適用系爭規定一（即指毒品危害防制條例第 12 條第 2 項）」之法理上無定論的兩難，且如對案件（以實際操作面而）延至新法公布或一年之期限屆滿尚無困難者，既無損於當事人權益之維護（以

及法院案件審理之公益目的)，現實上亦可合理避免大法官前述宣告及諭知內容（不得已）的不均衡。

二、惟辯護人認為基於人民應能即時獲得憲法第 8 條人身自由之保障，不應遭受拖延，且罪刑相當原則更不應有適用之空窗期，應認於司法院釋字第 790 號解釋文諭知之 1 年限期修法期間內，即可依該號解釋意旨減輕其刑，方屬允當之見解（即裁定書上之「甲說」），理由如下：

（一）毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定乃違反罪刑相當原則、個案處罰顯然過苛禁止原則之違憲規定，於修法之前，法院於個案裁判時，本有義務適用大法官解釋之意旨，而為合憲之裁判。

1、釋字第 790 號解釋之解釋文內已明揭毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定因「對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，於此範圍內，對人民受憲法第 8 條保障人身自由權所為之限制，與憲法罪刑相當原則不符，有違憲法第 23 條比例原則。」復於解釋理由書內說明「不論行為人犯罪情節之輕重，均以 5 年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，法院難以具體考量行為人違法行為之危害程度，對違法情節輕微之個案（例如栽種數量極少且僅供己施用等），縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，最低刑度仍達 2 年 6 月之有期

徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義。」亦即毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定，違憲之理由，乃因違反罪刑相當原則、個案處罰顯然過苛禁止原則。

2、而司法院釋字第 790 號解釋文，就毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定，違憲宣告之方式乃以「定期修法」方式，即「相關機關應自本解釋公布之日 1 年內，依本解釋意旨修正之；逾期未修正，其情節輕微者，法院得依本解釋意旨減輕其法定刑至二分之一。」。然之所以採取「定期修法」之違憲宣告方式，其理由係為尊重立法機關的立法形成自由，使立法機關得於「併為減輕其刑之規定」抑或係「另為適當刑度之規定」之不同立法模式中自由選擇。

3、然於司法院釋字第 790 號解釋做成後至立法機關依解釋意旨完成立法前之期間，法院於進行個案裁判時，仍應為合憲之裁判，使適用毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定之判決，符合罪刑相當原則，並避免違反處罰顯然過苛禁止原則，如此方能使憲法第 8 條人身自由之保障獲得確保。

4、而「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。」此為司法院釋字第185號解釋文所明揭。則司法院釋字第790號解釋文之解釋意旨已明確表示毒品危害防制條例第12條第2項規定「對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，於此範圍內已屬違憲」，則法院於裁判時自應依解釋意旨為之此顯無疑問，而法院於裁判時所能採取之方式即為「裁量減輕其刑，使其刑度符合罪刑相當」更屬甚明。

(二)司法院釋字第790號解釋就違憲宣告之方式採取「定期修法」方式，乃係尊重立法者之立法權，然該一年修法之期限則僅係對立法者限期修法所給予之要求，並非對法院適用法律之限制。

1、按毒品危害防制條例第12條第2項規定「對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，於此範圍內已屬違憲」，由相關機關自司法院釋字第790號解釋公布之日起1年內，依解釋意旨修正，固然是基於對立法權的尊重。然此一年之期限應該僅是要求相關機關修法的期限，而非對法院適用法律的限制，於法律

修正之前，既然系爭規定已屬違憲，為避免發生罪刑不相當的情形，法院應得就該個案依此解釋意旨，裁量減輕其刑（司法院釋字第 775 號解釋參照），才能符合憲法保障人身自由權的意旨。（謝銘洋大法官提出釋字第 790 號解釋部分協同部分不同意見書參照）

2、且查，毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定「對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，於此範圍內已屬違憲」：則就該法規被宣告違憲部分，已不符合憲法的價值秩序，缺乏法的正確性，而釋字第 790 號解釋既然已自公布日生效，則已經可以確認該違憲法律所規範的事項與憲政秩序不合，原不容再繼續執行，然考量立法修正仍需時間處理，方課予立法改正義務之期間，立法者應於該期限內積極修正，以符合憲政秩序的要求。然法院進行裁判時，必須依據「有效」且未被宣告「違憲」的法律，並非僅執行「形式有效」的法律，則此時必須依據釋字第 790 號解釋意旨而為裁判，以獲致合憲之判決乃屬自然！

（三）法院為刑事裁判時，有依據司法院釋字第 790 號解釋意旨為判決之義務，且依據刑事妥速審判法第 1 條第 1 項規定「刑事審判應公正、合法、迅速，保障人權及公共利益」，更有為妥速審判之義務，若認將個案審判程序

延至新法修正公布後或釋字第 790 號解釋公布之日起 1 年後始予終結，方能適用有利於行為人之法律或依上開解釋意旨減輕其刑，則有違反前揭義務之疑慮。

(四)若採取裁定書上「甲說」即認為法院得參酌釋字第 790 號解釋之精神，依該號解釋意旨減輕其刑，亦可呼應 鈞院所整理之爭點二「該號解釋所指示法院得適用過渡規範之時期，是否拘束各法院？法官於期限屆至前，提前適用過渡規範，有無逾越法官填補法律漏洞或解釋適用法律的界限？」吳信華教授就此爭點所為鑑定之意見。

貳、就鈞院所整理之爭點二：該號解釋所指示法院得適用過渡規範之時期，是否拘束各法院？法官於期限屆至前，提前適用過渡規範，有無逾越法官填補法律漏洞或解釋適用法律的界限？

一、吳信華教授之鑑定意見認為 鈞院所提爭點二，主要即該一年期限之諭知，對法院是否、或有如何之拘束力？鑑定意見表示：此一「執行」之諭知——不論係「內容」抑或「時間」等——原則上當有拘束法院之效力，並無疑問。

二、然而「法官於期限屆至前，提前適用過渡規範，有無逾越法官填補法律漏洞或解釋適用法律的界限？」意即「法院提前於一年的期限屆滿前，即（就合於要件之案

件)予以減輕」--即 鈞院所提前述「甲說」是否亦屬合法之處置？鑑定意見明確表示：如依「甲說」，其有「法官依憲法審判」及「維護當事人權益」之目的，且現實上之情況亦無甚影響，故即不能謂屬違法！此法理上亦即，大法官所為執行之諭知固有其拘束效力，然現實上如何對之遵循，仍應由受諭知之機關依合宜之方式處理，本案即屬如是。

三、鑑定意見進一步表示，於本案中法院提前減輕如尚有其保障人民權利與依憲法審判之法理依據，即不能謂屬違法的法律解釋。如本案而言，如（未遵循大法官意旨）於期限前即予減輕而認為有所疑慮，則或於上訴審時該期限即屆至而亦應減輕，結論上即無差異！亦即就「執行」諭知部份，雖產生有拘束法院的效力，惟此並不表示法官於個案中更為均衡（合於大法官解釋或裁判意旨下）之處理即屬違法。

四、於本案之情形，原審法院已經敘明「…被告等人並非大規模栽種數千株大麻，且栽種未久即遭查獲，參以被告等人，於原審及本院審理時就其等之犯行均自白不諱，對於刑事訴訟程序能儘早確定而節省訴訟成本之消耗亦有所助益，是審酌上情，倘不論行為人犯罪情節之輕重，均以 5 年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對犯該

罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，是本院審酌司法院釋字第 790 號解釋之意旨，爰就被告三人所犯意圖供製造毒品之用而栽種大麻之犯行，均減輕其刑…」等語，可見原審法院確實係基於系爭規定一對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，對人民受憲法第 8 條保障人身自由權所為之限制，與憲法罪刑相當原則不符，有違憲法第 23 條比例原則之系爭解釋意旨，基於「法官依憲法審判」及「維護當事人權益」之目的，而做出合憲之裁判，依據鑑定意見所認定，並無違法之情形。

參、綜上所陳，狀請 鈞院鑒核，至感德便。

謹狀

最高法院刑事大法庭 公鑒

中 華 民 國 1 1 1 年 5 月 1 7 日

具 狀 人：謝凱倫

選任辯護人：陳志峯律師

張百欣律師