

刑事綜合辯護意旨狀

案 號： 110 年度 台上大 字 第 446 號

股 別： 股

上 訴 人 謝厚浩 桃園市蘆竹區南崁路1段218號2樓

即 被 告 之 2

辯 護 人 陳育廷律師 桃園市桃園區三民路三段188號3樓

之 6

電話：03-3391919

1 為毒品危害防制條例案件，茲敬呈綜合辯護意旨狀如下：

2 一、 茲就本案爭點「一、司法院釋字第790號解釋文僅諭知相關機
3 關逾期未修正，法院得適用過渡規範(即情節輕微者，法院得
4 依解釋意旨減輕法定刑至1/2)」，則於修法期限屆滿前，各法
5 院審理案件應如何處理？」表示意見如下：

6 (一) 本案吳信華教授所出具之鑑定意見書認為本項爭點宜採「乙說」
7 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
8 790號解釋公布之日起1年後始予以終結，俾得適用有利於行
9 為人之法律或依上開解釋意旨減輕其刑。」，其鑑定意見結論
10 類同釋字第790號解釋楊大法官惠欽提出，黃大法官虹霞加入
11 之部分不同意見書，其認為在解釋效果之諭知上，關於尊重立
12 法機關及個案審判公平上之權衡問題，或許透過司法行政相關
13 規定之適當規範，以避免個案因辦案期限等因素影響法官之決
14 定，進而造成裁判之差別對待，是根本解決之道。從而，參諸

現行司法行政相關規定內，似非不得依據各級法院辦案期限實施要點第 2 點規定，刑事通常程序第一審審判案件逾 1 年 4 個月、第二審審判案件逾 2 年、第三審審判案件逾 1 年（經言詞辯論者逾 1 年 4 個月）即屬遲延之規定，而於前揭辦案期限內等待前述 1 年修法期間，俟修法後再予審結，避免被告適用已經宣告違憲之法律判決處刑，而有顯失公平之虞。其論理折衷兼顧判決無須適用已經遭宣告違憲之法規範，且不違背 790 號解釋「定期失效」之意旨，故結論確係較妥適之處理方式應值贊同，而得為各法院審理案件之辦理參考依據。

（二）惟查，本號解釋作成於民國（下同）109 年 3 月 20 日，一年期限屆滿之日為 110 年 3 月 19 日，現已屆滿一年期限，亦無適用現已生效憲法訴訟法第 54 條第 1 項前段之問題。故本項爭點之鑑定意見雖然可以做為將來類此案件適用憲法訴訟法第 54 條第 1 項但書之學理依據，然就本案個案而言，仍有就本案爭點二詳論之必要。

二、茲就本案爭點「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？」表示意見如下：

（一）本案吳信華教授所出具之鑑定意見書認為大法官於其解釋（或裁判）中所為具體之「執行」諭知有其拘束效力，即本案中應係期限屆至後方再減輕，或略為折衷採行「乙說」、延至期限後再行審理終結。惟如依「甲說依本文先前所述，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。該項鑑定意見之論理基礎

1 似乎在於「合憲判決之目的性解釋」，亦頗有適用「錯誤無害
2 法則」之意味，即刑事訴訟法第 380 條規定，除刑事訴訟法第
3 379 條判決當然違背法令之情形外，訴訟程序雖係違背法令而
4 顯然於判決無影響者，不得為上訴之理由。該項鑑定意見結論
5 亦有節省司法資源，使法院之刑事審判專注於審判的公平性，
6 而非錯置資源於不重要的錯誤，以提升公眾對於司法程序的尊
7 敬與信心，蓋若不論錯誤對判決結果的影響為何，最高法院皆
8 一律發回更審，亦有造成司法資源浪費之結果。

9 (二) 另就本項爭點補充說明如下：

10 1. 釋字第 790 號解釋所指示法院得適用過渡規範之時期，得
11 拘束各法院之結論應可贊同。然深究該號解釋違憲宣告仍
12 應屬「定期失效」而非「立即失效」，則其「逾期未修正，
13 其情節輕微者，法院得依本解釋意旨減輕其法定刑至二分
14 之一。」之過渡時期規範，即有明文諭知「期限後」法院
15 所應為的處理方式，或許可依文義反面解釋推知「期限內」
16 法院所應為的處理方式(然因此案具體適用於刑事案件中，
17 以反面解釋推論法規範而為不利被告之解釋，容有疑義)。
18 至於原審判決作成時係於該號解釋違憲宣告仍應屬「定期
19 失效」之過渡時期「期限內」，本宜依本案爭點一「乙說」
20 結論之程序審理(即將案件延至期限後再行審結)，而原審
21 判決逕採「甲說」將本案審結，則應有充分法理上依據，
22 方足認其無違法之虞。又縱認原審判決有程序上違法，但
23 於判決無影響者，則應認為檢察官不得以之為上訴之理由，
24 爰再補充說明如下。

25 2. 法官於期限屆至前，提前適用過渡規範，應無逾越法官填

補法律漏洞或解釋適用法律的界限：

(1) 本號解釋作成於 109 年 3 月 20 日，過渡時期規範開始適用之日為 110 年 3 月 19 日，而 109 年 3 月 20 日至 110 年 3 月 18 日間，本案原審法官即面對是否繼續適用已經被宣告違憲但尚未失效之法規範之法律漏洞，此法律漏洞的成因不僅是判決是否符合「實質合憲性」之問題，亦係源於原審判決當時於程序上無從適用尚未生效憲法訴訟法，而陷於無合憲法規可用之困境。故本案原審判決時確有法官依據該號解釋適用法律填補法律漏洞之必要。而參諸吳信華教授之鑑定意見書及刑事訴訟法第 380 條規定意旨，應足認原審判決縱有未依「乙說」將案件延至期限後再行審結之「程序瑕疵」，惟因符合「法官依憲法審判」及「維護當事人權益」之目的，且因「訴訟程序之違背法令而顯然於判決無影響」，而應認為原審判決無逾越法官填補法律漏洞或解釋適用法律的界限，故檢察官就此部分上訴應無理由。

(2) 再者，毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定：「意圖供製造毒品之用，而栽種大麻者，處 5 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 500 萬元以下罰金。」而言，審酌其保障之法益係以維護國民身心健康其主要目的，立法機關乃採取刑罰之一般預防功能予以管制，可認係有助於重要公益目的之達成。易言之，其有以刑事處罰手段，增加犯罪行為人之風險成本，藉以嚇阻其栽種大麻之行為。至於，釋字 790 號解釋認為立

法機關以特別刑法設定較高法定刑，對構成要件該當者，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，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。其非無著眼於重度自由刑具有不可弭補性，對於減低社會人民生產力所產生的成本，或是對輕微案件事實採用重刑導致司法偵查審判執行案件的高額成本有調整司法資源分配之考量等。是以，權衡毒品危害防制條例一般預防功能之利益及重度自由刑所造成的成本付出，並取其利益衡量之最大化，非不得謂為該號解釋之背景動機。至於，該號解釋諭知過渡規範「相關機關應自本解釋公布之日起 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。」其目的在於維護「法安定性」之原則，即大法官對於立即失效與限期失效進行「利益衡量」，如果立即失效導致公共利益或第三人權益所受不利益之結果，超過限期失效導致違憲法規之適用對象所生不利益時，而於該號解釋採取限期失效。本號解釋中大法官並未否定毒品危害防制條例第 12 條第 2 項之一般預防功能目的，仍認違反該項法規範之行為應受刑事處罰，並具體諭知「限期失效」後之效力為「得依本解釋意旨減輕其法定刑至二

分之一」。是以，在該號解釋具體諭知「限期失效」後之效力為「得依本解釋意旨減輕其法定刑至二分之一」之情況下，將造成涉犯毒品危害防制條例第 12 條第 2 項之行為人在限期失效之「期限內」或「期限後」均仍受該法規範處罰之結果，僅是否得依本解釋意旨或修法結果減輕法定刑之差異，從而對於法安定性之影響極其有限。換言之，毒品危害防制條例第 12 條第 2 項之刑罰手段仍受到本號解釋之肯定，而得以刑罰增加犯罪行為人之風險成本，藉以嚇阻栽種大麻行為之效果，至於該號解釋過渡規範「期限後」，違犯毒品危害防制條例第 12 條第 2 項之人，仍受有刑責處罰，至多僅因情節輕微而得減輕法定刑，故大法官基於法安定原則諭知該號解釋過渡規範之「期限存在」是否合理有據，本非無疑。進一步言，該號解釋過渡規範將使限期失效之「期限內」適用違憲法規之適用對象所生成本或不利益，超過法規範變動對一般預防功能等公共利益產生之極微少（或根本不存在）之成本或不利益，而應認有法律漏洞存在。此際，原審判決時之法官非不得再依據該號解釋意旨解釋適用法律以填補法律漏洞。

(3) 承上所述，原審判決提前適用本號解釋過渡規範，若比較成本效益之結果係較有利整體公益（包括立法目的之公共利益及違憲法規適用對象利益等），應認無逾越法官填補法律漏洞或解釋適用法律的界限。析言之，除了前述毒品危害防制條例第 12 條第 2 項之立

法目的即一般預防功能維護民眾身心健康之社會公益，並不因提前適用本號解釋過渡規範產生成本或不利益外，提前適用本號解釋過渡規範應屬效益最大化者：

A. 原審判決倘若適用「乙說」將案件延至期限後再行審結，勢將導致案件積累之不利益，非但導致承審法官本身因為庶務作業成本，排擠有限司法資源運用，對於繫屬案件中之被告，亦須被迫接受訴訟程序延宕長期涉訟之不利益，無法有效安排個人生涯規劃開展，進而影響個人甚至社會的整體生產力。

B. 原審判決若適用違憲法規將案件審結，將產生違憲判決，勢必造成行為人上訴之訟因，而產生司法資源的浪費，更因承認「惡法亦法」而直接傷害人民對於法律及憲法之信任感，侵蝕遵從法律之誘因，長期而言亦將產生執行法律之成本，縱或司法院編列高額宣傳預算宣揚司法威信亦難弭補。況且，適用違憲法規即毒品危害防制條例第12條第2項過苛之刑罰規定，本身即產生過度侵害人民權益等重大不利益，已如前述，於茲不贅。

C. 原審判決若提前適用本號解釋過渡規範，則有助於繫屬案件盡速審結，不僅節省司法資源，同時增加司法審判之效率，使法官得而進行其他案件之審理。又此等效益之提昇並無相對產

生其他不利益或成本。而就繫屬案件之被告而言，不僅可以獲得程序上快速進行之利益，實體上也得獲得憲法保障適用合憲法規範之利益，更排除了等待過度規範期限或適用違憲法規範所產生之種種成本。對於整體社會而言，亦有助於加強人民對於憲法及法律保障人權之肯定，有助於法治社會的建立與深化。

3. 綜上，本案原審判決時，因本號解釋過渡規範之存在構成法律漏洞，故原審法官容有依據該號解釋意旨解釋適用法律以填補法律漏洞之必要。且原審判決提前適用本號解釋過渡規範依前開規範之法理解釋或成本利益分析，均應有相當理由認為其未逾越法官填補法律漏洞或解釋適用法律的界限。

三、就本案原審判決是否有其他判決違背法令之違誤補充說明部分：

(一) 被告謝厚浩（86 年 5 月 21 日生）於本案行為時（即 105 年 11 月間），僅為甫滿「19 歲」之人，思慮行為未臻成熟，法院審理時自應充分考慮該要素，以免刑度裁量權之行使流於浮濫。詎原審判決認為：「另被告謝凱倫於行為時未滿 20 歲，被告謝厚浩年僅 20 歲，均年輕識淺，且均無前科…」【原審判決第 13 頁第 12 行至第 13 行】顯然誤認被告謝厚浩為年滿 20 歲之人，即在民事責任上已為有完全行為能力之人，得為有效之法律行為而於社會生活上獨立自主，而有別於被告實際上仍需仰賴法定代理人監護之情況，則原審判決對被告謝厚浩行為責任基礎之重要事項「年齡」事實即有認定事實之違誤，在此重要基礎

事實認識錯誤之情況下，自難推認原審已經依刑法第 57 條規定正確審酌被告謝厚浩之一切情狀而為適當科刑。是以，原審判決非無適用法律之違誤，附此敘明。

(二) 另查釋字第 790 號解釋理由書：「其對構成要件該當者，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。」認為對違法情節輕微之個案，容有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之空間，從而，倘若本件原審判決認為本案被告人所應負責任之輕微，判決有期徒刑 1 年 10 月，然未能依該號解釋理由書意旨給予緩刑之宣告，亦非無客觀上量刑畸重違反罪刑相當與公平正義之情形，而有判決違背法令之違誤。

四、 綜上，狀請 鈞院鑒核。至禱！

謹 狀

最高法院刑事庭

公鑒

中 華 民 國 1 1 1 年 5 月 1 2 日

具狀人： 謝厚浩

撰狀人： 陳育廷律師