

最高法院刑事提案裁定

110年度台上大字第446號

上訴人 臺灣高等檢察署檢察官翁珮嫻
上訴人
即被告 隋智翔

選任辯護人 蘇煥智律師
張鴻翊律師

上訴人
即被告 謝凱倫

謝厚浩

下列法律問題，本庭就受理案件經評議後，認擬採為裁判基礎之法律見解，具有原則重要性，爰提案予刑事大法庭裁判：

本案提案之法律問題

法院對於犯毒品危害防制條例第12條第2項之罪而情節輕微之個案被告，在司法院釋字第790號解釋（下稱釋字第790號解釋）文諭知之1年限期修法期間內，得否依該號解釋意旨減輕其刑？

理由

壹、本案基礎事實：

上訴人即被告隋智翔、謝凱倫、謝厚浩共同犯意圖供製造毒品之用而栽種大麻罪，原審認其等犯罪情節輕微，於民國109年4月16日判決依釋字第790號解釋意旨減輕其刑。檢察官以原判決未待該號解釋文諭知之1年限期修法期間（即自109年3月20日解釋公布之日起1年內）屆至，逕依該號解釋意旨減輕其刑，違反權力分立原則，有適用法則不當之違法為由，提起上訴。

貳、本院先前裁判所持之見解（本庭前認本院先前裁判已有歧異見解，且所涉法律見解具有原則性，而提出徵詢）：

一、甲說：

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（109年度台上字第5460號判決）。

二、乙說：

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號解釋公布之日起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（109年度台上字第1525號、第5177號等判決）。

參、本庭擬採乙說見解，理由如下：

一、司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。其所為之解釋，有拘束全國各機關（包括法院）及人民之效力。各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之。已繫屬於各級法院尚未確定之案件，法院應依解釋意旨為裁判。

二、釋字第790號解釋並未宣告毒品危害防制條例第12條第2項之構成要件違憲，只是認為上開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，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，罪責與處罰不相當，刑罰過苛而違憲。該號解釋文明確諭知：「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法定刑至二分之一。」係採定期修法，逾期未修，情節輕微個案，得減輕其刑之宣告方式。此定期修法之宣告方式，係為尊重立法形成自由，亦係大法官為避免造成法律真空狀態，權衡法安定性與法正確性的決定。至指示法院於逾期未修法時，得依解釋意旨減輕法定刑至二分之一，則係大法官為即時保障人身自由權，基於解釋憲法及對規範進行合憲性控制的職權，扮演「積極立法者」之角色，自行造法提出定期修法期限過後至立法完成前之過渡規範，以大法官所決定的合憲秩序直接替代立法缺漏（學者稱此積極立法的類型為「剛性替代立法者」）。此一模式

，定期修法已尊重立法者優先立法的權限，且待立法完成即不必再適用過渡規範，大法官並未終局地取代立法者，只是在立法者放棄機會不作為時暫時遞補，並未真正侵奪立法權，符合權力分立原則的要求。

三、大法官斟酌立法缺漏對基本權利實現的影響程度及急迫性、所涉事物領域及相關憲法規範課予何項憲法要求等因素，決定過渡規範之內涵及何時適用，全國各機關（包括法院）應受其拘束。且此項裁量職權之行使專屬大法官，其他法官既無該項造法權限，自應避免取代立法者的地位，逾越權力分立的界限，不顧大法官決定之過渡規範適用時期，予以提前適用。

四、因此，法院於釋字第790號解釋文諭知之1年限期修法期間內，應依解釋意旨審酌個案被告是否情節輕微，將情節輕微之個案審判程序延至該號解釋公布之日（109年3月20日）起1年後始予以終結，俾得適用該號解釋意旨減輕其刑。尚不得於1年限期修法期間內，即依該號解釋意旨對情節輕微之個案被告減輕其刑。

肆、徵詢其他各庭之結果：

有四庭同意本庭見解，三庭不同意本庭見解（其中一庭採甲說之主要理由為：釋字第790號解釋文並未諭知法院在修法過渡期間內應如何適用法律，1年期限是要求相關機關修法之期限。法院於期限屆至前，倘仍適用已被宣告違反罪刑相當原則、比例原則及保障人身自由權意旨之毒品危害防制條例第12條第2項規定之法定刑而為裁判，將陷入「罪刑相當」與「法安定性」間之價值衝突與矛盾，法院允宜依合憲性解釋，就個案參酌該號解釋意旨減輕其刑，始符憲法平等原則及保障人權之意旨）。另有一庭採折衷說（就原因案件採甲說，非原因案件則採乙說）。此外，各庭回復書中有一庭認本院先前裁判之見解並非歧異，但本件法律問題具原則重要性；有五庭表示現已逾1年修法期限，尚無提案之必要。

伍、本庭經評議後，認甲說之109年度台上字第5460號判決是否

已實質對本件法律問題表示法律見解，容有討論空間，擬不以本院先前裁判已有歧異見解提案。然因本案提案之法律問題涉及各級法院法官適用過渡規範，是否受大法官所宣告適用時期拘束之重大且普遍性之法律爭議（事實審法院有採甲說者，亦有認宣判時尚未逾1年修法期限，無從依該號解釋意旨減輕其刑者），亦涉及各級法院法官造法或為合憲性解釋之界限，具有促使法律續造之價值。且此項法律爭議及本庭就本案應如何裁判，並未因1年修法期限已於110年3月20日屆至及憲法訴訟法第54條第1項之規定於111年1月4日施行即獲解決。本件既不能經由徵詢程序取得一致見解，允宜透過刑事大法庭言詞辯論程序之透明性、公正性與參與性，除使訴訟當事人、辯護人充分辯論以外，也讓專家學者有機會就此爭議，從法律或專業領域陳述意見，以收廣徵博議之效，期法律見解至當合宜。爰依法院組織法第51條之3規定，提案予刑事大法庭。

陸、本庭指定庭員楊智勝法官為刑事大法庭之庭員。

中華民國 111 年 1 月 27 日

刑事第八庭審判長法官	李英勇
法官	洪兆隆
法官	吳冠霆
法官	邱忠義
法官	楊智勝

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 111 年 1 月 28 日