最高法院刑事判決

110年度台上字第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

選任辯護人　陳志峯律師
　　張百欣律師
上　訴　人
即　被　告　謝厚浩

選任辯護人　陳育廷律師

上列上訴人等因被告等違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國109 年4 月16日第二審判決（108 年度上訴字第3414號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署105 年度偵字第26362 、26363 、28377 、28381 號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於隋智翔共同意圖供製造毒品之用，而栽種大麻部分及謝凱倫、謝厚浩部分均撤銷，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

理　由

壹、撤銷發回（即上訴人即被告隋智翔、謝凱倫、謝厚浩　下稱被告3 人ㄨ共同意圖供製造毒品之用，而栽種大麻）部分

一、本件原判決撤銷第一審關於被告3人共同意圖供製造毒品之用，而栽種大麻部分之科刑判決，改判均論處其等共同犯意圖供製造毒品之用，而栽種大麻罪刑及為相關沒收之宣告。固非無見。

二、惟查：

（一）關於法院對於犯民國111年5月4日修正公布前毒品危害防制條例第12條第2項（下或稱系爭規定）之罪，而情節輕微之被告，於司法院釋字第790號解釋（下或稱釋字第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之法律爭議，經本庭評議後，認擬採為裁判基礎之法律見解，具有原則重要性，經徵詢其他各刑事庭之意見後，有不同之見解，乃依法院組織法第51條之3規定，以110年度台上大字第446號裁定向本院刑事大法庭提案。經本院刑事大法庭受理、辯論後，於111年6月22日以110年度台上大字第446號裁定，宣示主文：「法院對於犯民國111年5月4日修正公布前毒品危害防制條例第12條第2項之罪，而情節輕微之被告，於司法院釋字第790號解釋文諭知之1年限期修法期間內，不得依該號解釋意旨減輕其刑。」並於裁定理由內說明：

1.司法院大法官職司解釋憲法及對法規範進行合憲性控制，其所為之解釋，有拘束全國各機關及人民之效力。各機關處理事項，應依解釋意旨為之。「各級法院」作為國家機關，應受大法官解釋之拘束，並應依解釋之意旨為裁判。

2.釋字第790號解釋文並未宣告系爭規定之罪之構成要件違憲，只是認為系爭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，與憲法罪刑相當原則不符，有違憲法第23條比例原則。且解釋文並無「自本解釋公布日起失其效力」之諭知。關於「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」部分，應係為尊重立法形成自由（立法院或可能於1年內即修法，內容或併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定）

，基於法安定性及法實效性之衡平考量，所採違憲「定期失效」的宣告。至解釋文有關「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」部分，則係為即時保障人身自由權，提出過渡規範，具體指示法院於修法期限過後至立法完成前，得於裁判中對情節輕微之被告，減輕其法定刑至二分之一，以實現解釋的內容。上開「定期失效」的宣告及其配套的過渡規範暨相關執行措施之諭知，皆有拘束各級法院之效力。

3.釋字第790號解釋文僅諭知限期修法期限過後至立法完成前之期間內，法院就尚未確定之類似案件（指情節輕微之非原因案件）得適用過渡規範，並未諭知於修法期限屆至前，亦有過渡規範之適用。再者，法院將類似案件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，始予終結，較符合已於111年1月4日施行之憲法訴訟法第54條第1項規定之立法價值取向。況系爭規定於修法後，有可能較適用過渡規範，對被告更為有利。

4.從而，法院對於犯系爭規定之罪，而情節輕微之被告，於釋字第790號解釋文諭知之1年限期修法期間內，不得依該號解釋意旨減輕其刑。

（二）本院刑事大法庭已就上開法律爭議予以統一，則本庭就本件採為裁判基礎之法律見解，依法院組織法第51條之10規定，自應受本院刑事大法庭前揭裁定見解之拘束。原審未待1年修法期間屆至，逕依該號解釋意旨減輕被告3人之刑（見原判決第12頁），有適用法則不當之違法。再者，毒品危害防制條例第12條於111年5月4日修正公布，增訂第3項：「因供自己施用而犯前項之罪，且情節輕微者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。」原審未及審酌被告3人所犯有無新法之適用，亦有未合。

三、檢察官及隋智翔上訴意旨指摘及此，為有理由，應認原判決關於上開部分有撤銷發回更審之原因。

貳、上訴駁回（即隋智翔私運管制物品進口及製造第二級毒品）

部分

一、隋智翔上訴部分

（一）按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

（二）本件原判決維持第一審關於（一）依想像競合犯，分別從一重論處隋智翔私運管制物品進口（尚犯毒品危害防制條例第13條第2項之意圖供栽種之用，而運輸大麻種子）、共同私運管制物品進口（尚犯意圖供栽種之用，而運輸大麻種子）各罪刑、（二）論處其製造第二級毒品罪刑及為相關沒收宣告部分之判決，駁回其此部分在第二審之上訴。就單獨或共同私運管制物品進口、製造第二級毒品部分，已詳敘認定犯罪事實所憑證據及理由。並對隋智翔之自白，如何與事實相符，為可採信。依據卷內資料予以說明。

（三）關於隋智翔是否成立製造第二級毒品罪，原判決已敘明：毒品危害防制條例第4條製造毒品罪之「製造」，係指就原料、元素予以加工，使成具有特定功效之成品者而言，除將非屬毒品之原料加以化合而成毒品外，尚包括將原含有毒品物質之物，予以加工改製成適合施用之毒品情形在內。同條例第2條第2項第2款所列之第二級毒品大麻，係指長成之大麻植株之花、葉、嫩莖，經乾燥後適合於施用之製品而言。故對大麻植株之花、葉、嫩莖，以人工方式予以摘取、蒐集、清理後，再利用人為、天然力或機器設備等方法，以風乾、陰乾、曝曬或烘乾等方式，使之乾燥，亦即以人為方式加工施以助力，使之達於易於施用之程度，即屬製造大麻毒品之行為。事實一之（二）部分，隋智翔已完成製造大麻成品，係犯製造第二級毒品罪等由甚詳。所為論斷，於法無違

。隋智翔提起第三審上訴，主張其栽種大麻，是為供己施用。大麻是天然物，其僅將大麻採收、陰乾保存，捲成便於施用之菸捲，未將大麻加工、提煉或商品化，不該當「製造」行為，應為施用第二級毒品的後行為所吸收。指摘原判決論以製造第二級毒品罪，有適用法則不當之違法。係以自己之說詞，就原判決已說明之事項，依憑己見而為指摘，殊非適法上訴第三審之理由。

（四）關於隋智翔所犯私運管制物品進口罪與製造第二級毒品罪，應如何論罪。原判決已敘明：隋智翔將管制物品大麻種子私運進口輸入國內，即已成立私運管制物品進口罪，與其嗣後種植大麻之製造第二級毒品罪，時序上有先後之分，二者行為態樣互異，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。隋智翔所為其私運管制物品進口及製造第二級毒品之行為，應依吸收關係論以一罪之辯解如何不可採等旨甚詳。所為判斷，並無違誤。隋智翔上訴意旨仍以其收受大麻種子後旋即栽種，其私運大麻種子進口及栽種大麻係出於一個行為決意，具時空密接性，為單一行為等詞，指摘原判決論以二行為，予以分論併罰，有理由不備及不適用法則之違法。係以自己之說詞，對原判決已說明之事項，任憑己見而為指摘，仍非上訴第三審之適法理由。

（五）刑之量定，屬為裁判之法院裁量之職權，如其量刑已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，而無違反公平、比例及罪刑相當原則，致明顯輕重失衡情形，自不得指為違法。原判決已敘明第一審判決就隋智翔所犯製造第二級毒品罪、共同私運管制物品進口罪，分別依毒品危害防制條例第17條第2 項、刑法第62條規定減輕其刑後，及就其所犯私運管制物品進口罪，以其責任為基礎，分別具體斟酌刑法第57條所列各款事項而為量刑，並無不當，予以維持，既未逾越法定刑度，亦無違背公平正義之情形，屬量刑裁量職權之適法行使，尚難指為違法。隋智翔提起第三審上訴，主張原審審判長於審判期日僅

詢問其教育程度及家庭狀況，並未告以就科刑資料指出證明方法，所踐行之訴訟程序於法有違。惟查原審審判長於審判期日已踐行就科刑範圍辯論之程序，有審判程序筆錄在卷可查。核無所指審判程序違法之情形。執此指摘，自非適法上訴第三審之理由。隋智翔上訴意旨另以原判決未於理由記載科刑時就刑法第57條規定事項所審酌之情形，且未考量施用大麻在部分國家已合法化，惡性較輕之情狀，指摘原判決有理由欠備及量刑違反罪刑相當、比例原刑之違法。然查第一審判決已具體斟酌刑法第57條所列各款事項，合法行使其量刑裁量權限。原審縱未特別說明施用大麻在部分國家已合法化，尚難指原判決之量刑為違法。此部分上訴意旨，核係對原審量刑裁量之職權行使及於量刑結果無影響之事項，依憑己意而為指摘，同非上訴第三審之適法理由。

（六）依上所述，本件關於隋智翔單獨或共同私運管制物品進口、製造第二級毒品部分之上訴均違背法律上之程式，皆應駁回。

二、檢察官上訴部分

（一）按第三審上訴書狀，應敘述上訴之理由，其未敘述者，得於提起上訴後20日內補提理由書於原審法院，已逾上述期間，而於第三審法院未判決前仍未提出上訴理由書狀者，第三審法院應以判決駁回之，刑事訴訟法第382 條第1 項、第395 條後段規定甚明。

（二）隋智翔上開單獨或共同私運管制物品進口及製造第二級毒品部分，檢察官不服原審判決，於109 年5 月15日提起上訴，就該部分並未敘述理由，迄今逾期已久，本院未判決前仍未提出，依上開規定，其此部分上訴為不合法，應予駁回。

三、裁判上一罪案件之部分得提起第三審上訴，其他部分雖不得上訴，依審判不可分原則，第三審法院亦應併予審判，但如得上訴部分上訴為不合法，第三審法院既應從程式上予以駁回，對於其他部分自無從併為實體上審判。另按刑事訴訟法第376 條第1 項各款所規定之案件，經第二審判決者，除第

二審法院係撤銷第一審法院所為無罪、免訴、不受理或管轄錯誤之判決，並諭知有罪之判決，被告或得為被告利益上訴之人得提起上訴外，其餘均不得上訴於第三審法院，為該項所明定。隋智翔所犯，與上述單獨或共同私運管制物品進口部分有想像競合犯關係之毒品危害防制條例第13條第2項之意圖供栽種之用，而運輸大麻種子罪部分，第一審及原審均為有罪之認定，核屬刑事訴訟法第376條第1項第1款之案件。依上述說明，既經第二審判決，本不得上訴於第三審法院。隋智翔及檢察官上述得上訴部分之上訴既不合法，應予駁回，則此部分自無從併予審判，亦應駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條、第397條、第401條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　6　　月　　22　　日

刑事第六庭審判長法　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　　6　　月　　24　　日