

# 裁判選輯及評釋：刑事

莊容安\*

【裁判字號】最高法院110年台上字第446號  
刑事判決

【裁判案由】違反毒品危害防制條例

【裁判日期】民國111年6月22號

【裁判要旨】

釋字第790號解釋文僅論知限期修法期限過後至立法完成前之期間內，法院就尚未確定之情節輕微之非原因案件，得適用過渡規範，並未論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。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。

【評釋】

一、按：「1意圖供製造毒品之用，而栽種罌粟或古柯者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣七百萬元以下罰金。2意圖供製造毒品之用，而栽種大麻者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺

幣五百萬元以下罰金。3前二項之未遂犯罰之。」，此有民國111年4月19日修正前毒品危害防制條例第12條定有明文。

二、次按：「1意圖供製造毒品之用，而栽種罌粟或古柯者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，得併科新臺幣七百萬元以下罰金。2意圖供製造毒品之用，而栽種大麻者，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。3因供自己施用而犯前項之罪，且情節輕微者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。4前三項之未遂犯罰之。」，此有現行毒品危害防制條例第12條定有明文。

三、再按：「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，處五年以上有期徒刑，得併科新臺幣500萬元以下罰金。』不論行為人犯罪情節之輕重，均以五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第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。上開規定對犯該罪而情節輕微者，

\* 本文作者係執業律師

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。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。毒品危害防制條例第17條第2項減輕其刑規定，未包括犯同條例第12條第2項之罪，與憲法第7條保障平等權之意旨，尚無違背。」，此有釋字第790號解釋文要旨參照。

四、未按：「判決宣告法律位階法規定期失效者，除主文另有諭知外，於期限屆至前，各法院審理案件，仍應適用該法規範。但各法院應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，於必要時得依職權或當事人之聲請，裁定停止審理程序，俟該法規範修正後，依新法續行審理。」，此有憲法訴訟法第54條第1項定有明文。

五、本案原審即臺灣高等法院108年度上訴字第3414號刑事判決認為，查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，爰就被告等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，是以，原審判決時雖仍於釋字第790號1年限期修法期間內，仍逕行減輕其刑。本案判決之主要爭點為：司法院釋字第790條係於民國109年3月20日以院台大二字第1090007437號公布，法院可否於民國109年3月20日起諭知之1年限期修法期間內，此段時間法院逕行依該號解釋意旨減輕其刑？

六、最高法院於本件大法庭裁定前，分有肯、否二說：

（一）肯定說：最高法院109年度台上字第5460號刑事判決認為，量刑係法院就繫屬個案犯罪之整體評價，而量刑之輕重，屬事實審之職權，苟於量刑時，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，又未逾越法定範圍，且無濫用其職權之情形，即無違法。原判決已依刑法第57條各款規定，敘明：斟酌上訴人所栽種之大麻植株僅有3株，依其栽種之規模及方式，至多僅供自己施用，且對栽種大麻之客觀犯行坦承不諱，依其犯罪情節，縱予宣告法定最低度刑，猶嫌過重，爰適用刑法第59條規定予以酌減其刑；復依司法院釋字第790號解釋意旨，說明遞予減輕其刑之理由；並審酌上訴人栽種之動機、目的、所生之危害，暨其智

識程度、工作、經濟生活及家庭等一切情狀，而為量刑各等旨。所量處之刑，既未逾越法定刑度，又未濫用其權限，且已屬低度刑，亦與罪刑相當原則無悖，不能指為違法。

(二) 否定說：

1. 最高法院109年度台上字第5460號刑事判決認為，細釋該解釋意旨，關於犯罪情節是否輕微之判斷，其解釋理由僅例示栽種數量極少且僅供已施用等情形，並非以栽種數量極少且僅供已施用之情節為唯一判斷基準。法院於審理時，得依個案栽種大麻的場所、設備、規模（不具規模、小規模、大規模）、數量多寡、是否僅供已施用、有無營利性或商業性、造成危害之大小等各種因素綜合判斷。倘認有犯罪情節輕微之情形，為避免發生上述罪刑不相當之情形，自應就該個案之審判程序延至新法修正公布或該解釋公布日起算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。
2. 最高法院109年度台上字第5177號刑事判決認為，上揭規定雖經司法院釋字第790號解釋宣告定期失效，惟於期限屆至前，仍屬現行有效之法律。為維護法秩序之安定，法院審理該條之案件，固仍應適用上揭規定。但關於違

法栽種大麻情節輕微之個案，該條文既經宣告於此範圍內違反罪刑相當原則（比例原則）而違憲，法院基於人權保障及公共利益均衡維護之審酌，允宜延至110年3月20日以後始行審結，俾使行為人獲有依修正後新法或依該解釋意旨減輕其刑規定之機會，以符憲法保障人權之意旨，故就原判決關於意圖供製造毒品之用而栽種大麻部分撤銷，發回臺灣高等法院，再經臺灣高等法院109年度上更一字第183號刑事判決宣告緩刑五年。

七、承上，本案因最高法院先前裁判已有歧異之見解，就上開法律爭議裁判法律爭議統一見解，向最高法院大法庭提案，辯論後最終採取「否定說」之見解，認為釋字第790號內容，僅有針對「本解釋公布之日起1年後，如逾期未修正，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」，至於「本解釋公布之日起1年內」，並未諭知於修法期限屆至前，亦有過渡規範之適用，惟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號公布之日1年後，始將訴訟程序終結，應較符合憲法訴訟法第54條第1項立法意旨，且被告亦有可能適用過渡規範，對被告更為有利。

八、故本案最高法院判決時，係民國111年6月22日，即為釋字第790號公布之日1年後，且現行毒品危害防制條例第12條亦已修正公布，另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。原審即臺灣高等法院108年度上訴字第3414號刑事判決，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，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，故將原判決關於被告等3人共同意圖供製造毒品之用，而栽種大麻部分撤銷發回臺灣高等法院，目前本案尚未確定。

九、此一判決於案件中，遇有當事人為被告者，如逢修法過渡期，如釋字亦無明文表明可以依釋字內容減輕或另為適當刑度者，應主張憲法訴訟法第54條及本案110年台上大字第446號大法庭裁定意旨，請法院將類似案件之審判程序延至新法修正公布後或釋字限期修法期間後，以爭取對於當事人最大利益。

\*\*\*\*\*

【裁判字號】最高法院110年度台上字第3997號判決

【裁判案由】違反貪污治罪條例

【裁判日期】民國111年7月28日

【裁判要旨】

貪污治罪條例第12條第1項基於刑事政策之考量，鑑於客觀上所得或所圖得之財物或不正利益為5萬元以下之貪污行為，其刑罰需求性較低，為避免處罰過於嚴苛，期能以較輕刑罰相繩，俾免輕罪重罰之弊。是有無立法者所認刑罰需求性降低之情形，就共同正犯而言，需就所有犯罪行為人之行為及其結果予以整體評價，此與個人減輕或免除刑罰事由僅取決於個人情狀之性質迥異，自無從排除責任共同原則之適用。如公務員利用公務行政體系上下指揮監督或彼此平行連結之模式集體貪污，擴大犯罪規模，使犯罪易於遂行，且難以查獲，相較單獨正犯尤無從等同視之，倘因涉案者為複數行為人，朋分賄款稀釋犯罪所得，即可邀減刑寬典，不但有違共犯責任理論，且無異變相鼓勵公務員糾眾集體貪污，殊悖貪污治罪條例嚴懲貪污、澄清吏治之立法目的。故貪污治罪條例第12條第1項「所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下」，於共同正犯應合併計算其金額或價額。

#### 【評釋】

一、按：「犯第四條至第六條之罪，情節輕微，而其所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下者，減輕其刑。」，貪污治罪條例第12條第1項定有明文。

二、本案事實略以，被告等2人為貪污治罪條例所稱之公務員，竟基於職務上之衛為收受賄賂之犯意聯絡，接續於民國101至104年間，共同收取賄賂111次，總計得款新臺幣6萬9,500元，其有被告一人所實際分得半數3萬4,750元，故本案爭點

在於數人共犯貪污治罪條例第4條至第6條之罪，共同所得或所圖得財物或不正利益已逾5萬元，然個人實際所得或所圖得財物或不正利益在5萬元以下，是否該當同條例第12條第1項所稱「5萬元以下」之要件？

三、本案最高法院評議後，認為最高法院先前裁判有歧異之見解，經依徵詢程序，向其他各刑事庭徵詢後，仍有不同見解，因而裁定向最高法院刑事大法庭提案，請求統一法律見解，經刑事大法庭於民國111年7月27日以110年度台上大字第3997號裁定，宣示主文：故貪污治罪條例第12條第1項「所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下」，於共同正犯應合併計算其金額或價額。

四、查，本案最高法院先就「共同正犯」之定義闡述，所謂共同正犯係以完成特定之犯罪為其共同目的，彼此間就該犯罪之實行有共同犯意聯絡，而各自本於共同之犯意，分擔犯罪行為之一部，並相互利用其他正犯之行為，以完成犯罪。故共同正犯間，非僅就自己實行之行為負其責任，其各自分擔實行之行為應視為一整體合一觀察，予以同一非難評價，對於因此所發生之全部結果，自應同負其責，乃有所謂「一人著手、全部著手」、「一人既遂、全部既遂」之定論，此即「一部行為全部責任」（或稱責任共同原則）之法理。正因共同正犯藉由分工合作、互相利用，以遂行其犯意之實現，其危險及惡性均甚於單獨正犯。

五、公務員利用公務行政體系上下指揮監督

或彼此平行連結之模式集體貪污，擴大犯罪規模，使犯罪易於遂行，且難以查獲，相較單獨正犯尤無從等同視之，倘因涉案者為複數行為人，朋分賄款稀釋犯罪所得，即可邀減刑寬典，不但有違共犯責任理論，且無異變相鼓勵公務員糾眾集體貪污，殊悖貪污治罪條例嚴懲貪污、澄清吏治之立法目的。

六、另有最高法院法官提出不同見解，認為最高法院85年度第16次刑事庭會議決議曾不再援用下列判例：「六十六年台上字第一七七一號判例要旨二人以上共同收受賄賂，應負共同責任，其個人分得財物雖在銀元三千元以下，而共同所得財物總數如已超過銀元三千元，縱屬情節輕微，仍無戡亂時期貪污治罪條例第十二條之適用，其共同收受之賄賂，沒收追繳，亦應連帶負責。」，惟本次大法庭裁定竟成最高法院85年度第16次刑事庭會議決議已不再援用判例之復辟，貪污治罪條例第8條第2項與第12條第1項分別規定刑罰減輕之事由。前者旨在鼓勵被告於犯罪後勇於自新，並防止證據滅失以兼顧證據保全，便於犯罪偵查；後者則在避免處罰過於嚴苛，期能以較輕之刑罰相繩，達到感化而防再犯之目的，以免輕罪重罰之弊。兩者均屬「處斷刑」之刑罰減輕事由，且均以「犯罪所得」作為減輕事由之一，性質雷同，其於共同正犯犯罪所得之計算，多數見解認為第12條第1項採合併計算說，而有異於最高法院對於第8條第2項採取寬厚之以各該行為人自己實際所得財物，如

此解釋不惟忽視法之實質目的及法意，反而造成所謂「不完全性」或「體系違反」，此等差別性待遇，並未見有何正當理由之說明。

七、本案首先要注意的是，就貪污治罪條例第12條第1項，目前多數見解仍係採合併

計算說，因此就共同正犯中，個人所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣五萬元以下者，仍不能減輕其刑，此點於承辦貪污治罪條例案件時，應對當事人告知，以利當事人決定訴訟方向同時為當事人爭取其最佳利益。