司法院釋字第 790 號解釋抄本

司法院公布令……1

解釋文及解釋理由書……1

蔡大法官明誠提出之協同意見書……7

林大法官俊益提出之協同意見書……17

蔡大法官宗珍提出之協同意見書……32

黃大法官虹霞提出之部分協同部分不同意見書……35

黃大法官瑞明提出之部分協同部分不同意見書……49

謝大法官銘洋提出之部分協同部分不同意見書……57

詹大法官森林提出之部分不同意見書……61

楊大法官惠欽提出，黃大法官虹霞加入之部分不同意見書……70

解　釋

司法院　令

發文日期：中華民國109年3月20日

發文字號：院台大二字第1090007437號

公布本院大法官議決釋字第 790 號解釋

附釋字第 790 號解釋

院長　許　宗　力

司法院釋字第 790 號解釋

解釋文

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。」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，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。

解釋理由書

聲請人臺灣高等法院臺中分院刑事第五庭為審理該院 108 年度上訴字第 495 號被告違反毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 12 條第 2 項（下稱系爭規定一）案件，認毒品條例第 17 條第 2 項規定（下稱系爭規定二）未包括犯系爭規定一之罪，有牴觸憲法第 8 條、第 23 條疑義，乃裁定停止訴訟程序，向本院聲請解釋。

聲請人臺灣新竹地方法院刑事第二庭為審理該院 106 年度訴字第 94 號被告違反系爭規定一案件，認系爭規定二未包括犯系爭規定一之罪，有牴觸憲法第 7 條疑義，乃裁定停止訴訟程序，向本院聲請解釋。

聲請人臺灣高等法院刑事第二庭為審理該院 108 年度上訴字第 1861 號被告違反系爭規定一案件，認系爭規定二未包括犯系爭規定一之罪，有牴觸憲法第 7 條、第 23 條疑義，乃裁定停止訴訟程序，向本院聲請解釋。

聲請人黃◯璋意圖製造第二級毒品大麻供自己施用，於其家中陽台上種植大麻，經檢察官提起公訴，臺灣臺南地方法院 106 年度訴字第 725 號及臺灣高等法院臺南分院 107 年度上訴字第 408 號刑事判決均判處有罪，上訴後經最高法院 108 年度台上字第 1050 號刑事判決予以駁回確定。聲請人認前開確定終局判決所適用之系爭規定一，及具重要關聯之系爭規定二，有牴觸憲法第 23 條比例原則及第 7 條平等保障之疑義，聲請解釋。

查上開法官聲請案均經法院裁定停止訴訟程序，並依客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，向本院聲請解釋憲法，經核均與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件相符，爰予受理。又上開人民聲請案經核與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款要件相符，亦予受理。

又上開法官聲請案所涉標的相同，人民聲請案之標的包含系爭規定一及二，與上開法官聲請案部分相同，均併案審理。

本件經審查後，作成本解釋，理由如下：

一、系爭規定一部分

人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。人身自由乃憲法保障之重要基本人權，立法機關為保護特定重要法益，以刑罰限制人身自由，雖非憲法所不許，惟因刑罰乃不得已之強制措施，具有最後手段之特性，應受到嚴格之限制（本院釋字第 646 號、第 669 號及第 775 號解釋參照），尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違（本院釋字第 544 號、第 551 號、第 646 號、第 669 號、第 775 號及第 777 號解釋參照）。

系爭規定一明定：「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。」其目的在於防制毒品製造之前階段行為，以維護國民身心健康（立法院公報第 84 卷第 65 期第 198 頁參照），屬憲法保障之重要利益。又栽種大麻固屬製造毒品之前階段行為，但對生命、身體法益之侵害已具一定程度之危險性，立法機關為保護此等重要法益，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。此外，因別無

其他與上開刑罰規定相同有效，但侵害較小之替代手段可資採用，是該刑罰手段亦具有必要性。

惟系爭規定一所稱「栽種大麻」，其具體情形可包含栽種數量極少至大規模種植之情形，涵蓋範圍極廣。基於預防犯罪之考量，立法機關雖得以特別刑法設定較高法定刑，但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。是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，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。其情狀顯可憫恕者，仍得另依刑法第 59 條規定酌減其刑，自不待言。

二、系爭規定二部分

憲法第 7 條保障之平等權，並不當然禁止任何差別待遇，立法與相關機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理差別待遇。法規範是否符合平等原則之要求，應視該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定

程度之關聯性而定（本院釋字第 682 號、第 750 號、第 768 號及第 788 號等解釋參照）。

系爭規定二明定：「犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。」涉及因被告之自白而減輕其刑，但未包括犯系爭規定一之罪而自白之情形，致生差別待遇。惟就何種犯罪及何種情狀得否減輕其刑，為刑事政策之選擇，原則上屬立法形成自由之範疇。是減輕其刑規定所形成之差別待遇，其目的如係為追求正當公益，且所採手段與目的之達成間具合理關聯，即與平等原則無違。

系爭規定二之立法目的在於使製造、販賣或運輸毒品案件之刑事訴訟程序儘早確定，鼓勵被告自白認罪，開啟其自新之路（立法院公報第 98 卷第 26 期第 197 頁參照），目的核屬正當。其所定因自白應減輕其刑之犯罪行為，包括毒品條例第 4 條所規定之製造、運輸、販賣毒品；第 5 條所規定之意圖販賣而持有毒品；第 6 條所規定之以強暴、脅迫、欺瞞或其他非法方法使人施用毒品；第 7 條所規定之引誘他人施用毒品；第 8 條所規定之轉讓毒品。按系爭規定一之構成要件為意圖供製造毒品之用而栽種大麻，該罪之證據蒐集、調查及犯罪事實認定，較毒品條例第 4 條至第 8 條之犯罪相對容易，故犯系爭規定一之罪者是否自白，與刑事訴訟程序儘早確定間之關聯性較低。立法者因而基於偵審成本等因素之考量，不特別將犯系爭規定一之罪而自白者納入應減輕其刑之列，而僅以之為法院適用刑法第 57 條所定犯罪後態度之審酌事項，其差別待遇尚無顯不合理之處。

綜上，系爭規定二之減輕其刑規定，未包括犯系爭規定一之罪，與憲法第 7 條保障平等權之意旨，尚無違背。

三、不受理部分

聲請人臺灣高等法院刑事第二庭指摘毒品條例第 17 條第 1 項違憲部分，查該規定並非其審理案件所應適用之法律，與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件不符，應不受理。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡烱燉 黃虹霞 吳陳鐶 蔡明誠

林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明

詹森林 黃昭元 謝銘洋 呂太郎

楊惠欽 蔡宗珍

釋字第 790 號解釋協同意見書

蔡大法官明誠 提出

本號解釋對毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 12 條第 2 項規定[1]（下稱系爭規定）之栽種大麻罪設定之法定刑、及毒品條例第 17 條第 2 項減輕其刑規定，作成解釋。本號解釋之作成，採取部分違憲，部分合憲，解釋重點在於栽種大麻行為與刑罰間是否相對應或是否符合憲法比例原則，認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，對人民受憲法第 8 條保障人身自由權所為之限制，有違憲法第 23 條比例原則部分，就其結論，謹表贊同。惟認本號解釋理由部分，仍留下若干值得再思考之處。爰提出協同意見書如下：

一、 犯罪構成要件之定性與定量

犯罪之構成要件，得否按照一定數量或商業規模(commercial scale)[2]之大小，加以類型化，並加重處罰其行

---

[1] 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。」

[2] 在國際公約，有以商業規模作為刑事程序及罰則之類似規範。例如與貿易有關之智慧財產權協定（Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights,TRIPS）第 61 條：「會員至少應對具有商業規模而故意仿冒商標或侵害著作權之案件，規定刑事程序及罰則。救濟措施應包括足可產生嚇阻作用之徒刑及（或）罰金，並應與同等程度之其他刑事案件之量刑一致。必要時，救濟措施亦應包括對侵權物品以及主要用於侵害行為之材料及器具，予以扣押、沒收或銷燬。會員亦得對其他侵害智慧財產權之案件，特別是故意且具商業規模者，規定刑事程序及罰則。參照 https://www1.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=207100&ctNode=6780&mp=1（最後瀏覽日期：109 年 3 月 19 日）。

為。反之，如屬於輕罪(Vergehen)、微罪(Bagatelldelikt)、數量極少或規模不大，則處以較輕刑罰。此涉及犯罪與刑罰之定性與定量之問題，刑事立法例上，有以立法定性與立法定量，亦有以立法定性與司法定量，為其不同規範模式。至於究竟何者為佳，原則上係屬一國刑事立法政策之選擇，在未違反憲法保障基本權之文義、意旨及目的(Wortlaut, Sinn und Zweck)下，實應賦予立法者自由形成之空間。

就本解解釋相關毒品犯罪及處罰而言，本號解釋認系爭規定所稱「栽種大麻」，在具體情形，通常包含栽種數量極少至大規模種植之情形，其涵蓋範圍極廣。基於預防犯罪之考量，立法機關雖得以特別刑法設定較高法定刑，但其對構成要件該當者，不問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，未具體考量行為人違法行為之危害程度，系爭規定確有商榷之餘地。惟就違法情節輕微個案之舉例，以栽種數量極少且僅供己施用為例，雖係目前實務上常見之類型，然將是否自己施用之栽種目的作為判斷要素，實不如以數量作為判斷，較易認定。換言之，解釋上如以此例作為酌減之例示，其是否包含栽種數量極少而非僅限於栽種者本人施用之情形，諸如妻在家栽種大麻數量 1 株，並僅供夫在家施用者，對此是否係屬依本號解釋意旨得以減輕其刑之事例，且如何解釋數量極少，其與少量如何界定，究竟由何機關解釋等問題，均不無商榷之必要。如前述本號解釋所稱對犯該罪而情節輕微者，減輕其刑之對象，係在於少量之栽種行為，亦即因其數量少，因而對社會危害或影響較小，故予以減輕其刑。換言之，其減輕處罰之考量理由，以僅供己施用為例示，恐被誤解為僅供己施用為限。因此，

未來個案適用上，宜從寬解釋，除前述例示外，如擬從定量出發，則宜著重於栽種數量之多寡，作為判斷重點，故解釋上並不應以「僅供己施用」為限。

二、 系爭規定與比例原則及罪刑相當原則之關係

從比較憲法觀點論大麻限制與比例原則關係，德國聯邦憲法法院於 1994 年曾就大麻案作出決定（大麻決定；Cannabis-Beschluss），於此涉及之麻醉品法刑事規定，係對準備專為偶發性少量大麻產品自己施用之行為處以刑罰，且不涉及外部風險之行為，因立法者考量少量之個人不法行為及罪責內涵(einem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat)，得使檢察機關不予刑事追訴。[3]德國聯邦憲法法院於該案判決中認基本法第 2 條第 1 項（人格自由發展）之限制，適用於毒品之處理，大麻限制未剝奪「享用權」(Recht auf Rausch)。亦即處罰不法接近使用大麻產品(Cannabisprodukten)之麻醉品法相關刑事規定，應按基本法第 2 條第 1 項關於人格自由發展對刑罰防制之禁止標準予以審查，及按基本法第 2 條第 2 項（人身自由不可侵犯）就受刑事處罰之自由剝奪，予以衡量。在比例原則之審查時，就其欲達成目的所選擇之手段是否具適合性與必要性(Eignung und

[3] 參照德國麻醉品法第 31 條之 1 (Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz - BtMG§31a)（追訴之免除；Absehen von der Verfolgung），係針對輕罪行為之追訴免除規定，就行為人之罪責輕微(gering)，因刑事追訴不具公益(kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht)，且行為人栽種、製造、輸入、輸出、實施、取得及以其他方式獲取或持有麻醉品，僅屬少量而為供己施用(lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge)時，檢察機關得不予追訴之相關程序規定。

Erforderlichkeit)，以及就個人或公眾之危險所為之評估及預測 (Einschätzung und Prognose)，立法者有判斷餘地(Beurteilungsspielraum)。聯邦憲法法院僅於有限範圍內(nur in begrenztem Umfang)，對其進行審查。此外，於上開決定作成後，德國實務上之發展，有關非少量(nicht geringe Menge)之概念，因前述決定明確表示得由刑事法院加以解釋，是刑事法院對少量概念所為解釋之判決，並未發生憲法之疑義。[4]本件就系爭規定對於栽種大麻行為之法定刑及未設減輕其刑相關規定進行審查時，亦以比例原則或過苛禁止原則作為審查原則，前述見解可資參考，且是否採取前述就個人或公眾之危險所為之評估及預測，立法者之判斷餘地與聯邦憲法法院有限違憲審查權限之見解，亦可資比較。

本號解釋認系爭規定與憲法罪刑相當原則不符，有違憲法第 23 條之比例原則，其立論基礎類似於本院釋字第 775 號解釋之理由，將罪刑相當原則與比例原則併列，均未將兩者予以辨明，論理上仍有推敲之必要。刑法學理上，所謂責任(Schuld)，係指該當構成要件之不法(Unrecht)實現時可責性之程度。此與三階段犯罪架構(dreistufige Deliktaufbau)中之可罰性(Strafbarkeit)有所不同。至於犯罪與刑罰之衡量，有所謂罪刑相當原則，則指在犯罪與法律效果間須均衡，亦即刑罰規定之構成要件與法律效果間須合理之相互對應(sachgerecht aufeinander abgestimmt)。[5]又有稱不得違反憲法罪責相當之

[4] 參照 Kotz/Oğlakcioğlu, Münchener Kommentar zum StGB, 3.Aufl., 2017-beck-online, Vorbemerkung su §29, Rn.220; BVerfGE 90, 145-Cannabis = NJW 1994, 1577.

[5] 參照 BVerfGE 20, 323(331) - 'nulla poena sine culpa' , 歸屬於法治國者，不僅是法安定性，而且是實質正義。(“Zur Rechtsstaatlichkeit gehört

刑罰原則(das verfassungsrechtliche Prinzip schuldangemessenen Strafens)。如對微罪或損害限度方面之量刑，則判斷其量刑相關規範是否符合比例。[6]本號解釋之重點，如非在於罪刑之權衡，而係以微罪行為或損害限度之量刑為主，則屬於有關憲法基本權之「限制之限制」(Schranken-Schranke)審查，亦即有關比例原則（過度禁止原則）(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot))是否符合之問題。[7]是本

---

nicht nur die Rechtssicherheit, sondern auch die materielle Gerechtigkeit (BVerfGE 7, 89 [92]; 7,194 [196]).正義之理念，要求構成要件與法律效果相互存在合理之比例(Die Idee der Gerechtigkeit fordert, daß Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinander stehen. "); BVerfGE45,187(260) - Lebenslange Freiheitsstrafe, 任何刑罰，須在犯罪行為之嚴重性與行為人之可歸責性，存在合理之比例。 ("Jede Strafe muß in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen (BVerfGE 6, 389 [439]; 9, 167 [169]; 20, 323 [331]; 25, 269 [285 f.]); BVerfGE 50, 205(214) - Strafbarkeit von Bagatelldelikten, 於此範圍內，罪責原則涵蓋限制刑罰之作用，以符合過苛禁止之憲法原則。("insoweit deckt sich der Schuldgrundsatz in seinen die Strafe begrenzenden Auswirkungen mit dem Verfassungsgrundsatz des Übermaßverbotes (vgl. BVerfGE 34, 261 [266]"); BVerfGE 80, 244(255) - Vereinsverbot; 105, 135(154) - Vermögensstrafe.

[6] 參照 BVerfGE 90, 145 – Cannabis.該決定將過苛禁止原則(Übermaßverbot)作為狹義比例原則(Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)。

[7] 從德國比較法觀察，有關過度禁止原則之運用，不乏其例。除前述 BVerFGE 90. 145 之大麻案外，有將此原則等同狹義比例原則(相當性)者，參照 Decker, in: Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, Werkstand: 135. EL Dezember 2019, BayBO Art.76 Rn. 243- beck-online. 另有將其包括必要性與狹義比例原則，參照 Badura, Staatsrecht, 7.Aufl., München:Beck, 2018, C 28.有將過度禁止原則等同於廣義比例原則者，參照 Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesvefassungsgerichtsgesetz, Werkstand:57. EL Juni 2019- beck-online; Fischer, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung,

號解釋僅以憲法比例原則為審查原則即可，毋庸將罪刑相當原則與憲法比例原則併列審查。[8]

三、 結語與展望

本號解釋之重點，主要在於對犯栽種大麻罪而情節輕微者，行為可責性與刑罰間是否相對應之比例原則（過苛禁止原則）問題。至於有聲請人主張毒品條例第 17 條第 1 項規定有違憲疑義部分，雖其適用對象及性質，與同條第 2 項規定不同，且惟如能藉此機會一併思考，可能有利相關機關適用及解釋法律之疑慮，亦避免未來法官或人民對該項規定再次提出釋憲。又就毒品條例第 17 條第 2 項規定部分，本號解釋單純採取合憲性解釋，未另呼續相關機關因應現行社會生活型態，重新檢討有關大麻栽種行為之處罰態樣、刑度或減輕其刑等規定，如此恐失去及時促請相關機關改善系爭刑罰規範體系合理性之機會，以保障人民之基本權。

8.Aufl., 2019-beck-online, Einleitung Rn.129ff.; Jörn Ipsen, Sozialisierung und Übermaßverbot, NVwZ 2019, 527ff. - beck-online. 不管因過度禁止原則對比例原則之關係而生涵義之廣狹，德國法院實務上，有將之運用於 E-Mail 沒收、大麻、無票搭車微罪之自由刑、麻醉品等刑事禁止規範是否符合比例原則之審查者，例如 BGH: E-Mail-Beschlagnahme und Übermaßverbot, NJw 2010, 1297- beck-online; BayObLG: Strafbarer Umgang mit Cannabisprodukten: Übermaßverbot, BayObLGSt 1994, 106 - beck-online; OLG Stuttgart: Freiheitsstrafe und Übermaßverbot bei Bagatelltat – “Schwarzfahren”, NJW 2006, 1222-beck-online; OLG Karlsruhe: Übermaßverbot gegenüber bewährungsbrüchigem BtMG-Täter, NJW 2003, 1825 等, 可資比較參考。

[8] 罪責原則包含罪責前提及罪刑相當原則，但將比例原則（過度禁止）與罪刑相當原則併列，值得商榷。參照本院釋字第 775 號解釋本席之意見書。

此外，有關大麻(cannabis; Marijuana)[9]是否「去犯罪化(Entkriminalisierung) 或去特別（刑法）化[10]、

對於藥用大麻在法律上是否有所區別[11]、大麻產品之流通性

---

[9] 大麻之用語“marijuana”，源自墨西哥，有不同拼法，如“mariguana,” “marijuana”, “mariahuana”, “marajuana”, “maraguana”, or “marihuana”. ”Marijuana”非科學或技術之用語(Marijuana is not a scientific or technical term)。其使用於美國及其法規之中。又Marijuana 於墨西哥稱之“cannabis sativa”，亦有稱之為 “Indian hemp”。有關 “cannabis” 與 “marihuana”係屬同義字(synonymous)。有區分其藥品與麻醉品(Drugs and Narcotics)，其中將”Marijuana “作為具有麻醉性藥品(Marijuana is a narcotic drug that is a part of the hemp plant.)參照 Corpus Juris Secundum, February 2020 Update, Drugs and Narcotics, 28 C.J.S. Drugs and Narcotics § 6. Definition of “marijuana” for purposes of regulation of drugs and narcotics, WESTLAW 2020.

[10] 關於「去犯罪化」，有謂針對現行刑法實體法所規定之犯罪行為，經由刑法修正而予以刪除，將其從刑事制裁體系中除籍，或雖仍保留該犯罪行為，但卻捨棄其刑罰之執行或為附條件之判決，而使行為人不致受刑罰之制裁，或增設追訴要件，或在刑事程序中規定不予追訴等措施。關於「去特別（刑法）化」，有認因制定加重某些犯罪行為法律效果之特別刑法，破壞刑事法規範之單一性（一元化），並紊亂該特別化之犯罪與其他犯罪在法律效果上之相對性。因此提出「去特別化」之見解，以避免特別刑法之肥大症。與本號解釋相關之毒品危害防制條例（原名肅清煙毒條例），因其係源自非常態法制之限時法，宜加以刪除，而修正刑法之鴉片罪章（§§256～265），以資取代。至若尚有規範不足之處，即可以附屬刑法之形式，規定於「管制藥品管理條例」之中。（參照林山田，論去犯罪化與去特別化，載於：林山田，刑法的革新，臺北市：學林文化，2001 年 8 月初版 1 刷，頁 127 以下，141 以下。）

[11] 大麻中含有不少化學物質，包含四氫大麻酚（Tetrahydrocannabinol; THC）、大麻酚（Cannabinol; CBN）、大麻二酚（Cannabidiol; CBD）等，而較常被應用者，有如 CBD 及 THC。一般認為 THC 具成癮性，其含有大麻之迷幻成分，被列管為「二級毒品」之主要成分。CBD 則是大麻中非成癮性之成分，具有藥理活性及醫療用途，例如有將之作為止痛劑。再者，衛生福利部食品藥物管理署曾依據前行政院衛生署 94 年 4 月 21 日衛署藥字第 0940306865 號公告規定，澄清說

[12]、大麻合法化(Legalisierung von Cannabis)是否可減少犯罪，或是否影響健康及少年保護[13]等問題。在比較法上，曾引起

明大麻二酚(Cannabidiol, CBD)具有非常多藥理活性及可能的醫療用途，我國以藥品列管，依規定該成分不得添加於化粧品。化粧品中禁止添加大麻二酚，擅自添加該成分於化粧品者，涉違反化粧品衛生管理條例第 23 條規定，依同條例第 27 條規定處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣 15 萬元以下罰金；其妨害衛生之物品沒收銷燬之。引自 https://www.mohw.gov.tw/cp-4261-46033-1.html（最後瀏覽日期：109 年 3 月 19 日）。

[12] 德國後來發展，原則上認麻醉品之施用，並未違法。2011 年 5 月以後，修正麻醉品相關規定，含有大麻(Hanf; Cannabis)成分之藥品，僅限於有處方者可使用，所謂含有大麻成分成藥之可流通性及可處方性(verkehrsfähig und verschreibungsfähig)。自 2017 年 5 月 10 日起，德國醫生得向病人開立大麻花及大麻萃取物(Cannabisblüten und Cannabisextrakte)之處方簽(Rezept; prescription)，健康保險公司(Krankenkassen) 得給付該費用。(參照：https://de.wikipedia.org/wiki/Hanf，最後瀏覽日期：109年3月19日。)

[13] 在德國眾議院聯盟 90/綠黨黨團(Die Faktion Bündnis 90/Die Grüne)於 2015 年 3 月 4 日提出大麻規制法草案(Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes (Bundestagsdrucksache 18/4204)，於 2018 年另要求聯邦政府對大麻去犯罪化進行評估(BT-Drs.- 19/658, 31.01.2018)(Kleine Anfrage: Auswirkungen der Cannabisprohibition auf den Gesundheitsschutz；大麻禁止對健康保護之影響；http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/006/1900658.pdf)，並質詢聯邦政府在麻醉品範圍內，如准許施用大麻時，如何有效確保大麻施用者之健康及少年保護。但聯邦政府認無明顯跡象足以顯示可減少犯罪。 (BT-Drs.- 19/853, 21.02.2018)（聯邦政府之回覆; Antwort der Bundesregierung ） (https://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/008/1900853.pdf)。參照 Bund: “Legalisierung von Cannabis führt zu keiner Reduzierung der Kriminaltät“, RDG 2018, 60-beck-online.在美國國會(United States Congress)，亦多次提出終結聯邦大麻禁止法(Ending Federal Marijuana Prohibition Act)，諸如第 112 屆起之國會，亦即自 2011 年起分別提出終結法案（如 H.R.2306, H.R.499, S.2237 , H.R. 1227 , H.R.1588 等），以期大麻合法化並移除聯邦法（例如藥物物質規制法；Controlled Substances Act）有關大麻禁止之規定。參照

不少討論。[14]目前我國現況，法律上未予大麻合法化。以上刑事立法政策，係屬各國立法者之形成自由[15]，亦非本號解釋之重點。是有關禁止大麻接近使用應如何規範，尚待未來社會發展及立法政策之選擇，另作定奪。

---

https://en.wikipedia.org/wiki/Ending_Federal_Marijuana_Prohibition_Act（最後瀏覽日期：109 年 3 月 19 日）。

[14]在美國從 1970 年以前迄今，由自由施用、禁止、麻醉品稅(Free Use, Prohibition, and Narcotics Taxes)，而列入毒品(Drug Schedules)及藥用大麻(Medical Use of Marijuana)，其間對大麻之合法化及合憲性，引發討論。參照 Douglas J. Behr, Prescription Drug Control Under The Federal Controlled Substances Act: A Web of Administrative, Civil, And Criminal Law Controls, 45 Wash. U. J. Urb. & Contemp. L. 41(1994); Matthew Segal, Overdue Process: Why Denial of Physician-Prescribed Marijuana to Terminally Ill Patients Violates the United States Constitution , 22 Seattle U. L. Rev. 235(1998); Miklos Pongratz, Constitutional Law --Medical Marijuana and the Medical Necessity Defense in the Aftermath of United States v. Oakland Cannabis Buyers' Cooperative, 25 W. New Eng. L. Rev. 147(2003); John Vigorito , Creating Constitutional Cannabis: An Individual State's Tenth Amendment Right to Legalize Marijuana, 46 U. Tol. L. Rev. 221(2014); Biju Panicker, Legalization of Marijuana and the Conflict with International Drug Control Treaties, 16 Chi.-Kent J. Int'L & Comp. L. 1(2016); Florence Shu-Acquaye , The Role of States in Shaping the Legal Debate on Medical Marijuana, Mitchell Hamline Law Review, 2016 等相關文獻。

[15] 從比較法觀察，目前多數國家認為持有、施用及栽種大麻屬於違法行為。但亦有國家認為合法者，例如 2013 年烏拉圭，被認為是世界上第一個合法化娛樂性施用大麻之國家。其他合法化之國家或地區，例如加拿大、喬治亞、南非及美國部分州及哥倫比亞特區（但美國在聯邦範圍內，仍被認為違法）。至大麻之醫療使用，如經醫生之批准，可能被認為合法。因短期或長期大量接觸大麻，對施用者之生理、心理、行為或社會活動造成之影響有異。是大麻可能因其用途不同，例如藥用大麻、（休閒）娛樂用大麻或工業用大麻等，而異其法律規範。又栽種大麻如未發芽或未構成毒品原料之前階段行為，亦可能受到不同法律規範之限制。凡此，因涉及科技或醫藥專業，或一國刑事立法政策，宜由立法者與相關專業決定之。

綜上，本原因案件所涉及之相關規定，除人民聲請部分之外，主要是法官於個案適用時，認有矛盾之處，遂提出釋憲，其克盡司法者保障憲法人民基本權之責，值得肯認。因法官認系爭規定之刑罰過苛提出釋憲聲請，自有助於法官適用個案之實質正義實現。而毒品條例之特別刑罰體系，基於防制毒品之成癮、濫用、法益侵害及社會危害而予以犯罪類型化及法定刑之規範設計，固有刑事立法政策之考量，且有助於毒品防制目的之達成，以維護國人之身心健康。惟因本件涉及大麻，比較法上其與其他毒品，在性質仍存有差異，未來相關機關應就大麻相關處罰構成要件、刑度及其減免等規定，衡量其犯罪與刑罰相互對應之合理性，以符憲法保障人民基本權之意旨及目的。

釋字第 790 號解釋協同意見書

憲法個案處罰顯然過苛禁止原則，再添新釋，保障人權，更上一層樓！

林俊益大法官　提出

壹、前言

本件解釋係**【栽種大麻罪案】**。

本解釋合併審理 3 件法官聲請及 1 件人民聲請案，聲請釋憲客體是，毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 12 條第 2 項及第 17 條第 2 項未包括犯第 12 條第 2 項之罪部分。

有關受理部分，釋憲結果如下：（一）第 12 條第 2 項關於犯罪情節輕微，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定**部分，違反憲法罪刑相當原則，應依本解釋意旨定期修正，逾期未修正，其情節輕微者，得減輕其法定刑至二分之一**；（二）第 17 條第 2 項規定未包括犯第 12 條第 2 項之罪部分，與憲法保障平等權之意旨尚無違背（合憲）。至於第 17 條第 1 項規定，並非法官審判時應適用之法律，不符本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所釋示「**應適用之法律**」的聲請要件，釋憲聲請應不受理。

本席就受理部分對同條例第 12 條第 2 項規定（下稱系爭規定一）宣告部分違憲，對同條例第 17 條第 2 項規定（下稱系爭規定二）宣告合憲，以及就第 17 條第 1 項規定應不受理的結論，均敬表贊同，對本號解釋理由，認有值得補充說明的地方，於是提出協同意見書。

貳、釋憲爭議的說明

聲請人一[1]就其所受理的原因案件，被告因栽種大麻植株 1 株被警查獲，起訴後經地方法院判處有期徒刑 2 年 6 月[2]，認系爭規定二未包括犯栽種大麻罪，有違憲法罪刑相當原則而聲請釋憲；聲請人二[3]就其所受理的原因案件，被告利用網購自英國購得大麻種子 40 顆，嗣栽種大麻植株 1 批（成株 2 株、枯株 1 株、幼株 1 株、萌芽 1 株）被警查獲，起訴後由聲請人二受理後，認系爭規定二未包括犯栽種大麻罪，有違憲法罪刑相當原則而聲請釋憲；聲請人三[4]就其所受理的原因案件，被告因栽種大麻植株 1 株被警查獲，起訴後經地方法院判處有期徒刑 2 年 6 月[5]，認系爭規定二未包括犯栽種大麻罪，有違憲法罪刑相當原則而聲請釋憲。

前揭 3 件法官聲請釋憲案，均認系爭規定二未包括犯系爭規定一之罪，致栽種大麻犯罪情節輕微者雖有自白，但仍無法依系爭規定二減輕其刑，有違憲法罪刑相當原則[6]。惟於本案受理之初，絕大多數大法官均認為系爭規定二未包括犯系爭規定一之罪，純屬立法政策選擇的問題，並無違反憲法罪刑相當原則。至於栽種大麻 1、2 株，數量極少，且供己施用，犯罪情節輕微，系爭規定一未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，此乃屬**個案處罰顯然過苛欠缺調節機制的**問題。為釐清此等憲法疑義，本院特於 108 年 11 月 19 日舉行說明會，在爭點題綱內，特別先列出系爭規定一有無違反憲法罪刑相當原則，再列出系爭規定二有

---

[1] 臺灣高等法院臺中分院刑事第五庭受理該院 108 年度上訴字第 495 號案件。

[2] 臺灣彰化地方法院 107 年度訴字第 1077 號判決參照。

[3] 臺灣新竹地方法院刑事第二庭受理該院 106 年度訴字第 94 號案件。

[4] 臺灣高等法院刑事第二庭受理該院 108 年度上訴字第 1861 號案件。

[5] 臺灣宜蘭地方法院 108 年度訴字第 24 號判決參照。

[6] 108 年 11 月 19 日說明會，與會的學者專家意見，均認為系爭規定二，未包括犯系爭規定一或毒品條例其他罪名，不違反罪刑相當原則。

無違反憲法罪刑相當原則，即在提醒本案聲請釋憲的違憲條文可能是**系爭規定一**，而非系爭規定二。所幸另有聲請人四（在所有的 62 大麻種子中，栽種 6 顆，發芽成株 2 株、幼株 5 株，起訴後經法院判決有罪確定）於本院公告舉行說明會後提出釋憲聲請案，援引本院釋字第 669 號解釋，對**系爭規定一**及二違反憲法罪刑相當原則，多所指摘。本院乃併案審理，作成解釋，宣告系爭規定一部分違憲，以保障人權，俾利被告有所救濟[7]；另宣告聲請人等主張的系爭規定二，與憲法保障平等權之意旨尚無違背。

參、第 12 條第 2 項部分的協同意見

一、審查原則：憲法個案處罰顯然過苛禁止原則

對人民受憲法第 8 條保障的人身自由或憲法第 15 條保障的財產權所為的限制，不得違反憲法第 23 條比例原則的要求。行政罰、刑事罰涉及對人民財產權、人身自由的限制，如有個案處罰顯然過苛時，應設有調節機制，否則即有違反憲法比例原則的要求，本院解釋先例上乃創設「**個案處罰顯然過苛禁止原則」以資**適用。

關於「**個案處罰顯然過苛禁止原則」的**解釋，創於本院釋字第 641 號解釋（97 年 4 月 18 日公布）所釋示：「採劃一之處罰方式，於**個案之處罰顯然過苛**時，法律未設適當之調節機制，顯不符妥當性而與憲法第 23 條比例原則尚有未符」。此一原則，先在有關行政罰[8]的釋憲案蘊釀開展，繼而被適用於刑事罰的釋憲案，

[7] 若無聲請人四聲請解釋系爭規定一，本來大法官準備以重要關聯性將系爭規定一納入審查範圍，如此被告始有獲得救濟的機會！

[8] 其他解釋如下：

1. 釋字第 685 號解釋：「其處罰金額未設合理最高額之限制，而造成**個案顯然過苛之**

轉為**罪責與處罰相當原則**作為審查基準。刑事罰部分，首推本院釋字第 669 號解釋（98 年 12 月 25 日公布）所釋示：「其中以未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍為處罰要件部分，**不論行為人犯罪情節之輕重，均以**無期徒刑或 5 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 月以上之有期徒刑，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**罪責與處罰不相對應**。首揭規定有關空氣槍部分，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，有違憲法第 23 條之比例原則。」

10 年後，本院釋字 775 號解釋（108 年 2 月 22 日公布）將**罪責與處罰相當原則改**稱為**憲法罪刑相當原則**，並釋示：「其**不分情節**，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，**一律加重**最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之**刑罰超過其所應負擔罪責之個案**，其人身自由因此遭受**過苛之侵害**部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符**憲法罪刑相當原則**，牴觸憲法第 23 條比例

處罰部分，逾越處罰之必要程度而違反憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違」。

2. 釋字第 716 號解釋：「於可能造成**顯然過苛處罰**之情形，未設適當之調整機制，其處罰已逾越必要之程度，不符憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違」。
3. 釋字第 786 號解釋：「中華民國 89 年 7 月 12 日制定公布之公職人員利益衝突迴避法第 14 條前段規定：……同法第 16 條規定：……未衡酌違規情節輕微之情形，一律處以 100 萬元以上之罰鍰，可能造成個案處罰**顯然過苛**而有情輕法重之情形，不符責罰相當原則，於此範圍內，牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違，應自本解釋公布之日起，不予適用。」
4. 釋字第 746 號解釋：「加徵之滯納金尚非**顯然過苛**」；釋字第 754 號解釋：「惟於個案**併合處罰時，對人民造成之負擔亦不應過苛**，以符合憲法第 23 條比例原則之精神」；釋字第 780 解釋：「一律規定終身不得考照，雖有**過苛**疑慮」。

原則。」同年本院釋字第 777 號解釋（108 年 5 月 31 日）更釋示：「102 年修正公布之上開規定（註：第 185 條之 4），**一律以** 1 年以上 7 年以下有期徒刑為其法定刑，致對犯罪情節輕微者無從為易科罰金之宣告，對此等情節輕微**個案構成顯然過苛之處罰**，於此範圍內，不符**憲法罪刑相當原則**，與憲法第 23 條比例原則有違。」使**個案處罰顯然過苛禁止原則**在刑事罰的違憲檢討上，發揮到淋漓盡致[9]！影響所及，毒品條例於 109 年 1 月 15 日修正公布（自 109 年 7 月 15 日施行）時，增訂第 17 條第 3 項規定：「被告因供自己施用而犯第 4 條之運輸毒品罪，且**情節輕微**者，**得減輕其刑**。」也是憲法個案處罰顯然過苛禁止原則的體現！

有鑑於此，本案聲請釋憲意旨所涉，栽種大麻數量極少且僅供已施用的犯罪情節輕微個案，課以重罰，一看即知，是有關**個案處罰顯然過苛禁止原則的**問題，本解釋亦釋示：系爭規定一「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，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定**，於此範圍內，對

[9] 其他解釋如下：

1. 釋字第 646 號解釋：「系爭規定之法定刑已賦予法院針對行為人犯罪情節之輕重，施以不同程度處罰之裁量空間，再配合刑事訴訟法第 253 條微罪不舉、第 253 條之 1 緩起訴、刑法第 59 條刑之酌減及第 74 條緩刑等規定，應足以**避免過苛之刑罰**。」
2. 釋字第 777 號解釋：「88 年系爭規定（註：第 185 條之 4）……，得因個案情節之差異而宣告不同的刑度，俾使犯罪情節輕微之個案得依刑法第 41 條第 1 項本文易科罰金，以避免執行短期自由刑或易服社會勞動，致過度影響行為人重新回歸一般社會生活之流弊（本院釋字第 662 號及第 679 號解釋參照），藉由法官裁量權之行使，**避免個案過苛之情形**，88 年系爭規定有關刑度部分，與憲法罪刑相當原則尚無不符，未違反比例原則。」

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。」

二、違憲宣告方式：定期修法，逾期未修，情節輕微個案，減輕其刑

上開解釋文提及「**併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定**」。所謂「**併為減輕其刑之規定**」，例如槍砲彈藥刀械管制條例依本院釋字第 669 號解釋意旨，修正同條例第 8 條時增訂第 6 項規定：「犯第 1 項、第 2 項或第 4 項有關空氣槍之罪，其**情節輕微者**，得**減輕其刑**[10]。」再依刑法第 66 條規定，得減輕其刑至二分之一。

所謂「**另為適當刑度之規定**」，例如刑法第 185 條之 1 第 1 項規定：「以強暴、脅迫或其他非法方法劫持使用中之航空器或控制其飛航者，處死刑、無期徒刑或 7 年以上有期徒刑。**其情節輕微者，處七年以下有期徒刑。**」同條第 3 項規定：「以第 1 項之方法劫持使用中供公眾運輸之舟、車或控制其行駛者，處 5 年以上有期徒刑。**其情節輕微者，處 3 年以下有期徒刑。**」

上開二種調節個案處罰顯然過苛的立法模式，各有優劣。**採減輕其刑方式者**，系爭規定一法定刑 5 年以上有期徒刑，至多只能減至二分之一即 2 年 6 月，必須再符合刑法第 59 條所定「情狀顯可憫恕」的要件，始得酌減其刑至 1 年 3 月有期徒刑，始有

---

[10] 其他法律亦有相同規定，例如：

1. **貪污治罪條例第 12 條規定**：「犯第 4 條至第 6 條之罪，**情節輕微**，而其所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣 5 萬元以下者，減輕其刑。犯前條第 1 項至第 4 項之罪，**情節輕微**，而其行求、期約或交付之財物或不正利益在新臺幣 5 萬元以下者，亦同。」（81 年 7 月 17 日修正時，即採情節輕微者，減輕其刑之立法方式。）
2. 90 年 9 月 28 日修正公布之陸海空軍刑法第 17 條第 4 項規定：「犯前 3 項之罪，**情節輕微者，得減輕其刑。**」（其他如同法第 18 條第 4 項、第 19 條第 4 項、第 58 條第 5 項、第 59 條第 4 項、第 64 條第 4 項均有「**情節輕微者，得減輕其刑**」之規定可供參考。）

可能為緩刑的宣告（必須符合刑法第 74 條宣告緩刑的要件）；**採適當刑度方式者，法定刑** 5 年以上有期徒刑，得修正為「其情節輕微者，處 5 年以下有期徒刑」[11]，如栽種大麻 1 株且供己施用，犯罪情節輕微，即可能判處有期徒刑 2 月，得易科罰金，無入監服刑的問題。

本院為尊重立法機關的立法形成自由，是以本解釋的違憲宣告方式，採定期修法方式，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。」解釋理由並特別敘明「其情狀顯可憫恕者，仍得另依刑法第 59 條規定酌減其刑。」以杜爭議。實務上操作方式，由法院**先判斷栽種大麻的犯罪情節是否輕微**，如屬犯罪情節輕微，即得依本解釋意旨減輕其刑，至多減至二分之一；如其情狀顯可憫恕者，仍得另依刑法第 59 條規定酌減其刑，至多減至二分之一。

關於犯罪情節是否輕微的判斷，解釋理由雖註明：例如栽種數量極少「且」僅供己施用[12]「等」，**惟必須特別說明**，上開 2 種情形，僅係舉例說明，此觀解釋理由特別用「等」字自明。換言之，並非以栽種數量極少「且」僅供己施用之情節為唯一判斷基準。法院審理時，可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、是否僅供己施用、有無營利性或商業性、造成危害的大小等各種因素綜合判斷其犯罪情節是否輕微（可參見附件一：北三院栽種大麻犯罪情節輕微分析

[11] 謝煜偉教授於 108 年 11 月 19 日說明會提供鑑定意見時，即主張將情節輕微者之刑度規定在「5 年以下有期徒刑」較為適當。

[12] 毒品條例於 109 年 1 月 15 日修正公布（自 109 年 7 月 15 日施行）時，增訂第 17 條第 3 項規定：「被告因**供自己施用**而犯第 4 條之運輸毒品罪，且**情節輕微**者，**得減輕其刑**。」亦以「**供自己施用**」作為減輕其刑的要件。

表）。

肆、第 17 條第 2 項部分的協同意見

本釋憲爭議，說白一點就是，同樣是違反毒品條例的被告，都在偵查中及審判中自白，為何犯第 4 條至第 8 條之罪的被告自白，就可以獲得法定刑「**外**」**減輕其刑**至二分之一，犯第 12 條第 2 項栽種大麻罪的被告雖有自白，還是只能在法定刑「**內**」**從輕量刑**，而無法獲得法定刑「外」減輕其刑至二分之一的寬典？聲請人等認為，同樣是被告自白，為何有如此大的差別待遇？一者在法定刑「**外**」減輕其刑至二分之一；一者在法定刑「**內**」從輕量刑。

系爭規定二明定：「犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。」犯特定的罪，在一定期間內自白，是否給予減輕其刑的優惠措施，此乃涉及刑事政策的選擇，原則上屬於立法形成自由的範疇，在我國刑事立法上，行之有年。

自白減輕其刑之刑事政策，肇始於 17 年 3 月 10 日的舊刑法第 176 條及第 184 條，規定「裁判確定前自白者，減輕其刑」。繼而於特別刑法，52 年 7 月 15 日修正公布的貪污治罪條例第 8 條第 2 項規定：「犯第 4 條至第 8 條之罪，偵查中自白，減輕其刑。」此種立法方式，將本應於同條例第 4 條至第 8 條條文內規定偵查中自白減輕其刑的規定，彙整為一條條文即第 8 條第 2 項而為規定，是一種**不完全法條**規定。之後許多特別刑法，基於刑事政策的考量，也有類似「自白減輕其刑」的規定。其**規範自白減輕其刑的方式，依刑事政策要求的不同而有些許的差異如下：（一）**偵查中自白；（二）偵查中**或**審判中自白；（三）偵查中**及**

審判中自白；（四）裁判**確定前**自白；（五）**得**減輕其刑與【應】減輕其刑；（六）減輕其刑與減輕或**免除**其刑；（七）單純自白與自白外，附加**如自動繳交全部犯罪所得者；（八）於偵查中自白**，並提供資料**因而查獲其他正犯或共犯者**，減輕或免除其刑（各種類型之具體規定例子，詳如附件二）。

法律規定自白減輕其刑，既係立法形成自由的範疇，如因有減輕其刑規定與其他無減輕其刑規定間，形成差別待遇時，採**寬鬆的審查標準**，以判斷有無違反憲法平等原則保障的要求。如其目的係為追求**正當**公益，且所採取手段與目的的達成間具有**合理關連**，即與平等原則無違。

系爭規定二之立法目的「**在於使刑事訴訟程序儘早確定，鼓勵被告自白認罪，開啟其自新之路**」，核其目的**正當**。系爭規定二**採取的分類標準**是，有助於刑事訴訟儘早確定的自白，因此，如自白與刑事訴訟程序儘早確定之間，不具關聯性或關聯性較低，該被告雖有自白，仍不享有減輕其刑的寬典。

犯毒品條例第 4 條至第 8 條之運輸、販賣、製造毒品罪，依一般偵查、審判的實務經驗觀之，犯運輸、販賣、製造毒品罪，通常該罪的法定刑度都比較重（例如死刑、無期徒刑、10 年或 7 年或 5 年以上有期徒刑），案情比較隱密而複雜，蒐集或調查證據都比較困難，被告怕被判重刑，通常否認犯行的情形比較多，致其偵查、審判程序較難順利進行，且因判處重刑，被告較不易折服，通常會上訴到底，上訴程序又可能因認定事實爭議而迭次發回更審，刑事訴訟程序較不易確定；如被告有自白，則偵查、審判程序較易順利進行，被告獲得法定刑外減輕其刑的寬典，比較容易折服而告確定，被告自白對刑事訴訟程序的儘早確定，助益較大。反之，栽種大麻（植株）罪，大抵依搜索方式而查獲，

查獲現場即有相關栽種大麻（植株）的犯罪工具與栽種成果，蒐集、調查證據比較容易，在事證明確下，通常情形被告否認犯行的情形較少，刑事訴訟程序較易順利進行，最後法院於量刑時，通常會考量犯罪後的態度良好，從輕量刑，利己利公，被告有無自白，對刑事訴訟程序的確定影響不大，即被告自白與刑事訴訟程序之儘早確定關聯性較低，立法者因而未將犯系爭規定一的犯罪者自白列入減輕其刑之列，而僅以之為法院適用刑法第 57 條所定犯罪後態度之審酌事項，其差別待遇，尚無顯不合理之處。

本解釋之公布，勢必帶來更多的釋憲聲請案，聲請人將以其所犯罪名之自白並無減輕其刑的規定，與任何一條有自白減輕其刑的規定作比較，主張二者形成差別待遇，有違憲法平等原則而聲請釋憲。然聲請人必須提出其自白與刑事訴訟程序儘早確定之間，具有客觀合理之關聯性，自屬當然！

伍、附帶一提：微調人民聲請釋憲「確定終局判決」的認定

按司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「人民……於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於**確定終局裁判**所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。」向來大法官決定是否受理人民聲請釋憲案時，必先決定其**確定終局判**決為何？如高等法院刑事判決有上訴於最高法院，將視最高法院刑事判決駁回上訴的理由是上訴不合法或無理由而決定何者為**確定終局判決**。如最高法院刑事判決以聲請人的上訴不合法予以駁回者，即以高等法院刑事判決為**確定終局判決**。釋憲結果如經大法官解釋宣告某法條違憲，聲請人即得向該**確定終局判決的法院**聲請再審。

本案聲請人四曾就臺灣高等法院臺南分院（下稱臺南分院）107 年度上訴字第 408 號刑事判決提起上訴，經最高法院 108 年度台上字第 1050 號刑事判決以其上訴違背法律上之程式，駁回其上訴。依本院釋憲先例，本應以臺南分院刑事判決為**確定終局判決**，惟因臺南分院刑事判決僅適用系爭規定一而未適用系爭規定二，最高法院刑事判決則「**論及**」[13]系爭規定一及二。多數意見為讓聲請人四指摘系爭規定一及二的釋憲聲請為合法，一改往例，僅謂「上開確定終局判決」，而未言明何者為確定終局判決，究竟是臺南分院刑事判決？還是最高法院刑事判決？**語焉不詳**，大法官不語，留諸日後聲請再審時，依刑事訴訟法相關規定及訴訟實務見解[14]解決之，隱藏改變往昔本院釋憲實務有關確定終局判決之認定方式，其意在保障人權，用心良苦，應值肯定！

本席認為，司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所定的**確定終局判決**，只是聲請釋憲的要件，未必要與刑事訴訟法上所定的**確定終局判決**，同其意涵。聲請人如要聲請再審，仍應回歸刑事訴訟法相關規定及實務運作。本件聲請人四如要聲請再審，仍應向臺南分院聲請。至於刑事訴訟法第 426 條第 3 項規定：

---

[13] 最高法院該刑事判決略以：毒品危害防制條例第 17 條第 2 項係規定，犯「第 4 條至第 8 條」之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。被告意圖供製造毒品之用，而栽種大麻，其所犯係同條例「第 12 條第 2 項」之罪，該罪並無同條例第 17 條第 2 項關於自白減輕其刑規定之適用，原判決就此已於理由欄論述甚詳，於法並無違誤，不生有違憲疑義而裁定停止訴訟，以聲請司法院大法官解釋之問題。—**從上開判決意旨觀之，本判決究竟有無「適用」系爭規定二？殊值檢討。**

[14] 最高法院 108 年度台抗字第 564 號裁定要旨：「按再審程序係就確定判決事實錯誤所設之救濟方法，除有刑事訴訟法第 426 條第 3 項前段所定情形外，應由判決之原審法院管轄。又上級審法院以上訴不合法，從程序上判決駁回原審實體判決之上訴者，聲請再審之客體為原法院之判決，該再審案件，仍應由原判決之法院管轄。」104 年度台聲字第 147 號裁定謂：「按再審程序係就確定判決事實錯誤所設之救濟方法，除有刑事訴訟法第 426 條第 3 項所定情形外，應由判決之原審法院管轄。又上級審法院以上訴不合法，從程序上判決駁回上訴者，**聲請再審之對象為原法院之判決**，並非上級審法院之程序判決，該再審案件，仍應**由原判決之法院管轄**。」

「判決在第三審確定者，對於該判決聲請再審，除以第三審法院之法官有第 420 條第 1 項第 5 款情形為原因者外，應由第二審法院管轄之。」所稱「判決在第三審確定者」係指最高法院認為上訴無理由而判決駁回上訴的實體判決而言，不包括以上訴不合法或不合法律上之程式為由而以程序判決駁回的情形。併此敘明。

本席始終認為，釋憲過程能在保障人權的里程上跨出一步，就儘量跨出去！也就能多保障一些！積沙成塔，滴水穿石！

附件一：北三**院有關栽種大麻犯罪情節輕微案件量刑一覽表**

法院別	案號	栽種大麻犯罪情節輕微	處徒刑及減輕理由
臺北地方法院	107 年度訴字第 250 號	向國外（歐洲）網購大麻種子 15 顆，同意搜索查獲，栽種大麻植株 5 株（販賣他人時為警查獲）	2 年 7 月（依刑法第 59 條酌減）
同上	106 年度訴字第 615 號	自國外（英國）網購大麻種子 7 顆，持搜索票查獲栽種大麻植株 2 株	1 年 6 月（依刑法第 59 條酌減+自首）
同上	101 年度訴字第 585 號	在國內由外籍人士取得大麻種子 4 顆，持搜索票查獲栽種大麻植株 3 株	2 月 10 月（依刑法第 59 條酌減）
同上	99 年度訴字第 1952 號	在國內向不詳人士購得大麻種子 5 顆，持搜索票查獲栽種大麻植株 1 株（同時施用大麻犯行）	3 年 6 月（依刑法第 59 條酌減）
同上	99 年度訴字第 1228 號	在國內向不詳人士購得大麻盆栽 1 株，回家栽種成熟，採集大麻葉子曬乾，供己施用。持搜索票查獲	5 年 2 月
士林地方法院	107 年度訴字第 202 號	自印尼購得大麻種子 2 顆進口輸入栽種，經同意搜索查獲栽種大麻植株 1 株	2 年 6 月（依刑法第 59 條酌減）
同上	106 年度訴字第 298 號	向國外（英國）網購大麻種子 5 顆，經同意搜索查獲栽種大麻植株大、小各 1 株（共 2 株）	2 年 6 月（依刑法第 59 條酌減）

同上	98 年度訴字第 379 號	在國內向友人取得大麻植株回家栽種，持搜索票查獲栽種大麻植株 1 株（供己施用）	2 年 8 月（依刑法第 59 條酌減）
新北地方法院	108 年度訴字第 307 號	在國內向不詳人士購得大麻種子 4 顆，持搜索票查獲栽種大麻植株 2 株	2 年 6 月（依刑法第 59 條酌減）
同上	108 年度訴字第 253 號	在國內向不詳人士購得大麻種子 16 顆，持搜索票查獲栽種大麻植株 1 株	2 年 8 月（依刑法第 59 條酌減）
同上	107 年度訴字第 1104 號	向國外網購大麻種子 5 顆，持搜索票查獲栽種大麻植株 3 幼株（供己施用）	2 年 6 月（依刑法第 59 條酌減）

附件二：刑事法有關自白減輕其刑之態樣及其規定一覽表

自白減輕其刑的態樣	相關刑事法規定
1. 偵查中自白	總統副總統選舉罷免法第 86 條第 5 項 公民投票法第 36 條第 5 項
2. 偵查中或審判中自白	貪污治罪條例第 11 條第 5 項 資恐防制法第 11 條第 2 項 證券投資信託及顧問法第 109 條第 2 項
3. 偵查中及審判中自白	毒品條例第 17 條第 2 項 組織犯罪防制條例第 8 條
4. 裁判確定前自白	刑法第 166 條
5. 得減輕其刑	消費者債務清理條例第 149 條第 2 項
6. 減輕其刑	毒品條例第 17 條第 2 項
7. 減輕或免除其刑	貪污治罪條例第 11 條第 5 項
8. 自白外附加並自動繳交全部所得財物者	貪污治罪條例第 8 條第 2 項 農業金融法第 41 條第 2 項
9. 自白附加並提供資料因而查獲其他正犯或共犯者	人口販運防制法第 37 條

釋字第 790 號解釋協同意見書

蔡宗珍大法官提出

本號解釋之標的有二,分別是毒品危害防制條例第 12 條第 2 項（系爭規定一）栽種大麻罪之刑罰合憲性，以及同條例第 17 條第 2 項（系爭規定二）減刑規定不包括犯系爭規定之罪之合憲性。前者經以比例原則審查，認定與憲法罪刑相當原則不符而違憲；至於後者，則以平等原則審查後，認定「與憲法第 7 條保障平等權之意旨，尚無違背」。本席認為系爭規定一之刑度合憲性既經認定違反比例原則，已無依平等原則審查之實益，而系爭規定二無法直接作為憲法平等原則審查之標的，其規範內容與平等原則無涉，不必也不應以平等原則為準據審查之。因涉憲法平等原則審查之論理基礎，有釐清之必要，爰提協同意見書如下：

一、 系爭規定一經比例原則審查後,已無再依平等原則審查之實益

本號解釋以比例原則審查系爭規定一，就其法定刑為 5 年以上有期徒刑部分，對違法情節輕微之個案可能因處罰過苛而過度限制人身自由權，因而認定於此範圍內，違反憲法比例原則所蘊含之罪刑相當原則。系爭規定一之刑度規定部分既經認定違憲，且解釋理由已諭示立法機關應朝「併為減輕其刑或另為適當刑度之規定」的方向修正，就此而言，實無再依平等原則審查系爭規定一與其他可比較之犯罪處罰規定間，是否有恣意性差別待遇之必要性與實益。

二、 系爭規定二本身無法作為平等原則之審查標的;得以平等原則審查者，理應為各條犯罪之規定

系爭規定二明定:「犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。」係就所列之罪，於符合自白要件時，法院應予減輕法定刑度之規定，性質上為各該犯罪成

立後科刑之特別規定。而立法者就不同之犯罪，除分別規定其構成要件與法定刑外，另考量各該犯罪之罪刑關係，設定共通適用之減輕其刑之條件，並於系爭規定二中合併定之，係立法者本於其立法形式選擇自由所為立法技術之決定，主要在於簡化條文，避免重複。立法者原亦得不厭其煩地於第 4 條至第 8 條逐條規定相同的減刑要件！是以，系爭規定二並不因此等合併規定之立法技術而取得獨立於所列犯罪規定外的規範地位與功能，而是仍從屬於第 4 條至第 8 條之犯罪處罰規定。換言之，系爭規定二為典型的不完全法條性質，必得附麗於犯罪構成與處罰之法條，始得產生完全之規範功能。唯有犯罪行為該當第 4 條至第 8 條所定任一犯罪構成要件，並依各該條法定刑之規定予以初步量刑後，始進而適用系爭規定二減輕其刑。系爭規定二本身既不具獨立規範內涵，自無法作為平等原則審查的標的（立法技術如何為平等與否之比較？），也無從將未出現於系爭規定二中的「犯第 12 條之罪」與同條文所列「犯第 4 條至第 8 條之罪」，進行分類與比較。

精確言之，可依平等原則進行比較審查者，應為各條犯罪規定。多數意見所欲進行的平等審查，其實是「犯第 12 條之罪於偵查及審判中均自白者」未有減刑之規定，是否與「犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及審判中均自白者」之規定，存有違反平等原則之恣意性差別待遇！細究此一擬依平等原則審查之問題，其審查標的，實為系爭規定一，亦即犯系爭規定一之罪未有自白減刑規定，用以與之比較之「對照組」，則為系爭規定二所列犯第 4 條至第 8 條之罪—有自白減刑之規定。此一問題實則仍涉及是否符合罪刑相當原則之問題，而如前所言，本號解釋既已認定系爭規定一之刑度規定違反憲法比例原則，即無再為平等審查之必要。平等原則於此所可能導出之要求，已為本解釋基於比例原則之審查所諭示修法改善之要求而吸收。

然本號解釋卻仍逕以系爭規定二為平等審查之標的，不但忽視系爭規定二本身的技術性與規範從屬性，且不啻有「主客易位」之謬誤，爭議主角（系爭規定一，無自白減刑之規定）隱而不顯，反使原為範本者（系爭規定二，具自白應減刑之規定）成為眾矢之的。正因平等審查標的之錯置，以致於解釋理由中就系爭規定二「不特別將犯系爭規定一之罪而自白者納入應減輕其刑之列……，其差別待遇尚無顯不合理之處」的理由不但左支右絀，難以自圓其說，且無法理解其所據以比較之「對照組」與比較基準究竟為何。僅就解釋理由中所述，似近於「比較」之內容來看，雖名為審查系爭規定二，實則顯然以系爭規定一之犯罪構成要件與訴訟程序之關連性等為主要之考量，因此實質上仍在審查系爭規定一未有自白減刑之規定，相較於犯第 4 條至第 8 條之罪有自白減刑之規定，是否有違平等原則。多數意見縱得出系爭規定二尚無違背憲法平等原則之結論，然仍不出系爭規定一是否合於比例原則之考量；不寧惟是，平等原則之審查標的竟可因此而名實不符，實令人憂慮其論理架構是否已生鬆脫之勢！

釋字第 790 號解釋部分協同部分不同意見書

黃虹霞大法官提出

我不抽煙、不喝酒，更不抽大麻，也誠摯呼籲「遠離毒品」！但針對不喜歡之行為，作為大法官仍應就事論事，力求客觀中立以處事。

相較於煙、酒，大麻相關行為被以毒品尤其重罪科罰，沒有檢討空間嗎？本席有疑！

三聲請案法官本不忍人民之心（不忍對僅種植少數大麻植株且於偵審中均自白等被告，依現行毒品防制條例第 12 條第 2 項規定科以 2 年 6 月以上之有期徒刑，且因而不符緩刑要件，被告必須入監服刑，刑罰之利弊失衡），提出本件釋憲聲請，是司法為民之具體展現，其等之聲請合於受理要件，本席贊成多數意見，即認應予受理；後來併案處理之人民聲請部分，應予受理，本席同意。

三件法官聲請案係針對毒品防制條例（下稱毒品條例）第 17 條第 2 項及第 1 項規定提出釋憲聲請，多數意見選擇以擦邊球方式，將未在聲請案聲請範圍之毒品條例第 12 條第 2 項規定亦納入審查範圍，甚至以之作為主軸，作成部分違憲解釋。多數意見用心良善，也堪解決聲請法官之良知上困難（依本解釋意旨得處 1 年 3 月有期徒刑，有緩刑空間），就毒品條例部分雖仍有更深入處理空間而未盡美，但尚可勉予贊同。然此種以毒品條例第 12 條第 2 項過苛違憲替代處理之方式，未根本解決全部問題，尤其解釋文第 2 段認毒品條例第 17 條第 2 項未違反憲法第 7 條平等原則部分及對第 17 條第 1 項為不受理決定部分，本席均難以贊同，爰提出本意見書。理由如下：

一、本件是刑事處罰，涉及憲法第 8 條人身自由保障。

國家以刑罰處罰人民，必須符合眾多憲法原則，其中之一為最後不得已手段即需符合比例原則。本院解釋多次提及憲法罪刑相當原則，[1]就是比例原則在單一具體刑事處罰條文中之實踐，本件解釋關於毒品條例第 12 條第 2 項規定違憲部分，延續此種見解。然則憲法罪刑相當原則非僅適用於單一刑罰規定，尚可適用於同一刑法典，甚至可跨法典比較適用，此為本院特為本件聲請案所召開說明會中與會聲請人、相關機關及學者專家之共識。

此種跨法規適用罪刑相當原則之情形，本席以為具體涉及者至少應包括平等原則。關於平等原則或平等權保障係憲法第 7 條所規定，從憲法規定條次觀之，平等權保障尤先於人身自由，惟在本院釋憲先例上，平等權保障之具體實踐上遠不及人身自由之保障，[2]本席在前所提意見書中即已曾認平等權未受應有之重視。[3]尤其過去本院解釋先例中，關於平等原則對於立法形成自由之退讓，均係指刑罰以外不涉人身自由者，[4]而本件就毒品條例第 17 條兩項規定部分，已然涉及刑罰即事關人身自由，情形不同。就本件聲請言，平等原則與立法形成自由間之關聯，自應進一步思維，是否宜予維持針對與人身自由無關、與刑罰無關之財產權等先例之低度審查標準？本席以為應不然。但多數意見則認維持原低標審查為適當，因此多數意見就毒品條例第 17 條第 2 項規定，乃得到合憲之結論。

二、關於毒品條例第 12 條第 2 項部分：

（一）毒品條例在刑法鴉片罪章之外，大大加重法定刑，且各罪均未區分情節輕重，於比例原則應難謂合：

1、毒品條例係特別刑法，其在刑法鴉片章之外，擴大毒

[1] 例如本院釋字第 669 號解釋、第 775 號解釋及第 777 號解釋。
[2] 請參見附件一。
[3] 請參見本席於釋字第 779 號解釋提出之部分協同部分不同意見書。
[4] 請參見附件一。

品處罰範圍，並大大加重法定刑之事實，比對二者之規定內容即明。

2、為何擴大毒品範圍？為何加重法定刑？固然有立法裁量之空間，但裁量不等於恣意，有裁量就必然應有反省檢討，即毒品範圍由刑法鴉片章所處罰之鴉片、嗎啡、高根、海洛因或其他化合質料，及其種子罌粟，擴大到本件相關之大麻及其種子等；毒品處罰法定刑提高，此二者俱應與時俱進，隨時檢討，本屬當然。依犯罪統計資料，毒品犯罪案件數量一直最高，再犯率亦高，在監服刑人犯近半數為毒品犯，此一現象已連續多年且未見有效改善，顯然有再檢討空間。

3、自刑法鴉片章到毒品條例：就同一毒品相關犯罪，均未區分犯罪情節輕重，而明定並異其法定刑度，全然讓諸法官於法定刑範圍內裁量之，如此，除生個別法官之量刑標準不一而處斷刑輕重失衡之不當外，更因毒品條例將法定刑提高而在具體個案中，出現如本件聲請案，法院認法重情輕不忍判重刑之狀況。此種法重情輕狀況，非僅毒品條例第 12 條第 2 項情形而已，其他同條例之重罪情形，亦同，俱有牴觸比例原則可能，除毒品條例第 12 條第 2 項規定應依本解釋意旨處理外，就其他同條例規定相關機關允宜主動檢討。法院於個案處理，如參考臺灣高等法院臺中分院 104 年度上易字第 2 號及其上級審即最高法院 106 年台抗字第 892 號刑事裁定，處理刑事訴訟法第 376 條第 4 款案件時，認可類推適用本院釋字第 752 號解釋之例，就毒品條例其他重刑規定，類推適用本件解釋予減輕其刑，似亦非不宜。

（二）大麻之危害性高嗎？

1、大麻是毒品條例所規範之第二級毒品之一。如其成癮性、依賴性及對人體之損害，相較於菸、酒均為低，[5]且相較

[5] 請參見附件二之圖。該圖來源為雷漢欣，〈大麻究竟有多可怕？〉（2014 年 8 月 21 日），刊於 https:// pansci.asia/archives/62374（最後瀏覽日：2020 年 3 月 17 日）。

於合法處方藥等，大麻之致死案例為零或極低，[6]則大麻之危害性不高，以重罪處罰之，是否合於比例原則，應有檢討空間。又依刑事法主管機關法務部之統計資料，違反毒品條例第 12 條第 2 項偵查終結起訴案件很少，[7]此等行為對社會之危害性也相對不大。

2、尤其自殘行為不罰，德國聯邦憲法法院甫判決該國刑法幫助自殺有罪規定違憲，[8]如果種植大麻、製造大麻、運輸大麻都是為自行施用目的，本質上與自殘行為有差異嗎？是不是只是方法手段不同而已，為何後者要被處以 5 年以上有期徒刑？不需要檢討嗎？

3、CNN 有一個醫學專題節目 Weed，是 Dr. Sanjay Gupta 製作，幾年前曾深入探討過大麻，這是因大麻之醫療用途（治療癲癇）個案而起，影片中提及大麻在美國被列為毒品之歷史因素、在美國各州及其他國家除罪與否之狀況及正反意見等。不經一事，不長一智，本席前執行律師業務期間，從未處理過毒品相關案件，對毒品之認識極有限，甚至下意識地拒絕、排斥。此番雖因處理本案而對大麻略作了解，所知仍很少，惟感覺大麻之為毒品及相關行為被論以重罪，隱隱不安，似值進一步研究及討論。此部分不在聲請範圍，大法官就此並未深入探究，本席雖感不安，惟雙拳難敵四手，唯期待於大方；又釋憲是解決問題之一種途徑，但應是最後途徑，併期待於立法等相關機關主動反省檢討之。

---

[6] 請參見，東邪黃藥師，〈法務部否決「大麻降級」提案的背後，你可以去質疑的幾件事〉（2016 年 11 月 3 日），刊於 https://www.thenewslens.com/feature/420taiwan/53121 （最後瀏覽日：2020 年 3 月 17 日）。

[7] 依法務部 108 年 7 月 30 日法檢字第 10804518260 號函，95 年至 107 年間，違反毒品條例第 12 條第 2 項偵查終結之案件數為 117 件。

[8] BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020 - 2 BvR 2347/15 -, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/02/rs20200226_2bvr234715.html；英文摘要則請參見 https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-012.html;jsessionid=B0FFAC795DD1FE95F1BD6FF9A38DB171.1_cid394。

（三）本件解釋固舉種植大麻數量極少且僅供自己施用為情節輕微之例示，但已在其末加「等」字，除說明係例示外，亦無暗示或限制其他情形即非屬情節輕微之意。關於個案情節輕微之認定，乃屬法院自由心證範圍。

（四）本件解釋文第 1 段末諭知於一年內修正及其情節輕微者，法院得依本解釋意旨減輕其刑部分，固屬妥當。惟其中以「逾期未修正」為條件部分，則將使已繫屬之聲請案無法立即繼續處理，致生延宕，且非聲請案之其他類似案件，因不在本解釋範圍，可能發生不同法官有不同處理之結果，更為不當。蓋本件係宣告刑事法規定違憲，本質上非不應溯及適用，若考慮法安定性而不諭知溯及失效，至少應認於解釋公布時即應一體適用於尚未裁判確定之案件，始符憲法第 8 條保障人身自由之旨。本席爰無法贊同之。

三、關於毒品條例第 17 條第 2 項及第 1 項部分：

（一）違反毒品條例第 12 條第 2 項規定行為不在得依毒品條例第 17 條第 2 項及第 1 項規定，減輕或免除其刑之列，此為聲請意旨訴求之重點。查毒品條例第 12 條第 2 項規定，係毒品條例 87 年修正增訂，即原只處罰意圖販賣而持有罌粟種子行為，未處罰栽種大麻或大麻種子行為，且原所處罰之持有罌粟種子行為係併規定於第 7 條，為其第 3 項(81 年修正後條次變更為第 5 條第 4 項)，且其法定刑（５年以上有期徒刑）低於前 2 項之意圖販賣而持有煙、毒罪（7 年以上有期徒刑、10 年以上有期徒刑)。87 年修正後，仿刑法修正草案第 260 條規定，改為處罰栽種行為，並自原條次移出另立獨立條文即現行第 12 條內（但除罌粟外擴充處罰栽種大麻，且法定刑高於刑法第 260 條規定)，至於栽種大麻之法定刑則與第 5 條意圖販賣而持有第二級毒品罪同（均處 5 年以上有期徒刑)。[9]

[9] 請參見毒品條例第 12 條第 2 項之立法沿革及立法資料(《立法院公報》，84 卷，

（二）由前（一）之立法資料可知：87 年修法將第 12 條移出原條次（81 年修正後第 7 條即 87 修正後第 5 條），獨立成一條，只是單純立法方式之選擇，非為邏輯上之應然與必然。故若 87 年修法當時，未將栽種行為移出第 5 條而仍屬第 5 條之項次之 1，沒有任何邏輯上之齟齬，果如此，本件困擾即根本不會發生；而且若謂毒品條例第 17 條規定未包括毒品條例第 12 條第 2 項規定，係立法疏漏並保護不足，應非不合理。

（三）又毒品條例第 12 條第 2 項之法定刑係仿第 5 條第 2 項（意圖販賣而持有第二級毒品罪），如果其他事實條件（如數量）相似，二者罪質輕重相較，第 12 條第 2 項應不高於第 5 條第 2 項，但在現行即 98 年修正第 17 條兩項規定下，同樣偵審中自白或供出源頭等，卻有應減輕或免除其刑與否之重大差異，事關被告人身自由甚鉅！而為何第 17 條立法理由所稱所採行之寬厚刑事政策，未包括第 12 條第 2 項？98 年修正立法理由中沒有特別說明，寧非立法疏漏耶？！

（四）查減輕或免除其刑與否，固可由立法選擇，但一則如前所述，本件爭議究係立法有意選擇不包括第 12 條第 2 項規定，抑或立法疏漏，不無疑問；二則立法選擇寧無外部界線哉？可以不以刑法體系正義為準繩嗎？可以就同涉及大麻之前後階段行為，相同之事實狀況比如偵審中均自白，而異其得否減輕等之結果，致重罪輕判、輕罪重判，甚至較重罪者可以緩刑，而栽種 1、2 棵大麻者必須入監服刑 2 年半嗎？這樣合乎事理之平而仍無違平等原則嗎？本席期期以為不然。本席認為毒品條例第 17 條兩項規定未包括毒品條例第 12 條第 2 項之罪，為違憲（事實上毒品條例第 12 條第 1 項之罪也有類似情形，但不在爭議範圍）。本席之看法如化為解釋文及理由，單由罪刑相當原則及比例原則著眼，其

65 期，頁 197 至 198）。

內容約略如附件二（該附件僅就毒品條例第 17 條第 2 項為論述，至第 1 項部分，理由類似，不另贅述）；另若由平等原則下手，亦應可得出違憲之結論。

（五）或謂本件解釋文第 1 段即毒品條例第 12 條第 2 項法定刑過苛違憲之結論，即可支持第 17 條兩項規定合憲，或不受理亦不致生不利，惟本席亦不以為然。因為過苛與否與偵審中自白或供出來源等係全然不同之事項，魚是魚、蝦是蝦，不應相混淆，更不能相抵減。而且若毒品條例第 4 條至第 8 條、第 10 條及第 11 條亦可因情節輕微過苛而減輕其刑時，就第 12 條第 2 項之罪與毒品條例第 4 條等罪相較，犯毒品條例第 12 條第 2 項之罪且於偵審中自白等者，仍受不得依第 17 條規定減輕其刑等不合理差別待遇，而仍有違反平等原則之情形。

（六）毒品條例第 17 條第 1 項與第 2 項規定未包括同條例第 12 條第 2 項是否違憲之爭議類似，結論也難相像有異，且第 1 項業經法官聲請在案，允宜併同處理之，未併同處理，徒增未來之困擾而已。尤其如何解讀第 1 項規定要件之適用，見仁見智，聲請法官之見解與刑事法院之通說縱有不同，充其量是於其裁判後，就其法律見解應受上級審法院之審查而已，本院不是刑事大法庭，何有逕予實質認定之理？又如果係認此部分合憲，於心難安，則正確之道應是回頭反思：以與本屬偵審人員責任範圍內之刑事訴訟程序儘早確定之關聯性較低為由，認毒品條例第 17 條第 2 項規定合憲，是否妥當？而非不面對之，就第 1 項部分予不受理處理。是此部分本席難予贊同。

四、就事論事，本席認毒品條例有檢討改進必要，但仍誠摯呼籲「遠離毒品」！

附件一：99 年至 109 年間關於平等權、人身自由之本院解釋

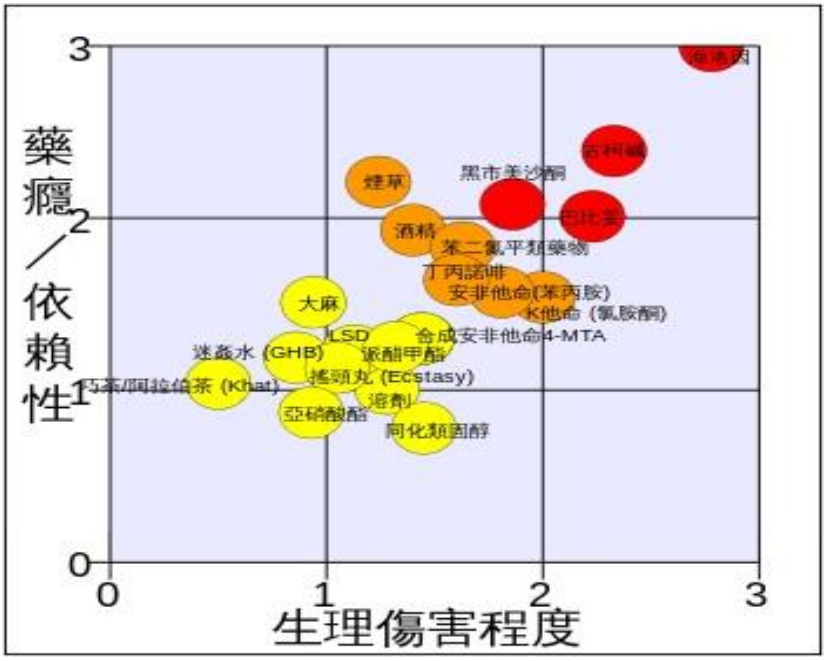
表一：平等權

釋字	權利、分類標準或涉及領域	審查標準	結論
788	財產權（環境管制）	寬鬆	合憲
781-783	工作權之主觀限制	中度	違憲
779	財產權（租稅）	寬鬆	合憲
768	服公職權	寬鬆	合憲
764	財產權（年資結算）	寬鬆	合憲
760	應考試服公職權	中度	違憲
750	應考試權（專技人員考試資格）	寬鬆	合憲
748	婚姻自由（以性傾向為分類標準）	中度	違憲
745	財產權（租稅）	寬鬆	違憲
728	財產權、契約自由（以性別為分類標準）	寬鬆	合憲
727	使用借貸性質之福利措施	寬鬆	合憲
722	財產權	寬鬆	合憲
719	財產權、營業自由	寬鬆	合憲
701	生存權	中度	違憲
698	財產權（租稅）	寬鬆	合憲
697	財產權（租稅）	寬鬆	合憲
696	財產權（租稅、以有無婚姻關係為分類標準）	中度	違憲
694	生存權	中度	違憲
688	財產權（租稅）	寬鬆	合憲
687	刑罰（法定刑之差別待遇）	未明言	違憲
682	應考試權（專技人員考試資格）	寬鬆	合憲
670	人身自由、財產權（冤獄賠償）	未明言	違憲

表二：人身自由

釋字	**結論**
789	合憲限縮
777	部分合憲部分違憲
775	部分合憲部分違憲
737	違憲
710	違憲
708	違憲
690	合憲
677	違憲
670	違憲

附件二



來源：雷漢欣，〈大麻究竟有多可怕？〉（2014 年 8 月 21 日），刊於 https://pansci.asia/archives/62374（最後瀏覽日：2020 年 3 月 17 日）。

附件三：就毒品條例第 17 條第 2 項之解釋文解釋理由書

解釋文

毒品條例第 17 條第 2 項僅規定，犯同條例第 4 條至第 8 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑，排除犯同條例第 12 條第 2 項罪之適用，於此範圍內，罪刑不相當，牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條規定保障人民身體自由之意旨不符，應自本解釋公布之日起 1 年內，依本解釋意旨修正之。

解釋理由書

查人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係不得已之最後手段。立法機關如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，並認施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，雖得以刑罰規範限制人民身體之自由，惟刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益，仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違（本院釋字第 777 號解釋參照）；又有關刑罰法律，基於無責任無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰。刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則之拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應。亦即國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。基於憲法罪刑相當原則，立法機關衡量其所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性，綜合斟酌各項情狀，以法律規定法官所得科處之刑罰種類及其上下限，應與該犯罪行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始與憲法罪刑相當原則及憲法第 23 條比例原則無違（本院釋字第 775 號及第 669 號解釋參照）。

本件所應探究者，厥為毒品條例第 17 條第 2 項將犯同條例第 12 條第 2 項之罪而於偵查及審判中均自白犯罪者，排除於依該規定必減輕其刑之列，是否導致刑罰與罪責顯不相當，刑罰超過罪責，使人民之人身自由因此遭受過苛之侵害，因而牴觸憲法第 8 條及第 23 條之規定。

按大麻係毒品危害防制條例第 2 條第 2 項第 2 款所列之第 2 級毒品，同條例第 4 條第 2 項規定:「製造、運輸、販賣第 2 級毒品者，處無期徒刑或 7 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 1 千萬元以下罰金」，第 4 條第 6 項規定:「前 5 項之未遂犯罰之」，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 5 百萬元以下罰金」，毒品條例第 17 條第 2 項規定:「犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑」。依該規定之文義，製造、運輸、販賣大麻而犯同條例第 4 條第 2 項既遂或第 6 項未遂之罪，且於偵查及審判中均自白者，應減輕其刑；但預備製造大麻而犯同條例第 12 條第 2 項之罪，且於偵查及審判中均自白者，則不在應減輕其刑之列。復按目前最高法院裁判亦均認毒品條例第 17 條第 2 項既未列同條例第 12 條第 2 項罪名，則依明示其一，排斥其他原則，此屬立法政策之決定，故犯同條例第 12 條第 2 項之罪而於偵查及審判中均自白者，無從適用或類推適用毒品條例第 17 條第 2 項減輕其刑（比如最高法院 108 年度台上字第 121 號、第 295 號、第 1050 號、第 1945 號、107 年度台上字第 808 號、第 2438 號、103 年度台上字第 213 號、101 年度台上字第 1613 號、第 4198 號刑事判決等參照）。

然查同條例第 12 條第 2 項之意圖供製造毒品之用而栽種大麻罪，本質上係製造第二級毒品之預備犯，其罪質較同條例第 4 條第 2 項之製造第二級毒品既遂罪或第 4 條第 6 項之製造第二級毒品未遂罪輕微，故依罪刑相當原則，就第二級毒品言，對同條例第 12 條第 2 項罪之處罰，應輕於對同

條例第 4 條第 2 項既遂及第 6 項未遂罪之處罰。惟依毒品條例第 17 條第 2 項，行為人若犯同條例第 12 條第 2 項之罪，其違法情節縱輕微、顯可憫恕，且於偵查及審判中均自白犯罪，但法院只得依刑法第 59 條減輕其刑，不得適用毒品條例第 17 條第 2 項減輕其刑，致其最輕應判處之刑度為有期徒刑 2 年 6 月，且被告縱無任何前科，法院仍因宣告刑超過 2 年而無從為緩刑宣告（刑法第 74 條規定參照），以啟自新；然則，1、行為人若係犯同條例第 4 條第 2 項之既遂罪，其違法情節輕微、顯可憫恕，且於偵查及審判中均自白犯罪者，因法院應適用毒品條例第 17 條第 2 項減輕其刑，並得另依刑法第 59 條遞減其刑，致其最輕應判處之刑度僅為有期徒刑 1 年 9 月，且倘被告無任何前科，則法院得因宣告刑低於 2 年而得併予宣告緩刑，以啟自新；另 2、行為人若犯同條例第 4 條第 6 項之未遂罪，其違法情節輕微、顯可憫恕，且於偵查及審判中均自白犯罪者，則法院應適用毒品條例第 17 條第 2 項、刑法第 25 條第 2 項及第 59 條規定遞減輕其刑，致其最輕應判處之刑度僅為有期徒刑 11 月，且倘被告無任何前科，法院亦可因宣告刑低於 2 年而併予宣告緩刑，以啓自新。對照觀之，在毒品條例第 17 條第 2 項下，犯罪情節相近、罪質較輕之預備犯所受處罰反而需較重，其責罰顯然不相當，於罪刑相當原則自有未符。另犯毒品條例第 12 條第 2 項罪之法定刑仿同條例第 5 條第 2 項意圖販賣而持有第二級毒品之罪，二罪相較，前者罪質高於後者，但後者依第 17 條第 2 項規定應減輕其刑，而同樣於偵審中自白之犯第 12 條第 2 項之罪者則否，顯然亦不符罪刑相當原則。

綜上，因毒品條例第 17 條第 2 項將同條例第 12 條第 2 項規定排除適用之結果，法院就罪質較輕，本質上屬預備犯輕罪之同條例第 12 條第 2 項罪行，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，而為較輕處罰及緩刑宣告；反之，就罪質較重，本質上屬既遂犯或未遂犯之重罪行為，卻得為較輕處罰及緩刑宣告，罪責與處罰顯然不相對應。毒品條例第 17 條

第 2 項排除同條例第 12 條第 2 項之適用，使罪刑因而不相當，對人民受憲法第 8 條保障人身自由權所為之限制，有違憲法第 23 條之比例原則。毒品條例第 17 條第 2 項於此範圍內，係屬違憲，應自本解釋公布之日起 1 年內，依本解釋意旨修正之；修正前法院得減輕其刑至二分之一。

釋字第 790 號解釋部分協同部分不同意見書

黃瑞明大法官 提出

一、 本號解釋之緣由及大要

本號解釋聲請人共有三位法官及一位受有罪判決確定之當事人。三位法官所分別審理之案件有共同之處：被告種植少量之大麻（培育 10 顆左右之種子發芽 1、2 顆），依毒品危害防制條例（下稱毒品條例）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 5 百萬元以下罰金。」（系爭規定一），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，無從為易科罰金或緩刑之宣告。三位法官爰分別認毒品條例第 17 條第 2 項「犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑。」（系爭規定二）及第 17 條第 1 項「犯第 4 條至第 8 條、第 10 條或第 11 條之罪，供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」有牴觸憲法之疑義，向本院聲請解釋。聲請意旨為系爭規定二及毒品條例第 17 條第 1 項有關減輕或免除其刑之規定未包括系爭規定一所規範栽種大麻之罪名，致栽種大麻被查獲而供出毒品來源或自白者，未能如同觸犯其他毒品犯罪者獲得減輕或免除其刑之機會，故違背平等原則等。另聲請人黃○璋自英國郵寄進口大麻種子 62 顆來台，在其家中陽台種植 6 顆大麻種子，經警方查獲大麻成株 1 株、幼苗 5 株及種子 56 顆，經依系爭規定一判決有罪確定後，主張系爭規定一違憲；並主張系爭規定二因未包括系爭規定一之罪名故亦違憲，此部分與法官們聲請意旨相同。本院就上開四聲請案合併審理後，於本號解釋宣告系爭規定一「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，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。」

本號解釋要求相關機關應於一年內修正系爭規定一，逾期未修正，其情節輕微者，法官得於審判時減輕其法定刑至二分之一，即最低刑減為 2 年 6 個月，若再依刑法第 59 條酌減，即得宣告緩刑或易科罰金。

二、 回溯大法官對毒品條例曾作過之解釋，以檢討該法律之時代背景及立法演變

聲請人中之三位法官為被告尋求緩刑或易科罰金之機會，雖認系爭規定一為重刑，卻不聲請解釋系爭規定一違憲，反而迂迴聲請系爭規定二及毒品條例第 17 條第 1 項違憲，其理由為擔心牽動整部毒品條例，茲事體大，但與過去大法官審理有關毒品條例刑度過重之聲請案（包括聲請宣告唯一死刑違憲），均未作成違憲宣告之歷史，亦可能有關。就此，本席認為就大法官對毒品條例曾作過之釋憲案作一回顧整理，應具參考價值。按「毒品危害防制條例」之前身為制定於民國 44 年之「戡亂時期肅清煙毒條例」（下稱戡亂肅毒條例），於 81 年修法改名為「肅清煙毒條例」，復於 87 年修法改為現在名稱。以下簡述大法官對該法曾作過之解釋大要並

簡評如下：

（一）戡亂肅毒條例第 5 條第 1 項規定：「販賣、運輸、製造毒品或鴉片者，處死刑。」人民認該條不分犯罪情節輕重一概科處死刑涉違憲而提出釋憲聲請。民國 74 年釋字第 194 號解釋以「因戡亂時期，倘不澈底禁絕煙毒，勢必危害民族健康、國家安全及社會秩序」為主要理由，認該條唯一死刑之刑度並未違憲。戡亂肅毒條例於 81 年改名為肅清煙毒條例，並修改為第 5 條第 1 項之刑度，除死刑外，增加「無期徒刑」之選項，該刑度規定一直延續至今（毒品條例第 4 條第 1 項）。

（二）81 年修正公布之肅清煙毒條例第 5 條第 1 項規定：「販賣、運輸、製造毒品、鴉片或麻煙者，處死刑或無期徒刑。」臺灣臺北地方法院法官認該條規定刑度過重涉違憲而聲請釋憲。

民國 88 年釋字第 476 號解釋認所涉條文「其中關於死刑、無期徒刑之法定刑規定，係本於特別法嚴禁毒害之目的而為之處罰，乃維護國家安全、社會秩序及增進公共利益所必要，無違憲法第 23 條之規定，與憲法第 15 條亦無牴觸。」依此，系爭條文之刑度適用至今（毒品條例第 4 條第 1 項）。

（三）81 年修正公布之肅清煙毒條例第 16 條前段規定：「犯本條例之罪者，以地方法院或其分院為初審，高等法院或其分院為終審。」（該條文於 44 年戡亂肅毒條例即存在）被人民認有牴觸憲法保障人民訴訟權之意旨等而聲請釋憲。民國 89 年釋字第 512 號解釋以「對於判處有期徒刑以下之罪，限制被告上訴最高法院，係立法機關鑑於煙毒危害社會至鉅，及其犯罪性質有施保安處分之必要，為強化刑事嚇阻效果，以達肅清煙毒、維護國民身心健康之目的，所設特別刑

事訴訟程序，尚屬正當合理限制。」等理由而為合憲宣告。本件聲請案係於 87 年 4 月提出，然而該條文於 87 年 5 月修正公布毒品條例時已刪除，與刑法一般罪名相同，原則上適用三級三審之制度，大法官於 89 年作出釋字第 512 號解釋。（四）81 年修正公布之肅清煙毒條例第 9 條第 1 項規定：「施用毒品或鴉片者，處 3 年以上 7 年以下有期徒刑。」人民主張施用毒品之行為均係自傷行為，該條文將該等行為列為犯罪，係將未侵害法益之行為予以犯罪化，有牴觸憲法之疑義。民國 91 年釋字第 544 號解釋認該條文之目的「無非在運用刑罰之一般預防功能以嚇阻毒品之施用，挽社會於頹廢」，故與自由刑之意旨尚相符而合憲。該號解釋同時指出肅清煙毒條例於 87 年修正為毒品條例，於第 20 條按毒品之危害性加以分級，並就施用毒品為初犯、再犯或三犯以上，區分為不同之行為型態而予不同之法律效果，並施予勒戒、戒治、保護管束等保安處分措施，已更符合刑罰之意旨。（五）87 年修正公布之毒品條例第 16 條規定：「栽贓誣陷或捏造證據誣告他人犯本條例之罪者，處以其所誣告之罪之刑。」（該條文於 44 年戡亂肅毒條例為第 15 條）民國 91 年釋字第 551 號解釋，認為該條「未顧及行為人負擔刑事責任應以其行為本身之惡害程度予以非難評價之刑法原則，強調同害之原始報應刑思想，以所誣告罪名反坐，所採措置與欲達成目的及所需程度有失均衡；其責任與刑罰不相對應，罪刑未臻相當，與憲法第 23 條所定比例原則未盡相符。」而違憲，此條規定於 92 年修法時刪除。

上開條文對於栽贓誣陷或捏造證據誣告他人犯本條例之罪者，特別規定處以其所誣告之罪之刑，其背後之考量應是毒品條例所涉毒品之罪皆為重罰，且持有毒品即成罪（毒

品條例第 11 條）實務上曾發生暗地以毒品置於他人處所再報警查獲之誣陷案例。為了杜絕此類毒品之栽贓行為而設此條之規定。釋字第 551 號解釋認此條規定違反比例原則而違憲，但此號解釋理由同時指出「若衡酌其惡害程度非輕，須受較重之非難評價，固亦得於刑法普通誣告罪之外，斟酌立法目的而為特別處罰之規定」，亦即認為有關毒品之栽贓誣陷或與一般之誣告罪有所區別，但立法者於刪除本條時並未就毒品罪之栽贓誣陷行為特別立法，本席認為並未完全回應釋字第 551 號解釋之顧慮。

（六）評析：受毒品危害較深之國家莫不以嚴刑峻罰懲治毒品犯罪，我國亦不例外，我國以特別刑法規範毒品罪，且過去人民與法官對毒品條例（及其前身）以刑度過重涉違憲加以挑戰者，均未成功。固然當時大法官所解釋法律主要規範對象為鴉片，係危害程度最嚴重之毒品，但大法官過去之解釋亦反應了歷史之經驗與時代之氛圍。

東南亞國家以死刑嚇阻販毒者包括新加坡、泰國、印尼、菲律賓等國。菲律賓總統杜特蒂上任後採取嚴厲掃毒行動，造成數千人死亡，引起歐美國家及國際人權組織之關注，但卻在其國內獲得高度民意支持。台灣社會毒品問題長期以來十分嚴重，執政者莫不將毒品防制列為主要政見之一，社會聲浪亦均導向重刑化之方向。

三、本號解釋之時代背景

對於毒品案一昧加重刑罰將可能導致責與罰不成比例之現象，對於情節輕微、有意洗心革面之犯罪者，一律處以重刑，令其進入監所長期監禁，對於減輕毒品危害並無助益，此為重刑化之聲浪下應考慮之問題。

毒品犯罪特別刑法自 44 年制定戡亂肅毒條例迄今已經過 11 次修法，可算是修法頻率較高之法律，修法過程一方面配合毒品種類之多樣化而加以分級管制，另一方面亦對犯罪行為予以較為精緻之規範，如 98 年修正公布之毒品條例第 11 條對於持有各級毒品依其查獲之數量而分別定其罪責，即為較精緻之立法，亦較符合責罰相當原則。目前世界各國對於大麻之成癮性以及是否適度開放大麻合法化均有所討論，此即為本號解釋之時代背景。

四、 未來修法之考量

本號解釋要求相關機關應依本解釋意旨修正系爭規定，也就是對於「違法情節輕微、顯可憫恕之個案」應減輕法定刑，至於何謂「違法情節輕微、顯可憫恕」，本號解釋並未提出任何標準，本席認為至少應考量以下二因素：

（一）依栽種之數量而區分刑度

栽種大麻之數量應為決定其刑度之重要標準，如美國聯邦法規定栽種 50 株大麻以下（按：應指未滿 50 株）者，處 5 年以下有期徒刑；栽種 50 至 99 株者，處 5 年以上 20 年以下有期徒刑；栽種 100 至 999 株者，處 5 年以上 40 年以下有期徒刑；栽種 1 千株以上者，處 10 年以上有期徒刑至終身監禁，[1]可供參考。況且依栽種之範圍及數量即可推定其栽種之目的及可能造成之危害，故依栽種數量之差異而分別定其法定刑之輕重，實有道理。未就毒品之數量而區別刑罰之輕重，為毒品條例諸多條文共通之問題，如毒品條例第 4 條、第 5 條、第 8 條及第 11 條有關製造、運輸、販賣、轉讓及持有毒品之處罰，皆未區分毒品之量而分別定其刑度之

[1] 參見林超駿教授為本聲請案 108 年 11 月 19 日說明會所提出之意見書，頁 6-7。

高低，皆有不符比例原則之可能性，亦應一併檢討。[2]

（二）依栽種行為是否為毒品供應鏈之一環，或僅供自用而區分刑度

從分工之體系而言，擅長栽種者未必有能力、資金從事毒品之製造，栽種者如將成品出售給下游者，即可獲利，故如栽種之目的係為出售圖利而具營利之目的，縱然查獲數量不多，仍具相當惡性，反之，如其目的僅供自用，尚可符合違法情節輕微之要件。

五、不同意見部分：本席認法官聲請毒品條例第 17 條第 1 項違憲部分應予受理

本號解釋認聲請法官指摘毒品條例第 17 條第 1 項部分，因該規定並非其審理案件所應適用之法律而不受理。本席認為法官聲請釋憲之要件，即對裁判上所應適用之法律，依其合理確信認有牴觸憲法，其中所稱裁判上所應適用之法律，應尊重承審法官之判斷，亦即仍屬承審法官「合理確信」之範圍，故聲請法官認依系爭規定一判罪者無從適用毒品條例第 17 條第 1 項而涉違憲，應屬法官合理確信之範圍而應予受理。

毒品條例第 17 條第 1 項「供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑。」之規定並未適用於系爭規定一之理由，於立法理由並未見說明，或認栽種植株即為毒品來源，別無其他來源。然而為栽種而取得之種子即為毒品來源，且種子亦為毒品，如栽種者能供出種子的來源因而查獲其他正犯或共犯者，實無理由不能依本項之規定而減輕或免除其刑。國內過去實務上因栽種大麻而被依系爭規定

[2] 同前註，頁 7-8。

一判罪者，有甚多案例其犯罪事實載為「向國內不詳人士購得大麻種子（或盆栽）」，可見查獲大麻種子之供應人尚有其困難度。毒品條例第 17 條第 1 項之立法目的在於「鼓勵毒品下游者具體供出其上游供應人，俾進一步擴大查緝績效，揪出其他正犯或共犯，以確實防制毒品之泛濫或更為擴散」（最高法院 108 年度台上字第 1368 號刑事判決參照）。按毒品交易於上下游之交易均以極隱密之方式行之，並非以預備或幫助下游者之意思行之，故應解為獨立成罪，而就其上下游之分工，無須以刑法上之前、後階段行為加以理解。栽種行為應係獨立成罪，且意圖販賣而持有或持有大麻種子者均獨立成罪（毒品條例第 14 條第 2 項及第 4 項），栽種大麻者供出種子之供應者對於打擊犯罪亦有助益。故毒品條例第 17 條第 1 項實無理由排除系爭規定一之罪。

釋字第 790 號解釋部分協同部分不同意見書

謝銘洋大法官提出

本件解釋的主要聲請人是審理毒品案件的法官，因為被告犯意圖供製造毒品之用而栽種大麻罪，違反毒品危害防制條例（以下簡稱毒品條例）第 12 條第 2 項規定（系爭規定一），依法應處 5 年以上有期徒刑。雖然被告栽種的數量極少，而且在偵查中和審判中都有自白承認，但是因為毒品條例第 17 條第 2 項（系爭規定二）對於意圖供製造毒品之用而栽種大麻，並不像其他違反毒品條例的罪有自白可以減輕其刑的規定，以致於法官縱使以情堪憫恕為理由依刑法第 59 條的規定減輕其刑，又受限於刑法第 66 條的規定，只能減輕其刑至二分之一，在這種情況以及限制下，至少仍應判處被告有期徒刑 2 年 6 月，而無法判緩刑，因而認為系爭規定一、二有違憲的疑義，乃裁定停止訴訟程序，並聲請本院解釋。

本件解釋主要涉及幾個問題：意圖供製造毒品之用而栽種大麻，處 5 年以上有期徒刑的法定刑是否過重而違反憲法罪刑相當原則與比例原則？犯上述罪的人，於偵查及歷次審判中都自白，系爭規定二卻沒有規定減輕其刑；同樣的，供出毒品來源因而查獲其他正犯或共犯，同法第 17 條第 1 項也沒有規定減輕或免除其刑，是否違反平等原則？

一、 栽種大麻罪法定刑過重，不符合憲法罪刑相當原則

本件解釋認為系爭規定一，對於意圖供製造毒品之用而

栽種大麻，不論情節輕重，一律科處 5 年以上有期徒刑，實屬過重，不符合罪刑相當原則，違反憲法第 23 條的比例原則。依本院過去對於罪刑相當原則的解釋，法定刑度的高低應該與行為所生的危害、行為人責任的輕重相符（本院釋字第 544 號、第 551 號、第 646 號解釋參照），由於若干國家已經將一定數量以下的大麻除罪化，是以如果只是栽種極少數量大麻，就繩之以重刑，罪刑並不相當。本件解釋認為系爭規定一與憲法罪刑相當原則不符，有違憲法第 23 條比例原則，本席也是贊成的。

但是既然是違憲，由相關機關自本解釋公布之日起 1 年內，依本解釋意旨修正，固然是基於對立法權的尊重。但是本解釋要求必須經過 1 年之後逾期未修正，才可以對情節輕微的案件，依本解釋意旨減輕其法定刑至二分之一。也就是在 1 年內，縱使是情節輕微的案件，法官也還是無法依本解釋意旨減輕其刑，這顯然是不合理的。本席認為，這一年的期限應該是要求相關機關修法的期限，而非對法院適用法律的限制，在修正之前，既然系爭規定一違憲，為避免發生上述罪刑不相當的情形，法院應得就該個案依本解釋意旨，裁量減輕其刑（本院釋字第 775 號參照），才能符合憲法保障人身自由權的意旨。

二、 栽種大麻自白或供出毒品來源未能減輕其刑，不符合憲法罪刑相當原則與平等原則

本件解釋理由書引用系爭規定二的立法目的在於「...為使製造、販賣或運輸毒品案件之刑事訴訟程序儘早確定，鼓勵被告自白認罪，以開啟其自新之路...（立法院公報第 98 卷

第 26 期第 197 頁參照）」，認為其目的為正當，且所採手段與目的之達成間具合理關聯，因而與平等原則無違。同時在解釋理由書中提到系爭規定一栽種大麻的證據蒐集、調查及犯罪事實認定，較毒品條例第 4 條至第 8 條的犯罪行為相對容易，因此「犯系爭規定一之罪者是否自白，與刑事訴訟程序儘早確定間之關聯性較低」，所以認為立法者未將自白者納入減輕其刑，並無不合理之處。

然而姑且不論栽種大麻的證據蒐集、調查及犯罪事實認定是否真的較為容易，栽種大麻犯罪者的自白，並非無助於刑事訴訟程序的儘早確定，特別是系爭規定二「意圖供製造毒品之用」的主觀要件，並不容易證明，被告的自白也是有助於案件儘速確定，且亦足以鼓勵被告自白認罪，開啟其自新之路，如果容許栽種大麻者自白減輕其刑，目的也一樣是正當的。

更何況製造、運輸、販賣第二級毒品者（毒品條例第 4 條第 2 項），法定刑比系爭規定二來得重，危害性與嚴重程度遠大於栽種罪，重罪自白可以減輕其刑並因而獲得緩刑，反而是比較輕的栽種大麻罪，甚至只有極少數量，自白卻無法減刑，導致實際上產生輕罪受到的處罰比重罪還重的失衡結果，這顯然是立法當時所沒有想到的疏漏，也是聲請解釋的法官們在審理具體案件時，深感困惑與遲疑的。

立法者想要達成特定的立法目的固然重要，然而在規範時，很容易只是著眼於特定目的的達成，而忽略整體法律規範的一致性與妥當性，結果將可能造成法律適用結果的失衡。特別是犯罪類型相近，所要保護的法益相同的情形，要為如此重大的差別待遇，應該有更為充分而正當的理由。只

是偵查審判成本因素的考量，卻使被告承受較犯重罪者更為不利的結果，而造成不公平的現象，理由顯然尚不充分。

同樣的問題，也存在於毒品條例第 17 條第 1 項，被告供出毒品來源，因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑，對於違反系爭規定一栽種大麻者，也同樣沒有適用。這樣在法律適用結果上有重大差別待遇的情形，也是欠缺充分正當化的理由。

基於上述的原因，本席認為關於栽種大麻，系爭規定二漏未規定自白、毒品條例第 17 條第 1 項漏未規定供出毒品來源可以減輕或免除其刑，並不符合憲法罪刑相當原則與平等原則。

三、 附帶議題：刑法第 66 條減刑的限制應檢討

刑法第 66 條規定：「有期徒刑、拘役、罰金減輕者，減輕其刑至二分之一。但同時有免除其刑之規定者，其減輕得減至三分之二。」這是刑法一開始於民國 23 年國民政府時代所制定的規定，幾十年來從來未修正過。

雖然刑法第 59 條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」但是這規定在適用上，仍然受到同法第 66 條的限制。或許刑法第 66 條規定的目的在於避免法官濫權恣意減刑，然而這樣產生於司法權不彰時代的規定，顯然過度限制法官就具體個案量刑的權力，使法官只能淪為機械式、算術式的量刑，未能真正審酌極為輕微案件的實際危害性而為妥適量刑，顯然不符合罪刑相當原則。是以本席認為有關機關應就刑法第 66 條規定的妥適性，一併加以檢討。

釋字第 790 號解釋部分不同意見書

詹森林大法官提出

109 年 3 月 20 日

本號解釋除不受理部分外，其餘分為 2 部分，其要旨分別為：

一、 毒品危害防制條例(下稱毒品條例)第 12 條第 2 項規定(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，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 條之比例原則。

二、 毒品條例第 17 條第 2 項（系爭規定二）減輕其刑之規定，未包含系爭規定一所定之罪，與憲法第 7 條保障平等權之意旨，尚無違背。

本席贊同本號解釋認為系爭規定一違憲之結論，但礙難支持本號解釋認系爭規定二尚無違背憲法第 7 條之平等原則，爰就該部分提出不同意見。

壹、從系爭規定二之立法目的，看本號解釋理由之疏漏偏執

本號解釋首先指稱系爭規定二之立法理由在於「使製造、販賣或運輸毒品案件之刑事訴訟程序儘早確定，鼓勵被告自白認罪，開啟其自新之路」(立法院公報第 98 卷第 26 期第 197 頁參照)，而認該立法其目的核屬正當。(解釋理由書

段碼 15）

緊接著，就系爭規定二所定得因偵查及審判中均自白而減輕其刑之範圍，不包含系爭規定一所定之犯罪，本號解釋認為並不違反憲法第 7 條之平等權，原因在於：「系爭規定一之構成要件為意圖供製造毒品之用而栽種大麻，該罪之證據蒐集、調查及犯罪事實認定，較毒品條例第 4 條至第 8 條之犯罪行為相對容易，故犯系爭規定一之罪者是否自白，與刑事訴訟程序儘早確定間之關聯性較低。立法者因而基於偵審成本等因素之考量，不特別將犯系爭規定一之罪而自白者納入應減輕其刑之列，而僅以之為法院適用刑法第 57 條犯罪後態度之考量因素，其差別待遇尚無顯不合理之處。」（解釋理由書段碼 15）

惟查，立法院公報第 98 卷第 26 期第 197 頁所載系爭規定二之修正理由全文為：「為使製造、販賣或運輸毒品案件之刑事訴訟程序儘早確定，**並**鼓勵被告自白認罪，**以**開啟其自新之路。」[1]

由是可知，系爭規定二對「製造、販賣及運輸毒品案件」之被告，以「減輕其刑」為誘因，其立法目的有二：（1）使該類案件之刑事訴訟程序儘早確定；（2）鼓勵被告自白認罪，以開啟其自新之路。

申言之，前述第（1）項立法目的（儘早確定刑事訴訟程序），係著眼於檢察機關及法院之利益，亦即減輕檢察官舉證被告犯罪及法官認定被告犯罪之負擔；但第（2）項立法目的（鼓勵被告自白認罪，以開啟自新），則為著眼於被告之利益，亦即減輕被告之刑，從而提早結束刑之執行，甚至因而

[1] 「並」及「以」之黑字體，均為本席所加。

獲判緩刑。

本號解釋僅考量系爭規定二「儘早確定刑事訴訟程序」之立法目的，而謂「……犯系爭規定一之罪者是否自白，與刑事訴訟程序儘早確定間之關聯性較低」，即逕行認定系爭規定二尚無違背憲法第 7 條之意旨。姑不論此項理由與實情有違，詳如下述（請參見本意見書之貳），該理由亦屬片面強調系爭規定二之第（1）項立法目的，而完全漠視該規定之第（2）項立法目的，顯屬疏漏、偏執。

本席以為，為追求「鼓勵被告自白認罪，以開啟自新」之立法目的，至少就毒品條例整體規範而言，當被告自白時，不論其所觸犯者，係毒品條例第 4 條至第 8 條之罪，或系爭規定一之罪，本於「等者等之」法理，均應給予減輕其刑之待遇。

然而，系爭規定二卻就自白刻意區分為「犯毒品條例第 4 條至第 8 條罪之自白」及「犯系爭規定一罪之自白」，造成二者間之差別待遇，而此差別待遇並非基於事物性質之不同所致，是系爭規定二採取之手段與所欲達成之目的間，不具合理關聯。

貳、從構成要件之比較，看本號解釋理由之商榷餘地

本號解釋理由所稱「系爭規定一之構成要件為意圖供製造毒品之用而栽種大麻，該罪之證據蒐集、調查及犯罪事實認定，較毒品條例第 4 條至第 8 條之犯罪行為相對容易，故犯系爭規定一之罪者是否自白，與刑事訴訟程序儘早確定間之關聯性較低」，與實情有違。就此，僅須對照觀察系爭規定一之罪與毒品條例第 5 條第 2、3、4 項之罪之構成要件，即

可明瞭。

系爭規定一之構成要件為「意圖供製造毒品之用，而栽種大麻」；毒品條例第 5 條第 2 項至第 4 項之構成要件則分別為：「意圖販賣而持有第 2 級毒品」、「意圖販賣而持有第 3 級毒品」、「意圖販賣而持有第 4 級毒品……」因此，系爭規定一及毒品條例第 5 條第 2 項至第 4 項所定之犯罪，均不僅應同時具備客觀構成要件及一般主觀構成要件要素（故意），且尚須具備特殊主觀構成要件要素，即上開條文所稱之「意圖」。

一、自白與舉證及認定客觀構成要件之難易差別

「栽種大麻」，及「持有第 2 級（第 3 級、第 4 級）毒品」，**均為客觀構成要件**，不論有無犯罪嫌疑人/被告（以下簡稱被告）之自白，檢察官皆應提出客觀上可信之證物（前者通常例如：在被告住所、居所或其他被告事實上有管領力之場所查獲大麻；後者通常例如：在被告身上，或其住所、居所或其他被告有事實上管領力之場所，查獲第 2 級或第 3、4 級毒品），法官始可認定之。

本號解釋，無任何依據，即遽認檢察官舉證及法官認定被告「栽種大麻」，比舉證及認定被告「持有第 2 級（第 3 級、第 4 級）毒品」相對容易，已有理由不備之嫌。

況且，如「在被告身上、其住居所或其他有事實上管領力之場所，確實查獲有第 2 級或第 3、4 級毒品」，則客觀上，即可認定「被告持有該毒品」。蓋「持有」，指行為人就該物有執持占有之事實，亦即對之有事實上管領力，能支配、使

用而言[2]。故一旦在被告身上、其住居所或其他有事實上管領力之場所查獲毒品，被告已甚難否認該毒品為其所持有。除非另有非常特殊情況[3]，檢察官無須舉出其他證據，法官亦無須其他證據，即可認定被告執有該毒品。易言之，被告是否自白其持有毒品，就「被告持有毒品」而言，無關緊要。

反之，單純「在被告住居所或其他有事實上管領力之場所，確實查獲大麻」，則客觀上，尚難逕行認定「被告栽種該大麻」。蓋於此情形，被告固不能辯稱該大麻非其所持有，但仍可辯稱「在被告住居所查獲之大麻，係他人栽種」等。因此，關於「經查獲之大麻，係被告所栽種」之要件，檢察官仍須舉出其他證據，法官亦須有該其他證據始得認定之。被告之自白，即可當成此時之其他證據，並從而「儘早確定刑事訴訟程序」。

準此，在「毒品條例第 5 條第 2、3、4 項」之罪，關於「客觀構成要件（被告持有毒品）」，舉證較容易，僅須客觀證物即可認定，被告是否自白，不生影響，故被告之自白「無助於儘早確定刑事訴訟程序」。但在「系爭規定一」之罪，關於「客觀構成要件（被告栽種大麻）」，舉證較困難，僅有客觀證物仍難認定，而被告之自白，對證明及認定該構成要件，有其功效，故被告之自白「有助於儘早確定刑事訴訟程序」。

---

[2] 參見：臺灣高等法院高雄分院 98 年度上易字第 690 號刑事判決（違反毒品危害防制條例案件），本判決稱：「『持有』與『所有』之概念不同，只需對物有事實上管領力為已足，被告乙、丙、甲三人共處一室，對扣案之 3 個背包（內裝有第 1、2 級毒品）有其管領力，故應認共同持有，較符法律原意。」；臺灣高等法院臺南分院 96 年度上訴字第 256 號刑事判決（違反毒品危害防制條例案件），本判決稱：「該第二級毒品大麻既放置於被告之主臥室內，被告乙對之有事實上管領力，足以支配該第二級毒品大麻，依此審認，被告乙客觀上顯然有持有之行為無訛」。最高法院 108 年度台上字第 1494 號、107 年度台上字第 3885 號等刑事判決，就被告是否持有槍砲彈藥刀械管制條例不許持有之槍枝，亦採相同見解。

[3] 例如：雖在登記於被告名下之房屋查獲毒品，但被告長年未曾居住及進出該屋。

本號解釋持與本席相反之看法，卻未提出任何理由，本席實難認同。

二、自白與特殊主觀構成要件要素之證明及認定

系爭規定一所定「意圖供製造毒品之用」，及毒品條例第 5 條第 2 項至第 4 項之「意圖販賣」，皆為特殊主觀構成要件要素。

此項特殊主觀構成要件要素，不得僅因有具備前述「被告栽重大麻」、「被告持有毒品」之客觀構成要件，以及對此主觀上具備故意，即逕行分別認定被告係「意圖供製造毒品之用」而栽種大麻，或係「意圖販賣」而持有毒品。換言之，在系爭規定一之犯罪，及在毒品條例第 5 條第 2 項至第 4 項之罪，雖已有證據堪認被告栽種大麻或持有毒品，依刑事訴訟法第 154 條第 2 項規定，仍均應有其他證據，始可認定被告具備「意圖」之犯意。

「意圖」，乃主觀之意思，故如有被告之自白，自然較容易認定之。就此而言，不論在系爭規定一之犯罪，或在毒品條例第 5 條第 2 項至第 4 項之犯罪，被告之自白，對於「儘早確定刑事訴訟程序」（亦即認定被告有「供製造毒品之意圖」，或「有販賣之意圖」，故其行為完全該當各該罪名），均有同等之功效[4]。然而，系爭規定二，對相同以「意圖」為構成要件之系爭規定一，卻不許被告以其自白換取減輕其刑，而構成對系爭規定一與包含毒品條例第 5 條第 2 項至第 4 項

[4] 聲請人臺灣新竹地方法院刑事第二庭代表法官郭哲宏於本院就本案舉行說明會後，提出之補充意見第 3 頁，六，亦基於其實務審判觀點而稱：「栽種大麻之法定要件含有『意圖供製造毒品之用』之主觀要件，被告之自白對於使案件盡速確定難認完全並無貢獻。」

在內之規定，具有差別待遇。且系爭規定二為何採取此差別待遇，不僅立法理由並無任何交代，而且難謂與其所欲達成之目的，具有合理關聯，顯有恣意之嫌。

參、系爭規定二排除系爭規定一之犯罪，違反體系正義及平等原則

按立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義。而體系正義之要求，應同為立法與行政所遵守，否則即違反平等原則[5]。

大麻為第二級毒品（毒品條例第 2 條第 2 項第 2 款參照），而綜觀毒品條例第 4 條第 2 項關於「製造第 2 級毒品罪」[6]、第 6 項關於「製造第 2 級毒品未遂罪」[7]、系爭規定一（意圖製造毒品而栽種大麻罪），及系爭規定二（偵審均自白者減輕其刑），可以得知，立法者就與大麻有關之犯罪，雖處罰其各階段之犯行，亦即包含「預備犯」（系爭規定一）、「未遂犯」（毒品條例第 4 條第 6 項）、「既遂犯」（毒品條例第 4 條第 2 項），但卻僅選擇罪質較重、責難性較高之「既遂犯」與「未遂犯」，允許被告得因偵審均自白而獲得減輕其刑之優待，卻將罪質較輕，責難性較低之「預備犯」（系爭規定一所定之罪），排除在外。此項差別待遇，除悖離系爭規定二自新復歸之立法目的外[8]，更屬顯然輕重失衡，逾越立法裁量範圍

[5] 翁岳生大法官在釋字第 455 條解釋提出之協同意見書。

[6] 109 年 1 月 15 日修正公布之本條項規定為：「製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 1500 萬元以下罰金。」

[7] 本條項規定：「前 5 項規定之未遂犯罰之。」

[8] 聲請人臺灣高等法院臺中分院刑事第五庭代表法官張道周 108 年 11 月 25 日提

[9]，而違反立法者就毒品條例建構之體系正義[10]。

再者，聲請人臺灣高等法院臺中分院刑事第五庭及聲請人臺灣新竹地方法院刑事第二庭均指出，系爭規定二造成之荒謬結果為：行為人被查獲栽種大麻時，與其自白「單純意圖供製造毒品之用而栽種」，不如狡猾地[11]或被迫地[12]，向警方自白係因「製造第 2 級毒品而栽種」，以符合毒品條例第 4 條第 2 項及第 6 項之製造第 2 級毒品未遂罪，而可藉由系爭規定二以減輕其刑。系爭規定二之立法目的本來在於鼓勵自新，但在該規定對系爭規定一作出區別待遇下，卻造成行為人於罪責較輕之犯罪預備階段被查獲時，須自白自己罪責較重之罪行，始得換取減輕其刑之寬典。就此而言，如何如本號解釋所指，仍然堪認系爭規定二採取之分類與其規範目的之達成，具有合理關聯性，而不違反憲法第 7 條之平等原則？

應再強調者，系爭規定一雖有部分經本號解釋宣告違憲，但系爭規定二既然經宣告不違憲，故該規定所造成之前述違反體系正義及平等原則情況，並不因系爭規定一之部分違憲，而自然治癒，不待贅言。

肆、結論

由於系爭規定二就被告得因偵審均自白而減輕其刑之

出之釋憲補充理由書（二），第 6 頁。

[9] 聲請人臺灣高等法院臺中分院刑事第五庭代表法官張道周 108 年 11 月 14 日提出之釋憲聲請補充理由書第 6-7 頁（三）。

[10] 聲請人臺灣新竹地方法院刑事第二庭提出之 107 年度憲三字第 3 號爭點題綱補充書面資料第 3-13 頁，三。

[11] 聲請人臺灣高等法院臺中分院刑事第五庭 108 年 4 月 30 日提出之釋憲聲請書第 6 頁，參、五。

[12] 聲請人臺灣新竹地方法院刑事第二庭提出之 107 年度憲三字第 3 號爭點題綱補充書面資料第 8 頁，三、2（2）。

情形，為何未包括犯系爭規定一之罪在內，並無任何合理之立法理由及正當之立法目的可資參照或援用，本號解釋遂訴諸「就何種犯罪及何種情狀得否減輕其刑，為刑事政策之選擇，原則上屬立法形成自由之範疇。」（解釋理由書段碼14）

按毒品條例本於第1條揭示之「防制毒品危害，維護國民身心健康」之立法目的，固可基於立法政策考量，而選擇應予處罰之行為、各相關犯罪之法定刑，及減輕（或免除）其刑之事由。但因其選擇而造成差別待遇者，則仍應兼顧法規範之整體性，並符合法規範之一致性，尤其不得有不具正當理由之恣意，致生法規範之內部矛盾與體系衝突之情事。

系爭規定二有前述法規範內部矛盾及體系衝突而違反體系正義情事，第一線適用該規定之刑事庭法官，已因良心不安，而有不平之鳴[13]，職司違憲審查之大法官，豈可無動於衷，而輕描淡寫地推諉於「屬立法形成自由之範疇」，並隨即宣示：「退庭」！

[13] 聲請人臺灣新竹地方法院刑事第二庭提出之107年度憲三字第3號爭點題綱補充書面資料第12頁，三（三）。

釋字第 790 號解釋部分不同意見書

楊惠欽大法官 提出

黃虹霞大法官 加入

本號解釋就違反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。」（下稱系爭規定一），認於犯該罪而情節輕微之個案，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定範圍內，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，依本解釋意旨修正部分，本席敬表贊同。惟對於多數意見僅就相關機關未於本解釋公布之日起 1 年內，依本解釋意旨修正者，始為「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」之諭知，而未將此諭知之適用範圍擴及解釋公布後至修法前之區段，本席尚難同意，爰提出部分不同意見。

關於法令經本院解釋認屬違憲而應定期失效者，其所生之效力，曾經本院釋字第 725 號解釋揭櫫：「本院就人民聲請解釋憲法，宣告確定終局裁判所適用之法令於一定期限後失效者，聲請人就聲請釋憲之原因案件即得據以請求再審或其他救濟，檢察總長亦得據以提起非常上訴；法院不得以該法令於該期限內仍屬有效為理由駁回。如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。本院釋字第 177 號及第 185

號解釋應予補充。……」等語在案。此解釋雖係針對人民聲請解釋憲法而為，但本席認為於法官就其受理之案件，對所適用之法律確信有牴觸憲法之疑義，而聲請解釋者，若該個案應適用之法律經本院解釋為定期失效之宣告，同理，聲請解釋之審判庭不得以該法令於一定期限內仍屬有效為理由，仍予適用。如本院解釋諭知原因案件具體之救濟方法者，依其諭知；如未諭知，則俟新法令公布、發布生效後依新法令裁判。惟本院釋字第 725 號解釋究係針對聲請解釋之個案而為，至於非屬聲請解釋之個案，縱該經本院解釋係屬違憲之法令為尚在審理中之個案所應適用之法令，除本院解釋對該法令在修正前應如何適用有具體之諭知外，本於法令定期失效之法理，在該法令失效之期限屆至或經修正前，該法令仍具效力。

本號解釋就系爭規定一認有違反憲法第 23 條比例原則部分之效果，係為「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。」之諭知。則承上可知，除聲請解釋之個案外，自本號解釋公布日起至本號解釋公布日起 1 年內或 1 年內修正公布前，系爭規定一除仍得作為法官在個案裁判上之論罪科刑依據外，該個案並無本號解釋關於「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」部分之適用。但若系爭規定一未於本號解釋公布日起 1 年內修正公布，則自本號解釋公布日起逾 1 年至系爭規定一修正公布前，法官對應適用系爭規定一之個案，

即得依本號解釋意旨就情節輕微者再減輕其法定刑至二分之一。

本號解釋多數意見僅於相關機關未於本解釋公布之日起 1 年內，依本解釋意旨修正時，始為「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」之諭知，而未將此諭知之適用範圍，擴及解釋公布後至法律修正公布前之時間區段，固有尊重立法機關之意旨。然對於非屬聲請本號解釋之個案，在本號解釋公布日起 1 年內（如 1 年內修法即至修法前，下併稱 1 年修法期間）之時間區段內，縱法官認該應適用系爭規定一之個案有本號解釋所稱之「情節輕微」情事，該個案亦不得逕依本號解釋再予減輕其法定刑至二分之一。亦即法官若欲在 1 年修法期間之時間區段內審結個案，則其僅能依尚未失效之舊法裁判，且不得依本號解釋再予減輕其法定刑至二分之一；抑或基於系爭規定一屬刑事處罰之法律，因刑法第 2 條第 1 項：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」之規定，而將該個案之審判程序延至新法修正公布或本號解釋公布日起算 1 年後始予以終結，俾得適用有利於行為人之法律或本號解釋之諭知。

準此，非屬聲請本號解釋之個案，在前述 1 年修法期間之時間區段內，屬應適用系爭規定一者，縱有本號解釋所稱之情節輕微情事，法官於適用刑法第 59 條規定酌減其刑後，能否因本號解釋結果致得再減輕其刑（或因修法或因本號解釋諭知），核屬繫諸承審個案之審判庭決定之事項。換言之，

在上述1年修法期間之時間區段內，情節完全相同之個案，可能會因承審個案之審判庭決定在時間區段內審結個案，或在逾上述1年修法期間後始審結裁判，致被告將受到得否再減輕其刑之差別對待。而此種因不同之主觀決定所必然導致之差別待遇，本席認為係可於本號解釋透過採取「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，於修正前，就其中情節輕微者，得依本解釋意旨減輕其法定刑至二分之一」之諭知方式，予以解決者。並說明本號解釋應採取如此諭知方式之理由如下：

（一）本號解釋關於系爭規定一之解釋模式係與本院釋字第669解釋有異曲同工之妙。而中華民國98年12月25日公布之本院釋字第669號解釋針對當時之槍砲彈藥刀械管制條例第8條第1項規定，就其中空氣槍部分，係認為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，有違憲法第23條之比例原則，並就此部分為「應自本解釋公布之日起至遲於一年屆滿時，失其效力。」之諭知。而為因應此號解釋，於100年1月5日修正公布之槍砲彈藥刀械管制條例第8條，則係增列第6項規定：「犯第1項、第2項或第4項有關空氣槍之罪，其情節輕微者，得減輕其刑。」亦即其修法方式，是將本院釋字第669號解釋針對空氣槍部分所為「情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度」之意旨，以「其情節輕微者，得減輕其刑」之文字予以修正。

本號解釋關於「情節輕微者再減輕其法定刑至二分之

一」之諭知，顯係同上述修法意旨。故而，系爭規定一因本號解釋結果所可能採取之修法模式，參諸前例，應可預期當與本號解釋所諭知之「減輕其法定刑至二分之一」(刑法第 66 條參照）之方式相近，故本席方認為本號解釋可採不會產生裁判差別待遇之諭知方式（即「於修正前，就其中情節輕微者，得依本解釋意旨減輕其法定刑至二分之一」)。但於此必須附加說明者，乃並非所有經解釋宣告定期失效之法律，均適合採取本席前所主張之諭知模式，蓋宣告法律定期失效，本就具有尊重立法機關，給予立法者適當修法時程之意旨，故在論罪科刑之法律依據，採從舊從輕之刑事法領域，如何讓個案審判庭願意等待新法修正，應屬更根本的解決方法（詳下述)。

（二)本院解釋先例，亦不乏於認法律規定之處罰過苛，應定期修正者，在解釋中併為法律修正前應為如合適當處置之諭知者，如本院釋字第 641 號解釋即為「系爭規定修正前，依該規定裁罰及審判而有造成個案顯然過苛處罰之虞者，應依菸酒稅法第 21 條規定之立法目的與個案實質正義之要求，斟酌出售價格、販賣數量、實際獲利情形、影響交易秩序之程度，及個案其他相關情狀等，依本解釋意旨另為符合比例原則之適當處置，併予指明。」等語之諭知。換言之，本院解釋於宣告法律定期失效，著令立法者修法之一定期間，亦非無諭知法律應如何適用之情形。

或謂審理個案之法官，於該案情節有符合本號解釋之情形下，應該會等到法律修正再依新法，或法律逾期未修正再

依本號解釋之諭知審結個案。惟本席向認為若可以「制度本身」維持結果之公平，則其選擇之順位，原則上應是優於尚需繫諸於「人」的制度。況針對個案之審結，司法實務又係訂有管考規定。而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；且觀同規則第 14 點關於刑事審判視為不遲延案件之規定，除聲請本院解釋之個案外，並無因個案應適用之法規，經本院解釋定期失效且為如本號解釋之諭知方式，得就因等待前述 1 年修法期間，而視為不遲延之規範。則除個案有符合其他視為不遲延之事由外（如第 14 點第 12 款所規定：「案情繁難，經承辦法官敘明理由，報請該管法院院長核可延長辦案期限者。」），個案因延遲審結，難免會衍生超過辦案期限之遲延問題，而徒增法官是否等待新法修正始予以結案之遲疑與心理負擔。況如上所述，亦非所有經本院解釋為違憲之刑事法律，均適合採取本席針對本號解釋所主張之諭知方式。是為有效解決「刑事法律」經本院解釋定期失效時[1]，在解釋效果之諭知上，關於尊重立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定，

[1] 違法行為之刑事處罰，其法律適用，依刑法第 2 條第 1 項規定係採從舊從輕原則，且其比較之時間終點係至裁判確定時。而個案要等待從輕之新法修正結果，則係因依法得適用從輕之新法。但非刑事之處罰規範，如適用行政罰法之行政罰，因依行政罰法第 5 條規定，所採從新從輕之法律比較適用的時間終點，係行政機關最初裁處時，而與刑事處罰有別，故雖規範此等行政罰之法律於法院裁判時為從輕之修正，該審判中之個案原則上並不適用修正後之輕法。故此處乃僅限於刑事法律。

進而造成裁判之差別對待，更是根本的解決之道。