

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條之罪一有自白減刑之規定。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！