

## 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，<sup>1</sup>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，<sup>2</sup>本席在前所提意見書中即已曾認平等權未受應有之重視。<sup>3</sup>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，<sup>4</sup>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

<sup>1</sup> 例如本院釋字第 669 號解釋、第 775 號解釋及第 777 號解釋。

<sup>2</sup> 請參見附件一。

<sup>3</sup> 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。

<sup>4</sup> 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，<sup>5</sup>且相較

<sup>5</sup> 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，<sup>6</sup>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，<sup>7</sup>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，<sup>8</sup>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。

---

<sup>6</sup> 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）。

<sup>7</sup> 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。

<sup>8</sup> 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](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](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)。<sup>9</sup>

<sup>9</sup> 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

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

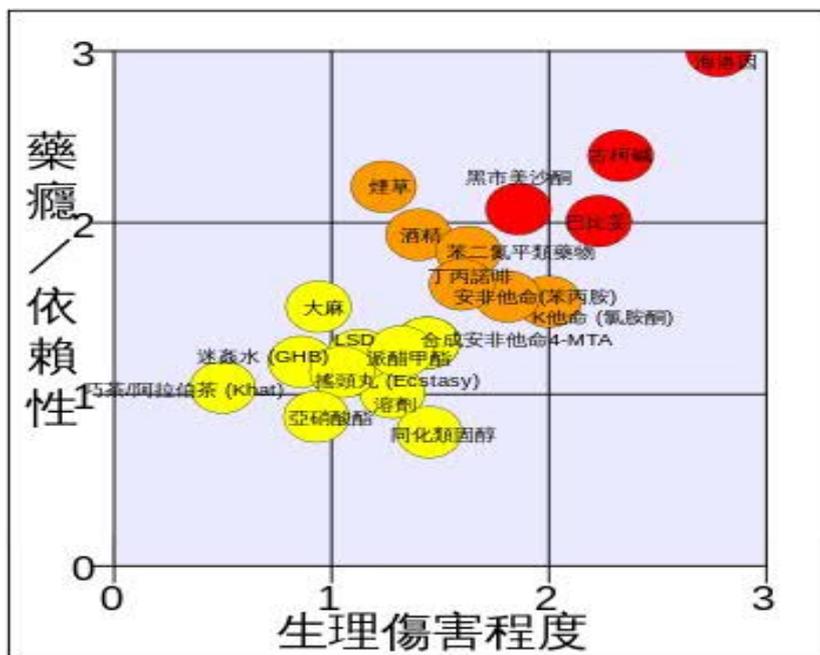
表一：平等權

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，以啟自新。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。