

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。另聲請人黃獻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 條亦無抵觸。」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）被人民認有抵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

對於毒品案一味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，依其合理確信認有抵觸憲法，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。