

## 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。