

## 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抵觸憲法之疑義，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<sup>1</sup>，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，

---

<sup>1</sup> 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。