

釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的：

本院審理 108 年度原上訴字第 95 號黃志照違反毒品危害防制條例案件，認為應適用之毒品危害防制條例第 4 條第 1 項販賣第一級毒品罪，法定刑僅有死刑與無期徒刑二者嚴酷的刑罰，並不論行為人犯罪情節之輕重，均處以死刑、無期徒刑之重度自由刑相繩，法院難以具體考量行為人違法行為之危害程度，對違法情節輕微之個案（例如販賣數量極少 1 次施用完畢的同儕間轉賣，或只是代為交貨或收取費用者），縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，最低刑度仍達 15 年有期徒刑，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，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義（參照釋字第 790 號解釋理由書）。

此外，販賣毒品並未侵害他人生命法益，連侵害身體法益的實害結果都尚未發生，只能謂係危險犯性質，惟其最重法定刑竟為死刑，除死刑以外，也僅有同樣嚴酷終身剝奪人身自由的無期徒刑可以選擇。認為已違反憲法第 15 條生存權保障之意旨，及「公民與政治權利國際公約」（以下稱公政公約）第 6 條關於生命權的保障，不符合第 6 條第 2 項「犯情節嚴重之罪」（最嚴重之犯罪）始得處以死刑的規定。

並未侵害生命法益的犯罪，立法者又不論販賣第一級毒品的數量、情節、違法情節程度，一律要求司法者處以死刑或無期徒刑刑罰，顯已違反罪刑相當性原則（釋字第 669 號、777 號、790 號解釋）、公民與政治權利國際公約（以下稱公政公約）第 6 條所宣示的恣意剝奪禁止原則，及憲法第 7 條的平等原則。

至於民國 88 年間作成的釋字第 476 號解釋，一來作成於兩公約生效前，與公政公約保障生命權的規定有所扞格；再者也與上述大法官解釋所宣示的不容許法律違反罪刑相當及比例原則的意旨，有所抵觸，就算大法官堅持不符補充解釋的要件，但已有重新檢討而不得不變更解釋的必要。

貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

一、疑義之經過：

第一審的犯罪事實就是：被告黃志照分別與曾文鑫、黃雅玲共同基於販賣第一級毒品海洛因、第二級毒品甲基安非他命之犯意聯絡，分別於如附表編號 1、2 所示時、地，與如附表編號 1、2 所示之人分別交易地第一、二級毒品（曾文鑫、黃雅玲分別所涉犯行部分業經前案判處有罪在案）：

附表

編號	時間	地點	對象	毒品種類、數量及價金	交易方式
1	107年1月29日13時54分至14時48分許間之某時許(起訴書原記載13時16分許之後某時,經檢察官當庭更正)。	曾文鑫位在新竹縣住處。	陳永泉	海洛因不詳重量, 1000元。	陳永泉於左揭日以門號0000000000號手機與曾文鑫使用門號0000000000號手機聯繫購買毒品,曾文鑫在左揭住處交付左揭毒品給黃志照,由黃志照下樓交付左揭毒品給陳永泉並收取左揭價金。
2	107年2月4日5時至6時許間之某時許。	黃雅玲同上住址住處。	廖耿暉	甲基安非他命1公克, 2500元。	黃雅玲於107年2月3日23時許,在左揭住處將左揭毒品交付黃志照,黃志照復於左揭時、地將左揭毒品販賣廖耿暉,廖耿暉當場施用後,尚未交付價金,即遭警方查獲。

經聲請人受命法官進行準備程序後所得發見與量刑相關的事實補充如下：實則，曾文鑫、黃雅玲為男女朋友，被告黃志照是黃雅玲的堂弟。黃志照因投靠堂姊同住，曾文鑫、黃雅玲平日販賣第一、二級毒品，曾文鑫、黃雅玲分別與如附表所示買家談妥交易價格、數量後，囑託黃志照下樓交付毒品給買家及收款。黃志照分文未取，只是單純代為交貨及收取價金。

依實務標準均認為黃志照所為已構成共同販賣毒品既遂。黃志照與曾文鑫共同販賣第一級毒品罪部分，黃志照經第一審分別適用毒品危害防制條例第 17 條第 2 項自白減輕，及刑法第 59 條酌減其刑，判處有期徒刑 7 年 7 月，但主要的獲利者曾文鑫因為尚有供出毒品來源，另適用毒品危害防制條例第 17 條第 1 項減輕其刑，僅判處有期徒刑 3 年 10 月。同樣的，販賣第二級毒品部分，黃志照與黃雅玲因為都符合上述兩種減刑規定，均被判處有期徒刑 1 年 9 月。

被告黃志照所犯兩罪經第一審定其應執行刑為有期徒刑 7 年 8 月（7 年 7 月 + 1 年 9 月 = 7 年 8 月），看似兩罪僅加 1 個月。實則此顯然是參照共犯曾文鑫、黃雅玲的罪刑而來。因為曾文鑫所涉販賣毒品案共有 11 罪（第一級毒品 5 罪、第二級毒品 6 罪），定其應執行刑為 7 年 10 月。黃雅玲則犯 3 個販賣毒品罪（第一級毒品 2 罪、第二級毒品 1 罪），定其應執行刑為 7 年 9 月。黃志照只犯 2 罪，第一審也

知道定應執行刑若高於曾文鑫、黃雅玲，顯有不公，所以才會在7年7月上只酌加1個月成為7年8月。

但是，結果也只比曾文鑫、黃雅玲分別少2個月與1個月？被告黃志照係受曾文鑫、黃雅玲指使，只是單純為其等交付毒品，營利及獲利者為曾文鑫、黃雅玲，黃志照參與的犯罪情節輕微，卻分別較之僅少2個月與1個月。被告黃志照因而提起本院上訴，請求再為輕判。

但是聲請人即使用盡現有所有減刑規定，販賣第一級毒品部分仍要判處有期徒刑7年6月、第二級毒品1年9月，定執行刑最少最少還是7年6月，也比第一審的7年7月少1個月。一個遠少於曾文鑫、黃雅玲的罪數，以及顯然輕於其等的犯罪情節，卻獲判與其堂姊及男友幾近相同的刑罰，其事理難平明顯。

何以如此？只要檢視毒品危害防制條例即知，就是因為販賣第一級毒品法定刑，不分犯罪情節輕重，只有兩種最嚴苛之刑：死刑與無期徒刑。而立法者再依序就販賣第二、三、四級毒品分別制定較上一級毒品為輕的法定刑。然而構成要件只有「販賣」，卻全無區別犯罪情節，給予法官不同類型化、精細的，不同或裁量範圍較大的法定刑。

聲請人確信，就是因為立法者對於販賣毒品罪，不分參與犯罪情節的輕重，一律科以幾無裁量權的嚴苛重刑，而現行得以減輕其刑的法律規定，根本也沒有就情節輕微者另設減刑規定，導致吸毒同儕間

的少量轉賣第一級毒品的行為，竟與大盤毒梟面臨同樣的僅有死刑與無期徒刑刑罰。如原因案件，受指使單純交付毒品的被告，其判處刑罰竟等於，甚或輕於獲利者的主嫌。就算援用刑法第 59 條減輕其刑，也是最輕要 15 年有期徒刑。

此種犯罪情節輕微者，立法者未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，而對人民受憲法第 8 條保障人身自由權所為之限制，已經與歷來大法官所宣示的憲法罪刑相當原則不符(參見釋字第 669 號、777 號、790 號解釋意旨)，特別是釋字第 790 號解釋，也是針對毒品條例(第 12 條)的解釋。既然意圖供製造毒品之用，而栽種大麻情節輕微者，如一律處 5 年(或經動用刑法第 59 條減刑後的 2 年 6 月)以上有期徒刑，會違反罪刑相當原則，那麼販賣毒品情節輕微者，卻必須判處死刑、無期徒刑，或經動用刑法第 59 條減刑後的 15 年，焉有不違反罪刑相當原則之理。

二、疑義之性質及涉及之憲法條文：

憲法第 15 條保障人民生存權，一般以為「生命權」即為生存權的核心。98 年 12 月 10 日生效的兩公約施行法，賦與兩公約具有國內法之效力，而公政公約第 6 條第 1 項規定：「人人皆有天賦之生存權(亦有譯為生命權)。此一權利應受法律保障。任何人之生命不得無理剝奪」、第 2 項規定：「凡未廢除死刑之國家，非犯情節最重大之

罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑。死刑非依管轄法院終局判決，不得執行」。另第 7 條規定：「任何人不得施以酷刑，或予以殘忍、不人道或侮辱之處遇或懲罰。非經本人自願同意，尤不得對任何人作醫學或科學試驗。

1966 年 12 月 16 日聯合國大會決議通過，1976 年生效的「公民與政治權利國際公約」(ICCPR)、「經濟社會文化權利國際公約」(ICESCR)，即所謂兩公約，與聯合國更早於 1968 年 12 月 10 日發表的「世界人權宣言」，三者合稱為「國際人權法典」(International Bill of Rights)。兩公約至今已有超過 160 個締約國簽署，多年來早已具有強行國際法，或國際習慣法的地位。

兩公約施行法第 2 條更明定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力」；第 8 條也要求各機關檢討其主管法令：「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後 2 年內，完成法令之制(訂)定、修正或廢止及行政措施之改進」；第 4 條更要求各機關行使職權不得違反兩公約人權保障的規定：「各級政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現」。足認兩公約在我國取得「法律」位

階的效力，而且具有「人權基本法」的憲法位階，至少是特別法優於普通法、後法優於前法之效力。

實則兩公約於我國未有實定法律效力前，大法官就不乏直接據為憲法解釋之基礎，早在民國 83 年釋字第 392 號解釋理由書（第三段、第十八段）即參酌「聯合國公民及政治權利國際盟約」第 9 條第 3 項之規定，認為憲法第 8 條的「該管法院」限於狹義的審判法院，不包括檢察官。

10 年後的 93 年，釋字第 582 號解釋理由書第二段，大法官更直接引用「聯合國公民及政治權利國際公約」第 14 條第 3 項第 5 款，認為「凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障，足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權」，指出這在我國憲法不但為第 16 條訴訟基本權所保障，且屬憲法第八條人身自由正當法律程序所保障之一種權利。

至於各別大法官之意見書引用兩公約者，更不勝可數。兩公約施行法生效前有劉鐵錚大法官於釋字 558 號解釋不同意見書，楊仁壽大法官於釋字 571 號解釋不同意見書，許宗力、林子儀、許玉秀大法官於釋字第 636 號解釋部分協同意見書，李震山大法官於釋字第 665 號解釋部分不同意見書。兩公約施行法生效後則有許宗力大法官於釋字 670 號解釋部分不同意見書，李震山、許玉秀、陳春生大法官於釋字

662 號解釋部分不同意見書，李震山大法官於釋字第 689 號解釋部分不同意見書，李震山、林子儀大法官於釋字第 690 號解釋部分不同意見書，釋字第 694 號解釋，更有葉百修大法官出具協同意見書，羅昌發大法官出具部分協同、部分不同意見書，湯德宗大法官出具部分協同、部分不同意見書，均引用兩公約補充我國基本權的解釋。羅昌發大法官其後又陸續於釋字第 696 號解釋提出協同意見書、釋字第 697 號解釋提出不同意見書引用兩公約。

值得一提者，李震山、林子儀大法官於釋字 690 號解釋部分不同意見書直接引用公民政治與權利公約第 9 條第 3、4 項，說明由法官事前、事中或事後迅速介入審查人身自由剝奪之合法性，對照我國憲法第 8 條第 2 項、第 3 項及第 4 項規定，人民得請求該管法院提審，法院不得拒絕或遲延之意旨相符，批評多數意見容許人身自由剝奪，「僅以嗣後行政救濟『權充』法官保留的作法，更是等而下」，實屬不能忽視的鏗鏘之語。

而大法官羅昌發則一再強調：「我國已透過兩公約施行法，施行兩公約。雖該施行法在我國國內屬於法律位階，然在我國法律體系內納入並執行國際人權公約，亦可證明我國對於該公約所承認之人權普世價值，有明確且直接之肯定。其內容自得做為解釋我國憲法基本權

利內涵之重要考量依據」（參見釋字 694 號解釋、696 號解釋、697 號解釋之意見書）。

就第 15 條的生存權而言，大法官葉百修於釋字第 694 號解釋協同意見書，為了說明生存權之憲法意義是「從生死一線到人性尊嚴」，也強調我國已制定兩公約施行法，認為我國憲法第 15 條雖然僅規定生存權之保障，然從憲法其他人民權利保障及基本國策相關規定，同時參照外國憲法實務見解，兩公約相關規定，於本院解釋憲法生存權保障之意涵時，均足以資參照，並逕引用經濟社會文化權利國際公約第 11 條第 1 項、第 12 條第 1 項規定，具體例示生存最低限度保障之生理與心理要求。大法官羅昌發更於釋字第 697 號解釋不同意見書，直接引用公民與政治權利國際公約第 7 條前段禁止酷刑之規定，指出所謂「殘酷處罰」並未有所界定，然其文義顯然不限於禁止就生命刑與自由刑所施以之殘酷處罰，而認為系爭貨物稅條例第 32 條第 1 款「按補徵稅額處五倍至十五倍罰鍰」之規定，處罰過苛而違憲。

即使承認死刑法制之前提下，公民與政治權利國際公約第 6 條第 2 項亦限於「犯情節最重大之罪」(The Most Serious Crimes)者為限，販賣第一級毒品罪的法定刑僅有「死刑或無期徒刑」兩者，惟此非侵犯生命權法益之犯罪，已不符「犯情節最重大之罪」之要件，不

論處以死刑或無期徒刑，更是不折不扣的「酷刑」，已違反憲法第 15 條之生存權，及公民與政治權利國際公約第 6 條、第 7 條。

就本案的適用結果言，更突顯尚違反憲法第 7 條之平等原則、第 23 條之比例原則。因為販賣第一級毒品罪的法定刑僅有「死刑或無期徒刑」兩者，以本案被告僅僅是代替堂姊及其男友，交付微量的價值 1 千元的第一級毒品給欲供已施用的買家及收費轉交，最輕就必須處以無期徒刑，明顯過重，更遑論死刑。又即令適用釋字第 263 號解釋所創設的「情輕法重」標準，適用刑法第 59 條減刑之規定，被告至少亦應處以有期徒刑 15 年，仍嫌過重，好在被告於偵查、審理中有自白，另依毒品危害防制條例第 17 條第 2 項減刑，也仍然至少要判處有期徒刑 7 年 6 月。依據釋字第 669 號、第 790 號解釋意旨，除已違反罪刑相當性原則外，本條「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。

爰請宣告法定刑僅有死刑、無期徒刑之販賣第一級毒品罪，違反憲法第 15 條及公政公約第 6 條、第 7 條；且不區分販賣情節之輕重，僅有上述死刑、無期徒刑重刑，有違罪刑相當性原則、平等原則及比例原則，並懇請一併附帶重新檢視釋字第 467 號解釋是否已有補充或更正之必要。

參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、販賣第一級毒品處以死刑侵害憲法第 15 條保障之生存權

公政公約第 6 條規定如下：

「（第 1 項）人人皆有天賦之生存權。此種權利應受法律保障。

任何人之生命不得無理剝奪。

（第 2 項）凡未廢除死刑之國家，非犯情節重大之罪，且依照犯罪時有效並與本公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，不得科處死刑。死刑非依管轄法院終局判決，不得執行。

（第 3 項）生命之剝奪構成殘害人群罪時，本公約締約國公認本條不得認為授權任何締約國以任何方式減免其依防止及懲治殘害人群罪公約規定所負之任何義務。

（第 4 項）受死刑宣告者，有請求特赦或減刑之權。一切判處死刑之案件均得邀大赦、特赦或減刑。

（第 5 項）未滿十八歲之人犯罪，不得判處死刑；懷胎婦女被判死刑，不得執行其刑。

（第 6 項）本公約締約國不得援引本條，而延緩或阻止死刑之廢除」。

公政公約第 7 條則規定：「任何人不得施以酷刑，或予以殘忍、

不人道或侮辱之處遇或懲罰。非經本人自願同意，尤不得對任何人作醫學或科學試驗」。

雖然 99 年 5 月 8 日司法院第 1358 次不受理案件，其中會台字第 8409 號、第 9471 號，曾援引公政公約第 6 條第 2 項規定，維持自釋字第 194 號、263 號及 476 號解釋以來，認同死刑法律合憲之立場謂：按公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第二條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」公民與政治權利國際公約第 6 條第 6 項雖規定，該公約締約國不得援引該條，而延緩或阻止死刑之廢除。惟依同條第 2 項前段規定之意旨，凡未廢除死刑之國家，如犯情節重大之罪，且依照犯罪時有效並與該公約規定及防止及懲治殘害人群罪公約不牴觸之法律，尚非不得科處死刑等語。

惟該案係當時 44 位死刑受刑人的聲請案件，而其等經判決確定所適用之法律均係侵害生命權，如殺人、強盜殺人、強制性交殺人、擄人勒贖殺被害人等罪，並無因為販賣或運輸第一級毒品犯罪確定之死刑受刑人，因而該不受理決議不能援引至本件聲請案例，合先敘明。更遑論大法官先係以公政公約第 6 條第 6 項，公約締約國不得援引本條，而延緩或阻止死刑之廢除，卻又緊接著引用第 2 項作為維持死刑之依據，殊不知第 2 項係「過去式」，絕非「未來式」，亦即在

無奈的情形下，先有限度的容許尚有死刑法律的國家參與締約，但未來應朝廢除刑的方向前進，始符本條保障生命權之意旨。

即使依據公政公約第 6 條第 2 項容許仍得科處死刑之法律，也絕不應包括未侵害生命權的販賣毒品犯行。首先，公政公約第 6 條第 2 項的英文原文為「The Most Serious Crimes」，直譯應為「最嚴重罪行」，惟我國官方文件卻翻譯為「情節重大之犯罪」，顯不符合該公約文義，而有放寬至「雖非最嚴重之犯罪但其情節重大之犯罪」之嫌¹。

兩公約施行法第 3 條規定：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋」。正如適用我國憲法，不能不參照大法官解釋，否則難以從言簡意賅的條文文字，理解並延申所欲保障人權的基本價值，是一樣的道理。

依據聯合國人權事務委員會第 6 號「一般性意見」(general comments)認為，雖然按照「公民與政治權利國際公約」第 6 條第 2 項至第 6 項的規定來看，締約國並沒有義務徹底廢除死刑，但他們有義務限制死刑的執行；特別是對「最嚴重罪行」以外的案例廢除這種刑罰。因此，締約國必須考慮參照這項規定，審查該國的刑法，同時，無論如何，它們有義務把死刑的適用範圍侷限於「最嚴重罪行」。本

¹參見黃明展，論公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法之施行對判決與執行死刑之影響，司法周刊 1492 期，99 年 5 月 20 日。

條款也一般性地提到廢除死刑，採取強烈語氣建議各國廢除死刑。人權事務委員會進一步認為，「最嚴重罪行」這個詞的意義必須嚴格限定，他意味著死刑應當是十分特殊的措施（非常例外之刑罰）。

人權事務委員會亦認為將下列犯罪處以死刑，是不符合「公民與政治權利國際公約」第 6 條第 2 項規定的。這些犯罪包括政治犯、沒有遭致死亡之犯罪、一般公務員與軍人共同預謀犯罪、貪污罪、經濟犯罪、暴力搶奪犯罪、叛亂罪、間諜罪及拒絕公布過去政治活動等行為。以下有一些犯罪恐怕不能被認為屬於「最嚴重罪行」而判處死刑，諸如：叛國罪、侵害智慧財產權罪、強盜罪、運送有毒物品罪、加工自殺罪（即教唆自殺）、毒品相關犯罪（包括運毒）、財產侵害犯罪、妨礙兵役罪、背信罪、同性戀、公務侵佔罪、加重竊盜罪、未造成死亡的擄人勒贖罪、經濟犯罪、通姦罪、貪污罪或是任何沒有造成死亡的犯罪。

有關毒品犯罪部分，人權事務委員會認為，「將死刑擴張至所有與販毒有關之行為，包括買賣與吸食毒品，乃是過度之考量」。人權事務委員會亦認為，定義不明確之犯罪，例如「違反和平、人道或人權罪」或「以對公眾敵視為犯意」之戰爭犯罪等，都不應處以死刑。人權事務委員會在 *Thompson v. St. Vincent and the Grenadines* 案件中，也確認唯一死刑規定，使得當事國判處死刑的考量標準只限

於犯罪的種類，而沒有就個案情況不同而給予不同的考量，如此將侵犯生命權²。

2018 年最新的第 36 號一般性意見第 35 點更是強調：「情節最重大之罪」（最嚴重罪行）一詞必須作嚴格解讀，僅限於涉及故意殺人的極嚴重罪行。在第 6 條的架構內，未直接和故意導致死亡的罪行，如謀殺未遂、腐及其他經濟和政治罪行、武裝搶劫、海盜行為、綁架以及毒品和性犯罪儘管具有嚴重性質，但絕不能作為判處死刑的理由。同樣地，有限度地參與或共犯即便情節最重大之罪，例如為謀殺提供實際工具，也不能作為判處死刑的理由。締約國有義務審查其刑事法律，以確保不對未構成情節最重大之罪的罪名判處死刑。締約國還應撤銷對未構成情節最重大之罪的死刑判決，並採取必要的法律程序，對此類罪行已被定罪的人重新判決。

另外，依據聯合國經濟及社會理事會在 1984 年決議的「死刑保障條款」（Death Penalty Safeguards）第 1 條就規定，最嚴重之犯罪（The Most Serious Crimes）之定義範圍不能超出「蓄意且造成致命或極端嚴重後果之犯罪」標準³。此決議並得到聯合國大會的認同⁴。

² 參見廖福特，保障生命權與邁向廢除死刑—「公民與政治權利國際公約」第六條之內涵，第 17-18 頁。

³ 「In countries which have not abolished the death penalty, capital punishment may be imposed only for the most serious crimes, it being understood that their scope should not go beyond intentional crimes with lethal or other extremely grave consequences.」.參見廖福特，同上註，17 頁。黃明展，(註 1)文。中文翻譯同後作者。

因為兩公約施行法第 8 條要求各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進，換言之，最後期限是 100 年 12 月 10 日。法務部於 98 年 9 月公布各機關檢討結果，法務部就其所主管之法令，認為與公民與政治權利國際公約第 6 條第 2 項規定相衝突之條文共計有 4 個條文，系爭販賣第一級毒品罪即名列榜上，其他尚有刑法第 261 條、毒品危害防制條例第 6 條第 1 項、第 15 條第 1 項，均係與毒品有關之犯罪⁵。

法務部（檢察司）認為牴觸公政公約第 6 條第 2 項的理由為：上開規定「並未造成生命法益之剝奪或侵害，應非屬犯罪情節重大之犯罪」，甚且因應方式記載為：本部將於 100 年 11 月 30 日前完成檢討，修正刪除各該條文死刑之刑罰⁶。但 10 年過去，無庸置疑的，這些與兩公約牴觸的現行法律，仍未修正或廢止。值得注意的是，兩公約的主管機關法務部亦以「有無造成生命法益之剝奪或侵害」來界定是否

⁴參見廖福特，同上註，17 頁。

⁵ 刑法第 261 條：「公務員利用權力強迫他人犯前條之罪者，處死刑或無期徒刑」；毒品危害防制條例第 4 條第 1 項：「製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣一千萬元以下罰金」；毒品危害防制條例第 6 條第 1 項：「以強暴、脅迫、欺瞞或其他非法之方法使人施用第一級毒品者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑；處無期徒刑或十年以上有期徒刑者，得併科新臺幣一千萬元以下罰金」；毒品危害防制條例第 15 條第 1 項：「公務員假借職務上之權力、機會或方法犯第四條第二項或第六條第一項之罪者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣一千萬元以下罰金」。

⁶ 參見法務部「人權大步走」網頁，各機主管法令及行政措施是否符合《兩公約》規定檢討清冊。

屬於公政公約第 6 條第 2 項的「犯情節重大之犯罪」概念，較接近前述聯合國經濟及社會理事會所定義的「蓄意且造成致命或極端嚴重後果之犯罪」標準。

死刑屬公政公約第 7 條所禁止的「酷刑」種類，更無疑問。特別是我國執行死刑至今仍由法警以開槍射擊心臟之手段為之。人權事務委員會認為死刑之執行應「以對身體及精神最小傷害之方式」為之，在 Cox v. Canada 一案中，人權事務委員會不認為以注射致死之方式，會構成「殘忍、不人道或侮辱之處遇或懲罰」Ng v. Canada 一案中，認為以瓦斯毒氣致死，違反「以對身體及精神最小傷害之方式」原則，因為此方式會延長受苦時間而無法馬上致死，因而構成殘忍、不人道之處遇，當然公開執行死刑也是⁷。

106 年 1 月 20 日的國際專家審查結論性意見第 57 點先是恭賀臺灣政府全面禁止各種形式之體罰，適用範圍遍佈社會各部門，包括警軍、學校、家庭、司法或紀律處罰等，全面遵守國際法律和司法體系要求之完全禁止體罰的規定。但是在第 58 點接著表示深感遺憾的是，在廢除體罰最極致形式的死刑上卻無任何進展。儘管國際法越來越體認到死刑違反人類尊嚴，但近年來執行死刑的數量仍和過去無

⁷ 廖福特，不受酷刑作為基本權—以國際標準建構我國憲法規範及內涵，第七屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會，2009 年 12 月，論文 14 頁。第 36 號一般性意見書第 40 點也重申死刑執行方法違反酷刑禁止，包括公開行刑。

異。臺灣政府持續以絕大多數民眾支持死刑的民意為由，保留死刑。第59點更呼籲：審查委員會敦促現今的臺灣政府和蔡英文總統帶頭加強民眾對酷刑和非人道懲罰的認識，而非一味強調民意的重要性。對此，審查委員會強烈建議臺灣政府採取果斷的步驟，即刻暫停執行死刑，同時以在不久的將來全面廢除死刑為終極目標。

或許有人會懷疑，依目前司法實務不會有法官將販賣或運輸毒品者判處死刑，系爭條文的死刑刑罰僅有象徵性的嚇阻意義。聲請人要說的是，以死刑做為嚇阻犯罪的手段，不僅從未成功，反而有礙我國邁向人權國家的目標。何況實務上真的沒有因為販賣或運輸毒品經法官判處死刑案例嗎？戡亂及戒嚴時期的絕對死刑時代比比皆是固毋論，即使是解嚴後的平時法制下的毒品案件仍有案例，也不過是十幾年前而已。

參見臺灣高等法院台南分院94年上重訴第58號案件，本案發生在92年底至93年1月間，被告楊世銘為味丹公司負責人之子，其因為意圖販賣而販入第一級毒品海洛因並運輸入台高達一百塊，總淨重三萬多公斤被查獲，法院撤銷第一審無期徒刑判決，改判死刑，其理由僅為：「所謂販賣，情節各異，有僅出售毒品者，有販入兼賣出者；有僅販入尚未出售者，依最高法院見解，均以販賣既遂罪論處。本件被告楊世銘販賣第一級毒品海洛因磚達十五塊，走私、運輸第一級毒

品海洛因磚更高達一百塊，犯罪情節極為重大，不宜輕縱。被告出身富裕家庭，只要實在做人，認真做事，就可以有很好的前程，但他不若此想，反而挺而走險，不顧社會治安、國民健康，大量販賣、走私、運輸高純度海洛因磚，以牟取不法利益，且在本件走私、運輸毒品部分，見證據對其不利，仍然避重就輕，僅承認幫助犯行，而為不實之供述（被告有緘默權，無說謊權），將責任推給共同被告侯國柱、陳智平，犯後態度極為不佳，運抵臺灣後雖不及出售即被查獲，尚未得到任何利益，但此種行徑實不可原諒，本院思慮再三，實有使被告楊世銘與社會隔離之必要，因此本院認檢察官對被告楊世銘求處死刑為適當；又被告楊世銘並無依刑法第五十九條減輕其刑之理由因此，其辯護人請求判處被告最高有期徒刑十五年，亦不可採。從而本院認為判處被告楊世銘死刑，褫奪公權終身為宜。

二審並且指出第一審僅判處無期徒刑不當，撤銷的理由為「目前施用毒品者導致家庭破碎者比比皆是，被告又是本件走私毒品海洛因磚壹佰塊之主導者，而此一百塊若走私成功，將造成無數人之受害及無數家庭之破碎，危害社會實在太大，被告楊世銘事後又極力否認犯行，毫無悔過之意，原審僅從輕量處無期徒刑，即有未洽」。且經上訴最高法院後，雖經撤銷發回，惟撤銷的理由對於量處死刑是否有當全然未著墨，而僅挑剔認定事實的枝微末節（參見最高法院 94 年度

台上字第 3753 號)，且發回更審後的更一審仍然維持死刑判決，除照抄前審判決理由外，並增加一段死刑與民意的論述謂：「按死刑之存廢，亦即國家是否有權剝奪人民之生命，論爭不斷，廢除死刑之主張論述，每隔一段期間即會成討論之議題，惟依民調之顯示，始終是少數主張，並非主流之民意，是立法之動向亦不敢輕易廢除死刑。而司法之立場依數據顯示雖亦對死刑之審認亦更加嚴謹，但對罪大惡極之行為，亦仍判處死刑」。直到又上訴最高法院第二度撤銷發回（最高法院 96 年度台上字第 2598 號判決），同樣沒有指摘量刑不當，但是更二審改判無期徒刑後，其後數次更審始不再出現死刑結果。

本案終於在 101 年 5 月 17 日經最高法院判決上訴駁回確定（最高法院 101 年度台上字第 2492 號判決），最後的事實審台南高分院更八審所幸沒有以被告「罪大惡極之行為，亦仍判處死刑」、「避重就輕、為不實之供述，並強調被告有緘默權，但無說謊權，犯後態度極為不佳、此種行徑實不可原諒」等理由，又改判被告死刑，而是以無期徒刑確定。畢竟本罪僅有兩種刑罰可以選擇，量處無期徒刑變成是從輕量刑？更別說三萬多公斤的海洛因，與本案僅有 1 千元價值，估計零點幾公克的海洛因相較，都只判處無期徒刑，如何能謂公平？總之，在總統宣示簽署兩公約為其重大人權政策時，我們就註定必須面臨國內死刑法律不符兩公約（尤其公政公約）的質疑，相信這也是

對岸中華人民共和國雖然於 1998 年簽署兩公約，但至今只願批准經濟社會文化權利國際公約，卻持遲遲不願批准公政公約的重要原因之一。

當歷任總統均始終不放棄宣示我國未來要朝廢除死刑邁進，民意反對廢除死刑的比率也始終居高不下，然而民主政治，政府難脫精英立場，政府有義務主導、教育並形塑民意，而階段性廢除死刑也是政府掛在嘴上的因應方式，為免流於口號。距離民國 74 年、79 年維持絕對死刑合憲的釋字第 194 號、263 號解釋，已超過 30 年，即使是 88 年採以比例原則審查的釋字第 476 號解釋，也已超過 20 年，看似有檢驗標準的釋字第 476 號解釋，其實卻相對趨於保守，畢竟販賣毒品根本未造成生命權的實害（連身體實害都沒有），根本構不上「最嚴重罪行」，而微量的毒品交易也不可能是「情節重大之犯罪」。

尤其最高法院 105 年度台上字第 141 號判決也以公政公約第 6 條第 2 項為依據，認為：「毒品危害防制條例就運輸（按上訴案件為運輸犯罪）第一級毒品所設之法定刑度，為死刑或無期徒刑，關於死刑部分，其於公民與政治權利國際公約內國化後，依該公約第 6 條第 2 款規定『非犯情節最重大之罪，不得科處死刑』，及依人權事務委員會相關解釋，所謂『情節最重大之罪』，限於『蓄意殺害並造成生命喪失』者方屬之，則運輸第一級毒品罪，顯然並不符合上開之情節最

重大之情形，該罪有關死刑之處罰雖已形同被凍結，但仍不分犯罪情況及結果如何，概以無期徒刑為法定刑，立法甚嚴，有導致情法失平之虞」。所稱「有關死刑之處罰形同被凍結」，等於承認本罪僅有無期徒刑，已屬單一刑罰、絕對刑期之罪，更是嚴重剝奪法官在量刑上的裁量權而違憲。

實則，依據兩公約施行法第 8 條規定，系爭販賣第一級毒品條文的死刑效果早於 100 年 12 月 10 日已然失效，因為牴觸公政公約第 6 條第 2 項，這不僅是主管機關法務部早就承認的，更是上述最高法院判決所以宣示死刑已凍結之故。然而立法院至今仍不動如山。大法官如果真的將生命權保障奉為信仰，真的將兩公約放在眼裏，就不應該放任已經違法、違憲的系爭條文，任由立法形成自由決定存廢。何不由大法官藉此宣告系爭條文侵害生命權違憲，以免斲傷兩公約的保障人權承諾，也為政府一再宣稱未來要朝向廢除死刑邁進，完成階段性的里程碑。

二、販賣第一級毒品處以死刑有違罪刑相當性及比例原則

販賣毒品罪應定性為「抽象危險犯」，基本上並未直接侵害到不特定多數人的生命、身體與健康，更未直接侵害購買者的身體、健康法益，因為只是完成毒品交易或取得毒品，只要購毒者尚未施用，就稱不上生命、身體、健康受到危害。換言之，販賣毒品罪尚未發生實

害，惟立法者就販賣第一級毒品罪，卻限定司法者僅能選擇兩種超越生命權及身體權極限的刑罰－死刑、無期徒刑。

大法官質疑刑罰過於苛重而宣告違憲的有名案例，當屬釋字第 669 號解釋。本號解釋重申釋字第 646 號、第 551 號、第 544 號解釋意旨謂：「人民身體之自由應予保障，憲法第八條定有明文。鑑於限制人身自由之刑罰，嚴重限制人民之基本權利，係屬不得已之最後手段。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」。

檢驗刑罰法律的合憲性，尤其罪刑是否相當的合理判斷，確屬難事。正如許宗力大法官於釋字第 669 號解釋提出的協同意見書所言：「對刑罰應採取何種密度之審查，一直是難以委決的問題：一方面刑法制裁動輒剝奪人民之財產、自由、名譽乃至於生命，具嚴峻性與最後手段性，從刑罰對人民權利影響重大之觀點，似應以嚴格審查標準審視刑罰之合憲性，否則輕易容任國家濫刑重罰，人民最核心的人身自由與生命，不免時時懸於國家合法暴力的威脅。但他方面嚴格違憲

審查卻有其現實困難，因為有關何種行為應予處罰及應受何種處罰，涉及複雜的社會環境、歷史文化、犯罪現象、群眾心理及犯罪理論等因素，立法機關所具之民主正當性，較諸司法機關更能反映當代社會紛呈的多元價值，對前者基於民主論辯所為之決定，後者要難率爾取代，是由事務領域與機關功能最適之角度，司法機關原則上似應支持刑罰之立法政策，僅以合理審查標準審查之」、「至於罪刑相當原則之審查，權衡法定刑有無違反罪刑相當性如何具體操作，向來甚為棘手。何種行為處以何種刑度係屬過分嚴苛之處罰，倘若欠缺客觀、明確且有理論基礎的標準據以操作，不可諱言地易流於主觀法感情的論斷，無從具體確認國家刑罰權的行使是否在憲法界線之內——在我國所採之抽象違憲審查制度下，因脫離具體個案事實情節，僅能從抽象的構成要件與刑度規定判斷，審查難度尤高，這是本案在解釋方法上所面臨的主要困難。本院早期之釋字第 476 號解釋曾謂：就法定刑規定『尤不得單以個人之價值判斷，執以否定立法之價值體系』，其保守的態度即是出於恐怕審查流於人言言殊的考量，而遲遲不能有所突破」等語。

無論如何，相較自民國初年即制定，但幾乎不曾適用過的鴉片罪章（刑法分則第 20 章，第 256 條至第 265 條），販賣或運輸第一級毒品嗎啡、海洛因，為 3 年以上 10 年以下之罪；鴉片罪則屬 7 年以上

有期徒刑，惟不論戒嚴時期的《肅清煙毒條例》或解嚴後的《毒品危害防制條例》，販賣、運輸第一級毒品不是絕對死刑，也僅有無期徒刑可供司法者裁量，觀其法定刑，顯然係重刑迷思下，典型特別刑法的例證，就此而言，應採取嚴格審查之審查密度。

根據比例原則審查系爭刑度規定之合憲性，亦即分別就立法目的是否在保護具有憲法位階之特定重要法益（目的）、施以刑罰是否有助目的達成（適合性）、是否別無其他相同有效達成目的而侵害較小的手段可資運用（必要性），以及刑罰之於所欲維護之法益是否符合比例關係（狹義比例性）加以審查。值得注意的是，許宗力大法官建議：在刑度審查中，狹義比例性的內涵，已經為罪刑相當性原則（或說是過苛處罰之禁止）所充實，亦即衡量刑度是否合乎比例，最重要的是以處罰輕重及犯罪危害程度兩相權衡，二者必須相當⁸。

固然以刑罰的「最後手段性」而言，屬對於人民基本權侵害最為嚴苛之刑罰手段，很難通過比例原則所要求的「侵害最小原則」。正如許玉秀大法官於釋字第 594 號解釋之部分協同意見書所言：「刑罰規範皆涉及人民各種行為自由的限制，且進而以剝奪或限制人身自由，乃至剝奪生命權，作為制裁手段，所適用的合憲審查標準或審查階層，理應與非以剝奪或限制人身自由為法律效果的其他法律規範有

⁸ 參見許宗力大法官釋字第 669 號解釋協同意見書。

別」。因而許玉秀大法官亦不諱言的指出：「對刑法的制裁規範，顯然無法採取嚴格的審查標準，因為舉凡剝奪人身自由及生命權的刑罰規定，皆將無法通過最小侵害程度的審查，而無合憲餘地。既然對制裁規範顯然不能採取嚴格的審查標準，則剝奪或嚴重限制基本權的刑罰規範，豈不是反而只能採取低密度或中密度的審查標準？一旦對刑罰規範採取低密度或中密度的審查標準，憲法控制刑罰規範的機能或者喪失殆盡，或者僅能在刑度高低的狹隘範圍內，保留一點憲法的控制機能，如此一來，將完全不符合規範合憲審查的基本原則」等語。

無怪乎大法官自釋字第 445 號解釋以來，對於刑罰規範之審查，作出違憲解釋之案例，微乎其微。直到近來即本屆大法官始陸續有釋字第 775 號、第 777 號、第 790 號，及第 791 號等解釋宣告刑法法律違憲，這其中第 777 號及 790 號解釋，也都是質疑系爭肇事逃逸罪與猜裁重大麻罪，違反罪刑相當性原則而為違憲。

聲請人以為，比例原則的審查標準運用於「刑罰規範」及「非刑罰規範」之審查時，或應有不同的操作及判斷模式，否則以傳統比例原則之審查標準，恐僅能任諸立法形成自由，甚難得出刑罰規範違憲之結論。就此而言，大法官於釋字第 594 號解釋理由書，已有別於以往比例原則操作的模式出現，大法官固然先重申釋字第 476 號、第 551 號解釋所謂「人民身體之自由與財產權應予保障，固為憲法第 8

條、第 15 條所明定；惟國家以法律明確規定犯罪之構成要件與法律效果，對於特定具社會侵害性之行為施以刑罰制裁而限制人民之身體自由或財產權者，倘與憲法第 23 條規定之意旨無違，即難謂其牴觸憲法第 8 條及第 15 條之規定」。

惟大法官「迴避」了侵害最小原則（必要性）之標準，先肯定（修正前）商標法第 77 條為實現上開憲法所保障之財產權及公共利益之目的，制定刑罰「旨在保護他人註冊之商標或標章權，並避免一般消費者對商品或服務之來源、品質發生混淆誤認致權益受有損害，其目的洵屬正當」、「且本件立法機關衡酌商標或標章權之侵害，對於人民財產權、消費者利益、公平競爭之經濟秩序及工商企業發展危害甚鉅，乃對意圖欺騙他人之行為施以刑罰制裁；又考量法益受侵害之程度及態樣，而選擇限制財產或人身自由之刑罰手段，以補充刑法第 253 條偽造仿造商標商號罪適用上之不足，尚未逾越必要之範圍，並未牴觸憲法第 23 條規定，與憲法第 5 條、第 15 條保障人民身體自由及財產權之意旨，尚無違背」。

對於刑罰規範的違憲審查標準，大法官雖然不再提「侵害最小原則」，惟應該以如何的標準內化或取代之。聲請人以為，許玉秀大法官於釋字第 594 號解釋之部分協同意見書，以及另撰專文⁹所提出的

⁹ 詳細內容請參見許玉秀大法官，刑罰規範的違憲審查標準，收錄於「民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集」，2005 年 9 月，元照出版公司，初

「二階層」(應罰性與需罰性)、「二階段」(行為規範與制裁規範)及「法益雙重審查」(行為規範獨立為目的審查、制裁規範為目的與手段審查)標準，足為參考。

簡言之，刑罰手段不可能是侵害最小的手段，甚麼樣的公共利益可以與人身自由，乃至個人生命相比，如果所謂「刑罰最後手段原則」的審查祇是虛有其表，又難以為剝奪生命及人身自由是侵害最小的手段辯解，正如許玉秀大法官所強調的「顯然刑罰規範的違憲審查必須集中在目的審查，所謂的目的審查也就是對法益的審查」¹⁰。換言之，首先是二階層審查，即第一階段的應罰性(*Strafwürdigkeit*)與需罰性(*Strafbedürftigkeit*)的審查，此部分因聲請人並無販賣毒品罪不應處罰的質疑而予省略。次則進入所謂「二階段及法益雙重審查」(行為規範獨立為目的審查；制裁規範為目的與手段審查)。第一階段之「行為規範」(即要求人民為特定行為或禁止為特定行為)得單獨為法益審查，換言之，刑法法益必須具備憲法所核可的法益位階，方能通過合憲審查。第二個階段對於「制裁規範」(即規定以刑罰為制裁手段、刑罰之種類及法定刑之高低)的審查，即比例原則的審查，就目的與手段審查，尤其應該依「最後手段原則」及「罪罰(刑)相

版，第 365 頁以下。

¹⁰ 同上註，第 407 頁。

當原則」審查，以一般預防目的及所保護法益的重要性，檢驗刑罰手段的必要性與有效性，以及刑罰種類與刑罰高度的適當性。

無論如何，有關販賣毒品罪適合性之審查，立法者以重度自由刑處罰製造、販賣、運輸第一級毒品之行為，取決於毒品之流通與犯罪、社會治安間之關聯性高低，就此而言，釋字第 476 號解釋顯然已賦予其重刑目的的正當性，而難質疑。惟就內化於狹義比例原則的罪刑相當性原則的審查，聲請人採取許宗力大法官於釋字第 669 號解釋的建議：參考立法者就其他行為之評價，予以體系性的比較，對於刑度的嚴苛程度，便能有相對客觀的參考指標以資斷定。以系爭規定為例，製造、販賣、運輸第一級毒品，犯罪性質上屬於抽象危險犯，將其法定刑：死刑、無期徒刑，處無期徒刑者，得併科新臺幣一千萬元（現行法已提高為三千萬元）以下罰金，與刑法中暴力實害犯罪相較可知，其甚且重於侵害生命法益之刑法第 271 條之殺人罪、第 333 條之海盜罪（死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑）；即使是同時侵害生命、身體及財產法益的刑法第 332 條第 1 項之強盜殺人罪、第 347 條之擄人勒贖而殺人罪，也輕於販賣第一級毒品罪（雖就同有死刑及自由刑是一樣的，但販賣第一級毒品尚有併科高額罰金之刑）。

就此不禁令人質疑其合理性，由刑法體系整體比較觀之，販賣第一級毒品罪的法定刑度確實嚴峻，已有罪刑失衡之虞。固然釋字第

476 號解釋曾處理到普通刑法與特別刑法的刑度能不能相比的問題，其指出「要不得僅以關乎人民生命、身體之自由，遂執兩不相侔之普通刑法規定事項，而謂其係有違於前開憲法之旨」。似乎暗示特別刑法既曰「特別」，便不能與普通刑法之價值判斷比較，又其理由書亦有謂保護法益不同，不得用以比較刑度孰重孰輕等等。但聲請人贊同許宗力大法官的質疑：刑罰規定固不必要也不可能強求規定在同一部刑法典中，然而無論散見何處、性質上是否為特別刑法，刑罰體系的價值判斷應該是一個整體，沒有理由僅因系爭規定訂於他法之中，或僅因立法者宣稱其為特別刑法，在價值判斷上便可以與整體的刑罰體系切割開來。更重要的是，特別刑法的特別之處，絕非得以「特別」之名作為違憲審查的免死金牌，反因其例外法制的地位、因其適用範圍的特殊性與加重之刑度，而具有更高的違憲嫌疑，必須嚴格審查。釋字第 476 號解釋文字，應理解為特別刑法在與整體刑法體系（尤其是普通刑法）的價值判斷比較後，不當然因其刑度在體系性的比較中屬於較重的處罰即為違憲，而是尚應考量其他的因素綜合評斷，例如所謂刑度較重是重到何種程度？法官在個案中之量刑裁量空間如何？甚至搭配執行層面的假釋制度等等¹¹。

¹¹參見許宗力大法官釋字第 669 號解釋協同意見書。

再依釋字第 669 號解釋及許宗力大法官所闡釋之審查模式順序，倘若規範之刑度在體系比較中，顯然嚴重偏高，此時應進一步審查其法定刑度是否留給法院適當的個案裁量空間—蓋嚴峻之立法一旦一併完全剝奪法院個案裁量權，幾可推定為違憲，反之立法機關若留予法院個案衡平的機制，可大幅緩解對其情法失平的指摘。

這樣的審查模式，據許宗力大法官的分析，大法官以往已有進一步具體化為可操作的原則，例如釋字第 471 號解釋（不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第 23 條所定之比例原則）；釋字第 641 號解釋（劃一之處罰方式，於特殊個案情形難免無法兼顧其實質正義，可能造成個案顯然過苛之處罰，立法者就此未設適當之調整機制，乃有違比例原則）。

釋字第 669 號解釋亦同樣在上述基礎上，認為製造空氣槍的處罰規定於刑度規定起步甚高、體系失衡之餘，又未能針對輕微案件設置衡平條款，至少對輕微案件已構成過度嚴苛之處罰，與罪刑相當性原則有違。

值得一提的是大法官許玉秀、林子儀於釋字第 669 號解釋提出共同協同意見書，認為如法定刑度起步太高即違反比例原則而違憲，不

贊同另針對特定犯罪設置衡平條款之宣告違憲模式，而謂：「就平衡保障人民基本權及維護法益的考量而言，調整法定刑度的高低，並維持現行刑法對於法官裁量權的規定，較能兼顧通案與個案正義。如果維持系爭規定的法定刑度，另行設置情節輕微條款，而擴大法官裁量權，卻未能同時制定裁量標準，反而有造成個案不正義的風險」。

就此，許宗力大法官以為，刑度體系性之比較，固然對判斷刑度嚴苛與否提供了相對客觀的衡量方法，但單憑比較往往還不足以提供確定的論據，得以完全肯認，其刑度規定較諸系爭構成要件所有可能涵蓋的一切之事實，無論具體犯罪情狀如何，均屬過度嚴苛，因此沒有把握單從比較方法即推導出刑度規定本身違反罪刑相當之結論。相較之下，有關衡平規定部分之審查，卻至少可想像於情節輕微的個案當中，假如沒有針對個案情節所設的衡平規定，其重刑對個案違犯而言已顯屬過苛。且許宗力大法官並不否認，仍有可能存在因法定刑起步太高而直接宣告違反罪刑相當的案例，尤其當刑罰嚴峻的極端程度，使人一望即知其法定刑度規定已經嚴苛到殘酷而恣意的程度，國家倘對構成要件該當者動用此種極端刑罰，所造成的不正義，將使社會大眾的道德感情咸感震驚、不能接受。至少在這個範圍內，此種違反罪刑相當的刑罰，單就法定刑之設定即可判定為違憲，而不論立法上有無衡平條款之設。

關於販賣第一級毒品罪的法定刑過於苛重，最高法院亦非無疑。95 年度台上字第 788 號判決即提醒職司量刑的事實審法官可以善用刑法第 59 條酌量減輕其刑：「按販賣第一級毒品罪之法定刑為『死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新台幣一千萬元以下罰金』，然同為販賣第一級毒品之人，其原因動機不一，犯罪情節未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤之分，甚或僅止於吸毒者友儕間為求互通有無之有償轉讓者亦有之，其販賣行為所造成危害社會之程度自屬有異，法律科處此類犯罪，所設之法定最低本刑卻同為『無期徒刑，得併科新台幣一千萬元以下罰金』，不可謂不重。於此情形，倘依其情狀處以有期徒刑，即足以懲儆，並可達防衛社會之目的者，自非不可依客觀之犯行與主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，適用刑法第五十九條之規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合比例原則」。聲請人也相信，上述蘊含罪刑相當性原則的判決意旨，當是影響民國 95 年以後迄今，販賣第一級毒品罪較少出現無期徒刑確定判決的原因之一。

惟 95 年 7 月 1 日刑法總則刪除連續犯之規定後，販賣毒品罪實務，幾乎採取一罪一罰原則，既無連續犯，最高法院似亦查無採取集合犯之見解者。此外，刑法第 65 條規定：「無期徒刑減輕者，為七年以上有期徒刑」，亦經修正為：「無期徒刑減輕者，為二十年以下

十五年以上有期徒刑」。因而販賣第一級毒品罪，即使依據刑法第 59 條酌減其刑，最輕亦須處以有期徒刑 15 年，據此祇要販賣兩次以上，即得科處有期徒刑的上限 30 年。即使是施用毒品友儕間為求互通有無的有償轉讓者，動輒 15 年至 30 年的有期徒刑，豈是立法者處以重刑之原意？

最高法院除了在前述 105 年度台上字第 141 號判決再次提醒：「本乎司法院釋字第 263 號解釋意旨之相同法理，個案事實倘有情輕法重情形，為避免刑罰過於嚴苛，法院即應合目的性裁量而有適用刑法第 59 條酌量減輕其刑之義務，庶符罪刑相當及比例原則」等語。更於 107 年度台上字第 2797 號判決，語重心長的指出：「行政院依上開（兩公約施行法）立法意旨，已陸續檢討槍砲彈藥刀械管制條例第 7 條第 1 項關於製造、販賣或運輸槍砲、彈藥罪刑，及懲治走私條例第 4 條關於犯走私罪而持械拒捕或持械拒受檢查致重傷罪刑，提案函送立法院修正公布刪除死刑規定（參見各條文修正之立法理由）。惟兩公約施行法及毒品危害防制條例主管機關之行政院法務部，就毒品危害防制條例第 4 條第 1 項規定製造、運輸或販賣第一級毒品所設之法定刑度，為死刑或無期徒刑，迄今仍未予以修正，容有其防制毒品氾濫，澈底根絕毒害之刑事政策考量，或認若有情輕法重之情形，裁判時本有刑法第 59 條酌量減輕其刑規定之適用，足以避免過

嚴之刑罰。然而，一味採行嚴刑峻法，毒品案件卻逐年增加，有日益泛濫之趨勢。由於在立法規範上，一方面，縱同為製造、運輸或販賣毒品之人，其犯罪情節不盡相同，或有大盤毒梟者，亦有中小盤之分，甚或有僅止於吸毒者友儕間為求互通有無之有償轉讓亦有之，其造成危害社會之程度自屬有異，法律科處此類犯罪，未參照毒品危害防制條例第 11 條規定，以毒品數量多寡作為評價不法內涵孰重孰輕之標準，並據此制定高低法定刑，使有所區隔，符合比例原則，反而不分不法內涵高低，所設之法定最低本刑同為無期徒刑，不可謂不重。而其法定刑無法適當反應具體不法行為，就會迫使法院適用刑法第 59 條之規定酌量減輕其刑，自行調整處斷刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當。如此一來，適用刑法第 59 條之量刑例外規定，在某種程度上演化為原則，已有過度濫用之趨勢」等語。

正如許宗力大法官於釋字第 669 號解釋協同意見書所呼籲立法者的：「固然衡平條款配合刑法第 59 條規定，已經能大幅降低刑罰的嚴峻性，不過針對特別刑法的目的位階、適合性、必要性、相當性、明確性等，仍將面臨司法者愈益嚴格的檢視。蓋在嚴格審查標準下，眾多特別刑法規定以嚴刑峻罰作為維護治安之手段，是否能提出實證基礎支持其適合性與必要性，有理由對之不敢樂觀」。足見不論是欠

缺其他衡平條款¹²，或者法定刑起步即過高而違憲的角度，販賣第一級毒品罪的法定刑無疑是違反罪刑相當性原則而有違比例原則的。

除立下典範的釋字第 669 號解釋外，近來大法官在刑罰法律運用罪刑相當性原則檢討合憲性最有成效者，莫過於釋字第 777 號及第 790 號解釋。在 102 年大幅提高為最輕本刑 1 年以上有期徒刑的肇事逃逸罪，釋字第 777 號解釋謂：其犯罪情節輕重容有重大差異可能，其中有犯罪情節輕微者，例如被害人所受傷害輕微，並無急需就醫之必要，或其他對 102 年系爭規定所欲保護之法益侵害甚微之相類情形；或被害人並非無自救力，且肇事者於逃逸後一定密接時間內，返回現場實施救護或為其他必要措施，抑或肇事者雖離開現場，但立即通知警察機關或委請其他第三人，代為實施救護或為其他必要措施，或有其他相類後續行為有助於維護所欲保護法益之情形。然 102 年系爭規定一律以 1 年以上 7 年以下有期徒刑為其法定刑，致對犯罪情節輕微者無從為易科罰金之宣告，對此等情節輕微個案構成顯然過

¹²或有主張，毒品危害防制條例第 17 條另有減免其刑之規定：「（第一項）犯第四條至第八條、第十條或第十一條之罪，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。（第二項）犯第四條至第八條之罪於偵查及審判中均自白者，減輕其刑」。惟以死刑、無期徒刑如此嚴酷刑罰，以及毒品犯罪圈伴隨的暴力威脅環境，期望行為人自白犯行或甚至供出來源而查獲，或許是行為人的最後一塊浮木，但也可能是緣木求魚。先不論供出來源的「查獲」，被最高法院愈趨嚴格限縮其效果，對行為人好不容易鼓起勇氣的「窩裡反」，卻適得其反；遑論無辜的行為人會否反而因出於對司法程序的失望，畏懼看不到明天的嚴酷重刑，只能含淚為不實的自白，換取未來尚有限的青春時光。

苛之處罰，於此範圍內，不符憲法罪刑相當原則，與憲法第 23 條比例原則有違。

同屬毒品犯罪的釋字第 790 號解釋，大法官不願宣告具「臺灣特色」的共出來源及自白減刑規定第 17 條，獨漏同條例第 12 條違反平等原則，而寧付諸立法形成自由，而是再次援用釋字第 669 號解釋模式，直接挑戰立法者「法定刑的形成自由」謂：所稱「栽種大麻」，其具體情形可包含栽種數量極少至大規模種植之情形，涵蓋範圍極廣。基於預防犯罪之考量，立法機關雖得以特別刑法設定較高法定刑，但其對構成要件該當者，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，法院難以具體考量行為人違法行為之危害程度，對違法情節輕微之個案（例如栽種數量極少且僅供己施用等），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，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義。是系爭規定一（第 12 條）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 條比例原則等語。大法官更諭知如立法者屆期未修法的合憲措施：「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。其情狀顯可憫恕者，仍得另依刑法第 59 條規定酌減其刑，自不待言」。

同樣是毒品犯罪，同樣是罪刑不相當。大法官如願貫徹釋字第 790 號解釋的邏輯與脈絡，套用在系爭販賣第一級毒品罪（第二至四級亦有相同問題，但唯有第一級毒品罪的法定刑有所調整，其他毒品類型的法定刑始有可能順勢配合調整），解釋理由已然形成：所稱「販賣毒品」，其具體情形可包含栽種數量極少至大規模交易之情形，涵蓋範圍極廣。基於預防犯罪之考量，立法機關雖得以特別刑法設定較高法定刑，但其對構成要件該當者，不論行為人犯罪情節之輕重，均僅有死刑、無期徒刑之重度刑相繩，竟無自由刑之可能，法院難以具體考量行為人違法行為之危害程度，對違法情節輕微之個案（例如販賣數量極少且僅供同儕施用等），縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，最低刑度仍達 15 年有期徒刑，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，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義。是第 4 條第 1 項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。

最後聲請人要再次引用許宗力大法官於釋字第 669 號解釋協同意見書，作為本段論述的結論：「人民在刑事訴訟程序中面對嚴酷刑罰的恐懼、面對無謂刑罰的怨懟，立法者是否能體會？本席不憚其煩，再次懇切呼籲立法機關務必檢討特別刑法中重刑規定之構成要件是否嚴謹、刑度是否合宜，期許見樹不見林的重刑迷思終有終結之一日，讓刑罰在我國早日成為名實相符的『最後手段』」。

三、釋字第 476 號解釋該變更了

固然釋字第 476 號解釋曾經作成合憲解釋在案，惟這個作成於民國 88 年 1 月間的解釋，大法官援用了與民國初期刑法鴉片罪章如出一轍的立法理由謂：「煙毒之遺害我國，計自清末以迄民國，垂百餘年，一經吸染，萎痺終身，其因此失業亡家者，觸目皆是，由此肆無忌憚，滋生其他犯罪者，俯首即得；而製造、運輸、販賣無非在於使人吸食，其吸食者愈眾，則獲利愈豐，因是呼朋引類，源源接濟，以誘人上癮為能事。萃全國有用之國民，日沈湎於鴉毒之鄉而不悔，其戕害國計民生，已堪髮指；更且流毒所及，國民精神日衰，身體日弱，欲以鳩形鵠面之徒，為執銳披堅之旅，殊不可得，是其非一身一家之害，直社會、國家之鉅蠹，自不得不嚴其於法；而欲湔除毒害，杜漸防萌，當應特別以治本截流為急務，蓋伐木不自其本，必復生；塞水不自其源，必復流，本源一經斷絕，其餘則不戢自消也」等語。訴諸

我國歷史淵源、文化背景及社會現狀（連行文都契合當時傳統文言文的敘字方式），以喚起良善民眾的法律感情。

首先，本號解釋足堪歷來大法官解釋中，文字最文言，而不無「晦澀」難以理解之情，至於論證是否遺漏之部分，正如學者所批評的：大法官並未充分論證販賣毒品罪處死刑或無期徒刑如此「重刑」—尤其涉及人民生命權之保障—是如何的符合比例原則，故「罪」與「刑」相當而不違憲。綜觀解釋文及理由書，大法官只說明了處罰之目的正當性何在。其論證多少是建立在道德情緒的說服上，且未認真嚴肅的探究死刑的刑罰目的何在，至於手段必要性及限制妥當性這兩點則「語焉不詳」，實難令人折服¹³。

甚至解釋文嘗言：「製造、運輸、販賣煙毒之行為，除有上述高度不法之內涵外，更具有暴利之特質，利之所在，不免群趨僥倖，若僅藉由長期自由刑措置，而欲達成肅清、防制之目的，非但成效難期，要亦有悖於公平與正義」等語，言下之意，似乎尚在質疑立法者為何未以唯一死刑相繩¹⁴，而令人有身處舊時代之錯覺。

¹³ 吳志光，從神主牌到國際人權法—我國大法官如何面對死刑議題，收錄於「大法官，不給說法！」，財團法人民間司法改革基金會，2011年9月，頁225至226。

¹⁴ 李念祖，理性討論死刑存廢的空間何在？—從大法官解釋死刑合憲與否的司法態度談起，律師雜誌，第251期，2000年8月，頁4。

大法官變更解釋並非無前例，早期的釋字第 439 號解釋變更釋字第 211 號解釋以外，近來釋字第 791 號解釋變更作成於 18 年前的釋字第 554 號解釋，宣告刑法第 239 條通（相）姦罪違憲，更為適例。

大法官先是肯認婚姻自受憲法所保障，本為釋字第 554 號與第 748 號解釋所宣示：婚姻係配偶雙方自主形成之永久結合關係，除使配偶間在精神上、感情上與物質上得以互相扶持依存外，並具有各種社會功能，乃家庭與社會形成、發展之基礎，婚姻自受憲法所保障。惟大法官亦不否認：隨著社會自由化與多元化之發展，參諸當代民主國家婚姻法制之主要發展趨勢，婚姻關係中個人人格自主（包括性自主權）之重要性，已更加受到肯定與重視，而婚姻所承載之社會功能則趨於相對化。此由刑法第 239 條對婚姻關係中配偶性自主權之限制，多年來已成為重要社會議題可知。而認為「憲法就此議題之定位與評價，自有與時俱進之必要」。此外，憲法所保障之基本權種類與範圍，亦經大法官解釋而持續擴增與深化。經本院釋字第 585 號及第 603 號解釋明確肯認為受憲法第 22 條保障之隱私權，即為適例。從而，認為釋字第 554 號解釋所稱刑法第 239 條「為維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序所必要……立法者就婚姻、家庭制度之維護與性行為自由間所為價值判斷，並未逾越立法形成自由之空間」乙節，已非

無疑；尤其刑法第 239 條是否仍合乎憲法比例原則之要求，更有本於憲法相關基本權保障之新觀念再行審查之必要。

88 年間的釋字第 476 號作成迄今已超過 22 年，因為距解除戒嚴僅幾年，仍存有嚴刑重法的思維，如今時空環境不再，且於解釋作成 10 年後，兩公約施行法通過，該號解釋理由所說：「在法益保護之考量上，普通刑法之其他犯罪與之並不相侔者，尤不得單以個人之價值判斷，執以否定立法之價值體系，而以其關乎人民生命、身體自由之乙端，即謂係有違於前開憲法規定之保護意旨」、「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」等節，已經因為公政公約第 6 條第 1 項對於生命權之保障有恣意剝奪禁止原則；第 2 項明定限於造成生命法益之剝奪或侵害的最嚴重罪行（犯罪情節重大之犯罪），法務部亦認為本條因違反公政公約第 6 條第 2 項而有修正之必要等改變，已非無疑。有鑑於「憲法就此議題之定位與評價，自有與時俱進之必要」，系爭條文是否仍合乎憲法比例原則之要求，更有本於憲法相關基本權保障之新觀念再行審查釋字第 476 號解釋是否已違反公政公約第 6 條為內容的憲法第 15 條生存權保障之規定，因而有變更解釋之必要。

先進民主法治國家的立法，不論是德國的《麻醉藥品流通法》（Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln）販賣毒品原

則是 5 年以下有期徒刑，且涉及未成年人或數量龐大的販毒始為 1 年以上；販賣數量輕微者則是 3 個月以上至 5 年以下（參見第 29 條以下）；仍保有死刑的日本《麻醉藥品暨影響精神藥品取締法》最重也只有無期徒刑，且最輕是 1 年以上有期徒刑，讓法官有很彈性的量刑空間；即使是中國的《禁毒法》也是 15 年有期徒刑、無期徒刑或死刑，而且有販賣毒品數量龐大的法定限制（例如明定海洛因要 50 公克以上）。

對照我國對於第一級毒品的立法，不僅保有死刑，且僅有無期徒刑，不區分任何販賣情節輕重，豈能還在懷抱那個非民主時代的清朝治亂世用重典的遺緒。距離釋字第 476 號解釋已有 22 年，大法官如仍拘泥於當年解釋所設下的門檻，不願重新考慮變更解釋的必要，未來臺灣法治、人權焉能有更向前大步走的可能！

肆、結論

聲請人基於上述合理確信之理由，認為毒品危害防制條例第 4 條第 1 項的販賣第一級毒品罪的死刑刑罰，違反公政公約第 6 條的生命權保障，至少在死刑未全面廢除前，僅能適用於「最嚴重之罪行」，即限縮於「剝奪或侵害生命法益的犯罪」、「蓄意且造成致命或極端嚴重後果之犯罪」，依據聯合國人權事務委員會及相關案例的說法，包括最新的第 36 號一般性意見，至少絕對不應適用於任何毒品犯罪。

相信這應該也是兩岸間關於人權差距最大之處，然而我們卻存有與對岸一樣的販毒死刑的法律。

此外，死刑存在於本條項已造成罪刑嚴重失衡。販賣第一級毒品罪部分，就算宣告死刑違憲，剩下單一絕對刑的無期徒刑，不僅剝奪法官的裁量權之法律，參見釋字第 669 號、790 號解釋意旨，不分犯罪情節一律適用如此重刑，違反罪刑相當性原則及比例原則而違憲。甚且，正因為如此不合理的重刑，使得法官更形加強定罪心證，導致定罪率不高，重刑化思考反而輕縱了真正的犯罪人，得不償失。

只要第一級毒品罪不合理的法定刑範圍有所調整，連動的第二至四級毒品的法定刑就必須調整，整部毒品危害防制條例不合理且幾無類型化的粗糙立法，才有可能獲得重新檢討的空間（例如僅以毒品級別區分法定刑是否合理，都能一併檢討）。甚且就犯罪情節類型化，例如區分組織販毒、暴力販毒，規模、數量、獲利龐大者，始有處以重刑必要，其他一般性如施用毒品同儕間獲利甚微的販賣，實無處以如此重刑之必要。而參與販賣情節輕微者，如原因案件的被告，實在沒有理由只因代販賣主嫌交付毒品，自身毫無獲利，動用刑法第 59 條減刑，卻仍然要處以有期徒刑 15 年或 7 年 6 月。

兩公約施行法生效迄今超過 10 年，該是重新檢討釋字第 476 號解釋的時候了，將並未侵害生命法益的毒品犯罪，其中的死刑宣告違

憲，併同時檢討修正毒品犯罪體系甚不合理的嚴刑重罰法律，刻不容緩。

此 致

司 法 院

聲請人 臺灣高等法院刑事第二庭

審判長法官 周昱文
法官 謝梨敏
法官 張建華

中 華 民 國 110 年 8 月 10 日

【關係文件之名稱及件數】

【附件】原因案件停止審理之裁定（臺灣高等法院 108 年度原上訴字第 95 號）