

憲法法庭 112 年憲判字第 13 號判決 不同意見書

黃昭元大法官提出

[1] 本判決審查標的為毒品危害防制條例第 4 條第 1 項前段：「……販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑」規定，多數意見先認為「立法者基於防制毒品危害之目的，一律以無期徒刑為最低法定刑，固有其政策之考量」，其實就是不願明講的合憲宣告。然又認為就「情節極為輕微，顯可憫恕之個案，縱適用刑法第 59 條規定酌減其刑，仍嫌情輕法重，致罪責與處罰不相當。」因而宣告「於此範圍內」，上開規定違憲，並部分變更司法院釋字第 476 號解釋。至於宣告上開法律部分違憲之後的匡正及救濟方式，則要求立法者於 2 年內修正上開規定（以上為主文第 1 項），並於主文第 3 項提示立法方向；再於主文第 2 項要求法院於修法完成前，逕依本判決意旨，就符合情輕法重之個案，「除依刑法第 59 條規定減輕其刑外，另得依本判決意旨減輕其刑至二分之一」。

[2] 本席認為：上開規定之根本問題在於法定刑僅有死刑及無期徒刑，既過於僵硬，也明顯過苛。依照多數意見在主文第 3 項所提示的修法方向，法理及邏輯一致的審查結論應該是直接宣告上開規定表面上違憲（unconstitutional on the face），而非目前主文第 1 項這種看似適用上違憲（unconstitutional as applied）的宣告方式。後者之宣告方式其實應該是針對裁判憲法審查的案件，本庭如認為聲請案確屬情節輕微，顯可憫恕之個案，所適合採取的違憲宣告方式。在憲法訴訟法引入裁判憲法審查制度之前，大法官因只能審查抽象法規範是否違憲，無法實際審查系爭法規範於聲請個案之適用結果（包括法院裁判見解）是否違憲，因此會改採合憲限縮解釋方式，或類似本判決之「就情節輕微之個案，

仍嫌情輕法重，因而於此範圍內違憲」的宣告方式。但這類宣告方式，終究不是正途。

[3] 其次，本判決延續過去釋字第 790、775、669、263 等號解釋之理由及方法，於審查系爭規定「法定刑」是否過苛時，都先引用並考量刑法第 59 條酌減其刑之規定。在釋字第 263 號解釋，甚至以已經有刑法第 59 條規定可以酌減，因此連懲治盜匪條例第 2 條第 1 項第 9 款之唯一死刑規定（已廢止失效）都可合憲！上述其他三號解釋以及本判決，雖然最後都是就屬情節輕微之個案部分，宣告情輕法重而違憲，但此種論述方式，其實仍然是預設並認為：看似過苛的法定刑規定是有可能連結刑法第 59 條規定而合憲，也就是刑法第 59 條可用來拯救過苛的法定刑規定。就此，本席在釋字第 775 號解釋的協同意見書第 8 至 10 段即曾指出：刑法第 59 條仍有其要件，亦即「犯罪之情狀顯可憫恕」，並非當然可一律適用於所有個案，如此解釋方法，無異是逼迫審理個案法官必須一律先適用刑法第 59 條，反而背離刑法第 59 條之立法原意及文義。換言之，本席認為：刑法第 59 條是「宣告刑」階段的規定，屬於個案量刑時所適用的規定，類似刑法第 57 條。這和系爭規定之「法定刑」是否過苛而違憲，顯然是不同階段的問題，不應混為一談。雖然本判決於考量刑法第 59 條後，宣告系爭規定「於情輕法重之範圍內」部分違憲，其結果與本席之結論並非完全相背，然在方法上，則有上述重大差異。

[4] 再者，本判決對系爭規定法定刑中之死刑規定，也視而不見，未予任何審查。按系爭規定所處罰之「製造、運輸、販賣第一級毒品」行為，並非直接侵害他人生命法益之犯罪行為。立法對此種犯罪行為科以死刑，就違憲審查而言，不論最後的審查結論是合憲或違憲，其實都有值得詳細並深入論述的價值。

[5] 最後，本判決最初受理之聲請案本為 107 年憲二字第 331 號吳建廷聲請案，受理日期為 110 年 12 月 23 日，後於同年 1 月 28 日公開書狀，因而吸引約 2500 件（概數）的聲請案（絕

大多數為在監執行之受刑人），就相同標的聲請判決。雖然上述約 2500 件聲請案，大多符合用盡審級救濟的程序要求，其各該確定終局裁判也確實適用系爭規定，在形式上應符合受理要件。然本判決一方面未對何謂情節輕微提出具體的認定標準，另一方面卻又採取幽微隱晦之浮動標準（參本判決理由第 31 段所稱「無其他犯罪行為，且依其販賣行為態樣、數量、對價等，可認屬情節極為輕微，顯可憫恕之個案」），實質認定各該聲請案之原因案件是否屬於情節輕微之個案，因而將超過 99% 的聲請案均以「未具體指摘」為由，而不受理，以致最後只剩 8 件聲請案始被本判決受理。甚至連最初受理且列為主案的上述吳建廷聲請案，也遭逆轉而不受理（本庭 112 年憲裁字第 33 號裁定）。如此奇特結果，堪稱我國釋憲史上少見的聲請案大屠殺。

[6] 就此，本席認為：本判決是法規範憲法審查，而非裁判憲法審查。在法規範憲法審查的抽象審查類型，就受理與否之決定，實在不應如此深入、具體的考量聲請案原因案件之事實情節，甚至將聲請有無理由或是否給予個案救濟等判決結論的問題，提前到受理階段予以考量。如此混雜程序及實體問題，相當不妥。又即使依照本判決所持之違憲理由，就聲請案之原因案件是否屬於「情節極其輕微，顯可憫恕之個案」，本判決亦未明示其具體的認定標準，而僅於主文第 3 項指出抽象的修法方向，因此這部分應該仍屬刑事法院之職權（參主文第 2 項），或是聲請人就其原因案件請求個案救濟時，實體有無理由的問題，而不是本庭在受理階段所應考量之因素。況從各該聲請案不受理裁定之理由觀之，除了本庭完全未具體說明之「難謂已具體指摘」七個字外，也實在無法看出各該聲請案為何不符合受理要件。只能說本庭多數意見有意透過不受理裁定，先行阻絕上述約 2500 位聲請人於判決後向檢察總長請求提起非常上訴之機會，同時預先化解大量案件湧進刑事法院的壓力。雖說用心良苦，然終屬特例。