

栽種大麻罪案

釋字 790 重點提示

【事實背景】

1. 聲請人一為審理該院 108 年度上訴字第 495 號被告違反毒品危害防制條例 (下稱毒品條例) 第 12 條第 2 項 (下稱系爭規定一) 案件，認毒品條例第 17 條第 2 項規定 (下稱系爭規定二) 未包括犯系爭規定一之罪，有牴觸憲法第 8 條、第 23 條疑義，乃裁定停止訴訟程序，於 108 年 5 月向本院聲請解釋。
2. 聲請人二為審理該院 106 年度訴字第 94 號被告違反系爭規定一案件，認系爭規定二未包括犯系爭規定一之罪，有牴觸憲法第 7 條疑義，乃裁定停止訴訟程序，於 107 年 2 月向本院聲請解釋。
3. 聲請人三為審理該院 108 年度上訴字第 1861 號被告違反系爭規定一案件，認系爭規定二未包括犯系爭規定一之罪，有牴觸憲法第 7 條、第 23 條疑義，乃裁定停止訴訟程序，於 108 年 11 月向本院聲請解釋。
4. 聲請人四意圖製造第二級毒品大麻供自己施用，於其家中陽台上種植大麻，經檢察官提起公訴。嗣經判處有期徒刑 2 年 6 月確定，經用盡審級救濟途徑後，主張確定終局判決所適用之系爭規定一，及具重要關聯之系爭規定二，有牴觸憲法第 7 條、第 23 條疑義，於 108 年 11 月向本院聲請解釋。
5. 上開三件法官聲請案所涉標的相同，人民聲請案之標的包含系爭規定一及二，與上開法官聲請案部分相同，均併案審理。

《解釋爭點及解釋要旨》

解釋爭點	<ol style="list-style-type: none"> 1. 毒品危害防制條例第 12 條第 2 項就意圖供製造毒品之用而栽種大麻罪之法定刑，是否符合憲法罪刑相當原則？ 2. 毒品危害防制條例第 17 條第 2 項減輕其刑規定，未包括犯同條例第 12 條第 2 項之罪，是否違背憲法第 7 條保障平等權之意旨？
解釋要旨	<ol style="list-style-type: none"> 1. 毒品危害防制條例第 12 條第 2 項規定，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。 2. 毒品危害防制條例第 17 條第 2 項減輕其刑規定，未包括犯同條例第 12 條第 2 項之罪，與憲法第 7 條保障平等權之意旨，尚無違背。

《相關法令及釋字》

1. 司法院大法官審理案件法 第 5 條 (82.02.03 版)
2. 中華民國憲法 第 7、8、23 條 (36.01.01)
3. 中華民國刑法 第 57、59 條 (109.01.15)
4. 毒品危害防制條例 第 4、5、6、7、8、12、17 條 (109.01.15)

《本號釋字重點提示》

要旨	內容
系爭規定一 有助於重要公益目的之達成，亦具有必要性	<ol style="list-style-type: none"> 1. 系爭規定一明定：「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。」其目的在於防制毒品製造之前階段行為，以維護國民身心健康，屬憲法保障之重要利益。 2. 又栽種大麻固屬製造毒品之前階段行為，但對生命、身體法益之侵害已具一定程度之危險性，立法機關為保護此等重要法益，乃採取刑罰之一般預防功能予以管制，可認係有助於重要公益目的之達成。 3. 此外，因別無其他與上開刑罰規定相同有效，但侵害較小之替代手段可資採用，是該刑罰手段亦具有必要性。〔第 10 段〕
系爭規定一 與罪刑相當原則不符，有違比例原則	<ol style="list-style-type: none"> 1. 系爭規定一所稱「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。 2. 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。 3. 對違法情節輕微之個案（例如栽種數量極少且僅供已施用等），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。 4. 是系爭規定一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。 5. 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。〔第 11 段〕
系爭規定二與 憲法第 7 條保 障平等權之意 旨，尚無違背	<ol style="list-style-type: none"> 1. 系爭規定二明定：「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。」涉及因被告之自白而減輕其刑，但未包括犯系爭規定一之罪而自白之情形，致生差別待遇。 2. 惟就何種犯罪及何種情狀得否減輕其刑，為刑事政策之選擇，原則上屬立法形成自由之範疇，是減輕其刑規定所形成之差別待遇，其目的如係為追求正當公益，且所採手段與目的之達成間具合理關聯，即與平等原則無違。 3. 系爭規定二之立法目的在於使製造、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，開啟其自新之路，目的核屬正當。 4. 其所定因自白應減輕其刑之犯罪行為，包括毒品條例第 4 條、第 5 條、第 6 條、第 7 條及第 8 條。

- | | |
|--|--|
| | <p>5. 按系爭規定一之構成要件為意圖供製造毒品之用而栽種大麻，該罪之證據蒐集、調查及犯罪事實認定，較毒品條例第 4 條至第 8 條之犯罪相對容易，故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。</p> <p>6. 立法者因而基於偵審成本等因素之考量，不特別將犯系爭規定一之罪而自白者納入應減輕其刑之列，而僅以之為法院適用刑法第 57 條所定犯罪後態度之審酌事項，其差別待遇尚無顯不合理之處。</p> <p>7. 系爭規定二之減輕其刑規定，未包括犯系爭規定一之罪，與憲法第 7 條保障平等權之意旨，尚無違背。</p> |
|--|--|

《解釋文》

1. 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。」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。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。
2. 毒品危害防制條例第 17 條第 2 項減輕其刑規定，未包括犯同條例第 12 條第 2 項之罪，與憲法第 7 條保障平等權之意旨，尚無違背。

《解釋理由書》

1. 聲請人臺灣高等法院臺中分院刑事第五庭為審理該院 108 年度上訴字第 495 號被告違反毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 12 條第 2 項（下稱系爭規定一）案件，認毒品條例第 17 條第 2 項規定（下稱系爭規定二）未包括犯系爭規定一之罪，有牴觸憲法第 8 條、第 23 條疑義，乃裁定停止訴訟程序，向本院聲請解釋。
2. 聲請人臺灣新竹地方法院刑事第二庭為審理該院 106 年度訴字第 94 號被告違反系爭規定一案件，認系爭規定二未包括犯系爭規定一之罪，有牴觸憲法第 7 條疑義，乃裁定停止訴訟程序，向本院聲請解釋。
3. 聲請人臺灣高等法院刑事第二庭為審理該院 108 年度上訴字第 1861 號被告違反系爭規定一案件，認系爭規定二未包括犯系爭規定一之罪，有牴觸憲法第 7 條、第 23 條疑義，乃裁定停止訴訟程序，向本院聲請解釋。
4. 聲請人黃獻璋意圖製造第二級毒品大麻供自己施用，於其家中陽台上種植大麻，經檢察官提起公訴，臺灣臺南地方法院 106 年度訴字第 725 號及臺灣高等法院臺南分院 107 年度上訴字第 408 號刑事判決均判處有罪，上訴後經最高法院 108 年度台上字第 1050 號刑事判決予以駁回確定。聲請人認前開確定終局判決所適用之系爭規定一，及具重要關聯之系爭規定二，有牴觸憲法第 23 條比例原則及第 7 條平等保障之疑義，聲請解釋。

5. 查上開法官聲請案均經法院裁定停止訴訟程序，並依客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，向本院聲請解釋憲法，經核均與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件相符，爰予受理。又上開人民聲請案經核與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款要件相符，亦予受理。
6. 又上開法官聲請案所涉標的相同，人民聲請案之標的包含系爭規定一及二，與上開法官聲請案部分相同，均併案審理。
7. 本件經審查後，作成本解釋，理由如下：

一、系爭規定一部分

1. 人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。人身自由乃憲法保障之重要基本人權，立法機關為保護特定重要法益，以刑罰限制人身自由，雖非憲法所不許，惟因刑罰乃不得已之強制措施，具有最後手段之特性，應受到嚴格之限制（本院釋字第 646 號、第 669 號及第 775 號解釋參照），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稱，始符合憲法罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違（本院釋字第 544 號、第 551 號、第 646 號、第 669 號、第 775 號及第 777 號解釋參照）。
2. 系爭規定一明定：「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。」其目的在於防制毒品製造之前階段行為，以維護國民身心健康（立法院公報第 84 卷第 65 期第 198 頁參照），屬憲法保障之重要利益。又栽種大麻固屬製造毒品之前階段行為，但對生命、身體法益之侵害已具一定程度之危險性，立法機關為保護此等重要法益，乃採取刑罰之一般預防功能予以管制，可認係有助於重要公益目的之達成。此外，因別無其他與上開刑罰規定相同有效，但侵害較小之替代手段可資採用，是該刑罰手段亦具有必要性。
3. 惟系爭規定一所稱「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。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。

二、系爭規定二部分

1. 憲法第 7 條保障之平等權，並不當然禁止任何差別待遇，立法與相關機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理差別待遇。法規範是否符合平等原則之要求，

應視該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，及其所採取之分類與規範目的之達成間，是否存有一定程度之關聯性而定（本院釋字第 682 號、第 750 號、第 768 號及第 788 號等解釋參照）。

2. 系爭規定二明定：「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。」涉及因被告之自白而減輕其刑，但未包括犯系爭規定一之罪而自白之情形，致生差別待遇。惟就何種犯罪及何種情狀得否減輕其刑，為刑事政策之選擇，原則上屬立法形成自由之範疇。是減輕其刑規定所形成之差別待遇，其目的如係為追求正當公益，且所採手段與目的之達成間具合理關聯，即與平等原則無違。
3. 系爭規定二之立法目的在於使製造、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，開啟其自新之路（立法院公報第 98 卷第 26 期第 197 頁參照），目的核屬正當。其所定因自白應減輕其刑之犯罪行為，包括毒品條例第 4 條所規定之製造、運輸、販賣毒品；第 5 條所規定之意圖販賣而持有毒品；第 6 條所規定之以強暴、脅迫、欺瞞或其他非法方法使人施用毒品；第 7 條所規定之引誘他人施用毒品；第 8 條所規定之轉讓毒品。按系爭規定一之構成要件為意圖供製造毒品之用而栽種大麻，該罪之證據蒐集、調查及犯罪事實認定，較毒品條例第 4 條至第 8 條之犯罪相對容易，故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。立法者因而基於偵審成本等因素之考量，不特別將犯系爭規定一之罪而自白者納入應減輕其刑之列，而僅以之為法院適用刑法第 57 條所定犯罪後態度之審酌事項，其差別待遇尚無顯不合理之處。
4. 綜上，系爭規定二之減輕其刑規定，未包括犯系爭規定一之罪，與憲法第 7 條保障平等權之意旨，尚無違背。

三、不受理部分

聲請人臺灣高等法院刑事第二庭指摘毒品條例第 17 條第 1 項違憲部分，查該規定並非其審理案件所應適用之法律，與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件不符，應不受理。

大法官會議主席	大法官	許宗力			
	大法官	蔡焜燉	黃虹霞	吳陳鐸	蔡明誠
		林俊益	許志雄	張瓊文	黃瑞明
		詹森林	黃昭元	謝銘洋	呂太郎
		楊惠欽	蔡宗珍		

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

釋字第 790 號解釋協同意見書

憲法個案處罰顯然過苛禁止原則，再添新釋，保障人權，更上一層樓！

林俊益大法官提出

壹、前言

本件解釋係【栽種大麻罪案】。

本解釋合併審理 3 件法官聲請及 1 件人民聲請案，聲請釋憲客體是，毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 12 條第 2 項及第 17 條第 2 項未包括犯第 12 條第 2 項之罪部分。

有關受理部分，釋憲結果如下：（一）第 12 條第 2 項關於犯罪情節輕微，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定部分，違反憲法罪刑相當原則，應依本解釋意旨定期修正，逾期末修正，其情節輕微者，得減輕其法定刑至二分之一；（二）第 17 條第 2 項規定未包括犯第 12 條第 2 項之罪部分，與憲法保障平等權之意旨尚無違背（合憲）。至於第 17 條第 1 項規定，並非法官審判時應適用之法律，不符本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所釋示「應適用之法律」的聲請要件，釋憲聲請應不受理。

本席就受理部分對同條例第 12 條第 2 項規定（下稱系爭規定一）宣告部分違憲，對同條例第 17 條第 2 項規定（下稱系爭規定二）宣告合憲，以及就第 17 條第 1 項規定應不受理的結論，均敬表贊同，對本號解釋理由，認有值得補充說明的地方，於是提出協同意見書。

貳、釋憲爭議的說明

聲請人一¹就其所受理的原因案件，被告因栽種大麻植株 1 株被警查獲，起訴後經地方法院判處有期徒刑 2 年 6 月²，認系爭規定二未包括犯栽種大麻罪，有違憲法罪刑相當原則而聲請釋憲；聲請人二³就其所受理的原因案件，被告利用網購自英國購得大麻種子 40 顆，嗣栽種大麻植株 1 批（成株 2 株、枯株 1 株、幼株 1 株、萌芽 1 株）被警查獲，起訴後由聲請人二受理後，認系爭規定二未包括犯栽種大麻罪，有違憲法罪刑相當原則而聲請釋憲；聲請人三⁴就其所受理的原因案件，被告因栽種大麻植株 1 株被警查獲，起訴後經地方法院判處有期徒刑 2 年 6 月⁵，認系爭規定二未包括犯栽種大麻罪，有違憲法罪刑相當原則而聲請釋憲。

前揭 3 件法官聲請釋憲案，均認系爭規定二未包括犯系爭規定一之罪，致栽種大麻犯罪情節輕微者雖有自白，但仍無法依系爭規定二減輕其刑，有違憲法罪刑相當原則⁶。惟於本案受理之初，絕大多數大法官均認為系爭規定二未包括犯系爭規定一之罪，純屬立法政策選擇的問題，並無違反憲法罪刑相當原則。至於栽種大麻 1、2 株，數量極少，且供已施用，犯罪情節輕微，系爭規定一未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，此乃屬個案處罰顯然過苛欠缺調節機制的問題。為釐清此

¹ 臺灣高等法院臺中分院刑事第五庭受理該院 108 年度上訴字第 495 號案件。

² 臺灣彰化地方法院 107 年度訴字第 1077 號判決參照。

³ 臺灣新竹地方法院刑事第二庭受理該院 106 年度訴字第 94 號案件。

⁴ 臺灣高等法院刑事第二庭受理該院 108 年度上訴字第 1861 號案件。

⁵ 臺灣宜蘭地方法院 108 年度訴字第 24 號判決參照。

⁶ 108 年 11 月 19 日說明會，與會的學者專家意見，均認為系爭規定二，未包括犯系爭規定一或毒品條例其他罪名，不違反罪刑相當原則。

等憲法疑義，本院特於 108 年 11 月 19 日舉行說明會，在爭點題綱內，特別先列出系爭規定一有無違反憲法罪刑相當原則，再列出系爭規定二有無違反憲法罪刑相當原則，即在提醒本案聲請釋憲的違憲條文可能是系爭規定一，而非系爭規定二。所幸另有聲請人四（在所有的 62 大麻種子中，栽種 6 顆，發芽成株 2 株、幼株 5 株，起訴後經法院判決有罪確定）於本院公告舉行說明會後提出釋憲聲請案，援引本院釋字第 669 號解釋，對系爭規定一及二違反憲法罪刑相當原則，多所指摘。本院乃併案審理，作成解釋，宣告系爭規定一部分違憲，以保障人權，俾利被告有所救濟⁷；另宣告聲請人等主張的系爭規定二，與憲法保障平等權之意旨尚無違背。

參、第 12 條第 2 項部分的協同意見

一、審查原則：憲法個案處罰顯然過苛禁止原則

對人民受憲法第 8 條保障的人身自由或憲法第 15 條保障的財產權所為的限制，不得違反憲法第 23 條比例原則的要求。行政罰、刑事罰涉及對人民財產權、人身自由的限制，如有個案處罰顯然過苛時，應設有調節機制，否則即有違反憲法比例原則的要求，本院解釋先例上乃創設「個案處罰顯然過苛禁止原則」以資適用。

關於「個案處罰顯然過苛禁止原則」的解釋，創於本院釋字第 641 號解釋（97 年 4 月 18 日公布）所釋示：「採劃一之處罰方式，於個案之處罰顯然過苛時，法律未設適當之調節機制，顯不符妥當性而與憲法第 23 條比例原則尚有未符」。此一原則，先在有關行政罰⁸的釋憲案蘊釀開展，繼而被適用於刑事罰的釋憲案，轉為罪責與處罰相當原則作為審查基準。刑事罰部分，首推本院釋字第 669 號解釋（98 年 12 月 25 日公布）所釋示：「其中以未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍為處罰要件部分，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或 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 月以上之有期徒刑，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，致罪責與處罰不相對應。首揭規定有關空氣槍部分，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。」

⁷ 若無聲請人四聲請解釋系爭規定一，本來大法官準備以重要關聯性將系爭規定一納入審查範圍，如此被告始有獲得救濟的機會！

⁸ 其他解釋如下：

1. 釋字第 685 號解釋：「其處罰金額未設合理最高額之限制，而造成個案顯然過苛之處罰部分，逾越處罰之必要程度而違反憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違」。
2. 釋字第 716 號解釋：「於可能造成顯然過苛處罰之情形，未設適當之調整機制，其處罰已逾越必要之程度，不符憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違」。
3. 釋字第 786 號解釋：「中華民國 89 年 7 月 12 日制定公布之公職人員利益衝突迴避法第 14 條前段規定：……同法第 16 條規定：……未衡酌違規情節輕微之情形，一律處以 100 萬元以上之罰鍰，可能造成個案處罰顯然過苛而有情輕法重之情形，不符責罰相當原則，於此範圍內，牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民財產權之意旨有違，應自本解釋公布之日起，不予適用。」
4. 釋字第 746 號解釋：「加徵之滯納金尚非顯然過苛」；釋字第 754 號解釋：「惟於個案併合處罰時，對人民造成之負擔亦不應過苛，以符合憲法第 23 條比例原則之精神」；釋字第 780 號解釋：「一律規定終身不得考照，雖有過苛疑慮」。

10 年後，本院釋字 775 號解釋（108 年 2 月 22 日公布）將罪責與處罰相當原則改稱為憲法罪刑相當原則，並釋示：「其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。」同年本院釋字第 777 號解釋（108 年 5 月 31 日）更釋示：「102 年修正公布之上開規定（註：第 185 條之 4），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。」使個案處罰顯然過苛禁止原則在刑事罰的違憲檢討上，發揮到淋漓盡致⁹！影響所及，毒品條例於 109 年 1 月 15 日修正公布（自 109 年 7 月 15 日施行）時，增訂第 17 條第 3 項規定：「被告因供自己施用而犯第 4 條之運輸毒品罪，且情節輕微者，得減輕其刑。」也是憲法個案處罰顯然過苛禁止原則的體現！

有鑑於此，本案聲請釋憲意旨所涉，栽種大麻數量極少且僅供已施用的犯罪情節輕微個案，課以重罰，一看即知，是有關個案處罰顯然過苛禁止原則的問題，本解釋亦釋示：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。」

二、違憲宣告方式：定期修法，逾期未修，情節輕微個案，減輕其刑

上開解釋文提及「併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定」。所謂「併為減輕其刑之規定」，例如槍砲彈藥刀械管制條例依本院釋字第 669 號解釋意旨，修正同條例第 8 條時增訂第 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¹⁰。」再依刑法第 66 條規定，得減輕其刑至二分之一。

⁹ 其他解釋如下：

1. 釋字第 646 號解釋：「系爭規定之法定刑已賦予法院針對行為人犯罪情節之輕重，施以不同程度處罰之裁量空間，再配合刑事訴訟法第 253 條微罪不舉、第 253 條之 1 緩起訴、刑法第 59 條刑之酌減及第 74 條緩刑等規定，應足以避免過苛之刑罰。」
2. 釋字第 777 號解釋：「88 年系爭規定（註：第 185 條之 4）.....，得因個案情節之差異而宣告不同的刑度，俾使犯罪情節輕微之個案得依刑法第 41 條第 1 項本文易科罰金，以避免執行短期自由刑或易服社會勞動，致過度影響行為人重新回歸一般社會生活之流弊（本院釋字第 662 號及第 679 號解釋參照），藉由法官裁量權之行使，避免個案過苛之情形，88 年系爭規定有關刑度部分，與憲法罪刑相當原則尚無不符，未違反比例原則。」

¹⁰ 其他法律亦有相同規定，例如：

1. 貪污治罪條例第 12 條規定：「犯第 4 條至第 6 條之罪，情節輕微，而其所得或所圖得財物或不正利益在新臺幣 5 萬元以下者，減輕其刑。犯前條第 1 項至第 4 項之罪，情節輕微，而其行求、期約或交付之財物或不正利益在新臺幣 5 萬元以下者，亦同。」（81 年 7 月 17 日修正時，即採情節輕微者，減輕其刑之立法方式。）

所謂「另為適當刑度之規定」，例如刑法第 185 條之 1 第 1 項規定：「以強暴、脅迫或其他非法方法劫持使用中航空器或控制其飛航者，處死刑、無期徒刑或 7 年以上有期徒刑。其情節輕微者，處 7 年以下有期徒刑。」同條第 3 項規定：「以第 1 項之方法劫持使用中供公眾運輸之舟、車或控制其行駛者，處 5 年以上有期徒刑。其情節輕微者，處 3 年以下有期徒刑。」

上開二種調節個案處罰顯然過苛的立法模式，各有優劣。採減輕其刑方式者，系爭規定一法定刑 5 年以上有期徒刑，至多只能減至二分之一即 2 年 6 月，必須再符合刑法第 59 條所定「情狀顯可憫恕」的要件，始得酌減其刑至 1 年 3 月有期徒刑，始有可能為緩刑的宣告（必須符合刑法第 74 條宣告緩刑的要件）；採適當刑度方式者，法定刑 5 年以上有期徒刑，得修正為「其情節輕微者，處 5 年以下有期徒刑」¹¹，如栽種大麻 1 株且供已施用，犯罪情節輕微，即可能判處有期徒刑 2 月，得易科罰金，無入監服刑的問題。

本院為尊重立法機關的立法形成自由，是以本解釋的違憲宣告方式，採定期修法方式，即：「相關機關應自本解釋公布之日 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。」解釋理由並特別敘明「其情狀顯可憫恕者，仍得另依刑法第 59 條規定酌減其刑。」以杜爭議。實務上操作方式，由法院先判斷栽種大麻的犯罪情節是否輕微，如屬犯罪情節輕微，即得依本解釋意旨減輕其刑，至多減至二分之一；如其情狀顯可憫恕者，仍得另依刑法第 59 條規定酌減其刑，至多減至二分之一。

關於犯罪情節是否輕微的判斷，解釋理由雖註明：例如栽種數量極少「且」僅供已施用¹²「等」，惟必須特別說明，上開 2 種情形，僅係舉例說明，此觀解釋理由特別用「等」字自明。換言之，並非以栽種數量極少「且」僅供已施用之情節為唯一判斷基準。法院審理時，可依個案栽種大麻的場所、設備、規模（不具規模、小規模、大規模）、數量多寡、是否僅供已施用、有無營利性或商業性、造成危害的大小等各種因素綜合判斷其犯罪情節是否輕微（可參見附件一：北三院栽種大麻犯罪情節輕微分析表）。

肆、第 17 條第 2 項部分的協同意見

本釋憲爭議，說白一點就是，同樣是違反毒品條例的被告，都在偵查中及審判中自白，為何犯第 4 條至第 8 條之罪的被告自白，就可以獲得法定刑「外」減輕其刑至二分之一，犯第 12 條第 2 項栽種大麻罪的被告雖有自白，還是只能在法定刑「內」從輕量刑，而無法獲得法定刑「外」減輕其刑至二分之一的寬典？聲請人等認為，同樣是被告自白，為何有如此大的差別待遇？一者在法定刑「外」減輕其刑至二分之一；一者在法定刑「內」從輕量刑。

【高點法律專班】

2.90 年 9 月 28 日修正公布之陸海空軍刑法第 17 條第 4 項規定：「犯前 3 項之罪，情節輕微者，得減輕其刑。」（其他如同法第 18 條第 4 項、第 19 條第 4 項、第 58 條第 5 項、第 59 條第 4 項、第 64 條第 4 項均有「情節輕微者，得減輕其刑」之規定可供參考。）

¹¹ 謝煜偉教授於 108 年 11 月 19 日說明會提供鑑定意見時，即主張將情節輕微者之刑度規定在「5 年以下有期徒刑」較為適當。

¹² 毒品條例於 109 年 1 月 15 日修正公布（自 109 年 7 月 15 日施行）時，增訂第 17 條第 3 項規定：「被告因供自己施用而犯第 4 條之運輸毒品罪，且情節輕微者，得減輕其刑。」亦以「供自己施用」作為減輕其刑的要件。

系爭規定二明定：「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。」犯特定的罪，在一定期間內自白，是否給予減輕其刑的優惠措施，此乃涉及刑事政策的選擇，原則上屬於立法形成自由的範疇，在我國刑事立法上，行之有年。

自白減輕其刑之刑事政策，肇始於 17 年 3 月 10 日的舊刑法第 176 條及第 184 條，規定「裁判確定前自白者，減輕其刑」。繼而於特別刑法，52 年 7 月 15 日修正公布的貪污治罪條例第 8 條第 2 項規定：「犯第 4 條至第 8 條之罪，偵查中自白，減輕其刑。」此種立法方式，將本應於同條例第 4 條至第 8 條條文內規定偵查中自白減輕其刑的規定，彙整為一條條文即第 8 條第 2 項而為規定，是一種不完全法條規定。之後許多特別刑法，基於刑事政策的考量，也有類似「自白減輕其刑」的規定。其規範自白減輕其刑的方式，依刑事政策要求的不同而有些許的差異如下：(一) 偵查中自白；(二) 偵查中或審判中自白；(三) 偵查中及審判中自白；(四) 裁判確定前自白；(五) 得減輕其刑與【應】減輕其刑；(六) 減輕其刑與減輕或免除其刑；(七) 單純自白與自白外，附加如自動繳交全部犯罪所得者；(八) 於偵查中自白，並提供資料因而查獲其他正犯或共犯者，減輕或免除其刑（各種類型之具體規定例子，詳如附件二）。

法律規定自白減輕其刑，既係立法形成自由的範疇，如因有減輕其刑規定與其他無減輕其刑規定間，形成差別待遇時，採寬鬆的審查標準，以判斷有無違反憲法平等原則保障的要求。如其目的係為追求正當公益，且所採取手段與目的的達成間具有合理關連，即與平等原則無違。

系爭規定二之立法目的「在於使刑事訴訟程序儘早確定，鼓勵被告自白認罪，開啟其自新之路」，核其目的正當。系爭規定二採取的分類標準是，有助於刑事訴訟儘早確定的自白，因此，如自白與刑事訴訟程序儘早確定之間，不具關聯性或關聯性較低，該被告雖有自白，仍不享有減輕其刑的寬典。

犯毒品條例第 4 條至第 8 條之運輸、販賣、製造毒品罪，依一般偵查、審判的實務經驗觀之，犯運輸、販賣、製造毒品罪，通常該罪的法定刑度都比較重（例如死刑、無期徒刑、10 年或 7 年或 5 年以上有期徒刑），案情比較隱密而複雜，蒐集或調查證據都比較困難，被告怕被判重刑，通常否認犯行的情形比較多，致其偵查、審判程序較難順利進行，且因判處重刑，被告較不易折服，通常會上訴到底，上訴程序又可能因認定事實爭議而迭次發回更審，刑事訴訟程序較不易確定；如被告有自白，則偵查、審判程序較易順利進行，被告獲得法定刑外減輕其刑的寬典，比較容易折服而告確定，被告自白對刑事訴訟程序的儘早確定，助益較大。反之，栽種大麻（植株）罪，大抵依搜索方式而查獲，查獲現場即有相關栽種大麻（植株）的犯罪工具與栽種成果，蒐集、調查證據比較容易，在事證明確下，通常情形被告否認犯行的情形較少，刑事訴訟程序較易順利進行，最後法院於量刑時，通常會考量犯罪後的態度良好，從輕量刑，利己利公，被告有無自白，對刑事訴訟程序的確定影響不大，即被告自白與刑事訴訟程序之儘早確定關聯性較低，立法者因而未將犯系爭規定一的犯罪者自白列入減輕其刑之列，而僅以之為法院適用刑法第 57 條所定犯罪後態度之審酌事項，其差別待遇，尚無顯不合理之處。

本解釋之公布，勢必帶來更多的釋憲聲請案，聲請人將以其所犯罪名之自白並無減輕其刑的規定，與任何一條有自白減輕其刑的規定作比較，主張二者形成差別待遇，有違憲法平等原則而聲請釋憲。然聲請人必須提出其自白與刑事訴訟程序儘早確定之間，具有客觀合理之關聯性，自屬當然！

伍、附帶一提：微調人民聲請釋憲「確定終局判決」的認定

按司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「人民……於其憲法上所保障之權利·遭受不法侵害·經依法定程序提起訴訟·對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者·得聲請解釋憲法。」向來大法官決定是否受理人民聲請釋憲案時·必先決定其確定終局判決為何？如高等法院刑事判決有上訴於最高法院·將視最高法院刑事判決駁回上訴的理由是上訴不合法或無理由而決定何者為確定終局判決。如最高法院刑事判決以聲請人的上訴不合法予以駁回者·即以高等法院刑事判決為確定終局判決。釋憲結果如經大法官解釋宣告某法條違憲·聲請人即得向該確定終局判決的法院聲請再審。

本案聲請人四曾就臺灣高等法院臺南分院(下稱臺南分院)107 年度上訴字第 408 號刑事判決提起上訴·經最高法院 108 年度台上字第 1050 號刑事判決以其上訴違背法律上之程式·駁回其上訴。依本院釋憲先例·本應以臺南分院刑事判決為確定終局判決·惟因臺南分院刑事判決僅適用系爭規定一而未適用系爭規定二·最高法院刑事判決則「論及」¹³系爭規定一及二。多數意見為讓聲請人四指摘系爭規定一及二的釋憲聲請為合法·一改往例·僅謂「上開確定終局判決」·而未言明何者為確定終局判決·究竟是臺南分院刑事判決？還是最高法院刑事判決？語焉不詳·大法官不語·留諸日後聲請再審時·依刑事訴訟法相關規定及訴訟實務見解¹⁴解決之·隱藏改變往昔本院釋憲實務有關確定終局判決之認定方式·其意在保障人權·用心良苦·應值肯定！

本席認為·司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所定的確定終局判決·只是聲請釋憲的要件·未必要與刑事訴訟法上所定的確定終局判決·同其意涵。聲請人如要聲請再審·仍應回歸刑事訴訟法相關規定及實務運作。本件聲請人四如要聲請再審·仍應向臺南分院聲請。至於刑事訴訟法第 426 條第 3 項規定：「判決在第三審確定者·對於該判決聲請再審·除以第三審法院之法官有第 420 條第 1 項第 5 款情形為原因者外·應由第二審法院管轄之。」所稱「判決在第三審確定者」係指最高法院認為上訴無理由而判決駁回上訴的實體判決而言·不包括以上訴不合法或不合法上之程式為由而以程序判決駁回的情形。併此敘明。

本席始終認為·釋憲過程能在保障人權的里程上跨出一步·就儘量跨出去！也就能多保障一些！積沙成塔·滴水穿石！

¹³ 最高法院該刑事判決略以：毒品危害防制條例第 17 條第 2 項係規定·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。被告意圖供製造毒品之用·而栽種大麻·其所犯係同條例「第 12 條第 2 項」之罪·該罪並無同條例第 17 條第 2 項關於自白減輕其刑規定之適用·原判決就此已於理由欄論述甚詳·於法並無違誤·不生有違憲疑義而裁定停止訴訟·以聲請司法院大法官解釋之問題。—從上開判決意旨觀之·本判決究竟有無「適用」系爭規定二？殊值檢討。

¹⁴ 最高法院 108 年度台抗字第 564 號裁定要旨：「按再審程序係就確定判決事實錯誤所設之救濟方法·除有刑事訴訟法第 426 條第 3 項前段所定情形外·應由判決之原審法院管轄。又上級審法院以上訴不合法·從程序上判決駁回原審實體判決之上訴者·聲請再審之客體為原法院之判決·該再審案件·仍應由原判決之法院管轄。」104 年度台聲字第 147 號裁定謂：「按再審程序係就確定判決事實錯誤所設之救濟方法·除有刑事訴訟法第 426 條第 3 項所定情形外·應由判決之原審法院管轄。又上級審法院以上訴不合法·從程序上判決駁回上訴者·聲請再審之對象為原法院之判決·並非上級審法院之程序判決·該再審案件·仍應由原判決之法院管轄。」

附件一：北三院有關栽種大麻犯罪情節輕微案件量刑一覽表

法院別	案號	栽種大麻犯罪情節輕微	處徒刑及減輕理由
臺北地方法院	107 年度 訴字第 250 號	向國外(歐洲)網購大麻種子 15 顆·同意搜索查獲·栽種大麻植株 5 株(販賣他人時為警查獲)	2 年 7 月(依刑法第 59 條酌減)
同上	106 年度 訴字第 615 號	自國外(英國)網購大麻種子 7 顆·持搜索票查獲栽種大麻植株 2 株	1 年 6 月(依刑法第 59 條酌減+自首)
同上	101 年度 訴字第 585 號	在國內由外籍人士取得大麻種子 4 顆·持搜索票查獲栽種大麻植株 3 株	2 月 10 月(依刑法第 59 條酌減)
同上	99 年度 訴字第 1952 號	在國內向不詳人士購得大麻種子 5 顆·持搜索票查獲栽種大麻植株 1 株(同時施用大麻犯行)	3 年 6 月(依刑法第 59 條酌減)
同上	99 年度 訴字第 1228 號	在國內向不詳人士購得大麻盆栽 1 株·回家栽種成熟·採集大麻葉子曬乾·供己施用·持搜索票查獲	5 年 2 月
士林地方法院	107 年度 訴字第 202 號	自印尼購得大麻種子 2 顆進口輸入栽種·經同意搜索查獲栽種大麻植株 1 株	2 年 6 月(依刑法第 59 條酌減)
同上	106 年度 訴字第 298 號	向國外(英國)網購大麻種子 5 顆·經同意搜索查獲栽種大麻植株大、小各 1 株(共 2 株)	2 年 6 月(依刑法第 59 條酌減)
同上	98 年度 訴字第 379 號	在國內向友人取得大麻植株回家栽種·持搜索票查獲栽種大麻植株 1 株(供己施用)	2 年 8 月(依刑法第 59 條酌減)
新北地方法院	108 年度 訴字第 307 號	在國內向不詳人士購得大麻種子 4 顆·持搜索票查獲栽種大麻植株 2 株	2 年 6 月(依刑法第 59 條酌減)
同上	108 年度 訴字第 253 號	在國內向不詳人士購得大麻種子 16 顆·持搜索票查獲栽種大麻植株 1 株	2 年 8 月(依刑法第 59 條酌減)
同上	107 年度 訴字第 1104 號	向國外網購大麻種子 5 顆·持搜索票查獲栽種大麻植株 3 幼株(供己施用)	2 年 6 月(依刑法第 59 條酌減)

附件二：刑事法有關自白減輕其刑之態樣及其規定一覽表

自白減輕其刑的態樣	相關刑事法規定
1. 偵查中自白	總統副總統選舉罷免法第 86 條第 5 項 公民投票法第 36 條第 5 項
2. 偵查中或審判中自白	貪污治罪條例第 11 條第 5 項 資恐防制法第 11 條第 2 項 證券投資信託及顧問法第 109 條第 2 項
3. 偵查中及審判中自白	毒品條例第 17 條第 2 項 組織犯罪防制條例第 8 條
4. 裁判確定前自白	刑法第 166 條
5. 得減輕其刑	消費者債務清理條例第 149 條第 2 項
6. 減輕其刑	毒品條例第 17 條第 2 項
7. 減輕或免除其刑	貪污治罪條例第 11 條第 5 項
8. 自白外附加並自動繳交全部所得財物者	貪污治罪條例第 8 條第 2 項 農業金融法第 41 條第 2 項
9. 自白附加並提供資料因而查獲其他正犯或共犯者	人口販運防制法第 37 條

釋字第 790 號解釋協同意見書

蔡宗珍大法官提出

本號解釋之標的有二，分別是毒品危害防制條例第 12 條第 2 項（系爭規定一）栽種大麻罪之刑罰合憲性，以及同條例第 17 條第 2 項（系爭規定二）減刑規定不包括犯系爭規定之罪之合憲性。前者經以比例原則審查，認定與憲法罪刑相當原則不符而違憲；至於後者，則以平等原則審查後，認定「與憲法第 7 條保障平等權之意旨，尚無違背」。本席認為系爭規定一之刑度合憲性既經認定違反比例原則，已無依平等原則審查之實益，而系爭規定二無法直接作為憲法平等原則審查之標的，其規範內容與平等原則無涉，不必也不應以平等原則為準據審查之。因涉憲法平等原則審查之論理基礎，有釐清之必要，爰提協同意見書如下：

一、系爭規定一經比例原則審查後，已無再依平等原則審查之實益

本號解釋以比例原則審查系爭規定一，就其法定刑為 5 年以上有期徒刑部分，對違法情節輕微之個案可能因處罰過苛而過度限制人身自由權，因而認定於此範圍內，違反憲法比例原則所蘊含之罪刑相當原則。系爭規定一之刑度規定部分既經認定違憲，且解釋理由已諭示立法機關應朝「併為減輕其刑或另為適當刑度之規定」的方向修正，就此而言，實無再依平等原則審查系爭規定一與其他可比較之犯罪處罰規定間，是否有恣意性差別待遇之必要性與實益。

二、系爭規定二本身無法作為平等原則之審查標的；得以平等原則審查者，理應為各條犯罪之規定

系爭規定二明定：「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。」係就所列之罪，於符合自白要件時，法院應予減輕法定刑度之規定，性質上為各該犯罪成立後科刑之特別規定。而立法者就不同之犯罪，除分別規定其構成要件與法定刑外，另考量各該犯罪之罪刑關係，設定共通適用之減輕其刑之條件，並於系爭規定二中合併定之，係立法者本於其立法形式選擇自由所為立法技術之決定，主要在於簡化條文，避免重複。立法者原亦得不厭其煩地於第 4 條至第 8 條逐條規定相同的減輕其刑要件！是以，系爭規定二並不因此等合併規定之立法技術而取得獨立於所列犯罪規定外的規範地位與功能，而是仍從屬於第 4 條至第 8 條之犯罪處罰規定。換言之，系爭規定二為典型的不完全法條性質，必得附麗於犯罪構成與處罰之法條，始得產生完全之規範功能。唯有犯罪行為為該當第 4 條至第 8 條所定任一犯罪構成要件，並依各該條法定刑之規定予以初步量刑後，始進而適用系爭規定二減輕其刑。系爭規定二本身既不具獨立規範內涵，自無法作為平等原則審查的標的（立法技術如何為平等與否之比較？），也無從將未出現於系爭規定二中的「犯第 12 條之罪」與同條文所列「犯第 4 條至第 8 條之罪」，進行分類與比較。

精確言之，可依平等原則進行比較審查者，應為各條犯罪規定。多數意見所欲進行的平等審查，其實是「犯第 12 條之罪於偵查及審判中均自白者」未有減輕之規定，是否與「犯第 4 條至第 8 條之罪於偵查及審判中均自白者」之規定，存有違反平等原則之恣意性差別待遇！細究此一擬依平等原則審查之問題，其審查標的，實為系爭規定一，亦即犯系爭規定一之罪未有自白減輕規定，用以與之比較之「對照組」，則為系爭規定二所列犯第 4 條至第 8 條之罪—有自白減輕之規定。此一

問題實則仍涉及是否符合罪刑相當原則之問題，而如前所言，本號解釋既已認定系爭規定一之刑度規定違反憲法比例原則，即無再為平等審查之必要。平等原則於此所可能導出之要求，已為本解釋基於比例原則之審查所諭示修法改善之要求而吸收。

然本號解釋卻仍逕以系爭規定二為平等審查之標的，不但忽視系爭規定二本身的技術性與規範從屬性，且不啻有「主客易位」之謬誤，爭議主角（系爭規定一，無自白減刑之規定）隱而不顯，反使原為範本者（系爭規定二，具自白應減刑之規定）成為眾矢之的。正因平等審查標的之錯置，以致於解釋理由中就系爭規定二「不特別將犯系爭規定一之罪而自白者納入應減輕其刑之列……，其差別待遇尚無顯不合理之處」的理由不但左支右絀，難以自圓其說，且無法理解其所據以比較之「對照組」與比較基準究竟為何。僅就解釋理由中所述，似近於「比較」之內容來看，雖名為審查系爭規定二，實則顯然以系爭規定一之犯罪構成要件與訴訟程序之關連性等為主要之考量，因此實質上仍在審查系爭規定一未有自白減刑之規定，相較於犯第 4 條至第 8 條之罪有自白減刑之規定，是否有違平等原則。多數意見縱得出系爭規定二尚無違背憲法平等原則之結論，然仍不出系爭規定一是否合於比例原則之考量；不寧惟是，平等原則之審查標的竟可因此而名實不符，實令人憂慮其論理架構是否已生鬆脫之勢！

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！