

釋字第 790 號解釋部分不同意見書

詹森林大法官提出

109 年 3 月 20 日

本號解釋除不受理部分外，其餘分為 2 部分，其要旨分別為：

- 一、毒品危害防制條例(下稱毒品條例)第 12 條第 2 項規定(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 條之比例原則。
- 二、毒品條例第 17 條第 2 項(系爭規定二)減輕其刑之規定，未包含系爭規定一所定之罪，與憲法第 7 條保障平等權之意旨，尚無違背。

本席贊同本號解釋認為系爭規定一違憲之結論，但礙難支持本號解釋認系爭規定二尚無違背憲法第 7 條之平等原則，爰就該部分提出不同意見。

壹、從系爭規定二之立法目的，看本號解釋理由之疏漏偏執

本號解釋首先指稱系爭規定二之立法理由在於「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)，而認該立法其目的核屬正當。(解釋理由書

段碼 15)

緊接著，就系爭規定二所定得因偵查及審判中均自白而減輕其刑之範圍，不包含系爭規定一所定之犯罪，本號解釋認為並不違反憲法第 7 條之平等權，原因在於：「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 條之犯罪行為相對容易，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 條犯罪後態度之考量因素，其差別待遇尚無顯不合理之處。」(解釋理由書段碼 15)

惟查，立法院公報第 98 卷第 26 期第 197 頁所載系爭規定二之修正理由全文為：「為使製造、販賣或運輸毒品案件之刑事訴訟程序儘早確定，**並鼓勵被告自白認罪，以開啟其自新之路。**」¹

由是可知，系爭規定二對「製造、販賣及運輸毒品案件」之被告，以「減輕其刑」為誘因，其立法目的有二：(1) 使該類案件之刑事訴訟程序儘早確定；(2) 鼓勵被告自白認罪，以開啟其自新之路。

申言之，前述第 (1) 項立法目的 (儘早確定刑事訴訟程序)，係著眼於檢察機關及法院之利益，亦即減輕檢察官舉證被告犯罪及法官認定被告犯罪之負擔；但第 (2) 項立法目的 (鼓勵被告自白認罪，以開啟自新)，則為著眼於被告之利益，亦即減輕被告之刑，從而提早結束刑之執行，甚至因而

¹ 「並」及「以」之黑字體，均為本席所加。

獲判緩刑。

本號解釋僅考量系爭規定二「儘早確定刑事訴訟程序」之立法目的，而謂「……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」，即逕行認定系爭規定二尚無違背憲法第7條之意旨。姑不論此項理由與實情有違，詳如下述（請參見本意見書之貳），該理由亦屬片面強調系爭規定二之第（1）項立法目的，而完全漠視該規定之第（2）項立法目的，顯屬疏漏、偏執。

本席以為，為追求「鼓勵被告自白認罪，以開啟自新」之立法目的，至少就毒品條例整體規範而言，當被告自白時，不論其所觸犯者，係毒品條例第4條至第8條之罪，或系爭規定一之罪，本於「等者等之」法理，均應給予減輕其刑之待遇。

然而，系爭規定二卻就自白刻意區分為「犯毒品條例第4條至第8條罪之自白」及「犯系爭規定一罪之自白」，造成二者間之差別待遇，而此差別待遇並非基於事物性質之不同所致，是系爭規定二採取之手段與所欲達成之目的間，不具合理關聯。

貳、從構成要件之比較，看本號解釋理由之商榷餘地

本號解釋理由所稱「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條之犯罪行為相對容易，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」，與實情有違。就此，僅須對照觀察系爭規定一之罪與毒品條例第5條第2、3、4項之罪之構成要件，即

可明瞭。

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」；毒品條例第5條第2項至第4項之構成要件則分別為：「意圖販賣而持有第2級毒品」、「意圖販賣而持有第3級毒品」、「意圖販賣而持有第4級毒品……」因此，系爭規定一及毒品條例第5條第2項至第4項所定之犯罪，均不僅應同時具備客觀構成要件及一般主觀構成要件要素（故意），且尚須具備特殊主觀構成要件要素，即上開條文所稱之「意圖」。

一、自白與舉證及認定客觀構成要件之難易差別

「栽種大麻」，及「持有第2級（第3級、第4級）毒品」，均為客觀構成要件，不論有無犯罪嫌疑人/被告（以下簡稱被告）之自白，檢察官皆應提出客觀上可信之證物（前者通常例如：在被告住所、居所或其他被告事實上有管領力之場所查獲大麻；後者通常例如：在被告身上，或其住所、居所或其他被告有事實上管領力之場所，查獲第2級或第3、4級毒品），法官始可認定之。

本號解釋，無任何依據，即遽認檢察官舉證及法官認定被告「栽種大麻」，比舉證及認定被告「持有第2級（第3級、第4級）毒品」相對容易，已有理由不備之嫌。

況且，如「在被告身上、其住居所或其他有事實上管領力之場所，確實查獲有第2級或第3、4級毒品」，則客觀上，即可認定「被告持有該毒品」。蓋「持有」，指行為人就該物有執持占有之事實，亦即對之有事實上管領力，能支配、使

用而言²。故一旦在被告身上、其住居所或其他有事實上管領力之場所查獲毒品，被告已甚難否認該毒品為其所持有。除非另有非常特殊情況³，檢察官無須舉出其他證據，法官亦無須其他證據，即可認定被告執有該毒品。易言之，被告是否自白其持有毒品，就「被告持有毒品」而言，無關緊要。

反之，單純「在被告住居所或其他有事實上管領力之場所，確實查獲大麻」，則客觀上，尚難逕行認定「被告栽種該大麻」。蓋於此情形，被告固不能辯稱該大麻非其所持有，但仍可辯稱「在被告住居所查獲之大麻，係他人栽種」等。因此，關於「經查獲之大麻，係被告所栽種」之要件，檢察官仍須舉出其他證據，法官亦須有該其他證據始得認定之。被告之自白，即可當成此時之其他證據，並從而「儘早確定刑事訴訟程序」。

準此，在「毒品條例第 5 條第 2、3、4 項」之罪，關於「客觀構成要件（被告持有毒品）」，舉證較容易，僅須客觀證物即可認定，被告是否自白，不生影響，故被告之自白「無助於儘早確定刑事訴訟程序」。但在「系爭規定一」之罪，關於「客觀構成要件（被告栽種大麻）」，舉證較困難，僅有客觀證物仍難認定，而被告之自白，對證明及認定該構成要件，有其功效，故被告之自白「有助於儘早確定刑事訴訟程序」。

² 參見：臺灣高等法院高雄分院 98 年度上易字第 690 號刑事判決（違反毒品危害防制條例案件），本判決稱：「『持有』與『所有』之概念不同，只需對物有事實上管領力為已足，被告乙、丙、甲三人共處一室，對扣案之 3 個背包（內裝有第 1、2 級毒品）有其管領力，故應認共同持有，較符法律原意。」；臺灣高等法院臺南分院 96 年度上訴字第 256 號刑事判決（違反毒品危害防制條例案件），本判決稱：「該第二級毒品大麻既放置於被告之主臥室內，被告乙對之有事實上管領力，足以支配該第二級毒品大麻，依此審認，被告乙客觀上顯然有持有之行為無訛」。最高法院 108 年度台上字第 1494 號、107 年度台上字第 3885 號等刑事判決，就被告是否持有槍砲彈藥刀械管制條例不許持有之槍枝，亦採相同見解。

³ 例如：雖在登記於被告名下之房屋查獲毒品，但被告長年未曾居住及進出該屋。

本號解釋持與本席相反之看法，卻未提出任何理由，本席實難認同。

二、自白與特殊主觀構成要件要素之證明及認定

系爭規定一所定「意圖供製造毒品之用」，及毒品條例第5條第2項至第4項之「意圖販賣」，皆為特殊主觀構成要件要素。

此項特殊主觀構成要件要素，不得僅因有具備前述「被告栽重大麻」、「被告持有毒品」之客觀構成要件，以及對此主觀上具備故意，即逕行分別認定被告係「意圖供製造毒品之用」而栽種大麻，或係「意圖販賣」而持有毒品。換言之，在系爭規定一之犯罪，及在毒品條例第5條第2項至第4項之罪，雖已有證據堪認被告栽種大麻或持有毒品，依刑事訴訟法第154條第2項規定，仍均應有其他證據，始可認定被告具備「意圖」之犯意。

「意圖」，乃主觀之意思，故如有被告之自白，自然較容易認定之。就此而言，不論在系爭規定一之犯罪，或在毒品條例第5條第2項至第4項之犯罪，被告之自白，對於「儘早確定刑事訴訟程序」（亦即認定被告有「供製造毒品之意圖」，或「有販賣之意圖」，故其行為完全該當各該罪名），均有同等之功效⁴。然而，系爭規定二，對相同以「意圖」為構成要件之系爭規定一，卻不許被告以其自白換取減輕其刑，而構成對系爭規定一與包含毒品條例第5條第2項至第4項

⁴ 聲請人臺灣新竹地方法院刑事第二庭代表法官郭哲宏於本院就本案舉行說明會後，提出之補充意見第3頁，六，亦基於其實務審判觀點而稱：「栽種大麻之法定要件含有『意圖供製造毒品之用』之主觀要件，被告之自白對於使案件盡速確定難認完全並無貢獻。」

在內之規定，具有差別待遇。且系爭規定二為何採取此差別待遇，不僅立法理由並無任何交代，而且難謂與其所欲達成之目的，具有合理關聯，顯有恣意之嫌。

參、系爭規定二排除系爭規定一之犯罪，違反體系正義及平等原則

按立法者於制定法律時，於不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義。而體系正義之要求，應同為立法與行政所遵守，否則即違反平等原則⁵。

大麻為第二級毒品（毒品條例第 2 條第 2 項第 2 款參照），而綜觀毒品條例第 4 條第 2 項關於「製造第 2 級毒品罪」⁶、第 6 項關於「製造第 2 級毒品未遂罪」⁷、系爭規定一（意圖製造毒品而栽種大麻罪），及系爭規定二（偵審均自白者減輕其刑），可以得知，立法者就與大麻有關之犯罪，雖處罰其各階段之犯行，亦即包含「預備犯」（系爭規定一）、「未遂犯」（毒品條例第 4 條第 6 項）、「既遂犯」（毒品條例第 4 條第 2 項），但卻僅選擇罪質較重、責難性較高之「既遂犯」與「未遂犯」，允許被告得因偵審均自白而獲得減輕其刑之優待，卻將罪質較輕，責難性較低之「預備犯」（系爭規定一所定之罪），排除在外。此項差別待遇，除悖離系爭規定二自新復歸之立法目的外⁸，更屬顯然輕重失衡，逾越立法裁量範圍

⁵ 翁岳生大法官在釋字第 455 條解釋提出之協同意見書。

⁶ 109 年 1 月 15 日修正公布之本條項規定為：「製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或 10 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 1500 萬元以下罰金。」

⁷ 本條項規定：「前 5 項規定之未遂犯罰之。」

⁸ 聲請人臺灣高等法院臺中分院刑事第五庭代表法官張道周 108 年 11 月 25 日提

⁹，而違反立法者就毒品條例建構之體系正義¹⁰。

再者，聲請人臺灣高等法院臺中分院刑事第五庭及聲請人臺灣新竹地方法院刑事第二庭均指出，系爭規定二造成之荒謬結果為：行為人被查獲栽種大麻時，與其自白「單純意圖供製造毒品之用而栽種」，不如狡猾地¹¹或被迫地¹²，向警方自白係因「製造第2級毒品而栽種」，以符合毒品條例第4條第2項及第6項之製造第2級毒品未遂罪，而可藉由系爭規定二以減輕其刑。系爭規定二之立法目的本來在於鼓勵自新，但在該規定對系爭規定一作出區別待遇下，卻造成行為人於罪責較輕之犯罪預備階段被查獲時，須自白自己罪責較重之罪行，始得換取減輕其刑之寬典。就此而言，如何如本號解釋所指，仍然堪認系爭規定二採取之分類與其規範目的之達成，具有合理關聯性，而不違反憲法第7條之平等原則？

應再強調者，系爭規定一雖有部分經本號解釋宣告違憲，但系爭規定二既然經宣告不違憲，故該規定所造成之前述違反體系正義及平等原則情況，並不因系爭規定一之部分違憲，而自然治癒，不待贅言。

肆、結論

由於系爭規定二就被告得因偵審均自白而減輕其刑之

出之釋憲補充理由書（二），第6頁。

⁹ 聲請人臺灣高等法院臺中分院刑事第五庭代表法官張道周108年11月14日提出之釋憲聲請補充理由書第6-7頁（三）。

¹⁰ 聲請人臺灣新竹地方法院刑事第二庭提出之107年度憲三字第3號爭點題綱補充書面資料第3-13頁，三。

¹¹ 聲請人臺灣高等法院臺中分院刑事第五庭108年4月30日提出之釋憲聲請書第6頁，參、五。

¹² 聲請人臺灣新竹地方法院刑事第二庭提出之107年度憲三字第3號爭點題綱補充書面資料第8頁，三、2（2）。

情形，為何未包括犯系爭規定一之罪在內，並無任何合理之立法理由及正當之立法目的可資參照或援用，本號解釋遂訴諸「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。」(解釋理由書段碼 14)

按毒品條例本於第 1 條揭示之「防制毒品危害，維護國民身心健康」之立法目的，固可基於立法政策考量，而選擇應予處罰之行為、各相關犯罪之法定刑，及減輕（或免除）其刑之事由。但因其選擇而造成差別待遇者，則仍應兼顧法規範之整體性，並符合法規範之一致性，尤其不得有不具正當理由之恣意，致生法規範之內部矛盾與體系衝突之情事。

系爭規定二有前述法規範內部矛盾及體系衝突而違反體系正義情事，第一線適用該規定之刑事庭法官，已因良心不安，而有不平之鳴¹³，職司違憲審查之大法官，豈可無動於衷，而輕描淡寫地推諉於「屬立法形成自由之範疇」，並隨即宣示：「退庭」！

¹³ 聲請人臺灣新竹地方法院刑事第二庭提出之 107 年度憲三字第 3 號爭點題綱補充書面資料第 12 頁，三（三）。