

減刑規定與罪刑相當原則： 從釋字第790號 反思重刑化的毒品政策

Commutation Clause and Proportionality
between Crime and Punishment :
Reflection on Severe Drug Policy from
J.Y. Interpretation No. 790

林俊儒 Jun-Ru Lin *



摘要

司法院釋字第790號解釋宣告毒品危害防制條例第12條第2項栽種大麻罪違憲，理由在於其與罪刑相當原則不符而違反憲法第23條，至於同法第17條第2項自白減刑條款適用範圍未包括第12條第2項，則未違反憲法第7條而合憲。該號解釋對於毒品政策影響重大，本文嘗試以此解釋為中心，說明毒品案件背後以減刑規定為核心的實務思維、罪刑相當原則的運用方向及其限制，並藉此反思重刑化的毒品政策。

J.Y. Interpretation No. 790 declared that Article 12(2) of

*執業律師（Attorney-at-Law）

關鍵詞：毒品危害防制條例（Narcotics Endangerment Prevention Act）、栽種大麻罪（crime of planting cannabis）、減刑規定（commutation clause）、罪刑相當原則（proportionality between crime and punishment）、釋字第790號解釋（J.Y. Interpretation No.790）

DOI：10.3966/241553062020070045002

Angle

Narcotics Endangerment Prevention Act unconstitutional because of violation of the Article 23 of the Constitution, the principle of proportionality in proportionality between crime and punishment. However, the confession commutation clause of Article 17(2) does not include Article 12(2), which is not in violation of Article 7 of the Constitution and is constitutional. There is a significant impact on drug policy. This article takes J.Y. Interpretation No. 790 as an example, explaining the practical thinking in commutation clause behind drug cases, the application and limitation of proportionality between crime and punishment, and to reflect the severe drug policy.

壹、緒論

司法院大法官於2020年3月20日公布釋字第790號解釋，對於毒品危害防制條例（下略）第12條第2項意圖供製造毒品之用而栽種大麻罪因為與憲法罪刑相當原則不符，認其違反憲法第23條比例原則，宣告違憲。至於第17條第2項減刑規定適用範圍並未包括第12條第2項之罪，則與憲法第7條保障平等權之意旨並無違背。在釋憲聲請案例之中，聲請人大多指摘第17條第2項減刑規定未包括第12條第2項之罪而牴觸憲法，僅少數聲請人針對第12條第2項本身提出疑義，這正好反映以減刑規定為中心的毒品案件實務思維。相對於此，釋憲者從罪刑相當原則對於第12條第2項宣告違憲，處理犯罪行為與刑罰之間的不均衡關係，確實直指問題核心。不過，司法部門透過罪刑相當原則宣告特定條文違憲的做法仍然有其限制，立法部門制定合理的毒品政策才能夠真正的解決問題。在此之下，本文以釋字第790號解釋為中心，簡要說明自白減刑規定爭議及其實務思

維，並透過罪刑相當原則的解釋，指出該原則的運用方向及限制，以為重刑化毒品政策之因應。

貳、自白減刑條例的爭議及其思維

一、自白減刑條例的爭議

釋字第790號解釋認為，相較於毒品危害防制條例第4條至第8條之罪，第12條第2項意圖供製造毒品之用而栽種大麻罪的證據蒐集、調查及犯罪事實認定更為容易，因而被告對第12條第2項之自白與刑事訴訟程序盡早確定間的關聯性較低，立法者不納入第17條第2項：「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」¹，並無不合理。對於此等論理，值得進一步分析²。

首先，減刑規定各有不同刑事政策目的及其減刑方式，毒品危害防制條例第17條第2項立法目的在於「使刑事程序盡快確定，鼓勵被告自白認罪，開啟自新³」。就前段立法目的而言，即便查獲大麻植株而未達乾燥而易於施用之程度，且為該行為人所有，但由於第12條第2項之罪仍要求必須證明「意圖供製造毒品之用」，實務上通常需要找到照明設備、乾燥器具及培養土或肥料，才可能認定行為人具備此特殊主觀構成要件，畢竟栽種大麻的意圖各有不同，直接作成生菜沙拉、園藝

-
- 1 毒品危害防制條例於2020年1月15日修正公布，其中第17條將於公布後6個月生效，其條文內容修正為：「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1項）。犯第4條至第8條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑（第2項）。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（第3項）。」
 - 2 就立法沿革觀察，肅清煙毒條例第5條第4項：「意圖製造鴉片而栽種罌粟者，處死刑或無期徒刑」，於1998年改為毒品危害防制條例，並將栽種罌粟部分移至第12條第1項，同時在第2項增訂栽種大麻罪，刑度與意圖販賣而持有第二級毒品罪相同，且不在第17條減刑範圍內。
 - 3 立法院公報，98卷26期，197頁。



觀賞，或有宗教及學術研究上的理由都是可能的⁴。被告自白對於降低刑事程序成本而言，相較於犯第4條至第8條之罪不會更低，此等經驗性事實的認定仍有待商榷。另外，大法官未解明後段立法目的「鼓勵被告自白認罪，開啟自新」與第12條第2項之關係，也有待釐清。大法官在尊重刑事政策選擇之下，對於減刑條例的經驗性事實表示意見，相對積極，可惜部分推論仍所不足。

再者，按照實務見解，大麻長出幼苗即是第12條栽種大麻罪既遂⁵，使之乾燥易於施用則屬於第4條第2項製造大麻罪既遂⁶。從行為階段觀察，具備預備犯性質的栽種大麻罪，相較於具既遂犯性質的製造大麻罪而言，距離擴散毒品之法益危害更加遙遠，卻未適用第17條第2項自白減刑的規定，被批評為違反平等原則及體系正義⁷。不過，從危險犯理論切入，具體

-
- 4 舉例而言，臺灣高等法院107年度上訴字第927號判決：「卷內並無任何被告將大麻葉片自大麻盆栽中摘下或集中放置，現場亦無其他專用以將大麻葉片曝曬、風乾之設備或供製造大麻毒品之物品，抑或將大麻植株葉片剪下以乾燥、脫水、研磨等簡便方法，嘗試製成可供施用之大麻菸草之跡象或事證，實難認被告栽種大麻，有供製造毒品之意圖。」
 - 5 最高法院103年度台上字第4225號刑事判決指出：「第12條第2項所謂之意圖供製造毒品之用，而栽種大麻者之所謂『栽種』，係指播種、插苗、移栽、施肥、灌溉、除草、收穫等一系列具體行為之總稱，只要行為人參與其中一種活動，即屬栽種。至於栽種行為之既、未遂，應以栽種毒品有無出苗而定，換言之，只要行為人主觀上有『製造毒品之用』之意圖，著手於大麻栽種而有出苗之行為，即屬既遂，無待乎大麻成長至可收成之程度，始謂既遂。」
 - 6 最高法院102年度台上字第2465號刑事判決：「對大麻植株之花、葉、嫩莖，以人工方式予以摘取、蒐集、清理後，再利用人為、天然力或機器設備等方法，以風乾、陰乾、曝曬或烘乾等方式，使之乾燥，亦即以人為方式加工施以助力，使之達於易於施用之程度，自屬製造大麻毒品之行為。」早期則認為將大麻摘取、曬乾、剪碎或捏碎後，尚需再以紙張或以其他容器包裝作成製品方屬「製造」，如最高法院93年度台上字第6855號刑事判決即指出：「未以紙張或其他容器予以包裝作成製品，則是否屬於『製造』第二級毒品大麻之犯行，非屬無疑。」
 - 7 詹森林，釋字第790號解釋部分不同意見書，7-8頁。



與抽象危險的評價並非直接對應至高度與低度不法，預備階段的不法程度也不當然低於既遂階段⁸。據此作為驗證方向，仍需視該行為加助後續法益侵害程度及其影響範圍予以判斷。第12條第2項根本問題在於其未區分行為不法程度，而不易進行條文所指行為樣態間的比較，而該條文所指犯罪行為範圍也確實存在不法程度及可責難性更低的行為樣態，但卻無從適用自白減刑規定，令規範適用上產生疑慮。就此而言，相較於如何在自白減刑規定檢討平等原則，適用平等原則的基礎及其與罪刑相當原則的關係毋寧更為重要，而不容易僅從平等原則立論自白減刑條款適用範圍的問題。

二、面對重刑的減刑思維

自白減刑條例的憲法釋義縱使有上述爭議，但就聲請人主張觀察，問題癥結應在於栽種數顆大麻種子就被處以2年6月重刑，令人難以接受，進而在藥事毒品法案件實務中，質疑為何栽種大麻不能如同製造大麻一樣適用第17條第2項自白減刑，而非得讓行為人入獄。這個問題一直困擾著實務家，並沿著以減刑為核心的辦案思維，認為第17條未將栽種大麻罪納入減刑規定是立法疏漏、違反平等原則而應該類推適用⁹，又或者主張同時成立栽種大麻既遂及製造大麻未遂，應該論以後者而自白減刑，此一設計甚至增加行為人承認製造大麻未遂罪而獲得

8 謝煜偉，罪刑相當原則與情節輕微條款，月旦法學教室，209期，2020年3月，29-30頁。

9 舉例而言，臺灣臺南地方法院104年度訴字第190號刑事判決：「栽種大麻行為，對法律所要保護之利益造成危害之可能性，較製造第二級毒品未遂行為更少，毒品危害防制條例對於較重之製造第二級毒品既遂行為及未遂行為，在一定條件下，設有減輕刑責之明文，在相同條件下，卻對罪責內涵及法益危害可能性更輕微之意圖供製造毒品之用而栽種大麻行為，未予相同減輕刑責之優惠，實與『舉重明輕』的法理及『相同事務應為相同處理，不同事務應為不同處理』之平等原則相違，此部分顯係毒品危害防制條例第17條之立法疏漏，再參酌有利被告時，採取類推適用。」