

憲法法庭 112 年憲判字第 13 號判決協同意見書

黃虹霞大法官提出

蔡明誠大法官加入

本件判決基本上延續司法院釋字第 790 號解釋之意旨，但已經進一步於判決主文三，要求相關機關檢討毒品危害防制條例第 4 條第 1 項之法定刑，例如依據販賣數量、次數多寡等，分別訂定不同刑度之處罰，當有助於毒品危害防制條例全部規定之法定刑以及個案量刑，更符合責罰相當原則。法治進步常常是靠有心人 1 點 1 滴努力而來，一蹴而及有時不可得，有時也非上上良策。左思右想，基於實務運作考量，本席選擇採取司法謙抑之漸進策略，讓更符合責罰相當原則之相關立法事項回歸行政及立法處理。因為單單以本件判決過程中，本庭所已經收受之針對毒品危害防制條例第 4 條第 1 項規定，以無期徒刑為最低法定刑違憲為由聲請釋憲之案件，即超過兩千件之事實，可以證明違反毒品危害防制條例之案件量極大；而且對照確定終局裁判所認定之犯罪事實，其宣告刑不必然均過苛。作為法律實務工作者必須兼顧考量實務運作之可行性，如果一舉宣告毒品危害防制條例第 4 條第 1 項規定違憲，固然是本席一向之主張，並且極為痛快，但是若此之為，除了這兩千多件案件，需要全部經由非常上訴或裁判憲法審查途徑廢棄並發回普通法院更行審理外，違憲宣告之輻射效應將會及於各級毒品之各種犯罪行為類型，而需要全盤檢討、大幅修改毒品危害防制條例規定，可能導致每年數以萬計仍在各級法院審理中之毒品犯罪案件，在修法完成之前，都會停擺並累積到修法完成之後再行審理，這樣對實務運作之影響將極為重大，反而不利人權（各種犯罪相關之被告、犯罪嫌疑人及犯罪被害人之人權）保障。因此，必須妥協。

「自刑法鴉片章到毒品條例：就同一毒品相關犯罪，均未區分犯罪情節輕重，而明定並異其法定刑度，全然讓諸法官於法定

刑範圍內裁量之，如此，除生個別法官之量刑標準不一而處斷刑輕重失衡之不當外，更因毒品條例將法定刑提高而在具體個案中，出現如本件聲請案，法院認法重情輕不忍判重刑之狀況。此種法重情輕狀況，非僅毒品條例第 12 條第 2 項情形而已，其他同條例之重罪情形，亦同，俱有牴觸比例原則可能，除毒品條例第 12 條第 2 項規定應依本解釋意旨處理外，就其他同條例規定相關機關允宜主動檢討。」以上係本席在司法院釋字第 790 號解釋所提出之部分協同部分不同意見書中即已提出之呼籲。就本件所審查之客體法規範亦即毒品危害防制條例第 4 條第 1 項規定而言，也有上述可能牴觸比例原則之情形，相關機關允宜主動檢討，從而本席贊同本件判決之結論。

本席所以並未主張一舉宣告毒品危害防制條例第 4 條第 1 項規定違憲，除了上述實務運作及人權保障考量外，其他主要考量如下：

1、第一級毒品之危害鉅大，毒品危害防制條例第 4 條第 1 項規定不宜輕易宣告為違憲；

2、毒品危害防制困難與戰役雷同，關於各類毒品犯罪刑度與其所欲規範之各種相關犯罪行為間之處罰架構，本應讓諸立法形成。

3、事實上現行毒品危害防制條例已有各類毒品犯罪刑度架構存在如附件，此一架構係按各類毒品之危害程度大小、相關行為之重輕，分別情形訂定相應高低不同法定刑度，大致具邏輯性；只是因為各項毒品犯罪行為態樣千差萬別，所以於個案適用時，仍不免有依法定最低刑度並適用刑法第 59 條規定減刑後，還是過苛之情形。如欲解決此種情形，其根本之道應在於：在現行架構之上，通盤檢討，更進一步以所涉及之毒品數量等為標準，更細緻劃分各種毒品犯罪行為態樣之法定刑度高低；或者立法規定其中危害輕微者，得再減輕其刑至二分之一。以上解決方法亦較適宜由立法形成之。

在此，本席除再次呼籲遠離毒品外，也請相關機關體認大法官們以本件判決主文三之檢討改進建議，替代直接宣告毒品危害防制條例規定違憲之用心，立即為相應之毒品危害防制條例全部規定之立法改善措施，以便更符合憲法罪刑相當原則或比例原則(司法院釋字第 775 號解釋參照)。

本件聲請人一、二及三均為法官，其聲請固然均經受理，但聲請是否受理屬程序事項，與聲請有無理由屬實體事項，二者不同；法官之聲請經受理不等於其聲請亦有理由，本件判決亦未肯定本件聲請人一、二及三之聲請為實質有理由。本庭並未宣告毒品危害防制條例第 4 條第 1 項前段規定關於販賣第一級毒品處死刑或無期徒刑，違背憲法，本庭僅以例示說明在極端輕微之情形，依據刑法第 59 條規定減刑後仍然過苛者，不符合憲法第 23 條責罰相當原則，應該再予以減刑而已。是聲請人一、二及三所審理之個案，其情節如果與本件判決之例示不相雷同，依照本件判決意旨，應不在得以過苛為由減刑之列。

關於本件判決理由第 32 段採取非常上訴之救濟手段，亦即認聲請人四至八得依憲法訴訟法第 92 條第 2 項準用同法第 91 條第 2 項規定，請求檢察總長提起非常上訴等部分，本席有不同之看法，本席意見如下：

因為聲請人四至八之法規範違憲聲請為有理由，而且其等之聲請均係在憲法訴訟法 111 年 1 月 4 日修正施行後始繫屬於本庭，故依憲法訴訟法第 62 條第 1 項規定，應由本庭於判決主文宣告其等之確定終局裁判違憲，廢棄並發回管轄法院（因為明顯涉及及是否過苛事實之認定，故本席以為應發回高等法院或其分院）。至於本件判決理由所採之憲法訴訟法第 92 條第 2 項準用同法第 91 條第 2 項規定部分，固非全然無見，但是採取非常上訴救濟方式，係大法官審理案件法時期之舊制，在憲法訴訟法修正施行後，其救濟方式已然改為以廢棄違憲確定終局裁判並發回管轄法院更行審理為原則之新制；憲法訴訟法所採裁判憲法審查制

度係師法德國法例，而德國又無非常上訴制度，且在裁判憲法審查制度下，若認確定終局裁判違憲，既係採廢棄並發回管轄法院之救濟方式，則在憲法訴訟法 111 年 1 月 4 日修正施行後，就其後始繫屬於本庭之聲請案件，自當適用上述新制救濟方式原則（憲法訴訟法第 62 條第 1 項規定參照）。更何況以舊制之非常上訴與新制之廢棄並發回管轄法院兩種救濟方式比較：在憲法訴訟法 111 年 1 月 4 日修正施行後，新制為原則、舊制為例外，而原則本應儘量適用、例外則應予限縮；且如依舊制需要多一道訴訟程序亦即由檢察總長審酌是否提起非常上訴，是就司法資源及聲請人訴訟勞費考量，舊制顯然較為繁複不利。因此，也以採取新制為合宜。至於憲法訴訟法第 91 條及 92 條規定，容有不同解讀可能，而且此等規定包括其立法理由均應無特別限定或限制，就憲法訴訟法 111 年 1 月 4 日修正施行後始繫屬於本庭且其聲請有理由之聲請案件，僅能採取舊制救濟方式，不得直接諭令廢棄並發回管轄法院之理或效果。

末查伴隨新興科技犯罪手法，毒品等犯罪之蒐證更行不易，有相應使用新型科技蒐證方法之必要，就此本席之看法，併簡述如下：

1、如 GPS 及 M 化車等都是蒐證方法，不是證據本身，沒有證據能力及證明力有無之問題（可能涉及證據能力及證明力者，為依據此等蒐證方法所取得之證據，而非蒐證方法本身）。主管機關關於 GPS 及 M 化車之行政規則是否違反法律保留，與蒐證方法是否必須先以法律規定之，亦係不同之命題；亦即不能以主管機關之行政規則可能違反法律保留原則為由，當然推論其蒐證方法如未經法律規定，也當然違反法律保留原則。尤有進者，法官固有依據法律審判之義務，惟所稱法律係指立法院通過之法規範而言（憲法第 170 條規定參照），不包括行政規則在內。是就法官審判而言，行政規則是否符合法律保留原則應非關鍵。

2、又單就是否符合法律保留原則而言，如果認為蒐證方法須符合法律保留原則，則其前提應為：有法律明文或授權訂定之

蒐證方法係屬合法。從而，此等蒐證方法本質應非不法。則就此等本質並非不法之蒐證方法而言，如果認為法官在個案審判時，特別是在准許搜索同意簽發搜索票時，必須以該等蒐證方法未經法律明文或授權訂定為理由，駁回搜索票之聲請，其法律依據何在？特別是此種見解之理據何在？

蒐證方法因時代而不同，必須與時俱進，是蒐證方法不可能由法律預先憑空想像並逐一具體規定。如前所述，如果認為蒐證方法只要符合法律保留原則，法官就可以用，表示此等蒐證方法本質並非不法，則也表示尚未經法律明文或授權規定之蒐證方法，不等於不法。是就特定蒐證方法言，究其目的，如係為保護犯罪被害人及國家社會安全等目的，其目的應屬正當，且應係屬重大公益；又若有適用之必要性，符合比例原則，則此等蒐證方法應受肯定，法官有何理由且當然應該全面拒絕使用此等蒐證方法所為發給搜索票之聲請？進而言之，本席以為蒐證方法沒有所謂違反法律保留原則之問題（不必待法律先明文或授權規定，法官始得准許使用此等蒐證方法），也就是說，不需要法律先就特定蒐證方法為規定，凡其目的係為保護犯罪被害人及國家社會安全（此係刑法及刑事訴訟法立法之根本要求）、就個案而言又有使用之必要性者（符合比例原則），應不待法律先就該特定蒐證方法為規定，職司正當法律程序原則把關者之法官，就能據以並審酌合於正當法律程序原則及比例原則後，准予使用該蒐證方法為搜索。如此之解，方足以達成上述刑法及刑事訴訟法保護犯罪被害人及國家社會安全之根本要求；故本席認為主張蒐證方法必須符合法律保留原則者，明顯忽略上述根本要求，甚至是否定之，此種看法並未考量犯罪追訴之困難實況、立法程序需要相當時日等客觀事實，使得在立法前，將製造出犯罪追訴處罰空窗期，係法律天秤對被告及犯罪嫌疑人一方傾斜（只顧勿枉），不當推卸犯罪被害人及國家社會安全之保護責任（偏廢勿縱），本席以為非常非常不妥當。

3、或有質疑若蒐證方法不需先以法律規定之，那麼如何保護被告或犯罪嫌疑人？就此，本席以為我國刑事訴訟法就搜索扣

押原則上已經採取嚴格法官保留，蒐證方法當否，本屬法官於簽發搜索票當時所當然應予審酌之事項，如果認為特定蒐證方法可能侵害被告或犯罪嫌疑人之基本人權，自應從考量其使用之必要性、限制其搜索範圍、附加必要條件等著手，從而應已可兼顧被告及犯罪嫌疑人權益之保護；不應該也沒有再限定所有蒐證方法均須先以法律明文或授權規定之必要。

又憲法賦予法官特殊崇高之地位，良有以也。法官不是法匠，更不應該被認為是法匠或以此自居，法官甚至於必要時本有造法功能，只是應極為審慎為之。因為憲法及人民期待於法官的，不是機械性地適用法律，而是在法有漏洞的時候，作合於憲法保障被告、犯罪嫌疑人及犯罪被害人雙向人權意旨之補充；包括在科技進步，法有不及時，本其職權作兼顧憲法正當法律程序意旨之搜索要件設定；而不應是以法律沒有規定為由，要求或限制法官應斷然全面拒絕特定蒐證方法之使用，放任犯罪行為無法或極為困難追訴處罰。若有此等對法官之不當要求或限制，本席以為與憲法第 80 條規定獨立審判之意旨應有抵觸。

4、當然在證據能力、證明力判斷上，法官在個案裁判上，得拒絕使用過度侵害被告或犯罪嫌疑人基本人權之蒐證方法所取得之證據；再者，證據能力、證明力之判斷，因為證據資格取得與證據價值評價有所不同(刑事訴訟法第 155 條第 1 項規定參照)，也不應混為一談。

5、請想想：在搜索票核發階段，法官應該以所謂法律沒有規定得使用 GPS 或 M 化車蒐證方法為由，斷然全面拒絕使用 GPS 或 M 化車之蒐證聲請嗎？如果法官准許使用且已考量憲法保障人權之意旨(包括正當法律程序原則及比例原則)，以此種蒐證方法所搜集之證據當然不具證據能力嗎？勿枉固然重要，勿縱也同等重要，不可偏廢！

本席即將於 9 月 30 日任滿，回首近 8 年來，除了參與諸多不受理決議或裁定外，自司法院釋字第 734 號解釋起至司法院釋字第 813 號解釋，及憲法法庭 111 年起之憲法訴訟法判決，共參

與 110 多個解釋及判決。其中屬刑事相關者一共 31 個案件，涉及實體規定部分者，如通姦罪除罪案（司法院釋字第 791 號解釋）、誹謗罪案（憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決）及本件等共 16 件；其餘 15 件為刑事程序相關（比如憲法法庭 112 年憲判字第 6 號王瑞豐案）。此等刑事相關案件解釋及裁判，除了司法院釋字第 805 號解釋涉及被害人保護外，均與被告或犯罪嫌疑人之保護相關。按被告或犯罪嫌疑人之保護固然至為重要，然而犯罪被害人之保護更加重要，而大法官處理之案件絕大部分均不直接涉及犯罪被害人之保護，此種結果，本席意識到有被誤解為大法官、憲法法庭心中比較無犯罪被害人保護之疑慮，所以於司法院釋字第 762 號及第 805 號解釋意見書中，即已兩度提及並強調犯罪被害人保護之重要性。又固然刑事訴訟法已於 109 年修法增列被害人訴訟參與專章，以增加保護犯罪被害人，但是本席仍然深刻感受到刑法及刑事訴訟法立法之根本要求，原在於犯罪被害人及國家社會安全之保護，此一根本要求在刑事訴訟實務運作上應該並未被忘記，但確實是長期以來都不被明言重視（以致有些人民有法院只保護壞人的誤解），特別是我們做出眾多關於被告或犯罪嫌疑人基本人權保護之相關解釋及判決之事實。就此，本席頗為憂心，並認為有一而再予以平衡澄清之必要，因為本席不希望人民以及後人以為大法官偏聽，只知道保護被告或犯罪嫌疑人，忽視犯罪被害人保護及其他重大社會公益。故而乃想以針對與毒品犯罪防制也相關之因應新興科技犯罪手法而生新型科技蒐證方法如 GPS 及 M 化車之爭議，併提出看法之方式，聊表本席對犯罪被害人等保護之關切。本席並相信其他大法官也非常關切犯罪被害人等之保護。本席以為不論勿枉或者勿縱均不可偏廢。謹供參考。

附件：現行毒品危害防制條例各類毒品犯罪刑度架構整理

	第一級 毒品	第二級 毒品	第三級 毒品	第四級 毒品	加重其刑	減輕其刑
製造、運輸、 販賣 (§4)	死刑或 無期徒刑；無 期徒刑得併科 新台幣 3000 萬 元以下罰金	無期徒刑或 10 年以上有 期徒刑，得 併科新台幣 1500 萬元以 下罰金	7 年以 上有期 徒刑， 得併科 新台幣 1000 萬 元以下 罰金	5 年以 上 12 年以下 有期徒 刑，得 併科新 台 幣 500 萬 元以下 罰金	公務員假借 職務上權力、 機會或方法 犯本條第 2 項 者，死刑或無 期徒刑得併科 新台幣 3000 萬元以下罰 金；犯本條第 3 項至第 5 項 者，加重其刑 至二分之一 (§15I)	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；於 偵查及歷次審 判中均自白者，減輕其刑； 因供自己施用 而運輸，且情 節輕微者，得 減輕其刑 (§17)
意圖販賣而 持有 (§5)	無期徒刑或 10 年以上有期徒 刑，得 併科新 台 幣 700 萬 元以下 罰金	5 年以 上有期 徒刑， 得併科 新台幣 500 萬 元以下 罰金	3 年以 上 10 年以下 有期徒 刑，得 併科新 台 幣 300 萬 元以下 罰金	1 年以 上 7 年 以下有 期 徒 刑，得 併科新 台 幣 100 萬 元以下 罰金	公務員假借 職務上權力、 機會或方法 犯本條者，加 重其刑至二 分之一 (§15I)	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；於 偵查及歷次審 判中均自白者，減輕其刑 (§17)
以非法方法 使人施用	死刑、 無期徒	無期徒 刑或 7	5 年以 上有期	3 年以 上 10	公務員假借 職務上權力、	供出毒品來 源，因而查獲

(§6)	刑或 10 年 以上有期徒 刑；無期 徒刑或 10 年以上有 期徒刑得 併科新台 幣 1000 萬 元以下罰 金	年以 上有期 徒刑，得 併科新 台 幣 700 萬 元以 下罰 金	徒刑， 得併科 新臺幣 500 萬 元以 下罰 金	年以 下有期 徒刑，得 併科新 台 幣 300 萬 元以 下罰 金	機 會 或 方 法 犯本條第 2 項 至第 4 項者， 加 重 其 刑 至 二 分 之 一 (§15I)	其 他 正 犯 或 共 犯者，減輕或 免 除 其 刑；於 偵 查 及 歷 次 審 判 中 均 自 白 者，減輕其刑 (§17)
引誘他人施 用 (§7)	3 年以 上 10 年 以下有 期 徒 刑，得 併科新 台 幣 300 萬 元以 下罰 金	1 年以 上 7 年 以下有 期 徒 刑，得 併科新 台 幣 100 萬 元以 下罰 金	6 月以 上 5 年 以下有 期 徒 刑，得 併科新 台 幣 70 萬 元以 下罰 金	3 年以 下有期 徒刑， 得併科 新台幣 50 萬 元以 下罰 金	公 務 員 假 借 職務上權力、 機 會 或 方 法 犯本條第 1 項 至第 4 項者， 加 重 其 刑 至 二 分 之 一 (§15I)	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； 於 偵 查 及 歷 次 審 判 中 均 自 白 者，減輕其刑 (§17)
轉讓 (§8)	1 年以 上 7 年 以下有 期 徒 刑，得 併科新 台 幣 100 萬	6 月以 上 5 年 以下有 期 徒 刑，得 併科新 台 幣 70 萬	3 年以 下有期 徒刑， 得併科 新台幣 30 萬 元以 下罰 金	1 年以 下有期 徒刑， 得併科 新台幣 10 萬 元以 下罰 金	達 一 定 數 量 者，加重其刑 至二分之一 (§8V)；公務 員假借職務 上權力、機會 或方法犯本 條第 1 項至第	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；於 偵 查 及 歷 次 審 判 中 均 自 白 者，減輕其刑

	元以下 罰金	元以下 罰金			4 項者，加重 其刑至二分 之一（§15I）	（§17）
對未成人、懷孕婦女販賣等； 混合兩種以上毒品（§9）					加重其刑至 二分之一 （§9）；公務 員假借職務 上權力、機會 或方法犯本 條者，加重其 刑至二分之一 （§15I）	
施用（§10）	6 月以 上 5 年 以下有 期徒刑	3 年以 下有期 徒刑			公務員假借 職務上權力、 機會或方法 犯本條者，加 重其刑至二 分之一（§15I）	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 （§17I）
持有（§11）	3 年以 下有期 徒刑、 拘役或 新臺幣 30 萬元 以下罰 金；持 有純質 淨重 10 公克以 上，1 年	2 年以 下有期 徒刑、 拘役或 新臺幣 20 萬 元以下 罰金； 持有純 質淨重 20 公 克以	持有純 質淨重 5 公克 以上，2 年以下 有期徒 刑，得 併科新 臺幣 20 萬 元以下 罰金	持有純 質淨重 5 公克 以上，1 年以下 有期徒 刑，得 併科新 臺幣 10 萬 元以下 罰金	公務員假借 職務上權力、 機會或方法 犯本條者，加 重其刑至二 分之一（§15I）	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 （§17I）

	以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金	上，6 月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 70 萬元以下罰金				
--	--------------------------------	------------------------------------	--	--	--	--

	罌粟 古柯	大麻	加重其刑	減輕其刑
意圖供製造而栽種 (§12)	無期徒刑或 7 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 700 萬元以下罰金	5 年以上有期徒刑，得併科新臺幣 500 萬元以下罰金；因供自己施用且情節輕微者，1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 100 萬元以下罰金	公務員假借職務上權力、機會或方法犯本條者，加重其刑至二分之一 (§15I)	
意圖供栽種而運輸或販賣 (§13)	5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 50 萬元以下罰金	2 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 20 萬元以下罰金	公務員假借職務上權力、機會或方法犯本條者，加重其刑至二分之一 (§15I)	

意圖販賣而持有或轉讓 (§14I、II)	3 年以下有期徒刑	2 年以下有期徒刑	公務員假借職務上權力、機會或方法犯本條者，加重其刑至二分之一 (§15I)	
持有種子 (§14III)	2 年以下有期徒刑、拘役或新臺幣 3 萬元以下罰金	1 年以下有期徒刑、拘役或新臺幣 1 萬元以下罰金	公務員假借職務上權力、機會或方法犯本條者，加重其刑至二分之一 (§15I)	