

混合就要加重？

初探毒品危害防制條例第9條第3項 規定之違憲疑義

張哲銘*

【**案例一**】甲販賣之A毒咖啡包含有第一級毒品0.1公克、第四級毒品9.9公克；乙販賣之B毒咖啡包含有第一級毒品9.9公克、第四級毒品0.1公克。

【**案例二**】甲分別販賣上例之A、B毒咖啡包。

【**案例三**】甲販賣第一級毒品10公克；乙販賣之毒咖啡包含有第一級毒品0.1公克、第四級毒品9.9公克。

【**案例四**】甲販賣之毒咖啡包含有不同種類之第一級毒品各1公克；乙販賣之毒咖啡包含有第一級毒品1公克、第四級毒品1公克。

12月17日修正、109年1月15日公布、同年7月15日施行之毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第9條第3項規定「犯前五條之罪而混合二種以上之毒品者，適用其中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分之一。」

（下稱系爭規定）加重包含製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、強制使人施用、引誘他人施用及轉讓混合毒品等毒品犯罪之法定刑。此外，配合同次修正施行之毒品條例第17條第2項規定「犯第四條至第八條之罪於偵查及歷次審判中均自白者，減輕其刑。」被告僅限於「偵查及歷次審判中均自白」始能符合減刑要件，對於毒品案件之被告及辯護人而言，不論在答辯內容或辯護策略之決定上，都產生重大深遠之影響。然以實務上常見的製造、運輸、販賣混合毒品案件為例，不乏扣案混合毒品經鑑驗後，其中最高級別毒品僅占全部毒品比例甚微之情形，但依系爭規定，仍須一律適用最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至1/2。如此一來，系爭規定之適用結果，是否可能造成個案顯然處罰過苛，致有違反比例原則、罪刑相當原則或平

壹、前言

近來施用毒咖啡包、彩虹菸等新興毒品或混合毒品之案件日趨盛行，緝獲數量逐漸增加，尤其在青少年之間更是蔚為風潮，為遏止混合毒品氾濫亂象，於民國（下同）108年

* 本文作者係執業律師

等原則之違憲疑慮，即非全然無疑，應有進一步加以探究之必要。

貳、系爭規定修法前後之爭議

系爭規定之修法理由謂「本條第三項所稱之混合，係指將二種以上之毒品摻雜調合，無從區分而言（如置於同一包裝）。依目前毒品查緝實務，施用混合毒品之型態日益繁多，且因混合毒品之成分複雜，施用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一種類者，為加強遏止混合毒品之擴散，爰增訂第三項，規定犯第四條至第八條之罪，而有混合二種以上毒品之情形者，加重其刑至二分之一。另本項係屬分則之加重，為另一獨立之犯罪型態，如其混合二種以上毒品屬不同級別，應依最高級別毒品所定之法定刑，並加重其刑至二分之一，例如販賣混合第三級及第四級毒品者，依販賣第三級毒品之法定刑處斷，並加重其刑至二分之一；如屬同一級別者，因無從比較高低級別，則依各該級別毒品所定之法定刑，加重其刑至二分之一，併予敘明。」¹

由此可知，立法者對於犯毒品條例第4條至第8條之罪，而混合二種以上毒品者，係以「施用混合毒品所造成之危險性及致死率均高於施用單一種類毒品」作為加重混合毒品犯罪行為法定刑之主要論據。修法理由同時例示，如販賣混合不同種類、不同級別之毒品者，依販賣較高級別毒品之法定刑處斷，

並加重其刑至1/2；如販賣混合不同種類、同一級別之毒品者，仍依各該級別毒品之法定刑處斷，並加重其刑至1/2。換言之，如涉及混合毒品犯罪，即該當系爭規定之構成要件，而有加重刑度之必要，至於加重刑度之標準，則視混合不同種類毒品之級別，在法定刑之擇定基礎上有所差異。是以，依系爭規定，但凡毒品條例第4條至第8條規定之毒品犯罪，如涉及混合毒品，必然連結到以最高級別毒品之法定刑科處，並加重其刑至1/2之法律效果。

然而，立法者對於混合毒品犯罪祭出重刑手段之際，司法院最初所持立場卻不盡相同，並提出系爭規定恐有違反罪刑相當原則之若干疑慮。觀察系爭規定之修法歷程，於立法院二讀審議時，司法院代表即認為：「關於第9條第3項部分：刑法第55條規定，一行為而觸犯數罪名者（想像競合犯），從一重處斷之結果，已足以將輕罪之不法包括予以評價，且宣告刑度時亦不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑，草案第9條第3項於此情形，規定仍應加重其刑至二分之一，有無重複評價罪責之情，建請再酌。」²有意提醒立法者關於系爭規定可能觸及罪責重複評價的問題。其後，司法院提出之書面報告更具體指出：「修正草案第9條第3項部分：1.所稱『犯前五條之罪而混合二種以上之毒品者』，其意涵為何？如混合同一級別、不同種類之毒品，是否應加重其刑？如應加重，則販賣第三級毒品10公克，法定刑反而

註1：立法院公報處（2020），《立法院公報》，108卷103期，二冊，第273頁，立法院。

註2：立法院公報處，前揭註，第230頁。

較販賣混合第三級、第四級毒品之10公克毒品為輕，是否符合公平原則、罪刑相當原則，建請斟酌。2.在同時販賣分別包裝、未混合之二種以上毒品之情形（如同時販賣第二級毒品大麻、甲基安非他命各1包），是否屬於本條項所稱『混合二種類以上之毒品』？如不符合，則持有種類、重量相同的毒品，僅因混合與否而異其法定刑，是否符合公平原則？建請再酌。」³對於適用系爭規定之結果，恐會發生販賣較高級別之單一種類毒品，與販賣混合較高及較低級別之毒品，於數量相同之情形下，後者法定刑卻較前者為重之不合理現象。此外，對於系爭規定可能造成持有種類、重量相同之毒品，卻僅因混合與否而異其法定刑等情況，明確提出系爭規定恐有違反公平原則、罪刑相當原則之疑慮。

系爭規定修正施行後，仍有最高法院法官注意到：「故意混合二種以上毒品，倘最高級毒品僅佔全部毒品比例極少（即1/100或1/1000），於修正前，依想像競合規定雖從一重論以最高級別毒品各罪，並可能依刑法第59條規定酌減輕其刑；惟於新法，不但論以最高級毒品各罪之法定刑，尚應加重其刑至1/2，是否有罪刑不相當或違反比例原則之情形？最高法院目前尚無定論。既要加重即須故意混合，混合多寡則與量刑有關，且應目的性限縮，而不違反平等、比例及罪刑相當原則，依個案事實為量刑參考。」⁴明確指

出在個案中，如混合毒品所含最高級別毒品僅占全部毒品比例極少，惟依系爭規定，仍論以最高級別毒品各罪之法定刑，並加重其刑至1/2，有無違反罪刑相當原則之疑慮，並非毫無爭議。

綜觀司法院及最高法院法官提出上開疑慮之原因，應在於系爭規定不分個案情節輕重，一律採取重刑化之手段，法制上缺乏調整機制，導致適用法律之結果，直接造成個案過苛處罰之危險存在，論理上自然連結到系爭規定與憲法罪刑相當原則、比例原則及平等原則之間，是否存在相互合致或抵觸的合憲性問題。

參、個案處罰顯然過苛禁止原則與罪刑相當原則之憲法交集

刑法科處行為人的刑罰種類或刑罰的輕重程度必須與行為人的罪責程度相當，而具罪責相當性，亦即刑罰的輕重程度不得逾越罪責的高低度，此即罪刑相當原則⁵。歷來司法院解釋亦均揭示，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，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為

註3：立法院公報處，前揭註1，第231頁。

註4：司法院（2020），〈臺中高分院邀謝靜恒法官談毒品防制條例法律問題〉，《司法周刊》，2029期，4版。

註5：林山田（2008），《刑法通論（上）》，增訂10版，第92頁，自刊。

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⁶。

值得注意者，在司法院釋字第669號解釋【槍砲彈藥刀械管制條例第8條第1項關於空氣槍之處罰規定違憲案】、第775號解釋【累犯加重本刑及更定其刑案】、第777號解釋【駕駛人無過失及情節輕微之肇事逃逸案】及第790號解釋【栽種大麻罪案】中，大法官針對各該審查客體之普通刑法或特別刑法之適用結果，皆認定已造成個案顯然過苛處罰，對人民受憲法第8條保障之人身自由權所為之限制，違反罪刑相當原則及比例原則，乃作成違憲結論：

一、司法院釋字第669號解釋之解釋文釋示

「槍砲彈藥刀械管制條例第八條第一項規定：『未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金。』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，均以無期徒刑或五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，法院縱適用刑法第五十九條規定酌減其刑，最低刑度仍達二年六月以上之有期徒刑，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，對人民受憲法第八條保障人身自由權所為之限制，有違憲法第二十三條之比例原則，應自本解釋公布之日起至遲於一年屆滿時，失其效力。」解釋理由書進一步闡明：「惟系爭規定所禁止製造、運輸、販賣之客體相對廣泛，一部分殺傷力較低之空氣槍，亦在處罰範圍內。基於預防犯罪之考量，立法機關雖得以特別刑法設置較高之法定刑，但其對構成要件該當者，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，未能具體考量行為人違法行為之惡害程度，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義。」

二、司法院釋字第775號解釋之解釋文釋示

「刑法第47條第1項規定：『受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。』有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，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

註6：司法院釋字第544、551、646、669、775、777、790號。

法第23條比例原則。」

三、司法院釋字第777號解釋之解釋文釋示

「中華民國88年4月21日增訂公布之刑法第185條之4規定：『駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處6月以上5年以下有期徒刑。』（102年6月11日修正公布同條規定，提高刑度為1年以上7年以下有期徒刑，構成要件均相同）……102年修正公布之上開規定，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。」

四、司法院釋字第790號之解釋文釋示

「毒品條例第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。」

觀察上開解釋意旨，大法官對於各該審查客體之刑事法律，雖多肯認其立法目的在於維護重要法益，具有正當性，但未能考量到行為人違法情節之輕重，或於法制上欠缺調整機制，無論法院是否再依刑法第59條之規定酌量減輕其刑，仍然可能構成顯然過苛之處罰，對人民受憲法第8條保障之人身自由權形成過度限制，與罪刑相當原則及比例原則不符，進而作成法律違憲之宣告。從此釋憲趨勢來看，大法官已逐漸重視法律適用對於個案實質正義之影響，若法律本身欠缺調整機制，適用法律之結果，造成個案顯然過苛處罰之危險存在，致使無從落實個案實質正義，大法官並不吝於將宣告法律違憲之救濟大門予以開啟。

肆、從罪刑相當原則及比例原則的角度觀察

在毒品條例第4條至第8條規定之毒品犯罪中，毒品條例第4條所定製造、運輸、販賣毒品罪之法定刑最重⁷，但該條規定並未參照毒品條例第11條規定之持有毒品罪⁸，依據毒品

註7：毒品條例第4條：「（第1項）製造、運輸、販賣第一級毒品者，處死刑或無期徒刑；處無期徒刑者，得併科新臺幣三千萬元以下罰金。（第2項）製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或十年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千五百萬元以下罰金。（第3項）製造、運輸、販賣第三級毒品者，處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。（第4項）製造、運輸、販賣第四級毒品者，處五年以上十二年以下有期徒刑，得併科新臺幣五百萬元以下罰金。」

註8：毒品條例第11條：「（第1項）持有第一級毒品者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣三十萬元以下罰金。（第2項）持有第二級毒品者，處二年以下有期徒刑、拘役或新臺幣二十萬元以下罰金。」

數量多寡作為評價不法內涵輕重之標準，並據此制定高低法定刑，反而不區分不法內涵高低，所設法定最低本刑均屬相同，能否符合憲法比例原則之要求，實務上已有質疑聲浪⁹。且依毒品條例第4條規定，最輕者如製造、運輸、販賣第四級毒品，法定刑已達五年以上十二年以下有期徒刑，最重者如製造、運輸、販賣第一級毒品，法定刑則為死刑或無期徒刑，刑度之重可見一斑。然而在毒品條例尚有前述法制問題未解之情形下，立法者仍基於「亂世重典」之刑事政策，續以系爭規定作為遏止新興或混合毒品氾濫之解方，縱使行為人犯毒品條例第4條至第8條規定之罪，而有混合二種以上之毒品者，其中最高級別毒品佔全部毒品之數量或比例極少，法院原則上仍須不分個案犯罪情節輕重，一律科處最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至二分之一，相對於單一種類毒品犯罪而言，法律效果可謂「雪上加霜」、「重上加重」。

由於系爭規定並未區分犯罪情節輕重，卻一律適用相同法律效果，明顯欠缺調整機制，有無造成個案過苛處罰，因而違反罪刑相當原則及比例原則之情形，並非全無疑慮。本文將以首揭四個案例加以說明適用系爭規定之結果，確實可能產生個案過苛處罰，不符合個案實質正義，違反罪刑相當原則及比例原則，因而過度侵害人身自由之違憲疑義¹⁰。

於【案例一】情形，甲、乙分別販賣之A、B毒咖啡包，均為含有第一級、第四級毒品之混合毒品，依系爭規定，甲、乙均應科以A、B毒咖啡包中最高級別毒品之法定刑，即毒品條例第4條第1項規定之死刑或無期徒刑，並應加重其刑至1/2。然而，A、B毒咖啡包所含不同級別、不同種類之毒品，數量並不相同，對於施用者所生危險性及致死率之程度，應有科學實證意義上之差別。申言之，甲販賣之A毒咖啡包含有第一級毒品0.1公克、第四級毒品9.9公克，第一級毒品

（第3項）持有第一級毒品純質淨重十公克以上者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。（第4項）持有第二級毒品純質淨重二十公克以上者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣七十萬元以下罰金。（第5項）持有第三級毒品純質淨重五公克以上者，處二年以上有期徒刑，得併科新臺幣二十萬元以下罰金。（第6項）持有第四級毒品純質淨重五公克以上者，處一年以下有期徒刑，得併科新臺幣十萬元以下罰金。（第7項）持有專供製造或施用第一級、第二級毒品之器具者，處一年以下有期徒刑、拘役或新臺幣十萬元以下罰金。」。

註9：最高法院107年度台上字第2797號刑事判決：「毒品危害防制條例第4條第1項規定製造、運輸或販賣第一級毒品所設之法定刑度，為死刑或無期徒刑，迄今仍未予以修正，容有其防制毒品氾濫，澈底根絕毒害之刑事政策考量，或認若有情輕法重之情形，裁判時本有刑法第59條酌量減輕其刑規定之適用，足以避免過嚴之刑罰。然而，一昧採行嚴刑峻法，毒品案件卻逐年增加，有日益泛濫之趨勢。由於在立法規範上，一方面，縱同為製造、運輸或販賣毒品之人，其犯罪情節不盡相同，或有大盤毒梟者，亦有中小盤之分，甚或有僅止於吸毒者友儕間為求互通有無之有償轉讓亦有之，其造成危害社會之程度自屬有異，法律科處此類犯罪，未參照毒品危害防制條例第11條規定，以毒品數量多寡作為評價不法內涵孰重孰輕之標準，並據此制定高低法定刑，使有所區隔，符合比例原則，反而不分不法內涵高低，所設之法定最低本刑同為無期徒刑，不可謂不重。」。

註10：本文案例中之毒品數量均設定為純質淨重。

佔全部毒品數量僅有1%，乙販賣之B毒咖啡包則含有第一級毒品9.9公克、第四級毒品0.1公克，第一級毒品佔全部毒品數量高達99%，於最高級別毒品數量之比例上，明顯有懸殊差異。由於高級別毒品之成癮性、濫用性及對社會危害性較低級別毒品為大¹¹，此亦為高級別毒品犯罪的法定刑較低級別毒品犯罪的法定刑為重之原因，則甲、乙之販毒行為對於施用者所產生之危害程度及犯罪情節，後者應較前者嚴重。但依系爭規定，犯罪情節較輕之甲，法定刑卻仍須適用毒品條例第4條第1項規定之死刑或無期徒刑，並加重其刑至1/2，致使甲、乙有獲判相同罪刑之可能，甲應負罪責與所受刑罰似難謂相當，且有造成個案過苛處罰之情形，恐已違反罪刑相當原則及比例原則。

於【案例二】情形，甲販賣之A、B毒咖啡包，均為含有第一級、第四級毒品之混合毒品，故有系爭規定之適用。但A、B毒咖啡包所含第一級、第四級毒品之數量及比例並不相同，對於施用者所產生之危害程度、犯罪情節，各有所別，則甲販賣A、B毒咖啡包之數行為，後者犯罪情節應較前者嚴重。然而，甲販賣A、B毒咖啡包之數行為，犯罪情節雖不相同，但所應科之法定

刑，依系爭規定，卻均係適用毒品條例第4條第1項規定之死刑或無期徒刑，並加重其刑至1/2，致使甲之數販毒行為有獲判相同罪刑之可能，則甲販賣A毒咖啡包之行為，犯罪情節既較輕微，其應負罪責與所受刑罰即難謂相當，非無造成個案過苛處罰之情形，恐已違反罪刑相當原則及比例原則。

於【案例三】情形，甲販賣第一級毒品之數量為10公克，乙販賣混合第一級毒品0.1公克、第四級毒品9.9公克之毒咖啡包，可知甲、乙所販賣第一級毒品之數量比例為100：1，可謂相當懸殊。甲之販毒行為，依毒品條例第4條第1項規定，法定刑為死刑或無期徒刑，但無須加重其刑；至乙之販毒行為，因其販賣者為混合不同種類之毒品，而有系爭規定之適用，須依毒品條例第4條第1項規定處以死刑或無期徒刑，並加重其刑至1/2，故乙所受刑罰應較甲為重。然而，有鑑於高級別毒品之成癮性、濫用性及對社會危害性較低級別毒品為大，已如前述，故在本案例中，乙販賣之混合毒品所含第一級毒品僅為0.1公克，相較於甲販賣之第一級毒品為10公克，對於施用者而言，乙販賣之混合毒品所生危害程度，於科學實證上，是否必然較甲販賣之單一種類毒品嚴重，似仍有待商榷¹²。倘若不分情

註11：毒品條例第2條：「（第2項）毒品依其成癮性、濫用性及對社會危害性，分為四級，其品項如下：一、第一級海洛因、嗎啡、鴉片、古柯鹼及其相類製品（如附表一）。二、第二級罌粟、古柯、大麻、安非他命、配西汀、潘他唑新及其相類製品（如附表二）。三、第三級西可巴比妥、異戊巴比妥、納洛芬及其相類製品（如附表三）。四、第四級二丙烯基巴比妥、阿普唑他及其相類製品（如附表四）。」。

註12：本文以為，乙販賣之混合毒品與甲販賣之單一種類毒品，二者對於施用者所生危害程度，允宜委由醫療機構或鑑定機關進行分析判斷，藉此證明乙販賣之混合毒品，所生危害程度確較甲販賣之單一種類毒品為大，進而適用系爭規定，加重乙販毒行為之法定刑，始謂與系爭規定之修法意旨相契合。惟此部分究屬個案中檢察官應負之實質舉證責任？或屬法院得依或應依職權調查之事項？似屬另一問題，尚非本文所欲處理之範疇。

節，一概適用系爭規定來處理，恐會導致所生危害程度較低之乙，須依系爭規定加重其刑，但所生危害程度較高之甲，因無系爭規定之適用，反而無須加重其刑之弔詭現象，對於乙而言，其應負罪責與所受刑罰即有失當之虞，恐造成個案過苛處罰，違反罪刑相當原則及比例原則。

於【案例四】情形，甲販賣之毒咖啡包含有不同種類之第一級毒品各1公克，乙販賣之毒咖啡包含有第一級毒品1公克、第四級毒品1公克。甲、乙販賣之毒咖啡包均含有不同種類之毒品，屬混合毒品，而有系爭規定之適用。然而，甲販賣之混合毒品，均為成癮性、濫用性及對社會危害性較高之第一級毒品，乙販賣之混合毒品，則為第一級、第四級毒品，後者所生危險性及致死率之程度，是否確實較前者為重，同樣存在如前述【案例三】所示科學實證上之驗證問題，但一律適用系爭規定之結果，卻使所生危害程度較低之乙，仍須適用毒品條例第4條第1項規定之死刑或無期徒刑，並加重其刑至二分之一，致使有與甲獲判相同罪刑之可能，對於乙而言，其販毒犯罪情節雖較輕微，卻須與販毒犯罪情節較重之甲承受相同刑度，乙應負罪責與所受刑罰恐難謂相當，益證適用系爭規定之結果，對於所生危害及惡性不同之

行為人，無法使其應負罪責與刑罰達到合乎比例之關係，罪刑並非相稱，難認符合罪刑相當原則及比例原則之要求。

從本文所舉【案例一】至【案例四】以觀，可知不區分個案犯罪情節輕重，一律適用系爭規定之結果，依前述司法院釋字第669號、第775號、第777號及第790號解釋意旨揭櫫之「個案顯然過苛處罰原則」，應可導出系爭規定確實存在無法具體彰顯個案實質正義，違反罪刑相當原則及比例原則之違憲結論。對此，論者或有認為，刑法已就犯罪情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，設刑法第59條得酌量減輕其刑之規定，另就情節輕微，顯可憫恕，認依刑法第59條規定減輕其刑仍嫌過重者，設刑法第61條得免除其刑之規定，立法上已充分考量避免個案過於苛酷之情況¹³。然而，法院如認個案符合刑法第59條之要件，固得再酌量減輕其刑，然此酌減其刑之規定，適用上有其特殊性及例外性¹⁴，似難反面推論系爭規定本質上違反罪刑相當原則及比例原則之違憲瑕疵，得以藉由法院以事後欠缺統一標準之刑法第59條裁量權限加以治癒。況以毒品條例第4條規定之製造、運輸、販賣毒品犯罪為例，行為人販賣之混合毒品，如其中最高級別毒品為第一級毒品者，法定刑為死刑或無

註13：司法院釋字第775號解釋之吳陳銀大法官部分不同意見書，第5頁。

註14：最高法院111年度台上字第2246號刑事判決：「惟刑法第59條所規定之酌減其刑，必其犯罪有特殊之原因、環境或背景，在客觀上足以引起一般人之同情，認即使予以宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有其適用。而是否適用上揭規定酌量減輕其刑，係實體法上賦予法院得就個案情節依職權裁量之事項。若法院裁量結果，認為被告犯罪情狀不合於上述酌減其刑之要件，或不宜依上述規定酌減其刑，因而未依上開規定酌量減輕其刑，苟其此項裁量權之行使，並無濫用或顯然失當之情形，自不能任意指為違法。」。

期徒刑，並加重其刑至1/2，縱依刑法第59條規定酌減其刑，恐達20年以下15年以上之有期徒刑；如為第二級毒品者，法定刑為10年以上有期徒刑，並加重其刑至1/2，縱依刑法第59條規定酌減其刑，仍達5年以上之有期徒刑，顯然無從具體考量行為人應負責任之輕微，難以使犯罪行為所生之危害與行為人責任之輕重相符，此觀司法院釋字第775號、第790號解釋，亦均不認為刑法第59條規定之存在，即可當然填補或治癒法規範本質上之違憲瑕疵，益為明證。

此外，依論者見解，法定刑代表立法者對於相對應的構成要件行為類型所為不法（與罪責）之評價，對個別犯罪類型的法定刑如何設置，基本上有立法形成自由，但是形成不法（與罪責）的評價過程，所倚賴的是類比的方法，從類比中才能得知究竟對不同的構成要件行為類型，應該如何設置法定刑，以顯現不同或相同的不法（與罪責）的評價，倘若欠缺正當理由而為差異性的不法評價，就是違反罪刑相當原則¹⁵。回歸系爭規定，雖然對於混合毒品犯罪採取加重法定刑之差異性立法手段，但經類比觀察【案例一】及【案例二】所示行為人販賣A、B毒咖啡包之行為，雖同屬販賣混合毒品之犯罪類型，但因混合之毒品數量或比例不同，個別構成要件行為所生危害及不法與罪責評價，理應有所差異，惟系爭規定對此卻設置

相同之法定刑，難以區別、顯現不同混合毒品犯罪行為彼此間相異之不法與罪責評價，依前揭說明，似亦可認為有違反罪刑相當原則之違憲疑義。

伍、從平等原則的角度觀察

按憲法第7條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法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之區別對待，亦即法律得依事物之性質，就事實情況之差異及立法之目的，而為不同之規範¹⁶。基於憲法第7條規定之平等原則，立法者對相同事物，應為相同對待，不同事物則為不同對待；如對相同事物，為無正當理由之差別待遇，或對不同事物為相同之待遇，皆與憲法第7條之平等原則有違¹⁷。論者進一步說明，進行平等審查時，首應判斷法規範是否存在差別待遇，其次則是確立差別待遇之目的，以及差別待遇與法規範目的間之合理關聯，至於合理關聯之判斷，常須佐以事務本質、體系正義或比例原則之觀察¹⁸。

行為人犯毒品條例第4條至第8條之罪，如僅涉及單一類毒品，悉依各該所犯法條規定之法定刑論處，尚無須加重其刑至1/2；但如涉及混合二種以上毒品，依系爭規定，即

註15：司法院釋字第687號解釋之許玉秀大法官部分協同意見書，第20-21頁。

註16：司法院釋字第412、485號。

註17：司法院釋字第666、687、793號。

註18：許宗力（2000），〈從大法官解釋看平等原則與違憲審查〉，李建良、簡資修（編），《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，第121-122頁，中央研究院中山人文社會科學研究所。

應適用混合毒品中最高級別毒品之法定刑，並加重其刑至1/2，可知系爭規定是以行為人涉及混合毒品犯罪與否，作為其與單一種類毒品犯罪者間，是否須加重法定刑之分類標準，法律上應已形成差別待遇。依前揭說明，系爭規定形成差別待遇之目的是否合憲，首應檢驗法規範目的是否確立，再審視立法者所採取之分類標準與法規範目的之達成間存有一定程度之關聯，並應避免對相同事物為無正當理由之差別待遇，或對不同事物為相同之待遇，始謂與平等原則相符。

關於系爭規定之規範目的，依其修法意旨及毒品條例第1條規定，應係以加重混合毒品犯罪行為法定刑之手段，加強遏止混合毒品擴散，俾以防制毒品危害，維護國民身心健康。但回顧系爭規定之立法歷程，依立法院法律系統網站公開之立法紀錄（包含一讀、委員會審查、黨團協商、二讀（廣泛討論及逐條討論）、三讀及附帶決議），僅見行政院函請立法院審議時提出之「毒品危害防制條例部分條文修正草案總說明」記載「同時對販賣毒品予未成年人、懷胎婦女或有混合毒品之行為加重其刑至二分之一（第9條）」¹⁹，以及法務部代表於立法院委員會審查時發言表示「這一條最主要是關於混合式毒品，101年因為私用混合式毒品而死亡的人數是12人，這也是修正第2條的目的，人數逐年遞增，106年因私用混合式毒品，即新興毒品而死亡者達100人；並且在體內查獲毒品的種類，101年只有1.9種毒品，106年法醫研究所

解剖化驗出來的毒品種類是4.3種，我們也發現相關問題，也非常謝謝行政院加強相關檢驗設備，並加強查緝，所以107年已降至45件。但新興毒品是混合各種不同的毒品，有的藥性可能是興奮劑，也有可能是抑制劑，這些製毒者並不具有醫學背景，對這個並不瞭解，因此將藥性衝突的東西混合在一起，導致致死率比一般毒品的致死率高非常多倍，因為裡面有興奮劑也有抑制劑，將各種不同級別加以混用。即使是吸食海洛因的人，也會瞭解海洛因的量，但對於這種混合式毒品，吸食者並不瞭解，所以很多在媒體、社會上看到的死亡，絕大多數是年輕人，所以我們認為有必要對於這種混合式毒品加重刑責。」²⁰除此之外，似未見主管機關進一步對於「混合毒品施用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一種類者」之論理基礎，具體提出科學實證數據或相關文獻資料加以佐證支持，則系爭規定之規範目的是否得以確立，似乎存在先驗上的論證問題。

舉【案例一】為例，A毒咖啡包含有第一級毒品0.1公克、第四級毒品9.9公克，B毒咖啡包含有第一級毒品9.9公克、第四級毒品0.1公克，均為混合毒品，而與A、B毒咖啡包相對應之單一種類毒品，應可區分為二種類型，其一為第一級毒品10公克，其二為第四級毒品10公克，則於施用數量相同之前提下，唯有施用A、B毒咖啡包所生危害程度，均大於施用第一級毒品10公克或第四級

註19：立法院公報處（2018），《立法院公報》，107卷57期，第67頁，立法院。

註20：立法院公報處（2019），《立法院公報》，108卷94期，第63頁，立法院。

毒品10公克，系爭規定之論理基礎始能有效證立，形成具有客觀性之理論上定律，進而確立其規範目的穩定存在。但於施用A毒咖啡包與施用第一級毒品10公克之情形，二者所含第一級毒品數量比例懸殊，由於第一級毒品之成癮性、濫用性及對社會危害性，遠較第四級毒品為高（毒品條例第2條第2項規定參照），對於施用者而言，施用A毒咖啡包所生危害程度，是否必然大於施用第一級毒品10公克，即非無疑。更極端的說，倘如A毒咖啡包所含第一級毒品之比例更加微小（例如僅含0.01公克或更少），縱為混合毒品，施用後所生危害是否必然大於單一種類之第一級毒品10公克，似更滋疑義。

由此可知，立法者雖以「混合毒品施用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一類毒品者」作為系爭規定規範目的之論理基礎，據以加重混合毒品犯罪行為之法定刑，但該論理基礎是否必然正確，非無討論空間，進而影響規範目的本身是否得以確立。論者有謂平等是禁止欠缺重要的實質原因而存在之不平等行為，而有無重要的實質原因之認定，有三項標準：（一）是否在於追求正當目的；（二）是否為達成此一目的所必要；（三）與目的之價值成適當比例²¹。準此以觀，系爭規定是否符合平等原則之要求，首應視其是否為追求正當目的而設，自當以其規範目的已然確立為前提，倘如無法確立，對於後續系爭規定所形成差別待遇與規範目的之間有無關聯性之審查基準上，勢必產生影響甚或動搖審查結論，此際能否認

為系爭規定之規範目的為合理正當，即值存疑，遑論繼續探究系爭規定採取差別待遇之手段是否有助於規範目的之達成，而與規範目的間存有一定程度之關聯性。

另一方面，憲法第7條平等原則明白揭示「相同事物，應為相同對待；不同事物，應為不同對待」之宗旨，如「對相同事物，為無正當理由之差別待遇，或對不同事物為相同之待遇」則與平等原則有違，循此以論，系爭規定恐亦存在違反上開平等原則宗旨之違憲疑義。舉【案例一】及【案例二】為例，行為人販賣A、B毒咖啡包之行為，雖同為混合毒品犯罪，所混合之毒品種類均為第一級與第四級毒品，但各種類毒品之混合數量或比例差異甚大，對施用者所生危害程度亦有所別，已如前述，則該不同之混合毒品犯罪行為，客觀上「事物本質」明顯具有差異，性質上應屬不同事物，基於「對不同事物，應為不同對待」之宗旨，在法定刑上應形成不同之待遇，始與平等原則無悖。但依系爭規定，行為人販賣之A、B毒咖啡包，皆因混有第一級、第四級毒品，均應科以其中最高級別毒品即第一級毒品之法定刑，並加重其刑至1/2，乃對「事物本質」不同之混合毒品犯罪行為，在法定刑上形成相同待遇之情形，進而產生「對不同事物為相同待遇」之結果，似與前述平等原則之宗旨不符，致生違憲疑義。另於【案例四】情形，甲販賣之毒咖啡包混合不同種類之第一級毒品各1公克，乙販賣之毒咖啡包混合第一級毒品1公克與第四級毒品1公克，雖同為混

註21：吳庚、陳淳文（2021），《憲法理論與政府體制》，增訂7版，第170頁，自刊。

合毒品犯罪，但二者混合之毒品種類並不相同，客觀上「事物本質」容有差異，應屬不同事物，但依系爭規定，卻均科以最高級別毒品即第一級毒品之法定刑，並加重其刑至1/2，同樣存在「對不同事物為相同待遇」而違反平等原則之違憲疑義。

陸、代結論——重拾個案實質正義的憲法價值

自行政院於106年提出「新世代反毒策略（第一期）」政策以來，政府對於毒品防控工作，逐漸由過往以「量」為目標之查緝方式，轉向以「人」為中心追溯毒源、以「量」為目標消弭毒品之雙軌併重模式，並開始觀察到新興混合毒品有快速竄起之濫用情況²²。迄至109年，行政院提出「新世代反毒策略（第二期）」政策，欲實現「減少毒品供給」、「減少毒品需求」、「減少毒品傷害」之三減策略，並將遏阻新興混合毒品氾濫列為重點工作²³。是為貫徹反毒重大政策，藉由增訂系爭規定對於混合毒品犯罪祭出重刑手段，固可宣示政府落實反毒政策之決心，並作為執法者打擊毒品犯罪之法律利器。

然而，依本文所舉【案例一】至【案例四】之犯罪情狀，不論在不同之混合毒品犯罪行為間，抑或在混合毒品犯罪行為與單一

種類毒品犯罪行為間，由於系爭規定未能區分個案犯罪情節之輕重，對於危害程度不同之各混合毒品犯罪行為，均可能產生相同之法律效果，導致各混合毒品犯罪行為之不法與罪責無從區別評價，可知適用系爭規定之結果，確實可能導致犯罪情節較輕者與較重者同罪同刑，進而產生輕重倒置、罪刑失衡之困境，參照前述司法院釋字第669號、第775號、第777號及第790號解釋意旨，本文認為系爭規定確有可能構成個案顯然過苛處罰，無法具體彰顯個案實質正義，進而產生違反罪刑相當原則及比例原則之違憲疑義，對於人民受憲法第8條保障之人身自由形成過度限制。

其次，系爭規定之修法意旨雖植基在「混合毒品施用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一種類毒品者」之論理基礎上，採取加重法定刑之立法手段，在混合毒品犯罪者與單一種類毒品犯罪者之間，形成法定刑上之差別待遇，但本文藉由【案例一】、【案例二】及【案例四】所示犯罪情狀加以分析說明，可知上開論理基礎似乎未必正確，致使系爭規定之規範目的本身無法確立，在平等原則的審查上，似已難認其規範目的為合理正當。此外，系爭規定亦可能產生對於客觀上「事物本質」不同之混合毒品犯罪行為，在法定刑上形成相同待遇，導致

註22：行政院網站，

<https://www.ey.gov.tw/Page/5A8A0CB5B41DA11E/47bbd6cf-5762-4a63-a308-b810e84712ce>
（最後瀏覽日：02/18/2023）。

註23：行政院網站，

<https://www.ey.gov.tw/Page/9277F759E41CCD91/2d8d5145-c226-41a5-8887-ef3b234e9335>
（最後瀏覽日：02/18/2023）。

「對不同事物為相同待遇」之結果，而與憲法第7條平等原則所闡釋「相同事物，應為相同對待；不同事物，應為不同對待」之核心宗旨有所不符，致有違憲疑義。

本文可以理解，執政者乃至於立法者增訂系爭規定，或係基於貫徹反毒政見及呼應民意訴求之考量，但誠如論者所言：「立法者若基於特別需要，在刑法常典之外，訂定適用範圍僅及於特定人、事、時、地的特別刑法，對刑法原已規範的行為疊床架屋地重複規範，排除普通刑法之適用，且刑度通常大幅加重，本席以為對此類特別刑法，尤其是涉及最輕本刑五年以上之重刑規定者，應將標準提高至嚴格審查……在刑度審查中，狹義比例性的內涵，已經為罪刑相當性原則（或說是過苛處罰之禁止）所充實，亦即衡量刑度是否合乎比例，最重要的是以處罰輕重及犯罪危害程度兩相權衡，二者必須相當。」²⁴由於毒品條例為我國為防制毒品危害所制定之特別刑法，對於各該毒品犯罪行為，毒品條例所規定之法定刑，本已甚重，此於實務上常見之製造、運輸、販賣毒品者尤甚（毒品條例第4條規定參照）。然而，刑罰既為剝奪行為人生命、自由、財產之制裁手段，在現代法治思想下，應屬於整體社會防衛制裁手段中之最後手段²⁵，對於毒品條例此一特別刑法之重刑規定，立法者自應負

有對於相關立法事實善盡分析辯證義務，司法者進行違憲審查時，依前述論者觀點，對於相關立法事實亦應採取嚴格審查，要求立法者針對據以制定特別刑法重刑規定之相關立法事實，進行具體詳盡之深入分析。

是以，本文認為，系爭規定之所以可能違反罪刑相當原則、比例原則及平等原則，問題癥結應在於其修法意旨所強調「混合毒品施用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一類毒品者」之論理基礎，似乎無法對於全部個案均能有效證立，然其適用結果，卻會對於全部個案產生普遍性、通案性的影響。如此修法結果，或許反應出我國社會對於「亂世重典」之重刑思想仍有若干迷思，但對於司法者而言，似乎更存在堅定守護「個案實質正義」的理由。為此，本文不揣淺陋，大膽建議立法者透過修法途徑，將「混合毒品施用後所造成之危險性及致死率均高於施用單一類毒品者」之論理基礎，化為系爭規定之構成要件要素，納入個案中檢察官實質舉證責任義務或法院澄清義務之範疇，否則即應廢除系爭規定。退步言之，系爭規定修法或廢除前，亦可由個案當事人或法院依循憲法訴訟程序，訴請大法官對於系爭規定為違憲宣告，促使立法者重新省思系爭規定之正當性及合憲性，藉此守護「個案實質正義」的憲法價值。

註24：司法院釋字第669號解釋之許宗力大法官協同意見書，第2、3、6頁。

註25：柯耀程（2007），《刑法概論》，第420-421頁，自刊。