論大麻之製造 上

文／黃奕超*

壹 前言

按「製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1千萬元以下罰金」、「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5百萬元以下罰金」，毒品危害防制條例第4條第2項、第12條第2項分別定有明文。實務上製造第二級毒品之案件類型以甲基安非他命為大宗，亦偶有製造大麻之案例；甲基安非他命為化學合成之毒品，不論採「氫化法」或「紅磷法」，往往可透過查扣諸多化學器具與原料，較容易辨識其製造行為。然因大麻屬自然界存在之植物，植株本身即含有大麻成分[1]，又對照前開條文規定，及最高法院98年度台上字第5663號判決見解，所謂栽種，「指將大麻種子置入栽植環境（如土壤）中栽培、養植之，迄於將整株大麻拔出於栽植環境之前，均屬於栽種行為」，顯見立法者及實務上均有意從構成要件區分「栽種」與「製造」行為。則在大麻長成後植株各部位可輕易分離[2]、乾燥、捲煙或包裝，並不具有化學合成毒品般容易辨識之「製造過程」的情況下[3]，實務上如何認定「製造」大麻之行為，厥為本文關心之重點。

貳 實務見解之演變

（一）包裝說

最高法院93年度台上字第6855號判決對於大麻之「製造」行為採取較嚴格之見解[4]，認為「『製造』大麻係將栽種成長後之大麻葉予以加工，使成易於吸用之製品而言。如僅將栽種之大麻葉予以摘取、曬乾、剪碎或捏碎，使易於保存，而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，即非無疑。原判決認上訴人摘取其栽種之大麻葉子予以曬乾，並剪碎之行為，成立製造第二級毒品大麻罪未說明其認定之理由，自有未合」。依上開見解，行為人須將大麻摘取、曬乾、剪碎或捏碎，再以「紙張或其他容器予以包裝作成製品」後，始能認為屬「製造」[5]。

（二）人工乾燥說

最高法院95年度台上字第3579號判決採取較寬鬆之見解，認為：大麻製造方法，可直接摘取植株上之葉及嫩莖乾燥而得。大麻摘葉曬乾或烤乾之處理，乃目前大麻使用者較為普遍之處理程序。大麻毒品製造方法，可直接摘取植株上之葉及嫩莖乾燥而成，無須使用特別之工具或設備[6]。

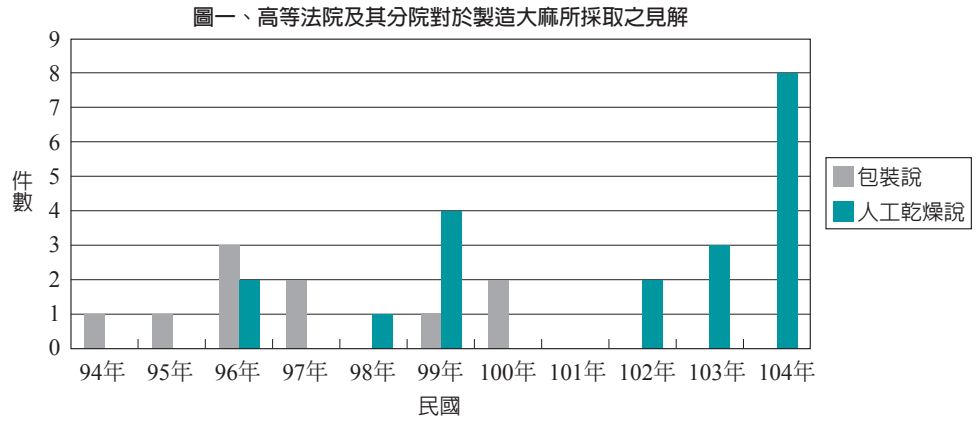
最高法院102年度台上字第2465號判決則繼續衍伸上開見解，認為「第二級毒品大麻，係指長成之大麻植株之花、葉、嫩莖，經乾燥後適合於施用之製品而言。故對大麻植株之花、葉、嫩莖，以人工方式予以摘取、蒐集、清理後，再利用人為、天然力或機器設備等方法，以風乾、陰乾、曝曬或烘乾等方式，使之乾燥，亦即以人為方式加工施以助力，使之達於易於施用之程度，自屬製造大麻毒品之行為。至於自然掉落、枯萎之大麻花、葉，因其本身即含有大麻成分，於自然枯乾後固可作為毒品施用，惟如在其自然脫落、枯乾之過程中，並未以任何人為方式予以助力，即無製造大麻毒品之行為可言」。依上開見解，重點有二：1. 大麻植株部位之取得，須以人工方式為之；2. 須加工（乾燥）致易於施用之程度。故不論大麻有無經過包裝，只要滿足上開條件，即為製造大麻，但大麻植株部位若是自然乾枯掉落，沒有人為施以助力，則不能認屬「製造」。

（三）高等法院及其分院依循之傾向

經查，上開「包裝說」判決於93年12月30日作成後迄今，高等法院判決中與製造大麻有關之案件約167件[7]，明確引用「包裝說」見解者共10件[8]，多為100年以前之判決，最後一件是臺灣高等法院100年8月23日作成之100年度上訴字第945號判決；明確引用「人工乾燥說」見解者共20件[9]，多為100年以後之判決，最後一件是臺灣高等法院104年7月30日作成之104年度上訴字第1007號判決。爰將統計結果圖示如下。由圖一可知，最高法院分別於93年、95年作成「包裝說」與「人工乾燥說」後，於96至99年間在高等法院呈現各有支持者的膠著情形，該期間內亦曾出現被告及辯護人以二審採取「人工乾燥說」見解與「包裝說」不符而上訴，但都被最高法院以「情節與本案不盡相同」而駁回[10]，因此段期間最高法院未再次明確表態，直至最高法院以102年度台上字第2465號判決再次強調「人工乾燥說」後，高等法院目前見解已定於一尊，即穩定採取「人工乾燥說」[11]。此判決可謂具有一錘定音效果之標竿判決，於此可觀察到實務見解遞嬗之一瞬間。

（文轉三版）

圖一、高等法院及其分院對於製造大麻所採取之見解



註釋

* 本文之完成感謝高雄高分院黃宗揚法官、高雄地院林青怡法官提供諸多寶貴意見，在此致謝，惟文責當由筆者自負。

1. 毒品危害防制條例第2條第2項第2 款所稱之「大麻」，依附表二編號24所載，係指「不包括大麻全草之成熟莖及其製品（樹脂除外）及由大麻全草之種子所製成不具發芽活性之製品」而言。
2. 徒手或使用工具、甚至撿拾自然掉落之葉片。
3. 本文討論範圍限於大麻使用者較為普遍將大麻植株分離曬、烘或烤乾之處理，不包括需經泡製、浸溶、過濾製作之大麻脂、大麻浸膏、大麻酊等毒品。
4. 本則見解經司法院法學資料檢索系統蒐錄為判解函釋。
5. 該案經撤銷發回後，臺灣高等法院臺中分院（下稱中高分院）94上更（一）24號改論被告構成毒品危害防制條例第12條第2項之意圖供製造毒品之用，而栽種大麻罪，被告再次上訴後，經最高法院駁回確定；更一審雖已認定被告「摘取大麻葉子予以曬乾後再剪碎之方式使易於保存」，然並未討論是否構成製造大麻之著手。
6. 另請參照最高法院99台上8117號判決「大麻屬第二級毒品，大麻植株栽種成長後，將大麻葉、大麻花加工風乾或烘乾，使成易於施用之成品，自屬製造大麻毒品方法之一」、同院101年度台上字第4198號判決：大麻毒品可直接摘取植株上之葉及嫩莖乾燥而得，大麻植株既係製造毒品之原料，而大麻毒品之獲得方法，又可直接摘取植株上之葉及嫩莖乾燥而得，並無需使用特別之工具或設備。故直接摘取大麻植株上之葉及嫩莖乾燥而成，自屬製造大麻毒品方法之一。
7. 以司法院法學資料檢索系統搜尋，關鍵字為：(製造第二級毒品&大麻) +製造大麻。
8. 以司法院法學資料檢索系統搜尋，關鍵字為：93年度台上字第6855號&大麻。如臺灣高等法院（下稱高本院）94上訴4246號、95上訴3057號、96上更（一）924號、99上訴3776號「被告目前僅將大麻葉摘取風乾，再以研磨器磨碎，置入煙斗中施用，並未有其他加工、包裝成煙支之行為，尚難認已著手製造之程度」、100上訴945號判決；中高分院96上訴1558號判決「查本件被告僅係將栽種之大麻樹、花、葉等物予以採收、曬乾後再以塑膠袋保存，尚未有將之剪碎、捏碎、研磨之加工行為，亦未以紙張或其他容器分裝成製品，是核被告所為，係犯毒品危害防制條例第12條第2項之意圖供製造毒品之用，而栽種大麻罪」；臺灣高等法院臺南分院（下稱南高分院）96上訴117號判決；臺灣高等法院高雄分院（下稱雄高分院）94上訴781號「本件被告前開剪下大麻葉曬乾後點燃之行為，尚難認已達於製造第二級毒品之著手行為，其當無毒品危害防制條例第4條之製造犯行」、96上訴2468號、100上訴671號判決。
9. 以司法院法學資料檢索系統搜尋，關鍵字為（95年度台上字第3579號&大麻）+102年度台上字第2465號。如高本院96上訴1505、98上訴3549、103上更一59、103上訴1932、104上訴800、1007、1119；中高分院96上訴846、99上訴570、1311、1742，102上訴712、1451、1951，104上訴58、68；雄高分院102上訴737、103上訴1143、104上訴42、285。需注意的是，高本院96上訴1505號、98上訴3549，中高分院99上訴570、1311、1742號判決，雖引用「包裝說」之最高法院判決字號，但實質內容卻是自行採取「人工乾躁說」的見解，如中高分院99上訴1742號謂「倘行為人主觀上僅係基於『保存』原料、材料之意思，暫將其所栽種成長後之大麻葉予以摘取、曬乾、剪碎或捏碎，猶待日後再進行加工行為，目前仍未達足以供人施用之製品程度者，即不能以製造毒品罪相繩；至若行為人乃係基於製造之犯意，對於大麻葉進行加工，且加工最後之結果亦足達供人施用之製品程度者，即難認僅屬『保存』原料、材料之行為而已，而應認係著手製造行為。再者，毒品之加工，本不以化學器材提煉油脂或以溶劑濾得濃縮物等方法為限，舉凡依原料、材料之特性，以外力方法使之產生變化，將原不易供人吸用之狀態，轉變為足以供人施用之製品程度者，均屬之。甫生產之大麻葉，因含有水分，難以燃燒吸用、食用，但若經自然陰乾或晾曬成乾後，如已達可使用捲煙或煙斗等燃燒吸用，甚至便於直接咀嚼，使人體順利吸入或食入所含之毒性物質（此亦屬一般常見之大麻施用方法），該等自然陰乾或曬乾後之大麻葉，即應屬具成癮性、濫用性及對社會危害性之『製品』，而該等自然陰乾或曬乾之行為，即應屬『製造』毒品之加工行為，況且將食物以人為之方式借日曝曬或以風陰之成乾，無論中外，均係自古以來所傳承下來之食品加工方式之一，曬鹽屬之，魚乾、菜乾、果乾屬之，其目的除為使食物便於保存外，更有改變食物風味之作用，故若認人為之陰乾、曝曬非屬製造，實與社會一般人之認知及食物加工之傳統相出入」。
10. 如最高法院97台上31號、99台上90號判決參照。
11. 由本文這個相對較小的爭點即可看出最高法院各庭見解歧異時，對下級審確實會造成莫衷一是的結果，須待最高法院再次表示意見後，下級審見解方能一致，然此間犧牲的是法安定性與被告之權益，最高法院若能事前有統一見解制度（如現正研議中的大法庭）應能避免此種情況發生。

法源法
www.lawba
委任律師、裁判金額、歷審裁判
廣告
怎麼說都
No More Language Barrier In The Court
手語Sign Lan
客語Hakka
原住民語Abo
廣東話Canto
英語English
越南語 tiếng
印尼語Bahas
泰語
菲律賓語Pilip
柬埔寨語
馬來西亞語
西班牙語esp
葡萄牙語por
法語français
德語Deutsch
緬甸語
雲南話Yunn
現在起司法院免
別，共244位特約
不通曉國語之人士
序，訴訟當事人及
可事先提出聲請，
理時，也會主動徵
求，徹底保障不
權益。
The Judicial Yuc
ensure access to
persons with limi
proficiency, nov
contracted cou
19 languages wi
charge.
http://w

（文接二版）

參 德國法之比較

德國麻醉藥品交易法（Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln, BtMG）將麻醉物質區分成3張附表（Anlage I, II, III），附表1是禁止交易（nicht verkehrsfähig）、附表2是得交易但禁止開立處方（verkehrsfähig, aber nicht verschreibungsfähig）、附表3是得交易及開立處方之麻醉物質（verkehrsfähig und verschreibungsfähig）。其中有關大麻之管制，依用途之不同，分別存在於上開3張附表，屬於附表3「得交易及開立處方之大麻製品」，限於符合醫療藥品管制法定義、可供消費者購買及使用之醫療成品（Fertigarzneimittel）[12]；屬於附表2「得交易但禁止開立處方之大麻製品」，限基於醫學目的調劑或製造而成之大麻；不屬於附表2、3的大麻則落入附表1「禁止交易」之範疇。

該法1972年之版本，原區分收取（Gewinne）、製造（Herstellen）與加工（Verarbeiten）3種行為[13]，然於1982年修法後放棄此種區分，而將「製造」提升為上位概念，所謂「製造」（Herstellen）行為，不以製成終局成品為必要，縱令是尚待加工之半成品，亦屬製造行為，其所欲掌握者乃「生產與加工之過程」[14]。

依同法第2條第1項第4款之規定[15]，「製造」行為有下述6種特徵[16]：

（一）收取（Gewinne）

收取是指從天然或人工栽培的環境中，將麻醉物質取出之行為。包括採摘植物、開採礦物或取出體液等。例如透過物理或化學方式從植物中分離出麻醉物質，且不以達可施用（konsumfähig）程度為必要。

典型例子如收取大麻花、摘取或剪下大麻葉。至於單純「使之乾燥」是否能論為此處之「收取」？可能會引發疑義，但因「使之乾燥」至少也能被論為一種「加工」行為，故無論如何應仍屬製造行為。

（二）化學合成（Anfertigen）

指經由化學反應而成之半合成或全合成之麻醉藥品，例如海洛因與古柯鹼。

（三）調劑（Zubereiten）

指非自然發生的物質混合（Gemischen）或溶解（Löschung）[17]，典型例子如萃取、蒸散、溶解、磨碎，或將罌粟果煮製成鴉片。

（四）加工（Bearbeiten, Verarbeiten）

指透過物理或化學之方法改變物質原來的外在型態，但仍然保留麻醉物質的效用。像是剝皮、修剪、研磨、壓錠、製成膠囊、或將大麻壓成大麻磚及其他類似的方法等[18]，甚至加入色素或其他化學物質來調製亦同。

但若僅是單純將毒品分成可施用的份量，則不構成加工，如將古柯鹼粉末排成一排吸食或捲成煙來吸食，另外如標記（Kennzeichnen）、分成小份或灌注在其他容器內之行為，通常是屬於販賣或施用之範疇。

（五）純化（Reinigen）

指透過物理或化學的方式從雜質中解離出麻醉物質，從殘渣中過濾出麻醉物質亦屬之。

（六）轉化（Umwandel）

指經由化學反應將麻醉物質製成具有其他特性、效用的物質，例如將嗎啡製成海洛因。但從大麻植株提煉出大麻油，則不是轉化，而是加工的範疇，因產出物並未改變原物含有的性質。

關於罰則部分，依同法第29條第1項第1款規定[19]，未經許可栽種、製造、販賣、進出口、運輸、讓與及銷售、賺取或以其他方式取得麻醉物質，處5年以下有期徒刑或科罰金；在意圖營利或危害相當多人的健康之情況，處1年以上有期徒刑（第3項）；但行為人違反第1款規定，僅為個人使用且少量栽種、製造、進出口、賺取、以其他方式取得或持有者，得免除其刑（同條第5項）[20]。

另依同法第29a條第1項第2款規定[21]，未經許可販賣、製造、讓與、持有非少量麻醉物質[22]，處1年以上有期徒刑。情節較輕微者，處3月以上5年以下有期徒刑[23]。同法第30條第1項規定，屬於幫派成員（als Mitglied einer Bande）未經許可共同栽種、製造、販賣麻醉物質，處2年以上有期徒刑[24]；同法第30a條第1項規定，屬於幫派成員而未經許可栽種、製造、販賣、進出口非少量麻醉物質，處5年以上有期徒刑[25]。

製造毒品行為為非真正企圖犯（unechtes Unternehmensdelikt），屬於抽象危險犯之一種，意圖製造毒品而著手製造過程時，犯行很可能即已既遂，換言之，構成未遂的空間很小[26]。從上開德國法之比較可知，該國對於製造之定義是採取相當寬鬆的立場，只要以人工方式未經許可生成麻醉物質即屬之，不以易於施用為必要，該國立法者係透過明文規定的「特徵」來描繪「製造」之類型，而非使用具有明確內涵與外延之「概念」方式來定義製造行為[27]，該國實務上亦未嚴謹區分上述6個特徵，因為事實上本來就難以區分[28]，上述6個特徵僅在指引法官適用法律時瞭解「製造」行為可能之範圍，實際運用時自無須刻意說文解字或鑽牛角尖在某一特徵上。

我國立法者對於製造行為並無明確指示，就實務上占大宗的製造甲基安非他命行為而言，曾出現「如已製造出含有毒品成分之液態物質，雖不可施用，但是否為製造既遂」之爭議，肯定說認為：基於遏阻毒品之擴散，達到刑罰之一般預防功能，就製造過程而言，氫化反應程式所產生之滷水，已含有甲基安非他命成分，即屬化學反應之製成品，應認已製造既遂。至純化結晶步驟，僅係提高純度及方便施用。否定說認為：單純含有該等藥品、物質成分者，倘因非可供施用，而無成癮性、濫用性及對社會危害性，應不屬列管之毒品。製造過程中未可供施用之毒品，其行為應僅該當於製造毒品未遂罪，上開二說均有最高法院判決支持，嗣該爭議經臺灣高等法院暨所屬法院 101年法律座談會刑事類提案第22號討論採取肯定說；吾人可觀察到，肯定說與德國法對於製造行為之認定較為一致。

然就製造大麻而言，從實務先後發展出「包裝說」與「人工乾燥說」可知，實務上仍糾結在「是否可供施用」之問題，此種判斷製造毒品完遂之標準較德國法嚴格。就「包裝說」而言，在德國法脈絡下應會認為屬「施用」行為之一環，並非製造行為；就「人工乾燥說」而言，相較德國法之「收取」（Gewinne），則附加了「須加工（乾燥）致易於施用程度」之條件。簡言之，行為人若單純剪下大麻葉，尚未乾燥，在德國法下為製造既遂，在我國則會被認為製造未遂[29]。有趣的是，對照前述製造甲基安非他命之肯定說，製造甲基安非他命不以提高純度及方便施用為必要，只要製成含有毒品成分之物質，即可論製造既遂；但在製造大麻之場合，卻要求「加工（乾燥）致易於施用程度」，同為製造第二級毒品行為，製造甲基安非他命與大麻顯然有不同標準。

從上開比較法中亦可發現德國法與我國法乃立於完全不同之基礎，我國毒品危害防制條例係以「持有」行為為核心，以毒品等級與刑度為區分，逐級規範從施用、轉讓、意圖販賣、意圖供製造之用而栽種至製造、運輸、販賣行為；而對於有營利意圖之行為更是處以重刑，且除了持有行為有區分不同數量外，基本上都不區分行為人遂行上開犯行之數量或目的，可謂大小魚通吃的「流刺網」式立法。故製造1公克與1公斤大麻，依我國法都可處無期徒刑或7年以上有期徒刑；反之，德國法原則上係將持有、生成與流通毒品行為均規範在同一條規定，刑度則區分情節嚴重或輕微（毒品數量多寡是一個重要標準），而有不同規範，除較我國輕外，還賦予偵審機關不予追究的權力。他山之石，可以攻錯，此在毒品案件如潮水般湧來及監所人滿為患的現況下，德國法的思維相當值得有司斟酌參考。

（下期待續）

（作者為臺灣高雄地方法院法官）

註釋

12. 醫療成品（Fertigarzneimittel），依醫療藥品交易法（Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln , AMG）第4條第1項規定，係指預先製造、已分裝成供消費者使用、以工業化製程調劑或基於營利目的製造之藥品（藥局調配之藥品排除在外）。德國第一個獲得允許的含大麻成分之醫療成品為Sativex®，這是一種口內噴劑，每噴一次含有2.7mg THC（四氫大麻酚）與2.5mg Cannabidiol（大麻二酚），適用於多發性硬化症患者（Multiple-Sclerose-Patient）及痙攣性麻痺（Spastik）。德國醫療藥品交易法也允許國外含大麻成分之醫療成品在一定條件下可進口使用，此時該大麻藥品即屬於麻醉藥品交易法附表3的醫療成品。其他國家的情況，如美國及加拿大允許對因食慾欠缺而體重下降的愛滋病患者，接受化療而感到噁心、嘔吐的癌症病人使用含有Dronabinol成分（屈大麻酚）的藥物Marinol。英國與西班牙則許可同樣針對上述症狀的合成大麻藥物Nabilon，*Weber*, BtmG §1, 4.A. 2013, Rn. 268.
13. *Rahlf*, Münchener Kommentar zum StGB, 2. A. 2013, Rn. 32.
14. *Patzak*, Körner, BtmG, 7. A. 2012, Rn. 55.
15. Herstellen: das Gewinnen, Anfertigen, Zubereiten, Be- oder Verarbeiten, Reinigen und Umwandeln.
16. *Weber*, BtmG §2, 4.A. 2013, Rn. 52-63; *Rahlf*, a.a.O.(Fn. 13), Rn.33-38.
17. *Weber*, BtmG §2, 4.A. 2013, Rn.47.
18. 高本院96上訴1505號判決事實中，被告將大麻壓製成磚，亦構成製造第二級毒品。
19. Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer 1. Betäubungsmittel unerlaubt anbaut, herstellt, mit ihnen Handel treibt, sie, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, veräußert, abgibt, sonst in den Verkehr bringt, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft.
20. Das Gericht kann von einer Bestrafung nach den Absätzen 1, 2 und 4 absehen, wenn der Täter die Betäubungsmittel lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge anbaut, herstellt, einführt, ausführt, durchführt, erwirbt, sich in sonstiger Weise verschafft oder besitzt.
21. Mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr wird bestraft, wer 2. mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge unerlaubt Handel treibt, sie in nicht geringer Menge herstellt oder abgibt oder sie besitzt, ohne sie auf Grund einer Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 erlangt zu haben.
22. 就大麻而言，德國實務認為非少量意指含有7.5 g THC（四氫大麻酚）以上，係根據平均施用致迷幻量為15mg THC，以其500倍（即7.5 g）認屬非少量。*Weber*, BtmG §29a, 4.A. 2013, Rn. 88 ff.
23. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.
24. Mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren wird bestraft, wer Betäubungsmittel unerlaubt anbaut, herstellt oder mit ihnen Handel treibt (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1) und dabei als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.
25. Mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren wird bestraft, wer Betäubungsmittel in nicht geringer Menge unerlaubt anbaut, herstellt, mit ihnen Handel treibt, sie ein- oder ausführt (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1) und dabei als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.
26. *Weber*, BtmG §29, 4.A. 2013, Rn.131.
27. 關於概念與類型之意義可參考Arthur Kaufmann著，吳從周譯，類推與「事物本質」—兼論類型理論，初版，學林出版，1999年，第119頁。
28. *Weber*, BtmG §29, 4.A. 2013, Rn.126.
29. 如雄高分院97上訴294號判決謂「核被告所為，業已著手將收成之大麻花風乾，然尚未乾燥完畢，係犯毒品危害防制條例第4條第6項、第2項之製造第二級毒品未遂罪」。

法律網 ank.com.tw
裁判書 全文內容、裁判案由、裁判主文 判決 法條 相關法條 原資訊 專線 509-3536
譯得通 original language 日語 Việt Indonesia Português 韓語 한국어 提供19種語言類 通譯備選人，協助 能順利參與訴訟程 間係人如有需要， 各級法院於案件審 詢有無特約通譯需 曉國語人士之訴訟
n, striving to the courts for ted Mandarin provides rt interpreters in thout any
法院 www.judicial.gov.tw/