法律網
訊的最佳平台
稅法解釋與司法審查（稅法總論第二冊增訂三版）
2015年12月（增訂三版）
著作人 黃茂榮 定價800
第一章 稅捐法之解釋 第二章 稅捐法規之司法審查總論
頁
1000元者
贈 65 元
書城熱賣中
WEEKLY
周刊
週出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊

論大麻之製造（下）

文／黃奕超

（文接上期）

肆 製造大麻案件中其他相關議題

（一）確認大麻花、葉或其他部分係人工分離且與扣案大麻植株有關

在採取人工乾燥說的前提下，實務上乃衍生出一些證明事實的問題，例如如何證明扣案大麻係從植株上人工分離或是自然枯萎掉落？此攸關是否成立製造行為，與被告利害關係甚大；實務上即曾出現：扣案之大麻葉確係經警方分別於上開租屋處客廳垃圾桶內、廚房垃圾桶內所查扣，客觀上堪認係被告認為無價值之廢棄物，雖仍含有第二級毒品大麻成分，然顯非被告刻意收成之第二級毒品，否則不可能將之棄置於垃圾桶內，不該當製造第二級毒品大麻犯行可言[30]；「被告已自承用剪刀修剪大麻葉之行為，而屬人工方式摘取大麻葉至明，佐以上開瓷碗內之大麻呈現綠色及蜷曲狀，可見該大麻葉子係於植株上猶綠時經人工取下，並非因自然枯黃而掉落，且已因乾燥、水分流失而呈現自然蜷曲，可知本案查扣之大麻葉子，係經充分乾燥之第二級毒品，且係人工摘取，而非自然脫落之大麻葉子[31]」之案例。

其次，分離之大麻是否就是從扣案大麻植株所生？實務上解決之道可將植株與分離之大麻送國立臺灣大學植物科學研究所鑑定DNA序列而定[32]；但大麻之分離是否為人工摘取、修剪或自然掉落？實務上似有鑑定之困難，檢警於早期偵查中若忽略此點，被告於審理中始提出「分離之大麻乃自然掉落」之抗辯，日後在審理中將很難以科學方式認定[33]。

（二）行為人主觀意圖

最高法院100年度台上字第7271號判決曾謂「若無供製造毒品之意圖，而以出於藥用、觀賞、好奇等其他目的栽種少許大麻者，因欠缺主觀意思要件，不能成立意圖製造而栽種大麻罪[34]」，然上開見解在實務多採取人工乾燥說後，製造大麻行為僅須人工分離並乾燥至可供施用，很容易構成製造行為，則行為人縱出於「藥用、觀賞、好奇等其他目的栽種少許大麻」，恐只能落入犯罪動機考量，難以阻卻製造故意，上開見解實益恐怕不大。但這也凸顯立法者對於製造行為一律處重刑之不合理，立法者若能參考德國法就栽種、製造少許大麻情形，賦予偵審機關職權不起訴或免除其刑的裁量權限，應能緩解實務上即使適用刑法第59條酌減其刑後，卻還是不得不以相當重之刑罰處罰行為人的焦慮。

（三）大麻之純質淨重

持有行為固然會為製造行為所吸收，但因毒品危害防制條例第11條第4項有加重持有之規定，於持有大麻的場合，即面臨純質淨重是否超過20公克的問題。因法務部調查局不對大麻檢品做純質淨重檢驗，僅提供檢品淨重；故實務上有認所謂「大麻」，即除上揭全草之成熟莖及其樹脂外之製品、種子所製成不具發芽活性之製品以外，其餘任何部位要均屬之。故「持有第二級毒品純質淨重20公克以上」者，其中「純質淨重」，於「大麻」之情形，係指大麻全草之上開部分之淨重之謂[35]。以1株大麻全草而言，花葉固均係含有大麻成分之第二級毒品，然成熟莖卻不含大麻成分，目前實務上多見以扣案大麻煙草之淨重作為純質淨重[36]，尚無見刻意分離成熟莖後，再將花葉加總淨重作為純質淨重之例[37]。

（四）大麻植株之沒收

實務上曾有判決認為「大麻植株僅係可供製造大麻毒品之原物，尚與毒品危害防制條例第18條第1項所規定應沒收銷毀之毒品有別[38]」，然實務上多數仍以大麻植株即為毒品，應依毒品危害防制條例第18條第1項前段規定，宣告沒收銷燬。

（五）刑法第59條之適用

在製造大麻案例中，實務上較少適用刑法第59條酌減其刑，除非存有大麻株數少（低於10株）、行為人年輕無前科、參與程度低等事由，在大麻株數上百株的情況下，幾乎不會再衡情酌減；有趣的是，在違反毒品危害防制條例第12條第2項「意圖供製造之用，而栽種大麻」案例中，法院反而比較常用刑法第59條酌減其刑；可能是因為在製造大麻案例中，通常屬於人贓俱獲、事證明確的情況，故被告多能於偵審中自白，依同條例第17條第2項獲得減刑；但在「意圖供製造之用，而栽種大麻」案例中，因同條例第12條第2項不適用第17條第2項偵審自白之規定，法定刑又為5年以上有期徒刑之重罪，個案判斷上難免情輕法重，實務上只好較常運用刑法第59條酌減其刑，這也反映出毒品危害防制條例的刑度確實有再細緻化與斟酌降低的空間。

伍 管制大麻之展望—代結論

德國聯邦憲法法院於1994年3月9日針對以刑事處罰與大麻有關行為之合憲性問題中，認為吸大麻雖為基本法保障之一般行為自由，但人民並沒有「哈草權」（Recht auf Rauch），於比例原則之檢驗上，立法者對於干預手段之選擇有判斷餘地，憲法法院之審查應自制，麻醉藥品交易法第29條第5項、第31a條業已賦予刑事偵審機關就個人偶而施用少量大麻製品之案件得免予追訴處罰之可能性，並無違反過度禁止原則（Übermaßverbot，或稱狹義比例原則），以刑事規定處罰與基本法意旨無違；此外，立法者就酒精、尼古丁與大麻製品採取不同規範方式亦無違反平等原則[39]。

我國毒品危害防制條例採取之重刑主義，向來為人詬病，其中製造第二級毒品行為，不論製造用途、目的、數量如何，均為無期徒刑或7年以上有期徒刑之重罪，相較於德國法一般情形僅為5年以下有期徒刑或科罰金之罪，除區分特別重大與輕微之情形，給予不同待遇外，還賦予偵審機關不予追究之權力，我國法之規範實在過於苛酷、僵化，不易切合個案各種不同狀況，此種欠缺彈性的立法即易引發違憲疑慮。

其次，一項物質被歸類為食品、藥品或毒品，本應視其性質與使用目的而定，藥品與毒品更非涇渭分明[40]，就大麻而言，近年美國已有23州開放藥用大麻[41]、墨西哥憲法法院認為人民有權基於個人目的而使用大麻[42]、德國政府考慮設置專門之大麻機構，對大麻之種植與銷售統一管理[43]，在在顯示以管理取代禁止大麻製品，應係可行且對人民自由權侵害更小之手段，我國對於大麻製品尚未如德國麻醉藥品交易法之附表區分3種不同管理方式，固然現代醫學發達，容有許多替代藥物，但若僅以防止成癮或避免濫用為由，過於保守地禁止販售、輸入、開立一些含大麻成分之藥物，或對於個人使用而製造少量大麻之行為人亦採取嚴刑峻罰之立法方式，是否亦為國家恣意限制人民使用大麻製品之自由，值得思考。

（作者為臺灣高雄地方法院法官）

註釋

30. 中高分院104上訴58號判決參照。
31. 高雄地院102訴967號判決參照。
32. 高本院103上更(一)59號判決參照。
33. 如中高分院101上更(一)16號判決「本案雖在被告房間之粉紅色紙箱內，查扣大麻葉1包，然被告自始至終均否認該包大麻葉之來源，是撿拾或摘取扣案之大麻植株而得等情。而**證人即臺中縣警察局烏日分局黎份派出所警員**到庭證稱：「（**問：你查扣系爭大麻時，是否記得六株大麻現狀？有無被摘除痕跡？**）**沒有注意到，因為我們不是專業。**」、「（問：六株大麻是否還在？）已經乾燥秤重，送去檢驗。」等語明確；且經送請鑑定之單位即**行政院衛生署草屯療養院**函覆稱：**本案依據送驗檢品留存影像檔顯示，包裝袋內檢品成乾枯或經裁剪之植株狀、枝葉狀或葉狀之混裝外觀，故無法判斷有無遭摘取之痕跡**等情。再衡以該函檢附之送驗檢品留存影像檔相片6張，可知扣案之大麻植株6株於送鑑定時，確業經裁剪、乾燥、秤重等程序，而已非原本扣案之植株外觀甚明。再者，**內政部警政署刑事警察局**亦表示：**本局無法鑑定扣案之第二級毒品四氫大麻酚7包，有無遭摘取葉片之痕跡**；而行政院衛生署草屯療養院復函覆稱：經檢視檢品圖片，在被告房間所扣得之大麻葉1包為經過處理之乾燥、捲曲狀外觀，自扣案之大麻植株6株檢品外觀不同，**無法判斷是否屬於同一種葉片。是依目前現存證據及鑑定技術，縱在被告個人房間之粉紅色紙箱內，查扣大麻葉1包，亦尚難推定該包大麻葉，即是由扣案之大麻植株所摘取或撿拾而得，亦無法作為被告上開自白曾經摘取或撿拾大麻植株葉片之自白確屬為真之佐證**」（強調為本文所加）。
34. 最高法院100台上7271號、中高分院101上更(一)16號判決「審之被告甲表示係要綠化而種植、被告乙表示是因為網路說會開花，其因好奇而想種活等語。再者，依據現場照片，並未發現被告甲、乙有將大麻加工製造之行為，亦未查獲被告甲、乙有預備購入或已持有捲煙器、吸食器具或有保存已製造完成之大麻碎葉、捲葉等，更未查獲被告甲、乙交付大麻葉予他人製造或施用或受託栽種大麻等相關證據。基此，自不足逕認被告甲、乙栽種大麻，即存有意圖供製造毒品用之主觀犯意」參照。
35. 最高法院101台上1771號判決參照；但也有案例認為無法認定大麻植株之純質淨重，如中高分院101上更(一)16號判決：行政院衛生署草屯療養院函覆本院稱：**植株、乾燥葉片尚無法提供濃度之數值**，是依目前卷內證據，**尚無法證明被告所持有之第二級毒品大麻植株6株之純質淨重達20公克以上**（強調為本文所加）。惟從前揭註22所示德國實務對於「非少量」大麻之定義乃以7.5 g THC（四氫大麻酚）為標準，顯然科學上應能分析大麻中的四氫大麻酚成分並計算其重量。
36. 如高本院101上訴3428號、103上訴1595、3334號判決；中高分院103上訴1516號判決參照。
37. 以高本院103上更(一)59號判決為例，該案同時扣有分裝好的大麻煙草及大麻植株，該案判決僅保守認定大麻煙草淨重已超過20公克，即論被告持有第二級毒品純質淨重20公克以上，而不將含有大麻成分之植株重量合併與上開煙草計重。
38. 最高法院100台上7271號判決參照。
39. BVerfG, Beschluß vom 09-03-1994 (2 BvL 43/92), NJW 1994, 1577
40. 高雄地院103訴717、438、791、915號判決意旨參照。
41. 《伊利諾州 藥用大麻即起合法》，聯合報網路新聞，2015-11-11 (http://goo.gl/ubL0ay 最後瀏覽日：2016-2-24)
42. 《Ruling in Mexico Sets Into Motion Legal Marijuana》，紐約時報網路新聞，2015-11-04 (http://goo.gl/AybD8g 最後瀏覽日：2016-2-24)
43. 《重病患者的福音—德擬設國有“大麻機構”》，德國之聲中文網新聞，2015-11-02 (http://goo.gl/JQxhn8 最後瀏覽日：2016-2-24)