

釋字第 790 號解釋協同意見書

蔡大法官明誠 提出

本號解釋對毒品危害防制條例（下稱毒品條例）第 12 條第 2 項規定¹（下稱系爭規定）之栽種大麻罪設定之法定刑、及毒品條例第 17 條第 2 項減輕其刑規定，作成解釋。本號解釋之作成，採取部分違憲，部分合憲，解釋重點在於栽種大麻行為與刑罰間是否相對應或是否符合憲法比例原則，認系爭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，有違憲法第 23 條比例原則部分，就其結論，謹表贊同。惟認本號解釋理由部分，仍留下若干值得再思考之處。爰提出協同意見書如下：

一、犯罪構成要件之定性與定量

犯罪之構成要件，得否按照一定數量或商業規模 (commercial scale)²之大小，加以類型化，並加重處罰其行

¹ 毒品危害防制條例第 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。」

² 在國際公約，有以商業規模作為刑事程序及罰則之類似規範。例如與貿易有關之智慧財產權協定 (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) 第 61 條：「會員至少應對具有商業規模而故意仿冒商標或侵害著作權之案件，規定刑事程序及罰則。救濟措施應包括足可產生嚇阻作用之徒刑及（或）罰金，並應與同等程度之其他刑事案件之量刑一致。必要時，救濟措施亦應包括對侵權物品以及主要用於侵害行為之材料及器具，予以扣押、沒收或銷燬。會員亦得對其他侵害智慧財產權之案件，特別是故意且具商業規模者，規定刑事程序及罰則。參照 <https://www1.tipo.gov.tw/ct.asp?xItem=207100&ctNode=6780&mp=1>（最後瀏覽日期：109 年 3 月 19 日）。

為。反之，如屬於輕罪(Vergehen)、微罪(Bagatelldelikt)、數量極少或規模不大，則處以較輕刑罰。此涉及犯罪與刑罰之定性與定量之問題，刑事立法例上，有以立法定性與立法定量，亦有以立法定性與司法定量，為其不同規範模式。至於究竟何者為佳，原則上係屬一國刑事立法政策之選擇，在未違反憲法保障基本權之文義、意旨及目的(Wortlaut, Sinn und Zweck)下，實應賦予立法者自由形成之空間。

就本號解釋相關毒品犯罪及處罰而言，本號解釋認系爭規定所稱「栽種大麻」，在具體情形，通常包含栽種數量極少至大規模種植之情形，其涵蓋範圍極廣。基於預防犯罪之考量，立法機關雖得以特別刑法設定較高法定刑，但其對構成要件該當者，不問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，未具體考量行為人違法行為之危害程度，系爭規定確有商榷之餘地。惟就違法情節輕微個案之舉例，以栽種數量極少且僅供己施用為例，雖係目前實務上常見之類型，然將是否自己施用之栽種目的作為判斷要素，實不如以數量作為判斷，較易認定。換言之，解釋上如以此例作為酌減之例示，其是否包含栽種數量極少而非僅限於栽種者本人施用之情形，諸如妻在家栽種大麻數量 1 株，並僅供夫在家施用者，對此是否係屬依本號解釋意旨得以減輕其刑之事例，且如何解釋數量極少，其與少量如何界定，究竟由何機關解釋等問題，均不無商榷之必要。如前述本號解釋所稱對犯該罪而情節輕微者，減輕其刑之對象，係在於少量之栽種行為，亦即因其數量少，因而對社會危害或影響較小，故予以減輕其刑。換言之，其減輕處罰之考量理由，以僅供己施用為例示，恐被誤解為僅供己施用為限。因此，

未來個案適用上，宜從寬解釋，除前述例示外，如擬從定量出發，則宜著重於栽種數量之多寡，作為判斷重點，故解釋上並不應以「僅供己施用」為限。

二、系爭規定與比例原則及罪刑相當原則之關係

從比較憲法觀點論大麻限制與比例原則關係，德國聯邦憲法法院於 1994 年曾就大麻案作出決定（大麻決定；Cannabis-Beschluss），於此涉及之麻醉品法刑事規定，係對準備專為偶發性少量大麻產品自己施用之行為處以刑罰，且不涉及外部風險之行為，因立法者考量少量之個人不法行為及罪責內涵 (einem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat)，得使檢察機關不予刑事追訴。³德國聯邦憲法法院於該案判決中認基本法第 2 條第 1 項（人格自由發展）之限制，適用於毒品之處理，大麻限制未剝奪「享用權」（Recht auf Rausch）。亦即處罰不法接近使用大麻產品 (Cannabisprodukten) 之麻醉品法相關刑事規定，應按基本法第 2 條第 1 項關於人格自由發展對刑罰防制之禁止標準予以審查，及按基本法第 2 條第 2 項（人身自由不可侵犯）就受刑事處罰之自由剝奪，予以衡量。在比例原則之審查時，就其欲達成目的所選擇之手段是否具適合性與必要性 (Eignung und

³ 參照德國麻醉品法第 31 條之 1 (Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz - BtMG§31a)（追訴之免除；Absehen von der Verfolgung），係針對輕罪行為之追訴免除規定，就行為人之罪責輕微 (gering)，因刑事追訴不具公益 (kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht)，且行為人栽種、製造、輸入、輸出、實施、取得及以其他方式獲取或持有麻醉品，僅屬少量而為供己施用 (lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge) 時，檢察機關得不予追訴之相關程序規定。

Erforderlichkeit), 以及就個人或公眾之危險所為之評估及預測 (Einschätzung und Prognose), 立法者有判斷餘地 (Beurteilungsspielraum)。聯邦憲法法院僅於有限範圍內(nur in begrenztem Umfang), 對其進行審查。此外, 於上開決定作成後, 德國實務上之發展, 有關非少量(nicht geringe Menge)之概念, 因前述決定明確表示得由刑事法院加以解釋, 是刑事法院對少量概念所為解釋之判決, 並未發生憲法之疑義。⁴ 本件就系爭規定對於栽種大麻行為之法定刑及未設減輕其刑相關規定進行審查時, 亦以比例原則或過苛禁止原則作為審查原則, 前述見解可資參考, 且是否採取前述就個人或公眾之危險所為之評估及預測, 立法者之判斷餘地與聯邦憲法法院有限違憲審查權限之見解, 亦可資比較。

本號解釋認系爭規定與憲法罪刑相當原則不符, 有違憲法第 23 條之比例原則, 其立論基礎類似於本院釋字第 775 號解釋之理由, 將罪刑相當原則與比例原則併列, 均未將兩者予以辨明, 論理上仍有推敲之必要。刑法學理上, 所謂責任 (Schuld), 係指該當構成要件之不法(Unrecht)實現時可責性之程度。此與三階段犯罪架構(dreistufige Deliktaufbau)中之可罰性(Strafbarkeit)有所不同。至於犯罪與刑罰之衡量, 有所謂罪刑相當原則, 則指在犯罪與法律效果間須均衡, 亦即刑罰規定之構成要件與法律效果間須合理之相互對應(sachgerecht aufeinander abgestimmt)。⁵ 又有稱不得違反憲法罪責相當之

⁴ 參照 Kotz/Oğlakcioğlu, Münchener Kommentar zum StGB, 3.Aufl., 2017-beck-online, Vorbemerkung su §29, Rn.220; BVerfGE 90, 145-Cannabis = NJW 1994, 1577.

⁵ 參照 BVerfGE 20, 323(331) - 'nulla poena sine culpa', 歸屬於法治國者, 不僅是法安定性, 而且是實質正義。("Zur Rechtsstaatlichkeit gehört

刑罰原則(das verfassungsrechtliche Prinzip schuldangemessenen Strafens)。如對微罪或損害限度方面之量刑，則判斷其量刑相關規範是否符合比例。⁶本號解釋之重點，如非在於罪刑之權衡，而係以微罪行為或損害限度之量刑為主，則屬於有關憲法基本權之「限制之限制」(Schranken-Schranke)審查，亦即有關比例原則(過度禁止原則)(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot))是否符合之問題。⁷是本

nicht nur die Rechtssicherheit, sondern auch die materielle Gerechtigkeit (BVerfGE 7, 89 [92]; 7,194 [196]).正義之理念，要求構成要件與法律效果相互存在合理之比例(Die Idee der Gerechtigkeit fordert, daß Tatbestand und Rechtsfolge in einem sachgerechten Verhältnis zueinander stehen. “); BVerfGE45,187(260) - Lebenslange Freiheitsstrafe, 任何刑罰，須在犯罪行為之嚴重性與行為人之可歸責性，存在合理之比例。(“Jede Strafe muß in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zum Verschulden des Täters stehen (BVerfGE 6, 389 [439]; 9, 167 [169]; 20, 323 [331]; 25, 269 [285 f.]); BVerfGE 50, 205(214) - Strafbarkeit von Bagatelldelikten, 於此範圍內，罪責原則涵蓋限制刑罰之作用，以符合過苛禁止之憲法原則。(“insoweit deckt sich der Schuldgrundsatz in seinen die Strafe begrenzenden Auswirkungen mit dem Verfassungsgrundsatz des Übermaßverbotes (vgl. BVerfGE 34, 261 [266]”); BVerfGE 80, 244(255) - Vereinsverbot; 105, 135(154) - Vermögensstrafe.

⁶ 參照 BVerfGE 90, 145 - Cannabis. 該決定將過苛禁止原則(Übermaßverbot)作為狹義比例原則(Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)。

⁷ 從德國比較法觀察，有關過度禁止原則之運用，不乏其例。除前述 BVerfGE 90. 145 之大麻案外，有將此原則等同狹義比例原則(相當性)者，參照 Decker, in: Simon/Busse, Bayerische Bauordnung, Werkstand: 135. EL Dezember 2019, BayBO Art.76 Rn. 243- beck-online. 另有將其包括必要性與狹義比例原則，參照 Badura, Staatsrecht, 7.Aufl., München:Beck, 2018, C 28. 有將過度禁止原則等同於廣義比例原則者，參照 Bethge, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Werkstand:57. EL Juni 2019- beck-online; Fischer, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung,

號解釋僅以憲法比例原則為審查原則即可，毋庸將罪刑相當原則與憲法比例原則併列審查。⁸

三、結語與展望

本號解釋之重點，主要在於對犯栽種大麻罪而情節輕微者，行為可責性與刑罰間是否相對應之比例原則（過苛禁止原則）問題。至於有聲請人主張毒品條例第 17 條第 1 項規定有違憲疑義部分，雖其適用對象及性質，與同條第 2 項規定不同，且惟如能藉此機會一併思考，可能有利相關機關適用及解釋法律之疑慮，亦避免未來法官或人民對該項規定再次提出釋憲。又就毒品條例第 17 條第 2 項規定部分，本號解釋單純採取合憲性解釋，未另呼續相關機關因應現行社會生活型態，重新檢討有關大麻栽種行為之處罰態樣、刑度或減輕其刑等規定，如此恐失去及時促請相關機關改善系爭刑罰規範體系合理性之機會，以保障人民之基本權。

8.Aufl., 2019-beck-online, Einleitung Rn.129ff.; Jörn Ipsen, Sozialisierung und Übermaßverbot, NVwZ 2019, 527ff. - beck-online. 不管因過度禁止原則對比例原則之關係而生涵義之廣狹，德國法院實務上，有將之運用於 E-Mail 沒收、大麻、無票搭車微罪之自由刑、麻醉品等刑事禁止規範是否符合比例原則之審查者，例如 BGH: E-Mail-Beschlagnahme und Übermaßverbot, NJw 2010, 1297- beck-online; BayObLG: Strafbarer Umgang mit Cannabisprodukten: Übermaßverbot, BayObLGSt 1994, 106 - beck-online; OLG Stuttgart: Freiheitsstrafe und Übermaßverbot bei Bagatelltat – “Schwarzfahren”, NJW 2006, 1222-beck-online; OLG Karlsruhe: Übermaßverbot gegenüber bewährungsbrüchigem BtMG-Täter, NJW 2003, 1825 等，可資比較參考。

⁸ 罪責原則包含罪責前提及罪刑相當原則，但將比例原則（過度禁止）與罪刑相當原則併列，值得商榷。參照本院釋字第 775 號解釋本席之意見書。

此外，有關大麻(cannabis; Marijuana)⁹是否「去犯罪化(Entkriminalisierung) 或去特別（刑法）化¹⁰、

對於藥用大麻在法律上是否有所區別¹¹、大麻產品之流通性

⁹ 大麻之用語“marijuana”，源自墨西哥，有不同拼法，如“mariguana,” “marijuana”, “mariahuana”, “marajuana”, “maraguana”, or “marihuana”. “Marijuana”非科學或技術之用語(Marijuana is not a scientific or technical term)。其使用於美國及其法規之中。又 Marijuana 於墨西哥稱之“cannabis sativa”，亦有稱之為“Indian hemp”。有關“cannabis”與“marihuana”係屬同義字(synonymous)。有區分其藥品與麻醉品(Drugs and Narcotics)，其中將“Marijuana”作為具有麻醉性藥品(Marijuana is a narcotic drug that is a part of the hemp plant.)參照 Corpus Juris Secundum, February 2020 Update, Drugs and Narcotics, 28 C.J.S. Drugs and Narcotics § 6. Definition of “marijuana” for purposes of regulation of drugs and narcotics, WESTLAW 2020.

¹⁰ 關於「去犯罪化」，有謂針對現行刑法實體法所規定之犯罪行為，經由刑法修正而予以刪除，將其從刑事制裁體系中除籍，或雖仍保留該犯罪行為，但卻捨棄其刑罰之執行或為附條件之判決，而使行為人不致受刑罰之制裁，或增設追訴要件，或在刑事程序中規定不予追訴等措施。關於「去特別（刑法）化」，有認因制定加重某些犯罪行為法律效果之特別刑法，破壞刑事法規範之單一性（一元化），並紊亂該特別化之犯罪與其他犯罪在法律效果上之相對性。因此提出「去特別化」之見解，以避免特別刑法之肥大症。與本號解釋相關之毒品危害防制條例（原名肅清煙毒條例），因其係源自非常態法制之限時法，宜加以刪除，而修正刑法之鴉片罪章（§§256～265），以資取代。至若尚有規範不足之處，即可以附屬刑法之形式，規定於「管制藥品管理條例」之中。（參照林山田，論去犯罪化與去特別化，載於：林山田，刑法的革新，臺北市：學林文化，2001年8月初版1刷，頁127以下，141以下。）

¹¹ 大麻中含有不少化學物質，包含四氫大麻酚（Tetrahydrocannabinol; THC）、大麻酚（Cannabinol; CBN）、大麻二酚（Cannabidiol; CBD）等，而較常被應用者，有如 CBD 及 THC。一般認為 THC 具成癮性，其含有大麻之迷幻成分，被列管為「二級毒品」之主要成分。CBD 則是大麻中非成癮性之成分，具有藥理活性及醫療用途，例如有將之作為止痛劑。再者，衛生福利部食品藥物管理署曾依據前行政院衛生署 94 年 4 月 21 日衛署藥字第 0940306865 號公告規定，澄清說

12、大麻合法化(Legalisierung von Cannabis)是否可減少犯罪，或是否影響健康及少年保護¹³等問題。在比較法上，曾引起

明大麻二酚(Cannabidiol, CBD)具有非常多藥理活性及可能的醫療用途，我國以藥品列管，依規定該成分不得添加於化粧品。化粧品中禁止添加大麻二酚，擅自添加該成分於化粧品者，涉違反化粧品衛生管理條例第 23 條規定，依同條例第 27 條規定處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣 15 萬元以下罰金；其妨害衛生之物品沒收銷燬之。引自 <https://www.mohw.gov.tw/cp-4261-46033-1.html> (最後瀏覽日期：109 年 3 月 19 日)。

¹² 德國後來發展，原則上認麻醉品之施用，並未違法。2011 年 5 月以後，修正麻醉品相關規定，含有大麻(Hanf; Cannabis)成分之藥品，僅限於有處方者可使用，所謂含有大麻成分成藥之可流通性及可處方性(verkehrsfähig und verschreibungsfähig)。自 2017 年 5 月 10 日起，德國醫生得向病人開立大麻花及大麻萃取物(Cannabisblüten und Cannabisextrakte)之處方簽(Rezept; prescription)，健康保險公司(Krankenkassen)得給付該費用。(參照：<https://de.wikipedia.org/wiki/Hanf>，最後瀏覽日期：109 年 3 月 19 日。)

¹³ 在德國眾議院聯盟 90/綠黨黨團(Die Faktion Bündnis 90/Die Grüne)於 2015 年 3 月 4 日提出大麻規制法草案(Entwurf eines Cannabiskontrollgesetzes (Bundestagsdrucksache 18/4204)，於 2018 年另要求聯邦政府對大麻去犯罪化進行評估(BT-Drs.- 19/658, 31.01.2018)(Kleine Anfrage: Auswirkungen der Cannabisprohibition auf den Gesundheitsschutz ; 大麻禁止對健康保護之影響；<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/006/1900658.pdf>)，並質詢聯邦政府在麻醉品範圍內，如准許施用大麻時，如何有效確保大麻施用者之健康及少年保護。但聯邦政府認無明顯跡象足以顯示可減少犯罪。(BT-Drs.- 19/853, 21.02.2018) (聯邦政府之回覆; Antwort der Bundesregierung) (<https://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/008/1900853.pdf>)。參照 Bund: “Legalisierung von Cannabis führt zu keiner Reduzierung der Kriminalität“, RDG 2018, 60-beck-online.在美國國會(United States Congress)，亦多次提出終結聯邦大麻禁止法(Ending Federal Marijuana Prohibition Act)，諸如第 112 屆起之國會，亦即自 2011 年起分別提出終結法案(如 H.R.2306, H.R.499, S.2237, H.R. 1227, H.R.1588 等)，以期大麻合法化並移除聯邦法(例如藥物物質規制法；Controlled Substances Act)有關大麻禁止之規定。參照

不少討論。¹⁴目前我國現況，法律上未予大麻合法化。以上刑事立法政策，係屬各國立法者之形成自由¹⁵，亦非本號解釋之重點。是有關禁止大麻接近使用應如何規範，尚待未來社會發展及立法政策之選擇，另作定奪。

https://en.wikipedia.org/wiki/Ending_Federal_Marijuana_Prohibition_Act (最後瀏覽日期：109年3月19日)。

¹⁴在美國從1970年以前迄今，由自由施用、禁止、麻醉品稅(Free Use, Prohibition, and Narcotics Taxes)，而列入毒品(Drug Schedules)及藥用大麻(Medical Use of Marijuana)，其間對大麻之合法化及合憲性，引發討論。參照 Douglas J. Behr, Prescription Drug Control Under The Federal Controlled Substances Act: A Web of Administrative, Civil, And Criminal Law Controls, 45 Wash. U. J. Urb. & Contemp. L. 41(1994); Matthew Segal, Overdue Process: Why Denial of Physician-Prescribed Marijuana to Terminally Ill Patients Violates the United States Constitution, 22 Seattle U. L. Rev. 235(1998); Miklos Pongratz, Constitutional Law --Medical Marijuana and the Medical Necessity Defense in the Aftermath of United States v. Oakland Cannabis Buyers' Cooperative, 25 W. New Eng. L. Rev. 147(2003); John Vigorito, Creating Constitutional Cannabis: An Individual State's Tenth Amendment Right to Legalize Marijuana, 46 U. Tol. L. Rev. 221(2014); Biju Panicker, Legalization of Marijuana and the Conflict with International Drug Control Treaties, 16 Chi.-Kent J. Int'l & Comp. L. 1(2016); Florence Shu-Acquaye, The Role of States in Shaping the Legal Debate on Medical Marijuana, Mitchell Hamline Law Review, 2016 等相關文獻。

¹⁵從比較法觀察，目前多數國家認為持有、施用及栽種大麻屬於違法行為。但亦有國家認為合法者，例如2013年烏拉圭，被認為是世界上第一個合法化娛樂性施用大麻之國家。其他合法化之國家或地區，例如加拿大、喬治亞、南非及美國部分州及哥倫比亞特區（但美國在聯邦範圍內，仍被認為違法）。至大麻之醫療使用，如經醫生之批准，可能被認為合法。因短期或長期大量接觸大麻，對施用者之生理、心理、行為或社會活動造成之影響有異。是大麻可能因其用途不同，例如藥用大麻、（休閒）娛樂用大麻或工業用大麻等，而異其法律規範。又栽種大麻如未發芽或未構成毒品原料之前階段行為，亦可能受到不同法律規範之限制。凡此，因涉及科技或醫藥專業，或一國刑事立法政策，宜由立法者與相關專業決定之。

綜上，本原因案件所涉及之相關規定，除人民聲請部分之外，主要是法官於個案適用時，認有矛盾之處，遂提出釋憲，其克盡司法者保障憲法人民基本權之責，值得肯認。因法官認系爭規定之刑罰過苛提出釋憲聲請，自有助於法官適用個案之實質正義實現。而毒品條例之特別刑罰體系，基於防制毒品之成癮、濫用、法益侵害及社會危害而予以犯罪類型化及法定刑之規範設計，固有刑事立法政策之考量，且有助於毒品防制目的之達成，以維護國人之身心健康。惟因本件涉及大麻，比較法上其與其他毒品，在性質仍存有差異，未來相關機關應就大麻相關處罰構成要件、刑度及其減免等規定，衡量其犯罪與刑罰相互對應之合理性，以符憲法保障人民基本權之意旨及目的。