

# 第五章 施用毒品行為 之入罪與除罪

## 第一節 前言

由立法軌跡可以看出施用毒品的行為隨著時代不同，受有不同的評價。以鴉片為例，1840年鴉片膏是法蘭西上流社會的新寵，當時鴉片是身份地位的表徵，促使當時法國人民上上下下皆追逐鴉片，對此視為一種時尚，鴉片的需求量更驅使法國侵略阿爾及利亞<sup>1</sup>，爾後，隨著濫用鴉片的毒害逐漸證實，以及另外一個弔詭的原因—鴉片產量增加、價格下跌，中下階層百姓也可以施用後，上流社會則不屑使用。最後當鴉片受決定價值判斷的上流社會所排斥，鴉片淪為次文化<sup>2</sup>，甚至變成人民唾棄的對象。

施用毒品行為在我國所受的評價亦是隨著時代變遷而有異，曾經上至皇親國戚，下至販夫走卒都爭相吸食鴉片，隨著禍國殃民的證據出現後，從政府嚴禁毒品的買賣，到後來針對施用毒品行為施以刑罰，甚至處以極刑，都是隨著時間遞擅而易。一直到1998年毒品危害防制條例制定之時，施用毒品者方才定位為病犯，對其刑罰與保安處分並行，刑罰除了減輕之外，還有一次受不起訴處分供行為人改過自新的機會，而戒毒處分的法律

---

<sup>1</sup> 鄭文譯，Richard Devenport-Hines 著，毒品（The Pursuit of Oblivion），時報文化，2003年3月，頁60、61。

<sup>2</sup> 所謂「次文化」（sub cultural）乃指社會當中某種群體有特殊的價值觀念、知識、規範、風俗、俗語、活動、人際關係等，而次文化團體所偏愛的藥物自然將被社會大眾所唾棄，見藍采風，藥物問題的社會觀，茂昌圖書，1978年3月，頁50。

規定越來越詳盡，也越來越受國家重視。

然而，近來有論者認為刑罰對於施用毒品者無絲毫的助益，如何協助施用毒品者戒治毒癮才是應該關心的焦點，刑罰反而是施用毒品者戒治毒癮、回歸社會的絆腳石；又認為施用毒品者實際上是殘害自己的身體，並未侵害到他人的權益，就好比自斷手臂不可能論以重傷罪，自傷行為不罰的觀點開始蔓延；再者，不少外國立法例並未對施用毒品的行為人動以刑罰，特別是在國人心中法制較為先進的歐洲文明國家尤其如此。基於這些因素，就有論者謂應將施用毒品罪除罪化，亦即刪除毒品危害防制條例第10條的規定，將施用毒品行為人徹底視為病人而非犯人。檢察官協會也認為毒品依賴者，可能身體缺少某種神經物質，建議法務部改弦易轍，將施用毒品者除罪化、醫療化，改由醫療單位提供協助<sup>3</sup>。

但是，這個將施用毒品行為除罪化的議題事關重大，有人就反對將施用毒品行為除罪化的論調，其以為施用毒品行為所保障的法益不同於刑法上的傷害罪，其重點在於保護國民健康；此外，施用毒品會引發諸多社會問題，如為毒品燒殺擄掠，同時影響國家競爭力，此有史為鑑，不過百年前清朝就因鴉片斷送王權；又外國立法例並非皆不對施用毒品者施以刑罰，同為法制先進國家的美、日就有採取施用毒品行為犯罪的立法例。故有論者認為維持施用毒品行為屬犯罪行為實有必要，雖然施用毒品罪的刑度降低，但是並不意味著施用毒品罪沒有存在的必要。

本章就由施用毒品罪的立法例切入，首先觀察他邦的立法例，以為己邦法律制定的借鏡；再以我國施用毒品罪是否應除罪的爭論切

---

<sup>3</sup> 中國時報，〈「吸毒是種病」 檢協籲除罪化醫療化〉，2008年3月17日，A11版。

入，剖析支持除罪者以及反對除罪者兩方的意見；並且透過實證研究，對於國民法感情的表現作統計資料的解讀，畢竟自己國家法律的制定應該切合國民法律情感，涉及正義與罪惡的刑事法律尤其應符合人民對於法律的期待；最後提出本文的意見，就施用毒品罪是否應除罪提出看法。

## 第二節 入罪與除罪

現代社會變遷處於一種高速的狀態，但是法律制定或修改的腳步卻相對緩慢，故時常無法真實的反應社會價值，今日被認為是犯罪的行為，或許明日則不視為犯罪也不適用於刑罰，而有些犯罪行為可能後天才會出現，在劇烈變化的時代，如何決定一個行為是否為犯罪行為，必須依靠刑事政策，而刑事政策就是從事價值的判斷與選擇，研究犯罪的「應然面」，檢視社會上的行為何者應入罪或除罪的科學<sup>4</sup>。由此可知，入罪除罪是刑事政策的議題，其考量對於國家、團體或個人犯罪行為的預防及鎮壓<sup>5</sup>。

所謂入罪化，亦即犯罪化，是將反社會的行為列為犯罪對策的對象，使該反社會化行為透過立法程序納入刑事法典成為犯罪行為的一種<sup>6</sup>，並且施以刑事制裁。入罪化在概念上又可分為立法上的入罪化，與解釋或適用上的入罪化<sup>7</sup>，前者是透過立法程序使某一行為入罪，後者則是在不變動現行法律的情況下透過合

---

<sup>4</sup> 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2007年9月，頁28。另外，關於利益及價值判斷與刑事政策的關係，請參見高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照，2003年2月，頁67以下。

<sup>5</sup> 藤本哲也，刑事政策とは何か，藤本哲也編，刑事政策，法學書院，平成15年7月，頁3。

<sup>6</sup> 許福生，刑事政策學，元照，2007年8月，頁90。

<sup>7</sup> 大谷 實，刑事政策講義，弘文堂，平成8年6月，頁91以下。

乎法律解釋學的方式及罪刑法定原則的要求，讓某行為亦曾為法律規定的犯罪行為。對於一個行為是否有入罪化的必要，首先必須判斷其是否為犯罪刑為，若是且現行法無相關規定，則透過立法程序將其入罪；倘若現行法的規定可以透過解釋使之囊括，則無庸動用立法程序，直接在司法程序上便可對其為有罪的認定。

一個行為是否為犯罪行為，依據大法官釋字第 594 號可知，該行為必須具有「侵害性」與「應刑罰性」，即對於該侵害法益的行為，經評價後認為應該施以刑罰，方才具有被稱為犯罪行為的適格。簡言之，犯罪行為即該行為具有「應刑罰性的不法」(Strafwürdige Unrecht)，即施以形式刑罰或保安處分法律效果的不法行為<sup>8</sup>。

決定一個行為究竟應否入罪的最主要理由還是在於應刑罰性的部份<sup>9</sup>。若侵害性是一項事實描述，則應罰性就是一項價值判斷，其乃判斷此一行為應否動之以刑，其是刑事立法決策的關鍵，因其連接憲法在客觀價值秩序的規範，對於刑事立法有指導性的作用，更影響著刑法的適用與刑事的追訴<sup>10</sup>。依照學說的見解，對於一個不法侵害行為大抵上可以由形式與實質兩個面向去判斷犯罪行為。形式上，就是有無法律明文的規定，也就是「無法律無犯罪」，此亦是刑法罪刑法定原則的根本要求；實質上則是應刑罰性有無的判斷，其可分為四點，分別是不法行為所破壞的法益價值與程度，即結果非價；不法行為對於行為客體的侵害危險性，即行為非價；行為人在良知上的可責性，即良知非價；

---

<sup>8</sup> 林山田，刑罰學，台灣商務印書館，1987 年 6 月，頁 14。林山田教授特別說明，犯罪是具有多面性，且錯綜複雜的法律事實與社會現象，隨著學術領域的不同，對於犯罪也有不同的定義。同本註書，頁 13。

<sup>9</sup> 呂秉翰，論刑事處罰之立法裁量—兼評釋字第五九四號解釋，月旦法學第 150 期，2007 年 11 月，頁 129。

<sup>10</sup> 高金桂，刑事政策上關於犯罪化與除罪化的問題，東海法學研究第 10 期，1996 年 3 月，頁 185 以下。

刑罰的無可避免性，即社會非價<sup>11</sup>。

除罪化則是入罪化的相反，又稱為非犯罪化，即對於毋需動輒以刑法或特別刑法規定禁止制裁的行為，透過刑事立法手段，將原屬刑法規定處罰的犯罪行為加以刪除，即將原本刑罰的規定立法刪除<sup>12</sup>。除罪化就是在應罰性的判斷上，認為該侵害行為已經沒有受刑罰的必要，大抵上可以區分為下列幾種除罪類型<sup>13</sup>：其一，除刑除罪，此是最完整的除罪化，將原本被刑法典認為是犯罪的行為徹底刪除，將其合法化，這是狹義的除罪化；其二，除刑不除罪，立法者可能認為此種犯罪行為無處罰的必要，但是依舊是一種侵害法益的犯罪行為<sup>14</sup>；其三，司法上（裁判上）除罪，即刑法典上依舊將該行為視為犯罪且有刑罰的規定，但是司法實務的運作上並不將之視為犯罪，比如判例的變更；其四，事實上除罪，即刑法典上仍將該行為視為犯罪且有刑罰的規定，且司法機關亦為有罪的判決，但是並不加以執行，或是司法行政上不加以偵查追訴。

本文以為上述四種除罪類型的後兩者，可能傷害人民對於國家法律的信任，並非最佳的除罪化之道，僅可能於立法來不及反應社會價值改變，且若處罰行為人傷害國民法感情至大的時候，才有運用的空間；至於除刑不除罪的除罪化方式，在我國法上已有運用，本文以為刑法第 324 條親屬相盜得免除其刑，甚至刑事

---

<sup>11</sup> 林山田，註 8 書，頁 21、21。

<sup>12</sup> 許福生，註 6 書，頁 94；鄧煌發，當代社區處遇措施之探討，刑事政策與犯罪研究論文集（五），2002 年 10 月，頁 122；大谷 實，註 7 書，頁 95。

<sup>13</sup> 許福生，註 6 書，頁 99 以下；諸澤英道，犯罪の除罪化，藤本哲也編，刑事政策，法學書院，平成 15 年 7 月，頁 168、169。

<sup>14</sup> 有學者則認為，若嚴格論，此應屬於「不加刑罰化」（Depenalization），與除罪化應該有所區隔，參見盧秋生譯，土屋真一著，論除罪化，刑事法雜誌第 20 卷第 2 期，刑事法雜誌社，1976 年 4 月，頁 76。

訴訟上的緩起訴，都算是除刑不除罪的適例。

事實上，一個犯罪行為是否應除罪化，往往是基於刑法運用的實際面（實利、實益），即社會條件的變遷，國民法意識（市民價值觀、犯罪觀）發生改變<sup>15</sup>，或是刑罰並無生實效<sup>16</sup>。若大多數的人民對於該行為是否是犯罪感到懷疑時，刑罰的執行將會產生困難，更可能造成人民對於法律的不信任，於是對於該行為的除罪化便有必要。若刑罰無法達到減少犯罪的功能（一般預防功能），基於刑法的謙抑性，自然應將其除罪，此時最重要的是量以其他的方法改善此一反社會化行為對於法益的侵害。至於施用毒品行為，在我國當前的刑事法觀點下，是屬於犯罪行為，對於有論者呼籲應將此除罪，即認為該行為並無應罰性的觀點是否妥適，本文先由立法例的角度觀察，再深入探究對於施用毒品行為入罪與除罪間的理由。

### 第三節 施用毒品行為之立法例

法律是歷史文化的產物，其會隨著不同的歷史文化背景，而有不同的立法例產生，所以舉凡世界各國未有法條規定是完全相通的。《詩經·小雅·鶴鳴》有謂：「他山之石，可以為錯」、「他山之石，可以攻玉」，所以國家以他國的律法為參考借鏡並不稀奇。施用毒品行為的刑事立法於我國有入罪除罪的紛爭，以外國的立法例用以比較參考，應是檢視我國對於此一問題，在立法上有無缺漏的方法之一。

---

<sup>15</sup> 阿部純二·齊藤誠二·澤登俊雄·所一彥，刑事政策入門，有斐閣雙書，昭和56年11月，頁270。

<sup>16</sup> 盧秋生譯，土屋真一著，註14文，頁70。

主張施用毒品行為是犯罪行為者，應是著眼於施用毒品行為的應刑罰性，其應認為施用毒品行為不僅侵害相當的法益，人民亦認為此是犯罪行為，且動用刑罰應可達到阻止犯罪的效果。目前對於施用毒品的行為科以刑罰的國家或地區並不少，主要集中在亞洲，但是歐美國家也有對施用毒品者科以刑罰者，計有日本、韓國、香港、新加坡、馬來西亞、泰國、印度、土耳其、美國、芬蘭、法國等國<sup>17</sup>。以下舉日本與美國說明。

日本國內過去亦有受到施用毒品風氣所累，該國刑法第 139 條第 1 項有鴉片煙吸食罪（阿片煙吸食罪）的規定，惟關於鴉片犯罪的相關刑罰規定，現在乃依據於日本昭和二十九年（1954 年）所制定的特別法鴉片法（あへん法）處理，該法第 9 條便明文禁止施用鴉片（吸食の禁止），違者科以刑罰，日本刑法中關於鴉片的規定反而形同具文，這點與我國法相似<sup>18</sup>。另外，日本為處理毒品犯罪行為乃制定諸多特別法，其中關於施用毒品罪的規範，諸如大麻取締法（大麻取締法）第 24 條之 2 第 3 項規定施用大麻罪；幻覺劑取締法（覚せい剤取締法）第 19 條規定禁止施用幻覺劑行為，同法第 41 條之 2 第 1 項規定施用幻覺劑犯行的刑度。

---

<sup>17</sup> 有對施用毒品行為科以刑罰的國家，參照自于志剛，芬蘭刑法典，中國方正出版社，2005 年 4 月，頁 150；趙秉志主編，馮軍副主編，外國刑法各論（大陸法系），中國人民大學出版社，2006 年 1 月，頁 362；余桂蘭、李波，論毒品犯罪的預防與控制，法學論叢 2006 年卷，中國人民公安大學出版社，2007 年 6 月，頁 606；林健陽、陳玉書、柯兩瑞、張智雄、呂豐足，我國當前毒品戒治政策之省思與建議，刑事政策與犯罪研究論文集（十），法務部，2007 年 12 月，頁 292。

<sup>18</sup> 對此，日本學者表示日本刑法上關於鴉片犯罪的罰則規定已經是「事實上死文」或「實際上空文化」，參見香城敏磨，あへん法，收於平野龍一主編，医事・薬事編（註解特別刑法第 5 卷），青林書院新社，昭和 58 年 3 月，頁 V-2；中森善彦，刑法各論，有斐閣，平成 8 年 3 月，頁 220；山口厚，刑法各論，有斐閣，平成 15 年 11 月，頁 408。

美國屬於聯邦政府，各州有其獨立的法令規章，所以法令不盡相同。對於持有毒品的行為幾乎各州皆有處罰規定，施用毒品行為則有數州有單獨處罰的規定。事實上，在美國一直存在是否應將毒品犯罪除罪化的聲浪<sup>19</sup>，支持者認為毒品合法後，得將之納入管理及課稅，可以改變黑市價格過高所給予販毒者的高獲益，同時可以減少施用毒品者為購買毒品而引發的其他犯罪，又可避免黑市毒品摻入其他藥物或雜質造成施用者死亡或生病的慘劇；但是，反對者認為一旦將法律上的約束取消，將意味著毒品的施用不再為罪惡，加以毒品廉價後，可能造成施用者增加，將容易造成施用藥物過量致死或精神病犯，而且每年將增加在藥物濫用的健康費用上的開銷，相對於毒品犯罪除罪後所生的罪惡與社會負擔，刑罰所生的負擔是值得的。美國所面臨的毒品犯罪是否宜除罪的爭議，在我國同樣可見。

另外，主張施用毒品行為非犯罪行為者，應是認為此行為對於法益並無侵害，或是縱然有所侵害，基於刑罰的最後手段性，有其他的方式（民事處罰或行政處罰）已經足以達到防範效果，故不動用刑罰。當下對於施用毒品行為不處罰或不科處刑罰的國家，計有中國大陸、英國、德國、荷蘭、奧地利、西班牙、義大利、哥倫比亞等國<sup>20</sup>。不過，有學者認為此並非對於施用毒品行為的除罪，而是採取彈性政策<sup>21</sup>。以下就中國大陸、英國、德國為例說明。

中國大陸於 2006 年 6 月修正通過的刑法第六章「妨害社會

---

<sup>19</sup> 詳可參見：蘇佩鈺，施用毒品行為之刑事立法問題，黃榮堅教授指導，國立中興大學法律學研究所碩士論文，頁 26、27。

<sup>20</sup> 蘇佩鈺，註 19 書，頁 24。

<sup>21</sup> 許春金，犯罪學，三民，2007 年 1 月，頁 677 以下。許氏認為，對於施用毒品行為的態度大體上可分為以荷蘭為例的「社區處遇」，以及美國為例的「戰爭模式」。前者將毒品分為軟性與硬性，採取彈性的政策，即對於軟性藥物允許國民施用；後者則是對於施用毒品行為採取零容忍的姿態



秩序管理罪」第七節「走私、販賣、運輸、製造毒品罪」中有關於毒品犯罪行為刑責的詳細規定，獨漏施用毒品行為。不過，在1990年12月28日的第七屆全國人民代表大會常務委員會第十七次會議通過的「關於禁毒的決定」，其中有關於施用毒品的相關規範，該決定第8點謂：「吸食、注射毒品的，由公安機關處十五日以下拘留，可以單處或者並處二千元以下罰款，並沒收毒品和吸食、注射器具。吸食、注射毒品成癮的，除依照前款規定處罰外，予以強制戒除，進行治療、教育。強制戒除後又吸食、注射毒品的，可以實行勞動教養，並在勞動教養中強制戒除。」其中拘留、罰款的文字使用，顯然與中國大陸刑罰的徒刑、罰金相異。拘留、罰款係行政罰用語<sup>22</sup>，徒刑、罰金為刑罰用語，可見中國大陸目前對於施用毒品者未科以刑罰，而是科以行政罰。

最近，中國大陸制定一部規範毒品犯罪的刑事特別法，即2007年12月29日中國大陸第十屆全國人民代表大會常務委員會通過的中華人民共和國禁毒法，該法於第62條前段規定，「吸食、注射毒品的，依法給予治安管理處罰。」所謂治安管理處罰就是行政罰，可見2008年6月1日要施行的新禁毒法，中國大陸依舊維持過去一貫的態度，對於走私、販賣、運輸、製造毒品等行為科以刑罰，而不將施用毒品者科以刑罰。不過，值得注意

---

<sup>22</sup> 中國大陸的行政罰範圍達短期人身自由的限制，此與我國不同，我國行政罰多侷限在財產法益上的剝奪。我國2005年2月通過的行政罰法所規範的行政罰種類計有：罰鍰、沒入或其他種類行政罰，其他種類行政罰，指下列裁罰性之不利處分：一、限制或禁止行為之處分：限制或停止營業、吊扣證照、命令停工或停止使用、禁止行駛、禁止出入港口、機場或特定場所、禁止製造、販賣、輸出入、禁止申請或其他限制或禁止為一定行為之處分。二、剝奪或消滅資格、權利之處分：命令歇業、命令解散、撤銷或廢止許可或登記、吊銷證照、強制拆除或其他剝奪或消滅一定資格或權利之處分。三、影響名譽之處分：公布姓名或名稱、公布照片或其他相類似之處分。四、警告性處分：警告、告誡、記點、記次、講習、輔導教育或其他相類似之處分。參見行政罰法第1、2條。

的是，中國大陸依舊有學者認為應將施用毒品行為以刑罰規範<sup>23</sup>。

英國對於毒品犯罪的規範<sup>24</sup>，以 1971 年的毒品濫用法（藥物誤用法案；Misuse of Drug Act）為圭臬，該法是以聯合國 1961 年及 1971 年的公約制定，其中對於毒品的製造、販賣、持有皆認成立犯罪，惟獨施用毒品不成立犯罪。英國對於施用毒品者採取「治療取向」，又美其名為「英國體制（British System）」，其認為「藥物戒癮不應只是一種罪惡的墮落，更應該認為是一種疾病的顯現（manifestation of disease）<sup>25</sup>」。不過，近年英國藥物濫用問題日趨嚴重，尤其是青少年藥物濫用的問題，英國當局已經逐漸考慮改變其對於施用毒品者的舉措，管制的手段越趨嚴格<sup>26</sup>。

德國亦無處罰施用毒品行為的法律規範。毒品施用涉及刑事處罰者，應係指德國刑法第 323a 條：「故意或過失飲酒或使用其他麻醉物，至陷於麻醉狀態，並在此狀態下實施違法行為，行為人雖因麻醉狀態而成為無責任能力者，處五年以下有期徒刑或併科罰金。」此即學者所謂「麻醉狀態的違法行為<sup>27</sup>」。理論上無責任能力人後所為的違法行為，刑法不能加以歸責，但是刑法對於行為人因飲酒或使用麻醉物形成無責任能力人，所實施的違法行為<sup>28</sup>，依舊有處罰之規定，麻醉狀態下的違法行為便在處理這類

<sup>23</sup> 余桂蘭、李波，註 17 文，頁 606。

<sup>24</sup> 法務部曾於 1999、2000 年派員前往英國考察該國毒品犯罪情形，對於英國的毒品刑事立法，可參見蔡振修，矯治的醫事法律與實務專論，台灣台中地方法院檢察署，2000 年 12 月，頁 320 以下。

<sup>25</sup> 英國羅勒斯登委員會（The Rolleston Committee）於 1926 年作出此宣示，參見高金桂，青少年藥物濫用與犯罪之研究，文景，1984 年 1 月，頁 40。

<sup>26</sup> 高金桂，註 25 書，頁 41 以下。

<sup>27</sup> 張麗卿，司法精神醫學－刑事法學與精神醫學之整合，元照，2004 年 9 月，頁 441 以下；張麗卿，註 4 書，頁 238。張麗卿教授長期倡議我國刑法分則亦應列入「麻醉狀態下違法行為」，以補足我國刑法的漏洞。

<sup>28</sup> 此與行為人進入麻醉狀態前便有犯罪決意的「原因自由行為」，即與我國刑法第 19 條第 3 項的狀況並不相同。

問題。對於麻醉狀態下的違法行為，德國刑法所為的評價，涉及公共安全，應並非單純處罰施用毒品的行為<sup>29</sup>。

## 第四節 施用毒品罪是否除罪之爭論

對於施用毒品行為，司法院大法官釋字第 544 號解釋謂「施用毒品，足以戕害身心，滋生其他犯罪，惡化治安，嚴重損及公益，立法者自得於抽象危險階段即加以規範。」但是，在學說探討上依舊有是否應除罪的爭議，支持入罪者以國家競爭、國民健康、社會風氣以及社會治安的觀點切入，認為應該維持現行法下對於施用毒品罪之處罰者；支持除罪者則從理論面切入，認為施用毒品者好比自傷，應循自傷行為不罰處理，至於國家競爭、社會風氣、社會治安等與施用毒品行為無相當因果關係，不可以此為處罰施用毒品者的理由。以下分別就施用毒品行為是否除罪議題正反兩方論者的不同意見，詳述之。

### 第一項 反對除罪之理由

司法院大法官釋字第 544 號解釋理由就曾經對於施用毒品罪存在的正當性提出看法，其謂「……。至何種行為構成犯罪，應處以何種刑罰，刑罰是否為達成立法目的之適當且必要手段，以及判斷相關行為對個人或社會是否造成危害，乃立法者自由形

---

<sup>29</sup> 蘇佩鈺君與蔡振修君認為德國刑法第 323 條規定是德國處罰施用毒品行為的例證，本文則認為上開德國刑法條文應非單純處罰施用毒品行為的規範，持有不同看法。對於蘇君、蔡君的說法請參見：蘇佩鈺，註 19 書，頁 28；蔡振修，註 24 書，頁 317。

成之範圍。……施用毒品，或得視為自傷行為，然其影響施用者之中樞神經系統，導致神智不清，產生心理上及生理上之依賴性，積習成癮，禁斷困難，輕則個人沈淪、家庭破毀，失去正常生活及工作能力，成為家庭或社會之負擔；重則可能與其他犯罪行為相結合，滋生重大刑事案件，惡化治安，嚴重損及公益。鑒於煙毒對國計民生所造成之戕害<sup>30</sup>，立法者自得採取必要手段，於抽象危險階段即以刑罰規範，對施用毒品者之人身自由為適當限制。……。」本文便依循該解釋理由書的軌跡，對於反對施用毒品罪的除罪分別以國家競爭、社會風氣、國民健康及治安問題等四個角度切入。

## 一、國家競爭

支持施用毒品行為入罪論者，首先會揮舞著國家民族的大纛，特別是在我國，畢竟百年前滿清衰敗的印象依舊歷歷在目，從歷史的角度觀察，似乎施用毒品與國家競爭力休戚相關，無論是軍事或經濟的層面，毒品的影響都不容小覷，故施用毒品自然必須列入犯罪，以懲罰破壞國家競爭力的罪惡之徒<sup>31</sup>。

十九世紀時，滿清大吏林則徐便曾警告道光皇帝曰：「若猶洩洩視之（指毒品問題），是使數十年後中原幾無可以御敵之兵，且無可以充餉之銀。」果不其然，滿清之後與世界列強的幾次戰爭皆嘗敗績、國力困頓。據統計，1800年輸入中國的鴉片為四千五百餘箱，價值近二百七十萬銀元，這個數據逐年遞增，到了1839年，單年輸入中國的鴉片達五萬三百餘箱，總值三千四百多萬銀元。短短三十九年（鴉片戰爭以前），共計外國殖民者已

<sup>30</sup> 司法院大法官釋字第476號解釋理由書，也是提及國計民生的觀點。

<sup>31</sup> 學者有謂「小至家破人亡，大至國家安危」，參見謝瑞智，犯罪與刑事政策，正中書局，2000年6月，頁315。

經從我國劫得六億多銀元的財富，累積的六十三萬多箱鴉片煙侵蝕著神州百姓的身軀；除了進口的鴉片以外，中國當時自種罌粟花亦盛，年產鴉片也達萬箱，吸食者粗估有至少兩百萬人<sup>32</sup>。戰事未開，勝負幾乎底定，鴉片問題動搖清廷封建統治的基礎，更牽扯國家與民族存亡的生死關頭。

常言道，「以銅爲鏡，可正衣冠；以史爲鏡，可知興替」，滿清當時就是未重視施用毒品的問題方才落得如此田地，爾後雖有立法禁止施用，但是執法怠惰，依舊難以扭轉乾坤。由過去的歷史可知，施用毒品行為的入罪都非提升國家競爭力，避免國家向下沉淪的保障，何況是將施用毒品除罪。

時至今日，施用毒品者依舊影響著國家競爭力，消耗極高的社會成本。就以經濟競爭面爲例，施用毒品者無法順利從事生產，就算投入工作也極易產生事故而造成損害，以美國爲例，據統計施用毒品的職工時常發生遲到、早退和曠工，在工作中易發生各種事故，此類狀況造成美國經濟損失每年約達二百六十億美元；而酗酒與施用毒品者於總體面所造成的損失更達一年一千五百億美元<sup>33</sup>。

在我國似乎並無這類的統計數據，但是並不難想像施用毒品所造成的損失有多巨大。同時，施用毒品若不處罰，恐怕施用者會日眾，屆時不算入人力資源，光是國家投入勒戒工作的金錢開銷就將十分驚人，以 2006 年爲例，當時行政院曾針對施用毒品的對策做整體規劃提出二十億至三十億元的預算，希望在北、中、南、東部建立戒治所，希望延長勒戒時間，提升勒戒的效果，

---

<sup>32</sup> 蘇智良，中國毒品史，上海人民出版社，1997 年 1 月，頁 88 以下。

<sup>33</sup> 蒙桂珍、張玉亮、陳德明，戒毒—毒品濫用之危害與防治，合記出版社，2006 年 1 月，頁 89。該書有引述美國政府與美國《新聞週刊》統計的相關資料。

降低毒品犯罪<sup>34</sup>。由此可見，光是針對勒戒的預算動輒便以幾十億計，對於國家造成莫大的負擔。

## 二、社會風氣

毒品會嚴重侵害施用者的身心，造成國民生活的頹廢，且施用毒品的風氣具有相當大的傳染性，國家當然必須以嚴加控管，若任施用毒品者自由施用，恐怕會造成毒品的大流行，這對於社會風氣會產生極大不良的影響<sup>35</sup>。

毒品影響的層面除了個人的身心外，亦會擴及家庭、學校、同儕以至於整個社會。家庭是社會組成的最小單位，幸福的家庭是社會和諧的最重要元素，若家庭成員中有人施用毒品，將會使其與家庭其他成員漸行漸遠。配偶一方施用毒品往往會使得婚姻難以維持，毒品施用在家庭上可能伴隨著家暴，或遺棄親人，或造成重大不治的精神疾病，又或故意施用第一、二級毒品，經判決確定處以六個月以上的徒刑，皆可構成民法第 1052 條第 1 項所羅列的數款判決離婚事由；縱未達成上述情狀，亦可以民法第 1052 條第 2 項破綻主義構成判決離婚事由。又父母施用毒品，將成爲其子女成長過程中最劣質的示範，又購買毒品需要大量的

<sup>34</sup> 行政院新聞局，<http://info.gio.gov.tw/ct.asp?xItem=27945&ctNode=919>（最後造訪日期：2008/02/04）惟陳水扁總統任內，行政院長的遞換似如家常便飯（執政八年遞換六任閣揆），2005 年時任行政院長的謝長廷先生提出此計畫，其於 2006 年 1 月 24 日便辭職下台，翌日蘇貞昌先生任院長，其行政是否蕭規曹隨，又或各自為政則不得而知。

<sup>35</sup> 日本學者謂「国民生活を頹廢させ」、「社会生活が頹廢」。參見齊藤誠二，刑法各論，八千代，昭和 63 年 9 月，頁 400；松村 格，改訂日本刑法（各則講義案），八千代，昭和 63 年 4 月，頁 266；黑木 忍，刑法各論，信山社，平成元年 3 月，頁 174；團藤重光・平川宗信，刑法各論，有斐閣，平成 6 年 9 月，頁 163。國內亦有學者採此看法，參見陳仟萬，刑法分則解析，文笙，2006 年 3 月，頁 257。

金錢，家庭不僅是愛情的結晶，更需要麵包讓這個結晶體可以持續的發光發亮，若無財源將無以維繫家庭，屆時分崩離析，除了造成更多的社會問題外，最可憐的還是無辜的未成年子女。

進入校園之後，學校與同儕將是型塑一個人最重要的環境，若校園漫布毒害，同儕之中有人販售毒品、施用毒品，血氣方剛的年輕人往往辨別是非的能力薄弱，又會被所謂的朋友間的義氣或勇氣給蠱惑，殊不知與損友之義，禍延自己；匹夫之勇，葬送前程。再者，毒品會損害人的思考能力，縱然利用刺激中樞神經的毒品（例如安非他命），可以讓自己提振精神熬夜讀書，看似頗有戰國時代孫敬懸樑、蘇秦刺骨的苦讀精神，然而實際上自己的心智將被毒品給控制，最終落得學業無法精進、工作無法執行的窘境。

離開家庭及校園後，現今社會的高度競爭，絕非一個施用毒品者所能承受，毒品造成肉體上的孱弱，心理上的脆弱，精神上的異常，都將導致一個人的工作以及適應社會生活的能力降低。長此以往，其中影響最大者應屬施用毒品者的工作能力，毒品所造成的身心痛苦，將使其容易請假、翹班、與人爭執，最後失去工作。失業後，施用毒品者可能反噬家庭，又將衍生一連串的社會人倫悲劇。工作能力若從國家的角度視之，亦可謂經濟生產力或國家競爭力，此與本目前所述的國家競爭與軍事經濟相呼應。

### 三、國民健康

國家有維持國民健康的義務。健康權在我國憲法雖無明文，但可由中華民國憲法第 15 條生存權推導出來，亦或包含在第 22 條補遺權（概括的人權）之中。毒品危害防制條例第 1 條便彰顯立法意旨，該條文曰：「為防制毒品危害，維護國民身心健康，

制定本條例<sup>36</sup>。」施用毒品行為是直接傷害自己身體的行為，間接破壞民族健康，與國民的身心健康間有絕對的因果關係，基於國家保障國民健康的目標，自然宜以刑罰禁止人民施用毒品的行為。是故，施用毒品罪的處罰並非著眼點不在禁止行為人施用毒品的自傷行為，而是在於保護此超個人的法益（Überindividualrechtsgut），即國民健康<sup>37</sup>。

毒品對於人體健康的影響，於本論文第三章第二節第二項中已有說明，毒品造成的生理影響將使施用者產生極大的苦痛，毒品的長期施用會改變或破壞人體器官功能，諸如神經系統、呼吸系統、循環系統、消化系統、泌尿系統、生殖系統等皆將受到傷害。嚴重者甚至造成死亡，其原因可能為毒品對於人體的影響；為求更強烈的快感而加重人體所無法承受的毒品用量；或是施用毒品後，因藥力發作而生的意外；甚至是施用者因為戒斷症狀的苦痛、生活調適的挫折，無法忍耐而自殺。

毒品能改變人的心理以及精神狀態。多數施用毒品者會沉迷在毒品所帶來的幻象之中，在那個迷幻的世界中，施用毒品者是

---

<sup>36</sup> 我國對於施用毒品行為所侵害的法益，長久以來通說皆表示是國民健康，見韓忠謨，刑法各論，自版，1980年12月，頁300；甘添貴，刑法各論（上），五南，1990年10月，頁476；蔡墩銘，刑法各論，三民，2008年2月，頁388。國內學者則有認為施用毒品行為同時傷害民族的健康與風俗的善良，參見陳仟萬，註35書，頁257。日本近年對於施用毒品行為應予處罰的看法似乎有從社會風氣轉向國民健康的趨勢，參見野村稔，刑法各論，青林書院，平成14年4月，頁296；福田平，刑法各論，有斐閣，平成14年5月，頁123；山口厚，註18書，頁408；山口厚，刑法，有斐閣，平成18年9月，頁380；曾根威彥，刑法各論，弘文堂，平成19年2月，頁239。另外，日本學者大塚仁認為除了國民健康外，還有許多派生出來的弊害，諸如對社會發展的威脅等，參見大塚仁，刑法概說（各論），有斐閣，平成20年4月，頁509。

<sup>37</sup> 陳仟萬，施用安非他命衍生物有關法律問題的研究—以毒品危害防制條例暨麻醉藥品管理條例為探討的主軸，月旦法學雜誌第46期，1999年2月，頁101。



快樂的，但是回到現實之後，苦痛就將接踵而來，他們容易對世事缺乏關心，沒有歸屬感，對於成就、尊嚴及榮譽沒有戀棧，進而否定社會規範的價值，一心只想回到毒品的世界。毒品也會使得施用者產生幻覺，多疑、猜忌、不安及被害妄想的精神問題逐漸產生，究竟是毒品造成施用者精神異常，或是毒品激發施用者潛藏的精神病態，兩者之間雖有爭議，但是毒品對於精神異常的發生絕對引起相當的作用，因為毒品會放大任何的的心理衝突，施用者若有潛藏的情感性疾病、精神病或是精神官能症，在排除毒品的依賴後，仍會存有精神疾病的徵狀。

### 四、治安問題

施用毒品行為人多會造成治安問題<sup>38</sup>，大抵上其所造成的治安問題可分成兩種，其一是施用毒品行為人的「取得性犯罪行為」，亦即施用毒品者為了取得毒品施用，遂利用犯罪行為直接取得毒品<sup>39</sup>；另外則是施用毒品行為人取得性犯罪行為以外者，主要是因施用毒品所產生的作用造成精神狀況不穩定。在犯罪學上，亦有認為毒品的施用與犯罪間有密切的關係，而且在施用前就有犯罪行為者，成癮後往往更會加重其犯行<sup>40</sup>。

施用毒品行為人的取得性犯罪行為時常伴隨著毒品施用而來。所謂的取得性犯罪指，施用毒品行為人為取得毒品而以非法手段為之。當施用毒品行為人毒癮發作時，行為人可能會為各式

---

<sup>38</sup> 學者便謂施用毒品行為會製造「派生犯罪」，弊害深遠，參見甘添貴，註36書，頁476。

<sup>39</sup> 王皇玉，論施用毒品行為之犯罪化，台灣大學法學論叢第33卷6期，2004年11月，頁58、59。

<sup>40</sup> 林山田、林東茂、林燦璋，犯罪學，三民，2007年10月，頁263、264。

的犯罪行爲。取得性犯罪的新聞可謂是屢見不鮮<sup>41</sup>，至於國內學者統計，施打毒品後的人確實有較高的風險會觸犯施用毒品罪以外的罪行，據統計僅有 23.4%的施用毒品男性與 48.3%的施用毒品女性未曾於施用毒品後犯罪，亦即近八成的施用毒品男性與逾五成的施用毒品女性均有犯罪行爲<sup>42</sup>；施用毒品行爲人的取得性犯罪行爲多以竊盜或強盜的方式呈現，又或爲了毒品而販毒，更是害人害己，另外就是爲了毒品不得不下海賣淫等悲劇。

施用毒品行爲與治安問題間的關聯，據美國司法局的調查，33%的竊盜、強盜案件是因爲行爲人缺錢購買毒品施用乃鋌而走險；75%的犯罪者都曾有過施用毒品的紀錄。又，中國大陸西北區域的公安部門統計，70%的施用毒品者有過各式各樣的犯罪行

---

<sup>41</sup> 本文試圖詳細觀察施用毒品行爲人的取得性犯罪行爲，特別於 2008 年 2 月 26 日至 2008 年 3 月 26 日的一個月時間，特別注意報紙上關於施用毒品行爲人的取得性犯罪行爲，發現確實頻率很高，以竊盜為例：中國時報，〈三毒蟲偷抽水機 肆虐八掌溪農地〉，2008 年 3 月 6 日，C3 版；中國時報，〈慣竊偷遍桃園 一年半涉案 121 件〉（其中歹徒染有毒癮），2008 年 3 月 8 日，C3 版；中國時報，〈毒蟲不長眼 撿座面前偷竊〉，2008 年 3 月 24 日，C4 版；中國時報，〈竊電纜 毒蟲叔姪被捕〉，2008 年 3 月 16 日，C2 版；中國時報，〈毒害深 才出獄又偷水溝蓋〉，2008 年 3 月 18 日，C3 版；中國時報，〈專偷觸媒轉換器 毒蟲再回籠〉，2008 年 3 月 22 日，C2 版；中國時報，〈毒蟲偷車 犯案十餘起〉，2008 年 3 月 23 日，C2 版…等。而強盜案計有：中國時報，〈扭傷腳踝還能甩掉四警 一月快搶七銀樓 毒蟲竟是田徑好手〉，2008 年 2 月 26 日，A8 版；中國時報，〈南市連續強盜案 偵破歹徒二人組〉（其中歹徒染有毒癮），2008 年 2 月 27 日，C3 版；中國時報，〈毒子索錢解癮 母報警送入監〉，2008 年 3 月 4 日，C2 版；中國時報，〈毒蟲搶孕婦 警民合作逮捕〉，2008 年 3 月 10 日，C2 版；中國時報，〈要不到錢買毒品 槍殺弟嫂〉，2008 年 3 月 10 日，C3 版；中國時報，〈毒蟲搶劫獨居老人 判六年〉，2008 年 3 月 18 日，C2 版；〈毒害深 才出獄又偷水溝蓋〉，中國時報，2008 年 3 月 4 日，C2 版；中國時報，〈毒蟲找錢 連搶超商 11 起〉，2008 年 3 月 19 日，C3 版；中國時報，〈毒蟲壯酒膽 棒打婦人搶皮包〉，2008 年 3 月 22 日，C2 版…等。

<sup>42</sup> 林瑞欽，成癮者的用藥行爲特性與其對違法藥物戒治的啟示，刑事政策與犯罪研究論文集（九），法務部，2006 年 11 月，頁 131。

為，諸如詐欺、竊盜、強盜等，而曾經參與詐欺、竊盜、強盜、賣淫等行為人中亦有近七成的人曾經施用毒品，中國大陸南方公安部門的統計，施用毒品行為人中，男性逾七成皆有犯罪紀錄，而女性九成曾經從事賣淫行為，由上述美國與中國大陸有關部門的資料，可見施用毒品與犯罪行為間十分密切<sup>43</sup>。

## 第二項 支持除罪之理由

### 一、無被害人犯罪

支持施用毒品行為除罪者最重要的理由之一，就是施用毒品行為並無產生被害人，亦即所謂「無被害者犯罪說」。這個看法發軔於 1950 年代，英國經濟學、哲學家米爾（John Stuart Mill）表示「違反文明社會大眾意思而正當行使權力的唯一目的是為防止加害他人<sup>44</sup>。」亦即對於未加害他人的行為不應視為犯罪；1965 年美國犯罪學家蘇爾（Edwin Schur）出版一本名為《無被害者的犯罪》（Crimes Without Victims）的著作，該書將墮胎、同性戀、藥物成癮等行為與無被害者犯罪的概念連結，掀起學界探討無被害人犯罪的波瀾，對於無被害者犯罪，學者的討論除上述墮胎、同性戀、藥物成癮外，還有私鬥、賭博、娼妓、通姦等，這些探討造成未來一連串無被害者犯罪的除罪化運動<sup>45</sup>。

上個世紀有學者認為，無被害人的犯罪會造成諸多不良的結果，諸如：造成許多不必要的犯罪標籤；執法人員對無被害人的

---

<sup>43</sup> 蒙桂珍、張玉亮、陳德明，註 33 書，頁 88。

<sup>44</sup> 盧秋生譯，土屋真一著，註 14 文，頁 69。

<sup>45</sup> 高金桂，註 25 書，頁 79 以下；諸澤英道，被害者なき犯罪，藤本哲也編，刑事政策，法學書院，平成 15 年 7 月，頁 71。

犯罪執法不易，恐怕造成執法者自由選擇或隨意性，進而使得執法人員貪污或利用職權勒索；又檢警在偵查上也有困難，恐怕使得檢警偵查行為產生人權的侵害，而這類案件許多都未被破獲，使得人民對於檢警的不信任；最重要的是，這僅是偏差行為，一種次文化，施用毒品的行為人在施用毒品之初，多是因為好奇、刺激、冒險、即時享樂等心態，施用後又因為產生對藥物的依賴或是對自己絕望而繼續施用<sup>46</sup>，又或是因為家庭關係的改變，對於社會抗壓性的不足等原因而施用<sup>47</sup>，實際上並無任何被害人<sup>48</sup>，動用刑罰恐怕過重，對於施用毒品者的重點應該幫助其戒治毒癮，施以保安處分便足。

無被害人犯罪的想法與下述自傷行為不罰的觀點有些許的共通性，都是論者支持施用毒品行為除罪的重要理由。但是這個理由對於反對施用毒品罪除罪的人而言恐怕有避重就輕之嫌，因為施用毒品行為的當下雖然沒有產生任何犯罪被害人，不過其對於國家競爭乃至於社會風氣與治安都產生莫大的影響<sup>49</sup>，一旦施用毒品者為了毒品或是因毒發狂而犯更嚴重的罪，都將是被害人及社會的悲哀。

## 二、自傷行為不罰

綜觀我國刑法有處罰殺人傷人，但是若行為人自殺或自傷，法律便無明文處罰之，反而是協助他人自殺或自傷者成立加工自

---

<sup>46</sup> 董玉整、董莉等著，毒禍論—毒品問題的社會透視，中南工業大學出版社，1999年6月，頁258以下。

<sup>47</sup> 董玉整、董莉等著，註46書，頁281以下。

<sup>48</sup> 高金桂，註25書，頁83；劉鶴群、房智慧譯，社會學，Richard T. Schaeter著，巨流圖書，2005年12月，頁231。

<sup>49</sup> 大谷實，註7書，頁99。

殺或加工自傷罪，若如此則必須接受刑罰<sup>50</sup>。由此可知，現代刑法是根植於他傷不法的概念之上，而自傷行為之所以不處罰，主要是著眼於自傷行為之中並無所謂的被害人，進而無社會損害性，因此於刑法之中並無處罰自傷行為的規定；對於自傷行為或許可以在道德層面給予苛責，但是若將之施以刑事處罰，恐怕會使得刑法變成一種不能實踐的道德刑法<sup>51</sup>。

惟自傷不罰有例外，例如陸海空軍刑法第 37 條：「意圖免除職役，偽為疾病、毀傷身體或為其他詐偽之行為者，處一年以上七年以下有期徒刑。前項之未遂犯，罰之。」此乃因為陸海空三軍具有維繫國家領土主權的完整，以及保護國民生命、身體、自由、財產等安全的天職，斷然不可意圖免除職役而傷害自己的身體，故為自傷不罰的立法例之例外。又如妨害兵役治罪條例第 3 條第 4 款：「役齡男子意圖避免徵兵處理，而有下列行為之一者，處五年以下有期徒刑：……。四、毀傷身體或以其他方法變更體位者。……。」此乃因為服兵役係我國憲法第 20 條的國民義務，充沛的兵源是國家安全的根本，以自傷行為破壞服兵役義務是法律所不允許者。而持除罪化看法的論者認為，實際上施用毒品的行為就是自傷行為的一種，若將施用毒品行為套入我國自傷不罰的立法例，自不應對於施用毒品的行為施以刑罰。

傷害罪的立法目的乃在保護人類身體的完整性，於我國法之

---

<sup>50</sup> 刑法第 275 條第 1 項：「教唆或幫助他人使之自殺，或受其囑託或得其承諾而殺之者，處一年以上七年以下有期徒刑。」同法第 282 條：「教唆或幫助他人使之自傷，或受其囑託或得其承諾而傷害之，成重傷者，處三年以下有期徒刑。因而致死者，處六月以上五年以下有期徒刑。」加工自傷罪的成立，透過條文可知須達到重傷的程度。另外，刑法第 275 條第 3 項明文規定，「謀為同死而犯第一項之罪者，得免除其刑。」即犯加工自殺的行為人，若欲與自殺者一同死亡，則不對其施以刑罰；但是同法第 282 條並無謀為同傷不罰的規定，基於罪刑法定原則的要求，此恐無法類推適用刑法第 275 條第 3 項的規定。

<sup>51</sup> 王皇玉，註 39 文，頁 46 以下。

下，傷害又有普通傷害（或謂輕傷）與重傷害之分。所謂重傷依據刑法第 10 條第 4 項：「稱重傷者，謂下列傷害：一、毀敗或嚴重減損一目或二目之視能。二、毀敗或嚴重減損一耳或二耳之聽能。三、毀敗或嚴重減損語能、味能或嗅能。四、毀敗或嚴重減損一肢以上之機能。五、毀敗或嚴重減損生殖之機能。六、其他於身體或健康，有重大不治或難治之傷害。」至於普通傷害則是未達重傷程度的傷害人體行為，換言之，重傷害以外的傷害就是普通傷害。

施用毒品行為實際上就是自我傷害的行為，使用之初為普通傷害，毒品所造成的腹瀉嘔吐、噁心厭食、恍神呆滯、視覺模糊、影像扭曲、身體捲曲、惡寒抽筋、暫發性失憶及身體失去平衡等戒斷症狀就是對於自身人體完整性的自我侵害，若施用的量更多，達到刑法第 10 條第 4 項重傷的定義時，則為重傷害。由此可知，施用毒品與拳腳相向、槍棍齊飛相同，都是傷害行為的一種，施用毒品的行為人未對他人施用毒品，僅是對自己施用毒品，理論上應屬自傷行為，為求法律體例的完整，自應以自傷行為不罰的立法例論處。但是現行法下毒品危害防制條例第 10 條規定施用毒品者處以刑罰實非妥適，故應對其除罪。

不過，自己行為是否能夠處罰，學說上還是有不同意見，有論者便表示，施用毒品行為可能在形式上是自己決定權的展現，但是由毒品的成癮性及毒害程度，刑法立於家長式統治的觀點（父權主義思想；パタナソズムの観点）亦可處罰自己行為<sup>52</sup>；又有論者表示，自傷行為雖本不該罰，但是對於社會有不良影響者，可獨立處罰之<sup>53</sup>。總而言之，一如妨害兵役治罪條例第 3 條第 4 款以及陸海空軍刑法第 37 條對於自傷行為的處罰，也是基

<sup>52</sup> 前田雅英，刑法各論，東京大學出版會，平成 7 年 12 月，頁 387。

<sup>53</sup> 香川達夫，刑法講義（各論），成文堂，平成 8 年 3 月，頁 229。

於特定的目的處罰施用毒品行為，雖是對於自己行為的處罰，但亦非絕對不可。

### 三、對於反對除罪理由之反駁

反對施用毒品罪除罪者所提出關於國家競爭、社會風氣、國民健康以及取得性犯罪等的理由，雖然洋洋灑灑，但是在支持施用毒品罪除罪者的眼中都是無稽之談。支持施用毒品罪除罪者認為反對施用毒品罪除罪者所提出的理由實際上都是杞人憂天，因為施用毒品行為與國家競爭、社會風氣、國民健康以及取得性犯罪等並無因果關係。

#### （一）與國家競爭無因果關係

將國家競爭力的衰弱歸責於毒品恐怕並不客觀，鴉片戰爭的失敗實際上並非全然是鴉片所造成，撇開鴉片對於滿清國力的影響，當時後封建政府的腐敗，中國科技的落後，國家制度不全，法令規章陳腐造成等才是導致清朝衰敗的原因。若當時封建政府開明，科技也達到世界先進水平，縱然國內有人吸食鴉片煙也不至於如此難堪，君不見當時後的英國、法國等侵略國家之內也有不少吸食鴉片煙的癮者。

施用毒品的人可能無法工作，但是社會上無法從事勞動生產的比比皆是，例如老人小孩、重症病患、長期酗酒、暴飲暴食、天生懶散，將國家的經濟能力表現不佳的情況由施用毒品的行為人負責恐怕並不正確。若施用毒品影響國家的經濟競爭力，甚至是軍事競爭力可以作為犯罪的理由，那麼酗酒者、失業者、老人

家或是殘障人士是否就背負著使國家競爭力下滑的原罪？以這種眼光看待事物未免過於苛刻，畢竟一個國家是否具備相當的競爭力，應該取決於國家的制度是否適當，政府的政策是否正確，人民的素質是否文明，科技的發展是否進步等。

此外，透過一國經濟力的指標數據「國內生產毛額」觀察，我國這幾年施用毒品犯罪雖然逐年攀升，但是國內生產毛額數值並無相對降低。所謂國內生產毛額（Gross Domestic Product, GDP）為在本國（或一定地區）疆域以內所有生產機構或單位之生產成果，不論這些生產者係本國人或外國人所經營者。由下圖表 C 可知<sup>54</sup>，我國近年來施用毒品人數雖然不斷增加，但是國家的經濟實力並未因此而衰敗，國內生產毛額數值依舊是逐年攀升，特別是 2004 年施用毒品人數增加最多，但是同年國內生產毛額卻也是近來年升高最大的一年，論者有謂施用毒品者會造成國家競爭力的衰退，恐怕是一個錯誤的印象。

圖表 C：施用毒品人數與國內生產毛額關係表（2002 年至 2006 年）

	施用毒品人(單位:人)	國內生產毛額(單位:百萬元新台幣)
2002 年	8481	10319445
2003 年	8763	10680631
2004 年	10614	11337829
2005 年	11316	11809552
2006 年	12431	12386799

<sup>54</sup> 資料統整於：法務部調查局，經濟及毒品犯罪防制工作年報—民國 95 年，法務部調查局，2007 年 5 月，頁 256；行政院主計處網站（<http://www.dgbas.gov.tw>），統計表（2001 年至 2006 年）<http://www.dgbas.gov.tw/ct.asp?xItem=14616&CtNode=3566>（最後造訪日期：2008/03/23）



## (二) 與社會風氣無因果關係

社會風氣是由社會上所有人的品格累積，而人的品格走向哪個方向則是由教育所造成，所以品格的高尚或低劣造成社會風氣的良善或醜惡，實際上與施用毒品本身並無什麼關聯，嚴格來說，應該是社會風氣敗壞方才使得部分人民施用毒品。端正的社會風氣應該是由教育工作進行，而非處罰施用毒品的行為人。

長久以來，我國的學校教育只注重專業能力的訓練，而忽視了道德情操的培養；家庭教育又因為高度競爭的工商業社會造成隔代教養、安親班教養等問題，父母的身教言教功能已經沒有昔日來的徹底，品格養成最重要的時候，因為父母與學校的忽視，造成品格教育的失敗。社會教育對於品格的養成更是欲振乏力，社會教育最重要的平台—媒體為了利益，盡是些政黨惡鬥、藝人搞怪、罪犯囂張等負面消息。台灣憂心的學者多次沉痛的呼籲品格教育的重要，並且引發道德教育改革的呼籲<sup>55</sup>。簡言之，將社會風氣敗壞的罪名加諸在施用毒品行為人的頭上未免太過「莫須

---

<sup>55</sup> 2008年2月，日本文科省提議各中小學設立道德教師一名，推廣道德教育，並準備把道德課程科學化，變成一門正式學科。這項提議後來雖然沒有通過，但也因此引起台灣教育界的熱烈討論，是否台灣也應該增列道德課程。摘自：李丁讚，中國時報，〈道德是能力不是知識〉，2008年2月21日，A19版。李氏為清華大學社會研究所教授，其指出道德是一種能力，不是知識。所以，它不能用普通教科書的方式來教，考試更是沒用。所謂能力要親身去學，才能獲得，所以必須用老師的身體來教，這就是身教。但是，講身教太沉重，老師也是人，不一定能具備那麼多好的德行。因此，我們應該說老師和學生相互教、一齊學，共同創造一種德行關係，雙方的德行就可以在這個關係中一齊成長。另外對於台灣的品格教育問題，2008年2月20日的聯合晚報亦有報導台灣大學心理系黃光國教授曾直言，台灣的品格教育已經「從根爛起」，政治人物則是罪魁禍首；台灣大學哲學系傅佩榮教授則認為，因為「居上位者」沒有品格，社會中自然瀰漫邪惡、醜陋的氣息。

有」，似乎以施用毒品的行為人為社會風氣不良的代罪羔羊。國家應該正視教育以改良社會風俗，而非倒果為因，將施用毒品行為歸咎為造成社會風俗敗壞的主因。

### （三）與國民健康無因果關係

我國憲法實際上對於所謂的健康權並沒有明文規範於憲法的第二章人民之權利義務，即人權清單中並無健康權的昭示，關於國民健康的規定僅見於我國憲法之基本國策第 157 條中，「國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度。」而中華民國憲法增修條文第 10 條第 6 項又謂「國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展。」顯見國家欲透過衛生保健、全民健康保險制度保障人民的健康，而非直接可斷定人民享有健康權。

由此可知，若國家不積極建立衛生保健、全民健康保險等制度方有侵害國民健康之虞，此為制度上的問題。反觀，施用毒品行為僅是個人問題，若將之與國民健康與否搭上線，可能未免太高估施用毒品對於國民健康的影響<sup>56</sup>。就實際而言，抽菸會造成二手菸，但是施用毒品並不會造成二手毒，似乎抽菸對於國民健康的危害較施用毒品更大、更直接，為何法律獨漏抽菸的行為不處罰，卻要將施用毒品的行為視為仇寇，真是不得其解。

另外，施用毒品的行為雖不會傷害他人，但確實會傷害自己的身心，惟基於前述自傷行為不罰的理由，所以縱然施用毒品傷

---

<sup>56</sup> 張天一，釋字第四七六號解釋的遺珠之憾－試論毒品犯罪之相關問題，月旦法學雜誌第 103 期，2003 年 11 月，頁 173。

害國民的健康，即自身的健康，也不可為刑罰的理由，國家所應思考者應是如何架構良善的衛生保健、全民健康保險制度，以利施用毒品者循適當的管道戒除毒癮，方才是對於國民健康的保護，僅將施用毒品行為列為刑罰，並不可採。

#### （四）與治安問題無因果關係

施用毒品者的取得性犯罪實際上僅是「偶然」，施用毒品者也有可能以自己合法賺取的金錢購買毒品，所以吸毒者的取得性犯罪行為時常伴隨著吸毒而來只是單純的假設<sup>57</sup>。何況，若行為人因為施用毒品，或為了毒品從事犯罪行為，在現行刑法上都可以找到對其加以處罰的規定，就算將施用毒品行為的處罰視為「犯罪前置化」，也必須在客觀上能夠證實前行為（施用毒品）與後續的犯罪行為間，有高度的關聯性存在，否則便無將前行為入罪的基礎<sup>58</sup>。

不可否認的，施用毒品的行為會將其他犯罪行為的發生帶到更高的風險，實證上也有諸多施用毒品與其他犯罪行為關聯的統計數字，惟施用毒品行為對於法益的侵害並無直接關係，所以若僅是基於預防可能發生的犯罪為處罰考量時，科以行政罰便足，或是將其持有的毒品、施用毒品的器具等沒收便足，實際上並無動用刑罰的必要<sup>59</sup>。

---

<sup>57</sup> 王皇玉，註 39 文，頁 60。

<sup>58</sup> 張天一，註 56 文，頁 173。

<sup>59</sup> 張天一，註 56 文，頁 179。

## 第五節 入罪或除罪之實證觀察

在掌握入罪與除罪的概念，以及施用毒品罪是否應予除罪的兩造說法之後，本文以為人民對於施用毒品行為究竟抱持著怎樣的看法，應該也是左右施用毒品罪應否除罪的關鍵。故，本文特別針對此一命題為實證觀察，以避免施用毒品行為的入罪或除罪僅流於學者專家的片面之詞。本文認為法律的制定應隨自己國家不同的社會背景、風土民情而有差異，決不可憑一家之言或隨意抄襲外國的立法例，就貿然於本國「試用」，此牽動著刑事政策的成敗，更維繫著人民對刑事司法的期待，也就是「國民法感情」。法感情這是法律主體一人內部的主觀心理感受，其涉及人民對於國家一切法律的信賴，若法感情被破壞，則人民恐對法院的判決不信任，對立法者制定的法律不信任，對國家所有一切公權力的行為都不信任。

國民法感情的具體實踐，在憲法上是有設計的，即中華民國憲法第 17 條的創制權、複決權，也就是所謂直接民權，但是直接民權的使用必須謹慎，因為這是雙面刃，直接民權可能走向光明的思辯民主，也可能墮落為民粹威權。所謂創制權是人民直接投票創設中央或地方法規；複決權是人民對於立法通過的法案，用投票決定是否成為法律或憲法權利<sup>60</sup>。目前我國立法機關並未對創制權、複決權立法供人民實行，但是 2006 年 5 月通過公民投票法<sup>61</sup>，似乎立法者欲以公民投票的機制取代創制權及複決

<sup>60</sup> 許育典，憲法，元照，2006 年 10 月，頁 290、291。

<sup>61</sup> 公民投票法第 2 條規定：「本法所稱公民投票，包括全國性及地方性公民投票。( I ) 全國性公民投票適用事項如下：一、法律之複決。二、立法原則之創制。三、重大政策之創制或複決。四、憲法修正案之複決。( II ) 地方性公民投票適用事項如下：一、地方自治法規之複決。二、地方自治

權，但是利用直接民權決定法律的創制複決事關重大，故目前多是備而不用，也因此反而使得公民投票淪為政爭工具<sup>62</sup>。

事實上，體現國民法感情的管道並非僅有上述的方式，民意輿論與統計資料都可以展現國民法律情感意志的方法。惟民意輿論並無詳細的數據，雖具有影響力，但是容易流於各說各話，恐較不嚴謹，故本文欲以統計的方式，實證觀察「施用毒品行為應入罪或除罪」此一命題的國民法律感情，並以實證觀察研究的結果體現國民法情感，並且作為施用毒品行為究竟應入罪或除罪的一項立法參考。

## 第一項 研究調查過程

### 一、研究主題

本論文調查研究的主題就如前文所述，是為釐清人民對於施

---

法規立法原則之創制。三、地方自治事項重大政策之創制或複決。(III) 預算、租稅、投資、薪俸及人事事項不得作為公民投票之提案。(IV) 公民投票事項之認定，由公民投票審議委員會（以下簡稱審議委員會）為之。(V)」立法者捨棄憲法上創制權與複決權的規定，轉向以公民投票權解決部分創制權與複決權的問題，或許因為有其考量，惟對此學理上仍有疑義，本文不贅述之。

<sup>62</sup> 當前我國數度公民投票實際上與法律並無關聯，使得公民投票淪為政黨政爭的工具，披著公民投票、公民自決的外衣為撕裂族群、挑撥離間的工作。這些行為都已經違反公民投票法第 1 條前段的立法意旨，「依據憲法主權在民之原則，為確保國民直接民權之行使，特制定本法。」比如 2008 年的總統選舉，民進黨與國民黨先後推出加入聯合國、返回聯合國的公民投票，但是兩議案的投票率皆未達 36%（前者 35.82%，後者 35.74%），可笑可歎，由此可見我國政黨操縱公民投票，結果造成傷害國民直接民權的情感極大。參見聯合報，〈兩公投未過，催票沒力了〉、〈解讀公投—不爽選舉操弄〉，2008 年 3 月 22 日，A11 版。

用毒品行為究竟應否動之以刑罰的看法。透過問卷的分析，找出人民對於施用毒品行為是否為犯罪行為的法律情感，並且做為刑事政策或立法上的參考，若人民認為施用毒品行為屬犯罪行為，自然不應將當前的施用毒品除罪；反之，若人民認為施用毒品行為未達犯罪行為的程度，則應檢討當前施用毒品罪的立法例，甚至可以考慮將之除罪。此外，本文第四章第四節第一項討論戒毒處分的費用部分<sup>63</sup>，針對戒毒費用是否應納入全民健康保險的議題，亦隨同本實證研究為調查。

## 二、研究限制

本實證研究調查採問卷方式進行，但是囿限於經費、時間與人力，無法進行大規模的全國抽樣調查，以提高樣本數降低誤差範圍，僅能於台北、台中兩地對於當地的行人或住民進行調查工作。雖然，在有限的經費與時間之下，本文仍力求符合學術研究要求的水準，努力找出此議題的國民法律情感與相關看法，希冀在最有限的資源下從事實證研究，並以該研究結果為解釋論和立法論的探討，而本實驗調查絕對可以體現出相當的實情。

## 三、問卷設計

本問卷設計主要有三個部份<sup>64</sup>。第一部分是針對受訪者基本資料的調查，主要有性別、年齡、學歷、居住地區以及是否有法律背景（法律系所學生或司法實務工作），之所以會加入法律背景的資料，是為了獲悉在法律的議題上，法律系所學生或從事司

---

<sup>63</sup> 此部分的實證觀察結果，請見本文，頁 149。

<sup>64</sup> 問卷的樣式及詳細內容，請見文末之附錄二：實證調查問卷格式。

法實務工作者的看法，與未曾歷經法律教育或司法實務工作的大部分人是不是有著法律情感的差異。

另外，第二部分是針對「施用毒品行為（藥物濫用）是否屬於犯罪行為」的看法調查，未免使用毒品字眼會影響受訪者對於此一問題的看法，故加入藥物濫用，力圖使得這個問題更加中性。對於是否認為是否犯罪行為所持的理由，問卷除了有列出幾項外，亦有其他選項供受訪者可以抒發自己的看法。第三部分則是對於「戒毒費用是否應納入全民健康保險」的看法調查，就其原因則由受訪者自由發揮。

### 四、調查對象與時間

本次調查的對象限定在十八歲以上的人，因為由刑法第 18、19 條可知，刑法上的完全責任能力人為十八歲以上，且無精神障礙或其他心智缺陷致辨識能力與控制能力受損者，符合此項標準的人對於刑事法上的議題應能有足夠的理性判斷，故本文將調查對象限定於此。至於調查時間則是由 2008 年 1 月 18 日至 2008 年 3 月 14 日，這段期間內不定期於東海大學，或台北與台中街頭進行訪問。

本問卷有一特色是區分受訪者是否有法律背景（法律系所學生或司法實務工作），但是有法律背景者在社會當中相對是少數，為避免本文作者的法律求學背景可能造成問卷調查比例的失衡，進而影響國民法律情感的真實，在預計問卷調查三百至四百份的前提下，將法律背景的問卷採集限定於四十份，估計有法律背景的受訪者佔問卷總體的 10% 至 13.3% 間，一旦滿足則在調查工作上就將具有法律背景人士排除在外。

## 五、調查工具與方法

本實證調查以問卷填寫的方式，交由受訪者填寫後收回。問卷所使用的題目由本文作者設計製作，初期的十份問卷為實驗問卷（預試，tryout），待實驗問卷受訪者填寫完畢後，詢問是否有何處語焉不詳或言不及義之處，再行斟酌修改，以便利日後訪員作業及填答者回答<sup>65</sup>；爾後再由筆者及台北、台中的友人協力進行調查工作，關於調查秉持客觀中立，依循標準化的調查訪問方式進行<sup>66</sup>。

對於抽樣方式，本實證調查除採基本的簡單隨機抽樣（Simple Random Sampling）對於市民隨機抽樣外，另外針對本實證研究的特別需要佐以群集抽樣（Cluster Sampling），先分辨抽樣母體—有法律背景者，再行抽樣<sup>67</sup>。如此方可達到本文欲探討具有法律背景者與一般社會大眾對於議題的看法是否存有差異，以及對此差異可能的解讀。本實證研究遵循「設計、敘述、推論」的研究方式，待問卷設計完成投入調查結束後，對於調查結果以敘述性統計（Descriptive Statistics）呈現，將調查結果詳實的敘述說明，並且將之數據化，爾後再循推論性統計（Inferential Statistics）角度切入，對於所得的結果資料進行推論說明<sup>68</sup>。

---

<sup>65</sup> 林振春，社會調查，五南，1980年7月，頁87以下。

<sup>66</sup> 國立編譯館主譯、黃朗文譯，Floyd J. Fowler, Jr. & Thomas W. Mangione 著，標準化的調查訪問（Standardized Survey Interviewing），弘智文化，1994年4月，頁43以下。

<sup>67</sup> 鄭宗琳、吳宇真譯，Alan Agresti & Barbara Finlay 著，社會統計學（Statistical Methods for the Social Sciences），五南出版，2002年9月，頁22、36。

<sup>68</sup> 鄭宗琳、吳宇真譯，Alan Agresti & Barbara Finlay 著，註67書，頁5。



## 第二項 調查結果分析

本調查定義有效樣本數（有效問卷），為可辨識受訪者回答問題的真意便足，共製成問卷三百三十份（含最初十份實驗問卷），有效問卷為三百二十一一份。以下即是本次實證調查結果的分析。

### 一、基本資料描述

本次實證研究共有三百二十一一份有效問卷，男性受訪者有一百二十五位，女性受訪者一百九十六位，男女比約為 39：61；年齡以十八歲至三十歲的青年最多，有一百四十二位（44.2%），三十一歲至四十歲的壯年次之，有六十九位（21.4%），至於四十歲至五十歲與五十一歲至未滿六十五歲的中年人分別有五十及五十一位（15.5%；15.8%），六十五歲以上的老年人則有九位（2.8%）。

至於受訪者的學歷部分，國中以下者有三十七人（11.5%），高中職有七十四人（23%），大專院校有一百八十二人（56.6%），研究所以上學歷則有二十八人（8.7%）。就居住地論，受訪者已居住於台灣中部，即苗栗、台中、彰化、南投者為最多，共計住台灣北部有八十四人（26.1%），台灣中部有二百一十人（65.4%），台灣南部有二十二位（6.8%），台灣東部有三人（0.9%），離島地區有二人（0.6%）。另外，有法律背景的受訪者有四十人，無法律背景的受訪者為二百八十一人，比例約為 12：88。

圖表 D：受訪者基本資料統計表

背景	受訪者				
	男			女	
性別	125			196	
年齡	18~30	31~40	41~50	51~64	65 以上
	142	69	50	51	9
學歷	國小以下	國中	高中職	大學大專	研究所
	14	23	74	182	28
居住地	台灣北部	台灣中部	台灣南部	台灣東部	離島地區
	84	210	22	3	2
是否有法律背景	有			無	
	40			281	

(單位：人)

## 二、施用毒品行為之入罪或除罪

感情的事情總是讓人覺得難解，國民法感情同樣也是一個不確定的概念，或許沒辦法將之完全掌握，但是透過統計資料可以了解人民想法的走向，所以統計應是獲得國民法感情意向的重要方式。由下圖表 E 可以知道，絕大部分的受訪者都認為施用毒品行為應該構成犯罪，其占有所有受訪者的 87.5%（有法律背景的 70%；無法律背景的 93.3%），換言之，近九成的民眾都認為施用毒品行為應該是犯罪行為。至於，認為施用毒品行為並不够成犯罪者占有所有受訪者的 11.2%（有法律背景的 27.5%；無法律背景的 5.5%）；表示不清楚的則有 5.5%（有法律背景的 2.5%；無法律背景的 4.7%）。

圖表 E：施用毒品行為是否構成犯罪統計表

施用毒品（濫用藥物）行為是否構成犯罪？					
肯定		否定		不清楚	
281		26		14	
87.5%		11.2%		5.5%	
有法律背景	無法律背景	有法律背景	無法律背景	有法律背景	無法律背景
28	253	11	15	1	13
70%	93.3%	27.5%	5.5%	2.5%	4.7%
大學	碩博	大學	碩博	大學	碩博
25	3	6	5	0	1

(單位：人)

多數不表示就一定正確，一如當年絕大多數的人都認為地球是平的，但是地球卻是圓的；法律不比自然科學有著絕對的答案，因為法律本來就是一個價值判斷的抉擇，刑事法律尤其如此，只能說現今國民的法律情感大部分都認為施用毒品行為應該是犯罪行為，而且 87.5% 的民眾認為施用毒品行為構成犯罪已經是十分高的比例<sup>69</sup>，貿然將施用毒品行為除罪，恐怕只會使得人民對於法律的權威產生質疑。

在實證調查的過程中，發現一項有趣的現象，即有法律背景的受訪者，或許是因為求學的過程中有受過自傷不罰等法律學理

<sup>69</sup> 學者張麗卿教授曾經就刑法第 185 條之 3，即單純的不能安全駕駛是否需要用刑法來處罰作過實證研究（該研究針對酒醉駕車），據該研究顯示 62.75% 的民眾認為合理，28.92% 的民眾認為不合理；9.31% 的民眾表示不知道。參見張麗卿，交通刑法，學林，2002 年 12 月，頁 132。與上開研究相較，支持施用毒品行為以刑罰處罰者較酒醉駕車為眾，為何不見有人提出酒醉駕車行為除罪化的聲音，恐怕是熱衷除罪人士的有意忽略。

的洗禮，所以在數據上呈現，在整體有法律背景的四十人當中，十一人持施用毒品行為不為罪的看法，而此一區塊具有碩士、博士法律背景人士更達五人，就比例上觀察，似乎顯示出法律人與一般人民就施用毒品是否為犯罪行為的議題上觀點較為不同。

### （一）民眾認為施用毒品構成犯罪之理由

人民認為施用毒品屬於犯罪行為的理由，據統計大如下圖表 F 可知，人民認為施用毒品行為為犯罪行為最大的原因是治安問題被造成，其次是殘害自己的身體，影響國民健康，影響國家競爭力，傷風敗俗等<sup>70</sup>。

另外有受訪者特別提出，施用毒品行為會增加社會負擔，而且諸多家庭是無法妥善照顧施用毒品的行為人；施用毒品行為對於家人也是種傷害，嚴重破壞家庭的幸福和諧；若施用毒品的行為人是受孕婦女，更是造成體內的胎兒無法彌補的傷害。更有受訪者在問卷中使用極具情緒性的字眼，如渾蛋、王八之類，並且有不少受訪者表示應該對於施用毒品行為人加重處罰，或提出一次施用毒品尚可原諒，若再犯則「關到死」（按：筆者以為受訪者應是指無期徒刑）。

---

<sup>70</sup> 對於問卷的設計（特別是支持與反對的理由部分），林東茂教授於口試時亦有給本文寶貴的意見，例如目前監所人滿為患的狀況，是否會影響人民對於施用毒品罪是否應除罪的看法等，我相信這些寶貴的意見都是未來對於該類議題思考的方向。

圖表 F：支持施用毒品是犯罪所持理由之人數統計表

所持的理由	人數	百分比
1.殘害自己身體	206	73.3%
2.影響國家競爭力	147	52.3%
3.影響國民健康	180	64%
4.造成治安問題	260	92.5%
5.傷風敗俗	99	35.2%
6.其他	11	3.9%

(認爲施用毒品行為構成犯罪的總人數 281 人；可複選)

## (二) 民眾認爲施用毒品不是犯罪之理由

人民認爲施用毒品屬於犯罪行為的理由，據統計如下圖表 G 可知，人民認爲施用毒品行為不構成犯罪行為最大的原因是施用毒品僅係個人行為，並未侵害到他人法益，其次是自傷行為不罰，對於社會國家利益沒有危害等。

由此可以發現一件有趣的現象，即大部分人認爲施用毒品行為不構成犯罪，純粹是因爲施用毒品行為並未傷害到別人，弔詭的是認爲施用毒品行為是犯罪行為的理由之中，最多的卻是可能造成治安問題。此外，有受訪者用奢侈品比喻毒品（按：筆者以爲以奢侈品爲比喻毒品，可能並非妥當），購買或使用奢侈品的下場本人應該自負其責。

圖表 G：支持施用毒品非犯罪所持理由之人數統計表

所持的理由	人數	百分比
1.無害社會、國家利益	6	23%
2.個人行爲，未害他人	22	84.6%
3.自傷行爲不用處罰	9	34.6%
4.其他	3	7.5%

(認爲施用毒品行爲不是犯罪的總人數 26 人；可複選)

## 第六節 小結

在三權分立的框架下，法律的制定是立法者的權力，我國憲法第 62 條：「立法院爲國家最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權。」第 63 條：「立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權。」由上述可知，法律的制定爲立法院的權力，刑事法自然包含在內，一個行爲究竟是否犯罪，在合於憲法要求的前提下，自然也是立法院的職權範圍，本章所探討的施用毒品罪究竟是否應除罪化亦然。

施用毒品行爲究竟是否屬於犯罪行爲，在學理上有諸多的探討，這個議題反映在外國立法例上也有不同，無論是先進國家或是較爲落後的國家都有將施用毒品行爲定位爲犯罪或非犯罪。雖然我國屬於民主法治的後進國家，現代法律規範多繼受西歐、美國、日本等先進國家的立法例，但是在引進之後也必須將外國的立法例加以本土化，方才能爲國人所接受。

施用毒品行爲雖非本體惡，但是經滿清中葉以來的近三百

年，在我國都將其規範為犯罪，加上清末民初的國家因鴉片而蒙難，久而久之，在人民的心中似乎普遍根植著施用毒品就是罪惡的想法<sup>71</sup>。這個想法並不是錯的，因為法律僅是價值的判斷，世間上難謂有絕對的價值；法律只是讓一個國家或地區的秩序能夠穩定的手段，這個手段往往會因為所處的環境而有異，例如：千年前匈奴人的婚姻習俗「父死妻其後母，兄死則妻其嫂」，父親的後母（非本身的母親）和兄長的妻子，在父親或兄長死後，兒子或弟弟可將父親或兄長的女人當成自己的妻子，這樣的習俗在漢人的眼光是不合乎倫常的（違法），但是匈奴人卻是習以為常。

本文認為，就目前而言，施用毒品行為尚不應除罪，眼下我國施用毒品罪的除罪呼聲恐怕是操之過急。畢竟刑罰論有一般預防功能，可警惕人民不可濫用毒品，對於國民健康的維護有正面意義，另外基於特別預防功能的要求，對於施用毒品的行為人，國家應將重心放在如何協助其戒除毒癮；簡言之，只要刑度上沒有逾越比例原則的要求（司法院大法官釋字第 476、544 號解釋），立法上能夠給予施用毒品者一次改過自新的機會；再佐以完善的戒毒處分協助施用毒品者戒除毒癮，將施用毒品行為列為犯罪行為並無不妥。我國現行毒品危害防制條例第 21、23 條有「第一次犯罪予以不起訴處分，再犯再予處罰」的規定，以及今年甫通過的第 24 條，接受戒毒治療可獲緩起訴處分的規定，此皆已經含有除罪（去刑罰化）的色彩<sup>72</sup>，可謂完善的立法例。

雖然有論者謂西方先進國家多將施用毒品行為除罪云云，本文以為這是過於放大某些國家的立法例，先進國家諸如美國、法國、日本等亦未將施用毒品行為除罪，故持此意見可能有所偏

---

<sup>71</sup> 今年天主教廷將吸毒列為新的七宗罪之一，似乎標誌著毒品的施用是新時代的原罪。

<sup>72</sup> 許福生，註 6 書，頁 102。

頗，雖然將施用毒品行為除罪國家的立法例可供我國參考<sup>73</sup>，但未必表示要全盤照抄。同時大部分的人民認為施用毒品行為是犯罪行為，若草率的因為學理上如何，或外國立法例如何，忽視法律本係為人民而生的基本精神，而將施用毒品罪除罪，恐怕並非善舉，最後可能只是侵害人民法感情，造成人民對於國家立法、司法的不信任而已，勿忘法律的制定用於本土，亦應以本土為本，方可真正成為人民的法律<sup>74</sup>。將一個行為入罪或除罪是同等重要的，入罪或除罪的過程必須看清楚人民的法律意識，衡量國情後，在刑事政策上審慎的思考<sup>75</sup>，所以有學者便曾呼籲：「我國歷史上受毒害甚深，當然不可能、亦不必追隨西歐的刑事政策<sup>76</sup>。」

---

<sup>73</sup> 陳仟萬，論毒品的概念與種類，軍法專刊第 46 卷 6 期，2000 年 6 月，頁 35；王皇玉，註 39 文，頁 45。

<sup>74</sup> 王泰升，台灣法律史概論，元照，2004 年 9 月，頁 342。

<sup>75</sup> 許金春，註 21 書，頁 680。另外，筆者以為，同樣受外國法制影響甚深的日本，在某種程度上就比我國更能夠看清楚自己國民的法律情感，進而制定適宜自己國家的法律，所以對於施用毒品罪究竟是否應除罪的議題上，日人對於自己國家處罰施用毒品行為似乎多有信心。參見盧秋生譯，土屋真一著，註 14 文，頁 77。

<sup>76</sup> 張麗卿，註 27 書，頁 163。