臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

112年度上訴字第29號

上　訴　人
即　被　告　吳○平
000000000000000000
000000000000000000

000000000000000000

選任辯護人　蕭芳芳律師(法扶律師)

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣臺東地方法院111年度訴字第95號中華民國112年2月16日第一審判決（起訴案號：臺灣臺東地方檢察署110年度偵字第3765號），提起上訴，本院判決如下：

主　　文

原判決撤銷。

吳○平轉讓第三級毒品，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以新台幣壹仟元折算壹日。未扣案之現金新台幣陸佰元及搭配不詳門號手機壹支（含SIM卡壹張）沒收之，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

犯罪事實

一、吳○平（行為時為18歲以上未滿20歲之人）明知含4-甲基甲基卡西酮（屬管制化學合成之NPS浴鹽類毒品）之毒品咖啡包（下稱咖啡包）為毒品危害防制條例（以下稱毒品條例）列管之第三級毒品，非經許可不得轉讓，竟基於轉讓第三級毒品之犯意，於民國108年9月26日晚間某時，先持己有搭配不詳門號之手機1支（含SIM卡1張，未扣案）以通訊軟體Messenger與少年乙○○（00年0月生，真實姓名年籍詳卷）語音通話聯絡毒品交付事宜後，在臺東縣臺東市日光大橋下溜冰場，向上游取得咖啡包後未賺取差額而直接轉讓1包咖啡包（重量不詳）給少年乙○○，並當場取得現金新臺幣（下

同）600元。嗣少年乙○○於翌（27）日將上揭咖啡包帶至學校（校名詳卷），於下午第7堂課之課堂間，在教室內將咖啡包倒入立頓奶茶鋁箔包內與奶茶攪拌飲用，旋即產生亢奮之異常反應，經同學報告師長後，由學校教官兼生輔組組長丙○○從垃圾桶內將少年乙○○飲用後所剩立頓奶茶鋁箔包包裝撿起交付臺東縣警察局少年隊，鑑定結果檢出4-甲基甲基卡西酮成分，始悉上情。

二、案經臺灣臺東地方檢察署檢察官指揮臺東縣警察局移送同署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、證據能力方面

一、供述證據部分：

查本判決所引用被告以外之人於審判外之陳述，被告及其辯護人於本院審理時同意有證據能力（本院卷第150、156頁），依刑事訴訟法第159條之5第1項規定，審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法取得及證明力明顯過低之瑕疵，認以之作為證據應屬適當，具有證據能力。

二、非供述證據部分：

其餘所依憑判斷之非供述證據，亦查無有何違反法定程序取得之情形，應有證據能力。

貳、實體方面：

一、上開犯罪事實，業據上訴人即被告吳○平於本院審理時坦承不諱（本院卷第150、153頁），核與證人乙○○、丙○○及吳東昇於偵審中之證述大致相符（見偵卷第229至233頁、第235頁、第255至259頁、第277至281頁，原審卷第328至335頁、第337、339頁、第343至351頁、第354至357頁、第363、364頁、第366至374頁、第378至387頁），並有立頓奶茶鋁箔包照片（偵卷第95至97頁）、臺東縣警察局少年警察隊查獲毒品犯罪嫌疑人尿液採驗作業管制紀錄表1份（偵卷第99至101頁）、慈濟大學濫用藥物檢驗中心108年11月29日慈大藥字第108112964號函附鑑定書1份（偵卷第103至105頁）

及校園事件調查學生自述表（偵卷第133頁、第249頁）附卷可稽，足見被告自白與事實相符，可以採信。

二、次從被告之供述，伊係向聯絡到場的上游以600元取得咖啡包後就直接交給證人乙○○，並向其收取600元，沒有賺取任何價差等情，及證人乙○○雖亦證稱伊係以600元向被告購買系爭咖啡包，買來喝喝看等語（原審卷334頁以下），然其並不知曉被告取得該咖啡包之進價如何、上游是何人，甚至被告有沒有賺錢？次查被告及乙○○2人都是在廟會服務的朋友，被告念及友誼，於拿到咖啡包之後平價轉讓給證人乙○○之情節即不能排除。簡言之，被告係在向其上游取得系爭咖啡包之後，即逕將該咖啡包交付予證人乙○○，並僅向其收取現金600元，過程中既未分裝，亦未拆封拿取少部分施用，也沒有賺取分毫價差，難認被告有販賣毒品牟利之主觀意圖，況檢察官就被告是否以各種形式圖得販毒利益，亦未能舉證證明，本件尚難認定被告係犯販賣第三級毒品罪。綜上所述，本案事證明確，被告上開轉讓第三級毒品犯行已堪認定，應予依法論科。

三、此外，關於修正後毒品條例第9條第1項規定，即成年人對未成年人轉讓毒品之刑法分則加重條文，另涉民法第12條成年之新舊法比較，該規定依民法總則施行法第3條之1第1項規定，於112年1月1日生效。修正前規定「滿20歲為成年」，修正後規定則為「滿18歲為成年」。依修正前規定，被告行為時尚屬未滿20歲非成年人，即不構成上述刑法分則加重規定，但修正後規定卻因滿18歲屬成年人，會構成該刑法分則加重規定而對被告較為不利，從而此部分亦應依刑法第2條第1項前段規定，適用修正前規定。

四、核被告所為，係犯毒品條例第8條第3項之轉讓第三級毒品罪。又本案應無積極證據證明被告轉讓毒品已達行政院公告一定數量，故無毒品條例第8條第6項之適用。公訴意旨認被告係犯修正前同條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪，尚有未洽，然起訴社會事實同一，爰予變更起訴法條。被告轉讓

前持有該毒品咖啡包之低度行為，應為轉讓之高度行為所吸收，不另論罪。

五、原審就被告所犯予以論科，固非無見。惟被告行為僅構成毒品條例第8條第3項之罪，原審認定已構成修正前同條例第4條第3項之罪，尚有未洽。被告上訴意旨指摘原審論罪科刑均有違誤，即非無據，自應由本院予以撤銷改判。

六、爰以行為人之行為責任為基礎，審酌被告明知含有4-甲基甲基卡西酮成分（屬第三級毒品）之毒品咖啡包係毒品產品，卻轉讓給少年乙○○施用，助長毒品流通，有害社會風氣及國家對於毒品藥物之管理，惟念其犯後終能坦承犯行，已知己誤，考量其提供毒品之次數僅為1次、對象只有1人，危害尚非至鉅，復斟酌被告行為時年僅19歲，昔有妨害性自主、詐欺、毀損等前科，有臺灣高等法院被告前案紀錄表附卷可佐（原審卷第209至218頁），素行不佳，及其自述國中肄業之教育智識程度、入監前從事載大體、月收入約5、6萬元、未婚無子、須扶養外婆、家庭經濟狀況勉持等一切情狀（原審卷第412頁），量處如主文第2項所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準，以示懲儆。

七、沒收：

㈠現金600元雖係被告平價轉讓咖啡包予證人乙○○所取得之金額，究其性質仍屬被告犯罪所得，既未扣案，應依刑法第38條之1第1項前段、第3項規定宣告沒收，並於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

㈡扣案之IPhone 12手機1支，雖為被告所有之物，但其否認為供本案所用之物（原審卷第224、403頁），證人乙○○亦未能明確證述上開手機確屬被告供本案所用之物（原審卷第360頁），依卷內事證復無其他證據可佐係被告供本案所用之物，尚難依毒品條例第19條第1項規定予以沒收。至被告持以聯絡證人乙○○之搭配不詳門號手機1支（含SIM卡1張），係被告所有供本案犯罪所用之物，雖未扣案，仍應依上揭規定，不問屬於被告與否，為沒收之諭知，並於全部或

一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段、第300條，判決如主文。

本案經檢察官謝慧中提起公訴，被告上訴後，檢察官黃怡君到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　17　　日

刑事第一庭審判長法　官　林信旭

法　官　林碧玲

法　官　張健河

以上正本證明與原本無異。

本件被告不得上訴，檢察官得上訴。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未敘述理由者，並得於提起上訴狀後20日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　17　　日

書記官　林明智

附錄本案論罪科刑法條全文：

毒品危害防制條例第8條

轉讓第一級毒品者，處1年以上7年以下有期徒刑，得併科新臺幣1百萬元以下罰金。

轉讓第二級毒品者，處6月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣70萬元以下罰金。

轉讓第三級毒品者，處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣30萬元以下罰金。

轉讓第四級毒品者，處1年以下有期徒刑，得併科新臺幣10萬元以下罰金。

前四項之未遂犯罰之。

轉讓毒品達一定數量者，加重其刑至二分之一，其標準由行政院定之。