臺灣高等法院刑事判決

110年度上更一字第218號

上　訴　人
即　被　告　陳文賢
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000

指定辯護人　本院公設辯護人陳德仁

上列上訴人因毒品危害防制條例案件，不服臺灣宜蘭地方法院107年度訴字第459號，中華民國108年5月20日第一審判決（起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署107年度偵緝字第199號、105年度偵字第4962號），提起上訴，經判決後，由最高法院發回更審，本院判決如下：

主　文

原判決關於一〇五年七月二十三日販賣第二級毒品罪部分(含沒收)撤銷。

陳文賢販賣第二級毒品未遂，處有期徒刑貳年。未扣案內含門號0000000000號SIM卡壹張之行動電話壹支沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

事　實

一、陳文賢明知甲基安非他命係毒品危害防制條例第二條第二項第二款所列管之第二級毒品，不得販賣及持有，竟意圖營利，基於販賣第二級毒品之犯意，於民國105年7月23日下午13時58分許，以其持用0000000000號行動電話與賴博軫所持用門號0000000000號行動電話聯絡，雙方約定於同日下午某時許，在其位於宜蘭縣礁溪鄉長榮桂冠酒店附近之居所樓下，交付數量為7公克，價金新臺幣（下同）5,000元之第二級毒品甲基安非他命，惟陳文賢未交付毒品予賴博軫而未遂。

二、案經宜蘭縣政府警察局宜蘭分局報告臺灣宜蘭地方檢察署檢

察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分：

一、審理範圍：

公訴意旨略以：㈠被告陳文賢於民國105年7月23日13時58分許，以其所持用門號0000000000號行動電話與賴博軫所持用門號0000000000號行動電話聯絡毒品買賣事宜，嗣於同日下午某時許，在其位於宜蘭縣礁溪鄉長榮桂冠酒店附近之居所樓下，交付第二級毒品甲基安非他命約7公克予賴博軫，並收取新臺幣(下同)5,000元之對價以營利。㈡於105年8月5日20時18分許，以其所持用門號0000000000號行動電話與賴博軫所持用門號0000000000號行動電話聯絡毒品買賣事宜，嗣於同日20時39分許、20時54分許、20時58分許雙方再度通話後，陳文賢即於同日21時許，在宜蘭縣礁溪鄉某橋附近，交付第二級毒品甲基安非他命1包予賴博軫，並收取5,000元之對價以營利等語。其中就上開事實㈠部分，由最高法院撤銷發回本院更為審理，上開事實㈡部分，經最高法院上訴駁回確定。是本案經最高法院發回本院審理之範圍係上開事實㈠部分，先予敘明。

二、證據能力：

㈠被告及辯護人爭執證人賴博軫於警詢、檢察官偵訊時證述之證據能力，略以：證人賴博軫警詢時經警察為錯覺誘導，被告與賴博軫之通聯紀錄僅有通聯譯文編號118，警員竟以編號121、122為證人賴博軫與另名男子之通聯譯文，作為被告販賣毒品給賴博軫之設題詢問，是警員即有錯覺誘導之不正調查情形，應無證據能力。至證人賴博軫於檢察官偵訊時，係因其主觀上已受上開錯覺誘導後，延伸此情至偵訊時為證述，同無證據能力等語（見本院卷第71頁至第72頁）。經查：

1.證人賴博軫警詢時之證述，不具證據能力：

⑴按所謂參照訊（詢）問，係指提示相關證據資料，以使證人

為保證其陳述真實性回答之訊（詢）問方法，倘該證人已就特定之待證事項為陳述，惟因與所蒐集或調查所得之相關證據資料齟齬或相左，為辨明證人之記憶是否無誤或使其陳述益臻明確，本非不得採用上述參照訊（詢）問之方法，俾釐清疑點以發現真實，並兼顧偵查效率。再司法警察（官）因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，對於通知到場之證人，固不得使用不正方法加以詢問（刑事訴訟法第196之1條規定：司法警察詢問證人準用同法第192條及第98條關於訊問證人或被告之方法限制規定參照），惟司法警察以誘導之方式詢問證人，是否在上述規定禁止之列，應視誘導之內容而定。具體言之，透過暗示使證人故為異其記憶陳述之「虛偽誘導」，及因暗示足使證人產生錯覺以致為異其記憶陳述之「錯覺誘導」，由於均有礙程序之公正性及證據之真實性，而皆為法所不許，然為引起證人記憶俾為事實陳述之「記憶誘導」，基於對證人所為之記憶誘導詰問並非法所禁止（刑事訴訟法第166之1條第3項第3款規定參照）之相同法理，則尚非不得為之（最高法院101年度台上字第501號判決意旨參照）。

⑵經查，原審當庭勘驗警詢錄影光碟並對照宜蘭縣政府警察局宜蘭分局警蘭偵字第1050018142號卷第48至51頁（即警詢筆錄第16至19頁）105年8月15日證人賴博軫之警詢筆錄有關本案之部分，其結果如下：「【錄影時間00：12：00-00：22：10】證人賴博軫精神良好無異狀，可與詢問警員正常交談。警員提供指認犯罪嫌疑人紀錄表及通訊監察譯文供證人賴博軫閱覽，並詢問該次是否有向被告陳文賢調到毒品，證人賴博軫先稱有問但該次沒調到毒品（重複好幾次），警員在旁表示：有啦、有啦，這次應該有（重複好幾次），後改稱再讓他想想看（證人手持譯文思考），警員在旁表示：你要看全部譯文內容，不是只看一部分，並口述編號121、122部分譯文內容，證人賴博軫均未回應。最後警員表示：沒關係，沒有就沒有。另再次詢問指認犯罪嫌疑人紀錄表中哪個

是被告陳文賢。（上開警員與證人賴博軫對話內容均未記載於筆錄內）【錄影時間00：22：11-00：26：44】於00:22:24時，證人賴博軫思考後，稱該次有調到毒品半個，大約15、16公克，以新臺幣8,000元在礁溪長榮桂冠酒店後方某處與被告陳文賢交易（錄影檔案與警詢筆錄第17頁第10至20行及第18頁第1行製作內容大致相符，且未有錄影中斷不連續或受引導而陳述之情形。）【錄影時間00：26：45-00：34：23】警員後再提示其他譯文，證人賴博軫於00:31:05時，稱以新臺幣5,000元在上述相同地點向被告陳文賢購買毒品約8、9克。（錄影檔案與警詢筆錄第18頁第2行至第19頁第10行製作內容大致相符，且未有錄影中斷不連續或受引導而陳述之情形。）」此有原審勘驗筆錄在卷可查（見原審卷第118頁至第119頁），自該勘驗筆錄內容，已可見證人賴博軫於上揭時間接受警方詢問時，精神良好無異狀，可與詢問警員正常交談，且錄影未有中斷，警方亦無向其表示趕快隨便講講即可交保等語，至證人賴博軫就警方詢問有無向被告調到毒品，一開始雖多次表示「沒調到」，而警方則在旁多次表示「有啦、有啦，這次應該有」，然警方語調正常平緩，並無脅迫之情，嗣又隨即表示讓證人賴博軫再想看看，並提供證人賴博軫通訊監察譯文紙本，並讓賴博軫有充足之時間可以閱覽、思考後，再表示「沒關係，沒有就沒有」，證人賴博軫於此情況下，仍為如警詢筆錄所載之證詞，堪認警方於上揭時間之詢問程序，並無強暴、脅迫、利誘、疲勞訊問或其他不正之方法。又自上揭錄音之內容整體觀之，可見警員之誘導並非詐欺訊問，或有扭曲陳述的立基事實或故意提供錯誤資訊之情況，縱使提供之資訊客觀上尚不具直接關聯性，仍難認該誘導係基於不正之方法而為。本件證人警詢之供述，尚非基於警員「虛偽誘導」或「錯覺誘導」而為，先予敘明。

⑶惟按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。被告以外之人於檢察事務官、司法

警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。刑事訴訟法第159條第1項、第159條之2分別定有明文。證人賴博軫於警詢之供述，係被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之言詞或書面陳述，原屬該等之人於審判外之言詞或書面陳述，於有刑事訴訟法第159條之2或其他法律例外規定之情形，始得採為證據（最高法院96年度台上字第2716號判決意旨參照）。經查，證人賴博軫於警詢之陳述，並無刑事訴訟法第159條之2之情形，亦不符合同法第159條之3、第159條之5之規定，無證據能力。

2.證人賴博軫偵訊時之證述，具證據能力：

⑴被告及辯護人另爭執證人賴博軫於檢察官偵訊時證述之證據能力，惟查，證人賴博軫於檢察官偵訊時之陳述，業經證人具結在案，且證人賴博軫於原審審理時並經被告對質詰問，依其外在之環境及條件，尚無顯不可信之情況，依刑事訴訟法第159條之1第2 項規定，具有證據能力。

⑵按被告自白若係偵查人員以不正方法取得，該次自白因欠缺任意性，固不得為證據，但嗣後於不同時空由不同偵查人員再次訊問時，若未使用不正方法，則其他次自白是否予以排除，須視其他次自白能否隔絕第一次自白之影響不受其污染而定。此非任意性自白延續效力是否發生，應依具體個案客觀情狀加以認定，倘若偵訊之主體、環境及情狀已有明顯變更而為被告所明知，除非證據足以證明被告先前所受心理上之強制狀態延續至其後應訊之時，否則應認已遮斷前次非任意性自白之延續效力。此判斷基準，於證人證言非出於任意性之情形時，亦有其適用（最高法院109年度台上字第952號判決意旨參照）。查本案警員係於105年8月15日對證人賴博軫為詢問，檢察官則於同年9月26日提解另案在押之賴博軫至檢察署應訊，在曉諭賴博軫應據實陳述以免偽證受罰而令其具結後，並提示前揭卷附通訊監察錄音譯文編號118所示

內容供其閱覽後為陳述（見臺灣宜蘭地方檢察署105年度偵字第4962號卷《下稱偵卷》第20頁）。觀諸證人警詢與偵訊相隔逾1月，自難認其於警詢時應詢之外在環境與條件，仍延續該狀態至偵訊時，況證人於警詢時並未受錯誤誘導，已如前述，尤不足以認定證人偵訊時所述，係因受錯誤誘導而為證述，從而，證人賴博軫經具結之偵訊陳述，並無顯不可信之情況，具有證據能力。

㈡其餘本案認定犯罪事實之所有證據資料（含書證、物證等），均與本案事實具有關聯性，並無事證足認有違背法定程式或經偽造、變造等情事，且經本院依法踐行調查程序，檢察官、被告及辯護人對於證據能力均未爭執，故均具有證據能力。

貳、實體部分：

一、訊據被告固坦承確有於犯罪事實欄所示之時間與賴博軫通話，賴博軫並表示需要甲基安非他命等情。惟矢口否認有何販賣第二級毒品甲基安非他命犯行，辯稱：當天賴博軫有打電話叫我問有無毒品來源，但我問了沒有找到來源，我沒有回電，也沒有見面，我不清楚賴博軫怎麼會說跟我有交易，被告僅代賴博軫為詢問之幫助施用毒品等語。經查：

㈠按販賣毒品（既遂）罪，係處罰已完成銷售賣出毒品之行為（司法院釋字第792號解釋意旨參照），亦即以販賣標的毒品之交付與否，作為犯罪既遂或未遂之判斷標準。販賣毒品與常人所理解認知之物品買賣或交易概念相去無多，同係以價金及標的毒品為其交易要素，於販賣毒品犯行之事實認定，得涵攝於毒品「販賣」之客觀構成要件者，包括行為人主動兜售、推銷毒品或為買賣之要約，或被動就買方求購之毒品數量或價格為對應之磋商或承諾，或為履行相關事項之洽議等實行行為，苟行為人基於販賣毒品營利之意圖，而著手上開實行行為之一，不論買賣雙方就標的毒品及其價金之意思已否合致，或價金交收與否，若出賣人未交付標的毒品與買受人，以致犯罪未得遂行者，即屬販賣毒品未遂。又毒

品買賣態樣本不限於既存現貨之交易，基於降低遭查緝風險或節約囤貨成本等考量，販毒者遇有購毒要約時，應允後始對外洽購毒品，再將販入之毒品銷售交付與購毒者，亦屬尋常之交易模式，除另有客觀之特別情事，可資證明確係合資、代購或引介者外，本諸毒品危害防制條例遏止毒害漫流之立法宗旨，應認係毒品販賣者，而難視為毒品需求者或其幫助犯（最高法院110年度台上字第501號判決意旨參照）；又販賣毒品罪之成立，關於毒品交易時間、地點、金額及數量之磋商、毒品之實際交付與收取價款，屬販賣毒品罪之重要構成要件核心行為。而所謂合資、代購、調貨行為是否構成販賣，自應視行為人在買賣毒品過程中之交易特徵究係立於賣方之立場而於向上游取得貨源後以己力為出售，抑或立於買方立場而代為聯繫購賣家，而為不同評價。若行為人接受買方提出購買毒品之要約並收取交易價金後，以己力單獨與賣方連繫買賣而直接將毒品交付買方，自己完成買賣之交易行為，阻斷毒品施用者與毒品提供者間聯繫管道，藉以維持其本身直接與買方毒品交易之適當規模，縱使其所交付之毒品係另向上游毒販所購得，然其調貨交易行為仍具有以擴張毒品交易以維繫自己直接為毒品交易管道之模式，自屬販賣行為（最高法院110年度台上字第5752號判決意旨參照）。

㈡依賴博軫與被告間於105年7月23日13時58分41秒許電話聯絡之通訊監察錄音譯文，略以：「A(賴博軫)：要拜託你啊，看有沒有辦法幫我處理」、「B(被告)：有啊」、「A：剩下就過去再講」、「B：喔...1個還是？」、「A：晚點喔，差不多5、6點」、「B:我先跟人家講5點喔」、「A：喔好，5點好」、「B：啊是怎樣，1塊還是半塊」、「A：ㄟ...那個...一半跟一半」、「B：喔，一半跟一半」等語（見警卷第48頁），佐以被告於原審及本院前審審理時居均供稱：上開通話係賴博軫拜託其調甲基安非他命等情（見原審卷第32頁反面、本院前審卷第104頁），堪認賴博軫向被告表達甲

基安非他命之需求後，被告即應允處理，並約定數量為「一半跟一半」，參以證人賴博軫於檢察偵訊時供稱：「（《提示譯文編號118》該內容為你和陳文賢之對話？）是。我打電話問陳文賢有沒有安非他命，一個就是一兩的意思，半個就是半兩的意思，「一半跟一半」就是四分之一兩的意思。」等語（見偵卷第20頁）。足見被告與證人賴博軫僅就該次簡短之對話，即能彼此知悉「一半跟一半」之重量為四分之一兩，並約定交易之時間屬實。

㈢另觀證人賴博軫於檢察官偵訊時證稱：其向被告購買毒品等語(見偵卷第20頁)，而非證述其係委託被告代向他人詢問，且依雙方之通訊監察譯文內容，顯示賴博軫實際見面、交易之對象亦係被告，而本案並無事證可認被告係與賴博軫合資、代購或引介者，堪認被告係以己力單獨與賴博軫連繫買賣而欲直接將毒品交付買方，自己完成買賣之交易行為，已阻斷毒品施用者與毒品提供者間聯繫管道，是縱使被告係向上游毒販調取毒品而未調得，然其調貨交易行為仍具有以擴張毒品交易以維繫自己直接為毒品交易管道之模式，自屬販賣行為，而難認為毒品需求者之幫助犯。又自其等交易毒品之態樣、模式與脈絡觀之，被告既允諾賴博軫四分之一兩重甲基安非他命之要約，並轉向不詳上手洽購毒品以應賴博軫之購毒需求，雖本案證據不足證明被告已交付毒品予賴博軫，然被告與賴博軫已就毒品交易為磋商，並約定交易之數量與時點，揆諸上揭判決意旨，可認被告已著手實行販賣第二級毒品之行為，自構成販賣第二級毒品未遂罪。

㈣又近年來毒品之濫用，危害國民健康與社會安定日益嚴重，治安機關對於販賣或施用毒品之犯罪行為，無不嚴加查緝，各傳播媒體對於政府大力掃毒之決心亦再三報導，是部分販賣毒品者或因平時非專以販賣毒品為業，或因為避免查緝，選擇盡量減少攜帶於身邊之毒品，而待有購毒者向其接洽購買時，始向其上游賣家詢問、購買，再轉賣予下游購買者，不在少數，又依毒品不易取得且物稀價昂，苟行為人於有償

交付毒品予買受人之交易過程中無利可圖，縱屬至愚，亦無甘冒被取締移送法辦判處重刑之危險而平白從事上開毒品交易之理，是其販入之價格必較其出售之價格為低，而有從中以買賣價差或量差謀利之意圖及事實，應屬合理認定；又販賣甲基安非他命係違法行為，非可公然為之，而甲基安非他命亦無公定價格，係可任意分裝、增減分量或摻混其他成分，且每次買賣之價格、數量，亦隨時依雙方之關係深淺、資力、需求量、對行情之認知、來源是否充裕、查緝是否嚴緊、購買者被查獲時供述購買對象之可能風險之評估等因素，而異其標準，機動調整，非可一概論之。而販賣之利得，除非經行為人詳細供出各次所販賣毒品之進價及售價，且數量俱臻明確外，實難查得其交易實情，然販賣者從價差或量差中牟利，方式雖異，惟其販賣行為在意圖營利則屬同一。從而，舉凡有償交易，除足以反證其確係另基於某種非圖利本意之關係外，通常尚難因無法查悉其精確之販入價格，作為是否高價賣出之比較，諉以無營利之意思而阻卻販賣犯行之追訴。查本案證人賴博軫係向被告購買第二級毒品甲基安非他命，已如前述，至被告欲賣予賴博軫之甲基安非他命來源為何，尚不影響被告於本案具有營利之意圖。是被告上揭所辯，均為避就之詞，無法採取。

㈤綜上，本案事證明確，被告犯行堪以認定。

二、被告所為係犯販賣第二級毒品未遂之理由：

㈠證人賴博軫於檢察官偵訊時固證稱：「我後來是去陳文賢位於長榮桂冠酒店附近的注處購買安非他命，陳文賢有當面用電子磅秤秤給我看，這此是向陳文賢以5千元價格買7克安非他命，我當場拿5千元給他，陳文賢當場有交7克安非他命給我。」等語（見偵卷第20頁），然觀諸證人賴博軫於警詢時，經警提示編號118即該日與被告交談譯文，詢問其有無向被告調到毒品時，證人先一再重覆稱「有問但未調到」，惟警員即在旁重覆稱：「有啦，有啦，這次應該有（重複好幾次）」。嗣警要其想想看，並再口述編號121及122部分譯

文內容，賴博軫均未回應。再經警要其於犯罪嫌疑人紀錄表中指認被告後，賴博軫方改稱其出資3,000元與趙顯昌合資向被告以8,000元購買15至16公克之安非他命，惟該員警重複詢問之過程並未記載於筆錄等情，業經原審勘驗警詢錄音、錄影，並製有勘驗筆錄在卷足佐(見原審卷第118頁至第119頁，此部分係作為供彈劾賴博軫偵訊供述之證述）；嗣於原審審理時則證稱：警詢筆錄是警員要我趕緊製作筆錄可以交保，說被告不會有事，我就隨便說有跟被告買毒品，講完就可以交保回去了。是警察叫我去外面抽菸跟我說的，警察說趕快把筆錄做一做送去地檢就可交保了。製作筆錄時中斷很多次，警方說如果不配合無法做筆錄。偵查中是警方說我不能講不同的陳述，所以就照警詢說的陳述等語（見原審卷第70頁至第71頁）。是依證人賴博軫歷次之證述，其就有無與被告完成毒品之交易、交易之金額與數量等節，於警詢、偵訊、原審審理時，均前後矛盾不一，已難遽信。

㈡再依其等監聽譯文所言數量為「一半跟一半」即四分之一兩，而四分之一兩經換算後為9.375公克，與7公克仍有些許差距，是賴博軫於偵訊時證述向被告購買7公克乙節，核與譯文呈現之交易數量，亦無法吻合。另觀諸同日再無其他被告與賴博軫相約見面或交易毒品之通話紀錄（見第8142號警卷第26頁）。是本案被告供稱：其有問，但並沒有調到毒品等情，尚非乏據。此外，即查無其他補強證據足佐證人賴博軫偵查中證述其已取得毒品之真實性，依罪證有疑，利於被告原則，本案僅論被告犯販賣第二級毒品未遂罪。

三、論罪：

㈠按行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，刑法第2條第1項定有明文。查被告行為後，毒品危害防制條例第4條第2項、第3項已於民國109年1月15日修正公布，同年7月15日生效，修正後第2項之規定為：「製造、運輸、販賣第二級毒品者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣

1500萬元以下罰金。」而修正前之第2項之規定為：「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1000萬元以下罰金。」故修正後販賣第二級毒品罪之法定刑中有期徒刑與罰金刑度，均有所提高，顯然較修正前為重，經新舊法比較結果，被告行為後之新法並未較有利於被告，依刑法第2條第1項前段規定，本案應適用被告行為時即修正前之毒品危害防制條例第4條第2項規定論處。

㈡核被告所為係犯毒品危害防制條例第4條第2項、第6 項之販賣第二級毒品未遂罪。至被告於上開販賣第二級毒品甲基安非他命前後持有第二級毒品甲基安非他命之低度行為，應為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。公訴人認被告所為係犯毒品危害防制條例第4條第2項項之販賣第二級毒品罪，容有未合，然係適用同一法條，爰不予變更起訴法條，附此敘明。被告上揭犯罪未遂，應依刑法第25條規定，按既遂犯之刑減輕之。

㈢按犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑，刑法第59條定有明文。該條所規定之酌量減輕其刑，係裁判上之減輕，必以犯罪之情狀可憫恕，認為宣告法定最低度之刑猶嫌過重者，始有其適用。如別有法定減輕之事由，應先依法定減輕事由減輕其刑後，科以最低刑度，猶嫌過重時，始得為之（最高法99年度台上字第5999號、100年度台上字第744號判決意旨參照）。又刑法第59條規定犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，其所謂「犯罪之情狀」，與同法第57條規定科刑時應審酌之一切情狀，並非截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第57條所列舉之10款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即有無特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重等等），以為判斷（最高法院95年度台上字第6157號判決意旨參照）。查販賣第二級毒品罪之法定刑為「7年以上有期

徒刑，得併科新臺幣700萬元以下罰金」，然同為販賣第二級毒品之人，其原因動機不一，犯罪情節未必盡同，或有大盤毒梟者，亦有中、小盤之分，甚或僅止於吸毒者友儕間謀取蠅頭小利互通有無，其販賣行為所造成危害社會之程度自屬有異，但法律科處此類犯罪，所設法定最低本刑則屬相同，殊難謂為非重，自非不可依被告客觀之犯行與其主觀之惡性二者加以考量其情狀，是否有可憫恕之處，適用刑法第59條之規定酌量減輕其刑，期使個案裁判之量刑，能斟酌至當，符合罪刑相當原則及比例、平等原則。查被告販賣第二級毒品甲基安非他命犯行，其對象為賴博軫1人，雖已磋商交易並合致，然尚不足證明有實際交付毒品之事實，復無證據證明被告平時專以販賣第二級毒品維生，堪認其惡性顯然不如專以販賣毒品維生之販毒集團重大，造成社會整體侵害之程度較小，其所犯販賣第二級毒品罪，最輕法定本刑為7年以上有期徒刑，縱因未遂減輕其刑後，仍有情輕法重之憾，在客觀上足以引起一般人之同情，本院認其犯罪尚足堪憫恕，爰就被告本案犯罪，依刑法第59條規定酌減其刑。同時有二減輕事由，應予遞減。

參、撤銷原判決之理由：

一、原審認被告罪證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟查：⑴依本案事證僅足認被告係犯販賣第二級毒品未遂罪，原判決認被告係犯販賣第二級毒品既遂罪，容有未合。⑵原判決未及審酌毒品危害防制條例第4條第2項已修正，亦有未恰。⑶本案毒品尚未交付，亦不足以認定被告犯罪所得5,000元，原判決就此諭知沒收、追徵，亦有未合。被告執詞否認提起上訴，固無理由，惟原判決既有上揭可議之處，自屬無可維持，應由本院將原判決此部分撤銷改判。

二、爰審酌第二級毒品甲基安非他命具成癮性，足以戕害人之身體健康，不得擅自持有及販賣，且以近年來毒品之濫用，危害國民健康與社會安定日益嚴重，治安機關對於持有或販賣毒品之犯罪行為，無不嚴加查緝，被告仍心存僥倖，猶為營

利而犯本件販賣第二級毒品未遂罪，所為助長毒品流通，戕害國民身心健康及危害社會治安程度皆非輕，應予嚴加非難，又審酌被告始終否認之犯後態度欠佳，兼衡被告著手販賣毒品之數量、價格，及其自陳國中畢業之智識程度，從事園藝工作，離婚、育有二名子女之家庭狀況及其素行等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑（含沒收）。

三、沒收部分

按犯毒品危害防制條例第4條至第9條、第12條、第13條或第14條第1項、第2項之罪者，其供犯罪所用之物，不問屬於犯罪行為人與否，均沒收之，毒品危害防制條例第19條第1項定有明文。查未扣案內含門號0000000000號SIM卡1張之行動電話1支，為被告用以聯繫販賣第二級毒品所用之物，此有前開通訊監察譯文在卷可稽（見第8639號警卷第61頁），爰依毒品危害防制條例第19條第1項之規定，宣告沒收，並依刑法第38條第4項之規定，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。

肆、被告經本院合法傳喚，無正當理由不到庭，爰不待其陳述，為一造辯論判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第369條、第371條，判決如主文。

本案經檢察官江佩蓉起公訴，檢察官謝志明到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　2　　月　　23　　日

刑事第二十庭　審判長法　官　王復生

法　官　張紹省

法　官　蕭世昌

以上正本證明與原本無異。

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，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後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」。

書記官　吳建甫

中　　華　　民　　國　　111　　年　　2　　月　　23　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

（修正前）毒品危害防制條例第4條第2項

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。