

臺灣桃園地方法院刑事判決

114年度訴字第7號

公 訴 人 臺灣桃園地方檢察署檢察官

被 告 鄭雅文

選任辯護人 蔡承諭律師

王聖傑律師

上列被告因違反毒品危害防制條例案件，經檢察官提起公訴（113年度偵字第40738號），本院判決如下：

主 文

鄭雅文無罪。

理 由

一、公訴意旨略以：被告鄭雅文明知異丙帕酯為毒品危害防制條例第2條第2項第3款所定之第三級毒品，依法不得販賣，竟仍基於販賣第三級毒品以營利之犯意，於民國113年8月4日之某時許，在不詳地點，以不詳設備連結網際網路登入社群軟體X，使用暱稱「WEN」、帳號「@CCN0116」之帳號，在公開之個人頁面，發布內容包含：「（蛋圖樣）有需要加+」等語及通訊軟體微信QR CODE圖片之毒品販賣訊息，欲伺機向不特定人兜售含有第三級毒品異丙帕酯成分之毒品菸彈。適桃園市政府警察局中壢分局警員於113年8月4日執行網路巡邏勤務時，察覺有異，遂加入上開QR CODE圖片之微信帳號「yy_11233」、暱稱「望紀川內伊」與不詳之人攀談，雙方約定以新臺幣（下同）8,800元之價格，交易含有第三級毒品異丙帕酯成分之毒品菸彈5顆，並相約於桃園市○○區○○○街00號附近交易，被告遂於同日18時20分許前往現場，待及警員均抵達現場後，被告遂交付含有異丙帕酯成分之毒品菸彈5顆與喬裝買家之警員，欲販賣上開毒品時，為警當場表明身分後逮獲因而未遂，並當場扣得含有第三級毒

01 品異丙帕酯成分之毒品菸彈5顆（驗前總毛重35公克）、蘋
02 果牌型號iPhone 14 PRO行動電話1支等物，而查悉上情。因
03 認被告涉犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項之販賣第
04 三級毒品未遂罪嫌等語。

05 二、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實，不
06 能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154
07 條第2項、第301條第1項定有明文。故事實之認定，應憑證
08 據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推
09 測或擬制之方法，為裁判基礎（最高法院40年台上字第86號
10 判決要旨參照）；且認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接
11 證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論直接證據或間接
12 證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷
13 疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘
14 其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在，而無從使
15 事實審法院得有罪之確信時，即應由法院為諭知被告無罪之
16 判決（最高法院76年台上字第4986號判決要旨參照）；檢察
17 官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法，同
18 法第161條第1項定有明文規定。因此，檢察官對於起訴之犯
19 罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任；倘其所提出
20 之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其闡明之證明方
21 法，無從說服法官以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之
22 原則，自應為被告無罪判決之諭知（最高法院92年台上字第
23 128號判決要旨參照）。

24 三、公訴意旨認被告涉犯毒品危害防制條例第4條第6項、第3項
25 之販賣第三級毒品未遂罪嫌，無非係以被告於警詢及偵訊之
26 供述、社群軟體X暱稱「Wen」之帳號貼文、通訊軟體微信暱
27 稱「望紀川內伊」之帳號與警員間之對話紀錄擷圖照片、桃
28 園市政府警察局中壢分局職務報告、桃園市政府警察局中壢
29 分局搜索、扣押筆錄及扣押物品目錄表、毒品照片、台灣尖
30 端先進生技醫藥股份有限公司毒品證物檢驗報告（報告編
31 號：A4733）等件為其論據。

01 四、訊據被告固坦承有於上開時間至前揭地點交付含有第三級毒
02 品異丙帕酯成分之毒品菸彈5顆與警員，惟否認有何販賣第
03 三級毒品未遂犯行，辯稱：我是受我前男友黃鈺育所託，幫
04 他的朋友即綽號「太陽」之人代為交付，當時他沒有告訴我
05 交付之物為毒品，只說是一般菸彈，菸彈外觀是白色長型紙
06 盒。所以我只知道裡面是菸彈，但我認為就是外面販賣的一
07 般電子菸等語。經查：

08 (一)上揭事實，業據被告供承在卷（見偵卷第19至22頁、第104
09 至106頁；本院卷第88頁），並有桃園市政府警察局中壢分
10 局職務報告1份（見偵卷第33至35頁）、桃園市政府警察局
11 中壢分局搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣押物品收據
12 各1份（見偵卷第37至47頁）、桃園市政府警察中壢分局
13 （隊）真實姓名與尿液、毒品編號對照表（毒品編號：DE00
14 0-0000）1份、社群軟體X暱稱「Wen」之帳號所張貼之廣
15 告、通訊軟體微信暱稱「望紀川內伊」之帳號與警員間之對
16 話紀錄擷圖照片7張（見偵卷第69至71頁）在卷可佐。而扣
17 案之菸彈5顆，經送請台灣尖端先進生技醫藥股份有限公司
18 以氣相層析質譜儀（GC/MS）、全圖譜掃描（Full Scan）鑑
19 驗，檢出異丙帕酯（Isopropyl 1-(1-phenylethyl)-1H-im
20 idazole-5-carboxylate）成分，亦有台灣尖端先進生技醫藥
21 股份有限公司113年9月3日A4733毒品證物檢驗報告（毒品編
22 號：DE000-0000）1份（見偵卷第129頁）在卷可憑，是此部
23 分之事實，應堪認定。

24 (二)惟刑法第2條第1項前段所規定之「法律有變更」，其所稱之
25 「法律」，係指依中央法規標準法第4條之規定制定公布之
26 刑罰法律而言。又刑罰法律之文字本身僅規定罪名、法律效
27 果與構成要件的部分禁止內容，而將構成要件其他部分禁止
28 內容授權行政機關以其他法律、行政規章或行政命令加以補
29 充，此即所謂空白刑法。行政機關制定具有填補空白刑法補
30 充規範之法律、行政規章或行政命令，僅在補充法律構成要
31 件之事實內容，即補充空白刑法之空白事實，究非刑罰法

01 律，該項補充規範之內容，縱有變更或廢止，對其行為時之
02 法律構成要件及處罰之價值判斷，並不生影響。於此，空白
03 刑法補充規範之變更，僅能認係事實變更，不屬於刑罰法律
04 之變更或廢止之範疇，自無刑法第2條第1項法律變更之比較
05 適用問題，應依行為時空白刑法填補之事實以適用法律。

06 （最高法院113年度台非字第168號判決意旨參照）。本案檢
07 出之異丙帕酯係於113年8月5日經行政院公告為第三級毒
08 品，復於113年11月27日經行政院公告為第二級毒品，有行
09 政院113年8月5日（補登）院臺法字第1131020962號公告、1
10 13年11月27日院臺法字第1131031622號公告各1份（見本院
11 卷第21至22頁、第53頁）附卷可憑，是異丙帕酯係於113年8
12 月5日後始經變更為毒品危害防制條例所列之第三級毒品。

13 (三)經查，本案警員係於113年8月4日3時21分許執行網路巡邏
14 時，見社群軟體X暱稱「Wen」之人張貼販賣菸彈之廣告，復
15 於同日喬裝為買家與該帳號提供之通訊軟體微信帳號聯繫購
16 買菸彈事宜，並於理由欄一、所示之時間、地點與被告進行
17 交易，被告則於113年8月4日18時20分許為警逮捕，有桃園
18 市政府警察局中壢分局執行逮捕、拘禁告知本人通知書1份
19 （見偵卷第77頁）可佐，堪認被告為本案犯行之時間為113
20 年8月4日。從而，被告為前開行為時，異丙帕酯尚未經公告
21 為第三級毒品，益徵被告當時之行為並非刑事處罰之對象，
22 是依前開說明，本案自無從以毒品危害防制條例第4條第6
23 項、第3項販賣第三級毒品未遂罪相繩。

24 五、至辯護人以被告雖確實不知道菸彈之內容物，但仍應有不確
25 定故意，故本案係成立藥事法第83條第4項、第1項販賣偽藥
26 未遂罪等語為被告辯護，然查：

27 (一)若非屬藥事法第20條第1款所稱偽藥，即藥品經稽查或檢驗
28 有未經核准，擅自製造者，或同法第22條第1項第2款所規定
29 未經核准擅自輸入之禁藥，當無藥事法之適用。衡諸目前司
30 法實務查獲之案件，有自行非法製造毒品者，有從國外走私
31 毒品者，甚至亦有發生不肖診所販賣毒品或管制藥品者，顯

見未經查獲而在市面上流通之異丙帕酯毒品來源甚多，絕非單單僅有在國內非法製造或未經核准擅自輸入者。則若無證據證明被告所販賣之物係未經核准擅自製造之偽藥或係自國外非法輸入之禁藥，且在不能排除所販賣者並非偽藥或禁藥之可能性下，自不得逕予推認係屬藥事法所規範之偽藥或禁藥。況藥事法第83條第1項乃以行為人主觀上「明知」其所販賣者為「偽藥」或「禁藥」為要件，即行為人主觀上須「明知」所販賣者，不僅具「藥品」之性質，更係屬藥事法所定未經核准而擅自製造之「藥品」，始克當之。

(二)又觀諸衛生福利部食品藥物管理署113年11月19日FDA藥字第1130031138號函略以：……二、產品之管理規範，須依其產品屬性判定結果，始能據以認定其所適用之管理規定，而產品是否屬藥品列管之判定，主要依據藥事法第6條之規定，經參酌各產品之處方、成分、含量、用法用量、用途／作用／效能說明，上市品之包裝（外盒、標籤、說明書）等中英文詳細資料據以憑核，非僅依成分憑判，先予敘明。三、案內檢體編號AB061-01菸彈及AB061-03菸油（非本案扣案菸彈5顆），依所檢附鑑定書，該等檢體均檢出含「Isopropyl 1-(1-phenylethyl)-1H-imidazole-5-carboxylate」及「Nicotine」成分，惟查無該等檢體實際全成分、含量、用法用量、確切用途等前開中英文詳細資料，故均無法判定是否應以藥品列管。另查，我國未核有以「Isopropyl 1-(1-phenylethyl)-1H-imidazole-5-carboxylate」作為主成分之藥品許可證等語（見本院卷第69至71頁），另有衛生福利部食品藥物管理署113年9月16日FDA藥字第1139064723號函亦同此意見（見本院卷第73至75頁），況異丙帕酯係於113年11月14日始經公告為第三級管制藥品，有行政院113年11月14日院臺衛字第1131030225號公告1份（見本院卷第51頁）附卷足稽。由此可知，倘菸彈所含特定成分尚未經列為管制藥品，且未能確認該菸彈實際全成分、含量、用法用量、確切用途等詳細資料，即無法逕以該菸彈含有異丙帕酯成分，而判定

其於113年11月14日前即屬藥事法第6條所稱之「藥品」，而應以藥品列管。

(三)經查，本案被告既非異丙帕酯毒品上游，其所關心者多係販賣毒品之數量或價格等，衡情應無詢問或查證毒品來源之動機，是被告應無知悉其所販賣之異丙帕酯究係國內自製，或源自於國外，甚或其他來源之可能。況本案既無證據可資證明被告所販賣之菸彈於其行為時應以「藥品」列管，亦查無於被告行為時已有任何中央衛生主管機關以法律、行政規章、行政命令就異丙帕酯屬偽藥或禁藥之事實加以補充，自無從進一步判定該菸彈是否係偽藥或禁藥，更難遽認被告明知所販賣含有異丙帕酯成分之菸彈屬藥品，且為偽藥或禁藥。基於「罪疑利益歸於被告」之原則，本案自無適用藥事法之餘地。甚且，經本院函詢公訴人就本案被告構成販賣第三級毒品未遂罪之證據為何，公訴人僅回覆「請貴院依法處理」等語（見本院卷第47頁），亦未就被告所為可能涉犯藥事法第83條第4項、第1項之罪為主張，且全未提出扣案菸彈是否屬藥事法所定之「藥品」，而為偽藥或禁藥之證據，難認被告本案犯行已構成藥事法第83條第4項、第1項販賣偽藥未遂罪，是辯護人此主張尚非有據。

六、綜上所述，本案依公訴意旨所提出之證據，尚不足以證明被告確有公訴意旨所指之販賣第三級毒品未遂犯行，自屬不能證明被告犯罪，應為其無罪之諭知。

據上論斷，應依刑事訴訟法第301條第1項，判決如主文。

本案經檢察官鄭芸提起公訴，檢察官蔡宜芳到庭執行職務。

中 華 民 國 114 年 3 月 19 日

刑事第十六庭 審判長法官 游紅桃

法官 楊奕泠

法官 黃筱晴

以上正本證明與原本無異。

檢察官如不服本判決應於收受判決後20日內向本院提出上訴書狀，並應敘述具體理由。其未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆

01 滿後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)
02 「切勿逕送上級法院」。
03 被告不得上訴。

04 書記官 謝喬亦
05 中 華 民 國 114 年 3 月 23 日