智慧財產及商業法院刑事判決

112年度刑智上訴字第23號

上　訴　人
即　被　告　鄭伊菽
選任辯護人　黃文祥律師

上列上訴人即被告因違反藥事法等案件，不服臺灣臺中地方法院111年度智訴字第5號，中華民國112年7月11日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署110年度偵字第24393號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於刑之部分撤銷。

前開撤銷部分，鄭伊菽處有期徒刑陸月。

事實及理由

一、本院審判範圍：

㈠按上訴得對於判決之一部為之。對於判決之一部上訴者，其有關係之部分，視為亦已上訴。但有關係之部分為無罪、免訴或不受理者，不在此限。上訴得明示僅就判決之刑、沒收或保安處分一部為之，刑事訴訟法第348條有明文規定。該條第3項之立法理由指出：「為尊重當事人設定攻防之範圍，並減輕上訴審審理之負擔，容許上訴權人僅針對刑、沒收或保安處分一部提起上訴，其未表明上訴之認定犯罪事實部分，則不在第二審之審判範圍。如為數罪併罰之案件，亦得僅針對各罪之刑、沒收、保安處分或對併罰所定之應執行刑、沒收、保安處分，提起上訴，其效力不及於原審所認定之各犯罪事實，此部分犯罪事實不在上訴審審查範圍」。是科刑事項已可不隨同其犯罪事實而單獨成為上訴之標的，且上訴人明示僅就量刑部分上訴時，第二審法院即應以原審法院認定之犯罪事實及論罪，作為審理原審量刑妥適與否之判斷基礎。

㈡上訴人即被告鄭伊菽因違反藥事法等案件，經檢察官提起公訴，案經原審審理後，認被告係犯藥事法第82條第1項之輸

入偽藥罪及商標法第97條前段之意圖販賣而輸入仿冒商標商品罪，並依刑法第55條之規定，從一情節較重之輸入偽藥罪處斷。被告不服原判決提起上訴，嗣被告及辯護人於本院審理時均陳明被告僅就原判決之量刑部分提起上訴，請求從輕量刑等語（見本院卷第274頁），是被告業已明示僅就原判決關於「刑」部分提起上訴，依上述說明，本案審判範圍係以原判決所認定之犯罪事實、罪名為基礎，審查原判決量刑及其裁量審酌事項是否妥適。

二、被告上訴意旨略以：被告對於原判決認定之犯罪事實坦承不諱，且被告已與被害人達成調解，並履行捐款予公益團體之調解內容，而被害人也同意被告受六個月以下有期徒刑宣告，被告身體健康不佳且須照顧罹患失智症父親之生活起居，原審判決量刑過重，請求從輕量刑等語（見本院卷第251-259頁、第274頁、第286頁）。

三、撤銷改判之理由及量刑審酌事項：

㈠原審審理結果，認定被告有如原判決事實欄所載犯行明確，依刑法第55條之規定，論以情節較重之藥事法第82條第1項之輸入偽藥罪，並說明科刑之理由及宣告相關之沒收，固非無見。

㈡惟按刑法第57條第10款所稱犯罪後之態度，係指行為人於犯罪後所表現之態度，包含其有無悔過之意、是否採取補救措施等情狀。被告在緘默權保障下坦承犯行，因可節省訴訟勞費，使明案速判，科刑上自可予以減輕之審酌，惟應考慮被告係在訴訟程序之何一階段、何種情況下認罪，並妥適行使裁量權（最高法院112年度台上字第3150號刑事判決意旨參照）。又有關被告犯罪後之態度，並包括被告是否已與被害人和解、賠償損害；法院並應權衡被告接受刑罰執行之法益與確保被害人損害彌補之法益，求其衡平。亦即被告積極填補損害之作為，應為有利之科刑因素，法院於量刑時應審酌及之（最高法院111年度台上字第3312號、112年度台上字第1104號刑事判決意旨參照）。經查，被告就所犯藥事法第82

條第1項之輸入偽藥罪及商標法第97條前段之意圖販賣而輸入仿冒商標商品罪，雖前於偵查及原審均否認犯罪，但於本院審理時已經認罪，且與被害人達成調解及履行捐款公益團體之調解內容，被害人之代理人到庭陳明：「同意給予被告6個月以下有期徒刑之宣告」等語，檢察官亦當庭陳稱：「原審量處一年當時情形適當，但原審判刑後量刑基礎事實已有變更，參酌被害人的意見後，認為六個月為適當」等語，此有本院調解筆錄、衛生福利部中區兒童之家捐款收據、審判筆錄各1份在卷可稽（見本院卷第249-250、257、286-287頁），則原審係以被告否認犯罪、未與被害人達成和解之犯後態度作為不利於被告之量刑因子，就上開有利於被告之科刑因素未及審酌或作為科刑範圍辯論之資料，本案量刑基礎已有變更，依上開說明，其量刑裁量難認允當，是被告上訴指摘原審之量刑裁量不當，即有理由，自應將原判決關於刑之部分予以撤銷改判。

㈢爰以行為人之責任為基礎，審酌被告明知如原判決附表所示藥品為仿冒商標及來源、成分不明之偽藥，竟仍透過境外交易躲避查緝，隱蔽迂迴輸入管制藥品，不僅有危害社會大眾身體健康之虞，且妨害主管機關對於藥品輸入管理之正確性，又損及被害人即商標權人之潛在市場利益，行為實屬可議，復衡酌被告輸入之管制藥品數量為50盒，且於輸入後即遭財政部關務署臺北關查獲，尚未造成實際危害，並與被害人達成調解且履行調解內容之犯後態度，其自承高職肄業之智識程度、從事美容產品進出口貿易工作、需照顧罹患失智症父親之生活起居（見本院卷第259頁之被告父親診斷證明書），被害人、檢察官關於科刑之上開意見，及被告於偵查、原審及本院準備程序時均否認犯罪，嗣於本院審理始自白犯罪，已然耗費相當司法資源，故依「認罪之量刑減讓原則」，應給予刑度上較小減輕之幅度（最高法院112年度台上字第2048號、112年度台非字第54號刑事判決意旨參照）等一切情狀，改量處如主文第2項所示之刑。另本院所宣告

之刑為有期徒刑6月，因非屬刑法第41條第1項所定得易科罰金之罪，而不得易科罰金，惟依同條第3項規定，得以提供社會勞動6小時折算徒刑1日，易服社會勞動，則案件確定並送執行後，是否准予易服社會勞動，屬檢察官指揮執行之權限，並非法院所得代為諭知，附此敘明。

四、不予宣告緩刑之理由：

㈠辯護人於本院審理時固陳稱被告有持續暈眩症，身體不佳，請求讓被告再向公益團體捐款並給予宣告緩刑之機會等語（見本院卷第286頁）。

㈡按緩刑之宣告，除應具備刑法第74條所定條件外，並須有可認為以暫不執行刑罰為適當之情形，始得為之。查被告前因違反藥事法等案件，經原審法院103年度醫訴字第5號判決有期徒刑，其中不得易服社會勞動之罪部分應執行有期徒刑1年，得易服社會勞動之罪部分應執行有期徒刑8月，緩刑4年確定，緩刑期滿未經撤銷等情，有臺灣高等法院被告前案紀錄表1份在卷可參（見本院卷第267-269頁），其刑之宣告已失其效力，可認被告前未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，此於本案固符合刑法第74條第1項第1款得宣告緩刑之要件，然審酌被告前案犯罪亦為違反藥事法等案件，且於前案緩刑期滿後，再犯與本案相同類型之犯罪，可見其並未因前案獲緩刑寬典而記取教訓，法紀觀念薄弱，於本案並非出於一時失慮而犯罪，佐以檢察官亦表明如讓被告有宣告緩刑機會，可能對社會觀感產生負面影響及對國家機關、司法機關的公信力產生質疑，且讓被告以捐款來換取緩刑機會，是否讓被告產生僥倖心態，對被告也未必是好事等語在卷（見本院卷第287頁）。綜合上情，本院審酌被告所犯前案與本案之犯罪類型、法益侵害性質、再犯原因、違反法規範情節等各情，並考量原為促使惡性輕微之被告或偶發犯、初犯改過自新而宣告之緩刑，對被告已難收其預期之效果，故本案對被告所宣告之刑，如未藉由執行刑罰而達警惕之目的，顯難以期待被告日後能記取教訓而避免再犯，本案並無暫不執

行刑罰為適當之事由，故主文第2項所示之刑，不宜併為緩刑之宣告，辯護人上開主張，尚非可採。

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，判決如主文。

本案經檢察官康淑芳提起公訴，檢察官鄭鑫宏到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　1　　月　　25　　日

智慧財產第四庭

審判長法　官　張銘晃

法　官　林惠君

法　官　林怡伸

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」。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　1　　月　　25　　日

書記官　蔡文揚

附錄：本案論罪科刑法條全文

藥事法第82條

製造或輸入偽藥或禁藥者，處10年以下有期徒刑，得併科新臺幣1億元以下罰金。

犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或10年以上有期徒刑，得併科新臺幣2億元以下罰金；致重傷者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1億5千萬元以下罰金。

因過失犯第1項之罪者，處3年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣1千萬元以下罰金。

第1項之未遂犯罰之。

商標法第97條

明知他人所為之前二條商品而販賣，或意圖販賣而持有、陳列、輸出或輸入者，處1年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣5萬元以下罰金；透過電子媒體或網路方式為之者，亦同。