智慧財產及商業法院刑事判決

112年度刑智上訴字第6號

上　訴　人　臺灣高雄地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　張育彰

選任辯護人　李奇芳律師

上列上訴人因被告違反藥事法等案件，不服臺灣高雄地方法院111年度審智訴字第4號，中華民國112年1月6日第一審判決（起訴案號：臺灣高雄地方檢察署111年度偵字第27322號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

張育彰犯藥事法第八十三條第一項之販賣偽藥罪，共參罪，各處有期徒刑參月，應執行有期徒刑伍月。緩刑貳年。

扣案驗餘之仿冒威而鋼藥錠肆拾伍顆沒收。

事　實

一、張育彰係址設○○市○○區○○路000號永春藥局負責人，明知VIAGRA藥品（中文藥名：威而鋼，下稱威而鋼）於國內合法代理販售之藥商為美商輝瑞大藥廠股份有限公司，且此藥品藍色菱形藥錠商標（商標註冊證號：01195779號、專用期限至民國115年2月15日止）業經告訴人美商暉致專業有限公司（下稱暉致公司）向經濟部智慧財產局（下稱智財局）註冊取得商標專用權，未經商標專用權人之同意或授權，不得於同一商品使用相同之註冊商標。詎其明知真實姓名、年籍不詳之成年男子販售之威而鋼藥錠來源不明，係未經行政院衛生福利部食品藥物管理署（下稱食藥署）核准、擅自製造之偽藥，且係未經商標專用權人同意或授權使用上開商標之商品，竟基於販賣偽藥、販賣冒用他人藥物名稱之藥物及販賣仿冒商標商品之犯意，於109年間以每顆新臺幣（下

同）100元代價，向上開男子販入未經核准製造之偽藥，嗣暉致公司派員分於110年11月30日、111年1月4日及同年4月15日間前往永春藥局，以900元、1,000元、900元之代價購買威而鋼各3顆（如本判決附表一編號1至3所示），發現係偽藥而提出檢舉，經警於111年5月17日持法院核發之搜索票，會同食藥署及○○市政府衛生局人員至上址永春藥局搜索、稽查，自調劑台及調劑室抽屜取出偽藥（即仿冒商標藥錠）共52顆（如本判決附表二所示），而悉上情。

二、案經告訴人暉致公司訴由內政部警政署保安警察第七總隊第三大隊報告臺灣高雄地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

壹、程序部分：

一、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，刑事訴訟法第159條第1項定有明文。又被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有同法第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159條之5亦定有明文。本判決下列所引除被告以外之人於審判外之各項供述證據，檢察官、被告及辯護人均未爭執其證據能力，且於言詞辯論終結前亦未聲明異議，本院審酌各該證據作成時之情況，並無不當之情形，認以之作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5第2項規定，自具有證據能力，合先敘明。

二、其餘資以認定本案犯罪事實之非供述證據，亦查無違反法定程序取得之情形，依刑事訴訟法第158條之4反面規定，應具證據能力。

貳、實體部分：

一、認定犯罪事實之證據及理由：

㈠按購買者係為取得犯罪證據而買受仿冒商標商品，抑為供自己使用而買受上開物品，僅係目的之不同，並不影響買賣之成立，此與警察機關為便於查獲販賣仿冒商標商品之人，而授意原無購買意思之人，向販賣之人購買上開物品，因購買之人自始無買受之真意，不能完成交易，並不相同（最高法院98年度台上字第6477號判決意旨參照）。本件告訴人所派人員向被告購買如本判決附表一編號1至3所示仿冒商標之偽藥，目的雖係買受後確認該商品是否為侵害商標之仿冒品，惟被告既有販賣故意，該等蒐證人員亦有買受意思，尚不因買受動機存有蒐證目的即影響買賣契約之成立。

㈡上開犯罪事實，業據被告張育彰於警詢、偵查、原審及本院審理中坦承不諱，核與證人即告訴代理人張順興、證人吳國治之指訴、證述相符（警卷第19至22頁、第25至28頁、第60至71頁），並有衛生福利部醫事查詢系統及營業人統一編號查詢結果資料（警卷第16至18頁）、告訴人檢附之現場及藥錠照片、內部位置圖（警卷第29至34頁）、外觀鑑定聲明書〔含藥錠照片〕（警卷第96至107頁）、智財局商標註冊簿及111年2月16日（111）智商40284字第11180092980號函（警卷第84、85頁）、食藥署111年7月15日FDA研字第1110708009號、111年7月28日FDA研字第1110014151號函及所附檢驗報告書（警卷第35至47頁）、食藥署區管理中心現場稽查工作紀錄表、衛生局藥商、化妝品商抽查紀錄表及檢查現場紀錄表（警卷第48至52頁）、搜索扣押筆錄及所附扣押物品目錄表（警卷第54至59頁）在卷可稽，足認被告前揭任意性自白，與事實相符，堪予採信。從而，本案事證明確，被告上開犯行，洵堪認定，應依法論科。

二、論罪：

核被告所為先後3次之販賣偽藥罪犯行，均係犯藥事法第83條第1項之販賣偽藥罪、藥事法第86條第2項之販賣冒用藥物名稱之藥物罪、商標法第97條之非法販賣侵害商標權之商品罪等罪。被告意圖販賣而持有侵害商標權藥品之低度行為，

應為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。又被告先後3次之販賣偽藥犯行，均係以一販賣行為同時觸犯上開3罪名，為想像競合犯，應各從一重之藥事法第83條第1項之販賣偽藥罪處斷，而論以3罪。

三、撤銷原判決之理由及科刑審酌事由：

㈠原審經審理後，認被告犯行事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟行為人如客觀上有先後數行為，主觀上基於一個概括之犯意，逐次實行而具連續性，其每一前行為與次行為，依一般社會健全觀念，在時間差距上，可以分開，在刑法評價上，各具獨立性，每次行為皆可獨立成罪，構成同一之罪名者，雖屬修正前刑法所規定之連續犯，但於刑法刪除連續犯之規定後，則應就各次行為所犯之罪名，予以分論併罰（最高法院107年度台上字第4203號刑事判決意旨參照）。本件被告所犯如本判決附表一編號1至3，先後3次之販賣偽藥罪犯行（110年11月30日、111年1月4日、及111年4月15日），時間分別相距1個多月、2個多月，其洽談磋商交易過程既屬有別，其交易時間亦截然可分，並非在時間上難以強行分開或個別觀察評價，已具獨立性，依一般社會健全觀念，應認其前後行為各具獨立性，依上開說明，自應就各次犯行，予以分論併罰。原審判決認被告所為先後多次販賣偽藥之犯行，在刑法評價上，以視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，而應依接續犯論以包括之一罪云云（原審判決書第3頁，本院卷第9頁），即有違誤。是檢察官上訴意旨以：被告各次販售行為間，時間間隔甚長，顯無時間與空間之緊密關連，主觀上亦出自不同之數次犯意，應分論併罰云云，要屬有理，應由本院將原判決此部分撤銷，另為適法之判決。

㈡至檢察官上訴意旨以：被告遭警查獲之52顆偽藥，係在其所經營之永春藥局的調劑台及調劑室所查獲，顯然被告就此部分係涉有「供應」、「調劑」、「意圖販賣而陳列」、「意圖販賣而持有」等犯行，此與被告之3次販賣行為同樣為犯

罪既遂，應予分論併罰。又藥事法處罰之「販賣未遂」與商標法處罰之「意圖販賣而持有」，構成法條競合，應從一重論以藥事法之販賣未遂罪云云。惟查：

1.按調劑，係指藥事人員自受理處方箋至病人取得藥品間，所為處方確認、處方登錄、用藥適當性評估、藥品調配或調製、藥品核對、取藥者確認、藥品交付及用藥指導之相關行為，藥品優良調劑作業規則第3條定有明文。

2.被告如本判決附表二所示，經警查獲之52顆偽藥，均自調劑室之調劑台及由調劑室抽屜所查獲，此有食藥署區管理中心現場稽查工作紀錄表（警卷第48頁）在卷可查，按查獲時狀況，僅能認定被告持有52顆偽藥，現場並無被告「供應」、「調劑」、「意圖販賣而陳列」上開偽藥等積極行為之證據，故被告此部份消極存放持有之舉止，尚不得認為有何違反藥事法第83條第1項之供應、調劑、意圖販賣而陳列偽藥罪嫌。又被告「意圖販賣而持有」仿冒商標商品之低度行為，為違反商標法之販賣仿冒商標商品之高度行為所吸收，不另論罪。

3.藥事法之販賣未遂罪之成立，主觀上需販賣故意，客觀上亦需有販賣之著手行為，本件被告經警查獲之52顆偽藥部分，係將偽藥藏放於調劑室內，並未有陳列或向來藥局購買藥品之民眾兜售販賣之行為，是被告在其所經營之永春藥局的調劑台及調劑室經警查獲之52顆偽藥部分，尚未達著手販賣之程度，自不應另論以藥事法之販賣未遂罪。

㈢原審判決就被告罪數之認定，尚有違誤，其量刑基礎已然不同，檢察官、被告亦均有就原審判決量刑部分提起上訴，自應由本院予以撤銷改判。爰以行為人之責任為基礎，審酌被告為圖私利，未經上開商標權人之授權，擅自販售上開偽藥，有損告訴人之公信及相關消費者利益，且上開偽藥相關消費者服用後之風險極高，其所為不僅侵害告訴人之商標權及潛在市場利益，亦損害我國致力於智慧財產權保護之國際聲譽及國民之身體健康，所為實有不該，惟念其犯後坦承犯

行，於本院審理期間已與告訴人達成調解，賠償告訴人所受損害，此有本院準備程序筆錄及調解筆錄（本院卷第85、87頁）在卷可稽，兼衡被告自述其大專畢業之智識程度，父母已經不在，未與兄弟姊妹同住，未婚沒有小孩，現仍經營永春藥局，每個月收入大概7至9萬元（本院卷第114頁）之家庭生活及經濟狀況，三次犯行手法相同，係經告訴人派員購得，偽藥尚未流入市面損及購買者之身體健康等一切情狀，量處如主文所示之刑，並定其應執行刑。

四、緩刑之宣告：

被告未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告乙節，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可參（本院卷第103頁）其因一時失慮，致罹刑典，於原審及本院審理中均坦承犯行，並已與告訴人達成調解，賠償告訴人所受損害等情，已如上述，而告訴代理人亦表明願意給予被告緩刑機會（本院卷第115頁），本院衡酌被告犯後確有知所悔悟與盡力填補告訴人所受損害之具體表現，而被告歷經此次偵審程序，當能知所警惕而無再犯之虞，因認其所受刑之宣告，以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第1款規定，宣告緩刑2年，以啟自新。

五、沒收部分：

㈠犯罪所用之物：按侵害商標權、證明標章權或團體商標權之物品或文書，不問屬於犯罪行為人與否，沒收之，商標法第98條定有明文。查被告於本判決附表一編號1至3所示，各次販售予告訴人所派人員之仿冒「威而鋼」藥錠，業經告訴人提供給警方查扣（警卷第22、68頁）合計9顆（其中2顆經檢驗用罄，詳如警卷第40頁檢驗報告所載），及本判決附表二所示，自永春藥局取出之仿冒「威而鋼」藥錠共52顆（其中14顆經檢驗用罄，詳如警卷第46至47頁檢驗報告所載），既均為侵害商標權之物品，不問屬於被告與否，均應依商標法第98條之規定予以沒收。至前開仿冒「威而鋼」藥錠因鑑驗用罄部分，既已滅失，爰不另宣告沒收。原審判決誤算應為

沒收諭知藥錠數量，即有可議，故本院予以撤銷，而就扣案驗餘偽藥共計45顆宣告沒收。

㈡犯罪所得部分：按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之；犯罪所得已實際合法發還被害人者，不予宣告沒收或追徵；又按宣告犯罪所得之沒收，有過苛之虞者，得不宣告或酌減之，刑法第38條之1第1項、第5項、第38條之2第2項分別定有明文。查本案上訴後，被告已於本院與告訴人達成調解，賠付33萬元，並已履行完畢（本院卷第81、115頁），倘再諭知沒收其犯罪所得，重複剝奪被告之財產，有過苛之虞，爰依同法第38條之2第2項規定就犯罪所得部分不予宣告沒收及追徵。原審未及審酌上開調解賠償之情事，而對被告諭知犯罪所得之沒收及追徵，故本院予以撤銷。

據上論斷，應依智慧財產案件審理法第1條，刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299條第1項前段，刑法第74條第1項第1款，判決如主文。

本案經檢察官楊瀚濤提起公訴，檢察官陳宗吟到庭執行職務並提起上訴，檢察官鍾鳳玲到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　6　　月　　14　　日

智慧財產第五庭

審判長法　官　李維心

法　官　蔡慧雯

法　官　蕭文學

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　　112　　年　　6　　月　　15　　日

書記官　郭宇修

附錄本判決論罪科刑法條：

《藥事法第83條》

明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列者，處7年以下有期徒刑，得併科新臺幣5千萬元以下罰金。
犯前項之罪，因而致人於死者，處7年以上有期徒刑，得併科新臺幣1億元以下罰金；致重傷者，處3年以上12年以下有期徒刑，得併科新臺幣7千5百萬元以下罰金。
因過失犯第1項之罪者，處2年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣5百萬元以下罰金。
第1項之未遂犯罰之。
《藥事法第86條》
擅用或冒用他人藥物之名稱、仿單或標籤者，處5年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣2千萬元以下罰金。
明知為前項之藥物而輸入、販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、轉讓或意圖販賣而陳列者，處2年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣1千萬元以下罰金。
《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。