

最高法院刑事判決

107年度台上字第3572號

上訴人 鍾法喜

選任辯護人 周文哲律師

上列上訴人因違反藥事法等罪案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國107年7月26日第二審更審判決（106年度重上更(二)字第3號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署98年度偵字第29757號，99年度偵字第3748號），提起上訴，本院判決如下：

主 文
上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。本件原判決綜合全案卷證資料，本於事實審法院之推理作用，認定上訴人鍾法喜有事實欄所載製造、販賣偽藥予同案被告黃國統2次之犯行，因而撤銷第一審不當之科刑判決，依想像競合之例改判論處犯藥事法第82條第1項之製造偽藥2罪刑，併諭知相關沒收。已詳述其調查、取捨證據之結果，及憑以認定犯罪事實之心證理由，並對於上訴人所辯各節，何以不足採信，亦詳加說明指駁。所為之論斷，俱與卷存證據資料相符，從形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違法情形存在。

二、上訴意旨略以：

(一)依證人即世華生物科技股份有限公司（下稱世華公司）業務專員陳光耀於原審審理之證言，上訴人委託世華公司製造之產品，不論包裝、顏色或內含物應都相同。第一審將本案扣案物品，送請行政院衛生署食品藥物管理局（下稱藥管局）鑑定，依該局民國100年8月29日檢驗報告書鑑定結果，如原

判決附表（下稱附表）、一之編號A所示，除其中盒裝（10粒）之銀色鋁箔包，內裝淺黃褐色粉末，及盒裝（9粒）之金色鋁箔包，內裝淺褐色粉末，檢出含有「Thioaildenafil」（分子量504）」（下稱「Thioaildenafil」）成分外，其餘則均未檢出該成分（如附表、二之編號B所示）。而該編號A部分，鋁箔包裝及內裝粉末顏色均不同，且編號A、B均為同案被告蔡儀俊居處之扣案物，其中有檢出亦有未檢出該成分之情形，本案之扣案物之來源絕非相同。原判決未予詳查，有應調查證據而未予調查、違背論理及經驗法則之違背法令。且對照陳光耀證詞，可證本案查扣之膠囊產品，並非上訴人所製造出售；又原判決認定上訴人出售予黃國統經營之冠穎生技貿易有限公司之產品，係10顆裝之膠囊，而依黃國統於第一審審理之證詞，益徵含有「Thioaildenafil」成分之扣案物，與上訴人毫無關係。原審就此有利之證據，未說明不採之理由，亦有判決不備理由之違法。

(二)法務部調查局臺中縣調查站（下稱臺中縣調站）於98年8月19日，搜索蔡儀俊處所並製作扣押物品目錄表，其中編號2猛客力膠囊狀食品之數量，原來僅載為90顆，遭人增刪為109顆，且未由被搜索人或執行搜索人員於刪改處簽名或蓋章，更無記明字數。且本案僅有該遭增列之19顆猛客力，含有「Thioaildenafil」成分（即附表、一之編號A），其餘均未驗出，該增列之19顆為本案之關鍵。此搜索扣押程序所得之相關資料及扣押物，因有重大明顯之瑕疵，自無證據能力。詎原判決就此竟未予論究，而仍為不利上訴人之認定，顯有判決不適用法則及違背證據法則之違誤。

(三)依藥管局網站資料所示，類緣物「Thioaildenafil」於99年1月5日始公布，上訴人此時始知悉，本案係發生該次公布之前。再依證人董長庚（藥管局承辦人）、藥學博士劉怡伯（藥管局審查員）之證言，渠等對「Thioaildenafil」化學成份及屬性尚非了解，而須於案發後再送請臺大教授審查，始認定「Thioaildenafil」可影響人類身體。而上訴人僅係商

職畢業，並無任何藥學專業，焉能知「Thioaildenafil」足以影響人之身體結構及生理機能？又上訴人經營之金法喜醫學生技有限公司（下稱金法喜公司）早於本案發生前之96年3月至98年7月間，即將本案食品送請業經核可委託檢驗之國內公正機構檢驗，檢驗結果均未含包括壯陽藥在內之西藥成分，依經驗及論理法則，上訴人敢於本案案發前主動送驗達6次，足徵其無製造、販賣偽藥之故意。原審就前開事實未予詳究，已悖於經驗、論理法則，有判決違背法令之違誤。

(四)原審認定97年6月19日為警查獲之案件（該案經臺灣臺北地方檢察署以98年度偵字第1589、22876號提起公訴，並經臺灣臺北地方法院以98年度訴字第2215號刑事判決確定），與本案之原料均屬相同，且本案製造及販售之時間，均在該案98年10月30日提起公訴之前，具集合犯之包括一罪關係，應以一罪論處，而該案已判決確定，原審就本件自應為免訴判決，方符法律規定。原審竟仍為不利上訴人之認定，並為有罪判決，有判決違背法令之違誤云云。

三、惟查：

(一)採證認事係事實審法院之職權，其對證據證明力所為之判斷，如未違背經驗法則與論理法則，復已敘述其憑以判斷之心證理由，即不能任意指為違法。原判決已敘明如何依上訴人之部分自白、同案被告黃國統、蔡儀俊、證人張幸枝、陳光耀、許嘉興之證述、金法喜公司之銷貨單、世華公司合約書及客供品驗收單、紳瓊實業有限公司（黃國統經營）開立與金法喜公司之本票、支票及其明細表、藥管局98年6月26日藥檢參字第0000000000號檢驗報告書、100年8月29日FDA研字第0000000000號檢驗報告書、臺中市衛生局藥物檢查現場紀錄表、猛客力膠囊狀食品包裝外盒影本及膠囊狀藥品翻拍照片、威力膠囊外包裝盒翻拍照片等證據資料，經綜合判斷，認定上訴人明知其所提供來源不明含有壯陽功效之粉末，含有壯陽藥威而鋼主成分Sildenafil類緣物「Thioaildenafil」等西藥成分，足以影響人類身體結構及生

理機能，未經核准，擅自於97年9月16日、10月23日，將上開藥粉，委託不知情之世華公司業務專員陳光耀等人，充填入膠囊並打錠，製造名為「威力」10顆裝膠囊之偽藥（含「Thioaildenafil」成分），並於98年4月14、28日，以每顆新臺幣（下同）13元之價格，販賣上開「威力」膠囊偽藥1萬顆（此銷貨單品名欄記載為「威力-2」）予黃國統經營之冠穎生技貿易有限公司（下稱冠穎公司），而製造、販賣上開偽藥，黃國統再以每顆35元之價格販賣予蔡儀俊，後者以「猛客力」膠囊之名稱對外銷售等事實。並就上訴人所辯：扣案之食品其有送驗，均屬合格，不知為何會檢出含有西藥，且交給黃國統之產品為10顆一排，並以PTP裸排包裝，與黃國統交給下游蔡俊儀之產品外包裝不同云云，如何不足採信，詳加說明指駁。所為之論斷，俱有卷內資料可按，無違證據法則，乃事實審法院採證認事職權之適法行使，亦無違反證據法則、調查職責未盡及判決理由欠備之不當情形。依原審認定之事實，上訴人有兩次製造、販賣之犯行，是其提供之原料非必然相同，而世華公司充填打錠之包裝亦非必然一致，而依黃國統在臺中縣調站之陳述，其有向上訴人取得金色、銀色裝包之膠囊，且其於偵查及上訴審審理均一致明確證稱：上開藥物均是從上訴人處取得等語，並無矛盾之處，是如附表、一之編號A部分(一)、(二)之鋁箔包裝顏色不同，不足為有利於上訴人之認定。況於99年10月21日在桃園市平鎮區正威藥局查扣之膠囊，黃國統亦稱是向上訴人取得，經送驗後，檢出「Thioaildenafil」及「Thiosildenafil（分子量504）」，則與附表、一之編號A部分(二)檢出之成分相同，顏色亦大致相當，有藥管局99年4月23日檢驗報告書可憑（見本院104年度台上字第1075號卷第257頁，即上訴人上訴理由狀上證第25號），原審之採證認事，難認有違經驗、論理等證據法則。上訴意旨(一)指摘原審違背罪疑唯輕原則、無罪推定原則，及判決理由不備、矛盾云云，或對原審取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，或對原判決理由已

經說明之事項，徒以自己之說詞，再為單純事實之爭辯，皆非適法之第三審上訴理由。

(二)公務員制作之文書，不得竄改或挖補；如有增加、刪除或附記者，應蓋章其上，並記明字數，其刪除處應留存字跡，俾得辨認，刑事訴訟法第40條固定有明文。惟證據之取捨，屬於事實審法院之職權，故事實審依客觀標準認某項證據有審酌之必要者，倘不違反經驗法則、論理法則，尚難指為違法。證人即臺中縣調站調查官周宜佩、楊文政於98年8月19日在蔡儀俊住處執行搜索，製有搜索扣押筆錄（含扣押物品收據、扣押物品目錄表），並在該份公文書上簽名，惟依卷附之上開目錄表，品名為猛客力膠囊品食品，數量原為90增刪為109個，其上雖無蓋章及記明刪改字數（見臺中縣調站卷第87頁）。然其2人於原審審理時結證稱：90更改為109，應是其等漏蓋，而在臺中縣調站之留存聯更改處，則蓋有「蔡儀俊」圓形章等語，且經原審當庭勘驗無誤（見原審重上更(一)卷二第22至26頁），證人2人之處理方式雖與上開規定略有出入，但原審查明係漏未蓋章，並確認留存聯部分確有蓋章，蔡儀俊當場未爭執，經其綜合各證據資料判斷之結果，認該扣案中如附表、一之編號A部分(一)、(二)所示之19顆為偽藥，確係該次搜索扣押之物，而可證明上訴人有製造、販賣偽藥之行為。此乃事實審法院對證據調查及採證認事職權之適法行使，不能任意指摘違法而執為上訴第三審之適法理由，上訴意旨(二)指原判決有不適用法則及違背證據法則之違誤云云，尚有誤會。

(三)藥品「類緣物」之分子主結構與藥品極類似（即類似物），係藥品研究發展之諸多化學合成方程途徑過程中所產生「非天然」存在之相關類似物產物。鑑於該等類似物產物之藥理作用皆可顯著影響人體生理功能，已符合藥事法第6條第3款「足以影響人類身體結構及生理機能之藥品」規定，應屬藥品管理，且該類藥品類緣物大部分以壯陽或減肥食品型態販售，可能導致患有高血壓及心血管疾病之消費者，在不知情

之情況下使用，而發生與心血管疾病藥物產生交互作用致猝死之危險。原審已敘明藥管局在本案猛客力膠囊中所驗出之 Thioaildenafil (分子量 504) 成分，其主結構與 Sildenafil (威而鋼主成分) 之主結構相同，且整體結構極為相似，即 Sildenafil 之類緣物，該成分可顯著影響人體之生理功能，符合藥事法第 6 條第 3 款「其他足以影響人類身體結構及生理機能之藥品」規定，應屬藥品管理，衛生主管機關亦未曾核准該成分之產品，非需經衛生主管機關之公告列管。又本件並無任何證據證明上訴人自行送檢之食品成分，與扣案遭查獲之膠囊確屬相同，況藥管局於本案所為檢驗，所使用之儀器靈敏度較高，而其他民間之檢驗公司復未能取得「Thioaildenafil」或「Thiosildenafil (分子量 504)」之標準品以供比對，尚難以上訴人所提自行送驗報告資為其有利之認定。上訴意旨(三)徒以自己之說詞指摘原判決違背經驗、論理法則云云，自非適法之第三審上訴理由。

(四) 刑法學理上所謂「集合犯」，係指符合犯罪構成要件之行為，依其本質、犯罪目的及社會常態觀之，常具有反覆或延續實行之特性，此等反覆、延續之行為，於自然意義上雖係複數之行為，但依社會通念，在法律上應總括為合一之評價，於立法時乃將之規定為獨立之犯罪類型，而為包括之一罪。故是否屬於「集合犯」，在主觀上應視其是否出於行為人單一或概括之決意或目的，在客觀上則應依其犯罪構成要件類型斟酌法律規定之本來意涵、實現該犯罪目的之必要手段、社會生活經驗中該犯罪具有反覆或延續實行之常態及社會通念等因素，並秉持刑罰公平原則，加以判斷。現行刑法上有關販賣之罪（包括販賣毒品、槍械、偽藥、禁藥、違反著作權法及仿冒他人商標之商品等），在立法者預定之構成要件類型上，並非屬於必須反覆或延續實行始能成立之犯罪。且該等販賣行為，常有單一或偶發性多次販賣之情形，亦非絕對具有反覆、延續實行之特徵。而刑法刪除連續犯之前，基於概括之犯意而為多次販賣毒品、槍械、偽藥或禁藥行為，

實務上向採「連續犯」說，而不採「集合犯」說。連續犯刪除後，自應將原屬各自獨立評價之數罪，回歸本來應賦予複數法律效果之原貌，而就多次販賣毒品、槍械、偽藥、禁藥之犯行，以採一罪一罰為原則。原判決已敘明上訴人2次製造、販賣偽藥之犯行，如何在客觀上明確可分，每次行為皆可獨立成罪，無從評價為集合犯，而應按行為次數予以分論併罰。並無不合，洵無上訴意旨(四)所指適用法則不當之違法可言。

(五)其他上訴意旨，或對原審取捨證據與自由判斷證據證明力之職權行使，或對原判決理由已經說明之事項，徒以自己之說詞，再為事實上之爭辯，泛指為違法，皆非適法之第三審上訴理由。本件上訴均違背法律上之程式，應併予駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中華民國 108 年 1 月 31 日

最高法院刑事第四庭

審判長	法官	王	居	財
	法官	蘇	振	堂
	法官	謝	靜	恒
	法官	鄭	水	銓
	法官	楊	真	明

本件正本證明與原本無異

書記官

中華民國 108 年 1 月 31 日