

臺灣高等法院臺中分院刑事判決

107年度上訴字第2151號

上訴人
即被告 雙映生物科技有限公司
兼代表人 陳日和

上訴人
即被告 蔡文生
上一人
選任辯護人 吳紹貴律師
黃啟翔律師

上訴人
即被告 一馨生技有限公司
兼代表人 廖學澍
上二人共同
選任辯護人 林殷世律師

上列上訴人等因違反藥事法案件，不服臺灣臺中地方法院106年度訴字第145號中華民國107年7月31日第一審判決（起訴案號：臺灣臺中地方檢察署105年度偵字第25358號、第27570號、第31061號），提起上訴，本院判決如下：

主文
上訴駁回。

蔡文生緩刑貳年。並應向公庫支付新臺幣參拾萬元。

犯罪事實

一、蔡文生於民國103、104年間為「臻旺生物科技股份有限公司」（址設臺中市○○區○○路○○號4樓，下稱臻旺公司，起訴書誤載為臻旺生技有限公司，已經原審判處罰金新臺幣〈下同〉40萬元確定）之股東兼總經理（行為時登記負責人為林聘玲，現為馮子芸），陳日和則係「雙映生物科技股份有限公司」（址設新北市○○區○○路○○○巷○○弄○號1樓，下稱雙映公司）之實際負責人（行為時登記負責人為陳素貞，現為陳日和，雙映公司已於101年5月18日命令解散，惟並未向法院聲報清算完結），亦為設在臺中市○○區○○○街○○○號

01 「三贏健康管理顧問公司籌備處」（尚未設立公司，下稱三
02 贏公司籌備處）之負責人，廖學澍為「一馨生技有限公司」
03 （行為時址設臺中市○○區○○○道0段000號7樓之3，後改為
04 臺中市○○區○○路0段00號7樓，下稱一馨公司）之負責人
05 。

06 二、蔡文生、陳日和及廖學澍均明知臻旺公司、雙映公司及一馨
07 公司均未取得中央衛生主管機關核發之製造及販賣藥物許可
08 證，其等身為生物科技公司之負責人或總經理等職務，依其
09 等智識程度、所從事生物科技或生技類等業務範圍，本應注
10 意各該公司所製造、販售或轉讓之產品，如為藥事法所規範
11 之藥品，須將其成分、規格、性能、製法之要旨，檢驗規格
12 與方法及有關資料或證件，連同原文和中文標籤、原文和中
13 文仿單及樣品，並繳納費用，申請中央衛生主管機關查驗登
14 記，經核准發給藥品許可證後，始得製造，若未經主管機關
15 核准，即屬藥事法第20條第1款所稱之偽藥，不得擅自製造
16 、販賣或轉讓，且依其等各該當時情狀並無不能注意之情事
17 ；而「Sildenafil」（威而鋼主要成分）及「Tadalafil」
18 （犀利士主要成分）成分，如用於人體應以藥品列管，係足
19 以影響人類身體結構及生理機能，乃藥事法第6條第3款所規
20 範之藥品。詎蔡文生因受陳日和之委託，擬生產針對心、肝
21 、脾、肺、腎五行的產品，竟疏未注意及此，使用來源不明
22 且含有「Sildenafil」、「Tadalafil」成分之原物料，交
23 由不知情之生產線員工加工製造及裝填成每PE片有10顆紅白
24 色膠囊之鋁箔包裝袋，至少有53包（起訴書誤認僅500顆）
25 ，於103年底至104年初之間，在臺中市○○區○○○街○○○
26 號，將前述藥品以樣品名義全數提供予陳日和；陳日和為測
27 試市場水溫及接受度，復委由不知情之印刷廠業者製作名為
28 「蟲草滋勝王」之綠色標籤貼於上開樣品之鋁箔包裝袋上，
29 亦疏未注意及此，於104年12月4日之前某日（尚無證據足認
30 係在104年12月4日之後），在上址悉數轉交予陳國彬以向外
31 拓展業務；其後，廖學澍先後於104年12月25日、105年1月

01 13日，以每盒500元至600元之代價，向陳國彬購得上開「蟲
02 草滋勝王」3包、50包，合計53包後，亦疏未注意及此，接
03 續於104年12月29日、105年3月9日，在臺中市○區○○○道
04 0段000號7樓之3其經營之一馨公司內，由不知情之員工以每
05 包2,500元之價格分別販賣予李紘治（誤認係李弘治）、陳
06 博利及王清水各1包，總計得款7,500元。

07 三、嗣經法務部調查局臺中市調查處（下稱臺中市調處）於105
08 年4月21日上午10時許，持臺灣臺中地方法院核發之搜索票
09 ，至臺中市○區○○○道0段000號7樓之3一馨公司執行搜索
10 時，扣得如附表所示之「蟲草滋勝王」38包（起訴書誤載為
11 33盒）（原53包，除3包販售外，另2包由一馨公司員工試用
12 ，另10包由陳國彬借用索回）後，委由臺中市政府衛生局鑑
13 定結果，察覺「蟲草滋勝王」含有「Sildenafil」及「
14 Tadalafil」西藥成分，始查悉上情。

15 四、案經臺中市政府衛生局函送及臺中市政府警察局刑事警察大
16 隊報請臺灣臺中地方檢察署檢察官偵查起訴。

17 理 由

18 壹、證據能力

19 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
20 者外，不得作為證據；又被告以外之人於審判外之陳述，雖
21 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
22 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
23 述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事人、代理
24 人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證
25 據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項
26 之同意，刑事訴訟法第159條第1項及第159條之5分別定有明
27 文。經查，本判決下列所引用被告以外之人於審判外之陳述
28 ，檢察官、上訴人即被告（下稱被告）陳日和等人及其等辯
29 護人等人迄於原審、本院言詞辯論終結前均未聲明異議，於
30 本院行準備程序時並均同意具有證據能力（見本院卷一第19
31 4、260、261頁），本院審酌上開證據資料作成時之情況，

尚無違法不當或證明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，爰依上開規定，認前揭證據資料均有證據能力。

二、本院以下援引之其餘非供述證據資料（含扣案物品、扣押物品翻拍照片、查獲時之現場搜證相片等證物），檢察官、被告等人及其辯護人等人於原審、本院審判程序時對其證據能力均不爭執，於本院行準備程序時並均同意具有證據能力（見本院卷一第194、260、261頁），且係司法警察（官）依法執行職務時所製作或取得，應無不法取證之情形，參酌公司法第158條之4規定意旨，上揭證據均具有證據能力，併此敘明。

貳、認定犯罪事實所憑之證據及理由

一、扣案如附表所示之「蟲草滋勝王」為藥事法所稱之偽藥：

（一）按藥事法第6條規定：「本法所稱藥品，係指左列各款之一之原料藥及製劑：一、載於中華藥典或經中央衛生主管機關認定之其他各國藥典、公定之國家處方集，或各該補充典籍之藥品。二、未載於前款，但使用於診斷、治療、減輕或預防人類疾病之藥品。三、其他足以影響人類身體結構及生理機能之藥品。四、用以配製前三款所列之藥品。」是若符合藥品之定義，縱未經衛生主管機關之公告列管，亦無礙其符合藥品之構成要件。本件臺中市調處於105年4月21日上午10時許，持臺灣臺中地方法院核發之搜索票，前往臺中市○○區○○○道0段000號7樓之3一馨公司執行搜索時，所扣得之「蟲草滋勝王」，經送臺中市政府衛生局檢驗，含有「Sildenafil」（分子量474.59）成分、「Tadalafil」（分子量389.41）成分，分別為威而鋼主要成分及犀利士主要成分，均屬西藥成分，故該等產品應以藥品管理乙節，有臺中市政府衛生局105年6月28日中市衛食藥字第1050062235號函檢附之檢驗報告書、衛生福利部食品藥物管理署（下稱食藥署）壯陽成分檢驗資訊附卷（見105他4644卷第1頁正反面、5、7、8頁正反面）可稽；足認含有「Sildenafil」、「Tadalafil」

01 成分之產品，乃足以影響人類身體結構及生理機能，屬藥
02 事法第6條第3款規定之藥品無誤，須依藥事法等規定向食藥
03 署辦理查驗登記及核發藥品許可證，至堪認定。

04 (二)次按，本法所稱偽藥，係指藥品經稽查或檢驗有左列各款情
05 形之一者：一、未經核准，擅自製造者。二、所含有效成分
06 之名稱，與核准不符者。三、將他人產品抽換或摻雜者。四
07 、塗改或更換有效期間之標示者。所稱禁藥，係指藥品有左
08 列各款情形之一者：一、經中央衛生主管機關明令公告禁止
09 製造、調劑、輸入、輸出、販賣或陳列之毒害藥品。二、未
10 經核准擅自輸入之藥品。但旅客或隨交通工具服務人員攜帶
11 自用藥品進口者，不在此限。前項第2款自用藥品之限量，
12 由中央衛生主管機關會同財政部公告之。又製造、輸入藥品
13 ，應將其成分、規格、性能、製法之要旨，檢驗規格與方法
14 及有關資料或證件，連同原文和中文標籤、原文和中文仿單
15 及樣品，並繳納費用，申請中央衛生主管機關查驗登記，經
16 核准發給藥品許可證後，始得製造或輸入。藥事法第20條、
17 第22條、第39條第1項分別定有明文。查本件「蟲草滋勝王
18 」並未經衛生主管機關核准藥品許可證，亦有食藥署西藥、
19 醫療器材、含藥化粧品許可證查詢資料在卷（見105他4644
20 卷第9頁反面至11頁反面）可佐，本即不得製造、販賣或轉
21 讓，而系爭「蟲草滋勝王」之來源，乃被告陳日和自被告蔡
22 文生處取得之樣品，其後交予「陳國彬」，再販賣予被告廖
23 學澍迄為臺中市調處查獲等情，業據被告陳日和、廖學澍供
24 承明確（見原審卷一第78頁正反面、79頁反面、80頁；本院
25 卷二第252頁），復查無其他積極證據足認系爭「蟲草滋勝
26 王」乃自國外進口，堪認系爭「蟲草滋勝王」確係在國內未
27 經核准而製造甚明，揆諸首揭條文規定，核屬藥事法所定未
28 經核准，擅自製造之偽藥無訛，合先敘明。

29 二、被告蔡文生部分：

30 (一)訊據被告蔡文生於本院坦承有過失製造偽藥、過失轉讓偽藥
31 等各該犯行，惟於原審僅坦承其於103、104年間為臻旺公司

01 的總經理，於104年間有提供樣品給陳日和等情不諱，而矢
02 口否認有何過失製造、轉讓偽藥之犯行，辯稱：我在臻旺公
03 司只是負責對外業務，沒有製造的技術跟經驗、能力，我是
04 把臻旺公司含有蟲草素的膠囊，產品名稱叫做「新立強」的
05 樣品提供給陳日和參考，因為有檢驗報告，所以我認為是正
06 常的產品；起訴書所載的「蟲草滋勝王」，我不知道有這個
07 產品，也不知道是不是就是我給陳日和含有蟲草素名稱叫做
08 「新立強」的膠囊，在我的認知我沒有製造偽藥云云。

09 (二)經查：

- 10 1. 被告蔡文生雖以前揭情詞置辯，然證人陳日和於原審審理時
11 證稱：「（問：本件扣案『蟲草滋勝王』的產品是何人製造
12 ？）這是我從臻旺公司取得的樣品。（問：你是如何知道這
13 是臻旺公司的產品？蔡文生交給你的產品中有無任何臻旺公
14 司的名稱？）這個問題我很難回答，因為我不知道蔡文生現
15 在來是代表A公司或B公司，但他是臻旺的蔡經理，所以我就
16 把他跟臻旺劃等號。（問：請提示105年度他字第4644號卷
17 第239頁，問你紅白膠囊是否蔡文生親自交給你的？你回答
18 這個產品是不是臻旺公司親自生產的你不清楚，你究竟知不
19 知道【提示並告以要旨】？）我把蔡文生跟臻旺劃等號，蔡
20 文生提供給我的，我就認為是臻旺生產的，但我不知道臻旺
21 是否跟我一樣，向別人拿產品之後轉給我，所以我不知道是
22 不是臻旺生產的，因為我沒有親自看到臻旺在生產，我只知
23 道是蔡文生提供給我的，他代表臻旺公司，我當初回答的意
24 思是這樣。（問：你是如何知道臻旺公司有生產本案外觀紅
25 白色膠囊產品？）我本身並不知道，是因為我有產品需求才
26 請臻旺的蔡文生提供。（問：是你主動跟蔡文生詢問？還是
27 蔡文生主動跟你推銷？）我提出的，我說我要的是五行的產
28 品，即肝、心、脾、肺、腎五種產品的需求。（問：你的意
29 思是你先跟蔡文生表明你有這樣的需求，請他去找公司裡有
30 無符合你需求的產品？）是的。（問：你問蔡文生有無補強
31 身體的藥品，蔡文生就提供本案藥品給你？）是。（問：你

01 取得外觀紅白色膠囊，用途為何？）要行銷給中國那邊保健
02 食品使用，就是一般的食品。（問：你有無打算將膠囊重新
03 加工或做其他用途？）我們會再重新加工、檢驗及包裝才會
04 出國。（問：關於本案紅白色膠囊你到底有無加工過？）沒
05 有。（問：你跟陳國彬關係為何？）他只是拿產品要去賣的
06 人。（問：是否有將『蟲草滋勝王』交給陳國彬？）有。（
07 問：是否知道你的下游陳國彬或其他你的業務有無任何加工
08 的行為？）我不瞭解，我只是將初樣品交給他，必須下游的
09 使用者或廠商同意，我們才會下Order單給臻旺，再跟臻旺
10 商討組成成分以後，才會再包裝、檢驗再出廠，才由我們負
11 責。（問：請提示原審卷二第62至67頁，這幾包產品是否就
12 是蔡文生交給你的【提示並告以要旨】？）時間太久，上面
13 又沒有貼標籤，唯一有一張標籤是我貼上去的所以我可以確
14 認，其他的外面包裝沒有可以辨識的，我無法確認。（問：
15 照片有鋁袋的部分，當時蔡文生交給你時，他是交給你一片
16 10顆的膠囊，還是有包含鋁袋，或有其他外盒包裝？）初樣
17 品是有鋁袋，沒有標籤。（問：標籤是你貼的？）對，標籤
18 是蔡文生有提供成分。（問：提示原審卷『蟲草滋勝王』標
19 籤，這是否你剛才所稱是你貼上去的貼紙【提示並告以要旨
20 】？）是。（問：貼紙上面文字內容是誰決定的？）這不是
21 我決定的，臻旺公司蔡文生提供給我時成分就有了。（問：
22 貼紙是你找人印的？）是。（問：如果你不知道成分或食品
23 名稱，如何請人去印？）印這個不是很困難，我就把別人提
24 供給我的內容抄在紙上交給印刷廠去印個標籤給我貼。（問
25 ：請提示105年度他字第4644號卷105年9月20日被告陳日和
26 地檢署訊問筆錄第3頁，偵查中你提到你購買的原料是以紅
27 白膠囊裝填藥粉，沒有任何的外包裝，與你剛才所述不符，
28 有何意見【提示並告以要旨】？）當初我沒有注意到，因為
29 我沒有看過刑事組或警察局去一馨公司搜到的產品是什麼樣
30 的東西，是由法官或檢察官跟我說是這樣的東西，當初樣品
31 我都沒有看到，我只知道裡面是紅白色的，物件是對的，我

不知道後來要確認包裝的問題，我不知道當初被查扣的東西形狀是什麼，我說沒有任何外包裝指的是盒子。（問：蔡文生交付給你紅白色膠囊的鋁袋與『蟲草滋勝王』的包裝盒是誰製造的，你是否清楚？）我不清楚，我只是左手拿過來右手交出去，當時不可能打開，就如扣案的鋁袋包裝的粗料而已，我從上游拿到的就是這樣，我只有貼標籤。（問：起訴書認定你從蔡文生這裡取得500顆膠囊，如果一個PE片是10顆，就是50片？）數量我不知道，我是左手拿右手交出去。（問：有無跟他收錢能否確定？）是無償的。（問：你從蔡文生取得的是否為500顆膠囊已經不確定，但從頭到尾只拿了一次，且全數都交給陳國彬？）對。」等語（見原審卷三第14至26頁）。對照，證人廖學澍迭於檢察官偵查中具結證稱：「蟲草滋勝王」是向陳國彬買的，一次買50盒，我是透過陳國彬認識陳日和，陳國彬算是陳日和的業務，若跳過陳國彬向陳日和購買，陳國彬就抽不到佣金；「蟲草滋勝王」係透過陳國彬向陳日和買的，是因為陳日和到一馨公司演講，我評估後覺得不錯，才跟他批貨來賣等語（見105他4644卷第167頁反面、168、240頁），於本院仍為相同之供述（見本院卷一第249至251頁）。而本件臺中市調處於105年4月21日上午10時許，在一馨公司執行搜索時，所扣得如附表所示之「蟲草滋勝王」38包，其上所張貼載有「蟲草滋勝王」之綠色標籤，乃證人陳日和委由印刷廠製作，並由其張貼於外包裝之鋁箔袋上乙節，既據其證述綦詳如上，核其所述內容業已供承客觀上確有取得系爭「蟲草滋勝王」，並將之轉讓予陳國彬之事實，尚非屬何等有利於己之供述，自難認係為免脫罪行，而故為虛偽之詞，洵堪採信；足徵，上開扣案物確係證人陳日和自被告蔡文生處所取得之53包PE片，每片10顆紅白色膠囊，外包裝為鋁箔袋之樣品無訛，被告蔡文生於原審否認如附表所示之物，即其交付予被告陳日和之產品，顯係卸責之詞，要無可採。

2. 其次，證人馮源鳳於原審審理亦具結證稱：在蔡文生擔任臻

旺公司總經理時，我是執行長，當時工廠所有研發是由蔡文生的太太張淑娟及廠長負責；臻旺公司有生產「新立強」這項產品，但「蟲草滋勝王」這個品名我從來沒看過，也沒有用這個品名生產任何粉末或膠囊產品；臻旺公司生產的蟲草粉末可以做成各種形式，可以做成粉末、膠囊、錠劑、口服包、飲品等各種產品，但這個原料並沒有做成這次所發生檢驗有問題的品名及複方原料；臻旺公司生產的蟲草粉末或蟲草素的膠囊，是做金色透明的，幫客戶製作的有做過很多種顏色；我於擔任臻旺公司的前身晶旺公司負責人時，確實有因為生產「蟲草晶力旺」的膠囊含有與本案相同的Sildenafil成分，遭臺灣高等法院臺中分院99年度上訴字第1352號判決違反藥事法；蟲草素的配方是依據客戶的要求製作，有變過很多次，這不是威而鋼，是跟威而鋼、犀利士類似的成分，我以前不懂這個，為了這個也很頭痛，後面因為一再驗出類緣物，就不敢再去配這種，而且我服刑3年時間也深深體悟到不要再做會產生這個成分的原料，所以後面所做的都是一般的食品，比較高純度的就不敢再做，而且購買原料時一定會事先檢驗，一定要百分之百確定沒有（問題）才敢賣給客戶，臻旺公司所生產「新立強」有杜夫萊茵公司的檢測報告，確認沒有西藥成分以後才大量生產賣給客戶等語（見原審卷三第27至31頁）。參以，證人馮源鳳業經法務部調查局施以測謊鑑定，鑑定結果對於1.你有製造任何偽藥嗎？2.有關本案，你有製造任何偽藥嗎？證人馮源鳳所為回答：沒有等節，均無不實反應等情，有前揭測謊鑑定書附卷為憑，堪認證人馮源鳳證述其確無以臻旺公司之機器設備生產偽藥，尚堪採信；而系爭如附表所示之扣案物，其PE片上並無任何產品名稱，在被告陳日和貼上綠色標籤前，僅係完全空白之鋁箔袋，內無任何產品及成分說明，顯無任何積極證據足認即係臻旺公司所生產、正式名稱為「新立強」之產品，二者自不能遽予畫上等號，遑論，被告陳日和自始未曾與證人馮源鳳有任何聯繫，證人馮源鳳所證陳日和的業務均係由蔡文

生接洽，其從未透過蔡文生交付任何產品予陳日和等語（見105他4644卷第238頁反面、239頁正反面），即非無稽，堪以採信。是以，無論被告蔡文生究竟如何稱呼其所交予被告陳日和之樣品，是「新立強」或「新力強」，甚至就是「蟲草滋勝王」者，均乏相關事證足認乃證人馮源鳳所提供，至為灼然。

3. 準此以觀，系爭「蟲草滋勝王」既係被告蔡文生應被告陳日和之需求而交付，被告蔡文生斯時又為臻旺公司之總經理，其妻張淑娟復負責產品之研發，本院雖無證據證明被告蔡文生與其妻係明知含有「Sildenafil」、「Tadalafil」之成分，而以製造偽藥之犯意生產系爭「蟲草滋勝王」，然扣案之紅白膠囊無論以何等名稱稱之，乃臻旺公司以其生產線所製造者，應係不違背邏輯與常理之認定。

(二) 按藥事法第82條第1項之製造偽藥罪，以及同法第83條第1項之明知為偽藥而販賣罪，均以行為人主觀上知悉其所製造或販賣之藥品係未經衛生主管機關核准之偽藥為成立要素。若行為人欠缺此項主觀之要素者，除其行為符合同法第82條第3項，或第83條第3項過失罪之構成要件，應依各該過失罪名論擬外，尚無成立前述製造、販賣偽藥罪之餘地（最高法院101年度台上字第5045號判決意旨參照）。查被告蔡文生於行為時，確為臻旺公司之總經理，負責對外銷售業務，乃實際與雙映公司之實際負責人陳日和接洽，製造與轉讓系爭「蟲草滋勝王」之人之事實，已如前述；其明知製造藥品，應將其成分、規格、性能、製法之要旨，檢驗規格與方法及有關資料或證件，連同原文和中文標籤、原文和中文仿單及樣品，並繳納費用，申請中央衛生主管機關查驗登記，經核准發給藥品許可證後，始得製造，本應注意該公司所販售之產品，不得含有藥事法所規範之藥品成分，復無不能注意之情形，竟疏未就原物料加以送檢確認，亦未將製成品送請專業機關檢驗，以確保並無含有藥事法所定之藥品成分，即貿然將含有「Sildenafil」、「Tadalafil」成分之產品提供

予被告陳日和，其有應注意而未注意之過失情節，至為明確。
。

(四)綜上所述，被告蔡文生前開於原審否認犯罪所持之辯解均要無可採，自仍應以其於本院所為認罪之自白與事實相符，堪予採信。此外，復有搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表、臺中市政府衛生局食品工作稽查紀錄表、食品檢查現場記錄表、經濟部商業司公司資料查詢及蒐證照片等在卷可稽。從而，本件事證業臻明確，被告蔡文生犯過失製造偽藥、過失轉讓偽藥之犯行，洵堪認定，應予依法論科。

三、被告陳日和部分：

(一)訊據被告陳日和固坦承確實有從蔡文生處取得樣品，蔡文生總共給過其一次，也確實有提供陳國彬「蟲草滋勝王」，但不是盒裝產品，沒有包裝盒，只是1片10顆膠囊，在這片10顆膠囊的包裝上並沒有「蟲草滋勝王」的字樣，更沒有「紅威力」的字樣等情不諱，惟矢口否認有何過失轉讓偽藥之犯行，辯稱：蔡文生提供樣品的用意是提供給我開發用，這只是半成品，我打算自己加工（例如添加維他命C），再重新做成膠囊或錠劑，之後再送驗做成產品後再販售；我給陳國彬的半成品就是蔡文生給的「蟲草滋勝王」（新立強），我完全沒有動過，沒有加工，沒有拆開來改裝，我給陳國彬的用意要讓他去試水溫，看看市場的反應，再做產品加工開發；蔡文生交給我樣品的時候，同時有給食品檢測報告，就是105年度他字第4644號卷第248頁的檢測報告，我給陳國彬的檢測報告上面申請人是打成雙映科技股份有限公司，就是拿248頁這一份去更改的（有經過蔡文生口頭同意），是我在大容東街182號改的，地址如105年度他字第4644號卷第34頁檢測報告所示，所以我還沒有製造也沒有販賣，因為製作跟販賣要負起最終產品的檢測責任云云。

(二)經查：

1.被告陳日和雖以前揭情詞置辯，然其於原審、本院審理時均業已明確供承：自蔡文生處所取得之樣品，我是左手拿過來

01 右手交出去，全數交給陳國彬，沒有任何加工等語，已如前
02 述，核與其於檢察官偵查中之供述大致相符，本院復查無資
03 金往來、單據、憑證或其他積極證據足認被告陳日和係以販
04 售之方式，將系爭「蟲草滋勝王」交予「陳國彬」，而其目
05 的既然在測試市場水溫，看看消費者的反應，據以評估是否
06 進一步加工開發該項產品，是其客觀上有以移轉持有之意，
07 將53包「蟲草滋勝王」交付予「陳國彬」之事實甚明，其所
08 為乃藥事法所規範之轉讓行為，自堪認定。

- 09 2. 又製造、輸入藥品，應將其成分、規格、性能、製法之要旨
10 檢驗規格與方法及有關資料或證件，連同原文和中文標籤
11 原文和中文仿單及樣品，並繳納費用，申請中央衛生主管
12 機關查驗登記，經核准發給藥品許可證後，始得製造或輸入
13 藥事法第39條第1項定有明文，已如前述。被告陳日和固
14 非從事藥品相關事業，然扣案之「蟲草滋勝王」其包裝內沒
15 有任何中文說明，遑論記載成分、規格、性能、製法之要旨
16 以及相關服用方法、限制、禁忌或注意事項之仿單，包裝
17 上亦無任何進口商、經銷商或製造商之聯絡地址、電話，復
18 無何等有關營養成分之標示，亦無完整之包裝盒及膠膜乙節
19 業經原審於106年8月10日準備程序時勘驗明確，有同日準
20 備程序筆錄及翻拍照片在卷（見原審卷二第48、62至67之6
21 頁；原審卷四第74至80頁）可按，並經本院於108年2月21日
22 、5月16日、6月20日審判期日於進行證人詰問程序時當庭均
23 提示交付檢察官、被告及辯護人、證人王清水、王紘治、陳
24 博利、陳國彬觀看，而其上僅有之綠色標籤，乃被告陳日和
25 自行委由印刷廠印製，並黏貼於上，其明知於此，如何確信
26 乃經主管機關合法准許生產、製造之健康食品？被告陳日和
27 固提出被告蔡文生所交付之杜夫萊茵股份有限公司高雄實驗
28 室（下稱杜夫萊茵公司）於2014年2月20日所出具之檢測報
29 告（見105他4644卷第248至253頁），然該檢測報告上之樣
30 品名稱為「新立強」，而本件扣案之紅白膠囊上、PE片上、
31 鋁箔袋上等，並無絲毫有關產品名稱之印記，尚且，被告陳

01 日和猶有以小畫家等軟體，自行將上開檢測報告之申請單位
02 及地址，更改成「雙映生物科技股份有限公司」、「403台
03 中市○○區○○○街○○○號」之舉（見105他4644卷第34、35
04 頁），業據其供承在卷（見原審卷三第22頁反面），如何能
05 謂其有相信該報告之公信力之餘地？其又有何對此來源不明
06 之產品，深信其為合法准許生產，不含任何藥物成分之食品
07 ？暨被告蔡文生所交付之產品「蟲草滋勝王」與其所交付之
08 檢驗報告上載產品「新立強」究竟是否為同一產品，亦根本
09 未為任何之查證，而被告陳日和將申請單位業已修改成雙映
10 公司之杜夫萊茵公司檢測報告（產品名稱仍為「新立強」）
11 提供予陳國彬再轉交被告廖學澍，此並經證人陳國彬於本院
12 審理時證明屬實（見本院卷二第273、297頁），客觀上即足
13 使人誤認該「新立強」產品係由雙映公司送請檢測，然實際
14 上被告雙映公司及陳日和根本未做任何檢測，足見被告陳日
15 和確實有冒用該份檢測報告之嫌。況且，被告陳日和於警詢
16 時業已坦稱：當時陳國彬講他要帶往大陸當作新產品開發，
17 在我的認知上「蟲草滋勝王」是中草藥食品，我不希望該項
18 產品在臺灣銷售，當時我交代陳國彬只能在東南亞及大陸販
19 售，不能在臺灣販售，直到今日警方詢問時我才知道該產品
20 有在臺灣地區販售（見105他4644卷第142頁正反面），偵查
21 中復具結證稱：我有告訴陳國彬只能在大陸販售，因為我曾
22 經將享有6國專利的紅威力向代理商購得之後，之後也是被
23 檢驗出含有壯陽藥的類緣物，因此不能在臺灣地區販售，我
24 認為「蟲草滋勝王」最後也是會被驗出含有壯陽藥的類緣物
25 ，即使再好賣也不能在臺灣地區販售（見105他4644卷第160
26 頁反面），益見被告陳日和前揭所辯其深信檢驗報告之記載
27 ，認為「蟲草滋勝王」係合法食品云云，不足採信。是其本
28 應注意提供予他人服用之產品，既未經主管機關核准發給藥
29 品許可證，自不得含有藥事法所規範之藥品成分，復無不能
30 注意之情形，竟疏未注意，貿然轉讓偽藥予「陳國彬」，其
31 有應注意而未注意之過失情節，至為明確。

01 (三)綜上所述，被告陳日和前揭否認犯罪所持之辯解，均委無足
02 採。此外，復有搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表、臺中市
03 政府衛生局食品工作稽查紀錄表、食品檢查現場記錄表及蒐
04 證照片等在卷可稽。從而，本件事證業臻明確，被告陳日和
05 犯過失轉讓偽藥之犯行，洵堪認定，應予依法論科。

06 四、被告廖學澍部分：

07 (一)訊據被告廖學澍於原審固坦承確實有於104年12月25日、105
08 年1月13日向陳國彬合計購買50盒「蟲草滋勝王」，又分別
09 於104年12月29日、105年3月9日，以每盒2,500元的價格販
10 賣予李紘治、陳博利、王清水各1盒，合計得款7,500元之事
11 實，惟矢口否認有何過失販賣偽藥之犯行，辯稱：104年12
12 月23日左右，當時是陳日和到一馨公司演講，陳國彬也有隨
13 同，經過他們的介紹、上課，當時已經有「蟲草滋勝王」（
14 又名紅威力）的包裝盒，陳國彬說他是三贏公司的業務代表
15 ，因為當時演講的時候，他請陳日和來的，所以我很自然認
16 為陳國彬就是陳日和三贏公司的代表，之後我都是跟陳國彬
17 接洽，陳國彬賣給我「蟲草滋勝王」時有提供檢驗報告，就
18 是如105年度他字第4644號卷第34、35頁，這個檢驗報告的
19 產品名稱是新立強，陳國彬有特別解釋跟「蟲草滋勝王」是
20 一樣的東西，上面報告的日期是2014年2月20日，距離我向
21 陳國彬購買第一批貨104年12月25日，期間經過1年多，我認
22 為這個報告還很新，所以相信這個檢驗報告才販售這個產品
23 ，我也無法自己親自拿去檢驗所有的項目，我認為我沒有故
24 意，也已經善盡注意義務，所以也不成立過失云云（見原審
25 卷一第78頁反面）。於本院則供稱：根據我自己寫的日記，
26 被告陳日和在104年12月28日到一馨公司演講，有推銷紅威
27 力產品對身體的好處，他們有提供檢驗報告給我看，我看了
28 沒問題，就拿了3盒紅威力試看看，並且有完整外包裝，是
29 硬殼，有寫紅威力，另外主要成分、製造廠商、地址、日期
30 、使用方式、劑量等應該都會有紀錄，陳國彬拿來時就是完
31 整包裝了，之後在105年1月13日才又向陳國彬叫貨50盒，但

01 因為陳國彬送來的沒有外包裝，所以我有叫員工不要賣，要
02 陳國彬將外包裝補完整後才可以販賣，才會被查扣如附表所
03 示之「蟲草滋勝王」，但因為我們沒有打開內容物，所以不
04 知道第1次買的3包「紅威力」與第2次買的50盒「蟲草滋勝
05 王」是否為相同產品云云（見本院卷一第249至257頁），我
06 們賣給李紘治、陳博利、王清水的產品都是有包裝的「紅威
07 力」，不是「蟲草滋勝王」云云（見本院卷二第259頁）。

08 (二)經查：

- 09 1.扣案如附表所示「蟲草滋勝王」係被告廖學澍透過陳國彬向
10 被告陳日和所經營之三贏公司籌備處所購買，而被告廖學澍
11 所經營之被告一馨公司亦曾販售「蟲草滋勝王」予李紘治、
12 王清水、陳博利等人，有卷附銷貨單在卷（見105他4644卷
13 第23至24頁）可稽，證人陳國彬於本院證稱：我有看過律師
14 所提出之「威力東寶」DM，那是在雙映公司看到的，有好幾
15 張，我有拿幾張要做推薦的動作，因為我認識廖學澍，所以
16 就拿該DM去跟廖學澍介紹，問他有沒有興趣銷售，他說「試
17 看看，來解釋說明一下給員工瞭解看怎麼銷售」，所以在
18 104年12月25日我找公司的人到一馨公司講解推銷產品，邏
19 輯上是雙映公司會派人到一馨公司講解產品，但是不是陳日
20 和我現在無法確認，當時我在旁聽，一馨公司的人也是在旁
21 聽，第1次是帶裸片去上課用的，沒有盒子、沒有包裝，依
22 照「威力東寶」DM，應該可以看出所謂3套組就是「威力東
23 寶」、「紅威力」、「紅景天」的組合，3樣1套，但我沒拿
24 過這種全面性包裝的產品，只有接觸過DM而已，我沒看過內
25 容物，但我未拿過有包裝的產品給一馨公司，都是裸包裝，
26 就是鋁箔紙、錫箔紙包裝的，沒有其他說明，只有附上檢驗
27 報告而已，就是105他4644卷第34頁的檢測報告，我有向他
28 們介紹扣案產品有如DM上載的「能促進海綿體充血、修護神
29 經及末梢微血管，使陰莖壯大堅硬」等功效，陳日和交給我
30 時有提到DM上功效，但並沒有講文字敘述那麼細，就是說功
31 效是雷同的，「紅威力」的裸包跟「蟲草滋勝王」的裸包都

01 是錫箔包裝，沒有外包裝主要是因為只是要推廣而已，只是
02 試賣品，還不是要真正推行的時候，並未對外正式銷售，第
03 1次上課時我是帶3片，是教學用的，就是104年12月25日支
04 出證明單上面記載「東方威力3套組」的產品，上完課後我
05 再問被告廖學澍有沒有興趣銷售，被告廖學澍就說「我賣看
06 看」，第2次被告廖學澍正式就跟我訂幾十包，105年1月13
07 日我交50片產品給被告廖學澍時，他沒說什麼，就開立面額
08 5萬2,700元之支票給我，該金額是有連同其他產品的費用合
09 開，該金額是有包含「蟲草滋勝王」的費用在裡面，律師提
10 示支票下方記載的「紅威力」50片，就是我實際賣的「蟲草
11 滋勝王」產品，只是名稱不一樣，後來被告廖學澍又打電話
12 給我說，如果下次還要再出貨的話，叫我做完整的包裝的說
13 明，這樣才比較好銷售，另外，沒有銷售完的，如果有的話
14 ，就盡量將包裝的空盒子帶過來給他裝一裝，我交給一馨公
15 司廖學澍的不論是上課用或他訂貨時的貨都是裸包裝，法院
16 提示扣案產品1片10顆紅白膠囊「蟲草滋勝王」就是我交給
17 一馨公司廖學澍的產品沒錯，交給他有幾十片，就是裸包而
18 已，該產品是被告陳日和交給我，檢驗報告也是陳日和交給
19 我的，他說這份檢測報告就是這樣產品，至於DM上說的「紅
20 威力」與「蟲草滋勝王」是否為相同的產品，因為我沒有看
21 過，所以我不知道是否為同一個產品，但應該有告訴他是相
22 同類似的產品，我只有賣給廖學澍1次「蟲草滋勝王」，1次
23 是上課用裸片3片，1次是正式交貨有幾十片，都是裸包，沒
24 有整盒（見本院卷二第265至309頁），業已證述其交付予被
25 告廖學澍者無論是名為「紅威力」或「蟲草滋勝王」，根本
26 即係未有任何包裝之裸包，只有鋁箔紙包裝即如扣案物品外
27 觀所示。證人莊朋駿於本院並證稱：銷貨單上「蟲草（紅威
28 力）」、「紅威力」都是我書寫，但「蟲草滋勝王」等字則
29 均非我所書寫，我只是負責電話銷售，出貨部分則是倉管殷
30 萃敏負責（見本院卷一第389至391、393至394、400、401頁
31 ），證人陳愛娟於本院亦證述：銷貨單上「紅威力」是我寫

01 的，但「蟲草滋勝王」等字則非我所寫（見本院卷一第413
02 、414頁），惟證人殷萃敏於原審審理時業已證述：「紅威
03 力」就是「蟲草滋勝王」（見原審卷三第44頁反面），加諸
04 證人莊朋駢、陳愛娟均證述其等僅負責客戶端銷售，實際出
05 貨事宜則由倉管負責，證人殷萃敏並證稱：（你們公司經常
06 出貨單出的跟賣的會不一樣？）不會，如果是出這個就是拿
07 這個出貨（見原審卷三第44頁反面），足見被告一馨公司、
08 廖學澍所出售予李紘治、王清水、陳博利者確實均為附表「
09 蟲草滋勝王」之相同產品。證人殷萃敏於原審亦證述：（你
10 們賣給客戶的就是這樣的銀色鋁袋包裝？）對，但我不確定
11 上面有沒有貼紙，…（除了這項產品之外，有無其他你們賣
12 出的產品只有鋁袋沒有外包裝或標示？）應該沒有。（廖學
13 澍何時交代扣案之「蟲草滋勝王」不准再賣？）我只記得有
14 這件事情，但時間點不記得了，因為小姐賣的時候老闆不在
15 公司，他有說這個產品還沒有送完整的盒子來，就叫他們不
16 能再賣，所以後來就沒有再賣（見原審卷三第45頁正反面）
17 ，證人李紘治於本院審理時亦證稱：我有買2種產品，105他
18 4644卷第23頁反面上方銷貨單上記載的電話是我所使用的沒
19 錯，當時我有買2種產品，是關於消除疲勞、增強精神的產
20 品，當時黑貓宅急便送來時，有用一個紙盒子包裝，打開後
21 2種產品可以明顯分辨的出來，因為有一個產品是用紙盒包
22 裝，另一個產品是用密封袋內裝如庭上提示之銀色鋁袋，裡
23 面有幾包，鋁袋內確實是如同庭上所提示之內容物1排10錠
24 紅白色的錠劑，我對庭上提示的綠色標籤有印象，但是我買
25 的鋁袋外面有沒有貼該綠色標籤我已經記不得了，銀色鋁袋
26 包裝上應該有寫藥名，但寫什麼我現在忘記了（見本院卷一
27 第424、427至438頁），證人陳博利於本院審理時亦證稱：
28 我之前認識陳愛娟，因為向她買茶葉而認識，後來陳愛娟換
29 到新公司（即一馨公司），陳愛娟向我推銷105他4644卷第
30 23頁上方銷貨單所示紅威力（蟲草滋勝王）產品，說用了對
31 男性性功能有所助益，我才向她購買，我只有向她購買這一

次而已，我使用後覺得有效果但因為覺得很貴，所以沒有再繼續買，當初是宅急便送來的，外觀是一個紙盒，紙盒外面有貼一張紙，寫我的姓名及住址，沒有其他文字或圖樣介紹內容物，打開紙盒後，裡面是一個塑膠氣泡裝的鋁箔袋，打開後有10片白色的藥錠，就是庭上提示紅白色膠囊，沒有說明書，也沒有文字或圖樣的說明，至於該鋁箔袋上有無綠色標籤我忘記了（見本院卷二第130至145、147頁），加以被告廖學澍於原審聽聞證人殷萃敏證詞後表示：「賣出那天我不在現場，我是調解會回來以後才發現東西被送走了。」（見原審卷三第45頁反面），可見被告一馨公司、廖學澍所出售予李紘治、陳博利、王清水者確實為如附表所示「蟲草滋勝王」之相同產品，且該產品即為莊朋駢、陳愛娟所出售之「紅威力」，兩者實為相同產品，且再依證人陳國彬於本院前揭所述，無論是第1次上課教學用的如「威力東寶」3套組中之「紅威力」或扣案產品標示「蟲草滋勝王」之產品，均屬裸包裝，且其交給被告廖學澍者即為扣案「蟲草滋勝王」產品，既然李紘治於104年12月29日所購買者即為扣案「蟲草滋勝王」產品，則依時間而言，其所購買者顯然即為104年12月25日陳日和前往上課時被告廖學澍所購買之3包產品之一，則被告廖學澍於本院一改其於原審之供述，供稱：104年12月28日被告陳日和來演講後，第1次先進貨先買3盒「紅威力」有完整包裝的，第2次是105年1月13日1次訂購50盒「蟲草滋勝王」，才是沒有完整包裝的等語，意指其出售予李紘治、王清水、陳博利者均係「紅威力」且有完整包裝，並非扣案之「蟲草滋勝王」產品，暨未包裝完整的「蟲草滋勝王」都還沒有賣出就被扣住了云云，除與其先前本身所為供述不符，亦與證人陳國彬、殷萃敏、李紘治、陳博利前揭證述不符，自屬要無可採。至證人王清水於本院審理時雖證述：我沒有買過105他4644卷第24頁下方銷貨單上載之蟲草滋勝王及威力東寶產品，我只有透過電台廣告買過娘家益生菌，也沒有向臺中廠商買過產品，也沒有家人以我的名義

訂購上開產品給我云云（見本院卷一第370至376頁），然經本院訊以其行動電話號碼為何，證人王清水能準確回答如同銷貨單上載行動電話門號，堪認其應有為銷貨單上載之購買行為，或因時間歷時已久，以致不復記憶，自仍應認上開銷貨單之記載應屬正確，證人王清水證述沒有購買一節，為本院所不採。至證人李紘治於本院審理時雖就購買產品名稱、有無書寫產品名稱等問題均表示記憶模糊，記不太起來了，惟可以確定宅急便送來的紙盒內容物就是其所要購買的2種產品，可以輕易地分辨出來，1種產品是用紙盒子包裝，1種就是鋁箔包裝、銀色的那一種直接包起來（見本院卷一第429至432頁），業已明確證述其所購買之產品之一確實只有鋁箔包，是以，自不能以李紘治對於購買細節之記憶，因時間之經過而稍有模糊，遽認其對於產品外包裝之證述內容為無可採。另證人陳博利於本院審理時雖先證述：是我越南女性友人看網路購買如銷貨單上載產品，是她使用，只是借用我名義購買云云（見本院卷二第136、137頁），嗣經本院提示銷貨單上記載並訊問其是否認識「朋駢」、「陳小娟」後，始證述：我認識陳小娟，也就是陳愛娟，但如何認識她已經忘記了（見本院卷二第142頁），經再提示陳愛娟於本院審理時之證述並告以要旨（見本院卷一第414至415頁）後，方證述其與陳愛娟相識之經過確實如陳愛娟所述，看到陳愛娟筆錄才想起來，之前說是越南女性友人購買紅威力產品，是我講錯了，是向陳愛娟購買的沒有錯，而且我只有向陳愛娟購買這一次，之前都是購買茶葉等語（見本院卷二第143、147頁）明確，堪認證人陳博利雖一度證述是越南女性友人購買使用該產品，恐係羞於啟齒使然，自應以事後改稱向陳愛娟購買，且陳愛娟向其推銷時，有說明該產品的功能是男性專用，用了之後會讓男性性功能變強等語，較堪採信。

2. 至證人莊朋駢、陳愛娟於本院雖均證述其等所販售之「紅威力」都是有完整包裝的，與被告廖學澍於本院所辯者相同。然「紅威力」即為「蟲草滋勝王」，已經證人殷萃敏於原審

證述明確，且在未有完整包裝之情況下予以出售，復經證人李紘治、陳博利於本院審理時均證明屬實，證人陳國彬於本院亦證述其交給被告廖學澍時就是裸包，沒有完整外包裝，也未附上任何說明，被告廖學澍於原審並坦承已有先行出售等情，均如前述。而就查獲當日在被告一馨公司內查扣之產品明細，上載品名即為一馨公司所出售之物品，已經被告廖學澍於本院坦承無誤（見本院卷二第122至123頁），被告廖學澍並親自以筆書寫「產品清單內部參考，絕不能外洩」等字樣（見105他4644卷第18頁反面），而上開產品僅有「蟲草滋勝王」，並無證人莊朋駿、陳愛娟所指之「紅威力」，益加可以證實證人殷萃敏於原審所證述之「紅威力」就是「蟲草滋勝王」，暨前揭銷貨單凡記載「紅威力」者，復經人為以括弧記載「蟲草滋勝王」等字樣，證人莊朋駿並且證述「紅威力」前書寫之「蟲草」係其所書寫，係其依照當時的情況而為記載，亦可證實兩者確實為相同產品。

3. 而被告廖學澍於本院復以：被告陳日和在104年12月28日到一馨公司演講，有推銷紅威力產品對身體的好處，他們有提供檢驗報告給我看，我看了沒問題，就拿了3盒紅威力試看看，並且有完整外包裝，是硬殼，有寫紅威力，另外主要成分、製造廠商、地址、日期、使用方式、劑量等應該都會有紀錄，陳國彬拿來時就是完整包裝了，也就是員工所販售予李紘治、王清水、陳博利云云，並提出陳國彬向其推銷時所提出之威利東寶套組（東哥阿里）報價單及簡式試銷合約書1份（見本院卷二第159頁）欲證明其所述為實在。惟其所辯解上情與被告陳日和於原審供稱：我有提供陳國彬「蟲草滋勝王」，但不是盒裝產品，沒有包裝盒，這只是具有檢驗報告的半成品而已。我去一馨公司演講，不是只有針對「蟲草滋勝王」（見原審卷一第79頁反面至80頁），於原審審理時具結證稱：我去一馨公司演講，主要介紹在中國大陸醫療行業養老院與保健食品的經營，我是將「蟲草滋勝王」交給陳國彬，至於為何會交到一馨公司，過程我不瞭解（見原審卷

二第13頁反面、14頁），及於本院仍為相同之供述（見本院卷一第407頁），及證人陳國彬於本院證述其就是拿扣案沒有完整外包裝的「蟲草滋勝王」給廖學澍等情俱屬不符，而證人殷萃敏於原審證述：陳日和來演講時我沒有在裡面，我是在外面接電話的地方（見原審卷三第43頁反面），證人莊朋駿、陳愛娟於本院亦均證述沒有看過被告陳日和，也沒有聽過他到一馨公司演講（見本院卷一第383、413、419頁），證人陳國彬於本院亦證述：第1次到一馨公司上課時，我在旁聽，沒有看過「威力東寶」3套組的內容物，亦即未看到所謂「紅威力」產品，而且都只有裸片而已（見本院卷二第267頁），則被告廖學澍供稱：被告陳日和來公司演講時就已經介紹「紅威力」且提出有完整包裝云云，僅其個人供述而已，尚無積極證據足以佐參。至其上開所提出之威利東寶套組（東哥阿里）報價單及簡式試銷合約書1份，欲證明陳國彬向其推銷時並無「蟲草滋勝王」產品一節，然證人陳國彬於本院否認其有出示該合約書給被告廖學澍，今日開庭是第1次看到（見本院卷二第305、306頁），而被告陳日和則供稱該合約書是當初要到大陸介紹產品時連同DM一起做的（見本院卷二第251頁），堪認此份合約書應非被告廖學澍所供述是由陳國彬提出。再稽諸該合約書上固僅有「威力東寶」、「奈米紅景天」、「紅威力」等產品，並無「蟲草滋勝王」之記載，然在被告廖學澍所直承從事員工內部教育訓練時所記載之產品清單，其上卻有「威力東寶」、「紅景天」、「蟲草滋勝王」之記載，反而並無「紅威力」產品。被告廖學澍既然於教育訓練時認定「蟲草滋勝王」為其一馨公司產品，用於員工內部教育訓練之用，並以手寫註記「產品清單內部參考絕不能外洩」等字樣，且蓋用其本人印章於其上，顯見「蟲草滋勝王」確實為其一馨公司對外銷售之產品無誤。經本院質疑其上情時，竟又虛詞稱：從事內部教育訓練時，因為3盒有完整外包裝的紅威力已經賣完了，而陳國彬送來的50包都沒有寫紅威力，只有貼綠色標籤註明是「蟲

草滋勝王」，所以內部文件才列進來云云（見本院卷二第123頁），惟此又與其先前所供述之104年12月28日陳國彬送來3盒紅威力，29日賣出1盒，105年1月13日又向陳國彬叫貨50盒，但陳國彬卻送來只有鋁箔包的「蟲草滋勝王」50盒，其囑咐員工不要賣，誰知她們（莊朋駿、陳愛娟）認為可以賣就試賣（指試賣予王清水與陳博利各1盒），其當時都在調解委員會幫人調解，所以都不知情云云（見本院卷二第122頁），並不相符。蓋依被告廖學澍所述，顯然在105年3月9日一馨公司販售產品予王清水、陳博利之際，被告廖學澍所指之紅威力、「蟲草滋勝王」在一馨公司內均仍有庫存，既然如此，與其所述持上開產品清單作員工教育訓練時，紅威力已經賣完了之情節顯然不相符，而既然仍有紅威力之產品存在，何以於教育訓練時其所提出之產品清單並無紅威力產品，反而只有「蟲草滋勝王」，又倘陳國彬確實另外提出「蟲草滋勝王」之產品予被告廖學澍，何以在被告廖學澍於本院所提出之上開威利東寶套組（東哥阿里）報價單及簡式試銷合約書，產品並無「蟲草滋勝王」之記載，凡此均與被告廖學澍本身前後辯解有諸多矛盾之處，而唯一可以解釋之原因，即為上開威利東寶套組（東哥阿里）報價單及簡式試銷合約書上記載之「紅威力」，與被告一馨公司、被告廖學澍用以員工內部教育訓練之產品清單上載「蟲草滋勝王」，即係相同之產品，而此適與證人殷萃敏於原審之證述及證人莊朋駿於本院審理時所證述之銷貨單上「蟲草（紅威力）」等字為其所記載等情，不謀而合。是以，被告廖學澍前揭辯解即屬無據。

- 4.再者，經原審勘驗扣案如附表所示之「蟲草滋勝王」，均無外包裝盒及膠膜、僅有鋁箔包裝袋乙節，業如前述，核與證人陳日和、陳國彬之證述，均互核相符，則此50個單位的「蟲草滋勝王」，何以僅有賣出去的3「盒」有外包裝盒？「陳國彬」既僅為業務，何須另行自費找廠商製作外包裝紙盒？又果有外包裝盒，何以「恰巧」遭查扣者，均係沒有外包

01 裝盒之產品？倘「陳國彬」確有自行委託廠商製作外包裝盒
02 ，以排版列印、開模製造之費用，遠高於紙材之成本以觀，
03 又豈會只製作區區3「盒」？顯與一般常情有悖，被告廖學
04 澍所辯其賣出去的均係有完整包裝盒的產品云云，自係臨訟
05 卸責之詞，要無足採。被告廖學澍於本院復供稱：因為先前
06 販售之3盒「紅威力」、「蟲草滋勝王」都有完整外包裝，
07 而陳國彬第2次送來的才沒有外包裝，我有一直催陳國彬要
08 送盒子過來，但陳國彬就一直拖云云（見本院卷一第256頁
09 ）。惟被告廖學澍亦坦承其於105年1月13日連同東方威寶20
10 盒、紅威力50盒的價錢已以支票5萬2,700元交付被告陳國彬
11 收執並已兌領（見105他4644卷第149頁），惟既然陳國彬所
12 販售之紅威力無外包裝，被告廖學澍根本無從對外販售，被
13 告廖學澍何以願意支付上開款項予陳國彬，甚者之後又讓陳
14 國彬取回其中10盒，顯均與正規交易迥然有別，足見被告廖
15 學澍前揭所辯，實有多處與常情、經驗法則明顯違背之處，
16 自是要無可採。

- 17 5. 又一聲公司要銷售何種產品，係老闆即被告廖學澍與廠商去
18 接洽，要否印製外盒及印盒的費用也是由老闆與廠商決定，
19 已經證人莊朋駢於本院證明屬實（見本院卷一第385、388頁
20 ），被告廖學澍於透過陳國彬向三贏公司籌備處所訂購之無
21 論名稱為「紅威力」或「蟲草滋勝王」之產品，其自陳國彬
22 處取得之檢驗報告，即為如105他4644卷第34、35頁所示，
23 然依該檢驗報告記載申請單位：「雙映生物科技股份有限公
24 司」，樣品名稱：「新立強」，均與其取自陳國彬處之「紅
25 威力」、「蟲草滋勝王」產品名稱不符，又申請單位為雙映
26 公司，與其主觀認知之三贏公司籌備處亦屬名稱不符，此等
27 顯而易見之差異，任何人一見均得以知悉且產生合理懷疑，
28 更何況是從事生技類之被告廖學澍，然被告廖學澍均毫不在
29 意申請檢驗單位之不同、產品名稱之不同，竟僅於取得1份
30 容有多處足啟人疑竇之檢驗報告，即予以遽信檢驗報告之真
31 實性，而未盡任何之查證義務，顯有可歸責之事由。

01 6.按製造、輸入健康食品，應將其成分、規格、作用與功效、
02 製程概要、檢驗規格與方法，及有關資料與證件，連同標籤
03 及樣品，並繳納證書費、查驗費，申請中央主管機關查驗登
04 記，發給許可證後，始得製造或輸入。又健康食品應以中文
05 及通用符號顯著標示下列事項於容器、包裝或說明書上：一
06 、品名。二、內容物名稱；其為二種以上混合物時，應依其
07 含量多寡由高至低分別標示之。三、淨重、容量或數量。四
08 、食品添加物名稱；混合二種以上食品添加物，以功能性命
09 名者，應分別標明添加物名稱。五、有效日期、保存方法及
10 條件。六、廠商名稱、地址。輸入者應註明國內負責廠商名
11 稱、地址。七、核准之功效。八、許可證字號、「健康食品
12 」字樣及標準圖樣。九、攝取量、食用時應注意事項、可能
13 造成健康傷害以及其他必要之警語。十、營養成分及含量。
14 十一、其他經中央主管機關公告指定之標示事項。健康食品
15 管理法第7條第1項、第13條第1項分別定有明文。本案被
16 告廖學澍固係終端之販賣者，然其既從事健康食品之買賣，
17 對於上開規定豈容諉為不知？扣案之「蟲草滋勝王」其包裝
18 內沒有任何中文說明，部分鋁箔袋上所貼有之綠色標籤，內
19 容僅為：「蟲草滋勝王《食品》成分：蟲草素、丹參、黃芪
20 、紅景天、大茴香、肉豆蔻、丁香、山藥。尖端生物科技高
21 濃縮萃取。（新力強）建議使用方式：需要前4-6小時食用
22 或每日一粒、滋補強身、增強體力、精神旺盛、健康維持。
23 保存方式：避免日光直射及高溫多濕的環境，請置於陰涼乾
24 燥處。保存期限：3年」之字樣，業經原審106年8月10日準
25 備程序時勘驗明確（見原審卷二第62頁），並經本院審理時
26 多次勘驗屬實，均如前述，其餘別無任何註記或說明，連基
27 本的進口商、經銷商或製造商之聯絡地址、電話，遑論相關
28 之許可證字號等，均付之闕如，被告廖學澍對於此種毫無完
29 整之包裝盒及膠膜，不知來源、來歷，生產廠商之產品，究
30 有何健康食品之認知？猶敢公然販售？其所持「陳國彬」所
31 交付之杜夫萊茵公司於2014年2月20日所出具之檢測報告（

即經被告陳日和更改申請人名稱及地址後之檢測報告，105
他4644卷第34、35頁所示），其上之樣品名稱乃「新立強」
，顯非「蟲草滋勝王」，亦非「紅威力」，其身為經營、銷
售健康食品企業之負責人，所應要求上游供應商提供之證明
，自應係前揭所指主管機關核發之許可證，而非以此種名實
不符之檢測報告資為脫罪之理由，所辯均委無可採。

7. 又按，製造、輸入藥品，應將其成分、規格、性能、製法之
要旨，檢驗規格與方法及有關資料或證件，連同原文和中文
標籤、原文和中文仿單及樣品，並繳納費用，申請中央衛生
主管機關查驗登記，經核准發給藥品許可證後，始得製造或
輸入。藥事法第39條第1項亦定有明文，已如前述。被告廖
學澍對此來源不明之產品，又有何憑據，深信其為合法准許
生產，不含任何藥物成分之食品？是其本應注意提供予他人
服用之產品，既未經主管機關核准發給藥品許可證，自不得
含有藥事法所規範之藥品成分，復無不能注意之情形，竟疏
未注意，貿然販賣偽藥予消費者，其有應注意而未注意之過
失情節，至為明確。

(三) 綜上所述，被告廖學澍前開否認犯罪所持之辯解均要無可採
，其辯護人所持辯護各節亦均無從為其有利之認定。此外，
復有搜索、扣押筆錄、扣押物品目錄表、臺中市政府衛生局
食品工作稽查紀錄表、食品檢查現場記錄表、經濟部商業司
公司資料查詢及蒐證照片等在卷可稽。從而，本件事證業臻
明確，被告廖學澍犯過失販賣偽藥之犯行，洵堪認定，應予
依法論科。

五、又依被告廖學澍前後向陳國彬分別購入3包、50包「蟲草滋
勝王」偽藥2次，合計53包，足見被告蔡文生過失製造及過
失轉讓予被告陳日和，及被告陳日和透過陳國彬過失轉讓偽
藥予被告廖學澍者，至少有53包「蟲草滋勝王」（合計530
顆），起訴意旨認只有500顆，容屬有誤，應予更正為530顆
，附此說明。

參、新舊法比較適用

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。查被告蔡文生、陳日和於過失製造偽藥、過失轉讓偽藥之行為後，藥事法第82條第3項、第83條第3項、第87條業於104年12月2日經修正公布，並於同年00月0日生效施行。修正前藥事法第82條第3項規定：「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50萬元以下罰金。」修正前藥事法第83條第3項規定：「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30萬元以下罰金。」修正前藥事法第87條規定：「法人之代表人，法人或自然人之代理人、受雇人，或其他從業人員，因執行業務，犯第82條至第86條之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以各該條之罰金。」修正後藥事法第82條第3項、第83條第3項、第87條則分別規定為：「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。」「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。」「法人之代表人，法人或自然人之代理人、受雇人，或其他從業人員，因執行業務，犯第82條至第86條之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以各該條10倍以下之罰金。」是上開過失製造偽藥及過失轉讓偽藥之犯行，經比較新舊法之規定，以修正前藥事法第82條第3項、第83條第3項、第87條之規定較為有利於被告蔡文生、陳日和及被告雙映公司。

肆、論罪科刑部分

一、按，所謂「製造」指將成為藥品前之原料，以人為加工方法使原有之素料另成新品劑；或就原有素料添加其他物質，經加工調劑，製成一定劑型（錠劑）或劑量之藥品（最高法院98年度台上字第6714號、96年度台上字第2947號、第7586號判決意旨參照）；相較於同法規範之「調劑」藥品，僅在改變原有藥品之劑型或二種以上之藥品混合交與特定病患服用

之情形，顯然不同（最高法院72年度台上字第807號判決要旨參照）；亦與毒品危害防制條例所規範之「製造」毒品行為，應係指將不具毒品成分之先驅原料加以化合而成毒品，或將劣質毒品加工提高其純度之行為態樣不同。本件被告蔡文生自始未供述其所用於加工、生產、製造系爭「蟲草滋勝王」之原料究竟為何，本院因而無從得知，然其以含有「Sildenafil」、「Tadalafil」成分之原物料，將其加工研磨成粉末，並裝填製成至少53PE片，每片10顆紅白色膠囊之鋁箔包裝袋等情，至堪認定，自合於首揭製造之定義。

二、核被告蔡文生所為，係犯修正前藥事法第82條第3項、第1項之過失製造偽藥罪及修正前第83條第3項、第1項之過失轉讓偽藥罪；被告陳日和所為，係犯修正前藥事法第83條第3項、第1項之過失轉讓偽藥罪；被告廖學澍所為，係犯藥事法第83條第3項、第1項之過失販賣偽藥罪。公訴意旨認被告蔡文生、陳日和、廖學澍分別係犯故意製造偽藥罪、故意販賣偽藥罪、故意販賣偽藥罪乙節，及就被告蔡文生、陳日和所犯部分，漏未比較新舊法，均容有未洽，惟此二者基本社會事實同一，僅行為人主觀犯意係出於故意或過失有所不同，爰依刑事訴訟法第300條之規定由本院予以變更起訴法條（最高法院101年度台上字第5659號判決意旨參照）。至起訴書雖認被告蔡文生製造及轉讓，暨被告陳日和轉讓之「蟲草滋勝王」各均為500顆，惟經本院審核卷證確認至少為530顆，惟此乃犯罪事實之擴張，無礙於起訴事實之同一性，本院自得併予審理。

三、復按數行為於同時同地或密切接近之時地實施，侵害同一之法益，各行為之獨立性極為薄弱，依一般社會健全觀念，在時間差距上，難以強行分開，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，較為合理者，即屬接續犯，而為包括之一罪（最高法院96年度台上字第88號判決意旨參照）。被告廖學澍接續販賣系爭「蟲草滋勝王」合計3包，侵害同一法益，各行為之獨立性極為薄弱，以

01 視為數個舉動之接續施行，合為包括之一行為予以評價，應
02 論以接續犯之實質一罪較為合理。故就被告廖學澍接續販賣
03 「蟲草滋勝王」予李弘治、陳博利、王清水各1包之行為，
04 只論以一罪。

05 四、次按，刑法上所謂犯罪行為之吸收關係，係指其低度行為為
06 高度行為所吸收，或某種犯罪行為之性質或結果當然含有他
07 罪之成分，自亦當然吸收者而言。製造偽藥而販賣，其製造
08 與販賣之各犯罪行為彼此程度不相關連，本難謂有低度行為
09 與高度行為之關係，其製造與販賣之二行為間，係具有方法
10 結果之牽連關係，於刑法修正前應依舊刑法第55條從一重處
11 斷（最高法院100年度台上字第1317號、82年度台上字第282
12 8號判決意旨足資參照）；又刑法上一行為而觸犯數罪名之
13 想像競合犯存在之目的，在於避免對於同一不法要素予以過
14 度評價，其所謂「同一行為」係指所實行者為完全或局部同
15 一之行為而言。因此刑法修正刪除牽連犯之規定後，於修正
16 前原認屬於方法目的或原因結果之不同犯罪，其間果有實行
17 之行為完全或局部同一之情形，應得依想像競合犯論擬（最
18 高法院97年度台上字第3494號判決意旨參照）。查本件被告
19 蔡文生製造系爭「蟲草滋勝王」，本即受被告陳日和之委託
20 而有製造之行為，是其於製造之初即具有提供產品予被告陳
21 日和之意，故其犯罪行為之全部過程，在自然意義上雖非完
22 全一致，然二者仍有部分合致，且被告蔡文生之犯罪目的單
23 一，依一般社會通念，若猶將之評價為法律犯罪概念之數行
24 為，而予以併合處罰，勢難以契合人民感情，反有過度處罰
25 之疑，自應評價為法律上之一罪方符合刑罰公平原則；是於
26 牽連犯廢除後，適度擴張一行為概念，認此情形乃一行為觸
27 犯數罪名之想像競合犯，應從一重之過失製造偽藥罪處斷，
28 方屬適當；起訴書雖漏未敘及被告蔡文生過失犯轉讓偽藥罪
29 部分，惟此部分因與上開論罪科刑部分，具有裁判上一罪之
30 想像競合犯關係，本院自應併予審究。

31 五、再被告陳日和所犯係過失轉讓偽藥罪並非故意販賣偽藥罪，

已如前述，即無與其他行為人有何犯意聯絡、行為分擔之餘地；起訴書認與陳國彬、廖學澍均應論以故意販賣之共同正犯，容有誤會。又間接正犯形態不包括過失犯，是被告蔡文生、陳日和、廖學澍等雖有委由不知情之生產線員工、印刷廠業者、銷售店員等，以遂行製造、轉讓、販賣之環節，惟其等既係論以過失犯，即無成立間接正犯之餘地，均併予敘明（最高法院85年度台上字第2244號判決意旨參照）。

六、又被告陳日和、廖學澍行為時，分別為被告雙映公司之實際負責人、被告一馨公司之負責人，業據其等均供承在卷，其等因執行業務分別犯上開過失轉讓偽藥、過失販賣偽藥罪，被告雙映公司自應依修正前藥事法第87條之規定科以罰金，被告一馨公司則應依修正後藥事法第87條之規定科以罰金。

肆、本院之判斷

一、原審認被告等人犯罪事證均明確，適用刑事訴訟法第299條第1項前段、第300條、修正前藥事法第82條第3項（贅引第1項）、第83條第3項（贅引第1項）、藥事法第83條第3項（贅引第1項）、修正前藥事法第87條、藥事法第87條、刑法第2條第1項前段、第2項、第11條前段、第41條第1項前段、第38條第3項前段、第38條之1第2項第3款、第3項等規定，並以行為人之責任為基礎，審酌「被告蔡文生過失製造及轉讓偽藥，被告陳日和過失轉讓偽藥、被告廖學澍過失販賣偽藥，均漠視主管機關對於藥品之管理，且因其以食品型態銷售，無從經醫師處方，即任由民眾服用，可能危害消費者身體、生理機能，對於國民身心健康危害難謂輕微，潛在風險非小，其等犯後均未能勇於面對過錯，難認犯後態度良好，及有何悔悟之意，自不應予以輕縱；惟斟酌其等前未曾受有任何刑之宣告，有臺灣高等法院被告前案紀錄表、臺灣臺中地方檢察署刑案資料查註紀錄表在卷可憑，素行堪認良好，且其等所製造、轉讓、販賣之數量非多，獲利非鉅，惡性尚非重大；另被告雙映公司、一馨公司均為合法開業公司，分別因其負責人執行業務而為上開犯罪之情節」等一切情狀，

分別量處如原審判決主文所示之刑；並就被告蔡文生、陳日和、廖學澍部分，均諭知如易科罰金之折算標準。暨認「三、查扣案如附表所示之物，乃臺中市調處於105年4月21日上午10時許，在臺中市○區○○○道0段000號7樓之3被告一馨公司執行搜索時所扣得，因無外包裝盒，僅有鋁箔包裝袋，業經本院勘驗無訛，並有彩色照片附卷可佐（見本院卷二第62頁至第67之6頁、卷四第73至90頁），故本院以單位『包』稱之，起訴書誤載為33盒，由本院逕予更正；均為被告一馨公司所有，供被告廖學澍犯罪所用之物，爰依刑法第38條第3項前段之規定，在被告一馨公司主文項下沒收；至供臺中市衛生局檢驗用罄部分既已滅失，自無庸予以宣告沒收。四、查本件被告廖學澍為被告一馨公司實行違法行為，被告一馨公司因販賣3包『蟲草滋勝王』合計7,500元，均為一馨公司之犯罪所得，雖均未扣案仍應依刑法第38條之1第2項第3款、第3項規定予以宣告沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。」經核所為認事用法均無不當，量刑亦均屬妥適。被告雙映公司兼代表人陳日和、被告一馨公司兼代表人廖學澍上訴意旨均以否認犯罪，指摘原判決關於其等部分為不當，均為無理由，被告蔡文生上訴意旨以原審量刑過重，指摘原判決關於其部分為不當，亦屬無據，其等上訴應予駁回。

二、末查，被告蔡文生前未曾受有期徒刑以上刑之宣告，此有其臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可按，係初犯，其偶因一時失慮，致罹刑典，固不足取，惟於本院審理期間歷次表達認罪之意思，態度誠懇良善，而具悔意，其經此偵審教訓當益知戒慎而無再犯之虞，本院認原審對其所宣告之刑以暫不執行為適當，爰併予宣告緩刑，以啟自新。惟為確保收緩刑之功效，認應課予一定條件之緩刑負擔，使其從中深切記取教訓，避免再度犯罪，爰斟酌其犯罪情節、犯行時間及家庭經濟狀況，命其應向公庫支付一定之金額，如主文第2項所示。至被告陳日和、廖學澍前雖亦均未曾受有期徒刑以上刑

之宣告，有其等臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可按，然其等迭自原審及本院審理期間均飾詞否認犯行，均未見悔意，被告陳日和為本案犯行之際甚至擅改產品之檢驗報告，被告廖學澍於審理期間復屢見為圓其說詞，而出現供詞明顯矛盾之情，均實難認其等有違法之意識，欠缺悔過之具體表現，是以，本院斟酌上情，認其2人均不適宜宣告緩刑。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，刑法第74條第1項第1款、第2項第4款，判決如主文。

本案經檢察官林依成提起公訴，檢察官鍾宗耀到庭執行職務。

中 華 民 國 108 年 7 月 11 日
刑事第九庭 審判長法官 紀 文 勝
法官 廖 健 男
法官 賴 妙 雲

以上正本證明與原本無異。

檢察官如以起訴書所載罪名為由，得上訴。

被告均不得上訴。

如不服本判決應於收受送達後十日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者，並得於提起上訴後十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 王 譽 澄

中 華 民 國 108 年 7 月 11 日

【附錄論罪科刑法條】

修正前藥事法第82條第1項、第3項

（第1項）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1千萬元以下罰金。

（第3項）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50萬元以下罰金。

修正前藥事法第83條第1項、第3項

（第1項）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5百萬元以下罰金。

(第3項)因過失犯第一項之罪者，處2年以下有期徒刑、拘役或科新臺幣30萬元以下罰金。

藥事法第83條第1項、第3項

(第1項)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。

(第3項)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。

修正前藥事法第87條：

法人之代表人，法人或自然人之代理人、受雇人，或其他從業人員，因執行業務，犯第82條至第86條之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以各該條之罰金。

藥事法第87條：

法人之代表人，法人或自然人之代理人、受雇人，或其他從業人員，因執行業務，犯第82條至第86條之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以各該條10倍以下之罰金。

附表：

編號	物品名稱及數量	持有人	是否扣案	備註
一	「蟲草滋勝王」1包	廖學澍	①扣案中 ②法務部調查局 臺中市調查處 扣押物品清單 編號3（臺中 地檢105年度 保管字第4209 號）	保存期限為2018.01.17，貼有中文綠色標籤
二	「蟲草滋勝王」5包	廖學澍	①扣案中 ②法務部調查局 臺中市調查處 扣押物品清單	①保存期限均為2018.01.17，貼有中文綠色標籤 ②臺中市政府衛生局

(續上頁)

			編號8 (臺中地檢105 年度保管字第4209號)	抽驗驗餘，其中1包已拆封(內裝10顆膠囊，驗餘1 顆膠囊)
三	「蟲草滋勝王」32包	廖學澍	①扣案中 ②法務部調查局臺中市調查處扣押物品清單編號2 (臺中地檢106 年度保管字第1957號)	①保存期限為2017.12.30有8 包(含貼有中文綠色標籤1包) ②保存期限為2018.01.17有24包