

臺灣高等法院刑事判決

107年度上訴字第2212號

上訴人

即被告 吳智源

選任辯護人 吳振東律師

上列上訴人即被告因違反藥事法案件，不服臺灣宜蘭地方法院107年度訴字第10號，中華民國107年5月14日第一審判決（起訴案號：臺灣宜蘭地方檢察署106年度偵字第6304號），提起上訴，本院判決如下：

主文

上訴駁回。

吳智源緩刑參年。

事實

- 一、吳智源明知「龜鹿二仙膠」係由龜板、鹿角、枸杞等中藥材熬製成之藥品，未經衛生主管機關核准，不得擅自製造、販賣，仍同時基於製造及販賣偽藥之犯意，於民國105年8、9月間起，向高雄市左營地區不知情之嘉信貿易行負責人陳信雄訂購龜片、鹿角、枸杞等中藥材，再自105年12月間起至106年5月14日止，在不知情吳順益所有位於宜蘭縣○○鄉○○路○段○○巷○○弄○○號處所內，分別熬製成膠塊劑及藥酒劑型，取名「神農大補帖」，標榜「壯陽」、「補腎益精」、「疏筋活骨」等預防、改善、減輕、診斷或治療疾病等醫療效用而製造偽藥，其中膠塊劑於包裝後以1塊2兩新臺幣（下同）1,000元販售給不特定人。另於前揭期間之每周六、日晚間，在前開處所以每人次100元之收費，販售含有前開未經核准藥酒劑之雞湯供不特定民眾食用，估計得款如附表二所示。嗣於106年5月4日上午，經法務部調查局宜蘭縣調查站持票分別在宜蘭縣○○鄉○○路○段○○巷○○弄○○號、吳智源住所宜蘭縣○○鄉○○路○○號執行搜索而分別查獲扣得如附表一所示之物而知悉上情。
- 二、案經法務部調查局宜蘭縣調查站報請臺灣宜蘭地方檢察署檢察官偵查起訴。

理由

一、證據能力

(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。經查，證人吳順益於法務部調查局宜蘭縣調查站接受調查官詢問時所為之證言，係被告以外之人於審判外之言詞陳述，依刑事訴訟法第159條第1項之規定，除符合同法第159條之1至第159條之4之規定外，原則上並無證據能力，而被告之辯護人於本院準備程序中就上開供述之證據能力已提出異議，復查無其他得例外取得證據能力之法律依據，揆諸上揭規定，此項證據方法自應予以排除，而不具有證據能力。

(二)本判決認定事實所引用之卷內供述及非供述證據（包含人證與文書證據、物證等證據），並無證據證明係公務員違背法定程序所取得且檢察官、被告及其辯護人對於證據能力均無爭執，迄言詞辯論終結前未再聲明異議，本院審酌下列各項證據資料之作成情況，並無違法不當或顯有不可信之情況與不得作為證據之瑕疵，且為證明犯罪事實所必要，作為證據應屬適當，依刑事訴訟法第158條之4反面解釋及第159條至第159條之5規定，均有證據能力。

二、認定犯罪事實所憑之證據及理由

(一)訊之被告吳智源就上開犯罪事實，於本院準備程序及審理時，均已坦承不諱（本院卷第118頁及第164頁）。而法務部調查局宜蘭縣調查站有於106年5月4日持法院核發之搜索票分別在宜蘭縣○○鄉○○路○段○○巷○○弄○○號、被告位於宜蘭縣○○鄉○○路○○號住所執行搜索，而分別查獲扣得如附表一所示之物等情，業據被告供承在卷，核與證人吳順益於原審審理時證述相符（原審卷第40頁反面至41頁）。法務部調查局宜蘭縣調查站稽查人員嗣將「神農大補帖」膠塊劑、現場燉煮之鍋具中內液體、玻璃瓶內液體送行政院衛生福利部食品藥物管理署（下稱食藥署）鑑驗結果，檢體檢出枸

01 杞子等藥材所含之Beta ine（甜菜鹼）、龜甲膠m/z631.3→
02 546.4、m/z631.3→921.4之離子對及石龜屬Mauremys（Ch
03 inemys）之DNA，未檢出Cervus Elaphus（馬鹿或紅鹿）及
04 梅花鹿之DNA，有食藥署106年8月7日FDA研字第
05 0000000000至0000000000號函檢附之檢驗報告書3份在卷可
06 稽（偵卷第22、14、18頁）。至食藥署鑑驗結果並未檢出鹿
07 的DNA，但被告業已自承「神農大補帖」含有鹿角成分，且
08 亦自被告製造神農大補帖之前揭處所扣得鹿角、鹿角片等材
09 料，應認「神農大補帖」確實含有鹿角成分，亦併此敘明之
10 。

11 (二)按藥事法所稱之「藥品」，係指下列各款之一之原料藥及製
12 劑：一、載於中華藥典或經中央衛生主管機關認定之其他各
13 國藥典、公定之國家處方集，或各該補充典籍之藥品。二、
14 未載於前款，但使用於診斷、治療、減輕或預防人類疾病之
15 藥品。三、其他足以影響人類身體結構及生理機能之藥品。
16 四、用以配製前三款所列之藥品。而藥事法所稱之「偽藥」
17 ，則係指藥品經稽查或檢驗有未經核准，擅自製造者；藥事
18 法第6條、第20條第1款已分別定有明文。有關產品是否屬於
19 藥品列管之判定，依照藥事法第6條規定，應參酌各產品之
20 處方、成分、含量、用法用量、用途/作用/效能說明、上市
21 品之包裝（外盒、標籤、說明書）等詳細資料綜合判斷。此
22 亦有衛生福利部106年8月10日衛部中字第1061801058號函可
23 參（見偵查卷第11頁）。又「龜鹿二仙膠」收載於固有典籍
24 「中國醫學大辭典」，為「龜板、鹿角、枸杞、人參」中藥
25 材組成，屬固有成方，功能為「大補精髓、益氣養神、治視
26 物不清」，「龜鹿二仙膏」並為食藥署前身衛生署公告之中
27 藥酒劑基準方(七)，功能相同，是無論膠塊或藥酒的型式，均
28 應以藥品管理，倘未經主管機關核准擅自製造、販賣，即屬
29 製造、販賣偽藥。本件被告所製造之「神農大補帖」，其所
30 含之鹿角、龜片、枸杞，均屬於固有成方「龜鹿二仙膠」之
31 主要成分，被告雖未添加固有成方「龜鹿二仙膠」中之人參

，且另有使用海馬、海龍等其他養生中藥材；復其使用全龜（片狀），而非龜板，惟全龜片自然包括龜板部分，兩者是口感不同，為被告所自承（見原審卷第44頁），可見成分、效用並無重大不同，因此被告將「龜鹿二仙膠」固有成方，進行減少人參，增加海馬、海龍，龜板改為全龜片等成分之調整，此應僅屬「固有成方之加減方」，主要成分實大同小異，應不致產生效用上的變更。再者，被告所製造之「神農大補帖」，包括膠塊劑及藥酒劑型，已如前述，均與固有成方「龜鹿二仙膠」膠塊劑及藥酒劑型之主要劑型，益徵「神農大補帖」與「龜鹿二仙膠」並無不同。

(三) 況觀諸扣案之包裝紙盒、提袋、提袋標籤上之記載，產品名稱雖為「神農大補帖」，但亦有「龜鹿二仙膠」成分、效能之介紹性文字，其上並謂「神農大補帖是由龜鹿二仙膠增進而成」，可見亦標榜具有「龜鹿二仙膠」之屬性；另其服用方法則有直接服用法、泡水服用法、泡酒服用法、燉煮法、藥水服用法等（見偵查卷第23至26頁），可見確實與藥品的使用方法相同。再者，被告所製造的「神農大補帖」膠塊劑，包裝所使用的紙盒、提袋等說明中記載有「壯陽」、「補腎益精」、「疏筋活骨」等字眼（見偵查卷第25頁），又被告於調查站調查時自承：「我才會幫忙製成膠狀，而我也會收一些藥材費用，我大致上都收一塊1千元，1塊重約台斤2兩，每個紙盒放兩層，每層放4塊每塊約2兩」（見偵查卷第5頁），顯然在販售時使用之外裝上尚宣稱、標榜「神農大補帖」具有預防、改善、減輕、診斷或治療疾病等醫療效用，益徵確屬藥品，應以藥品管理無訛。

(四) 從而，被告所製造、販賣之「神農大補帖」，其主要成分為固有成方「龜鹿二仙膠」之主要內容物鹿角、龜片、枸杞，劑型、使用方法與「龜鹿二仙膠」無異，被告亦標榜是由「龜鹿二仙膠」增進而成，同時宣稱具有「壯陽」、「補腎益精」、「疏筋活骨」等醫療效能，核屬上開藥事法第6條所稱之藥品無訛，被告非取得許可證，即予製造，顯具有「

未經核准，擅自製造」之情況，當為藥事法第20條第1項第1款所明定之「偽藥」無疑。被告製造後，將膠塊劑於包裝後以1塊2兩1,000元接續販售給不特定人。另於每周六、日晚間，在前開處所以每人100元之收費，販售含有藥酒劑之雞湯供不特定民眾食用，販賣偽藥之事證，亦屬明確。綜上所述，本件事證明確，被告犯行洵堪認定，應依法論科。

三、論罪科刑

(一)核被告吳智源所為，應係犯藥事法第82條第1項製造偽藥罪及同法第83條第1項之明知為偽藥而販賣罪。另按行為人基於概括之犯意，在密切接近之一定時、地持續實行之複次行為，倘依社會通念，於客觀上認為符合一個反覆、延續性之行為觀念者，於刑法評價上，即應僅成立一罪，學理上即以「集合犯」稱之，一般具職業性、營業性或收集性等具有重複特質之犯罪均屬之，型態諸如：經營、從事業務、收集、販賣、製造、散布等行為概念者是（最高法院95年度台上字第4686號判決意旨參照）。從而，集合犯應係依一般社會通念，特定犯罪行為具有反覆實施之特性，立法者於制定刑罰法律之初，亦已認知該種行為類型之反覆性，而有意藉由法條中「客觀構成要件」之行為要素，涵括上開具有反覆實施特性之數個犯罪行為，仍僅接受一次刑法之評價為已足。本件被告就反覆製造、販賣行為以營利之犯行，其所為應屬經營行為之概念而陸續販賣偽藥予他人，每次販賣行為均為客觀構成要件之合致，自其主觀犯意概括性、行為之時空密接關係，依社會通念，應與「集合犯」以反覆實施為構成要件行為之特性相互合致，是就被告於本件所犯之製造、販賣偽藥罪，均應僅論以集合犯之一罪。又被告所犯製造偽藥後即販賣偽藥，應屬單一行為，並觸犯二罪名，應屬想像競合犯，從一重論以製造偽藥罪。原審同此見解，並審酌被告前已有擅自製造龜鹿二仙膠偽藥之前科紀錄，有刑事判決書、臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可查，素行不佳，其因一時

01 貪圖不法利得，製造、販售未經核准擅自製造之偽藥，影響
02 國人身心健康，誠屬不該；兼衡酌被告所製造及販售之期間
03 、數量及獲利未臻至鉅，暨其犯後否認犯行，態度不佳之犯
04 罪後態度等一切情狀，量處有期刑6月。並說明：(一)扣案之
05 「神農大補帖」屬於藥事法所稱之「偽藥」，業如前述；雖
06 藥事法第79條第1項規定：「查獲之偽藥或禁藥，沒入銷燬
07 之。」，但上開沒入銷燬之規定，係列於藥事法第八章「稽
08 查及取締」內，而非列於第九章之「罰則」，其性質應屬行
09 政秩序罰，屬行政機關依行政程序科罰之權限，法院自不得
10 越權於判決內諭知沒入銷燬（參見最高法院92年度台上字第
11 2718號判決意旨）；惟該等偽藥併與如附表一所示之其他物
12 品，同為被告所有，並供違犯本件犯罪所用之物，爰依刑法
13 第38條第1項第2款規定併予以宣告沒收。(二)按犯罪所得，
14 屬於犯罪行為人者，沒收之；前二項之沒收，於全部或一部
15 不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額，刑法第38條之1
16 第1項前段、第3項分別定有明文。查被告本案販賣偽藥所
17 取得之對價為180,000元，詳如附表二所示，係其犯罪所得
18 ，且無藥事法第88條第2項規定，估算顯有困難之情形，固
19 未扣案，仍應依刑法第38條之1第1項前段規定沒收，於全
20 部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。認事用
21 法均無違誤，量刑亦屬妥適。被告上訴意旨請求撤銷改判，
22 為無理由，應予駁回。

23 (二)末查，被告前於92年間曾因藥事法案件，經臺灣雲林地方法
24 院於93年7月9日以92年度訴字第524號判處有期徒刑4月
25 ，緩刑3年，緩刑期滿未經撤銷乙節，有本案被告前案紀錄
26 表1份在卷足憑，而本件被告嗣已向新北市政府申請設立登
27 記「生安生物科技有限公司」，並將前揭製造之「神農大補
28 帖」商品送請臺灣檢驗科技股份有限公司鑑定合格，現已合
29 法營運乙節，有新北市政府函及臺灣檢驗科技股份有限公司
30 函文在卷足憑（本院卷第122頁至第144頁），堪認被告確
31 有填補己身過錯之誠意及舉措，信其經此偵審程序，當知所

警惕而無再犯之虞，本院認對被告所宣告之刑，以暫不執行為適當，爰依刑法第74條第1項第2款之規定，併諭知緩刑3年，以啟自新。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，刑法第74條第1項第2款，判決如主文。

本案經檢察官吳志成提起公訴，檢察官越方如到庭執行職務。

中 華 民 國 108 年 2 月 19 日

刑事第三庭 審判長法官 張惠立

法官 廖怡貞

法官 柯姿佐

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後10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10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 吳玉華

中 華 民 國 108 年 2 月 21 日

附錄：本案論罪科刑法條全文

藥事法第82條第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1億元以下罰金。

藥事法第83條第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。

附表一：

編號	扣案物
1	鹿角2包

(續 上 頁)

2	龜 片 1 包
3	枸 杞 9 包
4	鹿 角 片 2 盒
5	神 農 大 補 帖 包 裝 紙 盒 34 個
6	神 農 大 補 帖 藥 酒 塑 膠 瓶 裝 32 桶
7	神 農 大 補 帖 黑 色 膠 塊 1 包
8	神 農 大 補 帖 10 塊
9	神 農 大 補 帖 提 袋 18 個
10	神 農 大 補 帖 玻 璃 罐 裝 42 瓶
11	神 農 大 補 帖 提 袋 標 籤 1 箱

附 表 二：

被告本案販賣禁藥之犯罪所得共計18萬元：

(一) 藥酒部分：

期間：105年12月至106.05.12止共5.5個月

(依證人吳順益所述自105年年尾時起之證詞，詳見本院卷第40頁背面)

次數：每月8次 (一周2次)

人數：每次40人

01 (續上頁)

02
03 金額：每人次100元

04 (以上依被告調查局自白及證人吳順益之證詞)

05 合計176,000 (100*40*8*5.5) 元

06 (二)劑型部分：

07 次數：1次(被告自白除非有人有購買送人才會販售，再以扣案之
08 提袋及紙盒以觀應至少有1紙盒裝的分量即4塊/8兩)

09 金額：4,000元

10 以上合計：18萬元
11