

臺灣臺北地方法院 101 年度智訴字第 1 號刑事判決

公 訴 人 臺灣臺北地方法院檢察署檢察官

被 告 ○○○

選任辯護人 ○○○律師

○○○律師

○○○律師

上列被告因違反藥事法等案件，經檢察官提起公訴（100 年度偵緝字第 1724 號），本院判決如下：

主 文

○○○犯藥事法第八十三條第一項之販賣偽藥罪，處有期徒刑柒月。扣案如附表二所示之物均沒收之。

事 實

一、○○○明知「CIALIS」（中文名稱「犀利士」）係經行政院衛生署核准由臺灣禮來股份有限公司（下稱臺灣禮來公司）在我國合法販售之藥品，而如附件及附表一所示之「犀利士 CIALIS」平面商標及其水滴形狀表面刻有 C20 之黃色立體商標，係經美商禮來 ICOS 公司（即美國禮來大藥廠，下稱美商禮來公司）向經濟部智慧財產局申請核准註冊，在商標權期間內指定使用於西藥，且現均仍在專用期間內，近年在全球藥品類市場行銷甚廣，品質均著有商譽，為業界及消費大眾所共知，未經美商禮來公司之同意或授權，不得於同一商品，使用相同或有致相關消費者混淆誤認之虞之近似於其註冊商標之商標，亦不得販賣該商標商品；且○○○亦明知於民國 95 年底，向真實姓名、年籍均不詳之成年人所購買未包裝、而含有 Tadalafil 成分之「犀利士」膜衣錠約 40 錠藥品之來源不明，非美商禮來公司生產或授權製造，而均係他人未經核准，擅自製造之偽藥，詎其仍基於販賣偽藥及販賣仿冒商標商品之犯意，於 96 年 8 月 22 日，在其自行架設之「肌因壯體網站」網頁（網址：<http://www.owbfitness.com>）上，使用近似如附表一編號 1 號所示之商標「Cialis 犀利士」，以及使用如附表一編號 2 號所示之立體商標作為實體商品之示意圖案，刊登「Cialis 犀利士 20 公絲（Tadalafil）x10」、「\$1,310」之訊息，欲將其以每錠 4 美金所購買剩餘、外型如同附表一編號 2 號所示立體商標之仿冒犀利士商標偽藥 21 錠，以每 10 錠新臺幣（下同）1,310 元之價格，販賣予不特定人牟利。嗣經○○○、美商禮來公司分別以「董○○」、「小劉」之名義，各於 96 年 11 月 9 日、97 年 1 月 21 日，均以 1,310 元之代價，向○○○購買上開偽藥，○○○遂接續將 10 錠（鑑驗 2 錠用罄、驗餘 2 錠、另 6 錠未扣案）、11 錠（含○○○贈送乙錠）犀利士（鑑驗 4 錠用罄、驗餘 7 錠）偽藥包裝後，置於臺北市○○區○○街 00 號 1 樓，並委由不知情之臺灣宅配通股份有限公司（下稱宅配通公司）送貨人員，先後於 96 年 11 月 12 日、97 年 1 月 22 日前往上址取得前開偽藥後，分別於 96 年 11 月 13 日、

97 年 1 月 23 日送抵臺南市○○區○街 000 號給「董○○」、臺北市○○區○○路 0 段 00 巷 0 弄 00 號 1 樓給「小劉」收執，並經法務部調查局臺南市調查站（現改制為法務部調查局臺南市調查處）於 97 年 9 月 18 日持本院核發之搜索票前往上址搜索，而循線查悉上情，並扣得如附表二所示之偽藥。

二、案經美商禮來公司訴由法務部調查局臺南市調查處移送臺灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、程序方面

一、證人董○○於調查局詢問時之供述無證據能力：

按被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查時所為之陳述，屬傳聞證據，依同法第 159 條規定，本無證據能力，必須「具有較可信之特別狀況」及「必要性」二要件，始例外得適用第 159 條之 2 規定，認有證據能力，採為證據。而所謂「具有較可信之特別情況」係屬於證據能力之要件，法院應就偵查或調查筆錄製作之原因、過程及其功能等加以觀察其信用性予以判斷；又此之「必要性」要件，必須該陳述之重要待證事實部分，與審判中之陳述有所不符，包括審判中改稱忘記、不知道等，雖非完全相異，但實質內容已有不符者在內（最高法院 96 年度臺上字 4304 號、96 年度臺上字第 4414 號判決意旨可資參照）。查本案卷內所附證人董○○之調查筆錄乙份（見臺北地檢署 97 警聲搜 1411 卷第 8 至 10 頁），形式觀之係證人董○○於 96 年 12 月 11 日在法務部調查局臺南市調查站（現改制為法務部調查局臺南市調查處，下稱調查局）接受調查官詢問時所製作之筆錄，惟證人董○○於本院審理時證稱：未到過調查局接受詢問，曾同意證人張○○以伊之名義檢舉他人在網路上賣假藥之事，但不知道張○○以伊之名義前往調查局製作筆錄等語（見本院卷二第 157 至 158 頁）；而證人○○○於本院審理時則證稱係其以證人董○○之名義到調查局接受詢問等語（見本院卷二第 161 頁）。然調查局係因接獲證人「董○○」以電子郵件之檢舉，而依郵件所載電話，聯絡證人「董○○」獨自到案接受詢問，確認係證人「董○○」無誤而製作檢舉筆錄，並由證人「董○○」於筆錄上簽名、捺印並簽具同意將調查筆錄隨卷報告檢察署偵辦之同意書，未有「○○○」前往應詢製作筆錄乙節，有法務部調查局臺南市調查處 102 年 3 月 26 日南市府防字第 10266515140 號函、102 年 7 月 29 日南市府防字第 10266542630 號函各乙份可佐（見本院卷二第 97、193 頁），是本案證人董○○究竟有無前往調查局製作檢舉筆錄？抑係證人○○○獨自前往應詢，而以證人董○○之名義製作檢舉筆錄？又或係證人董○○、○○○一同應詢，由證人董○○具名、證人○○○應詢而完成筆錄之製作？均有疑義。參以詢問證人以製作調查筆錄前，理當依刑事訴訟法第 196 條之 1 第 2 項、第 185 條規定踐行相關人別身分確認之程序，惟本案如何踐行該等程序，以及製作筆錄之詳細過程，因調查局無法提供錄音錄影資料而無從確認，有同上法務部調查局臺南市調查處 102 年 7 月 29 日

南市府防字第 10266542630 號函文乙份可佐，因此該份具名「董○○」之筆錄，既無法確認係證人董○○本人親自供述之內容，而本案於調查局將案件報告檢察官偵查前，又無陳明有何匿名檢舉情事，或附有真實年籍、姓名對照表附卷憑考，本院就調查筆錄製作之過程加以觀察，並未具有較可信之特別情況，從而難認為證據，具有證據能力加以採用。

二、告訴代理人及證人○○○於調查中所為之陳述有證據能力：次按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符合刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 4 之規定，然經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據，刑事訴訟法第 159 條之 5 第 1 項定有明文；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有刑事訴訟法第 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，同法條第 2 項亦有明定。本案告訴代理人○○○律師及證人○○○於調查官詢問時所為之陳述（見臺北地檢署 97 警聲搜 1411 卷第 24 至 26 頁，98 偵 591 卷第 8 至 10 頁、第 27 至 29 頁），固為被告以外之人於審判外之陳述而屬傳聞證據，惟被告、辯護人及檢察官就該審判外之供述，於本院審理時均不爭執其證據能力（見本院卷二第 233 至 234 頁），且迄於本院言詞辯論終結前復未聲明異議，本院審酌○○○律師、證人○○○陳述作成時之情況，並無違法取證及證明力明顯過低之瑕疵，依諸前揭規定，自有證據能力。

三、告訴代理人及證人董○○、○○○於偵查中所為之陳述有證據能力：再按被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據，刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項規定明確。本案告訴代理人○○○律師、○○○律師於偵查中向檢察官所為之陳述（見 98 偵 591 卷第 73 至 74 頁，100 偵緝 1724 卷第 24 至 26 頁、第 37 至 38 頁），乃被告以外之人於審判外之言詞陳述，且均未經具結而為陳述，惟被告及辯護人就上開陳述於本院審理時均不爭執其證據能力（見本院卷二第 233 頁至背面），本院審酌告訴代理人○○○律師、○○○律師於偵查中向檢察官陳述作成時之情況，並無違法取證之瑕疵，且被告於本院審理時均不爭執其證據能力，是告訴代理人○○○律師、○○○律師於偵查中向檢察官所為之陳述，應有證據能力。至證人董○○、○○○於檢察官偵訊時，以證人身分所為之供述，雖為被告以外之人於審判外之言詞陳述，惟業經其具結在卷（見臺北地檢署 98 偵 591 卷第 79 至 82 頁），與法定要件相符，且核其陳述時之外在環境及情況，亦查無顯有不可信之情況，況被告及辯護人於本院審理時均不爭執其證據能力（見本院卷二第 233 頁背面至第 234 頁），本院亦認以之作為證據為適當，依前揭規定，證人董○○、○○○於偵查中向檢察官所為之陳述，應有證據能力。

四、證人○○○以董○○名義提出之相關文書有證據能力：

(一) 另按學理上所謂毒樹果實理論，乃指先前違法取得之證據有如毒樹，本於此而再行取得之證據，即同毒果，為嚴格抑止違法偵查作為，原則上絕對排除其證據能力，係英美法制理念，我國並未引用。我刑事訴訟法第 158 條之 4 所定：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」是為法益權衡原則，採相對排除理論，以兼顧被告合法權益保障與發現真實之刑事訴訟目的。是除法律另有特別規定不得為證據，例如同法第 100 條之 1 第 2 項、第 158 條之 2、第 158 條之 3 等類者外，先前違法取得之證據，應逕依該規定認定其證據能力，固勿論矣！其嗣後衍生再行取得之證據，倘仍屬違背程序規定者，亦應依上揭規定處理；若為合乎法定程序者，因與先前之違法情形，具有前因後果之直接關聯性，則本於實質保護之法理，當同有該相對排除規定之適用。惟如後來取得之證據，係由於個別獨立之合法偵查作為，既與先前之違法程序不生前因後果關係，非惟與上揭毒樹果實理論無關，亦不生應依法益權衡原則定其證據能力之問題（最高法院 96 年度臺上字第 4177 號判決意旨參照）。且按實施刑事訴訟程序之公務員違法取得證據後，進一步衍生取得之證據，縱與先前之違法取證具有如毒樹、毒果之因果關聯性，然該進一步採證之程序，苟屬合法，且與先前違法取證係個別獨立之偵查行為，刑事訴訟法並無排除其作為證據之明文。必先前違法之取證，與嗣後合法取得證據之行為，二者前後密切結合致均可視為衍生證據取得程序之一部，該衍生證據之取得因而存在違法事由，始得依其違法之具體情況，分別適用刑事訴訟法證據排除之相關規定，判斷其有無證據能力（最高法院 97 年度臺上字第 4797 號判決意旨參照）。

(二) 經查，證人○○○以證人董○○之名義於調查局製作之調查筆錄，雖經本院認定無證據能力，已如上述，惟證人張○○並非實施刑事訴訟程序之公務員，而製作證人○○○調查筆錄之公務員亦非因違背法定程序而取得證人○○○之供述證據，縱證人○○○向公務員謊稱身分而為相關供述，亦難認屬公務員因違背法定程序所取得之證據，而與刑事訴訟法第 158 條之 4 所規定之證據排除要件相當。是證人○○○以證人董○○名義於調查局製作筆錄時所提出其與被告往來之電子郵件列印資料、自動櫃員機轉帳交易明細表影本以及調查局為確認被告是否藉前開轉帳交易入戶帳戶獲益而向中國信託商業銀行調閱之帳戶基本資料與交易明細表，即無從因前開證人○○○以證人董○○名義製作調查筆錄經排除，而成為公務員違法取得證據之衍生證據，亦有遭排除證據之疑慮。從而，該等證據能力之認定，除電子郵件列印資料，係以其所載之內容作為證據資料，因與一般「供述證據」無殊，故須依傳聞排除法則審究其證據能力之有無外，其他非供述而以紙本方式呈現之證據，自應回歸文書證據判斷：

1. 被告往來之電子郵件列印資料有證據能力：

按其他於可信之特別情況下所製作之文書，亦得為證據，刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款有明定。本案證人○○○以○○○@yahoo.com.tw 電子郵件信箱並暱稱「溫○」，與被告使用之○○○@hotmail.com 電子郵件信箱，就「犀利士價格」主題往來之電子郵件，係被告與「溫○」以網際網路寄送電子郵件方式往來溝通後，由電腦運作自動記錄之內容，業經被告自承在卷，並無何偽造、變造或違法取得之情事，且均與檢察官主張之事實具有關聯性，該電子郵件列印資料影本應認具有證據能力。

2. 被告設於中國信託商業銀行之帳戶基本資料與交易明細表影本，以及證人○○○提出之自動櫃員機轉帳交易明細表影本有證據能力：

中國信託商業銀行之帳戶基本資料與交易明細表係被告提出身分證件並填載相關申請設立開戶之文件後，向中國信託商業銀行申請開立帳戶，經銀行依法定程序為相關審核後同意設立，並依被告提出及填寫之資料建立帳戶基本資料檔，被告則於帳戶開通後，以臨櫃或藉由自動櫃員機、網路進行匯款、存、提款之收、支作業而使用該帳戶，經銀行機器自動設備記載帳戶客觀之收、支情形。另證人○○○提出之自動櫃員機轉帳交易明細表，係帳戶持有人於銀行設立之自動櫃員機器上操作轉帳交易後所產生之紀錄資料，亦為帳戶收支交易之客觀事實，此二項文書資料之影本，皆無證據證明有何偽造、變造或違法取得之情事，且均與檢察官主張之事實具有關聯性，該等資料均應認具有證據能力。

五、其他文書證據有證據能力：

至本案認定事實所引用之其他本案卷證所有文書證據，檢察官及被告、辯護人於本院審理時均未主張排除該等書證之證據能力，且迄於本院言詞辯論終結前均未表示異議（見本院卷一第 47 頁背面、卷二第 234 至 239 頁），本院經審酌前開書證亦非公務員違背法定程序所取得，亦無刑事訴訟法第 159 條之 4 顯有不可信之情況，故上揭文書證據，均應認有證據能力。

貳、實體方面：

一、訊據被告○○○固坦承有於 96 年 8 月 22 日在自行架設之「肌因壯體網站」網頁上使用近似如附表一編號 1 號所示之「Cialis 犀利士」商標，以及使用如附表一編號 2 號所示之商標作為實體商品之示意圖案，刊登「Cialis 犀利士 20 公絲（Tadalafil）x10」、「\$1,310」之訊息，將其向不詳成年人所購買未包裝、而含有 Tadalafil 成分之「犀利士」膜衣錠剩餘之 21 錠，以每 10 錠 1,310 元販賣予不特定人，於接獲張○○以「董○○」名義、告訴人以「小劉」名義訂購資料後，接續將 10 錠、11 錠（含被告贈送之乙錠）犀利士包裝，置於臺北市○○區○○街 00 號 1 樓，委由宅配通公司送貨人員，先後於 96 年 11 月 12 日、97 年 1 月 22 日前往上址取得前開偽藥後，分別於 96 年 11 月 13 日、97 年 1 月 23 日送抵臺南市○○區○街 000 號給「董○○」、臺北市○○區○○路 0 段 00 巷 0 弄 00 號 1 樓給「小劉」等情不諱，惟矢口否認有何違反商標法、藥事法之犯行，辯稱：伊是食品貿易商，販賣營養

食品乳清蛋白粉，並非以販賣藥品營利，由於曾在 95 年底到泰國旅遊時，在當地藥房以每錠 4 美金買得散裝之犀利士約 40 錠服用後剩餘 20 餘錠帶回臺灣，想盡快出清，因此才在「肌因壯體網站」網頁上以每 10 錠為單位刊登販賣訊息，根本不知道這些藥品是偽藥，不然也不會自己買來服用，在購買之際，有看到穿白色藥師袍之人從有犀利士商標之藥罐內取出，裝到白色塑膠袋內給伊，且伊在網站還特別以「generic」強調這些藥品係散裝，並無犀利士之外包裝，所以無使用近似或相同於告訴人商標於同一商品上之故意，亦無明知為仿冒告訴人商標之商品以及明知為偽藥而販賣之主觀犯意云云。辯護人則舉府城營養網列印資料、衛生署網站列印資料、台南市政府衛生局 101 年 12 月 4 日南市衛食藥字第 1010172599 號函暨附件等資料為據，為被告辯護稱：因證人○○○曾遭被告胞弟○○○檢舉於網站上販賣產品乙事，而遭臺南市政府衛生局裁罰，為報復證人○○○，所以誣陷被告，證人○○○所言不可採，且因被告於「肌因壯體網站」網頁上使用「generic」一字，表示係販賣無商標之商品，相關消費者不會與告訴人之商標有混淆誤認之虞云云。經查：

- (一)「CIALIS」(中文名稱「犀利士」)係經行政院衛生署核准由臺灣禮來公司在我國合法販售之藥品，而如附件及附表一所示之「犀利士 CIALIS」平面商標，以及水滴形狀表面刻有 C20 之黃色立體商標，係經美商禮來公司向經濟部智慧財產局申請核准註冊，在商標權期間內指定使用於西藥，且現均仍在專用期間內。緣被告前於 95 年底，向不詳成年人所購買未包裝而含有 Tadalafil 成分之「犀利士」膜衣錠約 40 錠，均係他人未經告訴人所生產或授權而擅自製造之偽藥，被告卻於 96 年 8 月 22 日，在其自行架設之「肌因壯體網站」網頁上，使用近似如附表一編號 1 號所示「CIALIS 犀利士」商標之「Cialis 犀利士」商標，以及使用相同如附表一編號 2 號所示之立體商標作為實體商品之示意圖案，並刊登「Cialis 犀利士 20 公絲(Tadalafil)x10」、「\$1,310」之訊息，欲將前以每錠 4 美金所購買剩餘、外型如同附表一編號 2 號所示仿冒犀利士立體商標偽藥 21 錠，以每 10 錠 1,310 元之價格，販賣予不特定人士。嗣經○○○、告訴人分別以「董○○」、「小劉」之名義，於 96 年 11 月 9 日、97 年 1 月 21 日，均以 1,310 元之代價，購買上開偽藥，被告遂接續將 10 錠(鑑驗 2 錠用罄、驗餘 2 錠、另 6 錠未扣案)、11 錠(含被告贈送之乙錠，鑑驗 4 錠用罄、驗餘 7 錠)犀利士偽藥包裝後，置於臺北市○○區○○街 00 號 1 樓，並委由不知情之宅配通公司送貨人員，先後於 96 年 11 月 12 日、97 年 1 月 22 日至上址取貨後，分別於 96 年 11 月 13 日、97 年 1 月 23 日送抵臺南市○○區○街 000 號給「董○○」、臺北市○○區○○路 0 段 00 巷 0 弄 00 號 1 樓給「小劉」收執，並扣得如附表二所示偽藥之事實，業據告訴代理人指訴明確(見臺北地檢署 98 偵 591 卷第 27 至 29 頁、第 73 至 74 頁、100 偵緝 1724 卷第 25 至 26 頁、第 37 頁，本院卷二第 12 頁、第 32 頁至背面)，並有證人○○○證述以電子郵件與被告聯

繫購得犀利士偽藥 10 錠，並以之用證人董○○名義向調查局檢舉等語（見臺北地檢署 98 偵 591 卷第 79 至 80 頁、本院卷二第 26 至 31 頁背面、第 161 頁背面至第 164 頁）、證人董○○證述同意證人○○○以其名義檢舉有人在網路上販賣偽藥等語（見臺北地檢署 98 偵 591 卷第 79 頁、本院卷二第 157 頁背面至第 160 頁）、證人○○○證述被告為其胞兄，而被告使用 owbfitness.com@hotmail.com 電子郵件信箱登入之 IP 位址係其址設臺北市○○區○○街 00 號 1 樓之公司等語（見臺北地檢署 98 偵 591 卷第 9 頁）詳盡，且有經濟部智慧財產局商標註冊簿列印資料乙張、中華民國商標註冊證影本乙張、經濟部智慧財產局商標資料檢索服務（商標註冊號為 01160463 號）列印資料乙張、「肌因壯體網站」網頁列印資料 2 張、宅配通公司 96 年 11 月 12 日、97 年 1 月 23 日出貨單影本各乙張、自動櫃員機轉帳交易明細表影本乙張、中國信託商業銀行股份有限公司 97 年 1 月 3 日中信銀集作字第 000000000 號函附帳戶基本資料及交易明細表影本乙份、中國信託商業銀行股份有限公司存款系統歷史交易查詢報表乙份、鑑定報告 2 份、電子信箱之交易對話紀錄影本 5 張、Microsoft 於 2008 年 1 月 18 日函附 IP 位置及時間、帳號基本資料影本乙份、中華電信股份有限公司客服處二客服第七作業中心二客 7 作第 000000000-0 號回覆單影本乙份、通聯調閱查詢單乙份、證人○○○及被告戶籍資料查詢結果報表乙份、犀利士真品包裝辨識重點 DM 乙張、犀利士膜衣錠 20 公絲仿單影本乙份、被告 100 年 12 月 2 日於偵查庭親簽之「台北」及「Foods」字跡乙張在卷可資佐證（見臺北地檢署 98 偵 591 卷第 19 頁、第 21 至 26 頁、第 35 頁、第 40 至 52 頁、第 56 至 58 頁、第 75 頁、第 86 至 90 頁、第 96 頁，100 偵緝 1724 卷第 29、39 頁，本院卷二第 79 至 87 頁、第 100 至 104 頁、第 250 頁），復有犀利士膜衣錠 20 公絲 15 錠（共鑑驗 6 錠用罄、驗餘 9 錠）扣案可資佐證。辯護人雖認證人○○○檢舉動機可議，有誣陷被告之嫌，然本案被告業自承其無藥師資格等語明確（見本院卷二第 244 頁），其卻販賣他人有商標權之西藥犀利士予「董○○」與「小劉」，並在其所設立之「肌因壯體網站」網頁上為相關標示，已如前述，即便證人○○○之所以檢舉本案並非出於保護國民健康之純善動機，亦難認證人○○○有何羅織被告罪名之情形，辯護人所指誣陷云云，洵無可採。從而，被告於己所設立之「基因壯體網站」刊登販賣「Cialis」、「Cialis 犀利士」之訊息，以及如附表一編號 2 號所示之商標，繼之接續販賣扣案所示偽藥共計 21 錠之事實，應堪認定。是本案應審究者厥為被告所使用近似如附表一編號 1 號之商標是否有致消費者混淆誤認之虞？被告主觀上有無使用如附表一編號 1 號、2 號商標之故意？以及被告是否有明知為偽藥及明知為侵害他人商標權之商品而仍販賣之直接故意？茲分別論述如下。

（二）被告所使用近似如附表一編號 1 號之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞：

茲將被告於「基因壯體網站」網頁上標示之「Cialis」或說明文字「Cialis 犀利士」與告訴人如附表一編號 1 號所示之「犀利士 CIALIS」商標相較，在有中文之部分「犀利士」完全相同，英文部分除字首均為英文之大寫「C」外，前二者緊接之英文字母「ialis」與後者商標「IALIS」部分僅有大小寫之差別，但拼音與讀法完全一致，且「Cialis 犀利士」、「犀利士 CIALIS」中、英文 2 字之排列順序亦僅前後對調，以異時異地隔離與通體觀察，被告於網頁上使用之「Cialis 犀利士」或「Cialis」與如附表一編號 1 號商標之外觀近似，被告於說明文字復標示出告訴人犀利士藥品之主要成分「Tadalafil」，顯見亦同樣使用於西藥上，則觀念亦近似，被告使用之「Cialis 犀利士」與告訴人「犀利士 CIALIS」商標，兩者予人之整體印象相近，參以被告設立之前開網站網頁除少量商品雜以原文（英文）標註外，全網站均以中文文字說明撰寫，顯見其販售之對象係以中文為閱讀習慣之消費者，則被告於網頁上僅以「generic」縮小標註在「Cialis」之下，並無另以其他文字說明該字之意義，對於以中文為閱讀習慣而購買犀利士藥品之消費者而言，已因被告於網頁上標明之「Cialis 犀利士 20 公絲（Tadalafil）」、「NT\$1,310」文字，清楚表示所販賣之物乃告訴人有商標權之犀利士藥品之意，則具有普通知識經驗之相關公眾或消費者，在購買時施以普通之注意，確實可能有所混淆，而誤認被告提供之商品，係與告訴人來自同一來源或誤認不同來源之間有所關連，而有發生混淆誤認之虞情況發生。

- （三）被告主觀上有使用如附表一編號 1 號、2 號商標之故意：被告雖辯稱其有於「基因壯體網站」網頁上販賣本案扣案藥品時，加載「generic」文字，表示所賣之犀利士係「散裝」、「非商標」、「沒有商標名」之商品，因此並無使用告訴人商標之故意以販賣告訴人擁有商標權之商品云云。然告訴人美商禮來公司係國際知名大藥廠，其公司生產製造犀利士藥品，經年用於男性壯陽功能，而在全世界藥品類市場行銷甚廣，品質均著有商譽，為業界及消費大眾所共知，被告於購入之際，亦係作為壯陽之用，被告難輕言不識。而被告為使相關消費者辨認其所販賣係與告訴人生產製造之同來源、同品質，擁有相同功效之藥品，乃自 Google 網站圖片區搜尋下載如附表一編號 2 所示之立體商標，作為實體商品示意圖，並下載同「犀利士 CIALIS」商標英文部分相同拼法之「Cialis」以為商品辨認，顯見對於犀利士商標有所認識，卻仍執意於同一網頁上該等商標旁以「Cialis 犀利士 20 公絲（Tadalafil）」等文字說明所欲販賣之商品為含有 Tadalafil 成分之犀利士藥品，業據被告供認在卷（見本院卷二第 243 頁），顯欲向消費者傳達販賣犀利士藥品之意念，此「知」與「欲」之結合，昭彰彰顯被告確有使用如附表一編號 1 號、2 號所示商標之故意。從而，「generic」於此究竟解釋為「學名藥」抑或「散裝」、「非商標」、「沒有商標名」之意，實顯得無足輕重。被告雖另引販賣電腦周邊產品通常使用「generic」乙字代表「散裝」之意之英文網路列印資料、犀利士專利藥及學名藥差別之英文網路列印資料、YAHOO 奇摩字典查詢以及

Dr.eye 譯典通查詢網路列印之中文翻譯資料、聯合知識庫新聞、自由時報電子報新聞等，均與被告使用告訴人商標之主觀認知無關，自無從為被告有利之認定。

- (四) 被告明知為偽藥及明知侵害他人商標之商品而仍販賣：被告再辯稱所販賣及扣案之犀利士藥品係在泰國購買，自己服用未盡帶回國內，然因用不著而將剩餘之藥物上網出清販售，不知該等藥品係偽藥及仿冒告訴人商標之商品云云。惟按藥事法之販賣偽藥罪以及商標法之販賣仿冒商標商品罪，均以「明知」即直接故意作為行為人之主觀構成要件，所謂明知乃指行為人對於構成犯罪之事實，在本案即為販賣仿冒他人商標商品及偽藥之事實，明知並有意使其發生者而言。且藥事法上之販賣偽藥罪構成要件中之「明知偽藥」，以及商標法販賣仿冒商標商品罪構成要件中之「明知侵害他人商標之商品」，均係指行為人明知其所販售之藥品、商標商品，並非合法之藥品、合法之商標商品即為可足，無須明確知悉其藥品之種類或中央衛生主管機關明令公告禁止之文號及藥品種類，亦無須明確知悉中央智慧財產權主管機關明令公告商標註冊號及指定使用之商品項目，否則行為人明知且有意販售不合法藥物及商標商品，但故意不學習辨明藥品、商標之種類，復故意不去瞭解、查詢中央衛生主管機關明令公告禁止之文號及藥品種類以及中央智慧財產權主管機關明令公告商標註冊號及指定使用商品項目，即可因此免除刑事責任，則不僅無法達到藥事法欲保障國民健康、商標法欲保障消費者利益、維護市場公平競爭、促進工商企業正常發展之立法目的，且以行為人自己是否願意並學習相關知識作為判斷行為人有無構成要件故意之標準，實欠缺刑法上之理論根據。觀諸被告所舉「South East Pharmacy」名片影本及該處外觀照片、Google 列印地圖等資料，僅能證明經 Google 街景車在泰國拍攝之時，確有店面招牌為「South East Pharmacy」店家乙處；又依被告之入出境資料，亦僅能說明被告確有於 95 年 12 月間出境乙情，然此皆無從得知被告於網路上販賣之犀利士藥品確係於 95 年底購自該藥房，亦無從認定原僅係為自行服用之目的。是被告販賣扣案犀利士藥品之來源是否卻如其所辯述係於 95 年底在泰國之「South East Pharmacy」購得並供己服用等情已有可疑。況被告復於審理中自承其購入扣案之犀利士，以及日後於網路上販賣給「董○○」或「小劉」時，均無外包裝，則上開藥品自無製造商名稱或經我國衛生主管機關核准輸入之檢驗字號之可能；而扣案藥品上又僅有標記「C20」，則從外觀上一望即知係屬標示不清、來源不明之商品，一般人對其來源、製造過程及是否危害身體健康各項，理應產生疑慮。再者，「犀利士」係屬處方藥，須由專業醫師開立處方始得使用，有犀利士仿單影本乙份可稽（見臺北地檢署 98 偵 591 卷第 87 頁），即便於正規合法鋪貨管道銷售時，亦須備有藥師資格之人依醫師處方箋始得販售。被告並非藥師，不具販賣藥品之資格，復辯稱係在泰國藥房從類似穿有藥師袍之人手上購得該等藥品云云（見本院卷二第 245 頁），顯然知悉販賣該等藥品，須具備藥師資格，且在藥房始能購

得。又不論被告之購入藥品價係每錠 4 美金，抑或其販售價每 10 錠 1,310 元，均較真品價格每錠 450 元來得便宜甚多，亦經被告在電子郵件中敘明，復於其所設立之「肌因壯體網站」網頁上強調批發大宗進口等語，有前揭電子往來郵件列印資料可參（見臺北地檢署 98 偵 591 卷第 24 頁）。是被告一方面辯稱所購價格低廉之藥品乃真品，一方面又知真品價格非低，再於本院審理中供稱並無大宗進口，僅係廣告宣傳術語云云，衡情度理，被告既非大宗進口犀利士，又熟知己所購入之犀利士價格相對低廉，竟仍未經醫師處方指示，執意以網站刊登販賣告訴人商標藥品之訊息供不特定人士下單訂購，並進而販賣予不特定之人，且無法保證藥品之來源及品質，此際猶辯稱不知所購入並於日後販賣予「董○○」及「小劉」之犀利士乃仿冒告訴人商標之偽藥云云，殊難採信。

（五）綜上，辯護人替被告辯護稱被告遭證人○○○挾怨誣陷、並認被告於網站網頁上使用近似如附表一編號 1 號所示之商標無致相關消費者混淆誤認之虞，以及被告辯稱主觀上並無使用仿冒告訴人商標商品之故意，亦無明知偽藥及明知侵害告訴人商標之商品而販賣，均屬臨訟卸責之詞，不足採信。準此，本案事證明確，被告犯行洵堪認定，應予依法論科。

（六）至辯護人雖於本院準備程序中另就扣案證物之同一性提出質疑，認有將包裝扣案之犀利士藥品夾鏈袋 2 只送驗，確認其上是否有被告指紋，以證明扣案藥物並非被告所販賣乙情。惟扣案之犀利士藥品已分別經證人○○○及告訴代理人委託之人購得後，由調查局人員、告訴代理人等多人經手，則所謂以「夾鏈袋」作為被告並無販賣偽藥或仿冒告訴人商標之證物，顯已遭到污染，即便未於包裝扣案藥品之「夾鏈袋」採得被告之指紋，亦無從作為有利於被告證據之認定。況本案關於扣案證物遞交以供審理過程，業據證人○○○證述、告訴代理人等指述綦詳，並有法務部調查局臺南市調查處於 101 年 12 月 7 日以南市府防字第 10166055170 號函復本院陳明取得證人「董○○」遞送之扣案偽藥 4 錠、臺灣禮來股份有限公司 97 年 2 月 25 日函、臺灣臺北地方法院檢察署 100 年度紅保管字第 1289 號扣押物品清單各乙份（見本院卷二第 57、101 頁，臺北地檢署 100 偵緝 1724 卷第 42 頁）在卷可稽，可見本案扣案之犀利士偽藥自被告販賣至證人「董○○」或「小劉」收執後，以供本院審理之過程，證物鏈未曾間斷。被告及辯護人於本院準備及審理程序中亦多次確認本案之主要爭點在於被告主觀犯意之有無，從而是認辯護人就包裝扣案藥品之「夾鏈袋」內採集被告指紋之聲請，即無調查之必要，附此敘明。

二、論罪科刑

（一）新舊法比較：

1. 藥事法部分：

被告行為後，藥事法於 100 年 12 月 7 日修正公布第 19 條、第 34 條；於 101 年 6 月 27 日修正公布第 57 條、第 78 條、第 80 條、第 91 條、第 92

條、第 94 條，增訂第 71 條之 1、第 104 條之 3、第 104 條之 4；於 102 年 1 月 16 日修正公布第 41 條，惟與本案相關法條並未修正，故無須為新舊法之比較。

2. 商標法部分：

法律之修正為無關要件內容之不同或處罰之輕重，而僅為文字、文義之修正或原有實務見解、法理之明文化，或僅條次之移列等無關有利或不利於行為人，非屬該條所指之法律有變更者，自毋庸為新舊法之比較，而應依一般法律適用原則，適用裁判時法。故新舊法處罰之輕重相同者，並無有利或不利之情形，即無比較之餘地，自應依一般法律適用之原則，適用現行、有效之裁判時法論處。而商標法修正而刑罰有實質之更異，致修正後新舊商標法之法定本刑輕重變更，始有比較新法或舊法之適用。反之，商標法之修正為無關要件內容之不同或處罰之輕重者，自應適用現行有效之商標法論處。查修正前商標法第 81 條之未經同意或授權使用他人商標罪，以及第 82 條之販賣侵害商標權商品罪，均於 100 年 6 月 29 日商標法公布修正，101 年 7 月 1 日施行後，分別改列於商標法第 95 條、第 97 條，其法定刑度均未修正，僅第 95 條增訂為行銷目的，第 97 條增訂為經由電子媒體或網路方式為之者，刑罰實質未更異，自無比較新舊法之問題，應適用現行與有效之裁判時法論處。再者，從刑部分為修正前商標法第 83 條，修正後改列於商標法第 98 條，均屬義務沒收規定，僅為部分文字修正，刑罰實質亦未更異，自無比較新舊法之問題。況商標法經前揭修正施行，依據法律整體適用及從刑附屬主刑原則，從刑應適用現行與有效之裁判時法即商標法第 98 條論處為是。

（二）論罪：

核被告○○○所為，係犯藥事法第 83 條第 1 項之明知為偽藥而販賣罪、商標法第 95 條第 1 項第 1 款之於同一商品使用相同商標罪、第 95 條第 1 項第 3 款之於同一商品使用近似商標致相關消費者混淆誤認之虞罪、第 97 條之販賣侵害他人商標商品罪。被告使用犀利士商標之行為，本質上即以行銷為目的，依社會生活經驗使用相同商標之行為，亦常伴隨後續之商品販售行為，而具體實現對商標權法益之侵害，此常態伴隨使用行為而生之後續販賣行為，其不法內涵應為主要之使用近似商標罪所吸收，即不另論罪。職是，被告使用相同商標於類似商品，復加以販賣之行為，因現行商標法第 5 條規定商標使用之定義已含括販賣行為，其販賣相同商標商品之行為，不另論第 97 條之販賣仿冒商標商品罪。又刑法上之接續犯，係指行為人之數行為於同時同地或密切接近之時、地實行，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，而論以單純一罪而言（參照最高法院 100 年度臺上字第 50 85 號刑事判決）。準此，被告使用告訴人之商標，販賣前揭仿冒商標商品偽藥之行為，係基於同

一營利目的，而於密切接近時、地以相同方式持續進行，侵害法益同一，而未曾間斷者，該等犯行具有反覆與延續實行之特徵，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，應屬接續犯，僅論以一罪。而被告以一行為觸犯上開罪等，為想像競合關係，應依刑法第 55 條之規定從一重之藥事法第 83 條第 1 項之明知為偽藥而販賣罪論處。

（三）科刑：

爰審酌被告為研究所畢業、且長期經營販賣營養補充品，其智識程度不低，年值青壯，不思正業賺取錢財，貪圖私利，恣意使用相同及近似他人之商標於同一商品，不僅使相關消費者產生誤認混淆而紊亂市場機制，使商標權人受有一定程度之損失外，且明知藥物良窳影響人類身體結構及生理機能甚鉅，猶販賣偽藥，無視國民健康，故意違背國家法令及政府管制。再參酌被告於犯後，自始否認犯行之態度，迄今尚未與告訴人達成和解賠償損害，並取得被害人之諒解，兼衡其販賣偽藥之期間長短、次數、偽藥數量，又其未有過任何前科，素行尚稱良好，有臺灣高等法院被告前案紀錄表乙份在卷可佐，及其職業與家庭經濟生活狀況良好等一切情狀，量處如主文所示之刑。

（四）沒收：

- 1.按藥事法對偽藥及禁藥，並無禁止持有規定，是偽藥及禁藥均非違禁物（最高法院 85 年度臺上字第 4545 號刑事判決參照）。再按藥事法第 79 條第 1 項沒入銷燬規定，係列於藥事法第 8 章「稽查及取締」內，而非列於第 9 章之「罰則」，其性質應屬行政秩序罰，屬行政機關行政程序科罰之權限，法院自不得越權於判決內諭知沒入銷燬（最高法院 92 年度臺上字第 2718 號刑事判決參照）。
- 2.扣案如附表二所示之犀利士偽藥，係被告犯商標法第 95 條第 1 項第 1 款、第 3 款所使用、第 97 條之罪所販賣之商品，不問屬於被告與否，應依同法第 98 條規定及主從不可分之原則，附隨於主刑而一併宣告沒收之。至因鑑驗用罄部分，爰不為沒收之諭知。
- 3.至搜索扣押之電腦主機乙臺、出貨單 14 張，雖為被告所有，惟無證據證明與被告所為之本案犯行有關，爰均不另宣告沒收。另告訴人於 98 年 2 月 10 日以刑事告訴狀檢附之「KAMAGRA 100mg Oral Jelly」乙包（附於臺北地檢署 98 偵 591 卷第 90 頁、第 91 頁間），則非被告所有，亦與被告所為之本案犯行無關，亦不另宣告沒收，一併敘明。

（五）擴張審理起訴之犯罪事實：

按裁判上一罪案件，檢察官僅就其中一部事實起訴者，經法院審理結果，如認為與未經起訴之其他事實均成立犯罪時，依刑事訴訟法第 267 條規定，其效力及於全部，法院應就全部犯罪事實為審判，此為起訴效力之擴張。本案檢察官起訴時雖僅就被告於「肌因壯體網站」網頁上，使用近似如附表一編

號 1 號所示之商標「Cialis 犀利士」，販賣告訴人含有 Tadalafil 成分之犀利士藥品，涉有違反商標法罪嫌部分，擴張犯罪事實，認被告亦同時於前開網頁上使用如附表一編號 2 號所示之立體商標作為實體商品之示意圖案，販賣告訴人含有 Tadalafil 成分之犀利士藥品。倘起訴部分為有罪認定，則與擴張之犯罪事實部分發生一部與全部之關係，屬單一案件，為起訴效力所及，本院自應加以全部審理，附此敘明。

(六) 不另為無罪之諭知：

- 1.公訴意旨另以：扣案之犀利士偽藥，係被告於泰國購買，且含 Cialis 之 Tadalafil 成分，再攜入我國境，因認被告此部分係犯藥事法第 82 條之輸入偽藥罪嫌云云。
- 2.按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實，刑事訴訟法第 154 條第 2 項定有明文。又不能證明被告犯罪或其行為不罰者，應諭知無罪之判決，同法第 301 條第 1 項亦有明文。
- 3.檢察官認被告此部分犯行，無非係以被告於偵查及本院審理中之供述為據。惟查此部分除被告之供陳外，並無其他證據足以支持被告該部分之辯述，已論述如前開貳一（四），且依起訴書所載，係指被告所購而未用盡帶回國內，顯見檢察官係認被告於購買犀利士偽藥時，並無輸入偽藥之認識及意圖，縱有自國外運輸進入我國領土之客觀行為，亦係各自買斷、賣斷，並非涉及國際間之運輸行為，而有構成輸入犯行之餘地。是檢察官所提出之證據，尚無以足認被告有此部分違反藥事法輸入偽藥之行為，基於罪疑唯輕原則，應為被告有利之認定。故就上開部分本應為無罪之諭知，惟檢察官認此部分與前揭有罪部分有裁判上一罪之關係，從而爰不另為無罪之諭知。

據上論斷，應依刑事訴訟法第 299 條第 1 項前段，藥事法第 83 條第 1 項，商標法第 95 條第 1 項第 1 款、第 3 款、第 97 條、第 98 條，刑法第 11 條、第 55 條，判決如主文。

本案經檢察官陳雅譽到庭執行職務

中 華 民 國 102 年 9 月 14 日

刑事第二十庭 法 官 黃玉婷

法 官 卓育璇

法 官 黃傳偉

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，並應敘述具體理由；其未敘述上訴理由者，應於上訴期間屆滿後 20 日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕）「切勿逕送上級法院」。

書記官 黃勤涵

中 華 民 國 102 年 9 月 18 日

[●回首頁目錄](#)