

106020202 有關「VIAGRA」、「PFIZER」、「犀利士 CIALIS」等商標權侵害事件(商標法§95、§97；修正前後之藥事法§83 I、§86 II；刑法§210、§216、§220)([智慧財產法院 105 年度刑智上訴字第 24 號刑事判決](#))

爭點：商標法第 95、97 條與藥事法及刑法相關條文間之適用上競合問題。

系爭商標圖樣 1 系爭商標圖樣 2 系爭商標圖樣 3 系爭商標圖樣 4
(註冊第 00075264 號)(註冊第 00001268 號)(註冊第 00771202 號)(註冊第 00945319 號)



P F I Z E R

VIAGRA

犀利士
CIALIS

62 年版舊分類第
1 類：動物用藥
劑、補劑；西
藥；...

32 年版舊分類第
13 類：西藥、動
物用藥品。

第 5 類：西藥。

第 5 類：西藥。

系爭商標圖樣 5
(註冊第 01195779 號)



第 5 類：治療性
機能障礙藥劑。

系爭商標圖樣 6
(註冊第 01160463 號)



第 5 類：西藥。

相關法條：商標法第 95 條、第 97 條、修正前後之藥事法第 83 條第 1 項、第 86 條第 2 項、刑法第 210 條、216 條、第 220 條

案情說明

被告陸○○係「蜜桃精品店」之實際負責人，明知威而鋼(VIAGRA)、犀利士(CIALIS)分別為美商輝瑞產品公司(下稱輝瑞產品公司)、美商美國禮來大藥廠(下稱美國禮來大藥廠)所生產之藥品，而渠等在我國之合法代理販售藥商分別為輝瑞大藥廠股份有限公司(下稱輝瑞大藥廠公司)、臺

灣禮來股份有限公司（下稱臺灣禮來公司），未經行政院衛生福利部（下稱衛服部）核准，均不得擅自製造、輸入。又「VIAGRA」、「PFIZER」、「犀利士CIALIS」等圖樣及立體形狀，分別經輝瑞產品公司、美國禮來大藥廠向經濟部智慧財產局（下稱智慧局）申請註冊取得商標權。詎其自真實姓名年籍不詳成年男子販入「威而鋼」及「犀利士」，先於 103 年 8 月 12 日以 7,500 元之價格販賣「威而鋼」1 罐（30 顆）予輝瑞大藥廠公司、臺灣禮來公司訪查員吳○○，復於 103 年 10 月 8 日再以 1,000 元之價格販賣「威而鋼」3 顆及 1,600 元之價格販賣「犀利士」1 盒（4 顆）予吳○○。嗣吳○○將上開購得之「威而鋼」及「犀利士」送輝瑞大藥廠公司、臺灣禮來公司鑑定後，確認係仿冒商標之偽藥。輝瑞產品公司、美國禮來大藥廠乃於 103 年 11 月 7 日向新北地方法院檢察署提出告訴，並於 103 年 11 月 13 日、12 月 16 日先後提出吳○○所購買及驗餘之仿冒「威而鋼」及「犀利士」偽藥及其鑑定報告。嗣由法務部調查局新北市調查處於 104 年 3 月 25 日持新北地方法院核發之搜索票至「蜜桃精品店」執行搜索而查獲，並扣得有關藥品，因而查悉上情。

案經臺灣新北地方法院檢察署檢察官偵查起訴，臺灣新北地方法院於 105 年 6 月 7 日作出 105 年度智訴字第 6 號刑事判決，判決陸○○明知為偽藥而販賣，處有期徒刑肆月。扣案如該判決附表二所示之物及偽威而鋼空罐壹個均沒收。惟上訴人臺灣新北地方法院檢察署檢察官因被告行為後，藥事法、刑法沒收相關規定及商標法第 98 條業已修正施行，認原判決就被告所犯各罪，未及適用修正後相關規定，尚有未合，且不服原判決對被告所為論以接續犯，並未依修正後刑法規定就被告之犯罪所得宣告沒收等之認定，爰提起本件上訴案。

判決要旨

智慧財產法院 105 年度刑智上訴字第 24 號刑事判決：

原判決撤銷。

陸○○明知為偽藥而販賣，處有期徒刑肆月，扣案之如附表四編號一所示仿冒商標威而鋼偽藥貳拾捌顆及包裝罐壹個均沒收；未扣案販賣偽藥所得新臺幣柒仟伍佰元沒收，如全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額；又明知為偽藥而販賣，處有期徒刑參月，扣案之如附表四編號二至五所示仿冒商標威而鋼偽藥拾陸顆、仿冒商標犀利士偽藥拾壹顆及鋁箔片陸片、包裝紙盒參個、仿單參張、空白包裝罐壹個均沒收；未扣案販賣偽藥所得新臺幣貳仟陸佰元沒收，如全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。應執行有期徒刑陸月。

<判決意旨>:

商標法第 95、97 條與藥事法及刑法相關條文間之適用上競合問題：

一、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。該條文係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法。所謂行為後法律有變更者，包括構成要件之變更而有擴張或限縮，或法定刑度之變更。行為後法律有無變更，端視所適用處罰之成罪或科刑條件之實質內容，修正前後法律所定要件有無不同而斷。是法律修正而刑罰有實質之更異，致修正後新舊法法定本刑輕重變更，始有比較適用新法或舊法之問題。查藥事法第 83 條第 1 項、第 86 條第 2 項在本案被告行為後，經分別修正為：「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。」、「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。」，並於 104 年 12 月 4 日公布生效，而修正前第 83 條第 1 項、第 86 條第 2 項係分別規定「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。」、「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 6 月以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣 3 萬元以下罰金。」，經新舊法比較結果，自以行為時之舊法較有利於被告，依刑法第 2 條第 1 項但書規定，應適用修正前藥事法第 83 條第 1 項、第 86 條第 2 項之規定。

二、次按，商標法就偽造、仿冒商標行為，已有處罰之特別規定，固應排除刑法第 222 條、第 210 條之偽造準私文書規定之適用。又偽造他人之藥物名稱、仿單、標籤於物品之包裝上，固足以表示一定之用意，而屬刑法第 220 條之準文書，惟因藥事法第 86 條第 1 項亦有特別處罰之規定，而不另論以偽造準私文書罪。然商品上之條碼，係販賣者為方便商品之管理，依商品特性及使用關聯性分類，以編碼使之系統化，可採國際條碼或店內碼方式編訂（「優良商店作業規範（GSP）通則及專則」11.2 參照）。因此，商品外包裝上，除印製商標、記載藥物名稱標籤外，若並有商品條碼，以及獲核准製造之廠商之名稱，即係以文字、符號，表示係該廠商或其授權製造之廠商所製造之某類商品，非商標法第 95 條

侵害商標及藥事法第 86 條第 1 項冒用藥物名稱、仿單、標籤規範意旨所得涵攝，應係刑法第 220 條之準文書，若有偽造，即應論以刑法第 220 條、第 210 條之偽造準私文書罪（最高法院 98 年度台上字第 7970 號判決意旨參照）。查本件被告所販賣如附表 2 所示之仿冒「威而鋼」或「犀利士」，其外包裝罐（盒）上均有標示商品條碼及獲核准製造之廠商名稱，且證人吳○○向被告購買上開偽藥時，被告係直接交付含外包裝之「威而鋼」、「犀利士」，顯見被告確有主張上開偽藥係由告訴人輝瑞產品公司及美國禮來大藥廠所製造生產之意思，足生損害於上開公司至為明確，是被告應另論以刑法第 216 條、第 210 條、第 220 條之行使偽造準私文書罪，起訴書雖未敘及，惟此部分與業經起訴部分具有裁判上一罪之關係，依審判不可分原則，應為起訴效力所及。

三、再按，購買者係為取得犯罪證據而買受偽藥，抑為服用而買受該偽藥，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破獲販賣偽藥之人，而授意原無購買偽藥意思之人，向販賣偽藥之人購買偽藥，因購買之人自始無買受之真意，不能完成交易，而僅能論販賣之人犯明知為偽藥而販賣未遂罪之情形，並不相同（最高法院 98 年度台上字第 6477 號判決意旨參照）。況證人即輝瑞大藥廠公司、臺灣禮來公司訪查員吳○○已於本院結證稱：伊去「蜜桃精品店」之前，不知道這個有賣「威而鋼」及「犀利士」，伊當時受僱於輝瑞公司及台灣禮來公司進行市場訪查工作，所以到「蜜桃情趣精品店」購買「威而鋼」時，她說有，我就跟她買。一般我們在市場訪查購買完藥品後，會寄到輝瑞台灣分公司進行化驗，確認是偽藥後，我們才做第二次的購買。伊所買到的藥品，不論是真品或偽藥，都是由公司處理等語。職是，證人吳○○向被告購買偽藥前，其實無從確定被告所販賣之「威而鋼」或「犀利士」究係真品抑或偽藥，尚須送鑑定始得確認，如係真品，則係由輝瑞大藥廠公司、臺灣禮來公司處理，是以證人吳○○向被告購買如附表 2 所示偽藥時，尚難謂其自始無買受之真意，而不能完成交易，準此，證人吳○○兩次向被告購買偽藥，應認均已完成買賣行為。

四、被告先後於附表 2 所示時間二次販賣偽藥之行為，核均係犯修正前藥事法第 83 條第 1 項販賣偽藥罪、第 86 條第 2 項明知為冒用他人藥物名稱之藥物而販賣罪、商標法第 97 條明知為仿冒商標商品而販賣罪及刑法第 216 條、第 210 條、第 220 條之行使偽造準私文書罪。被告意圖販賣而持有仿冒商標商品之低度行為，為販賣仿冒商標商品之高度行為所吸

收，不另論罪。又被告上開 2 次販賣偽藥行為，均係以一販賣偽藥之行為，同時觸犯上開數罪名，為想像競合犯，分別應從一重之修正前藥事法第 83 條第 1 項明知偽藥而販賣罪處斷。再者，按刑法上接續犯之概念，係指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實行，合為包括之一行為予以評價，較為合理而言。刑法上有關販賣之罪（包括販賣毒品、槍彈、偽藥、禁藥等），在立法者預定之構成要件類型上，並非屬於必須反覆或繼續實行始能成立之犯罪。且該等販賣行為，常有單一或偶發性販賣之情形，亦非絕對具有反覆、繼續實行之特徵。亦即多次販賣偽藥之行為，係為滿足各該次販賣之目的，於滿足後，該次行為即已完成；是各次均為各自獨立之行為，各具獨立性，其前後次販賣偽藥行為間，自無密切不可分之關係，各自獨立構成同一販賣偽藥罪責，顯然不合接續犯之構成要件。且販賣偽藥罪，依吾人一般生活經驗及社會通念，並無必須多次販賣偽藥，始得成立，亦無從憑以認定立法者本即預定該犯罪之本質，必有數個同種類行為，而反覆實行，社會通念尤難容忍一再違犯（最高法院 102 年度台上字第 1623 號判決意旨參照）。準此，本件被告各次所為犯行，犯意個別，時間有異，應予分論併罰。