裁判字號：臺灣高等法院臺南分院 97 年度重上更（三）字第 156 號 刑事判決
裁判日期：民國 99 年 07 月 27 日
案由摘要：詐欺等

臺灣高等法院臺南分院刑事判決　97 年度重上更(三)字第 156 號

上　訴　人
即　被　告　陳明和
選任辯護人　蘇吉雄　律師
　　陳雅娟　律師
　　陳忠鎣　律師

上列上訴人因詐欺等案件，不服臺灣臺南地方法院 85 年度訴字第 78 號中華民國 85 年 8 月 16 日第一審判決（起訴案號：臺灣臺南地方法院檢察署 84 年度偵字第 9063 號、第 9519 號、第 11924 號），提起上訴，判決後經最高法院第三次發回更審，本院判決如下：

主　文

原判決撤銷。

陳明和共同連續犯詐欺取財罪，處有期徒刑壹年陸月，減為有期刑玖月。

事　實

一、陳明和係設於臺南縣〇〇市〇〇街 64 號「立胺酵素股份有限公司」（下稱立胺公司）之負責人，從事木瓜粉、鳳梨酵素之製造、批發，飼料用各種酵素（保力胺）及植物性綜合酵素（保力胺-P）之批發及有關業務之進出口貿易等業務。於民國（下同）73 年間將該公司（原名為立胺酵素工業有限公司於 83 年更名為立胺酵素股份有限公司）生產之「保力胺-S」向台灣省農林廳申請飼料製造登記證，並經核准登記為「台省農畜飼製字第 16632 號」之一般禽畜飼料用添加物在案。嗣於 82 年間因見民間興起健康養身熱潮，且經其妹陳姵玲介紹之盧正光向其表示可以製造含鳳梨酵素之保力胺-S 乘機推廣供人食用以賺取暴利，認機不可失，自 82 年 10 月間起製造含鳳梨酵素每公克活性含量為超過 1.4 乘 10 之 4 次方 casein digestion units／g 之「保力胺-S」，供人服用。復自 82 年 12 月底某日起與盧正光、陳姵玲、江兆鶴等人共同基於意

圖為自己不法所有及販賣牟利之概括犯意聯絡，先由陳明和將原飼料用包裝上雞、豬圖樣及「飼料用」字樣除去，並將原經台灣省農林廳核准供飼料用之字號「台省農畜飼製字第16632號」中【畜飼】二字省略，而列印為「台省農製字第16632號」，再由設在台北市〇〇〇路168號2樓保力胺股份有限公司（下稱保力胺公司，原係保力安公司）之董事長盧正光，增列醫療效能說明及可充人體藥性服用等文字，同時印製書刊說明誇示「保力胺-S」具有治療胃潰瘍、高血壓、風濕、關節炎、便秘等醫療效能，復由陳明和在立胺公司改變包裝大量生產，自83年1月間起，由盧正光、陳姵玲（保力胺公司之副董事長）、江兆鶴（保力胺公司之總經理）等人負責以保力胺公司名義，號稱係健康食品，以多層次傳銷方式在台灣地區販售供人食用，致使不知情之張政富、湯金菊之先生鄧茂林（嗣已死亡）及其他民眾誤信具有前揭療效，而以每包新台幣（下同）1365元（陳明和係以製造售價為220元賣與盧正光）之代價予以購買。嗣於84年7月間，因經衛生機構調查，乃將「保力胺-S」之外包裝改成「保力胺-SP」，成分則相同，仍承續前揭概括之犯意聯絡，並以同一方法續予販售牟利，共計詐騙金額達6億餘元。嗣因張政富服用後發現身體狀況有異，湯金菊因其先生鄧茂林誤信「保力胺-S」可治病，服用後身體轉壞（嗣鄧茂林死亡，惟查無證據足以證明上開「保力胺-S」必然致人於死），乃向調查單位檢舉，始由法務部調查局台南縣調查站向台灣台南地方法院檢察署檢察官聲請核發搜索票，而於84年9月5日至立胺公司搜索而查獲，並扣得如附表所示之物（盧正光、陳姵玲、江兆鶴涉案部分，因盧正光已於97年7月19日死亡，由臺灣高等法院以95年度上更二字第659號判決公訴不受理，陳姵玲、江兆鶴部分以同案號判刑，並經最高法院98年台上字第2319號駁回其上訴確定）。

二、案經台南縣調查站及台南縣政府分別移送由台灣台南地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

甲、證據能力部分

一、被告及其辯護人主張：

（一）卷附行政院衛生署 72 年 2 月 17 日衛署藥字第 411624 號公告、84 年 6 月 16 日衛署藥字第 84024620 號函（調查卷第 36 頁）、84 年 12 月 1 日衛署藥字第 84070862 號函記載鳳梨酵素宣稱有醫療效果，應列屬藥品管理（原審卷一第 51 頁）、85 年 2 月 16 日衛署藥字第 85010927 號函原審法院稱英國藥典有記載鳳梨酵素為藥品（原審卷一第 72 頁）、85 年 5 月 23 日衛署藥字第 85019839 號（原審卷二第 19 頁）、86 年 10 月 23 日衛署藥字第 86048319 號（本院上訴審卷一第 268 頁）、87 年 2 月 21 日衛署藥字第 87004255 號（本院上訴審卷二第 1 頁以下）、87 年 5 月 8 日衛署藥字第 87014386 號函（本院更一審卷二第 158 頁）、87 年 5 月 12 日衛署藥字第 7016965 號函（本院上訴卷二第 236 頁）、87 年 5 月 29 日衛署藥字第 87026785 號函（本院上訴卷二第 184 頁）、88 年 11 月 9 日衛署藥字第 88068358 號函（本院更一審卷第 138 頁）、90 年 9 月 26 日衛署藥字第 900057807 號函（本院更一審卷一第 137 頁）、90 年 11 月 6 日衛署食字第 0900066447 號函（本院更審卷一第 146 頁）、90 年 12 月 4 日衛署藥字第 0900067669 號函（本院更一審卷一第 196 頁）、91 年 1 月 3 日衛署藥字第 0900078191 號函（本院更一審卷一第 241 頁）、96 年 6 月 20 日衛署藥字第 0960020948 號等函，認被告所製造之「保力胺-S」、「保力胺-SP」酵素宣稱可消炎抗菌、治療胃潰瘍、高血壓等醫療效能，依藥事法第 6 條之規定應列屬藥品管理，符合藥事法第 6 條規定之偽藥定義（本院更二審卷二第 183 頁）、99 年 5 月 17 日 FDA 藥字第 0990020016 號函（本院更三審卷四第 170-176 頁），及行政院國軍退除役官兵輔導委員會臺北榮民總醫院 95 年 2 月 16 日北總內字第 0950003225 號函（本院更一審卷三第 1 頁）、經濟部 95 年 4 月 12 日經商字第 09502047330 函（本院更一審卷三第 98 頁）等文書，均屬被告以外之人於審判外所作之書面陳述，屬傳聞證據，無證據能力。

（二）刑事訴訟法第 100 條之 2 準用第 100 條之 1 第 1 項規定，司法警察詢問犯罪嫌疑人，除有急迫情況且經記明筆錄者外，

應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影；其目的在於建立詢問筆錄之公信力，並擔保詢問程序之合法正當，亦即在於擔保犯罪嫌疑人之陳述出於自由意志及筆錄所載內容與陳述相符；刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項規定：「筆錄內容所載之被告陳述與錄音或錄影之內容不符者，除有前項但書之情形外，其不符之部分，不得作為證據。」經查，陳明和在調查站之供述，與其實際之陳述不符，經上訴人於原審聲請調取調查站之錄影帶以供核對，經原審勘驗發現該錄影帶模糊不清，只見影像，聲音則完全聽不清楚，無法比對（見原審勘驗筆錄），因此該筆錄記載之內容是否與其供述相符即無從確認，依刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項之規定，上訴人於調查站之供述即無證據能力。

（三）被害人張清華、湯金菊、張政富於調查站之陳述（調查卷第 1-3 頁，第 26-30 頁），為被告以外之人於審判外之陳述，且未經具結，屬傳聞證據，無證據能力。高雄醫學大學陳英俊教授 86 年 12 月 17 日函係回覆第三人原本食品業股份有限公司，為被告以外之人於審判外之書面陳述，亦為傳聞證據，無證據能力。

二、本院查：

（一）被告及其辯護人主張上開一之（一）所示相關機關之公告或函文均無證據能力云云。惟查上開行政院衛生署 72 年 2 月 17 日衛署藥字第 411624 號公告，係本案發生前主管機關依法對不特定之眾人所為之公告，並非因本案發生後為被告之案件而公告，自屬有證據能力。至於其餘由行政院衛生署食品藥物管理局、經濟部、行政院國軍退除役官兵輔導委員會臺北榮民總醫院等所發之上開函文，大部分係本案發生後，應被告及其辯護人之請求，而向上開機關函請鑑定、查復或說明之覆文。詎由上開機關查明、函覆之上開函文回覆法院後，被告及其辯護人竟主張均無證據能力，被告及其辯護人既主張無證據能力，何以耗費極大時間、人力、物力及司法資源去調查、函詢？本案更三審即因被告及其辯護人不殫繁瑣，屢次具狀請求本院向有關機關

鑑定、查復或說明，以致收案迄今達二年三月之久始能審結。且查行政院衛生署食品藥物管理局上開覆函，均係由法院依被告之聲請或法院依職權，就本案有待查明之事項函請主管機關鑑定、查復或說明，而行政院衛生署食品藥物管理局為國家設立之公務機關，有一定之編制及職權，為本國食品藥物之管理、檢驗之主要機關，所為覆函復經一定程序之審核始發文，並非因為本案之故而故意為不利被告之函覆，依刑事訴訟法第 159 條之 4 之規定，應認均具有證據能力。雖其中部分函文內容對被告而言，尚有不利之情事，但亦有部分函文內容對被告而言，並非有不利之情形；不能僅因被告認為其中部分函文之內容對其不利，即認為上開全部函文均無證據能力；至於上開函文之證明力如何，乃法院依其職權認定之問題。另經濟部之函文、行政院國軍退除役官兵輔導委員會臺北榮民總醫院 95 年 2 月 16 日北總內字第 0950003225 號函，均係依被告及其辯護人之聲請而函查，為與被告無利害關係之其他機關所為客觀之查復，並非就本案故意為不利被告之函覆，依刑事訴訟法第 159 條之 4 之規定亦應認具證據能力。

（二）被告及其辯護人固主張被告在調查站之供述，經原審勘驗發現該錄影帶模糊不清，只見影像，聲音則完全聽不清楚，無法比對，認依刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項之規定，被告在調查站之供述無證據能力云云。但查，刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項之規定係於民國 86 年 12 月 19 日始經總統公布增訂，而本案係於 84 年 9 月 5 日被查獲，被告於同日由法務部調查局台南縣調查站調查並製作調查筆錄。經本院詳細查閱被告陳明和於調查站之筆錄，於該筆錄末尾之詢問及被告之回答：「（調查員問：有無補充意見？）保力胺-S 及保力胺-SP 確係供家畜禽等動物食用之飼料添加物，而我卻因一時貪念逕自變更包裝及核准字號，誇示療效，製造、販賣供人服用牟利，實有不當，誤觸法網，望請有關單位能從輕發讓我有自新機會。（問：你以上所述是否實在？）實在」，於筆錄末尾復載明「右筆錄計伍頁，經被調查人親閱確認無訛，始簽蓋於后」，被告陳明和即

緊接被調查人欄位簽名陳明和之名字並蓋章，且查該調查筆錄上凡有更改處均已蓋用「陳明和」之印文（見調查卷第 5-13 頁），可見調查員確有依被告之陳述而記載，且查無調查人員有對被告施以強暴、脅迫等非法取供之情事，自應認被告於調查站之筆錄有證據能力。另被害人湯金菊、張政富（已改名為張秉家）於調查站之陳述（調查卷第 26-30 頁），固為被告以外之人於審判外之陳述，但經本院更三審於 99 年 7 月 13 日傳喚到庭作證，證人湯金菊、張政富並均證稱：於調查局之陳述均屬實等語，自均可作為證據；另證人張清華於調查站之陳述，為被告以外之人於審判外之陳述，自無證據能力；另高雄醫學大學陳英俊教授 86 年 12 月 17 日私人回函（本院更一審卷一第 240 頁），係回覆第三人原本食品業股份有限公司，為被告以外之人於審判外之書面陳述，為傳聞證據，亦無證據能力。

乙、實體部分：

一、訊據上訴人即被告陳明和固坦承：⑴伊為立胺公司之負責人，領有經濟部核發製造鳳梨酵素之工廠登記證、公司執照及臺南縣政府核發製造鳳梨酵素之營利事業登記證，並經核准以「台省農畜飼製字第 16632 號」販售「保力胺-S」，並另製造販賣供人食用之「保力胺-S」。⑵被告自 82 年 10 月起，將製造供人食用之「保力胺-S」，交由保力胺公司之董事長盧正光販售，盧正光於 82 年底除於包裝列印「台省農製字第 16632 號」外，並自增列醫療效能說明及可充人體藥性服用等文字，同時印製書刊說明「保力胺-S」具有治療胃潰瘍、高血壓、風濕、關節炎、便秘等醫療效能，以健康食品多層次傳銷方式在臺灣地區販售人食用。⑶84 年 7 月間，被告將「保力胺-S」改為「保力胺-SP」，成分相同，包裝不再列印「台省農製字第 16632 號」，仍由盧正光以同一方式繼續販售。惟矢口否認有上揭製造偽藥、詐欺等犯行，辯稱：立胺公司所製造之「保力胺-S」及「保力胺-SP」係以臺灣特產之鳳梨莖部為原料，提煉抽出鳳梨酵素，另由多種植物、蔬果、種子等以特殊方法所萃取，並無添加 BROMELAIN 提煉抽出鳳梨酵素，故並非藥品，且行政院衛生署編訂之 84 年、

87 年及 89 年度之中華藥典並未將鳳梨酵素列為藥品，而衛生署憑以認定之「保力胺-S」中之鳳梨酵素為藥品，係以英國藥典為依據，且該函件中之附件中僅在說明鳳梨酵素之檢驗方法而已，並非記載鳳梨酵素有何療效及用法、用量等，伊所生產之「保力胺-S」及生產鳳梨酵素等相關產品，早經核准在案，因此生產該等產品並不須衛生署之事先許可，買賣雙方並無人陷於錯誤而成交之情事，故衛生署之認定鳳梨酵素為藥品，係違反明確性原則、信賴保護原則、平等原則及罪刑法定原則，其認定顯然錯誤，再被告與行銷商盧正光雖未訂立任何契約，但訂有備忘錄，其中載明行銷之事與被告無關，另在「保力胺-S」上冠上「台省農製字第 16632 號」係為區別供人食用及動物用之間二者有不同而已，自非詐欺之行為，又「保力胺-S」手冊之療效說明，乃盧正光所為，與伊無關等語。

二、查被告所生產之保力胺-S，原向台灣省農林廳申請飼料製造登記證，並經核准登記為「台省農畜飼製字第 16632 號」，係供豬、牛、馬等動物之飼料添加物，適用對象為「家畜、家禽、水產類」，嗣經其妹陳姵玲介紹盧正光後，始將保力胺-S 推廣為供人食用牟利，並擅將原經核准供飼料用之字號「台省農畜飼製字第 16632 號」中【畜飼】二字刪除，列印為「台省農製字第 16632 號」，而成份完全相同，且增列醫療效能說明及可充人體藥性服用等文字，同時印製書刊說明誇示「保力胺-S」具有治療胃潰瘍、高血壓、風濕、關節炎、便秘等醫療效能後，交由盧正光、陳姵玲、江兆鶴等人以健康食品多層次傳銷方式在台灣地區販售供人食用等情，業據被告分別於調查站訊問、檢察官偵查、原審及本院上訴審理時坦承在卷（詳調查卷第 4-12 頁、偵字第 9063 號卷第 35、36 頁、偵字第 9519 號卷第 72、73 頁、原審卷一第 21、22、106、107 頁、原審卷一第 29、30 頁、本院上訴卷一第 31-34 頁、上訴卷二第 201-204 頁、本院更一卷一第 162 頁、本院更一卷二第 60-62 頁、第 283、284 頁、本院更一卷三第 132-163 頁、本院更二卷第 54、55、120、121、154 頁），核與證人即另案被告盧正光、江兆鶴等供述情節大致相符分（詳調查卷

第 16-22 頁、原審卷一第 88、89 頁、本院上訴審卷一第 79 頁、本院更一卷一第 226、227 頁），復有被害人湯金菊（查鄧茂林死亡後其配偶湯金菊指稱：伊先生鄧茂林原本身體強壯，後因聽信朋友介紹服用保力胺-S 酵素可治百病，加上產品之宣傳手冊誇示有療效，誤信可以治腎結石及其他疾病，83 年 5、6 月間開始服用即因而致急性肝炎病逝，服用數量約有 30 包左右，但因宣傳手冊記載服用初期會有這些現象，仍然繼續服用，終至至 84 年 1 月急性肝炎病逝等語，惟鄧茂林死亡部分，查無其他證據佐證必然確有相當因果關係，詳見調查卷第 27、28 頁）、張政富（已改名為張秉家，係指訴：伊之客戶係保力胺-S 之推銷人員，伊購買 5 包，吃了兩天，卻連拉了 2 天肚子，即不敢再服用等語，並提出其向保力胺公司買受上開酵素之發票等情，詳調查卷第 30 頁），證人湯金菊、張政富並於 99 年 7 月 13 日到本院結證明確。再徵之被告乃因被害人湯金菊之夫、張政富等人服用其製造、販賣之「保力胺-S」後，致身體不適（胃痛），質疑是否能供人食用，向行政院衛生署檢舉，經轉調查機關辦理，始由台南縣調查站向台南地檢署檢察官聲請核發搜索票，至前揭立胺公司搜索，亦有臺灣台南地方法院檢察署之搜索票附卷可參（附於聲字卷第 30 頁），復有張政富向保力胺公司買受上開酵素之發票可據（5 瓶含稅合計 6825 元，即每瓶 1365 元，見調查卷第 35 頁），復有扣案如附表所示之物及保立胺公司製造「保力胺-S」之照片共 16 張附卷可按（附於調查卷第 54-57 頁）。

三、查被告經營之立胺公司乃從事木瓜粉、鳳梨酵素之製造、批發，飼料用各種酵素（保力胺）及植物性綜合酵素（保力胺-S）之批發等業務，且其於 73 年間向台灣省農林廳申請核准登記之「台灣省農畜飼製字第 16632 號」登記證，乃屬一般禽畜飼料用添加物，並非核准供人體服食用之添加物核准登記證號，亦據被告迭次於偵、審中坦認無訛在卷，復有台灣省政府農林廳 84 年 7 月 24 日 84 農畜字第 55006 號函一紙在卷可憑（附於調查卷第 40 頁）。惟被告竟與盧正光等人將原飼料用包裝上之雞、豬圖樣及「飼料用」字樣去除，且將前揭核

准字號之【畜飼】二字省略，而於販售之包裝上僅列印「台省農製字 16632 號」，並於包裝後交由盧正光等人牟利，以健康食品名義利用多層次傳銷方式，販售供人服用，且被告於調查站訊問時供稱：「我所製造販賣之供人服用保力胺-S 及供家畜食用之保力胺-S，兩者原料、成分完全一致」（詳調查卷第 8 頁）；於偵查亦坦認：「供人吃用之保力胺-S 沒有申請登記許可」、「台省農製字第 16632 號是農林廳給我的，我提供給保力胺公司的」、「飼料用及供人使用之保力胺-S 有不同，供人使用的沒有加胰凝乳蛋白醋」、「我與保力胺公司是從 82 年 10 月正式包裝，我們 2 公司合作，我公司生產，他公司來販賣」、「變造農林廳飼料用許可證之批號，我知道錯了，犯很大的錯誤，我提供給盧正光的，盧正光也知情」、「台省農製字第 16632 號是農林廳給我的，我提供給保力胺公司的」（詳偵字第 9063 號卷第 36、37、41 頁）；於原審復為相同之供述（詳原審卷一第 21、22 頁及第 75-77 頁、原審卷二第 29 頁）。而盧正光於原審時亦證稱：「我與被告陳明和就銷售保力胺-S 及保力胺-SP 有做備忘錄」、「我於 82 年底，印製保力胺-S 之說明書，說明書係根據供人使用後之感覺，及坊間對酵素之說明及某書籍對其特殊療效，後我有通知陳明和，但未與其共同研究療效，我將此說明書送給他，他未與我說任何話」、「保力胺-S」及「保力胺-SP」之品質完全沒有變更過，二者前後品質及成分均相同」（詳原審卷一第 89 頁）。查刑法上共同正犯之意思聯絡，並不限於事前有所謀議，即於行為當時有共同犯意之聯絡者，亦屬之，且其表示之方法，亦不以明示通謀為必要，即相互間有默示之合效，亦無不可。因之被告就盧正光等人販售前揭「保力胺-S」及「保力胺-SP」酵素之行為，應與盧正光具有行使偽造特種文書、意圖欺騙他人而就商品之品質為虛偽之標記、詐欺取財等之犯意聯絡及行為分擔之共同正犯關係甚明。

四、關於被告製造含有鳳梨酵素之「保力胺-S」及「保力胺-SP」是否屬藥事法規定之「偽藥」部分：

（一）按所謂「偽藥」，係指藥品經稽查或檢驗有藥事法第 20 條

所列 4 款情形之一者而言。而藥事法第 20 條第 1 款所謂未經核准擅自製造者即屬偽藥，係指某種藥品經檢驗而發現有未經核准而擅自製造之情形而言，且此所稱藥品之經「檢驗」，自係指經有權檢驗之衛生主管官署之檢驗，而非由法院自行檢驗（最高法院 74 年度台上字第 4853 號判決意旨參照）。所謂「藥品」，依藥事法第 6 條第 1 款「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」之規定，可知「藥品」之認定，應以中華藥典或經中央衛生主管機關認定公告之其他各國藥典公定之國家處方集或各該補充典籍所記載之藥品為認定之依據。對於所謂「經中央衛生主管機關認定之其他各國公定之國家處方集或各該補充典籍之藥品」，則須經由行政機關以公告之方式補充藥事法第 6 條之規定後，其構成要件始克完備，可據以對被告論罪科刑。若未經中央衛生主管機關認定及公告其他國家之國家處方集或各該國家處方集之補充典籍，則不屬於藥事法第 6 條所規定之藥品。因此有關藥事法第 6 條第 1 款規定之「經中央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」，其性質係屬「空白刑法」，須待行政機關發布命令以補充訂定內容，經公告後，始有拘束人民之效力，才能據此對人民科處刑責或罰鍰。因此主管機關對於藥事法第 6 條所規定之其他各國藥品集有無公告，以資補充藥事法第 6 條之構成要件，即屬判斷是否應屬藥物之重要依據，且若有公告，其公告既為補充刑法之構成要件，為法律構成要件之一部，其公告之程序自應依中央法規標準法中對於命令公布之方式為之，始可認為對人民發生效力。

（二）查本案被告行為時之行政院衛生署編訂之 84 年度中華藥典，並未將鳳梨酵素列為藥品。嗣於本案發生後，在 87 年及 89 年度之中華藥典亦未將鳳梨酵素列為藥品，有卷附 84 年度、87 年度、89 年度中華藥典影本可證（見本院上訴卷二第 48 頁以下）。專家證人紀永昌復於本院更三審結證稱：「（你剛才有說中華藥典沒有將鳳梨酵素歸類為葯品，酒

精、醋酸、澱粉、蜂蜜在中華藥典是否歸類為葯品？）是的。（這幾種的製造有無適用為藥品管理？）中華藥典裡面並沒有寫。」（見本院更三審卷一第 204 頁），可知縱使列在中華藥典中之物品不一定即屬藥事法第 6 條所稱之藥品，更遑論未列入中華藥典中之鳳梨酵素更難認定為藥品，自屬當然。按行政處分是否合法，原則上應依作成時之法律及事實狀態為斷（最高行政法院 60 年度判字第 374 號判例意旨參照）。準此，判斷行政處分合法性之基準日，為原處分發布時之事實或法律狀態。行政處分作成後之事實及法律狀態縱有變更亦不影響前行政處分。查本件被告於 84 年 9 月間為台南縣政府衛生局依法查處時，當時我國之中華藥典並未記載鳳梨酵素應列入藥品，至於衛生署所稱之日本、法國、瑞士所出版之醫藥品集，其出版單位均屬私人團體，均非各該國之藥典或公定之國家處方集，且均未經我國政府以行政命令公告資為補充藥事法第 6 條規定，業經衛生署於 86 年 10 月 23 以衛署藥字第 86048319 號函覆法院稱「其他各國（藥典或藥品集），並未經本署公告」（見本院上訴卷一第 267-269 頁），基於刑法第 1 條罪刑法定主義原則，鳳梨酵素自不該當為「藥品」。

（三）行政院衛生署之職員林美智、石麗鳳雖於本院前審證稱：「是否列入中華藥典，並不是判定是否為藥品之依據，鳳梨酵素雖未搜載在中華藥典內，但是世界各國醫藥品集，均有搜載，也經衛生署 72 年間公告作為藥品查驗登記參考必要品質。」云云（見本院更一卷一第 97-98 頁）。然查上開二證人所證述，與藥事法第 6 條第 1 款「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」之規定不符，顯見該二位證人所述純屬其個人意見；退而言之，若不限於以本國之藥典為認定之依據，其他各國之藥典亦可為認定之依據者，則仍應經中央主管機關公告後，始能作為藥事法第 6 條空白刑法之構成要件。經本院向衛生署所調取有關鳳梨酵素屬性疑義卷宗查閱得知，衛生署就本案「保力胺-S」及「保力胺-SP」鳳梨酵素是否屬於藥品之爭議，曾提交該

署法規委員會87年1月20日第91次會議研討，其結論為「對於是不是適用藥事法第6條第1款認定為藥品，尤其是補充典籍之部分，請藥政處儘量【蒐集其他各國藥典和補充典集收載該鳳梨酵素】作為認定藥品之依據。」（見本院更三審卷一第306-308頁）。足證行政院衛生署於84年6月16日以衛署藥字第84024620號函移送台北市政府衛生局查處「保力胺-S」及「保力胺-SP」產品之經銷商保力胺公司時，其認定鳳梨酵素為藥品之法源依據，於內部相關單位間尚無共識。且依證人紀永昌證稱：「（問：到目前為止中華藥典有無將鳳梨酵素歸類為藥物？）經我查的結果沒有。（問：據你所知衛生署有無將鳳梨酵素列為食品？）衛生署只有將酵素列為食品添加物，但是對於鳳梨酵素沒有法定的公告。」等語（見本院更三審卷一第203頁），可知衛生署對於鳳梨酵素是否為藥品，並無相關之規範或制定檢驗方法及規格標準可資依據。

（四）查衛生署於86年10月23以衛署藥字第86048319號函覆法院稱「其他各國（藥典或藥品集），並未經本署公告」（見本院上訴卷一第267-269頁），再參諸衛生署就本案「保力胺-S」及「保力胺-SP」鳳梨酵素是否屬於藥品之爭議，曾提交該署法規委員會87年1月20日第91次會議研討之上開結論所示，足證在本案於84年9月發生至衛生署法規委員會於87年1月20日第91次會議研討間，於本案發生後已2年餘，衛生署對於鳳梨酵素是否為藥品乙節之法源依據，於內部相關單位間尚無共識，亦足以證明衛生署於86年10月23以衛署藥字第86048319號函復法院時，其機關內部【尚無法確定鳳梨酵素是否能列為「藥品」】。雖衛生署於85年2月16日衛署藥字第8510927號函覆法院之公文中認定英國藥典記載鳳梨酵素為藥品，但已於87年5月8日另以衛署藥字第87014386號函載「本署85年2月16日衛署藥字第8510927號函，函復法院所引之1993年版英國藥典附錄資料，確有誤解之處」而承認錯誤（見本院更一審卷二第198頁背面）。

（五）衛生署72年2月17日衛署藥字第411624號之公告，是否指

鳳梨酵素為藥品之公告部分：

查證人林美智、石麗鳳於本院前審曾證稱：「…衛生署 72 年間公告作為藥品查驗登記參考必要品質」，所指之公告經查係衛生署 72 年 2 月 17 日衛署藥字第 411624 號之公告。查上開公告主旨記載：「公告有關藥品查驗登記需檢附德、美、英、法、日、瑞士、加拿大、澳洲等八國中三國採用證明時之辦理方式，希依規定辦理」，及依其說明：「藥品查驗登記需應具備採用證明時可按下列三項方式辦理：　檢附德、美、英、法、日、瑞士、加拿大、澳洲等八國中之三國採用證明（可包括原產國）其採用證明應由原產國及採用國之最高衛生主管機關出具並經我國駐該國代表簽證。　檢附美、日、加拿大、澳洲及德、英、法、瑞士中各一國之採用證明（共二國），其採用證明應由原產國及採用國之最高衛生主管機關出具並經我國駐該國代表簽證。揣除前二項規定原產國及採用國之最高衛生主管機關出具並經我國駐該國代表簽證外，其餘採用證明得以收載該處方成分之各該國藥典或醫藥品集……，影本各乙份（應載明版次並以最近五年內之版本為限），及採用國核准含該成份之處方藥品仿單參份，以憑核辦。」之文義（見本院上訴卷二第 3 頁），可知該公告顯係指對於依藥事法第 39 條有關藥品查驗登記手續、方法之公告，而非對於同法第 6 條第 1 款規定，採擇其他各國藥典，作為鳳梨酵素判定屬藥品之公告。

（六）按依司法院大法官會議釋字第 137 號、第 216 號解釋意旨，各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束。又按「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束」、「行政行為之內容應明確」、「行政行為非有正當理由，不得為差別待遇」、「行政行為，應以誠實及信用之方法為之」、「行政機關就該管行政程序，應於當事人有利及不利之情形，一併注意」，行政程序法第 4、5、6、8、9 條分別定有明文。依上開所述，本案被告製造生產之「保力胺-S」及「保力胺-SP」之【鳳

梨酵素】在中華藥典及其他各國（藥典或藥品集），均未經衛生署依藥事法第6條規定公告為「藥品」，則衛生署分別於84年6月16日衛署藥字第84024620號函（調查卷第36頁）、84年12月1日衛署藥字第84070862號函（原審卷一第51頁）、85年2月16日衛署藥字第85010927號函（原審卷一第72頁）、85年5月23日衛署藥字第85019839號（原審卷二第19頁）、86年10月23日衛署藥字第86048319號（本院上訴審卷一第268頁）、87年2月21日衛署藥字第87004255號（本院上訴審卷二第1頁以下）、87年5月8日衛署藥字第87014386號函（本院更一審卷二第158頁）、87年5月12日衛署藥字第7016965號函（本院上訴卷二第236頁）、87年5月29日衛署藥字第87026785號函（本院上訴卷二第184頁）、88年11月9日衛署藥字第88068358號函（本院更一審卷第138頁）、90年9月26日衛署藥字第900057807號函（本院更一審卷一第137頁）、90年11月6日衛署食字第0900066447號函（本院更審卷一第146頁）、90年12月4日衛署藥字第0900067669號函（本院更一審卷一第196頁）、91年1月3日0900078191號函（本院更一審卷一第241頁）、96年6月20日衛署藥字第0960020948號函等，認上訴人所製造之「保力胺-S」、「保力胺-SP」酵素宣稱可消炎抗菌、治療胃潰瘍、高血壓等醫療效能，故依藥事法第6條之規定應列屬藥品管理，符合藥事法第6條規定之偽藥定義云云。惟按「非本法所稱之藥物，不得為醫療效能之標示或宣傳」藥事法第69條定有明文，違反之者，應依同法第91條處以新台幣60萬元以上2500萬元以下罰鍰」，是被告所製造含有鳳梨酵素之「保力胺-S」及「保力胺- SP」，雖在產品說明書上宣稱有醫療效能者，乃係違反藥事法第69條之規定，而應處以行政罰鍰，不得因在產品說明書上宣稱有醫療效能，而將非藥品之「保力胺-S」、「保力胺-SP」，反推論為藥品；是依本段首揭之說明，衛生署上開函文之認定，即非允洽，本院不予採用。綜上，被告所製造含有鳳梨酵素之「保力胺-S」及「保力胺-SP」並非屬藥事法第6條規定之藥品，則被告之製造行為

，尚非製造「偽藥」，洵可認定。

五、被告雖辯稱：盧正光所經營之保力胺公司係向被告經營之立胺公司購買「保力胺-S」等，係屬買斷之性質，保力胺公司如何行銷販賣與伊無涉，並提出其與保力胺公司所簽訂之備忘錄（附於原審卷一第 66-67 頁，按其內容要旨：行銷行為產生之任何問題，概由盧正光負責，與陳明和無關等語）。證人盧正光於本院更一審時到庭證稱：「我當時有與被告談，有備忘錄的，那時是被告的東西由伊銷售的」（詳本院更一審卷一第 226 頁）；另見證人汪渡村亦證稱：備忘錄係被告與盧正光二人充分了解後親自簽署等語（見原審卷二第 73 頁），主張其與盧正光間無犯意聯絡及行為分擔云云。然查被告與盧正光於 84 年 9 月 5 日甫經調查站查獲之際，均未提及有上開備忘錄之情事，有 2 人於調查站之供述暨扣案之財務報告表、銷貨簿、行銷資料、營運資料、客戶付款憑證、出貨單、存提款資料、支票收支簿、標籤、保力胺-S 裝袋、保力胺包裝盒等可憑（見調查卷第 4-12 頁、第 16-20 頁）。再歷經檢察官偵查後，於 84 年 12 月底提起公訴，被告始於案發 6 月後之 85 年 2 月 16 日具狀向原審陳稱有該備忘錄之存在，已有可疑。雖證人汪渡村於原審證稱：伊從小便認識被告，盧正光只見過一次，在被告家，被告與盧某有立一備忘錄，上面見證人之簽名係為親自簽署，他從事行銷，但不想有商業性質，所以向伊請教，他們 2 人立此一備忘錄係在一完全合意之狀況下為之，充分了解契約內容云云（詳原審卷二第 73 頁）。惟查該備忘錄之內容雖記載略以：「⑴如因行銷行為產生任何問題，概由盧先生負責與本人無涉，本人不過問行銷事宜……。⑷本產品之品質絕佳，消費者自有佳評，故不宜有誇大不實之廣告及療效宣傳，以免間接破壞本產品之名譽……（時間載明）中華民國 82 年 10 月 30 日」等情。然查與被告上揭於偵查中所陳：於 82 年 10 月正式包裝，我們 2 公司合作，我公司生產，他公司來販賣，我提供給盧正光飼料用之批號等情（詳偵一卷第 41 頁），已有合作銷售之情不甚相符，且衡諸上開備忘錄之性質係相當於契約之性質，自應在雙方合作之前，即已合意，豈有先製作後再談判違反常情之

理？即製造者已從事包裝之後，始於當月底簽訂備忘錄之理？且被告之所以與盧正光合作，係因 82 年 5 月間經過其妹陳姵玲介紹盧正光，願將「保力胺-S」推廣為供人食用牟利，並將產品售予盧正光，盧某要求被告重新更改產品包裝，在包裝背面強調改善體質、淨化血液、細胞新生、抗菌消炎、抗瘤、抗癌、蛋白分解及誘導藥效，更可快速減肥、根治胃潰瘍、高血壓、風溼、痛風、便秘及腹瀉等醫療效能，以誘使客戶購買食用等情（詳調查站卷第 7 頁），「產品包裝袋是他們公司弄好，寄來我們將產品裝進去，再送給他們經銷。只有飼料用的保力胺-S 有經許可而已」、「原始之包裝是盧正光印好的」（詳偵一卷第 35 頁、第 36 頁、第 67 頁），足見雙方事前已同謀牟利，推廣過程中被告亦知悉保力胺公司誇示上開療效，已逾上揭備忘錄之內容，卻從未有何糾正之情，仍容許而包裝後任令盧某等人銷售。被告自陳以 220 元出售予保力胺公司，保力胺公司再以 1365 元出售民眾，卻獲利驚人，盧正光於原審已證實營業額高達 6 億元（詳原審卷一第 89 頁）。與被告於調查站亦自承自盧正光成立保力胺公司迄查獲時，銷售高達 1 億 3 千萬元（每包 220 元，平均每月販賣 5 萬包，每月約 1 千 1 百萬元銷售額），盧正光等自成立保力胺公司迄今（指查獲時）共銷售 6 億餘元等情大致相符（詳調查站卷第 9 頁，被告嗣於本院更審審理時改口陳稱伊共賺 4 千萬元，盧正光等賣 10 億元，約賺 1、2 億元云云，但仍以甫查獲之際因無其他干擾及利益衡量之所述較為正確而屬可採）。足見被告與盧正光間就貨品如何販賣、買斷，是否彼等間有備忘錄等情，均無法排除渠等就本件被告所製造含有鳳梨酵素之「保力胺-S」及「保力胺-SP」並販賣之犯行間，有事前同謀、事後均霑，蒙獲販賣厚利之犯意聯絡及行為分擔之情形，上揭被告所辯，無非事後諉責之詞，不足採取。

六、綜上所述，被告上開辯解，顯係卸責之詞，均不足取，本案事證已臻明確，其犯行洵堪認定，應依法論罪科刑。

七、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，現行刑法

第 2 條第 1 項定有明文。此為刑法第 2 條第 1 項揭示之法律變更從舊從輕原則，規範目的在於避免惡化行為人法律地位，致其受行為時無法預見之刑罰處罰，故該條文「法律」之解釋限於「刑罰法律」（司法院大法官釋字第 103 號解釋、最高法院 51 年台非字第 76 號判例參照），循此意旨，則該條文之「變更」當限於「影響整體刑罰權規範內容利或不利」之變更，始合其規範目的。被告行為後，刑法已於 94 年 2 月 2 日修正公布，並於 95 年 7 月 1 日施行，又參酌最高法院 95 年第 8 次刑事庭會議決議，現行刑法第 2 條第 1 項之規定，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法，於新刑法施行後，應適用新刑法第 2 條第 1 項之規定，本於統一性及整體性原則，綜其全部罪刑之結果，為「從舊從輕」之比較。本案關於新舊法比較及法律之適用，分述如下：

㈠查被告行為後刑法施行法於 95 年 6 月 14 日修正公布增訂第 1 條之 1，並自同年 7 月 1 日起施行。該條規定：刑法分則編所定罰金之貨幣單位為新台幣。且 94 年 1 月 7 日刑法修正時，刑法分則編未修正之條文定有罰金者，自 94 年 1 月 7 日刑法修正施行後，就其所定數額提高 30 倍；及又刑法第 33 條第 5 款關於「罰金：1 元以上」之規定，修正公布為「罰金：新臺幣 1 千元以上，以百元計算之」，刑罰法定本刑中列有罰金刑者，其法定最低度罰金刑因之提高，涉及科刑規範變更，自有新舊法比較必要（見臺灣高等法院暨所屬法院 95 年法律座談會刑事類提案第一號結論）。刑法第 212 條、255 條、第 339 條均有科罰金之明文，但無罰金最低額之規定，經比較上述修正前、後之規定，以修正前即行為時之法律較有利於被告。

㈡查被告等行為時修正施行前刑法第 28 條規定：「二人以上共同實施犯罪之行為者，皆為正犯」，而修正後同條文係將「實施」修正為「實行」，考之修正條文立法理由說明，已將參與犯罪之「陰謀」或「預備」階段者排除於共同正犯範圍，修正後刑法第 28 條之規定已較修正前之規定限縮共同正犯成立之範圍，顯屬法律變更，自有依刑法第 2 條第 1 項之規定比較再決定適用新法或舊法之必要。

㈢刑法第 55 條牽連犯、第 56 條連續犯之規定，業於 94 年 1 月 7 日修正公布刪除，並於 95 年 7 月 1 日施行，則被告之犯行，因行為後新法業已刪除牽連犯、連續犯之規定，此刪除雖非犯罪構成要件之變更，但顯已影響行為人刑罰之法律效果，自屬法律有變更，如無牽連犯、連續犯之適用，則上開所涉各罪均以加法相加累計，結果自遠超過從一重處斷或以一罪論之法律效果。是依新法第 2 條第 1 項規定，比較新舊法結果，自仍應適用較有利於被告之行為時法律即舊法論以牽連犯、連續犯。

㈣依最高法院 24 年上字第 4634 號判例意旨所示，應綜其全部罪刑之結果，為「從舊從輕」之比較，再適用有利於行為人之法律處斷。本案依上開判例之意旨，綜其全部罪刑之結果，應依刑法第 2 條第 1 項但書以適用 94 年 2 月 2 日修正公布前刑法之規定論斷為較有利於被告之規定論斷。

八、查台灣省農林廳核准之「台灣省農畜飼製字第 16632 號」字號，乃屬一般禽畜飼料用添加物，並非核准供人體服食用之添加物核准登記證號，詎被告竟將原飼料用包裝上之雞、豬圖樣及「飼料用」字樣去除，且將前揭核准字號之【畜飼】二字省略，而於販售之包裝上僅列印「台省農製字 16632 號」，並於包裝後交由盧正光等人販賣，以健康食品名義利用多層次傳銷方式，販售供人服用牟利，其所列製「台省農製字 16632 號」之行為，該當於刑法第 216 條、第 220 條、第 212 條行使偽造特種文書罪，同法第 255 條第 1 項意圖欺騙他人，而就商品之品質，為虛偽之標記罪，及同法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪。檢察官起訴書固僅列刑法第 339 條第 1 項之罪名，漏未列刑法第 216 條、第 220 條、第 212 條行使偽造特種文書罪，及刑法第 255 條第 1 項意圖欺騙他人，而就商品之品質，為虛偽之標記罪，但已於起訴之事實敘明該情節，僅漏未載明觸犯之相關法條，法院自應一併審究，無變更起訴法條之必要，爰併敘明。被告先後多次犯行，反覆實施而犯同一罪名，顯均係基於概括之犯意反覆為之，應依修正前刑法第 56 條規定以連續犯分別論以一罪，並加重其刑。又被告所犯上開 3 罪間，具有方法目的之牽連關係，應依修正前刑法第

55 條牽連犯規定從一重之詐欺取財罪處斷。又被告與盧正光、陳姵玲、江兆鶴等人間，就販賣「保力胺-S」及「保力胺-SP」牟取暴利間均具有犯意聯絡及行為分擔，皆為共同正犯。

九、原審以被告罪證明確，予以論罪科刑，固非無見，惟查：⑴被告所為並未涉犯藥事法之製造偽藥並販賣罪，原判決誤以為係犯該罪，而予以論罪科刑，即有未當；且未論及與盧正光、陳姵玲、江兆鶴等人間，有犯意聯絡及行為分擔之共同正犯之關係，亦非允洽。⑵被告行為後，刑法已 94 年 2 月 2 日修正公布，並於 95 年 7 月 1 日施行，原判決未及比較新舊法之適用，尚非妥適。⑶被告行為在 96 年 4 月 24 日以前，原判決未及審酌有無依中華民國 96 年罪犯減刑條例予以減刑之必要，尚有未洽。⑷查本案被告係於 82 年 12 月底某日起始連續犯本案之罪，在該日之前尚未犯罪，起訴書載被告係自 82 年 5 月間起犯本案之罪，因查無證據證明被告在 82 年 5 月間起至 82 年 12 月底某日（不包括本案犯罪之始日）前有犯罪之事實，惟公訴人認該時段犯行與本案有罪部分，有連續犯之裁判上一罪關係，自應敘明不另為無罪判決之諭知，但原判決未予敘明，亦非允當。被告上訴意旨，仍執前詞，否認犯罪，雖無理由，惟原判決既有上開可議之處，即屬無可維持，應由本院將原判決撤銷改判，以期適法。爰審酌被告為牟暴利，竟以原台灣省農林廳核准之「台灣省農畜飼製字第 16632 號」字號，係供一般禽畜飼料用添加物，並非核准供人體服食用之添加物核准登記證號，而將原飼料用包裝上之雞、豬圖樣及「飼料用」字樣去除，且將前揭核准字號之【畜飼】二字省略，而於販售之包裝上僅列印「台省農製字 16632 號」，並於包裝後交由盧正光等人販賣，以健康食品名義利用多層次傳銷方式，販售供人服用，及其犯罪之動機、目的、所生危害，所得利益甚鉅及犯罪後仍砌詞否認之態度等一切情狀，量處有期徒刑 1 年 6 月。又被告犯罪時間在 96 年 4 月 24 日之前，合於減刑條件，應依中華民國 96 年罪犯減刑條例第 2 條第 1 項第 3 款，減為有期徒刑 9 月。末查扣案如附表所示之物，固得作為本案之證據，但均非違禁物，且其中如附表編

號四所示之物，係被告供製造鳳梨酵素之機器及器材，並非專供犯罪所用之物，且為立胺酵素股份有限公司所為，非被告所有，爰均不為沒收宣示，附此敘明。

十、不另為無罪諭知部分：

㈠公訴人認：⑴被告所為並涉犯藥事法第 82 條第 1 項、第 83 條第 1 項之罪，且與本案經認定為有罪部分，有方法結果之牽連關係云云。⑵被告連續犯本案之犯罪時間自 82 年 5 月間起云云。

㈡本院查，被告所製造含有鳳梨酵素之「保力胺-S」及「保力胺-SP」並非屬藥事法規定之偽藥，已如前述，則被告並未涉犯藥事法第 82 條第 1 項、第 83 條第 1 項之罪嫌，原應對被告判決無罪，惟公訴人認與本案有罪部分，有裁判上一罪之關係，爰不另為無罪判決之諭知。次查，本案被告係於 82 年 12 月底某日起始連續犯本案之罪，在該日之前尚未犯罪，起訴書載被告係自 82 年 5 月間起犯本案之罪，因查無證據證明被告在 82 年 5 月間起至 82 年 12 月底某日（不包括本案犯罪之始日）前有犯罪之事實，原應就此部分對被告判決無罪，惟公訴人認此部分與本案認定有罪部分，有連續犯之裁判上一罪關係，爰不另為無罪判決之諭知，併此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第 369 條第 1 項前段、第 364 條、第 299 條第 1 項前段，刑法第 2 條第 1 項、刑法第 339 條第 1 項、第 255 條第 1 項、第 216 條、第 220 條、第 212 條，修正前刑法第 28 條、第 55 條、第 56 條，中華民國 96 年罪犯減刑條例第 2 條第 1 項第 3 款、第 7 條，判決如主文。

本案經檢察官林炎昇到庭執行職務。

中　華　民　國　99　年　7　月　27　日

刑事第一庭　審判長法　官　茆臺雲

法　官　蔡長林

法　官　王明宏

以上正本證明與原本無異。

檢察官如不服本判決應於收受本判決後十日內向本院提出上訴書，其未敘述上訴理由者並得於提起上訴後十日內向本院補提理由

書。

被告不得上訴。

書記官　黃全忠

中　華　民　國　99　年　7　月　27　日

附錄本判決論罪科刑法條：

中華民國刑法第 339 條第 1 項：

意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處 5 年以下有期徒刑、拘役或科或併科 1 千元以下罰金。

附表：

一、研究說明書壹份（標題為利用鳳梨廢棄物為原料生產鳳梨莖酵素之研究）。

二、保力胺-S 壹公斤裝壹包、保力胺-SP 貳佰公克壹佰貳拾包、保力胺-S 貳佰公克伍包、保力胺-SP 無包裝壹包、保力胺-S 驗後含袋重貳佰壹肆公克壹包。

三、保力胺-SP 包裝紙盒伍拾個、保力胺-S 包裝袋壹佰個、標籤印有立胺酵素股份有限公司之字樣陸張、標籤印有製造廠商立胺酵素股份有限公司：台南縣〇〇鄉〇〇村〇街 14 號叁張、支票收支簿貳冊、出貨單拾肆冊、客戶付款憑證叁冊、營運資料肆冊、行銷資料貳冊及保力胺-S（上載有生命健康的泉源）書刊壹冊。

四、製造保力胺-S、保力胺-SP 所用之機器及器材（詳調查卷第 54-56 頁所示之照片）。

資料來源：臺灣高等法院臺南分院民、刑事裁判書彙編（99 年版）全一冊第 221-242 頁