

臺灣高等法院刑事判決

113年度上訴字第1921號

上訴人

即被告 林清展

選任辯護人 林仕訪律師

林育靖律師（已解除委任）

葉禮榕律師（已解除委任）

上列上訴人因違反藥事法案件，不服臺灣新竹地方法院111年度  
訴字第854號，中華民國113年3月7日第一審判決（起訴案號：臺  
灣新竹地方檢察署111年度偵字第2776號），提起上訴，本院判  
決如下：

主 文

原判決撤銷。

林清展犯藥事法第八十二條第一項之製造偽藥罪，處有期徒刑肆  
月。

未扣案如附表所示之偽藥均沒收，於全部或一部不能沒收或不宜  
執行沒收時，追徵其價額；未扣案犯罪所得新臺幣壹仟肆佰元追  
徵之。

事 實

一、林清展係位於新竹縣○○鄉○○街0巷0號「小林藥局」之負  
責人兼藥劑生，負責綜理藥局各項業務，明知依藥事法第39  
條等規定，製造藥品應向中央衛生主管機關衛生福利部（下  
稱衛福部）食品藥物管理署（下稱食藥署）申請查驗登記，  
經核准發給藥品許可證後始得為之，未經核准而製造之藥品  
即屬藥事法第20條第1款規範之偽藥，縱具有藥師或藥劑生  
資格，仍須依藥事法第37條及第50條規定，由醫師開立處方  
並依一定作業程序及中央主管機關規定準則為之，竟基於製  
造偽藥販售牟利之犯意，在向人人製造、井田製藥、中國化  
學製藥廠、元福製藥、福元製藥、正和製藥等藥廠購入多種

01 類具衛生福利部核可字號之指示用藥後，於民國104年1月起  
02 至109年11月14日間之某時，未經食藥署核准，擅自以如附  
03 表編號1至4所示之成分混合製造成偽藥後，分別取名為「小  
04 林消腫藥膏」、「小林藥局（濕疹、汗斑、尿布疹、頑  
05 癬、香港腳）」、「痔瘡用藥」、「小林藥局乾皮外傷藥  
06 膏」並將之包裝及貼上標籤後置於小林藥局店內。復於109  
07 年11月14日，因李敏隆以電話向林清展表示欲購買如附表編  
08 號2所示之物2罐，並匯款新臺幣（下同）1,400元至林清展  
09 所申設之郵局帳號00000000000000號帳戶（下稱郵局帳戶）  
10 後，林清展遂將如附表編號2所示之物2罐寄予李敏隆而完成  
11 交易。嗣經法務部調查局新竹縣調查站（下稱新竹縣調查  
12 站）於110年8月4日會同新竹縣政府衛生局（下稱新竹縣衛  
13 生局）至現場稽查，將如附表所示之物送驗後而悉上情。

14 二、案經新竹縣調查站報告臺灣新竹地方檢察署（下稱新竹地檢  
15 署）檢察官偵查起訴。

16 理 由

17 壹、程序部分：

18 一、本判決所引用被告以外之人於審判外之陳述以及其他書面陳  
19 述，雖均屬傳聞證據，惟當事人於本院就證據能力部分均表  
20 示無意見而不予爭執（見本院卷第51至55頁、第103頁、第1  
21 28至131頁），並迄至言詞辯論終結前，當事人知悉有刑事  
22 訴訟法第159條第1項不得為證據之情形，猶未再聲明異議，  
23 本院審酌該等證據資料製作時之情況，並無違法不當及證明  
24 力明顯過低之瑕疵，且與本案待證事實具有關聯性，認為以  
25 之作為證據，應屬適當，依刑事訴訟法第159條之5規定，認  
26 均有證據能力。

27 二、本判決所引用之非供述證據，無傳聞法則之適用，並因均與  
28 本案待證事實具有關聯性，且查無證據證明係實施刑事訴訟  
29 程序之公務員違背法定程序所取得，亦無刑事訴訟法第159  
30 條之4顯有不可信之情況與不得作為證據之情形，復經本院  
31 依法踐行調查證據程序，認均有證據能力，而得採為判決之

01 基礎。

02 貳、實體部分：

03 一、認定犯罪事實所憑之證據及理由：

04 訊據上訴人即被告林清展固坦承其為小林藥局之負責人兼藥  
05 劑生，且有於如事實欄一所示之時、地，向如事實欄一所示  
06 之藥廠購入具衛生福利部核可字號之指示用藥後，擅自以如  
07 附表編號1至3所示之成分混合，分別取名為如附表「藥品名  
08 稱」欄所示之藥品，將之包裝及貼上標籤後置於小林藥局  
09 內，而對外販賣之事實，惟矢口否認將如附表編號4所示藥  
10 品之混合行為，且有何明知為偽藥而製造及販賣偽藥之犯  
11 行，辯稱：如附表編號1至3「藥品名稱」所示之藥品均係依  
12 中華藥典及國民處方選集所調劑出來，由藥廠製造出來後我  
13 再去調劑，我是依據藥事法第50條、藥師法第20條依法調  
14 劑，我有3份證照，不用醫生處方即可調劑；如附表編號4所  
15 示藥品，我只有進行分裝云云；其選任辯護人則以：被告僅  
16 係將成藥混合，行為至多屬於調劑，未涉及製造，應屬行政  
17 罰，又如附表所示之藥品均係指示用藥而非處方用藥，被告  
18 才會認為無需處方箋也可混合調劑，違規調劑並非製造等  
19 語。經查：

- 20 (一)被告有於如事實欄一所示之時、地，向如事實欄一所示之各  
21 該藥廠購入數項藥品後將之混合製造成如附表編號1至3「藥  
22 品名稱」欄所示之物，將之包裝及貼上標籤後置於小林藥局  
23 店內，並於如事實欄一所示之時間，經李敏隆匯款1,400元  
24 至其郵局帳戶後，將2罐如附表編號2所示之物售予李敏隆等  
25 情，固為被告所不否認（見本院卷第50頁、第135至137  
26 頁），核與證人即購買者李敏隆、被告配偶李玉貞於調詢分  
27 別證述明確（見新竹地檢署111年度偵字第2776號卷【下稱  
28 偵卷】第21至24頁、第39至42頁），復有110年8月4日新竹  
29 縣調查站會同新竹縣衛生局人員稽查藥品照片、同日新竹縣  
30 調查站會同新竹縣衛生局人員稽查藥品清冊、小林藥局販售  
31 之偽藥一覽表、小林藥局販售偽藥、製作藥品方式、成分一

覽表、衛福部112年10月2日衛部醫字第1121668714號函等件在卷可佐（見偵卷第8至12頁、第55至56頁、第61頁，原審卷第47至48頁），又如附表編號1至4所示之物經送驗後，分別檢出如「鑑驗結果欄」所示之化學成分，亦有食藥署110年11月11日FDA研字第1106024216號函檢附之檢驗報告書、送驗檢體清單在卷可稽（見偵卷第57至60頁），此部分事實，首堪認定。

(二)至被告雖辯稱如附表編號4所示之小林藥局乾皮外傷藥膏，其僅有進行分裝云云，然其於調詢先稱：如附表編號4是用人生製藥廠的膚寧藥膏與榮民製藥灼膚生藥膏共同調劑等語（見偵卷第4至6頁）；復於偵訊再稱：編號2、3、4是我用幾種藥品組合調劑的等語（見偵卷第73頁）；再於本院則改稱：乾皮外傷藥膏原本是要調給我母親用的，因為她中風，要用在我母親褥瘡之部位，但我沒有調，她就拿去了，調的比例是1比1等語（見本院卷第136至137頁），是其陳述已前後不一，另參以如附表編號4所示之小林藥局乾皮外傷藥膏，經鑑驗後檢出內含Sulfanilamide、Sulfadiazine成分（見偵卷第59頁），除與被告於本院所稱2種藥品調製比例為1比1等語相符（見本院卷第137頁）外，亦與被告所提出之近江兄弟膚寧軟膏、灼膚星乳膏仿單所載之主成分相符（近江兄弟膚寧軟膏則為Sulfanilamide，灼膚星乳膏為Sulfadiazine，見原審卷第77至79頁），顯見如附表編號4所示之「小林藥局乾皮外傷藥膏」並非合法藥廠之單一藥品之成分內容，而是混有單一藥品仿單外之其他成分，則其否認有製造編號4之藥膏，辯稱僅為分裝云云，尚不足採。是被告確有於如事實欄一所示之時、地，向如事實欄一所示之各該藥廠購入數項藥品後將之混合製造成如附表編號1至4「藥品名稱」欄所示之物並對外販售等情，應堪認定。

(三)按產品是否屬藥品，主要依據藥事法第6條之規定，經參酌各產品之處方、成分、含量、用法用量、用途／作用／效能說明，上市品之包裝（外盒、標籤、說明書）等中英文詳細

01 資料據以憑核，非僅依成分憑判。而藥事法第6條明定：  
02 「本法所稱藥品，係指左列各款之一之原料藥及製劑：一、  
03 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、  
04 公定之國家處方集，或各該補充典籍之藥品。二、未載於前  
05 款，但使用於診斷、治療、減輕或預防人類疾病之藥品。  
06 三、其他足以影響人類身體結構及生理機能之藥品。四、用  
07 以配製前三款所列之藥品」，可知藥事法關於藥品之認定，  
08 確實並非僅以成分列舉方式為唯一認定基準，是舉凡經主管  
09 機關認定足以影響身體結構及生理機能之物，即屬藥品。又  
10 藥事法所稱偽藥，依同法第20條規定，係指藥品經稽查或檢  
11 驗有未經核准，擅自製造、所含有效成分之名稱，與核准不  
12 符、將他人產品抽換或摻雜、塗改或更換有效期間之標示等  
13 其中之一者，並非以藥物之名稱、種類，作為規範「偽藥」  
14 的要件。依上說明，倘產品經主管機關認定足以影響身體結  
15 構及生理機能，該產品即為藥事法所指之藥品，又倘該藥品  
16 有同法第20條所指之情形，即為偽藥，合先敘明。

17 (四)查被告於如事實欄一所示之時、地，向如事實欄一所示之各  
18 該藥廠購入數項藥品後將之混合製造成如附表編號1至4「藥  
19 品名稱」欄所示之物等情，業經本院認定如前，又經本院就  
20 如附表編號1至4所示「藥品名稱」欄所示之屬性函詢食藥  
21 署，經該署函復略以：「二、小林消腫藥膏…，該品經檢出  
22 含Guaiacol等成分，宣稱【消腫、消黑青、瘀血】等效能，  
23 該品應以藥品列管；三、小林藥局（濕疹、汗斑、尿布疹、  
24 頑癬、香港腳）…，該等產品經檢出含Chlorpheniramine、  
25 Clobetasol propionate、Econazole、Lidocaine、Methyl  
26 salicylate、Triamcinolone acetonide等成分，宣稱【濕  
27 疹、汗斑、尿布疹、頑癬、香港腳】等效能，該等產品應以  
28 藥品列管；四、痔瘡用藥…，該品經檢出含Methyl salicyl  
29 ate、Nitrofurazone、Phenylephrine、Tetracaine等成  
30 分，宣稱【痔瘡】等效能，該品應以藥品列管；五、小林藥  
31 局乾皮外傷藥膏…，該品經檢出含Sulfanilamide、Sulfadi

01 azine等成分，宣稱【乾皮外傷藥膏】等效能，該品應以藥  
02 品列管」等情，有食藥署113年11月26日FDA藥字第11300324  
03 99號函附卷可參（見本院卷第181至182頁），是如附表編號  
04 1至4所示物，既已指名係用以治療疾病，且經食藥署認定足  
05 以影響身體結構及生理機能，自屬藥品，均應以藥品管理等  
06 情，應堪認定。而被告係小林藥局之藥劑生兼負責人，其在  
07 未取得主管機關藥物製造許可，並在無醫師處方，且非依中  
08 華藥典或國民處方選輯處方調劑之相關基準方或資料之前提  
09 下，自行混合不同藥廠之藥品，而有關各該藥品原始成分劑  
10 量之增減、混合後之劑型、效用高低、副作用為何、摻雜混  
11 合後有無危害人體、使用期限為何、混合過程有無受到污染  
12 等等，無一明確之情況下，擅自組合未經實驗研究、臨床試  
13 驗並經主管機關准許之藥物並對外販售，其行為自屬製造、  
14 販賣偽藥無訛。

15 (五)被告所辯不可採之說明：

16 1.被告辯稱其係依中華藥典調劑部分：

17 被告雖辯稱如附表編號2所示2種藥品，其中強力施美藥膏成  
18 分「Chlorpheniramine Melate」（氯菲安明縮蘋酸鹽）、  
19 「Lidocaine Hydrochloride」（利度卡因鹽酸鹽）、「Met  
20 hyl salicylate」（水楊酸甲酯）、「menthol」（薄荷  
21 腦）、「Camphor」（樟腦），井田癒黴乳膏成分「Econazo  
22 le Nitrate」（衣可那唑硝酸鹽）、「Triamcinolone Acet  
23 onide」；如附表編號3所示2種藥品，其中強力施美藥膏成  
24 分（成分如前），紐約痔瘡膏成分「Phenylephrine」（去  
25 甲羥麻黃鹼鹽酸鹽）、「Tetracaine」（丁卡因鹽酸鹽）、  
26 「Nitrofurazone」（硝基呋喃脞），上開藥品內含成分均  
27 載於中華藥典中，並提出相關中華藥典內文、藥品仿單（見  
28 偵卷第121至122頁、第138至150頁），惟觀諸被告所提出之  
29 內容，僅有中華藥典中某些單一藥名或化學物質的性狀、鑑  
30 別、及雜質、不純物限量、一般檢查及其他規定、含量測  
31 定、包裝與儲存之部分內文，而被告卻完全未能說明是以何

01 標準、何比例、何含量、何狀態下而能混合成編號2、3所示  
02 之物之相關依據，亦無法提出任何支持被告得以將其所稱之  
03 井田癒癩乳膏、強力施美藥膏混合出「小林藥局（濕疹、  
04 汗斑、尿布疹、頑癬、香港腳）」藥膏，及以強力施美藥  
05 膏、紐約痔瘡膏混合出「痔瘡用藥」之中華藥典之說明或相  
06 關基準方，遑論合法藥廠所製造藥品之仿單上詳細記載著有  
07 效成分及含量、賦型劑、及各類應注意事項、副作用、誤用  
08 等情狀及處理，以確保藥廠在漫長實驗、各項藥理評估等製  
09 程後發揮最高質量的藥效特性；更遑論中華藥典就上開藥品  
10 詳細記載著其化學式、溶解度、比重、蒸餾範圍及其他化學  
11 反應應注意事項，而本案被告提不出任何基準方，僅單憑某  
12 藥品有記載在中華藥典中，或於本院審理時泛稱：「製造如  
13 附表所示各該藥膏之比例及成分，是在醫院學習就知道的，  
14 如小林消腫藥膏是1比10、小林藥局（濕疹、汗斑、尿布  
15 疹、頑癬、香港腳）是1比1、痔瘡用藥是3比1、小林藥局乾  
16 皮外傷藥膏是1比1」等語（見本院卷第136至137頁），即認  
17 為其有權任意地將其混合成他物、脫離原藥品之樣貌而無任  
18 何潛在風險，此為藥師、藥劑生調劑權之說法，令人難以採  
19 信。

20 2.被告復辯稱其行為屬調劑，而非製造，其行為縱有違反，亦  
21 僅成立藥事法第92條第1項規定之行政罰部分：

22 (1)按藥師應親自主持其所經營之藥局業務，受理醫師處方或依  
23 中華藥典、國民處方選輯之處方調劑，藥師法第20條定有明  
24 文。次按藥事法第50條規定：「須由醫師處方之藥品，非經  
25 醫師處方，不得調劑供應。但左列各款情形不在此限：一、  
26 同業藥商之批發、販賣。二、醫院、診所及機關、團體、學  
27 校之醫療機構或檢驗及學術研究機構之購買。三、依中華藥  
28 典、國民處方選輯處方之調劑。前項須經醫師處方之藥品，  
29 由中央衛生主管機關就中、西藥品分別定之。」違反上開第  
30 1項規定者，依同法第92條第1項，處3萬元以上2百萬元以下  
31 罰鍰。又藥事法第50條第1項規定所謂「須由醫師處方之藥

01 品」，亦應與同法第8條第2項之「醫師處方藥品」為相同解  
02 釋，係指經中央衛生主管機關審定，在藥品許可證上，載明  
03 須由醫師處方或限由醫師使用者而言。故藥事法第50條第1  
04 項規定之「藥品」係指已經取得藥品許可證，且載明須由醫  
05 師處方或限由醫師使用之藥品。藥事法第8條第2項規定製劑  
06 （依同條第1項規定：本法所稱製劑，係指以原料藥經加工  
07 調製，製成一定劑型及劑量之藥品。）分為醫師處方藥品、  
08 醫師藥師藥劑生指示藥品、成藥及固有成方製劑。亦即不同  
09 藥品，係醫師處方藥品，或係醫師藥師藥劑生指示藥品，有  
10 不同之區別。故藥事法第92條第1項規定違反同法第50條第1  
11 項規定者，係指經中央衛生主管機關審定，在藥品許可證  
12 上，載明須由醫師處方或限由醫師使用之藥品，除有該條第  
13 1項但書所列之3款情形外，未經醫師處方，而為調劑供應而  
14 言。至於藥事法第50條第1項但書所列之3款情形，既為法律  
15 所允許，自非同法第92條第1項行政罰規範之對象，亦即已  
16 將其排除在外。故行為人若為藥事法第50條第1項但書第3款  
17 之調劑行為，但非「依中華藥典、國民處方選輯處方之調  
18 劑」時，因同條第1項但書已將第3款情形，排除在行政罰  
19 外，且未依中華藥典、國民處方選輯，自行調劑藥物，對國  
20 民健康之危害甚大，與藥事法第50條第1項前段之藥品，已  
21 經取得藥品許可證，且藥品上載明須由醫師處方或限由醫師  
22 使用，然未經醫師處方而為調劑供應之情形，不能等同論之  
23 ，後者之危害相對較輕。因此，不能因其行為不合同條第  
24 1項但書第3款之要件，即可視同違反同條第1項前段規定，  
25 而適用同法第92條第1項之行政罰（最高法院110年度台上字  
26 第5351號判決意旨參照）。

- 27 (2)查被告係小林藥局之藥劑生兼負責人，其雖提出3份證照  
28 （即小林藥局營利事業登記證、藥局執照、中華民國藥劑生  
29 公會全國聯合會所發給執業執照，見原審卷第99至103  
30 頁），然其並未領有製造業藥商許可證照等情，應堪認定。  
31 又其未依「中華藥典或國民處方選輯處方之調劑」之方式，

01 自行將附表所示之成分混合後製造成附表編號1至4所示之藥  
02 品，且其宣稱具有治療疾病之療效，經食藥署認定應以藥品  
03 管理，業經本院認定如前，則其將如附表所示之成分混合，  
04 並將如附表所示之藥品以罐裝或盒裝方式販售予前來藥局購  
05 買之民眾，商品化分（包）裝標示，自屬製藥事法所規範之  
06 製造及販賣偽藥行為無訛，並不符同法第50條第1項之除外  
07 規定，自亦非係依同法第92條第1項規定之行政罰。

08 (3)被告復辯稱其行為屬調劑，而非製造，其行為縱有違反，僅  
09 成立藥事法第93條第1項規定之行政罰部分：

10 ①按所謂調劑，係指藥事人員自受理處方箋至病患取得藥品  
11 間，所為之處方確認、處方登錄、用藥適當性評估、藥品調  
12 配或調製、再次核對、確認取藥者交付藥品、用藥指導等相  
13 關之行為，藥品優良調劑作業準則（係依藥事法第37條第1  
14 項授權訂定）第3條定有明文。

15 ②查被告並非係依據醫師所開具之處方箋去改變原劑型或配製  
16 新製品，亦非製造業藥商，且無主管機關發給藥品許可證，  
17 其未經核准而擅自混合他人產品之製造偽藥行為，業如前  
18 述，是被告之行為除不符「調劑」之定義外，也與調製、調  
19 配等行為均需以處方箋為依據之要件不符，況除上開規定  
20 外，藥師法第17條規定「藥師調劑，應按照處方，不得錯  
21 誤。」（及第40條規定：依藥事法所定之藥劑生，其資格、  
22 執業、組織及管理辦法，由中央主管機關定之；藥劑生違反  
23 依前項所定辦法者，依各該處罰藥師規定之方式及額度處罰  
24 之），亦規定調劑應按照處方箋，且上節復經衛福部於112  
25 年10月2日以衛部醫字第1121668714號函復本案應依上開規  
26 定認定查處（見原審卷第47至48頁），是被告辯稱其將藥品  
27 進行混合之行為係其具有之調劑權云云，委不足採。

28 (4)辯護人為被告主張如附表所示之藥品均屬指示用藥，非屬藥  
29 事法第50條之規範對象部分：

30 查被告於本案並非單純地販賣單一藥品，而係將數種指示用  
31 藥或成分自行混合且宣稱療效，依前揭說明，即應以藥品管

01 理，是其自須經主管機關核准發給藥品許可證後，始得製  
02 造；若屬調劑，亦須受醫生處方箋或依中華藥典、國民處方  
03 選輯之處方始得為調劑，然被告始終未能提出如附表所示之  
04 藥品，係屬中華藥典或國民處方選輯之相關文獻論述或基準  
05 方之相關事證，是被告之行為自屬製造偽藥，是辯護人此部  
06 分主張，亦非可採。

07 (5)辯護人復為被告主張，倘被告行為屬於製造偽藥，惟被告係  
08 為構成要件具體事實有所誤認，故應阻卻故意，而成立過失  
09 製造偽藥罪部分：

10 ①按刑法構成要件可區分為描述性構成要件及規範性構成要  
11 件，前者僅單純描述，無須價值判斷，如刑法第354條毀損  
12 罪之「物」；後者則須憑藉法律、文化或社會評價予以補  
13 充，如同法第235條第1項散布、販賣猥褻物品罪之「猥  
14 褻」。對於規範性構成要件有所誤認，究應評價為構成要件  
15 錯誤或禁止錯誤（或稱違法性錯誤），應分別情形而定。倘  
16 行為人對於構成要件之具體事實有所誤認，且一般人亦認為  
17 該錯誤可以理解，係屬阻卻故意之構成要件錯誤；如對於具  
18 體事實之認識無誤，但對於該具體事實在法律上之整體評價  
19 有所誤解，則屬禁止錯誤，不影響構成要件故意，但視可否  
20 避免分別阻卻或減輕罪責（最高法院109年度台上字第4086  
21 號判決意旨參照）。次按法律頒布，人民即有知法守法之義  
22 務，因此行為人對於行為是否涉及不法有所懷疑時，負有諮  
23 詢之義務，不可擅自判斷，任作主張，必要時尚須向能夠提  
24 供專業意見之個人（例如律師）或機構（例如法令之主管機  
25 關）查詢，而行為人主張依本條之規定據以免除其刑事責  
26 任，自應就此阻卻責任事由之存在，指出其不知法律有正當  
27 理由而無法避免之情形。至於違法性錯誤尚未達於不可避免  
28 之程度者，其可非難性係低於通常，則僅係得減輕其刑，並  
29 非必減。是否酌減其刑，端視其行為之惡性程度及依一般社  
30 會通念是否皆信為正當者為斷。（最高法院113年度台上字  
31 第2369號判決意旨參照）。

01 ②查被告主觀上對於如附表所示之藥品，係其將數種指示用藥  
02 或成分自行混合且宣稱療效之具體事實並無誤認，僅係認為  
03 其混合藥品之行為係屬「調劑」，而非「製造」，是其主張  
04 自非屬構成要件錯誤之範疇，而屬違法性錯誤，不影響於構  
05 成要件故意，僅於被告有正當理由而無法避免時，免除其刑  
06 事責任；至於非屬無法避免者，則僅得按其情節減輕其刑，  
07 而不得免除其刑責，合先敘明。

08 ③再被告自承專科畢業（見本院卷第211頁），並具有藥劑生  
09 及藥師執照，且自74年起經營小林藥局，此有被告提出之營  
10 利事業登記證附卷可佐（見原審卷第98頁，本院卷第136  
11 頁），是其迄至遭新竹縣調查站會同衛生局於110年8月4日  
12 進行稽查時，已經營小林藥局長達30餘年，足認其具有一定  
13 之教育程度與社會經驗，其理應知悉如附表所售者並非食  
14 品，而皆係藥品，既是藥品，即須經主管機關核准發給藥品  
15 許可證後，始得製造成藥品販賣；若為調劑，則需依照醫生  
16 處方或依中華藥典或國民處方選輯之處方，以求各司其職，  
17 責任與權利分明，則其對於在未取得醫生處方，或未依中華  
18 藥典、國民處方選輯之處方之情形下，自行混合不同藥廠藥  
19 品乙節，是否屬藥事法第20條第1款、第3款之情形，該行為  
20 是否構成同法第82條第1項之製造偽藥行為，當有所認知或  
21 懷疑，而有查證義務，然被告於本案言詞辯論終結前並未提  
22 出其於行為前確有進行查證之相關證據，是其率爾違法製造  
23 如附表所示藥品，自難認有何有正當理由而無法避免之情  
24 事，又依其前開犯行之惡性及犯罪情節，對國民健康之影響  
25 甚大，依一般社會通念，難信為正當，並無刑法第16條但書  
26 酌減其刑規定之適用。是辯護人此部分主張，亦屬無據。

27 (六)從而，被告製造、販賣之如附表所示之物，改變藥品原貌，  
28 又貼上各種病症治療之標籤，核屬藥事法第6條所稱之藥品  
29 無訛，被告非取得許可證，即予製造或混合，顯具有「未經  
30 核准，擅自製造」及「將他人產品摻雜」之情況，當為藥事  
31 法第20條第1項第1款、第3款所明定之「偽藥」無疑。被告

01 在向如事實欄一所示之藥廠購入多種指示用藥後，於104年1  
02 月起至109年11月14日間之某時製造如附表所示之物，將之  
03 包裝及貼上標籤後置小林藥局內，並於109年11月14日以每  
04 罐700元之金額，將如附表編號2所示之物售予李敏隆2罐，  
05 並收取1,400元等製造及販賣偽藥之事證，亦屬明確，犯行  
06 已堪認定，應依法論科

## 07 二、論罪：

08 (一)按藥事法第82條第1項規定之「製造」行為，與同法第83條  
09 第1項規定之「販賣」行為間，本應即屬各別獨立之行為，  
10 就其性質或結果而言，相互間並非當然含有彼此行為之成分  
11 或為其結果，尚難謂其間有吸收關係（最高法院82年度台上  
12 字第2828號、94年度台上字第5368號判決意旨參照）

13 (二)核被告所為，係犯藥事法第82條第1項製造偽藥罪及同法第8  
14 3條第1項之明知為偽藥而販賣罪。

15 (三)被告以一行為同時製造如附表編號1至4所示種類之偽藥，其  
16 結果僅侵害一個社會法益，而觸犯同一罪名，屬單純一罪。

17 (四)被告製造偽藥之目的在於出售牟利，其製造之初即具有販賣  
18 意圖，故先製造、後販賣，行為持續不輟且局部同一，係以  
19 一行為觸犯該2罪名，為想像競合犯，應依刑法第55條規定  
20 從一重之製造偽藥罪處斷。

## 21 三、不另為無罪諭知部分：

22 至起訴書雖認被告係自104年1月起至110年8月間製造如附表  
23 所示之物後，置於小林藥局內陳列，或經由熟識之藥局、醫  
24 師以電話銷售等情。惟查，依目前卷內事證，僅有被告於本  
25 院審理時供稱係自104年1月開始「調劑」等語（見本院卷第  
26 136頁），然並無證據可證明被告製造如附表所示之物之確  
27 切時間；復依新竹縣調查站與衛生局於110年8月4日至現場  
28 稽查結果，亦僅有如附表所示之物經扣案後之照片（見偵卷  
29 第8至11頁），而無起訴書所指有被告將如附表所示之物  
30 「陳列」在小林藥局內之事證；再卷內雖有桃園市政府衛生  
31 局（桃園市衛生局）106年7月3日桃衛藥字第1060047124號

01 函暨附件，然此係關於桃園市衛生局於106年6月26日前往桃  
02 園市桃園區「全安診所」稽查之結果，並扣得「Burn」、「  
03 「Burn2」藥膏等情，有工作稽查紀錄表、案內檢體及相關  
04 照片在卷可參（見偵卷第16至20頁、第46至52頁），而依證  
05 人即全安診所之負責人吳泰德於調詢證稱：「Burn2」藥膏  
06 係我於104年左右向小林藥局所購買等語（見偵卷第13至14  
07 頁），惟依當日所扣得「Burn2」藥膏之外觀係白色瓶身、  
08 淡黃色蓋子、藍色標籤，與如附表所示之物之外觀不同外，  
09 經將該物送食藥署鑑驗之結果，其內含「chloramphenico  
10 1」成分，有食藥署106.08.07FDA研字第1060028915號檢驗  
11 報告書在卷可按（見偵卷第20頁），是該次稽查所扣得之藥  
12 品與如附表所示之物經鑑驗後之成分明顯不同，足認「Burn  
13 2」藥膏與如附表所示之物均非相同；又依證人呂蕙伶、張  
14 春輝分別於調詢證稱其等向小林藥局所購買之藥膏，並非如  
15 附表所示之物，而分別為「外傷藥膏」、「燙傷藥膏」等語  
16 （見偵卷第28頁、第34頁），亦均與如附表所示之物不同，  
17 實難認被告確有將如附表所示之物售予吳泰德（或全安診  
18 所）、呂蕙伶、張春輝等情，再依卷附被告郵局帳戶之歷史  
19 交易明細中（108年2月1日起至109年12月31日止），雖有部  
20 分匯入帳戶款項之「摘要」欄有與藥品相關之記載，如108  
21 年7月22日之「燙燒藥X2」、109年7月31日之「白藥膏周美  
22 慧」、109年10月16日之「莊美娟藥膏」、109年10月22日之  
23 「購買燙傷藥」等（見偵卷第62至66頁反面），然除吳泰  
24 德、李敏隆、呂蕙伶、張春輝曾於調詢進行說明外，其他將  
25 款項匯入被告郵局帳戶之匯款人均未曾調、檢傳喚到案說  
26 明，自無從得知其等匯款至被告郵局帳戶之原因，及其等向  
27 小林藥局所購買之品項是否即為如附表所示之物。綜上，基  
28 於有疑唯利被告原則，依卷內事證僅能證明如附表所示之物  
29 均係被告於104年1月起至109年11月14日間之某時所同時製  
30 造，且其僅曾將如附表2所示之物售予李敏隆1次，是無證據  
31 可證明被告有於其他時間製造、陳列及其他販賣如附表所示

01 之物之事實，原應為無罪之諭知，惟此部分與前開論罪科刑  
02 部分均有事實上一罪之關係，爰不另為無罪之諭知，併此敘  
03 明。

04 四、撤銷原判決之理由：

05 (一)原審以被告犯罪事證明確，予以論罪科刑，固非無見。惟：

- 06 1.被告係於104年1月起至109年11月14日間之某時製造如附表  
07 所示之物，將之包裝及貼上標籤後，將附表編號2所示之  
08 物，於109年11月14日售予李敏隆2罐，並收取1,400元，原  
09 審認被告係自104年1月起至110年8月間之期間從事本案上開  
10 犯行，且另有將如附表所示之物陳列在小林藥局內，及經由  
11 熟識之藥局、醫師銷售等情，即有未恰。
- 12 2.被告之犯罪所得依前開事實認定為1,400元，而原審認定被  
13 告本案犯罪所得係16萬元，亦有未恰。
- 14 3.被告上訴仍執前詞否認犯行，所持辯解均經本院指駁如前，  
15 為無理由，惟原判決既有前開可議之處，自應由本院將原判  
16 決予以撤銷改判。

17 (二)爰以行為人之責任為基礎，審酌被告漠視國家對藥品所設之  
18 禁止規範，未經主管機關核准發給藥品許可證即擅自製造如  
19 附表所示之藥品後販賣，造成國人用藥安全及健康存有潛在  
20 危害，所為甚為不該，應予非難，犯後復否認犯行，態度難  
21 謂良好，惟念及其於本案前並無任何素行，兼衡其犯罪動  
22 機、目的、手段、製造及販賣偽藥之數量、價格及所生危  
23 害、自述之智識程度及家庭經濟狀況（專科畢業，目前開設  
24 藥局為業、月收入約5至8萬元，已婚，無需扶養之對象，見  
25 本院卷第211頁）等一切情狀，量處如主文第2項所示之刑。

26 (三)沒收：

27 1.犯罪所生、所用之物部分：

28 如附表編號1至4所示之偽藥送驗後驗餘之物，為被告所有且  
29 為本件犯罪所生、所用之物，但藥事法第79條第1項「查獲  
30 之偽藥或禁藥，沒入銷燬之。」之規定，係列於藥事法第八  
31 章「稽查及取締」內，而非列於第九章之「罰則」，性質屬

01 行政秩序罰，為行政機關依行政程序科罰之權限，法院自不得  
02 得越權於判決內諭知沒入銷燬，應依刑法第38條第2項規定  
03 宣告沒收。又如附表所示之物經送驗後並未扣押，而係由調  
04 查官返還被告一節，有原審公務電話在卷可佐（見原審卷第  
05 107至111頁），爰依同條第4項規定，於全部或一部不能沒  
06 收或不宜執行沒收時，追徵其價額。至如附表編號3、4所示  
07 因鑑驗耗損之偽藥，既已滅失，爰不另為沒收之諭知，附此  
08 敘明。

## 09 2. 犯罪所得部分：

10 被告於109年11月14日將如附表編號2所示之物售予李敏隆2  
11 罐，並由李敏隆匯款1,400元至其郵局帳戶內等情，業經本  
12 院認定如前，因該犯罪所得並未扣案，且屬金錢，並與帳戶  
13 內其他款項混同而無法原物沒收（最高法院108年度台上字  
14 第3249號判決同此意旨），爰依刑法第38條之1第1項前段、  
15 第3項規定宣告追徵之。

16 據上論斷，應依刑事訴訟法第369條第1項前段、第364條、第299  
17 條第1項前段，判決如主文。

18 本案經檢察官林鳳師提起公訴，檢察官江林達到庭執行職務。

19 中 華 民 國 114 年 3 月 13 日

20 刑事第二庭 審判長法官 遲中慧

21 法官 黎惠萍

22 法官 張少威

23 以上正本證明與原本無異。

24 如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其  
25 未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後20日內向本院補提理由書  
26 （均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

27 書記官 曾鈺馨

28 中 華 民 國 114 年 3 月 13 日

29 附錄：本案論罪科刑法條全文

30 藥事法第82條第1項

01 製造或輸入偽藥或禁藥者，處十年以下有期徒刑，得併科新臺幣  
02 一億元以下罰金。

03 藥事法第83條第1項

04 明知為偽藥或禁藥，而販賣、供應、調劑、運送、寄藏、牙保、  
05 轉讓或意圖販賣而陳列者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣  
06 五千萬元以下罰金。

07 附表：

08

編號	藥品名稱	成分混和製造	原扣案數量	檢體編號	鑑驗結果(食藥署110.11.11 FDA研字第1106024216號檢 驗報告書)
1 (原扣案 編號1)	小林消腫藥膏	Wood Tar + 凡士 林	2盒	00000000 00-000	Guaiacol陽性 (見偵卷第58頁)
2 (原扣案 編號2)	「小林藥局 (濕疹、汗 斑、尿布疹、 頑癬、香港 腳)」	井田癒黴乳膏+ 強力施美藥膏	3瓶	00000000 00-000	Chlorpheniramine、Clobet asol propionate、Econazo le、Lidocaine、Methyl sa licylate、Triamcinolone acetone均陽性
			2瓶	00000000 00-000	(見偵卷第58至59頁)
3 (原扣案 編號4)	痔瘡用藥	強力施美藥膏+ 紐約痔瘡膏	13盒 (驗餘10盒)	00000000 00-000	Methyl salicylate、Nitro furazone、Phenylephrin e、Tetracaine均陽性 (見偵卷第59頁)
4 (原扣案 編號5)	小林藥局乾皮 外傷藥膏	近江兄弟膚寧軟 膏+灼膚星乳膏	3盒 (驗餘1盒)	00000000 00-000	Sulfanilamide、Sulfadiaz ine均陽性 (見偵卷第59頁)