

最高法院刑事判決

114年度台上字第280號

上訴人 臺灣高等檢察署臺南檢察分署檢察官劉榮堂
被告 彭偉耘

上列上訴人因被告違反醫師法等罪案件，不服臺灣高等法院臺南分院中華民國113年10月11日第二審判決（113年度醫上訴字第785號，起訴案號：臺灣嘉義地方檢察署112年度偵字第522、1573號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺南分院。

理 由

一、本件原判決以公訴意旨略以：被告彭偉耘係址設嘉義市○區○○路000號「彭氏正脊」之負責人，明知未取得合法醫師資格，不得執行醫療業務，竟基於非法執行醫療業務之犯意，自民國111年1月起，陸續向址設嘉義縣○○鄉○○村○○路○段000巷0號「晉安製藥股份有限公司」（下稱晉安製藥公司）購買續斷、陳皮、何首烏、白芍、枸杞、桔梗、黃耆等所製成之7種科學中藥（下稱本件7項藥品），再自行以本件7項藥品按比例混和而調製（下稱本件藥粉），將之提供予接受其物理治療之民眾服用。嗣黃健奇於111年7月18日下午4時至5時許，因腰部舊傷復發，前往「彭氏正脊」求診，被告聽完黃健奇述說腰部疼痛等情，並檢視黃健奇腰部附近之身體狀況後，即先請真實姓名不詳之女性助理為黃健奇進行按摩推拿，結束推拿後，被告即將含有上揭藥材成分之本件藥粉交付黃健奇服用，並囑咐黃健奇每天須搭配其所提供之金字塔能量水服用3湯匙，如此即可收促進血液循環及去瘀等療效，以此方式非法執行醫療業務。其後黃健奇返回住處服用本件藥粉後，胃部頓感不適，因此以臉書Messenger向被告詢問，被告向黃健奇宣稱空腹服用其所提供之本件藥

粉，有調理肝膽脾胃之效果，且服用一段時間後胃部不適之
情況即可改善。因認被告涉犯醫師法第28條前段之未取得醫
師資格而擅自執行醫療業務，以及藥事法第82條第1項之製
造偽藥罪、同法第83條第1項之轉讓偽藥罪嫌。惟經審理結
果，認不能證明被告有公訴意旨所指犯行，因而撤銷第一審
之科刑判決，改判諭知被告無罪。固非無見。

二、惟按：

審理事實之法院，對於被告有利及不利之證據，應一律注
意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於職權定其取捨，依
心證而為判斷，但此項判斷職權之運用，仍應受客觀存在之
經驗法則、論理法則所支配，非可任意為之，觀諸刑事訴訟
法第2條第1項、第155條第1項規定即明。並需將取捨證據及
得心證之理由，於判決內詳加說明，且不得將各項證據予以
割裂，分別單獨觀察判斷。又證據雖已調查，但若仍有其他
重要證據或疑點尚未調查釐清，致事實未臻明瞭者，即與未
經調查無異，仍難遽為被告有利或不利之認定。如遽行判
決，難謂無應於審判期日調查之證據未予調查之違法。

又醫師法第28條第1項所稱之醫療行為，係指以治療、矯正
或預防人體疾病、傷害、殘廢或保健為直接目的，所為之診
察、診斷及治療，或基於診察、診斷之結果，以治療為目
的，所為之處方或用藥等行為之全部或一部。又「推拿」依
其性質可區分為：「中醫傷科推拿」，指以治療疾病、矯正
殘缺為目的，經過診察程序，由中醫師於醫療機構所執行之
推拿，應屬醫療行為；「傳統整復推拿」，指以紓解筋骨、
消除疲勞為目的，不經診察程序，由其他人於醫療機構外所
執行之推拿，不屬醫療行為。

再藥事法所規範之藥物，包括藥品及醫療器材。而藥品（含
原料藥及製劑）之範圍，包含：(1)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；(2)未載於前款，但使用於診斷、治療、
減輕或預防人類疾病之藥品；(3)其他足以影響人類身體結構

01 及生理機能之藥品；(4)用以配製前3款所列之藥品，為該法
02 第4條、第6條所明定，不只西藥，中藥同在規範之列。從
03 而，藥事法所規範藥品之範圍，舉凡一切足以影響人類身體
04 結構、生理機能之藥品（含原料藥及製劑）及用以配製該藥
05 品之藥品（含原料藥及製劑）均屬之。又為維護用藥安全及
06 國民健康，藥事法對藥品製造採三重證照之許可管理方式，
07 即藥商應領有藥商許可執照，製造場所需核領得製造許可，
08 所製造之藥品應申請查驗登記領得藥品許可證後，始得為之
09 （見同法第39條及第57條規定）。而藥事法所稱偽藥，係指：
10 (1)未經核准，擅自製造；(2)所含有效成分之名稱，與核准不
11 符；(3)「將他人產品抽換或摻雜」；(4)塗改或更換有效期間
12 之標示。同法第20條定有明文。因此，同法第82條第1項所
13 規範之製造偽藥，係以藥事法所規範之藥品為範圍，此等藥
14 品之製造，或未經核准，或標示不實或將他人產品摻雜等情
15 形。

16 至於藥品之調劑，非依一定作業程序，不得為之；調劑應由
17 藥師為之。但不含麻醉藥品者，得由藥劑生為之；醫院中之
18 藥品之調劑，應由藥師為之；中藥之調劑，除法律另有規定
19 外，應由中醫師監督為之；須由醫師「處方」之藥品，非經
20 醫師處方，不得調劑供應，藥事法第37條、第50條亦有明
21 文。而藥事法所謂「調劑」，係指「藥事人員」自受理處方
22 箋至病患取得藥品間，所為之處方確認、處方登錄、用藥適
23 當性評估、藥品「調配」或「調製」、再次核對、確認取藥
24 者交付藥品、用藥指導等相關之行為；所稱「調配」，係指
25 調劑作業過程中，依處方箋內容選取正確藥品、計數正確數
26 量、書寫藥袋或貼標籤、包裝等過程之行為；所稱「調
27 製」，則係指調劑作業過程中，依醫師所開具之處方箋，改
28 變原劑型或配製新製品之行為，「藥品優良調劑作業準則」
29 （係依藥事法第37條第1項授權訂定）第3條、第6條、第7條
30 分別定有明文。

01 三、原判決主要係以被告僅從事推拿，並未對黃健奇為醫療行
02 為，且其將本件7項藥品予以混合「調劑」後，提供給黃健
03 奇，並非製造及轉讓偽藥。並說明：依藥事法施行細則第3
04 條規定：「本法第8條第2項所稱醫師處方藥品，係指經中央
05 衛生主管機關審定，在藥品許可證上，載明須由醫師處方或
06 限由醫師使用者」。藥事法第50條第1項關於「醫師處方之
07 藥品」之規定，亦應為相同解釋，係指經中央衛生主管機關
08 審定，在藥品許可證上，載明須由醫師處方或限由醫師使用
09 者而言。因此「調劑專用」類別之藥品，非屬「醫師處方藥
10 品」。衛生福利部關於本件7項藥品為「調劑專用」，即認
11 均屬「醫師處方藥品」一節，尚有誤會而不可採為由，因認
12 不能證明被告有公訴意旨所指犯行。惟查：

13 (一)依黃健奇於第一審審理時證稱：我有跟被告說我有長期的腰
14 痛，所以來接受檢查。被告用手觸摸檢查整個脊椎的位置正
15 不正確。檢查完後，因整復費用比較高，所以我只做放鬆
16 「治療」。被告有跟我瞭解身體情況、病史，在進行放鬆療
17 程前，被告提供本件藥粉給我。並說要按時吃，會讓整個循
18 環變好，讓傷勢比較容易恢復等語（見第一審卷第81至92
19 頁），以及黃健奇與被告於通訊軟體Messenger對話紀錄截
20 圖所載，被告向黃健奇表示：本件藥粉具有「調理肝膽脾
21 胃」之效果，且可改善胃部不適等語（見他字卷第7至8
22 頁）。如果可信，依上述規定及說明，黃健奇所謂被告以手
23 檢查其脊椎、詢問其病況及病史一節，是否屬於醫療診察行
24 為？被告提供本件藥品，並宣稱「傷勢比較容易恢復」、
25 「有調理肝膽脾胃」效果之行為，是否屬於給藥之醫療行
26 為？綜合被告之整體行為，是否係以治療為目的之醫療行
27 為？此與「傳統整復推拿」僅以紓解筋骨、消除疲勞為目
28 的，不經診察程序之情形，是否有間？被告上述行為，是否
29 屬於「物理治療師」得為之行為？容有進一步審酌之餘地。
30 原判決未詳加調查、釐清上情，並綜合被告之全部行為而為

01 評價，亦未說明其取捨之理由，遽認不能證明被告進行醫療
02 行為，尚嫌速斷，而有調查職責未盡及理由不備之違誤。

03 (二)原判決認定被告所使用之本件7項藥品，係屬晉安製藥公司
04 經核准製造之中藥製劑即濃縮「散」、「顆粒」，有衛生福
05 利部函檢附之許可證查詢結果可憑(見原審卷一第421至431
06 頁)，參以黃健奇於偵訊及第一審審理時證稱：被告說本件
07 藥粉能幫助血液循環及去瘀，讓傷勢比較容易恢復等語(見
08 他字卷第24頁、第一審卷第90頁)。可見本件7項藥品係屬所
09 謂具有藥效之藥品，並非單純食品，可否無視於其成分及比
10 例任意混摻？已不無疑義。又依卷附衛生福利部函略以：有
11 關晉安製藥公司製造之7項中藥濃縮製劑，本部依規定核准
12 藥品許可證所載類別「調劑專用」，係為供中醫師處方後調
13 劑使用之藥品，核屬「醫師處方藥品」，一般民眾無法自行
14 購得；依藥事法第8條規定，製劑分為醫師處方藥品、醫師
15 藥師藥劑生指示藥品、成藥及固有成方製劑。同法第50條規
16 定，須由醫師「處方」之藥品，非經醫師處方，不得調劑供
17 應。又依同法第37條第1項規定訂定之「藥品優良調劑作業
18 準則」第3條規定：本準則所稱「調劑」，指藥事人員自受
19 理「處方箋」至病人取得藥品間，所為處方確認……藥品調
20 配或調製……藥品交付及用藥指導之相關行為。因此經本部
21 審認核予「調劑專用」類別之藥品，係為提供藥事人員受理
22 醫師處方箋後調劑使用，核屬「醫師處方藥品」。本件7項
23 藥品倘非藥事人員受理醫師處方箋後調劑之行為，即認屬未
24 經核准擅自製造之藥品，核屬藥事法第20條之偽藥等語(見
25 原審卷一第481至482頁、第559至560頁)。衛生福利部已指
26 出本件7項藥品係屬「調劑專用」，而為醫師處方藥品之法
27 規依據，且未經許可不得擅自混摻而製造。至於原判決以
28 「調劑專用」之藥品，並非醫師處方藥品為由，因認上開函
29 所述有誤而不予採取一節。惟依前述規定及說明，須由醫師
30 處方之藥品，非經醫師處方，不得調劑供應，且藥事法所謂
31 「調劑」、「調配」或「調製」，均係指藥事人員依醫師開

01 立之「處方箋」而為之行為，處方箋上所載藥品，既是醫師
02 處方之藥品(醫師法第13條、藥師法第18條參照)，則所謂
03 「調劑專用」之藥品，應係指依醫師處方之藥品而言。原判
04 決逕以「調劑專用」與「醫師處方」之用字遣詞不同，遽認
05 本件7項藥品非屬醫師處方藥品云云，並非的論。再者，藥
06 事法施行細則第3條規定：「本法第8條第2項所稱醫師處方
07 藥品，係指經中央衛生主管機關審定，在藥品許可證上，載
08 明須由醫師處方或限由醫師使用者」。則本件7項藥品之許
09 可證上，有無載明「須由醫師處方或限由醫師使用」等字
10 樣?主管機關就藥事法施行細則第3條規定，其例行記載方式
11 為何?是否包含記載「調劑專用」在內?又被告並非藥事人
12 員，未依醫師處方，逕將本件7項藥品任意混摻，是否屬於
13 藥事法所指之「調劑」?被告依「比例」調製本件藥粉，與
14 單純將藥品混合之情形，是否相同?是否符合藥事法第20條
15 第1款(未經許可擅自製造)或第3款(將他人產品摻雜)所指偽
16 藥之規定?均不無疑問。另依被告所提供其向晉安製藥公司
17 購買藥品之估價單，在客戶欄係記載「『蘭陵中醫』彭偉
18 嵐」(見偵字第522號卷第24頁背面、第26頁)；被告所提出
19 向莊松榮製藥廠訂購科學中藥之LINE對話紀錄截圖所示，被
20 告詢問網路名稱「莊松榮新業務」者：「購買科學中藥是否
21 需要中醫師處方或中醫師資格？」並表示其僅有物理治療師
22 資格，已暫時未與「明泉中醫師」繼續配合後，即依該業務
23 提供之報價下訂單。且送貨地點記載：嘉義市○區○○路00
24 0號(與被告開設之「彭氏正脊」同址)，惟送貨客戶全名
25 係載稱：「天人合一中醫診所」等情(見原審卷一第442
26 頁、第463至464頁)。如果無訛，被告若可自己合法取得本
27 件7項藥品，並得合法製造本件藥粉，何以避用其本名及其
28 所開設之「彭氏正脊」名義，而以其他「中醫」或「中醫診
29 所」名義購入?被告此舉是否與衛生福利部上開函所指「調
30 劑專用」之科學中藥，係為供中醫師處方後調劑使用之藥
31 品，屬醫師處方藥品，一般民眾無法購得有關?亦有疑竇。

01 以上各節，事涉被告之行為是否符合製造偽藥之要件，自應
02 進一步調查、審認，並說明其取捨之理由。原判決未根究明
03 白，逕以本件7項藥品既係調劑專用，即非屬醫師處方藥品
04 為由，遽認被告製造本件藥粉，並交付給黃健奇，僅係「調
05 劑」行為，而非製造及轉讓偽藥，尚嫌率斷，難昭折服，同
06 有調查職責未盡及理由不備之違誤。

07 四、以上或為檢察官上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之
08 事項，檢察官指摘原判決違法，為有理由，應認原判決有撤
09 銷發回更審之原因。

10 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

11 中 華 民 國 114 年 4 月 17 日

12 刑事第四庭審判長法官 李錦樑

13 法官 蘇素娥

14 法官 洪于智

15 法官 林婷立

16 法官 周政達

17 本件正本證明與原本無異

18 書記官 杜佳樺

19 中 華 民 國 114 年 4 月 21 日