



《高大法學論叢》

第 6 卷第 2 期(03/2011)，頁 193-224

密醫罪或業務過失犯罪 —以新時代診所案為例*

王紀軒**

摘 要

密醫是由來已久的一個行業，在我國現代醫師認證制度確立後，將之入罪，本文以 1998 年「新時代診密醫業務過失致死案」為引子，藉此探討密醫犯罪判斷與法律適用上的相關問題。

在密醫罪的犯罪判斷上，最富爭議的是醫療業務的範圍。醫療業務是指，反覆施行醫療行為，所以應優先界定醫療行為。但是，醫療行為的定義眾說紛紜，本文認為醫療行為應是，以醫療目的為中心的醫學專業行為。而醫療行為具有高度專業與不確定性，故執行醫療業務的過程，可能會發生業務過失致病患死傷。判斷行醫者有無過失，需要仰賴鑑定。若密醫因業務過失致病患死傷，當前實務認為成立密醫罪與業務

* 本文感謝匿名審稿專家的指正，因為您的指正，使本文更加完整。

** 僑光科技大學財經法律系講師、東海大學法律研究所博士候選人

投稿日期：09/30/2010；接受刊登日期：01/07/2011

責任校對：莊琬婷、李宗勳

過失致死或致傷罪，二罪依想像競合從一重處斷。本文則持不同看法。最後，本文提出醫師法第 28 條密醫罪的修法意見，除刪除贅字外，關於刑度方面可參考日本法，降低有期徒刑的刑期，增加罰金的數額，以求密醫罪的罪刑均衡，並合乎人民的法律情感。

Research on Fake Doctors & Criminal Negligence-A Case Study in “New Age Clinic Case”

Chi-Hsuan Wang^{***}

Abstract

“Fake Doctors” is an age-old profession, but it is illegal in Taiwan. In this paper, we will discuss legal issues about “Fake Doctors” through the “New Age Clinic Case” in 1998.

For determining the crime of “Fake Doctors”, we must understand the identification of legitimate physicians and medical practices. To differentiate medical practices is difficult. This paper argues a “medical practice” is medical professional conduct for medical purposes. In addition, there are also risks of medical practice, some patients will die or be hurt. We try to clarify legal issues about the crime of “Fake Doctors” and criminal negligence. Finally, I would like to amend the law views about Taiwan’s Physician Law Article 28.

^{***} Lecturer, Department of Financial and Economic Law, Overseas Chinese University.
Tunghai University, College of Law, Ph. D. Candidate.

密醫罪或業務過失犯罪 —以新時代診所案為例

王紀軒

目次

- 壹、前言—從「新時代診所案」談起
- 貳、密醫罪構成要件之判斷
 - 一、不具醫師資格
 - 二、從事醫療業務
- 參、醫療業務過失之判斷
 - 一、注意義務之違反
 - 二、因果關係之判斷
 - 三、仰賴鑑定之判斷
- 肆、密醫罪與業務過失犯罪之競合問題
 - 一、實務論想像競合之困惑
 - 二、本文認為應論數罪併罰
 - 三、密醫罪法律效果之失衡
- 伍、結語

關鍵字：密醫、過失、醫療行為、醫療業務

Key Words : Fake Doctors, Criminal Negligence, Medical Practice,
Medical Business

壹、前言—從「新時代診所案」談起

甲是台北「新時代診所」負責人，具有醫師資格並領有整型外科、婦產科醫療機構開業執照，平日以從事婦產科門診及整型美容等相關醫療手術為業；乙則無醫師資格，平時在新時代診所充當診療醫師。1998年12月，丙女前往新時代診所進行隆乳、抽脂及陰道整型手術，由甲醫師為該女進行手術，並於同日完成全部手術。

抽脂、隆乳及陰道整型為大手術，且麻醉時間長達近六個半小時，手術同時進行，危險性相當高，所以手術完成後，醫師應負責注意丙女的術後狀況，並應有完整的血壓、脈搏、呼吸、體溫及醫師診察記錄，倘病人心跳變快、血壓下降或呼吸急促，應檢討原因而作進一步抽血檢查及因應措施，以確定病患生命徵象的安全穩定。但是，甲醫師卻在明知又無不能注意的狀況下，疏忽診察，未將丙女留置於診所觀察術後身體反應，僅要求丙在診所短暫休息後，就任其返家。

翌日，丙女四肢腫脹無法行走，身體疼痛不適，返回新時代診所治療。甲乙二人明知整型美容等相關手術為醫療業務，又乙無合法醫師資格，甲醫師竟容任乙對丙女看診，並進行導尿、輸血及注射點滴；乙又因疏忽注意輸血及輸液量是否足夠，使得丙女病況急轉直下，轉送三軍總醫院急救前便已死亡。全案經台北地檢署檢察官起訴後，進入司法程序。

本案纏訟十多年，法院最後認為乙未取得醫師資格，卻擅自從事醫療業務，且因業務過失造成被害人丙女死亡，成立醫師法第28條前段密醫罪、刑法第276條第2項業務過失致死罪，依刑法第55條規定，係一行為觸犯數罪名，為想像競合犯，從一重之密醫罪處斷。甲醫師就違反醫師法部分，與乙有犯意聯絡及行為分擔，是密醫罪的共同正犯，

¹且甲亦成立業務過失致死罪，依想像競合亦論從重之密醫罪。經台灣高等法院 98 年度醫上更（三）字第 6 號判決，乙有期徒刑六個月，得易科罰金；甲醫師也因構成密醫罪的共同正犯，處一年有期徒刑，緩刑五年。案經上訴，最高法院以 98 年度台上字第 3327 號判決駁回。

事實上，類似本案的密醫犯罪在台灣社會一直都存在，²在法規範上，則存有與密醫罪相關的難題。本文以「新時代診所案」為開端，討論醫師法第 28 條密醫罪的成立判斷、刑度高低、密醫罪與業務過失致死或致傷罪的競合問題。判斷密醫罪是否成立的癥結點在於醫療業務的認定；至於密醫罪與業務過失相關犯罪的競合，實務目前採想像競合的立場，筆者對此抱疑；而密醫罪的刑度恐怕過重，有一併檢討的必要。總之，本文希望對於密醫犯罪的研究，能達到拋磚引玉的效果。

貳、密醫罪構成要件之判斷

醫師法第 28 條規定，「未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰金，其所使用之藥械沒收之。³」其立法目的在於保障

¹ 事實上，本案的甲乙是否構成共同正犯也是一項饒富趣味且值得檢討的問題，惟並非本文所要探討的主要問題，故不贅述。

² 例如，2009 年 5 月台南地方檢察署偵查發現，全台有 17 間醫療院所雇用無醫師資格者行醫，也就是醫院請密醫替人看病，一時之間，全台陷入一片醫療陰霾。參見：中國時報（05/08/2009），冒牌醫 看急診 17 家醫院模大，A3 版；聯合報（05/28/2009），衛生署也震驚，A3 版。不久，台東衛生所又爆發醫師結合多名密醫看診，參見：聯合報（9/1/2009），密醫看診 陳建畿等 8 人起訴，高屏東 B2 版。2010 年 5 月台南高雄等地，又爆發密醫集團，由某健康公司訓練國高中畢業的助理成為假醫師替民眾看診，參見：聯合報（05/25/2010），徵助理當密醫詐健保千萬，大高雄版 B2 版。

³ 醫師法第 28 條但書，為無照行醫例外許可的規定，其內容有(1)在中央主管機關認可的醫療機構，於醫師指導下實習的醫學院、校學生或畢業生；(2)在醫療機構於醫師指示下的護理人員、助產人員或其他醫事人員；(3)合於醫師法第 11 條第 1 項但書的規定；以及(4)臨時施行急救。這些規定是密醫罪的阻卻違法事由，不在本文的討論範圍之列。

國人健康，避免無醫師資格者擅自執行醫療業務。密醫罪的構成要件有二，一是行為人不具合法醫師資格，二是行為人擅自執行醫療業務。

一、不具醫師資格

台灣醫師認證制度，建構於日本殖民時期，1975 年醫師法施行後，實現法制化，使得醫師認證制度更加完善。目前的醫師大體分為三類，即醫師、中醫師與牙醫師，要取得合法的醫師、中醫師與牙醫師資格，必須符合醫師法第 2 條至第 4 條的規定，也就是實習期滿成績及格，並領有畢業證書的醫學、中醫與牙醫學士，經國家考試及格，方才成為合法的醫師。關於醫師資格認定的緣由及當前爭議，以二次世界大戰為界，說明如下。

（一）二戰以前

早期台灣是以中醫為主，雖然十七世紀荷蘭人進行殖民統治時，據說曾在台南設立西式醫院，但是並無台灣人就診的紀錄；其後，台灣在鄭成功與清朝統治時期，台灣都是維持著以中醫為主的醫療型態，不過西式醫療對台灣的影響並沒有間斷。⁴此時的醫生對於學經歷並沒有設限，只要能醫治病人者就是醫生。由此可知，醫師的認定十分模糊，並無合法非法之分。

甲午戰爭之後，台灣割讓給日本，自此進入日治時代，也進入日本在台灣醫療改革的年代，⁵自此醫師才有學經歷的限制。日治時代的醫

⁴ 西方的教會醫療早在 1865 年就對台灣產生影響力，因為當時有許多基督教長老教會的牧師在台灣宣教與行醫，其中最著名的就是馬偕牧師，現今的馬偕紀念醫院，就是為了紀念馬偕牧師。此外，當前台灣許多的醫院都有西方基督教會醫療的身影，如彰化基督教醫院，其前身是成立於 1896 年的彰化醫館，也是基督教會在台行醫的產物；較近的有 1958 年成立的嘉義基督教醫院，現為雲嘉地方重要的醫療院所。

⁵ 這裡的醫療改革也包含醫學教育方面，現在台灣大學醫學院就是日治時代的產物，其前身是台北帝國大學醫學部，關於醫學教育改革的內容可以參考：小田俊郎著，洪有

師是指，醫學校、醫學專門學校、醫科大學畢業者；醫生則是教會醫院訓練（醫師）學徒的「限地醫」或自學的漢醫。今日台灣本土醫學的規模，就是在日治時代奠定基礎，特別是 1912 年醫學校校長高木友枝認為，醫師的資格問題，宜著重在醫師的專業訓練，並對當時的醫師考試進行改革建議，⁶對台灣有相當重要的貢獻。

（二）二戰以後

二次大戰結束之後，台灣光復，但是當時國民政府的許多醫療政令，與台灣的醫療制度難以銜接，這種混亂的狀況一直持續到 1975 年 9 月醫師法施行之後才獲得緩解，自此醫師、牙醫師與中醫師均列入醫師法規範，醫師法第 1 條規定，「經醫師考試及格並依本法領有醫師證書者，得充醫師。」所以醫師資格的合法取得，均必須符合法定應試資格，且通過醫師考試。

現在較有爭議的，反而是「應醫師考試資格⁷」的問題，這個問題曾在 2009 年造成軒然大波，也就是沸騰一時的「波蘭醫學院留學生事件⁸」。依醫師法第 4 條之 1 的規定，「依第二條至第四條規定，以外國學歷參加考試者，其為美國、日本、歐洲、加拿大、南非、澳洲、紐西蘭、新加坡及香港等地區或國家以外之外國學歷，應先經教育部學歷甄試通過，始得參加考試。」亦即，若非於醫師法第 4 條之 1 羅列的國家或地區取得學歷者，必須先參加教育部的學歷甄試，通過者才取得參加

錫譯，(1995)，《台灣醫學 50 年》，頁 63 以下，台北：前衛。另外，日本建立「公醫制度」，以公醫代替過去西洋的傳教士醫生，同時推行鴉片漸進政策、疾病診療與預防。

⁶ 范燕秋 (2005)，《疫病、醫學與殖民現代性：日治台灣醫學史》，頁 65、138 以下，台北：稻鄉。

⁷ 應醫師考試資格規定於醫師法第 2、3、4 條及第 4 條之 1。

⁸ 當時，許多媒體報導多家醫院聘用在波蘭等醫學訓練寬鬆國家取得學位醫師，引發醫療品質質疑，立法委員爭相提案修正醫師法，要求外國醫學系畢業生返國應考，需先經學歷認證考試後，才能參加醫生國家考試取得醫師資格，參見：聯合報 (04/03/2009)，行醫捷徑到波蘭？回台起波瀾—學制四年 不必實習甄試就可考照，A3 版。

醫師資格考試的資格。有論者認為歐洲的醫療水平相差很多，英、法、德等先進國家與東歐不可同日而語，為保障國人健康與醫療品質，乃對留學東歐的醫學留學生提出質疑。

本文以為，留學東歐的醫學留學生僅是取得參加醫師國家考試的資格，並非立即取得醫師資格，對於國人健康與醫療品質應不致於造成立即的危害；且留學東歐的醫學留學生若能通過醫師國家考試，則表示已經具有成為一位醫師的能力，應無必要對於留學東歐的醫師產生過多質疑。若多數國人認為，應將醫師法第 4 條之 1 的「歐洲」二字進行更精緻的區分，應由立法院決定是否修法。不過，2009 年 5 月的醫師法修正時，並未修改第 4 條之 1，所以當前不宜剝奪波蘭等東歐留學生的醫師國考資格。

在波蘭醫學院留學生事件的影響下，2009 年 6 月行政院會通過醫師法修正草案，該草案增加未來持國外醫學學歷報考國內醫師考試的門檻，即除了現行醫師法第 4 條之 1 的規定，應先經教育部學歷甄試通過之外，必須在衛生署指定國內醫療機構實習期滿且成績及格，才能參加醫師考試。現行醫師法並未規定實習醫師的年限，行政院版本的醫師法修正草案也明定醫學系畢業生實習年限為五年。限制實習醫師的年限，對於杜絕密醫應該有相當助益，因為現在有部分實習醫師，多年無法通過醫師考試及格，就藉實習之名，趁隙無照行醫，未來如修法通過，逾五年實習醫師就必須離開醫院。

總而言之，現行法制下，一旦符合醫師法第 2、3、4 條及第 4 條之 1 的規定，自國內大學、學院或符合教育部採認規定的國外大學、獨立學院醫學系、中醫系或牙醫系畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書；或醫學與中醫系的雙主修畢業，且其中之一考試及格並領有證書者，經醫師考試及格並依醫師法領有醫師證書之人，就是合法醫師。

二、從事醫療業務

密醫罪的另外一個構成要件，行為人從事醫療業務，較富爭議性，此乃因為醫療業務難以定義，加上傳統的民俗療法或民間秘方究竟是否屬於醫療業務，在認定上也有其困難。

醫療業務，顧名思義就是「以醫療行為為業務」，而業務最重要的特色就是「反覆不斷實行」⁹，最高法院 89 年台上 8075 號判例認為業務是「個人基於其社會地位繼續反覆所執行之事務，包括主要業務及其附隨之準備工作與輔助事務在內。」這則判例的見解符合學者通說的想法。由此可知，只要能釐清醫療行為的概念，則能掌握醫療業務的意義。不過，醫療行為的概念一直充滿不確定性，長久以來都是難題。

（一）醫療行為充滿不確定性

實務上，自 1976 年 4 月 6 日衛署醫字第 10788 號函解釋，將醫療行為定義為「凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健為直接目的，所為處方或用藥等行為之全部或一部之總稱為醫療行為。」以降，一直發展至 2002 年 9 月 23 日衛署醫字第 0910062996 號函解釋，「按醫師法第二十八條所稱醫療業務之行為，係指以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部，均屬之。」醫療行為的內涵不斷被擴張，但是似乎又無法真切的表達。

對此困境，有學者認為醫療行為的意義有分明確型與非明確型，明確型醫療行為的認定十分清楚，但非明確型的部分則灰暗不清，也因此

⁹ 林山田（2008），《刑法通論（下）》，10 版，頁 172，台北：作者自版；林東茂（2009），《刑法綜覽》，6 版，頁 2-23，台北：一品；張麗卿（2007），《刑法總則理論與運用》，3 版，頁 156，台北：五南。

造成醫療行為的爭議。¹⁰雖然醫療行為有其特性，諸如持續性、侵入性、專業性、密室性、機密性、裁量性與時效性等，但仍難就其特性加以定義，針對模糊的非明確型醫療行為，僅能以案例方式討論分析。¹¹

不過，仍有學者欲直接對醫療行為下定義，認為醫療行為具有三要素，¹²（1）醫療目的，即以治療、矯正或預防目的；（2）醫治行為，即有診察、診斷及治療行為；（3）用藥行為，開立處方或用藥，這樣的想法與 2002 年 9 月 23 日衛署醫字第 0910062996 號函解釋相近，但是，就如前文所述，同樣面臨不明確的狀況，且與實際情形可能有所出入。以常見的扭傷敷藥為例，有時到醫院，待掛號後，護士直接為病患敷藥、換藥，而不經醫師指揮，這樣的情形若歸類在醫療行為，則該護士則屬無照行醫，構成密醫罪，但是又將與民法感情格格不入；反之，將其排除於醫療行為之外，似乎又有點怪異，因為敷藥、換藥本有醫療目的，是一項醫治與用藥的行為。

另有論者認為，當前衛生署對於醫療行為的解釋，過於狹隘，而無法囊括當今醫療行為的全貌，因為醫療行為除以治療為目的外，另有非治療目的的醫療行為，或臨床性、實驗性的醫療行為等，¹³將醫療行為的認定擴大，才能夠全面保障人民的健康安全。這樣的看法將醫療行為的範圍放得更大，因為除了醫療目的以外，整形、變性等，因對於身體

¹⁰ 劉文瑢（1999），《醫事法要義》，頁 159，台北：合記。

¹¹ 劉文瑢，同前註 10，頁 160、176 以下。

¹² 蔡墩銘（2005），《醫事刑法要論》，2 版，頁 113、114，台北：翰蘆。

¹³ 蔡振修（2005），《醫事過失犯罪專論》，頁 58、59，台中：作者自版。相同看法可參考：郭吉助，論醫事法律上之醫療行為—由法制面談起—，台北榮民總醫院 http://homepage.vghtpe.gov.tw/~ged/listn/listn_a122.htm（最後瀏覽日：09/09/2010）前司法院政風處長郭吉助認為，醫療行為是「以回復病人之健康、除去其身體之傷害、矯正其身體之缺陷、避免其身體之殘障為目的（以治療為目的），利用藥品、器材、手術或其他處理所從事之行為，以及包括基於前述目的所從事之問診、檢查、檢驗、診斷等準備或輔助之行為。從事整形、變性、墮胎、器官移植或人體試驗，而對病人採取足以影響其身體之完整性或造成其健康之危害性的措施，均視為醫療行為。」

與健康的完整性具有危害，均被認為是醫療行為的一種；並且將醫療行為的準備、輔助等行為均納入醫療行為之中。這樣的看法意味著，醫療行為不以是否具有治療性為必要，似乎直接挑戰以治療、矯正與預防疾病為本質的醫療行為，也與傳統實務上衛生署的函令解釋相左。

（二）與民俗療法的模糊關係

傳統醫人治病的方式大抵上可分為兩類，其一是中醫；其二是民俗療法。中醫的針灸、把脈等，屬於醫療行為並無疑問，至於民俗療法，諸如氣功、推拿、刮痧、拔罐等，是否屬於醫療行為，一直以來都處於灰色模糊地帶。若以 2002 年 9 月 23 日衛署醫字第 0910062996 號函解釋觀察，民俗療法確實是以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的治療行為，並同樣以治療為目的，但是又無法將民俗療法與醫療行為畫上等號，但在真實生活中，的確有個案透過民俗療法治癒醫療行為無法解決的疾病。

在實務上，有許多案例不是醫療行為一句話可以說清楚的，以「氣功治病」為例，1981 年 8 月 27 日衛署醫字第 339942 號函表示，「氣功屬於國術之一，以強身為宗旨」不是醫療行為，但是「如以氣功替人治病以收取費用，屬於醫療業務」。衛生署十分粗糙地以有無收費，來作為氣功是否屬於醫療行為的判斷基準，這樣的判斷標準難取信於百姓，因為醫療行為的判斷非以收取對價為要，衛生署的解釋徒增醫療行為判斷的混亂。¹⁴

又如「推拿」，依據 1993 年 11 月 19 日衛署醫自第 82075656 號函表示，「未涉及接骨或交付內服藥品，以傳統之推拿方法，或使用民間習用之外敷膏藥、外敷生草藥與藥洗，對運動跌打損傷所為之處置行

¹⁴ 中國大陸同樣遇到氣功治病是否為醫療行為的難題，遂於 2000 年 7 月制定「醫療氣功管理暫行規定」，藉以規範醫療氣功行為。

為。」不列入醫療管理的行為，也就是排除推拿為醫療行為的一種。但是，1997年8月14日衛署字第86045460號函表示，「中醫醫療機構為病人從事推拿業務，應由中醫師或由醫事人員於中醫師指示下為之。」雖未言明，卻似乎又將推拿視為醫療行為，所以要求應由中醫師親為或指示醫事人員為之，一件相同的推拿行為，是否宜因施行地點不同而產生不同的解讀，待糾紛發生時又適用不同的法律，恐有商榷餘地。

（三）具醫療目的之專業行為

由上述可知，醫療行為的定義有其困難，所以醫療行為是可以描述卻難用法律文字詮釋或定義，¹⁵而對於醫療行為的描述，可能因為時空背景不同，本來必須全由醫師親為的事項，可能因為科技發達或護理人員素質提升，而有所改變。本文認為，是否屬於醫療行為，還是留待個案判斷；不過，判斷的標準不應脫離醫療行為的本質，即「本於醫療目的的醫學專業行為」。

茲舉一例，2005年5月某人未領有醫師執照，亦明知其無醫師資格，不得擅自執行醫療業務，竟開設「一德堂」，從事針灸等醫療業務。檢警於同年6月台北市衛生局東區聯合稽查站前往稽查發現，現場並有民眾正接受低周波治療儀治療。¹⁶案經台北地方法院檢察署檢察官提起公訴，台北地方法院作成94年度醫訴字第4號判決，認為該人未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務，構成密醫罪，判處有期徒刑七個月，緩刑三年；並將甲從事針灸的器材，針灸盒、酒精棉、艾條、灸器、耳穴壓丸等全數沒收。該案之中，針灸屬於侵入性醫療行為，是醫療業務

¹⁵ 久々湊 晴夫（2007），《やさしい医事法学》，頁29，東京：成文堂。

¹⁶ 所謂低周波治療儀，是利用低周波具有的深達肌層的治療作用，將功率譜的能量按照一定的調製特性在治療部位瞬間集中和擴散，實現對深層組織的按摩功效，迅速止痛並產生疏緩、消炎作用。其主要的適應症有：肩周炎、頸椎病、腰腿痛、扭挫傷、骨質增生、關節痛、偏癱等。參見：中國醫療器械企業網，<http://www.cmden.com/rj/s4241.htm>（最後瀏覽日：09/09/2010）

並無疑問，其關鍵在於「使用低周波治療儀」是否為醫療行為。

台北地方法院的判決表示，「現場並有○○○正接受低周波治療儀治療中。」由此可知，法院認為低周波治療儀具有治療效果，但判決未將低周波治療儀沒收，似乎認為其非行醫所使用的器材。本文認為法院的判斷十分正確，因為低周波治療儀的使用，雖有治療效果，但醫學專業性較低，儀器只要經稍許指示，任何人均可使用，故難謂醫療行為，否則有人購入該儀器在私下經常使用（如運動員、職業運動團體想藉儀器舒緩痠痛），也能稱上醫療業務，豈不令人匪夷所思。總之，本案的被告反覆基於醫療目的為病患針灸，具有侵入性及高度專業性，當然是從事醫療業務；使用低周波治療儀雖有治療功效，但儀器的操作不以具備醫學專業為必要，自非醫療行為。

回到本案，乙不具醫師資格，但丙女因手術後身體不適返回診所時，乙卻負責看診，告知丙女及其家人，丙未排尿是因為陰道整形怕痛所致，身軀腫脹是抽脂後的正常現象，並為丙導尿、輸血及注射點滴，乙基於醫療目的進行的諸多醫學專業行為，且以此為業，實已構成密醫罪。而甲醫師明知乙不具醫師資格，卻與乙擅自執行醫療業務有犯意聯絡及行為分擔（最高法院 86 年度台非字第 214 號判決參照），應成立密醫罪的共同正犯。

參、醫療業務過失之判斷

丙女死亡的悲劇，除了因為乙不具醫師資格卻擅自行醫，又發生未注意輸血及輸液量顯有不足的疏失之外，更因為甲醫師未盡醫師應盡的注意義務。由案例事實可知，抽脂、隆乳及陰道整形等手術同時進行，危險性相當高，但甲卻一次完成上開手術，術後又疏忽診察，在未嚴密注意丙的術後狀況下，讓丙在診所稍事休息後返家。

因此，法院認為甲醫師明知高危險的手術後，對病患應負比一般情形更高的注意義務，並進行完整的術後照顧，卻對丙疏於術後照顧及採取必要處置，甚至容任乙密醫看診等過失行為，與丙的死亡之間有相當因果關係；而乙的業務過失行為更直接導致丙喪失性命，無庸贅述。於此，討論密醫與醫師的業務過失犯罪行為。

一、注意義務之違反

是否違反注意義務，是最常用的過失判斷基準，因為刑法第 14 條第 1 項規定，「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。」這個立法定義，雖然提供過失的判斷基準，但操作上並不容易，要依照個案的特殊情節去判斷行為人是否應注意、能注意，卻違反注意義務。

行為人的注意義務，原則上以一般人為準；若行為人是專門職業人員，就該專門職業的事項，就應科予較一般人更高的注意義務。為使注意義務明確，許多職業都有「專業規範」，用以規範在何種情況下，從業人員應要盡何種程度的注意。以醫療行為為例，醫師有無客觀注意義務的違反，除應依醫師職業平均注意義務要求來決定之外，若有醫療行為準則等特別規範的客觀注意義務，亦應加以衡量。不過，應注意的是，行為人違反注意義務，並不等於過失，但一定具有疏失，而疏失與法律意義上的過失之間，尚須依個案評價，這也是過失犯判斷的困難之處。

此外，實務亦常以「結果可預見」或「結果可避免」輔助判斷行為人是否構成過失。¹⁷若行為人對於結果的發生，是有預見可能性的，若該結果又屬於可避免者，而行為人卻放任該結果發生，則行為人就有過失。

¹⁷ 張麗卿(2008)，〈醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例〉，《月旦法學》，157 期，頁 80。

二、因果關係之判斷

在所有醫療糾紛中，醫療過失是最富爭議的，因為判斷過失責任，是刑法上的難題之一。過失犯的判斷必須有一個結果發生，例如，有人死亡或受傷。而過失行為與結果之間，必須有因果關係，因果關係存在，客觀構成要件才有該當。因果關係有兩個不同的層次，第一，行為與結果之間，有經驗上的關係，這是事實認定或客觀判斷。第二，結果的發生可以歸責於過失行為，是可歸責性的判斷，是評價上的因果關係，屬於價值判斷的層次。¹⁸我們亦可以說，過失的判斷實際上就是因果關係的判斷。

（一）相當因果關係

因果關係的判斷，實務主要採相當因果關係說。所謂相當因果關係，依最高法院 76 年台上字 192 號判例認為，「係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係。」

換言之，相當因果關係就是說，一個行為有普遍的傾向，會導致該結果發生，這個行為就是刑法上有意義的原因，至於其他造成結果發生的偶然條件，則無庸討論。¹⁹相當因果關係說是為了緩解條件說過度擴

¹⁸ 張麗卿，同前註 9，頁 131、134 以下；稻垣 喬（1992），《醫事訴訟理論の展開》，頁 83，東京：日本評論社。另外，林志六（2000），〈醫療事故之因果關係—以高等法院 85 年度上字第 316 號民事判決為例〉，《醫事法學》，7 卷 4 期，頁 43-61。該文亦提及客觀歸責理論在醫療刑事責任的判斷。

¹⁹ 張麗卿，同前註 9，頁 132。亦可參見：林東茂，同前註 9，頁 1-90。林東茂教授特別

張因果關係的缺點，藉由相當性來限制條件說僅著重表象的事實認定。

不過，支持相當因果關係說的人，在學說上存有些許不同的意見，即主觀的、客觀的、折衷的相當因果關係說的爭論²⁰。對於這項爭論，多數看法是採「客觀的相當因果關係說」，因為法官是在事發之後，在訴訟上居於客觀的立場，審查行為當時的具體事實，作事後的客觀預測，法官將機率很低的偶然因素或純粹意外排除，把具有法律上意義的原因，定位在導致具體結果發生的相當條件上。

（二）客觀歸責理論

自從德國刑法大儒 Roxin 教授提出客觀歸責理論之後，過失犯的檢驗體系幾乎重新建構，嚴謹的客觀歸責理論備受學者推崇，在台灣經過學者長期的介紹之後，²¹實務已經逐漸有採客觀歸責的跡象。²²

指出，相當因果關係說的概念，是 1989 年德國邏輯家同時也是「醫師」的馮·克里斯（von Kries）在一篇論文所提及。

²⁰ 甘添貴、謝庭晃（2006），《捷徑刑法總論》，頁 85，台北：瑞興；陳子平（2008），《刑法總論》，2 版，頁 167，台北：元照。

²¹ 國內學者介紹客觀歸責理論不遺餘力，諸如：林山田（2008），《刑法通論（上）》，10 版，頁 209 以下，台北：作者自版；蔡墩銘（2007），《刑法精義》，2 版，頁 125，台北：翰蘆；黃榮堅（2006），《基礎刑法學（上）》，3 版，頁 295 以下，台北：元照；黃常仁（2009），《刑法總則邏輯分析與體系論證》，2 版，頁 29 以下，台北：新學林；林東茂，同前註 9，頁 1-97 以下；許玉秀（1994），〈檢驗客觀歸責的理論基礎—客觀歸責是什麼？（上）〉，《刑事法雜誌》，第 38 卷 1 期，頁 30 以下；許玉秀（1994），〈檢驗客觀歸責的理論基礎—客觀歸責是什麼？（下）〉，《刑事法雜誌》，第 38 卷 2 期，頁 61 以下；陳子平，同前註 20，頁 170 以下；張麗卿，同前註 9，頁 134 以下；柯耀程（2007），《刑法概論》，頁 200 以下，台北：元照；林鈺雄（2009），《新刑法總則》，2 版，頁 161 以下，台北：元照；許澤天（2009），《刑總要論》，2 版，頁 94 以下，台北：元照。雖然學者對於客觀歸責理論並不全然皆是贊同，但均有深刻詳盡的介紹與說明。

²² 現在實務也有採取客觀歸責理論者，不過多集中在地方法院。相關內容亦可參見：張麗卿（2009），〈客觀歸責理論對實務判斷因果關係的影響—兼評最高法院九十六年度台上字第五九九二號判決〉，《法學新論》，第 13 期，頁 1-29。該文對於客觀歸責在

客觀歸責理論能補充判斷過失犯罪的內涵，其檢驗順序是：(1) 行為與結果有因果關係。過失的結果與行為之間有條件上的因果關係，也就是「如無前者，就無後者」。(2) 客觀可歸責。之所以客觀可歸責，乃是因為行為人製造法所不容許的風險，並且實現法所不容許的風險，又結果的發生在構成要件效力範圍內。另外，在處理過失作為犯時，需要特別檢驗過失犯客觀構成要件中的特別要素，即「客觀注意義務的違反」與「客觀可預見結果並且能避免」。

進一步言，判斷一個行為與結果間有無評價上的因果關係，通常要經過三階段的思考：第一，行為是否製造法不容許的風險；第二，法不容許的風險是否是在因果流程常態中導致結果發生；第三，結果的發生是否在構成要件的規範效力範圍之中。

行為只有逾越法容許的範圍，才有過失的問題。一般而言，何種危險是可受容許的，必須參考生活上的各種規範。不同的生活領域有與之相應的容許危險規範，如運動規則、交通法規、工地守則、醫療常規、產品製造規則等，在這些領域中，一旦違反相關規定，才可能製造法不容許的風險，也因此可能有過失。相當程度上，容許風險的概念，可以涵蓋注意義務的違反，恰可補充以注意義務的違反判斷過失犯的不足。因為有些行為的危險性是被法容許的，在此情況之下，自然沒有注意義務是否違反的問題。

風險是否被法所容許，除了規範之外，亦應衡量利益與危險之間的關係，例如醫療行為存在相當程度的風險，越重大的醫療行為，風險自然越大，法容許的危險範圍也應相對變大，除非因重大過失違反醫療行為準則，不然不應論以過失。²³被害人的同意或承諾，是更具體的判斷

我國實務目前的狀況有非常詳盡的分析。

²³ 詳請參閱：張麗卿，同前註 17，頁 91、92。附帶一提的是，針對這個問題，醫師公會全國聯合會於 2009 年 12 月邀集學者共同商議「如何推動醫療爭議法律責任明確化」

基準，因為同意或承諾，意味著被害人理解行為的危險性，願意接受危險行為可能導致的結果。醫療行為重視醫師的告知義務，就是這個意思。

另外，應注意的是，不受容許的危險，是否在因果流程的常態上導致結果發生。若結果的發生，是偶然的意外而非常態，該危險行為就不具可歸責性，因為這種因果流程的偏離不合乎事物本質的正常發展，故不能認為結果的實現是因為危險行為。講求常態的因果流程，是因為在此之下，行為人對於結果的發生才可能遇見，也才可能依其預見而避免結果發生。例如，某醫生循醫療規範，對病患做完善的檢查與診療，未料病患有異變的基因，當代醫療實難獲悉，服藥後因體質過敏而死，這種情況就是非常態的因果流程，醫師無法預見病患的特異體質，故病患的死不可歸責於醫師。由此可知，結果可預見、結果可避免以及注意義務違反等過失判斷基準，都可以涵蓋在客觀歸責理論。

三、仰賴鑑定之判斷

前述過失判斷的方式，只是理論闡釋，要落實在實務上，多需仰賴鑑定，特別是涉及高度專業的領域，而醫療行為就是顯例。礙於專業能力的有限性，法官遭逢專業領域的案件，容易混淆在陰暗不明的事實迷宮中，而鑑定能協助法官清晰透亮的發現真相。本案中，甲醫師明知乙不具醫師資格，卻放任乙擅自行醫，彼此有犯意聯絡及行為分擔，構成密醫罪的共同正犯並無疑問；但甲於丙死前一日的醫療行為究竟有無過失，牽扯甲是否成立業務過失致死罪。

丙女的死亡，是否因甲的醫師醫療行為過失導致，有兩個層次的問題：（1）丙的死因與甲的抽脂、隆乳及陰道整型手術有無關連？（2）若有關連，則甲的手術後照顧與必要處置，是否合乎醫療常規？若法院

時，結論是：醫療法第 82 條第 2 項後段修正為「醫事人員執行業務，致病人死傷者，以故意或重大過失為限，負刑事上責任」。

認定，若丙的死亡與手術有關，且甲的術後照顧不當導致死亡結果發生，則甲可能有過失；不過這些涉及醫療專業的問題，法院無法自力認定，只能尋求專業鑑定的協助。

就前開問題，法院送請法務部法醫研究所、衛生署醫事審議委員會鑑定。從法醫所與醫審會的鑑定內容可知，(1)丙女的死因「不論是『脂肪栓子致肺栓塞症』抑或『出血性休克』致死，均與抽脂所致之併發症有關」，也就是與甲醫師的手術有關。(2)一般而言，在長達六小時的全身麻醉及大手術（抽脂及隆乳）後，再施局部麻醉下，接受陰道整形手術，術後應有完整血壓、脈搏、呼吸、體溫記錄及醫師診察記錄，如果病人心跳變快、血壓下降、呼吸急促，須檢討原因而作進一步抽血檢查及因應措施，在術後離開醫院時，醫師應確保病人生命徵象（Vital Signs）均須正常；但是，「依病歷並未發現有作此等處置之任何記錄」。換言之，甲未為合乎醫療常規的術後照顧。

對此甲醫師辯稱：病患回診亦屬術後照顧，所以丙於術後返家，因身體不適重返診所，診所替丙進行量血壓、輸血等照顧，且丙發生意識不清等情狀時，也有立即進行插管急救，並送三軍總醫院，如此已盡術後照顧及必要措施之責。但是，2008年4月17日衛署醫字第0970205655號函認為，甲不符合醫療常規的術後照顧，甚至丙因身體不適重回診所，診所「輸血及輸液量顯有未足，讓○○○（丙）病況急轉直下」；且甲容任密醫乙為相關醫療行為，終釀大禍。

抽脂、隆乳及陰道整形是大手術，且麻醉時間長達近六個半小時，手術同時進行，危險性相當高；所以手術完成後，醫師應負責注意病患的術後狀況，且應有完整的血壓、脈搏、呼吸、體溫記錄及醫師診察記錄，倘病人心跳變快、血壓下降、呼吸急促，應檢討原因而作進一步抽血檢查及因應措施，以確定病患生命徵象的安全穩定。但是，本案甲醫師卻在無不能注意的狀況下，疏忽診察，而未關心丙的術後狀況，亦無

任何診察記錄，僅要丙在診所暫時休息後，便任其返家，待其回診時竟放任密醫乙行醫。也就是說，甲製造了法不容許的風險，並導致結果發生，丙的死亡應可歸責於甲的過失行爲。

肆、密醫罪與業務過失犯罪之競合問題

人非聖賢，任何人都可能因爲一時輕率疏忽而釀成悲劇，不過必須是刑法有處罰規定者，該過失行爲才會被處罰。而業務過失，之所以刑度比一般過失爲高，則是因爲立法者認爲，業務是行爲人反覆不斷施行的行爲，行爲人理應盡力避免疏失，但卻放縱結果發生，所以可責性更高。

醫師業務是反覆不斷施行醫療行爲，醫療行爲專業性高，非醫學相關科系畢業，實習期滿及格，並通過醫師考試者無法勝任，且人體充滿不確定性，醫療行爲本身又相當複雜，縱然名醫也有可能因一時不察而導致病患死傷，無怪醫療糾紛頻傳，特別是過失致病患死傷的案件。同樣的，密醫也是從事醫療業務之人，也有可能在行密醫之時，因業務過失致病患死傷。

密醫執行醫療業務與醫師相較，風險更大，畢竟密醫未取得合法醫師資格，其可能未研習任何醫學知識，可能未能從醫學相關科系畢業，或者實習不及格又無法通過考試，故醫學專業能力上，當然令人質疑，從事醫療行爲可能更容易因自身的疏忽造成病患的死傷，是故，密醫在從事醫療業務時，因過失造成病患死傷的悲劇時有所聞，本案即屬適例。這是處理密醫罪時的案例典型，密醫罪與過失致死或致傷罪的競合問題，也就成爲在處理密醫案件時的重點。

一、實務論想像競合之困惑

密醫在從事醫療業務，因過失導致病患死傷，實務認爲應論以刑法

第 55 條想像競合犯，一行為觸犯數罪名，從一重處斷。以本案為例，法院就認為甲醫師與乙密醫的所為，「均係犯修正後醫師法第二十八條前段之未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪及刑法第二百七十六條第二項之業務過失致死罪，且該二罪係一違法醫療之行為所觸犯，乃想像競合犯，應依刑法第五十五條規定從一重之醫師法第二十八條前段之罪。」

刑法第 55 條想像競合規定，「一行為而觸犯數罪名者，從一重處斷。但不得科以較輕罪名所定最輕本刑以下之刑。」行為人的行為是否為一行為，為判斷是否構成想像競合的重心。學者通說認為，想像競合的一行為，包含單純的行為單數與自然的行為單數，而不包含法的行為單數（構成要件的行為單數）。²⁴單純的行為單數是，行為人出於一個犯意，外在呈現一個意思活動；自然的行為單數則是，行為人出於實現一次構成要件的意思，反覆實現構成要件的內容。由於自然的行為單數是規範評價上的一行為，應受規範目的的限縮，以免評價失當。

由此觀之，實務將密醫罪與業務過失致死或致傷罪論以想像競合，從重的密醫罪，恐有檢討必要。其一，密醫罪是繼續犯，行為人得依其意思決定違法行為的久暫，是法的行為單數。密醫罪同樣是集合犯，所謂集合犯是指構成要件本身已經預定有複數同種行為將被反覆施行，法律對此為總括的評價，從刑法的發展角度觀察，常業犯、職業犯、營業犯等，都可以歸類於此。²⁵密醫罪不管是由繼續犯或集合犯的觀點出

²⁴ 林山田，同前註 9，頁 309 以下；黃常仁，同前註 21，頁 291；張麗卿，同前註 9，頁 459。

²⁵ 黃榮堅（2006），《基礎刑法學（下）》，頁 1014 以下，台北：元照；陳子平，同前註 20，頁 655；張麗卿，同前註 9，頁 438；山中敬一（2008），《刑法總論》，2 版，頁 975 以下，東京：成文堂。實務上亦有認為，密醫罪是集合犯，最先如最高法院 87 年度台上字 1357 號判決，「刑法上所稱之業務，係指行為人事實上以反覆執行其同種類之行為為目的之社會的活動者而言。是以就醫師法第二十八條第一項前段規定所稱之未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪，性質上屬於職業的集合犯者以言，必須

發，都是構成要件的行爲單數，所非難的是無醫師資格卻行醫療業務的行爲，業務過失並不在該罪的評價中，明顯是數行爲。

其次，實務競合的結果恐怕會傷害人民法律情感。以實務當前處理的方式，當密醫因業務過失導致病患死傷，依刑法第 55 條規定，從重論以密醫罪處斷時，人民會誤認法院棄人的生命、身體於不顧，竟然是處罰密醫行爲，對於因密醫過失所造成的死傷結果不予聞問，進而懷疑司法的公正。由此延伸，在刑事立法政策層面要檢討的是，密醫罪的處罰是否過重，實有討論空間。

二、本文認為應論數罪併罰

密醫行爲與業務過失致死或致傷之間，並非一行爲，而是二行爲。密醫罪是繼續犯、集合犯，是法律評價過後，使數個自然意義的行爲合爲一單數行爲；業務過失致人死傷罪則是狀態犯，其並未在密醫行爲的法律評價之中，不應將二者混爲一談。換言之，密醫罪與業務過失致死或致傷罪，是不同犯意，不同行爲侵害不同法益，並非想像競合犯，而應依刑法第 50 條併合處罰。

實務之所以論想像競合犯，應是受舊醫師法拖累。2002 年醫師法修正之前，該法第 28 條存有第 2 項密醫致人死傷罪的規定，「犯前項之罪因而致人傷害或死亡者，應依刑法加重其刑至二分之一」，此規定造成當時實務在處理密醫致人死傷罪時產生歧異，因為實務有認爲刑度加重二分之一是指刑法第 276 條與第 284 條，但亦有認爲應是加重醫師法第 28 條第 1 項刑度的二分之一；²⁶爲解決實務對於舊醫師法第 28 條第

行爲人有以反覆實施此一『醫療』業務，資爲塑造其謀生地位之表徵（行爲）存在者，始足當之。」晚近如台灣高等法院 98 年度上訴字第 4239 號判決、台灣高等法院 98 年度醫上訴字第 2 號判決等。

²⁶ 對此，學者指出刑度設計的矛盾；以及舊醫師法第 28 條第 2 項之所以會造成實務上看法的歧異，事實上是舊醫師法第 28 條第 1 項刑度規定「一年以上三年以下有期徒刑」

2 項適用的徬徨，修法時乃將之刪除。依當時醫師法第 28 條第 2 項的規定，確實有論以密醫罪及密醫致人死傷罪想像競合犯的可能；但隨著該條項的刪除，實務並未改變原先的作法，此舉或許是想為有利於行為人的解釋，但卻違反罪數競合的理論。

然而，密醫罪及業務過失致死或致傷罪論以數罪併罰，將有罪刑失衡的疑慮。依本文的見解，新時代診所案的被告應成立密醫罪與業務過失致死罪，因行為各異，應數罪併罰；可是密醫罪與業務過失致死罪均為五年以下的重罪，併罰之後，可能處罰過重。但是，競合的理論不能偏廢，或可由立法著手修正密醫罪的刑度，以解決這項困境。

另外，要注意的是，無醫師資格者，偶一為他人進行醫療行為，並不構成密醫罪；於此同時，因過失導致他人死傷，亦不論業務過失致死或致傷罪，而應成立過失致死或致傷罪。因為業務應是反覆不斷的施行，偶爾為之，在過去無反覆從事的客觀事實存在，未來也無繼續反覆從事該行為的目的，實難稱得上是執行業務，而不具醫師資格的行為人，究竟是否反覆從事醫療活動，應由檢察官舉證，基於罪刑法定原則，應嚴守醫師法第 28 條文義，萬不可僅因行為人偶一為之的醫療行為²⁷，即認定其構成密醫罪。

二、密醫罪法律效果之失衡

要解決密醫罪與業務過失致死或致傷罪因想像競合而生的困惑，本文認為應調整醫師法第 28 條密醫罪的刑度，而我國密醫罪的刑度確實有檢討空間。與日本相較，台灣密醫罪的刑度過重，而大陸更是僅以行

的關係，此可參見蔡振修（2002），〈違反醫師法罪（密醫罪）修正條論析論〉，《醫事法學》，10 卷 1 期，頁 12-13。

²⁷ 日常生活中，親友生病時，一旁的人多半會給予很多意見，無論是自身或他人經驗、或是祖傳偏方等，嚴格來說，都是醫療行為的「問診」，若這些行為都視為構成密醫罪的該當，恐怕與一般人民的法律情感相距甚遠。

政罰處罰密醫。

(一) 醫師法第 28 條處罰過重

醫師法第 28 條密醫罪的刑度是「六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰金，其所使用之藥械沒收之。」與之相較，刑法第 276 條第 2 條業務過失致死罪的刑度「五年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金」，刑法第 284 條第 2 項業務過失致傷罪的刑度「一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金」及業務過失致重傷罪的刑度「三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金」，刑度設計上均低於密醫罪。

2002 年醫師法修正時，針對密醫罪的刑度進行調整。修法之前，密醫罪的刑度是「一年以上三年以下有期徒刑，得併科新台幣三萬元以上十五萬元以下罰金，其所使用之藥械沒收之。」比現行法為輕，故該年的醫師法修正是將密醫罪的刑度加重。之所以要修改刑度，是因為舊醫師法的密醫罪刑度規定，存有立法技術上的矛盾。舊醫師法時期，密醫罪刑度有違刑法刑度的設計原則，因為最高本刑三年以下有期徒刑的，在法理上屬於輕罪；最低本刑一年以上有期徒刑的，則屬重罪類型，舊法卻規定一年以上三年以下有期徒刑的設計，造成重罪與輕罪集於一身的矛盾，修法時遂將刑度改為六個月以上五年以下有期徒刑，使密醫罪完全落入重罪區。

誠如前文所述，密醫罪是處罰不具醫師資格者，卻從事醫療業務的行為，而醫療行為是本於醫療目的的醫學專業行為，在相當程度上，密醫並非完全不識醫術者，僅是因為無法通過醫師證照考試，故私下以其醫術為人治病。例如 2010 年 1 月，台北發生一件密牙醫案，某人投考牙醫師考試十三年皆未及第，乃改行當起密醫替人看牙，甚至還登報找

尋牙醫師合作，²⁸該人並非不具醫學專業能力，亦非不以醫療為目的替人看牙，只是不具醫師資格而已，而這類情況正是密醫罪的典型。相對的，若行為人非以醫療目的進行手術開刀，則是故意傷害罪或殺人罪，所以這樣的認定，並不會大開密醫方便之門，而是更能精確判定密醫罪，從中亦可明白，密醫罪的處罰並無處以重刑的必要。

（二）立法例的參照與修法建議

密醫問題並不侷限於台灣，世界其他國家或地區也存有這個問題，不過每個國家或地區對於密醫所採取的處罰不盡相同，有些國家和台灣一樣，採取刑事制裁，如日本；有些國家則選擇以行政罰的方式處罰密醫行醫，如中國大陸。

日本醫師法第 17、31 條規定，醫師才可以行醫，若非醫師從事醫業，處罰三年以下懲役與一百萬日元以下罰金。事實上，日本於 2001 年修正醫師法時，也曾將密醫罪的刑度調高，不過與台灣不同的是，日本並未調高自由刑，而是將罰金提高，亦即自由刑依舊維持 1948 年醫師法第 17、31 條的三年以下懲役，但罰金由原先的三萬日元以下，調高至一百萬日元以下。由此可知，日本的刑事政策認為，密醫罪是輕罪，以罰金處罰行為人已足。另外，日本刑法第 211 條第 1 項業務過失致死或致傷罪，刑度設計為五年以下懲役，所以日本實務在處理非醫師之人從事醫業，因過失導致病患死傷的案件時，較不會產生罪刑失衡的疑慮。

相對於日本與台灣以刑罰制裁密醫，中國大陸對於密醫行為（非醫師行醫）則選擇以行政制裁處罰密醫。大陸的執業醫師法第 39 條規定，對於非醫師行醫，處以十萬元以下人民幣的罰款，並沒收其藥品、器械；若密醫對於病患造成傷害，依法負擔賠償責任；若密醫為醫療業務時，

²⁸ 聯合報（01/20/2010），萬板牙醫診所 密醫執業，北縣基隆 B1 版。在密醫案件中，密牙醫最多，據北縣統計 2009 年北縣衛生局稽查發現密醫共 18 位，密牙醫就有 8 位，見聯合報（03/17/2010），鑲牙遇稽查 假牙醫落跑，北縣基隆 B2 版。

造成他人死傷時，則依大陸刑法追究其刑事責任，亦即回歸大陸刑法第 233 條過失致死罪與第 235 條過失致重傷罪處斷。大陸的立法例，在相當程度可供台灣參考，或許對於密醫不一定要用刑罰相繩，行政處罰也是選項之一。

社會規範不可能全仰賴刑罰，刑罰僅是國家為維持國家安全、社會秩序以及保障人民權益時的最後手段，因為若立法者評估台灣民眾的法律情感與社會現狀，發現對於無照行醫施以行政罰，普遍人民可以接受時，不妨將處罰密醫改為行政罰，若是如此，自然也不生密醫罪與業務過失犯罪競合的問題。

不過，當前的台灣，密醫罪應該還不到除罪化的階段，由立法緣由可知，在醫師法立法之前，無照行醫人員的問題，本是以行政措施解決²⁹，現在以刑罰處罰密醫是立法者的刻意為之，在 2002 年修法時，更將密醫罪的刑度加重，顯示立法者仍然認為無照行醫應以刑罰制裁。既然如此，設計一套合理的刑度處罰密醫，就成為當前最重要的課題。

由上述可知，台灣密醫罪是「六個月以上五年以下有期徒刑」的重罪，日本則是「三年以下懲役」的輕罪，大陸更是僅以行政罰款處罰密醫。台灣在處理密醫罪的刑事政策方向，顯然與日本、大陸相左，也因此一旦發生密醫因醫療業務過失致病患死傷，會造成人民法感情的困惑：依實務論想像競合犯時，從密醫罪處斷；依本文看法論數罪併罰，處罰將會過重。故修正密醫罪的刑度，成為解決這個問題的唯一方法。

由於在當前將密醫罪除罪不合民情的狀況下，2002 年醫師法修法

²⁹ 醫師法在立法之初，對於密醫罪是否要動以刑罰有兩派不同意見，一派認為應罰庸醫而非密醫；另外一派則認為為保障全民健康，當然應推動醫師的證照化，並且處罰密醫。後者在立法院是多數，所以造就今日的醫師法第 28 條，關於兩方的論戰可參見：立法院公報處（1967），〈第一屆立法院第 39 會期第 21 次院會記錄〉，《立法院院會議事》，56 卷 5 期號 5 冊，頁 170 以下。

將密醫罪的有期徒刑的刑期、罰金的上限提高，並不全然妥當；理想的密醫罪刑度，應提高罰金上限，降低有期徒刑刑期，故本文建議醫師法第 28 條密醫罪的刑度應修正為：「一年以下有期徒刑或拘役，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金」。因為密醫罪的行為人，主觀上並不想要傷害他人的生命與身體健康，且實務上多判決緩刑或易科罰金，實無必要提高自由刑的刑度，這也是日本 2001 年修正醫師法時，僅調高罰金，而未延長懲役期間的原因。此外，將有期徒刑的刑期調整為一年，亦可解決密醫罪與過失犯罪競合時，當前依刑法第 55 條從重依醫師法第 28 條處斷的困惑現象。

另外，有學者認為，為求法律文字的簡潔洗鍊，該條「合法」與「擅自」等字眼應無留存必要，此乃因為合法的反義為非法，但是並無所謂的非非法醫師，故合法二字實屬累贅；至於無醫師資格者自行執行醫療業務，已經含有擅自為之的意義，所以擅自二字實際上亦可以刪除³⁰。對此，本文亦表贊同，宜將冗字刪除，以求法條洗鍊。

綜合以上，本文建議醫師法第 28 條前段密醫罪的規定，宜修正為「未取得醫師資格，執行醫療業務者，處一年以下有期徒刑或拘役，得併科新臺幣五十萬元以上五百萬元以下罰金，其所使用之藥械沒收之。」

伍、結語

密醫是由來已久的一個行業，在我國現代醫師認證制度確立後，將之入罪，雖然密醫逐漸凋零，但是放眼未來，恐怕不會消失。本文所舉的新時代診所密醫業務過失致死案，事實上也只是密醫案件的鳳毛麟角。但是，密醫及其相關的案件，特別是業務過失致死或致傷，在犯罪判斷與法律適用上有其困難，也因此本案纏訟十多年方才定讞。

³⁰ 蔡振修，同前註 26，頁 19。

在密醫罪的犯罪判斷上，最具爭議的是醫療業務的範圍，醫療業務是反覆施行醫療行為的累加，所以醫療行為是判斷醫療業務的核心。醫療行為的定義眾說紛紜，本文仍以爲，醫療行為應是以醫療目的爲中心的醫學專業行為，以此作爲判斷基準，應可避免醫療行為的範疇過大或太小。

醫療行為具有高度不確定性，故執行醫療業務的過程中，時常會發生業務過失致病患死傷的可能，醫師如此，密醫更如此。過失有無的判斷事實上就是因果關係判斷，而醫療行為的專業性高，此間因果關係多非法院所能判斷，故實務運作上多仰賴鑑定，藉由專業鑑定判斷醫者有無疏失，而該疏失是否爲法所不容，且是否導致結果發生，進而判斷能否歸責於醫者。若密醫因業務過失致病患死傷，當前實務認爲成立密醫罪與業務過失致死或致傷罪，二罪依想像競合從一重處斷。本文則認爲，密醫罪爲繼續犯，其與業務過失的相關犯罪並非一行為，實應依數罪併罰論。

最後，對於醫師法第 28 條密醫罪的修法意見，除刪除贅字外，關於刑度方面可參考日本法，降低有期徒刑的刑期，增加罰金的數額。方使罪刑均衡，並合乎人民的法律情感。

參考文獻

一、中文部分

- 小田俊郎著，洪有錫譯。(1995)，《台灣醫學50年》。台北：前衛。(Toshiro Oda (author), Yu-Hsi Hung (translator) (1995). Taiwan Medicine 50 years, Taipei: Avanguard)
- 甘添貴、謝庭晃(2006)。<《捷徑刑法總論》》，修訂版。台北：瑞興。(Tian-Guei Gan/Ting-Huang Hsieh (2006). Criminal Law: General Principles, 2nd. ed., Taipei: Ruei-hsing)
- 林山田(2008)。<《刑法通論(上)》》，10版。台北：作者自版。(Shan-Tien Lin (2008). Criminal Law: General Principles Vol. 1, 10th. ed., Taipei: Self publisher)
- 林山田(2008)。<《刑法通論(下)》》，10版。台北：作者自版。(Shan-Tien Lin (2008). Criminal Law: General Principles Vol. 2, 10th. ed., Taipei: Self publisher)
- 林志六(2000)。<《醫療事故之因果關係－以高等法院85年度上字第316號民事判決為例》》，《醫事法學》，第7卷4期，頁43-61。(Chih-Liu Lin (2000). The Cause and Effect Relationship in Medical Negligence, Medical Law Review, 7-4: 43-61)
- 林東茂(2009)。<《刑法綜覽》》，6版。台北：一品。(Dong-Mao Lin (2009). Criminal Law, 6th. ed., Taipei: Yi-Pin)
- 林鈺雄(2009)。<《新刑法總則》》，2版。台北：元照。(Yu-Hsiung Lin (2009). Criminal Law: General Principles, 2nd. Ed., Taipei: Angle)
- 柯耀程(2007)。<《刑法概論》》。台北：元照。(Yao-Cheng Ko (2007), Criminal Law, Taipei: Angle)
- 范燕秋(2005)。<《疫病、醫學與殖民現代性：日治台灣醫學史》》。台北：

- 稻鄉。(Yen-Chiu Fan (2005). *Disease, Medical and Colonial Modernity: Medical History of the Colonial Era*, Taipei: Daw Shiang)
- 張麗卿 (2008)。〈醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例〉，《月旦法學》，第157期，頁71-101。(Li-Ching Chang (2008). *Expert Examination on Medical Treatment Dispute & Ascription of the Criminal Responsibility- Dying Caused from the Refraining from Drug*, Taiwan Law Review, 157: 71-101)
- 張麗卿 (2009)。〈客觀歸責理論對實務判斷因果關係的影響—兼評最高法院九十六年度台上字第五九九二號判決〉，《法學新論》，第13期，頁1-29。(Li-Ching Chang (2009). *The Impact of Zurechnung on Legal Practice - Analyze the Supreme Court Judgment No. 5992 of 2007*, Journal of New Perspectives on Law, 13: 1-29)
- 張麗卿 (2010)。《刑法總則理論與運用》，3版。台北：五南。(Li-Ching Chang (2010). *Criminal Law: General Principles - Theory and Practice*. 3rd. ed., Taipei: Wunan)
- 許玉秀 (1994)。〈檢驗客觀歸責的理論基礎—客觀歸責是什麼？(上)〉，《刑事法雜誌》，第38卷1期，頁30-62。(Yu-Shiu Hsu (1994). *The Research of Zurechnung Basic Theory: What is Zurechnung ? Vol. 1*, Criminal Law Review, 38-1: 30-62)
- 許玉秀 (1994)。〈檢驗客觀歸責的理論基礎—客觀歸責是什麼？(下)〉，《刑事法雜誌》，第38卷2期，頁61-86。(Yu-Shiu Hsu (1994). *The Research of Zurechnung Basic Theory: What is Zurechnung ? Vol. 2*, Criminal Law Review, 38-2: 61-86)
- 許澤天 (2009)。《刑總要論》，2版。台北：元照。(Tse-Tian Hsu (2009). *Criminal Law: General Principles*, 2nd. ed., Taipei: Angle)
- 陳子平 (2008)。《刑法總論》，2版。台北：元照。(Zi-Ping Chen (2008). *Criminal Law: General Principles*, 2nd. ed., Taipei: Angle)
- 黃常仁 (2009)。《刑法總則邏輯分析與體系論證》，2版。台北：新學林。

- (Chang-Ren Huang (2009). Criminal Law: Logic Analysis and Systematic Restatement, 2nd. Ed., Taipei: New Sharing)
- 黃榮堅(2006)。*《基礎刑法學(上)》*，3版。台北：元照。(Jung-Chien Huang (2006). Basic Criminal Law Vol. 1, 3rd. ed., Taipei: Angle)
- 黃榮堅(2006)。*《基礎刑法學(下)》*，3版。台北：元照。(Jung-Chien Huang (2006). Basic Criminal Law Vol. 2, 3rd. ed., Taipei: Angle)
- 劉文瑢(1999)。*《醫事法要義》*。台北：合記。(Wen-Jung Liu (1999). Medical Law, Taipei: Hochi)
- 蔡振修(2002)。*〈違反醫師法罪(密醫罪)修正條文析論〉*，《醫事法學》，第10卷1期，頁10-26。(Chen-Hsiu Tsai (2002). The Research of Amend Provisions about “Fake Doctors Crime” , Medical Law Review, 10-1: 10-26)
- 蔡振修(2005)。*《醫事過失犯罪專論》*。台中：作者自版。(Chen-Hsiu Tsai (2005). Medical Criminal Negligence, Taichung: Self publisher)
- 蔡墩銘(2005)。*《醫事刑法要論》*，2版。台北：翰蘆。(Tung-Ming Tsai (2005). Medical Criminal Law handout, 2nd. ed., Taipei: Hanlu)
- 蔡墩銘(2007)。*《刑法精義》*，2版。台北：翰蘆。(Tung-Ming Tsai (2007). Criminal Law , 2nd. ed., Taipei: Hanlu)

二、日文部分

- 久々湊 晴夫(2007)。*《やさしい医事法学》*。東京：成文堂。
- 山中敬一(2008)。*《刑法総論》*，2版。東京：成文堂。
- 稻垣 喬(1992)。*《医事訴訟理論の展開》*。東京：日本評論社。