

逾越醫療行為範圍 之法律責任(二): 解構密醫罪之成立要件

The Legal Responsibilities of the
Surpassing the Scope of Medical Medical Behavior (II):
The Deconstructing the
Requirements for the Crime of Fake Doctor

王服清 Fu-Ching Wang*



摘要

未具合法醫師資格而執行醫療行為（業務）者，固然成立醫師法第28條之密醫罪；然而，醫師如係「逾越醫療行為（業務）範圍」，則不一定構成密醫罪。同理，未取得醫師及醫事專門職業人員資格者，如未依醫師指示，其執行醫療（輔助）行為（業務），始成立密醫罪；否則，應依各該醫事專門職業法規規定，論以處罰。

Those who are not legally qualified as medical practitioners (businesses) will certainly establish the fake doctor crime

*雲林科技大學科技法律研究所副教授（Associate Professor, Graduate School of Science and Technology Law, Yunlin University of Science and Technology）

關鍵詞：密醫（fake doctor）、逾越醫療行為（surpassing the scope of medical medical behavior）、醫療行為（medical behavior）、醫療業務（medical business）、醫療輔助人員（medical assistant）

DOI：10.3966/241553062021010051010

under Article 28 of the Doctors' Law. However, a doctor's "surpassing the scope of medical practice (business)" does not necessarily constitute a fake doctor crime. Similarly, those who have not obtained the qualifications of doctors and professional medical professionals fail to follow the instructions of the doctors, and they perform the medical (auxiliary) behavior (business) to establish the crime of fake doctor. Otherwise, they shall be punished according to the regulations of the professional medical regulations.

壹、案例

病人甲因肩部痠痛，前往中醫師乙所開設之中醫院看診，不具西醫師資格之中醫師乙認為甲需推拿，但卻在未開具紅外線烤照燈診療單之情況下，任由未受「指示」而僅係任職於該院之行政業務人員丙為甲執行紅外線烤照燈之照射。後由於丙擅自操作之疏失，致甲之肩部皮膚因照設時間過久而燙傷。試問：本件不具西醫師資格之中醫師乙執行物理治療業務，以及未受中醫師乙之指示且亦不具物理治療人員資格之丙對甲執行物理治療業務，二人是否皆構成密醫罪¹？

貳、案例爭點

中醫師乙與行政業務人員丙是否構成密醫罪，事涉渠等是否該當醫師法第28條之構成要件，本文依據上述案例事實，其

1 援引自臺灣高等法院暨所屬法院89年法律座談會刑事類提案第36號之案例事實。相關討論亦可參見王服清，*逾越醫療行為範圍之法律責任*（一）：論醫療行為與醫療輔助行為，*月旦醫事法報告*，47期，2020年9月，97-107頁。

爭點整理如下：

一、中醫師乙未具有西醫師資格，卻執行物理治療業務，乙是否構成醫師法第28條之密醫罪？倘中醫師乙兼具西醫師資格而為物理治療業務，是否構成密醫罪？

二、未經中醫師乙之指示，不具物理治療人員資格之丙逕自進行物理治療業務，丙是否構成醫師法第28條？

三、中醫師乙如在現場且指示未具物理治療人員資格之丙進行物理治療業務，丙是否構成醫師法第28條？倘中醫師乙未在現場但卻予以指示，情形是否有所不同？

參、解析

一、認識醫師法第28條之密醫罪

依現行醫師法第28條：「未取得合法醫師資格，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。但合於下列情形之一者，不罰：一、在中央主管機關認可之醫療機構，於醫師指導下實習之醫學院、校學生或畢業生。二、在醫療機構於醫師指示下之護理人員、助產人員或其他醫事人員。三、合於第十一條第一項但書規定。四、臨時施行急救。」之規定，如有符合此規定之行為，即所謂的密醫行為。

（一）醫療行為（業務）之定義

醫療行為與醫療業務之間存有不同的概念，但又彼此相互關聯。探詢何謂「醫療業務」之意涵時，應先釐清何謂「醫療行為」之定義，本文以下解析之。

1. 醫療行為

「醫療行為」之定義，無論醫師法或醫療法均未立法明