

【醫療刑事法】
藥師與密醫罪案：
論醫事人員義務違反
之歸責性

Case of Pharmacist and Fake Doctors:
On the Obligation for
the Breach of Duty of Medical Personnel

余萬能 Wan-Nan Yu *



摘要

本件消費者購買驗孕棒自行檢測，依結果顯示認為沒有懷孕，購買屬處方藥之事後避孕藥，藥師未取得處方箋即予販賣，其販賣處方藥之行為，究係屬調劑程序要件欠缺，依藥事法第50條受行政罰鍰處分已足？抑或係執行醫療業務，而該當醫師法第28條之構成要件，而應負密醫罪之刑事責任？本件歷審法院判決從有罪到無罪，甚具啟發性，本文乃參酌歷審判決理由，由醫療行為、藥師業務、處方調劑程序、驗孕試劑結果判讀等面向，以相關法律之競合關係，就本件行為之歸責性及如何適用法條，進行評析。

A customer bought a pregnancy test kit, having the test by

*東吳大學法律學系兼任助理教授 (Adjunct Assistant Professor, School of Law, Soochow University); 藥事品質改革協會理事長 (Chairperson, Quality Improvement for Pharmaceutical Affairs Association, Taiwan)

關鍵詞：調劑 (dispensing)、醫事人員 (medical personnel)、醫療行為 (Medical behavior)

DOI: 10.3966/241553062020010039005

Angle

herself, and the result was negative. Besides, she bought a morning-after pill which belonged to prescription, but the pharmacist sold her it without having prescription. Is the act selling prescription just a deficiency of elements of dispensing and to be punished for administrative penalty according to paragraph 50 Pharmaceutical Affairs Act? Or is this kind of act a fake doctor which is the element of paragraph 28 Physicians Act and to have a criminal obligation? This case has an instructive meaning, because it was sentenced guilty at first but not guilty in the end by courts. Comparing with the reasons of judgements, the competition between medical treatments would under the perspectives of the business of pharmacists, the procedure of dispensing, and the explanation of the pregnancy test be in this article analyzed and evaluated, including the obligation and the application of the norms.

壹、案件事實

綜合各審級確定之事實，告訴人係藥局熟客，常常來買避孕藥，於本件至該藥局買避孕藥，向被告（為藥局負責藥師）說明其生理期遲到一個月，被告先以新臺幣100元之價格販賣「驗孕棒」予告訴人，並說明如果有懷孕，「驗孕棒」將顯示兩條線，告訴人當場使用驗孕棒檢測後，與被告一起察看、確認檢測結果只有一條線，被告表示應該未懷孕，即在告訴人未提出醫師處方箋之情形下，以200元之價格販賣核屬處方用藥之「事後避孕藥」一盒予告訴人。

Angle

貳、判決理由

一、檢察官起訴理由

本件經告訴人提起告訴，檢察官以被告既為合格藥劑師，當知「事後避孕藥」含高劑量之黃體素，為確保用藥安全，須經醫師診斷後依處方給藥，且藥事法第50條亦明定須由醫師處方之藥品，非經醫師處方，不得調劑供應，然被告卻於判斷告訴人懷孕與否後，再販賣避孕藥給告訴人，顯已逾越藥師僅負責調劑之業務範圍，並牽涉到病症之判斷，而應屬醫療行為。基於被告未取得合法醫師資格而執行醫療業務之犯意，在藥局營業處所內，未取得醫師處方箋，仍販售事後避孕藥給告訴人，而以此方式執行醫療業務，提起公訴。

二、本件審理爭點整理

被告藥師除販賣處方藥外，是否另有診察、診斷或治療之客觀行為，以及其行為時主觀上有無以醫師自居，而為執行醫療業務行為之犯意¹？告訴人是否有以人體疾病、傷害殘缺等目的而向被告就醫求診？被告是否有為診察、診斷並為治療之目的而出售該藥品？如僅出售處方藥品之行為，是否屬醫師法第28條所定之醫療行為²？

三、臺灣新北地方法院107年度醫簡字第1號判決有罪之理由

一審法院以行為人責任為基礎，審酌被告既未取得合法醫師資格，竟因貪圖自身利益，未顧及他人醫療權益，逕自販售須醫師開立之處方藥品予民眾，有害於整體社會與民眾健康，復妨害主管機關對於醫療業務之監督及管理可能，被告所為應予非難。

1 臺灣新北地方法院107年度醫簡上字第1號刑事判決參照。

2 臺灣高等法院108年度醫上訴字第7號刑事判決參照。

Angle

四、臺灣新北地方法院107年度醫簡上字第1號判決無罪之理由

上訴審認為無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，致使無從形成有罪之確信，根據「罪證有疑，利於被告」之證據法則，即不得遽為不利被告之認定³。

告訴人此次前來藥局之目的原即欲「購買」避孕藥，以及被告於驗孕結果為告訴人「未懷孕」後旋即販賣避孕藥予告訴人，期間未有診察、診斷或治療行為，且被告於此過程中無另向告訴人收取額外診療費用之事實，核與一般藥局之藥師販賣藥物（不論是何種藥物）予顧客時，均不會另外收取診療費之常情尚屬相符。

藥師犯醫師法第28條之非法執行醫療業務罪，與其僅係違反藥事法第50條規定調劑或供應非經醫師處方之藥品予他人者，顯然有別，後者僅屬行政罰，而前者則屬刑罰，應受罪刑法定及嚴格證明原則所拘束，必其客觀上有診察、診斷或治療之客觀行為，而主觀上亦有以醫師自居，而為執行醫療業務行為之犯意，始該當其罪，兩者要難混為一談。亦即被告所為縱已逾越藥師僅負責調劑之業務範圍，仍非當然該當於醫師法第28條非法執行醫療業務罪之構成要件，且在缺乏證據積極證明被告另有診察、診斷或治療之客觀行為，且主觀上確有以醫師自居，而執行醫療業務行為犯意之情形下，猶難僅憑被告有販賣須醫師處方用藥之事實，即遽為被告不利之認定。

3 上訴審參照最高法院30年上字第816號、29年上字第3105號、40年台上字第86號及76年台上字第4986號判例意旨。

Angle

五、臺灣高等法院108年度醫上訴字第7號判決駁回檢察官上訴之理由

行為人非以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，且未從事診察、診斷、治療（指為了進行醫療決策所為的行為）或給予處方、用藥、施術或處置等行為（指基於醫療決策而為的各種行為），僅為無醫師處方箋而販售處方用藥之行為，即非屬醫師法第28條所稱醫療業務之行為。又在醫學意義上，診察、診斷係指對人體生理或精神疾病及其病理原因所作的判斷，其過程需要醫師綜合患者所描述之身體不適情形、通過各種醫療手段對患者進行身體檢查所獲知之身體徵兆、病患病史、以往臨床醫師的醫囑等資訊，來確定患者所患之病症或病情。

被告販售「事後避孕藥」予告訴人之前提，是顧客（告訴人）表示有事後避孕之需求，並非係於診察、診斷之結果，基於治療目的才販售「事後避孕藥」予告訴人。姑不論告訴人使用驗孕棒後，檢測結果是否準確，被告僅有販售驗孕棒予告訴人使用，並在告訴人使用後自行查看檢測結果時，協助、再次確認該驗孕棒顯示之客觀狀態，均非對人體生理或精神疾病及其病理原因所作的觀察、判斷，應非屬「診斷」或「診察」行為。藥師經營藥局，衡情確須考量藥局盈虧，目前在藥界的經營壓力很大，所以在熟客要求下，違法販賣「事後避孕藥」，亦無悖常理，無從據此認定被告係為治療之目的而出售事後避孕藥予告訴人。被告所為販售「事後避孕藥」予告訴人之過程，核與一般人至藥局購買藥物，大多會向藥局藥劑師說明身體症狀（如頭痛、流鼻水、肩膀痠痛等）、需求，藥師再推薦一般市售藥品（如普拿疼、綜合感冒藥）以供顧客自我判斷、選擇是否要購買等節，並無二致，實難謂被告出售藥品之行為即與醫師法第28條所定之醫療行為相當。

刑罰，應受罪刑法定及嚴格證明原則所拘束，必其客觀