

【醫療刑事法】
**藥師與密醫罪案：
臺灣與日本法院
之實務見解**

Case of Pharmacist and Fake Doctors:
The Legal Practices in Taiwanese Courts
and Japanese Courts

廖建瑜 Chien-Yu Liao*



摘要

關於醫師法第28條前段密醫罪之構成要件中所謂執行醫療業務，迭經主管機關多次函示，惟或有前後函示矛盾者，或者與保護法益相違，造成法院對於同一社會活動有不同之評價，本文以日本實務見解為借鏡，對於臺灣法院實務在適用本罪有何不當之提出說明，並就本件法院見解之提出針砭。

There are many rulings given by the administration about the practice of medical treatments as the element of the fake doctors according to paragraph 28 the former

*福建連江地方法院院長（Chief Judge, Fuchien Lienchiang District Court）

關鍵詞：明確性原則（legal certainty）、處方藥（prescription）、密醫罪（fake doctors）、藥療業務（medical practice）

DOI：10.3966/241553062020010039006



section Physicians Act, and yet there are still some contradictories between them, or some of the rulings are against the protected legal interests, and the court evaluates legally the same social activity differently as the consequence. Comparing with Japanese legal practice, the inappropriateness of legal practice on fake doctors in Taiwan would be in this article explained and the opinion of this court would be analyzed.

壹、案例事實、判決要旨與問題提出

一、案例事實

被告為藥局藥師販售驗孕棒給告訴人，經告訴人當場檢驗提示予被告表示有事後避孕之需求，被告明知事後避孕藥「愉婷錠」（Safe Plan）之藥盒及仿單上均清楚標示「須由醫師處方使用」等文字，在藥局營業處所內，未取得醫師處方箋下，販售上開事後避孕藥一盒予告訴人，經檢察官認被告涉犯醫師法第28條前段之未取得合法醫師資格而執行醫療業務罪嫌。

二、歷審判決要旨

本件原為檢察官聲請簡易判決處刑案件，經法院認被告係違反醫師法第28條論處有期徒刑6個月，並得易科罰金¹。復經檢察官及被告上訴，改判被告無罪²，又經檢察官上訴臺灣高等法院無罪確定³。無罪判決理由是以行為人非以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，且未從事診察、診

1 臺灣新北地方法院107年度醫簡字第1號刑事簡易判決。

2 臺灣新北地方法院107年度醫簡上字第1號刑事判決。

3 臺灣高等法院108年度醫上訴字第7號刑事判決。

Angle

斷、治療（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（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病人所描述之身體不適情形、透過各種醫療手段對病人進行身體檢查所獲知之身體徵兆、病人病史、以往臨床醫師的醫囑等資訊，來確定病人所患之病症或病情。被告販售「愉婷錠」予告訴人之前提，是顧客（告訴人）表示有事後避孕之需求，被告並非係於診察、診斷之結果，基於治療目的才販售「愉婷錠」予告訴人。本件被告所為販售事後避孕藥「愉婷錠」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。

三、問題提出

醫師法第28條除符合例外四種情形外，對於未取得合法醫師資格，執行醫療業務者，處6個月以上5年以下有期徒刑，得併科新臺幣30萬元以上150萬元以下罰金，其處罰甚重，然構成要件中何謂執行醫療業務，並未在醫師法或其施行細則中有所定義，因此，在率涉醫師法第28條案件中，法院最常見之爭點即為被告所為是否為醫療業務行為，以本件而言，藥師販售未附醫師處方箋之處方藥，以衛生福利部（下稱衛福部）102年度調查藥商、藥局共38529家次，現場查獲無處方箋販售處

方藥共219件⁴，根據財團法人台灣醫療改革基金會調查更有高達73%藥局亂賣處方藥⁵，究竟販售處方藥是否為專屬醫師所得執行之醫療業務？是否成立醫師法第28條第1項密醫罪？以下為本文之分析。

貳、醫師法第28條立法之法律分析

一、從憲法的角度

（一）職業選擇自由之限制

醫師法第28條之構成要件首先揭槩「未取得合法醫師資格」為本條適用之行為主體要件，依憲法第86條第2款規定，專門職業及技術人員執業資格，應經考試院依法考選銓定之。醫師從事醫療行為，不僅涉及病人個人之權益，更影響國民健康之公共利益，自須具備專門之醫學知識與技能，為確保具有醫學知識與技能，即以執業資格作為門檻。而醫師資格之取得，依醫師法第1～5條即規定何人能取得考試資格之積極條件及消極條件不得充任醫師資格，系爭規定對職業自由的限制屬於職業主觀資格限制⁶，醫師法上開取得醫師資格規定看似清楚，但卻引起大法官會議釋字第547號（對於僑字及僑中字中醫師證書之效力）、最高行政法院53年判字第159號判例（針對收復區開業醫事人員管理辦理而頒發之臺灣省醫師臨時證書之效力）及波蘭醫學院畢業生考試資格等爭議，但從限

4 食品藥物管理署，持續加強查核無處方箋販售處方藥，<https://www.mohw.gov.tw/cp-3200-22176-1.html>（瀏覽日期：2019年11月8日）。

5 財團法人台灣醫療改革基金會，揭露健保藥局5大「藥」命指數，<https://www.thrf.org.tw/archive/1410>（瀏覽日期：2019年11月8日）。

6 李惠宗，德國基本法所保障之職業自由——德國聯邦憲法法院有關職業自由保障判決之研究，收錄於：司法院編，德國聯邦憲法法院裁判選輯（七）——職業選擇自由與工作權，司法院，1997年6月，23頁。



制本身來看，依大法官會議釋字第584號解釋認為人民之工作權為憲法第15條規定所保障，其內涵包括人民選擇職業之自由。人民之職業與公共福祉有密切關係，故對於從事一定職業應具備之資格或其他要件，於符合憲法第23條規定之限度內，得以法律或法律明確授權之命令加以限制。然對職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等執行職業之自由，立法者為公共利益之必要，即非不得予以適當之限制。至於人民選擇職業應具備之主觀條件，如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為重要之公共利益存在，且屬必要時，方得為適當之限制。因此，醫師法第28條限制具有醫師資格方得從事醫療業務，相對於非具有醫師資格之人，基於公共利益之必要，對於職業選擇所產生之限制，尚非憲法上所不許。醫師資格之取得為職業選擇自由主觀條件之限制，該條件是人民憑一己能力可以滿足或避免的，在採中度審查之方法下應無違反憲法所保障職業自由之虞。

在臺灣實務上違反醫師法第28條案件，鮮見主張關於醫療業務之定義過廣，違反憲法上所保障職業選擇之自由，然而，在日本實務對於日本醫師法第17條「醫業」之定義過廣，導致許多行為違反同法第31條第1項無醫師執照執行醫療業務罪，認為侵害日本憲法第22條所保障職業選擇自由，卻是常見抗辯事由。例如，昭和34（1959）年7月8日本最高裁判所大法庭就齒科技工士（相當於臺灣牙體技術士）獨立從事假牙的印模、咬合、試帶、嵌入等屬於齒科醫師業務範圍，而違反非齒科醫師不得為之規定⁷，認為成立無照行醫罪案中，被告辯護人即提出上開行為受到限制，違反憲法第22條第1項所保

7 齒科醫師法第17條、第29條第1項第1款。

障之職業選擇⁸。又如平成9（1997）年9月30日日本最高裁判所第一小法庭針對非具有醫師資格，從事為了隱形眼鏡之處方所進行檢驗、穿脫之行為，認為屬於醫療行為之概念案中，被告辯護人亦主張擴大認定醫療行為違反憲法第22條第1項職業選擇之自由⁹。雖然在臺灣實務尚無相關違憲主張，但日本法院普遍看法認為，無醫師資格不得執行醫療業務，對於違反者加以刑事處罰，是為了維護國民保健衛生及健康危險防止之目的，所為必要之合理處置，因此並無憲法第22條第1項之違反¹⁰。

（二）刑罰手段之比例原則與明確性

1. 刑罰手段之比例原則

醫師法第28條規定若非具有醫師資格執行醫療業務有刑事責任，刑期為6個月以上5年以下，並得併科新臺幣30萬元以上150萬元以下罰金，相較其他專門職業，如教師、建築師並無相類似刑責；會計師於會計師法第69條及第71條有相關規定刑期則為5年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣60萬元以上300萬元以下罰金；律師則於律師法第48條及第50條有類似規定，惟最重刑期1年以下有期徒刑，得併科新臺幣3萬元以上15萬元以下罰金。至於其他醫事人員如藥師¹¹、護理人員¹²、聽

8 最高裁昭和33年（あ）第411号，同34年7月8日大法庭判決，刑集，13卷7号，1132頁。

9 最高裁第一小法庭平成9年9月30日判決，平成6年（あ）第1215号，刑集，51卷8号，671頁。

10 平成30年11月14日平成29年（う）第1117號大阪高等裁判所針對刺青是否違反醫師法第17條案件中，雖改判被告無罪，但未脫上開基本原則，只是強調所限制從事之行為須與預防衛生及健康相關聯性，該案目前上訴最高裁中。

11 藥師法第24條。

12 護理人員法第37條。