

康養學會教材：
《醫師與醫療輔助人員「逾越醫療行為(業務)」界限之法律責任》

作者：王服清
國立雲林科技大學科技法律研究所//德國慕尼黑大學法學博士

目錄

前言

壹、案例

貳、法律爭點

參、結論與建議

肆、醫師法第 28 條(密醫罪)之刑事責任

伍、醫師法第 28 條之 4 之行政秩序罰

陸、醫師法第 25 條之懲戒責任

柒、醫療輔助人員之責任

扒、按摩 vs. 推拿

玖、美容行為

前言

醫師「逾越中醫醫療行為(業務) 界限」不是醫師法第 28 條(密醫罪)之法定要件，而應該構成醫師法第 28 條之 4 之行政秩序罰事由。未具物理治療人員資格者且未依醫師指示執行物理治療業務，應論以醫師法第 28 條(密醫罪)之罪名。但其受「醫師指示」執行物理治療業務，應論以物理治療師法第 32 條第 1 項之罪名。

壹、案例

甲病人因肩部酸痛，前往中醫師乙所開設之中醫院看診，乙認甲需推拿，為使甲皮膚溫熱以減少推拿時之疼痛，先行開具紅外線烤照燈診療單，同時「指示」醫院內僅擔任行政業務且未具物理治療人員資格之丙為甲執行紅外線烤照燈照射物理治療業務，乙未在現場指示監督，丙因操作疏失致甲肩部皮膚因照設時間過久而燙傷，則乙「逾越中醫醫療行為(業務)」界限，乙與其醫療輔助人員應負如何之責任¹？

貳、法律爭點

乙中醫師「逾越中醫醫療行為(業務)」界限，乙與其醫療輔助人員應負之法律責任涉及到以下醫師法及醫療法之探討：

- 1.是否構成醫師法第 28 條之刑事責任(所謂的密醫罪)?
- 2.違法或不正當醫療行為是否構成醫師法第 28 條之 4 之行政秩序罰?
- 3.違法或不正當醫療行為是否構成醫師法第 25 條之懲戒責任?
- 4.乙中醫師指示醫療輔助人員執行醫療業務行為，醫療輔助人員之責任為何?

一、醫師法第 28 條(刑事責任)

醫師法第 28 條(民國 81 年 07 月 29 日修正)：「I.未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者，處 1 年以上 3 年以下有期徒刑，得併科新台幣 3 萬元以上 15 萬元以下罰金，其所使用之藥械沒收之。但合於左列情形之一者，不在此限：1.

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 號民國 89 年 11 月 00 日之案例事實。

在中央衛生主管機關認可之醫院，於醫師指導下實習之國內醫學院、校學生或畢業生。²。2.在醫療機構於醫師指示下之護士、助產士或其他醫事人員²。3.合於第 11 條第 1 項但書規定者。四、臨時施行急救者。II.犯前項之罪因而致人傷害或死亡者，應依刑法加重其刑至 2 分之 1，並負損害賠償之責。」

醫師法第 28 條(民國 91 年 01 月 16 日修正)：「未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者，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，其所使用之藥械沒收之。但合於下列情形之一者，不罰：1.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。2.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。3.合於第 11 條第 1 項但書規定。四、臨時施行急救。」

醫師法第 28 條(民國 105 年 11 月 30 日修正)(現行有效條文)：「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。但合於下列情形之一者，不罰：1.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。2.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。3.合於第 11 條第 1 項但書規定。四、臨時施行急救。」

二、醫師法第 28 條之 4 之行政秩序罰

(舊)醫師法第 25 條(民國 75 年 12 月 26 日修正)(行政秩序罰)：「醫師於業務上如有違法或不正當行為，得處 1 個月以上 1 年以下停業處分或撤銷其執業執照。」

民國 91 年 01 月 16 日修正新增醫師法第 28 條之 4(現行有效條文)並將(舊)第 25 條(行政秩序罰)所定業務上違法或不正當行為，列舉其可具體認定的 5 種違法定事實，並規定其為秩序罰事由如下：「醫師有下列情事之一者，處新臺幣 10 萬元以上 50 萬元以下罰鍰，得併處限制執業範圍、停業處分 1 個月以上 1 年以下或廢止其執業執照；情節重大者，並得廢止其醫師證書：一、執行中央主管機關規定不得執行之醫療行為。二、使用中央主管機關規定禁止使用之藥物。三、聘僱或容留違反第 28 條規定之人員執行醫療業務。四、將醫師證書、專科醫師證書租借他人使用。五、出具與事實不符之診斷書、出生證明書、死亡證明書或死產證明書。」

三、醫師法第 25 條之懲戒責任

(舊)醫師法第 25 條(民國 75 年 12 月 26 日修正)(行政秩序罰)：「醫師於業務上如有違法或不正當行為，得處 1 個月以上 1 年以下停業處分或撤銷其執業執照。」

之後，於民國 91 年 01 月 16 日修正當時醫師法第 25 條係行政秩序罰之事由規定，將屬於醫學倫理層次之業務上違法或不正當行為之處理，改以懲戒方式為之，並依現行實務運作經驗，分款予以明定，且為避免掛一漏萬，並於第 5 款為概括規定。至於可具體認定其違規事實者，另於修正條文第 28 條之 4(行政秩序罰)規定，直接由主管機關予以處罰³。

故民國 91 年 01 月 16 日修正而迄今現行有效條文的醫師法第 25 條(懲戒事由)：「醫師有下列情事之一者，由醫師公會或主管機關移付懲戒：一、業務上重大或重複發生過失行為。二、利用業務機會之犯罪行為，經判刑確定。三、非屬醫療必要之過度用藥或治療行為。四、執行業務違背醫學倫理。五、前 4 款及第 28 條之 4 各款(5 種秩序罰事由)以外之業務上不正當行為。」

四、醫療輔助人員之責任

²行政院衛生署衛署醫字第 989683 號函民國 80 年 12 月 31 日要旨：所稱其他醫事人員係指領有行政院衛生署核發之藥師、醫事檢驗師、藥劑生、醫事檢驗生及其醫事專門職業證書之人員而言。

³民國 91 年 01 月 16 日修正醫師法第 25 條立法理由

物理治療師法第 32 條：「I.未取得物理治療師或物理治療生資格而執行物理治療業務者，處 3 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。但在物理治療師指導下實習之相關物理治療系、組、科學生或取得畢業證書日起六個月內之畢業生，不在此限。II.犯前項之罪因而致人於死或重傷者，應依刑法加重其刑至 2 分之 1。」須注意的是，該條之適用係以未具物理治療師或物理治療生資格，但其取得醫師開具診斷、照會或醫囑後而為物理治療之行為之情形⁴。

(舊)醫療法第 41 條(民國 75 年 11 月 24 日訂定)：「醫療機構之負責醫師，應督導所屬醫事人員，依各該醫事專門職業法規規定，執行業務。」

醫療法第 57 條(民國 93 年 04 月 28 日修正)：「醫療機構應督導所屬醫事人員，依各該醫事專門職業法規規定，執行業務。」

醫療法第 57 條(民國 101 年 12 月 12 日修正)(現行有效條文)：「I.醫療機構應督導所屬醫事人員，依各該醫事專門職業法規規定，執行業務。II.醫療機構不得聘僱或容留未具醫事人員資格者，執行應由特定醫事人員執行之業務。」

醫療法第 103 條(民國 101 年 12 月 12 日修正)(現行有效條文)第 1 項：「有下列情形之一者，處新臺幣 5 萬元以上 25 萬元以下罰鍰：……三、醫療機構聘僱或容留未具醫師以外之醫事人員資格者，執行應由特定醫事人員執行之業務。」

叁、結論與建議

中醫師乙開具紅外線烤照燈診療單，「指示」醫院內未具物理治療人員資格之丙為甲執行紅外線烤照燈照射物理治療業務。然該物理治療業務屬西醫醫療業務領域，自僅具有西醫師資格之醫師始得為之。丙因操作疏失致甲病人燙傷，乙執行屬西醫醫療業務領域，已逾越「中醫醫療行為(業務)」界限，乙與其輔助人員應各負不同的責任。

一、就中醫師乙而言

中醫師乙不具西醫師資格開具紅外線烤照燈診療單，依前行政院衛生署衛署醫字第 0900076266 號函以及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 號討論意見乙說以及決議採修正後乙說之見解，認為中醫師不具西醫師資格逾越其所得執行之醫療界限，而執行西醫師之醫療業務專業界限，符合(舊)醫師法第 28 條(民國 81 年 07 月 29 日修正)「擅自執行醫療業務」之『擅自』，構成「非合法醫師資格，禁止執行醫療業務」之判斷，應受刑罰之制裁。

但若依司法院釋字第 404 號民國 85 年 05 月 24 日解釋文、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 號民國 89 年 11 月討論意見甲說(違法或不正當醫療行為、行政院衛生署 89 年 6 月 22 日衛署醫字第 89029975 號函、行政院衛生署 71 年 3 月 18 日衛署醫字第 370167 號函大部分見解似乎採中醫師乙僅違反(舊)醫師法第 25 條(民國 75 年 12 月 26 日修正)行政罰規定，而非(舊)醫師法第 28 條之刑罰規定。

吾人認為，中醫師乙執行西醫師之醫療業務專業界限，僅是違反醫師法及醫師法施行細則關於醫師專業分工之規定界限，應當構成(舊)醫師法第 25 條所定「業務上違法或不正當行為」之行政秩序罰事由，而非根本未取得合法醫師資格，不能因中醫師乙「逾越其所得執行之醫療界限」，即言構成(舊)醫師法第 28 條之「未取得合法醫師資格」以及「擅自執行醫療業務」之刑罰構成要件，若法院如據以判罪，顯屬擴張解釋，無任何法律規定為(舊)醫師法第 28 條之刑罰構成要件，違反罪刑法定主義之原則。

進一步，就近期新修正的法規而言，(舊)醫師法第 25 條更改於民國 91 年 01 月 16 日修正新增醫師法第 28 條之 4(現行有效條文)。中醫師乙執行西醫師之醫療業務專業界限，應構成醫師法第 28 條之 4 第 1 款「執行中央主管機關規定不

⁴參見刑事法律問題座談民國 87 年 09 月 07 日司法院第 40 期司法業務研究會，刑事法律專題研究(16)(88 年 5 月版)，頁 427-437。

得執行之醫療行為」，處罰鍰等之秩序罰。

此外，依醫療法第 57 條第 2 項，醫療機構不得聘僱或容留未具醫事人員資格者，執行應由特定醫事人員執行之業務，中醫院應依醫療法第 103 條第 1 項第 3 款「醫療機構聘僱或容留未具醫師以外之醫事人員資格者」，執行應由特定醫事人員執行之業務，處新臺幣 5 萬元以上 25 萬元以下罰鍰。

二、未具物理治療人員資格之丙而言

未具物理治療人員資格且未依醫師指示，執行物理治療業務，僅論以醫師法第 28 條第 1 項之罪名；而未具物理治療人員資格之丙，但受「醫師指示」執行物理治療業務，應論以物理治療師法第 32 條第 1 項之罪名。

肆、醫師法第 28 條(密醫罪)之刑事責任

一、醫療行為(業務)之定義

醫師法第 28 條(現行有效條文)：「未取得合法醫師資格，執行『醫療業務』者，……。」，符合此規定之行為，即所謂的密醫行為。何謂『醫療業務』之意涵？應先釐清何謂『醫療行為』之定義。

『醫療行為』之定義，醫師法及醫療法均未為立法明定解釋之⁵。然而，從醫師法第 12 條規定，醫師執行業務時，應製作病歷，記載病人姓名、……、病名、「診斷及治療情形」，以及從同法第 11 條亦規定：醫師非親自「診察」，不得施以「治療」，可推論得知，所謂醫療行為，應指「診斷」、「診察」及「治療」、「處方用藥」之行為而言⁶。既曰「醫療」，乃重於「醫治」或「治療」等直接涉及可使病情變化之行為而言⁷。

最高法院 85 年台上字第 6052 號判決認為：所謂「醫療行為」，大抵分為診察、治療、處方及調劑等四步驟，著重於「醫治」或「治療」等直接涉及可使病情變化之行為者而言。從而凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，進而為診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處分、用藥、施行手術或處置等行為的全部或一部的總稱⁸。

依行政院衛生署函示⁹，醫療行為之定義係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健¹⁰為目的，所為之診察、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、施術或處置等行為之全部或一部的總稱。此一定義，於醫師、中醫師、牙醫師均適用之¹¹。

所謂「執行醫療業務」，係指以繼續之意思，反覆實施同種類之行為為目的之社會活動，無論受其診治之人數多少，或同一人受診之次數多少，均屬一個業務行為¹²，為集合犯之實質上一罪¹³，自無連續犯可言¹⁴。

「極超短波治療器」之工作原理、功能、用途及使用方法等如涉及對病人施予治療，係屬醫療業務¹⁵。又以「紅外線烤照」為患者照射，以便推拿，應屬醫療

⁵司法院(84)廳刑一字第 07260 號民國 84 年 04 月 13 日刑事法律問題研究第 11 輯，頁 321-324。

⁶行政院衛生署衛署醫字第 107880 號函民國 65 年 04 月 06 日：醫師法第 28 條釋義有關「擅自」之涵義

⁷司法院(84)廳刑一字第 07260 號民國 84 年 04 月 13 日刑事法律問題研究第 11 輯，頁 321-324。

⁸最高法院 85 年台上字第 6052 號判決

⁹行政院衛生署衛署醫字第 8306227 號函 83 年 10 月 27 日；行政院衛生署衛署醫字第 89029975 號函民國 89 年 6 月 22 日

¹⁰行政院衛生署衛署醫字第 1001162 號函民國 81 年 01 月 06 日

¹¹行政院衛生署衛署醫字第 83068006 號函民國 83 年 11 月 28 日

¹²臺灣高等法院 95 年度上易字第 1765 號 刑事判決民國 95 年 11 月 28 日

¹³臺灣高等法院 103 年度醫上更(一)字第 2 號刑事判決民國 103 年 09 月 10 日

¹⁴臺灣高等法院 87 年度上易字第 4081 號刑事判決民國 87 年 09 月 21 日

¹⁵行政院衛生署授藥字第 1000000655 號民國 100 年 02 月 21 日

業務¹⁶。

法務部認為¹⁷，為人量血壓及抽血檢驗，屬於「醫療行為」，未取得合法醫師資格，擅自執行此二項業務者，成立醫師法第 28 條第 1 項之罪責。疾病之檢查、診斷與治療，係醫療業務行為之整體連續作業。醫事檢驗結果，旨在提供醫師診斷或決定方針之參考數據。因此，為人抽血檢驗及量血壓，顯涉及診斷，自屬醫療行為¹⁸。前行政院衛生署也認為，醫事檢驗所擅自派員赴外為民眾抽血檢驗，除其行為人得依違反醫師法第 28 條規定論處外，對於開設該醫事檢驗所之負責醫事檢驗師，如與行為人涉有犯意之聯絡，得一併移司法機關審理¹⁹。

然而，司法院不同於法務部，持另一見解認為，某甲為販賣血壓計等醫療器材(該醫療器材均非管制之違禁品)，在無醫師之指導下，擅自請合格之醫事檢驗人員乙及合格之護士丙，在場為路人義務量血壓及抽血檢驗，然後告以檢驗之結果(但未告以患何病，只說明檢驗結果之數據)，甲、乙、丙三人均不構成醫師法第 28 條第 1 項前段之密醫罪²⁰，其理由為：1.醫師法第 28 條第 1 項前段之密醫罪，係以未取得合法醫師資格者，擅自執行醫療業務為其犯罪之構成要件。本件單純之量血壓及對病患提出檢驗報告，顯難認屬於可使病情變化之醫療行為；2.行政院衛生署 71 年所公布之「醫事檢驗人員管理規則」第 15 條係謂：醫事檢驗人員除從事「醫事檢驗工作」並「出具檢驗報告」外，不得對患者予以「診斷」或「治療」，乃將「醫事檢驗工作」，「出具檢驗報告」、「診斷」、「治療」四者分別予以列舉，顯見「檢驗工作」及「出具檢驗報告」之行為，並不屬於「診斷」或「治療」之行為。因此臺灣省政府衛生處²¹及行政院衛生署各函²²認未在醫師指示下之量血壓、抽血檢驗行為，屬於醫師法第 28 條第 1 項前段之醫療行為，顯屬擴張解釋，蓋無任何法律規定上開檢驗報告只能對醫院、診所或醫師提出，亦無任何法律規定上述之檢驗行為應屬醫療之一部分。法院如據以判罪，亦屬違反罪刑法定主義之原則。

依藥事法第 8 條規定，製劑分為醫師處方藥品、醫師藥師藥劑生指示藥品、成藥及固有成方製劑。同法第 50 條，須由醫師處方之藥品，非經醫師處方，不得調劑供應。又醫療工作之診斷、處方、手術、病歷記載、施行麻醉等醫療行為，應由醫師親自執行²³。中藥販賣業者販售須經中醫師處方之中藥，如涉及診斷，

¹⁶行政院衛生署衛署醫字第 89029975 號函民國 89 年 6 月 22 日

¹⁷法務部(80)法檢(二)字第 1121 號民國 82 年 08 月 25 日問題

¹⁸乙說(否定說)：所謂「醫療」，所重者顯在於「醫治」或「治療」等直接涉及可使病情變化之行為而言。至於單純之抽血檢驗及量血壓之行為，如未與「診斷」或「治療」之行為相結合時，顯難認係「醫療行為」。縱使未具醫師資格者，單純執行此二項業務，亦不成立醫師法第二十八條第一項之罪責(台中高分院 79 年度上易字 799 號刑事判決)。審查意見：擬採乙說(否定說)。座談會研討結果：同意審查意見採乙說(否定說)。法務部檢察司研究意見：依行政院衛生署一向見解，測量血壓及抽血檢驗係屬醫療行為，惟如足認定僅係單純為人測量血壓或抽驗血液，而未涉及診斷者，應不構成醫師法第 28 條第 1 項之罪(參見行政院衛生署 79 年 02 月 03 日衛署醫字第 850367 號函)。

¹⁹行政院衛生署衛署醫字第 86019333 號函民國 86 年 07 月 10 日

²⁰司法院(84)廳刑一字第 07260 號民國 84 年 04 月 13 日刑事法律問題研究第 11 輯，頁 321-324。

²¹臺灣省政府衛生處 78 衛 1 字第 56963 號函民國 78 年 8 月 10 日：醫事檢驗人員未在醫師之指導下，受僱於一般商業，為人抽血檢驗，應屬醫療行為。

²²行政院衛生署衛署醫字第 134339 號函民國 68 年 6 月 16 日、衛署醫字第 684017 號函民國 78 年 8 月 16 日、衛署醫字第 891149 號函民國 79 年 8 月 7 日：醫事檢驗人員管理規則第 15 條所稱之檢驗報告應向醫院、診所或醫師為之。因此為醫療行為之一部分階段行為，而病患並不具對檢驗報告作診斷之能力，自無向其報告之理，醫事檢驗人員無醫師之指示逕以為人檢驗，應以擅自執行醫療行為為論。參見司法院(84)廳刑一字第 07260 號民國 84 年 04 月 13 日刑事法律問題研究第 11 輯，頁 321-324，甲說(即肯定說)之見解。

²³臺灣高雄地方法院 96 年度醫訴字第 10 號刑事判決民國 97 年 02 月 14 日；行政院衛生署衛署醫字第 84032858 號函民國 84 年 07 月 18 日

應受醫師法第 28 條規定之規範。未涉及診斷者，應屬違反藥事法第 50 條之相關規定。中藥販賣者販售醫師、藥師、藥劑生指示藥品、成藥及固有成方製劑等行為，未涉及診斷者，不屬於醫療行為亦未違反藥事法相關規定²⁴。

無中醫師資格之中藥商，依藥事法第 103 條規定²⁵，得販賣中藥材，非屬中醫師處方藥品，或依固有成方調配而成之傳統丸、散、膏、丹、及煎藥。(目前主管機關依同法第八條所審定之固有成方約有百餘種)。茲有中藥商對於客戶即患者，於察言觀色幾經交談詢問病情後，當場依固有成方調劑藥散賣予，該藥商有無違反醫師法第 28 條規定？研討結論：醫療行為之認定屬事實問題保留。研究員研究意見²⁶：

甲說：按辨證施治是中醫師診治疾病的基本原則，辨證的過程，首先採用望、聞、問、切等四種方法，四者兼用固兼之，只用其一或其二，即有「望」或「問」，亦不失為中醫師診治疾病之方法。該藥商既「望」又「問」，復投與藥物，應屬著手於中醫師之辨證施治，應有違反醫師法第 28 條規定。

乙說：藥事法第 103 條既准中藥商調配固有成方之藥散並販賣，則販賣之前對患者就該固有成方之療效予以解說並與之相望交談，乃販賣之必要及當然行為，應無違反醫師法情事。

藥事法第 103 條第 2 項人員(即列冊中藥商)其業務範圍包括「中藥材及中藥製劑之輸入、輸出及批發；中藥材及非屬中醫師處方藥品之零售；不含毒劇中藥材或依固有成方調配而成之傳統丸、散、膏、丹、及煎藥。」，未包括「中醫師處方藥品之調劑」，倘受理消費者持中醫師處方箋調劑者，即違反藥師法第 24 條之規定；若非依中醫師處方箋調劑者，則其供應「限中醫師處方使用」之藥品，尚違反藥事法第 50 條之規定²⁷。

行政院衛生署衛署醫字第 161156 號民國 66 年 09 月 09 日：領有縣市政府藥商許可執照之中藥商於出售中藥時：1.並無替買藥之病者診斷病情及正確判斷病情之義務。2.必須中醫師處方之中藥，如無中醫師處方，中藥商有拒絕出售中藥，而命病者前往醫師診治之義務。3.中藥商得僅依據病者陳述之病情按照「固有成方」抓藥出售與病者。4.中藥商前款之抓藥行為，不違反醫師法第 28 條之規定。若病者患有肺炎及肺水腫，向中藥商買藥，病者未能說明其真正病情，而中藥商亦未予診斷，不知其真正病情，僅依據病者陳述其患者腰酸背痛及敗腎，逕依「補陰湯」固有成方抓藥出售與病者服用，致因肺炎及肺水腫死亡，該中藥商對其死者不負有延誤病者正確醫治機會之過失責任。

行政院衛生署衛署醫字第 131621 號民國 65 年 12 月 13 日：中醫把脈行為，屬診斷行為，亦為醫師法第 28 條規定之醫療業務之行為。但未具中醫師資格人員，在中醫師親自指導下，替人把脈，依同條但書規定，不屬擅自執行醫療業務。

²⁴行政院衛生署衛署醫字第 84032858 號函民國 84 年 07 月 18 日

²⁵修正藥事法第 103 條條文中華民國 87 年 6 月 24 日公布：「I.本法公布後，於六十三年五月三十一日前依規定換領中藥販賣業之藥商許可執照有案者，得繼續經營第十五條之中藥販賣業務。八十二年二月五日前曾經中央衛生主管機關審核，予以列冊登記者，或領有經營中藥證明文件之中藥從業人員，並修習中藥課程達適當標準，得繼續經營中藥販賣業務。II.前項中藥販賣業務範圍包括：中藥材及中藥製劑之輸入、輸出及批發；中藥材及非屬中醫師處方藥品之零售；不含毒劇中藥材或依固有成方調配而成之傳統丸、散、膏、丹、及煎藥。III.上述人員、中醫師檢定考試及格或在未設中藥師之前曾聘任中醫師、藥師及藥劑生駐店管理之中藥商期滿三年以上之負責人，經修習中藥課程達適當標準，領有地方衛生主管機關證明文件；並經國家考試及格者，其業務範圍如左：一 中藥材及中藥製劑之輸入、輸出及批發。二 中藥材及非屬中醫師處方藥品之零售。三 不含毒劇中藥材或依固有成方調配而成之傳統丸、散、膏、丹、及煎藥。四 中醫師處方藥品之調劑。前項考試，由考試院會同行政院定之。」

²⁶刑事法律問題座談會議日期民國 87 年 09 月 07 日司法院第 40 期司法業務研究會法律問題研討第 1 則

²⁷行政院衛生署衛中會藥字第 0950003832 號民國 95 年 04 月 11 日

行政院衛生署衛署醫字第 88782 號民國 65 年 01 月 23 日：所謂「配方」，乃係依據醫師處方調配藥品之行為。「調劑」則為改變藥品之原有劑型或將二種以上之藥品混合交付病患之行為。兩者皆應憑醫師處方為之；但藥劑師（生）依國民處方選輯及中藥販賣業者依固有成方調劑者不在此限。又藥品販賣業者門售應憑醫師處方之單劑藥品時，可不受調劑設備之限制。中藥販賣業者依據中醫師處方交付藥劑，屬於配行為。藥房應購買人之要求為服用方便，將所賣之單一藥片研磨分包，不屬調劑行為。如為二種以上之藥片磨粉混和後使用，則仍視為調劑。

醫療行為僅有取得醫師（即俗稱之西醫）或中醫師之資格，且領有醫師證書者，始得為之，而所謂之醫療費用，當係指因醫療行為所支出之費用始足稱之。本件上訴人主張其因系爭車禍支出醫療費用乙節，雖據其提出台灣省國術會損傷推拿整復委員會傷情說明書為證，然國術館所謂之治療行為，非我國醫師法及醫療法所規範之醫療行為，上訴人若不喜西醫，則應選擇中醫師治療，其未能舉證證明其至國術館之整復行為為醫師所指示之醫療行為，以此請求醫療費用，即非有據²⁸。

如非由醫師或其他之醫事人員等依醫師法、藥師法等專門職業人員法律規定於各該專門職業領域內所為者，無從確認並保證其品質，即難認係屬全民健康保險體制內之醫療服務。是以，醫師法第 28 條明文禁止未取得合法醫師資格者，擅自執行醫療業務，傷科治療處置既係全民健康保險體制下得申報醫療費用之醫療項目，即應由取得合法中醫師資格者親自提供服務，又中醫師雖可指示助理人員進行後續之推拿而申報健保醫療費用，惟該助理人員，當仍係指依專門職業法律規定取得施行推拿證照之人員，始得對保險人為醫療費用之請求²⁹。

二、刪除『擅自』作為構成要件

醫師法第 28 條以前，始終存在「擅自執行醫療業務」之『擅自』為構成要件，於民國 105 年 11 月 30 日修正現行有效條文時予以刪除，但經查詢立法理由，為何刪除『擅自』之文字，不得而知。吾人認為刪除『擅自』之文字，似乎是贅文並不影響「非合法醫師資格，禁止執行醫療業務」之判斷，然而若存有『擅自』之文字，也僅能強化說明「未有執行醫療行為(業務)之權限」而已，其存在與否，並非關鍵之構成要件。僅管如此，仍然可以用『擅自』之文字，詮釋「未有執行醫療行為(業務)權限」之情形。以下均屬擅自執行醫療業務而違反醫師法第 28 條之情形，所謂的密醫罪：

1. 未具醫師資格，執行醫療業務者，例如書寫病歷表之診斷行為³⁰、為病患診察病情並依其主訴開給方劑³¹、為人抽血檢驗及量血壓³²。合法醫師之釋義³³：1. 中華民國人民經考試院醫師考試及格，領有醫師考試及格證書者。2. 領有中央衛生主管機關核發之醫師證書者。前項所稱之醫師，包括「醫師」、「中醫師」、「牙醫師」；
2. 儘管醫療輔助人員受醫師在場指導，但仍應由醫師親自執行之醫療行為之診斷行為，由非醫師執行者³⁴，例如書寫病歷表³⁵；

²⁸臺灣高等法院 102 年度上易字第 27 號民事判決民國 102 年 06 月 25 日

²⁹臺北高等行政法院 101 年度訴字第 370 號判決民國 101 年 09 月 19 日

³⁰行政院衛生署衛署醫字第 8306227 號函民國 83 年 10 月 27 日

³¹行政院衛生署衛署醫字第 83068006 號函民國 83 年 11 月 28 日

³²衛生署衛署醫字第 907832 號函民國 79 年 11 月 20 日：不論是否具有醫事檢驗師資格，其未依醫師開具之檢驗單，擅自為人抽血檢驗，顯涉及診斷，自屬構成違反醫師法第 28 條規定擅自執行醫療業務行為。至本案經臺灣高等法院臺中分院刑事判決民國 79 年度上易字 799 號判決無罪乙節，為防止類似情形發生，嗣後於移送法辦時，應於移送理由加強敘述說明，以供司法機關審判參考。

³³行政院衛生署衛署醫字第 107880 號函民國 65 年 04 月 06 日

³⁴行政院衛生署衛署醫字第 107880 號函民國 65 年 04 月 06 日；衛署醫字第 116054 號函民國 65

3. 醫療輔助人員未經醫師指示，逕自執行任何醫療行為³⁶；

4. 中醫師不具西醫師資格逾越其所得執行之醫療範圍，而執行西醫師之醫療業務專業範圍³⁷。反之，兼具醫師、中醫師雙重資格，得為之³⁸。

其他之醫療行為(業務)得由醫療輔助人員，在醫師指導下執行之醫療行為，不視為擅自執行醫療業務，但該行為應視為指導醫師之行為³⁹。

為病人洗牙、拔牙及蛀牙之磨牙、填補等均屬醫師法第 28 條所稱之醫療業務⁴⁰，又有關牙科之牙體復形、根管治療、牙週病治療等處置，應由牙醫師親自為之⁴¹；未取得合法醫師資格而擅自從事應由牙醫師親自為之醫療行為，自屬醫師法第 28 條所禁止之事項；而雖具有合法醫師資格，明知他人不具醫師資格，仍基於犯意聯絡與行為分擔而使他人從事上開醫療行為，仍得成立醫師法第 28 條前段之罪之共同正犯⁴²。醫師法第 28 條固以未具合法醫師資格為犯罪構成要件之一，然如未具合法醫師資格者與具合法醫師資格者共同犯該罪，自非不能成立共同正犯⁴³。

醫事人員於醫療機構內以提供辦理執業登記在案之醫事服務項目為限，醫療機構如逕自聘用或增聘**非醫事人員執行拔罐、刮痧等民俗調理服務，非醫事人員之民俗調理從業人員係擅自執行醫療業務**⁴⁴；醫療機構係屬容留非醫療人員擅自執行醫療業務⁴⁵。非醫事人員之民俗調理從業人員擅自執行『推拿』之醫療行為者，應依醫師法第 28 條規定論處；醫療機構容留違反醫師法第 28 條規定之人員執行醫療業務，依醫療法第 108 條⁴⁶規定論處⁴⁷。

三、臺灣高等法院法律座談會之乙說見解

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 號民國 89 年 11 月討論意見乙說(醫療業務行為)認為，自(舊)醫療法第 41 條(民國 75 年 11 月 24 日訂定)觀之，醫療為一群體作業工作，除專屬於醫師始能為之外，其餘醫療行為得在醫師指示監督下由醫療輔助人員為之，但該行為所生之責任應由指示醫師負責⁴⁸。倘僅具有醫師、中醫師或牙醫師中之一種資格，卻逾越其所得執行之醫療範圍，親自或指示醫療輔助人員執行其他類別之醫療業務者，就該項醫療業務而言，仍屬未取得合法醫師資格⁴⁹。使用紅外線烤照燈既屬西醫醫療業務領域，

年 6 月 14 日；臺灣新竹地方法院 99 年度訴字第 185 號刑事判決民國 100 年 11 月 25 日；行政院衛生署衛署 85020669 號函民國 85 年 5 月 14 日

³⁵行政院衛生署衛署醫字第 8306227 號函民國 83 年 10 月 27 日

³⁶衛署醫字第 116054 號函民國 65 年 6 月 14 日；臺灣新竹地方法院 99 年度訴字第 185 號刑事判決民國 100 年 11 月 25 日；臺灣高等法院 102 年度醫上訴字第 2 號刑事判決民國 102 年 09 月 04 日

³⁷X 光檢查單之開具與檢查結果之判讀係醫師(西醫師)之專業範圍。若中醫師不具西醫師資格而為上開行為，即屬擅自執行醫療業務之違法行為，**參考其 X 光片而實施推拿實有不當**，惟尚無醫師法第 28 條之適用，參閱行政院衛生署衛署醫字第 0900076266 號函民國 91 年 02 月 04 日

³⁸行政院衛生署衛署醫字第 0900076266 號函民國 91 年 02 月 04 日

³⁹行政院衛生署衛署醫字第 107880 號函民國 65 年 04 月 06 日

⁴⁰臺灣桃園地方法院 101 年度訴字第 68 號刑事判決民國 103 年 05 月 29 日

⁴¹臺灣桃園地方法院 101 年度訴字第 68 號刑事判決民國 103 年 05 月 29 日

⁴²臺灣桃園地方法院 101 年度訴字第 68 號刑事判決民國 103 年 05 月 29 日

⁴³最高法院 86 年度台上字第 262 號判決；臺灣高等法院 102 年度醫上訴字第 2 號刑事判決民國 102 年 09 月 04 日

⁴⁴行政院衛生署衛署醫字第 0990085114 號函民國 100 年 01 月 12 日

⁴⁵行政院衛生署衛署醫字第 0990085114 號函民國 100 年 01 月 12 日

⁴⁶醫療法第 108 條：「醫療機構有下列情事之一者，處新臺幣 5 萬元以上 50 萬元以下罰鍰，並得按其情節就違反規定之診療科別、服務項目或其全部或一部之門診、住院業務，處 1 個月以上 1 年以下停業處分或廢止其開業執照：……五、容留違反醫師法第 28 條規定之人員執行醫療業務。」

⁴⁷行政院衛生署衛署醫字第 0990079681 號函民國 99 年 11 月 5 日

⁴⁸參照行政院衛生署衛署醫字第 8306227 號函民國 83 年 10 月 27 日；行政院衛生署衛署醫字第 84021890 號函民國 84 年 5 月 16 日

⁴⁹參照最高法院 86 年度台非字第 79 號判決

自僅具有西醫師資格之西醫師始得為之，中醫師乙僅具有中醫師資格而未具有西醫師資格，其違反醫師專業分類原則而指示醫療輔助人員使用紅外線烤照燈照射，因而致甲受到燙傷，應係違反(舊)醫師法第 28 條(民國 81 年 07 月 29 日修正)第 1 項前段刑罰規定，並應依同條第 2 項加重其刑。又(舊)醫師法第 28 條(民國 81 年 07 月 29 日修正)第 1、2 項對此犯行既設有特別規定予以處罰，自無庸再論以刑法上之過失傷害罪。

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 號民國 89 年 11 月初步研討結果(醫療業務行為)認為，醫師法為強化專業分工、保障病人權益及增進國民健康，使不同醫術領域之醫師提供專精之醫療服務，俾使社會大眾有一個專業且安全之就醫環境，故將醫師區分為醫師、中醫師及牙醫師等類別，並經由不同之考試或檢覈程序，領取不同之醫師證書而取得各該類別之醫師資格，此觀醫師法第 1 條至第 4 條及醫師法施行細則第 2 條規定自明，是(舊)醫師法第 25 條(民國 75 年 12 月 26 日修正)所稱「業務」與(舊)醫師法第 28 條(民國 81 年 07 月 29 日修正)第 1 項前段所稱「醫療業務」，自均應就醫師類別分開認定之，否則上開醫師法及醫師法施行細則關於專業分工之規定無異形同具文。中醫師乙指示醫療輔助人員使用屬西醫醫療業務領域之紅外線烤照燈為病人照射治療，顯然違反上開規定，應係「違法行為」，而非「合法但不當行為」，依(舊)醫師法第 25 條(民國 75 年 12 月 26 日修正)得課以 1 個月以上 1 年以下停業處分，或撤銷其執業執照之行政罰，固無疑問，惟其違反醫師專業分類規定而擅自執行他類別之醫療業務，會使病人生命、身體法益有遭受重大危害之虞，故對於該種惡性較大之違法行為，醫師法於(舊)醫師法第 28 條(民國 81 年 07 月 29 日修正)將其單獨抽出並進一步規定應科以較重之刑罰，而不得再適用(舊)醫師法第 25 條(民國 75 年 12 月 26 日修正)僅課以較輕之行政罰，故以乙說為當。

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 號民國 89 年 11 月審查意見認為，擬參照最高法院 86 年台非字第 79 號判決意旨採乙說(醫療業務行為)，惟(舊)醫師法第 28 條(民國 81 年 07 月 29 日修正)第 2 項係結果加重犯之規定，雖各國立法例就結果加重犯有兼論及過失犯之規定(如德意志舊刑法)，惟依我國現制，則專指故意犯，不及於過失犯(陳樸生著實用刑法第 73 頁參照)，乙說第 1 段部分似屬贅論。採修正後乙說(醫療業務行為)，乙說(醫療業務行為)第一段刪除。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 號民國 89 年 11 月研討結果：照審查意見通過。

伍、醫師法第 28 條之 4 之行政秩序罰

(舊)醫師法第 25 條(民國 75 年 12 月 26 日修正)(行政秩序罰)：「醫師於業務上如有違法或不正當行為，得處 1 個月以上 1 年以下停業處分或撤銷其執業執照。」

之後，(舊)醫師法第 25 條(民國 75 年 12 月 26 日修正)有關行政秩序罰之事由，更改於民國 91 年 01 月 16 日修正新增醫師法第 28 條之 4(現行有效條文)。現行有效條文第 28 條之 4 並將(舊)第 25 條(行政秩序罰)所定業務上違法或不正當行為，列舉其可具體認定的 5 種違法事實，並規定其為秩序罰事由。

行政院衛生署 89 年 6 月 22 日認為⁵⁰，「紅外線烤照」非為有執照中醫師之「醫療業務」範圍，僅為西醫之「醫療業務」範圍。物理治療師法業於 84 年 2 月 3 日公布施行，紅外線烤照燈烤照，係屬物理治療師法第 12 條第 1 項第 5 款及第 17 條第 1 項第 2 款所稱熱療之物理治療，依該法第 12 條及第 17 條規定，物理治療師、物理治療生執行物理治療業務，應依醫師開具之診斷、照會或醫囑為之。又依物理治療業務性質，上開所稱醫師不包括中醫師或牙醫師。中醫醫院應不得

⁵⁰行政院衛生署衛署醫字第 89029975 號函民國 89 年 6 月 22 日

設置「紅外線烤照」為患者照射⁵¹。中醫師逾越其所得執行之醫療範圍，而執行西醫師之醫療業務專業範圍，指示物理治療師交「紅外線烤照」或「注射針劑」，係屬醫師業務上不正當行為，應依(舊)醫師法第 25 條(民國 75 年 12 月 26 日修正)規定論處行政秩序罰⁵²，而非(舊)醫師法第 28 條之「擅自執行醫療業務」。

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 號民國 89 年 11 月討論意見甲說(違法或不正當醫療行為)認為，自(舊)醫療法第 41 條(民國 75 年 11 月 24 日訂定)，醫療為一群體作業工作，除專屬於醫師始得為之之外，其餘醫療行為得在醫師指示監督下由醫療輔助人員為之，但該行為所生之責任應由指示醫師負責⁵³。據行政院衛生署歷年函釋見解⁵⁴，中醫師如親自或指示醫療輔助人員使用屬於西醫醫療業務領域之西藥、針劑等，僅屬(舊)醫師法第 25 條(民國 75 年 12 月 26 日修正)業務上不正當行為，因此中醫師乙指示醫療輔助人員丙使用紅外線烤照燈照射，在性質上與使用西藥、針劑並無不同，參酌行政院衛生署函釋見解，中醫師乙僅違反(舊)醫師法第 25 條(民國 75 年 12 月 26 日修正)行政罰規定，與(舊)醫師法第 28 條(民國 81 年 07 月 29 日修正)刑罰規定無涉。

司法院釋字第 404 號民國 85 年 05 月 24 日解釋文認為，中醫師之醫療行為應依中國傳統之醫術為之，若中醫師以「限(西)醫師指示使用」之西藥製劑或西藥成藥處方，為人治病，顯非以中國傳統醫術為醫療方法，有違醫師專業分類之原則及病人對中醫師之信賴。故行政院衛生署 71 年 3 月 18 日衛署醫字第 370167 號函釋：「三、中醫師如使用『限醫師指示使用』之西藥製劑，核為醫師業務上之不正當行為，應依(舊)醫師法第 25 條規定論處。四、西藥成藥依藥物藥商管理法之規定，其不待醫師指示，即可供治療疾病。故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍。」，在此號函釋中醫師之業務範圍，符合醫師法及醫療法之立法意旨，與憲法保障工作權之規定，尚無牴觸。

診所雖位處藥事法第 102 條第 2 項規定之無藥事人員執業之偏遠地區，醫師固無需聘請藥師執行調劑業務，然該項規範實係令醫師得自為調製藥劑，非謂醫師即得聘請不具藥師資格者調製藥劑，行政機關既經稽查發現，不具藥師資格之受處分人非於具醫師資格之人監督下而自行調配藥劑，行政機關依據藥師法第 24 條規定處以罰鍰處分，論事用法即無不當之處⁵⁵。

陸、醫師法第 25 條之懲戒責任

民國 75 年 12 月 26 日修正(舊)醫師法第 25 條原本係行政秩序罰之規定，之後，自民國 91 年 01 月 16 日修正起而迄今仍然有效條文的醫師法第 25 條改為業務上不正當行為之 5 種懲戒事由規定。

醫師法第 25 條第 5 款所謂「前 4 款及第 28 條之 4 各款以外之業務上不正當行為」，係指醫師法第 25 條第 1 至 4 款及第 28 條之 4 各款以外有悖於醫學倫理而不具正當性之醫療業務行為⁵⁶。所謂醫學倫理學，係指在醫療過程中與醫病相關之道德價值判斷議題及制約醫學行為之規範與原則。又醫師倫理規範屬於醫師團體內部之自律規範，而無外部法規之效力，尚不得僅以醫師違反醫師倫理規範作為外部懲處或裁罰之依據⁵⁷。而醫療法第 18 條第 1 項規定，醫療機構應置負責醫師一人，對其機構醫療業務，負督導責任。私立醫療機構，並以其申請人為負責醫師。第 57 條亦規定，醫療機構應督導所屬醫事人員，依各該醫事專門職業法規規定，執行業

⁵¹行政院衛生署衛署醫字第 89029975 號函民國 89 年 6 月 22 日

⁵²行政院衛生署衛署醫字第 89029975 號函民國 89 年 6 月 22 日

⁵³參照行政院衛生署衛署醫字第 83062227 號函民國 83 年 10 月 27 日；行政院衛生署衛署醫字第 84021890 號函民國 84 年 5 月 16 日

⁵⁴參照行政院衛生署衛署醫字第 1890292 號函民國 67 年 4 月 14 日；衛署醫字第 236234 號函民國 68 年 7 月 3 日；衛署醫字第 370167 號函民國 71 年 3 月 18 日

⁵⁵高雄高等行政法院 99 年度簡再字第 3 號簡易判決民國 99 年 06 月 15 日

⁵⁶臺北高等行政法院 99 年度訴字第 2162 號判決民國 100 年 04 月 14 日

⁵⁷臺北高等行政法院 99 年度訴字第 2162 號判決民國 100 年 04 月 14 日

務。課予負責醫師對醫療機構業務所負之督導責任，係屬醫事行政中對醫療管理階層之規範義務，核屬醫療倫理學中有關行政倫理學之範疇，而與著重於醫療過程及醫病行為規範之醫學倫理有所不同。

醫師法第 25 條第 5 款規定，醫師有業務上不正當行為者，由醫師公會或主管機關移付懲戒。所謂業務上之不正當行為，係指醫療業務行為雖未達違法之程度，但有悖於醫學學理及醫學倫理上之要求，而不具正當性應予避免之行為⁵⁸。是以，醫療機構負責醫師未督導所屬醫師自行調劑，而容留不具有藥事人員亦非具有醫事人員之資格者調劑，主管機關自得依該款規定，將醫療機構負責醫師移付醫師懲戒委員懲戒之處分，屬適法之行使公權力行為⁵⁹。

柒、醫療輔助人員之責任

醫療輔助行為⁶⁰係指得依民國 65 年 6 月 14 日衛署醫字第 116054 號函規定標準由醫療輔助人員為之之行為。例如：依醫師指示敷藥及打針，係屬護理人員法第 24 條第 1 項第 4 款所稱之「醫療輔助行為」⁶¹；按照醫師處方包藥之「藥品調劑行為」。

醫師之醫療輔助人員，係指在醫師指導下協助醫師為醫療行為之人員，其資格尚無特別限制⁶²。所稱指示，得由醫師視情況自行斟酌指示方式或以醫囑為之，惟該指示行為所產生之責任，應由指示醫師負責⁶³。例如：護理人員應在醫師之指示下行之⁶⁴；提供復健醫療器材並指導傷殘病患做復健工作，係屬醫師法第 28 條所稱執行醫療業務之行為，依醫師處方，應由醫師或經接受復健訓練之醫事人員(如護士、助產士)及各級醫事學校復健醫學系(科、組)畢業之人員，始得為之⁶⁵；以減壓艙治療潛水病，應屬醫療行為。病患經醫師診斷、處方後，減壓艙之操作人員得於醫師指示下，為進艙者施以減壓治療⁶⁶。

「指示」固得由醫師視情況自行斟酌指示方式或以醫囑為之，惟自應以醫師親自診治病人為要件，方能確定病人之治療方針或用藥等。醫師出國，其於出國前既無法事先預見有那些病人會於其出國期間前來求診，復不能明白求診患者之病情如何？自無法就病人之治療、用藥或其他處置等預為「指示」⁶⁷。故醫師出國，該診所聘用之醫療輔助人員，依該醫師「出國前之指示」，於醫師出國期間醫療輔助人員執行醫療業務，宜認屬醫師法第 28 條所稱之「擅自執行醫療業務」⁶⁸。

⁵⁸ 臺灣高等法院 101 年度上國易字第 3 號民事判決民國 101 年 04 月 24 日

⁵⁹ 臺灣高等法院 101 年度上國易字第 3 號民事判決民國 101 年 04 月 24 日

⁶⁰ 行政院衛生署 衛署醫字第 942103 號函民國 80 年 07 月 16 日

⁶¹ 行政院衛生署 衛署醫字第 989683 號函民國 80 年 12 月 31 日

⁶² 臺灣高等法院高雄分院 99 年度醫上更(一)字第 1 號刑事判決民國 99 年 11 月 17 日；行政院衛生署衛署醫字第 116053 號函民國 65 年 06 月 14 日；衛署醫字第 116054 號函民國 65 年 6 月 14 日

⁶³ 行政院衛生署 衛署醫字第 942103 號函民國 80 年 07 月 16 日

⁶⁴ 民國 80 年 05 月 17 日訂定護理人員法第 24 條：「I.護理人員之業務如左：一、健康問題之護理評估。二、預防保健之護理措施。三、護理指導及諮詢。四、醫療輔助行為。II.前項第四款醫療輔助行為應在醫師之指示下行之。」；民國 103 年 08 月 20 日修正(現行有效條文)護理人員法第 24 條：「I.護理人員之業務如下：一、健康問題之護理評估。二、預防保健之護理措施。三、護理指導及諮詢。四、醫療輔助行為。II.前項第四款醫療輔助行為應在醫師之指示下行之。III.專科護理師及依第七條之一接受專科護理師訓練期間之護理師，除得執行第一項業務外，並得於醫師監督下執行醫療業務。IV.前項所定於醫師監督下得執行醫療業務之辦法，由中央主管機關定之。」

⁶⁵ 行政院衛生署衛署醫字第 736432 號民國 77 年 07 月 15 日

⁶⁶ 行政院衛生署 衛署醫字第 85042155 號函民國 85 年 08 月 07 日

⁶⁷ 行政院衛生署衛署醫字第 8105857 號民國 81 年 05 月 13 日

⁶⁸ 行政院衛生署衛署醫字第 8105857 號民國 81 年 05 月 13 日

「應由醫師親自執行之醫療行為」與「在醫師指導下，得由醫師醫療輔助人員執行之醫療行為」二者界限如何⁶⁹？醫療工作診斷、處方、手術、病歷記載、施行麻醉等醫療行為，係屬醫療業務之核心，應由醫師親自執行，其餘醫療業務得在醫師指示下，由醫療輔助人員(護士、助理及其他醫事人員)協助醫師執行醫療業務，得由相關醫事人員依其各該專門職業法律所規定之業務，依醫囑執行之⁷⁰，屬醫療輔助行為⁷¹，但該行為所產生之責任應由指導醫師負責⁷²。因此，經政府認可之診所、醫務室內之正式護士、助產士，依照醫師之處方指示為患者注射、換藥、洗眼、洗鼻，依照醫師之處方指示，可為患者注射、換藥、洗眼、洗鼻，不構成違反醫師法第 28 條規定⁷³。合格護士或醫事檢驗人員依醫師之檢驗處方，執行抽血檢驗，尚符合醫師法第 28 條第 1 項第 2 款之規定⁷⁴。

實習醫生既僅從事根管治療之擦藥及洗牙工作，而該工作又非屬醫師親自執行不可之醫療行為，該工作非手術，與一般醫院護理人員獨自換藥清洗工作並無不同，均屬醫院醫療輔助人員得自行執行之業務⁷⁵，實習醫生自無庸在醫師指導下，即可單獨執行該醫療輔助行為甚然，並無所謂之擅自執行醫療業務之可言⁷⁶。

依據物理治療師法規定，有關物理治療專業非只限於器械操作治療，並且包含徒手治療、運動治療與輔具之使用訓練及指導等。因此，基於醫理同源原則，物理治療師(生)如經受有中醫傷科輔助醫療業務相關訓練，得於中醫醫療機構在中醫師指示之下，後續對於相關器官、組織施予物理治療，或於物理治療師法第 12 條第 1 項及第 17 條第 1 項所規定之範圍內，執行物理治療業務⁷⁷。

未取得醫師及物理治療師資格且未依醫師開具之診斷、照會或醫囑，而以物理治療師法第 12 條所定之行為，治療病患為業者，究應論以物理治療師法第 32 條第 1 項之罪名⁷⁸，或兼論以醫師法第 28 條第 1 項之罪名⁷⁹，或僅論以醫師法第 28 條第 1 項之罪名⁸⁰？屬於物理治療師之業務之行為，亦係醫療行為之項目之一，而依物理治療師法第 12 條第 2 項及第 17 條第 2 項之規定，醫師本得指示物理治療人員執行物理治療業務，則由醫師本人執行物理治療業務，自無不可，故物理治療業務，仍係醫師法第 28 條第 1 項之醫療業務，未具醫師及物理治療師資格而執行診斷及執行物理治療業務者，僅論以醫師法第 28 條第 1 項之罪為已足⁸¹。

⁶⁹行政院衛生署衛署醫字第 116054 號函民國 65 年 6 月 14 日

⁷⁰ 衛生福利部衛部醫字第 1071662536 號函民國 107 年 05 月 10 日

⁷¹ 臺灣高等法院高雄分院 99 年度醫上更(一)字第 1 號刑事判決民國 99 年 11 月 17 日

⁷² 行政院衛生署 衛署醫字第 116053 號函民國 65 年 06 月 14 日；行政院衛生署衛署醫字第 8306227 號函民國 83 年 10 月 27 日；行政院衛生署衛署醫字第 84021890 號函民國 84 年 5 月 16 日

⁷³ 行政院衛生署衛署醫字第 107880 號函民國 65 年 04 月 06 日

⁷⁴ 行政院衛生署 衛署醫字第 86035347 號函民國 86 年 07 月 14 日

⁷⁵ 依行政院衛生署衛署醫字第 299302 號函民國 69 年 10 月 14 日

⁷⁶ 最高行政法院 91 年度判字第 899 號民國 91 年 06 月 06 日

⁷⁷ 行政院衛生署衛署醫字第 0990067669 號函民國 99 年 06 月 10 日

⁷⁸甲說：物理治療師法第 32 條第 1 項所定之物理治療業務行為，對於醫師法第 28 條第 1 項之醫療業務行為而言，係屬特別之醫療行為，有關擅自執行物理治療業務之行為，自應適用物理治療師法第 32 條第 1 項之特別規定。

⁷⁹乙說：物理治療師法所稱之物理治療，係指業經醫師診斷、照會或醫囑後所為之物理治療，此參照物理治療師法第 12 條第 2 項所定「物理治療師執行業務，應依醫師開具之診斷、照會或醫囑為之。」之規定可知，至於其他診斷病人病情之診斷行為，仍應受醫師法規範，故未具醫師及物理治療師資格者逕行診斷患者病情後，復執行物理治療師業務者，除成立物理治療師法第 32 條第 1 項之罪外，另成立醫師法第 28 條第 1 項之罪。

⁸⁰刑事法律問題座談民國 87 年 09 月 07 日司法院第 40 期司法業務研究會，刑事法律專題研究(16)(88 年 5 月版)，頁 427-437。

⁸¹刑事法律問題座談民國 87 年 09 月 07 日司法院第 40 期司法業務研究會，刑事法律專題研究(16)(88 年 5 月版)，頁 427-437。

X光檢查結果是醫師診治疾病之重要資料，其「判讀」與「參考」並無不同之處。未具醫事人員資格者，若單獨為民眾療，且開立X光檢驗單，宜認屬有違反醫師法第 28 條情事⁸²。

有關物理治療師法第 12 條第 1 項各款之物理治療師業務，其與醫師法第 28 條前段所稱之醫療業務，其區別標準如下⁸³：按物理治療師法第 12 條第 1 項所稱物理治療師業務，係醫療業務之一部分，得由醫師或物理治療師依醫師開具之診斷、照會或醫囑為之。物理治療師對未取得醫師開具之診斷、照會或醫囑之病患，逕自決定物理治療之療程與執行，應屬違反物理治療師法第 12 條第 2 項規定：「物理治療師執行業務，應依醫師開具之診斷、照會或醫囑為之。」，物理治療師如逾越該法所定之業務範圍，則應受醫師法第 28 條之規範。

以 X 光機（放射線診斷設備）為一般攝影檢查之醫療行為，應由醫用放射線技術人員依醫師檢查處方執行；心電圖檢查、血液檢驗之醫療行為，應由醫事檢驗人員依醫師開具之檢驗單執行。上述行為非有醫師之檢查處方或開具之檢驗單而擅自為者，應屬醫師法第 28 條所定「未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務行為」⁸⁴。

「電療」，係指將電療儀電源輸出夾，夾於針灸針上輸入電源，以加強針療效果之醫療行為，應由中醫師親自為之。目前並無中醫師助理之專業人員制度，未具中醫師資格人員，從事電療及針灸拔針之行為，應依違反醫師法第 28 條規定論處⁸⁵。

相對於上述情況，未具醫事人員資格者於醫師指示下執行除須由醫師親自執行診斷、處方、手術、病歷記載、施行麻醉以外之醫療行為，不構成醫師法第 28 條第 1 項之擅自執行醫療業務罪⁸⁶。例如在眼科診所於醫師指示下執行病人洗眼睛或上藥膏行為，因為病人洗眼睛或上藥膏屬治療行為，並無須由醫師親自執行，故尚不構成醫師法第 28 條所稱之擅自執行醫療業務罪⁸⁷。若是不具驗光人員資格，於醫師指示下執行，則依驗光人員法民國 105 年 01 月 06 日訂定（現行有效條文）第 43 條：「不具驗光人員資格，擅自執行驗光業務者，處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。但有下列情形之一者，不罰：一、於中央主管機關認可之機構，在醫師、驗光師指導下實習之相關醫學、驗光或視光系、科學生或自取得學位日起五年內之畢業生。二、視力表量測或護理人員於醫師指示下為之。」

然而，於業經醫師開具診斷、照會或醫囑後之物理治療行為，依物理治療師法第 32 條第 1 項之規定：「未取得物理治療師或物理治療生資格而執行物理治療業務者，處 3 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。」，有其適用⁸⁸。據同上之理，牙科助理既非醫師亦非醫事放射師，若依醫囑執行醫事放射師業務，應依醫事放射師法第 34 條規定，處 3 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⁸⁹；牙科助理既非醫師亦非醫事放射師，若未有醫囑逕執行之，則依醫師法第 28 條密醫論處⁹⁰。

⁸²參閱行政院衛生署衛署醫字第 0900076266 號函民國 91 年 02 月 04 日

⁸³行政院衛生署醫字第 85038723 號函民國 85 年 07 月 18 日

⁸⁴行政院衛生署醫字第 84068278 號函民國 84 年 12 月 01 日

⁸⁵行政院衛生署 衛署醫字第 85062110 號函民國 85 年 11 月 22 日

⁸⁶行政院衛生署醫字第 1001162 號函民國 81 年 01 月 06 日；行政院衛生署醫字第 989683 號函民國 80 年 12 月 31 日

⁸⁷行政院衛生署醫字第 1001162 號函民國 81 年 01 月 06 日

⁸⁸刑事法律問題座談民國 87 年 09 月 07 日司法院第 40 期司法業務研究會，刑事法律專題研究 (16)(88 年 5 月版)，頁 427-437。

⁸⁹衛生福利部衛部醫字第 1071662536 號函民國 107 年 05 月 10 日

⁹⁰衛生福利部衛部醫字第 1071662536 號函民國 107 年 05 月 10 日

扒、按摩 vs. 推拿

民間常見之「推拿」(即俗稱按摩)可區分為兩種情形⁹¹，其一為「中醫傷科推拿」，指以經絡、氣血循環、陰陽五行等傳統醫學之理論作為基礎，其治療疾病包含骨骼、關節與肌肉等損傷，係中醫醫師診治病人後，開立推拿處置處方，再依處方執行按法、揉法、擦法與抖法等推拿，亦即以治療疾病、矯正殘缺為目的，經過診察程序，由中醫醫師於醫療機構所執行之推拿，而屬醫療行為，限中醫醫師始得為之，另一為「傳統整復推拿」，乃係運用手技在肌肉上進行按摩導引，造成體外之物理性刺激，以放鬆肌肉、促進血流、解除疲勞或舒緩身心為目的，未涉及筋骨關節，注重技巧之實施及制式服務內容，不經診察程序，由其他人於醫療機構外所執行之推拿，不屬於醫療行為，非中醫醫師亦得為之⁹²。

(廢)行政院衛生署衛署醫字第 82075656 號函民國 82 年 11 月 19 日⁹³：不列入醫療管理之行為如下：(一)未涉及接骨或交付內服藥品，而以傳統之推拿手法，或使用民間習用之外敷膏藥、外敷生草藥與藥洗，對運動跌損傷所為之處置行為。(二)未使用儀器，未交付或使用藥品，或未有侵入性，而以傳統習用方式，對人體疾病所為之處置行為。如藉按摩、指壓、刮痧、腳底按摩、收驚、神符、香灰、拔罐、氣功與內之功術等方式，對人體疾病所為之處置行為。

民俗調理係運用手技在肌肉上進行按摩導引，以放鬆肌肉、促進血流、解除疲勞或舒緩身心為目的，不得宣稱醫療效能之消費服務。因此，如於職場內從事商業或消費行為，則應移請工商主管機關處辦⁹⁴。

施行中醫推拿治療，係屬連續性之醫療措施，包括需中醫醫師親自執行醫療行為(例如開立推拿處置處方、推拿手法涉及侵入性或高度專業及危險性操作等核心之項目)，以及得由相關醫事人員依據各該專門職業法律規定所執行之醫療輔助行為(例如生命徵象監測等護理照護及相關醫療輔助處置、後續對於相關器官、組織所執行之操作或運動等醫療輔助措施)。因此，中醫醫療機構之中醫師於診治病人後，認需施行中醫之推拿者，該中醫推拿之核心業務，必須由中醫醫師親自為之⁹⁵。中醫醫師則因指示未具醫事人員資格者執行醫療業務，係屬業務上不正當之行為，依醫師法第 25 條規定移付懲戒⁹⁶。因此，中醫醫師指示非醫療人員執行醫療業務(拔罐、刮痧等民俗調理服務)，則屬業務上不正當行為⁹⁷。

中醫醫師於診治病人後，認須施行推拿者，該推拿行為仍應由中醫醫師為之。但經中醫醫師執行按法、揉法、擦法、抖法等推拿手法後，其後續之推拿手法，得由助理人員依在場執行推拿之中醫醫師指示為之。前項助理人員未符合但書規定要件執行推拿業務，仍應受醫師法第 28 條約束⁹⁸。

依針灸學記載，所謂「穴位埋線」⁹⁹，是將羊腸線埋入穴位，利用羊腸線對穴位的持續刺激作用治療疾病的方法。故穴位埋線療法係屬中醫醫療業務範圍。至執行「羊腸線」之埋穴療法，需由中醫醫師親自執行，操作過程需備有無菌操作設備，如小型手術盤、洞巾等，並應善盡必要之注意義務。

就藥行同址倘兼營民俗療法推拿等業務，二者應獨立營業，具明顯區隔、獨立出入門戶及市招等；另其市招標示「酸痛整脊、關節推拿、運動損傷、骨刺腰

⁹¹臺灣高等法院 103 年度醫上更(一)字第 2 號刑事判決民國 103 年 09 月 10 日

⁹² 行政院衛生署 100 年 11 月 2 日衛署醫字第 0000000000 號函、100 年 12 月 21 日衛署醫字第 0000000000 號函

⁹³ 本筆資料，依據行政院衛生署民國 99 年 3 月 15 日衛署醫字第 0990200635 號公告，停止適用。

⁹⁴行政院衛生署衛署醫字第 0990085114 號函民國 100 年 01 月 12 日

⁹⁵ 行政院衛生署 衛署醫字第 0990067669 號函民國 99 年 06 月 10 日

⁹⁶ 行政院衛生署衛署醫字第 0990079681 號函民國 99 年 11 月 5 日

⁹⁷ 行政院衛生署衛署醫字第 0990085114 號函民國 100 年 01 月 12 日

⁹⁸ 行政院衛生署 94 年 3 月 7 日衛署醫字第 0940203372 號函釋

⁹⁹ 行政院衛生署衛署醫字第 0980208066 號書函民國 98 年 05 月 26 日

酸、手腳酸麻」及「整脊、損傷、酸痛」等詞乙節，依行政院衛生署 82 年 11 月 19 日衛署醫字第 82075656 號公告「不列入醫療管理之行為及其相關事項」之公告事項(二)所示，不列入醫療管理之行為，除標示其項目外，依醫療法第 59 條(現行第 84 條)規定，不得為醫療廣告；又「整脊」係為對脊椎之矯治，已逾越前揭公告事項(一)不列入醫療管理範圍，應受醫師法第 28 條之約束¹⁰⁰。

未具中醫師資格人員於中醫醫療院所內執行推拿業務，如未逾越行政院衛生署 82 年 11 月 19 日衛署醫字第 82075656 號公告不列入醫療管理之範圍，得不受醫師法第 28 條限制，但非由中醫師親自執行之推拿業務，健保不予給付¹⁰¹。

行政院衛生署 82 年 11 月 19 日衛署醫字第 82075656 號公告不列入醫療管理之行為事項，雖包括「未涉及接骨或支付內服藥品而以傳統之推拿手法對運動跌打損傷所為之處置」¹⁰²，惟行政院衛生署 82 年 11 月 19 日衛署醫字第 82075656 號公告係為兼顧現況，避免該等情況動輒受醫師法第 28 條所定徒刑處罰之權宜規定，但仍禁止其為醫療廣告，以避免誤導民眾。中醫醫院或診所係醫療機構，其為病人從事推拿按摩，仍應由中醫師親自為之，否則不得謂為中醫醫院(診所)¹⁰³。

行政院衛生署衛署醫字第 518857 號函民國 74 年 03 月 14 日¹⁰⁴：「國術會在其會員登記證明上書明『以祖傳損傷接骨醫療技術為社會服務』部分，如未具中醫師或國術損傷接骨資格者，依醫師法規定不得為之，違反者依醫師法第 28 條規定論處。」。

被告僅取得傳統整復員資格，並無醫師資格，有被告提出骨節整復服務證書影本、嘉義縣骨節整復職業工會會員證書影本，其當知身為整復員僅得從事純粹運用手技按摩抒解筋骨、消除疲勞之行為，不得從事基於診察、診斷結果以治療為目的，所為對脊椎矯治、整療等屬於醫療之處置行為¹⁰⁵。又其明知頸椎為連接人體頭顱及軀幹之重要部位，且極為脆弱，倘未具備醫學專業知識，擅自施以不當外力，即有造成人身受有傷害之風險，且依當時客觀情形並無不能注意之情事，竟疏未注意，經醫生診斷受有「脊椎第五、六節脊髓損傷、中央脊髓症候群」等傷害，則告訴人所受傷害與被告整脊治療行為確實有相當因果關係，應可認定。被告未取得合法醫師資格卻擅自執行醫療業務及業務過失傷害犯行，事證明確，均堪認定，應依法論科¹⁰⁶。

按摩係運用手技在人體之肌肉上進行物理性刺激，以放鬆肌肉、促進血流、解除疲勞或舒緩身心為目的，未涉及、亦不得涉及醫療專業之評估、診斷與治療，固非屬醫療行為¹⁰⁷；但「推拿」乃依據中醫之經絡理論，經辨證論治後，在體表特定穴位施以各種手法或配合某些肢體活動，其力量深入筋骨關節，以恢復或改善身體機能的醫療方法，係以矯正、治療人體疾病及傷害為目的，其力量深入筋骨關節，操作不當，易引起骨骼神經傷害，具有高度危險性，為連續性之醫療過程，屬醫療行為，應由醫事人員為之¹⁰⁸。非屬醫療行為之按摩與屬醫療行為之推拿，二者似均由施作之人以手在受治療之人體表為之；然前者以放鬆肌肉、促進血流、解除疲勞或舒緩身心為目的，且係於肌肉上進行，後者則以矯正、治療人體疾病及傷害為目的，且針對特定穴位，其力量深入筋骨關節，若操作不當，易

¹⁰⁰ 行政院衛生署衛中會藥字第 0950003832 號民國 95 年 04 月 11 日

¹⁰¹ 行政院衛生署衛署醫字第 86058443 號函民國 86 年 12 月 15 日

¹⁰² 行政院衛生署衛署醫字第 86017498 號民國 86 年 04 月 22 日

¹⁰³ 行政院衛生署衛署醫字第 86017498 號民國 86 年 04 月 22 日

¹⁰⁴ 內政部台內戶字第 303723 號民國 74 年 03 月 27 日

¹⁰⁵ 臺灣高等法院臺南分院 108 年度醫上訴字第 6 號刑事判決

¹⁰⁶ 臺灣高等法院臺南分院 108 年度醫上訴字第 6 號刑事判決

¹⁰⁷ 最高法院 101 年度台上字第 2011 號刑事判決民國 101 年 04 月 26 日

¹⁰⁸ 最高法院 101 年度台上字第 2011 號刑事判決民國 101 年 04 月 26 日

引起骨骼神經傷害，具有高度危險性，此所以前者非必由醫事人員為之，但後者則不然¹⁰⁹。

最高行政法院 76 年度判字第 1830 號民國 76 年 10 月 30 日：國術損傷接骨技術員管理辦法第 4、8 條(民國 64 年 09 月 09 日)《行政法院裁判要旨彙編第 7 輯之裁判內容》按原告未取得合法醫師資格，本不得擅自執行任何醫療業務，此觀醫師法第 28 條前段規定甚明，而接骨亦屬醫療業務之一種，原告於醫師法頒布實施後，所以仍得從事為人接骨，實緣另有被告機關 64 年 9 月 9 日發布「國術損傷接骨技術員管理辦法」之行政命令使然。查該辦法與醫師法之基本精神雖未悉銜合，但為遷就現實計，其於第四條規定「凡領有縣(市) 衛生院(局) 接骨執照或於民國 56 年 6 月 2 日前取得台灣省國術會會員證經查證屬實者，均得依本辦法之規定向行政院衛生署申請登記，並請領國術損傷接骨技術員登記證」，使不具醫師資格之接骨技術員得為接骨之醫療業務，既尚未可遽予否認其效力，則其第八條：「接骨技術員不得施行注射或交付內服藥品。」第九條：「接骨技術員違反前條之規定者，依醫師法第 28 條之規定處罰，並撤銷其登記」之規定，其性質無非為排除已屬醫師法例外規定之例外，返回原則，自難藉口限制工作權而指其應屬無效，是原告主張該辦法無效云云即非足採，又解釋行政命令之從寬抑或從嚴，要應以配合社會需要並維護群體利益之前提定之，被告機關以中央衛生主管機關立場，認為上開國術損傷接骨技術員管理辦法第八條、第九條規定意旨，係防杜該等人員假藉接骨技術員名義從事密醫業務，認彼等凡逾越國術損傷接骨整復業務而涉及其他醫療業務者，如診斷、處方、手術等皆構成違反醫師法第 28 條之規定，非僅限於施行注射或交付內服藥品，而針灸之技術性及危險性均遠甚於施行注射及交付內服藥品，需具有中醫師資格者或醫師經中國醫藥學院針灸訓練班結業或在被告機關認可之醫療機構接受針灸訓練者始得為之，原告僅屬接骨技術員，未具合法醫師資格，竟擅自以針灸為患者治病，經基隆市衛生局查獲並扣得醫療用之針灸用針 31 支及艾草 1 罐，案移基隆地方法院檢察處偵辦，終經台灣高等法院判處原告有期徒刑 1 年、緩刑 3 年在案，其逾越國術損傷接骨整復之業務堪以認定，該署本於維護國民健康職責，據以撤銷其接骨技術員登記證，以杜後患等情，揆之右揭醫師法嚴禁不具醫師資格者從事醫療業務，且同法第 29 條第 1 項對醫師執行業務觸犯刑法者，必要時必得撤銷其醫師證書之立法精神，原處分並未違法。訴願暨再訴願決定遞予維持，尚無不合。

推拿係為連續性之醫療過程，屬醫療行為，應由醫事人員為之；『整脊』如以矯治病理狀態之脊椎疾病為目的，係屬醫療行為，應受醫師法第 28 條之限制，應由醫師或相關醫事人員依醫師指示為之；未取得合法醫師執照而任意替他人施行整脊致他人受有下肢機能喪失之重傷，其一行為觸犯醫師法第 28 條前段之罪及刑法第 284 條第 2 項後段之業務過失傷害致人重傷罪，係以一行為觸犯二罪名，為想像競合犯，應依刑法第 55 條規定，從一重之醫師法第 28 條之罪處斷¹¹⁰。

行政院衛生署 99 年 11 月 25 日衛署醫字第 0000000000 號：「…民俗調理之按摩行為，乃係運用手技在人體之肌肉上進行物理性刺激，以放鬆肌肉、促進血流、解除疲勞或舒緩身心為目的，未涉及、亦不得涉及醫療專業之評估、診斷與治療，是以，非屬醫療行為。惟如有逾越公告範圍，仍應受醫師法第 28 條規定之約束，以維護民眾健康。」、「…『推拿』係為連續性之醫療過程，係屬醫療行為，應由醫事人員為之。查『整脊』如以矯治病理狀態之脊椎疾病為目的，係屬醫療行為，應受醫師法第 28 條之限制，應由醫師或相關醫事人員依醫師指示為之。」是以民俗調理之按摩行為，係運用手技在人體之肌肉上進行物理性刺激，以放鬆

¹⁰⁹ 最高法院 101 年度台上字第 2011 號刑事判決民國 101 年 04 月 26 日

¹¹⁰ 臺灣高等法院臺南分院 103 年度醫上訴字第 39 號 刑事判決民國 103 年 04 月 30 日

肌肉、促進血流、解除疲勞或舒緩身心為目的，不得涉及醫療專業之評估、診斷與治療，惟苟逾越此範圍，仍應受醫師法第 28 條規定之約束，而不得以此推諉所為非屬醫療業務行¹¹¹。

所謂整脊，係對脊椎之矯治，屬醫療行為，並非民俗療法，須由醫師、中醫師或物理治療師醫囑為之，應受醫師法第 28 條之約束，是如以傳統推拿為名，而有涉及接骨、正骨或整脊、整復關節等對人體骨骼為深部矯治動作，均屬不被許可的醫療行為，非取得合法醫師執照不得為之¹¹²。被告雖領有傳統整復員證書之整復推拿員，然並未接受過正規之整脊醫學訓練，依法不得為整脊行為（整脊，係用手法以高速度低振幅之力道作用於脊椎，突破脊椎關節之彈性限制（elastic barrier），進入副生理空間（paraphysiologic space），常伴隨自關節內發出之聲響（cavitation），蓋整脊，係對脊椎之矯治，屬醫療行為，並非民俗療法，須由醫師、中醫師或物理治療師醫囑為之¹¹³，此由行政院衛生署民國 82 年 11 月 19 日衛署醫字第 82075656 號公告不列入醫療管理之行為，而衛生署 93 年 9 月 16 日第 0000000000 號函亦認「整脊」係為對脊椎之矯治，應受醫師法第 28 條之約束，非屬該署所公布不列入醫療管理之範圍，亦可明之。是如以傳統推拿為名，而有涉及接骨、正骨或整脊、整復關節等對人體骨骼為深部矯治動作，均屬不被許可的醫療行為¹¹⁴。

所謂的「整脊」係為對脊椎之矯治，已逾越行政院衛生署民國 82 年 11 月 19 日衛署醫字第 82075656 號公告不列入醫療管理之範圍，應受醫師法第 28 條之約束，由醫師執行或由物理治療師依醫師指示下為之。民間若有以不具侵入性之方法（如徒手整復、徒手脊背調理等），從事身體調理服務，未宣稱療效，且無違反其他醫事法令之規定者，得免列入重點查處範圍¹¹⁵。

若未取得合格醫師資格，以治療人體疾病為目的，為前來酸痛整復中心求診之不特定病患從事診斷、開立處方、蒸汽燻療等之行為，即已違反醫師法第 28 條之規定¹¹⁶。

為兼顧現況，行政院衛生署復 82 年 11 月 19 日以衛署醫字第 82075656 號函公告不列入醫療管理行為事項，換言之，不列入醫療管理行為之項目，以未涉及接骨、使用儀器、交付內藥品及不具備侵入性之傳統習用方式為前提，如該傳統習用方式已涉及接骨、使用儀器、交付內藥品或對病患構成侵入性醫療，則必須依醫師法相關規定取得醫師執照後，始得為之¹¹⁷。按行政院衛生署 82 年 11 月 19 日以衛署醫字第 82075656 號函公告「不列入醫療管理行為」之項目，至今（民國 99 年 11 月 25 日判決日）尚未變更；另依行政院衛生署 92 年 6 月 17 日衛署醫字第 0920027152 號函釋：使用儀器對病患施以診療，已逾越前述所稱不列入醫療管理範圍，應受醫師法第 28 條之約束」。被告具有傳統整復員之資格，依所取得之傳統整復員登記證書所載，其適用範圍為：國術跌打損傷、推拿整復、外敷膏藥、生草藥、藥洗、按摩、指壓、刮痧、腳底按摩、收驚、神符、香灰、拔罐、氣功、內功等傳統民俗療法。從而，本案之主要爭點在於被告等人以上開器具接上「金剛杵」對民眾施以按摩等行為，係具有傳統整復員資格者可實施之民俗療法之行為，非屬於醫療行為。

不列入醫療管理行為之項目，以未涉及接骨、使用儀器、交付內藥品及不具備侵入性之傳統習用方式為前提，如該傳統習用方式已涉及接骨、使用儀器、交付

¹¹¹ 臺灣高等法院臺南分院 103 年度醫上訴字第 39 號 刑事判決民國 103 年 04 月 30 日

¹¹² 臺灣高等法院 102 年度醫上更(一)字第 2 號 刑事判決民國 103 年 04 月 15 日

¹¹³ 臺灣高等法院 102 年度醫上更(一)字第 2 號 刑事判決民國 103 年 04 月 15 日

¹¹⁴ 臺灣高等法院 102 年度醫上更(一)字第 2 號 刑事判決民國 103 年 04 月 15 日

¹¹⁵ 臺灣高等法院 102 年度上訴字第 228 號 刑事判決民國 102 年 07 月 31 日

¹¹⁶ 臺灣高等法院 99 年度醫上訴字第 4 號 刑事判決民國 100 年 01 月 31 日

¹¹⁷ 臺灣高等法院臺中分院 99 年度醫上訴字第 1034 號 刑事判決民國 99 年 11 月 25 日

內藥品或對病患構成侵入性醫療，則必須依醫師法相關規定取得醫師執照後，始得為之。中醫傷科學記載尾椎移位時，要用手指深入肛門扶正，然在現今醫療規範體制下，如該傳統習用方式已涉及接骨、使用儀器、交付內藥品或對病患構成侵入性醫療，即必須依醫師法相關規定取得醫師執照後，始得為之，被告既不具備合法醫師資格，則不論其所用手法是否為傳統中醫所沿襲之方法，均不得對病患進行侵入性或交付內藥品之醫療行為。核被告所為，係犯醫師法第 28 條前段之未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪¹¹⁸。

被告對告訴人進行脊椎整復之行為，該行為並非行政院衛生署復 82 年 11 月 19 日以衛署醫字第 82075656 號所公告之「不列入醫療管理行為」，是本案被告之行為已涉及醫療行為，又被告雖持有「高雄市傳統整復員職業工會」核發之「傳統整復員證書」，另持有「中華民國台北市傳統民俗療法協會」核發之「傳統整復員證書」，但此不屬醫療法第 9 條所稱之「醫事人員」，依醫師法第 28 條規定，被告未取得醫師資格，不可擅自執行醫療業務等情，均業經行政院衛生署醫事審議委員會鑑定結果，認定被告並無醫師資格，而其於本案中之行為已涉及醫療行為無訛¹¹⁹。

被告以紅外線照射器為病患熱敷之行為，核屬前揭行政院衛生署公告所稱不列入醫療管理之行為，其無須申領任何證明文件，即可自行執行該處置行為，是其是否係在被告之指示下執行本件熱敷行為，均非擅自執行醫療業務，自無由違反醫師法第 28 條第 1 項前段之規定¹²⁰。

行政院衛生署 86 年 6 月 23 日衛署醫字第 86035197 號函，已經明確指出接骨屬醫療行為，未具醫師資格者，不得為之。至於領有該署核發之「國術損傷接骨技術員登記證」者，其從事國術損傷接骨復健工作，依國術損傷接骨技術員管理辦法第三條規定，應依中醫師指示為之。又針灸、電療、放血與開立處方，均屬醫療行為，應具有醫師資格，始得為之¹²¹。依行政院衛生署復 82 年 11 月 19 日以衛署醫字第 82075656 號函文所敘，如未使用儀器，而以傳統習用之方式，如藉拔罐等方式，對人體疾病所為之處置行為，即不列入醫療管理之行為按醫師法第二十八條規定之所謂醫療業務，係指以醫療行為為職業而言，不問是主要業務或附隨業務，凡職業上予以機會，為非特定多數人之醫療行為均屬之，而醫療行為者，則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，所為的診察，診斷及治療，或基於診療、診斷結果，以治療為目的所為之處方，或用藥等行為的全部或一部的總稱。被告等均未具合法醫師資格，卻擅自為病患從事診療、開立處方箋等醫療業務，所為係違反醫師法第 28 條第 1 項前段之罪。又醫師法第 28 條第 1 項前段之罪，固以未具合法醫師資格為犯罪構成要件之一，然如未具合法醫師資格者與具合法醫師資格者共同犯該罪，尚非不能成立共同正犯（最高法院 86 年度台非字第 262 號判決），故被告胡某雖亦偶有參與醫療行為，然被告胡某既與未取得醫師資格之陳某等人共同基於犯意聯絡及行為分擔，由被告父子等人開設中醫診所，對外仍以被告胡某係診治醫師之名義招攬患者，而事實上多由其餘被告陳某等人等為前來就診之不特定病患執行醫療業務，因此被告胡某顯以自己共同犯罪之意思，參與實施犯罪構成要件以外之行為，並事先同謀，而推由同案被告陳某等人實施醫療行為，依刑法第 31 條第 1 項規定，應與陳某等人以共犯論，被告胡某仍得成立違反醫師法第 28 條第 1 項前段之共同正犯¹²²。

¹¹⁸臺灣高等法院 94 年度上易字第 1656 號刑事判決民國 94 年 11 月 23 日

¹¹⁹臺灣高等法院高雄分院 92 年度上訴字第 1329 號 刑事判決民國 92 年 10 月 16 日

¹²⁰臺灣高等法院 89 年度上易字第 2422 號刑事判決民國 89 年 12 月 22 日

¹²¹臺灣高等法院 87 年度上易字第 4081 號刑事判決民國 87 年 09 月 21 日

¹²²臺灣高等法院 87 年度上易字第 4081 號刑事判決民國 87 年 09 月 21 日

以拔罐器、拉腰機、腳部復健機、拉腳器、浸腳器等為求診病患拔罐、推拿或藥洗，或使用電動按摩器按摩等方式，對人體疾病所為之處置行為，均核與醫師法第 28 條第 1 項規定之『執行醫療業務』行為有間，此部分之行為尚不構成犯罪¹²³。

醫師法第 28 條第 1 項前段之規定，未取得合法醫師資格，不得擅自執行醫療業務；次按藥事法第 82 條規定，製造或輸入偽藥或禁藥者，處十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金；明知其未取得合法醫師資格，不得擅自執行醫療業務，且明知製造藥品未向中央衛生機關申請查驗登記，並經核准領取藥品許可證，不得擅自製造，仍基於執行醫療業務之單一犯意，為病患診斷疾病，提供內服藥物予民眾服用，並為病患針灸及放血，而擅自執行醫療業務；又其藥物經衛生福利部食品藥物管理署檢驗結果，內含西藥成分；其行為自屬醫師法第 28 條及藥事法第 82 條所禁止之行為¹²⁴。

醫生在針對肩頸、脊椎等部位為醫療處置時，應負有防止損害結果發生或避免風險產生之高度注意義務，以達到保護生命、身體健康法益之機能。申言之，醫師在診斷肩頸疼痛之病症時，對於病患是否出現四肢麻痺、無力等症狀、抑或曾有相關病史，應負有詢問義務，蓋基於醫師專業、優越之資訊掌控者地位，以及問診並非屬於耗費過多成本的醫療行為。則被告於診療時，未盡詢問義務，造成原告頸部在施作按摩、旋轉拔伸之推拿整復後，出現脊髓神經受損致四肢癱瘓之損害，乃違反其應盡之注意義務。且按本件情節，應得期待被告善盡相當之注意，是以，被告甲肇致損害結果之醫療行為，可認為有過失¹²⁵。

被告雖陳稱其有「傳統整復員」之資格，然經函行政院衛生署查明，「該署從未核發「傳統整復員」證書予任何人員，而未取得合法醫師資格，不得擅自執行醫療業務，為醫師法第 28 條所規定，是被告所稱之「傳統整復員」亦僅得為未涉及接骨、交付藥品、未使用儀器、未有侵入性外之以中國傳統之推拿、按摩、刮痧、指壓、拔罐、氣功、內功方式為之而被告於對不特定之病患為以打火機燒烤其自己之拇指後對病患為指壓後，再交付上開藥品於不特定之病患服用，自己逾其所謂「傳統整復員」所得處置之範圍，被告既有探詢病情及配藥之行為，自屬有擅自執行醫療業務之犯行¹²⁶。

接骨屬中醫傷科範疇，應以領有中央衛生主管機關所核發之中醫師證書者始得為之；領有中央衛生主管機關核發之國術損傷接骨技術員登記證書，依中醫師指示，得從事國術損傷接骨整復工作；未具一定資格，擅自執行接骨業務，應認屬違反醫師法第 28 條第 1 項前段之規定；又「指壓推拿」應為按摩之一重，如以治療病人為業務，且未經醫師診察指示為人術者，應受醫師法第 28 條之約束；從而，被告二人既為前述醫療行為，又未取得合法之中醫師資格，且係為不特定之多數人，為常例、反覆之治療，足徵其等有以此為業務之意思，自屬該當醫師法第 28 條第 1 項前段罪之構成要件¹²⁷。被告參加國術、中國醫藥等類人民團體之會員證書，而無中央衛生主管機關所核發之國術損傷接骨技術員登記證，無從認被告係合格之接骨技術員，亦需在合格之中醫師指示下，始得為接骨之醫療行為¹²⁸。

玖、美容行為

「美容醫學」之意義為¹²⁹：「一般係指由合格醫師透過醫學技術，如：手術、

¹²³臺灣高等法院 87 年度上易字第 4081 號刑事判決民國 87 年 09 月 21 日

¹²⁴臺灣臺中地方法院 102 年度醫訴字第 9 號刑事判決民國 103 年 04 月 02 日

¹²⁵臺灣臺北地方法院 93 年度醫字第 1 號 民事判決民國 96 年 12 月 27 日

¹²⁶臺灣南投地方法院 86 年度易字第 831 號 刑事判決民國 87 年 03 月 12 日

¹²⁷臺灣高雄地方法院 85 年度易字第 8019 號刑事判決民國 85 年 12 月 16 日；

¹²⁸臺灣高雄地方法院 85 年度易字第 8019 號刑事判決民國 85 年 12 月 16 日；

¹²⁹依衛生福利部 102 年 8 月 19 日召開「美容醫學諮詢委員會」第 2 次會議決議，轉引自衛生福

藥物、醫療器械、生物科技材料等，執行具侵入性或低侵入性醫療技術來改善身體外觀之醫療行為，而輔以治療疾病為目的」。因此，「美容醫學」屬「醫療勞務」之範疇，醫師從事美容醫學須涉及醫學專業而得認屬其係本於醫學專業而提供之專業性勞務。又醫療本身存有不确定之風險，爰更應由受過專業訓練之醫事人員本於高度管理之專門職業法規之規範執行之，始得確保民眾進行美容醫學處置之安全性¹³⁰。

醫療機構內「美容醫學業務」之延續，與「瘦身美容業」區分，依衛生福利部 88 年 3 月 22 日衛署食字第 88017511 號公告「瘦身美容業管理規範」第 2 條規定：「本規範所稱瘦身美容係指藉手藝、機器、用具、用材、化妝品、食品等方式，為保持、改善身體、感觀之健美，所實施之綜合指導、措施之非醫療行為。」因此，若非屬醫療業務之延續，僅為單純美容部門，則屬一般商業行為，應辦理公司登記、營利事業登記，並載明相關營業項目，且該部門如與醫療機構同址設置，其營業場所應各自設有獨立進出門戶，且使用空間應明確區隔¹³¹。

醫療機構內美容醫學業務，若非屬醫療業務之延續，僅為單純美容部門，則屬一般商業行為¹³²，應辦理公司或商業登記，並載明相關營業項目，且該部門如與醫療機構同址設置，其營業場所應各自設有獨立進出門戶，且使用空間應明確區隔，爰請依上開說明清查並輔導轄內醫療院所，如有銷售貨物或勞務非屬醫療業務之延續，應依法辦理營業登記及課徵營業稅。如於執行稽徵業務時遇有醫療勞務（業務）認定疑義，應洽衛生主管機關意見辦理¹³³。

醫學上所稱「痣」係指由黑色素細胞聚集磚積形成或為先天接近正常發育組織細胞之異常病灶，又「斑」則是表皮或黑色素細胞之異常，兩者雖未必產生功能之障礙，惟其有別於正常組織，屬皮膚疾病，爰此，「痣」、「斑」之去除，應屬醫療行為¹³⁴；**惟為兼顧現況，坊間設攤點痣，如未使用儀器、未交付藥品或未有侵入性，而以傳統習用方式為之，得不受醫師法之限制。**丙級美容技術士使用化學性藥品（會造成皮膚灼傷）點痣、點斑之行為，是否逾越前開原則，而涉及違反醫師法第 28 條規定，請依個案具體事實認定¹³⁵。

醫學上所稱「痣」係指由黑色素細胞聚集磚積形成或為先天接近正常發育組織細胞之異常病灶，又「斑」則是表皮或黑色素細胞之異常，兩者雖未必產生功能之障礙，惟其有別於正常組織，屬皮膚疾病，故「痣」、「斑」之去除，應屬醫療行為；惟為兼顧現況，坊間設攤點痣，**如未使用儀器、未交付藥品或未有侵入性，而以傳統習用方式為之，得不受醫師法之限制。至於去除刺青，係屬對於人體傷害之矯正與處置，應屬醫療行為**¹³⁶。

換膚、更皮術、健胸豐乳、全身漂白、減肥、脫毛等舉凡能影響人類身體結構及生理機能之行為，應屬醫師業務之醫療名詞，應依照醫師法第 28 條第 1 項處辦。美容院其業務範圍，**應以人身表面化粧美容為目的，通常所使用之化粧品自不能達到深層肌膚更皮術、豐乳、減肥、永久脫毛等目的**，是否涉及醫療行為與使用不法藥物之嫌，應查明實據依法處辦¹³⁷。

醫療工作之診斷、處方、手術、施行麻醉之醫療行為，屬醫療業務之核心，應由醫師親自執行；而雷射除毛除會導致毛髮掉落外，同時會破壞毛囊中毛髮之再

利部衛部醫字第 1021681168 號函 102 年 9 月 30 日

¹³⁰衛生福利部衛部醫字第 1021681168 號函民國 102 年 9 月 30 日

¹³¹衛生福利部衛部醫字第 1021681168 號函民國 102 年 9 月 30 日

¹³²財政部台財稅字第 10200674642 號函民國 102 年 10 月 14 日

¹³³財政部台財稅字第 10200674642 號函民國 102 年 10 月 14 日

¹³⁴行政院衛生署衛署醫字第 0900058301 號函民國 90 年 10 月 08 日

¹³⁵行政院衛生署衛署醫字第 0900058301 號函民國 90 年 10 月 08 日

¹³⁶行政院衛生署衛署醫字第 0900049072 號函民國 90 年 09 月 12 日

¹³⁷行政院衛生署衛署醫字第 9344818 號民國 70 年 09 月 29 日

生功能，顯已影響人體原有之正常結構與生理機能。因此，須由受過訓練之專業醫師操作該雷射機進行除毛，以免因非專業醫師執行，對病患造成身體健康或生命之危險，故雷射儀器之執行屬醫療核心業務¹³⁸。

美容師從事紋眉、紋眼線及坊間紋身館之紋身不屬醫療行為，但於紋眉、紋眼線或紋身之際，擅自注射局部麻醉劑於人體相關部位，使之麻醉，屬醫療行為，而使用處方藥物於民眾亦屬醫療行為，應由醫師親自診查病人後，依診察、診斷結果開立之，若未具醫師資格者擅自使用處方藥物（如麻醉劑、抗生素等）於民眾，使之麻醉或達到治療效果者，亦屬醫療行為；復將麻藥塗抹於民眾表皮、嘴唇或眼皮等部位使其麻醉之處置，如未具醫師資格，業已涉及擅自執行麻醉之醫療業務，應依違反醫師法第 28 條規定論處¹³⁹。

去除刺青，係屬對於人體傷害之矯正與處置，應屬醫療行為，業經衛生福利部行政院衛生署醫字第 0900049072 號函民國 90 年 09 月 12 日揭示明確，是被告既未取得合法醫師資格，以美膚機為告訴人去除刺青，該行為核屬醫療行為甚明，是其所為係犯醫師法第 28 條前段之未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪¹⁴⁰。又被告係媚立登紋繡學苑負責人，為從事紋繡眉及美甲業務之人，被告上揭未取得合法醫師資格，擅自為去除刺青行為，造成告訴人左手腕刺青部位受有感染發炎潰瘍之傷害，核其所為係犯刑法第 284 條第 2 項前段之業務過失傷害罪。被告以一行為同時觸犯上開 2 罪名，應依刑法第 55 條從一重之醫師法第 28 條前段之未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪處斷¹⁴¹。

醫師法第 28 條之 4 第 3 款規定，開業醫師不得違反同法第 28 條規定聘僱未取得合法醫師資格者，執行醫療業務。若違反保護他人之法律，致生損害於他人者，依民法第 184 條第 2 項前段規定，負損害賠償責任。又違反保護他人之法律之行為共同對受害人造成損害，即應依民法第 185 條第 1 項之規定，連帶對受害人負損害賠償責任。惟法院認侵權行為人應賠償一定金額為適當，是扣除共同侵權行為人已給付之賠償金額後，受害人已不得再向侵權行為人等請求賠償¹⁴²。

護理人員因未具合法醫師資格，僅能進行健康問題之護理評估、預防保健之護理措施、護理指導及諮詢，實施醫療輔助行為亦僅能在醫師指示下始得為之，不得擅自執行醫療業務。護理人員法第二十四條定有明文。是護理人員執行診斷工作，或未經醫師指示擅自實施醫療輔助行為，均係犯醫師法第 28 條第 1 項前段未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務之罪¹⁴³。

本應由具有合法醫師資格之醫師親自執行之診斷工作，卻由值班護理人員對上門客人以問卷方式代之，且在護理人員自行評估客人屬於健康者，未經醫師親自指示，又逕由護理人員為客人進行大腸水療之情，上開行為自屬未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務，從而被告二人所為核係犯修正前醫師法第 28 條第 1 項前段之罪¹⁴⁴。

被告未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務，致發生傷害之結果，所為係犯醫師法第 28 條第 1 項前段、第 2 項前段之罪，被告為告訴人為冰凍治療行為，應無傷害告訴人之故意，所為應屬刑法第 284 條第 2 項前段業務過失傷害之範疇，依醫師法第 28 條第 2 項前段規定加重其刑¹⁴⁵。

¹³⁸最高法院 104 年度台上字第 202 號刑事判決民國 104 年 01 月 21 日

¹³⁹臺灣高等法院 108 年度醫上訴字第 10 號刑事判決民國 108 年 12 月 18 日

¹⁴⁰臺灣高等法院 104 年度醫上訴字第 3 號刑事判決民國 104 年 05 月 12 日

¹⁴¹臺灣高等法院 104 年度醫上訴字第 3 號刑事判決民國 104 年 05 月 12 日

¹⁴²臺灣高等法院臺南分院 100 年度上易字第 92 號 民事判決民國 100 年 07 月 19 日

¹⁴³最高法院 86 年度台上字第 262 號判決

¹⁴⁴臺灣高等法院 95 年度上易字第 1765 號 刑事判決民國 95 年 11 月 28 日

¹⁴⁵臺灣高等法院 87 年度上訴字第 868 號 刑事判決民國 87 年 07 月 15 日

被告係以治療癌症為目的，而對之施以把脈、問診之診療行為，並交付自行調劑藥粉，指示服用方式人體疾病為目的，所為之診療、用藥行為，按行政院衛生署 82 年 11 月 19 日以衛署醫字第 82075656 號函，兼顧民俗療法之現況，所述文義，業已逾民俗療法許可之範圍，而屬於醫療行為之範疇，所辯其所為非屬醫療行為云云，即無足採，其犯行洵堪認定。核被告所為，係犯醫師法第 28 條第 1 項前段之罪¹⁴⁶。

未具有合法醫師資格而替他人進行注射玻尿酸或肉毒桿菌，屬對人體具有「侵入性」之醫療行為；係犯醫師法第 28 條前段之未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪¹⁴⁷。

醫師法第 28 條之規定，未取得合法醫師資格之人，不得擅自執行醫療業務；本件使用於雷射除毛之機器經衛生福利部列「一般及整型外科手術裝置」而核准輸入，操作該儀器為他人進行除毛自屬醫療行為，且依衛生福利部、臺灣皮膚科醫學會及臺灣整形外科醫學會之函文觀之，該儀器之作用將使施術部位毛囊遭破壞而永久無法再生毛髮，若使用不當容易引發皮膚灼傷，故須由受過訓練之專業醫師操作該雷射機進行除毛；未取得醫師資格之人自行操作機器為病患施術，自屬上開醫師法第 28 條所禁止之行為¹⁴⁸。

若以美容機構之負責人，本身未具備合法醫師或護理人員之資格，且亦明知其未依法取得醫師資格，亦未得一定資格且於合法醫師之指導下，不得執行醫療業務，卻以收費不等之代價，為不特定之求診顧客施打「脈衝光」，並進行清除臉部膿、痘痘、粉刺、暗瘡之具有「侵入性」之醫療行為¹⁴⁹，故行為人未具醫師資格即對求診顧客進行醫療行為，自有涉犯醫師法第 28 條前段之罪。

為他人施以整型美容等相關手術，自應屬醫師法第 28 條所稱之醫療業務。抽脂手術係屬醫療行為¹⁵⁰。原告所受殘廢結果係抽脂醫療手術所致，依造系爭意外傷殘保險附約條款約定，醫療行為所致成死亡、殘廢為除外事由，不論該死亡、殘廢結果係醫療行為故意造成或意外造成，保險公司均不負理賠之責¹⁵¹。因此，原告主張因「意外傷害事故」發生殘廢結果，請求被告給付意外殘廢理賠金，自無足取。

甲既為公司執行長，負責全公司之業務進行與督導，並為嘉義負責人之上線，乙之業務輔導範圍亦及於嘉義市，而非醫師之人從事施打脈衝光之對象復為該公司招攬之客戶及會員，均在上訴人等業務範圍內之監督與輔導行為，則施打脈衝光之消費者或該公司之會員是否係上訴人等或其他會員所招攬之「下線」會員，對於本件上訴人等幫助犯行之成立與否並無影響；對於違反醫師法施打脈衝光之醫療行為，客觀上提供助力，主觀上有幫助之故意，應成立幫助犯綦詳，是不問系爭二人是否上訴人等所招攬之會員，然均在上訴人等業務監督與輔導行為範圍內，無礙其等幫助罪責之認定¹⁵²。

醫學上所稱「痣」，係指由黑色素細胞聚集沈積形成或先天接近正常發育組織細胞之異常病灶，而所謂「斑」，則是表皮或黑色素細胞之異常，雖兩者未必產生功能之障礙，惟因有別於正常組織，仍屬皮膚疾病之一種，因此所謂「痣」或「斑」之除去，應屬醫療行為，惟為兼顧國內社會現實，坊間設攤點痣，如未使用儀器、未交付藥品或未具有侵入性，而以傳統習用之方式為之者，則不受醫師

¹⁴⁶臺灣高等法院 86 年度上易字第 1591 號 刑事判決民國 86 年 05 月 12 日

¹⁴⁷臺灣臺北地方法院 103 年度醫訴字第 4 號 刑事判決民國 103 年 05 月 20 日

¹⁴⁸臺灣臺北地方法院 102 年度醫訴字第 1 號刑事判決民國 103 年 03 月 24 日

¹⁴⁹臺灣基隆地方法院 98 年度訴字第 839 號 刑事判決民國 98 年 09 月 18 日

¹⁵⁰行政院衛生署 70 年 9 月 29 日衛署醫字第 9344818 號函

¹⁵¹臺灣新北地方法院 97 年度保險字第 14 號民事判決民國 98 年 05 月 06 日

¹⁵²最高法院 96 年度台上字第 7496 號 刑事判決民國 96 年 12 月 26 日

法之限制¹⁵³；而所謂「傳統習用方式」仍指坊間古老流傳沿用之點痣方式，至於使用化學性藥品致皮膚灼燒，則應具有「侵入性」¹⁵⁴。

明知其未具合法醫師之資格，即擅自替病患從事施打麻醉藥劑、電燒除刺青之醫療行為，危害政府對醫師制度管理之公信力，並危害人民之健康¹⁵⁵。

查鼻部除皺按摩與鼻部墊高之隆鼻醫療行為差距甚遠，被告如僅係為進行鼻部除皺、眼部按摩美容，衡諸常情，被告斷不可能於桌曆上記載「隆鼻」、「眼袋」等醫療字句，且從上開記載可知被告已收取全部或部分費用，故被告上開辯詞顯係卸責之詞，不足採信。按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，所為之診察、診斷及治療或基於診察、診斷結果，以治療為目的所為之處方用藥等行為的全部或一部均屬醫療行為，被告無醫師執照，而其所為之隆鼻、拉皮、眼袋等行為又屬醫療行為，核其所為，係犯醫師法第 28 條第 1 項前段之罪¹⁵⁶。

¹⁵³ 臺灣桃園地方法院 91 年度訴字第 523 號 刑事判決民國 92 年 01 月 21 日

¹⁵⁴ 臺灣桃園地方法院 91 年度訴字第 523 號 刑事判決民國 92 年 01 月 21 日；行政院衛生署衛署醫字第 0900058301 號函民國 90 年 10 月 8 日；行政院衛生署衛署醫字第 0900066048 號函民國 91 年 1 月 3 日

¹⁵⁵ 臺灣基隆地方法院 89 年度易字第 610 號刑事判決民國 90 年 01 月 30 日

¹⁵⁶ 臺灣宜蘭地方法院 84 年度易字第 602 號 刑事判決民國 85 年 01 月 16 日