

最高法院刑事判決

112年度台上字第4002號

上訴人 林富田

選任辯護人 江政峰律師

上列上訴人因違反醫師法案件，不服臺灣高等法院臺中分院中華民國112年5月31日第二審判決（112年度醫上訴字第742號，起訴案號：臺灣臺中地方檢察署109年度偵字第4529、21135號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回臺灣高等法院臺中分院。

理 由

一、本件原判決認定上訴人林富田有其犯罪事實欄所載犯行，因而撤銷第一審之科刑判決，改判依集合犯之例論上訴人共同犯醫師法第28條前段之非法執行醫療業務罪，處有期徒刑1年4月，並為沒收之諭知。固非無見。

二、惟查：

(一)凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘廢或保健為直接目的，所為之診察、診斷及治療，或基於診察、診斷之結果，以治療為目的，所為的處方或用藥等行為之全部或一部，即謂醫師法第28條第1項所稱之醫療行為。是基於前開直接目的所為之診察、診斷及治療，或基於診察、診斷之結果，而以治療目的，所為的處方或用藥等行為，本不以過程中有使用醫療器材或必須提供醫師處方用藥始得謂為醫療行為（如單純問診、把脈、開立乙醯胺酚<如普拿疼>或非類固醇類消炎止痛藥物）。反之，亦難僅憑行為人有宣稱療效，或使用器械與藥物，即謂其當然成立醫療行為。復以未取得合法醫師資格，而在疾病的治療過程中，執行診斷、鑑別診斷、處置、治療、開立處方箋等醫療業務者，醫師法第28條

設有處罰規定。而未取得藥師資格擅自執行藥品販賣、管理、調劑、藥事照護相關業務等藥師法第15條第1項之藥師業務者，依同法第24條規定，亦得處以罰鍰。至標示或宣傳非藥事法所稱「藥物」（藥品及醫療器材）具有醫療效能者，則係違反藥事法第69條「非本法所稱之藥物，不得為醫療效能之標示或宣傳」規定，依同法第91條第2項規定，除得處以罰鍰外，其違法物品沒入銷燬之。換言之，未取得醫師、藥師或醫療法第10條所稱之醫事人員資格者，縱有使用醫療器材緩解不適或提供處方用藥（非開立處方），若未涉及上開醫療行為，至多僅能以是否違反藥師法或藥事法等相關規定予以處理，非必一定成立醫師法第28條第1項之非法執行醫療業務罪，自屬當然。

(二)本件依原判決犯罪事實及理由之記載，係以上訴人在其所經營之高能量氧生館臺中館（設臺中市○○區○○路0段000號，下稱本案會館）提供標榜可以增強免疫力、促進新陳代謝、強化身體機能、治療或減輕疾病症狀、高壓氧治療、提高抵抗力及白血球吞噬能力、加速傷口癒合等治療或預防人體疾病、傷害等具有醫療效果之文宣、報導及廣告資料，並由店內人員向邱燕卿（原判決附表<下稱附表>四編號2之被害人）、江宗儒（附表四編號13之被害人）宣稱「高壓氧」可以緩解氣喘、治療糖尿病患之傷口癒合，且對三高（血糖、血壓、血脂）、中風、慢性疾病有所助益等語，而與同未取得合法醫師資格之員工蔡佩君、林義硯、張翠娟（以上3人均經第一審判處罪刑確定），以高壓艙體、高壓艙操作設備及空壓機（下合稱供氧設備）提供屬於醫師處方藥品之醫療用氧氣或工業用氧氣予顧客使用，認係以治療為目的，而為用藥或處置等醫療業務之行為，故認上訴人共同犯醫師法第28條前段之非法執行醫療業務罪。然依原判決所引用之：1.中華民國高壓暨海底醫學會民國108年2月14日（108）潛醫字第001號函記載，本件供氧設備之艙體操作壓力未達1.4大氣壓，並不屬於中央衛生主管機關列管之「高壓氧

設備」項目；至於經藥事法規範之氧氣，屬於醫師處方（按：瓶裝容量超過10公升者）或指示（按：瓶裝容量10公升以下者）用藥，可否由非具醫師或藥師資格之人員，提供給一般民眾作為養生用，則需由中央衛生主管機關釐清（見107年度他字第8656號卷〈下稱他字卷〉第137頁）。準此，本案會館提供「高壓氧」是否屬於醫療行為中之「高壓氧『治療』」未見原審予以釐清。2.證人即信華氣體股份有限公司負責人許秋玉所述，該公司出貨至本案會館之氧氣，分別有醫療用氧氣與工業用氧氣，二者氧氣濃度均達99.9%，僅存在生產流程是否符合衛生福利部藥品審核標準之差異（見109年度偵字第4529號卷(二)第563至567頁）。且其中之醫療用氧氣依改名前之行政院衛生署99年3月3日署授食字第0991401357號函所示，業經納入藥品管理，而歸類為醫師處方藥，然工業用氧氣尚不在藥品管理之列。則上訴人加壓供給客戶使用之氧氣，是否均因鋼瓶容量而定性為「處方用藥」或屬藥品，亦未見原審剖析明白。3.證人即本案會館客戶：(1)林富容（附表四編號3）供稱本案會館是以「可以排除掉身體的濁氣、髒東西」等語介紹高壓氧，而未宣稱治療效果或發放相關文宣，且其本人亦無身體病痛（見他字卷第203至205頁）；(2)林界政（附表四編號4）供稱其想要保養身體、活化細胞，因「醫院除了治療疾病外好像沒有特別為了養生在做高壓氧」，所以未前往醫院而選擇至本案會館接受高壓氧，當時店家是說「可以睡眠比較好一點，白頭髮可以變黑」（見他字卷第207至209頁）；(3)聶振光（附表四編號5）證稱其有向本案會館人員告知自己曾經中風，但店內人員並未表示可以減緩或治療中風病情，也沒有宣稱高壓氧之治療效果（見他字卷第211至213頁）；(4)許富閎（附表四編號6）、林玉璣（附表四編號7）、陳慈玉（附表四編號9）或稱本案會館人員係表示可以提昇免疫力（許富閎、林玉璣）、或稱其表明自己是要消水腫（陳慈玉），店內人員並未提及有何治療效果（見他字卷第215至217、219至221、22

01 7至229頁)；(5)張凱貽(附表四編號10)證稱其有向本案會
02 館人員表示想要減輕二尖瓣脫垂、免疫系統問題，店內人員
03 並未宣稱可以治療或減緩該等狀況，僅稱「這是保養身體，
04 對身體比較好」(見他字卷第231至233頁)；(6)戴秀貞(附
05 表四編號11)證稱本案會館人員告知所使用之氧氣濃度較
06 低，且操作人員都有醫技資格，此外，其不記得店家人員有
07 無告知得以減輕或治療生理症狀或病痛(見107年度發查字
08 第1353號卷<下稱發查字卷>第35至37頁)；(7)林俊杰(附表
09 四編號14)、劉秀英(附表四編號15)均稱是單純為了要保
10 健身體而前往本案會館，店內人員只介紹說會讓身體含氧量
11 較高，並未提及有何減輕或治療病症之效果(見發查字卷第
12 49至51、53至55頁)。是以前開客戶既未敘及其等有何尋求
13 治療，或經本案會館人員告知醫療事宜之情形，則上訴人與
14 本案會館客戶是否存在治療認識，而影響其行為屬性之判
15 斷，亦待釐清。換言之，上訴人即使概以「高壓氧」調理或
16 保健之說詞，在本案會館使用壓力未達高壓氧設備規定而非
17 列管醫療器材之供氧設備進行加壓，以提供附表四所示客戶
18 進行純氧呼吸(含醫療用氧氣與工業用氧氣)，然其所為是
19 否合於「高壓氧治療」定義，或因使用加壓方式提供處方用
20 藥之醫療用氧氣予民眾進行呼吸而涉及診察、診斷、治療、
21 處方、用藥、手術、處置等醫療行為，均有未明。此等涉及
22 醫、藥事務之專業分工與判斷，俱屬中央衛生主管機關即衛
23 生福利部之主管事務，尚非不能或不易調查，且與上訴人行
24 為究竟涉犯何項法規之認定攸關。乃原判決未予調查釐清，
25 即援引移送機關即臺中市政府衛生局108年7月10日中市衛醫
26 字第1080065864號函，關於上訴人以前開方式提供醫療用氧
27 氣供顧客施用，係「提供須由醫師處方使用之藥品(醫用液
28 態氧氣)予顧客使用，並向顧客說明高壓氧具多項療效，核
29 屬以治療為目的，所為之『用藥』或『處置』」(見他字卷
30 第243至244頁)；該局111年7月4日中市衛醫字第111008074
31 6號函，關於上訴人以前開方式提供工業用氧氣供顧客施

01 用，係「以治療為目的所為之『處置』」（見第一審卷(一)第
02 507、508頁）等意見，而為不利於上訴人之認定，自嫌速
03 斷，容有調查職責未盡之違誤。

04 三、以上或為上訴意旨所指摘，或為本院得依職權調查之事項，
05 原判決之違背法令情形，影響於事實之確定，本院無可據以
06 自為裁判，應認原判決有撤銷發回更審之原因。

07 據上論結，應依刑事訴訟法第397條、第401條，判決如主文。

08 中 華 民 國 113 年 3 月 13 日

09 刑事第八庭審判長法 官 謝靜恒

10 法 官 梁宏哲

11 法 官 莊松泉

12 法 官 周盈文

13 法 官 劉方慈

14 本件正本證明與原本無異

15 書記官 李丹靈

16 中 華 民 國 113 年 3 月 19 日