

最高法院刑事判決

112年度台上字第5639號

上訴人 簡文正

選任辯護人 陳志祥律師

何朝棟律師

上列上訴人因違反醫師法案件，不服臺灣高等法院中華民國112年8月23日第二審判決（112年度醫上訴字第7號，起訴案號：臺灣基隆地方檢察署111年度偵字第6491號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件第一審認定上訴人簡文正有其事實及理由欄所引用檢察官起訴書記載未取得合法牙醫師資格，仍基於非法執行醫療業務之犯意，擅自使用牙醫設備，從事為不特定病患進行假牙製作之咬膜、印模、試模、安裝等醫療行為之犯行，因而論處上訴人非法執行醫療業務罪刑（處有期徒刑8月），及諭知相關之沒收、追徵。嗣上訴人提起第二審上訴，原審則以上訴人依刑事訴訟法第348條第3項規定，明示僅就第一審判決關於量刑部分提起上訴，此部分經審理結果，認第一審判決之量刑妥適，乃引用第一審判決所載之事實、論罪及沒

01 收，並維持第一審判決之量刑，駁回上訴人此部分之上訴，
02 已詳述其憑以裁量之依據及理由。

03 三、本件上訴意旨略稱：(一)上訴人提起第二審上訴，於聲明上訴
04 狀中請求原審撤銷第一審判決，改判6月以下有期徒刑，並
05 諭知緩刑等語，其意即係對於第一審判決之論罪、量刑及沒
06 收均提起上訴，並未明示僅就關於量刑部分上訴，至上訴人
07 於原審準備及審理程序雖表明僅就第一審判決關於量刑部分
08 上訴，然上訴人僅有國中肄業之學歷，不諳法律，原審又未
09 本於客觀義務，依刑事訴訟法第31條第1項第6款規定為上訴
10 人指定辯護人為上訴人辯護，以確認上訴人上訴真意，逕依
11 刑事訴訟法第348條第3項規定，僅就第一審判決關於量刑部
12 分為審理，顯屬違法。(二)上訴人平日係以駕駛聯結車為業，
13 並無以醫療行為為業務之意，其於本件所為僅有咬模、製作
14 及裝設活動假牙，並非拔牙、根管治療及開藥，與坊間牙醫
15 診所之差別僅係其未與牙醫師合作而已，應屬憲法保障之工
16 作權範圍，並無違法；且違反醫師法之罪係屬法定犯，上訴
17 人多年前雖有2次違反醫師法前科，然上訴人不諳法律，亦
18 不記得曾因違反醫師法遭判處罪刑及諭知緩刑之事，上訴人
19 主觀上認為其所為並非醫療行為，並無不法意識，依刑法第
20 16條規定，應屬無罪或應減輕其刑，原判決未審酌及此，亦
21 屬違法。(三)上訴人所觸犯者係法定犯，其所為對於患者並無
22 危險，收費較諸牙醫師低廉甚多，並協助患者順利進食，於
23 道德上乃兩蒙其利之事，且上訴人年事已高，近年喪偶，身
24 心備受煎熬，且需長期就診治療宿疾，理應依刑法第59條規
25 定酌減其刑，或量處法定最低刑度之有期徒刑6月，及依法
26 院加強緩刑宣告實施要點第2條第1項第5、9、10款規定諭知
27 緩刑，此觀其他案件不論初犯或再犯，均予緩起訴或緩刑，
28 原判決竟以23年前之違反醫師法前案，於本件量處有期徒刑
29 8月，未依刑法第59條規定酌減其刑，亦未諭知緩刑，對於
30 上訴人坦認犯罪等有利於上訴人之情狀未予調查斟酌，顯有
31 理由不備及矛盾之違法。

四、上訴係不服判決請求救濟之方法，藉由上級審層層審查，以達審級制度在使當事人之訴訟獲得充分救濟之目的。我國刑事訴訟體例，已從原本之職權主義，改採改良式當事人進行主義，故檢察官與被告同為程序主體，均得享有程序參與權及程序處分權，刑事訴訟法第348條第3項規定，容許上訴權人僅就原判決之刑、沒收或保安處分一部提起上訴，即為尊重當事人本於其程序處分權，自行設定攻防之範圍而設，且依該項立法理由，未表明上訴之部分，不在第二審之審判範圍，而為同條第2項之例外規定，從而上訴權人所設定之上訴範圍，對於第二審法院之審判範圍，亦生拘束力，倘若當事人就第二審設定上訴攻防範圍以外之部分，提起第三審上訴，不僅與當事人自行設定攻防範圍之旨有違，且無異架空第二審之審查機制，亦與審級制度之目的不合，自非適法。又有下列情形之一，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護：「……，六、其他審判案件，審判長認有必要者」，刑事訴訟法第31條第1項第6款定有明文，所謂「審判長認有必要者」，當以該項第1至5款列舉之事由外，與該5款所舉情形相類者為限，如高度困難複雜案件或社會輿論批判甚烈，以致被告難以選任辯護人之情形屬之，如不符該項第1至5款之事由，亦非與該項第1至5款所舉情形相類者，審判長因而認為無指定公設辯護人或律師為被告辯護之必要，而未予指定者，自不能任意指為違法，而據為上訴第三審之理由。本件上訴人之犯行，經第一審論處罪刑後，上訴人提起第二審上訴，上訴人於刑事聲明上訴狀中僅稱：「敬請 鈞院撤銷原判決，改判6月以下有期徒刑，並予宣告緩刑，以啓自新。」（見原審卷第21頁），並未表明其上訴範圍，嗣於原審準備程序中，上訴人供稱：「針對量刑上訴。我只是幫人做假牙，不知道嚴重性。請求法院幫我從輕量刑，出來找工作，還債務。僅針對量刑上訴。」（對於原審認定的事實、適用的法律，有沒有爭執？）沒有爭執，僅針對量刑上訴。沒有意見，法規是

01 這樣，我只好坦承。書狀有寫，是針對量刑上訴。」等語
02 （見原審卷第116頁），另於原審審判程序中，上訴人亦
03 稱：「（上訴範圍〈刑事訴訟法第348條〉？）請求減
04 刑。」「（依照你所述，是否針對原判決的量刑上訴？）
05 是。」「（對於原審引用起訴書所認定的事實及罪名，你是
06 否還有意見，是否爭執？是否認罪？）認罪。請求減刑。」
07 「（對於原判決沒收附表所載之物及沒收20萬元，有無爭
08 執？）沒有。沒有上訴。」「（本件僅針對原審量刑部分審
09 理，是否如此？）是。」等語（見原審卷第128至129頁），
10 是上訴人於原審準備及審判程序中，顯已明示僅就第一審判
11 決關於刑之部分提起上訴，關於犯罪事實及沒收部分不在上
12 訴範圍內，且原審係反覆確認上訴人之真意，已如前述，原
13 判決因而說明原審審理範圍只限第一審判決關於刑之部分等
14 旨（見原判決第1頁），於法尚無違誤。且查，上訴人無刑
15 事訴訟法第31條第1項第1至5款所列事由，所稱國中肄業、
16 不諳法律等情，縱認屬實，核亦非屬該項第1至5款相類之情
17 形，原審審判長因而未依刑事訴訟法第31條第1項第6款規定
18 指定公設辯護人或律師為上訴人辯護，亦無違法可指。上訴
19 意旨無視於原判決此部分之論述，徒憑己見，爭執上訴人於
20 原審準備及審判程序明示僅就第一審判決關於刑之部分提起
21 上訴之效力，並進而爭執犯罪事實之認定，顯係對於當事人
22 於原審設定上訴攻防範圍（即刑之部分）以外而不在第二審
23 審判範圍之部分，提起第三審上訴，依上述說明，此部分之
24 上訴意旨自非適法。

25 五、行為人客觀上實施違法行為，主觀上亦對於其所為之行為
26 （構成要件該當事實）具有故意或過失，但行為人自認其行
27 為並非法所禁止者，此時行為人乃欠缺不法意識，而為學理
28 上稱之禁止錯誤。又所謂不法意識，意指行為人認識或意識
29 到其行為違反刑罰規範之意，並不以行為人具體認識到刑罰
30 內容為必要，僅需行為人認識到其行為為刑法（包括特別刑
31 法）所禁止，即為已足。行為人若無誤信其行為合法之事

實，即無禁止錯誤可言，本無刑法第16條規定之適用。一般而言，行為人有構成要件故意時，通常也會知道其所為乃法律規範或社會規範所不容，即推定其具有不法意識；但若行為人於行為時確不知其行為為違法而發生禁止錯誤者，行為人之行為於法律上究應如何評價，依刑法第16條：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任，但按其情節，得減輕其刑。」之規定，應依個案情節，判斷行為人對於禁止錯誤之發生，究竟有無迴避之事由存在，倘其欠缺不法意識係出於正當理由而誤信其行為合法，且無迴避之可能性者，則依法應免除其刑責，但若行為人可以透過更進一步的諮詢與探問，了解其行為的適法性，而得到正確的理解，此時就可以認為屬於可迴避的禁止錯誤，法院得審視個案情節，判斷迴避可能性之高低程度，於迴避可能性較低時，得於處斷刑部分減輕其刑，若迴避可能性極高時，法院則不應予以減刑。經查，上訴人前於民國89年間，因擅自執行製作齒模、鑲牙（裝置義齒）、為病患洗牙、治療蛀牙等行為，經第一審法院89年度易字第652號判決以上訴人犯醫師法第28條第1項前段違法執行醫療業務罪，處有期徒刑1年8月、緩刑5年確定，上訴人其時之違法行為即包括製作齒模、鑲牙（裝置義齒）在內，而與本件犯行之行為態樣相似，應認上訴人就本件犯行並無誤信其行為合法之可能性，其對於禁止錯誤有極高之迴避可能性，依前開說明，自無刑法第16條減刑規定之適用。上訴人徒以其不諳法律，對於其曾因違反醫師法遭判處罪刑之事不復記憶，而謂原判決未依刑法第16條但書規定減輕其刑，係屬違法，自非適法之第三審上訴理由。

六、量刑輕重及是否宣告緩刑，均屬事實審法院得依職權裁量之事項，苟於量刑時，已以行為人之責任為基礎，並斟酌刑法第57條各款所列情狀，而未逾越法定刑範圍，又未濫用其職權，縱未宣告緩刑，亦不能任意指為違法。而法院加強緩刑宣告實施要點第2條第1項雖臚列「宜認為以暫不執行為適

01 當，並予宣告緩刑」之12款事由，然仍需先符合刑法第74條
02 之要件，且「依其犯罪情節及犯後之態度，足信無再犯之
03 虞」，方有適用餘地，同要點第2條第1項亦定有明文。是縱
04 使形式上符合刑法第74條第1項之要件，且具該要點第2條第
05 1項各款所定事由，法院仍得依個案犯罪情節及犯後態度等
06 事項，審酌是否為緩刑宣告，並不受該要點拘束。又刑法第
07 59條之酌量減輕其刑，必其犯罪情狀確可憫恕，在客觀上足
08 以引起一般人之同情，認為即予以宣告法定最低度刑，猶嫌
09 過重，始有其適用，是否援引刑法第59條規定酌減其刑，係
10 屬事實審法院得依職權自由裁量之事項，倘其所為之裁量並
11 無明顯違背法令之情形，自不得任意指為違法而執為適法之
12 第三審上訴理由。原判決審酌第一審已敘明如何以上訴人之
13 責任為基礎，依刑法第57條所列各款事項而為量刑，經核既
14 未逾越法定刑範圍，亦無違反公平、比例及罪刑相當原則之
15 情形，且已具體斟酌上訴人有違反醫師法之前案紀錄，再為
16 本件違反醫師法之犯行，然上訴人犯後尚知坦承犯行之態度
17 等情形，所為量刑並無不當，因而維持第一審所量處之刑，
18 核屬事實審裁量之事項，尚無違法可言。原判決另敘明本案
19 何以無上開酌減其刑規定適用之理由甚詳，經核於法尚無違
20 誤。原判決復已詳細說明上訴人前因違反醫師法案件，先後
21 經第一審法院判處有期徒刑1年、緩刑4年，及有期徒刑1年8
22 月、緩刑5年確定，然上訴人未能記取教訓，亦未珍惜前案2
23 次緩刑宣告之寬典，再為本件犯行，足認有再犯之虞及難收
24 緩刑之效，對其所宣告之刑，如何無暫不執行為適當之情
25 形，因而未為緩刑之諭知，業已斟酌本案犯罪情節及上訴人
26 之犯後態度，難認有濫用自由裁量之權限，自不能遽指為違
27 法。上訴意旨徒以其情狀符合法院加強緩刑宣告實施要點第
28 2條第1項第5、9、10款規定事由，置原判決已斟酌其犯後態
29 度，並明白論敘認定其有再犯之虞及難收緩刑之效等事項於
30 不顧，復以個案情節不同，難以比附援引之他案情形，任意
31 指摘原判決有理由不備及矛盾之違法，所為量刑及未酌減其

刑、未諭知緩刑為不當，依上揭說明，自均非適法之第三審上訴理由。

七、其餘上訴意旨均非依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，徒就原判決已明確論斷說明之事項，暨不影響於判決結果之枝節問題，漫事爭論，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形不相適合。揆之首揭說明，應認其上訴為違背法律上程式，予以駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 2 月 22 日

刑事第二庭審判長法官 徐昌錦

法官 林海祥

法官 江翠萍

法官 林怡秀

法官 張永宏

本件正本證明與原本無異

書記官 邱鈺婷

中 華 民 國 113 年 2 月 27 日