臺灣高等法院刑事判決

106年度醫上訴字第7號

上　訴　人　臺灣臺北地方檢察署檢察官

上　訴　人

即　被　告　周華中

選任辯護人　劉嘉裕　律師

上列上訴人因被告違反醫師法等案件，不服臺灣臺北地方法院105年度醫簡上字第1號，中華民國106年8月30日第一審判決（起訴案號：臺灣臺北地方檢察署104年度偵字第8419號、移送併辦案號：105年度偵字第680號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

事　實

一、周華中係址設臺北市○○區○○路○○○巷○○號1樓「康成整復所」（下稱康成整復所）之負責人，為從事密醫業務之人，明知未取得合法中醫師資格，不得擅自執行醫療業務，竟基於非法執行醫療業務之犯意，於民國103年6月13日下午6時許在上址，以收費新臺幣（下同）1,000元之代價，為因腸胃問題前來求診之陳飛宏施以針灸之醫療行為，而從事醫療業務。周華中本應注意針灸有其專業性及危險性，針灸時，有一定穴道部位、入針角度、力道、深淺及時間療程，且針灸左側腋下肋骨處即有可能傷及肺部，依當時情形應注意，能注意，竟不注意，為陳飛宏針灸左側腋下肋骨處穴道2針，因下針失當，刺破陳飛宏左肺部，使陳飛宏受有左側氣胸與胸痛之傷害。

二、案經陳飛宏告訴及臺北市政府警察局萬華分局報告臺灣臺北地方檢察署檢察官偵查起訴。

理　由

一、訊據上訴人即被告周華中（下稱被告）固坦承未取得中醫師資格，於上揭時、地對告訴人陳飛宏左側腋下肋骨處針灸2針施行針灸之醫療業務，並向告訴人收費1,000元，告訴人於翌（14）日凌晨2時許，因胸痛不適急診就醫之事實，惟

矢口否認有何業務過失傷害犯行，辯稱：伊有對告訴人之小腿、大腿、手掌、腳掌及左側肋骨之穴位期門、輒筋各針灸1針，這些穴道不會造成氣胸或胸痛云云；辯護人則為被告辯稱：告訴人於103年6月14日急診病歷上認定告訴人是典型心因性絞痛，並無認定係因針灸意外造成創傷性氣胸，且依103年6月18日病歷資料記載經馬偕醫院胸腔內科醫師王玠仁、心臟內科彭明正醫師、胸腔內科蘇健醫師檢視告訴人之X光片並無氣胸現象，且診斷證明書亦無法證明是自發性或外力造成云云。然查就上開違反醫師法部分，業據被告於偵查及審理中坦承不諱，核與證人即告訴人陳飛宏於審理中證述於前揭時、地，經被告以調理腸胃問題而隔衣針灸等情明確，亦有證人即整復師鄭仲博於審理時證稱：伊當時受雇於被告，於103年6月13日在整復所有聽到告訴人在跟被告講述哪裡不舒服，說腸胃不好及睡眠不好。告訴人問被告要如何處理比較快，被告就跟告訴人說最快的方式就是針灸，當天被告是隔著衣服幫告訴人扎針等語大致相符（105年度醫簡上字第1號卷，下稱原審卷，卷一第90頁反面、91頁），且有103年6月13日康成推拿中心開立之免用統一發票1紙（104年度偵字第8419號卷，下稱偵卷，第11頁）在卷可佐，足徵被告前揭任意性自白核與事實相符，堪以採信。再被告固矢口否認業務過失傷害犯行，且以前詞置辯。惟被告於上揭時、地，對告訴人左側腋下肋骨處針灸2針施行針灸醫療業務，並向告訴人收費1,000元，嗣告訴人於翌（14）日凌晨2時許，因胸痛不適急診就醫之事實，為被告所不爭執，核與告訴人證述相符，且有馬偕醫院函附告訴人之急診病歷（104年度醫訴字第12號卷，下稱醫訴卷，第12至14頁）在卷可佐，是此部分事實已堪認定。告訴人於審理時證稱：伊告訴被告伊有腸胃不適，會一直打嗝、消化不好、胃食道逆流、胃潰瘍，被告叫伊躺在一個長方形的床上，被告說不用更換衣服，被告一樣先用徒手在伊的身體腳部按摩，按到腳的時候，被告問伊胃有無改善、有沒有好一點？伊很誠實的說沒有，

被告聽到這句話好像不是很開心，被告說怎麼會沒有感覺？被告說沒關係，等一下一定讓伊有感覺，後來被告就拿針灸的針要扎伊，伊有跟被告說一定要扎嗎？被告說一定要，被告將針扎在伊兩隻手的虎口，又隔著牛仔褲扎伊大腿兩針及腳之位置，針扎下去就放在那邊，伊很驚訝，因為被告隔著衣服去扎針，伊就問被告針灸不是要脫衣服嗎？被告還問伊說是誰說的？被告說那是對方不厲害才要脫衣服，後來被告拿兩根很長的針灸的針走到伊左邊，就直接要從伊腋下處即身體左側肋骨的中間，伊說不要，被告說這兩針扎下去，之後拔掉伊就會好很多，被告就直接先後插了兩針在伊身體左側肋骨的中間，兩針距離感覺沒有差很遠，針插得很深，伊當下痛到不行，伊幾乎沒有辦法講話、也沒有辦法呼吸，感覺插到裡面的不知道什麼東西，裡面一直在抽痛，伊只要一吸氣就整個心臟揪起來，只能用微弱的方式以嘴巴呼吸，加上伊鼻塞，伊差點要沒有命，被告說這些針要插4分鐘，伊就跟被告說救命，伊說可不可不要再扎了，被告說不行，要等4分鐘，被告也說伊現在會痛是正常的，伊跟被告說很痛，這4分鐘裡，伊聽到被告跟助手說終於知道伊的厲害了吧，還敢跟被告說沒感覺，過了4分鐘以後，被告才過來把針拔起來，針拔起來好像有一點流血，被告拔完之後，伊左側肋骨被扎針的地方還是很痛，痛感跟被扎針時是一樣的，伊向被告說剛剛不是拔完就不會痛好很多，被告可能發現情況不對就改口說沒這麼快，要一個禮拜伊就會變很好，現在痛是正常的，伊就有問被告說左側肋骨那邊是什麼穴位，被告就寫了兩個穴位期門（音譯）、輒筋給伊，伊後來發現其中一個穴位根本不在被扎的地方，伊離開診所到家後還是很痛，後來伊要睡覺了，實在痛到不行，沒辦法正常呼吸，伊就打電話叫救護車去馬偕醫院急診，急診時醫師有幫伊照X光，有用電腦螢幕秀X光片，指位置給伊看並說伊被刺到肺部，是氣胸，要留院觀察，伊就在醫院住了一晚，醫師說如果隔天沒有那麼痛就可以回家觀察，在醫院期間有幫伊打點滴

，隔天早上白天離開，離開時好像有拿藥，本案之前伊沒有氣胸現象，只有腸胃不舒服等語（原審卷二第162至165頁）。再證人即103年6月14日上午為告訴人進行診療之馬偕醫院急診科醫師黃書田於審理時證稱：當天告訴人去時，醫院有做X光、心電圖、抽血檢查，在凌晨3時06分，伊看完X光片，發覺這是左側氣胸，從X光判斷左側肺部塌陷的部分小於百分之20，伊給予告訴人氧氣治療，安排早上8點再拍1張X光片，來比較X光的變化，然後伊早上7點下班，就交班給林峰醫師。從診斷紀錄上看起來，林峰醫師於該日早上8時20分有記載說左邊氣胸情況看起來有進步，但病人還是表示胸痛，但伊無法判斷告訴人之氣胸成因是自發性或外力造成，至於急診病歷判斷依據處上面記載「典型心因性心絞痛」，這是檢傷人員之紀錄，但是這個記載意義不大，如果光靠這個就可以診斷，這樣就不用看醫生了等語（原審卷二第219至220頁）。而告訴人於翌日凌晨2時2分經119送到馬偕醫院急診，主訴去針灸左胸後發現胸痛不適求治（醫訴卷第12頁），並有馬偕醫院函附告訴人急診病歷（醫訴卷第12至14頁）在卷可憑。復查告訴人於案發後再度前往康成整復所，就其與被告間對話予以錄音，經提示勘驗該錄音譯文紀錄，雖無從確認錄音時間，但被告並不否認此乃其與告訴人間對話（原審卷二第223頁反面），而細繹其間對話內容以觀，被告固然未正面承認告訴人所受氣胸及胸痛為其針灸造成，但告訴人一再表示「掛急診是因為那天晚上因為，根本沒辦法呼吸，就是一躺下來心臟會痛」、「那個痛跟那天在這邊那個痛差不多你知道」、「是不是插太深，才會那麼痛」，被告均不否認告訴人所受痛感，並稱「對阿，過了就好」、「這就是這樣子啊，怎麼會太深，什麼叫太深，就這樣順著肋骨進去啊」，有告訴人錄製錄音光碟譯文（原審卷一第106至107頁）在卷為憑。又被告於原審準備程序時坦承針灸行為導致告訴人氣胸及胸痛之傷害結果等語（醫訴卷第82頁反面）明確，另參以告訴人係於被告在告訴人左側腋下肋骨處

針灸後約8小時之翌日凌晨2時許急診就醫，時間具有密切關連，且告訴人胸痛部位及黃書田醫師診斷左側氣胸部位亦與被告施針部位大致相符，本案應以被告103年6月13日下午6時許以針灸方式在告訴人左側腋下肋骨處針灸2針，刺破告訴人左肺部，致告訴人受有左側氣胸及胸痛之傷害結果，較與事實相符，而可認定。雖本件證人黃書田於原審審理時曾證稱：本件看到告訴人急診病歷，伊無法判斷是自發性或外力造成氣胸等語（原審卷二第221頁反面）。然證人黃書田於同次審理時證稱：伊對於X光氣胸之判斷有足夠之能力，不管病人說什麼，伊能夠診斷病人為氣胸等語（原審卷二第219頁反面），併參本件告訴人X光片經由證人黃書田判斷後診斷為氣胸，且告訴人於接受針灸後約8小時即急診就醫，時間上具有密切性，復審酌被告已於原審準備程序時坦承其針灸行為導致告訴人氣胸等情，因而認定告訴人之氣胸係因被告實施針灸行為所造成一節，業如前述，堪見本件被告針灸行為刺破告訴人左側氣胸等節，已據證詳予剖析明確，足見本件確係以原存病歷資料及案發當日所拍之X光片為斷，尚非徒憑告訴人單一指述即遽為上開認定。從而，被告上訴意旨泛稱本件無證據可證其持針刺破告訴人左肺部，證人黃書田亦無法判斷告訴人之氣胸係自發性或外力造成，原審無任何客觀證據，遽以告訴人之指訴即認定刺破左肺部之事實，有違證據法則云云，難謂足採。又被告未取得合法中醫師資格，且未能說明其學習針灸之情況（原審卷二第225頁），是其空言辯稱針灸並不會造成氣胸云云，難認有據，不足採信。至告訴人103年6月14日急診病歷第1頁記載「典型心因性心絞痛」（醫訴卷第12頁），僅為檢傷人員之記載，亦難為被告有利認定之依據。另辯護人辯稱：證人黃書田醫師不具專業能力，且出具診斷證明書有利害關係，其證述不足採信，且證人黃書田之證述與馬偕醫院其餘醫師認定不同云云。然查證人黃書田為首先診斷本件告訴人之醫師，告訴人於103年6月14日凌晨2時2分經119送到馬偕醫院急診，經證

人黃書田醫師進行X光檢查，因而判斷為氣胸一節，業已具體論析明確如前。而本件依照林峰醫師於103年6月14日8時20分記載氣胸有進步，但病人仍主訴嚴重胸痛，所以林峰開出之醫囑是要進行電腦斷層，在當天早上9時05分，林峰醫師把這個檢查的醫囑刪除了，改安排門診回診，於同年月18日告訴人至馬偕醫院就診，先後至胸腔內科王玠仁醫師、胸腔內科蘇健醫師、心臟內科彭明正醫師看診追蹤，3位醫師記載X光片沒有看到氣胸，這些醫師的記載是他們的看法，而且塌陷小於百分之20本來就不容易看，而且每個人看法會有不同，所以醫師建議告訴人作電腦斷層之檢查，但告訴人拒絕，針灸造成氣胸有可能自癒，針灸也要分針之粗細，自癒時間因人而異，要看病人的癒合能力、處置狀況、破洞的大小等情，業據證人黃書田於原審審理時證述在卷（醫訴卷第220至222頁），且有告訴人之馬偕醫院門診記錄單及急診病歷（醫訴卷第14、15、17、19頁）在卷可稽。而告訴人於103年6月18日再次回診後，經王玠仁醫師、蘇健醫師、彭明正醫師依原存病歷資料且未另行X光檢查及電腦斷層之情況下，固診斷告訴人未有氣胸現象，惟醫師之診斷作成，除仰賴科學檢查資料外，尚須綜合考量病人就醫當下之所有外在表徵以為判定，而氣胸可能因時間之經過而逐漸好轉，此參證人黃書田於原審審理時證稱：陳飛宏有可能因為時間因素而自癒等語（原審卷二第220頁反面），併參證人陳飛宏於原審審理時證稱：醫師跟伊說伊有被刺到肺部，是氣胸，要留院觀察，伊就在醫院住了一晚，醫師說如果隔天沒有那麼痛就可以回家觀察，在醫院期間有幫伊打點滴，隔天早上白天離開，離開時好像有拿藥等語（原審卷二第163頁反面），顯見告訴人之氣胸症狀於其急診治療完畢離開醫院時業有好轉。是倘於回診時，告訴人氣胸之傷勢因時間因素而復原，核與常情無違。從而，縱王玠仁醫師、蘇健醫師、彭明正醫師等3人診斷後認告訴人未有氣胸現象，亦難憑此即謂證人黃書田之診斷有何錯判之情形。復遍查卷內事證亦無證據

資料顯示103年6月14日告訴人急診時，證人黃書田所為之診斷有何錯誤或違反當今醫療專業知識之情況，是尚難以其他未親自於103年6月14日進行診療而係於事後同年月18日診療之醫師有相反之診斷，即認證人黃書田醫師之診斷及其證述不足為採。從而，辯護人上開所辯尚難憑為有利被告之認定。是被告上訴辯稱：原判決以王玠仁醫師、蘇健醫師、彭明正醫師等3人未另行X光檢查，復以無關聯之理由否定、質疑渠等專業判斷，有違論理法則云云，即難謂可採。再被告既從事上開中醫師所為針灸之醫療業務，原應注意為針灸時，有一定之穴道部位、入針角度、力道、深淺及時間療程，且擅自針灸左側腋下肋骨處即有可能傷及肺部，被告為告訴人針灸時，並無不能注意之情事，卻疏未注意，未為適當之穴位、施力不當，其有過失至為明確，因致告訴人受有氣胸及胸痛之傷害結果，其過失與告訴人受傷顯有相當因果關係。另辯護人聲請將卷附告訴人之X光送鑑定云云，然經本院先後函送衛生福利部、國立臺灣大學醫學院附設醫院及國防醫學院三軍總醫院，分別經上開單位函覆表示建議委請各醫學中心之中醫部或洽中華針灸醫學會徵詢專業意見；該院專長為西醫醫學並無成立中醫部分，故而無法受理本件鑑定；氣胸之診斷非中醫之專科可認定，應由相關之西醫專科醫師進行診斷，本件無相關針刺深度記錄，無法評估有無超出安全深度之治療等節，分別有衛生福利部107年2月27日衛部醫字第1071661319號函、國立臺灣大學醫學院附設醫院107年5月14日校附醫秘字第1070016994號函、國防醫學院三軍總醫院107年7月9日院三醫勤字第1070008589號函存卷可考（本院卷一第192、226至228、286頁），堪認本件卷內相關資料及醫療影像光碟等卷證尚難資以鑑定本件告訴人有無氣胸及若有氣胸是否為針灸所致等情。然依上開事證及論證，足認本件事證已明，核無再送鑑定之必要。是辯護人上開所請及被告上訴意旨請求進行鑑定云云，洵屬無理由。至告訴人另指述亦受有血尿、左腎水泡、頸椎扭傷並第3、4節椎間盤突出

，並神經壓迫、頸椎第6、7節神經根壓迫、椎間盤移位，頸椎3-4、4-5、5-6、6-7椎間盤突出併神經壓迫，併右側第5、6、7、8頸椎及第一胸椎神經根病變等傷害結果，且提出馬偕醫院出具診斷證明書5紙（103年度他字第12339號卷，下稱他字卷，第39至42頁、原審卷一第62頁）為憑。然查告訴人於103年6月18日、6月19日、7月3日、7月22日至泌尿科門診求診，主訴左側腰痛。如病人針灸位置在第11肋骨以下並使用長針，才有刺到腎臟之可能。核磁共振檢查顯示左側腎水泡，應與針灸無相關性。至103年12月12日神經外科主訴頸痛及右手指麻及無法正常施力，應與頸椎神經根壓迫有關。神經壓迫成因大多為長期姿勢不良所致，部分為外力所致，是否為本案外力所致則無法得知。104年1月9日至復健科門診，經肌電圖檢查為頸椎神經根病變，並經磁振造影疑似椎間盤突出。椎間盤突出之原因有許多，包括不當外力、不當姿勢或其他原因，無法逕由門診醫師判斷其成因。而神經根病變雖有可能由突出之椎間所導致，但仍無法排除其他各種原因所造成等節，有馬偕醫院105年11月21日馬院醫急字第1050005082號函附在卷可佐（原審卷二第87頁）。是依卷內相關事證，尚難僅憑告訴人之指述即認其上開症狀與本案被告之針灸或推拿整復行為有關。綜上所述，本件事證明確，被告前開所辯均非可採，其違反醫師法、業務過失傷害之犯行均堪認定。

二、被告行為後，醫師法第28條於105年11月30日修正，但僅係文字調整「未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者」，刪除「擅自」及刪除「其所使用之藥械沒收之」之沒收規定回歸適用刑法之規定，對被告並無較為有利之情形，應依刑法第2條第1項前段適用行為時即修正前醫師法第28條規定。所謂醫療行為，除「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，對運動跌打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」等行為不列入醫療管理外，其他凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療行為，或基於診察、診斷結果，以治療為目的所為之處方、用藥、施術或處置行為均屬之（參行政院衛生署82年11月19日衛署醫字第00000000號之函釋）；又醫療業務之認定，亦不以收取報酬為其要件，上揭所稱醫療行為，係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，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、施術或處置等行為的全部或一部的總稱，此一定義，於醫師、中醫師、牙醫師均適用之（參行政院衛生署83年11月28日衛署醫字第83068006號、85年7月18日醫署醫字第85038723號函釋）（最高法院101年度台上字第5780號判決要旨參照）。另針灸係中醫針療科別，屬醫療業務範圍，應具醫師資格使得執行【參行政院衛生署(已改制為衛生福利部)93年1月6日衛署醫字第0920067979號函釋】；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（參85年11月22日衛署醫字第85062110號函釋）。被告不具中醫師資格，擅自執行針灸之醫療行為，是核被告係犯修正前醫師法第28條前段之非法執行醫療業務罪。又按所謂業務，係以反覆為同種類之行為為目的之社會活動，本件被告未取得中醫師資格，擅自執行醫療業務，其雖未領有醫師執照，欠缺充任醫師之形式條件，亦係從事業務之人。被告因業務上過失致人成傷，另犯刑法第284條第2項前段之業務過失傷害罪。被告所犯上開2罪，係以一行為觸犯2罪名，為想像競合犯，從一重論以醫師法第28條之罪。另聲請簡易判決處刑意旨以告訴人受有頸部痠痛之傷害部分，亦涉有前述之罪嫌，此部分檢察官無非以告訴人指述及馬偕醫院103年6月18日診斷證明書為據。訊據被告堅詞否認有此部分之業務過失傷害等犯行，辯稱：針灸完會鬆掉，不會頸部痠痛，伊未以腳踩踏告訴人頸部，而是以輔具按摩器放在背到脖子處拿橡膠槌敲打，及用後

腳跟踩告訴人之骨盆等語。經查告訴人於審理中證稱：被告先叫伊趴著，被告用手用按摩的方式按伊的肩頸，也有放一個很像長條形的木板的東西架在伊的頸部後方，被告跟他助手分別站在伊的左右兩邊，伊記得被告站在伊的左邊，他助手站在伊右邊，然後一人用一隻腳從伊後面用力朝架在伊脖子上的長條形木板的東西的各一側往下瞬間大力的踩下去，當下伊覺得很痛，伊感覺是斷掉，伊就有跟被告反應很痛，被告說痛是正常，伊說不行再踩了，被告跟他助手就沒有再踩了，伊被踩了之後，伊覺得快斷掉的感覺，伊當下是相信被告之說明，伊之前沒有被這樣踩過，伊後來發現越來越痛，痛一直在，並沒有消除，所以伊6月14日去急診時也有跟醫師講伊頸部酸痛，但是主要是處理伊氣胸部分，頸部瘀痛看不到紅腫或黑青，但裡面很痛等語（原審卷二第162頁反面、165頁），然參證人即整復師何仲博於審理時證稱：伊看到被告用手按摩推拿告訴人之脖子，沒有看到被告使用工具，被告是用腳踩告訴人之屁股，整復完並沒有聽到告訴人講頸部瘀痛等語（原審卷一第90頁及反面），另告訴人所稱被告於偵查中有承認以腳踩頸部等語，經原審於106年7月19日勘驗（原審卷二第190至191頁）亦查無被告有此自白之陳述。又雖檢察官上訴意旨陳稱：參諸卷附之對話錄音光碟及譯文「告訴人對被告表示：那天你（指被告）不是從我脖子這邊踩下去嗎？然後也覺得，很痛，你知道」等語，被告聞之答覆以：「會痛啊，本來就是會痛啊」等語，復參被告於原審準備程序時自承頸部部分用2條毛巾包著告訴人之下巴到枕骨，這時告訴人是正躺的，用2條毛巾旋轉呈麻花狀往後拉等語，足徵被告確有對告訴人頸部實施拉扯之事實云云。惟細繹告訴人錄製之錄音光碟及其譯文（原審卷一第106頁），告訴人雖稱：「那天你不是從我脖子這邊踩下去嗎，然後也覺得，很痛，你知道」等語，被告僅答稱：「會痛啊，本來就是會痛啊」等語，就其是否有踩告訴人頸部一節並未加以回答，是無從憑告訴人單方指訴及上開錄音光碟及譯

文即遽認被告確有以腳踩告訴人之頸部。再縱被告就告訴人呈正躺姿勢，其以2條毛巾包著告訴人之下巴到枕骨，將2條毛巾旋轉呈麻花狀往後拉一節坦認在卷（原審卷二第25頁），堪認被告確有接觸告訴人之頸部，然其此等拉扯是否足以造成告訴人產生頸部痠痛之症狀，尚缺乏其他補強證據以證其實，復觀之馬偕醫院103年6月18日診斷證明書雖載明「頸部痠痛」等情，然此係依據病人（即告訴人）主訴所載，病人當時拒絕抽血及X光檢查等情，有馬偕醫院106年7月17日馬院醫急字第10600003642號函（原審卷二第201至205頁）在卷可憑。是告訴人既未接受醫師之專業診斷，則其所指頸部痠痛一情是否與被告行為有關，容非無疑。綜上，本件徒憑上情尚難認被告對於告訴人頸部痠痛之傷害結果有何過失。是檢察官徒以前詞提起上訴，並未舉證其他積極證據供本院調查審認，其上訴自難謂有據。綜上，本案並無積極證據足以證明告訴人之頸部痠痛結果與被告之推拿整復行為有關，公訴意旨認此部分被告應負業務過失傷害等罪責，本應諭知無罪，惟此部分與前經本院論罪科刑之部分有單純一罪等關係，爰就此部分不另為無罪之諭知。再按犯罪所得，屬於犯罪行為人者，沒收之。但有特別規定者，依其規定；前二項之沒收，於全部或一部不能沒收或不宜執行沒收時，追徵其價額。刑法第38條之1第1項、第3項定有明文。經查被告供稱：伊主動提出要用針灸之診療方式，希望讓告訴人酸痛早點解決，從頭到尾調理收費1,000元，加針灸不用加錢等語（原審卷二第224頁），參以被告開立予告訴人之免用統一發票收據載明「整復調理全身1,000元正」（偵卷第11頁），堪認為被告犯罪所得為1,000元，爰依上開規定宣告沒收並追徵其價額。被告雖以告訴人之警詢筆錄及告訴人104年9月8日馬偕醫院MRI影像照片無證據能力，惟本件並未引用告訴人之警詢筆錄及告訴人104年9月8日馬偕醫院MRI影像照片作為被告論罪科刑之依據，況排除告訴人之警詢筆錄記載及上述之MRI影像照片，並不影響前揭論罪認定之結果，

故不再論述此部分證據能力之有無。按刑事訴訟法第159條之4第2款規定：除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書，得為證據。係因該等文書為從事業務之人，於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，且大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小，除非該等紀錄文書或證明文書有顯然不可信之情況，否則有承認其為證據之必要。醫院乃治療和護理病人，兼行健康檢查、疾病預防，藉由其內部專業分工人員通過醫學檢查、檢驗、治療等設備提供醫療及患病休養服務之醫療機構。醫師於診療過程中，不論患者是因病尋求診療，或因特殊目的而就醫，均應依醫師法第12條第1項之規定，製作病歷。又醫師法第17條規定，醫師如無法令規定之理由，不得拒絕診斷書之交付，而醫院病歷及診斷證明書，係病患就診時，醫師就其病患所為之診斷及治療處置，所製作之紀錄文書及證明文書。犯罪事件中之被害人因身體所受之傷害前往醫療院所接受治療，並要求醫師依據診斷結果開立診斷證明書，就被害人之立場而言，該診斷證明書固然可能供日後訴訟上之證明之特定目的使用，然就醫師之立場而言，仍屬從事醫療業務之人，於例行性之診療過程中，依據實際診斷結果而製作之病歷及診斷證明書，自屬於醫療業務上或通常醫療業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，依刑事訴訟法第159條之4第2款規定，除顯有不可信之情況外，得為證據（最高法院99年台上字第1391號判決要旨參照）。查本件告訴人提出之馬偕醫院103年6月18日及同年月20日出具之診斷證明書（他字卷第37、38頁），係該院醫師於告訴人前往就診時，於醫師執行醫療業務時，依醫師法規定所製作之病歷、病歷摘要及診斷證明書，乃係醫師於其醫療業務過程中所製作之紀錄、證明文書，而屬刑事訴訟法第159條之4第2款所稱從事業務之人於業務上所須製作之紀錄文書、證明文書，又查無前揭病歷等文書顯有不可信之情況，依前開法

條規定，自均有證據能力，辯護人復未釋明卷附診斷證明書係在顯不可信之情形下製作，依上揭說明，自有證據能力，得為證據，被告稱前述診斷證明書無證據能力，自無可採。至辯護人辯稱：告訴人之診斷證明書，係醫師根據病患陳述之記載，屬被告以外之人於審判外陳述而無證據能力云云（見醫簡上卷二第30反面、33、223頁反面），不足憑採。按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符刑事訴訟法第159條之1至第159條之4之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有刑事訴訟法第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，刑事訴訟法第159條之5定有明文。查本判決所引用被告以外之人於審判外作成之相關供述證據（告訴人之警詢筆錄除外），雖均屬傳聞證據，惟檢察官、被告、辯護人於本院審判時均表示無意見而不予爭執，亦未於言詞辯論終結前聲明異議，被告雖稱證人黃書田為開立診斷證明書之人，其具有利害關係，證述不足為憑、告訴人所錄之光碟部分有預設立場，內容不足採信等情（本院卷二第32、33頁），然被告僅是就上開證據之證明力加以爭執，本院審酌上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，故認前揭證據資料均有證據能力。至其餘資以認定本案犯罪事實之非供述證據，亦查無違反法定程序取得之情形，是依刑事訴訟法第158條之4規定反面解釋，即具有證據能力。

三、按刑之量定，為求個案裁判之妥當性，法律賦予法院裁量之權，量刑輕重，屬為裁判之事實審法院得依職權自由裁量之事項，苟其量刑已以行為人之責任為基礎，並審酌刑法第57條各款所列情狀，在法定刑度內，酌量科刑，如無偏執一端，致明顯失出失入情形，上級審法院即不得單就量刑部分遽指為不當或違法（最高法院72年台上字第6696號判例參照）

。原審審理結果，認被告所犯事證明確，適用修正前醫師法第28條前段，刑法第2條第1項前段、第2項、第11條、第284條第2項前段、第55條、第38條之1第1項、第3項、刑法施行法第1條之1第1項、第2項前段之規定，並審酌被告未具中醫師資格而從事醫療業務，向告訴人收取1,000元費用，擅自從事針灸之醫療行為，破壞國家醫師專業制度，妨害國民身體健康，終至告訴人成傷後，又飾詞否認犯行，迄未能說明針灸學習狀況，實屬不該，迄今未向告訴人道歉，犯後態度難謂良好，惟念其案發後願賠償告訴人10萬元，因告訴人拒絕而未果，暨自陳開立整復所為業，月收入5至6萬、家庭經濟狀況、政治作戰學校外文系畢業學歷之智識程度、告訴人所受損害之程度，暨其犯罪動機、目的、犯罪情節等情狀，認原第一審簡易判決量刑及給予緩刑之依據，顯已有改變，且因原審認應量處之刑度業已超出刑事訴訟法第449條第3項所定之限度，是原審應自為第一審判決，爰就被告本件所犯量處有期徒刑10月等節，已具體審酌刑法第57條所定科刑時應審酌之事項，經核要屬妥適。再依修正前醫師法第28條規定，未取得合法醫師資格而擅自執行醫療業務之最輕法定刑為有期徒刑6月以上，原判決既已詳細記載認定被告犯罪之證據及理由，復已審酌關於刑法第57條科刑之一切情狀，就被告犯後飾詞否認犯行且迄未與告訴人和解之犯後態度等節均加以衡酌，因而就被告所犯上開犯行量處有期徒刑10月，揆諸上開說明，乃在適法範圍內行使裁量權，難認有何失入或失出之情形，要無違法或不當之處。是檢察官提起上訴泛稱被告犯後態度不佳，並未真實悔悟，原判決量處有期徒刑10月，要係輕縱被告云云，難謂可採。又查本件並非僅以告訴人單一指訴為據而逕予推論告訴人係因被告實施針灸致成氣胸，且證人黃書田證述並無不足採之情形，另氣胸確有自癒之可能，縱證人黃書田之診斷結果與嗣後王玠仁醫師、蘇健醫師、彭明正醫師等3人之診斷結果有所不同，仍難憑此即謂證人黃書田醫師之診斷有何錯誤或其證述有何不足為憑

之處，從而，原審認事用法並無違背論理法則與經驗法則之情形等節，均經本院據證論述綦詳如前。且本件依卷內事證及論證，足認事證已明，要無再行就告訴人之2張X光片進行鑑定之必要一節，亦如前述。被告提起本件上訴泛稱：本件僅憑告訴人單一表述內容推論被告針灸造成告訴人氣胸之事實，已有未洽，且證人黃書田為告訴人開立診斷證明書，其到庭作證有利害關係，其證述難謂可憑，應以王玠仁醫師、蘇健醫師、彭明正醫師等3人之診斷結果較為可信，另原審未就X光片2張予以鑑定，亦有應於審判期日調查之證據而未予調查之違法云云，僅係徒憑陳詞，就原審已詳予論證之事項，再事爭執，自無可憑，洵屬無理由。另本件查無積極事證足證告訴人頸部痠痛之傷害確係因被告施以推拿之行為有關一情，業經本院詳予剖析明確如上。檢察官猶執前詞，泛稱告訴人頸部痠痛等傷害結果是因被告行為所致云云，要係就原審適法依職權所為取捨及心證形成之事項，反覆爭執，未舉證其他積極證據，供本院調查審認，難認其上訴為適法有據。綜上，檢察官及被告分執前情提起本件上訴，指摘原判決不當，均僅就原審依職權為取捨及心證形成之事項，反覆爭執，其上訴皆為無理由，均應予駁回。

據上論斷，應依刑事訴訟法第368條，判決如主文。

本案經檢察官黃騰耀到庭執行職務。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　30　　日

刑事第二十五庭審判長法　官　許宗和

法　官　顧正德

法　官　文家倩

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於收受送達後10日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後10日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）「切勿逕送上級法院」。

書記官　陳媖如

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　30　　日

附錄：本案論罪科刑法條全文

修正前醫師法第28條

未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰金，其所使用之藥械沒收之。但合於下列情形之一者，不罰：

一、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。

二、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。

三、合於第十一條第一項但書規定。

四、臨時施行急救。

中華民國刑法第284條

（過失傷害罪）

因過失傷害人者，處6月以下有期徒刑、拘役或5百元以下罰金，致重傷者，處1年以下有期徒刑、拘役或5百元以下罰金。

從事業務之人，因業務上之過失傷害人者，處 1 年以下有期徒刑、拘役或 1 千元以下罰金，致重傷者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或 2 千元以下罰金。