

案件編號: 1017/2021

合議庭裁判書日期: 2022 年 6 月 2 日

(刑事上訴卷宗)

主題：

職務之僭越罪

《刑法典》第 322 條 b 項

針灸師

針灸治療步驟

拔針

《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項

在審查證據方面的明顯錯誤

醫生證人

審檢分立原則

辯論原則

量刑

裁判書內容摘要

一、 在本案中，原審法庭祇是就三名上訴人已被指控的事實作出審理，並最終把所有指控事實裁定為既證事實，因此，原審庭的事實審結果是無從違反審檢分立原則，更無抵觸辯論原則。

二、 《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所述及的在審查證據

方面的明顯錯誤，是指法院在認定事實方面出現錯誤，亦即被法院視為認定或未認定的事實與實際在案件中應被認定或不應被認定的事實不相符，或法院從某一被視為認定的事實中得出一個邏輯上不可被接受的結論，又或者法院在審查證據時違反了必須遵守的有關證據價值的規則或一般的經驗法則，而這種錯誤必須是顯而易見的錯誤。

三、 本案的其中一個討論點是「拔針」應否由針灸師親自負責。第一嫌犯認為是不須由針灸師負責。然而，在庭審上作供的、本身具備中醫生及針灸師專業資格之衛生局醫生證人，則明確地把針灸治療分為四個步驟，並指出，「雖然專業資格沒有明確指引拔針必須由針灸師負責，但根據其專業認知所有針灸（包括施針及拔針）的操作均須由針灸師負責，理由是拔針存有風險，有可能會“斷針”或“彎針”，屆時需要透過“X”光機進行手術才能取出，又或者在拔針時會出現的“滯針”或“暈針”等情況都需要透過專業技術進行」。就第一嫌犯與上述醫生證人之間的不同立場，原審庭在形成其對指控事實的心證時，特別引用了該名醫生證人有關拔針為針灸治療的最後一步的專業見解。上訴庭認為，原審庭把拔針視為針灸治療過程的一環並非明顯不合理。原審庭的事實審結果是無從患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所指的瑕疵，也沒有抵觸疑罪從無原則。

四、 如此，根據原審庭已合理認定的既證事實，《刑法典》第 322 條 b 項所指的職務之僭越罪的客觀和主觀罪狀要素已完全齊備，三名嫌犯應被判處此罪罪成。

五、 就量刑的問題，上訴庭經綜合考慮原審所有已查明的既證情節，認為原審在該罪的法定刑幅內對三名嫌犯定出的具體徒刑刑期，已是輕無可再輕了。至於應否選科罰金刑的問題，考慮到對該罪行的

一般預防的強烈需要，是不可選科罰金刑的（見《刑法典》第 64 條的選刑標準）。

第一助審法官

陳廣勝

澳門特別行政區中級法院

合議庭裁判書

上訴案第 1017/2021 號

上訴人（嫌犯）： 第一嫌犯 A、第二嫌犯 B、第三嫌犯 C

上訴所針對的法院： 澳門初級法院第三刑事法庭獨任庭

案件在原審法院的編號： 刑事案第 CR3-21-0233-PCS 號

一、 案情敘述

澳門初級法院第三刑事法庭獨任庭審理了第 CR3-21-0233-PCS 號刑事案，一審裁定案中三名嫌犯 A、B、C 是以直接共同正犯身份和既遂方式實施了一項《刑法典》第 322 條第 b 項配合第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項和第 4 條第 1 款所規定處罰的「職務之僭越罪」。第一嫌犯 A 被處以五個月徒刑，緩刑兩年；第二嫌犯 B 和第三嫌犯 C 均被處以三個月徒刑，緩刑一年零六個月（詳見本案卷宗第 281 至第 288 頁的判決書和第 316 頁有關更正筆誤的批示的內容）。

三名嫌犯不服判決，向本中級法院提起平常上訴，在同一份上訴狀內尤其是發表了下列主張和請求（詳見卷宗第 303 頁至第 314 頁背面的上訴狀內容）：

「.....

三名上訴人對原審判決，除了應有的尊重之外，有以下的意見：

I. 違反審檢分立原則及辯論原則

1. 正如尊敬的中級法院院長在刑事上訴卷宗第 152/2006 號表決聲明中所言，只有正確理解澳門現行刑事訴訟法中所採納的審檢分立原則，方可理解第 339 條所指為何物。
2. “根據審檢分立原則，檢察院提出的控訴（或輔助人提出的自訴）確定了訴訟標的，而因此隨後的預審、及審判皆不能逾越原先已確定的訴訟標的範圍，預審的決定（起訴批示）或審判的結果（判決）所載的事實均不得對原先已劃定的事實構成變更。
3. 審檢分立其中一個主要的功能確保嫌犯不致就一些在先前階段未曾被列入訴訟標的的事實受審判，確保嫌犯的辯護權能全面地行使，和確保嫌犯不致在審判聽證期間面對一些先前未能預見的事實，從而削弱其辯護的準備和能力。”（見中級法院院長所著的《預審及審判聽證期間的事實變更》一文中的第 2 頁）
4. 在被上訴判決第 9 頁中，原審法院對其中一項作為心證基礎的證據作出了陳述，轉錄如下：“另外，雖然第一嫌犯聲稱據其認知及在其修讀針灸課程時從未有任何課程或書籍明確規定要求拔針須由針灸師執行，然而根據本院的認知並非如此，據本院所知在針灸中施針固然重要，但是拔針除同樣重要，除須避免出現“斷針”或“彎針”，“滯針”或“暈針”情況外，拔針亦同樣具備針灸效用，例如拔針手法之一的捫法，不同方式的捫法功效有所不同，針灸中的拔針捫法具補與瀉的作用，當行補法時用手指掩穴捫而閉之，

而在行瀉法則不用捫住針孔便可出針令氣瀉出。另外一種最常見拔針法稱之為搖法拔針，該手法的重點在搖動使穴孔散大以利出針。可見第一嫌犯聲稱在針灸過程中沒有規定要求拔針須由針灸師執行之說並不可信，不應被採納...”（底線由上訴人所加）。

5. 原審判決中的“本院認知”作為審判的主要心證依據，以及引用中醫學的專業知識，而認定拔針必須是由針灸師執行之說，針對這一部分的專業知識，在卷宗內的資料及證據，嫌犯以及多名證人證言，都未曾出現過上述原審法院關於拔針的“認知”的資料，作為控方的檢察院代表未有提出之，僅僅於原審法院對三名上訴人宣讀判決時，方知道此一作為認定基礎的論點。
6. 然而，這些新的專業見解的加入不僅是在法院的主動下進行的，而且是在沒有遵守法定程序的情況下做出的，最後的結果是令嫌犯得到有罪懲罰。
7. 雖然審判者有職責為著發現事實而調查相關證據（澳門刑事訴訟法典第 321 條第 1 款規定），或以非實質變更而增加“針灸中施針固然重要，但是拔針除同樣重要，除須避免出現“斷針”或“彎針”，“滯針”或“暈針”情況外，拔針亦同樣具備針灸效用，例如拔針手法之一的捫法，不同方式的捫法功效有所不同，針灸中的拔針捫法具補與瀉的作用，當行補法時用手指掩穴捫而閉之，而在行瀉法則不用捫住針孔便可出針令氣瀉出。另外一種最常見拔針法稱之為搖法拔針，該手法的重點在搖動使穴孔散大以利出針。”這一部分的事實，以便作為審判的依據，如有需要調查未載於本案卷宗的證據，法院應通知各訴訟主體（澳門刑事訴訟法典第 321 條第 2 款規定），如有需要增加新事實，法院應通知各訴訟主體（澳門刑事訴訟法典第 339 條規定）以讓其有適當期間發表陳述，以遵守辯論原則。
8. 在本案情況中，針對被告的指控及證據本應由控方提出，雖然作為中立審判者的原審法院也應依職權調查有助發現事實真相的證據，但是，三名上訴人從沒有機會針對上述原審法院的「認知」作出陳述，而「認知」也是判處三

名上訴人有罪的重要依據之一，故此，三名上訴人失去了針對新證據辯護的機會，亦因此，原審法院依據上述「認知」作出判決而未有適時通知三名上訴人時，存有違反審檢分立原則及辯論原則的瑕疵。

9. 再者，上述「認知」並非法律知識、一般經驗法則或常理，屬中醫性質的科學知識，根據澳門刑事訴訟法典第 139 條第 1 款規定，應借助鑑定證據措施作出調查。
10. 在此認為，作為法律執行者的原審法院不適宜以自身認知直接作出醫學上的認定及以此作為證據基礎之一，故此，原審法院的上述「認知」違反澳門刑事訴訟法典第 139 條第 1 款規定，並構成違法證據（澳門刑事訴訟法典第 112 條的反義解釋）。
11. 綜上所述，原審法院在審查本案證據並對事實作出認定時，存在審查證據明顯錯誤之瑕疵。
12. 基於此，上訴人認為，原審法院沒有遵守審檢分立的原則，上訴人這方面的上訴理由是成立的。那麼，違反此原則的後果，必須是認定原審法院認定的新的事實無效，而且在“一事不二審”的原則下，應該判處嫌犯的被控訴的罪名不成立。

II. 在審查證據方面有明顯錯誤或疑罪從無原則

13. 根據《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定，上訴亦得以審查證據方面明顯有錯誤為依據，只要有關瑕疵係單純出自案卷所載的資料，或出自該等資料結合一般經驗法則者。
14. 終審法院於 2001 年 3 月 16 日，在第 16/2000 號刑事上訴案判決中認定：“審查證據中的明顯錯誤是指已認定的事實互不相容，也就是說，已認定的或未認定的事實與實際上已被證實的事實不符，或者從一個被認定的事實中得出在邏輯上不可接受的結論。錯誤還指違反限定證據的價值的規則，或職業準則。錯誤必須是顯而易見的，明顯到一般留意的人也不可能不發現。”

15. 對不同見解保持充分尊重的前提下，上訴人認為被上訴判決第 2、5、6、8、9、10 及 11 條應被認定為未證事實。
16. 首先，針對診所客人 D 及 E 的針灸過程，尤其是拔針過程，作出以下陳述。
17. 在上述針灸及拔針過程，可依靠的證據主要是三名上訴人的庭審聲明及兩名客人 D 及 E 的證言。
18. 第一上訴人在庭審時表示否認當時由其他兩名上訴人替 D 拔針（被上訴判決第 6 頁）。
19. 第二上訴人否認指控，沒有表示參與拔針（被上訴判決第 6 頁）。
20. 第三上訴人表示不記得當日是否其為 D 拔針（被上訴判決第 7 頁）。
21. 證人 D 在上述表示：其記得拔針不是第一上訴人負責，但忘記是第二上訴人還是第三上訴人為其拔針，在庭上對第二上訴人及第三上訴人進行辯認後，其印象中模糊記得應該是第三嫌犯，但不敢肯定（被上訴判決第 7 頁）。
22. 因此，在證人 D 針灸及拔針過程中，沒有充份證據能證明是誰替 D 拔針，即使不是第一上訴人拔針，但到底是第二還是第三上訴人，D 自己也不能肯定，故此，針對獲證事實第 6 點，是否由第三上訴人替 D 拔針，存在不能排除的合理疑問。
23. 然而，原審法院在審查證據及認定事實時，未有針對 D 不能肯定是第二還是第三上訴人替自己拔針一事作出分析，便直接認定第三上訴人替病人進行拔針（被上訴判決第 9 頁：仍讓第三嫌犯替病人進行拔針），在此，原審法院在審查證據（D 的證言）及認定獲證事實第 6 點時便是存在審查證據明顯錯誤的瑕疵。
24. 關於證人 E 針灸及拔針過程中，也有相同情況。
25. 證人 E 在庭審證言中表示，沒有看見是誰為其拔針。
26. 根據被上訴判決的理由陳述內容，沒有上述三名上訴人針對有否替 E 拔針的聲明。

27. 因此，到底是誰替 E 拔針，沒有證據能顯示是哪個特定人物作出。
28. 同樣，原審法院在審查證據及認定事實時，未有針對 E 沒有看見是誰為自己拔針一事作出分析，便直接認定第二或第三上訴人替 E 進行拔針（獲證事實第 8 點），在此，原審法院在審查證據（E 的證言）及認定獲證事實第 8 點時便是存在審查證據明顯錯誤的瑕疵。
29. 還須指出，關於替 D 作出藥包外敷、中頻治療儀及艾條暖宮治療方面（獲證事實第 5 點），三名上訴人及 D 均沒有針對獲證事實第 5 點的替 D 作出藥包外敷、中頻治療儀及艾條暖宮治療一事作出具體聲明，因此，在此一具體事實上，欠缺證據顯示是由哪個特定人物替 D 作出藥包外敷、中頻治療儀及艾條暖宮治療。
30. 原審法院在認定事實時同樣沒有具體地針對上述替 D 作出藥包外敷、中頻治療儀及艾條暖宮治療一事作出具體分析（被上訴判決第 9 頁）。
31. 雖然第三上訴人確認曾為病人拔針，但這是相對概括的陳述，具體上是否曾為 D 及 E 拔針方面曾未有確認，不能以第三上訴人的概括性陳述去認定是否曾為 D 及 E 拔針的具體事實。
32. 再者，現存的證據含糊，且存在不能排除的合理疑問，但原審法院仍然以此為基礎認定第 5、6、8 條事實為獲證事實；同時，在具體性的第 5、6、8 條事實不應視為獲證事實時，概括性及結論性的第 2、9、10、11 條事實也不應視為獲證事實。

III. 三名上訴人的行為不符合職務之僭越罪之主客觀構成要件

33. F 醫生的證言是原審法院參考的證據之一，其認為拔針、在針灸所進行艾條及中頻治療儀治療的話，均應由針灸師或專業人士操作；亦指出沒有明確指引拔針必須由針灸師負責，也表示在市面上可隨意購買艾條和中頻治療儀在家進行自我治療或保養（被上訴判決第 8 頁）。
34. 在主觀要件方面，《刑法典》第 322 條 b 項規定：b）不擁有或不具備法律要

求從事某一職業所須擁有或具備之某一資格或某些條件，明示或默示自己擁有或具備此資格或條件，而從事該職業。

35. 上述罪名所保護的是法益是職務的行使，根據葡萄牙學者 Paulo Pinto de Albuquerque 認為：“O tipo subjetivo admite o dolo direto e do dolo necessário, mas não o dolo eventual. A fraude inerente à conduta do agente que se arroga uma qualidade que sabe não possuir é incompatível com o dolo eventual (ver a anotação ao artigo 14.º sobre a incompatibilidade do dolo eventual com a conduta fraudulenta). Se o agente está convencido que tem a qualidade que se arroga, age em erro sobre um elemento normativo do tipo, que exclui o dolo (artigo 16.º, n.º1)”³
36. 亦即是，《刑法典》第 322 條 b 項規定，行為人在犯罪之主觀要素上要求須具備直接故意或間接故意，而不是或然故意，原因在於行為人明知悉其不具備資格而在他人面前聲稱具備資格的欺騙行為與或然故意是不相容的；如果行為人自己認為有資格向他人作出相關行為，其便屬於刑法典第 15 條規定之法律要素上的錯誤，繼而阻卻故意。
37. 須指出，常理而言，中醫歷史源遠流長，其中有一點與西醫最大不同的是，中醫的診治方法，不同中醫師診治的用藥或手法各有不同，因此，雖然 F 醫生是此方面的專業，但其見解是以自身認知而作出，更多是醫學上的建議，沒有任何權威性的文件或法律制度作為依據，並不能約束整個中醫業制度，亦不能說明三名上訴人在作出行為時已是明知不可為而為之。
38. 再者，本澳現時未有針對中醫針灸制定具體規範或指引，使人明顯知悉拔針行為必須由具執照的中醫師作出。
39. 第一上訴人在庭審時亦表示，根據其認知及修讀針灸課程時從未有任何課程或書籍明確要求針灸後的拔針必須由針灸師負責的規定（被上訴判決第 6

³ 見《Comentário do Código Penal – à Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem》，第 3 版，Paulo Pinto de Albuquerque，第 1125 頁，由 Universidade Católica Editora 出版。
第 1017/2021 號上訴案
9 頁

頁)。

40. 沒有任何法律規定、卷宗內沒有權威性文章顯示拔針只能由中醫師作出時，難以使人相信三名上訴人知悉沒有中醫師執照而替病人拔針是存有職務僭越罪之主觀犯意。
41. 比如證人 D 在案發期間因痛楚而到山頂醫院求診，遺漏的針是由當值醫生拔出的，一般而言，當值醫生應是西醫，雖然當值醫生的行為主觀上是為了救治，但是由於 D 沒有即時生命危險，倘若當值醫生認為拔針是醫療行為而必須由註冊中醫師作出，且沒有中醫專業的人拔針會影響 D 的健康時，那麼當值醫生就不會自己拔針，而是交由醫院的中醫師作出。
42. 同時，D 的職業是廉政公署的調查主任（根據卷宗第 172 頁的身份資料），對本澳法律（尤其行政及刑事方面）具備一定認識，但她在接受第一上訴人以外的人士（非醫師）拔針時，也沒有任何反對或表明必須由中醫師拔針。
43. 故此，上述專業範疇的人士的反應及態度反映了，即時是專業醫生也不一定認為拔針必須由註冊中醫師作出。
44. 當然，在結果論而言，拔針由註冊中醫師作出必然是最好的，但是，上述事件反映了並非人人主觀上都必然知悉拔針必須由中醫師作出，並由此引申三名上訴人主觀上不知悉自己的行為符合職務僭越罪的主觀犯意。
45. 另外，關於「艾條暖宮治療」及「中頻治療儀」方面，倘若市民已可以由私人購買材料或器材在家自行完成，連一般人也可以自行完成的事，理應不須註冊中醫師作出也足夠安全，但為何在診所中由非醫師人士作出時又符合職務僭越罪的構成要件？這邏輯是無疑使人混亂，而原審法院亦未有在理由陳述中清楚作出分析及說明。
46. 綜上，在此認為，三名上訴人在作出行為時不存有職務僭越罪之主觀故意。
47. 在客觀要件方面，首先須引述《刑法典》第 322 條 b 項規定：b) 不擁有或不具備法律要求從事某一職業所須擁有或具備之某一資格或某些條件，明示

或默示自己擁有或具備此資格或條件，而從事該職業。

48. 如前所述，現時未有法律規定拔針行為、「艾條暖宮治療」及「中頻治療儀」必須由中醫師作出，故此，倘若上述行為本身便不是法律規定從事中醫師才能作出的行為，那麼便不應符合職務僭越罪的客觀構成要件。
49. 再者，職務僭越罪須以明示或默示方式作出，Carlos Alberto da Mota Pinto 教授關於“默示”理論所教導，意思表示如其直接內容引伸出另一內容，亦即如其針對的是某一目的，但“從旁”（拉丁文：a latere）隱含一種在另一方面的自我規範並使之能為他人所知曉—以側面的、不立即的、從旁的途徑來這樣做（“如係從極可能準確顯示此一表示之事實中推論得出）—，則屬默示。而導致結論的事實之明確無誤，並不需求非作出默示自我規範的推論不可，只需按照社會環境的習慣極有可能明確無誤即可⁴。
50. 在本案中，根據患者 D 在庭審中作出的聲明，其指出知悉第一上訴人身份為醫生，而第三上訴人的身份為醫務助理（見被上訴判決第 7 頁）。
51. 以及患者 E 亦指出：“...每次均由 A 醫生（第一嫌犯）施診，其見到第一嫌犯為其施針後便會離開到其他診室為病人治療，其曾接受過第一嫌犯 2、3 次的針灸治療，施針是由穿著白色大褂的第一嫌犯負責，在第一嫌犯施針時其記得有兩位穿著粉紅色制服的護士（俗稱姑娘）在場協助...”（見被上訴判決第 8 頁）。
52. 根據上述兩名診所患者的證言，她們知道第一上訴人是中醫師，第二及第三上訴人不是中醫生而是助理，故此，三名上訴人從沒有以明示或默示方式使兩名患者認為自己從事中醫師職業。
53. 可見三名上訴人於診所內之身份及分工明確，未有證據顯示其等作出任何欺騙病人或使病人對主診醫生及護士身份產生混淆的行為。
54. 而正如上述所提及，「職務之僭越罪」所保護的法益是職務，那麼最低限度

⁴ 參見《民法總論》中譯本，澳門大學法學院法律翻譯辦公室出版，第 239 頁及其背頁。

須要求行為人在作為時以默示方式表現自己擁有或具備有關資格或條件繼而從事職業本身的行為。

55. 然而，在本案中沒有任何證據可以毫無疑問得出上述事實是以默示的方式，即能直接引伸出，又或以側面的、不立即的、從旁的途徑使人知曉第二及第三上訴人從事須由具資格人士才能作出行為的認定。
56. 可以肯定的是，第二及第三上訴人一直都被認為是中醫師的助理，從沒有向外自稱中醫師。
57. 綜上所述，由於三名上訴人的行為不符合「職務之僭越罪」的構成要件，繼而已獲證明事實 10 點及第 11 點應視為不獲證實。故此，請求尊敬的法官 閣下開釋三名上訴人被判處的刑法典第 322 條第 b 項配合第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項及第 4 條第 1 款所規定及處罰的一項「職務之僭越罪」。

IV · 量刑

58. 為著完整之辯護，繼續提出如下：
59. 原審法庭在確定刑罰份量方面，關於一項「職務之僭越罪」判處第一上訴人五個月徒刑，暫緩執行兩年；判處第二及第三上訴人三個月徒刑，暫緩執行一年六個月。
60. 除給予應有之尊重外，三名上訴人認為原審法院在確定刑罰份量方面仍是偏高（重）的。
61. 根據中級法院之合議庭裁決（參閱中級法院合議庭裁決 638/2010 及 856/2010），其認為在《刑法典》第 40 條及第 65 條規定量刑的標準中指出：犯罪的預防分為一般預防和特別預防二種：前者是指通過適用刑罰達到恢復和加強公眾的法律意識，保障其對因犯罪而被觸犯的法律規範的效力、對社會或個人安全所抱有的期望，並保護因犯罪行為的實施而受到侵害的公眾或個人利益的積極作用，同時遏止其他人犯罪；後者則指對犯罪行為和犯罪人的恐嚇和懲戒，且旨在通過對犯罪行為人科處刑罰，尤其是通過刑罰的執

行，使其吸收教訓，銘記其犯罪行為為其個人所帶來的嚴重後果，從而達到遏止其再次犯罪，重新納入社會的目的。為此，賦予審判者刑罰之確定之自由並不是隨心所欲的，而是受到法律約束之司法活動，對法律的真正適用。

62. 根據澳門《刑法典》第 40 條第 1 款及第 2 款的規定，科處刑罰的目的不單只是為了要使行為人重新納入社會，還要保護法益。而在任何情況下，刑罰也不能超過其罪過程度。
63. 為此，根據澳門《刑法典》第 65 條第 1 款規定，按照行為人之罪過及預防犯罪之要求，在法律所定之限度內為之，同時也須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，例如：
 - a) 事實之不法程度、實行事實之方式、事實所造成之後果之嚴重性，以及行為人對被要求須負之義務之違反程度；
 - b) 故意或過失之嚴重程度；
 - c) 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；
 - d) 行為人之個人狀況及經濟狀況；
 - e) 作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為；
 - f) 在事實中顯示並無為保持合規範之行為作出準備，而欠缺該準備係應透過科處刑罰予以譴責者。
64. 首先，三名上訴人被指控觸犯的一項《刑法典》第 322 條規定之「職務之僭越罪」刑罰最高為二年徒刑，或科最高二百四十日罰金。亦即是，原審法院在確定刑罰種類時，可對三名上訴人選科處徒刑或罰金。
65. 根據卷宗資料所載，三名上訴人為初犯。
66. 其次，根據被害人 D 在庭審中聲明，事件並沒有對其造成其他傷害，故此不追究第一嫌犯(即第一上訴人)的任何責任(見被上訴判決第 7 頁最後一行)，可見三名上訴人已獲得被害人的原諒，其等刑罰應根據法律予以特別減輕。
67. 事實上，是次案件情節及後果輕微，而在不法性及故意程度方面，已經於本

上訴狀第 III 點闡述相關理由（詳見上訴狀第 III 點部分），可見三名上訴人主觀故意程度不高。

68. 此外，須指出的是，雖然三名上訴人在庭上均否認控罪，但是在庭上其等已作出合理的解釋，原因如下。
69. 這是因為，無論是卷宗資料所載，亦或是根據衛生局中醫師 F 的聲明，皆沒有具體的規定或證據表明三名上訴人作出被指控的行為須具備專業資格，繼而不能毫無疑問得出被上訴判決已證事實第 9 點、第 10 點及第 11 點的結論。
70. 故此，連具有數十年中醫師經驗的第一上訴人都從未認為被指控的行為須具備專業資格，更何況是於第一上訴人領導下的第二及第三上訴人在診所內從事醫護助理時能從其他途徑知悉更多資料。
71. 綜上所述，刑法不應對其等過分苛責，針對三名上訴人被指控的一項「職務之僭越罪」判處徒刑的決定明顯是不合理及過重的。
72. 故應對三名上訴人重新量刑，並處以較輕之刑罰代替，應針對三名上訴人觸犯的一項《刑法典》第 322 條第 b 項配合第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項及第 4 條第 1 款所規定及處罰的「職務之僭越罪」判處罰金，已屬合適及能達到預防犯罪的要求。

綜上所述，和依賴法官 閣下之高見，應裁定本上訴理由成立，繼而：

- 開釋三名上訴人被判處的刑法典第 322 條第 b 項配合第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項及第 4 條第 1 款所規定及處罰的一項「職務之僭越罪」；或
- 重新對科處三名上訴人的刑罰作出量刑」。

就三名嫌犯的上訴，駐原審法庭的檢察官行使了答覆權，主要主張如下（詳見卷宗第 326 頁至第 330 頁背面的答覆書內容）：

「.....

1. 原審裁判獲證明的事實，全部屬控訴書的事實。
2. 上訴人所指的“認知”一詞，是原審法院事實判斷的內容，關於上訴人認為

原審法院不應使用“認知”以及指稱這屬事實一部分，我們認為理由明顯不成立。

3. 就第一嫌犯對修讀針灸課程一事，原審法院有如此表達「第一嫌犯還指根據其認知及修讀針灸課程」，可見“認知”一詞非指事實。
4. 關於“認知”的問題，只是事實判斷的一個用詞，本身並不屬於事實一部分。案中 3 名嫌犯是否獲認定被控訴事實，取決於原審法院在聽取嫌犯、證人陳述，並結合卷宗內經審查書證及其他證據後，對事實作出認定，上訴人顯然自行將非事實的用字強行認定為事實而已。
5. 詞彙上認知又作認識，是近現代始出現的詞彙，多指心理學中通過形成概念、知覺、判斷或想像等心理活動來獲取知識的過程。
6. 原審法院在事實判斷中用上“認知”，正是形成自由心證中的一個過程之表達。
7. 庭審聽證中，醫生證人指出，針灸全部步驟過程必須由具資格的中醫專業人士親自負責處理，證人同時指出根據其專業認知所有針灸（包括施針和拔針）的操作均須由針灸師負責。
8. 正如獲證事實所指，第二及第三嫌犯非為本澳註冊的醫療人員，證人 D 由第一嫌犯在診所進行針灸後，由非註冊的醫療人員即第三嫌犯為 D 拔針，結果一支長約 4 厘米（連針柄長約 7 厘米）的銀針遺留證人體內，導致其腹部產生疼痛而前往仁伯爵綜合醫院進行治療。
9. 根據已證事實，第一嫌犯明知第二及第三嫌犯亦不是本澳註冊的醫療人員，仍安排第二及第三嫌犯在上述診所替兩名病人進行拔針、中頻治療儀及艾條暖宮等醫療工作。
10. 三名上訴人在此僅是陳述了其所認為的事實版本，更多是屬上訴人分析、推理和質疑內容，這遠遠不能超越原審法院在綜合所有法庭上所審查得的證據後，對有關事實作出的認定。

11. 三名上訴人只是單純以其認為應予以認定的事實來質疑原審法院對事實的認定，以表達他對法院所認定的事實的不同意見，不過其是試圖通過提出瑕疵，質疑法院的自由心證，這顯然違反《刑事訴訟法典》第 114 條的相關規定。
12. 為此，原審法院不存在審查證據方面明顯有錯誤，並無違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項。
13. 已證事實中，第一嫌犯在澳門 XXX 開設“A 針灸師診所”，在該診所工作的第二及第三嫌犯是否在上述診所內進行法律所指的“職業本身行為”。我們只需要知道，要使得嫌犯的行為受到“僭越”罪的懲罰必須是“從事醫療職業的行為”而非必要存有對外明示或默示為具資格醫療人員。
14. 事實上，當第二和第三嫌犯對案中兩名病人進行針灸等治療工作時，顯然已用行為向外默示他們具有醫療專業人員身份。
15. 病人進入診所接受第二和第三嫌犯治療，透過他們的行為而信賴為具資格醫療人員。
16. 很顯然，這裡所謂的“從事”的行為必須是具體的行為，而不能僅僅接待病人的非醫療行為，而控訴所要令三名嫌犯的行為受到懲罰的事實依據，正是原審法院所認定的已證事實，即三名上訴人的被控訴事實全部獲得確認。
17. 案中，三名上訴人為初犯，庭審聽證中否認犯罪事實，沒有表現悔悟。
18. 從已證事實可看到，第二和第三嫌犯並非本澳註冊的醫療人員，但第一嫌犯仍然安排第二及第三嫌犯負責接待病人、藥包外敷、艾條暖宮治療、拔針、以及操作中頻治療儀等工作。
19. 案中，每當第一嫌犯因事離開診所，便將對病人的針灸續後工作交付第二及第三嫌犯負責，導致一名病人因第三嫌犯的醫療失誤將一支長約 4 厘米（連針柄長約 7 厘米）的銀針遺留該名病人體內，而該名病人因身體不悉需緊急送醫院治療。

20. 這狀況實非上訴人所主張後果輕微，不法性和故意程度不高，難道必需有病人出現生命危險，甚至更嚴重後果才稱為嚴重？
21. 三名嫌犯行為若非因病人送院治療而被揭發，恐怕案中三名嫌犯還會持續案中的行為。
22. 正如原審法院判決所指，三名嫌犯經過協商後達成協議，合謀作出本案之犯罪行為，第二嫌犯及第三嫌犯所作出的僭越職務的行為中，第一嫌犯的參與不可或缺。按照《刑法典》第 64 條，第 40 條和第 65 條的量刑標準，同時考慮到在本案中的具體情節，三名嫌犯的參與程度，本次犯罪後果嚴重程度中等，不法性及故意程度較高。
23. 我們必須考慮，涉及醫療行為中的「職務僭越罪」關係人的健康和生命安全，故原審法院量刑適當並無過重。
24. 綜上所述，本院認為上訴人理據不成立，應予駁回」。

案件卷宗經上呈後，駐本院的助理檢察長對之作出檢閱，並發表內容如下的意見書，認為上訴庭應維持原判（詳見卷宗第 345 至第 348 頁的意見書內容）：

「.....

1. 關於違反審檢分立原則及辯論原則

三名上訴人 A、B 及 C 表示被上訴法院就拔針是否須由針灸師執行以“本院認知”作為審判主要心證依據，並引用中醫學專業知識認定拔針必須是由針灸師執行。三名上訴人認為卷宗內資料及證據都未曾出現過法院所述的“認知”資料且檢察院亦未有提出，所以此等新專業見解的加入是法院主動進行，及在沒有遵守法定程序情況下作出，該部份內容屬新增加的事實，法院應通知各訴訟主體以遵守辯論原則。同時，三名上訴人主張上述“認知”屬中醫性質的科學知識，應根據《刑事訴訟法典》第 139 條第 1 款規定借助鑑定證據措施作調查，因此認為原審法院違反上述規定，構成違法證據，主張該等認定的新事實無效。

我們完全認同尊敬的檢察官閣下在上訴答覆中所述。原審法院在被上訴判決的理由說明中所述的“認知”內容，並非新的事實，只是用於判斷控訴書中控訴事實是否為已證或未證的知識，從而作為認定三名上訴人是否實施了被指控的事實。

另一方面，證人衛生局 F 亦在庭審中作出聲明，『...但根據其專業認知所有針灸（包括施針或拔針）的操作均須由針灸師負責，理由是拔針存有風險，有可能會“斷針”或“彎針”，屆時需要透過“X”光機進行手術才能取出，又或者在拔針時會出現的“滯針”或“暈針”等情況都需要透過專業技術進行。』（參見卷宗第 284 頁背頁），因此，我們認為原審法院在理由說明中引用的知識，同時是有醫生證人的專業分析作佐證。三名上訴人若不認同原審法院相關認定，應是主張原審法院在審查證據上存有錯誤，而不是主張違反了審檢分立或辯論原則。因此，三名上訴人此部份的上訴理由不能成立。

*

2. 關於《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項之違反

在彼等上訴理由中，三名上訴人 A、B 及 C 認為原審法院不能認定被上訴判決中第 2、5、6、8、9、10 及 11 點的已證事實。原因是庭審中第一及第二上訴人否認指控，第三上訴人忘記是否其為 D 拔針，而 D 表示不是第一上訴人拔針，但忘記是第二還是第三上訴人，在庭上對兩人辨認後，模糊記得應是第三上訴人。因此，三名上訴人認為獲證事實第 6 條存在不能排除的合理疑問，原審法院沒有作分析就直接認定第三上訴人為病人拔針，是存在審查證據明顯錯誤的瑕疵。另一方面，就證人 E 的針灸及拔針過程中亦存在相同情況，沒有證據顯示是哪位特定人士拔針，原審法院沒有作出分析就直接認定是第二或第三上訴人替 E 進行拔針，亦存在審查證據明顯錯誤的瑕疵。

此外，由於三名上訴人及 D 均沒有就第 5 點獲證事實作出具體聲明，故認為欠缺證據顯示哪位特定人物替 D 作出藥包外敷、中頻治療儀及艾條暖宮治療。為

此，三名上訴人認為原審法院在認定第 2、5、6、8、9、10 及 11 點事實獲得證實是存有明顯錯誤，違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的規定。

眾所周知，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所規定的“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵是指，對於原審法庭所認定的既證事實及未被其認定的事實，任何一個能閱讀原審法庭判決書內容的人士在閱讀後，按照人們日常生活的經驗法則，均會認為原審法庭對案中爭議事實的審判結果屬明顯不合理，或法院從某一被視為認定的事實中得出一個邏輯上不可被接受的結論，又或者法院在審查證據時違反了必須遵守的有關證據價值的規則或一般的經驗法則，而這種錯誤必須是顯而易見的錯誤（參見中級法院於 2014 年 4 月 3 日在第 602/2011 號上訴案件、於 2014 年 5 月 29 日在第 115/2014 號上訴案件等）。

在本具體個案中，就三名上訴人共同觸犯「職務之僭越罪」的認定，原審法庭在判決書事實的分析判斷部份已作出詳細的理由說明，就其心證之形成及其依據作出了符合邏輯的交代（參見卷宗第 283 頁至第 285 頁）。我們認為，原審法院在認定事實時是採用了不同的證據，包括案中各嫌犯的聲明、各證人的證言、並結合案中書證及配合生活常理及經驗法則等，客觀分析上述種種證據，並根據自由心證原則對三名上訴人共同實施了有關罪行的事實做出判斷，最後認定三名上訴人有作出被指控的「職務之僭越罪」行為。我們認為有關認定合符邏輯和一般經驗法則。

三名上訴人質疑從兩名病人的證言不能得知具體是誰作出拔針的行為。但根據第一上訴人聲明，涉案醫療所只有三名上訴人在內工作，當中第一上訴人為針灸師，第二及第三上訴人是醫務助理。證人 D 指出並不是第一上訴人為其拔針，及表示印象中模糊記得應該是第三上訴人。證人 E 表示第一上訴人為其施針後就會離開到其他診室，但因背部朝上沒有看見是誰為其拔針。第二上訴人亦聲明於診所內有為病人進行艾條和中頻治療儀的工作，第三上訴人也承認有於診所內為病人拔針。因此，原審法院認定第三上訴人曾為 D 拔針，第二或第三上訴人曾為

E 拔針，我們認為當中並不存於評價證據方面明顯違反一般經驗法則及常理，以致讓一般人一看就可以察覺。

反過來說，三名上訴人是從一個主觀的想法上來嘗試否定相關證據的可靠性。事實上，原審法院接納或不接納哪些證據並賴以形成其心證並認定事實是由法律所賦予的自由，一般情況下，這種心證是不能受到質疑。明顯地，三名上訴人只是表示其不同意被上訴的獨任庭的心證而已，這正正是法律所不容許的。因此，我們認為不存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所指“審查證據方面明顯有錯誤”的瑕疵，三名上訴人此部份的上訴理由亦不能成立。

*

3. 關於職務之僭越罪之主客觀構成要件

三名上訴人 A、B 及 C 指出，《刑法典》第 322 條 b 項規定的犯罪主觀要素上要求須具備直接或間接故意而不是或然故意，案中證人 F 醫生的專業見解是以自身認知作出而沒有任何權威性文件或法律制度作依據，不能約束整個中醫業制度。由於沒有任何法律規定、卷宗內亦沒有權威性文章顯示拔針只能由中醫師作出，因此難以使人相信三名上訴人知悉沒有中醫師執照而替病人拔針是存有職務僭越罪之主觀故意。

至於“中頻治療儀”及“艾條暖宮治療”是一般人在家也可以自行完成，三名上訴人質疑為可在診所中由非醫師人士作出就會符合職務僭越罪的構成要件。另一方面，由於未有法律規定拔針行為、“中頻治療儀”及“艾條暖宮治療”必須由中醫師作出，故作出上述行為本身不應符合職務僭越罪的客觀構成要件。

此外，三名上訴人指出，根據兩名患者的證言，第二及第三上訴人一直都被認為是中醫師助理，沒有向外自稱中醫師，故此三名上訴人從沒有明示或默示方式使兩名患者認為自己從事中醫師職業。由於三名上訴人行為不符合「職務之僭越罪」的主觀及客觀構成要件，應被開釋。

本案中，衛生局 F 醫生在庭審中指出拔針必須由具資格之中醫專業人士親自

負責，具中醫專業資格的護士也不可以自行處理，並解釋了相關原因。此外，若病人選擇在針灸診所進行艾條或中頻治療儀治療，衛生局 F 醫生亦指出從專業角度來看應要求由專業人士進行操作而不應由不具資格人士進行操作（參見卷宗第 284 頁背頁）。我們認為，法律作為一般性的規範不可能窮盡列舉所有的醫療行為，原審法院在被上訴判決的理由說明中引用了衛生局 F 醫生的專業判斷，我們未發現存在任何違反經驗法則的情況。

就是否有明示或默示從事中醫師職業的問題，獲證事實第 5 點及第 8 點已證實了第一上訴人安排第二及第三上訴人替證人 D 及 E 拔針。獲證事實第 3 點證實第二及第三上訴人不具備在澳門的註冊醫療人員的資格。由於行為人沒有在衛生局註冊而作出針灸師職業本身的行為，該等行為足以致使病人誤以為其具有相關專業資格，我們認為已完全符合「職務之僭越罪」罪狀的客觀構成要件。而已證事實第 9 點及第 10 點，亦已證實三名上訴人的主觀故意。因此，三名上訴人 A、B 及 C 的行為已完全符合了「職務之僭越罪」的主觀及客觀構成要件，獲證事實足以支持得出「職務之僭越罪」罪名成立的結論。

換句話說，原審法院結合卷宗內的證據，並根據經驗法則及一般常理，從而認定三名上訴人實施了被指控的事實，我們認為已作出了足夠的理由說明。事實上，三名上訴人只是不同意原審法院對相關證據作出審查後所形成的心證，認為有關證據不足以認定三名上訴人曾作出職務之僭越的行為。三名上訴人不能單純不認同原審法院而以其個人的主觀認定作爭辯理由，彼等於此部份上訴理由不能成立。

*

4. 關於量刑過重及適用罰金刑

在其上訴理由中，三名上訴人指出彼等為初犯，且三人故意程度不高，被害人 D 亦不追究第一上訴人的任何責任，因此認為原審法院判處的刑罰不合理及過重，主張應改判罰金。

根據被上訴判決書所載，原審法院在量刑方面已根據《刑法典》第 40 條、第 64 條及第 65 條之規定，充分考慮案中具體情節，犯罪前科及三名上訴人否認控罪，而認為採用罰金不足以實現處罰的目的故決定選科徒刑（參見卷宗第 287 頁）。

的確，普遍意見都認為在條件容許下，法院都應該優先考慮非剝奪自由的刑罰（罰金），但是，這只屬於一個理論的基礎，還需與實際情況配合方能作準。而所謂的實際情況，正是如在《刑法典》第 44 條第 1 款中所提及的“預防犯罪的需要”。可以說，倘若在一個不符合預防犯罪的情況下選擇罰金刑，不但達不到刑罰的目的，甚至會給予行為人，以至社會一個錯誤的訊號，誤把金錢（罰金）作為一個犯罪的經濟成本一般看待。

犯罪的預防分為一般預防和特別預防二種：前者不是單指對犯罪行為和犯罪人的恐嚇和懲戒，而是指通過適用刑罰達到恢復和加強公眾的法律意識，保障其對因犯罪而被觸犯的法律規範的效力、對社會及個人安全所抱有的期望，並保護因犯罪行為的實施而受到侵害的公眾或個人利益的積極作用，同時遏止其他人犯罪；後者則旨在通過對犯罪行為人科處刑罰，尤其是通過刑罰的執行，使其吸取教訓，銘記其犯罪行為為其個人所帶來的嚴重後果，從而達到遏止其再次犯罪，重新納入社會的目的。

在被上訴的獨任庭判決已證事實中，證實三名上訴人雖為初犯，但彼等一直否認控罪，未有顯示出對犯罪行為存有悔悟之心，存有特別預防的需要。

在一般預防方面，目的除了保護法益之外，也為了透過刑罰在具體個案的適用，向全社會傳達強烈訊息，喚醒人們的法律意識，證明法律的嚴謹性，保障法律條文本身的效力並重建社會對已被違反的法律的效力所持有的信心。而且，醫療方面的職務之僭越行為對人的健康和生命安全構成嚴重危險，故一般預防的要求屬高。

因此，原審法院根據三名上訴人犯罪的目的和預防犯罪的需要（包括一般預

防及特別預防)，才決定判處三名上訴人徒刑而不科罰金。我們認為，有關決定完全沒有違反《刑法典》第 64 條、第 40 條及第 65 條之規定，三名上訴人此部份的上訴理由不能成立」。

之後，本案原裁判書製作人對卷宗進行初步審查，而組成本院合議庭的兩名助審法官亦相繼檢閱了卷宗。

上訴庭基於對本上訴案的評議結果，今得透過第一助審法官按照《刑事訴訟法典》第 417 條第 1 款後半部份的規定而製作的本上訴裁判書，去對上訴作出裁決。

二、 上訴裁判的事實依據說明

上訴庭經審議卷宗內容後，得知原審判決書的原文如下：

「判決書

卷宗編號：CR3-21-0233-PCS

一、案件敘述

澳門特別行政區檢察院以獨任庭普通訴訟程序對下列嫌犯：

第一嫌犯 **A**，女，.....，19.....年.....月.....日在.....出生，父親.....，母親.....，醫生，持編號為.....的澳門居民身份證，居於.....，電話：.....。

第二嫌犯 **B**，.....，.....，19.....年.....月.....日在.....出生，父親.....，

母親.....，醫務助理，持編號為.....的澳門居民身份證，居於.....，電話：.....。

第三嫌犯 **C**，.....，.....，19.....年.....月.....日在.....出生，父親.....，母親.....，待業，持編號為.....的澳門居民身份證，居於.....，電話：.....。

控訴事實：

一、

案發期間第一嫌犯 **A** 為針灸師，其在澳門 XXX 開設“A 針灸師診所”；第二嫌犯 **B** 及第三嫌犯 **C** 為上述診所之醫務助理，第一嫌犯安排第二嫌犯及第三嫌犯負責接待病人、安排床位、安排病人治療時體位、準備醫生工具箱、照燈、傳遞治療工具、藥包外敷、艾條暖宮治療、拔針，以及操作中頻治療儀等工作。

二、

第二嫌犯及第三嫌犯非為本澳註冊的醫療人員。

三、

2017 年 8 月 16 日至同年 9 月 26 日期間，D15 次前往上述診所就診，由第一嫌犯為 D 進行施針、按壓及拔針的針灸治療，倘若第一嫌犯有要事處理時，便由第二嫌犯或第三嫌犯負責拔針。此外，第二嫌犯及第三嫌犯亦會為 D 進行藥包外敷、中頻治療儀及艾條暖宮治療（見卷宗第 98 至 99 頁）。

四、

同年 9 月 26 日下午約 6 時，D 在上述診所進行針灸的過程中，第一嫌犯在 D 的腹部施針，之後，第一嫌犯離開該診所，由第三嫌犯為 D 拔針。

五、

同日晚上約 8 時，D 感到左下腹部疼痛，故前往仁伯爵綜合醫院治療，其間，醫生在 D 的左下腹部取出一支約 4 厘米（連針柄長約 7 厘米）的銀針，該銀針是在上述針灸治療過程中遺留在 D 體內的。

六、

2018 年 1 月，E 因病 3 次前往上述診所進行針灸治療，每次均由第一嫌犯施

針，約 1 小時後，由第二嫌犯或第三嫌犯拔針。

七、

第一嫌犯明知第二嫌犯及第三嫌犯不具有在澳門從事針灸師的資格，亦不是澳門註冊的醫療人員，但仍安排第二嫌犯及第三嫌犯在上述診所替病人進行拔針、中頻治療儀及艾條暖宮等醫療工作。

八、

第二嫌犯及第三嫌犯均不具有在澳門從事針灸師的資格，亦不是澳門註冊的醫療人員，仍替病人進行拔針、中頻治療儀及艾條暖宮治療的醫療工作，相關行為足以致使客人誤以為其具有相關專業資格。

九、

三名嫌犯在自由、自願及有意識的情況下作出上述行為，且明知其上述行為是澳門法律所禁止及處罰的。

*

綜上所述，本院現控告第一嫌犯 **A**、第二嫌犯 **B** 及第三嫌犯 **C** 為直接共同正犯，彼等既遂行為觸犯澳門《刑法典》第 322 條 b) 項規定及處罰的一項「**職務之僭越罪**」。

*

答辨狀：

沒有。

*

審判聽證：

本案例中不存在無效、抗辯或妨礙審理本案實體問題且依職權須即時解決的其它先決問題。

審判聽證在三名嫌犯出席的情況下，以符合法律所要求的有關程序進行。

已確定的訴訟前提維持不變。

二、說明理由：

本院依法由獨任庭對本案進行公開審理，下列為已獲證明的事實：

- 1) 案發期間第一嫌犯 **A** 為針灸師，其在澳門 XXX 開設“A 針灸師診所”；第二嫌犯 **B** 及第三嫌犯 **C** 為上述診所之醫務助理。
- 2) 第一嫌犯安排第二嫌犯及第三嫌犯負責接待病人、安排床位、安排病人治療時的體位、準備醫生工具箱、照燈、傳遞治療工具、藥包外敷、艾條暖宮治療、拔針，以及操作中頻治療儀等工作。
- 3) 第二嫌犯及第三嫌犯非為本澳註冊的醫療人員。
- 4) 2017 年 8 月 16 日至同年 9 月 26 日期間，D15 次前往上述診所就診，由第一嫌犯為 D 進行施針、按壓及拔針的針灸治療。
- 5) 倘若第一嫌犯有要事處理時，便由第二嫌犯或第三嫌犯負責拔針。此外，第二嫌犯及第三嫌犯亦會為 D 進行藥包外敷、中頻治療儀及艾條暖宮治療。
- 6) 同年 9 月 26 日下午約 6 時，D 在上述診所進行針灸的過程中，第一嫌犯在 D 的腹部施針，之後，第一嫌犯離開該診所，由第三嫌犯為 D 拔針。
- 7) 同日晚上約 8 時，D 感到左下腹部疼痛，故前往仁伯爵綜合醫院治療，其間醫生在 D 的左下腹部取出一支約 4 厘米（連針柄長約 7 厘米）的銀針，該銀針是在上述針灸治療過程中遺留在 D 體內的。
- 8) 2018 年 1 月，E 因病 3 次前往上述診所進行針灸治療，每次均由第一嫌犯施針，約 1 小時後，由第二嫌犯或第三嫌犯拔針。
- 9) 第一嫌犯明知第二嫌犯及第三嫌犯不具有在澳門從事針灸師的資格，亦不是澳門註冊的醫療人員，但仍安排第二嫌犯及第三嫌犯在上述診所替病人進行拔針、中頻治療儀及艾條暖宮等醫療工作。
- 10) 第二嫌犯及第三嫌犯均不具有在澳門從事針灸師的資格，亦不是澳門註

冊的醫療人員，仍替病人進行拔針、中頻治療儀及艾條暖宮治療的醫療工作，相關行為足以致使客人誤以為其具有相關專業資格。

11) 三名嫌犯在自由、自願及有意識的情況下作出上述行為，且明知其上述行為是澳門法律所禁止及處罰的。

*

另外還證明以下事實：

- 刑事紀錄證明顯示三名嫌犯均無刑事紀錄。
- 第一嫌犯具大專教育程度，每月收入約為澳門幣 15,000 元，需供養一名 12 歲的女兒；
- 第二嫌犯具大專教育程度（電子商務專業），每月收入約為澳門幣 6,000 元，須供養一名 9 歲的兒子；
- 第三嫌犯具大專畢業（婦產科專業），現時擔任美容師，每月收入約澳門幣 12,000 元，需供養一名 17 歲的女兒。

*

未獲證明的事實：

沒有

*

（一）事實的判斷：

第一嫌犯 A 出席審判聽證，其否認指控。

第一嫌犯指其約於 2005 年在廣州中醫藥大學取得針灸推拿專業證書，於 2010 年獲得澳門衛生局認可為註冊針灸師，而在澳門開設針灸診所至今約有 9 年從事針灸師的工作經驗。表示“A 醫療所”內只有其一位針灸師專為患者針灸治療，兩名醫務助理 B 及 C（第二嫌犯及第三嫌犯），其（針灸師）職責主要先幫患者進行問診、把脈，然後根據患者之具體病症進行施針，完畢後會進行拔針，亦會根據患者情況間中為患者進行推拿等程序，作為醫務助理的第二嫌犯及第三嫌犯

的職責是接待病人、安排床位、準備醫生工具箱、照燈、傳遞治療工具等。

嫌犯記得於 2017 年 9 月 26 日為 D 進行針灸治療後仍有一枝鋼針插著在病人左下腹部位位置的醫療事故，嫌犯指當日是其本人為 D 施針和拔針的，但忘記是第二嫌犯還是第三嫌犯作為醫務助理，整個過程需時約 40-50 分鐘，而當時在診室內除 D 外，還有其他病人在場接受治療，整個過程沒有離開過診室，當日在為 D 施針後，因 D 的衣衫覆蓋了施針的位置其在進行拔針時沒看見該鋼針故遺忘了拔針。其否認當時由第二嫌犯或第三嫌犯為 D 拔針，還其指在針灸治療過程中有事需處理時，雖然會要求醫務助理幫手拔針但其一定是在診所內的，其聲稱不會要求兩名醫務助理（第二嫌犯及第三嫌犯）對病人進行施針。

第一嫌犯還指根據其認知及修讀針灸課程時從未有任何課程或書籍明確要求針灸後的拔針必須由針灸師負責的規定。

第一嫌犯對其本身的個人、家庭、經濟及學歷狀況作出聲明。

~

第二嫌犯 **B** 出席審判聽證，其否認指控。

其僅聲明第一嫌犯為其胞姐，其指於 2014 年初開始在 A 針灸師診所擔任職務助理，主要負責安排床位、被鋪、治療工具準備及行政和雜務等工作。其指有時天氣冷會協助病人拉衣服而有身體接觸及會為病人進行艾條和中頻治療儀工作。

~

第三嫌犯 **C** 出席審判聽證，其否認指控。

其在 2015 年 10 月 19 日至 2018 年 12 月 8 日在 “A 醫療所” 任職醫務助理，主要工作負責安排床位、照燈、準備醫生工具箱，安排病人治療時體位、點燃艾條、準備跌打藥，傳遞治療工具等治療協助。其指病人到診所進行針灸治療均由 A 中醫師（第一嫌犯）進行施針，而其是在該診所工作超過 6 個月後第一嫌犯才開始要求其為病人拔針，其表示在其拔針時第一嫌犯不會在身邊看著其進行拔針

的程序，也會為病人進行艾條和中頻治療儀工作。其畢業於廣東江門中醫藥學校，雖具備一定的中醫知識，但只是一個沒有正式在澳門註冊中醫專業資格的護士。其不記得當日在病人 D 接受第一嫌犯針灸治療後是否是其負責為該病人拔針。

~

證人 **D** 在庭審中作出聲明，其指大約於 2017 年 8 月開始因病需到 “A 醫療所” 接受中醫針灸療程，每次治療約一個小時，每次都是由 A 醫生（第一嫌犯）施針，其記得拔針不是第一嫌犯負責，但忘記是第二嫌犯還是第三嫌犯為其拔針，在庭上對第二嫌犯及第三嫌犯進行辯認後，其印象中模糊記得應該是第三嫌犯，但不敢肯定。其記得當日第一嫌犯在為其施針後曾告知其需要離開診所外出上課，故其清楚記得當日不是第一嫌犯為其拔針，其記得當日拔針完畢後曾上廁所及有些疼痛感覺，當時還詢問了醫務助理（印象中應該是第三嫌犯），當時該醫務助理還向其表示屬正常情況，於是其便離開，在當晚 8 時左右，其在住所內感到左下腹部附近位置痛楚，經檢查後發現有一枝銀針插著其左下腹部位置，其便立即致電消防十字車將其送往仁伯爵綜合醫院接受治療，並由當值醫生在其左下腹部位置取出了一枝約 7-8cm 的銀針，其懷疑該枝銀針是在第一嫌犯診所進行針灸治療後沒有清理好而所遺留的。事件後除疼痛及受驚外沒有造成其他傷害，且也沒有因此而須接受任何治療，故其不追究第一嫌犯的任何責任。

~

證人 **E** 在庭審中作出聲明，其指於 2018 年 1 月期間因病需要到 “A 醫療所” 接受中醫針灸療程，每次治療約一個小時，每次均由 A 醫生（第一嫌犯）施針，其見到第一嫌犯為其施針後便會離開到其他診室為病人治療，其曾接受過第一嫌犯 2、3 次的針灸治療，施針是由穿著能大掛的第一嫌犯負責，在第一嫌犯施針時其記得有兩位穿著粉紅色制服的護士（俗稱姑娘）在場協助，因背部朝上施針，其沒有看見是誰為其拔針。

~

衛生局醫生 **F** 在庭審中作出聲明，其表示具備中醫生及針灸專業資格，根據其專業知識針灸治療可分為 4 個步驟，1) 首先對患者進行望、聞、問、切以了解患者的具體病症進行施針治療；2) 施針前的消毒處理，要求患者呈坐位、仰臥、俯臥或側臥等狀態以進行施針；3) 施針後因需要留針刺激以增強效果，一般留針需時半個小時，有時為增加針灸效果或再施行其他手法或接駁到相關儀器；4) 留針完畢後會進行拔針，然後再點算針數，必須與施針數一致方可。

證人表示上述針灸全部步驟過程必須由具資格之中醫專業人士親自負責處理，即使具有中醫專業資格之護士也不可以自行處理。雖然專業資格沒有明確指引拔針必須由針灸師負責，但根據其專業認知所有針灸（包括施針及拔針）的操作均須由針灸師負責，理由是拔針存有風險，有可能會“斷針”或“彎針”，屆時需要透過“X”光機進行手術才能取出，又或者在拔針時會出現的“滯針”或“暈針”等情況都需要透過專業技術進行。

證人表示現時在市面上可隨意購買艾條和中頻治療儀在家進行自我治療或保養，但倘若病人選擇在針灸診所進行艾條或中頻治療儀治療的話，從專業角度來看應要求由專業人士進行操作而不應由不具資格人士進行操作。

~

司法警察局偵查員 **G** 在審判聽證中作出聲明，客觀及清晰講述調查本案的具體情況，其負責證人 **D**、**E** 及 **F** 的詢問筆錄，以及撰寫偵查終結報告。

~

雖然三名嫌犯均否認指控，然而本院透過卷宗書證、第一嫌犯的病人 **D** 及 **E** 的證言，司法警察局偵查員 **G** 對案件的偵查，以及衛生局 **F** 中醫生的專業講述，尤其指出針灸的治療分為 4 個步驟，當中包括第四步，亦是最後一步，在留針完畢後進行拔針及再算針數，且必須與施針數一致方可，以及卷宗其他書證等認定，第一嫌犯明知第二嫌犯及第三嫌犯不具備在澳門註冊針灸師的資格，仍讓第

三嫌犯替病人進行拔針、中頻治療儀及艾條（暖宮）等專業醫務操作，以及讓第二嫌犯替病人進行中頻治療儀及艾條（暖宮）等專業醫務操作。

另外，雖然第一嫌犯聲稱據其認知及在其修讀針灸課程時從未有任何課程或書籍明確規定要求拔針須由針灸師執行，然而根據本院的認知並非如此，據本院所知在針灸中施針固然重要，但是拔針除同樣重要，除須避免出現“斷針”或“彎針”、“滯針”或“暈針”情況外，拔針亦同樣具備針灸效用，例如拔針手法之一的捫法，不同方式的捫法功效有所不同，針灸中的拔針捫法具補與瀉的作用，當行補法時用手指掩穴捫而閉之，而在行瀉法則不用捫住針孔便可出針令氣瀉出。另外一種最常見拔針法稱之為搖法拔針，該手法的重點在搖動使穴孔散大以利出針。可見第一嫌犯聲稱在針灸過程中沒有規定要求拔針須由針灸師執行之說並不可信，不應被採納。

經客觀及嚴謹綜合分析嫌犯的陳述、證人的證言及審查案中書證後，再配合生活常理及經驗法則而形成心證，法庭認為本案證據充份，足以認定三名嫌犯曾作出被指控的事實。

（二）定罪：

《刑法典》第 322 條 b 項的規定（職務之僭越）：

作出下列行為者，處最高二年徒刑或科最高二百四十日罰金：

- a) 明示或默示自己具有公務員或公共保安部隊成員之身分，而在未經許可下，執行公務員或公共保安部隊之職務，或作出公務員或公共保安部隊成員本身之行為；
- b) 不擁有或不具備法律要求從事某一職業所須擁有或具備之某一資格或某些條件，明示或默示自己擁有或具備此資格或條件，而從事該職業；或
- c) 獲正式通知被撤職或停職後，繼續執行公共職務。

*

第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項（標的及範圍）：

二、本法令之規定適用於：

a) 以個人制度從事其業務之以下專業人士：

醫生；

中醫生；

牙科醫師；

牙科醫生；

護士；

治療師、按摩師及針灸師；

中醫師。

*

第 84/90/M 號法令第 4 條第 1 款（強制性）：

一、從事適用本法規之職業及業務只有在發出執照後才允許。

二、發出執照之目的為審查是否已具備從事職業或業務所要求之法定要件。

*

《刑法典》第 27 條規定：

“如事實之不法性或其不法性之程度係取決於行為人之特定身份或特別關係，則只要任一共同犯罪人有該等身份或關係，即足以使有關刑罰科處於所有共同犯罪人，但訂定罪狀之規定另有意圖者，不在此限”。

*

《刑法典》第 322 條 b) 項結合第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項及第 4 條第 1 款規定及處罰的「職務之僭越罪」構成要件如下：

1) 未在澳門衛生局註冊的針灸師；

2.1) 作出針灸師職業之本身行為；

2.2) 明示或默示自己擁有或具備針灸師資格；

3) 主觀上的一般故意。

「職務之僭越罪」是一行為犯罪及損害犯罪，該罪狀的客觀構成要件是行為人沒有在衛生局註冊而作出針灸師職業本身行為，且在有報酬且以自由職業制度下從事針灸師的行為，均構成犯罪。

換言之，要成立該罪，需同時滿足 1) 及 3) 要件及至少滿足 2.1) 至 2.2) 其中任一要件。

根據已證事實顯示案發時第一嫌犯為澳門註冊執業針灸師，其在澳門 XXX 開設「A 針灸師診所」，並在該診所內負責為患者進行針灸治療。

第二嫌犯及第三嫌犯在澳門不擁有或具備中醫生、中醫師、按摩師或針灸師的資格，彼等亦並非澳門衛生局註冊的衛生專業人士，更從未持有衛生局發出衛生專業人士的執業牌照。

第一嫌犯清楚知悉第二嫌犯及第三嫌犯不是澳門註冊醫療人員，且彼等不得在澳門從事中醫生、中醫師、按摩師或針灸師的工作，但仍安排第二嫌犯及第三嫌犯在上述診所替病人進行拔針、中頻治療儀及艾條暖宮等醫療工作。

第二嫌犯及第三嫌犯均不具有在澳門從事針灸師的資格，亦不是澳門註冊的醫療人員，仍替病人進行拔針、中頻治療儀及艾條暖宮治療的醫療工作，相關行為足以致使客人誤以為其具有相關專業資格。

*

我們知道「職務之僭越罪」保護的法益是公權力及相關職務的行使，該權力或職務因僭越而受損。

雖然第一嫌犯具備澳門註冊執業的針灸師，且原則上犯罪的成立與行為人的身份無關，然而在若干情況下法律將“身份”或其他特定關係規定為犯罪構成的主體要件，而在共同犯罪中，因身份或其他特定關係成立之罪中，即使其中一人或多人本身不具備該等特別身份或特定關係，仍須以該身份犯的共犯論處，其關鍵在於以該等“身份”進行犯罪活動存在於彼等的犯罪意圖之中（《刑法典》第

27 條規定)。

已證事實顯示三名嫌犯經過協商後達成協議，合謀作出本案之犯罪行為，第二嫌犯及第三嫌犯所作出的僭越職務的行為中，第一嫌犯的參與不可或缺，可見，三名嫌犯 **A、B 及 C** 是以共犯方式觸犯一項「**職務之僭越罪**」，亦因此足以認定三名嫌犯的行為已符合《刑法典》第 322 條第 b 項配合第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項及第 4 條第 1 款所規定的罪狀主觀及客觀構成要件。

綜上所述，法院裁定三名嫌犯 **A、B 及 C** 以直接共犯及既遂方式觸犯一項《刑法典》第 322 條第 b 項配合第 80/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a) 項及第 4 條第 1 款所規定及處罰的「**職務之僭越罪**」，罪名成立。

*

(三) 量刑：

《刑法典》第 64 條規定，在選擇刑罰方面，應先採取非剝奪自由之刑罰，除非科處刑罰屬不適當或不足以實現處罰之目的。三名嫌犯均為初犯及均否認控罪，同時考慮本案的具體情節，本院認為對嫌犯採用罰金不足以實現處罰之目的，決定科處徒刑。

同時，《刑法典》第 40 條及第 65 條的規定，須按照行為人的罪過和預防犯罪之要求來確定，同時也須考慮所有對行為人有利或不利而不屬罪狀之情節，例如：

- 1) 事實之不法程度、實行事實之方式、事實所造成之後果之嚴重性，以及行為人對被要求須負之義務之違反程度；
- 2) 故意或過失之嚴重程度；
- 3) 在犯罪時所表露之情感及犯罪之目的或動機；
- 4) 行為人之個人狀況及經濟狀況；
- 5) 作出事實之前及之後之行為，尤其係為彌補犯罪之後果而作出之行為；
- 6) 在事實中顯示並無為保持合規範之行為作出準備，而欠缺該準備係應透

過科處刑罰予以譴責者。

*

按照上述的量刑標準，同時考慮到在本案中的具體情節，三名嫌犯的參與程度，本次犯罪後果嚴重程度中等，不法性及故意程度較高，三名嫌犯均沒有刑事紀錄及均為本地居民，以及均否認控罪，本院認為三名嫌犯以直接共同正犯及既遂方式觸犯的一項「職務之僭越罪」，分別判處**第一嫌犯五個月徒刑**、**第二嫌犯及第三嫌犯分別判處三個月徒刑**最為合適。

根據《刑法典》第 48 條之規定，考慮到三名嫌犯之人格、生活狀況、犯罪前後之行為及犯罪之情節，本法院認為僅對事實作譴責並以監禁作威嚇已可適當及足以實現處罰之目的，故暫緩執行上述徒刑，**第一嫌犯為期兩年**，**第二嫌犯及第三嫌犯分別為期一年六個月**。

三、決定：

綜合所述，根據《刑事訴訟法典》第 353 條、第 355 條及第 356 條的規定，本院因控訴書的內容已獲得全部證實而裁定如下：

- 第一嫌犯 **A** 以直接共同正犯及既遂方式觸犯《刑法典》第 322 條第 b 項配合第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項及第 4 條第 1 款所規定及處罰的一項「職務之僭越罪」，罪名成立，判處**五個月**徒刑。

上述徒刑暫緩執行，為期**兩年**。

- 第二嫌犯 **B** 以直接共同正犯及既遂方式觸犯《刑法典》第 322 條第 b 項配合第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項及第 4 條第 1 款所規定及處罰的一項「職務之僭越罪」，罪名成立，判處**三個月**徒刑。

上述徒刑暫緩執行，為期**一年六個月**。

- 第三嫌犯 **C** 以直接共同正犯及既遂方式觸犯《刑法典》第 322 條第 b 項配合第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項及第 4 條第 1 款所規定及處罰

的一項「職務之僭越罪」，罪名成立，判處三個月徒刑。

上述徒刑暫緩執行，為期一年六個月。

*

根據 8 月 17 日第 6/98/M 號法律第 24 條第 2 款，判處三名嫌犯各自向法務公庫繳交澳門幣 500 元捐獻。

三名嫌犯須各自繳交 2 個計算單位的司法費和以連帶方式支付訴訟費用。

判處第二嫌犯支付辯護人澳門幣 1,500.00 元的報酬。

*

本判決確定後，根據《刑事訴訟法典》第 198 條第 1 款 d) 項的規定，本案對各嫌犯所實施的強制措施消滅。

*

移送三名嫌犯刑事紀錄登記表予身份證明局。

將本判決登錄及存放，並通知各相關人士。

……」（見卷宗第 281 至第 288 頁的判決書和第 316 頁有關更正筆誤的批示的內容）。

三、 上訴裁判的法律依據說明

本院須指出，上訴庭除了須依職權審理的事項外，祇須解決上訴人在上訴狀內具體主張的、且同時在該狀書的總結部份內有所提及的問題，而無需分析上訴人在提出這些問題時所主張的每項理由（此一

見解可見於中級法院第 47/2002 號案 2002 年 7 月 25 日合議庭裁判書、第 63/2001 號案 2001 年 5 月 17 日合議庭裁判書、第 18/2001 號案 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判書、第 130/2000 號案 2000 年 12 月 7 日合議庭裁判書，和第 1220 號案 2000 年 1 月 27 日合議庭裁判書內)。

如此，雖然三名嫌犯在上訴狀內花了很多筆墨去發表彼等為何不接受原審有罪判決的判決依據之原因，但三人的種種上訴理由可被歸納為下列上訴問題：

1. 原審法庭在說明其對案中事實的心證形成、依據時，就「拔針同樣重要」這一點發表了實質涉及中醫學專業知識之「認知」理由，但有關「認知」理由連控方也未有提出過，因此，原審法庭在未有事先把相關「認知」理由涉及中醫學專業知識的部份告知予案中各訴訟主體之情形下，便引用該部份的「認知」理由去作出有罪判決，便代表沒有遵守到刑事訴訟中的審檢分立原則和辯論原則，也違反了《刑事訴訟法典》第 139 條第 1 款的規定。

2. 再者，原審的第 2、5、6、8、9、10 和 11 條既證事實原不應被認定為既證事實，原審庭在審查證據方面犯下明顯錯誤，違反了疑罪從無原則。

3. 而三名上訴人的行為也不符合職務之僭越罪之主、客觀的構成要件。

4. 而無論如何，原審庭對三人的量刑是偏重的，更不應不選科罰金。

首先，就有關審檢分立的上訴問題，原審庭祇是就三名上訴人已被指控的事實作出審理，並最終把所有指控事實裁定為既證事實，因此，原審庭的事實審結果是無從違反審檢分立原則，更無抵觸辯論原則。

就三名上訴人針對原審事實審結果所提出的質疑，本院得指出，根據《刑事訴訟法典》第 114 條的規定，評價證據係按經驗法則及有權限實體之自由心證為之，但法律另有規定者除外。

換言之，法官在對構成訴訟標的的具爭議事實，在事實審層面上作出認定或不認定時，除了法律對評價證據方面另有事先規定的情況，最終仍須按經驗法則去分析、評價案中的所有證據材料，從而判斷哪些事實屬實、哪些不屬實。

當法官對事實審的最終判斷結果尤其違反了人們日常生活的經驗法則時，便是在審議證據上犯下明顯錯誤。

故除法律另有規定者除外，經驗法則既是自由心證的指引明燈，也是自由心證的一個不可衝破的限制。脫離一般經驗法則的自由心證，實為法所不容。

正是這緣故，中級法院在過往多個刑事上訴案中（而較近年的案例可見於第 676/2012 號刑事上訴案 2012 年 11 月 15 日的合議庭裁判書），均認為，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所述及的在審查證據方面的明顯錯誤，是指法院在認定事實方面出現錯誤，亦即被法院視為認定或未認定的事實與實際在案件中應被認定或不應被認定的事實不相符，或法院從某一被視為認定的事實中得出一個邏輯上不可被接受的結論，又或者法院在審查證據時違反了必須遵守的有關證據價值的規則或一般的經驗法則，而這種錯誤必須是顯而易見的錯誤。

出於相同理由，《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款另亦明確規定，上訴得以原審法院在審查證據方面明顯有錯誤為依據，祇要這涉及事實審的瑕疵係單純出自卷宗所載之資料，或出自該等資料再結合一般經驗法則者。

而就三名上訴人的具體個案而言，本院經分析原審庭所認定的既

證事實後，認為對任何一個能閱讀原審判決書內容的人士，均會在閱讀後，按照人們日常生活的經驗法則，認為原審的事實審結果並非不合理。三名嫌犯實不得以其對事實的主觀看法，去試圖推翻原審的事實審結果。

的確，本案的其中一個討論點是「拔針」應否由針灸師親自負責。就此點，第一嫌犯認為是不須由針灸師負責。

然而，在庭審上作供的、本身具備中醫生及針灸師專業資格之衛生局醫生證人，則明確地把針灸治療分為四個步驟，並指出，「雖然專業資格沒有明確指引拔針必須由針灸師負責，但根據其專業認知所有針灸（包括施針及拔針）的操作均須由針灸師負責，理由是拔針存有風險，有可能會“斷針”或“彎針”，屆時需要透過“X”光機進行手術才能取出，又或者在拔針時會出現的“滯針”或“暈針”等情況都需要透過專業技術進行」。

就第一嫌犯與上述醫生證人之間的不同立場，原審庭在形成其對指控事實的心證時，特別引用了該名醫生證人有關拔針為針灸治療的最後一步的專業見解。

由此可見，原審庭是採信了醫生證人的專業意見。

上訴庭認為，原審庭把拔針視為針灸治療過程的一環並非明顯不合理。

當然，原審庭在附和該名醫生證人的專業見解時，也發表了法庭本身對針灸的「所知」內容。由於這些「所知」內容在實質上是符合了該名專業證人有關拔針是針灸治療的最後一步和拔針存有風險等之見解，所以該等「所知」內容的發表並不會使原審庭的事實審結果變成不合理或違法。

至於就三名上訴人對第2、5、6、8、9、10和11條既證事實提出的質疑，本院經綜合分析原審庭在判決書內已提及的各種證據材料，

認為原審庭對該等事實的認定判斷是合情合理的，而第 2、5、10 和 11 條既證事實也非單純概括性或結論性事實。

綜上，原審庭的事實審結果是無從患有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項所指的瑕疵，也沒有抵觸疑罪從無原則。

如此，根據原審庭已合理認定的既證事實，《刑法典》第 322 條 b 項所指的職務之僭越罪的客觀和主觀罪狀要素已完全齊備，三人應被判處此罪罪成。

最後，就涉及量刑課題的上訴問題，本院經綜合考慮原審所有已查明的既證情節，認為在《刑法典》第 40 條第 1 和第 2 款及第 65 條第 1 和第 2 款的量刑準則下，原審在該罪的法定刑幅內對三名嫌犯定出的具體徒刑刑期，已是輕無可再輕了。

至於應否選科罰金刑的問題，考慮到對該罪行的一般預防的強烈需要，是不可選科罰金刑的（見《刑法典》第 64 條的選刑標準）。

這樣，三名嫌犯的上訴理由和請求是完全不能成立的，本院也不用再具體分析三人在上訴狀內提出的其餘情事。

四、 判決

依上所述，中級法院刑事合議庭裁定 A、B 和 C 的上訴理由均不成立，維持原判。

三名上訴人須支付各自上訴的訴訟費，當中包括每人均須支付的

陸個訴訟費用計算單位的司法費。

本判決是二審終審的判決（見《刑事訴訟法典》第 390 條第 1 款 f 項的規定）。

命令把本判決也通知衛生局。

澳門，2022 年 6 月 2 日。

第一助審法官
陳廣勝

第二助審法官
譚曉華

原裁判書製作人
蔡武彬
(附表決聲明)

表決聲明

作為本案的原裁判書製作人，不同意大多數的意見，現發表以下的不同意見：

- 被上訴法院就拔針是否須由針灸師執行以“本院認知”作為審判主要心證依據，並引用中醫學專業知識認定拔針必須是由針灸師執行。三名上訴人認為卷宗內資料及證據都未曾出現過法院所述的“認知”資料且檢察院亦未有提出，所以此等新專業見解的加入是法院主動進行，及在沒有遵守法定程序情況下作出，該部份內容屬新增加的事實，法院應通知各訴訟主體以遵守辯論原則。同時，三名上訴人主張上述“認知”屬中醫性質的科學知識，應根據《刑事訴訟法典》第 139 條第 1 款規定借助鑑定證據措施作調查，因此認為原審法院違反上述規定，構成違法證據，主張該等認定的新事實無效。
- 原審法院不能認定被上訴判決中第 2、5、6、8、9、10 及 11 點的已證事實。原因是庭審中第一及第二上訴人否認指控，第三上訴人忘記是否其為 D 拔針，而 D 表示不是第一上訴人拔針，但忘記是第二還是第三上訴人，在庭上對兩人辨認後，模糊記得應是第三上訴人。因此，三名上訴人認為獲證事實第 6 條存在不能排除的合理疑問，原審法院沒有作分析就直接認定第三上訴人為病人拔針，是存在審查證據明顯錯誤的瑕疵。另一方面，就證人 E 的針灸及拔針過程中亦存在相同情況，沒有證據顯示是哪位特定人士拔針，原審法院沒有作出分析就直接認定是第二或第三上訴人替 E 進行拔針，亦存在審查證據明顯錯誤的瑕疵。此外，由於

三名上訴人及 D 均沒有就第 5 點獲證事實作出具體聲明，故認為欠缺證據顯示哪位特定人物替 D 作出藥包外敷、中頻治療儀及艾條暖宮治療。為此，三名上訴人認為原審法院在認定第 2、5、6、8、9、10 及 11 點事實獲得證實是存有明顯錯誤，違反了《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項的規定。

- 《刑法典》第 322 條 b 項規定的犯罪主觀要素上要求須具備直接或間接故意而不是或然故意，案中證人 F 醫生的專業見解是以自身認知作出而沒有任何權威性文件或法律制度作依據，不能約束整個中醫業制度。由於沒有任何法律規定、卷宗內亦沒有權威性文章顯示拔針只能由中醫師作出，因此難以使人相信三名上訴人知悉沒有中醫師執照而替病人拔針是存有職務僭越罪之主觀故意。至於“中頻治療儀”及“艾條暖宮治療”是一般人在家也可以自行完成，三名上訴人質疑為可在診所中由非醫師人士作出就會符合職務僭越罪的構成要件。另一方面，由於未有法律規定拔針行為、“中頻治療儀”及“艾條暖宮治療”必須由中醫師作出，故作出上述行為本身不應符合職務僭越罪的客觀構成要件。此外，三名上訴人指出，根據兩名患者的證言，第二及第三上訴人一直都被認為是中醫師助理，沒有向外自稱中醫師，故此三名上訴人從沒有明示或默示方式使兩名患者認為自己從事中醫師職業。由於三名上訴人行為不符合「職務之僭越罪」的主觀及客觀構成要件，應被開釋。
- 量刑過重，從而請求開釋或重新量刑。

我們看看。

本案的嫌犯們被控告以及被判處的僅因第二、第三嫌犯在沒有專業牌照的情況下，對在具有針灸師牌照的第一嫌犯為主導的診所的“病人”進行拔針的事宜，而被判處職務之僭越罪，第一嫌犯則以放任第一、第二嫌犯的行為而以同犯被判處相同罪名和刑罰。

在分析上訴人的上訴理由之前，我們有必要看看中醫中的針灸在澳

門的一些法律上的先前問題。

雖然，澳門已經回歸中國二十多年，但是，中醫學這個在中國大地已經發展了五千年的學科，對於澳門這個中國人占絕大多數的城市來說，不是新鮮事，而對於法律領域確實嶄新的事物。

而作為管制私人提供衛生護理活動的准照事宜的第 84/90/M 號法令才有規定中醫生和針灸師的牌照制度（第 2 條第 2 款 a 項），但這一條這一款這一項為規範醫療人員專業資格及執業註冊制度的第 18/2020 號法律所廢止，並僅適用後者的第 1、2 條所規定的適用範圍。

“第一條 標的

本法律訂定適用於澳門特別行政區公共及私人領域的醫療人員的專業資格及執業註冊制度，以規範下列事宜：

- （一）專業資格認可及登記；
- （二）執業註冊及發出執照；
- （三）從事有關職業的監察及紀律規範。

第二條 適用範圍

一、本法律適用於下列醫療人員：

- （一）醫生；
- （二）牙科醫生；
- （三）中醫生；
- （四）藥劑師；
- （五）中藥師；
- （六）護士；
- （七）醫務化驗師；
- （八）放射師；
- （九）脊醫；
- （十）物理治療師；

- (十一) 職業治療師 ;
- (十二) 語言治療師 ;
- (十三) 心理治療師 ;
- (十四) 營養師 ;
- (十五) 藥房技術助理 。

二、本法律不適用於作為十二月三十一日第 84/90/M 號法令第一條第二款 b 項⁵及九月十九日第 58/90/M 號法令第十四條第一款⁶規定的場所所有人的自然人或法人實體 。”

隨著第 18/2020 號法律廢止第 84/90/M 號法令第 2 條第 2 款 a 項，針灸師不再單獨予以發牌，而是被並入中醫生之列 (將其工作及職務定為 “包括依據中醫藥傳統理論、運用中醫獨特的診療方法和技術，尤其指中藥、針灸、推拿，以治療、保健及預防身體或精神疾病” 見上述法律附表)，更勿論存在對其醫療程序的規範這個一直沒有存在過的法律立法問題 。

⁵ 即：

“b) 為以下場所所有人之自然人或法人實體：

醫院；

診所或綜合性診所；

衛生中心或衛生所；

產院；

護理中心；

臨床分析實驗室及放射實驗室；

診斷中心、治療中心及康復中心 。”

⁶ 即：

“一、擁有下列某一商號的個人或集體機構為藥物業活動代理人：

a) 製藥廠；

b) 中藥處方的製藥廠；

c) 藥物產品的出入口及批發商號；

d) 藥房；

e) 中藥房；

f) 藥行 。”

我們知道，針灸，顧名思義，是由人體穴位的針刺和艾灸兩種治療方式組成，前者用針，後者用灸（即用艾葉製成艾柱或艾卷對穴位進行烤灼）。它們一直是中醫學的一個部分，經過幾千年的發展，逐漸成為中醫醫療不可替代的方法。隨著 2010 年 11 月 16 日中國申報項目“中醫針灸”正式通過聯合國教科文組織保護非物質文化遺產政府間委員會第五次會議審議，被列入“人類非物質文化遺產代表作名錄”，⁷ 針灸更成為世界的醫學文化遺產。

針灸是相對獨立的學科，但在第 18/2020 號法律中，已經沒有存在的蹤影。

雖然澳門針灸學會於二零零六年十二月十三日成立，但是其也僅是一個聯誼性社團，並沒有制定有關針灸規範的權限的組織。

而規定設立一評估委員會以保障所有代表中醫師之實體在證明中醫師有從事職業之任職能力方面，以及在向澳門居民提供之中醫衛生護理之質量控制方面之參與及所擔當之角色的第 20/98/M 號法令已被 第 18/2020 號法律廢止，而法律也沒有對代替上述會員會的醫療健康委員會也沒有被專門授權規定針灸師的發牌和註冊制度。

很顯然，現行法律僅將針灸納入中醫生的醫療範圍之中。

法律沒有對中醫生助理是否可以拔針的事宜，像對醫療機構的護士可以打針一樣的規範。這裡，明顯存在法律的空白。而原審法院意圖以一個醫生證人的陳述來填補這個一直存在的法律空白，確實不妥。

而醫生證人在敘述針灸可能造成滯針彎針或者斷針的現象其實是在運針時的不良反應，並非因為拔針時候的可能出現的事故。

我們知道，所謂滯針，是在運針時，有時候會難以旋轉提插，或抽出。造成滯針的原因往往是由於病人的肌肉痙攣或突然的移動，但亦有可能是針捻的幅度太大，或因單方向捻轉，令針絆住肌肉纖維。解決滯針的重點是請病人放鬆。有時候需要把針留在原位，使局部鬆弛下來，或在穴道四周輕拍或按摩。很多時候在附近穴位下針亦有助肌肉放鬆。如果針

⁷ 資料來源中央政府門戶網站 www.gov.cn

被纖維組織絆住，執業醫師要輕輕以反方向捻針使其放鬆，好把針拔出。而有很多原因會令針折斷或彎曲，包括針的質量差，針身或針根出現侵蝕或裂痕，病人突然的移動或強烈的肌肉痙攣，不當地拔出絆住或彎曲的針，施針時過度用力，針因外力絆住（例如執業醫師在處理另一位穴位時無意間碰觸挨壓到這一枝針）。

第一嫌犯作為一個註冊的中醫生，其有義務判斷哪些醫療事務性的行為可以由助手完成，只是必須在助手的行為出現過失甚至造成病人的傷害時候承擔起責任。我們認為只有在註冊醫生容忍其助手進行完整的醫療程序或者承擔主要的醫療事宜，才可以被視為職務的僭越行為。但很明顯，拔針雖然是針灸程序的一個步驟，但絕對不是一個主要的醫療行為。

在比較法領域的台灣，已經有是否醫療行為的明確規範，將中醫師的醫療行為規定為：看診、把脈、針灸（含針刺放血、刺血療法、轉針等）、針灸加電後之按摩、推拿、拔針等電療行為。而醫師可以指示其他醫事人員執行醫療輔助行為（《醫師法》第 28 條：...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）⁸。

這裡所指的需要中醫生進行的拔針是指加電的針刺電療行為，而一般的針刺沒有將拔針列為醫療行為。

我們也可以在網上找到一些介紹針灸處理流程的文章，一般有：

處理流程一 良好的針灸治療環境；

處理流程二 針灸前病人身心理評估；

處理流程三 針灸專業技術掌握。

(1)針灸需無菌操作，預防感染。

(2)控制針刺安全深度：

(3)控制針刺過程可能出現的非預期狀況

處理流程四 針灸後的完整評估

⁸ 資料來源：顧祐瑞著《圖解衛生行政與法規》 五南圖書出版股份有限公司，第 180 頁
<https://books.google.com/books?id=xF8BEAAQBAJ&pg=PA180&lpg=PA180&dq#v=onepage&q&f=false>

(1)檢查全身，避免遺漏針：針刺治療的過程主要由醫師執行針刺，完成後由跟診人員（住院醫師、實習醫師、護理人員）記錄數針，留針治療時間 15～20 分鐘後，由護理人員負責拔針，完成治療程序，如未徹底拔除而留置在病人身上，可能造成病人身體上有酸痛不適的感覺。因此醫護人員需徹底拔除針灸針亦是維護病人安全重要的一環。

(2)遺留針感：針灸部位可能會有酸、麻、脹的感覺，這是正常針灸後的現象，休息即可改善；除了針灸部位有紅、腫、熱、痛等現象發生時，請儘速回診，由醫師診視及處置。

(3)局部出血：人員進行出針時須注意是否有局部出血情形，如有發生則立即進行壓迫止血動作，直到部位不再流血為止。⁹

本案出現事故是因為第三嫌犯不知道病人肚子上還有一根針，這是一起醫療事故，而不是由於拔針本身的技術出現問題而需要認為必須由註冊醫生進行。

其實，更重要的是，在澳門沒有法律明確規定哪些針灸的行為必須由註冊醫生完成，更不應該將醫生的助理完成一些並非主要醫療行為的第二、第三嫌犯視為被控告的罪名的罪狀要素的“從事醫生職務”的行為。因此，無需更多的論述，依照刑法所維護的罪刑法定原則以及禁止推定原則，本案第二、第三嫌犯的行為不構成《刑法典》第 322 條所懲罰的職務之僭越罪，必須予以開釋。而第一嫌犯的容忍行為也因此不能視為其同犯而予以懲罰，並且同樣予以開釋。

澳門特別行政區，2022 年 6 月 2 日

蔡武彬（原裁判書製作人）

⁹ 資料來源：

<https://books.google.com/books?id=xF8BEAAAQBAJ&pg=PA180&lpg=PA180&dq#v=onepage&q&f=false>

第 1017/2021 號上訴案

9 頁