

澳門特別行政區中級法院 合議庭裁判書

編號：第 475/2022 號（刑事上訴案）

上訴人：A

日期：2023 年 6 月 15 日

一、 案情敘述

在初級法院刑事法庭第 CR4-21-0379-PCS 號獨任庭普通刑事案中，法院 2022 年 4 月 19 日的判決裁定如下：

嫌犯以直接正犯及既遂行為觸犯的一項澳門《刑法典》第 322 條 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 款所規定及處罰之「職務之僭越罪」，判處 150 日罰金，每日為澳門幣 90 元，即合共澳門幣一萬三千五百元 (MOP13,500 元)。另按照《刑法典》第 47 條規定，倘若不繳納罰款，或不獲准以勞動代替，則易科 100 日的徒刑。

*

上訴人 A 不服，向本院提起上訴（上訴理由闡述載於卷宗第 343 頁至第 372 頁）。

上訴人提出以下理據（結論部分）：

1. 被上訴判決判處上訴人以直接正犯及既遂行為觸犯一項澳門《刑法典》第 322 條 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 款所規定及處罰之「職務之僭越罪」, 被判處 150 日罰金, 每日為澳門幣 90 元, 合共澳門幣 13,500 元。

2. 除保留應有之尊重外, 被上訴判決基於違反了《刑法典》第 1 條第 1 款及第 3 款規定的“罪刑法定原則”、第 2 條 2 款規定的“刑法在時間上之適用”、存在《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定的“在審查證據方面的明顯錯誤”之瑕疵、違反《刑法典》第 16 條第 1 款規定之“對不法性的錯誤”以及不符合《刑法典》第 322 條 b) 項規定之“職務之僭越罪”罪狀構成要件, 而應予撤銷, 並改為判處上訴人一項《刑法典》第 322 條 b) 項規定“職務之僭越罪”罪名不成立。

1. 違反《刑法典》第 1 條規定之「罪刑法定原則」

3. 根據證人 B(衛生局醫務活動牌照科職員)庭上證言指出:「稱一般遇到案件會尋求衛生局中醫的意見, 稱沒有行業指引的。」、「稱在舊法中沒有列出治療師具體可從事何種的醫療活動, 而可從事何種醫療行為是由私人醫務活動牌照技術委員會評定的。」(請參閱被上訴判決第 12 頁, 在此視為完全轉錄。

4. 證人 D(衛生局委派行政違法程序預審員及註冊中醫生)在庭上證言指出:「證人稱原則上如果其行為聲稱是有醫療效果的, 就會是醫療行為」(請參閱被上訴判決第 11 頁, 在此視為完全轉錄, 底線及加粗為後加)

5. 根據被上訴判決的「法律部分理由說明」,原審法院透過自由心證認定上訴人的行為符合《刑法典》第 322 條第 b) 項規定的「職務之僭越罪」之依據如下(請參閱被上訴判決第 16 頁至第 18 頁,在此視為完全轉錄):『根據上述條文,可以知道在澳門擔任職業中醫生、中醫師、按摩師、針灸師須或治療師需取得政府認可的執業資格,而以職業方式,進行拔火罐、推拿及艾灸等行為需由前述專業資格者進行。亦認定到嫌犯清楚知悉在澳門擔任職業中醫生、中醫師、按摩師、針灸師須或治療師需取得政府認可的執業資格,但仍在沒有取得政府認可的執業資格情況下,獨自替 C 進行拔火罐、推拿及艾灸等僅可由前述專業資格者方可進行的醫學行為,並收取報酬。

雖然案中未能證實嫌犯曾向 C 明示過自己有案中法律所指的專業資格,但是嫌犯的一系列行為(包括向 C 表示自己醫學專業畢業、表示可為 C 提供治療、身穿白袍為 C 提供治療及收費、印制載有“治療師”一詞的卡片),體現出嫌犯是以默示方式表示自己有為 C 提供治療的專業資格,故此,嫌犯的行為同樣已符合上述犯罪的構成要件。

故此,裁定嫌犯以直接正犯及既遂行為觸犯一項澳門《刑法典》第 322 條 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 款所規定及處罰之「職務之僭越罪」。』

6. 則本案的重點之一在於上訴人是否在無醫療執照的情況下從事具有醫療執照之專業資格人士方可作出的職業行為。

7. 根據證人 D 及 B 的證言指出,實際上衛生局界定上訴人對 C 所作的推拿、艾灸及拔罐是否屬於醫療行為,由於第 84/90/M 號法令沒有明

文規定,衛生局也沒有內部指引,僅依靠行政違法程序預審員 D 之透過行使自由裁量權而作的個人判斷。

8. 然而本案是刑事訴訟程序,那麼面對事實是否構成犯罪的認定僅允許罪刑法定原則,僅當事實已被當時所適用的刑法明文訂為犯罪時,方可以以刑罰處罰之,法無明文規定不為罪,法無明文規定不處罰”。

9. 應由法律明文規定何種事實屬於醫療行為,繼而才可以對違反了法律明文規定屬於醫療行為之事實科處刑法處罰,因此,上訴人所作事實是否屬於醫療行為應由法律明文規定,倘若法律沒有規定,則不得處罰。

10. 根據案發當時適用的第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a) 項及第 4 條規定,當時在本澳從事中醫生、中醫師、按摩師、針灸師須或治療師之職業需要有政府認可的執業資格及由政府發出的執照。

11. 但是,第 84/90/M 號法令既沒有明確規定所謂的「本法規的業務」具體所指之定義及範圍,包括哪些職業才可以作出哪些行為;也沒有明確指出需要具備甚麼專業資格或執照才可以作出拔罐、艾灸及推拿。

12. 換言之,在本案發生之日,並沒有任何法律規定明確指出只有持有哪些醫療執照的專業人士才可以作出推拿、拔罐及艾灸的行為。

13. 直到 2021 年 10 月 01 日生效的新法—第 18/2020 號法律《醫療人員專業資格及執業註冊制度》第 3 條第 2 款及附件才規定了中醫生的執業範圍包括:「3. 中醫生工作及職務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。」

14. 然而,第 18/2020 號法律《醫療人員專業資格及執業註冊制度》第 3 條第 2 款及附件亦只指出了中藥、針灸及推拿三種行為,並不包括艾灸及拔罐。

15. 另一方面,現時本澳法律仍然未對何種行為屬於醫療行為作出明確區分及定義,即是說在法律上,醫療行為尚未有法律定義。

16. 在刑法領域是奉行罪刑法定原則,既然第 84/90/M 號法令沒有清晰界定“治療師”的業務範圍,根據《刑法典》第 1 條第 3 款規定,絕對不應類推類將一事實訂為犯罪。

17. 僅依靠原審法院的自由心證就認定上訴人對 C 所作的推拿、艾灸及拔罐屬於醫療行為及屬於“治療師”的業務範圍,從而適用《刑法典》第 322 條第 b) 項規定,有關事實認定及法律適用存在違反《刑法典》第 1 條第 1 款及第 3 款規定之「罪刑法定原則」,應予撤銷。

11. 違反《刑法典》第 2 條規定之「在時間上之適用」

18. 已證實本案發生日為 2020 年 05 月 22 日。(請參閱被上訴判決第 5 頁之已證事實(6),在此視為完全轉錄)

19. 而本案的審判聽證日為 2022 年 02 月 22 日及 2022 年 03 月 15 日,宣判日為 2022 年 04 月 19 日。

20. 根據案發時所適用的法律—第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項規定及第 4 條規定,“治療師”屬於法律要求必須具備獲政府認可專業資格及授予執照方可從事的職業。

21. 根據新法—第 18/2020 號法律《醫療人員專業資格及執業註冊制度》第 66 條第 1 款第 2 項及第 67 條規定,自第 18/2020 號法律生效之日(2021 年 10 月 01 日),第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項規定已被廢止。

22. 換言之,在本案審判之時,“治療師”已經不再是需要具備專業資格及執照方能從事的職業,不受醫療牌照制度約束。

23. 根據《刑法典》第 2 條規定:「二、如按作出事實當時所生效之法律,該事實為可處罰者,而新法律將之自列舉之違法行為中剔除,則該事實不予處罰;屬此情況且已判刑者,即使判刑已確定,判刑之執行及其刑事效果亦須終止。」

24. 因此,根據《刑法典》第 2 條第 2 款規定,由於第 18/2020 號法律《醫療人員專業資格及執業註冊制度》第 66 條第 1 款已廢止了第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項規定,“治療師”不再屬於法律要求必須具備獲政府認可專業資格及授予執照方可從事的職業,被上訴判決違反《刑法典》第 2 條第 2 款規定,應予撤銷。

III. 《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定的“在審查證據方面的明顯錯誤”

25. 透過被上訴判決的「分析過程」部分,原審法院透過自由心證認定獲證事實第 10 點及第 11 點事實(嫌犯存在犯罪故意、對行為的不法性有清楚認識以及其是在自由自願的情況下作出犯罪行為)之依據如下(請參閱被上訴判決第 13 至第 14 頁,在此視為完全轉錄):「作為醫療從業員的嫌犯(在醫療機構工作,亦自稱有廣東醫科大學護理專業

畢業), 嫌犯自然會意識到推拿、拔火罐及艾灸這些行為均屬於醫療性質的行為。]、「作為醫療從業員的嫌犯更應該明白不可以隨便自稱為“治療師”等一類的人士。就算嫌犯的名片上所載的“治療師”並非在表達第 84/90/M 號法令中所指的“治療師”, 但是“治療師”一詞本身便帶有專業性及含有資格性。作為醫療從業員的嫌犯, 自然應明白要有相應的資格才能自稱為“治療師”。

26. 簡括而言, 原審法院不接納上訴人稱不知道行為的違法性之依據建基於上訴人聲明自己具有廣東醫科大學護理專業學歷, 以及上訴人案發時任職於醫療機構(案的“XX 診所”)

27. 然而, 實際上, 嫌犯根本不存在犯罪故意, 亦不清楚原來在澳門進行艾灸、推拿及拔罐之行為需要取得政府認可的執業資格的。

28. 首先, 根據卷宗內的書證, 上訴人是內地居民, 並非本澳居民。(請參閱卷宗第 84 至第 85 頁的「內地居民身份證」)

29. 雖然上訴人在 2019 年 12 月 18 日獲聘, 但於 2020 年 01 月份, 上訴人回湖北省探親, 適逢當時新型冠狀肺炎疫情爆發, 湖北省全省被隔壁, 上訴人被困家鄉無法來澳工作。(請參閱被上訴判決第 7 頁, 在此視為完全轉錄)

30. 上訴人是在 2020 年 05 月份才正式到“XX 綜合診所”上班, 上述事實獲得證人 E (“XX 綜合診所”東主) 作證確認。(請參閱被上訴判決第 11 頁, 在此視為完全轉錄)

31. 即是說,直到本案發生之日(2020年05月22日),上訴人才在“XX綜合診所”工作了不足一個月,上訴人對於澳門的醫療行業顯然未具有充分的認識。

32. 其次,上訴人之聲明均指出其在事前並不知悉在未持有相關准照的情況下不能作出推拿、拔火罐、艾灸的行為。(請參閱被上訴判決第9頁,在此視為完全轉錄)

33. 上訴人作為內地居民,基於澳門特別行政區實行「一國兩制」的特殊政治制度,在法制方面澳門與內地是兩個不同的法域,作為外地僱員的上訴人不熟悉澳門法律符合一般經驗法則。

34. 第三,儘管沒有轉載到被上訴判決內,證人E(“XX綜合診所”的東主及本澳持牌中醫生)亦在庭上清楚指出其雖然身為中醫,但並不知道原來進行推拿、艾灸及拔罐是需要相應獲政府認可及授予的專業資格方可進行。

35. 而上訴人在聲明中亦指出其在任職前後,診所中醫生E及F均沒有告知其不能供推拿、拔火罐、艾灸的服務,有關聲明與證人E的證言吻合。

36. 證人B(衛生局醫務活動牌照科職員)在庭上證言亦指出:「在舊法中沒有列出治療師具體可從事何種的醫療活動,而可從事何種醫療行為是由私人醫務活動牌照技術委員會評定的。」

37. 在實務中,允許何種醫療執照可以從事何種醫療活動具體是由行政當局(私人醫務活動牌照技術委員會)作出具體評定,而有關評定並沒有公佈或公開予一般市民知悉。

38. 即使診所東主作為一名持有中醫生執照的專業人士都不知道原來作出推拿、拔火罐、艾灸的行為是需要醫療執照方可作出，又如何能夠要求作為“診所助理”之上訴人能夠清楚知悉？

39. 第四，不論是在現實生活中還是網路世界，澳門的美容院一向均存在許多以保健及消除某些不良效果為標榜的養生美容項目廣告或宣傳，當中不乏拔罐、艾灸及推拿等項目，而絕大部分的操作者均沒有任何醫療執照。

40. 證人 C(被害人)證言稱(請參閱被上訴判決第 10 頁，在此視為完全轉錄)：「證人稱在朋友的聚會中認識嫌犯，及向其聲稱懂推拿，亦是瑜伽導師等。」、「後嫌犯替證人做了推拿、拔火罐及艾灸等治療，維時約兩小時」、「而證人最後以醫療券交付了診金，約為四百多元。在離開前取得一張嫌犯的卡片。」「後證人經向中醫查詢後，認為拔火罐及艾灸應不能同時進行，覺得醫療不正確，故向衛生部門作出投訴。」及「證人不清楚推拿、拔火罐及艾灸操作是否需具專業資格。」

41. 事實上，證人 C 亦不清楚推拿、拔火罐及艾灸操作是否需具專業資格，其只是覺得拔火罐及艾灸不能同時進行才投訴。

42. 更重要的是，證人 C 指出其是在完成拔火罐、艾灸及推拿後，離開診所時才取得上訴人印製載有“治療師”一詞的卡片，而不是事前取得卡片而到診所尋找上訴人。

43. 由此可以知道，在被害人的心理活動方面，其尋找上訴人所考量的原因中並不包括上訴人是具有專業資格，被害人根本不知道做這些行為需要專業資格。

44. 以刑法處罰及譴責上訴人的行為未免偏離了《刑法典》第 322 條第 b) 項規定所擬達保護的法益。

45. 另外, 被上訴判決亦同意本案是未有直接證據直接指向嫌犯曾聲稱自己具有任何專業資格或醫療執照。

46. 被上訴判決認定嫌犯以默示方式表示自己具有專業資格而從事醫療職業活動的犯罪事實的基礎僅是源於印製載有“治療師”一詞的卡片、嫌犯身穿白袍及案發地點為診所內。

47. 終審法院刑事上訴案編號第 17/2000 號上訴案的合議庭裁判指出:「……審查證據方面的明顯錯誤是指……當違反有關限定證據價值的規則或職業準則時也屬錯誤。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, 也就是說, 受過中等教育的人也很容易察覺到的。……」

48. 根據《刑事訴訟法典》第 114 條規定, 雖然原審法院可透過自由心證來評價證據, 但自由心證並不是毫無限制, 亦須受制於一般經驗法則或法定證據效力的規定。

49. 原審法庭作出事實判斷時完全忽視了證人證言中有利於上訴人之部分, 尤其是證人 E 指出白袍是診所給予上訴人的制服、證人 C 指出其是在作完相關保健行為後方收到卡片以及根本不是因為上訴人明示或默示自己具有專業資格才尋找其進行保健活動。

50. 即使是一名具中等教育程度的人在查看被上訴判決時也可立即察覺到被上訴判決中認定上訴人故意以默示方式表示自己擁有專業資格而從事醫療職業這一判斷明顯違反了一般經驗法則。

51. 基於原審法院對事實之判斷違反了一般經驗法則，從而使被上訴判決違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項的規定，存在審查證據的明顯錯誤，應撤銷被上訴判決。

IV. 違反《澳門刑法典》第 16 條第 1 款規定之“對不法性的錯誤”

52. 正如前述，上訴人當時剛在涉案診所工作不滿一個月，亦沒有任何人告知其不能夠為他人作推拿、艾灸及拔罐。

53. 上訴人是內地居民，在內地接受教育及生活，尤其是上訴人在廣東醫科大學護理專業系畢業，上訴人的生活經驗及職業知識是源自於中國內地，

54. 根據中國內地法律，針對進行推拿，艾灸及拔罐的行為，至今未有法律法規要求須具備專業證照之人士方可作出。

55. 中國內地的職業專業資格制度是適用由中華人民共和國人力資源和社會保障部發佈的《國家職業資格目錄》之規定。

56. 關於中醫保健範疇方面，僅 2017 年版本的《國家職業資格目錄》列表二之「技能人員職業資格」名錄第 61 號規定的“保健人員”中存在“保健調理師”之技能人員職業資格。

57. 然而根據 2017 年版本的《國家職業資格目錄》，“保健調理師”只屬於“水平評價類”，而不屬於“准人類”，即是說持有相關職業資格僅用於證明持證人具有相當的職業水平，不需要具有有關專業資格即可從事有關職業。

58. 而現行的 2021 年版本的《國家職業資格目錄》，更加是刪除了“保健調理師”這一項目的職業資格。

59. 另一方面, 根據中華人民共和國人力資源和社會保障部發佈的《國家職業資格目錄》, 不論是 2021 年發佈的現行版本, 還是 2017 年末發佈的 2017 年版本, 均沒有與第 84/90/M 號法令第 2 款 a) 項所規定的「治療師」相似或相近的職業資格。

60. 換句話說, 在中國內地, 「治療師」這個詞彙是不具有特指某一職業的含義, 不具有專業資格性及職業專屬性。

61. 因此, 上訴人在名片上自稱為「治療師」的行為, 在其的思想領域及邏輯之中, 並不具有任何冒充持有證照或執照的意義, 因為在國內人們使用文字的習慣及語言中, 「治療師」只是一個空泛及不具特定專業資格方可從事之專業職業代稱的詞彙。

62. 就正如上訴人在本澳自稱“瑜伽教練”及“母乳指導師”並不觸及澳門刑法, 因為上述職業不須持有專業資格或執照即可從事。

63. 因此, 透過一般經驗法則, 明顯可以知道, 按照上訴人的個人背景及本澳社會客觀存在的社會狀況, 上訴人並不存在犯罪故意, 上訴人對其行為的不法性存在明顯可宥恕之錯誤。

64. 由於上訴人在作出行為時並未意識到行為的不法性, 對行為的不法性存在錯誤, 同時上訴人的存在不法性錯誤的原因是基於其生長背景及就學就業環境所教授的行業習慣所引致, 屬於不可譴責的錯誤, 根據《澳門刑法典》第 16 條第 1 款規定, 上訴人的行為應為無罪過。

65. 因此, 除卻應有之尊重外, 被上訴判決違反了《刑法典》第 16 條第 1 款規定, 根據刑法的「無罪過無刑罰原則」, 應判處罪名不成立。

V. 不符合《刑法典》第 322 條 b) 項規定之“職務之僭越罪”的構成要件

66. 根據《刑法典》第 332 條 b) 項“職務之僭越罪”構成要件為：

(1) 行為人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；

(2) 明示或默示自己擁有或具備此資格或條件，而從事該職業；

(3) 存有相應犯罪故意。

67. 根據第 84/90/M 號法令，並沒有指出“治療師”可分為何種類別的“治療師”。

68. 證人 B 證言指出根據行政當局的內部評定治療師”可分為以下類別：「證人稱治療師分為物理治療師、職業治療師、語言治療師、心理治療師、足病診理治療師及運動醫學治療師。」

69. 而上訴人所作的拔火罐、艾灸及推拿並不屬於上述職業類別的業務範圍，因此，上訴人的行為顯然地不屬於從事“治療師”這一職業之業務行為。

70. 為此，上訴人的行為不符合《刑法典》第 322 條 b) 項規定之“職務之僭越罪”之客觀構成要件，被上訴判決違反了《刑法典》第 322 條 b) 項規定，應予撤銷並改為判處罪名不成立。

*

駐初級法院刑事法庭的檢察院代表作出答覆，認為應裁定上訴人之上訴理由不成立，維持原審法院的判決（詳見卷宗第 374 頁至第 378 頁）。

檢察院在答覆狀中提出下列理據（結論部分）。

1. 上訴人認為被上訴判決違反罪刑法定原則。

2. 原審法院在作出有罪判決時是適用案發時仍生效的第 84/90/M 號法令配合《刑法典》第 322 條 b) 項的規定，並沒有出現上訴人所指的在案發時並沒有法律明文規定的情況。根據第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a) 項之規定，以個人制度從事中醫師、中醫生、治療師、按摩師、針灸師等需持有衛生局發出的衛生專業人士牌照，倘不具相關牌照而作出醫療行為時便觸犯《刑法典》第 322 條 b) 項所規定之「職務之僭越罪」。而在界定上訴人作出推拿、拔罐及艾灸的行為是否符合須具牌照才能作出的醫療行為上，本院完全認同原審法官 閣下在判決書第 13 頁作出的精闢分析。

3. 上訴人的行為是否符合罪狀的構成要件是如何適用法律的問題，即使第 84/90/M 號法令沒有明確指出中醫生、中醫師、治療師、針灸師等可以作出哪些行為，但這不妨礙法官 閣下在適用法律時根據具體事實而去認定上訴人的行為能否“套入”法定罪狀的構成要件。比方說，該法令亦沒有明確指出牙科醫生可以作出哪些行為，但我們不會將拔牙、補牙等行為排除在牙科醫生可進行的醫療範圍之外。為此，被上訴判決沒有違反《刑法典》第 1 條規定之「罪刑法定原則」

4. 上訴人認為被上訴判決違反《刑法典》第 2 條第 2 款規定。

5. 本檢察院認為上訴人錯誤解讀第 18/2020 號法律，該法律並不是將“治療師”視為不再屬於法律要求必須具備獲政府認可專業資格及授予執照方可從事的職業。而是自該法律生效後，不再發出“治療師”

的准照，這是因為根據第 18/2020 號法律第 58 條第 4 款的規定，按照第 84/90/M 號法令發出的治療師及診療輔助技術員的持有人在註冊時將細分以下職業類型：脊醫、物理治療師、職業治療師、語言治療師、心理治療師、醫務化驗師及放射師，本案根本不存在新法將違法行為剔除的情況。

6. 上訴人認為被上訴判決違反《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項的規定，存在審查證據的明顯錯誤。

7. 我們認為只要原審法院作出事實方面的認定並沒有違反限定證據的價值的規則，或職業準則，又或一般經驗法則即可，而無須逐一細列其形成心證的具體證據數量。

8. 細閱判決書，原審法院為著形成心證而審查各方面的證據，尤其是列出了上訴人、多名證人的聲明，及後結合卷宗書證進行綜合分析，詳細地論述了其心證的形成，說明了事實依據和法律依據，我們看不出原審法院有違反一般經驗法則，被上訴裁判並不存在審查證據方面的瑕疵。

9. 上訴人認為對其行為的不法性存在明顯可宥恕之錯誤，認為被上訴判決違反《刑法典》第 16 條第 1 款規定，以及其行為不符合「職務之僭越罪」的構成要件。

10. 雖然上訴人聲稱在“XX 綜合診所”工作了不足一個月，但根據卷宗資料顯示，上訴人自 2016 年起已在本澳一所具中醫駐診的診所“澳門 XX 醫療中心”任職診所助理一職，直至 2019 年 12 月，上訴人轉至“XX 綜合診所”工作，明顯其已在本澳中醫診所工作一段頗長的時

間，工作過程中對診所的工作範疇已獲得充分的認知，亦清楚意識到推拿、拔火罐及艾灸是為他人提供治療，且具醫療性質的行為，知道不具備中醫生、中醫師、按摩師、針灸師或治療師的資格是不能作出任何上述醫療行為，上訴人沒可能對行為的不法性產生錯誤。

11. 事實上，上訴人作出的拔火罐、推拿、艾灸的醫療行為已超出了一名治療師可作出的醫療範圍，須具備中醫生、中醫師、按摩師、針灸師資格才可進行，為此，即使其主張「治療師」這個詞彙是不具有特指某一職業的含義，不具有專業資格性及職業專屬性，但其所作出的行為已以默示方式表示自己有為 C 提供治療的上述專業資格，故此，嫌犯的行為已符合《刑法典》第 322 條 b) 項規定之“職務之僭越罪”的構成要件。

12. 綜上所述，本檢察院認為，上訴人所有理據不成立，應予全部駁回。

請尊敬的中級法院法官 閣下作出一如既往的公正裁判！”

*

案件卷宗移送本院後，駐本審級的檢察院代表作出檢閱並提交了法律意見，認為上訴人所實施的行為僅是一單獨孤立行為，未符合從事一職業，未符合被控告犯罪的全部罪狀要素，應開釋上訴人（詳見卷宗第 486 頁至第 487 頁背頁）。

*

本院接受上訴人提起的上訴後，組成合議庭，對上訴進行審理，各助審法官檢閱了卷宗，並作出了評議及表決。

二、事實方面

原審法院經庭審後認定以下事實：

查明屬實之事實：

- (1) 案發前，F 與 E 合資在澳門 XXXXXXXX 地下 A 舖開設“XX 綜合診所”，主要提供中醫服務，包括推拿、針灸、理療及中藥護理。二人均在該診所任職駐診醫生。
- (2) 2019 年 12 月 18 日，A（嫌犯）獲“XX 綜合診所”聘用為診所助理。
- (3) 2020 年 1 月份，嫌犯在內地透過他人印製其個人的工作名片，該名片的一面載有“XX 綜合診所”的字樣，另一面則顯示嫌犯為“治療師、瑜伽教練、母乳指導師，產後通乳、面部刮痧、藥膳調理、纖體瘦身、皮膚美容、刮痧推拿、乳房養護、產後修復”（參見卷宗第 30 頁）。
- (4) 嫌犯在“XX 綜合診所”擔任診所助理的主要工作為在前台接聽電話、替應診者掛號及結帳收費。
- (5) 案發期間，C 認識了嫌犯，嫌犯向 C 表示其本人是修讀中醫專業，且在診所從事保健養生的工作，能為求診者進行治療及處理痛症。
- (6) 2020 年 5 月 22 日，C 前往“XX 綜合診所”向嫌犯求診，其時，嫌犯身穿白袍。
- (7) 嫌犯將 C 帶到診所治療室後，便向 C 問診，包括痛症位置等，

但沒有告知 C 有關診斷，並以電子儀器輸入資料，接著，嫌犯在 C 的背部進行拔火罐、在 C 的腹部及腰部進行艾灸（薰艾），及在 C 的肩頸背部位置進行推拿，整個治療過程由嫌犯單獨進行，過程約兩小時。事後 C 取得上述嫌犯的工作名片。

- (8) 完成上述治療後，C 以電子醫療券支付澳門幣 420 元的診金，嫌犯自行使用 E 中醫師的電子醫療券系統帳號扣減上述診金。
- (9) 嫌犯在澳門並不擁有具備中醫生、中醫師、按摩師、針灸師或治療師的資格，其亦並非澳門衛生局註冊的衛生專業人士，且從未持有衛生局發出衛生專業人士的執業牌照（參見卷宗第 4 頁）。
- (10) 在澳門擔任職業中醫生、中醫師、按摩師、針灸師須或治療師需取得政府認可的執業資格。以職業方式，進行拔火罐、推拿及艾灸等行需由前述專業資格者進行。嫌犯清楚知悉在澳門擔任職業中醫生、中醫師、按摩師、針灸師須或治療師需取得政府認可的執業資格，但仍在沒有取得政府認可的執業資格情況下，獨自替 C 進行拔火罐、推拿及艾灸等僅可由前述專業資格者方可進行的醫學行為，並收取報酬。
- (11) 嫌犯在自由、自願及有意識的情況下，故意作出上述行為，且知悉其行為是法律所不容，且會受法律制裁。

*

同時證實：

- (12) 除本案外，本案嫌犯並未有其他刑事紀錄。

*

未獲證明事實：

與已證事實不符的控訴內容視為未證。

三、法律方面

上訴法院只解決上訴人具體提出的並且由其上訴理由闡述結論所界定的問題，結論中未包含的問題轉為確定。¹

本上訴涉及之問題：

- 罪刑法定原則
- 在時間上之適用
- 審查證據方面明顯有錯誤
- 對不法性的錯誤
- 「職務之僭越罪」的構成要件

*

(一) 關於“罪行法定原則”

上訴人認為，其所作事實是否屬於醫療行為應由法律明文規定，倘若法律沒有規定，則不得處罰。根據案發當時適用的第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a) 項及第 4 條規定，當時在本澳從事中醫生、中醫師、按摩師、針灸師或治療師之職業需要有政府認可的執業資格及由政府發出的執照。但是，該法令既沒有明確規定所謂的「本法規的業務」具

¹ 參見中級法院第 18/2001 號上訴案 2001 年 5 月 3 日合議庭裁判、中級法院第 103/2003 號上訴案 2003 年 6 月 5 日合議庭裁判。

體所指之定義及範圍,也沒有明確指出需要具備甚麼專業資格或執照才可以作出拔罐、艾灸及推拿。換言之,在本案發生時,並無任何法律規定明確指出只有持有哪些醫療執照的專業人士才可以作出推拿、拔罐及艾灸的行為。原審法院僅依靠自由心證就認定上訴人對證人 C 所作的推拿、艾灸及拔罐屬於醫療行為及屬於“治療師”的業務範圍,從而適用《刑法典》第 322 條 b) 項規定,有關事實認定及法律適用違反《刑法典》第 1 條第 1 款及第 3 款規定之「罪刑法定原則」,應予撤銷。

*

根據上訴人的上訴理據,上訴人實際上是不同意原審法院對《刑法典》第 322 條 b) 項的理解和適用。因此,本案需解決的具體問題是,上訴人對證人 C 所作的推拿、艾灸及拔罐,是否屬於醫療行為?上訴人是否明明知必須具備但仍然不具備專業資格和條件下實施醫療行為?

*

仔細研讀卷宗資料,本院認為:

首先,上訴人對證人 C 所作的推拿、艾灸及拔罐,應認定為醫療行為。

明示或默示對病痛有治療效果的手段,均視為醫療行為,這已是一般人均理解常識,而中醫治療手段,包括推拿、針灸、拔罐、刮痧等也不例外。

現在,我們普通人說起針灸,只是理解為針刺,然而,中醫學上,針灸是針與灸的合體,針、灸是兩種不同的治療手段。上訴人作為一名醫科大學護理學專業畢業生,不會不知道這其中的區別。

本案發生於“XX 綜合診所”，該診所由 F 與 E 為駐診醫生，主要提供中醫服務，包括推拿、針灸、理療及中藥護理；證人前往上指診所向上訴人求診，依照常理而言，自然是以尋求醫療診治、處理痛症為目的，而非尋求美容院的保健服務；案發時，上訴人將證人帶到診所治療室後，便向證人問診，包括痛症位置等，並以電子儀器輸入資料，繼而在證人的背部進行拔火罐、在腹部及腰部進行艾灸（薰艾），及在肩頸背部位置進行推拿；完成後，證人以電子醫療券支付澳門幣 420 元的診金；上訴人於訊問筆錄及庭審聽證中均承認其收取了證人支付的“診金”。

其次，從事醫療行為的人士須具備並獲政府認可的資格和政府發出的執業牌照。

依據案發時生效的第 84/90/M 號法令第 1 條及第 4 條之規定，在澳門地區從事以私人制度提供衛生護理服務所需執照之發出受該法規規範，涉及之專業人士包括：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。而根據案中證人 E、D、G 及 B 的證言，推拿、艾灸及拔火罐是屬於中醫範疇的治療，根據本澳的法律規定，拔罐、艾灸等操作需具備持中醫師及中醫生牌照人士才可作出，持針灸師牌照可進行艾灸及拔罐。

本院認為，第 84/90/M 號法令作為針對於本澳從事以私人制度提供衛生護理服務所需執照之發出的原則性規範，毋須亦不可能詳盡列出醫生、中醫生、中醫師乃至治療師或按摩師等各類人士許可從事的所有具體醫療行為。另一方面，上訴人印製的相關名片，是其在未獲診所醫

生 F 的同意或授權之下而在內地私自印製 包含“XX 綜合診所”、“A”、“治療師”、“瑜伽教練”、“母乳指導師”、“藥膳調理”、“刮痧推拿”等內容。本案的關鍵在於，上訴人名片中的“治療師”，與第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項所規範的“治療師”，雖然文字表述一致，但於法律層面卻有著本質的區別。後者係指於澳門地區從事衛生護理之治療服務的專業人士，且需取得澳門政府認可的職業資格；雖然上訴人聲稱其於廣東醫科大學護理專業畢業，並在內地持有護士專業的執業資格，在內地可為病人提供理療、開刀的手術服務，然而，於澳門卻自始至終從未獲得政府對其資格的認可、更沒有獲得政府許可的“中醫生”、“中醫師”、“治療師”、“針灸師”執業執照。不具備本澳政府認可的從事醫療行為的專業資格和執業條件。

故此，本案的討論焦點並不在於第 84/90/M 號法令有否明確規定具備甚麼專業資格或執照才可以作出拔罐、艾灸及推拿，而是在於上訴人並不持有澳門法律規定之相關的中醫師、中醫生、治療師或針灸師的牌照，卻對證人 C 實施了推拿、艾灸及拔罐的醫療行為。原審法院裁定上訴人的行為符合被指控之犯罪的構成要件，以直接正犯及既遂行為觸犯一項澳門《刑法典》第 322 條 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」，適用法律正確，並未違反“罪刑法定原則”。

藉此，上訴人的相關上訴理由不成立。

*

(二) 關於“在時間上之適用”

上訴人認為，案發時所適用的第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項及第 4 條規定，“治療師”屬於法律要求必須具備獲政府認可專業資格及授予執照方可從事的職業。第 18/2020 號法律於 2021 年 10 月 01 日生效。根據《刑法典》第 2 條第 2 款規定，由於第 18/2020 號法律《醫療人員專業資格及執業註冊制度》第 66 條第 1 款已廢止了第 84/90/M 號法令第 1 條第 2 款 a 項的規定，故此，“治療師”不再屬於法律要求必須具備獲政府認可專業資格及授予執照方可從事的職業。被上訴判決違反《刑法典》第 2 條第 2 款的規定，應予以撤銷。

*

對此，本院同意駐初級法院檢察院代表於法律意見中所指出的：

上訴人錯誤解讀第 18/2020 號法律，該法律並不是將“治療師”視為不再屬於法律要求必須具備獲政府認可專業資格及授予執照方可從事的職業。而是自該法律生效後，不再發出“治療師”的准照，這是因為根據第 18/2020 號法律第 58 條第 4 款的規定，按照第 84/90/M 號法令發出的治療師及診療輔助技術員的持有人在註冊時將細分以下職業類型：脊醫、物理治療師、職業治療師、語言治療師、心理治療師、醫務化驗師及放射師，本案根本不存在新法將違法行為剔除的情況。

同時，本院必須強調，如上所述，上訴人在不持有澳門政府許可之中醫師、中醫生、治療師或針灸師執業牌照的情況下，對證人 C 實施了推拿、艾灸及拔罐的醫療行為。基於此，第 18/2020 號法律對於第 84/90/M 號法令的細化規範，不影響原審法院對上訴人被指控的犯罪事實作出認定，進而作出處罰裁定，被上訴判決並未違反《刑法典》第 2

條第 2 款的規定。

藉此，上訴人的相關上訴理由不成立。

*

(三) 關於“審查證據方面明顯有錯誤”

上訴人認為，原審法院不接納上訴人稱不知道行為的違法性之依據建基於上訴人聲明自己具有廣東醫科大學護理專業學歷，以及上訴人案發時任職於醫療機構(案的“XX 診所”)，卻忽視了證人證言中有利於上訴人之部分，尤其是證人 E 指出白袍是診所給予上訴人的制服、證人 C 指出其是在作完相關保健行為後方收到卡片以及根本不是因為上訴人明示或默示自己具有專業資格才尋找其進行保健活動。實際上，上訴人根本不存在犯罪故意，亦不清楚在澳門進行艾灸、推拿及拔罐之行為需要取得政府認可的執業資格。原審法院對事實之判斷違反了一般經驗法則，從而使被上訴判決沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c) 項規定的瑕疵，請求撤銷被上訴判決。

*

終審法院於 2001 年 3 月 16 日在第 16/2000 號刑事上訴案的判決中指出：“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。”

換言之，審查證據方面明顯有錯誤，是指法院在審查證據並認定事

實時，明顯有違經驗法則和常理，或明顯違反法定證據價值之法則，或明顯違反職業準則。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。

*

根據卷宗資料，上訴人於 2019 年 12 月 18 日獲“XX 綜合診所”聘用為診所助理，主要工作為在前台接聽電話、替應診者掛號及結帳收費。基於此，“XX 綜合診所”的中醫生 E 及 F 並無義務及必要告知上訴人其不能私下在診所為病人提供推拿、拔火罐、艾灸的治療。

在主觀方面，上訴人自稱於廣東醫科大學護理專業畢業，並在內地持有護士專業的執業資格，之前，亦有在“澳門 XX 醫療中心”任職診所助理的經驗，上訴人應當知道無論是在任何國家和地區，涉及醫療的行為均需由獲得政府認可的專業人士才有資格實施，亦應知悉在澳門未持有衛生局發出的相關准照的情況下，不能為病人進行推拿、拔火罐、艾灸的治療。於 2020 年 05 月下旬，證人 C 到“XX 綜合診所”找上訴人，上訴人向 E 中醫生表示證人是其朋友，需借用診室房間指導瑜伽動作及拉筋，而故意隱瞞要為證人進行推拿、拔火罐及艾灸之事。顯見地，上訴人是知道在澳門進行推拿、拔火罐、艾灸的醫療行為需持有政府認可之執業執照的，而其本人並不持有相關的中醫生、中醫師、治療師或針灸師的准照，仍為證人進行了推拿、拔火罐、艾灸的治療，並私下使用 E 的電子醫療券戶口收取了證人交付的診金。

在客觀層面，案發時，證人到“XX 綜合診所”找上訴人尋求醫療幫助以治療痛症，依照常理以及“期待可能性”，自然確信上訴人具有相

關的執業資格，而不會對於其是否持有中醫生、中醫師、治療師或針灸師的准照而作出確認。而上訴人身穿白袍，在診室房間內向證人問診，包括痛症位置等，並以電子儀器輸入資料，繼而，在證人的背部進行拔火罐、在腹部及腰部進行艾灸（熏艾）、在肩頸背部進行推拿，治療完成後，上訴人收取了證人以電子醫療券支付的診金。上訴人雖未向證人明確表示其具有法律規定的專業資格，但上訴人像醫生一樣對證人作出的一系列行為，足以構成“默示自己擁有或具備此資格或條件”。

本院認為，原審法院在綜合分析案中所有證據的基礎上，結合經驗法則，認定上訴人是清楚知悉在澳門獨自從事醫學治療職業是需要取得政府認可的執業資格的，從而認證控訴書中的事實，在審查證據方面不存在違背法定證據規則、違背一般經驗法則的情形，上訴人不能僅以其個人觀點為由試圖推翻原審法院所形成的心證。被上訴判決不沾有《刑事訴訟法典》第 400 條第 2 款 c 項規定之瑕疵。

藉此，上訴人的相關上訴理由不成立。

*

（四）關於“對不法性的錯誤”

上訴人認為，在中國內地，“治療師”這個詞彙是不具有特指某一職業的含義，不具有專業資格性及職業專屬性。按照上訴人的個人背景及本澳客觀存在的社會狀況，上訴人並不存在犯罪故意，上訴人對其行為的不法性存在明顯可宥恕之錯誤。由於上訴人在作出行為時並未意識到行為的不法性，對行為的不法性存在錯誤，同時上訴人的存在不法性錯誤的原因是基於其生長背景及就學就業環境所教授的行業習慣

所引致，屬於不可譴責的錯誤，根據《澳門刑法典》第 16 條第 1 款規定，上訴人的行為應為無罪過，請求改判罪名不成立。

*

《刑法典》第 16 條（對不法性之錯誤）第 1 款規定：

行為時並未意識到事實之不法性，而就該錯誤係不可譴責行為人者，其行為無罪過。

關於不可譴責的欠缺不法性意識問題，迪亞士教授曾指出：

當欠缺不法性意識是以忠於法的各種要求的一般態度為基礎時，應視為不可譴責，另一方面，似乎可以得出的結論是，只有行為人不可譴責的欠缺不法性積極意識到行為的合法性時，才可阻卻罪責。²

換言之，行為人欠缺不法性意識並非建基於忠於法的各種要求的一般態度的基礎之上，亦未達至積極意識到行為之合法性的程度，則屬於可譴責的欠缺不法性意識，不能藉此而阻卻其罪責。

*

就本案而言，如上所述，上訴人自稱於廣東醫科大學護理專業畢業並在內地持有護士專業的執業資格，理應知道無論在任何國家或地區，涉及醫療的行為均需由獲得政府認可並許可的專業人士實施；上訴人於本案發生之前，亦曾在“澳門 XX 醫療中心”任職診所助理，更應當知悉在澳門未持有衛生局發出的相關准照的情況下，不能對病人進行推拿、拔火罐、艾灸的治療行為。於證人到診所向其求診時，上訴人向

² 《刑法總論（第一卷）基礎問題及犯罪一般理論》，【葡】喬治·德·菲格雷多·迪亞士 著，關冠雄 譯，社會科學文獻出版社，P426

E 中醫生表示證人是朋友，需借用診室房間指導瑜伽動作及拉筋，而隱瞞要為證人進行推拿、拔火罐及艾灸之事。

顯見地，上訴人知道在澳門進行推拿、拔火罐、艾灸的醫療行為是需持有政府認可之執業執照的，而其本人作為診所助理，並不持有相關的中醫生、中醫師、治療師或針灸師的准照，亦非醫學實習生，更未獲得現場中醫生的准許或指導，仍對證人進行了推拿、拔火罐、艾灸的治療行為，並收取了證人交付的診金。

本院認為，上訴人對其行為的不法性是有清醒意識的，並不屬於《刑法典》第 16 條第 1 款所規定的“對不法性之錯誤”，無法藉此阻卻其罪責。

故而，上訴人的相關上訴理由不成立。

*

（五）關於“「職務之僭越罪」的構成要件”

上訴人認為，第 84/90/M 號法令並未指出“治療師”分為何種類別，證人 B 的證言顯示，行政當局內部評定治療師可分為：物理治療師、職業治療師、語言治療師、心理治療師、足病診理治療師及運動醫學治療師。上訴人所作的拔火罐、艾灸及推拿並不屬於上述職業類別的業務範圍，因此，上訴人的行為不屬於從事“治療師”這一職業之業務行為，亦不符合《刑法典》第 322 條 b) 項規定之「職務之僭越罪」的客觀構成要件，請求撤銷被上訴判決並改判罪名不成立。

*

承前所述，本案的關鍵並非第 84/90/M 號法令有否明確規定具備甚

麼專業資格或執照才可以作出拔罐、艾灸及推拿，亦不在於第 18/2020 號法律對第 84/90/M 號法令所作出的細化規範，而是在於上訴人並不持有澳門法律規定之相關的中醫生、中醫師、治療師或針灸師的執業牌照，卻對證人 C 實施了推拿、艾灸及拔罐的醫療行為。在主觀層面，上訴人對其行為的不法性具有意識，不屬於《刑法典》第 16 條第 1 款所規定的阻卻罪責的情形；在客觀上，上訴人像醫生一樣對證人作出的一系列醫療行為，足以構成“默示自己擁有或具備此資格或條件”。

故此，上訴人的行為符合「職務之僭越罪」的法律構成要件，上訴人的相關上訴理由不成立。

雖然，上訴人聲稱因為怕失業，為博取表現，以令診所負責人認為聘用其可為診所提供額外收入，故才私下為病人提供診療服務，並私下用 E 電子醫療券戶口收取證人的診金。但是，“意圖為自己或第三人不正當得利”並非「職務之僭越罪」之構成要件，上訴人的主張本院不予採信。

*

綜上，本院裁定上訴人的上訴理由均不成立，維持原審判決。

四、決定

綜上所述，本院裁定上訴人 A 的上訴理由均不成立，維持原審判決。

*

本上訴之訴訟費用由上訴人負擔，其中，司法費定為 8 個計算單位，

委任辯護人的辯護費定為澳門幣 2,300 元。

著令通知。

—*—

澳門，2023 年 6 月 15 日

周艷平
(裁判書製作人)

陳廣勝
(第二助審法官)

蔡武彬 (附表決聲明)
(第一助審法官)

表決聲明

本人不同意大多數意見，特作如下聲明：

我們知道，本案所涉及的犯罪是《刑法典》第 322 條 b 項的罪名，屬於習慣犯（*crime de hábito*），並不判處偶然性地實施該職業的行為。³ 其客觀要素中的行為關鍵在於他/她“從事職業”的行為上，這明顯區分於 a 項的只需要單純的一個僭越“行為”足以入罪的罪名。

常見的僭越職務行為的職業包括醫生、司法官、律師、工程師、藥劑師、教師、護士、記者等，但作為刑罰所懲罰的僭越行為必須是非法從事該職業，表現在他假裝獲得資格從事一項職業而掌管其不具備的行業，簡而言之，是佔據一個人不具備的職業地位，而從事該職業相應的活動，就好像是一個完全有資格從事該職業的人士。⁴

在本案中，上訴人受僱於 XX 綜合診所，擔任診所助理，主要工作為在前台接聽電話、提應診者掛號即結賬收費，而只是單獨一次為朋友進行拔火罐、艾灸以及推拿的行為，明顯不能得出其“假裝獲得資格從事一項職業而掌管其不具備的行業”的結論，不能以《刑法典》第 322 條 b 項的罪名予以懲罰。

澳門特別行政區，2023 年 6 月 15 日

(第一助審法官 蔡武彬)

³ 參見比較法領域的司法見解，葡萄牙最高司法法院於 1996 年 5 月 16 日在第 144/96 號上訴案中的判決。

⁴ 參見 Leal-Henriques 所著《Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau》，CFJJ,2018, 第 VI 卷，第 291 頁。