

# 醫師法之缺失評析

吳秀玲\*



---

\* 台北護理健康大學兼任副教授，國立中山大學中國與亞太區域研究所博士。作者特別感謝兩位匿名審查委員審查的辛勞，惠賜作者寶貴的修正建議，並感謝編輯委會的指正，作者虛心接受並據以修改論文，以期更加完善。如仍有未盡之處，文責悉由作者自負。

## 目次

- 壹、前言
- 貳、衛生行政法規體系與醫師法主要經緯
  - 一、衛生行政法規之類別
  - 二、衛生行政法規的矛盾與失平
  - 三、醫師法立法目的及沿革
  - 四、醫師法規範之概述
- 參、醫師法之缺失評析
  - 一、行政命令解釋「醫療業務」「醫療行為」之適法性
  - 二、醫師公會拒絕入會裁罰機關之商榷
  - 三、醫師法容認「長年實習醫師」之導正
  - 四、醫師法第 11 條醫師親自診察檢驗原則與例外
- 肆、醫師法修正建議
  - 一、以法律明定「醫療行為」之定義
  - 二、修正醫師公會拒絕入會裁罰機關
  - 三、應明文規範實習醫師合理的實習年限
  - 四、鬆綁醫師親自診療義務之限制
  - 五、其他建議：醫師執業處所登記限制應以法律為之
- 伍、結論與展望
  - 一、衛生法規近期修正甚多細節未見深度檢討
  - 二、衛生法規通盤檢討之必要性
  - 三、儘速修法，重用法制人才提升法制作業品質
  - 四、遠距醫療法規管制之鬆綁不應以行政函釋為之
  - 五、一併檢討社會福利法規之適法性

## 摘要

衛生福利部於 2013 年 7 月 23 日成立已逾 7 年，主管的法規，除原先醫護、健保、食品藥物等衛生法規之外，加入數量可觀的社會福利法規。現行衛生法規，存在法條已修正或刪除多年，而罰則未配合修正或刪除的矛盾情形；或各醫事人員法規針對相同的規範事由，無正當理由而為違規寬嚴不一的處分規定，致有違平等原則之疑慮；以及法律明文規定事項，權責機關選擇性執法等缺失。本文舉醫師法規若干缺失及相關問題，作為探討重點，建請中央主管機關儘速檢討修正。

**關鍵詞：**醫師法、醫療行為、實習醫師、遠距醫療、人工智慧、平等原則

## 壹、前言

配合行政院推動組織改造期程，2013 年 7 月 23 日前行政院衛生署與內政部社會司合併，升格成立衛生福利部（下稱衛福部）已逾 7 年，主管的法規，除原先醫護、健保、食品藥物等衛生法規之外，新增數量可觀的社會福利法規，衛福部對此龐大的主管法規，是否有足夠法制人力、善用現有具法律專長人員，為醫護法規、社福法規之進步性、平等性或矛盾性，作深入地檢視，或計畫性、持續性地延聘衛生法規領域中的法學專家，共同審視並提出法規的增修意見，據以推動衛生法規再造工程，以確保民眾醫療人權及社會福祉，此問題值得重視且具意義。

衛生法規存在個別法條已作修正或刪除多年，而罰則未配合修正<sup>1</sup>或刪除<sup>2</sup>的矛盾情形，或在不同的醫事人員法規針對相同的規範事由，然並無正當理由而為違規寬嚴不一的處分規定，致有違平等

---

<sup>1</sup> 違反醫療法「第 93 條第 2 項」所定之辦法者（指「具有危險性醫療儀器審查評估辦法」），處新臺幣 5 萬元以上 25 萬元以下罰鍰（同法第 103 條第 1 項第 2 款）。惟醫療法原「第 93 條第 2 項」於 2009 年 1 月 7 日修正時，已遞延為「第 93 條第 3 項」迄今逾 12 年，罰則規定遲未配合修正項次。因衛福部醫事司主辦科只負責第 93 條之修正，第 103 條罰則之修正由該司第一科（法規）負責，各吹各調，背離行政一體要求。

<sup>2</sup> 人體生物資料庫管理條例「第 29 條」有關生物檢體使用範圍之規定條文，業於 2012 年 8 月 8 日刪除，然同條例第 25 條第 2 項：非以人口群或特定群體為基礎之生物醫學研究，違反「第 29 條」規定而為生物檢體之採集及使用，「處新臺幣 20 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得限期令其改正；屆期未改正者，按次處罰之」罰則規定，迄未配合刪除。

原則之疑慮；更有法律明文規定事項，權責機關選擇性執法<sup>3</sup>的問題等缺失。更有法規修正時，一方面增訂新的「名詞定義」，卻同時刪除與定義相關的條文規定<sup>4</sup>，中央主管機關業務司（處），法制作業分科各吹各調，品質矛盾低下。涉及構成密醫之醫療行為定義，法無明文，賴衛福部多達 600 頁之函釋為憑，而函釋內容重複、矛盾外，民眾更難以知悉。又，因應社會人口老化在宅醫療之需求，如何卸除「面對面診療原則」束縛，逐步放寬遠距醫療法令之限制，以發揮實質功效，亟需關注。本文爰舉醫師法若干缺失：行政命令解釋「醫療行為」之妥當性、醫師公會拒絕入會裁罰機關之商榷、醫師法容認「長年實習醫師」之導正、醫師法第 11 條醫師親自診察檢驗原則與例外、限制醫師登記執業處所一處為限未以法律定之等問題，作為檢討重點，籲請中央主管機關儘速修法，以符依法行政原則，提升法制作業品質，增進人民對政府之信賴。

<sup>3</sup> 為避免民眾浪費醫療資源，全民健保的門（急）診部分負擔，法定係以「定率為原則，定額為例外」。「定率」應於就診後負醫療費用總金額之一定比例（全民健康保險法第 43 條第 1 項）；「定額」限於「必要時」，由主管機關以定額方式收取，並應每年公告其金額（同條第 3 項）。然全民健保主管機關無視法律明文，不問是否必要，長期違法採「定額」方式收取部分負擔，僅「居家照護醫療費用」適用「定率百分之五」，法律割裂適用選擇性執法，乃屬嚴重的違法行為。吳秀玲、葉明功、周淑婉合著，從法制面探討影響我國全民健康保險財務之因素，中正財經法學，第 14 期，2017 年 1 月，第 278-280 頁。

<sup>4</sup> 菸害防制法原第 2 條於 2007 年 7 月 11 日修正公布時，依實務需要增訂第 4 款「菸品廣告」及第 5 款「菸品贊助」定義，然同時菸害防制法原第 9 條第 1 項第 7、8 款及第 3 項有「贊助」之規定，均予以刪除，使新增之「菸品贊助」定義，成為贅文。

## 貳、衛生行政法規體系與醫師法之經緯

現代社會由於生活複雜、變遷快速，各個領域出現專業高度分化，新興的現象或專業問題，無從藉由倫理、道德解決，爰需制定具有強制力的法律規範，作為社會標準，俾解決紛爭與促進人類合作<sup>5</sup>。文明國家人民自出生至終老，與日常生活作息相關之衣、食、住、行、教育、醫療、環境衛生，莫不與法律相關；人民依據法律享有權利、負有義務，亦依循法律解決紛爭。

醫護健保衛生法規之制定，係為維護國民健康、保障病人權益，因此，基於公益上的理由，國家的安寧及公共秩序之維持，有許多強制或禁止規定，對於違反者應依罰則規定予以處罰，使法規產生強制的效力。法律為應社會需要，不斷推陳出新，醫護健保衛生法規新制定、增修變動頻仍，以維民眾之醫療人權。

### 一、衛生行政法規之類別

衛生行政法規，為關於衛生行政之組織、作用、程序及救濟之國內公法的總稱，其類別種類繁多，可區分為以下幾類：醫政類、藥政類、食品衛生類、防疫類、保健類、全民健保類和其他類等（如表 1）。衛生行政法規之制定、施行，其目的在使衛生業務之推動、權責劃分，有法源依循，藉以提高醫療服務品質、提升醫事人員素質，合理分配醫療資源，並使醫事活動導向秩序化與合理化，杜絕

---

<sup>5</sup> 何建志，醫療法律與醫學倫理，元照出版有限公司，2012 年 2 月，第 41 頁。

弊端與增進國民健康。

表 1 衛生法規類別

類別	項目	法規名稱
醫政類	業務管理	醫療法、人體器官移植條例、精神衛生法、安寧緩和醫療條例、緊急醫療救護法、人工生殖法、人體生物資料庫管理條例、人體研究法、生產事故救濟條例、病人自主權利法、醫療施行細則等、醫療機構設置標準等
	人員管理	醫師法、藥師法、護理人員法、助產人員法、營養師法、物理治療師法、職能治療師法、醫事放射師法、醫事檢驗師法、心理師法、呼吸治療師法、語言治療師法、聽力師法、牙體技術師法、驗光人員法、公共衛生師法、醫師法施行細則、醫事人員執業登記及繼續教育辦法、齒模製造技術員從業管理辦法等
藥政類		藥事法、醫療器材管理法、管制藥品管理條例、化粧品衛生安全管理法、藥害救濟法、罕見疾病防治及藥物法、藥事法施行細則、藥物優良製造準則等
食品衛生類		食品安全衛生管理法、健康食品管理法、食品安全衛生管理法施行細則等
防疫類		傳染病防治法、人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例、傳染病防治法施行細則等
保健類		癌症防治法、口腔健康法、菸害防制法、優生保健法、油症患者健康照護服務條例等
全民健保類		全民健康保險法、全民健康保險法施行細則、全民健康保險醫療辦法、全民健康保險扣取及繳納補充保險費辦法等
其他類	長期照顧、保障補償	長期照顧服務法、漢生病病人權保障及補償條例

註：作者製表

醫事法規的體系，不只是醫師法、醫療法、護理人員法、助產人員法等衛生行政法規，亦兼及醫療保健案件裁判所涉及之法律，如：刑法、刑事訴訟法、民法、消費者保護法、民事訴訟法等，皆為司法機關依法裁判之法律依據。由於醫事法規並非閉鎖的領域，其實務之研究，應就全體相關學科，以二重或三重綜合觀點，彼此共同協助，檢討、調整矛盾與衝突，以解決醫療之問題<sup>6</sup>。

## 二、衛生行政法規的矛盾與失平

衛生行政法規體系中，除 2020 年 6 月 3 日最新制定公布之公共衛生師法之外，醫事人員之管理專法計有 15 種，規範：資格取得要件、應考資格、領證要件、發證機關、職業登記、繼續教育、加入公會、職業處所、業務範圍、保密義務、收費標準、廣告內容限制、禁止不當行為、違規罰則等。雖屬於通用之事項，規定大致近似或雷同，惟就違規處罰之要件、處罰機關與處罰方式，卻無正當理由而為違規寬嚴不一的處分規定，致有種種矛盾存在和違平等原則之疑慮。除前言所述醫療法、人體生物資料庫管理條例、全民健康保險法及菸害防制法之缺失外，又如：護理人員法將已廢止檢覈制度作為資格取得條件；另衛生法規，關於業務上違法或不正當行為處分是否移付懲戒、證書租借他人使用處罰規定彈性大小、不能執行業務應備查之代理期間規範不一、違反執業以一處為限裁罰後應否令限期改善及限期次數等等，亟須深入地檢討，推動衛生法規再造與修正工程，以確保民眾醫療人權及社會福祉，此問題值得重視且

---

<sup>6</sup> 吳秀玲，醫護健保與長照法規，三民書局股份有限公司，2019 年 6 月，第 8-10 頁。



具意義。礙於篇幅，本文以醫師法為首先觀察對象，探討其缺失並嘗試提出修法建議。

### 三、醫師法立法目的及沿革

科技進步一日千里，醫學研究發展日新月異，妥適的醫療行為足以維護民眾健康、延長人類壽命。然醫療行為具有不確定性，先端醫療科技或新藥，蘊含無法預測的危險，甚至產生嚴重的後遺症。醫師執業上的疏失、未履行業務上的義務，使病患蒙受傷害，為醫病間的訴訟之源。我國醫師法之立法目的，在於保障民眾健康權益、避免醫療糾紛發生，建立互信的醫病關係。

臺灣在 1895—1945 年日治時期，設醫學院、建立醫院與法規制度，1896 年 5、6 月陸續公布「臺灣醫術規則」、「公醫規則」，開始管理臺灣醫業，規定執行醫療業務者須有「醫術開業准狀」、「醫師准許證」。我國醫師法於 1943 年 9 月 22 日制定公布，1945 年 10 月 25 日臺灣光復，大陸之醫療法令、衛生行政、醫學教育及醫療制度，與臺灣既有之醫療制度難以銜接，陷於混亂。1975 年 9 月 11 日開始施行新醫師法，必須「醫學系」或「醫科」畢業生，才能應醫師專門職業考試<sup>7</sup>。而醫療法則遲至 1986 年 11 月 24 日制定施行，屬於發展較晚的法領域，以「促進醫療事業之健全發展，合理分布醫療資源，提高醫療品質，保障病人權益，增進國民健康」作為立法目的，賦與衛生主管機關管理醫療機構的法源依據，醫療人權之保護實為醫療法中心所在。

---

<sup>7</sup> 葛謹，台灣醫師制度與醫療糾紛案例評釋，元照出版有限公司，2011 年 8 月，第 15、20-23 頁。

醫師法自 1943 年 9 月 22 日制定公布以來，迄 2000 年 7 月 19 日止僅作 7 次部分修正。有鑑於政經社會環境大幅變動，相關法令規定亦迭經制定、修正或廢止，有必要適時通盤檢討修正醫師法、健全醫師養成培育及繼續教育、建立執業執照定期更新制度、強化醫事倫理規範及落實懲戒制度功能，並配合專門職業及技術人員考試法、地方制度法、行政程序法之制定、修正，行政院爰擬具醫師法（修正草案），於 2000 年 5 月 19 日送立法院審議。案經立法院 2001 年 12 月 21 日三讀通過，總統於 2002 年 1 月 16 日修正公布全文 43 條；本次大幅修正，計修正 42 條條文、增訂 12 條及刪除 4 條，未修正條文僅七條而已。之後，醫師法截至 2020 年 1 月 15 日止，又陸續微修計 6 次。

#### 四、醫師法規範之概述

##### （一）專業證照與排他

##### 1. 醫師證書

醫師法上所稱之「醫師」，係廣義地通含「西醫師、牙醫師和中醫師」三者。醫師為專門職業，必須依法經醫師考試及格（醫師法第 2 條至第 4 條），向中央主管機關申請核發醫師證書（同法第 7 條），方具有醫師資格。非領有醫師證書者，不得使用醫師名稱。非領有專科醫師證書者，不得使用專科醫師名稱（同法第 7 條之 2），違反者，處新臺幣 3 萬元以上 15 萬元以下罰鍰（同法第 28 條之 2）。

##### 2. 行政刑法密醫罪

為保障民眾的健康及生命、身體安全，醫療業務必須由具有合法醫師資格者執行，違反者，應負刑責。醫師法第 28 條本文規定：

「未取得合法醫師資格，執行醫療業務者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 30 萬元以上 150 萬元以下罰金」，此即所謂的密醫罪。但考量醫療行為之目的，在於救治病人、恢復病人健康，本質上是利他的行為，醫學院、校的學生或畢業生，於受認可之醫療機構之醫師指導下，為實地實習以磨練醫技；或護理人員、醫事人員等，於醫療機構在醫師指示下，為受容許範圍內的醫療行為（或醫療輔助行為）；以及遇有突發狀況，基於見義勇為之臨時施行急救情況，並無應予課責之非難性，爰定有例外不處罰之情形（同法第 28 條但書）。

## （二）執業登記與證照定期更新

### 1. 執業登記

醫師法第 8 條第 1 項規定：「醫師應向執業所在直轄市或縣(市)主管機關申請執業登記，領有執業執照，始得執業。」若未申請執業登記取得執照而行醫，雖已領有醫師證書固不構成密醫行為，但違反本條項者，依同法第 27 條規定：應處新臺幣 2 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並且命令限期改善；屆期未改善者，按次連續處罰。

### 2. 證照定期更新

「執照限制度」之目的，乃藉由執照的更新，促進專門職業人員隨時接受新知，維持專業素質。尤其醫療學理與技術日新月異，醫師之專業能力亦求不斷進步，以應所需。醫師法第 8 條第 2 項爰規定：醫師執業應接受繼續教育，並且每 6 年提出完成繼續教育的證明文件，辦理執業執照更新。但有特殊理由，得於效期屆至前，申請延期更新。

### 3. 強制入會

我國職業法規採專門職業人員「業必歸會」之原則，賦予其公會相當大的自律功能。醫師法第 9 條第 1 項明定：「醫師非加入所在地醫師公會不得執業。」強制醫師必須加入公會始得執業；同條第 2 項並要求：「醫師公會不得拒絕具有會員資格者入會。」

#### （三）無診察治療之禁止

##### 1. 親自診察原則

醫師法第 11 條第 1 項本文規定：「醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書。」考量山地、偏僻及離島地區，醫師前往開業者甚少，為使民眾醫療及保健照顧機會均等，故有訂定例外之必要。

##### 2. 親自診察之例外

由於山地、偏僻及離島地區，因地理環境及經濟等因素，民眾未能獲得醫師照顧，影響生命安全，並考量民眾赴外地求診醫療費用之負擔過鉅，醫師法第 11 條第 1 項但書爰例外規定，得利用當地或鄰近衛生醫療機構，建立電話醫療系統，由醫師以通訊方式診察，開具方劑，囑咐護理人員、助產人員執行治療。然為防止例外規定之濫用，「但書所定之通訊診察、治療，其醫療項目、醫師之指定及通訊方式等」相關細節，授權由中央主管機關予以詳明規定（同條第 2 項）<sup>8</sup>。

---

<sup>8</sup> 醫師法第 11 條第 1 項前段規定醫師親自診察原則，屬於保護他人之法律，但例外之規定是否過於嚴格致無法掌握病人病情的瞬息萬變，宜由衛生主

中央衛生主管機關爰依授權，公告「山地、離島及偏僻地區通訊醫療規定」，指定衛生所、衛生室、公立醫療機構、「全民健康保險山地離島地區醫療給付效益提升計畫」之醫師，於 16 個縣市 53 個鄉鎮中，得以通訊方式進行診療。有鑑於電腦網路、電傳視訊科技日益普及，「遠距醫療」(Telemedicine)<sup>9</sup>已在行政院有關部門逐步落實和推動，爭取時效、掌握治療先機，使病人得以及早接受治療，提高治癒率。衛福部於 2018 年 5 月 11 日訂定發布「通訊診察治療辦法」，提升醫療照護效能與可近性，放寬遠距醫療之照護對象與模式，明定 5 種合乎特殊條件之病人，亦得進行通訊診療，不限於山地、離島、偏僻地區（通訊診察治療辦法第 2 條第 2 款第 1-5 目），並廢止「山地、離島及偏僻地區通訊醫療規定」<sup>10</sup>。

#### （四）業務上之義務

醫師除上述親自診察之義務外，並負有其他業務上之義務：製作及保存病歷、說明義務、處方時應於處方箋載明法定事項並簽名或蓋章、交付證明文件、危急病人救治、據實陳述報告、保守秘密、遵從特別指揮、發現傳染病報告義務等。

---

管機關以函釋作目的性限縮解釋。黃清濱，醫療行為與醫師親自診察原則，醫事法學，第 20 卷第 2 期，2013 年 12 月，第 1-26 頁。

<sup>9</sup> 所謂遠距醫療，是藉由無時空限制之通訊設備與技術，在不同地點，傳遞病患醫療臨床資料與醫師的專家意見，以克服時間及空間障礙，達成遠端會診之目的。李厚懿、張永生合著，電腦網際網路在臨床醫學之運用，臺灣醫界，第 41 卷第 2 期，1998 年 2 月，第 70 頁。

<sup>10</sup> 吳秀玲，醫護健保與長照法規，三民書局股份有限公司，2019 年 6 月，第 97-100 頁。

## 參、醫師法之缺失評析

衛生法規存在個別法條已作修正或刪除多年，而罰則未配合修正或刪除的矛盾情形，或在不同的醫事人員法規針對相同的規範事由，然並無正當理由而為違規寬嚴不一的處分規定，致有違平等原則之疑慮；更有法律明文規定事項，權責機關選擇性執法的問題等諸多缺失。本文以醫師法下列若干缺失，作為檢討重點。

### 一、行政命令解釋「醫療業務」「醫療行為」之適法性

醫師的醫療行為，以救治病人、恢復病人健康為目的，本質上帶有為病人福祉之色彩。醫師為一種職業，無論治療方法係診斷、給藥、手術，對於社會而言，可謂具有利益；而治療過程，不可避免常涉及侵入身體、破壞身體整體性<sup>11</sup>。因此，醫師的醫療行為，可否阻卻違法成為合法行為？合法執行醫療行為之要件為何？以及誰可以執行醫療行為，涉及應否負刑事責任之評價，故如何界定醫療行為之定義內涵，即屬重要之議題，且就此重要事項，無視法律保留原則逕以行政函釋取代，其適法性非無疑義。

#### （一）「醫療」與「業務」的意義

醫療產業為勞力密集的產業，依賴人力之比重大；醫師在醫療保健制度中，扮演重要角色，提供醫療保健服務的主要來源。1972

---

<sup>11</sup> 陳聰富，醫療責任的形成與展開，臺灣大學出版中心，2014 年 5 月，第 84 頁。

年世界衛生組織（WHO）對「醫師」定義為：「醫師是一個有能力使用獨立判斷，來促進社區與個人健康之人」<sup>12</sup>。而醫師執業，以執行醫療業務為主要工作，依據醫師法或其他醫護法規，負有諸多的法定義務。

所謂「醫療」，日本學者認為：一般而言，係指「疾病與受傷的治療」，或被理解「以維持、回復、促進健康為目的的活動」。從而廣義言，「醫療」包含輕微切傷自行貼用絆創膏的行為；但在教科書上「醫療」的意義，則從狹義解釋為：限定醫院或診所等醫療提供機構，業務上（日常反復繼續的）所為之醫療<sup>13</sup>。「醫行為」之定義，依多數人之見解認為：「醫行為，指若欠缺醫師的醫學判斷及其技術，則對人體會有危害的行為。」<sup>14</sup>大谷實認為，醫療行為（醫學上之定義）係指「有關疾病之診斷治療、疾病之預防、畸形之矯正、助產、墮胎及各種基於治療目的及增進醫學技術之實驗行為。」行政上醫療行為定義為：「行為若具有醫學適應性、醫療技術正當性而客觀上有治癒的傾向，是醫療行為。」<sup>15</sup>

謝博生認為：「醫療」是人類為治療疾病、恢復健康所發展的一套技術與科學，以解除病人身心苦痛、恢復日常生活的身體功能為目標；醫療過程涵蓋疾病的診斷、檢驗、治療、預後判斷、病程

---

<sup>12</sup> 黃偉堯、朱僑麗、林文德、劉嘉年，醫療保健制度，國立空中大學出版中心，2009年6月，第42頁。

<sup>13</sup> 平井謙二，医療経営士・初級テキスト3（第4版）日本の医療関連法規—その歴史と基礎知識，第四版，日本医療企画，2018年7月，第2頁。

<sup>14</sup> 野田 寛，医事法上卷，青林書院，1990年4月，第59-60頁。

<sup>15</sup> 大谷 實，医療行為と法，弘文堂，1987年4月，第4-6頁。



觀察<sup>16</sup>。

法律上「業務」的概念，不以合法業務為限，非法業務亦包括在內，實務係採「以事實上執行業務為準，不以曾經官署許可之業務為限」的「事實業務說」<sup>17</sup>。即其業務，只須為法令所許可或並不違背公序良俗而為習慣所許可者，但不以經主管官署核准者為限；也不以本職為限<sup>18</sup>。

## （二）行政命令定義「醫療業務」及「醫療行為」

對於醫療工作，早期人類社會依賴倫理規範作為行為之準繩，例如：古希臘時期的「希波克拉底誓詞（Hippocratic Oath）」<sup>19</sup>。現代的西方社會，醫療行為受到法律管制的程度，越來越高；醫療法律開展的主要動力，來自於現代醫學的科技發展、人類健康型態的改變及人民權利意識提高，醫療訴訟日益增多，迫使社會、醫界和政府，必須在法律層面作出回應<sup>19</sup>。

醫師為醫療行為的主體。醫療行為，以患者誠實提供正確的資訊為基礎之協同關係，其性質屬於醫師與患者之信賴關係<sup>20</sup>。妥適的醫療行為，足以維護民眾健康，延長人類壽命，然醫療行為具有不確定性，先端醫療科技或新藥，蘊含無法預測的危險，療效與預期有顯著的落差，甚至產生嚴重的後遺症。為避免醫療糾紛之發生，

---

<sup>16</sup> 謝博生，醫療概論，台灣大學醫學院出版，2004 年 9 月，第 85 頁。

<sup>17</sup> 最高法院 24 年 7 月民刑庭總會決議。

<sup>18</sup> 最高法院 74 年台上字第 6262 號判決。

<sup>19</sup> 何建志，醫療法律與醫學倫理，元照出版有限公司，2012 年 2 月，第 42 頁。

<sup>20</sup> 植木 哲，醫師的法律學，有斐閣，1998 年 4 月，第 141 頁。



建立彼此互信的醫病關係，爰立法管制，彌補僅以職權命令作為規範的法效薄弱問題<sup>21</sup>。醫療法自 1986 年 11 月 24 日制定公布迄 2020 年 1 月 15 日止，共修正 16 次，賦與衛生主管機關管理醫療機構的法源依據，醫療人權之保護雖係醫療法之中心所在，惟有關「醫療業務」、「醫療行為」之意涵，醫療法與醫師法並無具體明確之定義，僅由中央衛生主管機關，針對地方衛生機關個案之請示，以行政命令函釋其判斷結果。

### 1. 法無明文亦未授權主管機關定義

醫師資格之取得，須具法定的學歷要件、經過專門職業及技術人員國家考試及格，以確保其確具醫學專業知識；經向中央主管機關申領醫師證書，並於選定執業所在地之地方衛生機關辦妥執業登記後，享有醫療業務獨占權，即醫療業務必須由具有合法醫師資格者執行。是以，未取得合法醫師資格執行醫療業務者，除合於醫師法第 28 條但書不罰之例外規定，應依第 28 條本文規定，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 30 萬元以上 150 萬元以下罰金。因此，有關「醫療業務」、「醫療行為」之範圍和意涵，行為人主觀上有無預見與認識，關涉是否觸犯密醫罪之認定，而醫療法及與醫師法對此，並無具體條文予以明確定義，更未授權主管機關加以界定，僅由中央衛生主管機關對於地方衛生機關個案違規查察之請示，或法院針對刑事個案審判認定事實適用法律認有必要之函詢，以行政函令說明解釋其判斷結果，尚難謂與法律保留原則相符。

---

<sup>21</sup> 吳秀玲，醫護健保與長照法規，三民書局股份有限公司，2019 年 6 月，第 33 頁。

## 2. 行政函釋之疏漏與獨斷

通常醫療業務係指以醫療行為作為職業，依中央主管機關對於「醫療業務」定義所為之函釋，係指：「以醫療行為為職業者而言，不問是主要業務或附屬業務，凡職業上予以機會，為非特定多數人之醫療行為均屬之，但不以收取報酬為要件，法令另有規定者從其規定。」<sup>22</sup>是以，密醫雖未領有醫師執照，欠缺充任醫師之形式條件，然既以此為業，仍不得謂其替人治病之行為非醫療業務。換言之，醫療業務並不以已取得醫師資格或收取費用、報酬或營利目的為限。

至於何謂「醫療行為」？衛生法規中並未以立法解釋方式，加以定義，為醫政管理之需，前行政院衛生署（下稱衛生署）爰在許多函釋中，闡釋醫療行為之意義。其中，最具代表性者，為 1992 年 1 月 6 日衛署醫字第 1001162 號函：「凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健為直接目的，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，所為的處方或用藥等行為的全部或一部的總稱為醫療行為。」故無醫師資格者從事上述函釋的醫療行為，即構成密醫罪。由於上開醫療行為之定義，亦有疏漏，中央主管機關嗣於同年 7 月 31 日以衛署醫字第 8153463 號函補充解釋，除「處方、用藥」外，增列「施術或處置」二項；復於同年 8 月 22 日以衛署醫字第 8159081 號函釋，將「以治療…、殘缺為直接目的」之「直接」二字刪除<sup>23</sup>，而不問目的是否直接或間接，使醫

<sup>22</sup> 行政院衛生署民國 65 年 4 月 6 日衛署醫字第 107880 號函。

<sup>23</sup> 醫療行為最後定義為：「凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健為目的，所為的診察、診斷及治療，或基於診察、診斷結果，以治療

療行為之涵括範圍更為深廣。

### （1）醫師逾越專屬業務範圍之法律責任

西醫、中醫師、牙醫師之業務範圍，或有重疊之處，或有專屬部分，若醫師逾越至他類醫師專屬業務範圍，有無法律責任？應負何種責任？醫師法立法時，似未考量此一問題，而無明確之規定。最高法院 1997 年臺非字第 79 號刑事判決謂：「如僅具有醫師、中醫師或牙醫師中之一種資格，而逾越其所得執行之醫療範圍，擅自執行其他類別之醫療業務者，就該項醫療業務而言，仍屬未取得合法醫師資格。」意即醫師逾越至他類醫師業務範圍並以之為業務時，將構成醫師法第 28 條之密醫罪<sup>24</sup>。然中央主管機關認為，西醫師超越醫療範圍去執行中醫業務，或中醫師超越醫療範圍去執行西醫醫療業務，都不成立密醫罪，僅屬於業務上不正當行為<sup>25</sup>。惟對於牙醫師逾越權限，則認為成立密醫罪<sup>26</sup>。

### （2）推拿是否屬於醫療行為見解變更

中央主管機關考量醫療行為之定義，因爭議過多而取締工作難以貫徹，針對一些案例另為特別解釋，加以排除<sup>27</sup>。例如民俗療法之管理，有鑑於地方衛生主管機關人力受限，管理取締不易，遂於

---

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。」

<sup>24</sup> 吳秀玲、蘇嘉宏合著，醫事護理法規概論，第十四版，三民書局股份有限公司，2020 年 9 月，第 120-121 頁。

<sup>25</sup> 行政院衛生署民國 68 年 7 月 3 日衛署醫字第 236234 號函。

<sup>26</sup> 行政院衛生署民國 69 年 4 月 24 日衛署醫字第 269349 號函。

<sup>27</sup> 賴進祥，醫療關係之危險責任，國立編譯館，2004 年 9 月，第 2 頁。

1993 年公告<sup>28</sup>不列入醫療管理：「公告事項：一、不列入醫療管理之行為如左：（一）未涉及接骨或交付內服藥品，而以傳統之推拿方法，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。如藉按摩、指壓、刮痧、腳底按摩、收驚、神符、香灰、拔罐、氣功與內功之功術等方式，對人體疾病所為之處置行為。二、前項不列入醫療管理之行為，…，不得為醫療廣告。」故可由業者自行執行<sup>29</sup>。至於扎針、放血之行為，核屬侵入性之處置，已逾越前開公告事項之範圍，應依違反醫師法第 28 條規定辦理<sup>30</sup>。而「按摩」一詞，由於容易與身心障礙者權益保護法所稱之「按摩」混淆，爰予刪除<sup>31</sup>。

有鑑於中醫傷科的「推拿」由無證照人員執行，曾造成民眾脊椎受傷，引發嚴重的醫療糾紛，監察院爰函請衛生署明確解釋，2008 年 8 月衛生署「確認推拿是醫療行為，應由醫療專業人員從事」在案；並於 2015 年 5 月 12 日公告訂定「民俗調理業管理規範」<sup>32</sup>共 15 點，促進民俗調理人員發揮自治自律精神，提升服務品質，保護消費者權益。

---

<sup>28</sup> 行政院衛生署民國 82 年 11 月 19 日衛署醫字第 82075656 號公告。

<sup>29</sup> 行政院衛生署民國 82 年 12 月 30 日衛署醫字第 82082498 號公告。

<sup>30</sup> 行政院衛生署民國 89 年 2 月 16 日衛署醫字第 89005152 號公告。

<sup>31</sup> 行政院衛生署民國 86 年 9 月 9 日衛署醫字第 86048995 號函。

<sup>32</sup> 衛生福利部民國 104 年 5 月 12 日衛部中字第 1041860595 號公告。

### （3）紋眉是否屬於醫療行為解釋前後不一

紋眉是刺青的一種，利用顏料來調整眉型及顏色，屬於侵入性，衛生署在 1986 年解釋：「未具合法醫師資格者，為紋眉之際，先予擦拭局部麻醉藥劑於下眼皮部，既非以醫療為目的，尚難認為屬醫師法第 28 條所稱之醫療業務<sup>33</sup>。時隔二個月後，再次解釋：「按紋眉乃屬美容業務之一，而美容業務…不能影響改變人體結構或生理機能，若達到改變人體結構或生理機能，自涉及醫療行為。」<sup>34</sup>衛福部食品藥物管理署則表示，依照目前法令規定，紋繡眉毛本身不屬醫療行為，但塗抹的局部麻醉藥劑算是處方藥，需要有醫事人員的專業才能施行；若不滿意眉型想修改，雷射洗眉屬於醫療行為，必須交由專業的皮膚科醫師處理<sup>35</sup>。紋身（タトゥ-）是否屬於醫療行為，日本法界見解分歧，針對被告在大阪府吹田市內紋身店（タトゥ-ショップ）為三名民眾紋身的行為，地方法院認為屬於醫療行為，以違反醫師法第 17 條，判處罰金 15 萬日圓。被告不服，上訴高等法院，獲改判無罪<sup>36</sup>；檢察官不服提起上訴，最高法院認為，紋身寓涵裝飾、象徵的要素與美術之意義，尚非社會風俗所禁止，依社會通念，亦難認屬於醫療及保健指導行為，係與醫學迥異須具

<sup>33</sup> 行政院衛生署民國 75 年 6 月 13 日衛署醫字第 601766 號函。

<sup>34</sup> 行政院衛生署民國 75 年 8 月 15 日衛署醫字第 612904 號函。

<sup>35</sup> 台灣新生報，紋繡眉毛不屬醫療行為，2018 年 12 月 5 日，<https://tw.news.yahoo.com/%E7%B4%8B%E7%B9%A1%E7%9C%89%E6%AF%9B%E4%B8%8D%E5%B1%AC%E9%86%AB%E7%99%82%E8%A1%8C%E7%82%BA-160000557.html>，最後瀏覽日：2020 年 11 月 4 日。

<sup>36</sup> 大阪高等法院第 5 刑事部平成 30 年 11 月 14 日判決，平成 29 年(あ)第 1117 號違反醫師法事件。

備美術等知識及技能之行為，核與醫療行為不該當。紋身係國家自古以來的習俗，不免伴有保健衛生上的危險，仍難以想像僅能由醫師獨占，爰駁回檢察官之上訴定讞<sup>37</sup>。

### 3. 定義難以涵括全部醫療行為概念

惟醫學科技發展急速，傳統僅以「具有診療為目的之醫療行為」，作為醫師治療、診斷等相關行為之概念，已無法配合一日千里的醫學進展，「非以診療為目的之醫療行為」亦多，例如：（1）為器官移植手術摘取之器官，可能取自健康之捐贈者。（2）為輸血之需，自健康者身上抽取血液。（3）人工生殖技術對健康捐卵者之取卵行為。（4）以美容為目的之整型行為。（5）非治療性之墮胎行為等，不但不具診療目的，甚至具有破壞目的。故前述函釋定義之醫療行為，乃屬「治療目的性之醫療行為」，即狹義之醫療行為，並不足以涵括全部醫療行為概念。

又，衛生署實務上認為：「醫療工作（中）之診斷、處方、手術、病歷記載、施行麻醉等醫療行為，應由醫師親自執行，其餘醫療工作得在醫師親自指導下，由輔助人員為之，但該行為所產生之責任應由指導醫師負責。」<sup>38</sup>該解釋將醫療行為，區分為主要的醫療行為及輔助的醫療行為。主要的醫療行為，應由醫師親自為之；輔助的醫療行為在醫師指示下，得由輔助人員為之。

「醫療輔助行為」為護理人員之業務（護理人員法第 24 條第 1

<sup>37</sup> 最高法院第二小法庭令和 2 年 9 月 16 日判決，平成 30 年(あ)第 1790 號違反醫師法事件。

<sup>38</sup> 行政院衛生署民國 65 年 6 月 14 日衛署醫字第 116054 號函。



項第 4 款），衛生署於 1993 年公告其範圍及其相關事項<sup>39</sup>：「公告事項：一、護理人員法第二十四條第一項第四款所稱醫療輔助行為，其範圍如左：（一）侵入性檢查之護理。（二）侵入性治療、處置之護理。（三）各項手術全程護理。…。」公告二個多月之後，又補充規定<sup>40</sup>「護理人員法第二十四條第一項第四款所稱醫療輔助行為，係屬醫療業務範圍，如未依同條第二項規定，在醫師指示下行之，…，自屬構成違反醫師法第二十八條第一項本文之規定。」意即護理人員「未於醫師指示下」逕為「醫療輔助行為」，屬於密醫行為，應負刑責。前述中央主管機關所公告「醫療輔助行為」的範圍，與實際未盡相符，且將「醫療」及「護理」予以混淆，因公告的內容本質上大都是醫療之性質，但於文末卻冠上「護理」二字<sup>41</sup>，爰於 2001 年公告<sup>42</sup>修正醫療輔助行為：「一、輔助施行侵入性檢查。二、輔助施行侵入性治療、處置。…。十一、其他經中央衛生主管機關認定之醫療輔助行為。」

姚念慈整理醫療輔助行為之具體類型<sup>43</sup>：第一、輔助藥物投與：「單純受病患請託，代為施打注射藥劑，雖無診斷、或開給處方，仍屬醫療行為<sup>44</sup>。」第二、採血送驗：抽血送驗屬於醫療行為，

<sup>39</sup> 行政院衛生署民國 82 年 6 月 29 日衛署醫字第 8246034 號公告。

<sup>40</sup> 行政院衛生署民國 82 年 9 月 3 日衛署醫字第 8255075 號函。

<sup>41</sup> 吳秀玲、蘇嘉宏合著，醫事護理法規概論，第十四版，三民書局股份有限公司，2020 年 9 月，第 205-206 頁。

<sup>42</sup> 行政院衛生署民國 90 年 3 月 12 日衛署醫字第 0900017655 號公告。

<sup>43</sup> 姚念慈，專科護理師護理人員法第 24 條問題與研究，2015 年 6 月，元照出版有限公司，第 10-46 頁。

<sup>44</sup> 行政院衛生署民國 74 年 9 月 20 日衛署醫字第 557280 號函。

未依醫師處方擅自為之，違反醫師法第 28 條<sup>45</sup>。」第三、輔助傷口照護：處置褥瘡之「清創術」，係屬侵入性醫療行為，應由醫師視清創狀況，得在醫師指示下，由護理人員協助為之<sup>46</sup>。「氣切管周圍傷口擦藥及更換紗布之行為，屬於醫療輔助行為，應由醫師或護理人員依醫囑執行之。<sup>47</sup>」第四、輔助管路照護：氣管插管置入，係屬侵入性醫療行為，具相當程度之危險性，應由醫師親自為之，護理人員在醫師指導下，得協助醫師執行氣管插管置入<sup>48</sup>。「鼻胃管初次置入，仍有相當程度之危險性，宜由醫師親自為之；至於鼻胃管全管拔除及需長期鼻胃管留置患者之定期更換，如經醫師診察、判斷後，得指示護理人員協助為之。<sup>49</sup>」第五、牙齒及口腔照護：牙結石清除、牙齦發炎治療、根管治療、換藥拔牙、蛀牙填補、開消炎藥處方，係屬牙醫醫療業務，應由牙醫師親自為之<sup>50</sup>。惟依專科護理師於醫師監督下執行醫療業務辦法，專科護理師在醫師之指示、指導或督促下，已可執行涉及侵入性人體之醫療業務，包括：傷口處置（表淺傷口清創、未及於肌肉及肌腱之表層傷口縫合、拆線）、管路處置（初次胃管置入等）<sup>51</sup>。

<sup>45</sup> 行政院衛生署民國 95 年 3 月 17 日衛署醫字第 0950005061 號函。

<sup>46</sup> 行政院衛生署民國 93 年 8 月 27 日衛署醫字第 0930022696 號函。

<sup>47</sup> 行政院衛生署民國 95 年 1 月 17 日衛署醫字第 0950000308 號函。

<sup>48</sup> 行政院衛生署民國 97 年 1 月 22 日衛署醫字第 0972800481 號函。

<sup>49</sup> 行政院衛生署民國 97 年 3 月 5 日衛署醫字第 0970201201 號函。

<sup>50</sup> 行政院衛生署民國 86 年 9 月 24 日衛署醫字第 86056912 號函。

<sup>51</sup> 2014 年 8 月 20 日護理人員法第 24 條增訂第 3、4 項：「專科護理師及依第七條之一接受專科護理師訓練期間之護理師，除得執行第一項業務外，並得於醫師監督下執行醫療業務。前項所定於醫師監督下得執行醫療業務之辦法，由中央主管機關定之。」中央主管機關於 2015 年 10 月 19 日訂定



### （三）醫療行為定義與密醫之認定相關聯

由於「醫療行為之定義」，涉及醫師及其他醫事人員執業範圍之界限，以及病人和其家屬與醫師或醫療機構之間權利義務之事項，僅透過行政命令加以解釋，並非妥適<sup>52</sup>。尤其，民眾的行為是否涉及密醫行為，不僅是行政管理上之取締問題而已，更是觸犯刑責與否之認定關鍵，因此，「醫療行為之定義」顯然為重要之事項，應以法律定之（中央法規標準法第5條）。

從上述衛生署就「醫療輔助行為」所之公告可見，中央主管機關所為之行政命令連最基本的「醫療」及「護理」概念，都混淆不清，一再修正；而有關醫師法第28條密醫罪構成要件中所謂執行醫療業務，迭經主管機關多次函釋，然有前後矛盾情形或違保護法益，導致法院對同一社會活動事實，審理結果竟出現不同的評價<sup>53</sup>。

以「推拿」為例，是否列入醫療管理本應以其事務之本質而定，本質如屬醫療行為，自應限由醫療專業人員為之。本文認為，衛生

---

發布專科護理師於醫師監督下執行醫療業務辦法，自2016年1月1日施行，嗣於2017年5月8日修正。

<sup>52</sup> 賴進祥，醫療關係之危險責任，國立編譯館，2004年9月，第3頁。

<sup>53</sup> 「接骨」依行政院衛生署民國65年4月6日衛署醫字第107880號函、82年11月19日衛署醫字第8207565號函釋，固為醫療行為，但衛生署民國90年3月22日衛署醫字第0900014516號函釋，將「接骨」限定為「不涉及骨折之整復」，倘屬「脫臼之骨頭接回」，則屬傳統推拿手法，同樣從事接骨行為，臺灣高等法院臺中分院89年度上易字第1804號刑事判決有罪，臺灣高等法院高雄分院90年度上易字第1227號刑事判決則判決無罪。廖建瑜，藥師與密醫罪案：臺灣與日本法院之實務見解，月旦醫事法報告，第39期，2020年1月，第86、106頁。

署只以管理的角度「人力受限，管理取締不易」為由，將本質為醫療行為的「推拿」公告為不列入醫療管理，長期任由非醫療專業人員從事推拿行為，除了未善盡國家對於民眾的照顧義務，更凸顯衛生主管機關未依法行政，逕以一紙行政命令，解消醫師法第 28 條未取得合法醫師資格不得執行醫療業務之禁令，牴觸法律優位原則，難謂適法。

此外，「醫療行為之定義」與密醫之認定息息相關，顯為重要之事項，醫師法或醫療法未以立法解釋明文定義，長期以來，僅賴主管機關以行政函釋方式個案解釋。按中央主管機關所為之行政函釋，係基於其組織法上的業務職掌權限，為執行法律所必要，補充法律細節、技術性事項所為之「職權命令」，乃大法官釋字第 586 號解釋理由書所指：主管機關基於職權因執行特定法律之規定，得為必要之釋示，以供本機關或下級機關所屬公務員行使職權時之依據。惟中央主管機關所掌業務，涵括衛生和福利兩大領域，各種業務分由不同之單位（司）主責，內部再分多科承辦相關業務，承辦人員，未必是菁英，內部擬稿見解未必正確；單位（司）內各層級主管、單位（司）外一層核稿簡任人員、主任祕書等，先不論渠等之法律素養及人權意識，亦未必有充足的時間、耐性，對於函稿內容字斟句酌，遑論事涉敏感議題。再者，此些重要的行政函釋，或由地方衛生主管機關援引作為行政處分裁罰或法院論罪定刑之依據，但民眾是否可得知悉？

廖建瑜研究指出，法院於審判時應就具體案情，依其獨立確信之判斷，認定事實，適用法律，不受行政機關函釋之拘束。衛福部函示之醫療行為及醫師應親為的核心領域，並不拘束法院。但從實

務判決觀察，法院常以函詢衛福部的方式，確認被告的行為是否屬於醫療行為？並以衛福部函釋所認之事實，作為判決之基礎<sup>54</sup>。查最新修正的醫療法解釋彙編（共 657 頁）及醫師法解釋彙編（共 1,371 頁），皆係 2009 年版<sup>55</sup>，除逾 11 年停滯未能更新，亦未上傳官網；有關醫師法第 28 條密醫罪僅僅一條之解釋，達 599 頁之多（第 735 頁～1,334 頁），內容重複、推託、矛盾，令人困惑近乎無所適從，如研究人員都無法輕易獲知相關行政函釋內容，遑論一般民眾。

王服清認為，各案在審理時，法院雖不受行政解釋之拘束，但事實上以尊重行政機關所為判斷餘地為由，一貫依循行政機關所為行政解釋作為審判依據，似有違法律明確性原則之虞。因行政機關之行政解釋多如牛毛，僅形成內部拘束力而非對外效果，又不易查詢且可隨時變更，人民甚至醫療從業人員，對於行政機關之眾多解釋，難有預見之可能性<sup>56</sup>。

綜上論述，醫療與人民生活息息相關，民主法治國為確保依法行政之原則，以保障人民權益，增進人民對行政之信賴，有關與密醫認定相關聯之「醫療行為定義」，乃屬重要事項而非細節、技術

---

<sup>54</sup> 廖建瑜，藥師與密醫罪案：臺灣與日本法院之實務見解，月旦醫事法報告，第 39 期，2020 年 1 月，第 105 頁。

<sup>55</sup> 行政院衛生署編，醫療法解釋彙編（98 年版），行政院衛生署印行，2009 年 12 月；行政院衛生署編，醫師法解釋彙編（98 年版），行政院衛生署印行，2009 年 12 月；衛生福利部編，護理人員法解釋彙編（108 年版），衛生福利部編印，2019 年 5 月，可上網查詢。

<sup>56</sup> 王服清、戴鈞宏、李怡玲合著，不確定法律概念與法律明確性原則之解析——以醫藥法下的醫療業務行為為中心，醫事法學，第 17 卷第 1 期，2010 年 6 月，第 73 頁。

性事項，且為避免上述「推拿」及「紋眉」之行政函釋，隨中央主管機關決策不同而曲意維護或變更之例證，影響民眾健康權益，本文建議，應於醫師法或醫療法中明確訂定醫療行為和醫療業務之定義，以符法律保留原則，並使民眾有預見之可能。

## 二、醫師公會拒絕入會裁罰機關之商榷

按憲法第 14 條明定：「人民有集會及結社之自由。」因此，專門職業人員是否加入公會，理應保有選擇之權利<sup>57</sup>，然而各醫事人員專法皆有「非加入所在地公會不得執業」之限制，對於憲法明文保障的人民自由結社權，難謂無侵害之實。

### （一）相同事理不同規定有違平等原則

衛生法規針對醫事人員公會違反「不得拒絕具會員資格者入會」之規定，除了醫師法以外，其餘皆明定「由人民團體主管機關」處罰之，惟行政處罰之態樣，卻有不同之規範：或明令「限期改善／屆期未改善／按次連續處罰」、或「限期改善／屆期未改善／按日連續處罰」，或「僅處罰緩並無令限期改善規定」，相同事理不同規定，有違平等原則（如表 1），析述如下。

#### 1. 明令限期改善／屆期未改善／按次連續處罰

我國職業法規採專門職業人員「業必歸會」之原則，賦予公會極大的自律功能，醫師法第 9 條原規定：「醫師非加入所在地醫師

---

<sup>57</sup> 曾肇昌，談執業律師定期換證暨應行加入公會之妥當性，全國律師，第 3 卷第 11 期，1999 年 11 月，第 3-4 頁。

公會不得執業。」目的在促進公會組織之健全發展，俾協助政府推行政策，使醫師加入公會成為衛生主管機關執業登記之先決條件。有關醫師法規定醫師非加入所在地醫師公會，不得執業，揆此規定，除與執業之資格能力無涉，亦非關重大公益，卻已實質上不當限制人民自由結社權<sup>58</sup>。且各醫事人員專法皆有「非加入所在地公會不得執業」之限制，與憲法第 14 條保障人民集會及結社自由，有所抵觸。

有鑑於曾發生少數醫師公會拒絕合格醫師加入公會之爭議，醫師法遂於 2002 年 1 月 16 日修正，新增第 9 條第 2 項：「醫師公會不得拒絕具有會員資格者入會。」惟違反醫師法第 9 條規定者，並未區分係違反第 1 項或第 2 項，皆處新臺幣 2 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並令限期改善；屆期未改善者，按次連續處罰（醫師法第 27 條）。由於違反醫師法第 9 條第 2 項醫師公會拒絕入會之裁罰機關，並未明定「由人民團體主管機關」處罰之，因此，處罰機關並非人民團體主管機關—內政部，而係衛生法規之主管機關：在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府，故成為衛生法規當中唯一的特例而無正當理由，明顯屬於相同的事理卻作不同規定，誠有違平等原則。

## 2. 明令限期改善／屆期未改善／按日連續處罰

各衛生專業法規規定公會拒絕入會之處罰，明令限期改善，屆期未改善者，按「次」連續處罰者，尚有驗光人員法（第 47 條第 2

---

<sup>58</sup> 吳秀玲、蘇嘉宏合著，醫事護理法規概論，十四版，三民書局股份有限公司，2020 年 9 月，第 140 頁。

項)及營養師法(第 28 條第 3 項);而明令限期改善,屆期未改善者,按「日」連續處罰者,則有:心理師法第 31 條第 3 項:「臨床心理師公會或諮商心理師公會違反第十二條第二項規定者,由人民團體主管機關處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰,並令其限期改善;屆期未改善者,按日連續處罰。」以及呼吸治療師法(第 22 條第 3 項)、語言治療師法(第 34 條第 2 項)、牙體技術師法(第 34 條第 2 項)、聽力師法(第 34 條第 2 項)等。

### 3. 僅處罰鍰並無令限期改善規定

護理人員法第 10 條亦有強制入會之明文,於第 10 條第 1 項規定:「護理人員非加入所在地護理人員公會,不得執業。」違反者,處新臺幣 6 千元以上 3 萬元以下罰鍰,並令其限期改善;屆期未改善者,處 1 個月以上 1 年以下之停業處分(同法第 33 條第 1 項)。而護理人員法第 10 條第 2 項:「護理人員公會不得拒絕具有會員資格者入會。」違反者,明定「由人民團體主管機關處新臺幣 1 萬元以上 5 萬元以下罰鍰。」(同法第 33 條第 2 項),惟並無限期改善,屆期未改善者,連續處罰之規定。按本條制定公布之立法理由稱:「為促進公會組織之健全發展,俾協助政府推行政策,爰參照其他各類專門職業法規之體例及動員戡亂時期人民團體法<sup>59</sup>第三十七條第三項<sup>60</sup>之規定,明定本條。」

同樣僅處罰鍰並無令限期改善之規定者,例如:物理治療師法第 36 條第 3 項:「物理治療師公會或物理治療生公會違反第十一條

<sup>59</sup> 動員戡亂時期人民團體法於 1992 年 7 月 27 日修正名稱為人民團體法。

<sup>60</sup> 人民團體法第 37 條條文原分為 3 項,2011 年 6 月 15 日修正公布,刪除第 2 項條文,原第 3 項條文修正為第 2 項。



第二項規定者，由人民團體主管機關處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰。」以及藥師法（第 22 條第 3 項）、助產人員法（第 35 條第 2 項）、職能治療師法（第 34 條第 3 項）、醫事檢驗師法（第 37 條第 3 項）、醫事放射師法（第 38 條第 3 項）等。

由於平等原則為所有基本權之基礎，平等權之社會化與追求結果平等的實質化傾向，躍為潮流之趨向<sup>61</sup>，國家公權力之行使，必須保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。是以，衛生法規針對同樣情節，裁罰主責機關、罰鍰金額多寡、是否限期改善、可否「按日」或「按次」連續處罰，規範不一，除難以自圓其說，亦非事項之本質有必要予以差別，故有違「相同事理，相同處理」之平等原則，有必要全盤檢討。

表 1 醫事人員公會不得拒絕具會員資格者入會規定

衛生法規	條次	罰則	處罰機關	罰鍰（新臺幣）	限期改善	連續處罰（按次、日）
醫師法	第 9 條第 2 項	第 27 條（違反第 9 條）	直轄市、縣（市）政府	2-10 萬元	是	未改善按次連罰
驗光人員法	第 11 條第 2 項	第 47 條第 2 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	是	未改善按次連罰
營養師法	第 9 條第 2 項	第 28 條第 3 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	是	未改善按次連罰
心理師法	第 12 條第 2 項	第 31 條第 3 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	是	未改善按日連罰

<sup>61</sup> 許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍合著，現代憲法論，元照出版有限公司，1999 年 9 月，第 97、104 頁。

衛生法規	條次	罰則	處罰機關	罰鍰（新臺幣）	限期改善	連續處罰（按次、日）
呼吸治療師法	第 12 條第 2 項	第 22 條第 3 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	是	未改善按日連罰
語言治療師法	第 11 條第 2 項	第 34 條第 2 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	是	未改善按日連罰
牙體技術師法	第 14 條第 2 項	第 34 條第 2 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	是	未改善按日連罰
聽力師法	第 11 條第 2 項	第 34 條第 2 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	是	未改善按日連罰
藥師法	第 9 條第 2 項	第 22 條第 3 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	無	無
護理人員法	第 10 條第 2 項	第 33 條第 2 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	無	無
助產人員法	第 11 條第 2 項	第 35 條第 2 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	無	無
物理治療師法	第 11 條第 2 項	第 36 條第 3 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	無	無
職能治療師法	第 11 條第 2 項	第 34 條第 3 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	無	無
醫事檢驗師法	第 11 條第 2 項	第 37 條第 3 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	無	無
醫事放射師法	第 11 條第 2 項	第 38 條第 3 項	人民團體主管機關	1-5 萬元	無	無

註：作者製表

## （二）法規積極競合之裁罰機關

上開情形如作更進一步探討，本文認為，有關醫師公會違反醫師法第 9 條第 2 項規定，應由醫師法之主管機關依醫師法第 27 條之規定，逕予裁罰？或由人民團體主管機關處罰？裁罰機關非無疑義。按「一行為不兩罰」係現代法治國家的基本原則，為避免法律規定之錯綜複雜，致人民單一違反行政義務之行為，遭受數個不同



法律之處罰，而使人民承受過度不利的後果<sup>62</sup>。所謂「一行為」又可區分為：自然的一行為、法律上一行為及法律上數一行為<sup>63</sup>。關於違反行政法上義務之行為，涉及數處罰規定時可否併合處罰，大法官釋字第 503 號解釋指出，因行為之態樣、處罰之種類及處罰之目的不同而有異。除處罰之性質與種類不同，例如一為罰鍰、一為停止營業處分，必須採用不同方法而為併合處罰，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代法治國家之基本原則<sup>64</sup>。

查醫師公會係以人的結合為目的之職業團體，而人民團體法的主管為內政部，故醫師公會拒絕具有會員資格者入會，亦違反人民團體法第 37 條第 2 項：「職業團體不得拒絕具有會員資格者入會」之規定，應依人民團體法第 58 條第 1 項：「人民團體有違反法令、章程或妨害公益情事者，主管機關得予警告、撤銷其決議、停止其業務之一部或全部，並限期令其改善；屆期未改善或情節重大者，得為左列之處分：…三、廢止許可。四、解散。」是以，醫師公會有拒絕具有會員資格者入會情事者，乃屬「一個拒絕入會行為」，同時違反人民團體法第 37 條第 2 項及醫師法第 9 條第 2 項之規定，且處罰之種類不同。而「一行為違反數個行政法上義務行為」，涉及不同處罰種類之積極競合，依行政罰法第 24 條第 2 項規定：「前項違反行政法上義務行為，除應處罰鍰外，另有沒入或其他種類行政罰之處罰者，得依該規定併為裁處。但其處罰種類相同，如從一

---

<sup>62</sup> 黃俊杰，行政罰法，翰蘆圖書出版有限公司，2006 年 3 月，第 67 頁。

<sup>63</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，十三版，三民書局股份有限公司，2015 年 2 月，第 189-488 頁。

<sup>64</sup> 黃俊杰，行政罰法，翰蘆圖書出版有限公司，2006 年 3 月，第 67 頁。

重處罰已足以達成行政目的者，不得重複裁處。」同法第 31 條第 3 項並明定：「由各該主管機關分別裁處。」

本文認為，有關衛生法規所定各該醫事人員公會拒絕有資格者入會者，分別規定有罰則，醫事人員公會並同時違反人民團體法第 37 條第 2 項，符合「一行為違反數個行政法上義務行為」之積極法規競合。而裁罰機關除醫師法之外，明定由「人民團體主管機關」處罰，致相同的違規情節，裁罰主管機關不同，明顯有違平等原則，更與行政罰法第 31 條第 3 項：「由各該主管機關分別裁處」牴觸，出現 A 行政機關行使行政裁罰權時，適用 B 行政機關主管之法律作為裁罰依據之情況，難調對於法律之適用並未造成混亂，應有商榷之餘地。

### 三、醫師法容認「長年實習醫師」之導正

醫師法第 28 條本文規定：未取得合法醫師資格，執行醫療業務者，處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 30 萬元以上 150 萬元以下罰金。然考量醫療行為之目的在於救治病人，本質上為利他之行為，醫學院、校的學生或畢業生，有實地實習以磨練醫療技能之必要，並無課責之非難性，故第 28 條但書定有不罰之例外規定：「…。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。」惟但書第 1 款不罰之規定，由於未明定實習之醫學院、校學生或畢業生的實習年限，亦未限制國外的醫學院、校學生或畢業生來（返）臺實習，醫師法容認「實習」可無年限之限制，造成醫療機構長期留用國內醫學院、校學業不精勤無法畢業的學生，或無法通過專門

職業及技術人員國家考試之畢業生，以及國外醫學水準落後國家之醫學院、校畢業生，假實習之名，實際執行醫療業務，以合法掩護非法損及病人權益，誠有加以檢討導正之必要。

### （一）日本醫師法之借鑒

#### 1. 臺灣醫療發展與日本關係

行政，乃構成國家的意思實現之國家行為。行政的態樣非一成不變，在不同的時期，須因應不同之社會發展，以解決不同之問題；行政的目的，在於各個人的人格發展，以及公益的實現<sup>65</sup>。臺灣醫療發展與日本統治有密切的關係，日本在 1895—1945 年曾統治 50 年，臺灣特殊的氣候、惡劣衛生環境，疫病肆虐，1895 年甲午戰爭，日軍因病死亡者為戰死者的 40 倍。日治初期，臺灣總督府聘日本內務省衛生局長後藤新平為衛生顧問；在兒玉總督時期（1898—1905 年），後藤新平擔任民政局長期間，以生物學統治論因地制宜<sup>66</sup>，建立臺灣衛生體系、創辦公立醫院與醫學教育、制定醫事人員管理

<sup>65</sup> 瀧井一博，ドイツ国家学と明治国制—シュタイン国家学の軌跡，ミネルヴァ書房，1999 年 10 月，第 197-201 頁。

<sup>66</sup> 後藤新平著作「國家衛生原理」（1889 年發行），他將人定義：被放在適者生存、弱肉強食的激烈生存競爭中的一種生物。人類有「生理上的動機」（本性），發揮生命體與生俱來的天性所具之力量，以「生理上的圓滿」「滿足身心健全的生活環境」為目標，相互競爭。國家是有生命的有機體，國家的統治即是「衛生」（國家的事務及廣義的衛生）的思想。衛生的系譜，在生理的動機之下分：平時衛生、非常衛生，各再分衛生私法、衛生公法；再細分直接和間接衛生私法、衛生公法，以達生理的圓滿。後藤新平，國家衛生原理，復刻版，創造出版，1978 年 11 月，第 25 頁。

規則、改善公共衛生、健全防疫措施，為臺灣現代化的醫療發展奠定牢固基礎。1896 年公布臺灣醫業規則，須領有醫業准許證，才能經營醫業。1916 年訂定臺灣醫師令，重新規定醫師資格；1942 年廢止臺灣醫師令，公布國民醫療法，規定醫學校畢業後需再經一年以上之診療訓練，使有領取醫師證書之資格<sup>67</sup>。

## 2. 日本醫師法的醫師研修與業務獨佔

日本醫師法自昭和 23 年 7 月 30 日制定，同年 10 月 27 日施行以來，歷經 24 次修正，醫學系畢業生能立即參加國家考試取得醫師執照，並鼓勵接受二年以上，非強制性的臨床研修訓練，稱為「研修醫」；2000 年醫師法修正，規定為期二年的臨床研修為強制性的必修課程，給予研修醫事適當的薪資，並禁止臨床研修期間兼差。2004 年規定課程必須涵蓋：內科（至少 6 個月）、外科、兒科、婦產科、精神科、急診及社區醫學 7 個領域；新制研修制度，改善舊制的缺點，卻使醫師人力分配不均情況更加惡化，訓練的品質也備受質疑。2010 年放寬課程相關規定，賦予負責臨床研修主要訓練醫院，提供更富彈性的課程方式；縮短必修課程研修期限<sup>68</sup>。

日本法院實務認為：「醫師係以診斷、治療疾病為職業的專家，有詳知藥品之性質、效能及妥為用藥之義務」<sup>69</sup>。日本醫師法第 17 條規定：非醫師，不得從事醫療業務，因此，醫師在醫療業務上享

---

<sup>67</sup> 陳永興，台灣醫療發展史，二版，月旦出版股份有限公司，1998 年 1 月，第 65-66、80 頁。

<sup>68</sup> 陳彥元、朱宗信，畢業後一般醫學訓練：以日本及英國為例，景福醫訊，第 33 卷第 4 期，2016 年 4 月，第 7-11 頁。

<sup>69</sup> 京都地判昭和 54 年 7 月 2 日判時 950 號。

有業務獨占權，違反者，依同法第 31 條第 1 項第 1 款規定：處 3 年以下有期徒刑，或科 100 萬日圓以下之罰金，或併科罰金。相較於我國醫師法第 28 條密醫罪之刑度「處 6 個月以上 5 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 30 萬元以上 150 萬元以下罰金」雖較低，但日本並無例外不罰之但書規定，且違反日本醫師法之規定，皆處以刑責，並無行政處分規定，對於人民之約束力強大；反觀我國醫師法除第 28 條外，其餘違規行為皆以行政處分規範，約束力薄弱。

## （二）我國醫學教育體制變動

醫師養成教育素質之良窳，影響病人的安全及醫療品質甚鉅。醫學教育從醫學系學生的臨床實習、畢業後一般醫學訓練（Post-Graduate Year Training，簡稱 PGY 訓練）、住院醫師訓練、主治醫師之後終身學習，此連續又漫長的專業養成過程，最終目的在於培育具備良好專業知識技與專業素養、足堪勝任未來國內醫療體制，且具有良好照護能力的新時代醫師<sup>70</sup>。

為因應全球醫學教育之變革，我國醫學教育體制，自 2013 學年度起有重大的改變：七年制醫學系教育制度改為六年制（畢業後參加專門職業及技術人員醫師高等考試，再接受兩年一般醫學訓練計畫（PGY 訓練）<sup>71</sup>。新制或舊制，醫學系醫學生皆有臨床實習問題；教育部於 2016 年 6 月 6 日發布大學校院辦理新制醫學系醫學生臨床

<sup>70</sup> 張上淳，承先啟後－畢業後一般醫學訓練二年期的理念架構，景福醫訊，第 33 卷第 4 期，2016 年 4 月，第 2-6 頁。

<sup>71</sup> 衛生福利部民國 106 年 10 月 24 日衛部醫字第 1061667358 號公告二年期醫師畢業後一般醫學訓練計畫。

實習實施原則。七年制的課程，醫學生最後一年的實習是重頭戲，學習到最多的實務及被賦予最多的臨床責任。然學生在醫院實習角色定位不明：不具醫師身分，有時被視為學生、但有時又被視為員工<sup>72</sup>。

### （三）實習醫師制度實施要點

為解決我國醫師人力不足問題，醫師法允許實習醫師的存在，因此，實習醫師雖「未取得合法醫師資格」，可在醫療機構於醫師指導下執行醫療業務，因醫師法第 28 條但書第 1 款明定：「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」，不罰。惟醫師法對於實習醫師之實習年限，並無規範，致有「長年實習醫師」在不罰的保護傘下，長期活躍在醫療機構之中，對於病人的醫療權益難調無損，且社會亦時有質疑聲浪。

就此，衛生署於 1980 年 1 月 30 日發布施行「實習醫師制度實施要點」，2004 年 9 月 9 日第 2 次修正發布，全文 5 點。本要點所稱「實習醫師」，係指公立或立案之私立大學、獨立學院或符合教育部採認規定之國外大學、獨立學院醫學系、中醫學系、牙醫學系「畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書，繼續從事實習者」（第 2 點）。並限制「醫院聘用實習醫師，以不超過醫院該類醫師員額之三分之一為限」（第 4 點）。本次修正對於實習醫師之實習年限，已作明確限制，第 5 點規定：「實習醫師之實習期間，以取得畢業證書之日起 6 年為限。本要點於九十三年九月九日修正公告

---

<sup>72</sup> 趙從賢，台灣醫學系改制之歷史脈絡簡介與課程整合規畫，林口長庚醫院醫教電子報，第 140 期，2017 年 4 月。



前，已於醫療機構擔任實習醫師者，前項實習年限以自本要點九十三年九月九日修正公告日起算。」由於「實習醫師制度實施要點」乃屬行政命令，其實習期限 6 年之規定，增設法律所無之限制，乃行政命令牴觸法律，依憲法第 172 條規定，為無效。而「長年實習醫師」依實習醫師制度實施要點第 5 點，不論其修正前已實習年限，自 2004 年 9 月 9 日重新起算 6 年後，迄今（2020 年）又逾十年，而「長年實習醫師」似仍不落日的繼續存在於各地，問題無人敢碰觸懸而未決。

本文認為，我國醫學教育體制既已改為六年制，醫學系的學生畢業後，應參加專門職業及技術人員醫師高等考試，及格後再接受一般醫學訓練計畫（PGY 訓練），自不同於學生時期不具醫師身分之臨床實習；因此，醫師法第 28 條但書第 1 款不罰之例外規定，應只能限於醫學「實習生」，故應將「畢業生」刪除，最低限度，至少應在法律上明文限制畢業生的實習年限，且訂落日條款。

#### （四）設置臨床助理政策任意翻覆

為填補醫師的人力、提升醫療品質，我國曾有修法增設「臨床助理」新的職種之研議，使臨床助理獲得妥適的規範，保障病人健康權<sup>73</sup>，借重「長年實習醫師」長期實習之經驗成果，立意良善。除可解決「長年實習醫師」猶如空中涉險走繩索般地，自欺欺人、名不正言不順的依附在醫療機構裡，美其名為「實習醫師」，實際上卻執行許多不應由其單獨為之的醫療行為，並遭受不當的勞力剝

---

<sup>73</sup> 吳秀玲，醫護健保與長照法規，三民書局股份有限公司，2019 年 6 月，第 1-3 頁。

削，而無法受到工作權及勞動基本權之保障。

2004 年 4 月 28 日醫療法全文修正突然增訂第 58 條：「醫療機構不得置臨床助理執行醫療業務。」此禁止規定與醫療法修正草案之修法意旨背反，草案第 55 條內容原為：「醫院得置臨床助理，依醫囑輔助醫師執行下列行為：一、協助住院病人身體理學檢查之初步評估及病情詢問。二、協助填寫檢驗單、特殊檢查單、會診單、轉診單及診斷證明等各項臨床單據。三、協助記錄住院病人病情及各項檢查、檢驗結果。四、於現場協助醫師為臨床處置。…。」修正理由略以：「醫院設置臨床助理人員，旨在協助醫師照顧住院病人，由於國內住院醫師不可能無限制增加，設置臨床助理人員之需求日益殷切。參考先進國家作法，引進臨床助理制度，規定臨床助理應具護理人員資格，並經接受適當訓練，且界定其工作範圍，期能適度減輕醫師部分工作負擔。」

詎料政策突然 180 度大轉彎，本條草案不但未獲立法院通過，反而於醫療法明文禁止置「臨床助理」，政策任意翻覆，令人極度錯愕！而醫師的工作負擔既然完全無法減輕，在 2004 年 4 月 28 日醫療法全文修正不到五個月，衛生署急於 2004 年 9 月 9 日修正實習醫師制度實施要點，其中，要點第 5 點對於實習醫師之實習年限，表面上係作明確限制，實則係變相明文保障「畢業，並經實習期滿成績及格，領有畢業證書，繼續從事實習者」。

#### （五）長年實習醫師不符排除密醫罪適用之立法本旨

##### 1. 未設實習年限造成密醫管制之合法漏洞

醫師法第 28 條但書第 1 款規定：以符合「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」為要



件，雖未取得合法醫師資格，而執行醫療業務者，排除密醫罪之適用。然此例外規定，並無實習年限規定，致醫院有實習達 10 多年的「長年實習醫師」，除有背醫師法第 28 條但書第 1 款之立法本旨，且與許多衛生法規設有實習年限規定以確保專業之核心價值，未能契合，故亟待導正。

## 2. 無照可換，難以確保專業精進

醫療學理與技術日新月異，醫師之專業能力亦求不斷進步，以應所需。為維持醫師之資格能力，在醫師法明定證照更新制度之前，依專科醫師分科及甄審辦法第 11 條第 2 項規定，專科醫師有效期限及每次展延之期限，最短為 3 年，最長為 6 年。醫師法 2002 年 1 月 16 日公布修正，納入繼續教育及執照更新制度，第 8 條第 2 項原規定：「醫師執業，應接受繼續教育，並每六年提出完成繼續教育證明文件，辦理執業執照更新。」為顧及實務上可能出現之特殊情形，確保醫師之醫療業務不至貿然中斷進而影響病人就醫權益，醫師法於 2020 年 1 月 15 日修正公布，第 8 條第 2 項增訂但書，明定「有特殊理由，未能於執業執照有效期限屆至前申請更新，經檢具書面理由及證明文件，向原發執業執照機關申請延期更新並經核准者，得於有效期限屆至之日起 6 個月內，補行申請。」而「長年實習醫師」，並非合法醫師，無須每六年提出完成繼續教育證明文件，辦理執業執照更新，故難以確保專業精進，尤其在 AI 講求精準醫療時代，更無法期待渠等能自動努力學習，以應所需。

## 3. 幽靈手術的背後涉及詐領給付

### (1) 幽靈手術意涵

民眾自主意識日升，新型態的糾紛亦層出不窮，「告知後同意」

為患者自我決定權的具體實踐，然「告知內容」的範圍及密度，並無明確的絕對標準，尤其是醫療手術，常在病患麻醉失其意識後執行，因此，容易在未經病患同意下，由其他醫師代為執行手術。這種手術行為，在英、美國家稱之為「幽靈手術（Ghost Surgery）」。<sup>74</sup>雖然手術技巧的實際訓練，對醫學教育的傳承有其獨特重要性，然因病患可能會拒絕較資淺的醫師操刀，而影響教學醫院據實告知的意願<sup>74</sup>。

## （2）醫療行為之特性

醫療行為之目的，在於使病人康復、痛苦消失或減輕，或預防疾病之發生。醫療行為具有諸多特性，不具公平性：醫學專業知識、醫療品質掌握或醫療方式的決定，醫療提供者具優勢且主控；不可恢復性：醫療行為發生，甚難回復舊況；不具比較性：基於個人生理、心理上的差異，以及不同的醫療提供者之條件和背景，難比較同一行為之優劣<sup>75</sup>。加上醫療的專門性與醫療的密室性，如發生醫事紛爭，病患舉證極為困難，易形成雙方各執一詞，造成紛爭之盲點<sup>76</sup>。

國外學者指出，構成現代醫學的醫師、醫院、藥品、醫療機器如果消失九成，人類的身體會變得更好。醫師與製藥公司的勾結，

---

<sup>74</sup> 蘇嘉瑞，「誰開了這臺刀？」－「告知後同意」法則的精緻化與法學實證分析，科技法學評論，第 9 卷第 2 期，2012 年 2 月，第 249 頁。

<sup>75</sup> 戴志展，醫療行為與醫療糾紛，臺灣醫界，第 42 卷第 1 期，1999 年 1 月，第 57 頁。

<sup>76</sup> 米田泰邦，医事紛爭と医療裁判－その病理と法理，二版，成文堂，1993 年 12 月，第 133 頁。

導致至少有九成醫療浪費，以及三分之一的臨床試驗屬於不必要<sup>77</sup>；「先端醫療」並非最善的醫療<sup>78</sup>；點出檢查、治療與藥是否真有必要？患者所不知的真實醫療情況<sup>79</sup>。

在手術密室裡，醫療團隊由誰真正執刀？指定的醫師？或由非指定的他醫師？或訓練中的住院醫師？或長年實習醫師？病患無從知悉，往往在發生糾紛司法機關介入調查後，真相才得以大白。醫學界在告知後同意興起後，民智已開成為時代的趨勢且達不可逆的程度<sup>80</sup>。本文認為，醫療行為縱然多變和與時俱進，但醫師依法說明告知病患相關規定後，經病患同意為特定的手術後，經雙方合意成立的醫療契約，醫師並無單方片面改變給付內容（開刀者）的權利。醫學教育與醫學進步的公益的理由，亦無法凌駕在病人自主權之上，而使說明告知後同意之立法設計和目的落空；更不得違反人性尊嚴，將病人視為工具，任意作為練習醫學操刀技術之對象。

### （3）詐領給付

外科醫學是臨床技術，教學醫院必須建立臨床培訓制度，醫療作業「團隊分工」為常態，蘇嘉瑞指出，幽靈手術並非手術室裡的秘密；幽靈手術的爭點，由「告知後同意」擴及「費用成本」。主

---

<sup>77</sup> ロバート・メンデルソン著，弓場 隆訳，こうして医者は嘘をつく，三五館株式会社，2016年12月，第11、15、75頁。

<sup>78</sup> 谷口修一，「先端医療」は最善の医療ではない，文藝春秋，第93卷第6號，2015年5月，第270-273頁。

<sup>79</sup> 野田一成，患者は知らない 医者の真実，ディスカヴァー・トゥエンティワン株式会社，2016年4月，第183-221頁。

<sup>80</sup> 王志嘉，醫師、病人誰說的算？病人自主之刑法基礎理論，元照出版有限公司，2014年9月，第140頁。

治醫師與住院醫師執行手術的醫療健保給付不同，如由住院醫師執行手術卻以主治醫師名義來申報醫療費用，可能涉及申報不實或詐領給付。抑且，相較主治醫師親自手術，由經驗較少的住院醫師主刀，可能會有手術時間較長、或整體住院天數延長、增加病患醫療費用支出的情形<sup>81</sup>。「長年實習醫師」可能為幽靈手術的主力，無法擺脫合法掩飾非法及詐欺給付之嫌。

#### 4. 設實習年限以確保專業踐行

查心理師法第 42 條第 1 項本文明定：「未取得臨床心理師或諮商心理師資格，擅自執行臨床心理師或諮商心理師業務者，處二年以下有期徒刑，得併科新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰金。」藉由行政刑罰之規定，以確保專業之踐行及保障民眾之醫療權益。同條項但書規定：「但醫師或在中央主管機關認可之醫院、機構於醫師、臨床心理師、諮商心理師指導下實習之下列人員，不在此限：一、大學以上醫事或心理相關系、科之學生。二、大學或獨立學院臨床心理、諮商心理所、系、組或相關心理研究所主修臨床心理或諮商心理之學生或自取得碩士以上學位日起三年內之畢業生。」即相關系所依法實習之「學生」或取得碩士以上學位日起「三年內之畢業生。」不罰，避免以實習之名，長期從事臨床心理師、諮商心理師專業工作，損害民眾之醫療權益。

其次，物理治療師法第 32 條第 1 項規定：「未取得物理治療師或物理治療生資格而執行物理治療業務者，處三年以下有期徒刑，

---

<sup>81</sup> 蘇嘉瑞，「誰開了這臺刀？」－「告知後同意」法則的精緻化與法學實證分析，科技法學評論，第 9 卷第 2 期，2012 年 12 月，第 257、290 頁。

得併科新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰金。但在物理治療師指導下實習之相關物理治療系、組、科學生或取得畢業證書日起六個月內之畢業生，不在此限。」更嚴限畢業生之實習，僅自「取得畢業證書日起六個月內」。此外，助產人員法（第 36 條第 1 項但書）、呼吸治療師法（第 18 條第 1 項但書）、職能治療師法（第 41 條第 1 項但書）、醫事檢驗師法（第 33 條第 1 項但書）、醫事放射師法（第 34 條第 1 項但書）等，對於未具資格而擅自執行業務者，皆有行政刑罰之規定，以及實習期限之限制。

再者，聽力師法對於未具資格而擅自執行聽力師業務者，雖無行政刑罰，然規定必須處以罰鍰，且對於實習年限亦設有限制。聽力師法第 31 條第 1 項規定：「未取得聽力師資格，擅自執行聽力師業務者，除下列情形外，本人及其雇主各處新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰：一、醫師。二、於中央主管機關認可之醫療機構、機構在醫師、聽力師指導下實習之各相關系、組、研究所之學生或第二條所定之系、組、研究所自取得學位日起五年內之畢業生。三、…。」聽力師法第 36 條第 1 項但書，亦為相同之實習期限規定。故以實習之名，限相關系所學生或取得學位日起 5 年內之畢業生，始可免受處罰。此外，驗光人員法（第 43 條但書）、牙體技術師法（第 30 條但書）、語言治療師法（第 1 條）等，亦有相同之實習期限規定（如表 2）。

表 2 未具醫事人員資格執業之處罰及例外不罰實習年限規定

衛生法規	未具資格處罰條次	有期徒刑、罰金（新臺幣）	罰鍰（新臺幣）	不罰	實習年限（學生或畢業生）	處罰對象
醫師法	第 28 條本文	6 月-5 年；得併科 30-150 萬元	無	第 28 條但書	無	未具資格者
護理人員法	第 37 條本文	無	各 1.5-15 萬元	第 37 條但書	無	未具資格者及其雇主
驗光人員法	第 43 條	無	3-15 萬元	第 43 條但書	取得學位 5 年內畢業生	未具資格者
牙體技術師法	第 30 條	無	3-15 萬元	第 30 條但書	取得畢業證書日起 5 年內	未具資格者
聽力師法	第 31 條第 1 項	無	3-15 萬元	第 31 條第 1 項但書	取得學位 5 年內畢業生	未具資格者及其雇主
語言治療師法	第 31 條	無	3-15 萬元	第 31 條	取得學位 5 年內畢業生	未具資格者及其雇主
心理師法	第 42 條第 1 項本文	2 年以下得併科 3-15 萬元		第 41 條第 1 項但書	3 年內之畢業生	未具資格者
物理治療師法	第 32 條第 1 項本文	3 年以下得併科 3-15 萬元		第 32 條第 1 項但書	取得畢業證書日起 6 個月內	未具資格者
助產人員法	第 36 條第 1 項本文	3 年以下得併科 3-15 萬元		第 36 條第 1 項但書	取得畢業證書日起 5 年內	未具資格者

衛生法規	未具資格處罰條次	有期徒刑、罰金（新臺幣）	罰鍰（新臺幣）	不罰	實習年限（學生或畢業生）	處罰對象
呼吸治療師法	第 18 條第 1 項本文	2 年以下得併科 3-15 萬元		第 18 條第 1 項但書	取得學位 1 年內畢業生	未具資格者
職能治療師法	第 41 條第 1 項本文	2 年以下得併科 3-15 萬元		第 41 條第 1 項但書	取得畢業證書日起 6 個月內	未具資格者
醫事檢驗師法	第 33 條第 1 項本文	2 年以下得併科 3-15 萬元		第 33 條第 1 項但書	取得畢業證書日起 6 個月內	未具資格者
醫事放射師法	第 34 條第 1 項本文	3 年以下得併科 3-15 萬元		第 34 條第 1 項但書	取得畢業證書日起 6 個月內	未具資格者

## 註：作者製表

依上所述，有關「未取得合法醫師資格，執行醫療業務者」，依醫師法第 28 條但書第 1 款「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。」不罰之例外規定，未就畢業生設合理實習年限，亦有違「相同事理，相同處理」之平等原則，因而產生「長年實習醫師」之不合理現象，誠有背醫師法第 28 條但書第 1 款之立法本旨，致侵害民眾醫療人權之嚴重性，猶甚於設有實習之年限之心理師法、物理治療師法及醫事檢驗師法等。因此，本文建議，應針對實習醫師之實習年限，作合理的限制，避免有濫用實習情事，造成醫療機構及人員管制之「合法漏洞」，損害民眾之醫療權益。



## 四、醫師法第 11 條醫師親自診察檢驗原則與例外

### （一）遠距醫療定義與功能

#### 1. 定義

醫師法第 11 條第 1 項規定：「醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書。但於山地、離島、偏僻地區或有特殊、急迫情形，為應醫療需要，得由直轄市、縣（市）主管機關指定之醫師，以通訊方式詢問病情，為之診察，開給方劑，並囑由衛生醫療機構護理人員、助產人員執行治療。…」此為我國「遠距醫療」（Telemedicine）之法源依據。「遠距醫療」意指非直接面對面，使用通信技術所為之診斷、診察行為，以及在宅健康管理等保健行為。世界衛生組織（World Health Organization, WHO）定義「遠距醫療」為：「使用互動式視訊與資訊通訊技術，進行診斷、治療及諮詢等醫療照護行為，以及衛生教育與醫療資訊的傳遞。」<sup>82</sup>

#### 2. 功能

遠距醫療對於醫療資源缺乏地區，最直接之影響為提升醫療資源可近性（Accessibility）；對於其他地區而言，除了提供替代的醫療服務型態外，使醫師得以透過設施外醫療模式進行病人診治，節省傳統醫療機構進行醫療活動的時間和空間。在突發事件生，遠距醫療系統亦能發揮快速實施救護的功能<sup>83</sup>。遠距醫療的主要目的，

<sup>82</sup> 陸哲駒、陳恆順、鄭伯璦、賴金鑫合著，遠距醫療的發展與落實，台灣醫學，第 8 卷第 6 期，2004 年 11 月，第 826-831 頁。

<sup>83</sup> 邱文聰，由醫療資訊談國家對醫療權力的管制，臺灣大學法研所碩士論文，

在於爭取時效，最重要效益，則是掌握治療先機，使病人及時接受治療，藉以提高其治癒率<sup>84</sup>。AI（Artificial Intelligence, AI）遠距離醫療照護系統的研發，開啟醫療電子新紀元，使診斷、照護工作可簡便廣泛實施，以 AI 問診減輕醫師的業務負荷，問診場所從醫療機構轉向家庭<sup>85</sup>；縮短醫護人員與病患之距離，使偏遠地區的病患獲得良好、及時的醫療服務與治療。然而無法否認的是，醫療資訊電子化後，醫師看診時專注目視電腦而少抬頭看病患，醫師與病人的醫病關係，已愈來愈遠和疏離<sup>86</sup>。

## （二）人工智慧醫療興起

人工智慧導入醫學領域，不只能讓各種疾病診斷更為快速及準確，且能應用於健康風險預測及精準醫療（Precision Medicine）。世界衛生組織（WHO）對「智慧醫療」（e-Health）定義為：「資通訊科技（ICT）在醫療及健康領域的應用，包括醫療照護、疾病管理、公共衛生監測、教育和研究」。學者認為：「智慧醫療」是醫學資訊（Medical Informatics）、公共衛生、商業的交集，透過網際網路及相關的技術，提供或強化健康服務與健康資訊。智慧醫療廣泛地將資訊、通訊技術運用在醫療照護上，使醫療服務更具效率，

---

1998 年，第 92 頁。

<sup>84</sup> 張禹斌，NII 遠距醫療會診先導系統之推展現況，衛生報導，第 7 卷第 3 期，1997 年 3 月，第 12 頁。

<sup>85</sup> 加藤浩晃，医療 4.0 第 4 次産業革命時代の医療～未来を描く 30 人の医師による 2030 年への展望，日経 BP 社，2018 年 7 月，第 46-49 頁。

<sup>86</sup> 陳潔，科技讓醫療更人性——長庚醫師郭昶甫 AI 拉近醫病關係，天下雜誌，第 676 期，2019 年 7 月，第 42-44 頁。

其應用範圍包含：電子病歷、醫療影像擷取與傳輸系統（Picture Archiving and Communication System, PACS）、健康資料庫加值運用、遠距照護、慢性疾病管理系統、藥品與生物製劑的條碼追蹤、線上學習系統等。有別於「遠距醫療」，智慧醫療是由病患，即非醫療專業人士所驅動的，經由獲取資訊與知識，增進自身的權力<sup>87</sup>，遠距醫療（Telemedicine）相較於 telehealth 與 e-health 在文獻中出現的更早、次數也更多，但 e-health 出現次數的成長率最高。世界衛生大會（World Health Assembly, WHA）於 2005 年 5 月 23 日在瑞士日內瓦通過 e-Health 決議案，敦促會員國建立 e-Health 的發展計畫及執行重點。

### （三）智慧醫療發展趨勢

#### 1. 美國

遠距醫療於美國地區，早已進入商業營運階段，成為醫學的專科領域之一。遠距醫療並非新的概念，20 世紀初，已有人嘗試利用電話線來傳遞心電圖。1959 年美國 Nebraska 州的 Wittson 等人，利用交互式電視（IATV），從事神經、精神的照會；同年加拿大的 Jutra 也利用同軸電纜（Coaxial Cable），傳遞放射線 X 影像<sup>88</sup>。許多遠距醫療系統，在 1960 年開始進行，醫生或護理人員以電話或電報在遠端提供口頭醫療諮詢給病患。隨著資訊技術之發展，除透過醫療

---

<sup>87</sup> 郭年真，智慧醫療關鍵議題與對策之研究，國家發展委員會委託研究，2017 年 4 月，第 16-18 頁。

<sup>88</sup> 紀志賢、張音合著，遠距醫療－國家資訊基礎建設在醫療保健的應用，臺灣醫界，第 40 卷第 1 期，1997 年 1 月，第 50 頁。

資訊系統傳送文字、圖形，亦採用先進的影像與聲音技術，進行複雜的遠距醫療會診<sup>89</sup>。

遠距醫療的觀念由來甚早，1970 年後美國太空人身上貼了心電圖電極等裝置，將太空人的生理狀況即時傳回地球，此後航太總署和國防部成為遠距醫療科技的先驅。越戰時後方醫官，常用無線電指導前線士兵動手術；波斯灣戰爭後，美軍醫療系統就澈底電子化。美軍於 1993 年在喬治亞州的哥騰堡陸軍基地，展示遠距醫療應用在戰傷急救的成果：每個士兵手腕上配掛著人員狀態監視器（Personal Status Monitor），是腕上電腦，內有全球定位系統 GPS、敵我識別器、士兵個人病歷、和生命訊號的感測器，可測量血壓、脈搏、心率和血氧飽和度。指揮官在電腦螢幕上，可清楚地看到士兵的位置和傷重程度，決定如何急救<sup>90</sup>。

美國衛生部之下，設有「國家健康資訊科技協調辦公室」（Office of the National Coordinator for Health Information Technology, ONC）統籌推動醫療資訊科技之發展應用，藉以改善整體美國民眾的健康和接受到的醫療照護。根據 ONC 公布的預算，2014 及 2015 年度預算，皆達到 6 千萬美金；ONC 在 2015 年出版第二期的「2015－2020 年健康資訊科技策略計畫」，以「高品質醫療照護、低成本、群替健康、民眾參與」為願景，並以「促進以人為本、自我管理的健康

---

<sup>89</sup> 邱文聰，由醫療資訊談國家對醫療權力的管制，臺灣大學法研所碩士論文，1998 年，第 91 頁。

<sup>90</sup> 吳和融，赴日本考察「國立公園生態工法建設、高山公廁建築及高山醫療設施」出國報告，2004 年 12 月 13 日，公務出國報告資訊網，<https://report.nat.gov.tw/ReportFront/ReportDetail/detail?sysId=C09303214>，最後瀏覽日：2020 年 11 月 4 日。

照護服務」、「進行醫療照護服務、社區健康之轉型」及「強化國家健康資訊建設」為目標，進行有效的資源分配、成本分析，使醫療照護更具可近性與平等<sup>91</sup>。

## 2. 日本

日本厚生勞動省在 1993 年首次制訂有關智慧醫療的政策，並且成立「醫療資訊系統顧問委員會」（Health Care Information Systems Advisory Committee），之後日本開始投入電子病歷的發展與研究。2001 年日本將健康、醫療與社福的數位化，列入「數位化日本」（e-Japan）策略的一環。在 2002—2003 年間，日本政府投入 450 億日圓推動電子病歷的普及化。健康照護科技（Health IT）是日本健康照護所面臨的各種挑戰之解決方法；智慧醫療（e-health）會增進病人安全，幫助醫師做更好的臨床診斷、節省醫師時間、減少錯誤處方等。Health IT 幫助人們更容易評估重要資訊<sup>92</sup>。

日本為推動智慧醫療的應用，法規配合修正，例如醫療臨床法的條文，允許醫療診所對病患透過遠距醫療的方式，進行醫療行為，醫生可以自網路上獲得充分的資訊並據此正確地診斷。同時也將電視與電話諮詢服務納入健保，且在 2000 年修正的健保法規，將電信醫療納入給付項目，促使遠距醫療服務範圍更加擴大。

日本原先僅將遠距醫療的適用，限於偏遠地區醫師缺乏的場合，或是慢性病患者的情況，但這樣仍不足以解決當前日本醫師人數不足、患者待診時間長的困境，因此「遠距醫療推進政策懇談會」

---

<sup>91</sup> 郭年真，智慧醫療關鍵議題與對策之研究，國家發展委員會委託研究，2017 年 4 月，第 35-36、42、53-54 頁。

<sup>92</sup> 同前註，第 82-83 頁。

建議，應轉而採取視患者需求，並讓其能自由決定是否採用遠距醫療，而非僅讓遠距醫療居於輔助的地位。因此，遠距醫療在「慢性病複診」、「健康管理」、「預防醫療」及「生活習慣矯治」等方面才能發揮良好的運作效果<sup>93</sup>。

醫師向來與病人面對面詢問症狀的原因，據以診斷，然因一般的老人自覺有症候的很少，且有失智症的人日益增多，故醫師難以作出正確診斷，轉而開啟新的診斷方法，從病人的日常生命監測，發現異常，佐以問診及病歷，分析原因及作出診斷。日本厚生勞動省將遠距醫療區分為：「遠距病理診斷」、「遠距畫像診斷」、「遠距商談」及「在宅醫療」四類<sup>94</sup>。遠距醫療結合電腦、通信技術與醫事人員的專業知識，使醫師可相隔千里進行視訊會議及隔空會診，提供偏遠和離島地區民眾醫療照顧，卸解「面對面診療原則」之束縛。

針對初診以外的再診，患者及家屬等以電話尋求醫師治療上的意見與必要指示，即一般所稱「電話再診」，日本厚生勞動省回復「所謂診察，是否必須限於診察室與醫師面對面？」之疑義時，認為「電話再診」得給付再診費用。2018 年日本診療報酬修正，除電話診察外，更進一步給付「個人電腦」及「智慧手機」醫療費，使得網路環境的「網路醫療費」制度化<sup>95</sup>。

---

<sup>93</sup> 郭年真，智慧醫療關鍵議題與對策之研究，國家發展委員會委託研究，2017 年 4 月，第 88 頁。

<sup>94</sup> 前田俊輔，遠隔医療が高齢者医療を救う AI がひらく個別化医療の時代，PHP 研究所，2017 年 5 月，第 21-24、34、45 頁。

<sup>95</sup> 平井謙二，医療経営士・初級テキスト 3 (第 4 版) 日本の医療関連法規—その歴史と基礎知識，第四版，日本医療企画，2018 年 7 月，第 64 頁。



#### （四）醫師應親自診察例外規定

##### 1. 行政函釋

我國醫師法第 11 條第 1 項本文規定醫師應親自診察檢驗，乃原則規定，但書則有例外。此外，有關醫師親自執掌之義務，中央衛生主管機關多次以行政函釋，予以放寬：醫師經親自診斷後開給方劑予特定病患服用，無論是否具有療效，均應再次對病患施以診斷後，始可再開給方劑，方符合醫師法第 11 條之規定。但對特殊疾病之病人，如長期或慢性病患等，規定依其專業知識之判斷，確信可以掌握病情再開給相同方劑者，應不在此限。惟其醫療後果仍應由該醫師負責<sup>96</sup>。若醫療機構經醫師處方提供糖尿病患注射藥品，由其攜回自行在家注射醫療，以免患者頻頻往返於醫療機構接受注射之不便，尚不違反醫事法令，應屬可行<sup>97</sup>。全民健康保險實施後，對於其所規定的慢性病，例如：癌症、糖尿病、心臟病、高血壓、哮喘、消化性潰瘍、青光眼、慢性貧血及肺結核等，醫師得開給慢性病連續處方箋，供原特約醫療機構或特約藥局分次調劑，免再經醫師診察。

##### 2. 行政命令

醫師法規定，「醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書」，僅限離島、偏僻地區、緊急狀況或特殊狀況時，才可特許做遠距醫療。衛生署依醫師法第 11 條第 2 項之授權，於 1995 年 10 月 2 日以衛署醫字第 84065489 號公告「山地離島地區通訊醫

---

<sup>96</sup> 行政院衛生署民國 71 年 12 月 7 日衛署醫字第 410269 號函。

<sup>97</sup> 行政院衛生署民國 77 年 7 月 4 日衛署醫字第 735224 號函。



療之實施地點及實施方式」，中央健康保險署從 1999 年底開始實施「山地離島地區醫療給付效益提昇計畫（Integrated Delivery System，簡稱 IDS 計畫）。上開公告衛生署於 2006 年 11 月 15 日以衛署醫字第 0950215400 號公告修正為「山地、離島及偏僻地區通訊醫療規定」指定衛生所、衛生室、公立醫療機構、「全民健康保險山地離島地區醫療給付效益提升計畫」之醫師，於 16 個縣市 53 個鄉鎮中，得以通訊方式：電話、手機、傳真及網際網路等可溝通之通訊設備進行診療，並應符合規定之作業程序。

### 3. 訂定發布通訊診察治療辦法

先前我國「遠距醫療」因實務操作分歧，且未能配合智慧醫療之發展，有待檢討。鑑於網路時代來臨、科技產品之進步，以及高齡化社會需求，完備醫師以通訊方式進行診療之規定，確有必要。另基於醫師法第 11 條第 2 項授權中央主管機關訂定之規定，其性質係屬法規命令，衛福部業於 2018 年 5 月 11 日以衛部醫字第 1071662596 號令訂定發布通訊診察治療辦，並依中央法規標準法第 21 條第 4 款「同一事項已定有新法規，並公布或發布施行者。」之規定，廢止上開「山地、離島及偏僻地區通訊醫療規定」。

衛福部訂定發布「**通訊診察治療辦法**」，**放寬遠距醫療之照護對象與模式，改善國內山地、離島、偏僻地區民眾及長期照顧服務機構病人之醫療可近性，強化急性住院病人出院返家後的追蹤照護及在宅醫療之照護品質**。該辦法規定合乎五種「特殊情形」之一者，亦得進行通訊診療，而不限於山地、離島、偏僻地區：（1）急性住院病人，依既定之出院準備服務計畫，於出院後 3 個月內之追蹤治療。（2）機構住宿式服務類之長期照顧服務機構與醫療機構訂有醫療服務契約，領有該醫療機構醫師開立效期內慢性病連續處方箋之

長期照顧服務使用者，因病情需要該醫療機構醫師於效期內診療。

(3)主管機關或其所屬機關有關家庭醫師整合性照護法令規定之病人，因病情需要家庭醫師診療。(4)主管機關或其所屬機關認可之遠距照護，或居家照護相關法令規定之收案對象，於執行之醫療團隊醫師診療後 3 個月內之追蹤治療。(5)擬接受或已接受本國醫療機構治療之非本國籍，且未參加全民健康保險之境外病人（通訊診察治療辦法第 2 條第 2 款第 1-5 目）。

醫院若要做遠距醫療，需提出「通訊診療實施計畫」，經地方衛生主管機關核准後，始得實施，並詳實製病例且註明「通訊診療」（通訊診察治療辦法第 7 條第 4 款）；並排除初診病患，對於急性住院、在宅醫療計畫和國際醫療患者等對象。又同辦法第 3 條第 1 項限制通訊診察、治療之醫療項目：(1)詢問病情。(2)診察。(3)開給方劑。(4)開立處置醫囑。(5)原有處方之調整或指導。(6)衛生教育；屬於前條第 2 款特殊情形，不得開給方劑<sup>98</sup>。因此，醫師僅能診治不能開藥，無形中削弱通訊診察治療辦法協助居家病人得到更高品質醫療服務的美意<sup>99</sup>。故為使「隔空看診」不再是口號，高雄長庚醫院與衛福部臺東醫院攜手開辦「遠距醫療門診」業務，於 2018 年 11 月 16 日舉辦「遠距醫療門診啟用暨簽約儀式」，進行遠距醫療看診和簽約<sup>100</sup>。

<sup>98</sup> 吳秀玲，醫護健保與長照法規，三民書局股份有限公司，2019 年 6 月，第 98-100 頁。

<sup>99</sup> 劉宜廉，居家醫療相關的法律問題，臺灣醫界，第 62 卷第 9 期，2019 年 9 月，第 32-36 頁。

<sup>100</sup> 黃翠蘋，南跨 218 公里～高雄長庚與衛福部臺東醫院「遠距醫療門診啟用簽約」，長庚醫訊，第 41 卷第 8 期，2020 年 8 月，<https://www.cgmh.org.tw/>

### （五）鬆綁法規限制

2006 年衛生署針對醫院稱透過手機網路看診之情事是否違反醫師法第 11 條規定函釋：如係病患將一般身體狀況紀錄，利用遠距通訊傳輸至醫療機構，且醫療機構僅提供諮詢監測，尚難認定違反前揭規定；如係涉及診斷及治療等行為，仍應參照醫師法第 11 條規定辦理。函釋並強調：「目前醫療科技日益精進，…如認為現行醫師法第 11 條相關規定有必要修正時，亦請擬定具體建議，送署參辦。<sup>101</sup>」由此可見，為因應時代科技的快速變遷，十幾年前，衛生署亦持開放心態，願意思考未來的修法可能性；時序進入 2020 年末，隨著智慧醫療的全球風潮，開放的政府，執行「愛臺十二建設」之「智慧臺灣」項下「智慧型醫療照護」的規劃與推動之後，針對醫事法規管制醫事人員之種種嚴格規制與措施，應致力於聘請專家學者全盤檢視及修正。

#### 1. 因應社會人口老化在宅醫療需求

臺灣在 2018 年已進入高齡社會，2019 年年底 65 歲以上老人人口數為 360 萬 7,127 人，比例達 15.28 %<sup>102</sup>；推估將於 2025 年邁入

---

cgm/category.asp?id\_seq=1812004#.X0OQwczZPY，最後瀏覽日：2020 年 8 月 23 日。

<sup>101</sup> 行政院衛生署民國 95 年 12 月 27 日衛署醫字第 0950214747 號函。

<sup>102</sup> 內政部統計處，內政統計通報 2020 年第 10 週，2020 年 3 月 7 日，[https://www.moi.gov.tw/files/site\\_node\\_file/8811/109%E5%B9%B4%E7%AC%AC10%E9%80%B1%E5%85%A7%E6%94%BF%E7%B5%B1%E8%A8%88%E9%80%9A%E5%A0%B1\\_%E8%80%81%E5%8C%96%E8%88%87%E6%89%B6%E9%A4%8A](https://www.moi.gov.tw/files/site_node_file/8811/109%E5%B9%B4%E7%AC%AC10%E9%80%B1%E5%85%A7%E6%94%BF%E7%B5%B1%E8%A8%88%E9%80%9A%E5%A0%B1_%E8%80%81%E5%8C%96%E8%88%87%E6%89%B6%E9%A4%8A)，最後瀏覽日：2020 年 8 月 23 日。

超高齡社會，老人人口數為 470 萬人，比例 20.1 %<sup>103</sup>。在宅醫療需求也快速增加，加上網路與資訊通訊技術（information and communication technologies, ICT）發展迅速和普及化<sup>104</sup>與物聯網時代來臨，遠距醫療已是多數國家之發展趨勢；AI、機器人的設計與運用快速，可能為民眾「望、聞、問、切」的不是醫生，而是機器人，使用大數據分析診斷民眾的疾病<sup>105</sup>。

## 2. 卸除「對面診療原則」束縛

醫療產業是專業度很足、垂直技術很深的產業，一般傳統產業幾乎無從切入，但全球科技大廠早已察覺，人工智慧運用在醫療產業的時機已到來。2019 年年底哈佛商業評論（HBR）預估未來十年，人工智慧將成為全球經濟增加十兆美金以上之價值，其中，最重要的產業別為「健康照護與醫療」。人稱「科技五巨頭 FAAMG」的臉書（Facebook）、蘋果（Apple）、亞馬遜（Amazon）、微軟（Microsoft）、谷歌（Google），早已啟動 AI 醫療科技計畫，競相投入智慧醫療產業，驅動最新的智慧醫療，引導之產業鏈順勢而生，加入全球健康照護與醫療競賽。醫師與 AI 合作，勝過單打獨鬥；可預見懂得使用 AI 的醫師，工作效率將遠遠超過不懂得使用 AI 的

---

<sup>103</sup> 國家發展委員會，人口推估－高齡化時程，2020 年 8 月，[https://www.ndc.gov.tw/Content\\_List.aspx?n=695E69E28C6AC7F3](https://www.ndc.gov.tw/Content_List.aspx?n=695E69E28C6AC7F3)，最後瀏覽日：2020 年 8 月 23 日。

<sup>104</sup> 陳敦源，政府公共溝通：新型態網路參與及溝通策略，電子治理研究中心委託研析報告，2017 年 3 月，第 1 頁。

<sup>105</sup> 李虎門，醫療創新科技！臺灣這些醫院正在改變你我看病方式…，環球生技月刊，2017 年 10 月 31 日。<https://magazine.chinatimes.com/globalbio/20171031001771-300222>，最後瀏覽日：2020 年 8 月 23 日。

醫師<sup>106</sup>。

醫療的品質、安全、成效，攸關人類健康；解決民眾健康問題，乃國家的行政責任與義務。為確保人民之健康及醫療權益，妥善分配國家整體的醫療資源，衛生醫療、全民健保制度的規劃、設計，以及相關法律之制定、執行，值得重視，且與社會福利及國家的財政，息息相關，並涉及社會安全與基本人權的維護。醫師法規範醫師於執行醫療業務時，許多應遵循義務，於第 11 條第 1 項規定醫師應親自執行診察、治療行為。惟考量適用原則規定時，由於地緣關係或有特別情事致有窒礙難行者，醫師法第 11 條第 2 項明定例外規定，允許對於病患實施遠距醫療。在人工智慧醫療迅速崛起的時代，在 AI 的運用下，如何兼顧科技的便利、可近性，保障病患的醫療人權；利用智慧醫療儀器，達到「預防發病、診斷準確、治療高效、照護貼心」的目的，以及應用 AI 做好健康管理、分級就醫、減少不必要的醫療行為與浪費、改善醫療服務成效，節省醫院與病人的時間和成本，值得關注。

學者指出，利用電腦科技實現遠距操作機器人作業，並應用在遠距非現場的醫療手術，而將通訊機器人用於遠距外科手術之方式，將帶來許多新興法律問題。遠距手術與傳統醫療的差異，僅為醫病間接觸的方式改變，建議遠距手術可透過行政管制或專業自律的方式，予以規制，並不宜逕將遠距手術解為一律禁止通訊醫療行為<sup>107</sup>。並主張醫師法第 11 條所定「醫師親自診察」義務，必須作新

---

<sup>106</sup> 蔣榮先，從 AI 到智慧醫療，商周出版社，2020 年 7 月，第 49-56 頁。

<sup>107</sup> 楊玉隆，遠距手術之相關法律問題初探，月旦醫事法報告，第 30 期，2019 年 4 月，第 45 頁。

的詮釋，應著重在實質意義診察，而不以當面接觸病人為要件<sup>108</sup>，強調非「當面」診療型式的「遠距手術」，亦未違反「醫師親自診察」義務。建議制定及推動遠距手術標準、建立認證制度及修訂相關法規<sup>109</sup>。

本文認為，醫事法規管制醫事人員之措施規定，應與時俱進，尤其有關醫師法第 11 條醫師原則上有親自診療義務之規定，乃 1986 年政府為杜絕密醫而修訂，規範醫生必須親自看診。臺灣已進入高齡社會，2019 年年底 65 歲以上老人人口數比例達 15.28%，獨居老人、失智老人日益增多之際，老年人的身體狀況、是否可以自己說明病情，以及親自就醫的可能性及病情之必要性<sup>110</sup>，因此，必需重新檢視「醫師親自診察」之意涵，應為新時代的詮釋，強調實質意義診察，放寬對於遠距醫療之限制，並參考日本「網路醫療費」制度化之內涵，討論與鬆綁我國醫師法醫師親自診療義務之限制。

---

<sup>108</sup> 楊玉隆，我國「醫師應親自診察」規定之法律分析，臺灣醫界，第 61 卷第 2 期，2018 年 2 月，第 47 頁。

<sup>109</sup> 楊玉隆，遠距手術之相關法律問題初探，月旦醫事法報告，第 30 期，2019 年 4 月，第 46 頁。

<sup>110</sup> 據調查，日本老人到醫院就醫 80 % 的病名與理由；咳、發燒、頭痛、下瀉、打噴嚏、四肢無力、眩暈等 30 種，以及 50 種不是嚴重疾病的感冒、糖尿病、高血壓等。村松慎一著，木村廣道監修，地域医療における ICT，変貌する医療市場研究・技術革新・社会実装，かんき出版，2017 年 11 月，第 63 頁。



## 肆、醫師法修正建議

平等原則為所有基本權之基礎，國家公權力之行使，必須保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為差別待遇。衛生法規針對同樣情節，裁罰主責機關、罰鍰金額多寡、是否限期改善、可否連續處罰等，規範不一，並無正當理由，有必要全盤檢討。針對醫師法之缺失，本文建議如下，籲請中央主管機關，應重視與儘速檢討修正、刪除、增訂法規之不當、違法、矛盾或違反平等原則規定，並補闕漏。

### 一、以法律明定「醫療行為」、「醫療業務」之定義

按法律規定不能鉅細靡遺，只能為原則性、大綱性規定，立法機關以委任立法的方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法所許，惟其授權之目的、內容及範圍，應具體明確。授權條款的明確程度，應與所授權訂定之法規命令對人民權利的影響相稱。刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定原則，以制定法律之方式規定之。法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，其授權始為明確，方符刑罰明確性原則（釋字第 522 號解釋參照）。授權明確性原則實係法律保留原則之補充與具體化（釋字第 682 號解釋林錫堯大法官協同意見書）。

行政主管機關依法律授權訂定之法規命令，僅能補充法律細節、技術性事項，不得逾越母法而有界限。雖主管機關基於職權因執行特定法律之規定，得為必要之釋示，以供本機關或下級機關所屬公務員行使職權時之依據，然其解釋內容仍不得逾越母法文義可



能之範圍（釋字第 586 號解釋理由書參照）。對於無法律授權為執行法律所作之行政函釋，內容涉及刑罰而人民無法知悉及預見行為有受處罰之可能，有違刑法定原則及法律保留原則。

由於「醫療行為」「醫療業務」之定義，涉及醫師法第 28 條密醫罪行為之認定與刑責相關，應不得便宜行事，逕以行政命令解釋為之。本文認為，未來，應儘速於醫師法或醫療法中增訂「醫療行為」、「醫療業務」之定義，以符法律保留原則。王服清認為，行政機關解釋性的行政命令之效力，自司法院大法官釋字第 216 號解釋後，已從機關內部的拘束力，適用結果進而間接產生外部對於人民的拘束效力，行政機關對於不確定法律概念所作解釋函令，享有判斷餘地，法院應予以尊重；並認為衛生署針對「醫療行為」、「醫療業務」之解釋，未違反法律明確性原則。然基於基本人權保障與法治國法律明確性原則之要求，應進一步回歸法律條文中予以定義或類型化，使受規範者能夠預見<sup>111</sup>。

## 二、修正醫師公會拒絕入會裁罰機關

衛生法規針對醫事人員公會拒絕具有資格者入會，同樣情節，裁罰機關、罰鍰金額、應否限期改善、不改善者「按日」或「按次」連續處罰，規範不一，有違「相同事理，相同處理」之平等原則，除違反衛生法規，同時違反人民團體法第 37 條第 2 項，乃「一行為違反數個行政法上義務行為」之法規積極競合。除醫師法外，其餘

---

<sup>111</sup> 王服清、戴鈞宏、李怡玲合著，不確定法律概念與法律明確性原則之解析——以醫藥法下的醫療業務行為為中心，醫事法學，第 17 卷第 1 期，2010 年 6 月，第 72-74 頁。

醫護法規明定由「人民團體主管機關」處罰，與行政罰法第 31 條第 3 項：「由各該主管機關分別裁處」之規定，顯有牴觸。因此，醫事人員專法應有全盤檢討修正，以符法制之必要。

### 三、應明文規範實習醫師合理的實習年限

為避免紙上談兵，使醫學院校學生得將課堂上所學理論、技術，化為臨床實際操作，以增強印象、孰悉技巧，實施實習實習制度固有必要，然而實習制度絕不應淪為無醫師證照的醫學院校畢業生得以變身為「合法密醫」的護身符。為解決醫療機構醫師人力不足問題，護理人員法業於 2014 年 8 月 20 日增訂第 24 條第 3 項：「專科護理師及依第七條之一接受專科護理師訓練期間之護理師，除得執行第一項業務外，並得於醫師監督下執行醫療業務。」此外，亦可參考外國擴大職種之制度設計，增設「醫師助理（Physician Assistant（PA）」或「臨床助理」，以作為醫務輔助人力，而非放任「長年實習醫師」之存在。

以日本為例，經濟長期低迷、停滯，少子、高齡化，人口減少，2025 年大量「團塊世代」（1947—1949 年出生）邁入 75 歲以上之高齡者暴增，伴隨超高齡社會的醫療、介護需求增加，國民的「老後將來不安」<sup>112</sup>，與日俱深。日本學者呼籲應正視醫療的危機及迫在眉睫的「2025 年問題」，但許多人漠然或不安<sup>113</sup>。「團塊世代」

---

<sup>112</sup> 大前研一，「老後不安不況」を吹き飛ばせ「失われた 25 年」の正体と具體的処方箋，PHP 研究所，2017 年 3 月，第 5-12 頁。

<sup>113</sup> 高野龍昭，これならわかるスッキリ図解介護保険，第二版，翔泳社，2015 年 3 月，第 58-59 頁。

2025 年將膨脹到 2,180 萬人占全人口數 18 %<sup>114</sup>；預估 2040 年 65 歲以上老人占全人口數 36.1 %；政府歲入一半依賴借款、社會保障費膨脹，醫療費用必需重點化與效率化<sup>115</sup>。

由於日本醫師有 33 % 是女性，因育嬰或生產等因素，間斷性離開職場；加上 2004 年開始實施的新住院醫師臨床研修制度，為修習綜合的醫療之基本診療能力，賦與 2 年的臨床研修義務制度，醫師人數不足顯在化。新的住院醫師制度，使許多非都會區的醫學院因招不到足夠的住院醫師，撤回地域關連醫院的派遣醫師，停止支援偏遠地區的醫療工作<sup>116</sup>。1980 年代初期，國家推動醫療費用抑制之促進，減少醫學部的定員數，全國的醫院，許多發生財務赤字，同時造成醫師的絕對數不足。2012 年經濟合作及發展組織（Organization for Economic Cooperation and Development, OECD）34 個加盟國當中，每千人的平均醫師人數，希臘 6.2 人（第 1 名），德國 4 人（第 5 名），日本僅有 2.3 人（第 29 名），換算出來的平均醫師人數，日本約不足 11 萬人。OECD 先進國家的醫師，每周平均勞動時間不超過 60 小時，日本醫師平均年齡 59 歲以內者，每周平均工作超過 60 小時，已達過勞死的認定基準；80 歲以上者，每周平均工作超過 30 小時；更有 100 歲以上的醫師仍在執

---

<sup>114</sup> 本田 徹，世界の医療の現場から—プライマリ・ヘルス・ケアと SDGs の社会を，連合出版，2019 年 3 月，第 311 頁。

<sup>115</sup> 渡辺さちこ、アキよしかわ，日本医療クライシス「2025 年問題」へのカウントダウンが始まった，幻冬舎，2015 年 6 月，第 15-21 頁。

<sup>116</sup> 蔡岳熹，側看日本的醫療崩壞，臺灣醫界，第 56 卷第 5 期，2013 年 5 月，第 64 頁。

業<sup>117</sup>。

2016 年經濟合作及發展組織（OECD）每 10 萬人的平均醫師人數為 290 人<sup>118</sup>，2018 年日本的醫師總人數為 32 萬 7,210 人，每 10 萬人的平均醫師人數 258.8 人<sup>119</sup>，醫師人力仍屬不足。為協助醫師的行政事務，有關介紹函、保險診斷書及各種文書作成，得由醫療秘書代為，以減輕醫師的負擔。美國醫院的醫療秘書，一年 365 天每天 24 小時，都極為活躍，日本則無常設醫療秘書，醫師也未重視。美國醫師許多的診療業務，可由多種職別的醫師助理（PA）協助處理，例如：外科的醫師助理，在醫院協助病患回診與檢查、手術的說明及病患同意書之作成、擔任手術時之助手、手術後及集中治療室與病房病患管理，參與職員之教育和研究活動等。學者建議，醫師助理（PA）在醫師人不足的日本，有儘速導入之必要<sup>120</sup>。事實上，2008 年美國已有 68,000 位醫師助理（PA）；哥倫比亞特區與全美各州承認 PA 業務的合法性，全美 48 州及哥倫比亞特區授權 PA 得以開立藥方。PA 偕同執業護理師提供更多的病人初級照護服務<sup>121</sup>。

---

<sup>117</sup> 本田 宏，医療崩壊の真相、現場からの告白，本当の医療崩壊はこれからやってくる！洋泉社，2015 年 2 月，第 5-6、25-26 頁。

<sup>118</sup> 真野俊樹，医療マーケティング，三版，日本評論社，2019 年 7 月，第 156 頁。

<sup>119</sup> 厚生労働省，平成 30（2018）年医師・歯科医師・薬剤師統計の概況，2019 年 12 月 19 日，第 4 頁，<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/ishi/18/dl/gaikyo.pdf>，最後瀏覽日：2020 年 11 月 1 日。

<sup>120</sup> 本田 宏，医療再生、この道しかない！本当の医療崩壊はこれからやってくる！，洋泉社，2015 年 2 月，第 165-166 頁。

<sup>121</sup> William C. Cockerham 原著、何斐瓊譯，醫療社會學 Medical Sociology 12E，雙葉書廊有限公司，2015 年 9 月，第 366-367 頁。

我國醫師法第 2 條至第 4 條規定，規範應醫師、中醫師和牙醫師考試，均須「實習期滿」使得應考，惟醫師法有關實習醫師制度的規範，只有應醫師考試須「實習期滿成績及格」，與「指導下實習之醫學院校學生或畢業生執行醫療業務者」不罰，此外，並無其他實體規範。實習醫生制度僅有行政命令位階的「實習醫師制度實施要點」共 5 點規定，實習醫生之權利義務、實習內容與相關程序、輔導與成績評定與實習指導醫師之資格條件等規定，均闕如。「實習醫師制度實施要點」乃屬行政命令，其實習期限 6 年之規定，增設法律所無之限制，乃行政命令牴觸法律，依憲法第 172 條規定，為無效。

未取得合法醫師資格，執行醫療業務者，依醫師法第 28 條但書第 1 款不罰之例外規定，未就畢業生設合理實習年限，產生「長年實習醫師」之不合理現象，對民眾醫療人權之侵害，甚於設有實習之年限之心理師法、物理治療師法等，本文建議，應針對實習醫師之實習年限，作合理的限制，避免有濫用實習情事，造成醫療機構及人員管制之「合法漏洞」，損害民眾之醫療權益。

日本法律體制嚴謹，基於公益考量，對於與選擇醫師職業應具備相關醫學學制、國家考試、證照許可等，設定條件限制加以規範，對於違反日本醫師法第 17 條醫療行為醫師獨占之規定者，日本醫師法第 31 條第 1 項第 1 款刑罰條款未設例外規定，爰乃回歸一般違法性之判斷。故如合於日本刑法第 36 條正當防衛、第 37 條第 1 項緊急避難要件，違法性被阻卻並不構成犯罪，依日本民法第 720 條第 2 項亦不負賠償責任<sup>122</sup>，足資參考。廖建瑜認為我國醫師法第 28 條

---

<sup>122</sup> 現代法學研究会編，法學入門 法學基本辭典，八版，現代法學研究会印

但書規定係屬違法性衡量的明文化，有無獨立存在之必要或僅需一般違法性判斷，非無疑義，其亦贊成日本醫師法之立法方式<sup>123</sup>。

本文認為，醫師法第 28 條但書第 1 款不罰之例外規定，應只能限於醫學「實習生」，故應將「畢業生」刪除，最低限度，至少應在法律上明文限制畢業生的實習年限，且訂落日條款。否則，例外不罰規定被無限期濫用，易放難收，嚴重破壞民主法治國家「原則規定」應盡量遵守，「例外規定」從嚴認定之定律。

立法委員楊鎮浚等 19 人，關心醫師法未對於實習醫師制度有完整規範，致實習醫師權益受損情事頻傳，對醫師培訓有不利影響，故曾提案新增「醫師法第四十二條之一」，授權並要求中央主管針對實習機構、實習期年限、實習期間權利義務、內容與程序、輔導與成績評定、實習指導醫師之資格條件等相關事項訂定明確規定，以保障實習醫師之權益與健全醫師培訓制度<sup>124</sup>。

#### 四、鬆綁醫師親自診療義務之限制

2018 年兩千大調查，「人工智慧」（Artificial Intelligence, AI）加上「物聯網」（Internet of Things, IoT）AIoT 引爆智慧生活爭霸戰，從前 AI 在雲端，2018 年 AI 終於下凡來。物聯網（IoT）和人工智慧（AI）快速匯流，AIoT 驅動智慧應用大鳴大放，臺灣在智慧醫療、智慧城市、車聯網及智慧監控四大領域，最具市場潛力。人

---

行，1995 年 8 月，第 75、165 頁。

<sup>123</sup> 廖建瑜，藥師與密醫罪案：臺灣與日本法院之實務見解，月旦醫事法報告，第 39 期，2020 年 1 月，第 102 頁。

<sup>124</sup> 立法院第 9 屆第 4 會期第 14 次會議議案關係文書，院總第 214 號，委員提案第 21527 號，2017 年 12 月 22 日，第委 1-4 頁。



工智慧在醫療領域的運用，是當前熱門的領域之一<sup>125</sup>。2018 年智慧城市展的智慧醫療專區，華碩聚焦醫材整合，實現遠距醫療；研華展示智慧病房；大同力推智慧藥櫃；宏基攜手北醫、彰基、高醫，進軍遠距健康管理。「醫療加上 ICT（資通訊），是結合全臺灣兩群最聰明的人，智慧醫療將成為最國際化的。」<sup>126</sup>

### （一）AI 醫療新藍海

1. 問診醫師業務負荷減輕：在醫師的診斷治療領域，患者增加的檢查項目，以前皆需由醫師判讀，醫療資訊大資增的情況，AI 醫療解決偏遠地區、或診療科別較少、稀少的疾病患者、醫療機構醫師偏少的難題，醫師業務負荷減輕。2. 問診場所從醫療機構到家庭：醫師的問診以及說明的場所，從前只在醫療機構，AI 醫療問診可以改變場所在病患自己家裡，亦可得到病患住家環境資訊，爰可提供最適於患者的醫療服務。3. AI 加速新藥開發：AI 醫療，醫藥品的開發得以期待縮短時間，降低成本<sup>127</sup>。臺灣面臨少子化與人口快速高齡化的衝擊，醫療環境發展與醫療資源的分配議題，需更用心；尤其是高齡者慢性病、多重疾病的用藥問題複雜，故有借助 AI 人工智慧解決高齡社會勞動力不足之必要。

資通訊技術（Information and Communication Technology,

---

<sup>125</sup> 彭子珊，走出醫院用深度學習顛覆中國醫療，天下雜誌，第 647 期，2018 年 5 月，第 102-106 頁。

<sup>126</sup> 盧沛樺，人工智慧+萬物聯網=AIoT AI 下凡智慧生活成真，天下雜誌，第 647 期，2018 年 5 月，第 56-57 頁。

<sup>127</sup> 加藤浩晃，医療 4.0 第 4 次産業革命時代の医療～未来を描く 30 人の医師による 2030 年への展望，日経 BP 社，2018 年 7 月，第 46-48、51 頁。



ICT)，是資訊科技及通訊技術的合稱，日本的醫療 ICT 進步與普及化，可說是遲緩與混亂，ICT 的優位性相對較小<sup>128</sup>。然由於少子高齡化顯在化，國民平均齡增加，使用醫療與介護的消費期間增大；且高齡者的疾病構造改變，感染肺炎與結核病症者漸少，因生活習慣病死亡者，占全體死亡人數的 6 成<sup>129</sup>，醫療的改革，「遠隔醫療」議題又逐漸受到重視。且有別於以往主要為單純的電話、傳真監控，現在的「遠距醫療」，乃進化至使用 ICT（關於資訊、通信技術的總稱）通訊機器，以及生命徵候（バイタルサイン，體溫・血壓・脈搏・養氣飽和度等生命兆候）測定機器進行。2015 年 8 月厚生勞動省發布新聞，對於「遠距醫療」已為事實上的解禁，且為了財政再建，日本政府決定「2015 經濟財政經營與改革基本方針」（即「2015 骨太方針」），明載「包含重症化預防的疾病預防」，促使「遠距醫療」大步向前<sup>130</sup>。日本在 2015 年針對遠距醫療法規進行解釋，在特定情況規範下，以民眾權益與安全性為考量，鬆綁某些規範，兼顧效率與給付合理性的作法，值得持續關注。從日本的發展經驗，明顯看到高齡醫療照護逐漸整合，透過資通訊技術，整合醫院與居家場域，藉由相關廠商串連資訊、延續服務。日本在 2016 年針對給付已有相關修訂，讓醫院願意推動遠距醫療服務，民眾健康醫療品

---

<sup>128</sup> 真野俊樹，医療マーケティング，三版，日本評論社，2019 年 7 月，第 81-82 頁。

<sup>129</sup> 加藤浩晃，医療 4.0 第 4 次産業革命時代の医療～未来を描く 30 人の医師による 2030 年への展望，日経 BP 社，2018 年 7 月，第 21 頁。

<sup>130</sup> 前田俊輔，遠隔医療が高齢者医療を救助者医療救う AI がひらく個別化医療の時代，PHP 研究所，2017 年 5 月，第 24-25 頁。

質獲得保障，亦有助於提升醫療品質醫病關係<sup>131</sup>。

## （二）遠距醫療為多數國家發展趨勢

臺灣 2019 年年底 65 歲以上老人人口比例達 15.28 %；推估將於 2025 年邁入超高齡社會，老人人口數比例 20.1 %<sup>132</sup>。在宅醫療需求也快速增加，網路與資訊通訊技術發展迅速和普及化與物聯網時代來臨，遠距醫療已是多數國家之發展趨勢；AI、機器人的設計與運用快速，可能為民眾「望、聞、問、切」的不是醫生，而是機器人，使用大數據分析診斷民眾的疾病。

郭年真研究發現，英、美、加拿大、澳洲、日本等國家推動的智慧醫療距今皆有超過 10 年以上的時間，各國發展智慧醫療之應用項目有部分一致，但某些項目也反應不同國家醫療體系需求的差異。各國在推動智慧醫療時，也同時重視智慧醫療的科技如何能有效解決醫療體系現況下、或即將遭遇的挑戰，並且強調病人隱私權、資訊安全保障，以及如何建立法規制度、資訊科技標準等，值得我國未來持續推動智慧醫療發展時之借鏡與參考<sup>133</sup>。

本文認為，醫事法規管制醫事人員之措施規定，應配合 AI 的

---

<sup>131</sup> 張慈映，日本鬆綁法規 幫遠距照護開路，i 創科技，2018 年 6 月 5 日，<https://www.itritech.net/blog/japan-changed-medical-regulations/>，最後瀏覽日：2020 年 10 月 30 日。

<sup>132</sup> 國家發展委員會，人口推估－高齡化時程，2020 年 8 月，[https://www.ndc.gov.tw/Content\\_List.aspx?n=695E69E28C6AC7F3](https://www.ndc.gov.tw/Content_List.aspx?n=695E69E28C6AC7F3)，最後瀏覽日：2020 年 8 月 23 日。

<sup>133</sup> 郭年真，智慧醫療關鍵議題與對策之研究，國家發展委員會委託研究，2017 年 4 月，第 25 頁。

運用與時俱進，尤其有關醫師法第 11 條第 1 項規範醫師親自診察檢驗原則與例外，遠距離醫療照護系統，縮短醫護人員與病患之距離、掌握診治先機。然「治療之醫療」與「生活支持上之醫療」，畢竟有所不同，前者著重在：「急性期醫療」、「專門醫療」及「綜合醫療」；後者偏重在：「復健」、「長照」、「福祉」和「生活支援」<sup>134</sup>。臺灣 2018 年已進入高齡社會，2019 年年底 65 歲以上老人人口數比例達 15.28 %，獨居、失智老人日益增多，老年人的身體狀況能否自己說明病情，以及親自就醫的可能性及必要性，必需重視「醫師親自診察」之意涵，應為新時代的詮釋，強調實質意義診察，放寬對於遠距醫療之限制。因而醫師法第 11 條第 1 項原則與例外規定之適當性，必須重新檢視，並參考日本「網上醫療費」制度化之內涵，討論與適度鬆綁我國醫師法醫師親自診療義務之限制。

日本在 2015 年針對遠距醫療法規進行解釋，在特定情況規範下，以民眾權益與安全性為考量，鬆綁某些規範，兼顧效率與給付合理性的作法。我國通訊診察治療辦法雖放寬遠距醫療之照護對象與模式，然仍有其限制，除「偏鄉、急迫情形及國際患者」外，初診病人不能接受通訊診療；且除了偏鄉、或有急迫情形，醫師不得開給方劑。用藥的限制，可謂遠距醫療亟需突破的發展障礙，故有必要進一步放寬通訊診察治療辦法之管制範圍。

---

<sup>134</sup> 山本五十年，在宅医療のすすめ超高齢社会に向けた提言，幻冬舎，2019 年 4 月，第 49 頁。

## 五、其他建議：醫師執業處所登記限制應以法律為之

### （一）現行規定違反法律保留原則

職業自由之限制，因其內容之差異，在憲法上有寬嚴不同之容許標準。關於從事工作之方法、時間、地點、內容等執行職業自由，立法者為追求一般公共利益，非不得予以適當之限制（釋字第 778 號解釋參照）。醫師法第 8 條：「醫師執業，應在所在地主管機關核准登記之醫療機構為之。但急救、醫療機構間之會診、支援、應邀出診或經事先報准者，不在此限。」規範醫師執業之地點與例外情形，而醫師執業處所登記之限制，醫師法並無明文，乃於醫師法施行細則第 4 條補充規定：「醫師執業，其登記執業之醫療機構以一處為限。」

有關醫事人員執業處所登記之限制，係對於職業自由之限制，司法院大法官釋字第 404 號解釋強調：「憲法第 15 條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。惟人民之工作與公共福祉有密切關係，為增進公共利益之必要，對於人民從事工作之方法及應具備之資格或其他要件，得以法律為適當之限制。」由於「醫師執業，其登記執業之醫療機構以一處為限」，係對於醫師職業自由有關執行職業之方法、地點所為之限制且有必要，依憲法第 23 條規定，即應以法律為限制，以符法律保留原則之要求。

### （二）現行規定違反平等原則

此「以一處為限」之規定，倘有重大公益或緊急情況之需要時，如未設必要合理之例外規定，則屬對於執行職業自由形成不必要之

限制，有違憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障工作權之意旨相牴觸（釋字第 711 號解釋參照）。

抑且，護理人員法第 13 條規定：「護理人員執業，其登記執業之處所，以一處為限。」助產人員法第 12 條第 1 項：「助產人員執業登記處所，以一處為限。」此外，藥師法第 11 條第 1 項本文、牙體技術師法第 11 條；呼吸治療師法、心理師法及營養師法（皆第 10 條本文）；物理治療師法、醫事檢驗師法、醫事放射師法、職能治療師法、語言治療師法、聽力師法及驗光人員法（皆為第 9 條本文）等，均於各該醫事專業人員法中，以法律明文限制「登記執業之處所，以一處為限。」

### （三）現行法令違反法律優位原則

醫師法第 8 條本文規定：「醫師執業，應在所在地主管機關核准登記之醫療機構為之。」以利管制及防止借牌，然為應臨時突發狀況之發生，或為正確診察判斷病情及後續處置之需，或顧及城鄉差距醫師人力之失衡等情，醫師法第 8 條爰明定但書，例外規定「急救、醫療機構間之會診、支援、應邀出診或經事先報准者，不在此限。」放寬醫師得於核准登記以外之醫療機構執行業務，違反者，處新臺幣 2 萬元以上 10 萬元以下罰鍰。惟有關何謂「會診」、「支援」、「應邀出診」或「事先報准」？醫師法施行細則對此並無補充規定，僅在第 4 條規定：「醫師執業，其登記執業之醫療機構以一處為限。」然醫師「登記執業醫療機構一處為限」之「一處」，究何所指？非無疑義，醫師能否在同一縣市「兼職」看診或開刀？「兼職」時段（上午、下午、晚上）、總時數（每週、每月、每季）應設限否？可「兼職」幾個醫療機構？不同縣市「兼職」又如何？公立醫療機構醫師的限制是否與其他醫療機構的醫師不同？需要限

制的理由為何？此些問題不但涉及醫師的工作權、財產權範疇，亦攸關醫師的人格權和自我實現，更與醫療機構的效率、公平性之社會責任及經營變革<sup>135</sup>，息息相關，且為社會醫療制度發展、醫療政策選擇<sup>136</sup>的重要指標之一，值得探討。

針對「會診」、「支援」、「應邀出診」或「事先報准」之意涵，中央衛生主管機關以行政函釋補充規定：「應邀出診」，係指應情況急迫或行動不便之病人之邀往診而言<sup>137</sup>。醫師越區至其他縣市支援，屬需「事先報准」事項，未經事先報准即擅自前往其他縣市之醫療機構支援者，事後申請補報備，應不予同意<sup>138</sup>。衛生署 1988 年函釋：「一、…所稱醫療機構間之支援，係指醫師應邀臨時定期在其他療機構執行醫療業務而言。其屬定期支援者，應以不影響本身業務為原則…。三、定期支援之期限：其屬部分時間支援，期間不作限制；若屬全時間支援者，以 3 個月為限，若超過 3 個月，不得視同『支援』，應依執業異動有關規定辦理<sup>139</sup>。」函釋迭經更易，2008 年衛生署函釋：「三、…。是以，實務上並未禁止醫師至他處執業，即醫師若符合特定要件及法律程序，仍可至他處執行醫療業

<sup>135</sup> 渡辺充彦、竹重俊文、渡辺征克，地域包括ケアシステム時代に勝ち残る医療・社会福祉法人「経営変革」の教科書，日本実業出版，2016 年 9 月，第 67-71 頁。

<sup>136</sup> 池上直己，医療の政策選択，勁草書房，1996 年 2 月，第 20-25 頁。

<sup>137</sup> 行政衛生署民國 83 年 11 月 11 日衛署醫字第 83065803 號函。

<sup>138</sup> 行政衛生署民國 85 年 8 月 12 日衛署醫字第 85042650 號函。

<sup>139</sup> 行政衛生署民國 77 年 5 月 30 日衛署醫字第 723955 號函；本號函釋，行政衛生署民國 98 年 12 月編印之醫師法解釋彙編第 344 頁，以括號註明停止適用，卻仍編入。



務，對於醫療服務之提供，尚無造成『市場劃分』之經濟效果，已無所謂違反執業公平競爭精神及社會正義情事<sup>140</sup>。」

2003年5月14日醫療機構設置標準原第26條規定：「醫療機構之醫師，除醫療機構間之會診、支援外，前往他醫療機構執行業務，應依醫師法第八條之二規定經事先報准，始得為之（第1項）。前項所稱醫療機構間之會診、支援，指下列情形且未固定排班提供診療者而言：一、遇有大量傷病患，需臨時增加醫師人力處理者。二、對於緊急或重症傷病，需徵詢其他醫師意見者（第2項）。…」嗣於2012年4月9日修正為第20條：「醫療機構之醫事人員，除醫療機構間之會診、支援外，前往他醫療機構執行業務，應依各該醫事人員法律規定，經事先報准，始得為之（第1項）。前項所稱醫療機構間之會診、支援，指未固定排班提供診療者而言（第2項）。第一項所定之事先報准，其為越區前往他醫療機構執行業務者，應報經所在地直轄市或縣（市）主管機關核准，並副知執行地直轄市或縣（市）主管機關（第3項）。…」修正後醫療機構間之會診、支援，不須限於有臨時緊急狀況，廣開醫師到處兼職方便之門，牴觸醫師法第8條規定之意旨及訂定但書之精神，有違法律優位原則。

綜上所述，醫師法第8條規範醫師執業之地點與例外情形，但醫師執業處所登記之限制，並無明文；醫師法施行細則第4條：「醫師執業，其登記執業之醫療機構以一處為限。」綜觀衛生法規，15種醫事人員專法僅有醫師法未於母法中就醫師執業處所登記作限制，而於醫師法施行細則第4條加以補充規定，有鑑於關涉醫師職業自由執行職業之方法、地點所為之限制，乃屬重要事項，故未以

<sup>140</sup> 行政衛生署民國97年10月2日衛署醫字第0970205483號函。



法律為之，顯違憲法第 23 條法律保留原則，亦有違衛生法規體系之平等原則及法律優位原則。本文建議，有關醫師「執業以一處為限」之規定，應以法律定之，宜參照上述護理人員法第 13 條等相關規定，儘速修正醫師法；並檢討醫療機構設置標準第 20 條規定之適法性，以及有無提升其法律位階之必要。

## 伍、結論與展望

### 一、衛生法規近期修正甚多細節未見深度檢討

衛生法規於 2020 年 1 月 15 日同日修正公布醫師法、藥師法、護理人員法、助產人員法、營養師法、物理治療師法、職能治療師法、醫事檢驗師法、醫事放射師法、心理師法、呼吸治療師法、語言治療師法、聽力師法、驗光人員法（前述 14 種法規於 2018 年 12 月間亦曾修正）、牙體技術師法、醫療法、精神衛生管理法、全民健康保險法、藥害救濟法、健康食品管理法等 20 種。

有關醫師法之修正要旨有二：其一、允許申請延期證照更新。醫師未能於執業執照有效期限屆至前申請更新，未必有意違法或疏忽，也許有不得已之事由，爰增訂醫師有特殊理由未能於執業執照有效期限屆至前申請更新，得檢具書面理由及證明文件，向原發執業執照機關申請延期更新（醫師法第 8 條第 2 項）。其二、檢討對身心障礙者就業限制之規定。為落實身心障礙者權利公約之精神，保障身心障礙者享有與其他人平等之工作權利，將「罹患精神疾病或身心狀況違常」不得發給執業執照；已領者，撤銷或廢止之要件，修正為「有客觀事實認不能執行業務」（醫師法第 8 條之 1 第 1 項第 3 款）。護理人員法之修正要項，與醫師法相同；醫療法酌修主

管機關名稱，以及配合醫事人員種類之現況，修正其內涵；全民健康保險法僅修正主管機關及保險人名稱。其他各類修正法規，大多僅修正主管機關名稱，或刪除「華僑」得回國應試規定等。回顧衛生法規近期之修正雖多，然均屬小細節之微修，並未見醫事人員各別專法縱向之深度檢討，以及全部醫事人員法彼此間橫向的寬嚴比較。尤其違反相同的作為義務或禁止命令，無正當理由卻為輕重不同的處罰規定，有處罰鍰之外，尚需明令限期改善，屆期未改善再按次（或按日）連續處罰；亦有僅處罰鍰並無令限期改善規定，與平等原則之意旨不符，必須檢討。

## 二、衛生法規通盤檢討之必要性

醫師執行職業之方法、地點所為之限制，涉及職業自由，乃屬重要事項，在衛生法規當中，15種醫事人員專法僅醫師法未於母法中就醫師執業處所登記作限制，未以法律為之，而於醫師法施行細則第4條加以補充規定，違反憲法第23條法律保留原則，亦有違衛生法規體系之平等原則及法律優位原則。

法律只能為原則性、大綱性規定，立法機關以委任立法的方式，授權行政機關發布命令加以補充，雖非憲法所不許，惟授權之目的、內容及範圍，必須具體明確。行政主管機關依法律授權訂定之法規命令，有其界限，不得逾越母法；且須自授權之法律規定中，得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。對於無法律授權為執行法律所作之行政函釋，內容涉及刑罰而人民無法知悉及預見行為有受處罰之可能，有違刑法定原則及法律保留原則。本文認為，「醫療行為」、「醫療業務」之定義，涉及醫師法第28條密醫行為之認定與刑責相關，不應逕以多如牛毛且資訊未上網公開之行政命令解釋為之，建議儘速於醫師法或醫療法中，以立法方式定義密醫罪，

俾符法律保留原則。

多種衛生醫事人員法規，訂有實習期限之限制，對於未具資格而擅自執行業務者，有行政刑罰之明文，以確保專業之核心價值。對於未取得合法醫師資格，執行醫療業務者，醫師法第 28 條定有刑責，惟「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」，例外規定不罰（同條但書第 1 款）。然此例外規定，並無實習之期限。醫學院校學生將課堂上所學理論、技術，化為臨床實際操作，實施實習實習制度固有必要，然而實習制度應有合理的實習年限，否則容易成為無醫師證照的醫學院校畢業生的護身符，變身為「合法密醫」。「長年實習醫師」無照可換，難以確保專業精進；且容易成為幽靈手術的主力，無法擺脫合法掩飾非法及詐欺給付之嫌。本文建議，應針對實習醫師之實習年限，作合理的限制，避免有濫用實習情事，造成密醫管制管制之「合法漏洞」，損害民眾之醫療權益。

另，各醫事人員專法均有「非加入所在地公會不得執業」之明文限制與罰則，本文認為，除與執業之資格能力無涉，亦非關重大公益，卻已實質上不當限制人民自由結社權，與憲法第 14 條保障人民集會及結社自由，誠有牴觸。觀察律師法於 2020 年 1 月 15 日全文修正公布，原第 11 條第 1 項亦有：「律師非加入律師公會，不得執行職務；律師公會亦不得拒絕其加入。」之相類規定。惟律師法修正後條文，已無上述明文，且增訂律師公會就執業入會登記之申請，具有實質審核權及相關救濟程序（修正條文第 12 條及第 14 條第 1 項），足堪作為醫事人員專法通盤檢討修正之參考。

又，以物理治療師法、職能治療師法、醫事檢驗師法、醫事放射師法、呼吸治療師法為例，此五種衛生法規除同時於 2020 年 1 月 15 日及 2018 年 12 月間各為二次小幅度修正外，呼吸治療師法自

2002 年 1 月 16 日制定公布後，無其他修正史；其餘四法再前一次的修正時間，皆為 2007 年 1 月 29 日，時隔久遠，且相較於刑法及刑事訴訟法自 2007 年起迄 2020 年 12 月 31 日止，已分別修正 26 次及 22 次，衛福部對於主管法規的反省殊嫌保守、消極。本文建請衛福部應擬定計畫，邀請家學者組成衛生法規研修小組，依本文表 1 所列衛生法規類別，分類、分法通盤逐一總檢討。

### 三、儘速修法，重用法制人才提升法制作業品質

本文針對醫師法若干缺失：行政命令解釋「醫療行為」之妥當性、醫師公會拒絕入會裁罰機關之商榷、醫師法容認「長年實習醫師」之導正、醫師法第 11 條第 1 項醫師親自診察檢驗原則與例外、限制醫師登記執業處所一處為限未以法律定之等問題，已提出修正建議意見，如上所述，籲請衛福部儘速通盤檢討修法，並重視未來法制人力之培育，以及暢通與排除衛福部故設部內少數法制人才升遷之藩籬，以提升法制作業品質，增進人民對政府之信賴。

2013 年 7 月 23 日衛生署與內政部社會司（兒童局等）合併，升格成立衛福部，並裁撤原衛生署所屬全民健康保險監理委員會、全民健康保險醫療費用協定委員會、中醫藥委員會等機關，多位機關簡任一級主管（組長）被降為衛福部簡任非主管，並將主管職缺供衛福部社會救助及社工司、保護服務司之司長、副司長，以及衛福部社會及家庭署之署長、二位副署長、主任秘書、簡任組長等占缺。因此，原內政部社會司人員，非主管專門委員三級跳直陞社會及家庭署副署長，職級更低人員也可陞任組長、主任秘書；更有多人在衛福部陞科長、副司長、司長，竟連原屬承辦人專業能力、法制素養有待磨練，也能快速高陞衛福部副司長…。前主責次長本位主義濃厚，拒絕、排斥釋出部內社福體系簡任職缺，保障社福職系

同仁連環陞遷。

反觀衛福部具法制專長人員本即少數，簡任級的更少，有在主任秘書室核稿已十餘年的專門委員，無升遷機會；在全民健康保險爭議審議會（任務編組）核稿的簡任秘書、簡任視察，亦復如此，更是組改受害者。一個衛福部二個世界，升遷二樣情，無法人盡其才，打擊士氣莫此為甚！抑且，衛福部近年來，上位者頻頻讓中央健康保險署、食品藥物管理署人員調陞部內的技監、參事、副處長至少 6 人以上，並未見部內人員有反向晉陞機會。而部內幾個司的主管、副主管，由其他司不熟悉業務人員晉陞，外行領導內行結果，切斷多位 50 多歲資深、優秀的簡任非主管人員正常應有的合理陞遷機會與期待，迫使渠等「恨無關係」提早退休，致經驗傳承鬆動、斷層，更令公文及法規品質無法提升，豈是「遺憾」二字足以形容。

#### 四、遠距醫療法規管制之鬆綁不應以行政函釋為之

由於醫療與國家的經濟成長，息息相關，世界各國大都面臨醫療保健支出逐年上漲的財務問題。全球高齡化趨勢提高慢性疾病的盛行率，也帶動醫療需求，導致醫護人力不足、醫療資源分布不均。為有效控制醫療支出，透過新科技的導入，可提升醫療效率及品質；醫師藉由 AI 輔助醫療決策，得以減少錯誤，借助遠距醫療解決醫療資源不足問題，因此，醫療相關法規即可能面對重大的變革<sup>141</sup>。尤其是人工智慧在資訊科學領域的興起，被認為有掀起第四波工業革命的潛力，人工智慧具有「不透明」的特性，醫療領域可能出現

---

<sup>141</sup> 陳綠蔚主編，台灣醫療產業智慧化與國際化之機會與挑戰，財團法人中技社，2019 年 12 月，第 23-24 頁。

「演算法黑箱」的疑慮<sup>142</sup>，故有關人工智慧發展過程中所萌生的倫理與法律問題等，無法且不應忽視。衛福部 2018 年 5 月 11 日訂定發布「通訊診察治療辦法」，放寬遠距醫療之照護對象及模式，但仍受限於醫師法第 11 條第 1 項醫師應親自診察之規定，為發揮遠距醫療之實質功效，應逐步放寬遠距醫療之限制<sup>143</sup>。

衛生法規管制醫事人員之措施規定，應配合 AI 的運用與時俱進，尤其有關醫師法第 11 條第 1 項規範醫師親自診察檢驗原則與例外，應儘速修法調整。蓋以高齡社會善用遠距醫療固有必要性與方便性，但在服務需求大增的背後，也衍生醫療健保給付<sup>144</sup>、醫療器材進口管制<sup>145</sup>、隱私保護、處方箋用藥領取自行列印未經簽章真偽之認定、雲端病歷所致身分辨識及個資保護等議題，挑戰層出不窮。相關法規，除醫師法之外，亦涉及醫療法、藥事法、藥師法、電子病歷製作及管理辦法等多種法規之修正與調整，有待突破。

日本在 2015 年針對遠距醫療法規進行解釋，在特定情況規範

---

<sup>142</sup> 劉靜怡，人工智慧潛在倫理與法律議題鳥瞰與初步分析－從責任分配到市場競爭，收錄於劉靜怡（編），「人工智慧相關法律議題芻議」，元照出版有限公司，2019 年 3 月，第 27 頁。

<sup>143</sup> 陳綠蔚主編，台灣醫療產業智慧化與國際化之機會與挑戰，財團法人中技社，2019 年 12 月，第 147 頁。

<sup>144</sup> 遠距醫療 2021 年正式納入健保給付，初期適用山地離島 50 個地區，門診限眼科、皮膚科及耳鼻喉科三科。自由時報電子報，3 科門診與急診先試行 遠距醫療納健保給付，2021 年 1 月 11 日，<https://news.ltn.com.tw/news/life/paper/1424625>，最後瀏覽日：2021 年 1 月 14 日。

<sup>145</sup> 我國遠距醫療受到法規限制，2019 年 12 月 Apple Watch 的心電圖（ECG）受限醫材法規未能開放引進台灣，因而促成醫療器材管理法的立法（2020 年 1 月 15 日制定公布，施行日期，由行政院定之）。



下，以民眾權益與安全性為考量，鬆綁某些規範，兼顧效率與給付合理性的作法。我國通訊診察治療辦法雖放寬醫師法遠距醫療之照護對象與模式，然仍有其限制，除「偏鄉、急迫情形及國際患者」外，初診病人不能接受通訊診療；且除了偏鄉、或有急迫情形，醫師不得開給方劑，用藥的限制，可謂遠距醫療亟需突破的發展障礙。資訊產業發展快速躍進，第五代行動通訊技術（5G）時代來臨，更新遠距醫療影像設備、發展 5G 的醫療應用、專科會診，亦刻不容緩，故有必要進一步放寬通訊診察治療辦法之管制範圍。

此外，2019 年 12 月中國爆發「新型冠狀病毒」引發的肺炎（COVID-19），導致全世界大流行，截至 2021 年 1 月 14 日止，疫情已造成全球 9,243 萬人確診，死亡人數超過 198 萬人<sup>146</sup>。我國確診數 842 人，為防疫需求，催生遠距醫療新模式，衛福部於 2020 年 2 月 10 日、19 日分別以衛部醫字第 1091660661 號及第 1091661115 號函釋，將有急迫就醫需求的居家檢疫隔離民眾，納入遠距診療對象；公布「全民健康保險特約醫事服務機構提供因 COVID-19（武漢肺炎）疫情接受居家隔離或檢疫之保險對象視訊診療作業須知」，相關費用由健保個部門總額預算支應。但透過行政函釋放寬通訊診察治療辦法之適用範圍，有時限性並非常態。尤其 2020 年入冬以來，COVID-19（武漢肺炎）在全球第二波大爆發、病毒變種，傳染力更加強勁，2021 年疫情比 2020 年更為嚴峻<sup>147</sup>，恐非半年、一年

<sup>146</sup> 聯合新聞網，新冠肺炎疫情數據全報導，2021 年 1 月 14 日，<https://udn.com/news/COVID19>，最後瀏覽日：2021 年 1 月 14 日。

<sup>147</sup> 自由時報電子報，假期後增 500 萬人確診 WHO：今年疫情恐比去年更嚴重，2021 年 1 月 14 日，<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/3410466>，最後瀏覽日：2021 年 1 月 14 日。



內即可消弭於無形。法規管制之鬆綁不應以行政函釋為之是以，正本清源，遠距醫療法規鬆綁應循法規修正之程序辦理，以符依法行政原則。

## 五、一併檢討社會福利法規之適法性

衛福部主管社會福利法規的品質，鮮少有法律人深入探討提出修法建言。針對 2018 年 6 月臺灣大學所提「親密關係暴力被害人醫療使用及醫療成本推估模式初探計畫」期末報告，先不論其推估親密關係暴力被害人使用醫療成本，達健保總額每年 6、7 千億元的三分之一，不合理到令人無法想像，該計畫委託之根源，乃 2015 年 2 月 4 日家庭暴力防治法之修正<sup>148</sup>，要求主管機關應每四年對家庭暴力問題等進行調查分析，但期末報告卻自創法律名稱為「親密關係暴力防治法」。該委託研究計畫從投標計畫審查、期中報告、期末報告（初稿），部內多次的文書作業審核，皆無法發現錯誤。又，社會福利法規的修正（草案），亦見矛盾與不周，茲不贅述。本文附帶呼籲衛福部，應一併檢討社會福利法規之適法性，以確保民眾權益。

此外，現行諸多衛生法規，疏漏、矛盾、有違平等原則之處尚多：將已廢止檢覈制度作為資格取得條件、業務上違法或不正當行為處分是否移付懲戒、證書租借他人使用處罰規定彈性大小、不能執行業務應備查之代理期間規範不一、違反執業以一處為限裁罰後

---

<sup>148</sup> 家庭暴力防治法第 5 條第 1 項第 9 款增訂：主管機關應每四年對家庭暴力問題、防治現況成效與需求進行調查分析，並定期公布家庭暴力致死人數、各項補助及醫療救護支出等相關之統計分析資料。

應否令限期改善及限期次數等等問題，亦亟須深入檢證、探究與修正，以確保民眾醫療人權和醫事人員之平等工作權益。有鑑於醫學倫理是醫療行為的基石，民眾在使用醫療資源時，由於醫病資訊不對稱，藥品與檢查、檢驗的濫用與浪費，醫師需負大部分的責任<sup>149</sup>。醫學範圍的擴張導致「社會的醫療化現象」（medicalization of society），而正確的醫療才是最經濟的醫療，如何深植醫師的醫學倫理概念，減少醫師與製藥公司的不當糾結；強化民眾掌控並增進自身健康的議題，均值得加以研究，爰將繼續為文分析探討。

---

<sup>149</sup> 黃達夫，提升健保費率的同時，應改變支付制度，遠見華人菁英論壇，2021 年 1 月 13 日，<https://gvlf.gvm.com.tw/article/77181>，最後瀏覽日：2021 年 1 月 15 日。

## 參考文獻

### 一、中文部分

#### ■專書

1. William C. Cockerham 原著、何斐瓊譯，醫療社會學 Medical Sociology 12E，雙葉書廊有限公司，2015 年 9 月。
2. 王志嘉，醫師、病人誰說的算？病人自主之刑法基礎理論，元照出版有限公司，2014 年 9 月。
3. 何建志，醫療法律與醫學倫理，元照出版有限公司，2012 年 2 月。
4. 吳 庚，行政法之理論與實用，三民書局股份有限公司，2015 年 2 月十三版。
5. 吳秀玲，醫護健保與長照法規，三民書局股份有限公司，2019 年 6 月。
6. 吳秀玲、蘇嘉宏合著，醫事護理法規概論，三民書局股份有限公司，2020 年 9 月十四版。
7. 姚念慈，專科護理師護理人員法第 24 條問題與研究，元照出版有限公司，2015 年 6 月。
8. 許志雄、陳銘祥、蔡茂寅、周志宏、蔡宗珍合著，現代憲法論，元照出版有限公司，1999 年 9 月。
9. 郭年真，智慧醫療關鍵議題與對策之研究，國家發展委員會委託研究，2017 年 4 月。
10. 陳永興，台灣醫療發展史，月旦出版股份有限公司，1998 年 1 月二版。
11. 陳綠蔚主編，台灣醫療產業智慧化與國際化之機會與挑戰，財團法人中技社，2019 年 12 月。

12. 陳聰富，醫療責任的形成與展開，臺灣大學出版中心，2014 年 5 月。
13. 黃俊杰，行政罰法，翰蘆圖書出版有限公司，2006 年 3 月。
14. 黃偉堯、朱僑麗、林文德、劉嘉年，醫療保健制度，國立空中大學出版中心，2009 年 6 月。
15. 葛謹，台灣醫師制度與醫療糾紛案例評釋，元照出版有限公司，2011 年 8 月。
16. 劉靜怡，人工智慧潛在倫理與法律議題鳥瞰與初步分析－從責任分配到市場競爭，收錄於劉靜怡（編），「人工智慧相關法律議題芻議」，元照出版有限公司，2019 年 3 月。
17. 蔣榮先，從 AI 到智慧醫療，商周出版社，2020 年 7 月。
18. 賴進祥，醫療關係之危險責任，國立編譯館，2004 年 9 月。
19. 謝博生，醫療概論，台灣大學醫學院出版，2004 年 9 月。

#### ■ 期刊論文

1. 王服清、戴鈞宏、李怡玲合著，不確定法律概念與法律明確性原則之解析－以醫藥法下的醫療業務行為為中心，醫事法學，第 17 卷第 1 期，2010 年 6 月，第 73 頁。
2. 吳秀玲、葉明功、周淑婉合著，從法制面探討影響我國全民健康保險財務之因素，中正財經法學，第 14 期，2017 年 1 月，第 278-280 頁。
3. 李厚懿、張永生合著，電腦網際網路在臨床醫學之運用，臺灣醫界，第 41 卷第 2 期，1998 年 2 月，第 70 頁。
4. 紀志賢、張音合著，遠距醫療－國家資訊基礎建設在醫療保健的應用，臺灣醫界，第 40 卷第 1 期，1997 年 1 月，第 50 頁。
5. 張上淳，承先啟後－畢業後一般醫學訓練二年期的理念架構，景福醫訊，第 33 卷 4 期，2016 年 4 月，第 2-6 頁。
6. 張禹斌，NII 遠距醫療會診先導系統之推展現況，衛生報導，第 7 卷第 3 期，1997 年 3 月，第 12 頁。

7. 陳潔，科技讓醫療更人性 長庚醫師郭昶甫 AI 拉近醫病關係，天下雜誌，第 676 期，2019 年 7 月，第 42-44 頁。
8. 陳彥元、朱宗信合著，畢業後一般醫學訓練：以日本及英國為例，景福醫訊，第 33 卷第 4 期，2016 年 4 月，第 7-11 頁。
9. 陸哲駒、陳恆順、鄭伯壘、賴金鑫合著，遠距醫療的發展與落實，臺灣醫學，第 8 卷第 6 期，2004 年 11 月，第 826-831 頁。
10. 彭子珊，走出醫院 用深度學習顛覆中國醫療，天下雜誌，第 647 期，2018 年 5 月，第 102-106 頁。
11. 曾肇昌，談執業律師定期換證暨應行加入公會之妥當性，全國律師，第 3 卷第 11 期，1999 年 11 月，第 3-4 頁。
12. 黃清濱，醫療行為與醫師親自診察原則，醫事法學，第 20 卷第 2 期，2013 年 12 月，第 1-26 頁。
13. 楊玉隆，遠距手術之相關法律問題初探，月旦醫事法報告，第 30 期，2019 年 4 月，第 34-35 頁。
14. 楊玉隆，我國「醫師應親自診察」規定之法律分析，臺灣醫界，第 61 卷第 2 期，2018 年 2 月，第 47 頁。
15. 廖建瑜，藥師與密醫罪案：臺灣與日本法院之實務見解，月旦醫事法報告，第 39 期，2020 年 1 月，第 105 頁。
16. 劉宜廉，居家醫療相關的法律問題，臺灣醫界，第 62 卷第 9 期，2019 年 9 月，第 32-36 頁。
17. 蔡岳熹，側看日本的醫療崩壞，臺灣醫界，第 56 卷第 5 期，2013 年 5 月，第 64 頁。
18. 盧沛樺，人工智慧+萬物聯網=AIoT AI 下凡智慧生活成真，天下雜誌，第 647 期，2018 年 5 月，第 56-57 頁。
19. 戴志展，醫療行為與醫療糾紛，臺灣醫界，第 42 卷第 1 期，1999 年 1 月，第 57 頁。
20. 蘇嘉瑞，「誰開了這臺刀？」—「告知後同意」法則的精緻化與法學實證分析，科技法學評論，第 9 卷第 2 期，2012 年 12 月，第 249 頁。

### ■其他資料

1. 內政部統計處，內政統計通報 2020 年第 10 週，2020 年 3 月 7 日，  
[https://www.moi.gov.tw/files/site\\_node\\_file/8811/109%E5%B9%B4%E7%AC%AC10%E9%80%B1%E5%85%A7%E6%94%BF%E7%B5%B1%E8%A8%88%E9%80%9A%E5%A0%B1\\_%E8%80%81%E5%8C%96%E8%88%87%E6%89%B6%E9%A4%8A](https://www.moi.gov.tw/files/site_node_file/8811/109%E5%B9%B4%E7%AC%AC10%E9%80%B1%E5%85%A7%E6%94%BF%E7%B5%B1%E8%A8%88%E9%80%9A%E5%A0%B1_%E8%80%81%E5%8C%96%E8%88%87%E6%89%B6%E9%A4%8A)，最後瀏覽日：2020 年 8 月 23 日。
2. 李虎門，醫療創新科技！臺灣這些醫院正在改變你我看病方式…，  
環球生技月刊，2017 年 10 期，2017 年 10 月 31 日：  
<https://magazine.chinatimes.com/globalbio/20171031001771-300222>，最後瀏覽日：2020 年 8 月 23 日。
3. 邱文聰，由醫療資訊談國家對醫療權力的管制，臺灣大學法研所碩士論文，1998 年 7 月。
4. 厚生労働省，平成 30(2018)年医師・歯科医師・薬剤師統計の概況，  
2020 年 12 月 19 日，<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/ishi/18/dl/gaikyo.pdf>，最後瀏覽日：2020 年 11 月 1 日。
5. 國家發展委員會，人口推估－高齡化時程，2020 年 8 月：  
[https://www.ndc.gov.tw/Content\\_List.aspx?n=695E69E28C6AC7F3](https://www.ndc.gov.tw/Content_List.aspx?n=695E69E28C6AC7F3)，最後瀏覽日：2020 年 8 月 23 日。
6. 張慈映，日本鬆綁法規 幫遠距照護開路，i 創科技，2018 年 6 月 5 日，  
<https://www.itritech.net/blog/japan-changed-medical-regulations/>，最後瀏覽日：2020 年 10 月 30 日。
7. 陳敦源，政府公共溝通：新型態網路參與及溝通策略，電子治理研究中心委託研析報告，2017 年 3 月，第 1 頁。
8. 黃翠蘋，南跨 218 公里～高雄長庚與衛福部臺東醫院「遠距醫療門診啟用簽約」，長庚醫訊，第 41 卷第 8 期，2020 年 8 月，  
[https://www.cgmh.org.tw/cgmh/category.asp?id\\_seq=1812004#.X0OQwc](https://www.cgmh.org.tw/cgmh/category.asp?id_seq=1812004#.X0OQwc)

gzZPY，最後瀏覽日：2020 年 8 月 23 日。

9. 台灣新生報，紋繡眉毛不屬醫療行為，2018 年 12 月 5 日，  
<https://tw.news.yahoo.com/%E7%B4%8B%E7%B9%A1%E7%9C%89%E6%AF%9B%E4%B8%8D%E5%B1%AC%E9%86%AB%E7%99%82%E8%A1%8C%E7%82%BA-160000557.html>，最後瀏覽日：2020 年 11 月 4 日。
10. 趙從賢，台灣醫學系改制之歷史脈絡簡介與課程整合規畫，林口長庚醫院醫教電子報，第 140 期，2017 年 4 月。
11. 自由時報電子報，3 科門診與急診先試行 遠距醫療納健保給付，2021 年 1 月 11 日，<https://news.ltn.com.tw/news/life/paper/1424625>，最後瀏覽日：2021 年 1 月 14 日。
12. 聯合新聞網，新冠肺炎疫情數據全報導，2021 年 1 月 14 日，<https://udn.com/news/COVID19>，最後瀏覽日：2021 年 1 月 14 日。
13. 自由時報電子報，假期後增 500 萬人確診 WHO：今年疫情恐比去年更嚴重，2021 年 1 月 14 日，<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/3410466>，最後瀏覽日：2021 年 1 月 14 日。
14. 黃達夫，提升健保費率的同時，應改變支付制度，遠見華人菁英論壇，2021 年 1 月 13 日，<https://gvlf.gvm.com.tw/article/77181>，最後瀏覽日：2021 年 1 月 15 日。



## 貳、日文部分

### ■ 專書

1. ロバート・メンデルソン著，弓場 隆訳，こうして医者は嘘をつく，三五館株式会社，2016 年 12 月 5 日。
2. 大谷 實，医療行為と法，弘文堂，1987 年 4 月。
3. 大前研一，「老後不安不況」を吹き飛ばせ「失われた 25 年」の正体と具体的処方箋，PHP 研究所，2017 年 3 月。
4. 山本五十年，在宅医療のすすめ超高齢社会に向けた提言，幻冬舎，2019 年 4 月。
5. 加藤浩晃，医療 4.0 第 4 次産業革命時代の医療～未来を描く 30 人の医師による 2030 年への展望，日経 BP 社，2018 年 7 月。
6. 平井謙二，医療経営士・初級テキスト 3 (第 4 版) 日本の医療関連法規―その歴史と基礎知識，第四版，日本医療企画，2018 年 7 月。
7. 本田 宏，医療崩壊の真相、現場からの告白，本当の医療崩壊はこれからやってくる！，洋泉社，2015 年 2 月。
8. 本田 徹，世界の医療の現場から―プライマリ・ヘルス・ケアと SDGs の社会を，連合出版，2019 年 3 月。
9. 池上直己，医療の政策選択，勁草書房，1996 年 2 月。
10. 米田泰邦，医事紛争と医療裁判―その病理と法理，成文堂，1993 年 12 月 1 日二版。
11. 村松慎一著，木村廣道監修，地域医療における ICT，変貌する医療市場研究・技術革新・社会実装，かんき出版，2017 年 11 月。
12. 前田俊輔，遠隔医療が高齢者医療を救う AI がひらく個別化医療の時代，PHP 研究所，2017 年 5 月。
13. 後藤新平，国家衛生原理，復刻版，創造出版，1978 年 11 月。
14. 真野俊樹，医療マーケティング，日本評論社，2019 年 7 月三版。

15. 高野龍昭，これならわかるスッキリ図解介護保険，翔泳社，2015年3月二版。
16. 現代法学研究会編，法学入門 法学基本辞典，現代法学研究会印行，1995年8月八版。
17. 野田 寛，医事法上巻，青林書院，1990年4月。
18. 野田一成，患者は知らない 医者の真実，ディスカヴァートゥエンティワン株式会社，2016年4月
19. 植木 哲，医師の法律学，有斐閣，1998年4月。
20. 渡辺さちこ、アキよしかわ，日本医療クライシス「2025年問題」へのカウントダウンが始まった，幻冬舎，2015年6月。
21. 渡辺充彦、竹重俊文、渡辺征克，地域包括ケアシステム時代に勝ち残る医療・社会福祉法人「経営変革」の教科書，日本実業出版，2016年9月。
22. 瀧井一博，ドイツ国家学と明治国制－シュタイン国家学の軌跡，ミネルヴァ書房，1999年10月。

#### ■ 期刊論文

1. 谷口修一，「先端医療」は最善の医療ではない，文藝春秋，第93巻第6号，2015年5月，第270-273頁。

## Comment on the Defects of Physicians Act

*Shu-Ling Wu\**

### Abstract

It has been 7 years since the Ministry of Health and Welfare established on July 23rd, 2013. The laws and regulations it enforces annexed a great number of social welfare laws besides those health care ones concerning medicine, nursing, health insurance and food and drug administration enforced by the Ministry of Health, its predecessor. However, there are many defects in present health care laws. For example, there may be an article amended or abolished yet its punitive article did not make synchronous change, or there may be several different laws regulate the same behavior of health care personnel where their punishments varies without a unified standard. Other defects exist in some express statutory provisions and selective law enforcement of some competent authorities. The defects and related problems of Physicians Law were discussed as major issues in this article. The findings will be presented to the central authorities as a remedy suggestion.

**Keywords:** Physicians Act, Medical Behavior, Intern, Telemedicine,

---

\* National Taipei University of Nursing and Health Sciences Adjunct Associate Professor; Ph.D., Institute of China and Asia-Pacific Studies National Sun Yat-sen University.

Artificial Intelligence, Principle of Equality

