

刊登於月旦法學教室第 66 期，2008 年 4 月，第 68-80 頁。

醫療法：第二講

醫師的行政管制（上）

陳聰富

台灣大學法律學院教授

壹、序言

醫師從事醫療行為，關係病人健康及社會衛生安全。對於醫師的資格及醫療行為，法律必須予以嚴格規範。因而行政法規對於醫師的資格取得與執業登記，設有詳細規定，以保障醫師的專業品質與服務品質。醫師之執業行為，不僅涉及醫師之個人利益及病人福祉，且具有公共利益之性質，並非一般商業行為，不得以營利為主要目的。因而法律上對於醫師的執業行為，具有嚴格的管制規定。

再者，醫師的醫療行為具有一定之風險，為正確診斷病情，進行合理的處置與治療，且為公共衛生的維護，醫療法規對於醫師的醫療行為規定廣泛的行政法上義務，督促醫師遵守，以保障病人就醫權益。

此外，醫師接觸病人，知悉病人之健康資訊。又醫師從事醫療行業，可能發現、接觸傳染病患者、精神病患者、犯罪被害人及兒童或老年之受虐者，法律為行政上之一定目的，在行政法規中規定醫師的保密義務與通報義務等，以達成各項行政法規所設定之目的。

醫事人員係屬專門職業人員，在法律上無不規定其身分上與行為上的管制措施。例如：醫師法、護理人員法、職能治療師法及藥師法等。其中以醫師的身分及行為管制最為詳盡，實務上所生爭議最多，因而本文以醫師的行政管制為主題，討論醫師的身分管制及行為管制。對於醫師身分的取得、執業登記及醫師的各種行政法上義務，詳細說明。此外，醫師在行政法上受到行政裁罰時，對於處罰的對象與事由，以及行政救濟程序，本文就實務發生之問題，予以檢討介紹¹。

一、醫師資格之取得

醫療工作具有高度專業性與危險性，不具備醫師資格之人，在診斷、處置及用藥上難免錯誤，危及病患安全及危害醫療品質。若醫療機構為增加醫院收益與績效，不顧病

¹ 作者於撰寫本文時，參考台灣大學法律學院蔡宗珍教授於台大醫學院主辦「醫學法律核心課程與師資培訓工作坊」（2007 年 9 至 12 月）之講授內容，獲益良多，在此表示感謝。

人利益，而僱用密醫執行業務，顯然違反醫學倫理上的「行善原則」與「不傷害原【月旦法學教室第 66 期，2008 年 4 月，第 68 頁】則」²。因而醫師法第一條規定：「中華民國人民經醫師考試及格並依本法領有醫師證書者，得充醫師。」醫師法第七條之二規定：「非領有醫師證書者，不得使用醫師名稱。」旨在維護病患利益與社會正義，及杜絕密醫可能造成之危害。因而，醫學系或牙醫系畢業學生，未取得醫師證書，擔任實習醫師期間，卻在名片上印製「醫師○○○」者，係違反本條規定，應課處罰鍰之處分。關於醫師必須經醫師考試及格並領有醫師證書，始得執業之規定，在實務上發生二類案例。第一類案例為中醫師資格之認定問題。在最高行政法院九十四年度判字第一六六一號判決一案，上訴人主張，其於一九七九年間業已取得美國加利福尼亞州之執業執照。且上訴人自一九八一年起，於美國「WANG ACUPUNCTURE CANTER」即擔任負責醫師，分別獲考試院頒發台檢中醫僑字號考試及格證書，足證上訴人當時已考試檢覈及格，其後更獲行政院衛生署頒發僑中字第三五〇號中醫師證書，是以上訴人於一九八六年間即已依法取得中醫師資格，因而得以申請中醫師執業。

惟主管機關認為，依據醫療法規定，上訴人應以在中華民國之醫療院所之執業年資始得以採計，且上訴人未依中醫師檢覈辦法回國參加面試或筆試，即無法取得在國內執行中醫師業務之權利。上訴人於二〇〇一年間持「僑中」字中醫師證書向主管機關申請開、執業登記，因其未取得「台中」字中醫師證書，未具有合法醫師資格，即無醫師法第八條申請執業登記規定之適用。

本案最高行政法院謂：「上訴人領有行政院衛生署一九八六年十二月十九日發給之僑中字第三五〇號中醫師證書，未領有『台中』字中醫師證書，於二〇〇一年十月二十四日向台北市信義區衛生所申請中醫診所開業暨中醫師執業登記，經被上訴人適用中央法規標準法第十八條規定，依新法規即前開修正後醫師法第三條第四項規定：『已領有僑中字中醫師證書者，應於二〇〇五年十二月三十一日前經中醫師檢覈筆試及格，取得台中字中醫師證書，始得回國執業。』而請上訴人補正『台中』字中醫師證書後，再行依法掣發執業執照，揆諸前述，尚無不合。」而駁回上訴人之請求³。【月旦法學教室第 66 期，

2 蔡甫昌、楊哲銘、謝博生，醫療機構容留未具醫師資格人員診治病患之倫理與法律問題，台灣醫學，9 卷 3 期，2005 年 5 月，3 頁。

3 本案另涉及 1988 年 8 月 22 日制定之中醫師檢覈辦法第 6 條規定，申請中醫師檢覈者，予以筆試，及第 10 條規定：「已持有『僑』字中醫師考試及格證書者，回國執業時，仍應依照第 6 條之規定補行筆試。」釋字第 547 號解釋認為：「……此一規定（按指中醫師檢覈辦法 10 規定），故法律整體規定之關聯意義為綜合判斷，僅屬專門職業及技附人員考試法暨醫師法所授權訂定之中醫師檢覈辦法中關於考試技術之變更，並不影響華僑依中醫師檢覈辦法所已取得『僑』字中醫師及格證書及『僑中』字中醫師證書之效力，更無逾越前開法律授權之範圍或增加母法所無之限制，與憲法保障人民權利之意旨並無違背。」又最高行政法院 2002 年 2 月 26 日庭長法官聯席會議決議：「已持有『僑』字中醫師考試及格證書者，因未同時取得『台』字中醫師證書，回國執業時，仍應依照第 6 條之規定補行筆試，為中醫師檢覈辦法第 10 條所明定，領有考試院醫師考試及格證書及行政院衛生署頒發之僑字中醫師證書者，僅取得在僑居地開、執業之中醫師資格證書，此觀當時有效之醫師法第 3 條、中醫師檢覈辦法第 2 條第 3 款及第 8 條第 2 項規定自明，故回國未補行考試及格取得『台』字中醫師證書前，僅執『僑』字中醫師證書，不得在台申請開、執業中醫師業務。」

2008 年 4 月，第 69 頁】

第二類案例為密醫執業及醫療機構容留未具醫師資格人員診治病人。關於密醫執業，除單純無醫師執照而執業外，常見案例為「借牌醫師」。例如：某甲並無醫師資格，以每月二萬元之代價，向八十三歲之乙醫師租用牙醫師證書，擅自為病人執行牙疾診療行為⁴。

本案之某甲「未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務」，構成醫師法第二八條之密醫罪。至於乙醫師將醫師證書借給他人使用，除成立醫師法第二八條規定密醫罪之共犯外，因其為醫療機構負責醫師（醫療法十八），卻容留未具醫師資格人員執行醫療業務，依醫療法第一〇八條第五款規定，得處以罰鍰、停業處分或廢止其開業執照。再者，依醫師法第二五條規定，醫師具有業務上不正當行為者，應由醫師公會或主管機關移付懲戒，對乙醫師得課與警告、停業、廢止執業執照或廢止醫師證書之處分（醫師法二五之一）⁵。除上開醫師懲戒委員會課予之懲戒罰外，依醫師法第二八條之四第四款規定，主管機關對於「將醫師證書租借他人使用」之乙醫師，亦得課予罰鍰、停業、廢止執業執照或廢止醫師證書之處分⁶。

關於醫療機構容留未具醫師資格人員診治病人，在最高行政法院九十五年度判字第一三〇二號判決一案，「尊生堂中醫診所」負責醫師某甲，明知某乙係中興醫院病歷室主任，並未取得合法醫師資格，惟甲自一九九九年七月起仍容留某乙在其診所內替病人看診，執行醫療業務。主管機關以甲醫師違反行為時醫師法第二五條規定，處以停業一年之處分。

甲醫師不服，主張醫師法已於二〇〇二年修正，將原第二五條規定移至第二八條之四，修正後醫師法第二八條係規定「得併處」，因而新法係以罰鍰為主罰，而得併處限制執業範圍、停業處分或廢止其執業執照等行政罰，係附隨於罰鍰之效果，應屬從罰，是依「從新從輕」原則，主管機關逕以行為時醫師法規定，科以停業一年之最重處分，尚非合法。

本案涉及新法與舊法規定「從新從輕」原則之問題，本案行為時醫師法第二五條規定：「醫師於業務上如有違法或不正當行為，得處一個月以上一年以下停業處分或撤【月旦法學教室第 66 期，2008 年 4 月，第 70 頁】銷其執業執照。」但二〇〇二年修正公布之醫師法第二八條之四第三款則規定：「醫師有下列情事之一者，處新台幣十萬元以上五

4 案例參見蔡甫昌、楊哲銘、謝博生，提供執照予密業執業的倫理與法律問題，台灣醫學，8 卷 4 期，2004 年 7 月，553 頁。

5 醫師法第 25 條第 5 款規定：醫師具有「前 4 款及第 28 條之 4 各款以外之業務上不正當行為。」由醫師公會或主管機關移付懲戒。依據文義解釋，在醫師具有醫師法第 28 條之 4 各款之行為者，除得以處罰鍰、停業處分、廢止其執業執照或廢止其醫師證書外，不得移付懲戒。此項解釋，與法律規定之目的不符。蓋醫師法第 28 條之 4 各款之不正當行為，其嚴重性不亞於醫師法第 25 條規定之不法行為，應同受懲戒或處分，始稱合理。

6 關於醫師之懲戒罰與行政罰之關聯，參考本講次（下）肆、醫師之制裁處分（將於月旦法學教室下期刊載）。

十萬元以下罰鍰，得併處限制執業範圍、停業處分一個月以上一年以下或廢止其執業執照：情節重大者並得廢止其醫師證書：……三、聘僱或容留違反第二八條規定之人員執行醫療業務。」

最高行政法院謂：「查二〇〇二年一月十六日修正公布前醫師法第二五條規定之處罰種類僅有『一個月以上一年以下停業處分』及『撤銷執業執照』二種，且僅能擇一處罰，而二〇〇二年一月十六日修正公布之醫師法第二八條之四第三款規定之處罰種類則除上開二種外，尚有『新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰』、『限制執業範圍』、『廢止醫師證書』等三種，雖然新法係以罰鍰為必罰之項目，而其他四種均為選罰（即得併罰）之項目，惟比較處罰之輕重，並不能僅以必罰項目為唯一依據，尚須斟酌選罰之項目，始能作全盤之比較，又比較處罰輕重之順序，依例係先比較最重度者，當最重度者相同時，再比較最輕度者，本件新法之最重度處罰係處罰鍰五十萬元併撤銷執業執照及廢止醫師證書，而舊法之最重度處罰為撤銷執業執照，兩相比較即知新法之處罰較舊法為重，即無須再比較最輕度之處罰。」據此、本案醫師請求撤銷原行政處分，並無理由。

二、醫師之執業登記

依醫師法第八條規定：「醫師應向執業所在地直轄市、縣（市）主管機關申請執業登記，領有執業執照，始得執業。」第八條之二規定：「醫師執業，應在所在地主管機關核准登記之醫療機構為之。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。」據此，醫師執業，應取得執業執照，並僅得在核准登記之醫療機構執業。醫師不得在核准登記之醫療機構外，任意替人看診。在醫師歇業或停業時，應自事實發生之日起三十日內報請原發執業執照機關備查（醫師法十、醫療法二三）。違反上開執業規定者，主管機關得課處罰鍰之處罰（醫師法二七、醫療法一〇一）。

再者，醫師設置醫療機構時，依法應符合一定之設置標準。關於醫療機構之設置標準，依醫療法第十二條第三項規定：「醫療機構之類別與各類醫療機構應設置之服務設施、人員及診療科別設置條件等之設置標準，由中央主管機關定之。」違反設置標準者，得處以罰鍰之處罰。經處以罰鍰並令限期改善而屆期未改善者，得處一月至一年之停業處分（同法一〇二）。在訴願實務上，有某醫院因營運不善，於醫院評鑑時，發現該醫院缺少醫事檢驗師一名、護理人員不足二名、病床間距不符規定、欠缺急救藥品、滅火器過期、緊急供電設備無法啟動、缺少建築物防火避難設施與設備安全檢查申報結果通知書等，因其不符合醫療機構設置標準，而被課處罰鍰。該醫院提出訴願時，雖抗辯其已著手改制為診所，不再做無謂投資。但衛生署認為，該醫院既仍繼續收容病患，尚未依醫療法第十五條規定，辦理重新申請核發開業執照，其違規行為仍然成立，訴願因而被駁回。

三、醫藥分業【月旦法學教室第 66 期，2008 年 4 月，第 71 頁】

所謂醫藥分業係指，醫師與藥事人員專業分工、各司其職，使「醫師處方而不調劑，藥事人員調劑而不處方」。換言之，醫藥分業制度為醫師專職於診斷、處置及開立處方箋，藥師則依據醫師開立的處方箋調劑藥品，並提供用藥指導等藥事服務。

我國實施醫藥分業之法律依據為藥事法第一〇二條，該條規定：「醫師以診療為目的，並具有本法規定之調劑設備者，得依自開處方，親自為藥品之調劑。全民健康保險實施二年後，前項規定以在中央或直轄市衛生主管機關公告無藥事人員執業之偏遠地區或醫療急迫情形為限。」據此，我國自一九九四年三月開始實施醫藥分業制度。但因醫藥界的嚴重利益衝突，政府分區分階段實施「雙軌制」醫藥分業。亦即，實施醫藥分業診所可以聘請藥事人員調劑藥品，或交付處方箋給民眾到特約藥局調製，使病患可以自由選擇調劑場所。雙軌制醫藥分業實施後，紛紛衍生診所聘請藥師、門前藥局、甚至掛牌藥師等情形⁷。

依據健保局統計顯示，二〇〇四年十至十二月間，全台健保特約西醫診所共有四七四一七二七七個給藥案件，其中一六〇四三二六七個是診所交付處方箋（即藥單）給病人，再由病人到藥局領藥，處方箋釋出率為百分之三十三・八三⁸。為鼓勵醫師釋出處方箋給藥師調劑藥品，以達成醫藥分業之目標，健保局之健保給付中，特別對於醫師釋出處方箋者，給付一定金額之「處方交付調劑診察費」。

在實務運作上，許多醫師為收取「處方交付調劑診察費」，而發生未交付處方，卻虛報健保給付費用之情形。例如：三豐診所負責醫師甲自行向藥商購買藥品，要求藥商開立以山河藥局乙藥師為名義的統一發票。實際上，由三豐診所自行調劑藥品給藥，再將處方箋交由山河藥局申報相關藥事服務費及藥費。山河藥局則在每月申報之醫藥費用中，扣下百分之十的所得稅費用後，將剩餘費用以現金交付甲醫師。甲醫師除賺取藥事服務費及藥費，並同時向健保局申請給付「處方交付調劑診察費」。

三豐診所甲醫師之行為，係屬虛報處方交付調劑診察費之違規行為，全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第六六條第九款規定：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告或陳述，申報醫療費用」者，健保局應予以停止特約一至三個月。同辦法第六七條第一款規定，停止特約經執行完畢後，二年內再有違約情事者，應予終止特約或停止特約一年。

此外，為貫徹醫藥分業制度，除偏遠地區或醫療急迫情形外，醫師並無藥品調劑權。因而在上開甲醫師自行調劑藥品之案例，主管機關得以醫師違反藥事法第三七條第二項關於藥品之調劑，應由藥師為之之規定，而依據同法第九二條第一項規定，課處【月旦

7 蔡昭華，從醫藥分業探討基層醫療診所藥師之角色，中山大學人力資源管理研究所碩士論文，2002年，6、8、10頁。

8 http://www.nhi.gov.tw/webdata/webdata.asp?menu=1&menu_id=&webdata_ID=1764，訪問日期：2008年2月12日。

法學教室第 66 期，2008 年 4 月，第 72 頁】甲醫師罰鍰處分。

參、醫師之行為管制

一、執業行為管制

醫事人員之診斷與治療行為，攸關民眾之健康與安全，非屬一般商業行為，不得以營利為主要目的，而應顧及病患接受醫療之權利。因而醫師之收費，不得僅以營利與績效作為衡量標準。醫療行為並非商業行為，更不得從事非法之醫療廣告。至於醫師使用之藥品，若涉及管制藥品，須嚴格遵守法律規定。醫師從事之醫療行為中具有倫理上之爭議性者，必須經報請主管機關之許可。茲分述如下：

（一）依法收費

為促進醫療事業之健全發展，合理分配醫療資源，提高醫療品質，保障病人民眾就人醫之權利，增進國民健康，法律上有必要遏止醫療機構向病患收取不合規定之醫療費用（如違反收費標準，自立名目收費），因而醫師法第二十條規定：「醫師收取醫療費用，應由醫療機構依醫療法規規定收取。」醫療機構收取醫療費用之標準，係由直轄市、縣（市）主管機關核定之（醫療法二）。且依醫療法第二二條第二項規定：「醫療機構不得違反收費標準，超額或擅立收費項目收費。」違反者，主管機關得對於醫療機構及醫師課處罰鍰處分（醫療法一〇三 I①、醫師法二九）。

在實務運作上，經常發生者為「自立名目」收費之案例。在最高行政法院九十二年度判字第四二號判決一案，原告為診所負責醫師，為病患進行肢體縫合手術，診治過程全額自費。其中「住院費」九千元部分，主管機關認為，依據「高雄市私立醫院診所收費標準表」，原告為診所而非醫院，不得收取「住院費用」。原告被課處罰鍰後，不服而起訴主張觀察病床亦屬病床之一種，上開「收費標準表」，創造增加「觀察床為二十四小時之限制」，係屬法律所無之規定，並非合法。

但行政法院支持主管機關之見解，認為該收費標準表有關門診及急診觀察床之收費標準規定：「三小時以內二百至四百元，三小時以上（二十四小時內）三百至八百元」，與病房費係以每日為單位計算者不同，足見診所之觀察床與醫院之病房迥異。診所設置「觀察病床」僅限於應門診者短期觀察病情之用，與醫院供長期治療之用之「病床」不同。該診所既非醫院，即不得收治住院病人，收取按日計算之住院費用，因而原告之主張應予以駁回。

於全民健保爭議審議實務上，某甲診所在病患因包皮發炎至診所就診時，要求病患自費支付手術費用、抽血及驗尿檢查淋病及梅毒費用，以及施打抗生素及生長激素等費用。健保局以甲診所自立名目要求保險對象自費，而予以違約記點處分，並按其自立名目收

取之費用處以五倍罰鍰五萬元⁹。

所謂自立名目收費，依據衛生署意見，係指「屬本保險（按指全民健康保險）給付【月旦法學教室第 66 期，2008 年 4 月，第 73 頁】項目且符合使用規定並向保險對象收費者，不論特約醫事服務機構是否事前取得保險對象手術同意書或自願付費同意書，或事後有否退費，則屬自立名目」收費。醫院收取之費用，必須「本保險不給付項目向保險對象收費者，不屬自立名目。¹⁰」本案病患為全民健康保險之保險對象，其梅毒、淋病檢查及包莖環切術等項目，均屬全民健保給付之項目，甲診所得向健保局申報醫療費用。其於申請健保局給付醫療費用外，並額外對病患收取費用，應構成醫療法第二二條第二項規定之醫療機構違反收費標準，超額或擅立收費項目收費，主管機關得對於甲診所科處罰鍰處分，應屬合法。在刑事責任上，因甲診所於申請健保給付外，並向病患額外收費，亦有構成詐欺罪之嫌。

最後，在訴願實務上，某診所在一般掛號費之外，在夜間九時三十分之後掛號者，加收「超時掛號費一百元」。此項費用之加收是否違反醫療法第二一條之規定，不無疑義。衛生署曾多次發布函釋，認為「掛號費屬醫療行政管理費用，並非醫療上所發生之費用，自不屬醫療法第十七條〔按現行法二一〕所稱之醫療費用。」「故醫療機構之掛號費，由其自行訂立收費標準收取。¹¹」據此，醫院或診所似得任意自行訂立掛號費金額，而無須依據主管機關核定之醫療費用收費標準。惟其後，衛生署為避免醫療機構藉由行政管理費用之名，巧立名目收費，損害病患之就醫權益，乃於二〇〇七年六月二十日以衛署醫字第〇九六〇〇二四三〇五號函釋，掛號費不屬現行醫療法第二一條規定所稱之醫療費用，係指一般掛號費而言。依醫療法第二二條第二項規定，醫療機構仍不得違反收費標準，超額或擅立收費項目收費。醫療機構以超過掛號時間為由，加收超時掛號費，應屬擅立名目收取額外費用。因而主管機關得依醫療法第一〇三條第一項第一款規定，對違反之醫療機構處以罰鍰之處罰。

（二）醫療廣告

關於醫療服務的廣告，醫療法設有嚴格規定。首先，非醫療機構，不得為醫療廣告（醫療法八四）。其次，醫療機構之廣告，其內容僅以醫療機構名稱、醫師姓名、全民健保特約醫院字樣及診療科別與診療時間為限（醫療法八五），並不得假借他人名義宣傳或利用贈與醫療刊物為宣傳行為（醫療法八六）。

主管機關對於醫療廣告內容之規範，執行甚為嚴格。例如：在實務上，長春診所申請核准設置之科別為一般科，但其懸掛市招載有「長春內兒科耳鼻喉診所、附設皮膚科、

9 蔡甫昌、楊哲銘，醫師自立名目收取醫療費用之倫理與法律問題，台灣醫學，7 卷 5 期，2003 年 9 月，764 頁。

10 衛生署，健保醫字第 0910014112 號函。參見蔡甫昌、楊哲銘，註 9 文，767 頁。

11 衛生署 1990 年 10 月 26 日衛署醫字第 905134 號函、1993 年 7 月 28 日衛署醫字第 8248697 號函及 1995 年 6 月 15 日衛署醫字第 84031154 號函。

泌尿科、腸胃科」等文詞，即屬違法醫療廣告，應依醫療法第一〇三條課處罰鍰之處罰。

由於醫療從業人員急速增加，醫療機構擴充等結果，醫療服務業面臨劇烈競爭，因而違規醫療廣告層出不窮。在實務上經常發生者為，以發表學術著作之名，作為廣告手【月旦法學教室第 66 期，2008 年 4 月，第 74 頁】段。例如：在最高行政法院九十三年度判字第一一〇二號判決，上訴人為「寶仁內科中醫診所」負責醫師，在中時晚報等報紙，登載「二十一世紀癌症治療新道路——甲〇〇提眉新思維、新認識、新療法」之廣告五則，其廣告內容係刊載「紫杉醇化療『乳腺癌』、『子宮、卵巢瘤』與寶仁中醫藥療效的比較」、「新中醫藥內服療法遠勝紫杉醇化療法」、「新中醫藥內服療法成效驚人，值得研究者、醫療界、及病患參考」、「新中醫藥治療成功率高」、「西法切除中醫續療有益患者」、「新中醫藥通透硬塊三十天內軟化」等報導，且於每篇廣告文末均刊有「著作者甲〇〇小檔案（介紹上訴人中醫師之經歷），甲〇〇醫、哲、文學著作處：台灣省高雄縣岡山鎮〇〇路六十號，FAX：（〇七）〇〇〇〇〇〇〇〇、TEL：〇〇〇〇〇〇〇〇，癌患之『醫療諮詢』，請利用 FAX 電傳，或郵政快遞投寄」等字樣。

上訴人主張，其所著「二十一世紀癌症治療新道路」一書，係屬醫療學術著作，且刊登目的在於提供及喚起中醫後進及癌研者的認同，以承接此治癌的新路徑，以及匡正人類對於癌症的錯誤認識等，並非宣傳醫療業務以達招徠患者醫療之目的，是依醫療法第六二條第二項規定（現行法八七 II），不得視為醫療廣告。

現行醫療法第八七條第二項固然規定：「醫學新知或研究報告之發表、病人衛生教育、學術性刊物，未涉及招徠醫療業務者，不視為醫療廣告。」但醫學新知報導，必須未涉及招徠醫療業務，否則仍屬醫療廣告。因而本件最高行政法院謂：「本件上訴人刊登之上開五則廣告，其文末所載之甲〇〇醫、哲、文學著作處『台灣省高雄縣岡山鎮〇〇路六十號』，即係『寶仁內科中醫診所』之實際開業地址，顯已違反醫療法第六十條所規範之事項，再者，上訴人刊登之五則廣告是否為醫療廣告，其判斷固然須顧及上訴人主觀上之認知及訴求，但廣告之訴求目的，亦應從社會一般通念來判斷，上開五則廣告刊載之內容，一再強調中醫藥內服療法之成效驚人、遠勝於西醫化學療法，且於各則廣告文末附有介紹上訴人中醫師經歷之小檔案、聯絡地址、電話、傳真號碼及癌患之醫療諮詢等字樣，依社會通念而言，顯係針對一般人對於西方醫學治療方法能否治癒癌症之懷疑心理，藉此宣傳中醫藥療效以達招徠病患醫療為目的，應屬醫療法欲規範之醫療廣告，是上訴人主張系爭報載之內容，僅屬伊私人著作之發表，非屬醫療廣告云云，尚難憑採。」

（三）管制藥品之使用

醫師法第十九條規定：「醫師除正當治療目的外，不得使用管制藥品及毒劇藥品。」蓋管制藥品或具有毒性或具有成癮性及濫用性，不僅對於病患身體健康有所妨礙，甚且妨礙社會安全，因而必須嚴格管制，以防止濫用、誤用或流用。關於管制藥品之使用人、

使用執照、調劑人及專用處方箋，管制藥品條例均予以嚴格規定，並須詳實登錄簿冊，以供查核。¹²

在實務上，醫師濫用管制藥品者，不乏其例。在行政院二〇〇七年六月二十七日院【月旦法學教室第 66 期，2008 年 4 月，第 75 頁】台訴字第〇九六〇〇八七二四七號決定書一案，訴願人係某內科小兒科診所之負責醫師，於二〇〇三至二〇〇六年間，實際上未為病患進行診療，卻偽造病歷資料，囑病患先行支付掛號費一百元後，再依病患自行決定所欲施打之針劑數目，為之施打第四級毒品 Diazepam，並按每一針劑收取一百元。經檢察官以訴願人販賣第四級毒品，違反毒品危害防制條例等規定，提起公訴。主管機關乃依管制藥品管理條例第三六條規定，自起訴之日起，暫停訴願人處方、使用或調劑管制藥品。

訴願人不服，抗辯毒癮者為病人，其對求診者使用 Diazepam，採取對症療法，並不違反醫學原則，且所使用之管制藥品為合法購買，按規定逐日登記及定期申報，並無不法。但行政院則仍以訴願人使用 Diazepam 管制藥品之用藥行為，係屬不正當之管制藥品用藥行為，而維持原處分。

除對於毒癮者，醫師可能成為販賣毒品之犯罪人外，對於慢性精神病患者，醫師違反管制藥品管理條例之規定，亦經常發生。例如在訴願實務上，某診所負責醫師長期為失眠病人使用大量管制藥品。對於同一位病人，在二〇〇七年五月間開立 Zipsoon 及 Zolpi（均為治失眠症藥物）共六一一〇粒，在六月間開立相同藥物二八四三粒，在七月一日至二十日間開立 Zipsoon 共三一六〇粒。

負責醫師雖抗辯，其所為之用藥行為，係因部分病患需要出國旅行，經其評估後，所為之醫療專業判斷，屬於醫療專業的「判斷餘地」，主管機關應予以尊重。但依據管制藥品管理條例第六條規定：「醫師……非為正當醫療之目的，不得使用管制藥品。」主管機關認為本案負責醫師用藥量明顯超過醫療常規，用藥行為有濫用傾向，屬於醫療使用不當之行為，因而對於該醫師處以罰鍰之處分（管制藥品管理條例三九 I）。本件負責醫師之行為，同時構成醫師法第二五條第三款「非屬醫療必要之過度用藥行為」，依法應移付醫師懲戒。

（四）須經許可之醫療行為

醫師之職責為治療病人，為病患醫治疾病。但醫學發展日新月異，醫學技術不僅在於傳統的醫治病人，還可以進行許多人類在過去無法享有的醫療服務。然而，愈是進步的醫學技術，其實行的結果，愈可能對於人類的未來，引發前所未有的變局。其所涉及的倫理與法律議題，更行複雜難解。同時，尖端的醫學技術，隱存著許多可知與不可知

12 參見管制藥品管理條例第 6、7、8、9、11 條。

的風險。因而，對於許多醫療行為，國家機關必須介入管制，以維護社會道德觀念、風險的適度分配與人類福祉的追求，使醫學技術的發達與道德、風險分配等，獲得適度的協調。

許多醫療行為，因涉及倫理爭議，需得主管機關許可後，始可為之。例如，為健全人工生殖之發展，保障不孕夫妻、人工生殖子女與捐贈人之權益，並維護國民之倫理及健康，因而有人工生殖法的訂定。但依人工生殖法第六條規定：「醫療機構應申請主管機關許可後，始得實施人工生殖、接受生殖細胞之捐贈、儲存或提供之行為。」又如，為實施優生保健，提高人口素質，保護母子健康及增進家庭幸福，法律允許人工流產。但優生保健法第五條規定：「本法規定之人工流產或結紮手術，非經中央主管機關指定【月旦法學教室第 66 期，2008 年 4 月，第 76 頁】之醫師不得為之。」再者，為恢復人體器官之功能或挽救生命，法律允許醫師得摘取屍體或他人之器官施行移植手術，但人體器官移植條例第十條規定：「醫院、醫師應報請中央衛生主管機關核定其資格及器官之類目，始得施行器官之摘取、移植手術。」

上述法律規定，無非鑑於醫學進步與國民之需要，而允許醫師從事特定之醫療行為。但由於人工生殖、人工流產或人體器官移植，均涉及重大倫理爭議與醫療行為上的高度風險，因而必須經主管機關之許可後，始得為之。

二、醫療行為之法定義務

（一）強制診療義務

醫師的強制診療義務，在醫師法第二一條規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。¹³」醫師違反本條規定，應受罰鍰之處罰（醫師法二九）。蓋醫師以救人為天職，若對於危急病人，得任意拒絕救治，顯然與醫師之職責相違。應注意者為，本條規定，只適用於病患為危急病人，醫師始有救治之義務。對於一般病患拒絕醫治，並未違反本條之規定。再者，所謂醫師對於危急病人具有救治義務，係指危急病人送達醫師之執業場所時，醫師不得拒絕救治，並非謂醫師在任何路邊，對於路倒之危急病人，均有救治義務。否則醫師身分，將使所有醫師對於任何人具有法律上之救治義務，過度限制醫師個人之自由，尚非妥適¹⁴。

除危急病人外，對於特殊弱勢或罹患特殊疾病之病患，法律上亦課予醫師予以診療服務之義務。例如：在家庭暴力防治法第五二條規定：「醫療機構對於家庭暴力之被害人，不得無故拒絕診療及開立驗傷診斷書。」性侵害犯罪防治法第十條規定：「醫院、診所對於性侵害罪之被害人，不得無故拒絕診療及開立驗傷診斷書。」又人類免疫缺乏病毒傳

13 醫院與診所的類似義務，參見醫療法第 60 條及緊急醫療救護法第 35 條之規定。

14 西方法律制度係基於個人主義與自由主義而來，要求醫師對於任何人具有法律上的救治義務，違反自由主義之意涵。醫師對於任何病人之救治義務，充其量僅為道德上或醫學倫理上之義務而已。

染防治及感染者權益保障條例第十二條規定：「感染者有提供其感染源或接觸者之義務；就醫時，應向醫事人員告知其已感染人類免疫缺乏病毒。感染者提供其感染事實後，醫事機構及醫事人員不得拒絕提供服務。」違反上述規定者，由衛生主管機關處以罰鍰處分。

（二）親自診療義務

醫師法第十一條規定：「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。」換言之，醫師原則上負有親自診察之義務，不得僅依賴「傳聞」而進行治療手段。蓋不正確之診斷，即導致不正確的治療方法，將使病人暴露於不當的醫療風險之下，而造成損害，不符合醫師倫理之「行善原則」與「不傷害原則」¹⁵。【月旦法學教室第66期，2008年4月，第77頁】

在醫療實務上，經常發生病患家屬要求代為拿藥之問題。基於上開醫師法之規定，病患家屬代為拿藥，仍屬違反醫師法之行為，而應受罰鍰之處分（醫師法二九I）。但對於慢性病人的拿藥問題，衛生署二〇〇四年八月五日衛署醫字第〇九三〇二一三四二九號函示：「對於須長期服藥之慢性病人，因行動不便或出國等因素，無法親自到診，委請他人向醫師陳述病情，醫師依其專業知識之判斷，確信可掌握病情，再開給相同方劑者，尚無不可。」

有疑問者為如下案例：某甲病患罹患腎病症候群（慢性腎絲球炎），接受「環孢靈」藥物治療，經住院及出院後，因刑事案件而於台北監獄服刑中。在某甲藥物用罄後，由監獄管理人員持甲之證件，至某乙診所處代為拿藥。乙醫師於審閱病歷，並以電話與病患住院時之主治醫師瞭解相關病情後，開立相同方劑之藥品予甲服用。事後，甲患檢舉乙醫師未親自診療，違反醫師法之規定。經衛生主管機關處以罰鍰處分後，乙醫師不服而提起訴願。

本案衛生主管機關固然抗辯，前開衛生署九十三年衛署醫字第〇九三〇二一三四二九號函示僅適用於「因行動不便或出國」而無法親自到診的慢性病人，不適用於在監服刑之人。惟在監服刑與「行動不便或出國」致無法親自到診，在法律上是否應為不同處理，尚有疑問。且本案醫師相信衛生署之函釋，未親自診治病人，開立相同方劑之行為，應認為無故意或過失，依行政罰法第七條之規定：「違反行政法上義務之行為非出於故意或過失者，不予處罰。」本案乙醫師之行為，應不得予以處罰。

關於醫師未親自診治病人之實務案例，最著名者為邱小妹人球案件。在台北高等行

15 蔡甫昌、楊哲銘，病人為親自就醫而醫師／醫療單位開立處方的倫理與法律問題，台灣醫學，7卷2期，2003年3月，254頁。

政法院九十四年簡字第七二六號判決一案，原告係台北市聯合醫院仁愛院區執業醫師，並為該院區二〇〇五年一月十日神經外科一線值班醫師。該院區急診室於當日凌晨一時五十五分由一一九救護車送入一位五歲意識不清、昏迷女童。經急診室值班醫師李〇〇立即施以緊急處置後，照會神經外科值班醫師（即原告），告知病情。原告未親至急診室診治邱童，僅以電話討論，要李醫師施行「插氣管內管」，並以院內現無加護病床等因素建議轉院。即使在李醫師於同日三時四十分通知願意於急診室加設病床一張，詢問原告是否願意開刀時，原告仍指示「將病童轉院」。該院區先向災難應變指揮中心（EOC）請求協助聯絡大台北地區急救責任醫院，因未能於大台北地 f 尋得加護病房床位，該中心於當日凌晨四時二十三分通知台中縣童綜合醫院可以接受該病童。該院區於當日約凌晨五時，以加護型救護車，由急診護理同仁隨車照護，將病童轉送台中縣童綜合醫院。衛生主管機關認原告未親自至急診室診治邱童，違反醫師法第十一條未親自診察病患及第二一條對於危急病人未予以救治之規定，依同法第二九條規定處以原告新台幣二萬元罰鍰。

原告起訴主張，其已經指導值班醫師進行緊急處理，並未違反醫師法規定之「未親自診察病患」，且因醫院設備不足，指示轉【月旦法學教室第 66 期，2008 年 4 月，第 78 頁】院並無不當。惟本案行政法院認為：「醫師法第十一條第一項規定，醫師沒有同條項但書之特殊情形時，非親自診察，不得施行治療等，並未規定限於經由非醫師為治療行為，蓋醫學有各種不同領域及專科，一醫師非能對各領域及專科範圍內之病情為適當治療，是醫師沒有同條上開條項但書之特殊情形時，非親自診察，亦不得經由其他醫師施行治療。原告主張醫師法第十一條第一項係禁止醫師非親自診察而指導非醫師執行診療云云，並不足採。」

至於原告是否違反救治危急病人之義務，行政法院認為：「醫師法第二一條規定：『醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。』此規定之立法目的在於防止醫生怠於及時、適當救治危急難治之病人，達到維護人民之就醫權益，進而保障人民之生命權與健康權，而為能及時對危急病人為合適救治或採取必要措施，並參酌同法十一條第一項規定，除特殊情形外，應先親自診察病患，始能確實掌握危急病人之病情狀況，而能為及時、合適救治或採取必要措施。換言之，先親自診察病患，原則上屬於醫師法第二一條所稱『依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延』之必要步驟，未踐行此項程序，除有特殊情形（即客觀上不能或難以為之）外，所為之處置不能謂已符合該條規定之要求。」

（三）製作病歷義務

依醫師法第十二條規定：「醫師執行業務時，應製作病歷。」病歷主要由二部分組成：一為病患之社會背景資料，包括姓名、性別等；一為治療記錄，包括主訴、檢查項目、

診斷病名及治療、處置或用藥等情形。法律課予醫師製作病歷之義務，乃因病歷為有關病人的一切醫療資料，無論對於病人、醫院、訴訟證據、公共衛生行政、評鑑醫療照護體系及醫學研究，均具有重要參考價值。病歷不僅關係個人之權利義務，且影響公共福祉，而具有公共利益的任務¹⁶。

在實務上，醫師應嚴格遵守病歷記載之義務。例如，甲醫師為大同牙醫診所負責醫師，乙病患於某日晚間六點三十分至該診所補牙，於七點二十三分離開診所。乙回家後口腔流血不止，於八點四十分再度回診所求治，但未再掛號。乙告知醫師，其左側後牙上方有血塊，甲醫師因而準備冰紗布叫乙病患咬緊，做初步止血動作，並測量血壓，但並未記載於病歷。其後，乙病患檢舉甲醫師之違規行為，經衛生主管機關以其違反醫師法第十二條規定，課處二萬元罰鍰。

甲醫師抗辯，對於乙病患之第二次處置，僅為後續醫療諮詢，而非掛號看診，並不違反醫師法之規定。惟查，醫師法第十二條課予醫師製作病歷之義務，目的在於正確記載病患之所有診斷、治療與處置情形，而非以病患掛號為病歷登載之前提要件。因而甲醫師之抗辯，無法成立。

（四）遵守醫療程序之義務

醫師對於病患從事之診斷、治療或處置行為，經常必須從事身體接觸、侵入性治療、甚至限制人身活動自由（如拘束病患身體）等，是否屬於必要之醫療行為，或是否【月旦法學教室第 66 期，2008 年 4 月，第 79 頁】屬於達成醫療目的必要之附屬行為（如綑綁病患，以免病患拔除肺部插管），在醫療實務上，有時不易清楚界定。

對於病患必須施以強制限制人身措施者，經常發生於精神病患。依精神衛生法第二一條規定：「嚴重病人如有明顯傷害他人或自己之虞，或有傷害行為時，經專科醫師診斷有全日住院治療之必要者，保護人應協助病人，前往精神醫療機構辦理住院。前項嚴重病人不接受全日住院治療時，應由二位以上專科醫師鑑定，經書面證明有全日住院治療之必要者，應強制其住院。¹⁷」強制精神病患住院，嚴重侵犯病人之身體自由權，因而精神科醫師必須遵守一定程序，始可為之。

在高雄高等行政法院九十四年度簡字第三二六號簡易判決一案，原告係高雄縣「樂安醫院」負責醫師，受江○○的配偶之託，派遣一名護士及二名醫院安全人員至其家中，對素無精神疾病病史之江○○施打針劑，迨其無反抗能力後，用約束帶捆綁，強行帶回該醫院住院並加以隔離，經其女兒至該醫院欲探視，卻不得其門，在揚言報警後，該醫院始同意讓渠等見面，且同意辦理出院，江○○共被該醫院強制留置二十二小時。原告

16 衛生署全民健保爭議審議委員會，門診病歷記載問題，台灣醫學，6 卷 6 期，2002 年 11 月，914 頁。

17 本條於 2008 年 7 月 4 日施行的精神衛生法第 41 條修正為，精神病患之強制住院，需經 2 位專科醫師進行強制鑑定，填具強制住院基本資料表及通報表，向精神醫療機構設置之審查會申請許可後，始得為之。

因違反精神衛生法第二一條規定，而被課處罰鍰。原告雖主張，其行為因欠卻犯罪故意，而被判決無罪，應不受處罰。但行政法院認為，刑罰之處罰與是否違反精神衛生法而受處罰，二者構成要件不同，不可以前者否定後者之處分。**【月旦法學教室第 66 期，2008 年 4 月，第頁 80】**

