

論醫師親自診察義務*

王 志 嘉**

壹、前言

醫師法第11條至第24條規定醫師的義務，主要分為「對自身專業的義務」以及「對社會國家的義務」等二大類。前者對自身專業的義務，包括：應病人招請之義務、盡診療上應注意之義務、告知實情之義務、保守診療秘密之義務、開具診斷證明書之義務、親自診察（療）之義務、親自驗屍之義務、製作及保存病歷之義務、以及正確使用毒劇藥品之義務等；後者對社會國家的義務，包括：報告及防治法定傳染病之義務、接受委託鑑定及作證之義務、以及協助辦理公共衛生及社會服務有關事項之義務等¹。

對自身專業及對社會國家的義務，甚少被重視，若違反義務至多僅為行政上的責任。然而，由於醫病關係的改變、全民健康保險的實施、病人自我決定權的重視、以及醫療糾紛的快速增加等因素，近年來對於醫師義務的討論越來越受到重視，除了適用在行政責任，近年來也受到社會輿論、民刑法學者、以及民刑法實務的共同關注，造成醫界受到前所未有的衝擊，這當中較重要且被關注的醫師義務，諸如：「病情告知以及告知後同意」、「醫師的緊急救治義務」、以及「醫師的親自診察（驗屍）義務」等，都對醫學界造成不少的影響。

關於醫師的親自診察與驗屍義務，是醫師法規定醫師需要「親自」為之的條文²，然何謂「親自」，在法學領域是否與醫療實務產生落差，進而引起醫療糾紛，或是在法律解釋與適用上，應如何處理，仍存有很大的爭議。

事實上，從醫療實務的角度觀察，任何醫療行為都需要藉由團隊合作的共同努力始得完成，這些團隊成員，包括：醫師、護理師、藥師、醫檢師、以及復健師等，即使就醫師部分討論，亦有可能藉由主治醫師、臨床研究員、住院醫師、以及實習醫學生等分工及合作共同參與完成，故一個醫療行為的完成，很多是藉由指示或指導，並透過醫療輔助人等方式完成，以醫療實務的觀點，醫師並非每次均親自診察該病人，是否違反醫師親自診察義務。

臨床工作上，醫師未能親自診察病人的情形不勝枚舉，常發生的情形與場合包括：門診、

* 本文之完成感謝兩位匿名審查委員惠賜寶貴意見。

** 王志嘉，國立臺灣大學醫學系醫學士，東吳大學法律研究所碩士，東吳大學法律研究所博士班，前天主教耕莘醫院社區醫學科主任，現任三軍總醫院家庭醫學科主治醫師、國防醫學院醫學系兼任講師。

¹ 參考自全國法規資料庫，網址<<http://law.moj.gov.tw>>（最後引用日為2010.1.27）。

² 參見醫師法第11條以及醫師法第11-1條。

住院、會診、共同照護、二線值班、假日病人、以及殘障鑑定等，有來自「醫師個人因素或醫療慣例」，也有來自「病人本人或家屬向醫師提出的不適當要求」，也有兼具二者因素的可能性。

涉及醫師因素或醫療慣例，造成醫師未親自診察該病人的情形，例如：醫師是否必須「每次」醫師親自診察始足當之，又何謂「診察」，其意義為何，或是主治醫師「指示」住院醫師處置病人，主治醫師未親自診察的情形，是否違反親自診察義務；「會診」是著重在醫病關係的建立，受會診醫師是否以親自診察病人為必要，或是「會診」僅是著重在醫師間專業的溝通等。

因病人或其家屬因素造成醫師無法親自診察病人的情形，在門診最為常見，此部分在醫學倫理上通常涉及醫師或病人家屬的不適當要求，也受到司法實務的重視，造成醫學界的莫大困擾。從醫療實務角度觀察，門診病人本人未能親自就診的情形，各專科門診所在多有，常見的原因不外乎先生或太太工作、懶得出門或出差，小孩上課請假不易或外地工作，家人出國或船員出海捕魚，醫師為家人開藥或醫院員工眷屬的請託，外籍勞工或幫傭代為領藥，以及居家護理或居家服務病人因長期臥床行動不便等因素，這些情形是否表示醫師非親自診察即無法提供治療服務？

此外，「電話問診」是否算親自診察、新興的「遠距醫療」是否算親自診察、以及違反醫師親自診察義務可能涉及的法律責任，凡此種種莫不造成醫療實務的困擾，也有釐清與解決的必要，故本文擬就醫師法中醫師「親自診察原則」，及其特殊類型「親自驗屍原則」等，所涉及的爭點與相關法律責任作探討。

貳、親自診察的意義

一、「診察」的意義

從醫學學理及醫學教育的訓練過程，要得到病人完整的資訊以利正確的診斷，可透過病史詢問（包括：主訴、病程、過去病史、過去用藥、旅遊史、過敏史、以及家族史等）、身體檢查（舊稱為理學檢查，包括：視診、觸診、扣診、聽診等，類似中醫的望、聞、問、切等臨床技巧）、血液檢查、儀器檢查（各類超音波、電腦斷層掃描、核磁共振掃描）或侵入性檢查（胃鏡、大腸直腸鏡、心導管等）等方式完成。

所謂「身體檢查（理學檢查）」，係指檢查者利用物理學或生理學原理，對受檢者所作的檢查，亦即身體檢查不使用複雜的儀器，僅藉用聽診器、血壓計、體溫計、檢查錘、眼底鏡等簡單工具（血液、尿液、放射線、超音波、內視鏡……等檢查不屬之），其方法大致分為「視診」、「觸診」、「扣診」、「聽診」四大類（其他有嗅覺、對談等方式亦屬之），利用檢查者的感覺與受檢者的反應作診斷的依據，身體檢查所包括的範圍極廣，凡是不常借用特殊儀器，利用前述方法所能做的檢查均屬之，……由於身體檢查項目極多，一般醫師，根據病情，做必要做的檢查，不可能會做全部的項目，亦無真正「完整」的身體檢查，當檢查者（醫院人員）“看到”受檢者（病人）就開始算身體檢查了（至少已經知道病人的外觀，

“意識狀態”等），所以除非醫護人員未曾看見病人，不可能未做身體檢查³。

此外，在醫療實務上，就大多數情況不可能也無必要將上述的各種檢查及工具一一應用在病人身上，例如：急性上呼吸道感染，除極端例外下，一般通常藉由醫師的問診及簡單的身體檢查即可完成；慢性用藥的病人，通常藉由簡單的問診、觀察、以及定期的血液檢查（通常是 3-6 個月），即可完成診察，並開立處方，甚至經醫師評估病情穩定後，可以開給 2 至 3 個月的慢性處方箋；然而，有些情況，例如急診等，通常醫師必須視病人的病況，進行「必要的」診察與處置，方有可能得到完整的資訊並掌握病況，得到較可能的診斷，對病人的病情作出合理的判斷。這三種情形，雖然所使用的方法未盡相同，但不可否認的都是醫師的診察行為，至於應該做多少檢查，取決於必要性。

因此，「診察」在醫療實務上所代表的意義應為醫師基於專業的訓練，對於病人的病況，依病人需求及醫療的必要性與裁量，適時提供「病史詢問、理學檢查、血液生化檢查、儀器檢查或侵入性檢查」等方式，以利診察以及後續治療行為的進行。

本文認為診察行為，應該有下列二項特性：一、不論係透過病史詢問、理學檢查、血液生化檢查、儀器檢查或侵入性檢查等方式，在醫療上均是診察行為的一部分，就病史詢問而言，除了病人自身提供的病史，家屬對病人的直接觀察、家屬所提供病人的病史等，不可否認也是屬於病史詢問的一部分，自然也是診察行為的一部分；二、醫師必須曾經「診察過」該病人，因為醫療上通常也認為醫病關係的本質係建立在醫病的信賴之上，若醫師從未診察過該病人，如何與病人取得信賴感，如何觀察病人，得到病人正確的資訊，醫師也很難判斷各種診察方式的必要性，並做出正確的裁量，更重要的是一位醫師從未看過該病人，在醫學倫理上醫病關係根本尚未建立，何來診察行為？

二、「親自」診察的意義

何謂診察行為，在醫療實務上已是非常的複雜，除了診察行為與「諮詢行為」不易區分，容易造成困擾，也涉及到法律對「密醫行為」的認定，醫師的指示或指導權限，在刑法上也涉及到醫師得否適用「信賴原則」的根據⁴，若再加上親自診察，則更顯複雜，實有釐清的必要，以避免不必要的醫療糾紛與爭議，令醫界無法適從。

何謂「親自」診察，從法律的解釋上有二種可能性。一是從字面上去理解，這是從「形式意義」的解釋，所強調的是「醫師必須親自看到病人的必要性」，換句話說，每次施予治療行為前應該都要看到病人，這是大多數人最容易理解的方式；二是從診察的意義理解，這部分比較強調「實質意義」的解釋，因為診察在醫療上應視其必要性，通常透過史詢問、身

³ 最高法院 89 年度台上字第 1233 號刑事判決。

⁴ 醫師法第 28 條規定：「未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰金，其所使用之藥械沒收之。但合於下列情形之一者，不罰：一、在中央主管機關認可之醫療機構，於醫師指導下實習之醫學院、校學生或畢業生。二、在醫療機構於醫師指示下之護理人員、助產人員或其他醫事人員。三、合於第十一條第一項但書規定。四、臨時施行急救。」

體檢查、血液檢查、儀器檢查或侵入性檢查等諸多方式完成，只要是醫師在診察行為的過程中有參與，即符合醫師親自診察的意義，這部分著重在「醫師的參與及主導的角色」，至於每次是否親自為之，所在非問。

關於此部分，實務見解有採取「形式意義的親自診察原則」與「實質意義的親自診察原則」，茲分述如下：

1. 「形式意義診察」的見解：每次診察說

此見解為最高法院所採，認為醫師法第 11 條規定旨在強制醫師親自到場診察，以免對病人病情誤判而造成錯誤治療或延宕正確治療時機，尤以高危險性的病人，其病情瞬息萬變，遇病情有所變化，醫師自有親自到場診察的注意義務及作為義務，依正確的診察，給予妥適的處置治療，以保障醫、病雙方權益⁵。

因為，病人的病情瞬息萬變，遇病情有所變化，醫師自有親自到場診察之注意義務及作為義務，故未親自診察病人有可能構成醫療過失。

2. 「實質意義診察」的見解：掌握病人說

本說認為，醫師法第 11 條之立法精神在規範醫師對從未診察過的患者，於病情不明情況下而予以處方之行為；若該患者已經詳細檢查，病情明顯，醫師任何處置皆為有所本，即應不屬醫師法第 11 條處罰的範疇。

因為，醫院中每位醫師要照顧多位病人，此外有門診、開刀、特殊檢查以及與醫療有關的臨床及學術會議。因此病人的醫療工作乃為團隊工作，可以互相支援，並密切配合，期能在有限之人力及時間內給予每位病人最好的照顧。

3. 本文見解

本文認為，醫師親自診察原則，並非形式上一成不變的要求醫師每次均需親自診察始足當之，除不符醫學慣例與事實上的不可能外，最大的理由是每次均需醫師親自親為之，實已喪失醫療專業分工的必要，也認為其他的醫事專業人員，僅為醫師手足的延伸，喪失了各類醫事人員的專業角色功能與獨立性。

事實上，醫師的親自診察原則，應採實質意義的觀點，醫師是否每次參與並非重點，應著重在醫師的專業參與與主導的角色，重點在醫師曾經診察過該病人，並了解該病人的情形下，透過醫師的統籌、協調、與分工，指示或指導各醫事專業人員，或依各醫事專業人員自身專業的獨立性，透過醫療團隊的專業分工與合作共完成整個醫行為與病人的照護，即該當醫師親自診察的要件。

參、醫療實務與「醫師親自診察原則」的適用與衝突

一、醫師「指示、指導」與親自診察原則的關係

醫師對於醫師以外的醫事人員，如護士、助產士、物理治療師、職能治療師、及其他醫

⁵ 參見最高法院 94 年台上字 2676 號刑事判決、95 年台上字 3476 號刑事判決。

事人員，有指示他們執行醫療輔助行為的義務⁶。所謂「指示」，是說明處理事務的方法、方式、和原則，在醫療上對醫師外其他專業醫事人員的指示是否適當，是涉及業務過失傷害或致死刑事醫療糾紛時，醫師能否以「信賴原則」阻卻違法的關鍵事項之一。

就指示與親自診察的關係，則要結合醫病關係的本質，以及醫師指示的權限來討論，在醫療實務上，相關的情形有三種：一、醫師「從未看過或診察過」該病人，即指示護理人員從事醫療輔助行為，或是護理人員依據自身專業，在無醫師指示下即進行醫療輔助行為，無論在形式上或是實質上，均不符合醫師親自診察原則的精神與內涵；二、醫師「曾經診察過」該病人，對該病人的狀況已有所了解，如門診收治住院的病人，醫師於入院當日指示護士先行進行某些醫療輔助行為或依照該疾病的醫療常規進行某些醫療輔助行為，就形式上雖不符合親自診察的意義，但就實質上醫師有診察過該病人，對該病人也有所了解，醫病關係已建立，醫師的指示，也有法律依據的授權以及醫療實務的慣例，就實質上是符合醫師親自診察原則的；三、至於最無爭議的就是，不論在門診或是住院期間，醫師「每次親自診察」該病人後，指示護理人員或其他醫事人員進行醫療輔助行為，無論形式上或是實質上均符合醫師親自診察原則。

醫師「親自診察原則」是醫師法第 11 條的規定，醫師「指示」護理人員及其他醫事人員進行醫療輔助行為是醫師法第 28 條及其他醫事專業法規的規定。本文認為醫師親自診察原則，不是強調形式意義的診察，不是要求醫師每次必須親自前來，事實上重點應該在於整個醫療行為的過程中醫師的角色，換句話說，應由實質的觀點來觀察，醫師應該要參與在其中，不能完全放任其他醫事人員獨立完成，若整個醫療行為的進行，醫師從未參與過，即不符合醫師親自診察原則，至於是否每次均需參與並非重點。

本文認為醫師指示各類醫事人員，進行醫療輔助行為時，雖不必每次均親自診察後始得指示，但至少需要曾經診察過該病人，對病人有所了解，並依據醫事相關法規的授權範圍內指示，均符合醫師親自診察原則。

二、「通訊診察」與醫師親自診察原則的關係

通訊的定義及範圍包括：一、利用電信設備發送、儲存、傳輸或接收符號、文字、影像、聲音或其他信息之有線及無線電信；二、郵件及書信；三、言論及談話等⁷。其中，與醫療實務及醫師親自診察原則較有意義及關連的則屬「利用電信設備發送、儲存、傳輸或接收符號、文字、影像、聲音或其他信息之有線及無線電信」等，常見的情形，包括電話問診及諮詢、以及新興的遠距醫療等科技。

1. 電話問診

透過電話的方式，進行病史詢問，毫無疑問的是屬於醫療診察行為的一部分，電話問診

⁶ 醫師法第 28 條但書第 2 款，護理人員法第 24 條第 1 項第 4 款，物理治療師法第 12 條第 2 項、第 17 條第 2 項，職能治療師法第 12 條第 2 項、第 17 條第 2 項等規定。

⁷ 通訊保障及監察法第 3 條。

與一般診察行為，最大的差異，是無法得到完整有用的醫療資訊，特別是重要的觀察、身體檢查、以及立即檢查處置等，但不可否認它是診察行為的一部分。

若醫師親力親為以電話方式與病人進行病史詢問，並取得病人的醫療資訊，由於電話問診，是病史詢問的一部分，也是診察行為的一部分，此部分應肯認醫師並無違反醫師親自診察義務，至於取得的資訊是否足夠，是否足以對病人病情做出正確判斷，又是否因此對病人造成傷害，是屬於醫療過失討論的範疇，與醫師是否有親自診察無涉。

然而，醫師法第 11 條的規定「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。」將「通訊方式」視為是醫師親自診察的例外規定，換句話說，從法律的文義解釋，通訊診察，是診察行為的一部分，但是並非醫師所為的親自診察的行為。

由於法律解釋不能超脫文義解釋的最大可能性，本文雖然認為此規定不盡合理，但在法律未修正前，電話問診並非屬於親自診察的一部分，換句話說，從醫師法的規定可以看出，醫病之間「面對面」的診察，始屬親自診察。

2. 遠距醫療

遠距醫療（Telemedicine）係藉助電腦資料處理的能力與快速傳送特性，進行交換醫療資訊與共享醫療資源，以縮短診療時空差距而提昇醫療服務品質及加強醫療教學與群體醫療服務等，「遠距醫療服務」是一個廣泛的定義，其應用範圍應可包含：遠距醫療（Teleclinics）⁸、遠距會診（Teleconsultation）、及遠距教學（Teleeducation）、遠距居家照護（telehealthcare）等。

「遠距醫療」能運用通訊網路，讓醫療資源不足的地方，分享醫療資源做緊急的醫療協助，提升緊急病人存活率與醫療服務品質。以「遠距居家照護服務」而言，基本上包含二大類：「居家照護」與「老人健康照護」，慢性病人與手術後須短期照護的特定病人，出院後需要看護協助或居家護理師定期照護者，屬於居家照護；另一類為一般的老人健康照護，該類照護偏向預防，如：老人居家安全、日常生活的協助、老人健康監視等。以生理參數及與生活品質相關之健康數據（如活動力、睡眠品質、代謝模式、環境品質等）等照護，在偏遠地區醫療資源相對缺乏地方及聯盟院所間，對提升病人的醫療服務品質有幫助⁹。

遠距醫療，是新興的科技，主要是透過「通訊方式」對病人進行諮詢或診察服務，或進行會診，或進行醫療專業的學術交流等。透過遠距醫療進行醫療專業的學術交流，與醫師親自診察原則無關；透過遠距醫療的方式，對病人進行醫療診察服務，仍有醫師法第 11 條但書的適用，換句話說，遠距醫療屬於通訊方式的一種，並不符合醫師的親自診察義務，如前所

⁸ 遠距醫療（Telemedicine）與遠距醫療（Teleclinics）二者就意義上仍有所不同，前者較為廣泛，舉凡在醫療實務上任何透過電腦設備所進行任何與醫療相關的活動均屬之；後者係前者的一部分，專指透過電腦設備所進行的醫療診察行為，故範圍較為狹隘。為避免讀者誤解，特於本段以英文標示之。

⁹ 引用自資策會柯錫卿「為什麼需要遠距醫療服務」？引用自網站 <<http://kksc.sg1006.myweb.hinet.net/0624-nkc>>，引用日 98.08.01。

述，與本文的立場及時代的發展趨勢是相反的，這部分應該要靠修法解決，否則爭議仍然存在。至於透過遠距醫療的方式，進行「諮詢」或是「會診」等，則顯得複雜，將留待其後一併討論。

3. 電話諮詢

健康諮詢或醫療諮詢，是各醫院或坊間健康醫療相關團體都會提供的一項服務，通常是免費的，其主要的目的不僅是解決民眾的疑難雜症，更重要的是提升醫療機構或相關團體的形象，增加民眾的信任感與好感，間接達到增加「客源」的目的，促進醫病雙贏。

諮詢，主要的目的是提供健康的資訊，達到促進健康的目的，在醫療實務上甚至有指引就診方向的功能，例如：何時需要就診，以及就診的科別為何？故諮詢與診察不同，諮詢被定位為「保健行為」，這與診察係屬於「醫療行為」是不同的，除了衛生署的行政函釋，也可由護理人員法第 24 條將「諮詢」列於第三款而與第四款的「醫療輔助行為」區隔開來可得到印證¹⁰，故透過電話或遠距醫療的方式，進行醫療諮詢或健康諮詢通常與醫師親自診察義務無涉。

在醫療實務上比較重要的是，「諮詢」與「診察」應該如何區別，此二者往往僅一線之隔，若拿捏失當、進退失據，可能據以引起醫療糾紛或是密醫行為與否的爭議。

關於診察與諮詢的區別確實不容易區分，但仍有一些特徵可供參考。診察通常是針對具體對象，針對病人的具體問題，提出具體的建議與解決方法，通常是具有特定化與具體化的情形，且會涉及特定疾病的診斷與治療，病人或民眾也會對該診察行為產生一定的信賴感。

相較於診察，諮詢行為所針對的對象通常不特定，醫事專業人員在回答問題也比較抽象，而且通常是以通訊或口與的方式為之，醫師或醫事專業人員回答問題的方式也非常抽象，比較不會有具體的建議，通常以衛生教育與注意事項為主，不太會涉及疾病的診斷與治療，即便部分涉及疾病的診斷與治療，通常較為抽象且不具特定性，更重要的是會告知民眾或病人僅為諮詢，且如有問題一定要親自就醫，民眾或病人對此也比較不會有很強的信賴感。

三、「會診」與醫師親自診察原則的關係

【案例】邱小妹「人球」案

2005 年 1 月 10 日凌晨，四歲女童邱小妹因吵鬧，遭酗酒父親毆打頭部，致邱小妹因頭部鈍挫傷併急性硬腦膜下腔出血而昏迷，送至醫院急診室發現檢傷分類為第一級，且病人意識昏迷，急診醫師懷疑有顱內出血的情形，在安排電腦斷層掃描後「會診」神經外科值班醫師甲，甲並沒有親自到急診室診察邱小妹，也未審視電腦斷層掃描的結果，且表示神經外科加護病房已無空床，為便於術後的監看及照護，建議轉院治療，經連絡臺北市災難應變指揮中心（即 EOC，Emergency Operations Center）協助轉床事宜，但當日臺北地區無多餘的神經外科加護病床可收治邱小妹，在醫師甲未同意挪床或加床的情形下，最後邱小妹被送往台中某

¹⁰ 護理人員法第 24 條護理人員之業務如左：一、健康問題之護理評估。二、預防保健之護理措施。三、護理指導及諮詢。四、醫療輔助行為。前項第四款醫療輔助行為應在醫師之指示下行之。



醫院後死亡，案經臺灣臺北地方法院檢察署檢察官自動檢舉偵查以「業務過失致死罪」等提起公訴。

【爭點】：醫師甲，對邱小妹所做轉院的決定，以及不立即開刀的不作為，是否有違反醫師法第 11 條的「親自診察義務」，以及第 21 條為及病人的「緊急救治義務」等作為義務？又若不作為而違反此等義務，與邱小妹死亡的結果，「有無因果關係」，而應負上業務過失致死的刑責？

本案於地方法院及高等法院的審理時，曾針對醫師的「作為義務」提出了四個主要的論證，以判斷醫師是否違反作為義務。這些義務包括：(一)被告醫師「未親自到場診察」有無違反作為義務；(二)當加護病房沒有床時，被告醫師有無「挪床」的作為義務；(三)被告醫師是否有於急診室「加床」並施行手術的作為義務；(四)被告醫師「轉院」的建議，是否違反醫師法第 21 條對危急病人的救治義務。

事實上，本案所涉及的四個作為義務爭點，包括：會診與醫師親自診察義務的關係、挪床義務、加床義務、以及轉診義務等，每項都是醫學倫理上高度爭議的難題，事實上，若增加一、二個變項，其結果可能不一樣，就通常的情形應該需要個案判斷，很難建立一套準則。故以下僅針對與本文相關的「會診與醫師親自診察義務」的關係，提出討論。

1. 實務見解

本案審理的法官，至為用心，對醫療的常規、醫院內規、以及醫療慣例等，均有所了解與尊重，能夠將醫學界高度爭議的案件抽絲剝繭，探討會診與親自診察的關係，實在不簡單。

事實上，法院的判決係採取中性的見解，也考慮了醫療實務可能出現不同的變項，故採階段性論述，最後得出結論，其內涵主要有三：

- (1) 尊重及肯認醫院的內規，認為電話會診方式並未違反該院急診會診的規定，但是也不能據此斷定會診不用親自診察病人。
- (2) 不論是主治醫師或會診的醫師，對於求診的病人均有救治義務，至於醫院內部之分工，自不得作為醫師不予救助的藉口，故醫師甲辯解未親自會診，並不影響醫院對邱小妹救治的辯解尚難可採，但也不能遽認為醫師違反作為義務。
- (3) 因此，會診是否醫師有義務親自診察，必須綜合判斷「會診的目的」，以決定是否對病人造成影響，經審理發現該次會診的目的非尋求腦神經外科協助判斷病情，而係確認腦神經外科能否提供後續手術治療的可能性，在此情形下，醫師甲未親自診察並不違反醫師親自診察的義務。

因此，綜上所述，由於急診室主治醫師請求腦神經外科會診的目的，非在邱小妹病情的診斷，而是討論後續處置問題。是以醫師甲縱未親自至急診室會診，對於邱小妹病情的診斷，並無任何影響。此外，醫師甲因該院無加護病房可供後續照顧治療，因此為轉院處置的建議，也無不當，難認有違醫師親自診察義務而有延遲診療的情形。

2. 本文見解

從醫學倫理的觀點，以及法律解釋的觀點，會得出不同的結論，以下分述之。

甲、醫學倫理的思考

從醫學倫理的觀點分析，醫師與病人才是醫病關係的主體，醫師所為的一切應該要站在病人最大利益的觀點，故會診未親自診察病人，得到的資訊是不完整的，是違反醫學倫理通說「生命倫理四原則」的不傷害及行善原則，因此會被認為是違反醫學倫理的。

事實上，本案在衛生署醫事懲戒覆審委員會的決議，態度也表達非常的清楚，事實上委員會的共識認為：

「被懲戒人（即醫師甲）雖為住院總醫師，且仍屬在最後一年的訓練及學習中（尚未取得外科專科醫師及神經外科專科醫師資格），惟在醫療制度上，仍可以回應急診室的照會，但看完病人後，必須向該科值班的主治醫師報告詳情，再由值班的主治醫師做最後的裁決（開刀或轉診），此為一般醫療常規中住院醫師訓練之通則。

本案醫師甲未親自會診，固有未符一般醫療常規，但觀諸甲所檢附該院急診作業要點第 4 點規定，如照會的會診科別收到通知，可與急診醫師討論病情及後續處理，則可不必親自到診，故本案甲未親自到急診室會診，與該要點規定並無不符，顯見被懲戒人已被訓練成依此規定辦理，此項責任，實不應由甲負擔。」

乙、法學解釋的思考

會診是否需要親自診察病人，本文贊同實務見解，的確需要視「會診的目的」。換句話說，會診醫師不一定必須親自診察該病人，它必須視情形而定，但仍需強調的是本文仍認為未親自診察病人的會診是有違醫學倫理的，但這與是否具有法律上的義務是無關的。

從醫療實務的角度觀察，會診基本上可以分為二類。第一類是著重在「醫師與醫師」專業的溝通、交流或對話，主要是請教該科醫師提供專業的意見，這部分比較像是「專業的諮詢」，這部分就不一定需要親自看到病人。例如：非胸腔科或放射科醫師對胸部 X 光的判讀，不若上述醫師專門，透過會診以了解自己的判斷是否有誤，以利後續的處置；或是基於國家及健保對抗生素的管制，非感染專科醫師欲使用第二線抗生素，就必須進行會診，以便順利開立第二線的抗生素等。

第二類是著重在「醫病之間」的診察，換句話說，病人的病情有時不易判斷，或該疾病甚難診斷，此時會診的目的是尋求另一專業，幫助病人做出診斷，換句話說，此時病人的診斷尚未確定，會診的目的不僅在專業的交流，更重要的是在診察病人，若醫師從未看過該病人，即寫下會診意見，本文認為是有違醫師親自診察義務的。

因此，本文贊同實務見解的意見，認為會診醫師是否需親自到場會診，應係透過電話聯繫確認病人狀況及實際需要後再予決定，即以電話方式與急診醫師討論病情及後續處理亦可，非必然須親自到場始謂「會診」。

肆、親自診察原則的例外

一、親自診察原則的例外

¹¹ 醫師法第 11 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、

依據醫師法第 11 條規定¹¹，醫師應親自診察病人，始得進行治療、開給方劑、或交付診斷書等醫療行為，除非係在山地、離島、偏僻地區、或有特殊、急迫等情形，經中央衛生主管機關許可下，始例外允許醫師得在未親自診察病人的情形下執行醫療行為。

依據衛生署的行政函釋，允許醫師未親自診察病人的情形僅限於「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，確信可以掌握病情，再開給相同方劑，尚無不可¹²。」

然而，全民健保與衛生署的規定卻不盡相同。依據全民健康保險醫療辦法第 10 條規定¹³，須長期服藥之慢性病人，以有「因長期臥床，行動不便」或是「已出海為遠洋漁業作業，並有相關證明文件之特殊情況而無法親自就醫者」之情形，且須「繼續領取相同方劑」，始符合該條規定。

由於健保法規與醫師法相關法規及其行政函釋的規定，除了「醫師曾經親自診察該病人」以及「確信可以掌握病情」的要件是相同的，對於「行動不便」以及「出國」等情形，二者的規定未盡相同，造成醫學界的莫大困擾。

(一)關於「行動不便」的部分：依據醫師法的行政函釋只要符合「長期服藥的慢性病人」情形，即符合醫師親自診察原則的例外規定；但是，若醫療機構欲申報該筆醫療費用，依規定，尚需符合「長期臥床」之要件，此點不僅不易區分，亦強人所難。

(二)關於「出國」的部分：依據醫師法的函釋，只要病人「出國」，即不違反醫師法第 11 條的規定，至於出國原因在所不問；但若醫療機構欲申報醫療費用，則健保局將出國限縮於「出海為遠洋漁業作業，並有相關證明文件¹⁴」才可以，造成出國觀光、考察、探親、開會、以及出國求學等均不在健保給付範圍，必須請病人或其家屬自費¹⁵。

有鑑於健保法及醫師法其相關法規及其行政函釋的規定未盡相同，造成醫界無所適從，部分因疏忽遭受健保局的處分，甚至移送司法機關偵辦，全民健康保險法醫療辦法第 10 條將其適用對象修正為「行動不便」，或是「持有證明文件的出海為遠洋漁業作業或在國際航線

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。前項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，由中央主管機關定之。」

¹² 93 年 8 月 5 日衛署醫字第 0930213429 號函釋。

¹³ 全民健康保險醫療辦法第 10 條但書規定：「……。但須長期服藥之慢性病人，有下列特殊情況之一而無法親自就醫者，以繼續領取相同方劑為限，得委請他人向醫師陳述病情：一、因長期臥床，行動不便。二、已出海為遠洋漁業作業，並有相關證明文件。」

¹⁴ 全民健康保險醫療辦法第 10 條規定：「保險醫事服務機構接受保險對象就醫時，應查核本人依第三條第一項應繳驗之文件；如有不符時，應拒絕其以保險對象身分就醫。但須長期服藥之慢性病人，有下列特殊情況之一而無法親自就醫者，以繼續領取相同方劑為限，得委請他人向醫師陳述病情：一、因長期臥床，行動不便。二、已出海為遠洋漁業作業，並有相關證明文件。」

¹⁵ 依照健保局規定：對於長期服藥之慢性病人，如果出國有用藥之必要時，可以以飛機票為證，商請醫師開具二個月之處方箋，或是開立二至三個月的慢性處方箋，於出國期間委託家人代為領取。至於委由家人直接赴診間要求醫師開立處方箋的方式，目前是不允許的。

航行之船舶服務」的慢性病人¹⁶，是構成醫師親自診察原則的例外情形，此修正大幅放寬了醫師親自診察原則的例外情形，對醫病之間、醫法之間的衝突實有莫大的幫助。

至於「繼續領取相同方劑」的解釋，係以符合下列要件的前提為限：(1)相同醫師對相同病人、(2)確信其病情沒有變化、(3)針對相同診斷之疾病、(4)開給與前一次處方相同成分、相同品項數之藥品¹⁷，此規定是否合理合法可行，將進一步討論。

因此，只有在「行動不便」，或是「持有證明文件之出海為遠洋漁業作業或在國際航線航行之船舶服務」的「慢性病人」，在「醫師曾經親自診察過該病人」以及「以繼續領取相同方劑」的病人，才是衛生署以及健保局共同允許醫師未親自診察病人的例外規定。

二、親自診察原則例外與醫學倫理的關係

因病人或其家屬的因素，造成醫師無法親自診察該病人，是醫學倫理上「病人或其家屬提出不適當要求的處置」所要探討的議題。雖然，從醫師法及健保法法規及其函釋的規定，以及從醫學實務與民眾的角度的觀察，在某些門診的情形下，確實造成醫師無法親自診察病人，而不得不有「醫師親自診察原則的例外」規定，但從醫學倫理的角度，若能通過其檢驗，在醫師執行醫療業務上更具有其正當性。

一般而言，醫師必須藉由病史詢問、理學檢查、以及必要的實驗診斷等來綜合判斷以診察病人的病情，並給予適當處置。若醫師未能親自診察病人，可能無法透過前述步驟獲得正確而完整的資訊，以做出適切的處置，不僅違反了醫學倫理「不傷害」與「行善」原則，也可能違反「自主原則」以及「公平正義原則」等，原則上無法通過生命倫理四原則¹⁸的檢驗。

但是，臨床工作所面對的對象是「病人」，由於人的多樣性、醫療的限制、以及社會福利制度等限制，上述的情況無法一概而論，故以下將透過倫理的分析來探討其合理性。

通常，醫師未親自診察門診病人，即開立處方給予治療，就大多數的情況是違反醫學倫理的。然而，醫學的多樣性與全人性，不排除經由個案判斷、權衡與討論，在一定要件下有符合醫學倫理的可能性。

以「長期臥床行動不便」的慢性病人為例：就社會現況來說，此類病人及其家屬通常是生理、心理、社會、以及經濟的弱勢者，要求家屬以救護車接送病人至醫院求診往往是遙不可及的，而且目前醫療人力及相關政策配套措施所提供的居家訪視、治療及開立處方的醫療服務及相關配套措施尚未普及，要求醫師每次親赴病人家中診察，也是強人所難的。因此，若強制要求此類病人均需親自就診始得提供醫療服務時，實際的情況會造成大多數的病人及

¹⁶ 97 年 10 月 6 日全民健康保險醫療辦法修正第 5、10、39 條，並經 97 年 11 月 18 日健保局台北分局公告與網站。

¹⁷ 95 年 12 月 13 日衛署健保字第 0952600592 號函釋。

¹⁸ 本篇以 1979 年由美國 Beauchamp 及 Childress 教授所提出，並且被 Journal of Medical Ethics 的主編 Raanan Gillon 熱心的在英國及歐洲介紹推廣，現普遍為國內外醫學界所採用的醫學倫理四原則：「自主」、「不傷害」、「行善」以及「公平正義」。參考自蔡甫昌，〈生命倫理四原則方法〉，《醫學教育》，第 4 卷第 2 期，89 年，頁 142-144。

其家屬因種種原因不願意也無法到院求診，除非病人的身體狀況已達到無法負荷的情形下，病人及家屬才會就醫。此類病人，在醫療實務上，往往造成醫師的兩難，開藥給病人也不是，不開藥給病人也不是，應該如何解決呢？

從醫學倫理的角度分析，醫師未親自診察病人可能違背了「不傷害」原則，但是在此情況下所提供的醫療服務係基於「行善」原則，在此二原則相互衝突時，即醫學倫理上所稱之「雙重效應（double effect）」¹⁹。此時須以「兩害相權取其輕，兩利相權取其重」的病人「最佳利益」做考量，經由利益衡量個案判斷未親自診察此類病人是否符合其最佳利益。

若符合最佳利益時，其次則檢視「公平正義」的原則。全民健保是社會保險以及社會共同資源，只要確定醫師未能親自診察病人係「長期臥床行動不便」的病人，由於其為弱勢族群且此類慢性病人與重症病人不同，使用的健保資源原本也較少，通常僅止於開立藥物處方，基於分配正義，尚難謂違反「公平正義」的原則。

至於病人自主權的部分，因病人基於現實考量下無法親自前來，應輔以使用病人本人之委託書，除非因病人病情取得委託書不易時才以切結書²⁰為之，以符合「病人自主」原則的要求。

因此，若醫師曾經就診過該「長期臥床行動不便」²¹的病人，且輔以各種客觀因素綜合判斷，在家屬提供病人本人的委託書符合代理規定的情形下，將可能同時符合自主原則、病人最佳利益、以及公平正義原則，此時雖然涉及病人或家屬向醫師提出不當要求，惟就病人權益、醫療實務、社會現況、與我國國情，尚難謂違背醫學倫理。

三、「未親自診察病人例外」的合法要件與爭議

（一）未親自診察病人例外的要件

綜合醫師法以及健保法相關法規及其相關的行政函釋，以及醫學倫理的考量，本文認為醫師親自診察原則的例外，應該具有下列三要件：

1. 醫師曾經診察該病人，對該病人有一定的了解，有掌握病情的可能性；
2. 原則僅限於慢性疾病，因慢性病診斷已確定，病情較為穩定，若是急性往往無法透過家屬的口述或電話問診即取得足夠的資訊，造成診斷無法確定以及病情無法掌握²²；

¹⁹ 有關醫學倫理四原則中，不傷害與行善往往會有所衝突，醫學上稱之為「double effect」，如為已壞死之糖尿病患進行截肢屬於「傷害」，然而一方面為避免其敗血症而招致生命危險則屬「行善」，兩者間該如何取捨，亦為醫學倫理重要內涵，故其發展出「兩利相權取其重、兩害相權取其輕」之病患最佳利益原則。

²⁰ 關於此部分台北縣醫師公會係採「切結書」之方式，參見台北縣醫師公會網站，網址為〈<http://www.tcdrs.org.tw>〉（最後引用日 98 年 7 月 31 日）。

²¹ 全民健康保險醫療辦法第 10 條第 1 款所稱「因長期臥床，行動不便」，係指病人因病長期臥床而影響其行動能力，若需親至醫療機構接受醫師診視，於事實上顯有相當困難而言。因此，病人是否確有「因長期臥床導致行動不便而無法親自就醫」之情形，宜由診治醫師依其專業評估及個案之情形分別認定辦理。參見台北縣醫師公會網站，其網址為〈<http://www.tcdrs.org.tw>〉（最後引用日 98 年 7 月 31 日）。

²² 此部分最簡單的實例，就是 SARS 與感冒症狀相似、新型流感與感冒相似，無法僅由口述病情的方式

3. 行動不便的病人、持有證明文件的出海為遠洋漁業作業、或在國際航線航行之船舶服務的病人，這部分是基於利益衡量的考量，基於病人最佳利益所為的不得不的決定，且通常在不違背病人自主權以及正義原則的情形下始得為之。

至於相同方劑應如何的解釋，以及是否需開給相同方劑，本文則認為非屬「未親自診察病人例外」合法的要件之一，僅為行政管制措施。

(二)未親自診察病人例外的爭議－「行動不便」的解釋

行動不便，是醫師親自診察原則的例外，但是行動不便應該如何解釋與適用？事實上，行動不便可分為「暫時性的行動不便」以及「永久性的行動不便」。前者如長期服藥的慢性高血壓病人，因至醫院進行膝關節的置換術，或因交通意外打上石膏行動不便，此時是否可委請家人代為向醫師拿高血壓用藥；後者又可分成「生理上的行動不便」以及「事實上的行動不便」等。

關於生理上的行動不便，如中風病人臥病在床、高位脊髓損傷的病人等，這部分是最無爭議的，因為同時兼具生理狀態與事實狀態的行動不便；而關於事實上的行動不便，如活動還不錯的是失智病人、精神分裂症的病人、或甚至是剛出院的老年人，雖然疾病以控制，但因長期住院後，身體功能的衰退等，此時是否屬於行動不便的病人？

關於此部分，可分為醫學倫理與法律的討論，從醫學倫理的角度分析，病人的「最佳利益」是我們考量的重點，所謂的最佳利益是行善與不傷害原則的衡量結果，利弊得失下得權衡，故上述三種情形，在適用上並無不同，均可認為符合行動不便的定義。

就法律上的分析，首先在全民健康保險醫療辦法修正前規定「長期臥床的行動不便」的慢性病人，是構成醫師親自診察原則的例外，即著重在生理功能所造成的行動不便的病人，但由於該規定已於 97 年 11 月修正，即意謂著不在強調以生理機能受損作為例外的理由，故修法後將其刪除長期臥床的要件，應可視為肯認事實上的行動不便以及暫時性的行動不便也可適用；再者，從法律規範的角度，將行動不便作為醫師親自診察原則的例外，主要是此類病人若要求病人親自就診需要動員家庭大部分的人力與資源，且目前醫師出診服務甚少，在病況穩定下不得不的結果，若說因生理因素造成永久性行動不便的病人具有此特性，難道事實上的行動不便以及暫時性的行動不便的慢性病人，就無此特性，故此三者並無不同；最後，目前將「行動不便」，以及「持有證明文件的出海為遠洋漁業作業、或在國際航線航行船舶服務」的慢性病人，同時列為醫師親自診察原則的例外，即已隱含包括事實上行動不便的病人。

因此，本文認為無論是暫時行動不便的慢性病人，生理上永久性行動不便的慢性病人，以及事實上永久行動不便的慢性病人，無論從醫學倫理或是法律分析的角度觀察，均可適用「行動不便」的解釋。

伍、未親自診察病人涉及的行政責任

若醫師在無例外的情形下，且未能親自診察病人，是違反醫師法第 11 條的規定，衛生主

管機關可處二萬元以上十萬元以下罰鍰²³的「行政罰」。

然而，從「行政管理或健保體系」的角度分析，其後續「行為」所涉及的法律責任可能尚不以此為限。

醫師未親自診察病人，是否違反醫學倫理或是屬於業務上的不正當行為，而有受到「醫師懲戒」之虞；或是其所為的病歷記載，在行政法上是否有「病歷製作不實²⁴」的情形，又是否與刑法第 215 條的「業務文書登載不實罪」相關；另外，依照該份製作不實的病歷申報健保醫療費用，屬於行政法上的「虛報醫療費用²⁵」，是否又與刑法第 339 條的「詐欺罪」相關。

為釐清此部分，以下將由「行政責任」以及「刑事責任」的角度分別討論²⁶。就行政責任的部分，包括：行政罰、懲戒罰、以及違約處罰等三部分；就刑事責任的角度，除了從「行政管理或健保體系」的可能涉及的業務文書登載不實罪及詐欺罪外，尚有從「醫療糾紛」的角度，可能涉及的業務過失致傷死罪的刑事責任，刑事責任的部分將於下章節討論。

一、行政罰²⁷

因「製作不實記載的病歷」，違反醫療法第 67 條第 1 項規定，依同法第 102 條規定處以一萬元至五萬元罰鍰。因「以不正當行為申報醫療費用」，違反健保法第 72 條規定，處以二倍罰鍰。

由於未親自診察病人，其後續行為所產生的法律責任影響甚大，目前法務部對此的態度認為醫療機構以不正當行為虛報醫療費用，其病歷製作與虛報醫療費用為不同之二行為，應分別處罰，尚無行政罰法第 24 條第 1 項「一事不二罰」規定之適用²⁸。

二、違約處罰

依釋字第 533 號解釋，中央健保局與全民健康保險醫事服務機構所訂立之合約屬於「行政契約」性質，其違約之處罰規定主要見於「全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法」，故未經醫師診斷逕行提供醫療服務，最輕微的情形可能違反該辦法第 65 條規定²⁹，而受到扣

²³ 醫師法第 29 條。

²⁴ 醫療法第 67 條第 1 項規定：「醫療機構應建立清晰、詳實、完整之病歷。」若違反依第 102 條規定：「處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，並令限期改善」。

²⁵ 健保法第 72 條規定：「以不正當行為或以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付或申報醫療費用者，按其領取之保險給付或醫療費用處以二倍罰鍰；其涉及刑責者，移送司法機關辦理。保險醫事服務機構因此領取之醫療費用，得在其中報應領費用內扣除。」

²⁶ 王志嘉、連澤仁、羅慶徽、劉樹泉，〈淺談醫療不良事件之法律責任〉，《台灣醫界》，第 48 卷，94 年 11 月，頁 39。

²⁷ 95 年 10 月 5 日衛署醫字第 0950214048 號函釋。

²⁸ 95 年 7 月 17 日法律決字第 0950023015 號書函。以及 95 年 10 月 5 日衛署醫字第 0950214048 號函釋。

²⁹ 全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第 65 條規定：「保險醫事服務機構有下列情事之一者，保險人應扣減其醫療費用之十倍金額：一、未依處方箋或病歷記載提供醫療服務。二、未經醫師診斷逕行提供醫療服務。……」

減醫療費用十倍的「違約處罰」。

三、懲戒罰

「虛報全民健保醫療費用」等行為，屬醫師執行業務本身之不正當行為，涉及違反醫師法第 25 條第 5 款之規定「業務不正當行為」而移付懲戒³⁰。

若成立可能受到警告、命接受額外之一定時數繼續教育或臨床進修、限制執業範圍或停業一個月以上一年以下、廢止執業執照、或廢止醫師證書等懲戒處分，且其性質不相牴觸者，得合併為一懲戒處分。

針對前述所提及的行政罰、違約處罰、以及懲戒處罰等，目前有權機關在解釋上認為「因三者法律依據、規範目的、處分之構成要件及內容均不相同，不生一事多罰的問題，自可依法分別予以裁處。」雖然，此見解是否妥當及合憲性，仍有爭論，但醫師目前仍應先了解相關的規定，以免受到相關的行政罰、違約處罰、以及懲戒罰等³¹。

四、小結

綜合衛生主管機關及法務部的相關行政函釋，以及醫療及健保實務上實際的情形，單純的醫師未予親自診察門診病人的行為，可能涉及的行政責任包括：(1)行政罰，如醫師法第 29 條的規定處罰 2 萬至 10 萬元的罰鍰、醫療法第 102 條的規定，處 1 萬至 5 萬元的罰鍰、以及健保法第 72 條的規定處申報醫療費用 2 倍的罰鍰；(2)違約處罰，依全民健康保險醫事服務機構特約管理辦法第 65 條至第 67 條的規定，視其違約情節的輕重，而受到扣減其醫療費用之十倍金額、停止特約一至三個月、停止特約一年，甚至終止特約的處分；以及(3)懲戒罰，依醫師法第 25 條第 5 款「業務上的不正當行為」規定，受到相關的處分。

就醫師而言，就整體來說這僅不過是一個再單純不過的未親自診察病人的醫療行為，但在行政法上係將每個階段的行為予以割裂評價。以行政罰為例，實務上的看法似乎是認為，醫師未親自看診並一定要寫病歷，即便寫了病歷也不一定要申報醫療費用，故將一個看診的行為從法律上切割為三個行為分別予以處罰，這樣的情形可能嗎？是否有強人所難的情形，故在行政責任上「行為數」的認定是否妥當，是最大關鍵，另外，真的無違反「一事不二罰」的規定嗎？又真的符合行政法上的「比例原則或是一般的原理原則」嗎？本文認為實有商榷的必要，仍有進一步討論的空間。

陸、未親自診察病人涉及的刑事責任

依健保法第 72 條規定以及刑事訴訟法第 241 條規定「公務員因執行職務知有犯罪嫌疑者，應為告發。」

從「行政管理」的角度觀察，在行政法上涉及「文書製作不實」，以及「虛報健保醫療

³⁰ 95 年 5 月 4 日衛署醫字第 0950201019 號函釋。

³¹ 95 年 7 月 17 日法律決字第 0950023015 號書函。以及 95 年 10 月 5 日衛署醫字第 0950214048 號函釋。

費用」等，若遭受健保局移送司法機關時，將需考慮是否有構成涉及刑法第 215 條「業務文書登載不實罪」，以及刑法第 339 條「詐欺罪」的可能性^{32、33}。

從「醫療糾紛」的角度觀察，無論是基於病人因素造成醫師無法親自診察的情形，或是醫師因素造成無法親自診察病人的情形，所要考慮的是是否涉及「業務過失致死傷罪」的可能性。

由於業務文書登載不實罪涉及的爭議相對較小，本文予以合併醫師親自診察原則的特殊類型－「親自驗屍原則」，置於本節第三部分討論。

一、詐欺罪

全民健保實施前，醫病關係僅在醫病雙方之間，適用「私法契約」，若因病人因素造成醫師無法親自診察病人的情形，只要未產生實質醫療傷害（損害），所涉及的法律責任僅為違反醫師法第 11 條「醫師親自診察的義務」³⁴，衛生主管機關依同法第 29 條的規定處二萬以上十萬以下罰鍰，通常是行政罰³⁵。

惟全民健康保險實施後，醫病關係由單純的私法契約，成為醫、病、與健保局三方的關係，醫師診察之後，僅向民眾收取少部分的費用，如掛號費及部分負擔等，至於多數的醫療費用則需向健保局提出申請，故除了「未親自診察病人」的行政罰鍰，尚有「虛報健保醫療費用」的行政罰鍰，以及違約處罰等³⁶，至於此情形是否涉及刑法的詐欺罪，近年來成為司法與醫療實務關注的焦點，尤其健保局自 95 年 11 月 1 日起將「未診治保險對象，卻自創就醫紀錄，虛報醫療費用」的情形，列為主動移送司法機關偵辦之事項，對醫療實務影響深遠³⁷。

因病人或家屬提出不適當要求，造成醫師未能親自診察該病人的情形，在全民健保實施前，客觀上由於醫師未使用詐術，病人及其家屬也未陷於錯誤，也無財產的損害，與刑事詐欺罪無涉，在未發生醫療糾紛前，醫師可能因違反醫師法第 11 條的親自診察義務，而受到行

³² 刑法第 215 條：「從事業務之人，明知為不實之事項，而登載於其業務上作成之文書，足以生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」；第 339 條「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。」

³³ 此部分法律的詳細解釋與說明較為複雜，涉及不少刑法法理，需要個案判斷，且目前司法實務仍在發展中，故本文予以省略，並以「可能性」用語為之。

³⁴ 醫師法第 11 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。前項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，由中央主管機關定之。」

³⁵ 醫師法第 29 條規定「違反第十一條至第十四條、第十六條、第十七條或第十九條至第二十四條規定者，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰。」

³⁶ 參見全民健康保險法第 72 條；全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第 64、65、66 條。

³⁷ 參見中央健康保險局 95 年 9 月 12 日健保稽字第 0950022718 號令訂定「全民健康保險法第 72 條規定違法案件函送偵辦注意事項」。

政處分。

全民健康保險實施後，醫、病、與健保局成為三方關係，已非單純的醫病雙方合意所能決定，病人未到診，造成醫師未能親自診察病人，雖然醫病雙方已達成上的合意，但由於醫師或醫療機構仍需向健保局申報多數的醫療費用，故已非醫病雙方的私法合意所能決定，這必須視健保局與醫療機構（醫師）所簽訂的「行政契約」的內容而定³⁸，由於健保合約及其相關法規的明文規定，「未親自診察病人並申報醫療費用是構成虛報健保醫療費用的事由之一」，會受到行政處分及違約處罰，至於所衍生與詐欺罪的關係，則有討論的必要。

醫師未能親自診察病人，即便符合醫學倫理，但若不符合健保局支付標準的規定，醫師申報該醫療費用，已然向健保局提供了不實資訊，若健保局因一時不察或錯誤處分財產，將該筆醫療費用支付給醫師或診所而造成財產的損害，醫師就會成立「詐欺罪」；相反的，若健保契約及其相關法規允許醫師在某些未親自診察病人的情形下進行治療與處方，即使該情形不符合醫學倫理，醫師向健保局申報該筆醫療費用，由於未向健保局提供不實資訊，健保局也未陷於錯誤及造成財產損害，不會成立詐欺罪。

因此，全民健保實施後，醫師未親自診察病人而申報醫療費用的情形，只要醫療機構依照健保合約及其相關法規，不會構成詐欺罪。惟若未依照規定而申報醫療費用，初步已符合行政法上的虛報醫療費用，至於是否有成立詐欺罪的可能性，在健保財務拮据的今日，因健保局移送司法機關的案件增加，檢調機關的約談與調查，不僅造成醫學界恐慌，甚至有人因此自殺身亡，則有其重要性。

從醫療實務的角度觀察，較重要、常發生、引起醫學界困擾、以及具有爭議的類型，就是為「出國，但非為出海為遠洋漁業作業，或在國際航線航行船舶服務的慢性病人」診察、開立處方並申報健保醫療費用，是否成立詐欺罪的問題，因涉及雖符合醫師法第 11 條行政函釋的例外規定，但卻不符合全民健康保險醫療辦法第十條規定，此部分應該如何論處？事實上，在過去尚有「慢性疾病行動不便，但未達到長期臥床的病人」的爭議，主要也是醫師法規與健保法規的規定不同所致，由於此部分在 97 年 10 月 6 日全民健康保險醫療辦法修正後，目前爭議暫告解除。

如醫師在未符合親自診察病人的例外規定下診察並開立處方給病人，要求病人家屬以「自費醫療」的方式，不論對健保局或是病人家屬，並不構成詐欺罪。若醫師或醫療機構採用向健保局「申報醫療費用」的方式，此舉就必須從客觀的構成要件，包括：向健保局傳達不實的資訊、健保局陷於錯誤、將醫療費用支付給醫師或醫療機構、以及造成財產的損害等要件分析，此外尚有主觀的構成要件—故意及不法所有的意圖等也須一併考量。

就「出國，但非為出海為遠洋漁業作業，或在國際航線航行船舶服務的慢性病人」而言，若醫師對此類無法到診的病人診療，並向健保局申報醫療費用，從醫學倫理上來說，這類病人並無無法取得藥物的理由，且對於一個手腳健全活動靈活的人，病人未親自求診已有濫用健保資源違反公平正義之虞，不符合公平正義原則，也不符合病人最佳利益原則，是違背醫

³⁸ 釋字第 533 號解釋。



學倫理的。從法律的角度觀察，類此病人健保局並不允許醫療機構或醫師申報該筆醫療費用，加上健保局已多次透過行政函釋、媒體宣導、發文給醫療機構三令五申、並實際透過行政罰與違約罰等措施處罰醫療機構且行之有年，若據此申報醫療費用，的確向健保局傳達不實的資訊、健保局陷於錯誤、將醫療費用支付給醫師或醫療機構、以及造成財產的損害的情形，於客觀構成要件該當，至於主觀要件上符合詐欺故意及不法所有的意圖，詐欺罪的構成要件是該當的，惟是否成立詐欺罪仍需藉由個案的判斷。

就「慢性疾病行動不便，但未達到長期臥床的病人」而言，造成醫師無法親自診察病人的情形，過去長期的爭議所在，且造成醫療實務上的莫大困擾與衝突。

此部份就客觀要件上，是否向健保局傳遞不實資訊即存在爭議，因為行動不便與長期臥床的區分誠屬不易，即使病人親自到診，醫師欲判斷都有其困難性，更何況是就診當日由病人家屬口述以及藉由病歷等相關記載等判斷的情形，故醫師開立處方給「慢性疾病行動不便，但未達到長期臥床的病人」，就主觀上也難謂醫師有故意或不法所有的意圖。

再者，行動不便的病人，如失智症、精神疾病等，有時比長期臥床病人更不可能親自求診，如腦中風、脊髓損傷的病人等，此類情形，就舉輕以明重的法理，以及法的目的性解釋，醫師開立處方給類此之病人，不僅於主觀上無故意或不法所有的意圖，就客觀上也未必向健保局提供了不實資訊。

最後，至今仍少有醫師能區分醫師法規與健保法規的差異，錯誤難以避免，醫師主觀上欠缺故意與不法所有之意圖，因此本文認為，醫師開立處方給「慢性疾病行動不便，但未達到長期臥床的病人」，就多數的情形，不成立詐欺罪。

因此，本文認為「行動不便、長期臥床」的病人，在解釋上只要行動不便即屬於該法規規範的目的，該長期臥床僅為贅文，故本文認為醫師未「慢性疾病行動不便，但未達到長期臥床的病人」診察並開立處方，與詐欺罪的主客觀構成要件上並不該當，應不成立詐欺罪。

二、業務過失致死傷罪

【案例】：心導管檢查副作用及併發症致死案

甲的先生自訴民國 85 年 9 月，病人甲在台南市某醫院接受心導管檢查，因 A 醫師未經告知甲及其家屬實施心導管檢查的危險性即實施，致甲因心導管檢查併發症而死亡；A 醫師對甲實施心導管檢查後，在甲的鼠蹊部傷口各壓置每包二公斤的砂袋各一個，因砂袋過重且沒有及時拿開，導致甲股動脈栓塞並引發急性心肌梗塞而死亡；而 B 醫師未及時將甲右腳切除，且未及時將甲送入加護病房，導致甲病情持續惡化而死亡；C 醫師值班時未親自巡視病房，而以電話指示護士施予舌下硝化甘油含片解緩症狀，違反醫師法第 11 條：「醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑、或交付診斷書」的規定；D 醫師值班時，於家屬要求值班醫師診察時未到病房來診察，違反醫師法第 11 條：「醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑、或交付診斷書」的規定，因認 A、B、C、D 醫師四人涉有刑法第 276 條第 2 項業務過失致死之罪嫌。

【爭點】：本案的心導管檢查副作用及併發症致死案，C、D 二位醫師未每次親自診察病人是

否違反醫師親自診察義務而有過失，進而構成業務過失致死罪的刑責？

(一)實務見解

1. 最高法院

最高法院認為，醫師法第 11 條規定的意旨，旨在強制醫師每次親自到場診察，以免對病人病情誤判而造成錯誤治療或延宕正確治療時機，故該規定能否限定解釋為醫師曾為病人診察，自認瞭解病情，病人的病情若有變化，亦可依以前診察的認知，省略再次診察的手續，逕指示醫師以外的醫療人員，例如護士逕為治療，非無疑問。又護士所受訓練，偏重護理而非醫療，縱使經驗豐富的護士，亦不能取代醫師的診察。

2. 高等法院

高等法院認為，醫師法第 11 條之立法精神在規範醫師對從未診察過的患者，於病情不明情況下而予以處方之行為；若該患者已經詳細檢查，病情明顯，醫師任何處置皆為有所本，即應不屬醫師法第 11 條處罰的範疇。

因此，甲的先生以病人甲每次病症有起伏時，醫師並非每次到病床親自診視，即認 C、D 醫師有過失，實有過於苛求，而且 C、D 二位醫師值班時，護理人員均依其指示而為處置，病人甲並因而獲致病狀之緩解，病情當為穩定，縱令 C、D 二位醫師未親自前往看察，亦不宜即認有何過失。

因此，醫療過失與否的論斷係依醫療處置適當與否為據，醫師未親自診察病人非醫療過失論斷之依據³⁹。

(二)學者見解

學者王皇玉教授，原則贊同最高法院的見解，認為醫師法第 11 條規定的目的，在強制醫師親自到場診察，以免對病人病情誤判而造成錯誤治療或延宕正確治療時機。此外，對於高危險性之病人，其病情瞬息萬變，遇病情有所變化，醫師自有親自到場診察之注意義務及作為義務，依正確之診察，給予妥適之處分治療，以保障醫、病雙方權益。但認為對醫師法第 11 條之規定應「目的性限縮解釋」，以符合醫療實務面上執行的困難，此見解符合現行的醫療結構，其主張如下：

1. 應區別類型

若醫師從未接觸過的病人，或是過去雖然接觸過，但從時間的間隔來看，無法根據過去的問診經驗而掌握現在的病情則屬違反醫師親自診察義務；反之，若醫師持續在進行治療的病人，從時間與空間的緊密關係來看，醫師即使未親自到場，仍能根據過去與病人接觸的經驗等充分掌握病情，並給予適切的治療無誤診之虞時，是屬於可容許的範圍。

2. 應判斷有無急迫性

依照醫師法第 11 條規定，醫師雖應盡親自診察的義務，並非不可容許的意外，有基於事實上的困難，如對於「山地、離島、偏僻地區」，可允許醫師採取便宜或權宜處置，有基於緊急情況之例外，如「對於有急迫的情形」等，惟其條件必須限制於真的具有「急迫性」，

³⁹ 參見臺灣高等法院臺南分院 90 年度上更(一)字第 596 號判決、94 年重上更(二)字第 278 號判決。

且「如果未為緊急醫療或處置，將導致病人病況嚴重或死亡」的情形下，始能以「緊急避難」來阻卻醫師過失行為的違法性。

3. 應進行因果關係審查

此外，應進行因果關係的審查，亦即探究醫師未親自診察病人與病人死亡的結果有無因果關係。若醫師違反了親自診視病人的注意義務，並未使病人受到更不利益的情況（如案例之 C 醫師），而病人最終死亡的原因，也非導因於醫師親自診察義務的違反，即可說醫師未親自診察與死亡結果之間，不具有因果連結關係。因此，不能以醫療過失論處，至多僅為行政懲處。

(三) 本文見解

醫師親自診察的義務，重點不應在形式上要求每次診察醫師均須到場，而是應該從實質的觀點，著重在醫師參與以及掌握病人的角色，但這並不表示醫師不用每次親自到診的意思，事實上是否需「每次」親自到診，應與是否違反醫師親自診察原則無涉，而與是否違反注意義務，對病人有業務過失致傷或致死的刑事責任有關。

換句話說，在未對病人造成傷害且未發生醫療糾紛時，無涉違反醫師親自診察原則，也無涉業務過失致死傷罪的問題；但若對病人造成傷害而發生醫療糾紛時，仍然無涉於違反醫師親自診察原則，但是在刑法上應探討的是醫師這次未親自診察病人，是否違反注意的義務，如醫師的指示或指導是否失當等。

三、業務文書登載不實罪

【案例】親自驗屍原則的內涵與相關爭議⁴⁰

醫師甲，擔任某公立醫學中心急診部加護病房住院醫師，於病人病逝於加護病房時，並不在現場，亦未親自驗屍，即掣給死亡證明書，且病人之子乙認為病人本身無自發性呼吸能力，係因當日加護病房內無值班醫師，也無呼吸器，導致死亡，醫師甲卻在死亡證明書上記載死因為「肺炎合併敗血性休克」，乙認為，甲違反醫師法第 11 條之 1 的親自驗屍原則，且涉有刑法第 213 條之公務員登載不實罪，因而提起了刑事自訴。

【爭點】：本案的醫師甲，是否違反醫師親自驗屍的原則，是否有死因登載不實，而構成刑法第 215 條的業務文書登載不實罪⁴¹？

醫師法第 11-1 條規定，醫師非親自檢驗屍體，不得交付死亡證明書或死產證明書，此為「醫師親自驗屍原則」。

醫師親自診察原則與醫師親自驗屍原則，是醫師法規定醫師必須親自為之的醫療行為，主要是涉及醫療的診斷與專業，具有一身專屬性，無法假手於他人，故醫師親自驗屍原則，係屬於醫師親自診察原則的一部分，由於爭議日漸增加，故本節討論醫師親自診察原則的特

⁴⁰ 本案例改編自 91 年 12 月 31 日台灣高等法院 91 年度上訴字第 3366 號刑事判決。

⁴¹ 本案例發生及判決時，公立醫院的醫師依通說見解屬於公務員，故涉及的是刑法第 213 條，惟 94 年 2 月修正並於 95 年 7 月施行的刑法將公務員的定義變更，公立醫院的醫師除少數外，不再適用公務員，故以下將討論條文由行法第 213 條，變更為刑法第 215 條，併旨敘明。

殊類型—「醫師親自驗屍原則」的適用與爭議。

醫師親自驗屍原則與死亡證明書的開立，重點在於一個人不可能被宣告死亡二次，也不可能藉由翌日或嗣後的驗屍來判斷當時是否死亡，以及死亡當時的情況。故衛生署行政函釋及司法實務向來認為，有關醫師法第 11-1 條醫師親自驗屍原則之立法意旨，在於規範醫師應在能依醫學專業確定死亡之事實，並臆斷死亡原因之條件下，始得交付死亡證明書或死產證明書⁴²，故醫師根據先前宣告病人死亡後的病歷記載，據實予以填寫，並交付死亡證明書，即符合醫師法第 11-1 條之規定。

另外，死亡原因的填寫，是開立死亡證明書重要而棘手的部分，至今仍有不少爭議，其主要的理由有二：

1. 從醫療實務的觀點，死因的填寫應依據國際標準以及衛生署的函釋填寫⁴³，亦即應依照世界衛生組織 1975 年國際疾病傷害及死亡分類表所訂詳細分類表填列死亡原因。而根據 2004 年國家衛生研究院醫療保健政策研究組研究員溫啟邦的調查，死亡證明書上僅記載「心肺衰竭」、「呼吸衰竭」、「老衰」、「猝死」，及「到院前死亡」等，沒有加註載明相關病因，被歸類為「診斷欠明」，目前每十五人中就有一人屬於死的「不明不白」⁴⁴，此部分不僅無法了解病人真正死因，容易衍生醫療糾紛，也防礙國家政策之制定。
2. 從司法實務的觀點，曾有學者撰文指出「在司法實務上，曾有檢察官認為死亡之病患若未曾經解剖驗斷，必須在死因欄加上『疑似』等字眼，而且在死亡原因確立後必須加以更正，否則恐有業務文書登載不實的問題（因為醫師自己也知道死因是無法確定的），雖然與醫學實務之操作有扞格，惟在法律上並非全然無據，醫界可以省思此一問題。」⁴⁵

由於醫界與法界對於死因診斷的書寫或開立方式的見解未見一致，亟待醫界與法界的溝通與互相尊重，在未取得共識前，宜尊重醫學界的國內慣例及國際慣例，因此病人之子乙，認為病人死因應記載「加護病房內無值班醫師，也無呼吸器，而死於呼吸衰竭」，而不是醫師甲在死亡證明書上所記載死因為「肺炎合併敗血性休克」，由於死因之記載係依據世界衛生組織之標準以及衛生署相關函釋，應以「死亡病因」為主，而非記載「死亡機轉、症狀、或當時病況」，故醫師甲於死亡證明書的記載並無登載不實之處，惟若有必要，醫師甲可於死因「肺炎合併敗血性休克」，前面加上「疑似」字樣，以避免爭議。

柒、結語

⁴² 82 年 8 月 28 日衛署統字第 8247700 號函釋。

⁴³ 謝炎堯，〈死亡真相及死亡證明書〉，《自由時報》，93 年 4 月 21 日，網址為〈<http://www.libertytimes.com.tw/2004/new/apr/21/today-o1.htm>〉（最後引用日為 98.01.31）。

⁴⁴ 黃清濱醫師、律師，〈死亡的法律觀〉，《臺中醫林》，第 57 期，引用自臺中市醫師公會網站，〈http://www.tcmed.org.tw/asp/Publication_v.asp?perid=57&pcat=7&pid=9〉（最後引用日期為 2008.01.31）。

⁴⁵ 黃清濱醫師、律師，同前註。台中醫林第 57 期，引用自台中市醫師公會網站，http://www.tcmed.org.tw/asp/Publication_v.asp?perid=57&pcat=7&pid=9（最後引用日期為 2008.01.31）



「醫師的親自診察義務」所涉及的爭議，是近年來新興的倫理與法律議題，在過去僅為行政管制的措施，至今逐漸衍生民刑事責任，特別是刑事的責任更涉及業務文書登載不實罪、詐欺罪、以及業務過失致死傷罪等議題，長期以來對醫界、法界，及醫病之間而言，均為雙輪，故有探討的必要。

事實上，醫療行為非常複雜，如何定義醫療行為向來極具爭議，若在醫療實務中增加一至二個變項，可能會得到不同的結果，故原本應該要透過個案判斷的方式解決，然而自 95 年 11 月起健保局動輒將未親自診察病人的醫師移送司法機關偵辦，甚至出現司法機關以聲押方式處理，去年也發生過某縣市醫院一半以上的醫師受到約談，造成某家醫院的醫師因約談後承受不了壓力而自殺的個案，故有必要對此高度不確定的議題討論。

在醫療上診察的方式非常多，問診是一種方式，身體檢查是一種方式，安排檢查是也一種方式，不能說少了其中一項就不是診察行為，因為少了一項有些是醫師專業的裁量，有些可能是涉及過失的問題。因此，電話問診，是診察的一種，醫師透過電話問診的方式，自然是親自診察的一部分，至於電話問診是否足夠，這是過失要考慮的範疇，不能遽此認該醫師違反親自診察義務。

親自診察應該要以實質的觀點切入，不能由形式上要求醫師每次必須到診。所謂實質的觀察，實著重在醫師參與的角色，醫師的統籌角色，至於是否需每次親自為診察，需考慮醫療的專業分工以及醫療的運作慣例，有可能某些情況需要醫師每次親自為之（可能急診或住院），有可能某些情況，透過醫師的指示與指導即可，不需親自為之（可能最常在住院或門診），這方面只能個案判斷，不能形式上要求醫師每次要到場診察。

會診，是另一項具爭議的問題，從醫學倫理的角度觀察，醫師當然應該要予以親自診察，始符合醫學倫理，但是從法律上的觀點應該區分為以「會診目的」為斷，若會診是著重在醫師專業間的溝通或是專科醫師的授權，醫師是否親自診察病人並非重點；但是，若是著重在疾病的診斷，其重點自然在醫病關係上，醫師未親自診察該病人，自然違反親自診察義務。

最後，未親自診察病人從行政管理的角度觀察，在行政責任上可能涉及行政罰、違約處罰、以及懲戒罰，是否有違反一事不二罰仍有討論的空間，此外，行為數的認定，以及是否有違比例原則都值得深究。另外，在刑事責任上可能涉及業務文書登載不實罪以及詐欺罪，就業務文書登載不實罪的構成要件該當爭議較小，然而詐欺罪的構成要件該當性爭議較大，只能透過個案判斷的方式處理，稍微改變一至二個變項，其結果可能不同，這方面只能留待法界與醫界進一步努力了。