

(一) 醫療行為與醫療契約



案例 1 何謂醫療業務？何謂醫療行為？

《案例一》甲自費到某家小型醫療美容診所去做豐唇手術，醫師保證使用自體脂肪來做，絕對無痛又自然，沒想到在完成手術後，甲驚覺跟自己想像的差太多，要求退費。診所卻態度強硬，求助無門的甲只好上網向眾多網友抱怨，經網友告知才驚覺該診所醫師根本沒有醫師執照，甲認為應該要用醫師法第 28 條的規定來檢舉這個「密醫」，請問甲的說法有理由嗎？

《案例二》乙長期腰酸背痛，聽聞好友推薦有一個推拿師父技術不錯，於是前去拜訪，師父便以拔罐方式幫助乙解決病痛，誰知道乙回家後反而覺得更不舒服，後來去看醫師，才發現背部因拔罐而受傷，請問推拿師父應負醫師法第 28 條之責任嗎？



壹、內容說明

一、醫療業務之概念

（一）醫療業務範疇之重要性

在談醫療業務之定義前，讀者應先理解為何釐清醫療業務範疇如此重要，主因在於醫師法第 28 條¹規定，未具有合法醫師資格者，卻執行醫療業務時，將負上刑事責任。其中關於行為人是否具合法醫師資格，應較容易判斷²，醫師法第 1 條是取得醫師資格的規定，故無醫師資格者，原則上不得為「醫療業務」³，判斷有無違反醫師法第 28 條之關鍵。

（二）醫療業務之定義

所謂「醫療業務」，根據行政院衛生福利部（以下簡稱衛福部）之定義，係指「以醫療行為為職業而言，不問是主要業務或附屬業務，凡職業上予以機會，為非特定多數人所為之醫療行為均屬之。

¹ 醫師法第 28 條：「未取得合法醫師資格，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。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。」

² 醫師法第 1 條：「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。」醫療法第 10 條第 2 項：「本法所稱醫師，係指醫師法所稱之醫師、中醫師及牙醫師。」

³ 醫師法第 28 條但書：「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。」



且醫療業務之認定，並不以收取報酬為其要件⁴。」而依此標準，要判斷構成醫療業務與否，還必須更進一步定義所謂「醫療行為」。

二、醫療行為之概念

(一) 醫療行為之定義

根據衛福部⁵之定義，應具備以下二要件，始構成醫療行為：

1. 具治療目的：須以治療、矯正或預防人體疾病、傷害或殘缺為目的。
2. 醫治或用藥行為：有診察、診斷或治療之行為，或基於診察、診斷之結果為處方、用藥、施術或處置等行為⁶。

(二) 標準之檢討與反思

然而若依上開標準，則常見之器官捐贈、抽血、整型、變性手術或人工流產等，皆會因「非出於治療目的」而被視為非醫療行為，如《案例一》中之甲，因為愛美而去整型，若認為是無執照之醫師所為非屬醫療行為，即可能無法依照醫師法第 28 條規定處罰，如此與一般人觀點相差甚遠，對民眾的健康保障也不足，且許多行為雖非出於治療目的，但多涉及侵入性行為，應由具備專業知識者為之，倘認非屬醫療行為，恐無法因應與顧及民眾之健康需求，如此可看出上述判斷標準實過於狹隘。有學者建議可修改為「若非醫師為之，對病患有害健康之虞，而凡以治療、矯正或預防人體疾

⁴ 詳參行政院衛生署 85 年 7 月 18 日衛署醫字第 85038723 號函。

⁵ 同前揭註 4。

⁶ 詳參行政院衛生署 65 年 4 月 6 日衛署醫字第 107880 號函及 81 年 8 月 11 日衛署醫字第 8156514 號函：「按醫療行為，係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，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。」

病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷之結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術或處置等行為；或其他能影響人類身體結構及生理機能之行為⁷。」此定義較現行標準而言，確實較為明確而完善，提供給讀者參考。

（三）美容醫學是否屬醫療行為

有學者認為，美容外科則係為滿足診療對象個人主觀上愛美之目的，對個人身體雕塑、加工，治療之內容並非疾病，與狹義醫療行為之主要目的不同，似不應如一般醫療行為受醫師法、醫療法等醫事法規之拘束。但因美容醫學之診療對象為人體，其診療仍有侵害人之生命、身體、健康之虞，因此應以美容醫學之診療行為是否具有侵入性，決定該診療行為是否為醫療行為，而有受醫療法規範之必要⁸。

亦有法院判決⁹認為美容醫學與一般以治療疾病為目的之傳統醫療行為，具有相當大之差異。然因美容醫學仍係對人體所為，即便診療行為未涉及影響或改變人體結構及生理機能之侵入性行為，對於接受診療者之生命、身體、健康仍可能造成危害，僅係美容醫學之診療行為對人體之侵害程度或較傳統醫療行為為低，故美容醫學仍應解釋為廣義的醫療行為。

有鑑於美容醫學對人體的侵入性，衛福部於 105 年 8 月 30 日以衛部醫字第 1051665809 號函公告 16 項「美容醫學處置（含美容醫學針劑注射處置）同意書及說明書範本」，對於常見之美容手術之執行方法、併發症及後遺症發生機率及處理方法、風險及副作用等，

⁷ 謝開平，非醫師之醫療行為在刑法上之評價，法令月刊，第 62 卷第 2 期，2011 年 2 月，頁 90。

⁸ 朱柏松，整型、美容醫學之區別及其廣告應有之法規範，月旦法學教室，第 31 期，2005 年 5 月，頁 97、101。

⁹ 詳參臺灣臺北地方法院 106 年度簡字第 178 號行政判決。



公告於官網供民眾查詢，以利民眾選擇美容醫學處置時，有更明確的醫療資訊，落實民眾「知」的權利¹⁰，並重申「美容醫學」屬「醫療行為」範疇¹¹。

三、民俗療法與醫療行為之關聯性

而讀者可能有疑惑的是，各種流傳鄉里的民俗療法如按摩、刮痧、收驚、氣功或拔罐等，究竟是否屬醫療行為之範疇，如同《案例二》中幫乙推拿之師父，是否受到醫師法第 28 條之限制？

衛生福利部曾透過函釋宣稱「未涉及接骨、交付藥品、使用儀器或侵入性」之民俗療法為「不列入醫療管理之行為」，否定其屬醫療行為¹²。該函釋雖已停止適用，惟觀察衛福部近期之函釋：「以紓解筋骨、消除疲勞為目的，單純對人施以傳統之傳統整復推拿、按摩、指壓、刮痧、腳底按摩、拔罐等方式，或使用民間習用之外敷膏藥、外敷生草藥、或藥洗，所為之民俗調理行為，不得宣稱醫療效能。」除改用民俗調理之用語，以釐清與醫療行為之界線外，仍未將此列入醫療行為來管理¹³。同時政府亦於公司行號營業項目增

¹⁰ 參「美容醫學處置（含美容醫學針劑注射處置）同意書及說明書範本」共 16 項，行政院衛生福利部醫事司美容醫學資訊專區，2019 年 3 月 21 日，<https://dep.mohw.gov.tw/DOMA/cp-3240-15604-106.html>，最後瀏覽日期：2019 年 5 月 7 日。

¹¹ 衛生福利部重申「美容醫學」屬「醫療行為」範疇，衛生福利部新聞稿，2014 年 8 月 21 日，<https://www.mohw.gov.tw/cp-3204-21697-1.html>，最後瀏覽日期：2019 年 5 月 7 日。

¹² 詳參行政院衛生署 82 年 11 月 19 日衛署醫字第 82075656 號函：「一、不列入醫療管理之行為：（一）未涉及接骨或交付內服藥品，而以傳統之推拿手法，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、氣功與內之功術等方式，對人體疾病所為之處置行為。」

¹³ 詳參行政院衛生署 101 年 5 月 29 日衛署醫字第 1010206672 號令中的民俗調理之管理規定事項：「一、以紓解筋骨、消除疲勞為目的，單純對人施以傳統之傳統整復推拿、按摩、指壓、刮痧、腳底按摩、拔罐等方式，或使用民間習用之外敷膏

列¹⁴「傳統整復推拿業」與「按摩業」，並言明從事人員不得涉及醫療行為，更可看出衛生福利部定調「民俗調理非屬醫療行為」之態度。

為因應民俗調理之爭議層出不窮，衛福部中醫藥司為確保民俗調理業務及保障消費者之生命及身體安全等¹⁵，於 104 年 5 月 12 日公告訂定「民俗調理業管理規範」，同年 6 月 1 日生效。該規範第 2 點規定「本規範所稱民俗調理，係以紓解筋骨、消除疲勞為目的，單純運用手技對人施以傳統整復推拿、按摩、腳底按摩、指壓、刮痧、拔罐，或使用民間習用之青草泥、膏、液狀外敷料所為之非醫療行為」；第 3 點及第 4 點¹⁶亦規定民俗調理營業場所與醫療機構應要有實體區隔、民俗調理營業所不得陳列藥品及醫療器材。依該管理規範可知，一般推拿、刮痧等民俗調理非屬醫療行為，且民俗調理人員執行職務需配戴身分識別證，並不得對消費者為醫療行為¹⁷。

貳、案例解析

一、案例一

美容醫學係醫師透過醫學技術，執行侵入性或低侵入性之醫療

藥、外敷生草藥、或藥洗，所為之民俗調理行為，不得宣稱醫療效能。二、前項行為如以廣告宣稱醫療效能，依醫療法第八十四條、第八十七條等有關規定處分。」

¹⁴ 詳參經濟部 101 年 6 月 28 日經商字第 10102422250 號函。

¹⁵ 民俗調理業管理規範第 1 點：「為確保民俗調理業服務品質，保障消費者之生命、身體、健康等權益，特訂定本規範。」

¹⁶ 民俗調理業管理規範第 3 點：「民俗調理營業場所設置，如與醫療機構同一地址，應有實體區隔、且獨立門戶及市招。」；民俗調理業管理規範第 4 點：「民俗調理營業場所不得陳列藥品、醫療器材。」

¹⁷ 民俗調理業管理規範第 12 點：「民俗調理人員執行業務，應配戴身分識別證，並不得對消費者從事下列行為：（一）醫療行為。（二）以口語或其他方式提供醫療或藥物諮詢建議。（三）自行調製藥品。（四）販賣藥品、醫療器材。」



技術來改善身體外觀的醫療行為，而輔以治療疾病為目的，雖與傳統醫療行為主要係以治療為目的不同，但對於人的身體健康亦有造成危害的可能，因此，美容醫學亦屬醫療行為的範疇。本案甲所接受之醫療美容手術為醫療行為，故未領有醫師執照之密醫所為之醫療行為有醫師法第 28 條之適用。

二、案例二

依衛福部訂定之民俗調理業管理規範第 2 點，推拿與拔罐均為民俗調理，而非醫療行為。因此，案例二中推拿師父所為之行為並非醫療行為，不會受到醫師法第 28 條之懲罰，但如乙受有其他傷害，仍可依民法之規定向推拿師父請求賠償。

參、參考法條

一、醫師法第 28 條

二、民俗調理業管理規範