

# 遠距醫療與醫師親自診察檢驗義務

陳鈺雄\*

## 目次

- 壹、前言
- 貳、遠距醫療在我國的現狀
  - 一、何謂遠距醫療
  - 二、遠距醫療在我國的發展
    - (一) 經濟部「銀髮族 u-care 旗艦計畫」
    - (二) 經濟部整合式行動醫療照護示範應用計畫
    - (三) 衛生署「遠距照護試辦計畫」
    - (四) 台北市市民健康生活照護試驗驗證服務
    - (五) 從遠距照護走向遠距醫療的必要性
- 參、醫師親自診察義務之法令解釋
  - 一、民國五十六年的首次立法：確定責任主體
  - 二、民國七十五年後的修正：禁止一般情況以通訊方式診察
  - 三、矛盾的前後多次行政解釋
  - 四、司法解釋與醫療實務的衝突
- 肆、對現行司法與行政解釋之評析
- 伍、美國對遠距醫療行為之安全性規範
  - 一、區分「醫療諮詢」與「共同診療」
  - 二、以立法方式確保遠距醫療的品質
  - 三、透過臨床準則將遠距醫療常規明文化
- 陸、結論

關鍵字：親自診察義務、遠距醫療、遠距照護、遠距手術、電子病歷、老年照護、醫療器材、臨床準則、醫療品質、遠距醫療會診

投稿日期：九十八年五月四日；接受刊登日期：九十八年六月十八日

\*交通大學科技法律研究所專任助理教授

## 壹、前言

遠距醫療由於具有降低醫療成本、可提高醫療品質及可近性等優點，已成先進各國醫療體系的發展重點之一<sup>1</sup>。我國由於資訊工業發達，已有不少廠商生產高品質的遠距醫療器材。但這些器材受限於國內法令限制，多半只能外銷國外，鮮少進入醫療體系，讓國人享用遠距醫療所帶來的便利性<sup>2</sup>。在種種法令限制中，最重要者莫過於醫師法第十一條之醫師親自診察檢驗義務。該條第一項規定：「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。」由於該項但書明文將通訊方式，列為特殊條件下方可進行的診療方式，依反面解釋，在通常情況下，醫師不得以通訊方式從事醫療行為，否則依醫師法第二十九條，醫師可被處以新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰之行政處分。亦即，遠距醫療乃現行醫師法明文禁止之診察方式。若有病患受到傷害，遠端醫師尚有可能依民法第一百八十四條第二項，或刑法過失傷害、過失致死規定，而負民刑事責任。

<sup>1</sup> 關於各國發展遠距醫療的現況，可參見 Stefaan Callens, *Telemedicine and European Law*, 22 MED. & L. 733 (2003); Thomas R. McLean, *International Law, Telemedicine and Health Insurance: China as a Case Study*, 32 AM. J.L. & MED. 7 (2006); Ian R. Landgreen, "Do No Harm": A Comparative Analysis of Legal Barriers to Corporate Clinical Telemedicine Providers in the United States, Australia, and Canada, 30 GA. J. INT'L & COMP. L. 365 (2002).

<sup>2</sup> 謝柏宏，遠距醫療 爭取修法鬆綁，經濟日報，D8版，2008年10月15日。

筆者在研究各國遠距醫療法律時，發現雖然各國文獻均討論到跨國進行遠距醫療時的證照問題，卻無人討論一國國內得否進行遠距醫療的議題。以遠距醫療最發達的美國為例，早自數十年前起就有許多判例討論遠距醫療的醫病關係，許多州並將遠距醫療明列為醫療行為的一種<sup>3</sup>。亦即，在一國國境內以通訊方式進行遠距醫療，在各國並非一律禁止，而是以法令及實務判決對其行為態樣作更詳細的規範，尤其是放在醫病契約關係的成立、執業標準（standard of care）、病歷隱私等項下作討論，以確保醫療品質及病患保護。我國醫師法第十一條明文禁止遠距醫療的規定，在各國之中實屬特例。

筆者進一步探究司法及行政機關對該條文的闡釋，發現有許多不一致或概念模糊之處。之所以存在這些不一致處，主因在於以通訊方式進行診察資訊的傳輸，已是醫療界日常慣行的行為，尤其在慢性病患及醫院內不同空間的連繫尤然。但若全面允許醫師以通訊方式進行診察，又可能在某些情境影響醫療品質，有害病患安全，因此解釋方針難以拿捏。因此主管機關若不進行調整，為醫療慣行的通訊醫療行為劃出合於體系的合法範圍，一旦有司法機關根據法律文義作出嚴格

---

<sup>3</sup> 例如 Arizona 州：Ariz. Rev. Stat. Ann. § 36-3601.3 (2009) 定義 telemedicine 為 “the practice of health care delivery, diagnosis, consultation and treatment and the transfer of medical data through interactive audio, video or data communications that occur in the physical presence of the patient, including audio or video communications sent to a health care provider for diagnostic or treatment consultation.”。Indiana 州：Ind. Code § 25-22.5-1-1.1(a)(4)(2009) 定義 the practice medicine 包括 “Providing diagnostic or treatment services to a person in Indiana when the diagnostic or treatment services: (A) are transmitted through electronic communications; and (B) are on a regular, routine, and nonepisodic basis or under an oral or written agreement to regularly provide medical services.”。

解釋，則勢必對醫療界造成滯礙難行的巨大衝擊。而雖然行政或司法機關近年來已調整對醫師法第十一條的解釋，納入更多例外規定以符合醫界常規，但由於抽象原則適用在具體個案時，仍存有許多模糊地帶，並無法提供醫護人員清楚的行為指示。在法令界限不明的情況下，遠距醫療難以推廣至一般情形。

另一方面，民國九十三年公布之營養師法，第十三條的親自執行義務規定：「營養師應親自執行業務，不得由他人代理；營養師執行前條第一項第一款、第二款業務時，應當面進行。」顯然「親自」與「當面」二詞的字義不同。親自之範圍較廣，包括雖未當面進行，但非由他人代理之情形。這種情形，若非藉由通訊設備為之，實難想像。由於許多醫療專業人員法規均有親自執行業務之義務規定<sup>4</sup>，因此此處之「親自」，在文義內涵上是否與醫師法第十一條第一項本文的「親自」意思相同，值得進一步探究。

本文討論的重點是：在醫院林立、人口眾多的大都會區，非緊急救護或特殊情況，醫療機構可否在一般日常情形，有實施遠距醫療而不牴觸法令的可能？此問題的重要性在於：過去由於通訊技術所傳遞訊號的質與量有限，因此只有在偏遠、山地地區，緊急或特殊狀況，才有遠距醫療行為的適用。但隨著通訊技術的發達，所能傳遞的訊息量和精準度均大幅提昇，從而遠距醫療的應用範圍日新月異。由位處紐約的醫師，為身處巴黎的病人進行遠距的膽管切除手術，已是成熟

---

<sup>4</sup> 例如助產人員法第 28 條、醫事檢驗師法第 15 條、獸醫師法第 10 條等。值得注意的是，其他的醫療專業人員法規並無類似的親自診察義務規範，是否在立法政策上有不同考量，值得進一步分析。

可行而非止於紙上談兵的行爲<sup>5</sup>。在大都會區，雖然診所與醫院林立，病患親自就診並非困難，但將遠距醫療作為一種輔助而非完全取代親自診察的方式，減少病患親自就診的次數，降低住院需要，避免醫院人數過多產生交互感染的可能性，仍有其實用價值。在特殊疾病（例如癌症或罕見疾病）的情況下，或者同城市內雖有醫師但非病患所信任的醫師，則即使病患位於大城市，仍有可能需要從遠端醫師處尋求協助。同一醫療機構內，醫師並未在現場親自診察病患，而透過通訊設備獲取診斷資訊進行判斷，更已是許多醫療機構的慣行（在急診室深夜就診尤其常見）。由於遠距醫療應用範圍的擴大，是否將遠距醫療侷限於山地、偏遠地區及特殊、緊急情況，有需要進行檢討之必要。

遠距醫療所涉法律責任，涉及民事、刑事、行政三層面，如前所述。但由於篇幅限制，且民、刑事責任的成立，與醫師法第十一條第一項的解釋有密切關係。因此本文討論的範圍以醫師法第十一條第一項的解釋為主，以下內容涉及相關民刑事判決的部分，只是用來說明司法機關對該條文的解釋而已，並非要對醫師親自診察義務的民、刑事問題一併分析。關於遠距醫療涉及的民、刑事責任，筆者未來會另作專文討論，合先敘明。

本文主張，醫師法第十一條第一項的意旨不在於禁止遠距醫療，而是要求醫師親自進行判斷，不得將判讀診察之義務交由他人履行。以遠距方式進行診察，遠端醫師仍屬親自判斷，只是在病理資料的蒐集上，委由近端醫護人員代為蒐集而已，不必然抵觸醫師親自診察檢

---

<sup>5</sup> Julia Scheeres, *Surgeons Here, Patient There*, WIRED, Sep. 19, 2001. <http://www.wired.com/medtech/health/news/2001/09/46946> (last visited Jun. 24, 2009)

驗義務之立法意旨。未來修法時，宜將醫師法第十一條第一項的但書大幅修改，針對遠距醫療行為的特性另訂規範。在尚未修法前，醫師法第十一條第一項但書之適用範圍，應解為針對不處於醫療機構的病患，且病患現場無醫師在場時，只有在山地、偏遠地區或急迫、特殊情況，醫師才能對未曾當面診斷過的病患，以通訊方式進行遠距診察。

## 貳、遠距醫療在我國的現狀

### 一、何謂遠距醫療

所謂遠距醫療照護，是指透過資訊電信設備來連結不同地點的病患與醫護人員<sup>6</sup>。就通訊行為是否涉及醫療行為而言，可區分為遠距醫療（Telemedicine，實行診斷、治療等醫療行為）以及遠距照護（Telecare，監看生理數據，提供營養、飲食諮詢，並於有醫療需求時進行通報）。遠距醫療照護在先進國家已有長期發展，但近年來由

<sup>6</sup> 關於運用資通訊科技提供醫療健康照護，有幾個相關聯的詞彙：遠距健康照護（E-Health, Telehealth）：指以網際網路或相關科技來傳輸或強化健康照護的服務與資訊，以達成臨床、教育及行政之目的均屬之。線上醫療（Cybermedicine, Internet Medicine, or Online Medicine）：指上線者由網站上從醫療服務提供者獲得個人化的醫療資訊（愈個人化，愈接近醫療行為）。遠距醫療（Telemedicine）：指運用通訊器材以連繫不同地點的醫療照護業者及病患。比線上醫療概念更廣，除 Internet 外，尚包含電話、信件、傳真、電子郵件及其他種類的通訊方式。遠距照護（Telecare）：不以預防（preventive）或治療為目的，對高齡或體弱者提供持續監控（monitoring），並提供即時反應（reactive）機制，使之得不住在醫療機構，而能維持生活獨立性。有關這些名詞的定義，詳見陳鈺雄，遠距醫療的法律衝擊，全國律師，第十一卷第一期，頁 41-51（2007）。

於資訊科技的日新月異，使大量生理醫療數據的傳輸變為可能，因而受到更高的矚目。本文討論焦點著重在遠距醫療（Telemedicine），對此美國Kuszler教授提供了一個簡明的定義：

遠距醫療的「簡單，但好用的」定義是使用遠距通訊來診斷與治療病患。遠距醫療運用廣泛的科技與通訊器材，使醫療照護人員可以聯繫、診察、諮詢及對病患提供治療方案。這些科技與通訊器材的運用包括遠距放射學及其他遠距影像診斷、遠距手術與機器人、視訊與網際網路或電子郵件之會議，透過電話、遠距通訊或網際網路線路傳輸心電圖及其他生理資料，以及透過網際網路及有線電視提供「遠距健康照護」教育。雖然這些例子許多是來自最近的通訊科技，遠距醫療至少三十年前就已超越單純的電話溝通，並已有相當豐富的發展史<sup>7</sup>。

以往對遠距醫療的應用，主要侷限在對偏遠地區醫療需求的支援。但隨著通訊科技的日新月異，現代遠距醫療已可提供大量複雜的訊息，包括高畫質的逼真影像、繁複方便的即時溝通方式、完整的數位資訊、甚至人工智慧。在西方國家，遠距醫療已逐漸成為許多醫療照護提供管道的整合性主要元件之一。它使醫療照護的傳遞可以跨越不同疆界，並讓許多過去不被認為與醫療有關的產業，例如有線電視、保全業等與醫療機構整合，強化了醫師與病患之間的溝通。遠距醫療照護已成為一項新興運動<sup>8</sup>。

---

<sup>7</sup> Patricia C. Kuszler, *Telemedicine and Integrated Health Care Delivery: Compounding Malpractice Liability*, 25 AM. J. L. & MED. 297, 299 (1999).

<sup>8</sup> *Id.* at 302.

## 二、遠距醫療在我國的發展

就我國醫療體系的需求而言，遠距醫療照護具有兩大優點。首先，遠距醫療照護可大幅減輕我國社會高齡化造成的健保體系財務負擔。依據二〇〇八年十月內政部的統計，我國六十歲以上的人口已達3,211,522人，超過總人口數13.95%，以二〇〇七年六十歲以上人口占總人口的13.64%、二〇〇五年六十歲以上人口佔總人口13.35%來看，我國老年人口佔總人口的比例正持續成長中<sup>9</sup>。另從二〇〇六年衛生署統計每人每年平均醫療費用支出統計來看，六十歲以上者平均每人每年醫療費用約為8萬到12萬元之間，明顯高於其他年齡區塊<sup>10</sup>。如何降低醫療成本、減低健保負擔蔚然成為健康照護的首要課題。

遠距居家照護計畫的執行，對醫療院所而言，發展居家照護，讓病患可以在家接受醫療照護，不僅可減少住院率和不必要的院內交互感染，也有利降低住院成本，為健保負擔提供解套<sup>11</sup>。以衛生署在二〇〇七年規劃，結合工研院、中華電信及相關醫院診所，以台北萬芳醫院為中心進行的遠距照護試辦計畫為例：經過一年的測試後，因為強化病人利用機構型、社區型以及居家型的照護模式的觀念，可以獲

<sup>9</sup> 參見內政部統計年報「人口年齡分配」項，<http://sowf.moi.gov.tw/stat/year/list.htm>（2009/4/29，造訪）。

<sup>10</sup> 參見衛生署96年度國民醫療保健支出，[http://www.doh.gov.tw/CHT2006/DM/DM2\\_2.aspx?now\\_fod\\_list\\_no=10407&class\\_no=440&level\\_no=2](http://www.doh.gov.tw/CHT2006/DM/DM2_2.aspx?now_fod_list_no=10407&class_no=440&level_no=2)（2009/4/29，造訪）

<sup>11</sup> 行政院衛生署護理及健康照護處曾公開指出，日本公衛護士以前單月只能探訪30人，但實施遠距照護後變成可探視85人，每名護士可照護之人數大增。加拿大安大略省亦因導入遠距照護技術，3年共省下300億元。見李純君，遠距照護產業，政府應扶植，工商時報，2008年10月15日。

得連續性的醫療服務、提升自我照護、用藥正確性的態度後，病人的住院率下降 63%、院內感染率下降 39.5%、急診返診率和病人返診率也都明顯下降。工研院評估，長期而言，應可以大量節省健保支出<sup>12</sup>。

其次，遠距醫療照護可提供二十四小時持續性醫療，提昇醫療品質。對於急病病患，當然應在醫院中，接受持續的觀察。但對於許多慢性病患，要求其在陌生的醫院中，與不認識的隔床病人同室而居，不僅增加交互感染的可能，而且可能造成病患心理層面的傷害，影響其接受醫療的意願。許多骨骼脆弱的老年人或虛弱的慢性病人，爲了看門診而必須跋涉到醫院就醫，除了舟車勞頓外，也增加路途中發生外傷的可能性。若能利用通訊設備，減少這些病患到醫院的次數，不僅病患可以住在自己舒適的家中，讓更多家屬一起參與治療及提供心理支持，且由於照護設備可提供二十四小時不間斷的持續性監控，更多單位及人員可參與對病患的支持，達到提昇醫療品質的效果。

我國於民國八十四年開始進行偏遠地區的遠距醫療計畫，提供醫學中心與偏遠醫療單位之間會診和討論，藉以解決偏遠地區醫療資源匱乏的問題<sup>13</sup>。但對於非偏遠地區和非急迫、特殊情形，由於我國醫師法第十一條明立醫師親自診察義務，嚴格限制醫師以通訊方式進行醫療行爲，目前尚不能合法行進。雖然衛生署及經濟部已意識到醫師法第十一條第一項對我國遠距醫療發展的障礙，但尚未有具體的修法主張。因此在歐美先進國家早已普遍施行的遠距醫療，在我國的發展

<sup>12</sup> 李鍾熙，遠距照護降低健保成本，經濟日報，2008年7月22日。

<sup>13</sup> 請參見行政院衛生署（84）年衛署醫字第 84065489 號函「公告山地離島地區通訊醫療之實施地點及實施方式」。朱治強，國內遠距醫療實驗卓見成效，<http://www.cqinc.com.tw/grandsoft/gim/013/dfo132.htm>（2009/4/29，造訪）。

仍待未來法規的突破。因此目前發展的重點仍以不涉醫療行為的遠距照護為主，除可資為日後發展遠距醫療的準備，也因為不涉醫療法，可緩衝對法律的衝擊。

國內目前的遠距照護計畫主要分為兩大主軸：第一是「遠距居家照護服務計畫」，針對慢性病老人及長期臥病患者的遠距醫療建立病人與醫院間的服務平台<sup>14</sup>；另一項「遠距照護醫療技術」，基於預防醫學的角度切入，針對國內七百萬名心血管疾病潛在患者，逐年完成系統建立、參數資訊處理及即時性資訊處理，開發血壓、脈搏、心跳、心電圖及呼吸等五合一參數PDA，透過無線藍芽、雙網手機提供中年以上民眾一套綜合性的心血管疾病早期預警產品，以下就我國政府目前對於遠距健康照護發展具體計畫做介紹：

#### （一）經濟部「銀髮族 u-care 旗艦計畫」

經濟部為了配合行政院「科技化服務業旗艦計畫」政策，將「創新服務業界科專計畫」、「研發聯盟先期研究推動計畫」進行部分調整，於二〇〇六年推動「銀髮族u-care 旗艦計畫」，由政府提供補助，促進健康照護相關機構與科技廠商合作推動遠距照護的計畫<sup>15</sup>。根據

<sup>14</sup> 例如台北富邦銀行公益慈善基金會與永和耕莘醫院合作，推動「遠距健康管理服務系統」，免費提供 65 歲以上中低收入的慢性病老人此項服務，將老人的生理資料 24 小時傳回醫院，再由該醫院的團隊，包括醫師、物理治療師、護理師、社工師、營養師、藥師及牧靈關懷人員等，擬訂個人化的全方位健康管理計劃。見陳雲上，防猝死，遠距看護派上用場，聯合晚報，2008年2月18日。

<sup>15</sup> 經濟部技術處，因應高齡社會銀髮族健康照護需求，經濟部推動 U-Care 旗艦計畫，<http://w2kdmz1.moea.gov.tw/user/news/detail-1.asp?kind=&id=11135>（2009/4/29，造訪）。

經濟部的說明，該計畫主要補助三大類銀髮族照護服務體系的建置和規劃：

1. 機構式或社區式銀髮族集中照護服務體系
2. 居家銀髮族照護服務體系
3. 銀髮族緊急照護服務體系

此三大照護體系分別依其在機構中或在家中，是否為獨居者，是否有進行自我健康照護和生活照護能力，以及緊急照護需求的狀況，研擬如何有效結合照護端、營運端、系統端、設備端或居家端等相關業者組成服務網路，發展整合式的服務體系，以提升年長者的照護服務品質，提升效率和效益<sup>16</sup>。

#### （二）經濟部整合式行動醫療照護示範應用計畫

該計畫主要目的是希望協助推動醫療、照護產業結合無線科技技術，以協助無線通訊產業產能提升做為主軸，並與相關院所配合，提供民眾快捷便利的醫療服務，以創造更優質的醫護環境，同時也帶動相關業者產值、創造可能商機。

該計劃精神偏重行動通訊技術的推廣應用，包含整合建置完成「醫院PACS與資策會Ib3G Message Gateway即時傳送醫學影像資訊示範系統」，經過萬芳醫院實證其在行動醫療應用上的實用價值，未來將由資訊室負責規劃於急診室中先期導入。簡言之，該計畫企圖提供一套創新模式的醫事流程改善方案，促使醫療院所急診室電腦斷層掃描或X光片影像完成後，可即時通知急診室醫生之電腦或行動裝

---

<sup>16</sup> 同前註。

置、協助診療，以爭取第一時間緊急應變處理<sup>17</sup>。

另外，推動輔導相關醫療院所利用無線通訊技術結合醫療照護服務示範應用部分，建置整合式生理訊號量測無線通訊傳輸系統，並在萬芳醫院「護理之家」中創新導入這項服務<sup>18</sup>。在二〇〇六年十月完成整合式行動醫療照護示範應用入口網頁的建置，規劃醫學影像傳送、自我健康管理、衛教單張及看診資訊服務之應用，且完成了無線通訊技術結合生理量測應用示範系統。將生理量測資料透過無線設備直接存入遠端健康記錄簿，做為行動健康照護的參考資料<sup>19</sup>。

雖然該計劃成功開發建置完成，但距離真正的商業應用上有一段差距。而且通訊產業在計畫中扮演的是「正確、有效」的資訊傳遞角色，仍須避免未經醫師親自診療的觸法行為，因此還仰賴法令的調整。

### （三）衛生署「遠距照護試辦計畫」

行政院衛生署自二〇〇七年起規劃「遠距照護試辦計畫」，透過通訊科技的應用與結合，發展互動式的設備，建置社區式、居家式、機構式三種遠距照護服務模式，並建構互通之電子照護紀錄交換機制與認證環境；讓受照護者不論身處於家中、戶外或照護機構，皆可在各式照護服務之間，獲得連續性的照護服務<sup>20</sup>。

<sup>17</sup> 資策會創新應用服務研究所，整合式行動醫療照護示範應用計畫，[http://203.207.4.85/front/\\_prog/getdetail.asp?ID=66EH35156AJ5XACRUB2M7B37Q&Catalog=model&Page=model\\_index](http://203.207.4.85/front/_prog/getdetail.asp?ID=66EH35156AJ5XACRUB2M7B37Q&Catalog=model&Page=model_index)（2009/4/29，造訪）。

<sup>18</sup> 同前註。

<sup>19</sup> 同前註。

<sup>20</sup> 參見衛生署遠距照護試辦計劃內容，[http://doh.telecare.com.tw/aboutus\\_3.aspx](http://doh.telecare.com.tw/aboutus_3.aspx)（2009/4/29，造訪）。

而該計畫的目標在於達成以下任務：

建置社區式、居家式與機構式遠距照護服務模式與系統。

成立遠距照護服務中心，為照護服務模式提供支援性共通服務，監督並確保服務品質。

建置遠距照護資訊平台，串聯各照護服務提供者的個案照護資訊，以建構整合性、連續性之照護服務。

舉辦宣導推廣和教育訓練，推廣遠距照護服務模式<sup>21</sup>。

#### （四）台北市市民健康生活照護試驗驗證服務

台北市政府資訊處，率先全國各縣市政府，在二〇〇九年六月宣布將全面推廣「市民健康生活照護試驗驗證服務」，最能突顯遠距醫療照護已不再侷限於山地、偏遠地區，走向大都會區的趨勢。該處自九十六年起進行規劃，在士林、北投、內湖三個行政區設了五十個健康服務站，區分社區與居家兩種模式，並在市立聯合醫院設置「遠距照護客服中心」，針對具高血壓傾向的民眾提供健康生活照護服務。由於使用者滿意度高達八成四，八成二的市民支持市府繼續推廣此服務，因此該處宣布，將在二〇一〇年底，於全市建立 250 個以上的健康服務站，使台北市成為全國第一個具備遠距健康生活照護能力的「智慧都市」<sup>22</sup>。

<sup>21</sup> 參見衛生署遠距照護試辦計劃計劃目標，[http://doh.telecare.com.tw/aboutus\\_2.aspx](http://doh.telecare.com.tw/aboutus_2.aspx)（2009/4/29，造訪）。

<sup>22</sup> 孫承武，遠距健康照護，北市將廣設 250 個服務站，中央社，2009 年 6 月 18 日，<http://www.gov.tw/newscenter/pages/detail.aspx?page=20090618cfp0058.aspx&AspxAutoDetectCookieSupport=1>（2009/6/24，造訪）。

#### （五）從遠距照護走向遠距醫療的必要性

目前經濟部、衛生署及台北市政府推動的遠距照護計劃，雖有提高醫療品質、符合病患需要、減少醫療支出等優點，但卻有難以進行長期推動或全面施行的障礙。其主要原因，在於一套遠距設備若只能進行生理監控等照護行為，而不能作更進一步的醫療行為，例如診斷或諮詢，其實用性將大為降低，也減少使用者自費參與意願。對於使用者而言，除了花一萬多元在家中安裝一套設備外，每月尚需付約略等同於有線電視月費的服務費，而目前所能得到的服務，只是量量血壓、血糖、脈搏等生理現象的監控，在中風或發生危急狀況時獲得急救處置的指示。除了某些曾中風過的病患，或對自身健康狀況較為注意的高薪家庭，目前遠距系統所提供的經濟誘因並不高。在支付的成本與所獲得的服務顯不相稱的情況下，一旦政府補助停止，原本對使用者不收費的試驗計劃就可能因財源中斷而宣告終止，無法繼續。

台灣在IT產業有卓越研發能力，所生產的遠距照護設備行銷全世界，且遠距居家照護是完全成熟的技術，但台灣本身的遠距居家照護系統卻未能如其資訊業一樣普及，遠落後先進國家。如前段所述，主因之一是醫療團隊能合法提供的判讀、利用服務有限，相形之下軟體費用對使用者而言不划算。問題的根源在於：遠距通訊技術使醫護人員得以跨越地理限制提供醫療照護，但現行法規卻仍依地域性的傳統照護模式所建構，以醫師與病人面對面的醫療方式為規範典型，未考慮遠距醫療的優點<sup>23</sup>。

另外，我國對於「醫療行為」之定義涵蓋範圍甚廣，使「遠距照

---

<sup>23</sup> 謝柏宏，同註2。

護／遠距醫療」兩者難以截然二分。在歐美先進國家，並未禁止遠距醫療行為，因此「醫療行為」法律定義的涵蓋範圍多廣，對遠距醫療的發展並無影響。但當醫師法第十一條明文禁止以通訊行為進行醫療行為時，主管機關及相關業者就必須繞開法令限制，將服務侷限於生理資訊的蒐集和緊急情況的處理，以迴避涉及醫療行為的爭議。

遠距照護行為因為目前中央行政主管機關認定並非醫療行為，故目前無需有醫療法源的根據即可進行，非醫療機構的業者，例如有線電視及保全業者，也可參與計劃的進行，提供相關通訊系統的建置。但如果將遠距照護行為不獨立看待，而認為是整體醫療行為的一部分，就有可能有觸法疑慮，在疑慮未釐清前影響醫療機構及業者的參與意願。

所謂「醫療行為」，衛生署曾多次解釋為：「按醫師法第二十八條所稱醫療業務之行為，係指以治療、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，均屬之<sup>24</sup>。」（劃底線處為筆者所加）。司法判決亦有類似的文字解釋<sup>25</sup>。高等法院民事庭九十二年上字第五九六號判決更認為「醫療行為若從廣義的概念加以認識，係指包括疾病、傷害之診斷、治療，治後情況之判定，以及療養指導等具有綜合性行為內涵之法律事實而

<sup>24</sup> 行政院衛生署（91）年衛署醫字第 0910062996 號函。另見行政院衛生署八十三年衛署醫字第 83068006 號函。

<sup>25</sup> 例如高等法院刑事庭 96 年度上訴字第 1868 號判決、台南地方法院刑事庭 95 年度訴字第 1475 號判決、台北地方法院刑事庭 93 年度訴字第 277 號判決、台北地方法院刑事庭 92 年度訴字第 2180 號判決。

言。」（劃底線處為筆者所加）。遠距照護是對病患進行生理資料的持續性監控，通常不是醫療行為，但在具體個案的爭議中，司法機關有可能認為這種監控因為以「預防人類疾病、傷害」為目的，對生理資料的判讀有可能被認定為「診察」行為，基於生理資料的判讀而作的措施構成一種「處置」，而有可能認定該行為是整體醫療行為的「一部」，而非可切割開來的獨立行為。雖然至今尚無司法實務判決，對遠距照護行為作出此種認定，但這可能是因為遠距照護剛推行不久，尚未發生重大過失傷害先例，因此司法機關尚未對此作成解釋表示意見。未來若有糾紛出現，司法部門不無可能認定此種行為是整體醫療行為的一部分，進而依民法第一百八十四條第二項認定遠端醫師有注意義務的違反。亦即，由於醫療行為的定義甚廣，遠距醫療與遠距照護之間的界線難以劃分<sup>26</sup>，而這種劃分卻又因醫師法第十一條第一項將遠距醫療規定為非法行為，而使照護提供者縛手縛腳，動輒處於法令懲罰的威脅下。由此可知，遠距照護的定義眾說紛紜，若無法釐清，會造成法律適用上的困難，也難以制定運作標準的規範。

<sup>26</sup> 在美國，認為遠距醫療（Telemedicine）和遠距照護（Telecare）同屬 Telehealth 的下位概念。遠距照護係以老年人、慢性病患、有心臟病或中風病史而需要疾病管理的病患、行動不便者、有智能或精神障礙之人等及其照護者為主要對象，利用遠距聲音影像或數據傳輸設備進行監控的方式，以便能在緊急事件發生的第一時間做出反應（reaction）所提供的健康服務，目的在使上述對象能夠安全無虞地在熟悉的居家環境中獨立生活，或是讓一般人在醫院以外的區域也能不間斷的接受完整的醫療照護服務。遠距照護並非以疾病的治療（cure）為目的，接受遠距照護服務之人也未必罹患疾病或受傷，其對意外事件的發生亦不具預防的作用，僅使遠距照護服務的提供者在觀測數據出現異常或意外事件發生時，能夠做出即時的反應，其概念上比較接近看護。

## 參、醫師親自診察義務之法令解釋

### 一、民國五十六年的首次立法：確定責任主體

醫師親自診察義務之規定，首見於民國五十六年對醫師法第十一條第一項之修正。其文字為：「醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書，其非親自檢驗屍體者，不得交付死亡證明書及死產證明書。」其立法意旨為何，從立法院公報中未能有清楚的說明<sup>27</sup>。然而，該次修正在討論出租執照之行爲是否屬醫師法第二十五條「業務上不正當行爲」時，由於當時尚未規定現行法第二十八條之四第四款對於出租醫師證書的處罰，且出租執照予無照者亦非醫師之「業務」，則該行爲是否該當於第二十五條業務上不正當行爲則有疑問，因此有立法委員認爲第十一條「醫師非親自診察，不得…」之規定即已涵蓋出租執照之行爲<sup>28</sup>。亦即，要求醫師親自診察的目的之一，是爲了扼止出租醫師證書，以合法掩蓋無照行醫的行爲。司法實務上亦有若干判決引用該條文作爲處罰將醫師證書出租予無醫師執照者之根據<sup>29</sup>。醫師未及時親自診察，而由無醫療知識之人先行診斷

<sup>27</sup> 民國 73 年營養師法制定時，立法理由爲：「營養師應親自執行業務，以明其責任」，立法院公報 73 卷 34 期，頁 12。民國七十四年助產人員法第二十一條之立法理由爲：「本條新增，明定助產士應親自執行業務，以明其責任。」，立法院公報 74 卷 39 期，頁 48。故知醫師法第十一條第一項本文之立法可能亦基於類似理由。

<sup>28</sup> 立法院公報 56 卷 2 期號 5 冊，頁 79。

<sup>29</sup> 例如桃園地方法院 88 年度重訴字第 289 號民事判決：「按中華民國人民經醫師考試及格並依醫師法領有醫師證者，得充醫師，未取得合法醫師資格者，不得擅自執行醫療業務，違反者應受刑事處罰，醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書，此觀醫師法第一條、第二十八條第一項、

治療，醫院及醫師對於因而發生之醫療事故均有可能成立過失義務之違反。例如最高法院六十七年度台上字第四二九六號判決稱：「上訴人甲開設醫院竟僱用無醫療知識之胞弟乙協助其對病人為醫療行為，已難辭疏失之咎。病人住院，意在能得到醫院醫師及時適當之醫療，以免延誤，使病情惡化。而醫院對於病人，應及時、適當、合理之醫療與看護，此乃公眾週知之事。上訴人甲經營醫院於病患謝女住院時，先任無醫療知識之上訴人乙為之診斷、打針並給藥服用，遲至次日上午八時，始由上訴人甲親為診視，其後病情惡化，仍由上訴人乙隨便應付，為醫師之上訴人甲亦不隨時親為診察治療，直至次日下午六時許，病患家屬發現病患手腳已僵硬，始由上訴人甲開始急救，因無效果，又著病患家屬轉送其他醫院，使病患死於途中。證之調查局鑑定函稱被害人之死因雖為藥物反應，但如能及早發現及早治療或轉院，並非無法挽救，不能排除因缺乏及時及合理醫療照顧致死之可能性，上訴人甲未親為診視，難謂無過失責任<sup>30</sup>。」。

在實務上，常需要引用醫師法第十一條第一項的情況，是病人向醫師要求按照其他醫護人員（不論合法有照或非法無照）先前給該病人的處方，開給相同的處方或給予相同治療時，醫師是否應當從命？由於業績及同業競爭壓力，有時醫師會屈服於病患的要求。但對於自

---

第十一條規定自明，故依我國醫師法規定，須有醫師資格者，始得為傷病患者進行醫療行為，從而，與全民健康保險局簽約成為特約之保險醫療服務機構，自應由具備醫師資格之人為全民健康保險之保險對象為醫療行為始得向全民健康保險局申領醫療費用，如由未具醫師資格人員為全民健康保險之保險對象診療或處分之醫療行為，依上開立法及特約之精神，自不得就此部分申領醫療費用。」。

<sup>30</sup> 本判決內容參自黃丁全，醫事法，頁 281，元照出版社，初版（2000）。

已從未診察過的病患，按照別人的處斷進行治療，當然會有病患安全的顧慮，以及醫療過失責任歸屬難以釐清的問題。是以衛生署民國六十七年八月二日衛署醫字第 200922 號函稱：「醫師非親自診察，無從瞭解疾病的成因、病狀、及治療之方法，故如病患自訴有合格執業醫師開的針劑向醫師請求代為注射，醫師不得為之<sup>31</sup>。」。亦即，強調醫師在進行治療之前，應先親自進行診察判斷，不得依靠別人的判斷（即使是其他有照合法醫師的判斷），否則就構成親自診察義務之違反。

無論該條的立法目的為何，總之在原先的立法理由中，並未討論醫師以通訊方式進行醫療行為，究竟符不符合該條所謂的「親自診察」要件。筆者的檢索結果，亦找不到該時期的相關行政或司法解釋。

## 二、民國七十五年後的修正：禁止一般情況以通訊方式診察

為顧及偏遠及離島地區民眾之生命與健康，在民國七十五年的修正中，為醫師法第十一條加上了但書<sup>32</sup>。其立法理由是：為使民眾醫療及保健照護機會均等，且減輕民眾醫療費用<sup>33</sup>，通訊醫療雖非理想

<sup>31</sup> 本函釋內容參自黃丁全，醫事法，頁 281，元照出版社，初版（2000）。

<sup>32</sup> 原條文為：「醫師非親自診察，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書。但於無醫師執業之山地、離島、偏僻地區或有急迫情形，為應醫療需要，得由地方衛生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，並囑由公立衛生醫療機構護士、助產士執行治療。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，由中央衛生主管機關定之。」。

<sup>33</sup> 立法院公報第 75 卷第 97 期，頁 26。

之醫療方式，但於無醫師執業之偏遠及離島地區，由護士或助產士判斷病症後，以通訊方式向醫師為諮詢，較未受過醫療訓練之一般人為診斷、治療更適宜，因此，亦不限於急救之情形<sup>34</sup>，故本條規定有其特殊需要<sup>35</sup>。因此，應利用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，囑咐護士、助產士執行治療。本次修改最大的意義，是透過條文的反面解釋，得出在非偏遠或離島地區，或是在非緊急情況，以通訊方式進行診察，乃是違反醫師法第十一條第一項本文的行為。

在討論但書內容的過程中，立法委員提出幾項疑問，包括當醫療過失發生時，遠端與近端醫護人員之間的責任歸屬問題<sup>36</sup>、對通訊方法有效性及安全性之質疑、主張通訊醫療應建立在完善的家醫師及全科醫師的制度基礎之上，因其對病人有完整之瞭解且握有完整病歷，故能以電話提供醫療諮詢<sup>37</sup>、偏遠地區之定義、在離島或偏遠地區應由何人與醫師通訊聯絡<sup>38</sup>、若可由護士或助產士與醫師通訊聯絡，恐將促使護士或助產士為自行執行醫師業務而移動至偏遠地區等等。這些疑慮，雖在第十一條但書施行數十年後，實務上仍未有明確的答案。尤其，衛生署雖訂有通訊醫療之辦法<sup>39</sup>，但對於病患保護及醫療

<sup>34</sup> 立法院公報第 76 卷第 1 期，頁 25。

<sup>35</sup> 立法院公報第 75 卷第 103 期，頁 112。

<sup>36</sup> 同前註，頁 109。

<sup>37</sup> 同前註，頁 112。

<sup>38</sup> 同前註，頁 110。

<sup>39</sup> 行政院衛生署（84）年衛署醫字第 84065489 號函公告山地離島地區通訊醫療之實施地點及實施方式。其實施方式為：

（一）由指定之衛生所醫師，以通訊方式詢問患者病情，施行診察及開立處方，並囑由衛生所、室具護理、助產人員資格之工作人員（以下簡稱護產人

品質的考慮，例如告知後同意（informed consent）、病歷的詳盡記載及保管義務、過失責任認定標準等等，均有待進一步的立法及司法解釋。

民國九十一年一月醫師法全面修正，其中第十一條並未作大幅修改，只是為加強對山地、離島及偏僻地區民眾之醫療服務，將「無醫師執業」、「公立」等文字刪除，以提高醫療服務之可利用性，並配合其他條文之體例，將「地方衛生主管機關」修改為「直轄市、縣(市)主管機關」。另最重要的，是在但書的除外情況中，加上「特殊情形」，並授權中央主管機關判斷何為特殊情形。由於此項幾近空白授權的文字，衛生署後來方得在SARS期間頒布行政解釋，允許非急性情形的遠距醫療行為<sup>40</sup>。

員) 依據處方，治療病患。(二) 前項醫師之指定，以各區衛生所之主任兼醫師及醫師為之，但必要時，得由所在地方衛生主管機關，就具有醫師資格者指定之。

(三) 醫療項目：緊急救護及基層醫療。

(四) 使用藥品種類：如附表二。

(五) 通訊方式：以電話、電話傳真及電腦連線等通訊方式為之。除急診外，均於上班時間內之固定時段進行作業。

(六) 作業程序：

1 護產人員先將患者基本資料及主訴症狀記載於病歷表上，並以通訊方式告知衛生所指定之醫師。

2 醫師以通訊方式詢問患者病情，施行診察。

3 醫師開處方，並以傳真或電腦連線方式傳送給護產人員。

4 護產人員依據處方治療病患，並將處方箋黏貼於病歷表。

<sup>40</sup> 衛生署 92 年 5 月 23 日衛署醫字第 0920028173 號針對慢性病患就醫需要，允許醫師得暫以電話或其他通訊方式開給藥方。其內容為：「一、依據醫師法第十一條第一項規定，醫師如非但書所列情形，均應親自診察，始得施行

### 三、矛盾的前後多次行政解釋

醫師法第十一條第一項的上述立法理由雖出於良善，卻無法完全契合醫療實務上的需要。例如，當醫師因種種緣故分身乏術，或慢性病患無法親自到醫療機構就診時，就會產生雖不符合親自診察義務的規定，但醫療實務上卻認可此種診察處斷行為的情況。為因應這些需要，衛生署對醫師親自診察義務的解釋作了調整。然而，衛生署的函釋內容並無一貫政策，而有互相矛盾的現象。例如，民國七十一年時衛生署表示，針對長期或慢性病患，病程進展較為穩定，醫師若確信可以掌握病情再開給相同方劑，即使病患未親自到醫療機構就診，而請他人代為拿藥，醫師可不須再次對病患親自施以診斷後再予開給，惟若有醫療疏失，其責任仍應由該醫師負責<sup>41</sup>。民國七十五年衛生署表示，甚至在糖尿病之情形，醫療機構得經醫師處方提供患者注射藥品，由其攜回自行在家注射，以免患者頻頻往返於醫療機構接受注射之不便<sup>42</sup>。但在民國九十年二月一日衛署醫字第 0890035304 號函卻又稱：「醫療行為之執行，應以醫師親自診治病人為要件，以決定病人之治療方針或用藥；且病情隨時均可能發生不可預測之變化，因

---

治療或開給方劑。惟為防堵 SARS 疫情蔓延特殊需要，醫療機構或醫師對於具有醫病關係之慢性病人，如基於專業判斷，認定病人病情穩定，可充分掌握之情形下，得於疫情期間暫行以下簡化措施：（一）透過電話或其他通訊方式，進行掛號、問診與處方，並記載病歷。（二）慢性病患因故無法親自至醫療機構就醫者，委由他人向醫師陳述病情並領取方劑。（三）郵寄藥品及處方箋。」SARS 的疫情在發生之時全世界均驚慌不已，或許可認為是該條但書所稱之特殊情形。

<sup>41</sup> 行政院衛生署（71）年衛署醫字第 410269 號函。

<sup>42</sup> 行政院衛生署（75）年衛署醫字第 629155 號函。

此，醫師對其診治病人，均應再次對之親自診察，始得開給方劑治療。病人掛號後，醫師未經診察，即指示藥事人員或非藥事人員依照上次看診結果之處方拿藥，醫師應屬違反醫師法第十一條規定，該非藥事人員應係依違反藥師法第二十四條處罰；若非經醫師指示，診所其他人員逕依上次看診結果之處方拿藥，不論其是否為藥事人員，應認屬違反醫師法第二十八條規定，該診所及其負責醫師應以違反醫療法第八十一條及醫師法第二十五條規定處罰。」（劃底線處為作者所加）。亦即，若慢性病人有到醫療機構就診，此時醫師就應親自診察，不得逕依上次看診結果指示藥事人員拿藥交付病患。

對於這些前後內容寬嚴程度不一致的函釋，雖然醫護人員可依衛生署函釋意見的演變，根據行為當時的最新解釋而行為，但衛生署隨時可能有不同於過去實務的最新解釋，而對違反新解釋的行為進行行政裁罰，有失法安定性及法預測可能性之需要。

#### 四、司法解釋與醫療實務的衝突

在醫院實務上，由於現代醫師工作忙碌，除了看門診之外，尚需作研究、參加在職進修課程、學術研討會等各種會議。因此對於住院病人，基於團隊合作的性質，有時會未到現場診察病人，而是透過其他現場醫護人員的協助，以電話討論病情並進行指示，即使病情未達醫師法第十一條第一項但書所稱之「急迫情形」（醫師無法及時到達現場，而有及時作成判斷的需要）或「特殊情形」亦同。這種醫界經常的慣例，通常不會引起爭議。但如果病患有傷亡結果，就可能成為爭議焦點。

法院對於醫師不在現場診察的醫療糾紛，並非必然判定醫師構成

過失。例如，台北地方法院八十八年度訴字第一〇九四號判決稱：「按『醫師非經親自診察，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書。但於無醫師執業之山地、離島、偏僻地區或有急迫情形，為應醫療需要，得由地方衛生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，並囑由公立衛生機構護士、助產士執行治療。』醫師法第十一條第一項定有明文。告訴人質疑被告於住院後並無親自診治，竟於電話中指示住院醫師使用抗生素治療，違反醫師法而有過失云云等情。經查，陳童經被告診斷安排住院治療後，即適逢八十七年元旦假期，婦幼醫院既已排定合格之輪值住院醫師及護士，以便隨時掌握院內病患病情，則被告利用假期並未留院實無可厚非。雖被告經與住院醫師電話聯絡後，認陳童病情有持續變化，在緊急情況下，以電話通訊方式指示住院醫師進行治療及通知護士使用氧氣帳等之行為，應符合前揭醫師法第十一條第一項但書之規定，並無過失，併此敘明。」。

在著名的邱小妹妹人球案當中，行政機關及司法機關作了不同的解釋。事發當時在台北聯合醫院仁愛院區的神經外科一線值班林醫師，雖然人在醫院宿舍，從急診室現場的值班醫師以電話得知邱小妹妹病情後，在無時空因素阻隔之下，卻未親至急診室診治邱小妹妹，就在電話中作成插管和轉院的決定，要求現場人員執行<sup>43</sup>。該醫師被作成懲戒處分後，於該案的公務人員保障暨培訓委員會申訴過程中，該醫院陳述意旨表示，在事發之前醫療業務常有須醫師親自診斷而未親自診斷之情形，該醫院為改革此狀況，乃訂有急會診作業要點，規定電話會診僅屬諮詢性質，醫師電話會診後，仍應在三十分鐘之內到

<sup>43</sup> 台北市政府民國94年7月6日府訴字第09415462900號訴願決定。

現場診視病患，始符規定<sup>44</sup>。而當時在急救室現場的住院醫師李醫師則稱：「（五）基於與各科別長期合作關係，某些程度而言，兩科意見一致時，認為急診醫師判斷正確時，被照會科別醫師有可能係於開刀房始看到病人，因此有很多情況無法以文字交代清楚，大部分均係基於相互間之信賴關係，住院醫師與主治醫師亦是如此。一些相關規定是僅能當作參考，否則無法進行醫療業務。（六）有關授權第一線處理之依據，究係醫療慣例抑或有明確規定一節，由醫學教育及養成過程中，或於每個科別內之醫師訓練計畫，應有相關之規範。於本院區急診醫學科訓練計畫而言，住院醫師針對病人之處置，最後均由主治醫師作最後之負責<sup>45</sup>。」（劃底線處為作者所加）。亦即醫院訂有內部規範，電話會診事後三十分鐘之內到達現場診察仍屬親自診察，但實務上醫師未必全然遵照該內部規範從事醫療行為。由於該再申訴決定書僅稱「按卷附資料，再申訴人僅以電話瞭解邱童病情，並未親自至現場會診或以電腦PACS系統觀看邱童之CT影像，是其未經診斷邱童病情之嚴重性及急迫性，即率然建議轉院，有違醫師法第 11 條所定醫師應親自診察之義務<sup>46</sup>。」，並未進一步討論該醫院這種「電話會診事後三十分鐘之內到達現場診察仍屬親自診察」的內規是否符合醫師法第十一條第一項之意旨，因此在醫院內部常見醫師以電話指示另一端醫護人員執行醫療行為的情況，是否必然符合醫師親自診察義務，仍有待未來司法解釋釐清。另外，本申訴決定書似乎認為，若醫師並非僅以電話瞭解病情，而是以電腦PACS系統觀看邱童之CT影

<sup>44</sup> 參見公務人員保障暨培訓委員會民國 94 年 11 月 8 日（94）公申決字第 0279 號再申訴決定書事實第四段臺北市立○○醫院代表陳述意旨。

<sup>45</sup> 同前註，見第五段李醫師陳述意旨第（五）、（六）項。

<sup>46</sup> 同前註，見理由第二段第（四）項。

像，則縱使未親自到現場會診，仍可能不違反醫師法第十一條第一項之規定。

此案在行政法院審理時有更進一步的說明<sup>47</sup>。高等行政法院的意見可整理如下：（1）醫師到病患所在現場親自診察，不僅是醫師法第十一條第一項之規定，亦是同法二十一條對危急病人不得無故拖延的急救義務，以及同法第七十三條醫院決定將病人轉院前的前置義務。（2）醫院急診內規規定「照會之會診科別應於收到通知 30 分鐘內指派醫師前往急診科應診，或主動照會急診醫師討論病情及後續處置。」並非給予受照會會診醫師選擇決定是否前往應診，而是原則上應前往應診，親自診察病患，有客觀上不能或難以親自診察病患時，始能不親自診察病患而僅與急診醫師討論病情為處置。（3）醫師法第十一條第一項的適用範圍，並非僅當病患所在處只有非醫師在場的情況。縱使現場有醫師在場，由於醫師的專業及領域不同，負責治療的醫師若無該項但書之情況，不得因現場有其他醫師在場而豁免親自診察義務。另外，行政法院顯然認為本案情況不構成醫師法第十一條第一項但書的「急迫」例外情形，值得注意。

對於人命交關、分秒必爭的急救案件，主治醫師在並無難以及時到達現場的情況下，僅透過電話聯絡就作成轉院決定，致延誤了病患開刀治療的期間，的確難見容於社會大眾。然而本案情形有二點值得注意，一是病患在當時是第一次接受負責醫師的診察，負責醫師先前未曾在場親自診察過。這與前述衛生署的行政函釋中，允許醫師對於先前已在場進行過診察的長期或慢性病人、自信可掌握病情的情況有所不同。第二是醫師僅通過電話與在現場的醫師連絡，未以其他通訊

<sup>47</sup> 臺北高等行政法院 94 年度簡字第 00726 號判決。

方式，例如以電腦 PACS 系統觀看邱童之 CT 影像等等，來進行醫療判斷。如果醫師對同一病人的同一疾病進展過程先前已在場診察過，或者在診察當時有透過電話以外的其他方式獲取詳細的生理資料進行判讀，或許法院會有不同見解。

親自診察義務的爭議，在著名的最高法院九十四年度台上字第二六七六號這個劃定告知後同意範圍的判決中，有進一步的發展。在該案中，死者在台南市立醫院接受心導管檢查，因被告未告知死者及其家屬實施心導管檢查之危險性即實施，當死者因心導管檢查而引發併發症，造成股動脈栓塞並引發急性心肌梗塞時，被告蘇姓醫師值班而未親自巡視病房，僅以電話指示護士施予死者舌下硝化甘油含片解緩症狀，但病患終因急性心肌梗塞而死亡。

此案的台大醫學院附設醫院鑑定意見表中表明：「本案自訴人質疑列名之四名被告醫師未在病人有任何不適時即時趕到，並親自診療及給予處置，因此認渠等有所疏失，甚至違法。實者，醫院中每位醫生均要照顧多位病患，此外且有門診、開刀、特殊檢查以及與醫療有關之臨床及學術會議。因此病人之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患最好的照顧。當然危及情況必得優先且立即處理，不得有所拖延。衡之本病例，病人在心導管術後實已獲密切監視，且已做適切之緊急治療，望自訴人能了解此點；再蘇守毅醫師、吳星賢醫師乃住院醫師，在病人有所不適時，依病人症狀給予藥物（舌下硝化甘油片及點滴硝化甘油），並獲致病狀之緩解，且當時病人之血壓多次測量分別為 99/67、118/73、92/54、92/54，病情尚稱穩定；其間尚給予輸血及點滴輸液，

凡此處置，應屬適當，故難以認為渠等有醫療上之疏失」等情<sup>48</sup>。」（劃底線處乃筆者所加）台大醫院的鑑定報告，說明醫界難以嚴格遵守在場診察的現實面實踐困難性，也與上述台北聯合醫院仁愛院區在邱小妹妹人球案所制定的內規「電話會診後應於三十分鐘之內到達現場診察」之背景一致。本案之二審法院認為：「醫師法第十一條之立法精神在規範醫師對從未診視過之患者，於病情不明情況下而予以處方之行爲；若該患者已經詳細檢查，病情明顯，醫師任何處置皆有所本，即應不屬醫師法第十一條處罰之範疇<sup>49</sup>。」。亦即，倘若醫師先前已診視過病患，病情已明，則只要在病人住院期間，已透過團隊合作對之進行密切監視，則當病情有變化時，醫師未再到現場診察，只是透過電話與在現場的醫護人員聯絡而作成進一步的治療判斷，並不違反醫師法第十一條第一項之規定。

該案第三審法院不同意第二審判決意見，認為「醫師法第十一條第一項前段規定：『醫師非親自診察，不得施以治療、開給方劑或交付診斷書』；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，因此，該規定能否限定解釋為醫師曾為病人診察，自認瞭解病情，病人之病情若有變化，亦可依以前診察之認知，省略再次診察之手續，逕指示醫師以外之醫療人員，例如護士逕為治療？非無疑竇，又護士所受訓練，偏重護理而非醫療，縱使經驗豐富之護士，亦不能取代醫

<sup>48</sup> 參見台灣高等法院台南分院 94 年度重上更（二）字第 278 號刑事判決。

<sup>49</sup> 同前註。

師之診察。……惟依上開說明及卷內證據資料，上訴人向護士表明郭王月春病情有所變化、情況危急，被告等接獲護士之口頭報告後，雖指示護士給予藥物治療，雖其治療尚稱持續，然被告等僅據護士口頭報告病情變化，未親自診察，即指示護士給予藥物治療，是否適當？有無違反醫師法第十一條第一項前段規定之親自診察義務？執行職務有無過失？又郭王月春手術後，若已獲儀器或護理人員之密切監視，能否排除醫師法第十一條第一項前段規定之適用？原判決均未深究，即謂：被告等已盡力而為，縱未親自看察，亦無過失等語；自屬違誤<sup>50</sup>。」（劃底線處為筆者所加）。

究竟醫師親自診察義務之履行，是否不論病情如何，無論先前是否曾對同一病人就同一病症進行診斷，醫師都不可依先前診斷直接指示其他醫護人員給藥，而一律必須再次在現場進行診察，始能作出診斷，開立處方或處置措施？若採此標準解釋醫師法第十一條第一項，是否過於嚴苛，難以讓分身乏術的醫師們確實遵守？對於健保下財務緊縮的醫療機構，尤其經營較困難的地區或區域醫院，是否進一步造成經營上的困難，尤其是醫師下班後的夜間及假日住院診察？

關於此問題，王皇玉教授曾著有專文討論<sup>51</sup>。該文除指出醫師法第十一條第一項但書對於「有急迫情形」訂有得以通訊方式進行急救診察的例外規定，且違反親自診察義務至多構成過失，是否應負責任仍應進行因果關係之審查外，並認為醫師親自診察義務之範圍，應依據目前醫療結構現狀，以及避免誤診之目的解釋來限縮醫師法第十一

<sup>50</sup> 參見最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決。

<sup>51</sup> 參見王皇玉，論醫師的說明義務與親自診察義務—評九十四年度台上字第 二六七六號判決，月旦法學雜誌，第一三七期，頁 265-280（2006）。

條第一項的適用範圍，而區分兩種情況。一種是醫師從未當面診察過，或是過去雖曾當面診察過，但從時間間隔來看，無法依先前診察而掌握當下病情之情形。此情況若醫師未親自問診而導致病人死亡，當然應負過失責任。但如果是另一種情形，即醫師正持續治療中的病人，從時空緊密關係，以及周邊醫療人員與醫療儀器的監控密度來看，醫師縱未到場，仍能依先前診察經驗，以及其他醫療人員或設備的監控之下，充分掌握病情，無誤診之虞，而給予投藥、治療，則並不違反醫師親自診察義務。王教授認為最高法院的該判決要求醫師「在有限時間內必須次次親自診治，實屬強人所難，亦忽略了現代醫療具有的團隊分工，互相支援性質」，而且在急救過程中，分秒必爭，醫師若在趕到現場之前，能先以通訊方式下達指令指揮現場人員急救，或判斷病患轉院的需要，或許反而是對病患更有利的作法。因此將醫師親自診察義務解釋為醫師一定要在現場診察，在行政管制面上，或可要求，但是用來作為刑法解釋的標準，並不妥當，應有修正之必要<sup>52</sup>。

王教授基於醫療實務上的困難，而認為對醫師親自診察義務作目的性限縮解釋，固非無的。違反醫師法第十一條第一項之法律效果，除行政罰之外，尚有可能因民法第一百八十四條第二項而推定成立民事過失，並有成立刑事過失之可能。但關於刑事、行政、民事三種過失責任之成立，在解釋上未必需要一致，尤其刑事法上並無類似民法第一百八十四條第二項之推定過失規定，自不能因違反醫師親自診察義務之行政規定，而當然成立過失責任<sup>53</sup>。但如果司法解釋對系爭條

---

<sup>52</sup> 同前註，頁 278-280。

<sup>53</sup> 正因為醫師法第十一條第一項的違反僅構成行政責任，不必然成立刑事過

文的解釋，僅免除了醫師的刑事或民事責任，未能免除行政責任，仍足以造成醫師和醫療機構在實務操作上的困難，以及非醫療機構業者參與遠距照護計劃的疑慮。就行政責任方面，醫師法第十一條第一項但書的規定，的確嚴重限制了該條本文的可能解釋範圍。但書明白指出，只有在山地、離島、偏僻地區或有特殊、急迫情形之醫療需要，才能以通訊方式詢問病情。在市區日常的醫院實務上，醫師透過電話聯繫醫護人員進行診察，這種醫界常規的行為，實在很難解釋為符合但書規定的情形。雖然在刑事責任上，我們可以把該條適用的情形目的性限縮至只有「從時間間隔來看，無法根據過去的問題經驗而掌握現在的病情之情形」（亦即未曾當面問診或時間間隔已久之情形，才不得以通訊方式問診），而將符合（1）醫師在時間上持續進行治療（2）在空間上周邊醫療人員與醫療儀器的緊密監控之情形下的通訊診察行為，視為非當然成立刑事過失<sup>54</sup>，但在行政責任上，高危險性病人之病情瞬息萬變，遇病情有所變化，醫師未必能按照先前判斷而掌握病情，而護理人員所受訓練與醫師不同，且醫師間的專業程度也不同，醫師到場診察所得之資訊，或許會較護理人員所蒐集者更為完整，對於病情的變化有更正確認識。此時規定醫師必須到場診察，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，亦非過份的要求。因此，解釋上縱使在醫師持續治療期間，且病患處於周邊醫療人員與醫療儀器緊密監控下，醫師除非有但書所稱之「特殊、急迫情

---

失，因此也未必一定要以目的性限縮的方式來限制該條的解釋範圍，才能達到除罪化的結果。

<sup>54</sup> 在實務上，何種情況才叫時間上持續進行，才叫空間上密切監控，是極不確定的概念，必須靠司法個案一一類型化，方能提供醫界清楚的行為指示。由此也可更能突顯修改醫師法第十一條第一項立法文字的必要性。

形」，否則仍應親自進行診察，不得以通訊方式診查，始符該條文之解釋。

前述針對醫師未到現場診察所作的行政解釋，對於醫師親自診察義務的範圍已作了相當限縮，但在病患無法到醫療機構接受診察的情況，醫師法第十一條第一項的立法必要性受到更大的挑戰。衛生署民國九十三年表示「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，確信可以掌握病情，再開給相同方劑，尚無不可<sup>55</sup>。」全民健康保險醫療辦法第十條規定，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」，且「繼續領取相同方劑」，得享有健保給付。醫師法第十一條第一項但書所規定的例外，除必須符合特定條件限制外，並明定必須「以通訊方式」「囑由衛生醫療機構護理人員、助產人員執行治療」。除非吾人對醫師法第十一條第一項作不同意涵的解釋，否則衛生署以行政解釋容許長期服藥慢性病人委請他人向醫師陳述病情，實已超過該條可能的文義解釋範圍，無法以「目的性限縮」的解釋理論自圓其說，也與醫師法第十一條第一項但書的文字有無法相容的衝突。

#### 肆、對現行司法與行政解釋之評析

本文認為，醫師法第十一條第一項之所以引起如此多的爭議，是因為立法文字過分強調「到場診察」對提昇醫療品質的效果，因而將

<sup>55</sup> 行政院衛生署（93）年衛署醫字第 0930213429 號函釋。

病患與醫師兩者在與不在同一醫療處所的二種不同情況，化約地混合在一起規範，又忽略現代醫療團隊活動的本質，以及遠距醫療的優點，才導致實務操作上的困難。本文認為，該條的解釋應根據現代醫療活動的現實情況重新調整。

首先，該條所稱之「親自」，應與營養師法第十三條所稱之「當面」作意義上的區隔。「當面」的範圍較為限縮，指病患所在的現場。而「親自」診察，應著重在醫師親自蒐集、接觸醫療生理資料並作成判斷，不假借他人判斷病情而言，亦即營養師法第十三條所稱之「不得由他人代理」之義，因此空間範圍應較「當面」為廣，包括非當面的親自行為。以電話方式通訊，必然須仰賴他端的醫療人員描述症狀，有相當大的失真可能性，並有遺漏訊息的可能。但現代的X光片、超音波圖、心電圖、CT影像等生理檢驗資料，縱使傳到半個地球之外再傳回來，由於是數位傳輸，其訊號的清晰性與完整性，相較於在同一棟醫院內部傳輸同樣的訊息，幾乎不會有所失真。透過高解析度的視訊設備，遠距醫師也能清楚看到病患的身體。除了觸診無法進行外，幾乎跟在現場診察沒什麼差別。在這種情況下，若近端醫護人員只是協助操作儀器蒐集資料，遠端醫師親自閱讀這些醫療生理資料並作成判斷，則跟醫師與病患在同一處診察並無不同<sup>56</sup>。另一方面而

---

<sup>56</sup> 例如前揭邱小妹妹人球案的刑事一審判決，認為該案醫師未到現場，並未影響診斷的正確性：「退步言，被告等人雖未親至急診室會診，惟對邱小妹妹病診斷並無造成任何影響，此觀：行政院衛生署醫事審議委員會第 0000000 號鑑定書所載意見：『依照病童初送至仁愛醫院之傷勢情況，若由其他醫師提供正確的足夠資訊，包括病童的基本資料，生命徵象，昏迷指數，瞳孔大小及對光反應，血腫的量及位置，腦浮腫或中線偏移的程度，合併的腦損傷或其他外傷，以及病程的進展情況，對初步治療的反應等（急診專科醫師具

言，在醫院門診中，醫師縱使當面見到病患，也還是必須要請病患到別的單位先去照X光、超音波等等，由其他醫護人員進行生理資料的蒐集，再回來進行判讀。亦即醫師仍必須仰賴其他醫療補助人員才能完成生理資料的蒐集，並未因為當場診察病患，而必然比未在當場者獲得更詳細的判讀資料。這是因為現代醫療的診斷技術，已可藉助醫療設備的協助，深度穿透病患的皮膚，檢查出體內深層的資料。因此醫師即使不在現場觀察，仍可能獲得這些深層的資料。因此，醫師是否構成親自診察的違反，主要應著重在依通訊設備的品質及病人症狀的嚴重性，醫師授權或仰賴他人判讀的程度，是否與當面診察有顯著差異而定。倘使醫師雖未到病患所在現場，但透過適當的通訊傳輸設備（可能可以包括電話在內，相關機關可以頒布法令，將設備及醫療需求情況類型化，以判斷該設備是否「適當」），在診察資料的蒐集及判斷上並未使醫療品質受到顯著影響，則不應構成親自診察義務之違反，即使醫師並無難以到達現場的困難時亦同。否則的話，目前所有醫院中，聯繫病房區護理人員與醫師之間的電話線路，應統統予以

---

有描述上述醫療資料的能力），被照會的神經外科醫師即使未親自診察，亦未查看病童之腦部掃描結果，已足以初步判斷是否採居開顱手術治療或藥物治療』等語。以本案情形觀之，急診主治醫師乙○○對邱小妹病情之診斷，依急診病程記錄所載，謂該女童係因家暴而受有右側硬腦膜下出血之傷害，於1月10日早上2:45進行會診，進一步診斷為『右側硬腦膜下出血』、『中線偏移』、『生命現象穩定』、『昏迷指數：眼睛一分、運動四至五分、說話一分』，並認『手術與術後照顧是需要的』，而為轉院之處置。此核以童綜合醫院對邱小妹之診斷亦為『硬腦膜下出血』，應進行手術及術後照顧之治療亦係相同。足徵，急診主任乙○○醫師確有足夠能力判斷邱小妹之病況及應採取手術治療之方式，並非須待被告親自到診始能判斷邱小妹病情及應為之處置。』。參見臺灣台北地方法院94年度醫訴字5號刑事判決。

拆除，蓋任何使用電話線路、非親自到場的診察判斷，均可能構成親自診察義務之違反，成立行政責任。

其次，由立法經過及文義反面解釋可知，該項但書乃針對病患所在之處沒有醫師的情形而言。亦即，當醫師與病患並非處於同一醫療機構範圍，且病患端無醫師在場時，必須限於山地、離島、偏僻地區或有特殊、急迫情形，才能由非醫師的護理人員、助產人員協助遠端醫師以通訊方式進行診察。倘使病患所在之處有另外的醫師在場，與遠端醫師一起協力診察，則縱使是在熱鬧市區且無特殊、急迫情形，兩端醫師仍能以通訊方式共同為病患診察，此時不應認為遠端醫師違反該項規定<sup>57</sup>。此時，遠端醫師與病患之間亦建立醫病關係，而非只是擔任近端醫師的諮詢者。當病患所在地有醫師在場，而遠端有另一位醫師在場，如果遠端醫師在決策過程中扮演較大影響力（例如在邱小妹妹人球案中，遠端的神經外科林主治醫師以電話指揮近端不具專科醫師資格的急救室住院醫師），那麼兩端醫師的責任分配或許可依決策權比例來分配。但若遠端醫師的決策權較高，近端醫師幾乎是服從遠端醫師的指揮，形同助手，那麼則應由遠端醫師單獨為醫療事故負責。無論是兩端醫師共同診察或遠端醫師指揮近端醫師診察，由於遠端醫師仍是親自進行診察資料的蒐集與判斷，並未授權他人代理，仍符合親自診察義務的要求。

第三，在近端無醫師在場，只有護理人員、助產人員或其他非醫師之醫療專業人員在場時，醫師法第十一條第一項但書禁止遠端醫師將不得委由非醫師進行的核心醫療行為，委由在場人員代為進行，除

---

<sup>57</sup> 就數次修法過程的討論意見中，並未發現有立法委員主張禁止兩端都有醫師在場的遠距醫療行為。

非有符合但書之例外情況<sup>58</sup>。由於非醫師之醫療專業人員專長不同，資格及訓練差異甚大，因此立法者為避免近端非醫師人員的程度不夠造成生理資料蒐集上的失誤，在政策上禁止通常情況的遠距行為，並非是不能接受的政策。隨著遠距醫療技術與設備的普及，相信立法者終將信賴遠距醫療的品質，而修法開放由非醫師執行的遠距醫療行為。

值得討論的是，醫師指揮在同一醫療機構內不同地點的護理人員進行診察，是否違反醫師法第十一條第一項但書？解釋上若醫師所採取的通訊方式適當，與在場診察的醫療品質無顯著差異，則應採否定說。按該條但書以「山地、離島、偏僻地區或有急迫、特殊情形」為條件，明顯是在談病患與醫師不在同一醫療機構、距離遙遠的狀況，而非在同一醫療機構的情況。

以上就醫師法第十一條第一項的重新解讀，雖放寬了醫師的行政責任，卻可能對病患安全的保障及醫療品質的要求不夠。詳言之，在醫師未到現場，以遠距方式指揮同一醫療機構內的護理人員，或以遠距方式與現場醫師共同會診的情況，若通訊方式不適當（與當場診察的品質差異過大），或現場人員執行能力不足，則需要其他的規範來強化病患的安全。以下就遠距醫療盛行的美國，在保護病患權益方面的立法酌予介紹。

---

<sup>58</sup> 醫師可合法授權非醫師者代為執行的醫療輔助行為，解釋上遠端醫師似仍可以遠距方式授權近端醫護人員代為執行。

## 伍、美國對遠距醫療行為之安全性規範

### 一、區分「醫療諮詢」與「共同診療」

從病患安全角度來詮釋醫師親自診察義務及遠距醫療，首先要探討「醫療諮詢」（joint consultations）與「共同診療」（collaborative treatment）之間的差別。此區分之實益在於病患民事求償的對象範圍，以及刑事上若構成醫療過失，遠端醫師是否應該負責。

對此問題，即使在符合醫師法第十一條第一項但書的情況下，衛生署似乎仍傾向將遠端醫師解釋為諮詢者而非會診者。衛生署NII遠距醫療會診醫院合作計劃參考稿第六條稱：「甲方醫師協助乙方醫師進行遠距醫療會診時，僅提供醫療諮詢，惟若有醫療糾紛時，甲方醫師應協助乙方醫師處理<sup>59</sup>。」，顯企圖將遠端醫師的角色定位在諮詢者，但第九條又稱「試辦期間，每件遠距醫療會診病例，由行政院衛生署委託甲方醫院計畫執行經費支給甲、乙雙方參與會診填寫報告之醫師新台幣貳佰柒拾參元整『比照健保急診診查費』<sup>60</sup>。」顯無法避免將遠端醫師實際上定位為共同會診者。其實，之所以需要遠距行為，往往是因為需要遠距醫師的專業能力或遠距醫療設備的判讀能力（例如教學醫院與離島診所的合作）。因此遠端醫師通常在整個診察行為的過程中，扮演較大權力。此情況下讓近端醫師負全部責任，而將遠端醫師定位為單純的諮詢者，是權責不對等的解釋。

<sup>59</sup> 參見衛生署 NII 遠距醫療會診醫院合作計劃參考稿，<http://www.doh.gov.tw/newdoh/90-org/org-1/nii/7.htm>（2009/4/29，造訪）。

<sup>60</sup> 同前註。

美國對此問題討論多年，已有許多判例說明，以界定遠端醫師所扮演的角色。通常美國判例的考量因素包括：諮詢行為屬經常性（例：有簽署合約）或非經常性、醫師與病患是否透過遠距設備互相看見彼此、醫師是否知悉病人的個人資料（例：姓名、影音會談）、是否進行檢查行為、醫師是否作成診斷或治療判斷並成為病患的治療依據、醫師是否能進入觀看病人的個人病歷資料、諮詢行為是否由近端人員發起、醫師是否為此遠距諮詢行為接受報酬等等<sup>61</sup>。原則上，遠端醫師所接收到的資料愈多（例：非僅電話轉述而有X光片、超音波、心電圖等其他高科技資料），法院愈有可能判定該醫師與病患間成立醫病關係，而非僅是對近端醫師的醫療諮詢。有其他生理資訊傳輸設備的行為，較僅以電話或e-mail方式通訊的行為更容易被歸為遠距醫療行為<sup>62</sup>，原因是這些其他高科技醫療行為可使遠端醫師形同「虛擬到場」在病患所在地，遠端醫師有更大可能性作出正確或導致錯誤的決定。

例如在 *Dougherty v. Gifford* 一案中，一位病理科醫師錯誤判讀病人的檢體樣本，造成醫療傷害<sup>63</sup>。這位醫師雖從未見過病人也從未看過病患的病歷<sup>64</sup>，德州上訴法院判決此時醫病關係仍成立，而非僅是

---

<sup>61</sup> LYNN D. FLEISHER AND JAMES C. DECHENE, *TELEMEDICINE & E-HEALTH LAW*, 1-43 (2007). *See also*, *Fought v. Solce*, 821 S. W. 2d 218 (Tex. Ct. App. 1991); *Lopez v. Aziz*, 852 S. W. 2d 303, 304 (Tex. Ct. App. 1993); *Oliver v. Brock, et al*, 342 So. 2d 1, 4 (Ala. 1976).

<sup>62</sup> *E.g.*, CAL. BUS. & PROF. CODE §2290.5(a) (1) (...Neither a telephone conversation nor an electronic mail message between a health care practitioner and patient constitutes “telemedicine” for purpose of this Section).

<sup>63</sup> *Dougherty v. Gifford* 826 S.W.2d 668 (Tex. App. 1992).

<sup>64</sup> *Id.*

醫療諮詢。理由是該醫師同意進行病理分析、作成病理測試的行為、進行實驗室報告，並接受病理報告之報酬<sup>65</sup>。法院強調即使醫師從未見過病患，在本案裏醫師無疑地已爲了病患的利益而從事了診察行為<sup>66</sup>。還有許多法院亦支持此種見解<sup>67</sup>。

在 *McKinney v. Schlatter*<sup>68</sup> 一案，Ohio 法院認爲在三個要件都符合的情況下，像邱小妹妹人球案中的待命醫師（on-call physician）與急診室的病人可成立醫病關係，如果這位 on-call 醫師（1）參與該病人的診斷；（2）參與該病人的治療判斷；（3）對醫院、醫療團隊或病人負有義務<sup>69</sup>。類似衛生署 NIH 遠距醫療計劃中，醫學中心與離島醫院簽立長期合作計劃的行為，依上述美國法院標準，必然被判定爲遠距醫療而非醫療諮詢。由於國內目前尚無此類案件，未來有待司法機關表示意見。

## 二、以立法方式確保遠距醫療的品質

許多州爲強化對病患的保護，立法要求有提供州內遠距服務的醫療機構或醫師，在提供服務前應先進行註冊<sup>70</sup>，取得病患的告知後同意<sup>71</sup>，記錄並保護病患的病歷資料<sup>72</sup>。許多州並要求病患在第一次領

<sup>65</sup> *Id.* at 675.

<sup>66</sup> *Id.*

<sup>67</sup> *E.g.*, *Walters v. Rinker*, 520 N.E. 2d 468 (Ind. App. Ct. 1988); *Dodd-Anderson v. Stevens*, 905 F. Supp. 937, 944 (D. Kan. 1995); *Townsend v. Turk*, 218 Cal. App. 3d 278 (Cal. Ct. App. 1990).

<sup>68</sup> *McKinney v. Schlatter* 118 Ohio App. 3d 328 (1997).

<sup>69</sup> LYNN D. FLEISHER AND JAMES C. DECHENE, *TELEMEDICINE & E-HEALTH LAW*, 1-46 (2007).

<sup>70</sup> *E.g.*, CAL. BUS. & PROF. CODE §4999.

<sup>71</sup> *E.g.*, ARIZ. REV. STAT. §36-3602A; 36 Okla. Stat. §6804.

取某些類藥物前，必須先經過實地的檢查（physically examined），亦即，根據藥物的危險性與有效性，來決定是否要求醫師必須對該病人至少先進行一次現場診察<sup>73</sup>。

### 三、透過專業自律將遠距醫療常規明文化

透過醫學倫理中的臨床準則（clinical guidelines），醫學界可以針對醫療實務的不同情況將合於倫理的醫療常規明文化，達到規範上比法律規定內容更為詳細、其彈性卻又能合乎醫療實務需要的效果。例如，全美各州醫療委員會聯合會（Federation of State Medical Boards, FSMB）在二〇〇二年頒布「Model Guidelines for the Appropriate Use of Internet in Medical Practice」<sup>74</sup>，作為各州醫學部制訂相關臨床準則的範本。其中強調，遠距醫療的注意義務與執業標準（standard of care），應當與面對面的傳統醫療方式相同<sup>75</sup>。有關醫師可否對從未看診過的病人提供遠距醫療的問題，該聯合會的專業倫理委員會堅持：「醫師在未對病患病史有充分瞭解並進行身體檢查之前，就提供治療建議，是不合於專業倫理的<sup>76</sup>。」該臨床準則提出四項判別執業

<sup>72</sup> E.g., ARIZ. REV. STAT. §36-3602B.

<sup>73</sup> Ivette P. Gomez, Note, *Beyond the Neighborhood Drugstore: U.S. Regulation of Online Prescription Drug Sales by Foreign Businesses*, 28 RUTGERS COMPUTER & TECH. L.J. 431, 443 (2002).

<sup>74</sup> 參見 [http://www.fsmb.org/pdf/2002\\_grpol\\_Use\\_of\\_Internet.pdf](http://www.fsmb.org/pdf/2002_grpol_Use_of_Internet.pdf) (2009/4/29, 造訪)。

<sup>75</sup> See Federation of State Medical Boards of the United States, Model Guidelines for the Appropriate Use of the Internet in Medical Practice (2002), [http://www.fsmb.org/Policy%20Documents%20and%20White%20Papers/internet\\_use\\_guidelines.htm](http://www.fsmb.org/Policy%20Documents%20and%20White%20Papers/internet_use_guidelines.htm) (last visited Apr. 29, 2009).

<sup>76</sup> Kristin Yoo, *Self-Prescribing Medication: Regulating Prescription Drug Sales on the Internet*, 20 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 57, 67 (2001).

標準的準則，包括對病人的檢查、討論治療選項與治療的益處與風險、癒後的追蹤評估、保持病歷資料的最新性與完整性<sup>77</sup>。雖不符合這四項標準但仍合於執業標準的例外情形包括：醫師與病患之間有已成立的醫病關係、醫師是在為另一位已與病患成立醫病關係的醫師提供諮詢、僅僅是對業經判別的慢性病作相同處方的領取、有急迫情形、開處方的遠端醫師有在現場的同業予以支援且可取得病患的過去病歷<sup>78</sup>。

由上述作法可知，遠距醫療相對於傳統面對面式的醫療行為，固然可能發生不同的流弊，但這些流弊並非不能以立法、行政管制或專業自律的方式予以排除。而另一方面，在面對面醫療之外，再搭配良好運作的遠距醫療，可提供比傳統只有面對面醫療行為，更高的品質，大幅減少醫療支出，並提昇醫療服務的可近性，是解決我國醫療資源不足的重要方法。因此立法或司法解釋上，不宜將醫師親自診察義務解為一律禁止通訊醫療行為，失卻實務操作上的彈性。對於遠距醫療可能的弊病，可另訂管制辦法，以得其利而不生其弊。

## 陸、結論

醫師法第十一條第一項的立法，是考量舊時代的通訊科技限制，為保護病患安全的目的所設，有其時空條件下的政策合宜性。但司法和行政機關將「親自」診察解為醫師必須在病患當場才能進行診斷，

<sup>77</sup> Vivian Quinn & Jacob Herstek, *Rogue Online Drugstores*, PHARMACEUTICAL & MED. DEVICE L. BULL., 3 (2004).

<sup>78</sup> Berkeley Rice, *The Growing Problem of Online Pharmacies*, MED. ECON., 45 (2001).

卻導致遠距醫療難以推行，阻礙了新科技的擴散。爲了避免對於法律的衝擊，以及便利日後發展遠距醫療，我國目前在遠距醫療照護的規劃上，著重在遠距照護，但是遠距照護的定義模糊不清，各國都有不同的解讀。在我國司法機關尚未對遠距照護與遠距醫療的區分表示看法之前，參與相關計劃的醫療團隊及業者其實都是游走於法律邊緣，隨時有被認定違反醫師親自診察義務之可能。

基於推廣遠距醫療的目的，本文對「親自」診察義務作了新的詮釋，認爲「親自診察」重在自爲判斷，不使他人代理。只要使他人代爲蒐集病患生理資料的行爲，就個案病患的情況而言具有合理性，則不論用何種通訊方式均不致於違反親自診察義務。但因醫師法第十一條第一項但書的限制，在病患端無醫師的情形，只有在山地、離島、偏僻地區或急迫、特殊事項，方可以通訊方式進行診察。

對於遠距醫療可能產生的弊害，本文以美國司法解釋、各州立法及非營利性組織制定的臨床準則爲例，說明這些弊害是有可能以其他手段防止的，而防止手段的主要目標是要使遠距醫療在病患的保護程度上，不亞於傳統面對面的醫療方式。期待主管機關能基於國民醫療需要，主動變更解釋或推動修法，讓我國的遠距醫療產業早日起飛。

## 參考文獻

### 書籍

黃丁全，醫事法，元照出版社，初版，2000。

FLEISHER, D. LYNN & JAMES C. DECHENE, *TELEMEDICINE & E-HEALTH LAW*  
(Law Journal Press 2007).

### 期刊論文

王皇玉，論醫師的說明義務與親自診察義務—評九十四年度台上字第二  
六七六號判決，月旦法學雜誌，第一三七期，頁 265-280 (2006)。

陳鈺雄，遠距醫療的法律衝擊，全國律師，第十一卷第一期，頁 41-51  
(2007)。

Callens, Stefaan, *Telemedicine and European Law*, 22 *MED. & L.*, 733 (2003).

Landgreen, R. Ian, “*Do No Harm*”: *A Comparative Analysis of Legal Barriers to Corporate Clinical Telemedicine Providers in the United States, Australia, and Canada*, 30 *GA. J. INT'L & COMP. L.*, 365 (2002).

Gomez, P. Ivette, *Beyond the Neighborhood Drugstore: U.S. Regulation of Online Prescription Drug Sales by Foreign Businesses*, 28 *RUTGERS COMPUTER & TECH. L.J.*, 431 (2002).

Kuszler, C. Patricia, *Telemedicine and Integrated Health Care Delivery: Compounding Malpractice Liability*, 25 *AM. J. L. & MED.*, 297 (1999).

McLean, R. Thomas, *International Law, Telemedicine and Health Insurance: China as a Case Study*, 32 *AM. J.L. & MED.*, 7 (2006).

Quinn, Vivian & Jacob Herstek, *Rogue Online Drugstores*,  
PHARMACEUTICAL & MED. DEVICE L. BULL (2004).

Rice, Berkeley, *The Growing Problem of Online Pharmacies*, MED. ECON.  
(2001).

Yoo, Kristin, *Self-Prescribing Medication: Regulating Prescription Drug  
Sales on the Internet*, 20 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L, 57  
(2001).

中原財經法學

## 摘要

醫師法第十一條的醫師親自診察義務，過去解釋是醫師必須在病患現場才能進行診斷。此立場是考量舊時代通訊技術限制，為保護病患安全而設，有時空條件的合理性。但過嚴的解釋，卻使遠距醫療在我國難以推行，阻礙新科技擴散。

為推廣遠距醫療作為輔助手段，本文作了新詮釋，認為「親自」重在自為判斷，不使他人代理。只要使他人代為蒐集病患生理資料的行為具有合理性，則不致違反親自診察義務。在病患端無醫師的情形，只有符合醫師法第十一條第一項但書之情況，方可以通訊方式進行診察。

對於遠距醫療可能的弊害，本文以美國司法解釋、各州立法及醫界制定的臨床準則為例，說明這些弊害有可能以其他手段防止，毋需因而立法禁止遠距醫療。

## **Telemedicine and Physician's duty of diagnosing in person**

**Chih-hsiung Chen**

### **Abstract**

The previous judicial and administrative interpretations on Article 11 of the Physician Act define the physician's duty of diagnosing in person that a physician must diagnose with the patient at presence. This approach is justified on the concern of patient safety because of the limitation of telecommunication at the old age. However, the rigid interpretation has limited the development of telemedicine in Taiwan.

To promote telemedicine as a complementary method to medical practice, this article makes a new interpretation. The essential element of the duty of diagnosing in person is that a physician must make diagnostic judgments by herself and may not delegate the authority to other persons. If a physician makes diagnostic judgments by herself, it is fine if the physician ask others to collect pathologic data through telecommunication methods. But if there is no physician at the patient's side, then telemedicine is only permitted under the conditions of Article 11 of the Physician Act.

With respect to the possible defects of telemedicine, this article provides some examples of judicial interpretations, legislation, and

clinical guidelines promulgated by the medical communities in the United States, to explain that those defects can be controlled or prevented by means other than simply prohibiting telemedicine by legislation.

Key words: Physician' s duty of diagnosing in person, telemedicine, telecare, telesurgery, electronic medical record, eldercare, medical device, clinical guideline, quality of medical care, teleconsultation.

中原財經法學