

解釋字號	釋字第404號
解釋公布院令	中華民國 85年05月24日
解釋爭點	衛生署認中醫師以西藥治病，非其業務範圍之函釋違憲？
解釋文	<p>憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇<sup>1</sup>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，此觀憲法第二十三條規定自明。醫師法為強化專業分工、保障病人權益及增進國民健康，使不同醫術領域之醫師提供專精之醫療服務，將醫師區分為醫師、中醫師及牙醫師。醫療法第四十一條規定醫療機構之負責醫師應督導所屬醫事人員依各該醫事專門職業法規規定執行業務，均屬增進公共利益所必要。中醫師之醫療行為應依中國傳統之醫術為之，若中醫師以「限醫師指示使用」之西藥製劑或西藥成藥處方，為人治病，顯非以中國傳統醫術為醫療方法，有違醫師專業分類之原則及病人對中醫師之信賴。行政院衛生署七十一年三月十八日衛署醫字第三七〇一六七號函釋：「三、中醫師如使用『限醫師指示使用』之西藥製劑，核為醫師業務上之不正當行為，應依醫師法第二十五條規定論處。四、西藥成藥依藥物藥商管理法之規定，其不待醫師指示，即可供治療疾病。故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍。」要在闡釋中醫師之業務範圍，符合醫師法及醫療法之立法意旨，與憲法保障工作權之規定，尚無抵觸。</p>
理由書	<p>憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇<sup>1</sup>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，為憲法第二十三條所明定。醫師執行醫療業務，以維護病人之生命、身體、健康為目的，醫師法為強化專業分工、保障病人權益及增進國民健康，使不同醫術領域之醫師提供其專精之醫療服務，將醫師區分為醫師、中醫師及牙醫師，其資格之取得要件各有不同。醫療法第四十一條亦規定醫療機構之負責醫師應督導所屬醫事人員依各該醫事專門職業法規規定執行業務，均屬增進公共利益所必要。中醫</p>

師執行業務，自應依中國傳統醫術，為病人診治，以符病人信賴。倘中醫師兼具醫師資格，為診治疾病需要，併用醫學及中國傳統醫學之醫療方法，為病人診斷及處方者，既在各該專業範圍，自為業務上之正當行為。此觀醫師法第三條第一項第二款後段規定醫學系科畢業，並修習中醫必要學科者，得應中醫師檢覈，是同一人得兼具醫師及中醫師雙重資格，法意至明。除此情形外，中醫師若以「限醫師指示使用」之西藥製劑或西藥成藥處方，為人治病，即違背醫師專業分類之原則及病人對中醫師基於傳統醫術診治疾病之信賴。縱中醫師兼具藥師資格，亦同。藥師業務依藥師法第十五條第一項規定為「一、藥品販賣或管理。二、藥品調劑。三、藥品鑑定。四、藥品製造之監製。五、藥品儲藏、供應與分裝之監督。六、含藥化粧品製造之監製。七、依法律應由藥師執行之業務。」準此，藥師不得自行調劑藥品為病人診治。至於西藥製劑「限醫師指示使用」者，所稱「醫師」不包括中醫師，自非中醫師於處方上所得指示使用。又所謂成藥，依藥事法第九條規定，係指原料藥經加工調製，不用其原名稱，其摻入之麻醉藥品、毒劇藥品不超過中央衛生主管機關所規定之限量，作用緩和，無積蓄性，耐久儲存，使用簡便，並明示其效能、用量、用法、標明成藥許可證字號，其使用不待醫師指示，即供治療疾病之用之藥品。中醫師如以西藥成藥處方為病人治療疾病，顯非以擅長之傳統醫術施醫。行政院衛生署七十一年三月十八日衛署醫字第三七〇一六七號函釋：「三、中醫師如使用『限醫師指示使用』之西藥製劑，核為醫師業務上之不正當行為，應依醫師法第二十五條規定論處。四、西藥成藥依藥物藥商管理法（已修正為藥事法）之規定，其不待醫師指示，即可供治療疾病。故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍。」要在闡釋中醫師之業務範圍，符合醫師法及醫療法之立法意旨，與憲法保障工作權之規定，尚無抵觸。

大法官會議主席 院長 施啟揚

大法官 翁岳生 劉鐵錚 吳 庚 王和雄  
王澤鑑 林永謀 林國賢 施文森  
城仲模 孫森焱 陳計男 曾華松  
董翔飛 楊慧英 戴東雄 蘇俊雄

意見書、抄本  
等文件

不同意見書：

大法官 吳 庚

一、對於憲法所保障之各種基本權利，本席一向主張，釋憲機關

在受理聲請案件，作成解釋時，應對相關權利之本質及內容給予適當之詮釋，並建構明確之保障範圍 (Schutzbereich)，俾彌補憲法第二章第九條以次關於人民權利之各條規定，過分化約之不足 (參照釋字第三六八號協同意見書)。

工作權之性質係本件解釋首須界定之前提，在西洋思想史上首創工作權 (Recht auf Arbeit) 者乃德意志唯心論哲學家費希特 (Johann G. Fichte, 1762-1814)，其年代為一七九六年，較法國早期之所謂烏托邦社會主義者為先。費氏主張：「每個人於進入國家生活之際，必須明白選擇一種職業，同時並成為特定階級，否則根本不能視為國民... 一切工作之目的即在於維持生存，並須共同保證，使每個人之工作皆可達到此一目的」(註一)，自此之後強調工作與生存成為各種社會主義流派之共同特徵，費希特亦因提倡工作權與生存權以及其他相關理論，而被稱為德意志第一位社會主義者(註二)。我國民初以迄現行憲法制定之際，社會主義、集體主義思潮瀰漫國中，五五憲草第十七條原僅定有保障財產權之文字，於制憲國民大會第一審查委員會審查時增加工作權、生存權，使二者與財產權並列為保障之對象，其理由為：「經討論時咸以為人民之財產權，固應保障，然對於無產階級之生存權及工作權亦應加以保障，否則僅保障有財產者之財產，實屬有違民生主義之精神」云云(註三)。受此背景影響，將憲法第十五條工作權視為純粹之受益權並解釋為：人民於失業之際，請求國家予以適當就業機會，以維持其生存之權利，甚至將同條之財產權—立憲主義竭力保障之一項個人自由權—亦與工作權等量齊觀視為達到生存權之手段，上述見解且浸假成為優勢之學說(註四)。實則將工作權作如此解釋誠屬捨近求遠，不切實際，若國家對人民現有之職業工作尚且不能盡其保障義務，遑論請求國家給予適當工作乎？捨工作之保障而不論，倡言應積極的提供工作，如縱未步上極權體制之後塵，不顧人民意願分派工作並強迫就業，亦何異於五十步之笑百步也。故本席認為工作權之保障範圍應為：(一) 凡人民作為生活職業之正當工作，均受國家之保障，且屬工作權之核心部分。(二) 人民有選擇工作及職業之自由，國家不得違背個人意願強迫其就業或工作。(三) 取得各種職業資格者，其職業活動範圍及工作方法之選擇，亦受憲法之保障，法律或各該職業之自治規章雖得加以規範，但均不應逾越必要程度。從而，憲法第十五條工作權之保障與德國基本法所保障之職業自由，不僅概念上有間，其本質內容亦不盡相同，則該國聯邦憲法法院裁判先例所建立之三階段理論 (Drei-Stufen-Theorie) (註五)，即非所能全盤接受。至於人民之具有工作能力者，國家應給予適當工作機會，憲法第一百五十二條已定有明文，若將第十五條工作權保障作相同解釋，憲法第一百五十二條豈非重複規定而成為贅文。

二、本件聲請人係中醫師，因交付病人西藥成藥使用，而遭衛生主管機關以違反醫師法第二十五條為由處予停業處分。查醫師法第二十五條之文字為：「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銷其執業執照。」所謂違法當然係指醫師業務上行為違反法律而言，至於不正當行為則委

由主管機關就具體情形予以判斷。從醫師法區分醫師（西醫）與中醫師之立法意旨而觀，中醫師診治病人自應以使用受認可之中國傳統醫術始屬正當，捨此之外，即作為解釋對象之行政院衛生署七十一年三月十八日衛署醫字第三七〇一六七號函釋所稱：「三、中醫師如使用『限醫師指示使用』之西藥製劑，核為醫師業務上之不正當行為，應依醫師法第二十五條規定論處；四、西藥成藥依藥物藥商管理法之規定，其不待醫師指示，即可供治療疾病，故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍」之兩類情形。是故中醫師之業務上行為可大別為三種：一係合法且正當之醫療行為；二係使用限醫師（西醫）指示使用之西藥製劑，屬業務上之不正當行為；三係使用西藥成藥為人治病，乃非屬中醫師業務範圍之行為，第一種行為受法律保障，第二種應依醫師法第二十五條處罰，第三種係介乎前二者之間，為法律上放任行為之一種，此觀衛生署之原函甚為明顯。支持多數意見者無非以上開命令僅稱「使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍」，乃係事實之描述，縱有違法亦係適用（包括主管機關及行政法院）之結果，而非函示之本身有何違法違憲之處。實則主管機關在本案中，將非屬醫師業務範圍之行為，視為業務上之不正當行為，而予以停業處分，等於以行政命令（即上開函示）補充制裁性行政處分之構成要件，顯然超出法律範圍，且違反法治國家對公權力措施須遵守明確性要求（Bestimmtheitsgebot）之原則，致人民對自身之行為是否為法律之所許，喪失預見之可能，自不應認其具有合法性。矧法律之解釋與適用原即難於分離，當代詮釋學大師加達默（Hans-Georg Gadamer）曾謂：「解釋者無非將『本文』當作普遍性事物而理解，換言之，承傳事物所表達者為何，亦即『本文』之內涵與意義；但為作此理解，解釋者不應無視於自身以及其所處之具體的詮釋學情境。解釋者倘欲根本理解，則必須將『本文』與此種情境加以連結（註六）。」若因為解釋上之權宜而刻意將已連結之情景與法規本文分離，不僅違反詮釋之基本原則，抑且忽視設置釋憲制度保障人民權利免遭不法侵害之本旨。

三、本件聲請人提出聲請書狀甚為簡略，其內容又未指陳確定終局判決所適用之法律或命令有如何抵觸憲法之疑義，而係以不服行政院衛生署再訴願決定及行政法院相關判決為其聲請之主旨，與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定之要件尚有不符，依本院向例應不予受理，併此敘明。

註一：Johann Gottlieb Fichte Werk, hrsg. von Fritz Medicus, Bd. 2., Leipzig O.Z., S. 218f., 譯文見拙撰，唯心論與社會主義，台大法學院社會科學論叢，第三十四輯，民國七十五年六月，二七六頁。

註二：參照前引論文，二七〇頁。

註三：國民大會實錄，國大秘書處編印，民國三十五年，四三二頁。

註四：林紀東，中華民國憲法逐條釋義，修訂三版，二四三頁以下。

註五：Cf. Casebook Verfassungsrecht, 2. Aufl., München

1991, S.270f-f. 中文參照蕭文生譯，關於「職業自由」（工作權）」之判決，載西德聯邦憲法法院裁判選輯（一），司法院印行，一二八頁以下。及劉建宏，德國法上之職業自由，憲政時代，十八卷，第二期，民國八十一年十月，三七頁以下。

註六：引自 H.G.Gadamer,Wahrheit und Methode,Grundzuege einer ph-ilosophischen Hermeneutik,Tuebingen 1972,S,307. 原文如下：「Der Interpret will vielmehr gar nichts anderes,als diesAllgemeine-den Text-verstehen,d.h.versthenn, was die Uebe-rlieferung sagt,was Sinn und Bedeutung des Texts ausmacht.Um das zu verstehen,darf er aber nicht von sich selbst undder konkreten hermeneutischen Situat-tion,in der er sich b-efindet,absehen wollen. Er muss den Text auf diese Situat-ion beziehen,wenn er ueberhaupt verstehen muss.」。加達默在上述「真理與方法」一書第二卷第二章第二七〇頁以下，引經據典，從亞里士多德之倫理學、史萊馬赫（F.E.D.Schleiermacher）基於新教神學之詮釋理論到當代貝第（E.Betti）之法律詮釋學，論證道德規範、基督教聖經、文學作品以及法律之解釋，其題材、作用、反思過程容有不同，但其共同特徵即解釋（Auslegung）與應用（Application）或適用（Anwendung）不能分離。

## 相關法令

 [憲法第15條\(36.01.01\)](#)

 [憲法第23條\(36.01.01\)](#)

 [醫師法第3條第1項第2款、第25條\(81.07.29\)](#)

 [醫療法第41條\(75.11.24\)](#)

 [藥事法第9條\(82.02.05\)](#)

 [藥師法第15條第1項\(68.03.26\)](#)

行政

院衛生署 ( 71 ) 衛署醫字第370167號函

## 相關文件

抄潘○雄聲請書

### 一、訴之聲明

對衛生署 83.02.23 衛署訴字第 83000249 號再訴願決定書，及 83.07.08 行政法院八十三年度判字第一四三〇號之判決及對 83.10.06 行政法院八十三年度判字第二一三五號之再審之訴駁回不服，提請大法官解釋

### 二、事實及理由

(一) 根據 83.07.19 衛署醫字第八三〇三三二五〇號函釋 (如附件一)說明二「同一人兼具醫師中醫師雙重資格者，依現行規定應以擇一資格登記執業，惟若應業務需要，併醫師或中醫師之醫療方式為病人診斷處方，現行規定並無限制」，同理衛生署現行規定並無限制，中醫師兼藥師雙重資格者，不得購買或使用成藥之規定，本人除了中醫師藥師雙重資格外，又兼受行政院衛生署所舉辦 (六七) 年現代醫學講習班六個月結業，並有結業證書，今所代購者為人人可買，人人可用的安全成藥，因為根據藥物藥商管理法第八條及藥事法第九條規定，買成藥不必醫師處分 (西醫師)，所以不構成醫師法第二十五條規定論處，而衛生署不察，隨便停業處分，已嚴重影響本人的權益。

(二) 所謂醫師處方藥，為該藥藥性強烈如果用藥不當或過強會引起病人的副作用，甚危及患者生命安全，為安全計所以衛生署將此藥物列為醫師處方藥，如安眠藥 Valium 等、副腎皮質荷爾蒙等 Prednisolone 等、抗生素 Tetracycline 等、磺胺藥等、注射劑、麻醉藥 Sulfa drug 等。

所謂成藥，為安全無虞人人可隨時直接向藥房或藥局承購使用的藥物，如綠油精、風油精、萬金油、克風邪、克補、五分珠、沙隆巴斯、金絲膏... 等。

(三) 根據衛生署在再訴願決定書裡表示，中醫師一使用西藥成藥就是違法或不正當的行為，而違反醫師法第二十五條規定，顯然是不合邏輯的推論，這項見解是對全國中醫師宣示不正當的行為，而違反醫師法第二十五條規定，顯然是不合邏輯的推論，這項見解是對全國中醫師宣示人人可用的西藥成藥，惟獨中醫師不准使用，這分明是對中醫師的一種懲罰及不平等待遇，由上所述，衛生署的行政處分，違反藥事法第九條規定並且違反藥師法第三章第十五條及藥師法施行細則第十一條規定，更違反憲法第七條、第十五條保障人民平等權及工作權的規定，敬請大法官解釋法令，撤銷其處分。

附註：

(一) 中醫師兼 (西) 醫師雙重資格者，同樣只得選擇一資格中醫診所開業，但可兼用醫師處方藥 (西藥)，雖醫師處方藥藥性及副作用強，但因兼具西藥的專業知識，所以不會出問題。

(二) 同理，中醫師兼藥師 (西) 雙重資格者，本人所使用的是安全的人人可直接承購服用的成藥，同樣本人也具備西藥專業知

識，為何需受嚴重處罪，敬請大法官主持公道。

司法院大法官 公鑒

中華民國八十三年十月二十三日

聲請人：潘○雄

附件：

行政法院判決八十三年度判字第一四三〇號

原告 潘○雄

被告 行政院衛生署

右當事人間因醫師法事件，原告不服行政院衛生署中華民國八十三年二月二十三日衛署訴字第八三〇〇〇二四號再訴願決定，提起行政訴訟，本院判決如左：

主文

原告之訴駁回。

事實

緣原告係台北市士區大東路一七六號「長庚聯合中醫診所」負責醫師，於民國八十一年十一月下旬至十二月初涉嫌以西醫手術方式治療病患趙○○之痔病，復交付西藥供其服用，惟因手術不當，致造成趙○○肛門括約肌受損而排便失禁，案經趙○○檢舉，並經台北市政府衛生局查證後，認原告違反醫師法規定，裁處其停業六個月（自八十二年五月十七日起至同年十一月十六日止）之處分。原告不服，提起訴願，遭駁回，提起再訴願，經被告再訴願決定將原處分及原決定均予撤銷，改處停業一個月之處分。原告仍不甘服，乃提起行政訴訟。

茲摘敘兩造訴辯意旨於次：

原告起訴意旨略謂：（一）從適用法律命令的過程來看衛生署在再訴願決定書理由三、中表示『依本署前揭函釋，再訴願人係中醫醫師，縱有藥師身分資格，其交付病患成藥（西藥）仍屬不正當行為』，這根本是不合邏輯，毫無根據的推論，本人有藥師身份

依職權介紹病人自己到藥房買成藥五分珠是因為當時病人趙○○實在痛得行動困難，拜託本人代購，本人未收分文義務代購成藥五分珠，因五分珠是成藥，非醫師處方藥，人人可買來使用，所以衛生署六十七年六月八日衛署醫字第一九三八四二號、九月三十日衛署醫字第一七八二七八號函釋，對本案根本不適用，至於七十一年三月十八日衛署醫字第三七〇一六七號函釋的要旨是說西藥成藥不必醫師（西）指示人人都可以使用，而不犯法，況且五分珠只具止疼效果，沒有治療效果，所以中醫師不可能用來治病，衛生署不查，在再訴願決定裡表示，中醫師一使用西藥成藥就是違法或不正當的行為，而違反醫師法第二十五條的規定，是對全國中醫師宣示，人人可用的西藥成藥，惟獨中醫師不准使用，這分明是對中醫師的一種懲罰及不平等待遇，違反藥物藥商管理法第八條的規定，也違反藥事法第九條的規定，並且違反憲法第七條第十五條保障人民平等權及工作權的規定，應由鈞院撤銷其處分。（二）政府設立專門科系其目的就是發揮其所長達到事半功倍的效果，今電腦進步的神速可謂一日千里，其對人類的貢獻當以億萬倍計，此莫不是專業再專業精益求精的結果，今本人身兼藥師中醫師雙重身份，可見本人很有上進心，政府對肯努力的人理應多加鼓勵及尊重，今卻相反，一個堂堂國家考試及格的藥師，不取分文義務代購成藥五分珠，需受嚴重的停業處分，欲加之罪何患無辭，中西合流已成為世界趨勢，目前歐美日韓均風起雲湧的到台灣或中國學習中醫以補西醫之所短，希望中西醫能融會貫通，目前同文同種的中國大陸，已發揮得淋漓盡致，最近大陸出版的書內均是中西用法並提，或中西藥物合用，他們西醫需學習中醫課程，中醫系需學習西醫課程，不像我們台灣除中國醫藥學院外所有西醫系均不學習中醫，將中西醫學完全分開，並排斥中醫這種違反世界潮流的作風，已阻礙了醫學進步的領域，因此值此強調中西合流的時代，衛生署沿用落伍的法規並曲解法條將普通人均可承購的成藥，來處罰有藥師專業執照的原告，已嚴重的打擊中醫界的發展誠非國家之福。（三）本人已屆退休年齡為藥師前程計，請問假如某人具會計師律師雙重身份，可否在同一處開業律師及會計師事務所，如果不能，那麼假如他現在是開業會計師事務所，而剛好有人請教他法律方面的問題，他也在這時候不收分文義務的幫人解答法律方面的問題，是否犯法，要不要受停業處分語等語。

補充理由略謂：1、本人雖具中醫師及藥師雙重資格，但均遵照

衛生署規定只掛牌「長庚中醫聯合診所」從事中醫師業務，甲此在痔漏病人趙○○先生疼痛異常行動困難的情形下，受託義務到附近西藥房代購成藥 - 五分珠，可證明本人診所內並未從事西藥業務，否則就不必到外面西藥房購買五分珠。2、衛生署第三七〇一六七號函釋「...使用西藥成藥為人治病，核非中醫師業務範圍」，卻又核准中醫師使用內容含 Caffeine Sulpyr-ine 兩種西藥成分的「感冒寧葛根」製劑治療感冒，「實在矛盾」。依行政法院三十二年判字第十六號判例：「行政官署對於人民有所罰，必須證明其違法之事實，倘所提之證據自相矛盾，不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法」之判決意旨，可知被告之答辯為無理由，請判決撤銷一個月之停業處分。

附註

五分珠主成 ( Caffeine Autamiophen Aspyine )

感冒寧葛根主成 ( Caffeine 葛根膏浸劑 Sulpyrine )

由附註可知五分珠主成分與感冒葛根的主成分類似且用法也相同，也就是大同小異，為何有處罰與不處罰之分，可見衛生署的醫藥、藥政，目前還非常混亂，況且本人只是受病人之託，義務代購五分珠而已等語。

被告答辯意旨略謂：一、按「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銷其執業執照。」醫師法第二十五條定有明文。又「中醫師使用醫師（西）處方藥房始得買賣之藥品或西醫外科手術應視同醫師不正當行為，依醫師法第二十五條規定論處。」「具藥劑師資格之中醫師依規定仍不可使用須經醫師指示，即可供治療疾病。故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍（西）醫師處方之西藥器材。....」及「西藥成藥，依藥物藥商管理法之規定，其不待醫師指示，即可供治療疾病。故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業務範圍。」分別經本署六十七年六月八日衛署醫字第一九三八四二號、九月三十日衛署醫字第一七八二七八號及七十一年三月十日衛署醫字第三七〇一六七號函釋在案。二、卷查本件原告於八十一年十一月下旬至十二月切涉嫌以西醫手術方式治療病患趙○○之痔病，復交付西藥供趙君使用，惟因手術不當，致造成趙君肛門括約肌受損而排便失禁，此有趙君之檢舉函及新光醫院八十二

年三月十六日新醫管字第○三九號函附趙君病歷摘要在卷可查，台北市政府衛生局乃以上揭法條及本署函釋，裁處原告停業六個月之處分。惟查本案經本署函請台大醫院、和平醫院、長庚醫院及中國醫藥學院四家醫療機構提供意見，以及請陳○林中醫師、周○凱（西）醫師蒞會說明，認為：「中醫掛線療法及西醫手術，方法雖有不同，然原理相近，一般而言，應不致造成病患排便失禁情事；如因處置失當，傷及深度括約肌，造成不適，中、西療法兩者皆有可能。」本件系爭醫療方法，原告一再訴稱其對趙君所施行之療法為中醫傳統的掛線療法，其於趙君病歷表中，固僅於趙君就診日期八十一年十一月二十日、二十七日、三十日及十二月三日上蓋有「乙字湯9、桂苓丸9、黃蓮解毒9」等字樣，並無施行該療法過程之任何記載，雖尚難證明其的確使用「掛線療法」，然亦無明顯證據證明原告係以西醫手術方式治療病患。依行政院三十二年判字第十六號判例：「行政官署對於人民有所處罰，必須確實證明其違法之事實，倘所提出之證據自相矛盾，不能確實證明違法事實之存在，其處罰即不能認為合法」之判決意旨，中醫掛線療法及西醫手術，如傷及深度括約肌，既均有可能導致不良結果，台北市政府衛生局依據趙君檢舉函及新光醫院出具之病歷摘要所載括約肌切開斷裂等情，即率予認定原告係以西醫手術方式之不正當方法醫療，略嫌速斷，此一違規部分，應不能成立。至於原告使用西藥乙節，依本署前揭函釋規定，仍屬業務上不正當行為，本署衡酌實情，考量原告違規情節之輕重，乃將原處分及原決定均撤銷，改處原告停業一個月之處分。三、原告雖主張：「成藥「五分珠」非醫師處方藥，人人可承購服用，不構成不正當行為，原告係在病患因痔漏疼痛行動困難情形下，義務代購，以為病患止痛，且該成藥只是暫時止痛藥，並非治療藥，原告具有藥師資格，自有買賣藥品之職權，而今只是義務代購藥物，竟受停業處分，實屬過當等語。惟查「中醫師兼具藥師資格者，僅得擇一資格開、執業。」本署八十年十二月十八日衛署醫字第九八九○三五號函釋有案，本件原告執業登記為中醫師，執業範圍應僅限中醫醫療業務，依前揭本署三七○一六七號函釋：「...使用西藥成藥為人治療，核非中醫師之業務範圍」之規定，原告縱兼具藥師資格，仍不得交付西藥治療病人，原告雖稱該藥為止痛藥，非治療藥，惟交付西藥為病人止痛，仍屬治療之過程；又醫師以診療為目的，其依自開處方交付親為診斷之病患藥品，與「民眾自行購買成藥」之行為有別，

況依病人病情，不須交付西藥治療，而原告仍予交付，其違規情節至為明確，本署變更原處分，改處原告停業一個月之處分，已屬從輕。綜上論結，本件原告之訴為無理由，敬請駁回等語。

#### 理由

按「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銷其執業執照。」醫師法第二十五條定有明文。又「中醫師使用醫師（西）處方藥房始得買賣之藥品或西法外科手術，應視同醫師不正當行為，依醫師法第二十五條規定論處。」「具藥劑師資格之中醫師依規定仍不可使用須經（西）醫師處方之西藥及西藥器材。....」及「西藥成藥，依藥物藥商管理法之規定，其不待醫師指示，即可供治療疾病。故使用西藥成藥為人治病，核非中醫師之業範圍。」分別經行政院衛生署六十七年六月八日衛署醫字第一九三八四二號、九月三十日衛署醫字第一七八二七八號及七十一年三月十八日衛署醫字第三七〇一六七號函釋在案。本件原告於八十一年十一月下旬至十二月初涉嫌以西醫手術方式治療病患趙○○之痔病，復交付西藥供趙○○服用，惟因手術不當，致造成趙○○且門括約股受損而排便失禁，此有趙○○之檢舉函及新光醫院八十二年三月十六日新醫管字第〇三九號函附趙○○病歷摘要復台北市政府衛生局案卷可稽，該局乃依首揭法條及函釋，裁處原告停業六個月之處分。原告不服，提起訴願遭駁回，提起再訴願，再訴願決定機關即被告以本案經函請台大醫院、和平醫院、長庚醫院及中國醫藥學院四家醫療機構提供意見，以及請陳○林中醫師、周○凱（西）醫師蒞會說明，認為：「中醫掛線療法及西醫手術，方法雖有不同，然原理相近，一般而言，應不致造成病患排便失禁情事；如因處置失當，傷及深度括約肌，造成不適，中、西療法者皆有可能。」本件系爭醫療方法，原告訴稱其對趙○○所施行之療法為中醫傳統的掛線療法，其於趙○○病歷表中，固僅於趙○○就診日期八十一年十一月二十日、二十七日、三十日及十二月三日上蓋有「乙字湯9、桂苓丸9、黃蓮解毒9」等字樣，並無施行該療法過程之任何記載，雖尚難證明其的確使用「掛線療法」，然亦無明顯證據證明原告係以西醫手術方式治療病患。又中醫掛線療法及西醫手術，如傷及深度括約肌，既均有可能導致不良結果，原處分依據趙○○檢舉函及新光醫院出具之病歷摘要所載括約肌切開斷裂等情，即率予認定原告係以西醫手術方式之不正當方法醫療，略嫌速斷。惟原告使用西藥乙節，於再訴願書中並不否認，其於

被告八十三年一月二十六日訪談紀錄中亦坦承不諱，依首揭函釋，原告係中醫師，縱有藥師資格，其交付病患成藥（西藥），仍屬業務上不正當行為。惟其交付成藥，危險性低，違規情節尚屬輕微，其涉嫌以西藥手術醫療既不能成立，已如上述，衡酌實情，宜從輕量罰，乃將原處分及原決定均予撤銷，改處原告停業一個月處分，於法並無不合。原告訴稱：是病人請原告代購成藥云云，顯係事後卸責之詞，不足採信，至原告所舉案例，係屬他案，非本件所得審究，並予說明，原告起訴論旨，核無理由，應予駁回。

據上論結，本件原告之訴為無理由，爰依行政訴訟法第二十六條後段，判決如主文。

中華民國八十三年七月八日