以案释法——谢某非医师行医案

【案情简介】

2023年3月16日，某县卫生健康委员会行政执法人员在谢某的陪同下，在该辖区某号桥头火锅门面外进行现场检查并了解相关情况：1.该辖区某号桥头火锅门面外有一游摊，摊主为谢某，现场正在为谭某、杨某、陈某开展拔罐治疗，现场谢某不能出示其本人《医师资格证书》及《医师执业证书》。该摊位处有一黑色塑料袋，袋内放置有用过的带有血迹的纸巾。2. 该摊位置有一宣传海报，海报印有“舍少林秘传奇方，献佛门一片爱心，主治腰痛、腿痛、四肢麻木、肩周炎、骨质增生、风湿、类风湿性关节炎、气管炎、腰肌劳损、半身不遂、头晕、耳鸣、妇科病、跌打损伤等多种疑难杂症”。

【调查与处理】

2023年3月16日，该县卫生健康委员会行政执法人员现场对该摊主谢某及接受其拔罐治疗的谭某、陈某进行了调查询问，并进行现场取证拍照。综合现场检查情况，处罚机关初步判定被处罚人违反了《中华人民共和国医师法》第十三条第四款的规定，于3月17日正式立案。经调查，谢某未取得《医师资格证书》和《医师执业证书》于2023年3月16日擅自为患者谭某、杨某、陈某开展中医拔罐医疗活动的行为属实，于4月6日案件调查终结。4月17日提请案件合议，合议人员一致同意拟作出的行政处罚建议。5月5日向被处罚人依法送达了行政处罚事先告知书，拟作出“没收违法所得200元和证据先行登记保存处理决定书中所列的器械、罚款20000元”的行政处罚，同时书面告知当事人有权提出陈述和申辩及听证的权利。因当事人自愿放弃陈诉和申辩，在规定时间内也未申请听证，同年5月25日处罚机关向被处罚人依法送达了行政处罚决定书，被处罚人于当日自觉完全履行，本案予以结案。

【法律分析】

（一）关于违法行为的认定。

国家中医药管理局办公室、原国家卫生和计划生育委员会办公厅《关于打击非法行医专项行动中有关中医监督问题的批复》（国中医药办法监发〔2014〕9号）规定：一、中医诊疗活动是以疾病诊断和治疗为目的，在中医理论指导下通过各种检查，使用药物、技术、器械及手术等方法，对疾病作出判断和消除疾病、缓解病情、减轻痛苦、改善功能、延长生命、帮助患者恢复健康的活动。二、非医疗机构及其人员在经营活动中不得使用针刺、瘢痕灸、发泡灸、牵引、扳法、中医微创类技术、中药灌洗肠以及其他具有创伤性、侵入性或者高危险性的技术方法；不得开具药品处方；不得宣传治疗作用；不得给服务对象口服不符合《既是食品又是药品的物品名单》《可用于保健食品的物品名单》规定的中药饮片或者《保健食品禁用物品名单》规定禁用的中药饮片。对违反该规定的行为，应当按照《执业医师法》《医疗机构管理条例》等有关法律法规进行处理。涉嫌犯罪的，依法移送司法机关。

原卫生部、国家中医药管理局《关于中医推拿按摩等活动管理中有关问题的通知》（国中医药发〔2005〕45号）中规定：一、以治疗疾病为目的，在疾病诊断的基础上，按照中医理论和诊疗规范等实施中医推拿、按摩、刮痧、拔罐等方法，属于医疗活动，必须在医疗机构内进行，非医疗机构不得开展。

《中华人民共和国医师法》第十三条第四款规定，未注册取得医师执业证书，不得从事医师执业活动。

经查询国家卫生健康委员会医师注册系统，未查询到谢某的医师注册相关信息。谢某未取得《医师资格证书》和《医师执业证书》为患者谭某、杨某、陈某开展中医拔罐医疗活动的行为违反了《中华人民共和国医师法》第十三条第四款的规定，应当认定为非医师行医。

（二）关于违法所得的认定。《卫生部法监司关于对〈医疗机构管理条例〉中“非法所得”含义解释的答复》有规定：“非法所得”指未取得《医疗机构执业许可证》擅自执业的人员或机构在违法活动中获取的包括成本在内的全部收入。对于这种情形目前各地采用的是对违法活动中获取的包括成本在内的全部收入均予以没收的处罚方式。所以执法人员认为，应将当事人谢某某执业期间收取陈某80元、杨某20元、谭某100元的治疗费用共计200元认定为违法所得。

（三）关于处罚金额的裁量。《中华人民共和国医师法》第五十九条规定：非医师行医的，由县级以上人民政府卫生健康主管部门责令停止非法执业活动，没收违法所得和药品、医疗器械，并处违法所得二倍以上十倍以下的罚款，违法所得不足一万元的，按一万元计算。鉴于谢某某在开展中医拔罐医疗活动期间未造成严重后果，且立即停止了执业活动；在案件调查中，当事人也全程配合，如实提供与案件调查相关的证据资料，本着教育与处罚相结合的原则，给予其改过自新的机会，应当对其在法定范围内从轻处罚。

【典型意义】

非医师行医严重危害人民群众的生命健康安全，严重扰乱正常的医疗秩序，严重影响卫生健康事业的健康发展，是医疗卫生行业中极大的安全隐患。持续高压打击非医师行医，对于保障人民群众的身体健康和生命安全，促进卫生健康事业的发展，维护社会稳定都具有重大意义。

（一）非医师行医具有的特点。

1.流动性强。非医师行医者可以是行无定向、居无常处的“游医”，也可以是能迅速销声置迹的“坐医”，流动性极强。一些自称有祖传秘方，或是所谓的“老中医”走街串巷、摆摊设点、招揽患者，一旦遇到执法检查时，随即消逝，逃避法律制裁。

2.隐蔽性强。随着对非医师行医宣传力度和打击力度的不断加强，非医师行医的隐蔽性也变得越来越强。有些非医师行医者晚上和休息日营业，使执法人员屡次扑空；有些非医师行医者玩捉迷藏，检查时混迹人群里看热闹，离开后，他又继续营业；有些选址在小巷尾部，配有放哨人，甚至若无其事的装成过路人，和周围群众一起围观、打探消息。非医师行医者施展多种隐蔽手段，对于监督执法极为不利。

3.取证难、处罚难。非医师行医者基本不出具处方、不书写病历、收费不开具发票；有的经过多次查处具备了一定的对抗监督检查能力，在调查取证中常常拒绝签字、不提供身份证；有些患者是非医师行医者的老乡或朋友，不配合执法人员调查取证，导致取证困难，难以形成确实、充分的证据链条。除此之外，作出处罚决定后，大多数非医师行医者不会履行处罚决定。即使申请人民法院强制执行，也要等到自作出处罚决定之日起三个月后，此期间非医师行医者早已游走他地另起炉灶，继续“行医”，对维护行政处罚的制裁性和严肃性带来难度。

（二）非医师行医的危害性。

一是使用伪劣医疗器械和药品。采购、使用劣质廉价的医疗器械和卫生材料，甚至制作假药、劣药给患者使用；有的为了获利，滥用抗生素、乱用激素和大剂量用药，给患者造成精神和心理伤害。二是在不具备消毒条件的情况下，开展美容手术、人流手术，对患者造成极大的健康隐患。三是有些非医师行医者不懂装懂、错诊误诊导致患者病情加重甚至死亡。

（三）打击非医师行医的相关对策。

一是强化宣传引导，提高群众自我保护意识。充分利用报纸、抖音等主流媒体与线下普法相结合，大力宣传开展打击非医师行医的必要性和紧迫性，引导人民群众正确选择医疗服务，让非医师行医者失去生存的土壤，为进一步打击非医师行医，净化医疗市场秩序打下坚实的群众基础。二是加强协管监督，紧盯重点突破。非医师行医具有隐蔽性强、流动范围广的特点，应充分发挥协管“前哨”监督作用，对辖区进行认真的排查和摸底，掌握底册，整治区域以城中村、城乡接合部和乡镇及农村集贸市场等非医师行医高发区域为重点，从源头上防范、排查非医师行医活动。三是重拳出击，加强多部门联合执法。打击非医师行医是一个综合治理、长期监管的过程，加强职能部门之间的沟通与联动，建立起综合执法机制，有助于形成综合整治的高压态势和整治合力，提高非医师行医打击力度，净化辖区的医疗环境，使非医师行医无处遁形。