醫法新論

醫療刑事案件 法律適用之事實認定— 以「醫療行為的特性」 為中心(上)

The Factual Determination of the Application of the Law in Medical Criminal Cases:

Centered on the Characteristics of Medical Behavior

周賢章 Hsien-Jang Chou*



摘要

相對於非醫療行為的其他行為,因醫療行為具有諸多特性,致使在醫療刑事案件中要將醫療行為轉化為法律上的事實行為而進一步作法律適用時,必須作特殊的考量。醫療刑事案件中,法律是否能正確適用的關鍵乃在於對發生於醫療領域之具體事實特性能否有正確的認知。而對於醫療領域具體事實特性的認知,則是先要全面認識和了解醫療行為的概念、本質特性及其界定的標準,才有可能精確掌握之。

Compared with other behaviors of non-medical behaviors,

*臺北市醫師公會理事(Director, Taipei Medical Association);臺北市醫師公會醫政法制委員會召集委員(Chairperson, Medical Policy and Legal Committee of Taipei Medical Association);台灣耳鼻喉頭頸外科醫學會理事(Director, Taiwan Society of Otorhinolaryngology Head and Neck Surgery)

關鍵詞:不確定性(uncertainty)、風險性(risk)、裁量性(discretion)、 醫療行為(medical behavior)、攔截性(interception)

DOI: 10.3966/241553062019040030012

due to the many characteristics of medical behaviors, special considerations must be made when translating medical behaviors into legal facts in medical criminal cases and further applying the law. In medical criminal cases, the key to the correct application of the law is whether it can correctly understand the specific factual characteristics that occur in the medical field. The cognition of the specific factual characteristics of the medical field is to first fully understand the concept, essential characteristics and defined standards of medical behavior, so that it is possible to grasp it accurately.

壹、前言

刑法是一部抽象的普通法律規定,因為其抽象而具有「通性」,適用於每一個刑事案件,故醫療刑事案件和其他非醫療刑事案件一樣是適用同一部刑法。然而,一旦發生了具體的事實,由於它是具體的而具有其特性,因此在將抽象的普通法律規定適用到具體的事實時,應採取個別不同的刑法適用流程方為妥適。若法律適用者卻為一體的適用,而未針對特殊狀況予以額外考量,此即應為差別處理而竟為平等對待,實屬違反平等權內涵之作為。

法律適用通常被認為是邏輯三段論法的應用,即所謂的 法學三段論法,係指在將抽象的法律規定適用到具體的個案 時,在論述過程必須經過大前提、小前提及結論三個步驟來進 行。大前提就是法律一般規定的詮釋,而將具體的案例事實經 過涵攝過程,歸屬於法律構成要件底下,形成小前提,然後透 過三段論法的推論,導出規範該法律事實的法律效力。一般而 言,經過嚴格國家考試篩選過的司法人員,包括檢察官及法 官,在前述法律適用的步驟中,對於法規的抽象詮釋及構成要件該當時得出特定法律效果的結論,基本上較無問題;易受質疑而較有爭議者,多在具體事實的認定及涵攝的過程。

本文以學說及實務之見解著手,蒐集與主題相關的臺灣書籍、期刊論文、法院判決和醫法研討會及學位論文,採取文獻分析法加以研究,整理出以「治療目的」之醫療行為的特性,以供法律適用者於醫療刑事案件認定具體事實時的參考。

貳、醫療行為的意義

一、中央衛生主管機關對醫療行為的定義

關於醫療行為,臺灣未在醫師法、醫療法或其他醫事相關 法律條文中加以明確定義,僅由中央衛生主管機關為醫療行 政管理的考量,長期以來均以藉由行政函釋,對於醫療行為 給予定義。行政院衛生署(現改制為行政院衛生福利部)最 早於1976年4月6日以衛署醫字第107880號函:「凡以治療、 矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健為直接目的,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,所為的處方或用藥等行為的全部或一部的總稱。」來定義 醫療行為。該署其後於1992年8月11日以衛署醫字第8156514號 函,對醫療行為作了微幅修正變更內容,將「保健」與「直 接」二詞刪除,並增加「施術」、「處置」等兩種醫療行為 方式,此即目前所謂醫療行為的行政解釋:「按醫療行為係 為指凡以治療、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。」衛生署後續函釋如1994年10月27日衛署醫字第 83062227號函釋、2002年衛署食字第091002479號函釋及衛署 醫字第0190047110號函釋等皆重申此行政解釋作為相關醫療行為的定義¹。故依衛生主管機關歷年來的見解,所謂醫療行為乃指主觀上必須具有「醫療目的」之意圖(以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的),以及客觀上的行為包括「診察、診斷、治療」(診察、診斷、處方、用藥、施行手術),凡外觀上符合上開兩要件者,即認屬於醫療行為²。臺灣司法實務上,對於若干行為究竟是否屬醫療行為,中央衛生主管機關所公告的函釋雖有前後不一的情況,但司法機關大多尊重其函釋的解釋。

二、學界意見

臺灣學者對於醫療行為所下的定義並不一致,有從醫療活動實施之階段將之定義為:「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的行為內涵之法律事實³。」其過程包括診斷、治療及癒後療養三階段接續所組成的綜合行為;有將醫療行為從廣義解釋為:「有關疾病之診斷治療、預防、畸形之矯正、助產、墮胎及各種基於治療目的及增進醫學技術之實驗行為⁴。」另有學者認為醫療行為除治療疾病之行為外,尚包含預防疾病之行為,而除包含「為發現疾病或預防疾病所實施之診察、診斷或處方、用藥、施術或處置」等行為外,現代醫學無法治癒,為緩和病患痛苦之醫療處置,亦包含在內⁵;亦有學者指出:「只要該行為涉及醫療目的(以治療、矯正或預防為目的)、醫治行為

¹ 施孟甫,論醫療行為與強制罪,東吳大學法律學系碩士在職專班專業 法律組碩士論文,2011年,5-6頁。

² 郭吉助,論醫事法律上之醫療行為(一)——由法制面談起,法務通訊,2379期,2008年2月,3頁。

³ 朱柏松,消費者保護法論,翰蘆,1999年8月,240頁。

⁴ 黄丁全,醫事法,元照,2000年7月,119頁。

⁵ 甘添貴,治療行為與傷害,月旦法學教室,15期,2004年1月,18 頁。

(即有診察、診斷及治療行為)及用藥行為(即有處方或用藥行為)三項因素者,即屬現行醫政實務上所謂的醫療行為,而未具前開三要素者即非醫療行為。」本文認為第三要素的用藥行為(即有處方或用藥行為)用詞並不適當,因為醫師看診後的處置不見得必然有處方或用藥,如單純移除喉頭魚刺或包紮傷口,也有可能於診察後僅給予衛教囑咐多喝水或多休息甚至是轉診他院,並不見得都有用藥行為,應改為「處置行為」較符合實際醫療狀況。

參、醫療行為的界定

一、廣義的醫療行為

醫學為發展中的科學,醫療行為之範圍,原本僅以「治療目的」的醫療行為為限。惟隨著時空演進,醫療技術不時推陳出新而有長足之進步,另一方面,伴隨當代世界主要潮流,為維護個人人性尊嚴,保障個人追求幸福之權利,加上因社會多元化所伴隨而生之醫療需求,諸如美容醫學、人工生殖、醫學實驗行為、結紮、人工流產及臨終照護等非屬於傳統診斷治療之醫療行為應運而生,即有關醫療行為之「醫學適應性」,亦應不斷調整,因此,非基於治療目的的醫療行為亦隨之成長⁷,此等均應納入廣義醫療行為的範圍內,以符合社會現實之狀況。易言之,除傳統上基於病痛、傷害之診療為目的之醫療行為外,凡是該行為對於身體法益或生命法益存在於侵害的潛在可能性,需醫學專業技能且不違反相關醫事法律規範及公序良俗之一切醫學行為均應屬之⁸。

⁶ 蔡墩銘,醫事刑法要論,翰蘆,再版,2005年9月,113-114頁。

⁷ 靳宗立,醫療行為與犯罪評價之探討——以醫療法規與刑法「法令行為」為中心,軍法專刊,53卷3期,2007年6月,53-54頁。

⁸ 林聿騰,從具體醫療行為出發確定醫療義務範圍——臺灣臺北地方法院101年度醫易字第5號刑事判決評析,臺北榮民總醫院醫療糾紛案例

二、狹義的醫療行為

「醫療法」上指的「醫療」或「醫療行為」,其意義是非 常「傳統的」,大致就僅指以「治療目的」的醫療行為,也就 是一般所謂的「有效醫療」。易言之,「醫療法」立法所欲規 節的對象限於醫事人員的「有效醫療(行為)」,亦即僅以 「見效」為目的之「醫療行為」作為規範對象。如以行為的 動機(或目的)可將廣義的醫療行為區分為:基於「醫療動 機」所為的「有效醫療」之行為是為「狹義的醫療行為」; 基於「維生動機」所為的「無效醫療」之行為是為「維生介 入」;基於「美容動機」的所為「醫技美容」之行為是為 「醫美行為」**9**。狹義的醫療行為係基於「醫療動機」所為的 「有效醫療」之行為,又稱為「臨床醫療行為」或「治療目 的性的醫療行為」,是指醫療方法或醫療技術經動物或人體 實驗,證實其療效,而為醫界所公認採行的醫療行為10。即由 廣義的醫療行為當中排除美容醫學、人工生殖、醫學實驗行 為、結紮、人工流產及臨終照護等非屬於傳統基於診斷治療為 目的之醫療行為,本文所欲討論的「醫療行為」即指「狹義的 醫療行為」。

肆、醫療行為具攔截性

一、因果進程

法治國刑法的內容必須同時涵蓋「行為刑法」、「法益

學術研討會系列臺北醫法論壇(XIII),臺北榮民總醫院,2015年5月。

⁹ 鄭逸哲,醫療刑法是刑法適用的概念,不是刑法的概念——醫療案件刑法適用初探,台灣醫事法律學會三十週年國際學術研討會,台灣醫事法律學會,2017年11月。

¹⁰ 劉秉鈞,過失醫療行為與刑事責任關係之實務回顧,銘傳大學法學論叢,10期,2008年12月,88頁。