

互聯網醫藥犯罪 之分析

Analysis of Internet Medical
Negligence Crime and Drug Crime

張愛艷 Ai-Yan Zhang *



摘 要

醫療資訊化與網路化為醫療過失犯罪的認定和處理帶來新的挑戰，有鑑於互聯網醫療行為的模式特性及更高的風險性，醫療過失的認定標準應更加嚴格。相較於傳統的藥品違法犯罪，互聯網藥品違法犯罪行為呈現許多新的特點。中國現行刑法直接採用藥品管理法中的假藥概念，似有進一步修改的餘地。互聯網醫藥犯罪的法律規制宜堅持刑法的謙抑性與寬嚴相濟的刑事政策，並進一步加強互聯網醫療行政執法與刑事司法的有效銜接。

Medical informatization and network bring new challenges to the judgment and punishment of medical malpractice crime. In view of the characteristics of Internet medical treatment and higher risk, the identification standard of medical malpractice crime should be more strict. Compared with traditional drug crime, Internet drug crime show many

*山東政法學院教授 (Professor, Shandong University of Political Science and Law)

關鍵詞：互聯網醫療 (Internet medical treatment)、醫療過失犯罪 (medical malpractice crime)、藥品犯罪 (drug crime)

DOI : 10.3966/241553062019100036011



new characteristics. China's current criminal law directly adopts the concept of fake drugs in the drug administration law and there is room for further modification. The legal regulation of Internet medical malpractice crime should adhere to the criminal policy of restraining and combining punishment with leniency, and further strengthen the effective connection between Internet medical administrative law enforcement and criminal justice.

壹、引言

隨著互聯網的迅速發展和4G網絡的普及，資訊技術已逐漸滲透至醫藥服務行業，互聯網醫藥的發展已成為不可逆轉的趨勢。「中國互聯網醫療發展報告」作為中國首部互聯網醫療藍皮書於2016年11月1日在北京發布。依據此書，2014年中國互聯網醫療市場規模達114億元人民幣（下同），2015年市場規模已達157.3億元，增長率為37.98%，移動醫療市場規模已達42.7億元，增長率為44.7%¹。可見，中國的互聯網醫藥市場已進入高速發展期，但是目前關於互聯網醫藥的法律規範尚未完善，在此一新興產業的用戶越來越龐大的前景下，由此產生的違法犯罪行為也逐漸凸顯出來。如何正確認定與處理不斷增長的互聯網醫藥犯罪問題，對於全力推進依法治國、建設法治中國、網絡強國與健康中國²具有十分重要的意義，以下將針

1 截至2015年12月，中國互聯網醫療用戶規模為1.52億人，占網民的22.1%，其中，診前環節的互聯網醫療服務使用率最高——在線醫療保健訊息查詢、在線預約掛號和在線諮詢問診應用總使用率為25.3%；醫藥電商使用率占網民的4.6%。鄭涓心，移動醫療市場增長率達44.7%八成手機網民為覆蓋，sina醫藥新聞，2016年11月4日報導，https://med.sina.com/article_detail_103_1_13958.html（瀏覽日期：2019年9月22日）。

2 2016年8月19～20日中國全國衛生與健康大會提出「健康中國」，隨

對互聯網醫藥中主要涉及的醫療過失犯罪與藥品犯罪進行分析。

貳、互聯網與醫療過失犯罪

醫療過失犯罪是指從事醫療業務的人員在具備注意能力的前提下，因違反醫療注意義務而導致構成要件結果發生的行為。在互聯網時代，遠程會診、遠程治療、遠程護理等新型醫療行為模式應運而生，醫療發展為人類帶來許多益處，但伴隨而來的是醫院和醫師將承擔更大的風險，若處理不當將會導致醫師以維護自身安全為主要考量，而不是以病人利益為優先。可見醫療資訊化與網路化為醫療過失犯罪的認定和處理帶來了新的挑戰。

一、醫療過失的判斷

醫療過失的判斷，實際上就是對醫方是否違背醫療注意義務的認定³。當前，隨著網路技術的突飛猛進，高風險的互聯網醫療行為日益增多，上述普通醫療行為的注意義務理應作為過失認定的基本內容，但考慮到互聯網醫療行為的模式特性及更高的風險性，醫療過失的認定標準應更加嚴格。一是互聯網醫療的技術標準及基本規則尚未形成共識，缺乏可以借鑑的標準；二是互聯網醫療擴大了部分醫師的診療範圍，病人因而受

後最高人民檢察院強調要以醫療、醫保、醫藥等為重點領域，依法保障和促進全面深化醫藥衛生體制改革；積極參與整頓醫藥市場流通秩序，嚴厲打擊制售假藥劣藥的違法犯罪行為，推動徹底解決醫藥領域亂象。

- 3 司法實踐中主要依據醫務人員遵守的相關法律、法規、規章制度的具體規定進行綜合判斷：一、依醫療衛生管理領域的法律、行政法規、部門規章和規章制度所產生的注意義務；二、依習慣及常規所產生的注意義務；三、依據醫學文獻產生的注意義務。臨床上的醫療水準具有動態性。參見張愛艷，醫療過失犯的限縮——以注意義務阻卻事由為視角，中國刑事法雜誌，11期，2008年11月，55頁。

益；三是互聯網醫療中參與的醫務人員一般較多，其地位與分工不同，醫療過失的評價應充分考量醫務人員的「可預見性」與「迴避可能性」，若過於苛刻，可能造成醫務人員不願意加入互聯網醫療的行列⁴。因此，在考察行為人是否違反注意義務之前，須先考慮以下幾個問題：（一）風險的可預見性、可能性和嚴重性；（二）採取預防措施避免發生風險所需要的成本和代價；（三）醫療行為的目的或社會價值⁵。

二、醫療過失中容許風險之適用

容許風險是指為達成某種有益於社會的行為，在其性質上常含有一定的侵害法益的風險，此種風險如在社會一般生活中被認為相當時，即應認為是可被容許的合法行為⁶。例如，醫師為了挽救病人的生命或健康而實施之治療行為，或是為了促進科學進步而實施具危險性的實驗行為等。

互聯網醫療行為無疑是一種高風險的活動，如遠程治療可能會危害人體的健康或生命。但不可否認的是，互聯網醫療行為不僅有其存在的必要性，且逐漸為越來越多人所接受。因此，互聯網醫療行為一般來說均符合前述容許風險的第一個和第二個要件，只要該風險在社會一般生活中被認為是相當的，即屬容許風險而醫務人員得免負醫療過失責任。具體而言，互聯網醫療行為必須滿足下列四個條件才能認為是容許風險：（一）互聯網醫療行為必須由醫師、護士或者其他醫務人員實施，此即主體條件；（二）實施互聯網醫療行為須遵守當時醫學所承認的學理及技術，此謂客觀條件；（三）互聯網醫療行為的實施者必須盡到醫學上必要的注意義務，此為主觀條

4 談在祥，醫療過失行為的刑法規制研究，華東政法大學博士論文，2014年，38頁。

5 趙西巨，醫療訴訟中的醫療專家意見和法官自由裁量：誰主沈浮？，法律與醫學雜誌，3期，2007年2月，179-180頁。

6 洪福增，刑事責任之理論，刑事法，1988年12月，315頁。



件；（四）互聯網醫療行為的實施必須要以治療或預防人的傷病為目的，此為目的條件。概括來講，互聯網醫療行為對病人帶來的益處越大，法律越容易將其認定為容許風險。

如果互聯網醫療行為超出了上述範圍，則很可能受到刑法的否定評價，但並不意味著只要發生醫療事故，就一定追究醫務人員的刑事責任。刑法的干預不是為了鼓勵防禦性醫療行為，而是鼓勵醫務人員在自身業務活動中正確地履行自己的注意義務，謹慎地從事醫療工作。對於互聯網醫療行為，一方面需要加強制度建設來鼓勵醫療創新，另一方面透過提高醫療水平等方式減少或避免醫療事故的發生。

互聯網醫療行為較之普通醫療行為具有更高的風險性，因而容許風險理論在互聯網醫療過失的認定中顯得更為重要。另外，互聯網醫療工作的分工日趨精細和專業化，致使醫療行為人間的相互信任成為順利完成組織性醫療行為的重要前提與保障，此即信賴原則在醫療過失中的適用問題。值得注意的是，互聯網醫療行為中若具有下列情形，即不能適用信賴原則：（一）容易預見參與互聯網醫療行為的人員採取不適當行動；（二）其他參與互聯網醫療行為的人員不具備合法資格；（三）系爭醫療行為較易產生醫療過失；（四）互聯網醫療行為人本身違反醫學規則或違反診療當時的醫療水準⁷。

參、互聯網與藥品犯罪

隨著互聯網技術與電子商務的快速發展，網路藥品交易也快速增長⁸，涉嫌藥品違法犯罪之行為亦隨之增加，目前互聯

7 曾淑瑜，醫療過失與因果關係（下冊），翰蘆圖書，1998年7月，569頁。

8 我國醫藥電子商務規模正以每年2~3倍的速度增長，參見黃曉戰、王向東、趙剛毅、李青峰、車皓，打擊網絡涉藥違法犯罪案件的實踐與探索，中國食品藥品監管，2期，2014年2月，56頁。