

# 解開醫療糾紛之一法

· 莊茂 ·

## 一、小 引

每當醫療業務發生糾紛時，醫師與患病者或其家屬，多以息事寧人的原則，彼此讓步、終止爭執，成立和解；要不然，就訴請法院解決。法院受理此類案件後，依其情形可能為下列數種不同的裁判：(1)判定醫生所作所為係業務上之正當行為，不予處罰；因而駁回原告之訴，還醫生之清白。(2)認為被告未盡注意之責任，應負業務過失之罪責。(3)科處被告以故意犯之刑罰，蓋被告假藉業務行為之機會、方法，實現其犯罪之目的。

茲為節省篇幅，僅就業務上之正當行為不罰，予以詮釋，並以醫療行為 (Heilbehandlung) 為例說。其餘如有機會，則留待他文另予介紹。

## 二、不罰之要件

某種行為在外表上，雖與犯罪行為為一樣；但該行為如係業務上之正當要求，也就是說如該行為沒有超過其業務之性質、目的或方法之適當範圍，就不受法律的制裁。例如，醫生為受傷者動用手術，既綁其身體，又抽其血或割其皮，如為業務上之正當行為，則非犯法罪行。因此，我國刑法第22條規定：「業務上之正當行為，不罰。」業務上之行為，必須具備下列要件，方為阻却違法之事由——不受法律之處罰。

(1) 須為一定之業務：何謂業務？大略可為狹義與廣義，狹義指職業上、職務上或營業上之事務行為而言。廣義依最高法院之見解：「刑法所謂業務，係指反覆用同種類之行為為目的之社會活動而言。」(註1)

要進一步瞭解業務之意義，尚須觀察其特性。業務具有社會性與繼續性或固定性。先就其社會性來說：業務是個人維持其生活的手段，也是其社會地位之象徵。例如行醫既是醫師維持其生活的方法，也是其社會地位之符號。至於業務的繼續性或固定性，指該業務係基於繼續之意思而為反覆之活動，如偶而為之的客串表演，

則非刑法上之業務。業務的繼續性以反覆或繼續之意思為己足，不以反覆或繼續之事實為必要。例如剛剛掛牌的大夫，初次行醫，就誤投藥石致病人於死亡者，仍應依業務上之行為處斷；不得以尚無反覆或繼續之事實，即非業務之行為。

業務必須同時具備這兩種特性，如有缺少其一，則與此意義之要件不合。因此，所從事的活動，係一般人自然的或共同的生活現象者，例如，日常生活之起居飲食，父母對子女之管教，主婦之管理家務，雖係反覆、繼續為一定的事務，因不含社會性，故非此意義之業務。

(2) 須為合法之業務：法律條文僅規定：業務上之正當行為不罰。所以，有些學者主張，只要是業務上之正當行為即足以排除其違法性；至於業務本身正當合法與否，則非所問。但這種說法顯然有問題，不無研究之餘地。倘謂業務本身合法與否，可以不論，則職業兇手，當可永久逍遙法外了，蓋殺人乃其業務上之正當行為。真是豈有此理？三歲孩童，亦知此為不通。因此，吾人認為業務必須是合法的，方為妥當。所謂合法的業務，其種類如何？並不限制，只要是法律所允許的或不禁止的，均可包括在內。但「業務兩字採事實業務說，以事實上執行業務為標準，不以曾經官廳許可之業務為限。」(註2)

由上可知，「上訴人行醫多年，雖無醫師資格，亦未領有行醫執照，欠缺醫師的形式條件，然其既以此為業，仍不得謂其替人治病非其業務。」(註3)因此，為社會所注目的密醫或地下醫生，苟以替人治病為生，仍不失為從事業務之人。

(3) 須為業務範圍內：凡是一定業務，依其經驗法則，都有一定之範圍。唯有在其範圍內之行為，始有正當可言；如超過其範圍之行為，縱使是正當，亦不得以業務上之正當行為而主張阻却違法。例如病者已經昏迷不醒，為保全其生命，割去其腐敗不堪之手腳，不得謂

# 刑法第22條：「業務上之正當行，不罰」 之淺解

為業務上之正當行為；但得以推定承諾之行為或緊急避難之行為為免責的理由。

(4) 須為正當行為：業務上之行為是否正當，須依該業務之性質暨所用之方法是否合於一般習慣，或以有無超過其業務之範圍，而為決定。若不合業務上之條件，即為不正當，不得阻却違法。例如，病人只有一個手指頭受傷，醫生竟將其手臂切斷，仍應論以重傷罪。

## 三、不罰之理由

業務上之正當行為，如符合上述條件，即可阻却違法。為何這種行為可以排除其違法性，不受處罰呢？試就醫療行為來探討。醫療行為得為阻却違法，其根據何在？學者意見多有不同：或以醫療行為目的為主張者，或以業務權 (Berufsrecht) 為說明者，或以無犯罪意思為理由者，或以緊急避難為依據者，或以得被害人之承諾為張本者，或以習慣為根據者，等多種說法，雖各言之成理，持之有故，但以醫療行為目的說、業務權說、無犯罪意思說較為合理。茲依次略為說明如下。

(1) 醫療行為目的說：醫療行為的目的，在減少人類之病痛、防止病勢之惡化或傳染、恢復個人之健康，使人類可以經營共同的社會生活。在此範圍內的行為，當然阻却違法；蓋非如此，則不能達到醫療目的，人類的社會生活亦無法維護。醫療行為既以治病為目的，苟未具此目的，或超逾此目的範圍之行為，例如以實驗為目的之醫療，即使碰巧地收到治療效果，亦不得主張阻却違法。但為促進醫學發展，實施確信有效的新治療法時，在嚴格條件，自然不在此限。

(2) 業務權說：國家法令所許可的業務，都負有社會使命，易言之，都有正當目的存於其間，法律必須賦與業務之行為者享有「為所欲為」之權利，以便完成業務之使命，或其存在目的。因此，業務上之正當行為，猶如權利行為一般，若因而致他人受損害，乃係勢所必至，不能謂為違反法律，固為理所當然。

(3) 無犯罪意思說：犯罪的成立要件有二：主觀上的意思與客觀上的行為；只有客觀上的行為，而無主觀上的意思，仍不能成立犯罪，當然不受處罰，故謂：「無犯意即無刑罰。」醫療行為之目的，在解除病人之痛苦，恢復病人之健康。其使病人皮破血流，甚至去手斬腳，在正常情形下，都是本着救苦救難之心腸為之；若謂存心不良，故意陷害，則絕無這回事。換句話說，醫療業務上之正當行為，沒有犯罪意思，與犯罪之成立要件不合，故不受處罰。

## 四、附言

法律是社會生活的重要規範，大家奉行無誤，社會方能發展不已。國父說：「能知必能行。」可見，吾人如能「知法」，則必能「行法」。但我國法學教育不甚發達，人民的法律知識不甚豐富。因此，國人常把法律看做白紙黑字的死條文，不能使法律打入其生「活」中，而變成活生生的法律 (Living Law)。這是法律與生活脫節的現象。法律與生活脫節的影響如何呢？狡猾之徒，常利用法律漏洞，以為作姦犯科的護身符；愚昧之輩，往往誤犯法網，而抱恨千古；保守之士，則認為與其動輒得咎，倒不如裹足不前，免遭意外之災；...凡有上述弊病之一者，均為法律的致命傷；若是諸症併發，則其後果更是不堪設想。肩任國家盛衰之知識份子，豈可莫視不救？爰此，拉雜地寫此拙文，旨在喚醒讀者注意，藉以法律知識之推廣，聊盡匹夫之責於萬一。

註 1：請參閱最高法院 29 上字第 3364 號、55 台上字第 1805 號判例。

註 2：請參閱最高法院民刑庭總會決議，24,7。

註 3：請參閱最高法院 43 台上字第 826 號判例。