

中醫艾灸治療受憲法法律保障

王國成^{1,2}、周彥琮²、黃澤宏²、張晉賢^{2,3}

¹ 政治大學法學院碩士專班

¹ 輔仁大學法律學院學士後法律系

² 基隆長庚醫院中醫針傷科

³ 長庚大學中醫系

(97 年 08 月 18 日受理，97 年 10 月 30 日接受刊載)

艾灸療法為傳統中醫療法重要之一環，以其能回垂絕之元陽、透諸經而除百病而為數千年來歷代醫家用以作為民族保健之良方。然而近來少數醫者卻以其煙燻味會造成患者不適並且違反勞工安全衛生法規定為由，於媒體上大加撻伐，視艾灸如草芥、棄艾灸之療效如敝屣。

本文從艾灸傳統療效、我國憲法、大法官會議解釋以及相關法律論點為基準，加以探討評析少數醫者所持法律觀點之謬誤，並彰顯艾灸治療完全受我國憲法法律保障之原由。(註1)

關鍵詞：艾灸、勞工安全衛生法、憲法、大法官會議解釋

前 言

艾灸是傳統中醫治療的一個重要的組成部分，已有數千年歷史。從石器時代起，中國人民已開始懂得應用簡單的工具及熱源以激發身體的抗病能力，以恢復健康。

根據黃維三教授所著《針灸科學》論述：「灸法是以特製之艾絨，在人體之腧穴部位上，點火燃燒，發生艾的特有氣味，與溫熱之刺激，以調整各部生理機能，增進身體健康，而達治療疾病與預防疾病之目的」。¹可見，艾必須在燃燒後藉由其所散發之特有氣味及溫熱刺激方能達到其治療目的。雖然在環保意識抬頭的今日，艾灸煙燻味造成少數患者的不適，的確為人所詬病，於端午節期間（97.6.9）聯合報第E23版亦刊載：

「中醫艾灸治療別在密閉空間」有關患者誘發咳嗽胸悶等相關之報導。然而如同百年老藥Aspirin不能因其有腸胃損傷之虞，便抹煞其解熱鎮痛及預防血栓之療效般，千年良方艾灸亦不能因其有少許煙燻味，便否定其溫陽補氣、溫經通絡、消瘀散結、補中益氣之臨床價值。(註2)

艾灸傳統療效

艾灸的起源很早，在內經之前，已有灸的存在，如《孟子離婁篇》：「七年之疾求三年之艾。」²。而《靈樞官針篇》記載：「針所不為，灸之所宜。」²。唐孫思邈《備急千金要方》提到：「湯藥攻其內，針灸攻其外，則病無所逃矣。方知針灸之功，過半於湯藥矣。」⁵。而《針

灸大成》引先哲之言：「氣盛則瀉之，虛則補之，陰陽俱虛，火自當之。」²。此言灸法同於針法，作用亦分補瀉，惟偏重於補虛，可補針法之不逮，故凡氣虛陷下、經絡痠痺者，均宜灸之。

梁陶弘景《明醫別錄》記載：「艾葉，味苦微溫無毒，主治百病。」²。明李時珍《本草綱目》云：「艾，灸百病，利陰氣，生肌肉，辟風寒。主衄血下血，止崩血腸痔，止腹痛安胎。治帶脈為病，腰溶溶如坐水中，溫中逐冷除濕。」⁴。清吳儀洛《本草從新》有言：「艾葉苦辛，生溫熟熱，純陽之性，能回垂絕之元陽，通十二經，內服走三陰，理氣血，逐寒濕，暖子宮，止諸血，溫中開鬱，調經安胎，以之灸之，能透諸經而除百病。」³。

《千金要方·針灸上》載有：「凡入吳蜀地游宦，體上常須三兩處灸之，勿令瘡暫瘳，則瘴癘溫瘧毒氣不能著人也。」⁵。《扁鵲心書·須識扶陽》云：「人於無病時，常灸關元、氣海、命門、中脘，雖未得長生，亦可保百餘年壽矣。」²。

由以上歷代醫家之記載^{2,3,4,5}，可見艾灸之用於防病治療保健及其療效之顯著，自古受到重視與推崇。現代臨床發現，常灸足三里等穴，能激發人體正氣，增強抗病能力。人體實驗證明以艾灸來治療橋本甲狀腺炎（Hashimoto's thyroiditis），與艾灸降低抗體依賴性細胞媒介的細胞毒性（antibody-dependent cell-mediated cytotoxicity）（ADCC）之活性及降低抗甲狀腺抗體（anti-thyroid antibodies）之效價相關¹⁵；動物實驗證明針灸的治療對陽虛大鼠免疫功能調節優於單純針治療¹⁶；直接艾灸可降低NK cell 百分比及增加CD4/CD8比率以調節免疫系統¹⁷；艾灸可藉由促進Concanavalin A（Con A）刺激淋巴球增生、誘導interleukin-2（IL-2）產生、抑制interleukin-1（IL-1）生成來調節免疫系統¹⁸。足以應證古聖先賢的臨床經驗，至今仍獲得現代科

學有力證明。

憲法與法律對於中醫艾灸之相關論點

依據我國現今憲法法律層面而言，艾灸受到憲法、大法官會議解釋、醫療法、醫師法、民法、刑法、行政法之完整保障，相關論點如以下之論述，其合法性不容存疑。

1. 憲法及司法院大法官會議釋字第404號解釋：

中華民國憲法第15條¹⁰規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障」。中華民國憲法增修條文第10條第5項¹⁰規定：「國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展」。而接受中醫師施行艾灸治療目的乃在增進人民健康，符合憲法保障人民生存權之意旨。中醫師施行艾灸是依中國傳統醫術為病人診治，並符合全民健康保險規定（全民健康保險醫療辦法第25條）（註3）以及憲法保障人民生存權之意旨，自然受到憲法之保障。

司法院大法官會議釋字第404號解釋¹⁰：「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41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。」解釋理由書：「中醫師執行業務，自應依中國傳統醫術，為病人診治，以符病人信賴。」

而所謂中國傳統之醫術，乃指一針（砭針）、二灸（艾灸）、三用藥（傳統中藥）。灸是中國傳統醫術之一，依司法院大法官會議解釋之精神，自然受到法律合法保障。

憲法第170條：「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律」。

憲法第171條：「法律與憲法牴觸者無效」。憲法第172條：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」司法院大法官會議解釋位階等同憲法，任何法律命令與大法官會議解釋牴觸者無效，自不待言。¹²而針對少數醫者引用「勞工安全衛生法」第2、4條14(註4)說明中醫師使用艾灸違法，基本上是適用法條錯誤；中醫師屬專門職業技術人員之醫事人員，非屬一般勞工階級，其執業內容自有醫師法、醫療法及大法官會議釋字第404號解釋等特別法加以規範，依「特別法優於普通法，後法優於前法」之法律原則，以及任何法律與憲法及大法官會議解釋相牴觸者無效之規定，少數醫者所引用「勞工安全衛生法」類推適用於中醫師之法律見解明顯錯誤，實不足取。

2. 醫療法解釋：

醫療法第57條¹¹：「醫療機構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。」。醫療法第81條¹¹：「醫療機構診治病人時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」

中醫師執行艾灸治療業務是依醫事專門職業法規規定執行，符合醫療法之規定；艾灸執行本身有燒燙傷之虞及少許煙燻異味，是屬於上述應告知病人之不良反應範圍內，為醫療法第81條所許可之醫療風險範圍，自有其阻卻違法之事由，當然受到醫療法保障。

3. 醫師法解釋：

醫師法第28條之4¹¹：「醫師有下列情事之一者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，得併處限制執業範圍、停業處分一個月以上一年以下或廢止其執業執照；情節重大者，並得廢止其

醫師證書：

一、執行中央主管機關規定不得執行之醫療行為。

二、使用中央主管機關規定禁止使用之藥物。

三、聘僱或容留違反第二十八條規定之人員執行醫療業務。

四、將醫師證書、專科醫師證書租借他人使用。

五、出具與事實不符之診斷書、出生證明書、死亡證明書或死產證明書。」

艾灸是屬於憲法及大法官會議解釋保障之醫療行為，亦是中央主管機關規定許可執行之醫療行為，且艾草本身是傳統保健中藥，非中央主管機關規定禁止使用之藥物，故不符合醫師法第28條之4要旨，依反面解釋當然受到醫師法保障。

4. 民法解釋：

醫事人員業務過失之民事責任，主要為債務不履行責任與侵權行為責任。

A. 債務不履行責任

病人掛號尋求醫師診療，病人與醫師間成立準委任契約，債務本旨在於醫師應在醫療技術可能之範圍內，將病患症狀緩解或解除。若醫師雖做檢查或其他治療（履行債務），但因過失而未依當時一般醫療水準施行治療，導致患者法益受損（不符合債務本旨），則是債務不履行不完全給付，應負損害賠償責任⁷。如民法第227條規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。」

B. 侵權行為責任

民法第184條：「因故意或過失，不法侵害

他人之權利者，負損害賠償責任。故意以違背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」¹⁰

病患之生命與身體健康，屬病患個人之人身權，乃私權之一種，為法律上所保障之權利。故必須病患死亡或傷害之結果發生，才屬侵害他人權利。醫事人員執行業務時，須非故意，且有過失行為。過失行為與死亡或傷害之結果間，須有相當因果關係。醫事人員執行業務，須負善良管理人之注意義務，若違反，則有過失。⁹

中醫師執行艾灸業務，既符合病人信賴以及病人與醫師間成立準委任契約之債務本旨（患者症狀緩解或解除），其目的在於治療疾病與預防疾病，並非故意或過失導致病患死亡或傷害之結果及侵害他人權利，故受到民法保障。

5. 刑法解釋：

A. 醫療糾紛之刑事責任，包括普通過失與業務過失致傷害重傷罪，以及普通過失與業務過失致死罪：

普通過失與業務過失致傷害重傷罪（刑法第284條）¹⁰；「因過失傷害人者，處六月以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金，致重傷者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。從事業務之人，因業務上之過失傷害人者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金，致重傷者，處三年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。」

普通過失與業務過失致死罪（刑法第276條）¹⁰；「因過失致人於死者，處二年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。從事業務之人，因業務上之過失犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金。」

B. 過失依刑法第14條規定；「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意

者，為過失。行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。」前者可稱為「無認識之過失」，後者可稱為「有認識之過失」。

是以所謂過失即違反客觀必要注意義務。對於普通事務或業務有結果預見可能時，則違反結果預見義務為過失。對於普通事務或業務有結果迴避可能時，則違反結果迴避義務為過失。⁸

而醫師是否已盡結果預見義務與結果迴避義務，則是以「一般醫師」之標準判斷之；亦即以一般醫師之平均水準判斷，又稱「醫療專業水準」。一般醫師之醫療水準能預見結果之發生，而行為醫師竟因疏忽而無預見，或雖有預見，但一般醫師之醫療水準能迴避該結果之發生，而行為醫師因疏忽而無法阻止結果之發生，此乃醫療過失。反過來說，一般醫師無法預見或無法迴避結果之發生，行為醫師亦未預見或未能迴避結果發生，則無過失。

中醫師執行艾灸業務時，使用硬紙板隔墊以及注意艾灸間距減少局部燒燙傷風險；加強診療空間空氣調節以減輕煙燻異味造成患者不適，中醫師若已盡結果預見義務與結果迴避義務，並且未造成業務過失致患者傷害或致死之情形，依刑法「罪刑法定主義」¹³(註5)之精神，自然受到刑法之保障。

6. 行政法解釋：

包括誠信原則與比例原則

a. 誠信原則：

行政程序法第8條¹⁰規定：「行政行為，應以誠實信用之方法為之，並應保護人民正當合理之信賴。」是為誠信原則，原為民法中行使債權及履行債務之重要原則，進而為一切私法上法律行為均具有規範作用之法則，亦屬學者最早主張援用於公法領域(如行政程序法)之一項原則⁶。

司法院大法官會議釋字第404號解釋理由書：「中醫師執行業務，自應依中國傳統醫術，為病人診治，以符病人信賴。」中醫師依中國傳統醫術執行艾灸業務治療疾病與預防疾病，既符合病人信賴，亦符合誠信原則。自然受到行政法之保障。

b. 比例原則：

行政程序法第7條¹⁰規定：行政行為，應依下列原則為之：

- 一、採取之方法應有助於目的之達成。
- 二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。
- 三、採取之方法所造成之損害，不得與欲達成目的之利益顯失均衡。

中醫師依中國傳統醫術執行艾灸業務治療疾病與預防疾病，有助於患者達成緩解與解除痛苦之目的。其使用之方式當選擇減少局部燒燙傷風險，加強診療空間空氣調節，對患者權益損害最少之方法。且其採取之治療方法所造成患者權益之損害（如局部可能燒燙傷或煙燻異味造成患者不適）與欲達成之目的比較，顯然所獲得之法益（治療疾病與預防疾病）遠大於其所可能受到之權益損害。因此，艾灸符合比例原則，故受到行政法之保障。

結 論

艾灸是中國古代治病三法之一，它與湯液、砭石鼎足三分，是中醫學的堅實基礎。歷代醫家臨床證明灸法常常顯出針所不及、藥所難能的療效。當今雖有大批實驗證明有效及特效的化學藥品，如雨後春筍般發明與使用，但有哪種藥物能比艾灸安全經濟且又可增強抗病能力？又有哪種藥物有如此千古不衰的生命力？雖然艾灸過程當中少許煙燻味會造成少數患者的不適，少數醫

者更藉此以勞工安全衛生法為由提出禁用艾灸之議，然而經由我國憲法、大法官會議解釋以及相關法律論點分析，證明艾灸不但在當今中醫治療上佔有重要地位，其合法性亦受憲法法律完整之保障，自不待言。

【註1】我國憲法法律保障艾灸治療。但現代中醫者在使用艾灸療法時，也應留意通風問題，減少煙燻味對其他人士的不適情形。

【註2】如同西醫開立Aspirin會建議與胃藥同服，以減少副作用發生；現代中醫者在使用艾灸療法時，留意通風問題、減少局部燒燙傷風險，均是減少對其他人士或患者本身不適之有益措施，此亦符合比例原則。

【註3】全民健康保險醫療辦法第25條
中醫診所，中醫醫院門診及醫院中醫門診
得提供下列服務項目：

- 一 診察
- 二 中藥濃縮製劑之給與
- 三 治療材料之給與
- 四 中醫一般治療處置、針灸治療及傷科處置
中醫住院服務項目，由主管機關另定之

【註4】勞工安全衛生法第2條

本法所稱勞工，謂受僱從事工作獲致工資者。

本法所稱雇主，謂事業主或事業之經營負責人。

本法所稱事業單位，謂本法適用範圍內僱用勞工從事工作之機構。

本法所稱職業災害，謂勞工就業場所之建築物、設備、原料、材料、化學物品、氣體、蒸氣、粉塵等或作業活動及其他職業上原因引起之勞工疾病、傷害、殘廢或死亡。

勞工安全衛生法第4條

本法適用於左列各業：

- 一、農、林、漁、牧業。
 - 二、礦業及土石採取業。
 - 三、製造業。
 - 四、營造業。
 - 五、水電燃氣業。
 - 六、運輸、倉儲及通信業。
 - 七、餐旅業。
 - 八、機械設備租賃業。
 - 九、環境衛生服務業。
 - 十、大眾傳播業。
 - 十一、醫療保健服務業。
 - 十二、修理服務業。
 - 十三、洗染業。
 - 十四、國防事業。
 - 十五、其他經中央主管機關指定之事業。
- 前項第十五款之事業，中央主管機關得就事業之部分工作場所或特殊機械、設備指定適用本法。

【註5】刑法第1條

行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。拘束人身自由之保安處分，亦同。

參考文獻

1. 黃維三，針灸科學，正中書局，台北，p. 1，2005年12月三版。
2. 張奇文，中國灸法大全，天津科學技術出版社，pp. 1-15，1993年。
3. (清)吳儀洛，嚴星橋重校，增註本草從新，大孚書局，台南，pp. 65-66，1992年。
4. (明)李時珍，本草綱目，國立中國醫藥研究所，台北，pp. 545-548，1988年。
5. (唐)孫思邈，備急千金要方，宏業書局，台北，p. 508，1987年。
6. 吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，台北，pp. 57-72，2005年。
7. 劉春堂，民法債編通則(一)契約法總論，三民書局，台北，pp. 265-338，2006年。
8. 甘添貴，體系刑法各論，瑞興圖書股份有限公司，台北，pp. 88-129，2001年。
9. 楊立新，醫療侵權法律與適用，中國法律圖書出版社，pp. 31-81，2008年。
10. 五南法學研究中心，最新簡明六法，五南圖書公司，台北，pp. 1-27、pp. 2-35、pp. 6-63、pp. 6-64、pp. 8-19、pp. 9-79，2008年。
11. 五南法學研究中心，醫療健保法規，五南圖書公司，台北，pp. 1-14、pp. 2-18，2008年。
12. 王文，中華民國憲法論，三民書局，台北，pp. 1-9，2005年。
13. 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興圖書股份有限公司，台北，pp. 18-26，2004年。
14. 陶百川、王澤鑑，最新綜合六法全書，三民書局，台北，辛 42-43，2005年。
15. Hu GS, Chen HP, Hou YJ. Effect of moxibustion on the antibody- dependent cell-mediated cytotoxicity activity in peripheral blood of patients with Hashimoto's thyroiditis. Chinese Journal of modern developments in traditional medicine, 11:403-404, 1991.
16. 陳維華、劉又香等，針灸足三里關元穴對陽虛大鼠免疫功能影響的比較研究，中國針灸，20：555-557，2000。
17. Yamashita H, Ichiman Y, Tanno Y. Changes in peripheral lymphocyte subpopulations after direct moxibustion. Am. J. Chin. Med., 29：227-235, 2001.
18. Tang Z, Song X, Li J, Hou Z, Xu S. Studies on anti-inflammatory and immune effects of

moxibustion. *Acupunct. Res.*, 21:67-70, 1996.

TRADITIONAL CHINESE MEDICINE "MOXA-MOXIBUSTION" IS GUARANTEED BY CONSTITUTION LAW

Kuo-Cheng Wang^{1,2}, Yen-Jung Chou², Tse-Hung Huang²,
Ching-Hsien Chang^{2,3}

¹*Zheng Yie university law courtyard Master special class*

¹*Supplement benevolent university legal institute scholar Hou legal department*

²*Department of TCM, Chang Gung Memorial Hospital, Keelung Branch*

³*School of Traditional Chinese Medicine, Chang Gung University*

(Received 18th August 2008, accepted 30th October 2008)

Moxa-moxibustion is one of the important therapy in the Traditional Chinese Medicine, Which can rescue the major yang qi, Unblock all meridians and treat all illness, and has already used for thousands of years for the doctor of the Traditional Chinese Medicine. However recently few doctor consider that moxa smokes can cause patient improper and violate the Safely-Sanitary Labor Law and they Give up such effective treatment and Lash it out on the media.

This paper is base on the moxa-moxibustion effect, the constitutional law, the interpretation of great judge meeting and related legal question. It discussed the misunderstanding to the mosa-moxibustion for common people and revealed the original of constitutional law guarantee of mosa-moxibustion.

Key words: moxa-moxibustion, the safely-sanitary labor law, constitutional law, the interpretation of great judge meeting