

國立政治大學法學院碩士在職專班

碩士學位論文



論醫療過失之刑事責任

The criminal responsibility of medical malpractice

指導教授：何賴傑 博士

研究生：林聿蓁 撰

中華民國九十九年七月

謝辭

雖然遲了許久，還是要感謝的人：恩師何賴傑教授、李聖傑教授以及謝如媛教授，謝謝您們費心指導，提供寶貴建議。感謝長官的鼓勵，讓我在忙碌的工作與照顧家庭之間，終於擠出時間來將論文最後的修改程序完成，發現原來人真的有無限的可能，即使是渺小如我亦如是。

從當年完成論文口試考試到如今，之間發生了好多事，當年我的論文結論與建議，刪除刑法分則中第 276 條第 2 項及第 284 條第 2 項有關「業務過失」刑責之規定，竟在今年(2019 年)5 月修法通過了；當年論文中提及的修復式司法如在今法務部極力推行，達成協議的案例占申請案件的七成之多，重要的是被害人感覺正義有被實現；甚至 2016 年發生震驚社會的「小燈泡案件」被害家屬，也嘗試接受並呼籲盼望社會走出一條修復式司法的道路，如此小燈泡的犧牲就能獲得價值。希望司法不只是審判，而是讓更多專家能去了解為何犯罪動機會變成犯罪事實，希望能藉此找出加害人的動機並且加以預防並阻斷其發生，以防止更多悲劇發生，使歲月靜好。

最後，將此文獻給我在天上的父母，謝謝您們，一切盡在不言中。

林聿蓁 台北

2019. 06. 20

摘要

醫療糾紛案件一直是我國司法亟欲解決的難題之一，尤其是醫療過失刑事案件，醫者父母心，原本仁心仁術卻動輒得咎，演變成醫師和病患之間對簿公堂，接著是雙方永無止境的訴訟夢魘，使得醫病關係愈趨緊張。這樣的關係，可能導致醫師採取防禦性醫療，以致醫療技術停滯及醫療資源浪費，病患則產生對醫療失去信心及信任等危機。醫療是每人生活中必須面臨的問題之一，究竟醫療過失有無更好解決方式，醫界疾呼的「醫療過失除罪化」是否真的可行？

凡此種種，引發本文探究醫療過失刑事責任之興趣。有鑒於醫療過失案件之複雜性及不確定性，本文嘗試從醫療過失責任之學說及實務見解，探討過失理論、新舊過失理論、過失犯之要件，了解過失的基礎理論。然後討論何謂醫療過失行為，以及其於刑法上之評價，探討醫療行為之合法性、醫療過失行為之種類、醫師告說明義務與病患自主權之探討等問題，並討論限縮醫療過失責任範圍之容許性危險與信賴原則。而後，有關醫療過失鑑定之相關問題亦不可不提，最後再針對「醫療過失除罪化」之爭見提出闡述，介紹專家參審制度及修復式司法於醫療過失刑事案件中之應用，並提出修法建議，希冀在司法正義之原則下，提供紛爭解決之良好模式。

關鍵詞：醫療過失之刑事責任、醫療糾紛、醫療過失、醫療過失除罪

化、修復式司法、業務過失、專家證人、medical malpractice。



論醫療過失之刑事責任

目次

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究方法.....	4
第三節 研究範圍與內容架構.....	5
第二章 過失之成立與理論.....	7
第一節 過失之類型.....	8
第二節 過失理論.....	11
第一項 舊過失理論(傳統過失理論).....	12
第二項 新過失理論.....	13
第三項 危懼感說(新的新過失理論).....	14
第四項 小結.....	15
第三節 過失犯之成立要件.....	16
第四節 客觀歸責理論與容許風險及信賴原則.....	20
第一項 容許風險.....	22
第二項 容許風險之限制.....	23
第三項 信賴原則.....	24
第五節 小結.....	25
第三章 醫療行為與醫療過失.....	29
第一節 醫療行為之定義.....	29
第一項 醫療業務行為.....	32
第二項 無照行使醫療業務.....	33
第二節 醫療行為的特性.....	35
第三節 醫療行為與醫病關係.....	37
第四節 醫療行為之合法性.....	39
第一項 日本.....	39
第二項 德國.....	40
第一款 德國醫療行為之合法性理論.....	41
第二款 德國醫療過失行為除罪化.....	51
第三項 我國.....	54

第一款 醫療行為之阻卻違法事由.....	56
第二款 醫師之說明義務與告知後同意法則.....	59
第一目 醫師說明義務保護之法益.....	60
第二目 醫師說明義務之內容.....	66
第三目 醫師說明義務之說明程度.....	68
第四目 說明義務之例外.....	69
第五目 醫師之裁量權.....	70
第五節 醫療過失犯罪結構.....	72
第一項 醫療過失犯罪構成要件.....	72
第二項 醫療過失評價基準.....	76
第一款 醫療準則之適用.....	77
第一目 肯定說.....	78
第二目 否定說.....	78
第三目 小結.....	81
第二款 醫療分工.....	82
第一目 水平分工.....	83
第二目 垂直分工.....	83
第三目 醫療分工與信賴原則.....	84
第四目 信賴原則於醫療行為之適用.....	84
第五目 信賴原則適用之結果.....	86
第六目 信賴原則適用之例外.....	86
第七目 信賴原則相關之判例.....	87
第六節 醫療過失之認定.....	90
第一項 醫療過失之概念.....	90
第二項 醫療過失之種類.....	94
第一款 檢查及診斷行為過失.....	94
第二款 醫療行為之過失型.....	97
第一目 手術過失.....	97
第二目 給藥過失.....	98
第三目 麻醉過失.....	100
第四目 輸血過失.....	100

第三款 延誤（轉診）治療過失.....	100
第四款 看護（術後照顧）過失.....	102
第四章 醫療過失鑑定.....	105
第一節 醫療過失鑑定之內涵.....	106
第一項 鑑定之必要性.....	106
第二項 鑑定證據之任務.....	107
第三項 醫療過失鑑定之特色.....	107
第二節 鑑定人之角色.....	110
第一項 訴訟輔助人.....	111
第二項 專家證人.....	113
第三項 證人.....	115
第三節 鑑定證據之證明力.....	116
第一項 鑑定人之適格性.....	116
第二項 鑑定之證據能力.....	117
第三項 鑑定之證明力.....	119
第一款 對鑑定人之訊問.....	119
第二款 對鑑定人之詰問.....	120
第四節 法官自由心證原則.....	120
第一項 自由心證原則之定義.....	120
第二項 自由心證之限制.....	121
第三項 自由心證公開原則.....	123
第四項 醫療鑑定結果與法官自由心證評價.....	124
第五節 罪疑唯輕原則.....	127
第一項 罪疑唯輕原則之意義.....	127
第二項 罪疑唯輕原則之適用範圍.....	128
第三項 違反罪疑唯輕原則之救濟.....	130
第六節 專家參審制度.....	130
第一項 專家參審之理念.....	131
第二項 參審制度之優點.....	132
第三項 專家參審制度試行草案內容.....	132
第四項 小結.....	135

第五章 醫療過失責任之除罪化.....	137
第一節 醫療過失除罪化之爭見.....	137
第二節 修復式司法於醫療過失中之適用.....	141
第一項 修復式司法之定義.....	141
第二項 修復式司法之原則.....	142
第三項 修復式司法之目的.....	143
第四項 醫療過失刑事案件適用修復式司法之可能.....	144
第六章 結論.....	146
參考文獻.....	151
附錄【醫療過失相關案件判決】	



第一章緒論

第一節 研究動機與目的

2009 年底國內醫界爆出一則「假罹癌、真開刀」手法詐領巨額商業保險案¹，2010 年初高雄醫學院附設醫院也爆出幾乎雷同案例²，都是醫師勾結保險黃牛，由涉案醫師為未罹癌之涉案假病人真開刀，切除乳房、卵巢、子宮，甚至還偽造病理檢驗報告，再開立乳癌、卵巢癌、子宮頸癌等假診斷證明書，向保險公司詐領保險金，正當 2005 年邱小妹人球案在醫界與法界掀起陣陣波瀾之際，醫療專業的法律層面問題近年一再浮現檯面。衛生署日前首度引用醫師法第 28 條向國人宣告，以上涉案坦承犯案並遭起訴的幾位醫師，將撤銷醫師證書，永不能擔任醫師。在此同時醫界正向法界大聲疾呼「醫療過失除罪化」之主張，形成一大諷刺。針對衛生署撤銷醫師證書的聲明，醫師公會提出應依行政罰法第 26 條第 1 項前段之規定：「一行為同時觸犯刑事法律及違反行政法上義務規定者，依刑事法律處罰之。」主張衛生主管機關不應未審先判³，輕易做出撤銷醫師證書的處分...。刑法是正義的最後一道防線，法律之前人人平等應被徹底遵行，醫師的職業在我國被賦與崇高的社會地位，雖然醫師皆大都受過良好教育與訓練，然而沒有人是可以被保證永不會犯錯的。在醫療過失刑責中，刑罰的理論基礎，預防的目的更甚於處罰報復目的，因此「醫療過失除罪化」之可行與否，值得吾人深入探討，並且引發筆者對於醫療過失刑事責任醫師的義務規範及檢驗標準探究之興趣。

近年因醫療過失行為而產生之訴訟糾紛案件有日益增加趨勢，除了民眾權利意識日益提高為一主因之外，醫院行政管理上追求效率及利益、人事縮減...等等，都是相關因素之一。民眾對於醫療機構及醫

¹假罹癌、真詐領，三醫師涉案，自由時報 A3 版，2009 年 12 月 30 日。

²切子宮、A 健保，高醫喊冤，中國時報 A5 版，2010 年 4 月 14 日。

³中華民國醫師公會全國聯合會電子報，2009 年 12 月 31 日。

事人員不當的醫療行為所造成的傷害，不再像以往，因為資訊、武器的不對等種種因素，而多半選擇逆來順受、忍氣吞聲；另外近幾年司法改革的成效彰顯之下，愈來愈多的民眾願意選擇相信司法能為其帶來公平正義。然而醫療糾紛在現今仍舊是一個需要曠日費時的訴訟案件，就病患而言，雖然近年來病患已可以影印病歷⁴，然而醫學是一個高度專業的學問，絕非一般人可以一睜其堂奧；就醫療機構及醫事人員而言，原本的仁心仁術卻變成動則得咎，進而演變成防衛性醫療，造成醫療資源之浪費，增加民眾醫療負擔之增加。所謂防衛性醫療係指醫師為了避免訴訟與賠償責任，偏離醫療之需要，而採取若干臨床上並非必要，或是病人不想要，但法院認為有必要之醫療措施與行為，藉以證明醫師已盡其注意義務。防禦性醫療並非完全負面，正向的防禦性醫療行為例如：增加檢驗、服務與治療項目、轉介病患、病患安全計劃、約定以協商解決問題，不得隨意提出訴訟等。負向的防禦性醫療行為有：拒絕治療高危險性病人、減少複雜醫事服務、轉診、優先照顧願意放棄訴訟之病人等，甚至有激進性醫療行為，例如對浮濫告訴者提起反訴，在美國甚至有醫界建立原告律師黑名單，拒絕替特定律師及其家屬醫療⁵，形成了醫師與律師兩個專業團體之對立關係。另外，就法院而言，醫療糾紛之鑑定問題仍是一個急需早日解決之問題，醫審會之公信力早已為人詬病，法院需要早日建立完整而且更具公信力的醫療糾紛專業法庭。

國內法界學者認為，對於生命身體的傷害，絕不可能仰賴一般普通常識作成判斷，一定要有醫學鑑定報告為憑，如果涉及醫療上有爭議的問題，那麼鑑定報告就不能只由一個醫療單位作成，法院應該至

⁴最新修訂（98年5月20日）之醫療法第74條規定：「醫院、診所診治病人時，得依需要，並經病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人之同意，商洽病人原診治之醫院、診所，提供病歷複製本或病歷摘要及各種檢查報告資料。原診治之醫院、診所不得拒絕；其所需費用，由病人負擔。」然而在修訂本條文之前，有關病歷的提供相關規定條文付之厥如，參92年1月29日公布之醫療法第51條規定：「醫院、診所診治病人時，得依需要，並經病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人之同意，商洽病人原診治之醫院、診所，提供病歷摘要及各種檢查報告資料。原診治之醫院、診所不得拒絕；其所需費用，由病人負擔。」

⁵Livin SG: An overview of medical malpractice litigation and perceived crisis. Clin ortho and related research 2005; 433: p122-125。

少請兩個醫療單位作鑑定，甚至當兩個醫療單位有不同意見的時候，還要請第三單位作鑑定⁶。本文以為，正是因為醫療的高度科學及不確定性，醫療鑑定只能提供參考，而不能當作結果論，斷不能認為「...因為四分之三以上的羊水栓塞死亡案例（找出判例）和催生素加強宮縮都完全無關，其行為與結果間即無『相當因果關係』....」⁷，醫學鑑定認為四分之三以上的羊水栓塞死亡案例和催生素加強宮縮都完全無關（相反來說，四分之一是有關係的，這在醫學死亡比例上算是很高的比例），卻不能排除完全無因果關係，究竟有無相當因果關係，應由法院就整個事件之發生經過，本諸經驗法則與論理法則而為判斷，尚難僅憑醫療機構鑑定結果之「至少有間接因果關係」即遽謂無相當因果關係。身體及生命法益的侵害是不能由報告的比例去判定其有無受侵害的，而是需由事實去認定，找出事實才是課題，才是法律真正的意義與價值。

醫界近來更甚而提倡將醫療糾紛訴訟案件除罪化、不適用消費者保護法...等等論調，以免妨礙醫療技術研究之發展，近來亦有學者主張醫療糾紛事件應該去刑化⁸，也就是因醫事人員醫療行為不當或過失所造成被害人之損害，應該單純以民事賠償即為已足，不應再苛以醫事人員刑事責任，醫護人員從事醫療行為應當屬於執行業務之範疇，刑法第 276 條第 2 項規定業務過失致死罪、第 284 條第 2 項規定業務過失致傷害或致重傷罪，因此凡是從事業務致人傷害、重傷或死亡者皆須負刑法第 284 條第 2 項或刑法第 276 第 2 項之罪責，何能獨厚醫界？此見解是否與公平正義原則有違？

針對於此，本文筆者將對「醫療過失是否應除罪化」提出探討分析，期能思考出一個適法合理的醫療糾紛處理模式，以保障醫病雙方之權益。

⁶許玉秀，醫師如何面對醫療糾紛，高添富著作、許玉秀教授講評，元齋出版社有限公司，頁 14。

⁷高添富，醫師如何面對醫療糾紛，元齋出版社有限公司，頁 6-13。

⁸參楊秀儀，論醫療傷害之去刑化-醫界對日益增多的醫療糾紛應有的反省與策略，醫望雜誌第 21 期，86 年 8 月，頁 96-99。葛謹，台灣醫療糾紛應不受刑事訴訟之理由，台灣醫界，第 5 卷第 8 期，2007 年，頁 27-31。

本研究之主要目的在於探討醫療行為的法律性質及醫療過失之相關刑事法律問題，希望透過實務及理論的分析和比較，配合文獻的查證及歸納，從而分析醫療過失之刑事責任，期能對晦暗不明的醫療糾紛灰色地帶理出輪廓，將責任界線作一釐清，另外檢討現行之醫療糾紛鑑定制度之缺失，介紹專家參審制，並探討我國醫療過失除罪化是否可行？末再提出本論文最後之研究結論及建議，期能提供立法者和司法工作者日後立法及執法之參考依據。

第二節 研究方法

本論文初擬之研究方式，係採用文獻分析法及實證分析法。

一、文獻分析法

蒐集國內外對於醫療糾紛之刑事責任相關學說、期刊、專書及論文加以蒐集彙整，研讀歸納後，再建立本文之理論架構基礎。除此之外，藉由網路資源、新聞報章及國內外相關判例之搜尋整理，彙整法學界、實務界及醫界對於醫療過失理論及實際案例之見解作一檢討分析。

二、實證分析法

以國外及我國司法實務之判例進行分析研究，因醫療過失案又涉及醫學知識，將以查證臨床醫學文獻、醫事人員之臨床經驗，輔以筆者個人從事臨床醫學護理多年之經驗分析歸納，作為本論文研究方法。

經由蒐集分析實務判例，了解經常發生醫療過失的主因，各地區醫療水準、醫院之管理及醫療分工之良窳是亦應為醫療過失之考慮要素，期能找出醫師如何犯錯？犯錯之原因及日後預防之方向。

第三節 研究範圍與內容架構

第一項 研究範圍

鑑於醫療案件的高度專業性及科學性，本論文將研究之重心置於醫療過失之成因、類型、由司法院網站中搜尋幾個較具有爭議的醫療刑事案件作為分析的範圍，其中又以經過刑事法院判決確定的醫療過失案件為主，並研析「鑑定機關」之鑑定結果，分析探討「鑑定報告」之證據能力及證明力、鑑定證據之任務及特色、鑑定人之角色為何？並分析法院判決結果受「鑑定機關」影響之程度，「鑑定機關」報告與「法官自由心證原則」之評價，罪疑唯輕原則在醫療過失刑事案件之適用，並介紹專家參審制度，最後探討醫療過失去刑化之爭議及可行性，並分析修復式司法於醫療過失刑事案件中適用之可能。

第二項 內容架構

本文的第一章為緒論：首先說明本文之研究動機與目的、研究範圍以及研究方法與內容架構。

第二章 過失之成立與過失理論：本章先就過失犯罪理論及新舊過失理論作一介紹、分析容許性風險及信賴原則於醫療過失理論之之應用，探討醫療過失犯罪結構及因果關係理論，並將醫療過失之刑事責任，以之為業務過失而加重處罰論刑理由之探討。

第三章 醫療行為與醫療過失：探討醫療行為之定義、分類、態樣及特性加以整理歸納，介紹德、日對於醫療行為合法性之相關學說，探討醫療過失種類及認定過失之標準，輔以參考國內醫療過失刑事案件相關判決、判例，分析其中因果關係與判決結果成立要件，及其中與法規範可能產生之衝突。探討醫療過失刑事案件中，得以發生阻卻違法之事由，末再談討醫療過失在刑法上的評價。

第四章 醫療過失鑑定與刑事責任之認定：分析目前我國醫療過失鑑定機關之效能、缺失及未來改革之方向，關於鑑定人部分，被告與鑑定人之對質詰問權如何落實及保障？目前國內有關醫療過失案

件大多採行機關鑑定，極少採行特定人鑑定，採行機關鑑定時，如何進行詰問？國內出現醫療過失刑事案件之鑑定多達七次之多，以後會不會出現更多次數？兩造之訴訟程序如何保障？有關鑑定書係屬傳聞證據或傳聞證據之例外？涉及鑑定之證據力及證明力問題，其與法官自由心證之關係為何？罪疑唯輕原則是被告的一項重要權利，其又應如何應用於醫療過失刑責上？皆為本章節所要探討的問題。法官責無旁貸應負起程序保障之責，為了避免永無止境的纏訟夢魘，引進專家參審制度似乎可行，而在高科技產業發達的今日，法院亦有責任充實相關科學知識，以補充其專業領域上之不足，醫事專業法庭之設置是當務之急，此部份將在第四章中分別論述。

第五章 醫療過失責任除罪化之探討：近來在法界及醫界被熱烈討論，醫界目前積極爭取醫療過失除罪化，法界眾所皆知：「刑法是正義最後一條防線」，醫療可以例外嗎？其理論基礎為何？民眾健康、身體法益的保護又該如何尋求呢？本文將介紹國內學者對於醫療過失去刑化之相關見解，並以自己曾經從事醫療護理的醫事人員角色，分析醫療過失除罪化之可行性與否，最後介紹修復式司法，並分析其於醫療過失刑事案件中適用之可行性。

第六章 結論：本章將就各個章節所衍生的問題作一總結，參考國內外相關醫療過失刑事判例，並以自身經歷為基礎，考慮醫療糾紛案件之特殊性，嘗試推論出一個適當之建議，希冀釐清國內醫療刑事責任之相關疑慮，以期對我國醫療糾紛爭議有另一不同思考模式。

第二章 過失之成立與理論

故意與過失，同樣是犯罪的主觀要素，其在犯罪階層體系上如何定位，因所採的構成要件理論或犯罪階層理論之不同而有所差異。早期的古典及新古典學派，將故意、過失要素併入第三個犯罪階層的罪責（有責性）層次；自從目的行為論興起之後，現今刑法界已經普遍接受故意及過失亦作為構成要件要素之結論，但在有責性（罪責）層次仍將故意及過失保留為罪責型態。據此，由於過失的檢驗，同時存在於構成要件與有責性兩階層，所以稱其為過失之雙重定位或雙重本質（亦有稱雙重評價）。但兩者所指的內涵有別，一是指稱不法構成要件之過失行為型態，一是指稱過失之罪責型態⁹。

依照上開雙重定位，過失也要分別在兩個層次檢驗：

- 一、在不法構成要件層次，重點在於係爭行為是否違反了客觀必要注意義務而構成過失行為。若否定，審查到此結束；若肯定，須考慮下述問題。
- 二、在罪責層次，檢驗的是根據係爭行為人的個人能力為準，判斷在個案中他有無符合客觀注意義務的個人能力。若否定，縱使行為人違反了客觀注意義務，也將因其欠缺個人能力而否定其過失罪責，結論還是不成立過失犯。

刑法第14條第1項規定：「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。」上開我國刑法關於過失犯的一般性規定，從過失雙重定位的角度嚴格定位來講，應該區分為「應注意而不注意」及「能注意而不注意」兩個層次。前者即是不法構成要件層次的過失判斷，「應否」的關鍵尤其在於有無客觀上應注意之義務存在；後者應屬罪責層次的個人能力判斷，「能否」的重點在行為人注意之個人能力的強弱¹⁰。

在我國現行刑法制度下，並無過失的程度問題，刑法上只要認定

⁹參林鈺雄，新刑法總論，2006年9月初版，頁473。

¹⁰參林鈺雄，新刑法總論，2006年9月初版，頁474。

成立過失，且又為刑法明定處罰的過失行為，即可成立過失犯罪（刑法第十二條第二項）。至於該過失係重大過失，抑或為輕過失，則在所不問。易言之，過失的輕重程度僅影響刑罰的裁量問題，而與過失犯罪的成立無關¹¹。

第一節 過失之類型

過失在刑法的形態上可區分為「無認識的過失與有認識的過失」、「一般過失與業務過失」以及「作為之過失與不作為之過失」，分述如下¹²：

一、無認識的過失與有認識的過失

無認識的過失係指負有注意義務，且具注意能力的行為人，因為根本未注意，或注意不足，以致在毫無認識的情況下，而成立的過失行為，這即是刑法第十四條第一項所規定的「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意為過失」。有認識的過失則指行為人在主觀上雖然認識他的行為有破壞他人法益的可能性或危險性，可是卻因低估行為的危險性，或高估自己的能力，形成可非難地過份自信，而確信自己的行為不致破壞他人法益，乃貿然地著手實行行為，果生破壞他人法益的後果。行為人在這種主觀心態下所為的過失行為，即屬有認識的過失。這即是刑法第十四條第二項所規定的「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」¹³。

醫師的醫療過失行為可能是無認識過失行為，亦可能是有認識的過失行為。前者如醫師誤診，而為錯誤的開刀，後者如醫師自信其醫術高明，或低估病情的嚴重性而造成病人的傷害或死亡，確信其醫療

¹¹林山田，刑法通論第九版，2005年9月，頁151。

¹²參照林山田，論醫師的醫療過失問題，醫事法學第1卷第1期，1985年5月，頁69-70；張麗卿，刑法總則理論與運用，2007年9月修訂版，頁398-400。

¹³林山田，刑法通論第九版，頁146-148。

行為不致於使接受其醫療的病患發生傷亡後果的醫療過失行為。

二、一般過失與業務過失

一般過失係指一般人的過失，業務過失則指從事業務的人，在其所從事業務活動中所違犯的過失。由於從事業務之人對其業務行為可能發生的危險，較一般人有深刻的認識，而具有較高的注意能力，並且負有較高注意義務，所以，刑法對於業務過失行為的處罰，自較一般過失行為為重。例如一般過失致死罪（刑法第 276 條第 1 項），處二年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金；可是業務過失致死罪（刑法第 276 條第 2 項），則處五年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金。

我國有多位學者認為，區別普通過失與業務過失並無必要¹⁴，惟 2005 年二月修正，2006 年七月一日實行之修正後之刑法並未就普通過失與業務過失相關規定加以修正，因此就過失犯之分類，仍有普通過失與業務過失之區分。

普通過失，係指構成要件上並無賦予特別限定之一般過失，業務過失則指從事業務者，因解怠業務上必要之注意而發生構成要件結果之過失。所謂業務，乃指人基於社會生活上之地位而反覆繼續從事之事務；詳言之，以社會生活上反覆、從事之意思所實施之事務，而該事務之內容，含有侵害法益之危險或防止法益遭受危險之義務。日本判例與通說認為，刑法上之業務，是一般人根據其社會生活上之地位而反覆實施之事務行為，且以該行為有危害他人生命、身體等危險為必要。故業務之要件有三：一是根據社會生活上之地位；二是反覆繼續性；三是對生命、身體存有危險性之事務。因此，並非一切業務皆屬刑法上之業務、必須對於生命、身體有危險性始可，即必須是有危險性之事務¹⁵。我國刑法對於「業務」最新見解，應為最高法院 89 年

¹⁴如甘添貴，業務過失與普通過失之基礎與界限（上），月旦法學雜誌，第 26 期，1997 年 7 月，頁 64。林東茂，一個知識論上的刑法學思考，五南圖書出版社，1999 年，頁 50；黃榮堅，從醫療疏失論過失概念，刑法之基礎與界限，學林文化出版社，2003 年，頁 249。

¹⁵陳子平，刑法總論（上），元照出版有限公司，2005 年，頁 201。

台上字第 8075 號判例：刑法上所謂業務，係指個人基於其社會地位繼續反覆所執行之事務，包括主要業務及其附隨之準備工作與輔助事務在內。此項附隨之事務，並非漫無限制，必須與其主要業務有直接、密切之關係者，始可包含在業務概念中，而認其屬業務之範圍（按本則判例於 92 年 7 月 8 日經最高法院 92 年第 12 次刑事庭會議決議通過）¹⁶。

醫師係反覆從事醫療行為之人，故屬從事業務的人，假使在其所從事的醫療行為中有所過失，即屬業務過失。依判例見解，認為依法令規定，特定事務須經政府認許給證，始得執行該事務之情況下，縱令欠缺這些形式上的要件從事這些特定事務，亦屬從事業務的人，而可構成業務過失，故因密醫行醫而成立的醫療過失行為，仍應依業務過失處斷¹⁷。

三、作為之過失與不作為之過失

過失犯依照違反注意義務行為的基本型態為標準，可區分為以積極的作為方法實現過失罪構成要件之過失作為犯，與以消極的不作為方法實現過失犯罪構成要件之過失不純正不作為犯。作為與不作為兩者區分實益主要在於，後者以行為人具有保證人地位為前提（刑法第 15 條），此與故意之不作為犯相同¹⁸。

¹⁶最高法院 69 年台上字第 4047 號判例：刑法第 276 條第 2 項所謂之業務，係指以反覆同種類之行為為目的之社會活動而言。故一人不以一種業務為限，如一人同時兼有二種或二種以上之業務，而在某一種業務上有不慎致人於死之行為，即應負其業務過失致人於死罪責。最高法院 71 年台上字第 1550 號判例：刑法上所謂業務，係指個人基於其社會地位繼續反覆所執行之事務，其主要部分之業務固不待論，即為完成主要業務所附隨之準備工作與輔助事務，亦應包括在內。最高法院 89 年台上字第 8075 號判例：刑法上所謂業務，係指個人基於其社會地位繼續反覆所執行之事務，包括主要業務及其附隨之準備工作與輔助事務在內。此項附隨之事務，並非漫無限制，必須與其主要業務有直接、密切之關係者，始可包含在業務概念中，而認其屬業務之範圍。上訴人以養豬為業，其主要業務係從事豬隻之生產、養殖、管理、載運、販賣等工作，倘上訴人並非經常駕駛小貨車載運豬隻或養豬所需之飼料等物，以執行與其養豬業務有直接、密切關係之準備工作或輔助行為，僅因欲往豬舍養豬，單純以小貨車作其來往豬舍之交通工具，自不能謂駕駛小貨車係上訴人之附隨事務。

¹⁷參閱最高法院 43 年台上字第 826 號判例：上訴人行醫多年，雖無醫師資格，亦未領有行醫執照，欠缺醫師之形式條件，然其既以此為業，仍不得為其替人治病非其業務，其因替人治病，誤為注射盤尼西林一針，被害人隨即倒地不省人事而死亡，自難解免刑法第 276 條第 2 項因業務上之過失致人於死之罪責。

¹⁸林鈺雄，新刑法總論，2006 年 9 月，頁 477。

不作為是指不為法所要求之行為，在不純正不作為犯，不作為與結果發生亦須有因果關係及客觀責任，始具客觀不法構成要件之該當性。由於不純正不作為犯與過失犯，同樣都是某種義務的違反，因此在歸責層次，違反義務行為與結果發生之間的義務違反關聯性，以及相關的結果可避免性，在此也扮演了重要角色。據此，如果行為合乎義務的行為，結果仍然會如此發生，或以其他方式發生者，即因欠缺義務違反的關聯性/結果之可避免性，而不能將結果歸責給行為人。反之，違反義務之前行為，和所生危險或損害結果之間，必須具有義務違反的關聯性，行為人始負防止義務¹⁹。

我國醫師法第 21 條及醫療法第 60 條規定醫師之「緊急救治義務」，醫師與病人間如已成立醫療契約，對於發生緊急情況之病人即應負保證人責任，應盡其救治之醫療作為義務，對於此一作為義務如不履行，將使其成立不純正不作為犯。一旦病人之健康受損或導致死亡，應負業務上過失傷害或過失致死之責任。「緊急救治義務」不僅含有對於人身的保護義務，亦屬於刑法上防止結果發生之義務，同時亦屬於過失犯之注意義務之基礎，因此在具有緊急救治義務之情況下，醫師不僅負有預見危急病人生命、身體危險之義務（結果迴避義務），如違反該義務而導致結果發生時，即違反刑法上之注意義務而得成立過失犯²⁰。

第二節 過失理論

刑法第 14 條第 1 項規定：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（無認識過失）。第 2 項規定：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（有認識過失）。又同法第 12 條第 2 項規定：過失行為之處罰，以

¹⁹林鈺雄，前揭書，頁 517-519。

²⁰陳子平，醫師違反緊急救治義務之刑事責任，月旦法學雜誌第 158 期，2008 年 7 月，頁 147。

有特別規定者，為限。因此如果刑法、特別法或附屬刑法條文中未有處罰過失犯之明文，實例上根本不必加以探討。

關於過失犯之構造，向來有所謂新舊過失理論之爭，以往傳統的，即十九世紀中葉曾為德國之通說而居支配地位之見解，二次大戰後初期仍處於日本通說地位的過失理論，由於新過失理論之抬頭，而被稱為「舊過失理論」。

第一項 舊過失理論（傳統過失理論）

早期的刑法論理，採因果行為論與心理罪責觀所建造的犯罪理論（即古典犯罪理論），將犯罪的要件分為，構成要件該當性、違法性及有責性三項。過失與故意同屬犯罪的主觀要件，為犯罪的責任要素，並且認為過失僅係故意以外的另一種罪責方式，而從屬於故意理論的領域內。其區別僅在於有責性之強弱而已，對於犯罪結果之發生有預見者，為故意；雖無預見，但有預見可能，因違反預見義務，致未預見者則有過失²¹。此說是以「預見結果義務」為注意義務的重要內容。因此行為人在行為時若欠缺意識的集中及緊張的心理狀態，對於可能預見發生的結果，因違反注意義務，致發生危害結果時，即屬有過失。因為，行為人對於結果的發生，既有預見可能性，就應加以防止。若有預見可能性而仍使結果發生，就表示行為人對法律秩序有所違背，而具非難可能性，應負過失責任²²。此處之注意義務，須以行為人對於結果有「具體的預見可能性」才成立過失。所謂具體的預見可能性，是指發生結果的預見可能性，與自己行為間基本的因果過程的預見可能性而言²³。故依舊過失論的見解，假如行為人不能預見犯罪結果的發生，其行為即不成立過失犯；反之，如行為行為人能預見結果，縱其已盡防止義務，仍無法防止結果之發生時，亦應負起過失責任²⁴。

²¹翁玉榮，可容許危險在醫療刑事過失責任中的適用，中央警察大學法學論集第 5 期，2000 年 3 月，頁 2。

²²蔡振修，醫事法總論(增訂版)，2003 年，頁 273。

²³洪福增，新舊過失論之爭論—兼論危懼感說，第 31 卷第 2 期，1987 年，頁 88。

²⁴廖正豪，過失犯論，三民書局，1993 年 8 月初版，頁 69-70。

此種見解在過去農業社會下，因為事故之發生較為單純，適用上較無問題。但於今日工商業發達之社會，行為人對於可能發生之危險，往往無法事先預見其可能發生之結果則行為人一概不必負過失責任，亦非適宜。至於對結果之發生，雖有預見可能性，縱已盡其避免結果發生之必要措施，行為人仍應負責，其不合理至為明顯²⁵。以器官移植手術為例，醫師於手術前，即已預見器官移植有致死之一定風險，縱其盡力預防，病患仍因身體排斥現象，而造成器官衰竭結果死亡，則依舊過失理論，醫師仍應負業務過失致死之刑責。

舊過失理論因過度擴大過失犯的範圍，且其結論實與社會文明進化所須不符，因而有新過失理論之提出，進而被新過失理論所取代。

第二項 新過失理論

由於舊過失理論，將過失之判斷置於責任，且著重行為人對於結果發生之預見可能，造成過失犯之判斷無限擴大之不當情形，因此，即有論著主張過失犯之判斷，不應僅係行為人行為時心理狀態之判斷而已，在違法性之判斷上，如已合於阻卻違法原理之情形，即應於違法性之判斷上予以阻卻犯罪之成立，而不待乎責任之判斷，「容許風險」及「信賴原則」等超法規阻卻違法事由之提出，可謂係對於舊過失理論之反省²⁶，並且限縮了過失犯之判斷範圍。

而後，Welzel 提出目的主義犯罪階層體系理論，主張故意、過失並非全屬責任要素，而有屬構成要件故意、過失者；關於違法之本質，則主張行為反價值，應較結果反價值重要。在 Welzel 的影響之下，新過失理論之核心，將原先舊過失理論側重之行為人對結果發生之「預見可能」，轉移到行為人對結果發生之「迴避可能」上²⁷。

新過失理論認為，除了違反對結果之預見可能性外，尚須違反結果之迴避可能性。即就一般人來看對結果之發生有迴避可能性（客觀

²⁵翁玉榮，前揭文，2000年3月，頁3。

²⁶靳宗立，過失犯成立要件之檢討與省思，軍法專刊第55卷第1期，頁42。

²⁷廖正豪，過失犯論，三民書局，1993年8月初版，頁71-72。

違反)，但行為人不迴避或為不適當之迴避（主觀違反）。換言之，此說係以規範（義務）違反論為基礎，認結果欲歸責行為人，必須是：倘行為人履行法律上之義務，結果可能避免，亦即就一般人來看對結果之發生有避免可能性（客觀違反），但行為人不迴避或為不適當之迴避（主觀違反），行為人才須對結果負責；倘行為人即使履行法律上之義務，結果仍不可避免地發生（無迴避可能性），則結果不可歸責行為人。例如：某甲超車時未保持安全距離，此時騎機車之某乙因酒醉倒向甲車方向而被甲車後輪輾死，經交通鑑定結果因乙有喝酒，即甲有保持安全距離，結果仍會發生，則乙之死亡結果不可歸責於甲。

新過失論者認為，行為是主觀面及客觀面的統一體。不僅以引起結果作為論定過失的根據，更以導致結果的「行為態樣」作為論定過失的根據。亦即，引起結果，除了內部的不注意外，還必須有外部的行為，即未採取迴避結果所必要的措置。將「預見結果義務」與「迴避結果義務」都當作注意義務，但以「迴避結果義務」為注意義務的重要內容，因此，如行為人並未怠於為避免結果發生的措置，即無過失²⁸。

第三項 危懼感說（新的新過失理論）

此一理論認為隨著技術開發所生的企業災害，往往無法認為企業主有具體之結果預見能性，故主張行為人只要對結果之發生有危懼感，即具過失，不以具體預見必要（少數說）。危懼感說，源自於日本森永嬰兒奶粉砒中毒事件。昭和四十一年，高松高裁判決認為，「在商業交易行為中，在未指定規格之情況下有可能購入與原先所訂購不同製品，其次，在食品中添加非食品規格之添加物，應有不安感，此種不安感正是本案中，問題所在之預見可能性。」故判決成立過失犯。此判決經學者加以申論，形成危懼感理論且被德島地裁判決引用。

²⁸洪福增，新舊過失論之爭論—兼論危懼感說，第 31 卷第 2 期，1987 年，1987 年，頁 90。

該判決謂：「所謂預見可能性問題，在為防止結果發生，應課以何種負擔方為合理之問題上，僅就其主要內涵來看即可。此種場合之預見可能性，並不以透析具體因果關係為必要，雖不能將之予以特定，但只要對某種危險，存有不可忽視之危懼感時為已足²⁹。」易言之，危懼感說認為所謂「預見可能性」，僅以危險之發生具有「危懼感」或「不安感」之程度為已足，並不以有具體預見為必要。並在此程度上，行為者負有消除危懼不安全感之注意義務，亦即負有和新過失論相同之「迴避結果義務」，但此一「預見可能性」的內容被抽象性擴大後，相對擴大了未知的危險領域，及應迴避結果義務的範圍。

雖然危懼感說之過失犯其成立範圍較新過失理論為廣，可發揮其機能。但卻違背了新過失理論，當初為了限制過分擴張處罰過失行為之目的。故不能僅以單純的有危懼感程度為已足，應以可能預見發生「具體的結果」為必要，較為妥當³⁰。

第四項 小結

綜觀現今國內學者對於過失理論之相關見解，可以確定的，並無採取過失僅為責任要素之見解，也就是傳統過失理論已經沒落。且隨著主觀不法論的提出，新的過失理論產生，行為無價值的違法性觀念受到重視，過失的非難重心已不再只有「結果無價值」，尚且包含「行為無價值」亦為評價因素，因此討論現行刑法的過失，必須兼顧結果無價值與行為無價值。

我國刑法第 14 條第 1 項規定：「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（注意義務之違反）。」第 2 項規定：「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（預見可能性之違反）。」綜合言之，國內通說大體上係採新過失理論，而將過失犯「過失之要素」解為係：

²⁹吳昌齡譯，前田雅英著，監督過失，刑事法雜誌，第 36 卷第 2 期 1992 年 4 月，頁 51。

³⁰洪福增，前揭文，1987 年，頁 92。

一、行為之注意義務違反性：

行為有客觀注意違反性，而行為人主觀上亦違反注意義務。我國實務上均在犯罪事實欄以「應注意，並能注意，而不注意」加以具體描述。另客觀注意義務之來源，一般來說有：1. 法令規則；2. 契約；3. 習慣（慣例）；4. 法理；5. 社會生活經驗等。

二、結果可預見性(違反預見可能性)：

結果具客觀可預見性，但行為人主觀上未預見。

而按上開行為之注意義務違反性及結果可預見性中之「客觀」，係以一良知理智而謹慎小心之人處於與行為人同一之狀態下來判斷。

第三節 過失犯之成立要件

關於過失犯之成立要件，大陸法系國家之刑事立法，有於刑法中予以明定者，如我國；亦有未於刑法典中明定，而委諸實務及學說予以補充者，例如德國、日本。由於過失之成立要件，極為抽象、概括，縱有明文規定者，在解釋時，亦需透過實務及學說予以補充。

我國刑法第 12 條第 2 項規定：「過失行為之處罰，以有特別規定者，為限」，刑法第 14 條第 1 項規定：「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」第 2 項：「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。」所以過失一詞，並非內容確定之概念，而必須在法律秩序規範中，經由法律評價予以補充使其具體化，因此，過失犯的不法構成要件並非屬完整的構成要件，而是有待補充的構成要件³¹。多數見解對於過失犯成立要件之解釋，有三項基本共識：1. 過失犯係以違反「注意義務」為其成立犯罪之重心。2. 過失犯之類型，包含「有認識之過失」（刑法第 14 條第 1 項）及「無認識之過失」（刑法第 14 條第 2 項）。3. 過失犯係以不成立故意犯為前提之犯罪類型。

³¹林山田，刑法通論(下冊)第九版，2005 年 9 月，頁 142。

我國實務及學界對於犯罪階層的理论，採用三階層理论，故探討行為人是否應負過失罪責，不僅要討論構成要件該當性，也要探討違法性及有責性（罪責）。而所謂「違法性」，是要檢驗有無阻卻違法事由存在，是認定行為要件過失後，才進入違法性加以檢驗，是以過失犯之檢驗，至少包含以下五個步驟³²：

一、結果原因：過失行為與結果之間有因果關係。

有關因果關係的判斷理论，主要有條件理论與相當理论兩種不同主張。條件理论是指倘若構成要件行為依經驗認識，對於構成要件結果之發生為無法想像其不存在的條件，則行為為結果的原因。而相當理论則是指，在條件理论適用的前提下，只有構成要件相當的條件（結果相當的條件），才是刑法上的原因³³，更精確的說，當特定的行為依照社會一般生活的經驗認識，對於一定結果的發生具備有普遍的可能性時，行為才是刑法上意義之結果的原因³⁴。

採條件理论之學者認為³⁵，過失行為必須是結果之原因，這裡的因果關係乃依條件說決定是否有結果出現。被害人與有過失時並不影響因果關係之考量，只可能為法官量刑時的依據。因果關係的檢驗，依條件說而言，是一種自然、科學的經驗。在判斷行為與結果間是否具有因果關係的問題上，應以取向經驗事實的條件理论作為判斷基準。

惟近年實務判例則趨向於相當理论³⁶，認為過失為與結果之間必

³²參林山田，刑法通論（下冊）第九版，2005年9月，頁153-170；張麗卿，刑法總則理論與運用，2007年9月修訂版，頁383-389。

³³Vgl. Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Teiband 1, 1992, 8. Aufl., S. 250; Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 28; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 2006, 36. AUFL. Rdnr. 169.；引自李聖傑，因果關聯的發展在實務實踐的光與影，台灣本土法學雜誌第101期，2007年12月，頁162。

³⁴李聖傑，前揭文，頁162。

³⁵林山田、張麗卿，前揭書，同註32。

³⁶實務見解參照：最高法院96年台上字第4578號刑事判決：「…因我國已屬瘧疾絕跡國家，不可能發生自體感染，是被害人顯係因注射顯影劑感染瘧疾原蟲所致。而甲○○、乙○○、丙○○均係從事醫療業務之人，甲○○、乙○○本於行政權責，對於本件新機器之管理使用有監督、規劃、執行責任，未採行一人一套或落實器材消毒無菌觀念原則，其不作為結果係醫療行政管理過失，丙○○係第一線執行醫療行為之醫師，疏未更換污染注射器材，致被害人等遭受瘧疾感染死亡，係有醫療行為過失。則本件感染事件之發生，應係甲○○、乙○○在醫療行政管理上加上丙○○在醫療行為上一連串之疏失所造成。原判決認被告三人之過失均同為被害人周增森等四人發

須具有相當因果關係，始足成立過失犯³⁷。「所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係。」因此可以確定的是，至少對於最高法院來說，是以相當因果理論來檢視結果與行為的因果關聯。惟在此需注意的是，如果使用相當理論，由於必須判斷的是行為發生結果的可能性，所以不會發生因果關係中斷的問題。因此學者認為，實務在相當理論的使用中³⁸，引用因果關係中斷的主張，其實是一種理論應用相互混淆的表現。

二、行為不法：

(一)客觀注意義務之違反

行為人違反一般理智謹慎之人所應有的注意。行為人如違背客觀的注意義務，即行為人違反一般理智謹慎之人所應有之注意，其行為具有過失犯的行為不法，亦即，客觀歸責理論中之「製造法律所不容許之風險」。

(二)客觀預見之可能

行為人是否有預見客觀注意義務的破壞，應就客觀做判斷。換言

生死亡結果之原因並有相當因果關係，絕非偶然之事實，其所為判斷，亦與一般論理及經驗法則無違，仍不得指為違法。」、最高法院 95 年台上字第 6394 號刑事判決：「業務過失致人於死罪之成立，係以其業務過失行為與死亡結果間，有相當之因果關係為其要件，故如因行為人之過失行為，先致被害人受傷，再因該傷致死，或因該傷致病，因病致死，即因原傷參入自然力後助成病死之結果者，均難謂無相當之因果關係，自應依業務過失致人於死罪論處；倘若被害人因該過失行為受傷後，另因罹患他病致死，所患之病與原傷毫無關聯，非屬原傷加入自然力所致，則其因果關係業已中斷，祇能論以業務過失傷害罪。」

³⁷58 年台上 404 號判例：「過失責任之有無，應以行為人之懈怠或疏虞與結果之發生，有無相當因果關係為斷，所謂相當因果關係，即以所生之結果觀察，認為確因某項因素而惹起，又從因素觀察，認為足以發生此項結果，始克當之」；76 年台上 192 號判例：「刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係始得成立。」

³⁸最高法院 95 年台上字第 6394 號刑事判決：「倘若被害人因該過失行為受傷後，另因罹患他病致死，所患之病與原傷毫無關聯，非屬原傷加入自然力所致，則其因果關係業已中斷，祇能論以業務過失傷害罪」。

之，行為人有無客觀注意義務之違反，應依行為人之職業或其他類似性質交易範圍內的一般平均人之要求來決定。例如，醫療行為的「專業規範」、「醫療準則」…等，即是醫療過失案件中之特別規範的客觀注意義務。因此有無醫療過失，除了應審查一般規範的違犯之外，尚須審查醫療行為中的特別專業規範。

就一般平均能力而言，通常吾人是透過一些外在的事實來推論某個人是否對某一事物具備有什麼樣的知識，例如理解重力加速度原理的中小學生就應該知道把東西從十層樓高往下丟，有可能砸傷下面的路人或砸壞下面的汽車；凡通過駕駛執照測驗者或有駕駛經驗的人都會知道，如過行車不保持距離，在緊急煞車時就無法及時停住車子。因而可以假設，大致上相同年齡、教育程度、專業訓練、生活經驗的人，也就是具備相同條件的人，應該對於某事務的發展具備相同的自然律知識³⁹，所以學者提出，判斷個案中行為人對於其行為引致結果發生是否具有預見可能，應該以與行為人具相同條件之人的平均能力為基準，乃符合法律規範的期待。蓋因倘若以每一個人的能力為基準，可能會產生太多不同的判斷標準，而且對於能力高者，相對於能力低者採取的基準將更為嚴苛，明顯入其於不利的法律地位。不過，我國文獻上有認為，在行為人個人能力較高的情形，以較高的能力基準作為判斷標準，雖然表面上似乎對該行為人不公平，但是倘以迴避法益侵害之刑法目的而言，若是對於兩個不同能力的人做相同要求，反而會為達成形式平等卻造成有效法益保護的放棄⁴⁰，所以應採主觀基準。此外，亦有折衷的看法，主張以一般人的平均能力作為判斷預見可能性的標準為原則，但仍兼顧行為人個人能力的特殊狀況，也就是當行為人個人的能力超過相同條件之人的平均能力，係以平均基準作為判斷標準，若行為人個人能力劣於一般人的平均能力，則以行為人個人

³⁹黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版社，2006年9月，頁295。

⁴⁰黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版社，2006年9月，頁303-304；引自盧映潔、施宏明、劉欣彤，過失之評價基準在醫療行為上的運用，2009年「醫療與刑事法」學術研討會（嘉義場）頁20-21。

的能力為判斷標準⁴¹。

三、 結果不法：

(一)結果可歸責（結果與行為間具風險實現性）

是否可以歸責，要考慮結果與行為間是否具備常態關聯性，與結果是否屬於規範保護目的之範圍。亦即，違反行為與結果雖具因果關係，但如欠缺危險關係時，仍不具客觀可歸責。

(二)結果必須具有可避免性

即使行為人在遵照義務的情形下，結果同樣會發生，行為人的行為與結果雖然有因果關係，但在客觀上是否可以認為對該行為人不能苛責，通說以為行為是無可避免的，亦即無客觀可歸責性。

過失犯就其本質而言，係以結果的可避免性為其成立要件，違背義務的行為所造成的結果，必須具有可避免性者，使有結果不法可言。行為人假如妥加注意，即可避免構成要件該當結果的發生者，則行為人的行為對於該結果始具結果不法；否則，行為人縱然保持必要的注意，結果仍舊會發生者，則行為人的行為對於該結果而言，及無結果不法⁴²。

第四節 客觀歸責理論與容許風險及信賴原則

客觀歸責理論的基本規則是：1.對行為客體製造了法所不容許的風險，2.這個不法風險在具體結果中實現了，且3.這個結果存在於構成要件效力範圍之內。那麼，由這個行為所引起的結果，才可算作行為人的成果，而歸責給行為人⁴³。

從客觀歸責理論的第一個判斷基準是，行為人必須對行為客體製造了不被容許的風險。因此，縱然行為與結果間有因果關係，但該行

⁴¹黃榮堅，前揭書，頁304。

⁴²Wesse/Beulke, AT.Rn.678.轉引自林山田，刑法通論(下冊)第九版，2005年9月，頁167。

⁴³林鈺雄，新刑法總論，2006年9月初版，頁151。

為仍在法所容許的風險界限時，即可主張容許風險或信賴原則，結果的發生就不能歸責於行為人。因為此時行為的危險尚屬容許風險，行為人並未製造出法律所不容許的風險，結論上即與完全未製造風險的行為相同。而在第一段歸責判斷時，即否定其客觀歸責，認為客觀構成要件不該當。因此，容許風險與信賴原則屬於阻卻構成要件該當事由⁴⁴。由於 Roxin 提出客觀歸責理論之後，過失犯的體系被完全重新架構。實際上，重新架構過失不法的內容，也是客觀歸責理論對於構成要件理論最大的貢獻。因為，依照客觀歸責的檢驗結果，如果在客觀構成要件上可以歸責者，至少應該成立過失犯罪。因而，傳統過失理論所謂的注意義務的違反、可預見性、認識可能性及危險避免可能性等要件判斷，皆為重複而多餘。

例如，甲以殺人故意向乙開槍，乙受傷，救護車送醫途中，乙因其他車輛違規所肇之交通事故而死亡；以此不可預見問題為例，傳統過失理論認為此乃不可預見之結果或因果歷程，即欠缺「預見可能性」問題，因此理論上否定行為人對死亡結果的過失責任。

但客觀歸責理論者認為這種傳統說並不精確，因為理論上，所有自然法則上可能的因果關係流程都是可以預見的。因此真正的關鍵是，根據法律規定，到底什麼是人們有義務去預見的，而這正是要透過歸責標準決定者⁴⁵。

以上述案例來說，客觀歸責理論認為，因為所製造之風險未實現，而非關行為人的預見與否。至於可避免性的問題，客觀歸責理論認為，欠缺過失之根本理由在於，在此一意外事故所實現的是被容許的風險，而非不可避免的循環論證⁴⁶。

客觀歸責理論是使用風險關聯，判斷行為人行為結果歸責之思考。「行為人需藉由侵害行為，對行為客體製造了法所不容許之風險，且該不法風險在具體結果中獲得實現，而結果亦存在於構成要件效力範

⁴⁴田幸艷，醫療過失刑事責任之研究，2007年1月，頁48以下。

⁴⁵林鈺雄，新刑法總論，元照，2007年9月二版，頁174-175。

⁴⁶林鈺雄，刑法總論，2006年9月，頁164-165。

圍之內，始得將該行為所引起之結果，算作行為人成果而予以歸責」⁴⁷。如果不法結果之實現超出規範保護目的範圍或因果歷程重大偏異情事，應援引客觀歸責理論之下位概念，進而檢驗得出是否將被告排除於應受歸責之範圍之外⁴⁸。客觀歸責理論之下位概念，或者說其輔助判斷規則，就是「容許風險」、「信賴原則」。

容許風險與信賴原則，主要是在結果犯的行為與結果之間具有原因與結果的因果關係後，欲判斷該具體發生之結果能否歸責於行為人之理論。亦即在肯定條件因果之後，再藉由客觀歸責理論來篩選，究竟由行為人之行為所引起之結果，是否可歸責給行為人。

關於「容許風險」或「信賴原則」作為過失犯之阻卻違法事由⁴⁹，學理上雖早已提出，德、日司法實務亦早已承認，惟我國實務則於晚進開始予以採用，初期係於交通事故之案件中運用「信賴原則」作為作為過失犯阻卻成立事由⁵⁰；之後，再擴及其他非交通事故之案件。

第一項 容許風險

容許風險，又稱為可容許之危險。係指某種有利於社會目的之行為，其性質上常含有侵害法益之危險，但若此種危險具有社會一般生活相當性，即屬已被容許之適法行為。

在利益衡平的前提下，從事危險行為並非毫無限制，到底何種程度之危險行為才被容許，則應依危險行為對社會之有益性而做決定。行為人所為之行為對於社會生活具有價值與有用性者，其風險自然較為法律所容，亦即風險是否容許，應由立法者斟酌各種危險行為之危險方式與危險程度，就一般理智、謹慎之人應注意之客觀注意標準，訂定各種不同之注意規則或安全規則加以界定，以提醒特定社會活動之參與者，在從事危險行為時保持特有之注意情狀，行為人對之即負

⁴⁷台中地方法院 95 年易字第 1313 號刑事判決。

⁴⁸引用台灣高等法院台中分院 95 年上易字第 1325 號刑事判決理由一、(四)之反面解釋。

⁴⁹究竟屬於法定阻卻違法事由，或是超法規阻卻違法事由，實務卻未曾於相關判解中交代清楚。

⁵⁰最高法院 84 年台上字第 5360 號判例。

有注意義務。

第二項 容許風險之限制

適用容許風險之法理，亦必須符合某些要件，以適當限制其適範圍，避免過度侵害其他之權利，故其限制如下：

一、須係有益且必要之行為

容許危險既係權衡利害之結果，因此必須是對社會有益且必要的行為。其衡量標準為以下四項⁵¹：

1. 被害法益的重要性：被害法益的價值越高，行為的不法就越重，此時，容許危險適用的限制也就越大。
2. 急迫危險的重大：發生結果的危險性越急迫者，行為的不法就越低；此時，容許的範圍也就越大。
3. 侵害法益的蓋然性：亦即從侵害法益的蓋然性來決定行為不法的輕重，侵害法益的蓋然性越高，行為的違法性就越高，限制就愈大；相反的，侵害法益的蓋然性越低，行為的違法性就越低，被容許的範圍也就越廣泛。
4. 行為目的的正當性：為所追求的目的越正當及社會所需要的程度越高，被容許危險的程度相對提高。一般認為，有益於人類生命、健康、教育、學術進展、交通上便利等行為，縱具有侵害法益的可能性，仍為適法行為。

二、須為適切的執行行為

對於行為之態樣，要求必須為適切執行的行為。因為，所為之行為縱已符合有益且必要之行為，如未適切為之，仍將造成不必要之侵害，亦將使人民權益受到極大的侵害。要件如下：

1. 行為人必須適切而無錯誤。
2. 行為人必須遵守該事業或行為制定之規則或注意事項。

⁵¹甘添貴，刑法總論講義，瑞興圖書股份有限公司，1992年，頁99。

3. 行為人必須善盡注意義務。

故容許風險行為，必須行為人已遵守各項危險業務所定的規則，並盡到實施危險行為時應有的注意。此外，並需審酌當時的實際情形，是否適合一般社會生活通念的相當性，以判斷是否盡其注意義務，而屬適法行為。若認為已遵守客觀的注意義務，即屬適切的執行行為，而為可容許的危險行為。

第三項 信賴原則

所謂信賴原則，係指當行為人從事危險行為時，信賴被害人或第三人也會採取（相對應之）適當行動為相當（被容許）之情形，縱使由於被害人或第三人之不適當行動導致結果發生，對此該行為人亦不負刑法責任之原則。換言之，謹守規範之行為人於行為時，通常亦得假設或信賴其他社會生活參與者，亦會盡其規範上之義務，並且在此一信賴基礎上為行為之反應。若基於此一信賴基礎所為之行為，導致利益侵害結果之發生，行為人之行為並非不法。

「信賴原則」學說與實務上之發展由來，源自於道路交通事故之過失責任認定。其概念源自於「信賴他人盡其義務之權利」，以及「以社會分工規則強化的容許風險」⁵²。簡單來說，道路交通參與者自己是遵守交通規則、善盡注意義務、謹慎小心地參與交通道路駕駛，其亦可信賴其他道路交通駕駛參與者也是遵守交通規則地使用道路。例如在高速公路上行駛的小客車，可以信賴行人不會跑到高速公路上，或是隨意穿越高速公路，因此即使在高速公路上開車，因不及減速慢行或煞車而撞上行人，亦不得論以駕駛者過失責任⁵³。除了交通事故以外，在醫療分工情形，現今學說上以及實務已經普遍認為應有信賴原則之適用。

⁵²黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版社，2006年，頁325-326。

⁵³黃榮堅，交通事故與容許信賴，評最高法院86年台上自地2462號判決，月旦法學雜誌第50期，1999年6月，頁178。

然信賴原則亦有其限制，有關其限制之要點如下⁵⁴：

1. 須注意利益比重及風險之大小問題：

應遵守規則的相對人顯然欠缺規則的常識、或遵守規則的能力時（例如一個三歲小孩，在馬路邊玩耍，隨時有可能跑到快車道），由於風險已經過大，所以行為人此時不能主張信賴原則⁵⁵。

2. 錯誤行為非完全不可避免：

當錯誤行為人還有機會選擇避免結果發生時，或稍加注意即能認識並能避免者，此時不能主張信賴原則，而應採取防果措施⁵⁶。

3. 自己錯誤者，不得主張容許信賴：

所謂信賴原則之適用，應以自身並未違規為前提⁵⁷。

第五節 小結

關於過失犯之成立要件，從無明文規定，到明定故意、過失之區別。實務見解之發展雖已累積一定之見解，然不可否認其成果仍顯不足，過失犯之成立要件，仍未形成明確體系，因而在解釋用法上，常常產生爭議及疑義；其中最具爭議性的，當屬醫療過失案件。

本文以為醫療過失案件包含有認識之過失及無認識之過失，兩者區別實益，僅止於法官量刑上的差異而已。醫療過失之性質屬於業務

⁵⁴黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版社，2006年，頁326-333。

⁵⁵Jakob, AT 7/54.；轉引自黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版社，2006年，頁326。

⁵⁶最高法院86年台上字第2462號刑事判決：所謂信賴原則，在道路交通事故之刑事案件上係指參與交通行為之一方，遵守交通法規秩序，得信賴同時參與交通行為之對方或其他人，亦必會遵守交通法規秩序，不致有違反交通法規秩序之行為發生，因此，對於對方或其他人因違反交通法規秩序之行為所導致之危險結果，即無注意防免之義務，從而得以免負過失責任；惟對於該對方或其他人不致發生違反交通法規秩序之行為，若無期待可能性，或行為之一方對於危險結果之發生，若稍加注意即能認識並予避免者，仍不能免除其注意義務，即無上開原則之適用。

⁵⁷最高法院98年台上字第6574號刑事判決：汽車駕駛人對於防止危險發生之相關交通法令之規定，業已遵守，並盡相當之注意義務，以防止危險發生，始可信賴他人亦能遵守交通規則並盡同等注意義務。若因此而發生交通事故，方得以信賴原則為由免除過失責任。上訴人之駕駛行為既有違規行駛於左轉專用車道，又未注意車前狀況及行經十字路口未減速慢行之交通違規情事，過失責任已甚灼然，自無再以信賴被害人遵守交通法規為由，據以排除己方過失駕駛行為之刑事責任歸屬。

過失已為我國學界及實務界之通說，而區別一般過失與業務過失，雖有加重處罰執行業務之人、賦予其應比一般人善盡更高之注意能力及義務，然對於業務過失致死、傷是否應加重處罰之見解，學說上有持反對說者⁵⁸，認為我國實務把根本非基於業務目的之行為，例如職業駕駛假日開自用車郊遊而撞死人，也認為屬於業務過失範疇之認定，顯然浮濫至極，並主張應廢除業務過失而適用一般過失，並修法區分輕過失與重大過失（對此，林鈺雄也提出疑問，針對業務過失的基本問題：1.何謂刑法上所稱的業務？2.立法者加重業務過失犯的刑責，其加重歸責基礎何在？3.業務之具體認定標準為何？其認為實務見解似乎寬嚴不一。）。本文亦持相同看法，本文以為業務過失應可刪除，而修訂刑法過失犯之分類，將之區分為輕過失、一般過失與重大過失；本文之理由如下：

1. 在醫療過失案件中，雖然同樣是加重刑責的業務過失犯，然而在明顯有過失的醫療過失判決中，常見的是身為醫師的被告往往得到比一般業務過失犯更輕的裁罰⁵⁹（法官在認定事實時，採取較嚴格的審查標準）。如此與一般業務過失犯相比較，法律的公平性很難不被質疑。雖然本文肯定醫護人員於醫療業務性質被期待犧牲奉獻的精神，以及熱切的動機和善良的本意；但人性有其缺點，絕大多數的人並非天生就懷有無私的利他精神，每個人都會犯錯，而法官在量刑時應受限於法條的規範，否則即應受到是否審判公平性、正當性之質疑。如果將刑法上「業務過失」刪除，而增訂過失犯之分類，將之區分為輕過失、一般過失與重大過失，醫療過失犯即可依事實認定其過失之輕重而予以裁處，而不至於令人產生獨厚醫界的誤解。
2. 而在密醫的無照行醫罪中，將未合法取得醫師執照的密醫依業務

⁵⁸參黃榮堅，前揭書，頁431-437。

⁵⁹參林萍章，論醫療過失與刑事裁判，東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，2005年9月，頁90；其在論文中敘及「本研究中，16位醫師被判有罪，他們的刑期，從拘役10日至12個月不等，最多的案例是判6個月（共有8人），平均為6.6個月。所有被判刑的醫師皆獲得緩刑或得易科罰金。法官似亦不認為這些醫師犯了十惡不赦的『重大過失』，因而給予輕判。」

過失行為論處，乃因判決不認為業務以合法為限。學理上之理由甚至有認為「業務上過失致死罪乃因其業務而加重處罰，合法正當之業務（指合法取得執照執業之醫師），按加重之例處罰，不合法不正當之業務（指密醫之行為）卻只以普通過失之例辦理，不免輕重倒置⁶⁰」，但此法理似乎仍顯牽強、不足備。本文認同密醫之行為應加重處罰，然將之比照「業務過失」，解釋上似乎有認同「密醫業務」之不當聯想，使人易生誤解。有關密醫罪之處罰，已於醫師法第 28 條中規定，有關密醫罪之加重處罰（如過失致死或致重傷），亦可於醫師法第 28 條之 1 規定之。

3. 刑法第 22 條規定：「業務上之正當行為，不罰」，常被醫療過失犯提出質疑，既是業務上正當行為，當可阻卻「業務過失行為」之違法，而我國刑法學說及實務見解，傳統以來也一直倚賴以刑法第 22 條「業務上之正當行為」作為醫療行為之阻卻違法事由。如果從「醫學」與「治療」的觀點來詮釋醫療行為的正當性，也就是認為只要認為具有治癒病人的必要行為，即可屬業務上之正當行為，但這樣的看法以今日重視病患自我決定權的觀點來檢視，顯然已有不足⁶¹。
4. 另外，在醫師指示下之「醫療輔助行為」一般被認為係屬醫師業務上之附隨業務，依護理人員法第 24 條規定：「醫療輔助行為應在醫師之指示下為之」，醫師必須對其負指示及監督之責。但如此解釋在醫療分工之今日社會，因其種類繁多，如將屬於附隨業務之「醫療輔助行為」，法律責任皆加諸於醫師身上，是否有失公允⁶²？

⁶⁰參蔡墩銘，最高法院刑事判決研究，國立台灣大學法學叢書（36），國立台灣大學法學叢書編輯委員會編輯，民國 82 年 10 月，頁 218。

⁶¹王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第 2 期，2007 年 6 月，頁 56。

⁶²例如，新竹地方法院刑事判決-89 年度訴字第 4 號，有關麻醉護士將止血針錯當麻醉藥施打，致產婦及胎兒死亡之案例，法院認為：「惟在醫師只是護士為醫療業務行為之下，醫師對一期只是而為醫療業務行為之護士，自當負有指揮、監督之責。又在麻醉手術實施前之取藥行為係屬醫療輔助行為，醫師在指示有適當訓練及經驗之合格護士準備麻醉用之藥物時，尚需親自核對藥劑容器之標籤外觀，或口頭詢問護士，以確認其準備藥劑無誤，避免發生危險。」本案經上訴第二審，高等法院所持見解與第一審相同（90 年度上訴字第 3468 號），經被告上訴第三

本文以為由上述四點理由可知，刑法上關於業務過失之規定，都只是徒增法官在解釋用法上的負擔與困擾，故業務過失的刑法規定應有刪除的必要，而可修訂刑法對於過失犯之分類，將之區分為輕(率)過失、一般(普通)過失與重大過失，而分別論刑；尤其在醫療過失犯中，因其過失態樣之複雜，故有關過失之輕重區分更顯必要。



第三章 醫療行為與醫療過失

美國社會學家 parsons 以社會學之觀點提出醫師與病人在社會中所扮演之角色，首先提到社會對醫師之要求，有下列數點：一、具有足以勝任的知識與技術，且其知識與技術也必須時時刻刻維持在不落伍的水準上。二、醫療角色應該是全面性的與普通性的，全面性的意思是指醫療服務必須開放給每位需要的人，普遍性的意思是指醫療這行業不應該是獨占性或是寡占性的，任何人只要具備足夠的條件，都有機會成為醫師。三、醫療功能上應具專一性，每位醫師都有所專長，對於非本身所在行的領域應立即轉診，同時，醫療上的專長是用來幫助病人，絕不可用於其他有害於人們的事物上。四、情感上能夠中立，醫師在施行醫療時，要能超脫個人的情感世界。五、要有整體取向，醫師要能夠犧牲自我得失，以病人的利益為最終目標。

而病人則具有兩種權利與兩種義務，兩種權利是指「免於原先社會角色扮演的權利」及「免於因病被責難的權利」；兩種義務是指「盡快恢復的義務」及「尋求適當有效治療的義務」，為了「盡快恢復的義務」，病人應該要能「詳述病情」與「配合治療」⁶³。

第一節 醫療行為之定義

由於伴隨醫學技術之進步，以及民眾就醫目的觀之變化，造成醫療行為之範圍不斷擴張，連帶地也造成醫療行為的定義必須配合更動，因此，醫療行為的定義難以維持固定。對於醫療行為之界定，觀察立場不同，即有不同之結果。何謂醫療行為？一般較為傳統對醫療行為的認定，認為醫療行為是有診療目的的，若非為了診療目的，實難想像會是醫療行為。我國、德國、日本對醫療行為傳統上皆持此看法。如此被認定的醫療行為可稱為「狹義醫療行為」。我國衛生主管機關

⁶³戴志展著，醫療行為與醫療糾紛，台灣醫界，第42卷第1期，1999年，頁57-58。

對於醫療業務行為之定義，最新的見解應為 2002 年衛署醫字 0910062996 號函：「按醫師法第 28 條所稱醫療業務之行為，係指以治療、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，均屬之。」依此見解，醫療行為係以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健為目的，若非以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健為目的，則不屬於醫療行為。此函釋並說明：「為兼顧社會現況，以下行為不屬於列入醫療管理之行為：

- 1.未涉及接骨或交付內服藥品，以傳統之推拿方法，或使用民間習用之外敷膏藥、外敷生草藥與藥洗，對運動跌打損傷所為之處置行為。
- 2.未使用儀器、未交付或使用藥品，或未有侵入性，而以傳統習用方式，對人體疾病所為之處置行為。如藉指壓、刮痧、腳底按摩、收驚、神符、香灰、拔罐、氣功與內功之功術等方式，對人體疾病所為之處置行為。」

我國有學者認為，醫療行為之定義有狹義之醫療行為與廣義之醫療行為之區別⁶⁴。狹義之醫療行為，又稱為「臨床之醫療行為」或「治療目的性醫療行為」。狹義之醫療行為係指醫療方法或醫療技術，經由動物或人體實驗以證實其療效，而為醫界所廣泛認可並公認採行之醫療行為。廣義之醫療行為，除前述狹義之醫療行為之外，尚含「實驗性醫療行為」，又稱「人體試驗」。所謂人體試驗，係指醫療機構依醫學倫理，於人體實行新醫療技術、藥品或醫療器材之試驗研究。

醫療行為，依醫療目的之不同，尚可分為「診療目的性之醫療行為」與「非診療目的性之醫療行為」⁶⁵。前述衛生署 0910062996 號之函釋，為診療目的性之醫療行為。而所謂非診療目的性之醫療行為，是指非以治療傷病、維護健康為目的，所為之醫療行為而言。例如：非疾病的美容、整形、結紮、墮胎及人工生殖手術等均屬之。由此觀

⁶⁴黃丁全，醫事法，月旦出版股份有限公司，民國 84 年 11 月版，頁 77。

⁶⁵黃丁全，醫事法，2000 年，頁 136-137。

之，衛生署對於醫療行為之函釋，已不足以涵蓋全部之醫療行為。因此宜採廣義的醫療行為之定義，始足以規範全部醫療行為，而保障全民生命、身體、健康之安全。

德國近年來學說對醫療行為的定義，已有逐漸改變傳統見解的趨勢。以整形美容行為為例，其發動即使不以醫療目的為出發點，無論如何也是屬於醫師所為的措施行為（*Ärztliche Maßnahme; Ärztliche Tätigkeit*），因為這種行為必須運用醫學專業知識及醫療技術，且有侵害他人生命、身體健康之虞，仍要由受過醫師養成教育訓練且取得醫師資格之人始可為之⁶⁶。

日本亦有學者主張，只要醫療行為人行為具有醫學之適應性及醫療技術之正當性，在客觀上有治癒醫療需求人之可能，均屬醫療行為。是以醫療行為不侷限於診斷疾病之範圍。而日本行政法上所稱之「醫行為」，依通說見解，係指如欠缺醫師之醫學判斷及技術，則對人體有危害之虞之行為，因此「醫行為」不以診療目的為限。綜上述，現行日本學說及行政法就醫療行為之概念採廣義解釋，而與傳統見解不同，除以診療病人為主要目的之醫療行為外，尚包含促進醫學技術進步為目的之實驗性醫療行為⁶⁷。

美國法院認為醫療行為人提供專業之醫學服務、診斷及治療等技術，而向醫療需求人收取費用，醫療需求並非因醫療行為人提供相關之醫療產品而付費，而此醫學之專業服務並不侷限於以診療為目的之醫療行為。醫療行為人依據醫療需求人之要求，提供非治療疾病之美容、減肥、整形及體檢等服務，皆屬醫療行為。是美國法院就醫療行為之定義係採廣義之概念⁶⁸。

我國訂立醫師法及醫療法等相關法規，明文醫師之資格、醫師之義務與醫療行為之相關規範，主要目的在確保醫療品質，並保障醫療

⁶⁶王皇玉，整形美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則—平台北地院 90 年訴字第 730 號判決，月旦法學雜誌第 127 期，2005 年 12 月，頁 54。

⁶⁷康弼周，組織過失責任歸屬之研究，司法研究年報第二十輯第十三篇，2000 年 11 月，頁 65-67。

⁶⁸林洲富，探討消費者保護法對醫療行為之適用，國立中正大學法律研究所碩士論文，2001 年，頁 27。

需求人之權益與健康。因此，即使是非以治療為直接目的之行為，若必須以受過醫學專業訓練之人使得完成，仍應視為醫療行為。我國實務近來也採取廣義醫療行為之見解，認為非以治療、矯正或預防疾病、傷害、殘廢或保健為直接目的的隆乳、陰道整形及抽脂手術屬於醫療行為，非取得合法醫師資格之人不得執行之⁶⁹。從近代比較法觀之醫療行為之定義，率皆以是否對人體具有一定危害性作為判斷醫療行為的標準，而採取較為廣義之醫療行為定義。

另外就醫學的觀點，認為醫療行為，必須具有「醫學之適應性」、「醫療技術之正當性」始足當之。所謂「醫學之適應性」係指醫療行為所使用之醫療範圍，需具有被容許適用之性質。在醫學上一般容許適用之醫療範圍，包含(1)疾病之治療、減輕；(2)疾病之預防；(3)畸形之矯正；(4)助產、人工流產；(5)基於治療目的對於患者進行試驗；(6)為提昇醫術進步進行之實驗等；至於改善外觀容貌之整形手術也已被認為具有社會之適應性。所謂「醫療技術之正當性」，係指醫療行為需具有切合於醫療技術之性質。換言之，只有採行醫界所承認之醫療技術，用於疾病之治療、減輕、預防等目的者，始得稱為正當醫療行為；倘採用不被醫學承認之方法或技術，用於疾病之治療、減輕、預防等目的者，尚難認係正當醫療行為⁷⁰。

第一項 醫療業務行為

日本學者認為，「醫療行為」須與「醫療業務行為」區分，蓋後者，係以「醫療行為」作為「業務」內容始足當之；換言之，即使有施行「醫療行為」之事實，倘非以之為業，尚非屬「醫療業務行為」⁷¹。

我國衛生行政實務對於醫療業務之解釋，係指以醫療行為為職業而言，無論是主要業務或是附隨業務，凡職業上予以機會，為非特定

⁶⁹參臺灣高等法院 89 年度上訴字第 3753 號判決、士林地方法院 90 年度亦字第 4 號判決。

⁷⁰大谷實，醫療行為之法，弘文堂，1997 年新版補正 2 版，頁 5-7。轉引自靳宗立-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，軍法專刊第 53 卷第 3 期，民國 96 年 6 月，頁 53。

⁷¹參見大谷實，前揭書，頁 3-8，轉引自靳宗立前揭文，頁 54。

人之醫療行為均屬之，且不以收取報酬為要件⁷²。而醫療業務又可分為「醫療主要行為」及「醫療輔助行為」。

一、醫療主要行為：

係指應由醫師親自執行之醫療業務行為，如：診斷、處方、手術、施行麻醉及病歷記載...等。

二、醫療輔助行為：

係指得在醫師指示下，由醫師以外之醫事人員，例如放射科檢驗師、物理治療師、護理師等，在醫師指示下，得由其執行抽血、檢驗、測量血壓注射針劑等行為，但應由醫師負起責任。護理人員法第 24 條第 2 項規定：「前項第 4 款醫療輔助行為應在醫師之指示下行之⁷³」。

第二項 無照行使醫療業務

關於密醫之無照行使醫療業務罪，係違反醫師法第 28 條前段「未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務罪。」又該條所稱之業務，係指以繼續之意思，反覆實施同種類行為為目的之社會活動而言⁷⁴。惟，有關刑法第 22 條「業務上之正當行為，不罰」是否適用於醫療技術精湛而無照之密醫呢？實務判上似乎採肯認的見解。依最高法院 87 年度台非字第 32 號刑事判決：「不具醫師資格者，擅自執行醫療業務，是否亦觸犯詐欺罪名，應視具體情形決之，如其醫術確有合格醫師之一般醫療水準或其秘方確實具有療效，而病患明知其無醫師資格仍然願意就診並支付醫療費用時，因無施用詐術使病患陷於錯誤而交付財物情形，其行為除違反醫師法第 28 條第 1 項外，並不另構成詐欺罪名。」關於本案可能根據「業務上之正當行為」阻卻違法（暫

⁷²參照行政院衛生署 83 年 11 月 28 日衛署醫字第 83068006 號函。

⁷³依據衛生署 90 年 3 月 12 日醫字第 0900017655 號函修訂護理人員法第 24 條第 1 項第 4 款所稱醫療輔助行為之範圍：(一) 輔助施行侵入性檢查。(二) 輔助施行侵入性治療、處置。(三) 輔助各項手術。(四) 輔助分娩。(五) 輔助施行放射線檢查、治療。(六) 輔助施行化學治療。(七) 輔助施行氧氣療法(含吸入療法)、光線療法。(八) 輔助藥物之投與。(九) 輔助心理、行為相關治療。(一〇) 病人生命徵象之監測與評估。(一一) 其他經中央衛生主管機關認定之醫療輔助行為。

⁷⁴參 96 年醫上訴字第 2 號判決。

且不論是以詐欺罪論處，或是以業務過失致死、傷罪論處)，其要件有二，其一、必須其醫術確有合格醫師之一般醫療水準或其秘方確實具有療效。其二、必須病患明知其無醫師資格仍然願意就診並支付醫療費用時。

這樣的解釋，在解釋法上其實是矛盾的。醫師法處罰密醫行為，其一方面固然是保障病人的生命、身體、健康利益，另一方面亦具有管制醫療行為是由具有醫師資格者來進行，以避免病人冒著風險，擔心醫療行為是由未經國家許可，不具醫師資格之人進行。換言之，醫師法特別針對不具醫師資格者進行醫療行為，制定的處罰規定，其所要保護的法益，乃是不特定多數人生命、身體、健康利益的維護，其處罰型態，屬於一種抽象危險犯之態樣，只要不具醫師資格之人為他人進行醫療行為，即意味著有造成他人生命、身體危害之可能。至於有無實害之出現，並不影響本罪之成立。也由於密醫罪的處罰理由，已隱含著密醫行為是侵害他人生命、身體、健康利益之行為。因此，密醫在進行醫療行為時，即使未對醫師資格進行說明或加以隱瞞，亦無必要再認為被害人同意的基礎，會因醫師資格的認知錯誤，進而認為病人所為的同意，是建立在重大錯誤資訊之上，並進一步認為被害人之同意是有瑕疵且無效的。因此也無須認為應另外成立傷害罪。因為處罰密醫行為，其實已經同時在處罰密醫可能造成他人的潛在身體健康傷害⁷⁵。

再舉例說明，例如一位被衛生署廢除醫師證書之人無照行醫，猶如日本知名漫畫（近年亦製成電視影集及電影播出）「怪醫黑傑克」一般，醫術精湛、為人看病治療，並收受費用，極受鄰里尊崇。惟鄰里不知其實該位醫師已被衛生署廢照而成為一名密醫，此時，除了依醫師法第 28 條之無照行使醫療業務罪以外，是否亦觸犯詐欺罪名？（按最高法院刑事判例 46 年台上 260 號：刑法第三百三十九條第一項詐欺罪之成立，以意圖為自己或第三人不法所有，以詐術使人將本

⁷⁵王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第二期，2007 年 6 月，頁 82-83。

人或第三人之物交付為要件。所謂以詐術使人交付，必須被詐欺人因其詐術而陷於錯誤，若其所用方法，不能認為詐術，亦不致使人陷於錯誤，即不構成該罪。)「業務上之正當行為，不罰」於此種情形，如無產生傷害、死亡，自然也就不成立業務過失傷害、死亡罪。此時刑法第 22 條即顯得多餘，可另依醫師法第 28 條之密醫罪處罰之；但是如果此密醫之醫療行為產生傷害、死亡之結果，引用刑法第 14 條過失犯之規定即已足。再者，近年醫界一再以刑法第 22 條「業務上之正當行為，不罰」來探討醫療過失應予以除罪化，而將之當為阻卻違法事由要件之一，徒增法官在解釋用上的負擔與困擾，基此，本文以為，刑法第 22 條「業務上之正當行為，不罰」似有刪除之空間⁷⁶。

第二節 醫療行為的特性

因醫學係以經驗、統計及實驗為基礎的自然科學，故醫師從事醫療行為時，主要以治療病患的過程與結果為其判斷依據，然而醫師雖本於專業知識及技術提供醫療服務，但醫療行為的特性，使得醫師對醫療行為的結果根本無法精確衡量所有不確定性。醫療行為的特性，國內學者將之分析為以下三點⁷⁷，即是一、具持續性及實驗性。二、具侵襲性及危險性。三、具專業性及裁量性。另有學者就此三點另外加述第四、具有不確定性⁷⁸；分述如下：

一、具持續性及實驗性

醫師對病患所實施之醫療行為，從診察階段、治療階段乃至於復健階段，均含括在整個醫療過程中，具有持續性之特徵。又醫療行為之對象乃人的身體，為人體結構可謂錯綜複雜、變幻莫測，縱施以相同之醫療行為，亦有可能因為個人體質不同，而產生不同之結果。易

⁷⁶相同見解，王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第二期，2007 年 6 月，頁 84-85。

⁷⁷劉文榕，醫事法要義，合記圖書出版社，1999 年 11 月，頁 175。

⁷⁸朱柏松，適用消保法論斷醫師責任，台大法學論叢，第 27 卷第 4 期，1998 年，頁 16-17。

言之，同一醫療行為施於不同個體上所引起之反應未必一致，亦即無法從前一個治療經驗可以完全類推於下一個治療行為之上，重覆相同之醫療行為過程中，存在著相當程度之變異性，縱然是常規性醫療亦存有某種程度之不確定性，故由醫療效果之發生以論，醫療行為實具實驗性之特質。此一實驗性對病患而言，固然係不可事先預料之不可測危險，然就治療疾病之救治目的而論，此種危險應屬可容許之危險，而構成醫師免責之事由。是故醫療行為又可謂係在一連串救治中反覆進行，並因應病人身體狀況事實修正而完成之連續性行為，尚且包含試行性錯誤在內。

二、具侵襲性及危險性

醫師使用注射針筒注入藥劑、抽血檢驗，或以手術刀切開身體組織等行為，對人體功能之正常運作而言，乃為一種侵害性行為。因此醫療行為係一具有危險性及侵入性之行為，而此危險來自於醫療行為之本質使然，且為其所不得不然。醫療行為或多或少對於人體產生侵襲性，作電腦斷層掃描時，所必須注射之顯影劑，即有可能引發身體之過敏反應，其危險性之存在來自於醫療行為之實施，並且在實行時方有可能出現。但因係為治療疾病之最終目的，故必須容許此種風險之存在與出現。

三、專業性及裁量性

醫師之養成教育係經由長期學習及鉅額花費，付出相當之心力、費用、時間，始能獲得醫學專業知能，此特殊領域專業人才之養成，絕非一朝一夕。欲取得合法醫師資格以懸壺濟世，除接受漫長艱辛之醫師養成教育及修習相關培訓課程外，尚須經過嚴格之國家考試，始能行醫執業。由於各種疾病之症狀不同，病症表現因人而異，其治療方式又未必僅有一種，此時醫師必須被賦與相當裁量權，始能針對各個病人的特性而給予不同的治療，並選擇最適當的方式予以救治。

四、具有不確定性

醫療本身即充滿不確定性，其原因肇於生物始種本身體質與表現上的多樣性和醫事技術之限制；即使經過實驗證實、公認之醫療方式，在臨床實施時也會有發生意外的結果。一種醫療行為的被採用，本來就是一連串實驗之後的統計結果，取其一般人在一般情形下，最大的醫療效果和最小傷害作用間的公約數，以作為可以被一般大眾所接受的醫療方式，所以在臨床上的變數遠比實驗時多，永遠有發生意外意外的或然機率存在，醫師即使遵照醫療標準程序治療病人，誤診和意外仍然可能發生，原因可能在於醫師本身的錯誤、病人本身體質的因素，或是其他不可預測的因素所導致⁷⁹。這種不確定的結果，與一般商品服務於提供服務行為時可確定或得確定的情形是有所不同的。

第三節 醫療行為與醫病關係

醫療行為是社會行為的一環，有人類存在的社會就會發生醫療關係。「醫療行為」指的是醫療提供者與醫療接受者之間的互動關係，這種關係我們也可以稱作「醫病關係」。

美國社會學家沙滋（Szasz）與荷蘭德（Hollender）在 1956 年即據此醫病關係發展出三個醫病互動模式⁸⁰：

一、主動-被動模式（activity-passivity model）：

醫師此時的角色乃是積極的為病人利益決定一切，病人完全處於被動、消極的狀態。醫病之間並沒有所謂的「互動」，完全僅有醫師對病人單向影響。

二、指令-合作模式（guidance-cooperation/paternalistic model）：以醫師為主導者。醫病雙方在醫療過程中，都具有主動的地位，醫師有權威性，充當指導者，病患接受醫師指導並密切配合。此模式的特徵在於告訴病人做什麼。

⁷⁹戴正德，自生命醫事倫理看醫療糾紛，台灣醫界，第 42 卷第 1 期，1999 年，頁 62。

⁸⁰參閱黃丁全，醫事法，21998 年二版，頁 356 以下；葉文正，醫師不作為醫療的刑法問題，成功大學法律學系研究所碩士論文，2005 年 6 月，頁 12-13。

三、共同參與模式(mutual participation model)：

此一模式，病患與醫師具有近似同等的權利，共同參與醫療決定與實施，病患不僅能配合診治，尚能參與意見，協助醫師做最正確的診療。

然而，由於臨床上大多數病患的病情，並非屬於很急迫或很嚴重的狀況，病患雖不舒服，但意識仍然清楚，能夠與醫師溝通、合作，因此最常見的應該就是「共同參與型模式」的運用。但由於當時的醫學主要是著重在發現病人體內的病理變化，使得沙滋與荷蘭德所提出的理想醫病模式，即便是共同參與型模式，還是建構在生物醫學的脈絡下，醫師的角色仍是具有權威性的指導者，醫病間的關係最後還是由醫師所掌控，無法脫離父權主義的色彩。此外，對於陷入昏迷的病患，是採取主動—被動的模式，未顧及病患在意識清楚前的意思，也成為被批判的焦點。

Veatch 針對上述三種醫病互動模式提出批評，認為這些模式仍然被附在傳統醫學倫理中所強調的父權主義之下，因而提出「契約模式」作為理想的醫病關係模式。「契約模式」乃是建構在醫病雙方互相尊重的前提下，醫師本於專業知識為病患的醫療決定負責；病患對於個人的價值與生活方式還是能夠享有自我的決定。此模式與醫療社會學家 David Armstrong 所提出的協商模式(negotiation model)或是學者 Emanuel & Emanuel 所提出的商議模式(deliberative model)，都具有一個共通的特徵，亦即都是本於病患自主的立場為出發。其所透露的乃是對於病患自主原則的尊重，此一思考成為日後醫病關係發展的核心⁸¹。

隨著社會結構變化、病患權利意識高漲及社會大眾的醫學資訊增加，醫病關係的理論逐漸關注在病患自主權上，意味著傳統以父權主義思維為主的醫病關係正慢慢被瓦解，取而代之的是以尊重病患自主權為主的醫病關係。

⁸¹龔漢芸，從法學與倫理學觀點探討緩和醫療問題，東吳大學法律研究所碩士論文，1999年，頁39。

第四節 醫療行為之合法性

醫療行為從目的方向來看，是一種對病人的生命、身體、健康具有正面利益之行為。然而從形式上來看，醫療行為極有可能是藉由侵入病人身體、侵害生理機能或是造成身體不適的方式，來達到促進病人身體健康、維持生命的目的。也由於醫療行為的方法、手段、過程或附隨效果，經常伴隨著對病人身體完整性、生理機能或生命的侵害可能性，因此，醫師可以說常常處於陷入醫療糾紛或是刑事處罰的高度風險之中。何以認定醫療行為的合法性？醫療行為是社會活動不可欠缺的活動，依據「容許風險」理論，是應該可以被加以容許的，各國對於醫療行為的合法性（適法性），又是如何看法呢？以下介紹日本及德國之相關見解。

第一項 日本

依照日本通說，醫療行為所以被評價為正當之業務行為，係因具有違法性欠缺之要件，基此前提，衡量醫療行為之合法性（適法性）基準要件有三⁸²：

一、以醫療為目的

醫生對病患所為之問診、檢查、注射藥物、手術等，行為均須以醫療為目的。從而非以醫療為目的，則欠缺醫療行為之適法要件，而為違法行為。如人體實驗即非以治療為目的，故為違法行為。雖醫療為求進步，作各種實驗是必然的，通常以動物為實驗對象，但最後總是要做人體實驗，蓋實驗對人體所造成的影響總是不可預測，如有侵害人體之危險性，通常多是對病患末期（如癌症末期）已無藥可資運用，且獲得病患的同意而做最後的嘗試居多。二次大戰期間，德國納粹在集中營強制收容猶太人，實施人體試驗，並非以醫療為目的，而是以

⁸²謝瑞智，醫療行為與刑事責任，法令月刊，第51卷第10期，2000年10月，頁1072-1073。

滅族為目的，且強迫為之，為侵犯人權之違法行為。

換言之，醫師的醫療行為必須以治癒病患目前的疾病為主，並須預防因治療而產生的其他副作用，且以預防病患將來疾病之發生為目的之治療行為，始為適法的醫療行為。

二、技術之正當性

醫師的診療行為必須依據診療當時的醫療水準進行診治。亦即以當時醫學上所承認而通用之醫療方法來診療。如醫師使用非醫學上所承認之醫療方法，除已經動物實驗得預測其結果，而具有高度安全性之情形外，縱然醫師係以醫療為目的，仍不能認為是合法的。

三、病患的同意

此亦即病患的「自我決定權」。所謂「自我決定權」指對於一定之個人事項，不受公權力干涉，個人有自行決定之權利，又稱為「人格自律權」。所謂一定之個人事項，基本上是以個人之人格尊嚴，與能過著幸福的生活為前提。蓋醫療行為，尤其是檢查、注射、輸血、手術、投藥等行為，係對生命、身體、健康等具有侵犯性，因此應該由病患自己意思決定。

上開醫療行為之合法三要件之間，具有密切之關連性，欠缺其一，即難認業已具備醫療行為之正當性。因此，以正當行為為前提之醫療行為即有明確化之必要。

第二項 德國

德國現行刑法中並無類似我國規定之「依法令之行為，不罰」；或是「業務上正當行為不罰」之阻卻違法事由的法定概括規定。因此，針對醫療過失行為，只區分故意或過失；輕過失或重大過失而論處⁸³。從刑法解釋學的觀點，究竟醫療行為應不應該符合刑法第 277 條普通

⁸³王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第二期，2007 年 6 月，頁 60。

傷害罪，或是第 278 條重傷罪之構成要件，德國法學在理論的探討上，始終有「醫療行為傷害說」，亦即傷害罪構成要件該當說（tatbestandlich Körperverletzung）與「醫療行為非傷害說」亦即傷害罪構成要件不該當說（tatbestandlich keine Körperverletzung）之爭議。這樣的爭執，其實由來於德國刑法實務見與學說見解之間的重大分歧。爭議的重點，當然並非只是單純刑法解釋學上的意見不合，而是由不同的角度去解釋醫療行為的本質，因而造成解釋結果的差異。研究德國對於醫療行為之合法性理論發展，主要有業務權理論、醫療行為傷害說及醫療行為非傷害說三種⁸⁴，下文將做一整理介紹。

第一款 德國醫療行為之合法性理論

一、業務權理論

刑法學者 Binding 在 1885 年所出版的刑法教科書中 (Handbuch des strafrechts)，曾經闢了一大章節來說明業務權與業務義務之概念，並將醫師根據業務權所為之醫療行為，列為「刑法與刑事追訴不發生事由」(Die Gründe der Nichtentstehung von Strafrecht und Strafklagrecht) 之一⁸⁵，此即今日刑法學說上所稱之「阻卻違法事由」或是「正當化事由」。

Binding 認為，人類的社會生活，有賴各種從事不同職業之人的共同參與始有可能。所謂從事業務之人，除了立法者、法官、擔任公職之人、檢察官、律師等，還包含了各式各樣從事倫理性、知識性，以及長期反覆執行特定業務之人。Binding 認為，擔任業務之人所擁有的權利與義務，有根據法律規定而來，例如國家公務機關之強制行為，警察執行逮捕命令、必要時所進行之侵入住宅、強制或搜索行為，監所人員所進行拘禁行為等等⁸⁶。有時業務是極為特殊或對社會生活

⁸⁴參王皇玉，前揭文，頁 44-52。

⁸⁵Binding, Handbuch des Strafrechts Bd. I, 1885, S. 791ff.；轉引自王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第二期，2007 年 6 月，頁 45。

⁸⁶Binding, a. a. O., S. 793f.；引自王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第

有深刻影響，但是權利與義務的內容，常是法律所無法具體以規範來掌握，而是根據不成文的規範或是習慣法而來，例如船長對於船員的紀律權 (Disciplinargewalt)，家長對子女的管教、懲戒權，教師對學生的懲戒權，醫師的業務權等。因此，在法律沒有明文規定業務權內容的情形下，Binding 提出了一些業務權行使的正當化判斷標準。亦即：(一)為了達成法律所要求的目的而進行之必要手段，即是法律所要求之手段；(二)為了達成法律所允許的目的而進行之必要手段即是法律所允許之手段；(三)手段的強度，不能超過或足以破壞目的之達成；(四)為了社會生活之需要長期以來所採取之特定手段，其雖有可能侵害他人權利或法益，但其進行乃長期在官署的目光之下，且從未認為是嫌惡或非難的，則推定為具有業務權⁸⁷。Binding 前面所稱的第四種業務權行使之正當化標準，即是當時學說上盛行用來解釋醫師業務權的普遍看法。

除了前述一般性的業務權探討之外，Binding 亦針對醫師的業務權進行特別說明。Binding 認為，醫師乃是受到國家許可而執行醫療業務之人，醫療行為正當化的理由，並非來自於病人的同意。醫師的醫療行為，只要是從醫學知識上足以達成醫療目的，且法律沒有明文禁止使用者，就是受到允許的。醫療行為雖然有可能對於病人身體組織造成侵害，但只要是有需要的，都可以進行。就此，Binding 進而認為，對於昏迷者，精神疾病者、孩童等心智不健全之人儘管沒有病人的同意，或是儘管醫師確信病人清醒的話會有反對意見，只要醫療行為是對病人提供援助者，醫師仍然可以進行醫療行為⁸⁸。關於外科手術行為，其正當性的依據，則在於醫療行為可以挽救生命或是使死亡風險降低，或是排除病人痛苦⁸⁹。但如果手術結果是否會成功，醫師自己都有所懷疑或不確定時，尤其是涉及到人體實驗之行為，

36 卷第二期，2007 年 6 月，頁 45。

⁸⁷Binding, a. a. O., S. 792f. 引自王皇玉，前揭文，頁 46。

⁸⁸Binding, a. a. O., S. 802；轉引自王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第二期，2007 年 6 月，頁 45。

⁸⁹Binding, a. a. O., S. 802f. 轉引自王皇玉，前揭文，頁 46。

Binding 認為，應從結果是否有死亡風險還是只有身體損傷而分別論斷。如果醫療結果只是會造成病人身體傷害的話，則只要病人有同意，醫師仍可進行手術行為；然而，如果手術有可能造成死亡風險者即使病人同意，醫師也不得進行⁹⁰。

從前述 Binding 對於醫師業務權之看法可知，在十九世紀末，醫療行為的正當性並非建立在病人的同意之上，而是醫師本身所具有的醫療業務權限。醫師之所以得根據治療之目的進行醫療行為，原本是建立在習慣法之上，但自從國家將醫師資格透過許可制度加以管制時，無異是將醫師這個職業納進了行政監督與管理的體系之下。醫師獲得職業資格的同時，不僅代表醫師具有執行醫療行為的「業務權限」，相對的，國家也同時設定了許多業務義務 (Berufspflichten)，要求醫師遵守。在這樣的醫師業務權論述脈絡之下，便會傾向於認為，醫師既然是執行國家所承認且許可的業務，理當不應使其受到刑罰的威脅。如果醫師是根據公法上所允許的「業務權限」而進行醫療行為，並盡了「業務上之義務」，則醫療目的即可使醫療手段神聖化，從而，醫療行為本身即不應該處罰⁹¹。

前面醫師業務權理論的觀點認為，醫師得到國家的許可之後，即取得執行醫療業務的權限。但除此之外，醫師尚必須遵守國家所要求的業務義務，否則會受到一定的懲處。相對而言，如果醫師遵守了業務義務的話，醫療行為不管結果如何，都不應受到刑法的懲罰。然而這樣業務權理論的盲點在於，業務權理論的意義固然在於醫師的資格與醫療業務的範圍、內容，應受到國家行政機關的許可與監督，但並不因而代表醫師對病人的身體、生命取得了支配的權力或是強制治療權限。從現今的眼光來看，一般的醫療行為中，醫師對於病人並無強制治療權。醫師對於病人的強制治療權，必須出於公共目的或公共任務的達成，且有法律的授權，才可能在醫師與病人之間創設出公法上的強制治療權限，並要求病人忍受醫師對其加以治療。例如對於傳染

⁹⁰Binding, a. a. O., S. 802f. 轉引自王皇玉，前揭文，頁 46。

⁹¹Kahl, Der Arzt im Strafrecht, ZStW 1909, S. 307f. 轉引自王皇玉，前揭文，頁 47。

病、性病的防治，或是對於有傷人或自傷之虞的精神疾病患者給予強制治療⁹²。因此，以醫師業務權理論作為醫療行為阻卻違法的事由，可以說完全將國家對醫師資格與醫療業務的公法上監督管制，誤解為國家同時為醫師創設了與病人間的強制支配關係，目前德國刑法學說，幾乎已不存在這樣的「業務權限」理論，至於對醫師的資格，醫師的業務權限與業務義務之規範，則均已轉入公法管制型態，例如以醫師法的行政法律規範，來對醫師的資格、業務行為與義務內容進行規範。

二、醫療行為傷害說—以承諾原則為中心

「醫療行為傷害說」是從德國 1894 年時德意志帝國的萊因法院判決見解發展出來的。此一判決所要處理的醫療糾紛，是一名七歲的女孩罹患結核性骨髓癌，醫生告知其父親必須進行截肢手術，始能保全性命。然而小女孩的父親明確表示反對截肢手術。醫師仍不顧女孩父親的明示反對意見，為女孩進行了截肢手術。儘管手術成功，女孩的復原情形良好，且保全了性命，但醫師仍以傷害罪被起訴，且地方法院判決亦認為成立傷害罪⁹³。此一判決意見即是德國後來刑法理論上有名的「醫療行為傷害說」之始祖判決。

判決中明確表示，醫師對於病人的截肢手術，乃符合德國刑法第 223 條傷害罪犯罪構成要件中之「傷害身體」之行為。因為截肢手術乃是一種直接地、物理地施加於人體組織之上的侵襲性治療，並侵害了病人的身體完整性。儘管醫師的行為是出於醫療目的，且手術成功而治癒了病人，但這並不表示醫師在法律上得到了許可，或是得以根據「醫師的業務權」(Berufsrecht des Arztes)，以違反病人的意思進行醫療。醫師能夠正當地，且不受處罰地侵害病人身體完整性，其最首要的前提要件，就是必須是得到病人的同意⁹⁴。

⁹²關於醫師在公法上的強制治療權，參考 Galwas. Zur Legitimation ärztlichen Handelns, NJW 1976, S. 1134.；轉引自王皇玉，前揭文，頁 48。

⁹³RGSt 25, 375ff. 轉引自王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學雜誌第 170 期，2009 年 7 月，頁 124。

⁹⁴RGSt 25, 375, 380. 轉引自王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學雜誌第 170 期，2009 年

萊因判決除了明白表示醫療行為屬傷害罪構成要件該當性之行為，其中最重要的論點，則是從反駁十九世紀末期德國刑法學說所承認的「醫師業務權」概念出發。反駁業務權理論的萊因判決明白表示，醫師許可制度中，受國家所「許可」的，只是給予「醫師」的頭銜與資格而已，這樣的許可，並不足以證立國家在醫師與病人之間創設了某種具體的法律關係，或是認為受到許可的醫師取得了對病人的強制支配力（Gewaltherrschaft），或是意味著醫師受到允許可以對病人進行任何治療行為⁹⁵。

德國聯邦法院將醫療行為定義為「符合構成要件的身體侵害行為（ein tatbestandsmäßige Körperverletzung）」，因此不論醫療行為之施行是否符合當時的醫療水準，醫師的醫療行為都是侵襲性行為。而此構成要件該當之身體侵害行為，唯有透過病人的同意（Einwilligung），才能阻卻其行為的違法，從而免除醫師法律上責任。而有效之同意，則須以完整說明醫療侵襲行為的必要性、成功率、副作用、可能併發症及術後癒合等資訊，使病人能自主基於個人考量決定同意為前提。因此只要病人主張：「假如醫師醫師在施行侵襲性醫療行為之前，對於『該侵襲性醫療行為可能帶來的副作用、風險、可能併發症，或醫療過程會很痛』加以說明，他就不會贊同醫療行為的施行」，亦即醫師未盡足夠之說明義務，因此醫師的醫療行為會因為病人同意之無效而成為違法行為。從而醫師對於因此違法醫療行為所產生之一切損害，不管醫療行為是否有疏失，醫師都有損害賠償責任（德國民法第 823 條第 1 項）。例如，醫師必須舉證證明，他對病人已盡應有的說明義務，並且經病人同意該侵襲性的醫療行為⁹⁶。

但又鑑於如此可能導致醫師負結果不法的責任，而非行為不法的法律責任，德國聯邦法院復又承認醫師可以舉證證明「如果他對病人

7 月，頁 124。

⁹⁵Bockelmann, Der ärztliche Heileingriff in Beiträgen zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft im ersten Jahrhundert Bestshes, ZStW 1981, S. 121. ; 轉引自王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第二期，2007 年 6 月，頁 47。

⁹⁶此說法可與我國備受爭議之判決：最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決做一比較。

盡一切的說明義務，病人會接受此必要的醫療行為」，即所謂的假設性的病人同意；而對此假設性之病人同意，病人必須對法官陳述「如過醫師對其事先說明，縱使一般人會接受醫師之建議，但他仍會拒絕該醫療行為之理由」，使法院能信服他的主張不是事後諸葛，而真正是個人的自主決定⁹⁷。

此種假設性的病人同意，通常以「理性的病人」為判斷標準，但是個人自我決定屬於一種主觀的決定，不須合乎一般理性人的想法。因此，若貫徹病人自主決定權說明義務，則病人不須陳述拒絕該治療行為之理由，使法官信服⁹⁸。因此假設性的病人同意本身即是對病人自主決定權 (Selbstbestimmungsrecht) 的侵害，而且刑法中的假設性同意可亦為阻卻違法事由，只有在「自主同意」無法即時取得。但是，如果病人精神狀況能自己決定，則只有病人本身直接的同意可以阻卻違法，僅是假設性的病人同意無法阻卻醫療行為的違法性⁹⁹。

總結來說，因為萊因判決的出現，過去一百多年來，醫療行為在德國刑法實務上，均被解釋為符合傷害構罪成要件之行為、醫療行為無法再以「業務權理論」來阻卻其違法性，只能透過以下三種事由才能阻卻行為的違法性。亦即：1.得被害人之承諾（即病人之同意）；2.具有推測之承諾；3.緊急避難。

三、醫療行為非傷害說

儘管德國實務見解均採「醫療行為傷害說」，然而，學說上也始終存在著不同意見，認為醫療行為根本就應該排除於傷害罪犯罪構成要件之外。提出「醫療行為非傷害說」見解之學者，計有：

1. 貝林 (Beling)

⁹⁷Kleinfers, VersR 1963, 297(303); v. Caemmerer, Problem der überholenden Kausalität, S. 34; Laufs, NJW 1969, 529(533).

⁹⁸Kleinfers, VersR 1963, 297(303); v. Caemmerer, Problem der überholenden Kausalität, S. 34; Laufs, NJW 1969, 529(533).

⁹⁹侯英冷，從德國法論醫師之契約上說明義務，月旦法學教室第 112 期，2004 年 9 月，頁 11-12。

貝林(Beling)是犯罪構成要件理論的創始者，其認為傷害罪在解釋上，應該有一個目的方向，也就是從法益保護的觀點出發。因此所謂的「傷害罪」，應理解為「對於身體利益有所侵害之行為」，而不能只從「傷害身體」(Körperverletzung)的表面文義來理解¹⁰⁰。醫療行為對於病人的身體利益具有正面提升的作用，其或是維護病人的健康狀態(wohlbefinde)，或是以侵害身體的方式來保全病人的生命，以維護病人的「生存利益」(Daseiinteresse)。因此醫療行為從整體結果來看，並未侵害病人的身體利益與生命利益，不應解釋為符合傷害罪構成要件之行為¹⁰¹。然而如果貫徹貝林「傷害罪」乃「身體利益侵害」之論述，則將導致只有成功的醫療行為，才不該當傷害罪構成要件，至於失敗的醫療行為，由於並未增進病人的身體利益，因此仍應該當傷害罪之構成要件。

貝林從傷害罪的法益保護與目的解釋出發的論理方式，基本上受到許多刑法學者的支持。然而貝林主張只有成功醫療行為始不構成傷害罪構成要件之看法，仍受到不少批判。

2. Engisch

Engisch 即認為，醫療行為不管結果是成功或是失敗，只要醫師主觀上是出於醫療目的，醫療行為符合醫術上之正當性，且具有醫療之適應性，就不是傷害行為。因為醫師在進行醫療行為時，通常是基於恢復或維護病人健康狀態為的目的，在醫療結果成功的時候，意味著醫師成功地維護了病人的生命或身體健康；即使在失敗的醫療行為時，仍必須根據「利益衡量原則」(Interessenabwägungsprinzip)判斷。也就是從整體上來看，只要醫師的醫療行為是為了維護病人的整體健康利益(亦包含生命利益)，就不能認為醫師的行為是傷害行

¹⁰⁰Bling, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer, ZStW 1924, S. 225. ; 轉引自王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學雜誌第 170 期，2009 年 7 月，頁 124。

¹⁰¹Belibg, a. a. O., S. 222 ff. 轉引自王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學雜誌第 170 期，2009 年 7 月，頁 125。

為¹⁰²。此外，利益衡量必須是一種對於醫療行為所進行的事前(ex ante)概然性判斷。只要醫師在行為前衡量，進行手術的利益乃優於不利益，即可認為醫師的行為是在維護病人的優越利益(überwiegendes Interesse)，而不能僅以事後偶然發生的結果來判斷醫療行為是違法的¹⁰³。

根據 Engisch 的看法，醫療行為在事前獲得病人的同意，固然是合法的，但即使事先未得到病人的同意，只要是出於醫療目的，具有醫療之適應性，符合醫學上的準則，並且滿足優越利益原則，就不能認為是符合傷害罪的犯罪構成要件。沒有得到病人的同意所施加的醫療行為，如果不是傷害行為，則這樣的行為又應該如何評價呢？

Engisch 認為，違反或未得到病人同意的醫療行為，本質上所侵害的利益應該是病人的意思決定自由，因此應該屬於侵害自由法益的犯罪類型¹⁰⁴。但是這樣的行為以刑法上固有的強制罪或剝奪行動自由罪來認定，都不適當。想像上能以強制罪或剝奪行動自由罪來相繩的案例，大概只有醫師以暴力將病人綁住施打麻醉藥，再進行手術行為之特殊情形。因此 Engisch 認為，這種醫師違反或未得病人同意所進行的醫療行為，只能未來在立法上另定適當的條文加以規範¹⁰⁵。

3. Bockelmann

學者 Bockelmann 則認為，對於醫療行為的評價應該從整體行為

¹⁰²Engisch, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 1939, S. 5.; 轉引自王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第二期，2007 年 6 月，頁 49。

¹⁰³Engisch, a. a. O., S. 9.

¹⁰⁴我國實務上亦有類似案件，詳見基隆地方法院刑事判決 95 年度易字第 223 號。本案為急診醫師未對病人說明，但有另向被害人之夫說明，即為有呼吸障礙但意識清楚的病人，未得其同意，即違反其意願，對之施以侵入性之鼻插管治療，以此強暴之方式妨害被害人行使其意思自主決定權。檢察官因此認為被告涉有刑法第 304 條第 1 項之強制罪嫌而將之起訴；最後法院以「被告對被害人實施上述侵入性鼻插管治療行為時，其主觀上並無妨害病患被害人意思自主決定權之意欲及妨害被害人行使權利之犯意，復屬得阻卻違法之業務上正當行為，自難以強制罪相繩。」諭知被告無罪之判決。

¹⁰⁵Engisch, a. a. O., S. 4. 類似於 Engisch 之見解，認為為反病人意思的醫療行為，固然違反病人的自我決定權，但仍然與強制罪或剝奪行動自由最有別，尚有 Grünwald, ZStW 1961, S. 9f.; Schröder, NJW 1961, S. 952; Eser, in: Schönke/ Schröder, 26. Aufl., 2001, §223 Rn. 30.; 轉引自王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第二期，2007 年 6 月，頁 49-50。

來看，而不能機械式地切割論斷。以盲腸炎為例，評價的對象不能只是著眼於醫師把病人的肚子割開這一部份，而應該整體地觀察，認為醫師只是藉由割開肚子的手段來割除病灶，以維護病人的健康利益。更進一步地說，如果說醫師的開刀行為是傷害罪，那是否意味著醫師不進行開刀行為就一定不會犯罪？答案應該是否定的。因為醫師不進行必要的手術，導致病人病情惡化，反而才應該被認為以不純正不作為的方式進行傷害行為¹⁰⁶。

Bockelmann 認為，醫療行為在刑法上的評價，應該區分醫療的結果是成功還是失敗兩種情形。對於病人有治癒效果或減輕其痛苦的成功醫療行為，此乃增進病人整體健康利益之行為，首先就不應該評價為刑法上的傷害罪，不論這樣的行為事先有獲得病人同意。因為只要結果是成功的，無論如何，都不符合傷害罪所稱之「傷害」或是「損害健康」之要件¹⁰⁷。至於失敗的醫療行為，從結果來看，固然可以認為是侵害健康的行為，但是在審查是否符合傷害罪構成要件時，還應該判斷行為人主觀上有無故意或是過失。從醫療行為整體來看，醫師意圖的內容，通常不是對病人進行傷害，而是對他人已受的傷害給予治療，或是排除病人疾病所可能帶來的更嚴重之生命或健康的危險。因此，醫師本身在行為時，即不具有「傷害」的故意，故當然不構成傷害罪構成要件。關於過失之認定，則必須判斷，身體損害之結果是否是因為醫師違反注意義務所造成。只要醫師的行為是遵守醫療準則，符合醫療的目的方向（亦即具有醫療的適應性），即可認為醫師的行為已盡了社會交往的必要注意義務，而不構成過失傷害¹⁰⁸。

「醫療行為非傷害說」見解的共通性，並非從形式違法性的觀點，認為醫療行為侵害了特定的行為客體（Handlungsobjekt），亦即病人的身體，所以就應該成立傷害罪。毋寧說，是從實質違法性的觀點

¹⁰⁶Bockelmann, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, JZ 1962, 527; ders., Strafrecht des Arztes, 1968, S. 66. 轉引自王皇玉，前揭文，頁 49-50。

¹⁰⁷Bockelmann, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, JZ 1962, 528; ders., Strafrecht des Arztes, 1968, S. ; 67. 轉引自王皇玉，前揭文，頁 50。

¹⁰⁸Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. ; 68. 轉引自王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學雜誌第 170 期，2009 年 7 月，頁 125。

出發，認為所謂的犯罪行為，必須是侵害了透過刑法規範所要保護的理念上的價值 (ideeller wert)，亦即整體的身體、健康利益才行。因此，單從醫療目的與醫療行為是為了促進病人生理健康的觀點出發，就足以建構出醫療行為的正當性基礎。不應該將病人的同意一起拉進來談。此外，醫療行為的作用在於增進病人的身體、健康利益，挽救生命，或是緩和病人的痛苦，因此從社會意義 (sozialer Sinngehalt) 來看，醫療行為不僅不是傷害行為，反而應該是傷害行為的相反 (Gegenteil der Körperverletzung)¹⁰⁹。因此也無須進一步判斷是否應以病人的同意作為阻卻違法事由。即使醫療結果是失敗的，也必須考慮到醫師主觀上欠缺傷害的故意，因此也不構成犯罪。至於沒有得到病人同意就進行的醫療行為，應該僅就「違反病人同意」的部份，以類似於刑法上侵害他人意思形成自由的強制罪來處罰。此與以保護身體、健康法益的傷害罪，乃不同層次的問題¹¹⁰。

然而，以上種種「醫療行為非傷害說」的論點，始終不能令人滿意的地方是，傷害罪所要保護的法益，不僅包含了健康利益，還包括身體完整性與不可侵犯性，而身體完整性與不可侵犯性是否受到侵害，其認定本來就必須繫於被害人的自由意思。換言之，病人對自己身體的自我決定權，在傷害罪的認定上，扮演著一定的作用，不容忽視。

由於德國學說上對於醫療行為的評價，幾乎均認定只要是未得病人同意的醫療行為，亦即醫師擅行醫療行為 (eigenmächtige Heilbehandlung)¹¹¹，應屬犯罪行為。但是學說上一致的見解亦認為，這樣的行為不管是德國實務所採的「傷害罪」解釋模式，還是學說上所採的「強制罪」解釋模式，兩者都有令人不盡滿意之處。因此，學說上一再嘗試推動修法，想將「擅行醫療行為」制訂特別的處罰規定，

¹⁰⁹Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrech, 5. Aufl., 1996, s. 234f. 以及 Tröndle/Fisher, StGB, 54. Aufl., 2003, §223, Rn. 11. 轉引自王皇玉，前揭文，頁 126。

¹¹⁰Wessels/Hettinger, Strafrecht besonderer Teil/1, 28. Aufl., 2004, S. 97.; Katzenmeier, Ein Sonderstrafatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung, ZRP 1997, S. 157. 轉引自王皇玉，前揭文，頁 126。

¹¹¹我國學者有將此稱為「專斷醫療行為」，見甘添貴，專斷醫療與承諾，月旦法學教室第 17 期，頁 20 以下，亦有稱此為「專斷之治療行為」，見陳子平，醫療上「充分說明與同意(Informed Consent)」，東吳大學法律學報第 12 卷第一期，2000 年 2 月，頁 26。

並將「病人的自我決定權」作為法益保護方向，以調和用傷害罪或強制罪評價的不當之處，更可明白地在刑法條文中宣示，醫師的行為只要是根據醫療目的，並得到病人的同意，且具有醫術上之正當性者，不管醫療結果是成功或失敗，均不能再以刑法處罰。

第二款 德國醫療行為之除罪化

過去一百年來，德國刑法修正草案或學者所提的刑法修正案中，出現關於醫療行為的刑法規定，不勝枚舉，其主要方向幾乎均是傾向於直接在刑法分則條文中，將出於醫療目的、具醫療適應性，且符合醫療準則的醫療行為，以一個通則的方式明文予以除罪化。至於較受非難與譴責的未得病人同意之醫療行為則另訂獨立的處罰規定。然而終究仍遭致修法失敗的命運。

以德國最近二次修法提案為例，1962年官方版刑法修正草案中，在第161條中對醫療行為做了通則式的規定，「出於醫療目的且符合醫師良心準則的侵害或醫療行為，不得根據傷害罪加以處罰¹¹²」，第162條則接著規定，未經病人同意而擅行醫療行為者，處三年以下監禁刑、拘禁或罰金。以上的立法提案，主要是要宣示，醫療行為中，只有未得病人同意的行為才是違法的。至於醫療行為的結果，不管成功或失敗，甚至病人死亡，除了有醫療過失的情形，均不能再以刑法處罰。如此立法方向，不僅有意終結醫療行為在刑法規範評價上的紛擾，更希望可以顧及病人利益，並同時讓醫生可以免除不可預期的刑罰風險¹¹³。

1962年的有關醫療行為的修法草案，最後並沒有通過。被批評的

¹¹²德國1962年的刑法修正草案第161條之詳細規定為「根據醫學知識、經驗，以及符合醫師良心的準則，出於預防、診斷、治療或減輕疾病、疼痛、身體損害、身體痛苦或精神障礙之目的，所進行的侵害或其他處置，不得根據傷害罪處罰。」(Eingriffe und andere Behandlungen, die Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und Vorgenommen worden, Krankheiten, Leiden, Körperschäden, Körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, sind nicht als, Körperverletzung strafbar.) 王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學雜誌第170期，2009年7月，頁128。

¹¹³Katzenmeier, , a. a. O. (Fn. 13), S. 158.; 轉引自王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學雜誌第170期，2009年7月，頁128。

理由甚多，其中主要在於第 161 條以明文規定醫療行為不得根據傷害罪處罰，與既有的刑法解釋結構不符，法條規定被認為是無用且多此一舉的。詳言之，多數學者認為，直接以法律明文規定醫療行為不能根據傷害罪來處罰，是非常粗糙且多餘的立法，因為只要有了第 162 條針對未得到病人同意的「擅行醫療行為」進行規範，其反面解釋即可得出，任何有得到病人同意的醫療行為，不管結果是成功還是失敗，均不能再以刑法處罰。因此 1970 年以學者 Baumann 為首所提出來的刑法替代草案 (AE1970) 第 123 條中，僅針對「擅行醫療行為」進行規範¹¹⁴。此外，第 161 條被批評的地方，乃在於有可能被誤解為是針對醫師族群所給予的特殊除罪化待遇¹¹⁵。因此，1962 年關於醫療行為的修法提案，最後仍遭修法失敗的命運。

最近一次刑法修法草案中，與醫療行為有關的條文，則是出現在 1996 年由官方所提出的刑法修正草案中。此一草案，亦是德國 1998 年所通過的第六次刑法修正案的原始提案。草案中第 229 條有關醫療行為的規定，主要是根據學者的意見而來，針對未得到同意而「擅行醫療行為」之制定處罰規定。草案的第 229 條第 1 項規定，「未得他人有效的同意，出於治療他人或他人胎兒之目的，或為了緩和、預防其身體或心理上的疾病、傷害、痛苦、疼痛或干擾之目的，對他人身體進行侵害行為，或是對他人之身體完整性、健康狀態，進行具有重大影響之處置行為者，處五年以下自由刑或罰金刑。」比較特殊的地方，則是第 229 條第 2 項有關加重處罰的規定。其中針對較為嚴重的兩種擅行醫療行為，其一是針對未經他人同意而擅行「人體試驗」的處罰規定，其二則是未得他人同意，進行醫療效果極低，但醫療風險極高的醫療行為。以上兩種行為，根據草案第 229 條第 2 項規定，可以處六個月以上十年以下有期徒刑。除了第 229 條規定之外，草案第 230 條則針對醫療過失行為進行規定，「基於前條之目的而對他人身

¹¹⁴代替方案第 123 條第一項規定「未經他人同意所進行的醫療侵襲行為，且是遵從或自信是遵從醫療技術與經驗所為者，處以罰金或一年以下有期徒刑。」另參 Katzenmeier, a. a. O. (Fn. 13), S. 158. ;轉引自王皇玉，前揭文，頁 128。

¹¹⁵Katzenmeier, a. a. O. (Fn. 13), S. 158f. 轉引自王皇玉，前揭文，頁 128。

體進行侵襲或醫療行為時，因過失造成他人身體或健康損害者，處三年以下自由刑或罰金刑¹¹⁶」。

1996 年的修法草案第 229 條規定，基本上是以學界所要求的針對醫師未經同意而擅行醫療行為進行規範，其規範方式，就是將擅行醫療行為以「侵害病人的自我決定權」為由，制定處罰規定。草案的立法方向主要有三：一、確認醫療行為不是傷害行為。只要醫療行為是符合醫術上的正當性者，即不存在有傷害罪的不法內涵。二、未得病人同意所擅行之醫療行為，即使是出於「善意」(gute Wille)，或是具有醫術上的正當性，仍應認為是違反醫療準則之行為。三、刑法對於擅行醫療行為的處罰，只限於故意行為。在具體案例中如果出現因醫師說明的不足，或是醫師與病人認知不同的錯誤情形，乃排除於擅行醫療行為處罰的範圍之外¹¹⁷。

1996 年的立法草案中，有關醫療行為的規定，最終並沒有通過。因為草案條文在立法過程的討論中，始終被認為無法解決實際問題，且規範內容過於狹隘又欠缺實踐性。草案第 229 條規定，醫療行為是否構成未得病人同意而擅行之醫療行為，首先必須先區別該行為是出於「醫療目的」之行為，還是出於「非醫療目的」之行為，如果是後者，則無本條之適用。由於本條條文只適用於出於「醫療目的」之行為，因此此一立法方式從一開始就爭議不斷。例如美容醫學中哪些行為是出於醫療目的，哪些不是，即無法明確界定。此外，結紮手術、生產、墮胎、抽血行為，是否應該解釋為本條所涵蓋的範圍？還是應該排除？也無明確結論。再者，如果第 229 條第 1 項只規範出於醫療目的的擅行醫療行為，則何以第 229 條第 2 項卻規定了一個與「醫療目的」毫無關係的擅行人體試驗的處罰規定？因此，第 229 條第 2 項的出現，被認為是擾亂整個規範體系的錯誤示範¹¹⁸。除了第 229 條規

¹¹⁶參考 Katzenmeier, a. a. O., S. 156. ; 轉引自王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第二期，2007 年 6 月，頁 55。

¹¹⁷Freund, Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, ZStW1997, S. 475f. 轉引自王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學雜誌第 170 期，2009 年 7 月，頁 130。

¹¹⁸Katzenmeier, a. a. O., S. 159. ; 轉引自王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學雜誌第 170 期，2009 年 7 月，頁 130。。

定之外，草案第 230 條針對醫療業務過失行為所增訂的特別規定，也被認為與既有的過失傷害罪重疊，無特別立法的必要。且如果有此條條文存在，則法官必然要解釋、評價與區別醫療過失與一般過失的異同，此舉無異增加法官的負擔¹¹⁹。

德國政府 1996 年所提出來的刑法修正草案中，對醫療行為進行了特別立法，立意雖佳，但因為條文內容存有太多疑慮，且被認為欠缺實踐性與必要性。因此，此一內容只是在 1996 年的刑法草案提案中曇花一現地出現，隨即在 1997 年的案前審查會議中遭到刪除的命運¹²⁰。因此，目前在德國實務見解中，未得病人同意的醫療行為，仍然維持傷害罪的一貫立場。

第三項 我國

關於醫療行為的適法性，我國刑法學說與實務見解，傳統以來，一直倚賴以刑法第 22 條「業務上之正當行為」作為醫療行為阻卻違法事由。在刑法解釋上，如果認為醫療行為應以「業務上之正當行為」作為阻卻違法事由的話，即意謂著醫療行為被認定是符合傷害罪構成要件之行為。亦即對於醫療行為的論述架構，會完全建立在醫療行為傷害說的脈絡之上。此一論述，與目前德國實務見解相一致。然而，由於德國刑法並無類似我國刑法有關「業務正當行為」之規定，而是以「病人的承諾」此一超法規阻卻違法事由作為醫療行為正當化的依據，因此，我國刑法第 22 條的存在，實成為我國與德國在論述醫療行為正當化事由時的重大差異所在¹²¹。

醫療行為常發生對於病患身體有侵入性行為，國內學者認為¹²²，這種身體上的侵犯，在刑法上等於是一種暴行或傷害，但因醫療行為

¹¹⁹Freund, a. a. O., S. 447f. 轉引自王皇玉，前揭文，頁 130。

¹²⁰詳細過程以及其他刪除之理由，可參考 Freund, a. a. O., S. 478. 轉引自王皇玉，前揭文，頁 130。

¹²¹王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第二期，2007 年 6 月，頁 57。

¹²²謝瑞智，醫療行為與刑事責任，法令月刊，第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月，頁 1073-1074。

對於身體之侵害，主要是為了恢復健或增進健康而為，因此自不得就此追究醫師之刑事責任，而認為是業務上正當行為。然亦有持不同見解者¹²³，認為「醫療上的行為」之所以大部分不構成犯罪，是因為醫療行為即是「醫療義務」，就刑法的「構成要件該當性」判斷來說，「醫療上發生的行為」才應作為「構成要件該當性」判斷的起點，如此一來，不僅客觀上屬「治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺行為」或「處方、用藥、手術或處置等行為」，均足以作為判斷的「事實對象」，甚至一切發生於醫療領域而啟動的「變化」病患「身體法益」或邁向「死亡」的因果進程的行為，均屬之。在此理解下，「醫療上所發生的行為」不僅有可能適用「過失構成要件」，也有可能適用「故意構成要件」。而其進一步認為：「履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」所具有的必然是「故意構成要件該當性」，然而，其必然具有「阻卻違法事由」而不犯罪。又其「阻卻違法之事由」乃因「依法律之行為」而不犯罪。因為，「醫療義務」乃依「醫療法」而為決定，若加以履行，則必然符合「醫療法」的要求，而屬於「依法令之行為」，因而具有「阻卻違法事由」而不犯罪。

然而，這種「無罪快速篩選法」，僅就履行「醫療義務」者能加以運用，也僅能促使法律適用者（法院）不致做成錯誤的有罪結論，但其進一步的「刑法適用」流程，並不能省略，因為其之所以無罪，或因欠缺「構成要件該當性」，或因具有「阻卻違法事由」，對此，法律適用者（法院）仍有說明的義務。

綜合國內學者之意見，醫療行為是社會生活中不可欠缺的活動，雖然醫療行為存在著對病患身體的侵害，然而又依「容許風險理論」被加以容許。除了「容許風險理論」，我國刑法中哪些規範，可以解釋醫療行為適法性之依據，以下分別論述¹²⁴。

¹²³鄭逸哲，履行「醫療義務」當然無罪，未履行也未必有罪(上)，軍法專刊第56卷第1期，2010年2月，頁155-158。

¹²⁴參蔡墩銘著，醫事刑法要論，二版，2005年9月，頁196-197。楊佳苓，醫療過失刑事責任之研究，中央警察大學法律學研究所碩士論文，2009年6月，頁36-39。

第一款 醫療行為之阻卻違法事由有哪些

一、依法令之行為

刑法第 21 條第 1 項規定：「依法令之行為，不罰。」法律所許可之行為，自屬合法行為，因此所實施的行為若有法律的依據，一般可認為是合法或阻卻違法之行為。這是基於法秩序一致性而來的阻卻違法事由，如果其他法令已經容許了某個行為，在制裁最為嚴厲的刑法，也應將其評價為合法的行為。在醫療行為中，常見的事由為：依法之人工流產（優生保健法第 9 條阻卻刑法第 288 條、289 條第 1 項）、精神醫療機構以外之精神照護機構，為防範緊急暴力意外、自殺或自傷之事件，得拘束病人身體，並立即護送就醫（精神衛生法第 37 條第 3 項）；鑑定人因鑑定之必要，得經審判長、受命法官或檢察官之許可，檢查身體、解剖屍體、毀壞物體或進入有人居住或看守之住宅或其他處所（刑事訴訟法第 204 條第 1 項）等等。這些行為都是對人身體、自由或隱私的限制或侵害，但因法律許可，而阻卻違法，不成立犯罪。

二、業務上正當行為

刑法第 22 條規定：「業務上之正當行為，不罰」。醫療為正當職業，故執行此一職業可謂業務行為，且大都屬於正當行為。惟非一切之醫療業務行為均應視為正當行為，其中亦有非正當行為。然而只有業務上正當行為方可阻卻違法，雖屬業務行為，但不得認為正當者，仍不得阻卻違法。在解釋上，學說一致認為，得以阻卻違法的關鍵點，應以行為是否正當為準。因此，僅業務正當而行為不正當，仍不能排除行為的違法性¹²⁵。

何種醫療行為應認為正當行為，何種醫療行為應認為不正當行為，自應依醫療準則，當時、當地之正當醫療水準或醫學倫理之觀點予以認定，亦即符合者為正當行為，不符合者為不正當行為。由於行為是

¹²⁵陳子平，刑法總論（上），2005 年，頁 263。

否正當之判斷，係判斷者主觀之認定，並無明確之標準，故正當行為之判斷富於伸縮性，不能一概而論。雖如此，醫師所實施之醫療行為是否正當，無法忽視下列事項¹²⁶：

- (一) 必要性：醫療行為為必要不可或缺之行為，即有正當性，假如並無必要性，則亦無正當性。
- (二) 有利性：醫療行為有利於病情之改善，假如並非有利於病情之改善，則不能認為正當。
- (三) 相當性：醫療行為之目的與手段均屬相當，即屬正當之行為，如非相當，則不能認為正當之行為。

不過亦有學者發現，雖然學說提出一些共通性的概括標準，然而在具體個案出現時，甚至在不同的業務類型上，完全無法僅以上述要件來滿足「行為正當性」的審查要求。這也是何以學說會在既有的「業務上正當行為」概念之上，繼續針對「醫療行為」不斷開展出較為完整與細緻的正當化要件的內在動力所在¹²⁷。

三、緊急避難行為

刑法第 24 條第 1 項規定：「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」為防止病人生命、身體上的危險，醫師施行緊急避難之行為，在刑法的立場上，是法律所允許而阻卻違法的行為，但醫師不能為了拯救病人的生命，而犧牲他人的生命，也就是說，基於法益權衡原則，因避難行為而予以侵害的法益，不能超過遭受危難者之法益可能發生之損害。因此不能為了拯救遭受危難者之生命而侵害他人之生命，只能侵害他人較不重要的法益¹²⁸。例如，2003 年全台爆發前所未聞的傳染性疾病 SARS (Severe Acute Respiratory Syndrome)；

¹²⁶ 蔡墩銘，醫事刑法要論二版，2005 年 9 月，頁 196-197。

¹²⁷ 王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第 2 期，2007 年 6 月，頁 64。

¹²⁸ 蔡墩銘著，醫事刑法要論二版，2005 年 9 月，頁 196-197。

嚴重急性呼吸道症候群)¹²⁹，當時因全球尚未找出可以治療 SARS 的藥物及方式，因此行政院衛生署的做法是，依照傳染病防治法第 15 條規定將得到 SARS 的病患隔離治療，甚至封院¹³⁰以達完全隔離之效果。此即以緊急避難方式，為避免不特定多數人（和平醫院外之普羅大眾）遭受身體、健康法益遭受可能之侵害（感染 SARS），而限制剝奪特定少數人（和平醫院內醫護人員、病人及家屬）之人身自由。此舉在當時引發許多爭議，關於其適法性，已溢出本文討論範圍，不在本文討論中。

四、正當防衛行為

國內學說很少將正當防衛列為醫療行為之合法（適法）行為，然亦有學者提出¹³¹。其有提出醫療行為「為第三人正當防衛」之說，當發生在自殺或自重傷行為時，其「行為人」和「被害人」均由同一「自然人」扮演，若發生自殺或自重傷行為，從刑法的角度觀點來看，就是發生了「現在不法的攻擊」，他人自得以「構成要件該當行為」當場進行反擊，若該反擊具有「必要性」和「適當性」，則具有「為第三人正當防衛」的阻卻違法事由而不犯法。舉例說明，急診割腕自殺的病人，不願讓醫師縫合手腕傷口而血流如注，此時醫師只好強押、約束病人，或將其麻醉，以利縫合，而避免病人流血過多而死。客觀上「正當防衛」的成立要件並非「防衛成功」，對於具有「正當防衛」阻卻違法事由的「構成要件該當行為」，刑法只關心其是否「行為有價值」。如同具有「緊急避難」阻卻違法事由的「構成要件該當行為」

¹²⁹即非典型性肺炎 (Atypical Pneumonia). 2003 年 2 月首次發現於中國廣東、香港以及越南的河內等地，並迅速蔓延到世界 27 個國家和地區。SARS 是一種由變異的冠狀病毒引起的高傳染性呼吸綜合症，大部分感染者表現出急性呼吸困難綜合症 (Acute Respiratory Distress Syndrome) 和急性肺損傷 (Acute Lung Injury)。根據世界衛生組織的統計，截至 2003 年 4 月 23 日，全球已有 4288 人遭到感染，其中 251 人死亡。參自網路 <http://tw.dictionary.yahoo.com/search?p=SARS&ei=utf-8>，瀏覽日期 99 年 6 月 12 日。

¹³⁰2003 年和平醫院因發生洗衣工感染 SARS 死亡，並有發生院內感染之疑慮，最後臺北市政府衛生局決定封院，當時院內醫護人員、病人及家屬大約有 2000 人因此暫時失去人身自由。

¹³¹鄭逸哲，履行「醫療義務」當然無罪，未履行也未必有罪(上)，軍法專刊第 56 卷第 1 期，2010 年 2 月，頁 161

亦復如是。

五、得被害人之承諾

所謂得被害人之承諾，乃法律所未規定的超法規阻卻違法事由，係指對於法益有處分權且有同意能力之人，針對法益之處分所為真摯的承諾，而前提必須是該法益為法律所容許處分的法益。在醫療行為中，例如美容、整形手術等，當事人並未有病痛，完全是依自己對於自己外在的不滿意，要求醫師為其進行改造，由於該行為大多會侵害到身體法益，但是由於是在得到被害人承諾之下所進行，且該身體法益為本人可自由處分的法益，因此該醫療行為可以阻卻違法。

但承諾有一定的範圍，此對醫療而言，是指醫療上所必要的，不可逾越醫療上必要之範圍，若有逾越，逾越部分不能認為病人已為承諾，或推定病人亦將有承諾。例如向婦產科醫師求診的婦女，雖同意接受內診，但婦產科醫師不可逾越婦科內診之範圍而為性騷擾，否則顯然逾越了病人承諾之範圍¹³²。

第二款 醫師之說明義務與告知後同意法則

醫師之說明義務從世界各國之發展背景來看，均係先從患者身體權之不可侵犯性開始發展。在日本，東京地方法院昭和 46（1971）年 5 月 19 日一個判決：病患因右側乳腺癌而進行切除手術，惟手術中，醫師發現左側亦有乳腺癌之徵象，在未得該病患同意之下，同時將左側乳房切除¹³³。法院認為醫師應對病患為充分說明而得其承諾後，始可實施切除左側乳房之行為，故認為該行為不法（侵權行為）。在德國，1894 年萊茵法院判決¹³⁴：一名七歲的女孩罹患結核性骨髓癌，

¹³²蔡墩銘，醫事刑法要論，2005 年 9 月，頁 195。

¹³³陳子平，醫療上充分說明與同意之法理，東吳大學法律學報第 12 卷第 1 期，1999 年 10 月，頁 31。

¹³⁴參王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第二期，2007 年 6 月，頁 44。

醫師不顧女孩父親的明示反對意見，為女孩進行了截肢手術。儘管手術成功，女孩的復原情形良好，且保全了性命，但醫師仍以傷害罪起訴，且地方法院判決醫師成立傷害罪。判決指出，醫師能夠正當地，且不受處罰地侵害病人身體完整性，其最首要的前提要件，就是必須是得到病人的同意¹³⁵。在美國，1914年 Schloendorff v. Society of New York Hospital 案¹³⁶，病人同意一項外科手術的檢查，但醫師進行麻醉後檢查出有腫瘤，在未得病患同意下切除，術後發生併發症，導致切除數根手指，該案所涉乃醫師未得病患同意而侵害其身體權。美國大法官班傑明·卡多若（Justice Benjamin Cardozo）亦於本案例中寫下關於病人自主權的經典名言：「每一個心智健全之成年人都有權利決定其身體要接受何種之處置。（Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body.）」。

「告知後同意」法則，乃指醫師有法律上的義務，以病人得以瞭解的語言，主動告知病人病情、可能之治療方案、各方案可能之風險與利益，以及不治療之後果，以利病人做出合乎其生活形態的醫療選擇。未取得病人之告知後同意所進行之醫療行為，醫師應對該醫療行為所造成的一切後果負責。此法則旨在規範醫病關係中醫師的告知義務，以確保病人之自主權，彰顯病人於醫療關係中的主體性¹³⁷。醫師之說明義務加上病患之同意即為「告知後同意」。

第一目 醫師說明義務保護之法益

醫師說明義務所欲保護之法益為何？最高法院94年台上字第2676號判決節錄：「醫療法（舊法）第四十六條第一項規定：『醫院實施手

¹³⁵RGSt 25, 375, 380. 轉引自王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學雜誌第170期，2009年7月，頁124。

¹³⁶參廖建瑜，論醫師說明義務與發展-兼評最高法院94年台上字第2676號判決，成大法學第10期，2005年12月，頁240。

¹³⁷參楊秀儀，論病人自主權-我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討，臺大法學論叢第36卷第2期，2006年3月，頁229-267。頁30以下。

術時，應取得病人或其配偶、親屬或關係人之同意，簽具手術同意書及麻醉同意書；在簽具之前，醫師應向其本人或配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發病及危險，在其同意下，始得為之，但如情況緊急，不在此限』；其立法本旨係以醫療乃為高度專業及危險之行為，直接涉及病人之身體健康或生命，病人本人或其家屬通常須賴醫師之說明，方得明瞭醫療行為之必要、風險及效果，故醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權。」由實務判例來看，醫師之說明義務，所保護之法益乃為病人身體自主權。

通說一般皆認為醫師之說明義務，係保護病患之自主決定權，然而有爭論認為有關自主決定權之侵害是否應以刑事過失責任來論處，並非毫無疑義，因而此判決可說是我國在醫療糾紛刑事判決中對於醫師之說明義務，將爭執重點從「有無同意」往前推一至「有無說明」，對於醫界、以及「告知後同意原則」在法律上的解釋，影響很大¹³⁸。此判決在學界掀起一番波瀾並引起爭辯之戰¹³⁹，爭論之重點有以下二點：

一、認為醫師未盡說明義務不應以刑法論處之理由¹⁴⁰：

所持之論點為，所謂尊重病患的自主決定權，是在於尊重個人(病患)自願承受他人(醫師)加諸在其身體上的傷害，由於病患有另一利益的追求(例如整形美容)，所以這樣的身體傷害不會被認為具有刑法上的可非難性。因而認為¹⁴¹，基於尊重個人的利害抉擇，凡是在

¹³⁸王皇玉，醫師未盡說明義務之法律效果—簡評 94 年台上字第 2676 號判決，台灣本土雜誌第 735 期，2005 年 10 月，頁 225。

¹³⁹討論 94 年台上字第 2676 號判決之文章有：王皇玉，前揭文，頁 224-214；廖建瑜，論醫師說明義務之發展—兼評最高法院 94 年台上字第 2676 號判決，成大法學第 10 期，2005 年 12 月，頁 231-288；盧映潔，病患自主權與醫師刑事過失責任，台灣本土雜誌第 101 期，2007 年 12 月，頁 124-136；楊秀儀，告知後同意之倫理法律再思考：縮小理論與實務的落差，月旦法學雜誌第 162 期，2008 年 11 月，頁 5-16；陳聰富，醫療行為與犯罪行為—告知後同意的刑法效果(上)、(下)，月旦法學教室第 69、70 期，2008 年 7 月、8 月，頁 61-74、73-84；甘添貴，醫療糾紛與法律適用—論專斷醫療行為的刑事責任，月旦法學雜誌第 157 期，2008 年 6 月，頁 31-44。

¹⁴⁰盧映潔、楊秀儀等學者持此見解。

¹⁴¹盧映潔，病患自主權與醫師刑事過失責任，台灣本土雜誌第 101 期，2007 年 12 月，頁 129。

個人有明示同意下的這種非治療功能之醫療行為，即無須再去追究該行為造成的身體侵害結果。若要以被害人承諾（即病患同意）來阻卻違法，應限於該醫療只造成身體的普通傷害結果，倘若醫療行為對病患所造成的是重傷害結果（例如切除子宮或截肢），此種情形恐難以「被害人承諾」來阻卻此等醫療之違法性¹⁴²。其進一步指出，病患同意某項醫療行為的施作，也不保證該醫療行為對病患的疾病是正確的措施，更不能保證在醫療行為施作的過程中，醫師就不會有任何的失誤或錯誤的處置。反之，即使病患不同意，但是若是醫師採取適當的治療方法，並且進行了符合常規、客觀上足以阻止病患因疾病而死亡的一切措施，醫師自無過失可言。亦即，未盡告知義務，應以違反結果預見義務與結果迴避義務，始負業務過失之責任¹⁴³。

學者認為，當醫師違反說明義務，應說明而未說明該當民事過失，最高法院若欲將醫師說明義務之違反評價成刑法上的業務過失，應該要有更清楚更堅強的說理¹⁴⁴。亦有認為，就醫師侵害病人自主決定權而言，除非刑法另行立法處罰，否則醫師不應負擔刑事責任，而由醫師負擔民事賠償責任即可¹⁴⁵，所持論點在於，醫師未盡說明義務與病人死亡結果之間並無因果關係。

二、認為醫師未盡說明義務應以刑法論處之理由：

此說認為，「病人身體自主權」這個概念所涉及的問題，不僅是病人對自己身體健康具有如何支配的權利，還包含了病人必須是在醫療資訊充足而非無知狀態下所為，如此才能稱為是一種有意義的同意。

¹⁴²惟，陳聰富教授認為，以普通傷害罪或重傷害罪區別告知後同意的法律效果，並無意義。其認為，固然刑法上具有加工自殺罪（刑法 275 I）及加工重傷罪（刑法 282 II）之規定，但因醫療行為以醫治病人疾病，使人恢復健康為目的，縱使其醫療過程中，發生重傷或死亡之結果，仍得因被害人之承諾而阻卻違法。詳細內容請參：陳聰富，醫療行為與犯罪行為(下)，月旦法學雜誌第 70 期，2008 年 8 月、頁 75。

¹⁴³相同意見者，楊秀儀，告知後同意法則之司法實務發展，台灣本土雜誌第 73 期，2005 年 8 月，頁 214。甘添貴，醫療糾紛與法律適用—論專斷醫療行為的刑事責任，月旦法學雜誌第 157 期，2008 年 6 月，頁 41。

¹⁴⁴許辰舟，醫療過失刑事審判實務動向與理論之對照觀察，法官協會雜誌第 9 卷第 1 期，2007 年 6 月，頁 89-90。

¹⁴⁵陳聰富，醫療行為與犯罪行為(上)，月旦法學教室第 70 期，頁 75。

醫師被賦予事前必須對病人加以說明醫療行為之義務，就是避免病人成為受支配客體的最主要方式¹⁴⁶。如果醫師未盡說明就進行之醫療行為，評價為過失行為時必須是醫師疏忽而未說明，如果醫師故意隱瞞不說，仍有可能成立故意傷害罪。

本文贊同醫師未盡說明義務即進行身體侵入性之檢查、治療或手術，應為刑法評價之客體，如此才能避免病人成為受支配客體。本文所持法理上之理由與非法理上之理由敘述如下：

(一)法理上之理由：

1. 本文贊同「醫療行為傷害說」，醫療行為之傷害性應得病患之同意而阻卻違法。如未得病患之同意而進行侵入性治療(心導管檢查、截肢手術…等)，仍可歸責刑法上之傷害行為。在此，如手術失敗導致病患死亡不論，就算手術成功，術後仍有一段恢復期。筆者曾經在教學醫院從事護理工作十多年，曾有一位踝關節嚴重感染的病患，原本醫師和病人及家屬討論結果預作清瘡手術，輔以抗生素治療，病人從手術室回病房後，卻少了一隻腳。原來因為手術過程中醫師發現病人感染嚴重，認為應該截肢，而經在手術房外等候之家屬同意，進行截肢手術。病人因在全身麻醉狀態下，而渾然不知，直至其回到病房後，發現自己一腳已被截肢，這位病人從此不說

話，也對任何人的說話沒有任何反應。家屬用盡一切辦法，醫院也為她會診精神科醫師，這位病人整整一個月不願意開口說話。經過家屬的細心照顧，一個月後，她漸漸的回應週遭人的互動。之後筆者問她，為什麼這一個月都不說話呢？她回答：「我在想，為什麼我的一隻腳不見了。」當下我因感受到了她心理層面的受創而震撼。

醫護人員見慣大小手術，或許認為為病患手術，是為病患的利益著想，以達到病患恢復健康為目的，然而病患有權利為自己的身體做

¹⁴⁶王皇玉，醫師未盡說明義務之法律效果—簡評 94 年台上字第 2676 號判決，台灣本土雜誌第 735 期，2005 年 10 月，頁 225。

決定，也只有病患為自己所做的決定，才是最好的決定。醫師及家屬只能為其提供選擇的項目，而不能為其作決定，因而本文認同非急迫情況下，醫師未盡說明義務，或未得病患之同意而行之侵入性醫療行為，因無法阻卻違法性而可歸責刑法上之傷害行為。因為它傷害的不是病患的身體自主權，還有病患的身理及心理層面問題，而這復原期可能遙不可知。

2. 醫療法第 63 條規定：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。」及第 64 條規定：「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限。前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理。」前開條款，對於病人同意及醫師說明義務，均有明確規定，並於同法第 103 條規定，違反第 63 條第 1 項及第 64 條規定者，得處 5 萬元以上 25 萬元以下罰鍰之行政罰。惟，既承認病人之自我決定權應免於受侵害，規定違反者應處以行政罰，但決定機關卻是衛生主管機關，與理不合，亦應賦與被害人救濟之途徑，才是病人「自我決定權」存在的價值。

3. 醫師的醫療行為要具有適法性，除需遵守相關的法令規定外，尚需符合醫療常規。所謂醫療常規，在臨床醫療上，由醫療習慣、條理或經驗等所形成的常見成規。

醫療常規需具備以下要件¹⁴⁷：

- (1) 醫療的適應性：須為保持或增進病人的健康所必要且係相當的醫療行為。

¹⁴⁷甘添貴，醫療糾紛與法律適用—論專斷醫療行為的刑事責任，月旦法學雜誌第 157 期，2008 年 6 月，頁 43。

(2) 醫療的適正性：醫療技術須符合當時當地的醫療水準，亦即須以一般醫學上所承認之方法實施醫療行為¹⁴⁸。

(3) 醫療的實踐性：係指臨床醫療上業已經實踐，亦即在同級醫院、同專科醫師階層內已獲得普遍認同。

(4) 醫療的倫理性：係指醫療行為須符合醫療倫理規範的要求。醫療倫理規範固得由各醫院自行訂定，惟目前醫界所共同遵守的倫理守則，則為由生命倫理學所形成的四個原則，即尊重自主原則、不傷害原則、行善原則及正義原則。醫師未獲得病人同意或違反病人意思所實施的醫療行為，對病人的身體造成傷害時，應認為已違反醫療倫理規範的要求，違法醫療常規而不具適法性¹⁴⁹。依刑法第 22 條規定：「業務上之正當行為，不罰。」

就醫療行為而言，是否為正當行為，應以該醫療行為是否符合醫療常規為準。醫師未盡說明義務或未得病人同意之侵入性醫療行為，違反醫療常規，非屬業務上之正當行為，自不能阻卻違法。

(二)非法理上之理由：

1. 在健保給付制度下，現今醫院一切以效率、績效掛帥，為了健保績效，偽造罹癌的病理切片組織，而切除健康者的子宮、乳房時有耳聞¹⁵⁰，在病人麻醉狀態下，原本被告知摘除肌瘤，最後卻切除整個子宮，實際卻是為了健保給付績效，或是金錢的利益；刑法上可以評價為故意傷害行為。因為未經說明的同意（承諾），將導致同意（承諾）的效力發生重大瑕疵而無法阻卻傷害罪的行為。

¹⁴⁸大谷實，醫療行為之法，弘文堂法學叢書 11，新版，平成 2 年 11 月，頁 85；引自甘添貴醫療糾紛與法律適用—論擅斷醫療行為的刑事責任，月旦法學雜誌第 157 期，2008 年 6 月，頁 43。

¹⁴⁹甘添貴，前揭文，同註 82，頁 43。

¹⁵⁰中國時報 A5 版，「切子宮 A 錢，高醫喊冤」，2010 年 4 月 14 日；自由時報 A3 版，「假乳癌、真開刀，3 醫師詐領保險金 廢證」，2009 年 12 月 30 日。

2. 手術原預備切除右側乳腺癌，醫師不慎錯誤切除了未罹癌之左側乳房，為了避免醫療糾紛，又再行切除右側乳房，只好說左側乳房亦有罹癌跡象因而一併切除。這樣的例子，醫界人士在所有聞，也屢見不鮮，只是浮出檯面時，可能已不是事實的真相。在此要說明的是，當病人在全身麻醉狀態下，又由於手術室之隱密、一般人難以窺其堂奧，事實的真相只有在手術室內神智清楚的醫護人員才能真正清楚¹⁵¹。
3. 關於侵入性之醫療（手術）行為，須得病人本人同意，而不能由家屬代為同意，除非由急迫之情形。醫師或許有正當的理由相信，他替病人作的決定是必要的，也是為病人好的，但這並不賦予醫師權利得以自己的決定來取代病人作一個「自主」的決定。從權利義務的關連理論來說，病人的「自主權」也就是醫師的「告知義務」。為了病人能夠作一個自主的決定，醫師必須盡到一定之「告知義務」。

第二目 醫師說明義務之內容

為使病人明瞭醫療行為所可能帶來的危險，使病人能依其「自主決定權」決定接受治療與否，並面對治療所可能產生的後果，理論上，醫師須就（一）病人的病情、（二）預定實施的治療行為及其內容、（三）預估的效果、（四）可代替的治療方法及其附隨的危險、（五）預後的效果等加以說明¹⁵²。

有關法規上規定醫師之告知義務，包括有醫療法第 63 條第 1 項規定：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬

¹⁵¹這是筆者在某教學醫院聽聞的，尤其在早期常發生，惟，很少聽聞病患因此而告醫師。日本判例有真實個案，而且醫師最後敗訴，見東京地方法院昭和 46（1971）年 5 月 19 日判決：病患因右側乳腺癌而進行切除手術，惟手術中，醫師發現左側亦有乳腺癌之徵象，在未得該病患同意之下，同時將左側乳房切除⁶⁹。法院認為醫師應對病患為充分說明而得其承諾後，始可實施切除左側乳房之行為，故認為該行為不法（侵權行為）。參蔡墩銘，醫事刑法要論，2005 年 9 月，頁 195。

¹⁵²大谷實，醫療行為と法，弘文堂法學叢書 11，新版，平成 2 年 11 月，頁 104-105。

或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。」醫療法第 64 條第 1 項規定：「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限。」醫師法第 12 條之 1 規定：「醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」

由於醫療法第 2 條規定：「本法所稱醫療機構，係指供醫師執行醫療業務之機構。」究竟說明義務的主體是主治醫師？或者其他醫療團隊中之醫師（例如總醫師、住院醫師及實習醫師）及護理人員亦可？如違反上開醫療法第 63 條第 1 項、第 64 條第 1 項規定，未盡說明義務而為病人進行手術、侵入性檢查或治療時，究竟應負違反說明義務責任之主體為主治醫師或醫療機構？本文以為，解釋上仍應以主治醫師為主，畢竟醫療契約之締約對象，為主治醫師與病人，然而說明之主體則不應只限定於主治醫師，如由醫療團隊中之其他醫師說明（例如總醫師、住院醫師）亦無不可。惟實習醫師因仍未取得正式醫師執照之資格，應予排除，而護理人員有資深、資淺之區分，又護理人員之說明必定無法如醫師專業、詳盡，故且護理人員所執行的護理業務僅包含醫療輔助行為，手術、重要的檢查及治療仍應由醫師負說明義務為妥，以完整保障病人知的權利。

是以醫療法第 63 條第 1 項、第 64 條第 1 項中未明定應由何主體向病人盡手術、侵入性檢查及治療之說明義務，實有不妥，畢竟醫師法第 12 條之 1 規定醫師之告知義務，並未明文規定包含手術、侵入性檢查及治療。學說上認為，告知義務人應為醫師本人，至於護理人員僅可以進行補充說明，而不得代替實際進行醫療行為之醫師為說明之效力¹⁵³，本文亦同此見解。

¹⁵³楊秀儀，美國「告知後同意」法則之考察分析，月旦法學雜誌第 121 期，2005 年 6 月，頁 143；王皇玉，論醫師的說明義務與親自診察義務，月旦法學雜誌第 137 期，2006 年 10 月，頁 269。

第三目 醫師說明義務之說明程度

醫師應說明告知到何種程度，才可作為病人同意知有效要件？英美學說上對於此種說明義務之說明範圍，有四種標準¹⁵⁴：理性醫師說、理性病人說、具體病人說、雙重基準說（折衷說）。目前美國法院將他們的判決標準建立於「醫療資訊告知」這個議題上，但沒有界定醫師使用何種標準來告知病人。**理性醫師說**（即，凡合理性醫師都會說明之資訊，係以「醫師職業上之慣例」做判斷標準。屬醫學上的判斷，此判斷由醫師為主，優先於病人知自我決定。）及**理性病人說**（即，凡合理性患者行駛最後決定權時所需之說明資訊，醫師皆須加以說明。重點在於醫師說明之後，病患有接受與否之選擇權利。）二者，是現行被應用在美國的法院上，而且法院漸漸由「理性醫師說」走向採用「理性病人說」；日本亦傾向從「理性醫師說」向「理性病人說」移轉。

我國有關醫師說明之內容規定於法規中，除此之外，實務見解為有最高法院 94 年度台上字第 2676 號刑事判決揭示：「醫療乃為高度專業及危險之行為，直接涉及病人之身體健康或生命，病人本人或其家屬通常須賴醫師之說明，方得明瞭醫療行為之必要、風險及效果，故醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權；上開醫師應盡之說明義務，除過於專業或細部療法外，至少應包含：（一）診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果，（二）建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊，（三）治療風險、常發生之併發症及副作用暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險，（四）治療之成功率（死亡率），（五）醫院之設備及醫師之專業能力等事項；亦即在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務；於此，醫師若未盡上開說明之義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務；又上開說明之義務，以實質上已予說明為必要，若僅令

¹⁵⁴陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理，東吳大學法律學報第 12 期第 1 卷，頁 61-63。

病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務。」最高法院此項判決，認定醫師說明義務不能只是形式說明，僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名；而應更須為實質的說明，亦即在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務。

惟學者認為¹⁵⁵，目前醫療實務上，各大醫院於實施手術或時侵襲性檢查或治療時，大都訂有制式的同意書或說明書，詳細告知病人有關手術或進行侵入性檢查或治療的風險、必要的醫療資訊以及應行注意的事項等；取藥時，除藥房藥師簡單的口頭說明之外，藥袋上亦印有服藥的指示說明及副作用等。如醫師或相關護理人員，已指示病人須詳細閱讀說明書的內容，並須遵照說明書的指示為之者，除非有緊急情況，或病人無法理解其內容，或為同意書或說明書所未記載者，醫師仍應負說明義務外，似得以認為醫療機構或醫師已盡說明義務。

第四目 說明義務之例外

醫師於實施手術或侵入性檢查或治療時，固有向病人說明病情及所擬實施醫療行為的義務，為如有以下情形之一時，則可不負說明義務¹⁵⁶：

一、有緊急狀態時

病人病情嚴重，情況危急，有緊急治療的必要時，例如：車禍重傷昏迷的病人，或癲癇發作昏倒路旁的病人等，因其意識不明，已欠缺同意能力，非緊急治療，即無法挽回其生命者，則可例外免除醫師

的說明義務。

二、病人表明無須說明時

病人對於病名、病況、預後即不接受治療的後果以及侵襲性的

¹⁵⁵甘添貴，醫療糾紛與法律適用—論擅斷醫療行為的刑事責任，月旦法學雜誌第157期，2008年6月，頁35。

¹⁵⁶甘添貴，前揭文，頁36。

醫療行為可能帶來的風險，如早已熟知，或者對於某種疾病，如癌症之類，心懷恐懼，不擬獲悉詳情者，如積極向醫師表明不必說明時，醫師即可不負說明的義務。

一、醫師認為，告知病人一部或全部資訊，有害病人的整體利益時，可以選擇不告知病人¹⁵⁷。

二、過於專業或細部療法，最高法院認為，醫師亦得不予說明。概其不為說明，通常不會影響病人對於醫療方法選擇權之行使¹⁵⁸。

第五目 醫師之裁量權

從醫療行為的特殊性而言，醫療不僅係對人身體進行具有相當危險性之侵襲，而受侵襲之對象（即病變身體）本身及其反應都呈現出複雜性、多樣性，加以醫學本身亦尚未臻於完善之境界，因此於醫療之判斷與處置上，賦予醫師某種程度自由活動之空間，非特能減少醫師陷入進退兩難之困境，對患者之醫治及醫學之進步皆有所助益，此乃醫師對醫療行為存有裁量（權）餘地之根據。惟另一方面，若過於擴張醫師之裁量權，將大大減輕醫師之說明義務，導致患者在醫療行為上之最終決定權（流於形式），而喪失「告知後同意（Informed Consent）」法理之功能¹⁵⁹。

說明義務之範圍及減免事由上，最易發生醫師裁量權之爭議者，乃有關「除各該醫療行為外，是否有其他可代替之醫療行為，以及依該代替醫療行為所可能產生之結果（利弊得失）」（即存有數個醫療手段之情況）及「對患者有不良影響之情況」。關於前者，從表面上看來，似存有醫師裁量之餘地，亦存有患者自我決定權（醫師之說明義

¹⁵⁷楊秀儀，告知後同意法則之司法實務發展，台灣本土雜誌第73期，2005年8月，頁214。

¹⁵⁸最高法院94年台上字第2676號刑事判決：「…上開醫師應盡之說明義務，除過於專業或細部療法外，至少應包含：一、診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果。二、建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊。三、治療風險、常發生之併發症及副作用暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險。四、治療之成功率（死亡率）。…」

¹⁵⁹稻垣喬，「診療に關する医師の裁量と界限—民事裁判を基礎として—」，判例タイムズ294號（1981年），頁20；轉引自陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理，東吳大學法律學報第12卷第1期，1999年10月，頁67-68。

務)之餘地,學者提出¹⁶⁰,於此存有複數可對應之治療方法時,醫師不應只以自己本身對某些醫療方法之好惡,而完全排除患者參與意思決定之機會而作出處置,應就幾種醫療方法以自己之專業,向患者充分說明各個利弊得失,並提出建議,以獲得患者之同意,而患者自然應最大限度的尊重醫師之專業,此為醫師與患者信賴關係之「共同之意思決定」意義之所在。雖然無論診斷檢查、治療或用藥,醫師具有廣大之裁量空間,基於正當業務行為而承認醫師業務權,即治療權之行使,具有阻卻違法之效力,刑法上雖有依據(刑法第22條),惟大部分之治療係自願治療而非強制治療,應否接受治療,仍應尊重病患之決定,在不違反病患意願之情形下,醫師始可進行醫療行為¹⁶¹。

具體而言,因醫學的專業性,醫師對於醫學行為固有相當的裁量權,但下列侵襲性的醫療行為,不能由醫師裁量,須獲得病人同意:(一)外科手術,(二)施行麻醉,(三)特殊檢查:1.電腦斷層攝影2.泌尿道攝影,3.血管攝影,4.侵入性檢查,如:心導管檢查、支氣管鏡檢查、婦科內診等。(四)使用核子醫學設備,如核磁共振檢查等。至於輕微侵襲性的醫療行為,是否均須獲得病人的同意,則有不同看法。有認為均須獲得病人同意者;亦有認為不以明示為必要,僅需有默示同意即可者。不過,縱使是輕微性的醫療行為,只要為病人所無法預見者,一般仍以獲得病人的同意為必要¹⁶²。

有學者認為¹⁶³,所謂「醫療裁量」是一種行為,而非「權利」或「義務」,原則上實施此種判斷時應有病人明示或默示的同意,此牽涉到「告知後同意」的問題,而非病人有「義務」接受,因此稱為「醫師裁量權」並非妥適。

本文以為,醫學自古以來一直存在著父權主義思想,國內外皆然,父權思想來自於對醫學專業的自信與驕傲。然而,在民主社會國家,

¹⁶⁰陳子平,前揭文,頁69。

¹⁶¹蔡墩銘,醫事刑法要論二版,翰蘆圖書出版有限公司,2005年9月,頁88。

¹⁶²大谷實,醫療行為之法,弘文堂法學叢書11,新版,評成2年11月,頁85;轉引自甘添貴,甘添貴,醫療糾紛與法律適用—論擅斷醫療行為的刑事責任,月旦法學雜誌第157期,2008年6月,頁35。

¹⁶³黃丁全,醫事法,1995年,頁306-307。

由於民智開化，對於法律、醫學及科技…等相關知識已不再高不可攀，資訊易於取得之情況下，父權思想也漸漸褪色。正如學者所言，「醫療裁量」是一種行為，而非「權利」或「義務」，病人沒有「義務」接受所謂的「醫療裁量」，乃源自於病人的自我判斷。另外，在評價醫療過失責任時亦應考量醫師裁量之界限，因此，醫師是以病人之身體條件等作為前提，慮及若施予治療則可對病情改善所生之利益，以及若放置不管對病情惡化所生之弊處，且考慮治療所帶來之副作用可能招致之危險等等¹⁶⁴，都應將之作為評價過失關連之要件。

第五節 醫療過失犯罪結構

醫療過失行為假如造成病人的死亡或健康受損的後果，則為此醫療過失行為的醫師，即要同時兼負民事責任與刑事責任。醫師因其醫療過失行為而侵害他人的生命權、身體權或健康權，構成侵權行為，而應負損害賠償的責任（民法第184條）。

第一項 醫療過失犯罪構成要件

醫療過失犯罪之成立，其構成要件包括：一、違背客觀注意義務（應注意），二、醫師具有注意能力（能注意），三、傷亡結果與醫療行為間具有相當因果關係，四、傷亡結果具有可避免性，五、傷亡結果與因果歷程必須客觀可預見。醫師之醫療行為與醫療結果必須具備下述五項要件，始會構成醫療過失行為，而必須負擔過失責任¹⁶⁵：

一、醫師必須違背客觀的注意義務

針對高科技所帶的風險，法律規犯必須斟酌各種社會活動所待有的危險方式與危險程度，就有良知與理智而小心謹慎之人應注意的客

¹⁶⁴ 稻垣喬，醫事訴訟と醫師の責任，有斐閣，昭和56年11月30日出版第一刷發行，頁29-36。

¹⁶⁵ 田幸艷，醫療過失刑事責任之研究，國立中正大學犯罪學防治研究所碩士論文，2007年1月，頁59-62。

觀注意標準，制訂各種不同的注意規則。其中有不成文者，亦有成文規定者。針對醫師行醫或開刀此一社會活動，在該行業經歷多年累積而成的醫術規則，即屬前者。行為人的行為對於這些注意規則所規定的各種應行注意的情狀，即負有注意義務。行為人的行為若違反這些注意規則，而怠於履行這些注意規則所提示的注意義務者，通常即可認定該行為具有客觀注意義務違反性，而具行為不法。亦即，醫師基於一般的醫術規則，應對病患為一定的告知卻未為，其行為即應認為具有客觀注意義務之違反性，而具行為不法。因此，注意義務為過失犯成立之前提，即行為人必須違反此注意義務而從事侵害法益之行為，始會成立過失犯，此處所謂之注意義務之違反，即為過失犯之「行為的不法」。

至於行為人在客觀上究竟應保持何種程度的注意，才算不違背注意義務而不具客觀注意義務違反性。應取決於危險的程度與被危及法益的價值，亦即危險程度越高與破壞法益價值越高的行為，行為人所負的注意義務也就越高。惟就行為人主觀而言，判斷行為對於法益的危險程度，以及行為可能危及法益的價值往往因人而異。如此一來將對刑法的犯罪判斷形成困難，因此，通說認為行為人所負的注意義務應就客觀標準而作認定，即以一個具有良知與理智而小心謹慎之人，處在與行為人同樣的具體情狀下，所應保持的注意為一般標準。行為人本身是否有能力履行此一般標準，即屬罪責的問題。

二、醫師必須具備注意能力

刑法第 14 條第 1 項規定：「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」。依此規定，行為人要構成過失的犯罪，除應具備「應注意」之有注意義務以外，尚應具備「能注意」之有注意能力。亦即，行為人必須具備能夠履行客觀注意義務的能力，才能將其違背客觀注意義務之行為，評價為過失行為。因為行為人若沒有注意能力，法律即不應期待他能夠注意，而無過失罪責。

關於醫師注意能力的標準，基於醫師執行醫療業務。必須已經過

醫師考試及格領有醫師證書或取得許可執照者；且醫療行為本具有專門性，其本質上往往伴隨高度的危險性，故醫師有隨著醫學水準之提升充實醫學新知之義務，若以其主觀標準為注意之最低限度，則「無知」便得成為免除過失之理由，將肇致病患之生命、身體或健康即為無法獨導完全之保障，故本文認宜採客觀說為妥。又基於醫療技術具有時間性與空間性，產生不同的醫療技術水準。因此，判斷醫師有無具備注意能力，即應以同一時代、同一地區的醫師之平均醫療技術水準為準。且醫師可分為一般科醫師、專科醫師、住院醫師及實習醫師，對於執行一般科醫師的主治醫師而言，其注意能力之標準即為一般科醫師平均標準；專科醫師則應以專科醫師一般之注意為標準；而實習醫師的注意能力，應以所有實習醫師的平均注意力為標準。

三、傷亡結果與醫療行為之間必須具備因果關係

因果關係，乃指行為與結果之間必要的原因與結果的連鎖關係，結果必須與行為具有這種因果上的關聯，行為人方負犯罪既遂的刑事責任。故因果關係之認定僅對於結果犯，始具重要性。而刑法上關於因果關係認定標準的學說，有條件說、原因說、相當因果關係說等，目前我國學者及實務，係以相當因果關係說為認定過失犯因果關係之通說，但亦有學者提出批判¹⁶⁶。

對醫療過失之因果關係認定，係在醫師之醫療行為違反客觀注意義務而具有行為不法後，必須進一步判斷行為所發生的結果是否具有結果不法。要認定結果不法，則結果必須與行為具有常態關聯性。原則上，在與行為同樣的客觀情狀下，均會發生同樣結果者，或發生的結果並未超出一般生活經驗所認識範圍以外者，該結果即與行為具備常態關聯性。

由於醫療過失不只限於作為犯，亦可想像不作為犯之存在，如應

¹⁶⁶黃榮堅，論相當因果關係理論，月旦法學雜誌第96期，2003年5月，頁312-327；林鈺雄，客觀歸責理論之判決評釋—從台灣北濱車禍案之判決談起，刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯，2003年，頁203-248；李聖傑，因果關係判斷在刑法中的思考，中原財經法學第8期，2002年6月，頁117-145。

診察而不診察，應治療而不治療，應給藥而不給藥等。而不作為犯因果關係之判斷，假設因果關係（準因果關係）之判斷準則。亦即，因先前存在之不履行作為義務，導致結果的發生，基於事後之客觀判斷，倘使行為人先前有履行作為義務，結果即不致發生，則不作為與結果間即有因果關係；反之，即使行為人先前有作為義務，結果仍然會發生者，則不作為與結果即無因果關係。

另基於公害事件、醫療過失等案件之特殊性，疫學因果關係因應而起¹⁶⁷，此說認為：公害及醫療過失之判斷上因無法人體作實驗之對照，採取流行病學或疫學以彌補刑法上認定因果關係之不足，只要有發生結果之某種程度蓋然性，即可認為其行為之間有因果關係。惟以日本實務界為例，目前以大氣污染訴訟引用疫學因果關係之案例最多，至於醫療過失引用疫學因果關係說者仍屬少數，且我國實務界均以相當因果關係為認定過失犯因果關係之通說，學者亦以「自然率的可靠度沒有一定標準」及「建構刑事責任的自然律相對嚴格」為由，而對於「疫學的因果關係」是否得適用於刑法上之因果關係問題上，持否定之立場¹⁶⁸。

四、傷亡結果必須具有可避免性

過失犯就其本質而言，係以結果的可避免性為其成立要件。因為，行為人假如保持必要的注意，結果仍舊會發生，行為人的行為對該結果而言，即不具有重要性，而無結果不法。而醫療過失行為是否應負擔過失責任，亦必須就醫學與藥學的專業知識，來鑑定病患之傷亡結果是否具有可避免性。醫師雖然違背醫術上一般公認的原則，導致發生病患傷亡的結果，但如以幾近確定的可能性，可認定醫師縱使未違背醫術規則，其醫療行為仍舊會發生病患傷亡之結果者，則病患傷亡的結果，即屬客觀不可避免。此種醫療行為，即不構成過失犯罪。

五、傷亡結果與因果歷程必須為客觀可預見

¹⁶⁷曾淑瑜，醫療過失與因果關係（下冊），翰蘆圖書出版有限公司，1998年7月，頁631以下。

¹⁶⁸黃榮堅，基礎刑法學（上）元照出版有限公司，2006年，頁313。

在過失的結果犯中，構成要件該當結果及發生結果的因果歷程，必須是行為人依其個人的能力、知識與經驗係可預見的，始具過失罪責。而通常在符合客觀不法構成要件結果時，即可認定行為人對於結果的發生係主觀可預見。因此，假如一位具有良知而謹慎的醫師，處在從事醫療行為的醫師相同的情狀下，對於病患的傷亡結果，均可能預見其發生者；或醫療過失行為與病患傷亡結果之間的因果歷程，並未超出一般醫師的行醫經驗時，則傷亡的結果及其因果歷程即屬客觀可預見。在此情形下，為醫療過失行為之醫師即須負過失的法律責任¹⁶⁹。

第二項 醫療過失評價基準

由於醫療人員直接接觸的是大眾的生命、身體、健康法益，稍有不慎，將造成無法彌補的遺憾，因此醫療人員對於患者負有重視其生命的義務，於治療行為中，當視病人之病情與需要，適時調整適當的醫療行為。

因而在判定醫療行為是否有刑法上過失時，須考慮到醫師應對病患採取什麼醫療措施，得以迴避病患因疾病而演變成死亡的危險，所以醫師對病患負有適用有效的治療方法的義務。但是，倘若一昧的要求醫療人員能夠迴避病患的死亡結果，又是過度苛求，因為在醫療行為上仍同樣是適用容許風險的法理，畢竟風險概念不只在其他社會交流領域，在醫學領域更是相當具有風險的。醫療行為是屬於一種社會上所容許的風險，不可能完全排除掉醫療上的風險，因此，不能對醫療人員要求其無論如何都要去負起迴避病患死亡結果發生的義務。

在醫療領域中過失的注意義務判斷，判斷標準也無法完全忽略掉在醫療照護體系中的一般性界限，而病患也無法期待總會得到最佳的治療條件，例如不可能要求主任級醫師站在醫療的第一線；此時倘若對站在第一線的住院醫師，要求以主任級醫師對某醫療行為的結果預

¹⁶⁹林山田研究主持，台北市立醫院醫療糾紛及其他法律問題之研究，頁130；轉引自邱琪雯，醫師告知義務法律則人之在研究—以是否負刑事責任為中心，中原大學財經法律學碩士論文，2006年，頁125。

見可能性為相同基準，顯然苛求。只是，現實上這樣的標準差距也不可犧牲掉病患的就醫權利，在進行治療應要求醫師採取當時醫學上及臨床經驗上證明具有時效性的措施，這是依照醫學上所確保的基準，而這種基準是對於具有平均能力的專業醫師所要求的義務，也就是所謂「一個有經驗的專業醫師之基準 (Standard eines erfahrenen Facharztes)」。

在過失犯的審查上，要認定行為人是否違反注意義務，首先必須先確定注意義務的內容為何，才有後續的是否違反之問題。所謂注意義務的內容，基本上乃是一種根據人類生活經驗累積而得的因果律或自然律的推論認識所形成的規則。這樣的規則原則上又以法益受到危害的可預見性作為基礎¹⁷¹。注意義務的內容可以是一般經驗法則 (Erfahrungssätze)，也有可能是一些專業規範，亦即在專業領域中，透過專業知識與經驗實踐累積而形成的一些足以避免危險結果出現的注意規則。在醫療領域中，醫師所應遵守之注意義務內容，則是從醫學知識與醫學實踐之經驗累積而成的醫療準則 (lege artis, lex artis)。

第一款醫療準則之適用

所謂醫療準則，簡單來說，就是醫學上一般承認可以進行的醫療技術¹⁷²，這些醫療技術或方法或是根據基礎醫療理論發展出來，或是通過人體試驗之規定而允許，不一而足。但無論如何，醫療準則存在的目的，不僅是為了作為醫師治療疾病與傷痛的醫術指導，更是為了保護病人避免受到不正確或不正當的醫療行為之損害。學說上對於醫療準則可否作為醫療過失判斷之要件，有肯定與否定二說。

¹⁷⁰Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafsrecht in der Praxis*, 3. Aufl., s. 18; 引自盧映潔、施宏明、劉欣彤，過失之評價基準在醫療行為上的運用，2009年「醫療與刑事法」學術研討會（嘉義場）頁22。

¹⁷¹黃榮堅，*基礎刑法學（上）*，2006，頁407以下。

¹⁷²Schönke/Schöder, a. a. O. (Fn. 20.), Rn. 668。

第一目 肯定說—醫療準則得作為醫療過失判斷之憑據

此說認為，醫師違反醫療準則而進行醫療行為，則意味著醫師超越了容許範圍之風險而進行醫療行為。換言之，醫師在違背醫療準則時，應該對於非容許範圍之額外風險，具有預見可能性，此等對於額外風險的預見可能性，乃論證醫療過失成立之罪中最重要關鍵。

雖然醫療行為本質上具有不確定性，以及會受到經驗條件的限制，以致於所謂的醫療準則，有時亦無法定出一個絕對清楚明確的輪廓。但是不可否定的是，在醫學領域中，甚至各個專業醫療領域，確實存在著相對明確的醫療知識與技術規範，此也是醫師乃至專科醫師在養成訓練與資格取得過程中，所必備的最基本要求。例如藥物的投予，不能超過危險劑量；進行醫療行為時應該確實消毒器械並遵守感染控制原則；手術完成後必須進行術後生命徵象監測與必要之照護等等。如果對於疾病或傷痛的治療，在醫學上存在有數種不同的治療方式，且數種治療方式都是醫學上一般所承認或認可的，或是還未出現統一或標準的治療程序，原則上應該容許醫師有選擇醫療方法的自由，也就是說，醫師可以視具體情況而做出適當的裁量¹⁷³。只要醫生所採取之方式屬於醫學上所認可的方式，即使事後的治療效果不佳，亦不能因此而認為醫師有醫療過失¹⁷⁴。

第二目 否定說—醫療準則不能做為醫療過失判斷之憑據

反對論者認為，醫療準則無法單獨作為法院判斷依據，而應以醫學專家鑑定為主¹⁷⁵。此說認為，醫療準則是按治療（或醫療）行為當

¹⁷³即所謂醫師在治療方法上的裁量自由原則（ Grundsatz der Methodenfreiheit ），vgl. Schönke / Schröder, , a. a. O. (Fn. 14.) , 35 ; Ulsenheimer *Aztstrafrecht in der Praxis*, 2. Aufl., 1998, S. 17 ; 相同意見參考黃榮堅，*基礎刑法學（上）*，元照，2003年，309頁。引自王皇玉，*整形美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則*，*月旦法學雜誌*第127期，2005年12月，頁59-60。

¹⁷⁴王皇玉，*整形美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則*，*月旦法學雜誌*第127期，2005年12月，頁59-60。

¹⁷⁵參醫療準則之意義與功能，盧映潔、周慶東、葛建成，*醫療與刑事法學術研討會-嘉義場*，2009年，頁5-9。

時的醫學知識而來進行的¹⁷⁶，因而醫療準則僅僅是宣示性地反映出這種知識水準而已，其並非法律上的直接結構性要素¹⁷⁷。不過，由於醫療準則係醫學專業中心所頒發，所以醫療準則也是可以當作是個案中醫學標準的根據與指標，並且就此可以提供法院指引及輔助¹⁷⁸。但它是一種無涉個案的客觀化行為指示¹⁷⁹，故充其量只有在非常限制的條件下才可以直接將醫療準則拿來當作一個標準的評價對象¹⁸⁰。諸如一些德國判例也批評醫療準則欠缺了法律上的正當性，所以即使醫師違反了醫療準則的話，也不認為這有直接的重要性¹⁸¹，所以醫療準則往往被視為不具拘束性的規定¹⁸²。因而醫療準則的內涵及其拘束性在醫療過失的認定上一直都相當有爭議性。

國內持反對意見學者提出，醫療準則應該只是具有一種憑徵作用。吾人可以說醫療準則係為容許風險做出了說明，醫師們就是為了阻止存在於醫療行為射程之內的危險而採取醫療防護措施，因而吾人原則上可以相信，醫師遵照醫療準則所從事的醫療行為將不會會病患帶來具體的危害。如上述，醫療準則係由醫學研究人員根據臨床實驗所得到的新型醫學知識與技術，而形成的基本診療步驟與程序，所以原則上只要醫事從業人員按照這醫療準則而進行醫療活動的話，吾人通常便可以說這樣的醫療活動是「符合醫學規範的行為」(lege artis)。反對論者進一步提出論證，認為醫療規範一經制定的當時，便已經落伍。因為所有的成文規範在實際上是有時效性的，總是以不斷的更新為必要，因而總是曝露在一種面臨被淘汰換新的危險之下；醫療準則並無法為曇現出有關危害及對之迴避的認識與技術的即時狀態做出

¹⁷⁶OLG Hamm, VersR 2002, S. 857. 轉引自盧映潔、周慶東、葛建成，前揭文，頁5。

¹⁷⁷OLG Hamm, NJW 2000, S. 1801f.; Stöhr, Hirsch-FS., 2008, S. 433, 437. 轉引自盧映潔、周慶東、葛建成，前揭文，頁5。

¹⁷⁸Jorzig/Feifel, GesR 2004, S. 314.; Har, MedR 1998 8, 11; Steffen/Pauge, Arzthaftft – ungsrecht, 10. Aufl., Rn. 150a 轉引自：盧映潔、周慶東、葛建成，醫療準則之意義與功能，醫療與刑事法學術研討會-嘉義場，2009年，頁5。

¹⁷⁹Maassen/Treskow, Luer-FS, 2008, S. 116. 轉引自：盧映潔、周慶東、葛建成，前揭文。頁5。

¹⁸⁰Jorzig/Feifel, GesR 2004, S. 312. 轉引自：盧映潔、周慶東、葛建成，前揭文。頁5。

¹⁸¹OLG Hamm, VersR 2002, S. 1373; OLG Düsseldorf, VersR 2000, S. 1019.; OLG Stuttgart, MedR 2002., S. 650ff. 轉引自：盧映潔、周慶東、葛建成，前揭文。頁5。

¹⁸²OLG Naumburg, MedR 2002., S. 471. 轉引自：盧映潔、周慶東、葛建成，前揭文。頁5。

確保；另一方面也要了解到遵守醫療準則並不是在具體情況下的唯一醫療行為，因為仍然必須盡所有在治療當時其他規則（例如各醫學單位或診療所自訂注意事項、醫療建議等等）及運用醫學知識以避免病患的傷害或死亡結果。故不能光是未遵照醫療準則便可以說一概成立醫療疏失¹⁸³。或者甚至，凡是有具體根據顯示，若按照醫療準則行為的話將會為病患帶來人身或健康的損害時，則醫療準則在其射程中，為醫師所開啟的醫療行為自由空間便會失效，如果醫師在這樣的具體情形下仍按醫療準則進行醫療措施的話，那麼該醫師便必須為其所引起的特殊危險狀況負有升高注意的義務。所以違反醫療準則本身並不馬上代表就有醫療疏失，而只是給出一種憑徵而已，至於是不是成立醫療疏失，則還需要有個案的醫學上說明¹⁸⁴。

反之，如果患者的情況可以包涉在這醫療準則下的話，那麼便可以做出以下推論，即違反醫療準則便可以推論出該醫療行為具有注意義務違反。另一方面，如果身處具體情況下的醫療從業人員，對具體醫療情況所產生的危害有預見可能性，或者還有其他的醫療方法也可以適時地達到醫療準則所追求的目的時，那麼這種對於醫療準則的違反或逾越便使得法庭的進一步檢驗顯得必要¹⁸⁵，這種檢驗是為了能夠找出注意義務破壞的根據。

是以，當個案中的醫療行為未遵照醫療準則而來進行時，是禁止法院或法官就此直接或間接地做成違反性的推測，此即所謂的「禁止反射性認定」；另一方面同時也禁止因該間接性認定而來的「證明負擔的逆轉（到該醫師身上）」。¹⁸⁶這可由新進的幾個新進的幾個德國醫學判例中觀察得到。在 OLG Naumberg 的判例中顯示，醫療準則對醫師而言僅是具有資訊性格（Informationscharakter）而已，之所以不能做為醫師的直接羈束性醫療行為的指導，原因在於其正當性、不

¹⁸³轉引自盧映潔、周慶東、葛建成，醫療準則之意義與功能，醫療與刑事法學術研討會-嘉義場，2009年，頁6。

¹⁸⁴Martis/Winkhart, *Arzthaftungsrecht*, 2. Aufl., S. 319; Spickhoff, *NJW* 2004, S. 1714 Stöhr, *Hirsch-FS*, 2008, S. 438. 轉引自盧映潔、周慶東、葛建成，前揭文，頁6。

¹⁸⁵Roxin, *StRFrecht AT*, 4. Aufl., 2006, §24 Rn. 19. 轉引自盧映潔、周慶東、葛建成，前揭文，頁6。

同的品質（致力於逐個階段逐個階段地補充）及現實性（Aktualität-部分地醫學知識及臨床實務上的快速進步）都已呈現靜止狀態¹⁸⁶。

OLG Stuttgart 的醫學判例也明白指出，不遵守醫療準則等的醫療行為並不必然就要將之評價成一種「無法理解的錯誤」（unverständlicher Fehler），也不會馬上就充足了法理上重大治療疏失的前提要件，而對該醫師導致對其不利的反向證明負擔¹⁸⁷。

由於上述醫療準則的憑徵性機能，其對於相關醫療行為所提供的只是一種近似「建議迴廊」（Empfehlungskorridor）的參考，這樣的迴廊效應可以為從事醫療行為的醫師提供一種最低的標準，以及一種良善的標準。若該醫師在這樣的迴廊空間中維持了「充分的」醫學標準，那麼通常就不會成立醫療疏失。

因而反對論者認為¹⁸⁸，醫療準則不能取代醫學專家鑑定而單獨作為法院判斷依據的。醫療準與醫學專家鑑定兩者通常是法院在判斷是否成立醫療疏失時的輔助手段，前者所具有的特點在於其具事前觀點（ex ante），而後者則是事後觀點（ex post）的性質。

第三目 小結

本文以為，在醫療領域中醫師所應遵守之注意義務內容，是從醫學知識與醫學實踐之經驗累積而成的醫療準則（lege artis, lex artis）。但無論如何，醫療準則存在的目的，不僅是作為醫師治療疾病的醫術指導原則，更是為了保護病人避免受到不正確或不正當的醫療行為損害。因此，醫師違反醫療準則而進行醫療行為，即意味著醫師超越了容許範圍之風險而進行醫療行為。換言之，醫師在違背醫療準則時，應該對於非容許範圍之額外風險，具有預見可能性。此等對於額外風險的預見可能性，乃論證醫療過失成立之最重要關鍵。

¹⁸⁶OLG Naumberg, MedR 2002, S. 471f. 轉引自盧映潔、周慶東、葛建成，前揭文，頁 7。

¹⁸⁷OLG Stuttgart, MedR 2002, S. 650. 轉引自盧映潔、周慶東、葛建成，前揭文，頁 7。

¹⁸⁸盧映潔、周慶東、葛建成，醫療準則之意義與功能，醫療與刑事法學術研討會-嘉義場，2009 年，頁 8。

如果對於疾病或傷痛的治療，在醫學上存在有數種不同的治療方式，且數種治療方式都是醫學上一般所承認或認可的，或是還未出現統一或標準的治療程序，原則上應該容許醫師有選擇醫療方法的自由，也就是說，醫師可以視具體情況而做出適當的裁量。以台北地院 91 年訴字第 730 號刑事判決案例來說，醫師在抽脂手術前，並未對病人進行手術與麻醉適應評估，也未對病人進行最基本的抽血檢驗、血糖測試、凝血功能、血型、血紅素、及一般生化檢查，即進行手術。醫師的行為固然違反抽脂手術在醫學上應行注意之準則。然而，這些注意義務之違反，難謂與後來死亡之結果沒有因果關係。與病人死亡結果有直接因果關係之事項，在於術後未繼續對病人生命跡象進行監測，以致於未對病人及時提供充足的體液。然而，如果術前對病人抽血紅素及一般抽血生化檢驗等等，即有可能提早發現問題，如貧血；甚至發現病人並不適宜進行大範圍的抽脂手術。

基本上，醫師的術後照護主旨在維護病人生命、身體的安全。如果醫師無法親自為之，則應指示並監督其他醫療人員(如護理人員、物理治療師及藥師等)為之。醫師對於這些術後照顧事項未盡注意義務或未為適當的指示，以致於導致病人死亡，即應負法律責任。

第二款 醫療分工

在醫療領域中，由於分科化細緻，因此一個醫療行為由各個不同領域之專科醫師，配合協助之醫護人員，共同分工合作之情形，甚為常見。在醫療分工之情形，又可分為專科醫師之間不受對方指揮、地位平等的「水平分工」情形，以及有上下指揮監督關係的「垂直分工」情形。醫療行為中常見的六個典型的團隊形式有以下數種¹⁸⁹：

1. 不同專科醫師間的醫療科際合作。
2. 專科醫師和一般科醫師之間的合作。

¹⁸⁹卓育璇，醫療分工與信賴原則，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，2008 年 6 月，頁 54-55。

3. 地方開業醫師和醫院醫師之間的合作（報備支援）。
4. 主治醫師與會診醫師間的合作。
5. 在一個部門內的主任醫師與受其指揮監醫之醫師間的團隊工作。
6. 醫師與其他醫護人員間的合作。

第一目 水平分工

在醫療團隊中，主要的分工模式可大別為兩種：水平分工及垂直分工。前述六種團隊形式中，1到4的型態是水平分工之模式，亦即權力關係與責任歸屬原則是夥伴合作之模式，因此原則上參與者並不受其他參與者的指令拘束。在醫院中的各科別，即為水平分工的型態，例如麻醉科與骨科、外科之間，係處於一種協助合作關係的水平分工。

第二目 垂直分工

前述六種團隊形式中，5、6則屬於垂直分工模式的範疇。垂直分工模式顯示出一種階級組織型態，亦即，團隊參與者有上下階級之分，下級參與者隸屬於專業佔優勢且勞動法所規定之上級參與者；且必須服從上級指令¹⁹⁰。

在直分工模式裡，上級對下級有指揮之權力，但亦負有義務，亦即其對下級之行為必須負責任。而下級與者負有「雙重義務」，亦即其有遵從上級指示的義務，但在其專業範圍內亦必須盡到應有之注意義務，依照其所受之專業訓練完成工作。例如護士必須依照醫師指示用藥，此為遵從上級指示之義務，而在用藥前，按其專業訓練與職業規範，必須「三讀五對」，此為就自身專業應負之義務。若依照指示用藥結果造成病人的損害，是上級應該負責，但若上級指示沒錯，是自己未遵守「三讀五對」的程序用錯藥，則必須自行負責。

¹⁹⁰Ulsenheimer, a. a. O., §1, Rn. 142-143. ; 引自卓育璇，前揭文，頁 54。

第三目 醫療分工與信賴原則

就客觀上能力限制以及工作效率而言，能夠分工合作完成一個任務的基礎其實還是來自於容許風險和信賴原則，信賴原則常見適用於交通事故案件，以限縮過失責任範圍，既然容許風險是理性的風險判斷及行為選擇，醫療行為即使在本質上與交通有所不同，除非從根本否定分工合作的模式，否則仍舊可以適用信賴原則。是以信賴原則在醫療行為領域是可以被主張的。

德國學界與實務公認信賴原則於醫療行為之適用¹⁹¹，我國實務見解亦有肯定見解，如高雄地方法院 94 年度自字第 70 號刑事判決：「為期達成提供適當醫療服務、合理運用醫療資源及考量醫療品質之維護等目的，我國現時關於醫療服務之發展已逐漸走向分工化、專業化之趨勢，…藉由特定制度之設計藉以達成專業分工、分層負責之目的，實屬必然，故各該醫護人員亦應僅就其執行業務範疇依法肩負注意之責，吾人實無可能嚴格要求該院所有人員均必須無時無刻、毫不間斷地隨時注意所有病患之一切狀況，此節亦為一般前往醫學中心求診病患事前所得認知並同意接受之事實。」。

第四目 信賴原則於醫療行為之適用

信賴原則可否適用於醫療行為？信賴原則於交通事故責任之發展為典型，目前也無人否定交通事故責任不應適用信賴原則，但此原則是否能夠適用於醫療事故責任，尚非全無爭議，在此有肯定說與否定說二種見解。

一、肯定說：

多數學者認為信賴原則除了交通領域外，其他需要團隊分工合作的場合亦有其適用，例如手術、科學實驗、救援行動以及類似的活動。認為醫療行為可以適用信賴原則之論點如下：

¹⁹¹Roxin, a. a. O., §24, Rn. 25. ; 引自卓育璇，前揭文，頁 55。

(一) 藥品、醫療等事務，與交通在性質上同屬改善民眾生活、提高生活條件所必須之設施或行為，在交通事故既可發展並適用信賴原則，在藥品公害或醫療事故發生時，即無排除適用信賴原則之理由¹⁹²。

(二) 醫療參與人員每一個人都受有專業醫療訓練，且根據專科醫師制度盡其醫療上所應遵行之事項，彼此之間地位平等，並無指揮或指示他人如何為醫療行為之權利。因此，在需要多數醫療人員分工合作之場合，每一個共同參與醫療工作之人，只需遵守自己專業領域或注意義務。換言之，每一個專業參與者，可以主張信賴其他參與者都具有必要之專業知識且會遵守個人專科領域或所應遵行之醫療準則與注意義務，去完成其專業領域之任務¹⁹³。

二、否定說

否定說則認為交通事故適用信賴原則係經過長久以來的理論與判例發揚，而逐漸形成。此一原則既係針對交通事故之特性而形成之原則，其他之藥品公害或醫療事故在性質上與交通事故未盡相同，考量之重點亦不一致，故應由藥品或醫療行為之本質與社會之需要，逐漸經由理論與實務之充實，而形成若干之原則，因此無庸適用信賴原則¹⁹⁴。

尚有論者認為醫療過失是否有信賴原則之適用，應依具體個案認定之，不應一概而論。惟仍應考量：1. 共同醫療行為如未能明確劃分權責及確實為防止災害發生之行為，即不能適用信賴原則。2 如對業務分擔者之專業能力有所疑義時，自客觀預見可能性之觀點，既然無法確定其能力或資格是否適當執行業務，亦不發生適用信賴原則之問題。3. 業務之性質如危險程度高，因其注意義務亦較廣，適用信賴原則之範圍勢必較為狹窄¹⁹⁵。

本文以為信賴原則應可適用醫療行為，現今醫療由於疾病之複雜

¹⁹²曾淑瑜，信賴原則在醫療過失中之適用，月旦法學雜誌第 28 期，1997 年 8 月，頁 86。

¹⁹³王皇玉，整形美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則，月旦法學雜誌第 127 期，2005 年 12 月，頁 61。

¹⁹⁴曾淑瑜，前揭文，頁 89。

¹⁹⁵曾淑瑜，前揭文，頁 91。

化，已經非由醫師一人即可獨立完成，尤其在重大疾病及手術之治療上，尚須醫療團隊中各個專業醫識人員通力合作，相輔相成才能達到完善的治療成效。此為醫療分工之形成，醫療分工的任務達成須來自於信賴原則，使各該醫護人員亦應就其執行業務範疇依法負注意之責。

第五目 信賴原則適用之結果

信賴原則在醫療行為被適用的結果是，參與醫療行為的各行為人可以信賴其他參與者將做好他們被分配的任務，並且具有達成該任務應有的專業知識與經驗。德國最高法院認為：「每個醫師都會遭遇到其任務領域可能產生的危險，只要沒有可辨識的明顯資格欠缺或明顯的錯誤，醫師可以信賴其他專科領域的同事會以應有的注意水準完成被分配的任務。在此範圍內，醫師彼此相互的監督義務是不存在的¹⁹⁶」。

第六目 信賴原則適用之例外

在例外情況則無法主張信賴原則，蓋這些情況已經超越容許風險的範，而不符合信賴原則之要件，例外情形如下：

- 一、其他參與者無法勝任其任務的狀態是可辨認出的，例如該參與者處於因為酒醉、生病、要求過苛或過度工作而筋力竭等不適合工作的狀態，在這種情況下已經無法認同其能夠完成任務。
- 二、有特定線索而合理的懷疑系爭參與者未能依常規完成手術的準備前置作業。在一和二的例外情況下，醫師基於其對病人利益的保護義務，避免同事明顯的缺失對利益之侵害，必須對整個醫療過程為全盤之注意，此時不能將其責任侷限在專業或任務範圍內。此為信賴權利的結束、刑事責任（違反義務）的開始。就此情況

¹⁹⁶BGH VersR 1991, 695.

而言，「越強調信賴原則的適用，醫療行為所生的風險和因此對病人所造成的危險將越高」（BGHst43, 306, 311.）¹⁹⁷。

三、某種治療措施的特定風險是由於不同專業間難以協調的方法或工具而生。以德國聯邦最高法院 1999 年的判決為例¹⁹⁸，在一個治療斜視的手術中，麻醉科醫師按照規定施用 K 他命麻醉病人，在此過程中病人必須獲得高濃度的氧氣，與此同時，眼科醫師為了止血而施行燒灼術，以便使破損的血管閉合。在燒灼術進行時引發了烈焰，結果造成病人臉部嚴重灼傷。德國聯邦最高法院之判決認為麻醉醫師應該考量手術過程，其所決定要採取之麻醉方式必須與開刀醫師將施行之醫療行為能夠協合而不會產生危險。因為，病人的利益是最高指導原則。因此多人分工的醫護團隊必須避免不同專科間，無論是方法或工具等所產生的齟齬，各分工的醫師之間就預定採取的醫療行為必須事先協調。分工的醫護團隊間由此而產生溝通（資訊給予）與協調的義務，以排除病人可能受到的風險¹⁹⁹。

四、行為人對於他人有監督責任時，例如手術的主刀醫師（der leitende Arzt）對其他手術參與者（如較資淺的醫師）有監督和控制責任，在責任範圍內不能主張信賴原則。

五、在委託的情況下亦會產生控制和監督責任。當一個人把自己的任務委託第三人執行時，必須負起選擇、指引與監督之責任。只有在其盡到這些責任時才能主張信賴原則而免於過失之成立

²⁰⁰。

第七目 信賴原則相關之判例

一、麻醉護士打錯麻醉藥案—新竹地方法院 89 年度訴字第 4 號刑事

¹⁹⁷Ulsenheimer, a. a. O., §1, Rn. 145.

¹⁹⁸BGH, Urtv 26 I. 1999—VIZR 376/97 (BGH NJW 1999, 1780, 1781.)

¹⁹⁹Roxin, a. a. O., §24, Rn. 25.

²⁰⁰Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil., 2. Aufl., 2001, §12, Rn. 28

判決

被告甲為婦產科醫師，要為產婦進行剖腹產手術時，由麻醉護士乙為孕婦實施腰椎注射麻醉，乙取藥時錯將止血劑當成麻醉藥劑，而被告甲亦未在產婦時麻醉前在行確認藥劑之正確性，結果止血劑被當成麻醉劑打入產婦腰椎內，導致急性腦水腫合併腦疝形成，產婦經急救後仍不治死亡，胎兒亦胎死腹中。

本案經上訴三審皆判決被告醫師有過失，本案被告主張信賴原則三審皆予以否決。被告主張：「醫療業務與取藥細分屬不同管理負責階層，…而本案因麻醉護士乙個人疏失錯取藥劑，公訴人認被告甲藥共負刑責，對甲實嫌過苛。」²⁰¹，「…學者及實務界均認為醫師與護理人員間應有『信賴原則』之適用，在符合醫學上之信賴原則下，醫師毋庸對護理人員之過失負監督過失責任，僅醫師之所為違反醫學上之信賴原則時，始應對護理人員之過失負監督過失責任。」²⁰²本案上訴至最高法院後仍舊被駁回，最高法院認為本案並無信賴原則之適用：「…原判決已明麻醉屬醫師法第二十八條第一項所稱之醫療業務行為；此項醫療業務行為原則上須取得合法醫師資格者始得為之，雖例外在醫療機構於醫師指示下之護士亦得為之，惟在醫師指示護士為醫療業務行為情況下，醫師對依其指示而為醫療業務行為之護士，本當負有指揮、監督之責。麻醉手術實施前之取（備）藥行為，係屬醫療輔助行為。醫師信賴有適當訓練及經驗之合格護士，並指示準備麻醉之藥物，仍須親自核對藥劑容器之標籤外觀，或口頭詢問護士，確認準備注射之藥劑無誤，以避免危險發生。…上訴人應注意能注意，竟疏未注意，致發生前開事故，顯有過失，且與被害人之死亡有相當因果關係，無適用『信賴原則』免責之餘地。」²⁰³

又在本案例中，如執行麻醉者為麻醉醫師而非麻醉護士，此時被告甲醫師則可因主張其對麻醉醫師之信賴原則，過失責任將歸責於麻

²⁰¹ 節錄自新竹地方法院 89 年度訴字第 4 號刑事判決。

²⁰² 節錄自高等法院 90 年度上訴字第 3468 號判決。

²⁰³ 節錄自最高法院 94 年度台上字第 1403 號刑事判決。

醉醫師，甲即無刑責。

二、北城醫院打錯針案—板橋地方法院 92 年度矚訴字第 2 號刑事判決

本案案由為北城醫院之麻醉護士將麻醉藥劑放置於嬰兒房之冰箱，而小兒科病房之護理長平時亦未將疫苗存放於疫苗專用冰箱，而是將其存放於嬰兒房冰箱，導致嬰兒房冰箱同時存放有母乳、疫苗及置放長達盡七個月之麻醉藥劑等物品。結果嬰兒房護士丙要為新生兒注射 B 型肝炎疫苗時未依三讀五對之規定，誤取該麻醉藥劑為新生兒施打，造成數名新生而死傷結果。

本案中被告之一為醫院院長兼任小兒科主任，檢察官認為及監督不周，應負過失之責；法院於此認為醫師並無核對疫苗之義務，對於醫師下醫囑之後，由護士負責取藥及施打疫苗注射，護士取藥及注射前應執行三讀五對，醫師毋庸監督。可見法院認同醫療分工業務，醫師於施打疫苗這件工作可以信賴護士可以做好，應有信賴原則之適用。

信賴原則具有作為限縮過失犯成立之效果，其目的無非是在進行較為合理的「風險分配」與「責任分配」。在需要多數醫療人員分工合作之場合，每一個共同參與醫療工作之人，只需遵守自己專業領域之注意義務，將自己專業領域之任務完成，無須顧及他人是否同時也遵守其注意義務。換言之，每一個專業參與者，可以主張信賴其他參與者都具有必要之專業知識，且是遵守其個人專科領域所應遵行之醫療準則與注意義務，去完成其專業領域之任務。從而，一旦有致死或致傷害之情形出現，只要醫療參與者本身是遵守自己應注意之事項，即可主張信賴他人也是遵守注意義務地進行醫療行為為由，而排除過失責任之成立。

第六節 醫療過失之認定

第一項 醫療過失之概念

過失行為的處罰，通常都是為了保護重要的法益，例如：生命、身體、公共安全。因此，過失犯罪的主要類型是：過失致死、過失傷害、過失的公共危險罪。法院所處理的刑事案件，過失犯罪所佔比例很高；依德國文獻，過失犯罪居所有犯罪之半²⁰⁴。因為過失行為而發生危及法益或破壞法益的情事時，必須有刑法條款明文規定處予以刑罰者，始有可能成立過失犯。此外，因為過失犯的不法構成要件並未能如同故意犯，使用構成要件要素，完整的描述犯罪的構成事實。因此，過失犯的不法構成要件要素是屬於有待補充的構成要件。

刑法論理學上對於過失犯的不法構成要件的論述，認為行為人的行為必須具備（一）結果的原因：過失犯的判斷必須先認定行為是造成具體結果所不可想像其不存在的條件。（二）行為不法：行為人假如違背社會共同生活中社會所共認的行為準則，不保持客觀情狀所應有的注意，及構成行為的客觀注意義務違反性，製造法律所不容許的風險，具有行為不法。（三）結果不法：亦即結果與行為之間必須具備常態關聯性結果以及風險實現性，且結果必須具有可避免性。在具備此三項要件之後，始具有過失犯的構成要件該當性，而有可能成立過失犯²⁰⁵。

根據上述三要件分別加以論述，醫師之醫療行為與醫療結果必須具備下述要件，始會成立醫療過失行為，而必須負擔過失責任：

一、醫師必須違背客觀的注意義務

針對高科技所帶來的風險，法律規範必須斟酌各種社會活動所特有的危險方式與危險程度，就有良知與理智、小心謹慎之人，應注意

²⁰⁴林東茂，刑法綜覽修訂五版，一品文化出版社，96年9月發行，頁1-186。

²⁰⁵林山田，刑法通論(下)增訂九版，2005年，頁171-187。

的客觀注意標準，制定各種不同的注意規則。其中有不成文者，亦有成文規定者。針對醫師行醫或開刀此一社會活動，在該行業經歷多年累積而成的醫術規則，即屬前者。行為人的行為若違反這些注意規則，而怠於履行這些注意規則所提示的注意義務者，通常即可認定該行為具有客觀注意義務違反性，而具行為不法²⁰⁶。亦即，醫師基於一般的醫療準則，應對病患為一定的告知卻未為，其行為即應認為具有客觀注意義務之違反性，而具行為不法。因此，注意義務為過失犯成立之前提，即行為人必須違反此注意義務而從事侵害法益之行為，始會成立過失犯。此處所謂注意義務之違反，即為過失犯之「行為的不法」²⁰⁷。

至於行為人在客觀上究竟應保持何種程度的注意，才算違背注意義務？而不具備客觀注意義務之違反？應取決於危險的程度與被危及法益的價值。亦即，危險程度越高與破壞法益價值越高的行為，行為人所負的注意義務也就越高。

惟就行為人主觀而言，判斷行為對於法益的危險程度，以及行為可能危及法益的價值，往往因人而異。如此一來，將對刑法的犯罪判斷形成困難。因此通說認為，行為人所應負的注意義務，應就客觀標準而做認定，即以一個具有良知與理智而小心謹慎之人，處在與行為人同樣的具體情狀下，所應保持的注意危一般標準。行為人本身是否有能力履行此一標準，即屬罪責的問題。

二、醫師必須具備注意能力

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。」在此法條中第一項規定的是「無認識的過失」，第二項規定的是「有認識的過失」。

（一）無認識的過失：

²⁰⁶林山田，刑法通論(下)增訂九版，2005 年，頁 173。

²⁰⁷廖正豪，過失犯論，三民書局，1993 年，頁 89。

「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」。在「無認識的過失」之構成要件中，除應具備「應注意」之注意義務外，尚應具備「能注意」之有注意能力；亦即行為人必須能夠履行客觀注意的能力，才能將其違背客觀注意義務之行為，評價為過失行為。因為行為人若沒有注意能力，法律及不應期待他能夠注意，而無過失罪則。無認識過失，乃是「行為破壞了客觀上應該遵守的注意義務」，純屬客觀的現象面，與行為人主觀無涉，無認識過失，應該屬於客觀構成要件的檢驗。例如：深夜，甲認為路上無人，從樓上拋物而下，擊傷行人。甲製造了不被容許的風險，則應該由客觀構成要件中的因果關係檢驗。

（二）有認識的過失：

「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者，以過失論。」在「有認識的過失」中，行為人有預見結果發生之可能，可是相信結果不會發生，終致實現不法構成要件之主觀心態。詳言之，有認識過失，必須在主觀構成要件上做判斷，判斷行為人有無注意能力與注意可能。亦即除了必須過問行為是否製造了不被容許的危險外（破壞了客觀上應遵守的注意義務），還要追問行為人主觀的認知能力與注意可能。認知能力與注意可能，以一般小謹慎的理性主體為標準。如果行為人有比較高的認知能力與注意可能，則以行為人較高的能力為主。例如，專精的外科醫師，在手術時只是遵守醫療規則是不夠的，還要以其專精的醫術，更提高警覺，若不能做到這一點，就是製造了不被容許的危險。

關於醫師注意能力的標準，基於醫師執行醫療業務，前提必須已經過醫師考試及格，領有醫師證書或取得許可執照者；且醫師行為本具有專門性，其本質往往伴隨高度的危險性，故醫師有隨著醫學水準之提昇充實醫學新知之義務²⁰⁸。若以其主觀標準為注意之最低限度，

²⁰⁸我國醫師法第8條規定：「醫師執業，應接受繼續教育，並每六年提出完成繼續教育證明文件，辦理執業執照更新。…第2項醫師接受繼續教育之課程內容、積分、實施方式、完成繼續教育

則「無知」便得成為免除過失之理由，將肇致病患之生命、身體及健康無法獲得完全之保障，是故客觀說較為可採。又基於醫療技術具有時間性及空間性，產生不同的醫療水準，因此判斷醫師有無注意能力，即應以同一時代、同一地區的醫師之平均水準為準。

三、傷亡結果與醫療行為之間必須具備因果關係

因果關係，乃係指行為與結果之間具必要的連鎖關係。結果必須與行為具有這種因果上的關聯，行為人方負犯罪既遂的刑事責任。故因果關係之認定僅對於結果犯，始具重要性²⁰⁹。而刑法上關於因果關係認定標準的學說，有條件說、原因說、相當因果關係說等，目前我國學說及實務，係採相當因果關係說為認定過失犯之通說。

過失致死或過失傷害常見於交通事故，醫療領域也可能潛藏不少過失致死或過失傷害的事例。例如：婦產科醫師應該給予產婦子宮收縮的藥物，卻錯給降血壓的藥，導致產婦休克昏迷，幾乎死亡。國內實務亦發生類似案例²¹⁰，案由被告為一婦產科醫師，要為產婦進行剖腹產手術時，通知麻醉護士 A 到場為孕婦實施麻醉注射，以利其手術之進行。A 取藥時將麻醉藥劑拿成止血劑，而被告在為產婦實施麻醉藥劑施打前沒有核對藥劑之正確性，A 也沒有對藥劑之正確性再做確認。結果止血劑被當成麻醉藥劑打入產婦之腰椎內，導致產婦急性腦水腫合併腦疝形成，產婦經急救仍不治死亡，其體內之胎兒亦胎死腹中。

行為非出於故意或過失者不罰（刑法第 12 條第 1 項），然而行為不是故意，不能即刻理解為必有過失。非故意的行為，有可能不成立過失，典型的例子是符合信賴原則的行為，例如醫師開出為病人輸血或打針的醫囑時，交由護理人員實行醫囑，如因護理人員的疏失，導

證明文件及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關會商相關醫療團體定之。」同法第 27 條規定：「違反第八條第二項規定者，處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰，並令限期改善；屆期未改善者，按次連續處罰。」

²⁰⁹林山田，前揭書 2005 年，頁 180。

²¹⁰新竹地方法院刑事判決-89 年度訴自第 4 號【麻醉護士打錯麻醉藥案】。

致輸錯血型²¹¹或打錯針劑致病人死亡或傷害²¹²，此時醫師應該是可以用主張信賴原則的適用。雖然護理人員法第 24 條將護理業務之性質定性為醫療輔助業務行為，須經醫師之監督輔導始得為之，然而其平常工作的具體規範還是在其所在之醫療院制定之作業常規。臨床醫療上注射與輸血是極為常見的護理業務，醫師當可主張信賴原則，毋須再苛予其監督義務，否則醫療輔助業務行為之人（護士、醫檢師、物理治療師、放射師等）將可主張信賴原則，作為規避刑責之方式而將過失轉嫁於醫療業務行為人（醫師）之上，另一方面，醫師將因此而兢兢業業，且對於所有應輸血或給藥（包含口服藥及針劑）的病人都須負業務上監督之責，恐怕足以令其無法施行其醫療主要業務（例如門診、施行手術等）。因此醫療過失適用信賴原則，仍須依案例事實逐一認定。

第二項 醫療過失之種類

在討論醫療過失問題時，應將醫療行為及醫療過程一一檢驗，才能將爭點明確化。如此我們可以發現，醫療過失種類可以包含診斷過失、手術過失、給藥過失、麻醉過失、輸血過失、延誤（轉診）治療過失、甚至看護過失等類型，而這些類型又常發生互相牽連而影響病情，例如因誤診而延誤治療，或因誤診而開了不必要的刀，手術中大量失血不治…等等。以下分別介紹，並列舉相關醫療過失判決以略作說明²¹³。

第一款 檢查及診斷行為過失

「診斷」係醫師觀察患者自覺的、他覺的症狀、檢查結果，決定病名及其診療方針。正確之診斷攸關治療措施之選擇，其重要性不言

²¹¹高雄地方法院刑事判決-93 年度醫訴字第 1 號。

²¹²板橋地方法院刑事判決-92 年度曠訴字第 2 號【北城醫院打錯針案】。

²¹³相關醫療過失案例法院判決收錄於本文末【附錄一】至【附錄七】。

可喻。誤診的類型又可區分以下幾種：一、「沒病誤為有病」；二、「有病誤為沒病」；三、「將甲病誤為乙病」；四、「未依病程發展而修正其診斷」；五、「病人複合多種病症，僅診斷其一」²¹⁴。

一、「沒病誤為有病」：

例如，將沒有乳癌之病人誤診為乳癌，致病患接受手術切除治療，致受有傷害²¹⁵。

二、「有病誤為沒病」：

案例事實²¹⁶：「被害人即上訴人等亡父許○○生前信任被告甲○○、乙○○醫師所言：依其專業及精密儀器內視鏡與切片檢查，斷定胃腸正常，可高枕無憂。詎時隔不足二月，再作檢查，已是胃癌末期，足見被告二人先前長達十五個月之醫療行為，未找出明顯病因，致延誤病情，自有疏失、草率之醫療過失。」

三、將甲病誤為乙病：

例如，病患罹患胰臟癌做完放射線治療後，高燒、劇咳且有濃痰，復因血紅素過低而進行輸血，最後病人因肺炎發生敗血性休克，卻被誤診為輸血產生的過敏性休克而為治療（施打抗過敏針劑），延誤治療時間，致病人轉診至林口長庚醫院時經急救無效，呼吸衰竭死亡²¹⁷。

四、未依病程發展而修正其診斷：

例如，產婦自然產分娩時，子宮破裂，小腸脫出，醫師誤以為是臍帶，當場將之割除，導致產婦死亡²¹⁸。

五、病人複合多種病症，僅診斷其一而漏診：

例如，「病患到院時，血壓很低，且有盜汗、自律神經活化之情形，顯示其係休克症狀，經心電圖檢查亦顯示有心肌梗塞之現象，疑

²¹⁴參許辰舟，醫療過失刑事審判實務動向與理論之對照觀察，法官協會雜誌第9卷第1期，2007年5月，頁78-79。；引自簡竹君，過失犯個別化理論和過失犯實務案例之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，94年7月，頁126以下。

²¹⁵板橋地方法院刑事判決-92年度易字第2350號，收錄於本文末【附錄五】。

²¹⁶參最高法院刑事判決95年度台上字第2639號。

²¹⁷最高法院刑事判決96年度台上字第5643號。

²¹⁸朱石炎，醫療行為與刑事責任，台灣醫界，63年9月，頁6。

似急性心肌梗塞併心因性休克，認須進行氣球擴張術，惟耕莘醫院竟無急診可使用之心導管室設備，亦無設置心臟外科，致病患須緊急轉院，在聯繫轉院過程中，又以病患急診費用尚未付清為由，拖延轉院程序，且未作適當之急救處置，後經轉送國立臺灣大學醫學院附設醫院作心導管檢驗，並接受緊急手術，惟仍因副主動脈瘤破裂合併出血性休克死亡。認為被告醫師有誤診、延誤治療時機之過失²¹⁹」。

被告醫師之誤診，是否該當刑法上之過失？法院主要係審查被告是否違反客觀上之注意義務，包括結果是否是客觀上可以預見，以及被告是否違反注意義務？至於具體注意義務內容，法院均極端仰賴機關鑑定所提供之醫療準則，以及醫師醫病歷資料所為處置，是否合於醫療常規之鑑定意見。醫療行為本即具有不確定性，如醫師進行了必要之檢驗，依據相關資料所為之判斷為醫學上所認可，即使事後證實醫師誤判，亦不能以誤判之結果論斷醫師有醫療過失²²⁰。另外，案例顯示，法院在審酌醫師未能診斷病患罹有某病，或將病所罹患之甲病誤診為乙病，通常會考量下列因素²²¹：

(一)病患到診之目的。

例如，台中高分院 88 年度上訴字第 1739 號判決、最高法院 90 年度台上字第 7971 號判決之案例事實中「被害人自己亦不知罹患心肌炎，且心臟疾病須以特殊儀器方有可能檢查出，一般產檢無法確診，因此，雖然被告於歷次產檢過程中，未查明被害人罹有心肌炎，開立催生劑與被害人服用，致被害人產後大出血死亡，認被告無過失。」

(二)病患未被診察出之病症，與被告醫師之專科是否相符。

例如，臺灣高等法院 89 年度上更(一)字第 205 號判決、91 年度上更(二)字第 313 號判決之案例事實「被告醫師僅以病人痙攣之症狀，以子癲症治療，符合婦產科教科書之處置；被害人又無高血壓、心臟病史，強要婦產科醫師為心臟專科醫師之判斷，有悖專科醫師設置之

²¹⁹臺灣高等法院刑事判決，93 年度醫上訴字第 1 號。

²²⁰許辰舟，醫療過失刑事審判實務動向與理論之對照觀察，法官協會雜誌第 9 卷第 1 期，2007 年 5 月，頁 77。

²²¹許辰舟，前揭文，頁 79-80。

目的。又如嘉義地方法院 92 年度自字第 20 號判決亦指出，不得苛求僅具內科及家庭醫學專科資格之被告，超越其注意能力，動燭先機，在自訴人病徵隱微未顯之情況下，預料其右上臂傷勢之惡化發展，論證被告並無過失可言。」

(三)被告醫師所處之醫院等級，依地區或教學醫院，其注意義務可能有所不同。

例如，臺灣高等法院 93 年度醫上訴字第一號判決、基隆地方法院 91 年度易字第 68 號判決「在病患嗣轉送教學醫院後，教學醫院第一時間之診斷，亦未能確診，法院均此理由認不能苛責被告醫師，似以醫院層及不同，異其注意義務程度。」

第二款 治療行為之過失

治療行為之過失涵蓋範圍大約有以下幾種類型：手術過失、給藥過失、麻醉過失、輸血過失等，分別列舉如下：

第一目 手術過失之類型

一、手術必要性之誤認：

對於原本無開刀需要之疾病，因診斷錯誤而予以開刀。例如，病患為甫產一個月之產婦，兩側乳房多發性結節(腺體組織)原本不須開刀(產後 1-2 個月內之婦女乳腺較為豐富)，卻因病理組織切片報告錯誤，誤將乳腺瘤誤診為乳癌，而將病患之乳房切除²²²。

二、手術部位之誤認：

病患原本要切除右腳，醫師手術時誤將原本不須手術之左腳切除。病患原要切除右側乳房，醫師手術時誤將原本不須手術之左乳切除(或一併切除)。據臺灣骨科醫學會將手術錯誤事件加以統計，區分為三類²²³：

²²²板橋地方法院刑事判決-92 年度易字第 2350 號，收錄於本文末【附錄五】。

²²³參自「烏龍術，28%骨科醫師曾開錯刀」，中國時報 A5 版，2010 年 6 月 23 日。此案例為骨

1. 「開錯部位」者高達 56%。
2. 「開錯方式」占 36%。
3. 雖然離譜但仍然曾經發生「開錯病人」，還有 8%。

其中，僅 5.4% 在術前及時更正，48% 在手術中發現錯誤，然而有 46% 於手術後才發現。

三、手術技術不良：

被害人患有多發性子宮肌瘤，被告醫師為其施行全子宮摘除術，不慎切斷輸尿管，致被害人大量尿液由陰道滲出之重傷。法院採取行政院衛生署醫事審議委員會鑑定結果認「被告已將損害減至最少」而盡可能恢復被害人泌尿功能，及證人證詞「此種情形常常發生」，認被告無過失²²⁴。

被告醫師共同為嬰兒之病患開刀施以疝氣手術，竟俱疏未注意，不慎割破其輸卵管而不查，隨即縫合，使病患因外傷性腹腔內出血，休克致死²²⁵。

四、異物殘留腹內：

由於腹部手術時，通常因部位深且範圍大，屬大型手術，並使用大量紗布、器具等物品，而且手術中沾血之紗部與組織及血塊極為類似，在手術完成後縫合傷口，如未仔細清點使用之紗布數量再將紗布取出，極易將紗布或小型器具遺留在病人腹內未取出，導致病人感染、健康狀態受損²²⁶。

第二目 給藥過失

給藥或注射針劑得由醫師之輔助人員執行，但必須依醫師之指示，因此，如醫師之輔助人員在醫師之指示下為病人注射針劑而發生病人之死傷，除注射針劑之醫師輔助人員應負責之外，負有醫療業務監督責

科醫師「開錯腳」，於術中發現即時停止。

²²⁴臺灣臺北地方法院刑事判決 88 年度自字第 724 號。

²²⁵臺灣高等法院 88 年度重上更(三)字第 257 號判決。

²²⁶臺灣臺北地方法院刑事判決 90 年度易字第 1738 號。

任之醫師亦每每被追究責任，不因其本人未參與注射而不必負責。但實務上亦有因醫療業務範圍而引用信賴原則（有關信賴原則，容於後述），予以限縮醫師之責任者，以下例舉例說明：

一、適用信賴原則，醫師無罪：

例如北城醫院護士打錯針案，護士本欲為嬰兒施打疫苗針劑，卻因錯拿麻醉藥當成疫苗，施打在嬰兒身上，致病人死亡或傷害²²⁷。

二、不適用信賴原則，醫師未盡監督之責，有罪：

（一）被告為婦產科醫師，要為產婦進行剖腹產時，通知麻醉護士 A 到現場為孕婦實施麻醉注射，以利其手術之進行，A 取藥時將麻醉藥劑拿成止血劑，而被告在為產婦時麻醉前沒有核對藥劑之正確性，A 也沒有對藥劑之正確性再做確認，結果把止血劑（Transamine）當成麻醉劑（Marcaine）打入產婦之腰椎內，導致急性腦水腫合併腦疝形成，產婦經急救仍不治死亡，其體內之胎兒亦胎死腹中²²⁸。

（二）被告甲醫師為診所負責人，在為病患乙診療後，認乙係感冒咳嗽，而開立抗生素（Ampiclox、Ampicillin，屬盤尼西林類抗生素）混合 Klinit 果糖溶解劑針劑共 20cc，交由診所內之護士丙對乙施以靜脈注射，嗣丙注射該針劑僅 5 至 6cc 時，乙表示非常不舒服胸口悶，丙立即停止注射並請甲前往處理，甲至注射室時，乙已出現氣喘、嘔吐、呼吸急促及眼睛紅腫等立即性過敏現象，甲判斷乙係過敏，即囑咐護士丙對乙施打未含有腎上腺素之抗過敏針劑 Decadron 並給予氧氣，然乙之狀況仍持續惡化，並產生血壓下降及意識模糊等過敏性休之症狀，因甲疏未設置腎上腺素此一常見之急救用藥品，以致在乙產生過敏性休克時，未能及時對乙施以腎上腺素靜脈注射之急救處置，雖甲嗣後見乙病情惡化而請護士丙立即撥打電話叫救護車，將乙送至高雄市立民生醫院急救，然乙已於到院前死亡²²⁹。

²²⁷板橋地方法院刑事判決-92 年度矚訴字第 2 號，收錄於本文末【附錄九】，頁 218。

²²⁸新竹地方法院刑事判決 89 年度訴字第 4 號，收錄於本文末【附錄二】，頁。

²²⁹高雄地方法院刑事判決 96 年度醫訴字第 1 號。

第三目 麻醉過失

進行闌尾切除手術時，使用麻醉藥物 Tetracaine 實施硬脊膜外腔麻醉時，使針劑誤入硬膜外靜脈叢或蜘蛛膜下腔，導致被害人全身血液內或腦脊髓液內麻醉劑過高而休克、死亡²³⁰。

第四目 輸血過失

例如醫師開出為病人輸血的醫囑，交由護理人員實行醫囑時，因護理人員的疏失，導致輸錯病人的血袋，例如病患甲為 A 型血，病患乙為 B 型血，兩人同時要進行輸血，護理人員因疏忽未核對病患資料，導致將甲的 A 型血輸給 B 型血的乙。或者因血庫驗錯血型，將原血型為 O 型的丙輸注 AB 型血液，導致丙死亡²³¹。法院最後判決：「被告身為黃○○之主治醫師，未能於手術前與病人或其家屬為口頭核對血型，復於手術病患發生輸血反應後，未能即時發現，予以正確之治療及救護，致黃○○因瀰漫性血管內凝血而死亡，被告之醫療行為顯有過失，而其過失行為與被害人之死亡結果間，確有相當因果關係，被告業務過失致死之犯行，應堪認定。」。

第三款 延誤(轉診)治療過失

²³⁰最高法院刑事判決 90 年度台上字第 3688 號。

²³¹高雄地方法院刑事判決-93 年度醫訴字第 1 號。【案例事實】：「被告醫師乙於動手術前 1 日（即 1 月 11 日）之術前會議時，即已知病患血型經醫院檢驗為屬 AB 型血液，卻於手術前未與病患口頭核對血型，且黃天在之子丙於術前會議告知乙其父血型為型時，其亦疏未注意核對病患血型，以避免病患進行術前驗血可能因驗血標籤發生錯誤、血庫收發人員筆誤、標籤誤貼等人為因素造成輸血錯誤，即進行手術，並於手術中輸入與黃天在 O 型血液不符之 AB 型紅血球濃集液 6 單位共 1500 毫升，而造成急性免疫性血管內溶血。當日手術完成將黃天在送入病房輸血中，已出現腎衰竭、明顯溶血傾向，並有瀰漫性血管內凝血之可能，並於翌日更因緊急轉入加護病房，並診斷出黃膽急速加重、併明顯出血傾向及瀰漫性血管內凝血（醫學上簡稱 DIC）現象，依上開病患狀況，應有合理懷疑係輸血錯誤反應，乙亦疏未注意上情，致未能及時發覺輸血錯誤急時搶救，且於 90 年 1 月 15 日，黃天在之子黃元洪告知乙病患輸血錯誤後，猶未能即刻緊急處理，手術後每日仍繼續輸入 AB 型紅血球濃集液，至同年 1 月 16 日，共輸入 5500 毫升。至同月 17 日，黃天在 4 名子女經驗血確認均屬 O 型血液後，始對黃天在改輸全能血型之 O 型血液，然此時黃天在已嚴重瀰漫性血管內凝血，嗣於 90 年 1 月 19 日 18 時 50 分許，終因瀰漫性血管內凝血而致死亡。」

此種注意義務之違反類型，係對病情之嚴重性或緊急性判斷錯誤，致未為即時之診療，或係在時間上遲誤相關之治療作為。而在醫師醫術不佳或醫療機構醫療設備不足時，亦常發生此種類型之過失，例如：

一、 被告醫師為診所醫師兼負責人，為懷孕滿 40 週之被害人施行自然分娩，於當日八時四十五分胎兒娩出，產婦轉入產房觀察，期間陰道一直出血，感覺腹痛且惡露為正常之一倍，於同日十時二十分即出現嗜睡、惡露量持續增加之現象，延至同日十一時十餘分許始通知救護車，於同日十一時二十八分送至台灣省立台北醫院，到院時已呈休克昏迷狀態，嗣因子宮頸右側撕裂傷，延至子宮體，導致骨盆腔、腹腔和後腹腔出血致死²³²。

二、 發生在 94 年 1 月間邱小妹人球案，案係邱小妹之父因酒後不耐邱小妹吵鬧，而將邱小妹打傷，致其頭部鈍挫傷致急性硬腦膜下腔出血而昏迷，經人報案後救護車於 94 年 1 月 10 日凌晨 1 時 55 分，將邱小妹送至臺北市立聯合醫院仁愛醫院急診室救治。該院區當日值班之神經外科代總醫師丙未親自看診，逕行向當日值班之主治醫師己聯繫告知因仁愛醫院之神經外科加護病房均已滿床，為免邱小妹於腦部緊急手術後無法進行術後監看及照護，建議將邱小妹轉院。臺北市災難應變指揮中心(即 EOC)雖協助邱小妹轉床事宜，但經聯絡結果，當日臺北地區尚無多餘之神經外科加護病床可收治邱小妹，凌晨 4 時 05 分，該院區值班之急診科主任乙醫師即告知丙醫師，台北市地區均無神經外科加護病床可收治女童，可否在仁愛醫院急診室加設加護病床，讓女童在仁愛院區進行緊急手術，丙基於仁愛醫院術後照顧設備不足，仍建議將邱小妹轉院。最後，邱小妹於當日清晨 7 時 25 分轉診送達至遠在 200 公里外之臺中梧棲童綜合醫院，嗣邱小妹雖於術後經童綜合醫院之醫療團隊傾力治療，惟伊之腦幹已因轉診延誤手術致腦內血腫持續壓迫而喪失功能，故病情持續惡化，昏迷指數降為

²³²板橋地方法院刑事判決 89 年度訴字第 244 號，收錄於本文末【附錄七】。

2T，生命徵象亦不穩定，最後醫師宣判腦死，經家屬同意腦死判定及捐贈器官。本案最後法官認為：「邱小妹的轉院處置，雖與邱小妹的死亡有因果關係，但經本院審認卷內證據後，認為被告二人尚無作為義務之違反，可歸責者，係整個醫療體系的設備不足及其運作²³³。」。

依據醫療法第 73 條規定：「醫院、診所因限於人員、設備及專長能力，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診。但危急病人應依第 60 條第 1 項規定，先予適當之急救，始可轉診。前項轉診，應填具轉診病歷摘要交予病人，不得無故拖延或拒絕。」根據法條規定，原則上若具有下列情形，醫師即負有建議病患轉診的義務²³⁴：

- (一) 其規定是醫院及診所的義務。
- (二) 醫院及診所受限於及設備或專長不足、無法確定病人病因時。
- (三) 醫院及診所無法提供完整的治療。

但是，對於危急的病患應先做急救處置。此不只是醫師個人的責任，更是醫院的法定責任，因此醫療法第 53 條也規定：「醫院或診所應設置專門人員辦理轉診事務，並對轉診病患做必要之處理。」遲誤轉診治療，往往造成病患病情延誤，甚而錯失急救的最佳黃金時期，對病人可能造成無法回復的傷害，因而實務上已試圖將違背轉診義務擴張成過失構成要件中注意義務的違反。

第四款 看護（術後照顧）過失

醫療原本就是一連串的治疗與護理，所以在醫療中，涵蓋的所有照護問題往往都會一再反覆出現。以術後病人來說，因其仍然需要藥

²³³臺灣臺北地方法院刑事判決 94 年度醫訴字第 5 號，收錄於本文末【附錄八】。

²³⁴最高法院 95 年台上字第 6914 號判決：「按醫院診所因限於人員設備及專長能力，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診，醫療法第 73 條定有明文。揆諸前開規定意旨，可認轉診義務亦為醫師醫療給付中之主要義務。醫療過失，係指醫療人員違反客觀上必要之注意義務而言，原則上固以醫療當時臨床醫療實踐之醫療水準判斷是否違反注意義務。然若醫師限於設備及專長，未能確定病因或提供病患較完備之醫療服務，即應為轉診，其應轉診而未轉診，使病患未及接受較妥適完整之治療，並因而致病患發生死亡之結果者，能否謂其已盡注意義務而無任何疏懈怠忽之責，非無研究之餘地。」

物治療，因此亦有可能發現用藥過失。例如，醫師為術後病人施打 Ampicillin 前，未先對病患依常規進行皮膚過敏測試，導致病患施打 Ampicillin 抗生素針劑時，發生過敏性休克死亡。術後需要輸血病人，亦有可能因護理人員疏忽，發生輸錯血型的醫療過失…等等。比較確切與術後照護過失有關的過失類型，例如：術後失血過多，未適時輸血或補充流失之體液，導致病患因失血過多產生低容性休克而死亡²³⁵。

由於現今之醫療係由醫師與醫療相關之專門技術人員通力合作始能克其任務，所以，須賴其等之間彼此之信賴與緊密之協力，方能達成其目的。依護理人員法第 24 條之規定，除了護理人員之主要業務外，有關醫療輔助行為應在醫師之指示下行之。因此，護理人員若無醫師之指示，而為醫療輔助行為時，該護士過失之程度，係以專科醫師之注意義務為基準來被要求而加以判斷。然與此相反，護士若在醫師之指示下作為一個履行輔助者，則其注意義務之程度，係以一個作為護士被要求之知識、技術水準等來加以判定²³⁶。然而在醫療團隊中，護士如執行須在醫師指示下實行的醫療輔助行為，該醫師對於護士所為之醫療輔助行為，形同親自實行該行為，醫療輔助者的過失形同監督者的過失，監督者也須負擔刑事過失責任²³⁷。

依實際案例來看，病患之傷害甚至發生死亡之結果，往往係累積多數之注意義務違反所造成，醫療傷害亦因病患就醫之不同階段，醫師及其他醫療人員同時存有多樣的注意義務，因此，進行醫療過失事件之爭點整理，即不能忽視多重違反之可能性。於爭點整理時，宜就病程發展史，依時序、醫師處置措施、病患病歷呈現之症狀、檢驗結果予以製表排列，並及早引入專家，較能達到有效整理爭點，以利送

²³⁵ 臺灣高雄地方法院刑事判決 93 年度醫訴字第 2 號。

²³⁶ 鄭淑屏，醫療過失案件中過失之類型與證據之判斷，國立台灣大學法律學研究所，1996 年 6 月，頁 121。

²³⁷ 最高法院 94 年 1403 號刑事判決：原判決（板橋地方法院 92 年醫訴字第 2 號刑事判決）已明麻醉屬醫師法第 28 條第 1 項所稱之醫療業務行為；此項醫療業務行為原則上須取得合法醫師資格者始得為之，雖例外在醫療機構於醫師指示下之護士亦得為之，惟在醫師指示護士為醫療業務行為情況下，醫師對依其指示而為醫療業務行為之護士，本當負有指揮、監督之責。

鑑定，並縮短審理期間之效果。



第四章 醫療過失鑑定

對於醫療過失之判斷，之前並無官方專責機構，法院多委託醫療機構鑑定。台灣省醫師公會於1961年成立「台灣省醫療糾紛鑑定委員會」，惟其組成人員均為醫界人士，其鑑定結果常受醫醫相護之質疑。醫療法於1987年修正，第七章規定應由行政院衛生署組織設立「醫事審議委員會」，衛生署乃於「醫事審議委員會」之下設立鑑定小組，自1987年4月起接辦醫療糾紛鑑定工作。醫療法第75條規定，醫事審議委員會委員，至少應有三分之一以上為法律專家及社會人士。現行醫事鑑定小組由十五名委員組成由衛生署長聘任之，包括醫界代表十名，皆為從事臨床工作之專家，法律及社會人士代表五名，分別為大學法學教授、法制單位代表、民意代表、社會工作學者及心理學教授²³⁸。

所謂鑑定，係指於訴訟中為取得證據資料而指定專家，就特定事務以其專業知識，加以分析、實驗而做判斷，以作為法院審理之參考。而在刑事訴訟程序中，法院必需認定起訴之犯罪事實存否，以為判決之依據。惟犯罪事實存否之判斷必需經由兩種資料推論之，一是證據資料；一是間接事實。而由證據方法要得到證據資料，必須經過調查，調查的方式可能為是訊問（對於證人）、閱讀（對於書證）或是勘驗（對於物證），但是在某些情況下，尤其是對於物證的調查，常需要特殊的專業知識，方足以取得對於事實的認定具關連性的證據資料。而以間接事實的存在推論直接事實，或其他間接事實的存否時，其推論的過程除須符合邏輯的檢證之外，通常必須藉助於經驗法則。

所謂「特別的經驗知識」，就是一般人所不瞭解的知識或非日常的經驗，必需在該專業領域中受到特別的教育、訓練或有過長時間從事該種業務的經驗方可得知者。是以法官若對於待證事實真正與否不能由其法律的專業素養所認知，亦不能由一般教育中學習而來的知識

²³⁸詹森林、林志六，醫療判決之現況研究，行政院國家科學委員會專題研究計劃成果報告，1998年8月1日至1999年10月31日，頁17。

或日常的生活經驗所得知時，則有交付鑑定的必要。

檢察官或法官欠缺專業知識，為使明瞭因證據所產生的問題，在須為調查的證據就必須委託具有專業知識的人或機關為鑑定。具有專業知識之鑑定人受委託之後，皆須針對法官或檢察官所委託的「鑑定事項」作成「鑑定結果」。換言之，鑑定作成鑑定報告後，須向法官或檢察官提出，由於鑑定報告往往涉及專業術語之術語，對此即有必要使法官和檢察官能夠理解該報告之內容，因此鑑定人須對檢察官及法官進行討論及說明，以便掌握鑑定結果。就此法官或檢察官可以經由訊問鑑定人之過程，能對受鑑定的證據所產生的問題獲得心證以確定事實²³⁹。

第一節 醫療過失鑑定之內涵

第一項 鑑定之必要性

刑事訴訟程序中，法院必須認定起訴之犯罪事實存否，以為判決之依據。為犯罪事實存否之判斷，必須兩種資料推論之：一、證據資料²⁴⁰。二、間接事實²⁴¹。由證據方法要得到證據資料，必須經過調查。調查的方法可能為「訊問」（對於證人）、閱讀（對於書證）或是勘驗（對於物證），但是在某些情況下，尤其是對於物證的調查，常需要特殊的專業知識，方足以取得對於事證的認定具關聯性的證據資料。而以「間接事實」的存在推論「直接事實」或其他間接事實的存否時，其推論的過程除須符合邏輯的檢驗之外，通常必須藉助於經驗法則（Erfahrungssätzen）。當此經驗法則屬於特殊的專業知識的範疇時，則只有藉助鑑定人方可能為有效的推論。

²³⁹張麗卿，醫療糾紛鑑定與刑事責任之認定—以戒毒致死案為例，月旦法學雜誌，第157期，2008年6月，頁78。

²⁴⁰對於證據方法(Beweismittel)予以調查後得到之內容，稱為證據資料(Beweismittelf).參蔡墩銘，刑事訴訟法論（修訂版），1993年，頁241。

²⁴¹學者蔡墩銘將「待證事實」或「起訴犯罪事實」分為直接事實與間接事實，直接事實又分為「積極之直接事實」（犯罪事實存在）與「消極之直接事實」（犯罪事實不存在）；間接事實則指「用以推定待證事實是否存在之事實」。蔡墩銘，同前註，頁204以下。

第二項 鑑定證據之任務

有關鑑定證據之任務有²⁴²：

一、鑑定人依照其科學專門知識，向法院報告某項一般經驗法則：例如，鑑定人告以法院，出生 6 小時之後，空氣才會進入新生嬰兒的胃、腸。或是法醫告以法院，人一旦死亡，即無呼吸，即使落水，其肺部亦不可能積水。

二、鑑定人鑑定某個唯有依照特別的專門知識始能察覺、判斷的事實：例如，鑑定人依其鑑定報告結果確認，係爭案例死亡之嬰兒的腸，並無空氣。**法醫解剖死者屍體，死者肺部無積水現象。**

三、依照得出結論的科學論證規則，鑑定人得出唯有某個依照其專門知識始能判定的結果：例如，鑑定人經鑑定後判定，係爭案例死亡之嬰兒，於其出生後 6 小時之內死亡。**或是法醫經解剖死者屍體後判定結果，死者係死後落水。**

以上三種任務都必須運用到特別的經驗知識，而所謂「特別的經驗知識」就是一般人所不瞭解的知識或非日常的經驗，必須在該專業領域中受到特別的教育、訓練或有過長時間從事該種業務的經驗方法方得知者。作為職業法官，如果對於待證事實真正與否，不能由其法律的專業素養所認知時，則有交付鑑定的必要。

第三項 醫療過失鑑定之特色

醫療過失案件因具高度專業性，屬特別之經驗知識，對於證據資料及犯罪事實之認定，自有交付專家鑑定之必要。歸納學者之研究，得出我國目前有關醫療糾紛鑑定之現況大概有以下幾點特色：

一、鑑定機關受理鑑定案件，大多依據書證從事鑑定，並不詢問雙方當事人之醫師或病人²⁴³。「醫審會醫事鑑定小組」只根據法院送請鑑定的資料來加以鑑定，實務上經常發生法院囑託鑑定函的鑑定事項不

²⁴²參自林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，自版 2003 年，頁 460；粗體部分為本文筆者所增寫。

²⁴³蔡墩銘，醫事刑法要論(二版)，2005 年 9 月，頁 274。

明確，或檢送的相關資料不完整，造成鑑定報告可能答非所問，或是鑑定者根本無從著手的現象²⁴⁴。

二、目前醫療過失鑑定，無論其屬於民事或刑事，目前各級司法機關首要仍交由官方的鑑定機關為之，有爭議、疑慮之案件進行覆鑑定或再鑑定時，亦可能交由非官方的鑑定機關或個人，來進行鑑定。雖然有學者認為²⁴⁵，各級司法機關交由官方的鑑定機關為鑑定，頗具權威性且保持一致性，再因其採集體審查之方式，可容納各方意見使其不偏於一方，更增加其公信力，故可作為司法機關認定醫療過失之主要佐證，實務上似乎也大都以此為定論²⁴⁶，然而亦有學者對此提出反對見解²⁴⁷。例如，對於最高法院 93 年度台上字第 4228 號判決，學者提出，最高法院對此案例（象皮症案）²⁴⁸認為：「醫事審議委員會」是

²⁴⁴ 蔡惠如，臺灣醫療糾紛之法律課題，月旦民商法雜誌第 4 期，2004 年 6 月，頁 135。

²⁴⁵ 蔡墩銘，醫事刑法要論（二版），2005 年 9 月，頁 276。

²⁴⁶ 最高法院 93 年度台上字第 4228 號判決：「原判決以行政院衛生署醫事審議委員會（下稱醫事審議委員會）之鑑定（衛署醫字第八八〇八〇二三六號），就「林○之死亡原因是否係被告之診療及中藥處方直接或間接（未建議轉診）所致」，並未加以判斷，即捨棄不予採納，而以中國醫藥學院附設醫院內科主任陳○○作成之鑑定書，為被告治療並無不當之判斷基礎。惟醫事審議委員會係依醫療法第七十三條、第七十五條而設置，為辦理醫療糾紛鑑定之法定機關，…足見醫事審議委員會之鑑定作業，顯較其他機關任由一人所作成之鑑定意見，更昭慎重。…並非該醫事審議委員會之鑑定意見有違醫學知識與醫療常規，或有失之公正、客觀之情形，原審為究明真相，自應就上開疑義，併告訴人及被告雙方爭執而有待釐清各項，再函請醫事審議委員會鑑定，並請邀同具有中醫師資格之專家學者參與諮商，俾資為被告依中醫辨證論治學理，開具處方所為之治療過程，與林○之死亡間有無過失之正確判斷。乃原審未再函請醫事審議委員會為補充鑑定，即遽以中國醫藥學院附設醫院之鑑定意見為有利被告之判斷，非唯難昭折服，亦有調查未盡之違誤。」

²⁴⁷ 張麗卿，醫療糾紛鑑定與對質詰問權，刑事證據法徐術研討會—祝賀呂庭長潮澤榮退、紀庭長俊乾優遇，2007 年 12 月，頁 179。

²⁴⁸ 有關「象皮症案」之案例事實為：1993 年間甲赴乙醫師的中醫診所就醫，初診認為甲罹患疑似「陳舊性肝血吸蟲感染後遺象皮症」，給予中藥處方。甲後來陸續回診，病情未改善，反而出現浮腫。同年 10 月 23 日第四次回診時，已惡化為很嚴重的水腫，但乙醫師未認知病況危急、建議轉診，仍開立藥方，以致五天後甲改赴一家市立醫院急診時，被發現心臟擴大和慢性衰竭，且檢驗出大腸桿菌感染，經急救延至翌日死亡。案經檢察官送請行政院衛生署醫事審議委員會鑑定結果，認為被告醫療過程顯有疏失（第一次鑑定），死亡原因為急性心肺衰竭、敗血症及慢性腎衰竭合併尿毒症，乃依業務過失致死罪起訴。但臺北地方法院及高等法院皆判乙醫師無罪，理由：被告診療林某時並未出現大腸桿菌感染或敗血症等臨床病徵，無從建議轉診，醫療過程並無疏失（第二次鑑定），遂不能認定有過失。全案經上訴至最高法院發現本案有二份鑑定意見。第一次鑑定是醫事審議委員會所做，認為：「病患原有慢性心臟擴大、心衰竭，因敗血症（大腸桿菌血症）加速腎功能惡化，依被告診所的醫療紀錄，顯然對敗血症認知相當有限；病患回診已出現水腫，應再追蹤腎功能檢驗或建議轉診，故認為被告的醫療過程顯有疏失。」第二次鑑定由中國醫藥學院附設醫院所做，認為：「中醫用藥是以病型為主，被告治療過程符合中醫治療上的方法，且甲離開診所五天後，自行到其他醫院急診，最後死於大腸桿菌感染，而大腸桿菌來勢洶洶，常在感染後四十八小時死亡，但病患原本罹患象皮症到診所治療時，並沒有大腸桿菌感染的病徵，故應無錯誤」最高法院認為，行政院衛生署醫事審議委員會是辦理醫療糾紛鑑定的法定機關計鑑定作業較其他機關由一人所做的鑑定意見慎重得多，但一二審法院卻「捨前、採後」，以一所學院附設醫院之中醫主任的

辦理醫療糾紛鑑定的法定機關，鑑定作業較其他機關由一人所做的鑑定意見，較為慎重而作為撤銷高院二審判決之理由，在說理上並不充分。學者更進一步指出，只要鑑定人秉持專業良心，在注重其本身的專業信譽所為之鑑定，即使對被告不利，也不能因此認為個人所為之鑑定報告較不可信。

本文雖認同學者之見解，鑑定並非一定需依醫審會之鑑定結論為依據，然交付其他機關鑑定時，亦應考量其他影響鑑定之可能因素。以象皮症案來說，由於台灣只有一間中醫醫學院(中國醫院附設醫藥學院中醫學系)，將鑑定交由中國醫藥學院附設醫院之中醫主任一人鑑定，是否應該考量有無鑑定迴避的問題。畢竟乙醫師有 90%之機率可能是這位中醫主任的學生(要察明是否並不困難)，此時鑑定是否客觀，確實值得斟酌。另外 10%的機率，有可能乙醫師是經自學而特考及格之中醫師(此制度至民國 100 年將予以廢除)，故衡量被告之學經歷亦應作為審判依據之要素，在判斷鑑定結果是否客觀時，亦為考量之重要要素之一。

三、以鑑定報告書為裁判依據

依學者通說，鑑定之所以採行，目的在補充法官專門知識之不足，其性質乃屬證據方法之一種，對其結果採用與否，屬於法官自由心證與經驗法則之範疇，正源諸於法官就特定專業知識之不足，然一方面既先承認法官之特定知識有所不足，他方面卻又容許其對於專業鑑定結果做最終之判斷取捨，其理論上應如何解釋？則不無疑問²⁴⁹。再者，對於鑑定報告之證據，法院雖得自由判斷其證明力，但就如何調查，即成為現時事實審法院所面對之難題。實務上認為，事實審法院之自由判斷，應受經驗法則與論理法則之支配，並認為所謂經驗法則，係指吾人基於日常生活經驗所得之定則，並非個人主觀上之推測。且以

鑑定意見，做出有利被告的別斷，難以令人信服，有調查未盡的違誤，故撤銷無罪判決，發回更審。參自張麗卿，前揭文，同第四章註 8，頁 165-169。

²⁴⁹施俊堯，刑事訴訟鑑定之檢討，刑事科學雜誌，第 53 期，2002 年 3 月，頁 1。

證據之本身存有瑕疵或對於待證事實不足以供證明之資料，而事實審仍採為判決基礎，則其自由判斷之職權行使，即不得謂非逾越範圍²⁵⁰。

「刑事醫療糾紛鑑定」是在醫療糾紛案件中，為了判斷醫療提供者是否成立刑事責任，由法院或檢察官為取得證據資料，指定有專業知識的第三人，就特定事項陳述其判斷意見所為的訴訟上行為，鑑定的內容是以醫療行為作為鑑定範圍，通常鑑定過程有：屍體解剖鑑定、醫療過程鑑定及藥理生化鑑定等鑑定方法。由於刑事訴訟法對於鑑定採任意鑑定制，所以對於某一事項有無送付鑑定的必要，由審理事實的法院裁量²⁵¹。事實審法院對於證據之取捨，及證據之證明力，可依自由心證判斷之。自由判斷雖係職權之行使，然最高法院認為仍應受經驗法則與論理法則之支配²⁵²。

第二節 鑑定人之角色

依我國刑事訴訟法第 198 條規定，只要符合法律要件(就鑑定事項有特別知識或經政府機關委任有鑑定職務者)，皆得被選認為鑑定人(或鑑定機關)。鑑定人之角色，究竟屬於「訴訟輔助人」、「專家證人」、亦或是「證人」，其實是極容易產生混淆的。德國刑事訴訟法大家 Karl Peters 認為鑑定人與證人之區別：鑑定人是「法官向外延展的腦」(erweitertes Hirn des Richters)，而證人是「法官向外延展的眼」

²⁵⁰ 引自田幸艷，醫療過失刑事責任研究—以裁判案例為對象，2007年1月，頁81。另參最高法院79年台上540號民事判例意旨：「法院固得就鑑定人依其特別知識觀察事實，加以判斷而陳述之鑑定意見，依自由心證判斷事實之真偽。然就鑑定人之鑑定意見可採與否，則應踐行調查證據之程序而後定其取捨。倘法院不問鑑定意見所由生之理由如何，遽採為裁判之依據，不啻將法院採證認事之職權委諸鑑定人，與鑑定僅為一種調查證據之方法之趣旨，殊有違背。」以及最高法院89年度台上字第1494號刑事判決：「按刑事訴訟採職權調查主義，鑑定報告為形成法院心證之資料，對於法院之審判並無拘束力，故待證事實雖經鑑定，法院仍應本於職權予以調查，以期發見真實，不得僅以鑑定報告作為判決之唯一依據」。

²⁵¹ 張麗卿，醫療糾紛鑑定與刑事責任之認定—以戒毒致死案為例，月旦法學雜誌，第157期，2008年6月，頁74-75。

²⁵² 例如，85台上字第2014號刑事判決：「惟查判斷文書之異同，原非以鑑定為必要之方法，而法院核對筆跡，本為調查證據方法之一種，其有關通常之書據，若一經核對筆跡，即能辨別異同時，法院本於核對之結果，依其心證而為判斷，雖未送請鑑定機關實施鑑定，不得指為違法，上訴意旨執此指摘，尚不足據以辨認原判決已具備違背法令之形式。」

(erweitertes Auge des Richters)²⁵³。本章節擬就鑑定人之角色略以說明。

第一項 訴訟輔助人

依我國刑事訴訟法之規定，鑑定人之角色應比較接近於德國刑事訴訟制度的「法院輔助人」²⁵⁴。鑑定人原則上由法院所選任，提供專業知識及判斷結論予以法院，以協助其認知、判斷事實。

鑑定人以其專業之知識經驗，補充法院之不足，協助達成對於事實之認知。這是鑑定人之功能，並非「法院輔助人」之真義。法院缺乏必要之專業知識經驗，因此需要鑑定人，當鑑定人做出鑑定結論時，其結論之真實性必須能夠確保；經過審查的程序，而能確保鑑定意見的真實性時，法院才可以正確運用該種專業知識認知事實。而為確保鑑定意見之真實性，必須審查鑑定人之「公正性」、以及鑑定方法、流程的「正確性」。本來，鑑定「正確性」應該是唯一要考慮的因素，但是鑑定所需之知識本非法官所熟諳，而鑑定人是否公正的判斷則屬於常識的範疇，為法官之能力所及。因此，鑑定人的「公正性」也成為重要的判斷基準。鑑定方法、流程的「正確性」，審查必須檢驗其是否符合專業標準，而「公正性」之審查則只能透過訴訟程序安排²⁵⁵。因此，「法院輔助人」只是一種異於「當事人的證人」之程序安排，用以確保鑑定人之公正性及鑑定之正確性。

我國鑑定人制度，專家同樣定位為證人的地位²⁵⁶，程序則分別於民事訴訟法第 325 條至 340 條、刑事訴訟法第 197 條至 210 條規定其選定、迴避、陳述證詞之方式及報酬等內容。我國鑑定人制度與美國專家證人制度最大不同，應該是專家證詞檢驗方法，美國法院指定專

²⁵³Kuehne, Strafprozessrecht, 6. Aufl., 2003, Rdnr795. 引自何賴傑，鑑定許可書與檢查身體—兼評最高法院 95 年度台非字第 102 號判決，頁 235。

²⁵⁴李貞儀，刑事鑑定制度之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1995 年 6 月，頁 19。

²⁵⁵薛瑞元，刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究—以醫事鑑定為範圍，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2001 年 1 月，頁 53。

²⁵⁶參民事訴訟法第 324 條、刑事訴訟法第 197 條規定。

家證人無論以言詞或書面提出證言，均應在當事人雙方前提出，並接受交叉詢問，而我國雖然同樣的要求鑑定人應在審判程序具結並提出其鑑定意見，實務上甚至認為未經具結的鑑定不具合法性²⁵⁷，然而我國實務上鑑定人之選定方式多為囑託機關鑑定，受囑託之鑑定機關對於鑑定之結論多直接以書面回覆委託單位，依刑事訴訟法第 208 條第 1 項前段準用同法第 206 條第 3 項之規定，對於鑑定機關以書面報告者，於必要時才令其以言詞說明之。加上目前該等鑑定報告對於初審醫師及鑑定委員之身分均未透露，委託機關縱認為有使鑑定人以言詞說明之必要，實際上該傳喚何人亦有問題。另外，部分法官因案件太多無暇等待傳喚鑑定人出庭說明²⁵⁸，而國內鑑定人通常亦不願到場履行說明義務，究其原因，主要為台灣地小人稠，醫療過失鑑定之鑑定人通常多為醫師，和同為被告的醫師關係實在太密切了²⁵⁹，除了日後可能在醫療的工作職場中相遇之可能性外，甚至醫師之間有時候會互相轉介病人…等等。所以在實務上除非重大爭議案件，鑑定人很少到場²⁶⁰，並在審判程序前具結而接受雙方當事人交叉詢問，致訴訟當事人或其律師，難以質疑或檢驗該實際鑑定之人是否具有專業資格、或其鑑定所憑之事實或證據是否合法…等，不免讓人質疑該鑑定報告之證據價值。不過，我國司法也同樣注意到鑑定人操控了訴訟結果而提醒法官，鑑定報告並非判決唯一證據²⁶¹，這在專家證鑑定制度似乎是無法避免的疑慮²⁶²。而針對此點，學者提出見解²⁶³，認為鑑定結果

²⁵⁷最高法院 69 年台上字第 2710 號判例：「鑑定人應於鑑定前具結，其結文內應記載必為公正誠實之鑑定等語，為刑事訴訟法第二百零二條所明定，卷查會計師俞某原審係以證人之身分傳喚其到庭陳述其查帳情形，而所具之結文，亦為證人結文，該會計師提出查帳報告，原審未命履行鑑定人具結程序，其在程序上既欠缺法定條件，即難認為合法之證據資料，

²⁵⁸邱琦於「醫療糾紛專家參審」學術研討會之發言紀錄，醫事法學，第 11 卷第 2 期，2003 年 6 月，頁 84。

²⁵⁹臺大醫院王醫師於「醫療糾紛專家參審」學術研討會之發言紀錄，醫事法學，第 11 卷第 2 期，2003 年 6 月，頁 83。

²⁶⁰鑑定人之到場乃指偵查中之到場及審判中之到庭。當檢察官於偵查程序終指定鑑定人實施鑑定後，除鑑定報告書之提出以外，必要時亦應使鑑定人到場說明並接受訊問，此亦為檢察官將鑑定人之認知轉換成自己之認知之必要過程。參刑事訴訟法第 248 條規定。

²⁶¹參最高法院 69 年台上字第 2710 號判例。

²⁶²賴玉芳，談專家證人，律師雜誌，第 253 期，頁 92-93。

²⁶³張麗卿，醫療糾紛鑑定與對質詰問權，刑事證據法學術研討會—祝賀履庭長潮澤榮退、紀庭長俊乾優遇，2007 年 12 月，頁 191。

的可信並非因鑑定結果作成即形成，因為醫療鑑定實務的本身有許多疑慮，為使鑑定結果可信，必須伴隨出庭說明與接受對質詰問。

國內實施醫事鑑定者不論是醫事審議委員會或是醫學中心，除了極少數係醫學中心之醫師以個別鑑定人身分，否則並無依刑事訴訟法第 208 條第 2 項準用第 202 條要求鑑定人到場說明並履行具結義務者。然而，依鑑定之性質，不論從當事人行使拒卻權利以保證鑑定人之公正性之觀點、或從與法院分工合作之「訴訟輔助人」觀點、或以言詞說明接受詢問來補充書面資料之不足，以確保鑑定正確性之觀點而言，鑑定人之到場均佔有重要之地位。因此不論鑑定機關之組織是否為合議制，均應以委派代表之方式到場說明，而此代表須為參與鑑定之人。

第二項 專家證人

美國之聯邦及各州證據法規設有「專家證人」(expert witness) 制度，訴訟當事人依法可以請求法院傳訊專家證人到庭提供意見，以幫助法官及陪審團了解案件，並協助陪審團作成適當之裁判。依美國聯邦證據法第 702 條規定：具備特殊知識、技術、經驗或是受過一些訓練、教育，而足以在科學、技能或其他方面協助法院了解證據及爭議事實的決定者，即具備專家證人的資格，而該專家證人所提供證詞的方式為意見證詞或其他，皆為法院所允許。專家證人在提供專家意見時，必須有所依據的事實及資料。美國法院指定專家證人，無論以言詞或書面提出證言，均應在當事人雙方前提出，並接受交互詰問。專家證人因具備專門知識而得進入法庭本於就其所具備之專門知識陳述意見。

在美國醫療訴訟糾紛案件中，原告必須以優勢證據證明被告違背適當之注意標準致其受到損害等事實。在實務運作上，原告通常選定具有醫療專業之自然人為專家證人，請其出庭提供關於醫療專業標準

為何以及被告之行為是否符合該標準等意見。被告也常選定專家證人請其出庭提供對其有利之專業意見。如果案情較為複雜時，可能必須請多位專家證人到庭作證²⁶⁴。由於專家證人之選定非常重要而且並不容易，訴訟當事人所聘請之專家證人不僅需具備案件所需之專業知識及技術，而且能夠對在審判中提供對其有利又不失公正而能讓陪審團或法官採信之意見，因此訴訟當事人通常必須與律師仔細研議，才能選定適當之專家證人。

專家證人在法庭上可以發揮不少功能，可以幫助法官及陪審團了解案件，也可能協助陪審團作成判決。關於專家證人之功能，因常至法庭作證而富有專家證人經驗之賓州州立大學（Pennsylvania State University）環境工程大學教授 Jack V. Matson 認為有下列幾點²⁶⁵：一、證實事實（establish the fact）。二、解釋事實（interpret the fact）。三、評論對造專家之事實及意見。四、在其特定專門知識領域內定義專業標準（define the professional standards in the particular area of expertise）。

專家證人與鑑定人及證人之不同：證人具不可替代性，鑑定人則不受刑事訴訟法第 178 條之限制，亦即鑑定人具可替代性。而專家證人則介於證人及鑑定人之間，不但受限於刑事訴訟法第 178 條且具專業性，其專業意見及判斷可列為證據。由上所述，醫護人員及社工人員遭法院傳喚出庭擔任證人時，若是以鑑定人之身分傳喚，得拒絕出庭（例如採證醫師）；但若是以專家證人之身分傳喚者（例如心理師、社工師），因具不可替代性，則必須出庭。我國鑑定人制度與美國專家證人制度最大不同，應是專家證詞檢驗方法²⁶⁶，美國法院指定專家證人無論以言詞或書面提出證言，均應在當事人雙方前提出，並接受交叉詢問，而我國雖同樣的要求鑑定人應在審判程序具結並提出其鑑

²⁶⁴高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（上），萬國法律第 130 期，2003 年 8 月，頁 85。

²⁶⁵引自高鳳仙，前揭文，頁 86 以下。

²⁶⁶參賴玉芳，談專家證人，律師雜誌第 253 期，2000 年 10 月，頁 92 以下。

定意見，然就現今實務來看，鑑定人很少在審判程序前到場報告鑑定意見並具結，而接受雙方當事人交叉詢問，因而鑑定報告之證據價值也一直為學者所批判。

第三項 證人

鑑定人於刑事訴訟程序中的地位經常於「鑑定人」與「證人」之間游移，是以釐清鑑定人與證人區別之界限及其目的，以確認「鑑定」之法律性質，對於司法實務有相當助益。

學說上對於鑑定人與證人之區分標準大致為：一、鑑定人得適用經驗法則、做出預測 (Prognosen machen) 或價值判斷 (Werturteile abgeben)，證人則否；二、鑑定人具可替代性故不得拘提，證人則無可替代性，且如經傳喚不到可以拘提²⁶⁷；三、鑑定人從事法院賦予之任務，證人則非因法院之賦予任務方得知事實²⁶⁸；四、一般證人必須受「直接見聞法則」(the first-hand knowledge rule) 之拘束，僅能陳述第一手消息。

一般證人之證言內容既然免不了包含「意見」或「推論」(inference)，則在何種範圍之內的「意見」可被容許？美國聯邦證據法 (the Federal Rules Of Evidence, FRE) Rule 701 提出兩個標準：一、「意見」或「推論」是合理地根據證人之知覺 (perception)。二、「意見」或「推論」有助於釐清證人的陳述或確認係爭事實。因此證人必須基於真所觀察，而且依一般人所經常、正確使用的方式推論及陳述意見，此種情形特別適用於證人不是很能夠正確描述其意見所根據之事實時。

我國刑事訴訟法第 165 條規定：「證人之個人意見或推測之詞，不得作為證據。」因此原則上證人之意見或推論，不能做為證據，但應適度容許如上所述美國法規定之例外情形。專家則得以陳述依專業

²⁶⁷蔡墩銘，刑事訴訟法論（修訂版），頁 229-242。

²⁶⁸Vgl. Volk, S. 177；引自薛瑞元，刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究—以醫事鑑定為範圍，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2001 年 1 月，頁 64。

知識經驗推論而得之意見，但專家於鑑定過程中亦可能發現事實（即所謂「檢查發現事實」），並於刑事司法程序中陳述事實，此時並不妨礙其為鑑定人之地位²⁶⁹。

第三節 鑑定證據之證明力

鑑定之結果對於犯人之特定，犯罪所用方法或被害人之確認具有重大影響，是以對於鑑定應要求其應具證據能力。缺少鑑定人適格性而為之鑑定，或所提出之鑑定欠缺關連性、真實性、正當性或信用性，則其鑑定之證據能力不能謂無問題。藉此以觀，鑑定之證據能力並非毫無質疑之餘地²⁷⁰，而遇有鑑定之證據能力遭受質疑時，當事人自可在任何訴訟階段對於鑑定人之適格性、鑑定之妥當性提出異議，以免不當之鑑定以後被採為證據。

第一項 鑑定人之適格性

依刑事訴訟法之規定，法官與檢察官始可選任鑑定人，當事人不可自行選任鑑定人，故不承認私選鑑定人²⁷¹。在此情況下，當事人委託專家從事鑑定而提出之書面，即使其內容亦係專家依其特別知識經驗而表示之意見，但因非法官或檢察官所選任之鑑定人，由於欠缺鑑定人之選任致其適格性成為問題，影響所及，私選鑑定人所表示之鑑定意見，可能被認為無效，即不具證據能力。

事實上有無鑑定人之適格性，除應考慮是否經法官或檢察官之選任者外，被選任之鑑定人是否具有鑑定事項所應有之特別知識經驗，亦不能不予考慮。設被選任之鑑定人本不具有此項特別知識經驗，卻主張有此項特別知識經驗，因而被法官或檢察官選認為鑑定人，則其

²⁶⁹參薛瑞元，前揭文，頁65。

²⁷⁰蔡墩銘，鑑定之證據能力及證明力，臺大法學論叢第26卷第4期，1997年7月，頁161以下。

²⁷¹私選鑑定人在司法機關不選任鑑定人時有其功用，可以防止司法機關之獨斷，但可作為書證予以調查。參照中也貞一郎編：科學裁量之鑑定第九頁，引自蔡墩銘，同前註，頁2。

表示之意見既非來自專業知識，且不能不認為缺乏科學性而應否定其證據能力²⁷²。

在我國，刑事訴訟法第 198 條規定，只要符合法律要件(就鑑定事項有特別知識經驗或經政府機關委任有鑑定職務者)，皆得被選任為鑑定人。德國刑事訴訟法對於鑑定人之資格並無類似我國如此規定，學說及實務皆認為鑑定人必須具有特別專門知識(spezielle fachliche Wissen)，特別是法官因欠缺醫學、心理學、經濟學或專業技術等之事以致無法發現事實時，即須透過鑑定人做惟法官助手以幫助法官發現真實²⁷³。例如血液酒精濃度測試，只要對此有足夠經驗者，皆有鑑定資格，未必須醫生始能為之²⁷⁴。

第二項 鑑定之證據能力

醫療過失鑑定之鑑定書，係被告以外之人所於審判外之書面陳述，依刑事訴訟法第 159 條第 1 項之規定屬於傳聞證據；傳聞證據不得為證據。醫療過失鑑定之鑑定書，其證據能力如何？而其究竟是否為傳聞證據？學說上有肯定及否定二說。

否定說認為，醫療過失鑑定書為傳聞證據而不具證據能力²⁷⁵。依刑事訴訟法第 159 條第 1 項之規定「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定外，不得作為證據。」昭示傳聞證據應予排除其證據能力，因為被告以外之人於審判庭外所為的陳述無法驗證真偽，姑且不論是否誠實表達，畢竟人的知覺、記憶、陳述多會產生瑕疵而不自覺，若直接採為證據恐有害發現真實，所以必須透過對質詰問權加以驗證。

然而肯定說認為醫療過失鑑定書為傳聞證據之例外²⁷⁶，而具證據

²⁷²參照大阪刑事實務研究彙編著：刑事公判的諸問題，頁 320。引自蔡墩銘，同前註，頁 3。

²⁷³Kuehne, Strafprozessrecht, 6. Aufl., 2003, Rdnr856. 引自何賴傑，鑑定許可書與檢查身體一間評最高法院 95 年度臺非字第 102 號判決，頁 235。

²⁷⁴Senge in KK-StPO §73Rdnr5. 引自何賴傑，前揭文，頁 235。

²⁷⁵張麗卿，醫療糾紛鑑定與對質詰問權，最高法院「刑事證據法」一祝賀李庭長潮澤榮退、紀庭長俊乾優遇學術研討會，2007 年 12 月，頁 181。

²⁷⁶王兆鵬、陳運財，林俊益、宋耀銘、丁中原、張熙懷、葉建廷合著，傳聞法則理論與實踐，元

能力。刑事訴訟法第 159 條第 1 項後段規定，「除法律有規定者外」，不得作為證據。該條立法理由明確說明，本條所謂「法律有規定者」，係指本法第 159 條之 1 至 159 條之 5 及第 206 條等規定。因此若該醫療過失鑑定書係審判長、受命法官或檢察官依刑事訴訟法 198 條之規定，就鑑定事項有特別經驗者、經政府機關委任有鑑定職務者，選任一人或數人充之；或依同法第 208 條第 1 項之規定，法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定。依上述法定選任或囑託程序，所鑑定之結果，鑑定人依刑事訴訟法第 206 條所出具之鑑定報告，係刑事訴訟法第 159 條第 1 項所指例外規定，有證據能力。

反之，若該鑑定非係審判長、受命法官或檢察官依刑事訴訟法 198 條之規定，就鑑定事項有特別經驗者、經政府機關委任有鑑定職務者，選任一人或數人充之；或非依同法第 208 條第 1 項之規定，法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，則非法定程序，所鑑定之結果，即不屬於刑事訴訟法第 206 條所出具之鑑定報告，依刑事訴訟法第 159 條第 1 項之規定，屬傳聞證據。又因該鑑定係針對具體個案為之，與刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款，從事業務之人在業務上或通常業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，因係於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載不同，應不屬於該條所稱之特信性文書²⁷⁷，而屬傳聞證據。

惟本文以為，為提昇當事人對鑑定書之信服力，法院及檢察機關應就適格之鑑定機關、醫學中心及鑑定人之中，准許訴訟當事人雙方合意後選任囑託鑑定。訴訟當事人若同意將此鑑定報告列為證據，法院亦應認為適當，則依刑事訴訟法第 159 條之 5 同意法則，將被容許為有證據能力。雖當事人同意使用傳聞證據，如果法官審酌傳聞陳述或傳聞書面作成時之情況，認為不適當者，亦得拒絕採用該證據，亦

照出版有限公司，2003 年 9 月，頁 213-216。

²⁷⁷陳運財等七人合著、前揭書，同註 36，頁 216。

即法官仍享有最後決定權而拒絕當事人合意²⁷⁸。但在當事人有爭執之情況下，則應在個案審理過程中，仍應傳喚該實施鑑定之人到場，於審判期日接受詰問，始容許該鑑定報告作為證據，以實踐刑事訴訟之嚴格證明原則。

第三項 鑑定之證明力

鑑定人依刑事訴訟法第 206 條所出具之鑑定報告，係刑事訴訟法第 159 條第 1 項所指例外規定，有證據能力。但如該鑑定人或鑑定機關非係審判長、受命法官或檢察官依規定所選任而作成之鑑定，則非法定程序，所為鑑定書為傳聞證據。

在採用鑑定之前不僅應調查鑑定之證據能力，對於鑑定之證明力亦不能不予以調查。鑑定意見雖屬鑑定人所為專業判斷之意見，但並非毫無置疑之餘地，尤其對於同一鑑定事項前後出現兩個相反之鑑定意見，例如向法院出之鑑定意見異於向檢察署提出之鑑定意見，由不同鑑定人所提出之互異鑑定意見，更有予以調查之必要²⁷⁹。

第一款 對鑑定人之訊問

鑑定人鑑定報告前後不一，模稜兩可或含糊不清時，交付鑑定之法官或檢察官可將已提出之鑑定報告發回原鑑定人再鑑定之外，亦可對於到庭為言詞報告之鑑定人就其疑點予以訊問，以澄清其疑慮。鑑定人受傳訊之目的在於陳述並說明其鑑定結果，到庭接受法官或檢察官訊問之鑑定人有義務回答法官或檢察官所提出之各項疑點，並予以必要之說明，以作為已提出鑑定報告之補充。到庭之鑑定人接受訊問時，如發現鑑定意見有錯，亦可及時予以改正，以免錯誤之鑑定意見以後被司法機關所採²⁸⁰。

²⁷⁸何賴傑，傳聞法則之同意，月旦法學雜誌第 114 期，2004 年 11 月，頁 88。

²⁷⁹蔡墩銘，鑑定之證據能力及證明力，臺大法學論叢第 26 卷第 4 期，1997 年 7 月，頁 168。

²⁸⁰參蔡墩銘，前揭註，頁 169；另參薛瑞元，刑事訴訟程序中機關鑑定之研究-以醫事鑑定為範圍，臺灣大學法律研究所碩士論文，2001 年 1 月，頁 81。

第二款 對鑑定人之詰問

依刑事訴訟法第 163 條第 1 項規定，當事人、代理人、辯護人或輔佐人得申請調查證據，並得於調查證據時，詢問鑑定人。審判長除認有不當者外，不得禁止之。鑑定人依刑事訴訟法第 206 條所出具之鑑定報告，係刑事訴訟法第 159 條第 1 項所指例外規定，有證據能力，法官以鑑定書之鑑定意見，採為有罪判決之依據，因該鑑定書具證據力，且經法院合法調查（訊問鑑定人），程序似無違法，但如審判長認有不當者外，予以禁止，詢問鑑定人是否違法，不無疑問。本文以為，審判長如無合法事由不應拒絕當事人或輔佐人詢問鑑定人，刑事訴訟法第 163 條第 1 項後段之規定，立法考量應在於防止例如：

妨害性自主罪之被害人因訴訟輔助人之不當詰問，而致被害人遭受精神二度受創，然而在鑑定人之部分應較無此考量之必要，當然有不當詰問情形，法官仍可制止。但是當事人既對鑑定之證據能力或證明力予以詰問，表示鑑定之證據能力或證明力並非毫無問題，法院更應予以注意。

然而，當事人詰問鑑定人時，詰問者不能不具有與鑑定人相類似之特別知識經驗者，此在身為被告之醫師故無問題，但如非醫師之原告因毫無醫學背景，則難以實施，因而引進專家證人之協助實有其需要。

第五節 法官自由心證原則

第一項 自由心證原則之定義

所謂自由心證原則，係指法官基於證據資料而為事實認定之際，不受任何法律上之拘束，而能以自由之判斷認定事實之原則。自由心證原則源自於英國之陪審制度，在近代刑事訴訟法上之證據裁判與自由心證主義，其關係於事實認定之基本原則，兩者對於犯罪真實之發現與人權之保障，具有相互調和以及相輔相成之作用，而互負重

任。

第二項 自由心證之限制

法定證據評價原則之對應即為法官自由證據評價原則，也就是自由心證原則。法定證據評價原則在防範法官恣意，但有其弊病，例如「個別經驗一般化」及「集體偏見法條化」。而自由心證的立法模式下，並無任何的硬性法律規定「何種證據的證據價值高於其他證據」；並且，除了要求法官必須達到「毫無合理懷疑」的主觀確信始能為有罪判決之外，也無硬性法條規定「法官在何等條件之下可以(或應該)認為犯罪事實已經證明，何等條件之下可以(或應該)認為犯罪事實未經證明」²⁸¹。

自由心證原則係合理的、科學的心證原則。從而，自由心證原則適當正確之運用，有相當比重係依存於法官個人之人格與見識。因此，自由心證終究可謂係法官全部人格之判斷。當法官之資質或能力保持高水準之情況下，以自由心證分析檢討複雜多歧之案例，此時極具效果；但若法官之素質一旦於水準之下時，則會有破壞刑事裁判根基之危險性。於是，自由心證應有其限制以擔保其合理性，又當有事實誤認之虞時，應有各種救濟手段以濟其窮。因而自由心證原則其實不太自由，至少有以下之限制²⁸²：

一、以證據資格作為自由心證的適用前提

證據資料必須未經禁止使用，並且須經嚴格證明，才有可能取得證據能力並且作為法官自由心證的評價基礎，如已經禁止使用或未經嚴格證明的證據，不得進入證明力層次，法官不得認其有證據價值而採為裁判之基礎。

²⁸¹Vgl. Beulke, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., 1998, Rdnr. 22; Roxin, Strafverfahrensrecht, 1998, §15 Rdnr. 13. 引自林鈺雄，嚴格證明與刑事證據，學林文化事業有限公司，2002年9月，頁101。

²⁸²參林鈺雄，前揭書，頁102-119。

二、論理法則與經驗法則，作為自由心證之內在拘束

法官雖可自由評價證據之證明力，但仍應受論理法則與經驗法則之拘束。論理法則是指推理、演繹的邏輯規則，而經驗法則區分為「一般有效」之經驗法則，如自然科學上已經證實的經驗法則，當事實建立在自然科學已經證實的知識上者，法官應受其拘束不得再「自由」心證²⁸³。另一區分為「非一般有效」的經驗法則，此與「高或然性」有關，非一般有效之經驗法則不具拘束自由心證的效力，法官仍須憑藉其他間接證據綜合評價。

自然科學上已經證實的事項，屬於一般有效的經驗法則，也可以說是最為確定的經驗法則。自然科學上已有定論之專業知識，法官不得為相反之自由心證。然仍須考量二點因素：

(一) 縱然是自然科學的定論仍需透過鑑定，以取得證據能力，而作為法官裁判之基礎。惟，鑑定人並未於法庭有效確立該經驗法則，法官是否即不應受其拘束，而依照其「自由心證」來自由評價？此時正確的途徑應該是「另送鑑定」，再以嚴格證明程序檢視第二次的鑑定。在醫療過失鑑定中，鑑定人未到庭接受訊問及交互詰問，則醫療鑑定書之證據能力不能非謂毫無疑問。對此，學說上有肯定及否定二說。肯定說認為²⁸⁴，醫療過失鑑定書如係審判長、受命法官或檢察官依刑事訴訟法 198 條之規定，而選任或囑託鑑定機關，鑑定人所作之鑑定，鑑定人依刑事訴訟法第 206 條所出具之鑑定報告，係刑事訴訟法第 159 條第 1 項所指例外規定，有證據能力。而否定說則認為²⁸⁵，醫療鑑定書係屬刑事訴訟法第 159 條規定：「被告以外之人於審判庭外之言詞或書面陳述」，係屬傳聞證據不得作為證據，必須透過對質詰問權加以驗證，才能取得證據能力。於此，如屬傳聞證據，則醫療鑑定報告書之鑑定結果自然不能拘束法官的自由心證評價。

²⁸³Vgl. BGHSt 10, 211.

²⁸⁴王兆鵬、陳運財，林俊益、宋耀銘、丁中原、張熙懷、葉建廷合著，傳聞法則理論與實踐，元照出版有限公司，2003 年 9 月，頁 213-216。

²⁸⁵張麗卿，醫療糾紛鑑定與對質詰問權，最高法院「刑事證據法」--祝賀李庭長潮澤榮退、紀庭長俊乾優遇學術研討會，2007 年 12 月，頁 181。

(二) 自然科學證實的事項，有時只是「或然率」，也就是統計數字上的結論而已，未必是絕對的「百分之百」。當統計數字上極高或極低的或然率，對於證據評價才有直接的助益。然縱使是自然科學的定論，法官也必須界定該經驗法則「一般有效」的範圍。自然科學並不等於法律關係，自然科學往往只能確認某項「事實」，某個犯罪成立要件的「前提」，但卻未必能夠直接導出犯罪成立的結果。

三、法律明定的評價價值，作為自由心證之外在界限

一般具有絕對證明能力之證據，拘束法官之自由心證，例如審判筆錄、被告自白之補強證據、訊問筆錄之全程影音記載。

第三項 自由心證公開原則

自由心證之公開，係指於審判程序之進行中，經合議庭就「事實認定」、「法律適用」及「量刑範圍」之心證，加以公開，使當事人知悉審判者對於事實、法律及量刑之意思表示²⁸⁶。為達成憲法保障人民訴訟權之基本原則，法院於審理個案時，應本此原則為之。

一、事實認定之心證公開

按事實認定之心證公開，應使當事人有就該案事實之存在與否予以辯論之機會。法院驗證檢察官所起訴之事實究否存在之心證業已形成，應使當事人得在調查證據後，知悉法院對於事實認定之心證，藉以對事實存在與否，予以辯論。法院於調查證據完畢後，即應公開事實認定之心證，使當事人有辯論之機會。公開事實認定之心證，亦可避免當事人「事實之辯論散漫、無法聚焦」之缺失，並有促進訴訟效率之優點。

二、法律適用之心證公開

²⁸⁶參照黃翰義，論刑事證據之基本原則，軍法專刊第55卷第5期，2009年10月，頁140-143。

適用法律之心證公開，應於案件經調查證據程序認定事實無訛後為之。合議庭就法律適用所形成心證公開，有助於檢察官、被告及辯護人對於法律適用之妥當與否，充分表達意見，而為法律之辯論。而經公開法律適用之心證後，當事人既對判決是否有罪具備「可預測性」，出現突襲性裁判之可能即大為降低。

三、量刑範圍之心證公開

刑事訴訟法第 289 條第三項規定：「審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會」，就程序上使當事人預測法院「量刑範圍」之心證，當事人對於量刑範圍既有意見陳述權，亦非不得辯論之。法院得先行宣示所應適用實體法上之法定刑度，再預先公開可能量刑之具體範圍的心證，使當事人就該範圍先行辯論。至於量刑範圍之心證公開究竟應至如何具體之程度？宜委由法院依個案之性質具體判斷。

第四項 醫療鑑定結果與法官自由心證評價

由於鑑定制度的發展，源自於法院對證據取捨採自由心證主義，為了補充法院於事實判斷時欠缺專門知識，以確保其心證合理性，而以鑑定人提供供事實認定過程所需必要之專門經驗，或適用該經驗所得之具體判斷，作為法院自由心證之擔保，屬於自由心證之抑制機制。依學者通說，鑑定之所以採行，目的在補充法官專門知識之不足，其性質乃屬證據方法之一種，對其結果採用與否，屬於法官自由心證與經驗法則之範疇，正源諸於法官就特定專業知識之不足，然一方面既先承認法官之特定知識有所不足，他方面卻又容許其對於專業鑑定結果做最終之判斷取捨，其理論上應如何解釋？則不無疑問²⁸⁷。再者，對於鑑定報告之證據，法院雖得自由判斷其證明力，但就如何調查，即成為現時事實審法院所面對之難題。

實務上認為，事實審法院之自由判斷，應受經驗法則與論理法則之支配，並認為所謂經驗法則，係指吾人基於日常生活經驗所得之定

²⁸⁷施俊堯，刑事訴訟鑑定實務之討論刑事科學雜誌，第 53 期，2002 年 3 月，頁 1。

則，並非個人主觀上之推測。且以證據之本身存有瑕疵或對於待證事實不足以供證明之資料，而事實審乃採為判決基礎，則其自由判斷之職權行使，即不得謂非逾越範圍²⁸⁸。

鑑定報告於被法官或檢察官採用之前，通常先由其依證據法則予以評價，以認定其是否可採²⁸⁹。依現行法制，鑑定結果僅是一種證據資料，無法拘束法官自由判斷，其採否為法官之自由裁量。而所謂自由，非指法官得恣意評價證據，其認定事實予評價證據，仍應遵守論理法則與經驗法則。亦即，當法院做與鑑定結果相反之認定時，必須有合理之根據，且符合經驗法則，方為合法，尤其在鑑定內容以科學知識為內容時，更應一併注意。

鑑定人之意見不能拘束法院，法官仍可自由判斷是否採納鑑定意見。理論上雖是如此，鑑定人之鑑定報告對於法官經常有很強的影響力，學說上對於鑑定人於刑事訴訟程序中之角色，尤其在精神鑑定之案件，有各種不同之定位²⁹⁰：「法官輔助人」(Gehilfe des Richters)、「獨立的發現真實之助手」(selbständiger Helfer bei der Wahrheitstfindung)、「法院顧問」(Berater des Gerichts)、「實際的舞台上之主角」(eigentlicher Herr der Szene)、「白袍法官」(Richter in Weiß)，足見其在法院之判決上佔有舉足輕重之地位，更或甚者，可能拘束法官的判斷。解決此一難題，大致有三個方向：

一、對於鑑定人之專門知識、中立性、獨立性及鑑定實施方法為間接性之檢討，亦即以程序上之安排，讓法院得對鑑定人之上述相關事項予以維持或檢驗：

所謂程序上之安排，就是踐行釋字 582 號解釋：除「客觀上不能受詰問」外，被告以外之人含證人與鑑定人於審判中，仍應依法踐

²⁸⁸最高法院 57 年台上字第 3399 號裁判意旨：刑事訴訟採叫法調查主義，鑑定報告祇為形成法院心證之資料，對於法院之審判並無拘束力，故待證事項雖經鑑定，法院仍應本於職權予以調查，以期發見事實之真相，不得僅以鑑定報告作為判決之唯一證據

²⁸⁹中野貞一郎編，科學鑑定之鑑定，頁 26；引自蔡墩銘，鑑定之證據能力及證明力，臺大法學論叢第 26 卷第 4 期，1997 年 7 月，頁 161 以下

²⁹⁰Vgl. Klaus Detter, *der Sachverständige im Strafverfahren—eine Bestandsaufnahme*—, *NStZ*1998, S. 57；引自薛瑞元，刑事訴訟程序中「機關鑑定」之研究—以醫事鑑定為範圍，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2001 年 1 月，頁 54。

行詰問程序。但實務多以鑑定報告書為判決依據，而使得醫療糾紛中的被告醫師對質詰問權遭受侵害，對質詰問權是被告的重要權利，在言詞審理原則之下，審判程序應命鑑定人以言詞報告其鑑定意見²⁹¹，故為了確保訴訟當事人之對質詰問權，徹底解決之道，應使鑑定人應到場接受詰問，因為經的起詰問權考驗的鑑定，其可信性才會產生。鑑定結果的可信並非因鑑定結果作成即形成，因為醫療鑑定實務的本身有許多疑慮，為使鑑定結果可信，必須伴隨出庭說明與接受對質詰問。

出庭說明其有二項內涵，其一為鑑定人的出庭義務，其二為鑑定人的說明義務，二者缺一不可。出庭為鑑定人說明的先決條件，鑑定人應於法庭上向法官、當事人說明。此外，刑事訴訟法第 206 條第 3 項規定；「以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明。」然而法院仍有權駁回被告的傳喚鑑定人到庭詰問的聲請，但若是屬於刑事被告的基本權利，只有被告本人能夠決定如何處置，而不是讓法院依情況代替決定²⁹²。

二、要求鑑定人以淺顯之用語提出鑑定報告，使外行人之法官亦可運用其具備之一般常識予以理解、判斷之直接性檢討：

除了應以淺顯之用語提出鑑定報告之外，鑑定人亦必須謹慎，儘量避免對於「最終爭點」下結論。雖然構成要件存否，經常免不了在鑑定報告中出現，但仍需涵射於法律的構成要件，而這是法院的工作。以醫事鑑定為例，最常見的待證事項之一類為「被告行為是否違反醫療常規」。就此鑑定人主要的工作應該是，說明醫療裁量的範圍—相似的案例、可有幾種處置的方式、各有何判斷的條件、以及各有何利弊。當鑑定人說明清楚時，被告行為是否溢出此一裁量範圍，法官自可判斷。而法官為判斷時，可能還必須蒐集其他證據資料，以驗證被

²⁹¹Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, §27, 16.

²⁹²張麗卿，醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例，月旦法學雜誌第 157 期，2008 年 6 月，頁 77。

告為裁量時，其前提條件是否符合，而這些證據資料，有時並非鑑定人在實施鑑定之時，即已為鑑定人所知悉。是以鑑定人為法院之輔助人，但不能成為法官本身！

三、醫事法庭之成立

因應社會及時代的需求，我國陸續成立了數種專業法庭，如財務法庭、交通法庭、少年法庭、家事法庭、治安法庭及智財法庭…等。因應醫療法第83條規定「司法院應指定法院設立醫事專業法庭，由具有醫事相關專業知識或審判經驗之法官，辦理醫事糾紛訴訟案件。」我國自民國九十四年一月一日起已正式成立「醫事專業法庭」，醫療審判已進一個新的紀元，但相對於培訓醫事相關知識之司法人員亦顯刻不容緩。法官應就不同專門領域案件，依具體情況，設專業法院或法庭，並使法官久任其位，法官在職中應適當施以在職訓練，因個案之需要，得聘請專家參與案件。

除了司法人員之培訓醫學相關知識外，本文建議亦應增加具備醫事專業知識之檢察事務官，以協助檢察官對於醫療過失相關案件之偵查²⁹³；因為這些專業人員對於醫療及醫院之生態一定比一般司法人員清楚，如能參與相關案件之偵查，應有助於事實真相之調查與偵辦。

第五節 罪疑唯輕原則

第一項 罪疑唯輕原則之意義

罪疑唯輕原則又稱為罪疑有利被告原則，一般認為與無罪推定原則息息相關，其可從實體法及程序法雙重面向來理解。罪疑唯輕原則在這雙重面向中，同時補充了實體法的罪責原則以及程序法中的證據

²⁹³這裡所謂的醫事專業知識並非一定須為醫學背景之醫師，因為一般醫師極少會離開醫師的工作崗位而從事法律工作，就目前具有醫師律師雙重身分者，亦未離開醫師職位，而是雙重身分，雙重職業。

評價原則。如果作為適用法律之犯罪事實基礎有所疑問，而法官仍據以為有罪之判決者，該項判決即屬違背實體法則。法院於若於調查證據程序之後，依照自由心證原則仍然無法形成對於被告罪則的確信時，應為對被告有利結果之認定²⁹⁴。

罪疑唯輕原則雖然不是自由心證原則之一環，但卻補充了自由心證原則之運用，當法官自由評價證據的證明力之後，如果最後仍然未能獲致對於有罪判決所需的確信程度者，罪疑唯輕原則要求，法官在這種情況之下，應為有利被告之判決。罪疑唯輕原則是指導法官在「無法獲得確切心證時」應如何裁判之裁判規則，因此，罪疑唯輕原則是「證據評價結束之後」才能運用的裁判法則。

第二項 罪疑唯輕原則之適用範圍

關於罪疑唯輕原則之適用範圍，包含以下三點²⁹⁵：

- 一、 罪疑唯輕原則僅適用於「事實領域的疑問」，關於法律問題的疑義，並不適用本項原則。
- 一、 罪疑唯輕原則適用於「罪責與刑罰」之實體事實的疑問，但並不適用於程序事實之疑問。
- 二、 罪疑唯輕原則乃裁判者之「裁判法則」，故偵查階段中檢察官對於實體事實的疑問，並不適用；在審判階段中，亦必須於法官證據評價結束之後，才能運用之。

基於上述可知，只有在要證明的事實是確定的時候，才會運用到罪疑唯輕原則；亦即，罪疑唯輕原則是不能應用到虛構的事實之上的。在國外案例中²⁹⁶，德國聯邦最高法院用無法證明病人在獲得施行其他醫療方式的情況下是否能夠活的更久的理由，判決對於被告過失導致

²⁹⁴參林鈺雄，論罪疑唯輕原則，律師雜誌第255期，2000年12月，頁60以下。

²⁹⁵參林鈺雄，前揭文，同註288，頁63-64。

²⁹⁶聯邦最高法院判決BGH JR 1994, 514 (515)，附有判決評釋Puppe；令見Puppe AT (2002)，22/1 ff.；引自Ingebrog Puppe著，趙彥清譯，醫師未說明其他醫療選擇權之刑事責任，刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯—許玉秀主編，2003年，頁282-283。在本篇文章中，德國學者Puppe回應Kuhlen在Roxin祝壽論文集的論文。

死亡的醫師無罪。該病人患有腦瘤，如果不加以治療的話會在短期間內死亡。醫師沒有注意到這種腫瘤也可以應用化學治療，而且除了純粹的化學治療方式之外，也可以先對該腫瘤施以化學治療，之後再動手術將其切除。在病人不知道這些可能性的情況下，醫師建議病人立即動手術將腫瘤切除，而該項手術的致死機率大概在百分之二十左右。鑑定人依據當時的狀況認為醫師的選擇仍然在符合醫學成規的範圍內，縱使是這項手術已經在「可能成功」的界限上。雖然該項手術符合專業規則，病人仍然在手術後第九天死亡，死因並非是腫瘤或是它的作用，而是如判決中敘述的是死於手術的結果。

醫師是否要對病人的死亡結果負責？德國聯邦最高法院認為取決於如果對病人施行上述另外兩種可能的治療方式時病人是否會活的更久。由於無法確實肯定這項推測，應該判決醫師無罪。

德國聯邦最高法院將欠缺說明看作是注意義務的違反，因此引用過失犯中的注意義務違反的因果關係理論。對此德國學者 Kuhlen 提出，醫師對病患的說明不完全時，尤其是未說明有可供考慮的醫療選擇時，對於不在實際同意範圍內的治療措施，可以因為病患如果獲得充分說明將不會同意所採取的治療措施而依傷害罪予以歸責。如果無法確定病患是否會同意，則應該為了醫生的利益適用罪疑有利被告原則。然而 Puppe 對此說提出批判，其認為如此一來，刑法對於病患免於未獲充分說明的保護，不僅實際上、理論上都遭到排除。因為對特定病人而言，在有了實際上並不擁有的其他選擇可能性的時候，他會如何決定的問題，只有在他的決定可以由一般性法則完全加以確定時，才能回答。我們並不擁有這種法則，而且只要我們看重病人的選擇自由，也不應該要求有這樣的法則。因為針對所謂假設的同意（推測的同意）這個回答，不僅可疑，而且根本是不確定，所以不能夠應用罪疑有利於被告原則來回答這個問題²⁹⁷。當必要的個人實際上的決定用

²⁹⁷Ingebrog Puppe 著，趙彥清 譯，醫師未說明其他醫療選擇權之刑事責任，刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯—許玉秀主編，2003 年，頁 285。在本篇文章中，德國學者 Puppe 回應 Kuhlen 在 Roxin 祝壽論文集的論文。

揣測來代替，認為在他知道所有重要的決定前提要件時，極有可能或是可能做出某項的決定，這樣已經是侵害了他的自由。基此，Puppe認為，聯邦最高法院無論如何不應該用的理由予以宣告被告無罪。

關於罪疑唯輕原則在醫療過失判決上的運用，我國學者有認為²⁹⁸，對於醫療糾紛刑事訴訟上舉證責任的分配問題，應與「罪疑唯輕原則」及「無罪推定原則」一起討論。只要法院審理的結果無法達成確信無疑的有罪心證時，被告就應受無罪推定原則的保障；尤其，當罪疑唯輕原則涉及責任證據，有關刑罰成立或刑罰加重的構成要件要素，如有不能確切證實被告有罪責，法官不能產生確切的心證時，基於罪疑唯輕原則的要求，被告醫師便不成立犯罪。

但是，如果數個可能該當的犯罪事實之間，處於或輕或重（或多或少）的高低階層關係的話，適用罪疑為輕原則的結果，便是依照「輕法」來裁判，不過，輕法的成立要件必須完全成立始可。如果可能該當的犯罪之間，並不處於大包小的關係，而是處於選擇的關係，則屬「選擇確定」的問題，而非罪疑唯輕²⁹⁹。

第三項 違反罪疑唯輕原則之救濟

違反罪疑唯輕原則者，由於涉及實體法輕罪、重罪之認定，因此屬於判決違背實體法則（應為輕罪判決而為重罪判決）之情形，得作為上訴第三審之理由。判決確定後，得以非常上訴救濟之，其效力並應及於被告（刑事訴訟法第 441 條、第 447 條第 1 項第 1 款、第 2 項）³⁰⁰。

第六節 專家參審制度

²⁹⁸張麗卿，醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—戒毒致死案為例，月旦法學雜誌第 157 期，2008 年 6 月，頁 93-94。

²⁹⁹林鈺雄，罪疑唯輕原則，律師雜誌第 255 期，頁 77。

³⁰⁰林鈺雄，前揭文，頁 77。

第一項 專家參審之理念

專家參審不是鑑定人在審判上單純的鑑定報告，也不僅僅是專家在審判上提供諮詢，而是專家實際上參與審判。對於極需要專業知識的案件，由專家參與審判的好處是對案件的事實認定有決定權，這樣不但能彌補法官專業知識的不足，也能改進鑑定制度之缺失(鑑定制度之缺失有：一、程序不公開，公正性受質疑。二、鑑定人不出庭接受訊問及詰問，多以書面回覆問題。)法官因此不至於情緒性的排斥專家的意見，對於適用的法律亦因而更加準確，判決結果比較可以讓當事人折服³⁰¹。實務界亦有提出³⁰²，為因應社會價值之多元化，增強法官法律以外之專業知識，並提昇國民對司法裁判之信服度，應規劃如何立法試行酌採專業參審制，處理特定類型案件(如勞工、智慧財產權、醫療糾紛、行政爭訟及刑事重大刑案等類案件)，司法院並於2000年開始研擬「專家參審試行條例」，派員前往丹麥、德國法院訪問考察專家參與審判制度，實地參觀法院設施、審理程序、並與職業法官交換意見，蒐集相關資料，配合我國民情，擬訂「專家參審試行條例」草案，並於2007年完稿由司法院召開院會通過「專家參審試行條例」草案後，原預送立法院審議，後又因草案與刑事廳正研擬之「國民參審條例草案」，部分內容有共通原則之問題，須協調溝通，以避免立法歧異。爰待「國民參審條例」草案擬定完成，即再進行細部修正，並與行政院會商後，儘速送請立法院審議，完成立法程序³⁰³。

國民參審制是要請人民參加審判，由三位職業法官和四位國民參審官，審判時，職業法官和國民參審官一樣平等，均是一票決定案件如何審判。司法院再一次提出國民參審的立法規劃，沒什麼不好，但若考量到司法資源的有限性，及解決審判問題的優先性，國民參審制此時重出江湖，卻顯突兀。有關國民參審制不在本文討論之範圍，本

³⁰¹張麗卿，鑑定人鑑定或專家參審，驗證刑事訴訟改革脈動，五南，2004年9月，頁130。

³⁰²顧立雄，律師雜誌第253期，2000年10月，頁6-7。

³⁰³「國民參審，你也可以當法官」，參 http://gsrat.net/news2/newsclipDetail.php?ncdata_id=1891，瀏覽日期99年7月10日。

文在此僅就「專家參審制」作探討。

第二項 專家參審制度之優點

對於「專家參審」之爭議，有心人士擔心民間人士一旦與穿著法袍的職業法官並列作於法官席位，對於事實認定、法律適用及量刑輕重享有與職業法官平等之表決權，司法風紀問題勢將面臨嚴重挑戰，在朝的職業法官們尤其憂慮如何確保參審官能夠避開人情、關說以及壓力、誘惑，而在另一方面，也會有人舉出歐陸國家實施參審，實際上效果不彰，民間參審官之意見仍受職業法官左右，淪為花瓶角色等等。

德國自從實施參審制度以來，對於參審制度一直存有疑慮、爭議與批評。支持參審制度者卻以為，參審制度不宜廢除，因為其具有以下之優點：

- 一、參審法院是民主制度的結果。
- 二、參審是以民意來宣判。
- 三、可更增社會大眾對司法的信賴與了解。
- 四、程序上的可透視性。

此外，我國學者亦提出專家參審制度具有以下四點優越性³⁰⁴，而認為其具可行性：

- 一、專家參審可以彌補鑑定制度之缺失。
- 二、專家參審能夠提昇裁判品質。
- 三、專家參審能夠改進法官職業審判的缺點。
- 四、專家參審符合訴訟迅速的要求。

第三項 專家參審制度試行草案內容

目前實務及學界對於專家參審制度似乎躍躍欲試，並定期舉行

³⁰⁴張麗卿，鑑定人鑑定或專家參審，驗證刑事訴訟改革脈動，五南，2004年9月，頁172-173。

學術研討會，召集法界、醫界及民間代表等人士參與討論³⁰⁵，本文將之整理略作簡介如下：

一、組織：

關於專家參審的組成，目前我國採用的是德國的制度，由一位法官與二位參審官合議，以法官為審判長，主導程序的進行。

二、權利與義務：

參審法庭必須依據法律獨立審判。獨立審判有兩個意義，第一個是不受上級干涉與當事人的影響。第二個是非經法律規定，不得免職。參審官在依本條例行使審判權時，與法官有相同的權利與義務，亦即其是受憲法所保障、獨立，不受任何的干涉。

三、職位：

參審官為榮譽職，於參審期間酌給日費及旅費，並且視參與審判案件之繁簡，於訴訟終結時酌給報酬，費用則由國庫支出。

四、迴避問題：

參審官一旦坐上法庭的位置，也須與法官一樣同樣遵守迴避的原則。台灣因地小人稠，彼此關係密切，又因人情問題而破壞制度，所以要嚴格謹守迴避制度。

五、參審官之任命條件：分「積極資格」及「消極資格」。

(一)積極資格：1. 中華民國國民年滿三十歲。2. 在台灣地區居住六個月以上。3. 具有相關領域的專門知識或技能。4. 於該特殊領域服務三年以上，可以為陪審官。

(二)消極資格：不得適任之情形有：褫奪公權尚未復權、受破產宣告、曾有犯罪行為、有犯罪嫌疑尚未判刑、曾經吸毒、曾受保安處分或感訓處分、心神喪失或精神耗弱。

六、任期：

參審官的任期為四年，並且連任不受限制。如參審官任期已滿但未連任，但是參與審判的案件尚未終止時，則延長其職務到審判終結

³⁰⁵以下參照邱琦於「醫療糾紛專家參審」學術研討會之發言紀錄，醫事法學，第11卷第2期，2003年6月，頁69-87。

為止。

七、遴選參審官：

由司法院設立一個參審官遴選委員會，設置委員 14 人。由法界、檢察官、律師界，以及相關領域專門知識人士共同組成。遴選方法為，由司法院徵詢相關公會、政府機關、學術單位，得到本人同意以後造具參審官遴選名冊送交參審官遴選委員會，從名冊中遴選，再由司法院院長任命。任命之後，法院就要依各個訴訟類別，來編參審官名冊。例如：醫師就是醫療糾紛，建築師就是建築方面的案件。同時規定司法院每年一月要將名冊公告，讓民眾知道哪一些人擔任參審官。民事訴訟案例，規定原告及被告得以合議選定受理法官一人、參審官二人；而刑事訴訟及行政訴訟，參審官則必須由法院內部抽籤決定，選上以後法院便通知參審官來受理此案。

八、參審程序：

參審官須簽署誓文，誓文的內容是證明他沒有迴避的原因以及消極的資格。參審官在審判前須先閱卷，案件的內容，包括起訴的目的、證據等等，應該先行閱讀。而參審程序的審判，應當一日終結。因為參審官為各界專業人士，為了不耽誤他們原本的行程，所以有一日終結的規定。最後案件的評議，應在當天辯論終結即時行之。裁判書由法官製作，但是參審官要簽名以示負責。如果參審官有不同意見，可以提出不同意見書，附記於裁判書。

九、判決確定：

「專家參審試行條例」草案第 6 條第 1 項第 2 款規定，因醫療行為致死或重傷案件，經檢察官提起公訴者，被告得向一審法院聲請參審法庭審判之。草案第 36 條規定，聲請由參審庭審判之被告及於審判中同意之其他共同被告，不得對該第一審裁判向第二審法院提起上訴或抗告，僅得以特定事由，向司法院提起上訴或抗告。因為在參審官參與的案件裡，耗費相當多國家資源，因此限制在許多狀況下是不准提出上訴。因為有參審官參與案件，已是一項較為慎重的程式，因此規定不能再上訴。

本文以為，草案第 36 條規定被告不得上訴二審法院，但原告則無此限制，不過雖然原告可以上訴或抗告，然而二審法院是否亦由二審參審法庭審判？理論上應該如此，但法無明文。如果非由參審法庭審判，一般二審法庭是否能做出與一審專家參審法庭迥異之判決？本文則持懷疑態度。另外，如果由原告上訴二審法院後，被告敗訴，則被告又應如何救濟？專家參審是民國 88 年全國司法改革會議的決議，司法院於 89 年 6 月組成委員會研議草案，經過近五年多的討論，於 96 年完稿由司法院召開院會通過「專家參審試行條例」草案後，送立法院審議，至今尚未通過公佈施行。可見立法慎重其事，但另一方面也可能法規尚未完備，而尚不能貿然施行。

第四項 小結

專家參審或許可以改善鑑定制度之缺失，以補強法官在專業知識缺乏之缺失，其次，有參審員在場，職業法官在問案時，也會更加小心謹慎，甚至促使法官事前更充分準備相關裁判資料。然而本文以為專家參審也有幾點可預見的缺失是值得立法者注意的。

其一，專家參審官的任命積極條件資格，對於醫療領域而言實過於寬鬆（依「專家參審試行條例」草案第 9 條：中華民國國民年滿三十歲，在台灣地區居住六個月以上，具有相關領域的專門知識或技能，並於該特殊領域服務三年以上，可以為陪審官。），在醫療領域，一位醫師的養成教育（不含醫學院）大約須 4 至 5 年，才能由一位住院醫師，升格為總醫師，再經過考試晉升至主治醫師；由於對醫院制度的熟悉與了解，專業知識技術的純熟程度上之考量，本文以為參審官的任命條件資格，至少應至主治醫師級的程度較為洽當。

其二、台灣地小人稠，醫師們之間彼此關係太過密切，應更須注意迴避問題，否則即使有參審制度，但公正性受質疑，絕非美事。

其三、限制「聲請由參審庭審判之被告及於審判中同意之其他共同被告，不得對該第一審裁判向第二審法院提起上訴或抗告，僅得以

特定事由，向司法院提起上訴或抗告」之制度並不合理，有剝奪人民實施訴訟救濟之訴訟權的虞慮。

其四、在實施專家參審制度之同時，也應考慮專家證人之實行，否則法庭上能夠對話的人，只有參審官與被告醫師，除此之外，並且應確實實行鑑定人到庭接受訊問與交互詰問制度，才能保障當事人之訴訟權。



第五章 醫療過失責任之除罪化

第一節 醫療過失除罪化之爭見

近年來醫界人士認為，醫療行為本身就具有相當高的風險，醫師冒此風險從事醫療工作，如因此而生醫療過失，應令其負擔民事賠償責任即已足，不應再對其苛以刑罰，令其負擔刑責。醫療過失責任該不該除罪化？近年來在醫界及法學界引起熱烈討論，主要有贊成及反對兩方，以下分別說明：

壹、主張醫療過失除罪化者，其主張的理由不外下列六點³⁰⁶：

- 1、刑事訴訟程序，醫師一旦涉入，耗時費事，會減少看護病人的時間，以後若遇到類似的病例，將不敢放手救治，受害者還是病患本身。
- 2、醫師培植不易，從求學到完成訓練，須要十多年的時間，若不經意的過失，而遭受牢獄之災損失，不只是個人一打打擊，對國家也是一大損失。
- 3、醫事屬於善意工作，應以不罰為原則，醫療過失若施以刑罰制裁，將使醫師過度緊張，而不敢大膽地從事救人工作，使有獲救希望的病人可能陷入死亡。
- 4、醫事常伴隨危險性，疏誤在所難免，以民事賠償補償被害人的損害，最為合理，不應以刑罰加以制裁。
- 5、仿效歐美國家不負刑責，歐美先進國家多以採民事賠償代替刑法制裁。
- 6、有時不幸的醫療結果，醫病雙方都有責任，非醫師單方之責任。

³⁰⁶蔡振修，「醫事人員過失除罪化的爭議與正見」，醫事法學第12卷第1、2期（合訂本），頁5-6。

貳、反對醫療過失除罪化者之理由，大致上有以下七點：

對於醫療過失去刑化的提議，法界人士大多抱持反對的立場，所持之理由有下列幾點：

1. 刑事訴訟的目的是在實行國家刑罰權，以維護個人與國家的法益，而醫療過失侵害人民生命身體法益，若僅以程序複雜即否定醫療過失的刑事責任，放棄刑罰無異於是棄人民生命身體法益於不顧。且有部分醫療過失案件的偵查、審判，曠日費時，主要的癥結點在於認定事實的困難。事實認定除參酌當事人與證人（鑑定書）的供述與供詞外，最重要的依據是病歷，病歷記載的詳略與可信度，深深的影響事實的認定。但有部分醫師的病歷記載草率簡略，使衛生署醫事審議委員會鑑定不易，更使檢察官與法官認定有無過失增加困難，而必須一再傳訊查證，訴訟程序因而繁複。因此，在刑事訴訟制度下，病歷內容若能記載清晰、詳實、完整，並有適當場所與專人保管，將使事實的認定更為容易，訴訟程序自然會快速明確。除此之外，刑事訴訟法已加入罪刑協商制度，也將有助於程序的簡化³⁰⁷。
2. 刑法規定處罰的過失犯罪，所有人都要受其規範，醫師也不例外，這也是「法律之前，人人平等」的原則。不因身分或職業的不同，而有所差異，沒有任何人或團體可以高於法律，而免除刑事的制裁。如航海人員、航空人員、核子發電人員及其他從事高科技業務人員的培植，同樣十分不易，但他們有業務上的過失，仍應負刑事責任，醫師何以就有豁免之權？不能因醫師培植不易，而全部免除醫療過失的刑事責任，如此才能維護刑罰的公平比例原則，發揮刑法的規範功能³⁰⁸。
3. 醫療過失的成立並不以善意與否為依據，只要符合過失要件就應成立。例如父母照顧養育子女的善意，更高於醫師的醫療業務，但父母若有過失致子女傷亡，仍然需負刑事責任，舉重以明輕醫

³⁰⁷ 蔡振修，前揭文，頁 6-7。

³⁰⁸ 林山田，論醫師的醫療過失問題，醫事法學第 1 卷第 1 期，頁 71。

師當然不能單獨免除。且出於善意並非免除刑事責任的要件，頂多只能適用刑法第 57 條第 1 款及第 59 條，酌量減輕其刑³⁰⁹。

4. 對於高危險工作的風險，有「可容許風險」與「信賴原則」來調和過失責的高度化，醫療行為更是其中典型的例子，醫療行為雖然常伴隨高度危險性，但是醫師只要遵守醫療規則，對於參與醫療工作的其他團隊人員，盡到監督、指示或指導的注意義務，縱使發生傷事故，也可依據「可容許風險」與「信賴原則」，而不須負刑事責任。且從刑事政策而言，單純由於醫療行為本身具有相當程度的風險，並沒有足夠的法理由，使刑法對於過失犯罪的制裁作出例外的規定，因為在現代社會中，不少高科技的運用都帶有高風險，並非只有醫療行為，若是所有高風險的行為都可免除刑法的制裁，刑法對於法益的保護勢必會產生漏洞。
5. 歐美先進國家對於醫師的醫療過失，並沒有免除刑事責任的規定，只是英美法系國家對於普通過失不負刑事責任，對於重大過失還是要負刑事責任，因此醫療上的重大過失還是必須負刑事責任。而民事賠償制度目的在賠償被害人的損害，刑事責任則在處罰行為人的過失犯行，兩者理念與範疇不同，可以相輔相成，但不可偏廢。況且在現行法律制度下，業務過失致傷罪是告訴乃論罪，醫師仍有可能以賠償被害人的方式來避免刑事制裁³¹⁰。
6. 醫師為避免負擔醫療過失的刑事責任，就會不斷地自我進修，或參與在職進修，以獲得應有的注意能力，並維護醫療專業制度的威信，如此一來，醫學與醫術自然會不斷進步，醫療水準日益提升。若是醫療行為可以不受刑事制裁，在醫學倫理不彰之處極可能被唯利是圖的醫生所濫用，特別是在醫學倫理不張而存在不少唯利是圖的「醫療商業行為」的地方³¹¹，極易為少數「醫商」所濫

³⁰⁹林山田，前揭文，頁 71。

³¹⁰蔡振修，「醫事人員過失除罪化的爭議與正見」，醫事法學第 12 卷第 1、2 期（合訂本），頁 9-10。

³¹¹此為真實案例，見「假罹癌、真詐領，三醫師涉案，自由時報 A3 版，2009 年 12 月 30 日」、「切子宮、A 健保，高醫喊冤，中國時報 A5 版，2010 年 4 月 14 日。」；然而這其實都只是冰山一角，醫學臨床上甚至聽聞有醫療器材製造大廠，和醫師利益輸送，只要醫師用該廠製造生產的

用，認為任何過錯都可以金錢彌補，而葬送患者的權益。

7. 醫療過失行為如果可以不受刑罰制裁的話，可能衍生相當多的弊端。尤其極易產生專斷的醫療行為，例如醫師在進行某項研究報告時，有可能為了自己的研究而自行決定為病人進行某項治療，而故意忽略病人的自我決定權、或者未告知病人有其他治療方式。

其實，醫界雖然出現醫療過失除罪化的聲音存來以久，但其中也不乏反對除罪化者。筆者曾粗略作過調查，醫學中心的醫師比起一般診所的醫師更贊同醫療過失除罪，婦產科、外科體系的醫師比起其他科別醫師更贊成除罪化³¹²。究其原因，可能是醫學中心無法拒絕病人、較忙碌、或者有業績上的壓力而較一般診所更容易產生醫療糾紛，雖然依照醫療法之規定，診所亦不得拒絕病人，但一般診所如認為病人病情超乎自己診所所能提供之設備或能力負擔，而建議病人轉診時，一般病人都可接受。婦產科、外科系也因手術風險較高或人體不確定性因素而較易產生醫療糾紛。而醫界中反對醫療過失除罪化者，所持理由亦與學者所提之理由（上述理由「貳」）大致相同。

醫療行為本身具有高度專業性，醫療行為的複雜與困難非一般人可以想像，再加上人體本身充滿不確定性，醫療糾紛的發生有時確實很難完全歸咎於醫生。若將所有醫療過失行為不分青紅皂白，一律以刑事訴追，對醫生不僅不公平，甚至可能形成防禦性醫療。可是，如果認為醫師連重大過失的責任也不須承擔，將難以為社會大眾所接受，因此有學者建議，僅處罰重大過失而將普通過失予以除罪化³¹³，不過亦有學者持否定意見³¹⁴，認為刑法者的態度，毋寧是要求謹慎且嚴格

醫材，便給付一定相當的報酬金。例如，只要醫師（給病患）使用一個人工膝關節廠商即給付醫師一萬元，便有醫師因此而建議病患開刀進行雙膝人工關節置換術。

³¹²此為筆者於臺大醫院任職護理師期間以及於臺北市政府衛生局食品藥物管理處（後改制為食品藥物管理科）擔任技士一職，於執行業務及醫療機構年度普查計劃時，個人所作之非正式調查。

³¹³張麗卿，醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例，月旦法學雜誌第157期，2008年6月，頁95-96；林萍章，論醫療過失與刑事裁判，東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，頁107。

³¹⁴林山田，論醫師的醫療過失問題，醫事法學第1卷第1期，1985年5月，頁69-72；王皇玉，

地檢驗刑法歸責的每一要件，而不是貿然的除罪化。

此外，學者並建議解決醫療紛爭的問題，以裁判外的紛爭解決模式（Alternative Dispute Resolutuon；ADR），例如調解、仲裁等程序以適用較彈性的方法來促進醫病雙方的對話、了解³¹⁵，甚至檢討避免日後發生類似的醫療問題，且病人或家屬，目的不外乎查明真相、希望醫師能誠意解決、防止醫療事故再次發生及金錢賠償，這幾個目的並非只能依據訴訟始能達成，而且在國外，例如美國、德國及日本均嘗試以裁判外的紛爭解決模式（ADR）來解決醫療糾紛的問題，其優點在於較能彈性處理各項紛爭，在時間及費用上亦能達到迅速及簡便的效果。關於其詳細內容，則不在本文所要探討之範圍。

第二節 修復式司法於醫療過失中之適用

近年學者提出目前已在國外試行有年之「修復式司法」方案³¹⁶，據研究指出該方案主要適用在少年事件，惟本文以為其在醫療過失案件中亦頗具參考價值。

第一項 修復式司法之定義

修復式司法強調，犯罪並不只是違反法律，犯罪往往對於具體的個人造成傷害，因此處理犯罪必須以修復犯罪所造成的惡害為目標，而不是在惡害之外再施以懲罰及增加惡害。

德國醫療刑法論述概說，月旦法學雜誌第 160 期，2009 年 7 月，頁 122-144；鄭逸哲，履行「醫療義務」當然無罪，未履行也未必有罪－醫界及法界對「醫療刑法」應有的證確認識（上），軍法專刊第 56 卷第 1 期，2010 年 2 月，頁 152-162。鄭師在其文中提出，「醫界有些人主張所謂『醫療行為除罪化』其實並不正確！就已履行『醫療義務』的『醫療上所發生的行為』一還不僅止於『醫療行為』一，就目前的『刑法』或『刑法理論』來說，本來就是不犯罪的，何來『除罪化』的問題？其所謂『醫療行為除罪化』，根本是要求任何『醫療上所發生的行為』均不受司法事後審查，是不是過於傲慢？即使其主張醫師是為了救人，但也『以偏概全』，難道不存在欠缺醫德，泯滅良心的醫事人員嗎？」

³¹⁵相關論述可參考吳光明，醫療爭議之仲裁－兼評醫療糾紛處理草案，月旦法學雜誌第 160 期，2008 年 9 月，頁 177-190；曾淑瑜，建構醫療糾紛裁判外紛爭解決模式－引進日本 ADR 制度，月旦法學雜誌第 160 期，2008 年 9 月，頁 19-36。

³¹⁶謝如媛，夢想或實現？由紐西蘭經驗看修復式司法之可能性－以法院轉介之修復式司法方案為中心，成大法學第 14 期，2007 年 11 月，頁 121-166。

修復式司法的定義可區分為「純粹模式」與「最大化模式」³¹⁷，「純粹模式」重視的是所有的關係人能夠共同參與討論，而討論的重點則是如何修復犯罪所帶來的損害。而「最大化模式」則是重視能否達成「修復的效果」，亦即關係人是否參與討論並不在關心之範疇，只要是某個措施或是制度可以實際上達成修復損害的效果即可。以下分別介紹：

一、純粹模式：

此模式著重自願的對話程序，協助犯罪事件的被害人、加害人以及可以給他們支持的社區成員（包括他們的親人、朋友或其他支持團體的成員等）共同參與對話的過程。強調對話與溝通，透過對話，來增加對於彼此及犯罪之前因後果的瞭解、嘗試尋求最佳的方式來修復被害人的傷害，以及協助加害人避免再犯。本文以為「純粹模式」比「最大化模式」更適合應用於醫療過失案件。

二、最大化模式：

此模式著重的是結果，並不以當事人的參與為必要條件，只要某個措施或制度可以修復犯罪所生的損害，就可以稱為修復式司法，所修復的可能是具體被害人的損害，也可能是指違背法律所造成的抽象的損害。從最大化模式的觀點來說，不論命令的內容是要求加害人為損害賠償、向被害人道歉或為社區服務，都屬於修復的方式，即使是司法機關所為的強制命令亦然。

第二項 修復式司法之原則

有關修復式司法施行原則包含以下幾點³¹⁸：

- 一、 僅適用於刑事法庭，並且侷限於判決前的階段。
- 二、 被害人與加害人必須自願參加，並鼓勵二者實質的參與意思決

³¹⁷謝如媛，修復式司法的現狀與未來，月旦法學雜誌，第118期，頁49。

³¹⁸謝如媛，修復式司法的現狀與未來，月旦法學雜誌，第118期，頁49。

定。

- 三、 修復式司法程序必須使加害人能夠確實負起責任。
- 四、 修復式司法程序必須具備彈性與反應能力。
- 五、 參與者在身心方面的安全是最重要的考量。
- 六、 對話促進人必須能夠有效的推動對話的過程。
- 七、 慎選適當的案件類型。

在紐西蘭已經試行的修復式司法，首先採用在少年案件處理程序的家庭協議會議模式，此模式希望協助少年更生並使之再度為社會所接納，其實踐成果，給予了成人案件的處理一些重要啟示，也使得社會逐漸關心如何在成人行案案件引進修復式司法的理念。紐西蘭法院法官後來主張誠人事件亦應如同少年案件般，採用修復式司法，只要將少年的修復式司法模式稍加修改，捨棄家庭議會的方式而更強調社區的概念，就可以將修復式司法應用於成人案件³¹⁹，而後續也逐漸實踐於紐西蘭的成人法院中。

修復式司法在其量刑法中並要求法官在量刑時必須考量修復式司法會議的成果，也不排除法官同時採用其他的判決前報告書的可能性。法官可以將修復式司法會議之協議的全部或一部份內容作為判決內容，法官也可以選擇將判決延後到協議內容實現之後才為宣告，並且視其履行之情形，而決定不予有罪判決即釋放被告，或是把結果反應在判決中³²⁰，紐西蘭司法部後續更將修復式司法程序作為量刑程序的一部分，以鼓勵法院提供當事人有關修復式司法會議的相關訊息，使得判決前的修復式司法會議成為紐西蘭最為普遍的模式，也豐富了修復式司法的風貌與內涵³²¹。

³¹⁹Judge FWM(Fred)McElrea,The New Zealand Youth Court:a model for use with adult,in Galaway,Burt & Joe Hudson(eds),Restorative Justice:International Perspective,Willow Tree Press,at 75-83(1996).轉引自謝如媛，夢想或實現？由紐西蘭經驗看修復式司法之可能性—以法院轉介之修復式司法方案為中心，成大法學第 14 期，2007 年 11 月，頁 131-134。

³²⁰謝如媛，前揭文，頁 121-163。

³²¹謝如媛，夢想或實現？由紐西蘭經驗看修復式司法之可能性—以法院轉介之修復式司法方案為中心，成大法學第 14 期，2007 年 11 月，頁 135-136。

第三項 修復式司法之目的

實施修復式司法其目的可區分為當事人部分及法院部分。當事人部分，在使加害人彌補過錯、對自己行為負責、提昇加害人責任感、減少以後再犯之機率。在被害人方面，考量被害人之利益以及被害的回復對犯罪之侵害提供賠償等等³²²。

法院部分，將案件轉介修復式司法會議之目的並非以減輕刑罰為目標，而是有更重要的目標需要達成，例如：對於犯罪所造成的情感上的傷害、經濟上的損失、或是信賴感的喪失等等，希望藉由修復式司法的對話過程，能夠找到修復的可能。修復式司法主張我們必須重視因犯罪而受影響的具體的被害人、加害人以及與他們密切相關的社會成員，以他們為主體來釐清犯罪所造成的實際損傷、眾是他們的需要(包括心理層面、經濟層面)，同時以修復(而非懲罰)為目標，來設計不同於刑罰的犯罪處理程序³²³。尊重所有的人(包括加害人)、誠實的對話、虛心的傾聽、相互關係的回復、責任的承擔、賦予當事人力量、以及帶來希望等，都是修復式司法非常重視的價值，並且與傳統司法制度中兩造對立甚至仇視的結構極為不同³²⁴。

然而學者亦有反對見解者提出質疑，認為在最大化模式中將檢察官所作之附加條件的緩起訴處分視為修復式司法之一環而加以推展時，可能導致的弊端，包括法官保留原則的破壞、無罪推定原則的牴觸、平等原則的違背、以及刑法規範目的的落空等等；而在純粹模式中所主張的理想對話，難以在當事人互相對立、互相仇視的法庭中實現³²⁵。不過，本文以為這也正是醫療過失行為適用「純粹模式」修復式司法所要努力及著墨之處。

³²²謝如媛，前揭文，頁 144-145。

³²³謝如媛，前揭文，頁 125。

³²⁴Ministry of Justice, Restorative Justice in New Zealand: Best Practice, Part C: Statement of restorative justice values and processes, at 24-25, May 2004. 轉引自謝如媛，前揭文，頁 125。

³²⁵黃榮堅，鱗敵社會裡的修復式司法？—刑事法體系中的損害賠償概念問題，月旦法學雜誌第 146 期，2007 年 7 月，頁 96-119。

第四項 醫療過失刑事案件適用修復式司法之可能

本文以為，醫療過失案件非常適合以修復式司法的純粹模式來解決當事人之紛爭。醫療過失除罪化在目前刑事政策體系多所討論，醫界更奮臂疾呼醫療過失刑事案件應該除罪，但尚在無合理施行理由下，本文以為在嚴格看待司法正義及人性尊嚴的前提下，尚不宜貿然除罪化。而修復式司法的機制，不但可以正視向來沉默的被害人真正需求，也可以賦與加害人一個自新的機會，以及深刻的自我檢討。因此，本文以為醫療過失刑事案件之性質適用修復式司法(純粹模式)，理由如下：

一、雖然醫師的行業以救人為目的，然而醫師也是人，難免也會發生錯誤，在法律之前人人平等之原則下，醫師亦不能免除刑責；況且刑法的目的在保護法益不受侵害，如將醫療過失除罪化，除了有違公平正義原則之外，難以想像其後是否因而衍生更為嚴重的醫療商業行為，尤其在現今醫美醫療充斥的社會。

二、由於醫療屬高度風險之行業，人體亦充滿不確定性，在無法將醫療過失除罪化之政策考量下，應賦予加害人對於造成之傷害有適當補償修復之機會，因而在非故意之醫療過失行為中，可適度引用修復式司法。本文以為，應先將醫療過失區分輕過失、一般過失與重大過失，其中因重大過失致死之醫療過失行為，仍應屬於法官保留原則之範疇，此為法律安定性之思考。

三、修復式司法的機制有助於醫療制度之改善、醫師自我反省、醫療過失案例之建檔，並可增加當事人對於司法之信服力，而非造成醫師規避責任、掩蓋事實真相、被害人情感受創。

第六章 結論

在美國一篇骨科論文統計，當地醫師一生行醫約三十五年，醫療犯錯機率高達 25%，也就是每四位醫師就有一人犯錯。在台灣亦有論文依據資料統計結果發現³²⁶，在已檢舉醫師過失致死罪人數中，平均每一千位醫師就有一位因過失導致病患死亡。而醫師醫療過失致死被判有罪的比率為，平均為 7.0359%，即平均每一百位發生醫療過失致死之醫師，只有 7 人被判有罪，大部分醫師皆被判無罪。依據另一論文研究指出³²⁷，其統計 90-94 年之中發生醫療過失的 15 則判決結果，雖有 16 位醫師被判有罪，刑期平均為 6.6 個月，但**所有被判有罪的醫師皆獲得緩刑或得易科罰金**。顯示法官們對於醫師的過失行為，仍予以很大的寬容。然而這樣的寬容對於被害人而言，是否會造成精神上之痛苦？這也是刑法兩難之處。

刑法要求人做正確的行為選擇，以及對於做了錯誤行為之人有所處罰，是為了迴避可以迴避的利益損害。醫療行為是人類一般日常生活行為之一，當然也在刑法的保護規範之內。站在寶貴的生命面前，當手中握有主宰生命的權力時，醫者或許會為自己過人的能力感到自信與些許驕傲，但是更需要謙卑以對，才能更謹慎處理生命的相關問題。刑法的謙抑思想也是如此，因為刑法所侵犯的往往是生命(死刑)、自由(拘役)的剝奪，皆屬侵犯人民的重大法益，所以法學論者無不小心翼翼地、謹慎窮盡一切法理，試圖找出犯罪之適法理由、法源依據，以求勿枉勿縱。醫者在為醫療過失行為除罪化尋求解套之際，也應正視自己的問題，不再以大老心態自居、並且相信司法、謙卑的面對交付手中的生命，更重要的是要認真看待個人自由與人性尊嚴。

以下僅就本文研究結果提出結論與建議：

³²⁶蔡心慧，醫師過失行為去刑化的探討，逢甲大學經濟學係碩士班碩士論文，2007 年 6 月，頁 44。

³²⁷林萍章，論醫療過失與刑事裁判，東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士論文，2005 年 9 月，頁 105。

一、相當因果關係理論，已無法有效運用在醫療糾紛案件

在過去判決中曾經發生在過失案件中，採行相當因果關係理論，但卻得出不同的結果，因而學者提出論說認為相當因果關係理論是一種沒有意義的循環論證。如果把此一思考過程背後隱藏的條件因果關係概念以及過失概念抽離，相當因果關係本身所謂「一般情形」之認定是完全出於恣意性的。因而會出現對於「一般情形」認定的本身有矛盾的情形。學者甚至提出，相當因果關係的標準如果被誠實面對的話，結果是一切因造就一切果，換句話說，根本就沒有任何過濾犯罪的功能³²⁸。實務上甚至提出，相當因果關係理論，已無法有效運用在醫療糾紛案件³²⁹。

目前實務上，在醫療過失刑事判決中，最高法院仍常引用相當因果關係，然而相當因果關係理論，首先是必須「在一般情形之下」始有適用。問題是，在醫療場合許多疾病本質或病患個人情況，根本不是「一般情形」可以解釋，例如高死亡率、高難度診斷、低治癒率等疾病，一開始醫師面臨的就是特殊情形而非一般情形，如何能以一般情形為基礎之相當因果關係理論加以判斷醫師罪責？實有疑問。

再者，相當因果關係，重點在於行為與結果間之因果關連必須要「相當」、「通常皆如此」，而非「偶然」、「極少如此」，然而醫療行為中有極低機率會造成特定損害結果，如果個案事後果真發生極低機率的損害結果，往往是「偶然」、「不幸」，如依照相當因果關係理論，偶然者不成立相當因果關係，依法理應為無罪，然而法院亦可能因其他疏失（如未盡告知義務、未儘速轉診）放寬因果關係，造成法官恣意之情形。相當因果關係理論既已不適用在醫療過失場合，自然不應再續用，而應另行發展適合醫療過失之法律因果關係理論，以避免法

³²⁸黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版有限公司，2006年9月，頁310。

³²⁹黃兆揚，評論「承受訴訟違法—最高法院91年度台上字第5042號刑事判決」，臺北醫法論壇（II）醫療糾紛案例學術研討會，台北榮民總醫院主辦，月旦法學雜誌協辦，2009年11月，頁99-100。

官恣意。

二、建議刪除「業務過失」之規定

刑法第 14 條所謂之過失並無區分「(普通)過失」及「業務過失」，解釋上，即使我們依慣例使用「業務過失犯罪構成要件」的用語，也不表示或也不應該等於表示存在著有別於「過失」的「業務過失」，而且刑法第 12 條第 1 項已明文規定「行為非出於故意或過失者，不罰」，怎麼在「過失」之外，又存在著業務過失呢？關於過失犯的法定刑，最後加重刑責而在現行的刑法分則中，立法者區分了一般過失與業務過失，透過業務過失的特別加重規定來調整部分過失犯罪類型的法定刑，然而，應如何確定「業務過失」的概念內涵，在實務上引起不少爭議。這些爭議之所以難解，根本原因應該是在於欠缺加重處罰的正當性基礎³³⁰。

再者，刑法第 22 條規定：「業務上之正當行為，不罰」，常被醫界提出質疑，既是業務上正當行為，當可阻卻「業務過失行為」之違法。其實過失本身即已包含了「業務過失行為」行為在內，實無必要再去區分「一般過失」及「業務過失」，否則只是憑增法官解釋用法之負擔。因而本文以為，應可刪除刑法分則中第 276 條第 2 項及第 284 條第 2 項有關「業務過失」刑責之規定，並可修法將過失依情節輕重區分為「輕率過失」、「重大過失」；或者區分「輕率過失」、「普通過失」與「重大過失」。

三、鑑定制度的改善

關於鑑定制度，本文認為以下幾點應為日後努力之方向：

1. 檢察官及法官在送交鑑定時，應清楚條列敘明待鑑定事項，而鑑定人或鑑定機關亦應避免在鑑定書上加入個人的法律見解，以免影響法官之認事用法。
2. 增加具醫事背景的「檢查事務官」，以協助檢察機關案件偵查。

³³⁰ 蔡聖偉，刑法問題研究（一），元照出版社，2008 年 7 月，頁 415。鄭逸哲，剖析不純正不作為業務過失犯構成要件，月旦法學雜誌第 158 期，2008 年 7 月，頁 285-286。

3. 鑑定人應到場說明及接受訊問。
4. 確保實施鑑定者之適格性、公正性。
5. 鑑定人應到場接受當事人之詰問，以充實鑑定書之證據能力。

四、引進專家參審的同時，亦應允許當事人引進專家證人之訴訟協助。

專家參審或許可以改善鑑定制度之缺失，以補強法官在專業知識缺乏之缺失，其次，有參審官在場，職業法官在問案時，也會更加小心謹慎，甚至促使法官事前更充分準備相關裁判資料以期能與專家參審進行對話。惟由於台灣地小人稠，形成醫師們彼此之間關係密切，因此專家參審之公正性應予以高度注意關切，此外，亦應踐行鑑定人到場接受訊問及詰問，當事人詰問鑑定人時，詰問者不能不具有與鑑定人相類似之特別知識經驗者，此在身為被告之醫師固無疑問，但落在非醫師之原告身上，則難以實施，因而本文認為引進專家證人協助訴訟之進行實有其需要。

五、修復式司法應可適用於醫療過失案件

本文以為，醫療過失案件非常適合以修復式司法的純粹模式來解決當事人之紛爭。由修復式司法觀點而言，無論是謝罪與賠償都應該是基於加害人的意願，此意願的促成有賴於透過各種方法(包括與被害人的對話等程序)使加害人理解犯罪的嚴重性，對被害人造成的傷害程度，使其更有同理心，而非透過國家的命令。並使當事人透過對話模式，讓加害人彌補過錯、對自己行為負責、提昇加害人責任感、減少以後再犯之機率。

在被害人方面，考量被害人之利益以及受侵害法益的修補回復，對犯罪之侵害應提供賠償，在醫療過失案件中，尤其需要加害人誠心道歉。而修復式司法另一個貢獻，將是醫療錯誤主動揭露，其可提供作為醫界日後避免再犯同樣錯誤的預防措施。不過本文以為，應將醫療過失區分輕過失、一般過失與重大過失，其中因重大過失致死之醫

療犯罪，為了法律安定性之思考原則，應屬法官保留原則之範疇，而不適用修復式司法。



參考文獻

一、中文資訊

(一) 中文書籍

1. 林山田，刑法通論（上）、（下）增訂九版，作者發行，台大法學院圖書部經銷，2005年。
2. 陳子平，刑法總論，元照出版社，2008年9月1日出版。
3. 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南圖書，2007年9月。
4. 張麗卿，驗證刑訴改革脈動，五南，2004年9月。
5. 李伯璋、曾平杉著，醫療糾紛在臨床醫學與法律實務的探討，2010年一版。
6. 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版有限公司，2006年9月。
7. 朱富美，科學鑑定與刑事偵查，翰蘆圖書，2004年。
8. 廖正豪，過失犯論，三民書局，1993年。
9. 蔡振修，醫事過失犯罪專論（增訂一版），作者出版，2005年。
10. 蔡振修，醫事法律總論（增訂版），作者出版，2003年5月。
11. 黃朝義，刑事證據法研究，初版第一刷，1999年5月，元照出版社。
12. 蔡墩銘，醫事刑法要論（二版）2005年9月，翰蘆圖書出版有限公司。
13. 高添富，醫師如何面對醫療糾紛，91年3月30日初版一刷，元氣齋出版社有限公司。
14. 林東茂，刑法綜覽，一品文化出版社，2007年9月修訂五版。
15. 王兆鵬、陳運財、林俊益、宋耀明、丁原中、張熙懷、葉建廷合著，傳聞法則理論與實踐，元照出版有限公司，2003年9月。
16. 林鈺雄，新刑法總論，元照出版有限公司，2009年9月2版。
17. 林鈺雄，刑事訴訟法上冊，作者自版，2003年9月。
18. 林鈺雄，嚴格證明與刑事證據，學林文化有限公司，2002年9月。

19. 曾淑瑜，醫療過失與因果關係（上冊、下冊），翰蘆圖書出版有限公司，1998年7月初版。
20. 川端 博著，甘添貴、余振華譯著，刑法總論，元照出版有限公司，2008年6月初版。
21. 許玉秀主編，刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯，學林文化事業有限公司，2003年。
22. 蔡聖偉，刑法問題研究（一），元照出版社，2008年7月。

（二）期刊及專論

1. 何賴傑，鑑定許可書與檢查身體，最高法院「刑事證據法」--祝賀李庭長潮澤榮退、紀庭長俊乾優遇學術研討會，2007年12月。
2. 何賴傑，傳聞法則之同意，月旦法學雜誌第114期，2004年11月。
3. 張麗卿，醫療糾紛鑑定與對質詰問權，最高法院「刑事證據法」--祝賀李庭長潮澤榮退、紀庭長俊乾優遇學術研討會，2007年12月。
4. 張麗卿，醫療糾紛鑑定與刑事責任之認定—以戒毒致死案為例，月旦法學雜誌，第157期，2008年6月。
5. 林鈺雄，論罪疑唯輕原則，律師雜誌第255期，2000年12月。
6. 靳宗立，過失犯成立要件之檢討與省思，軍法專刊第55卷第1期，2009年6月。
7. 靳宗立，日本醫療過誤行為與刑事責任關係之探討，軍法專刊第55卷第3期，2009年8月。
8. 黃翰義，論刑事證據之基本原則，軍法專刊第55卷第5期，2009年10月。
9. 蘇嘉瑞，醫療糾紛刑事訴訟之實證與趨勢，法官協會雜誌第9卷第1期，2007年5月。
10. 王梅英，專家在法庭上的角色—鑑定或參審，律師雜誌第253期，2000年10月。
11. 曾淑瑜，醫師之說明義務與病人之同意，法官協會雜誌第9卷第

- 1 期，2007 年 5 月。
12. 許辰舟，醫療過失刑事審判實務動向與理論之對照觀察，法官協會雜誌第 9 卷第 1 期，2007 年 5 月。
13. 李聖隆，律師如何對抗有偏頗之虞的醫療鑑定，律師通訊，180 期，1994 年 9 月。
14. 李聖隆，從刑事法觀點論醫療糾紛刑案及醫療鑑定，律師雜誌，第 223 期，1999 年。
15. 黃榮堅，論相當因果關係理論，月旦法學雜誌第 96 期，2003 年 5 月。
16. 李聖傑，因果關係判斷在刑法中的思考，中原財經法學第 8 期，2002 年 6 月。
17. 李聖傑，因果關聯的發展在實務實踐光與影，台灣本土法學第 101 期，2007 年 12 月。
18. 謝如媛，夢想或實現？由紐西蘭經驗看修復式司法之可能性—以法院轉介之修復式司法方案為中心，成大法學第 14 期，2006 年 12 月。
19. 黃榮堅，「讎敵社會裡的修復式司法？—刑事法體系中的損害賠償概念問題」，月旦法學第 146 期，2007 年 7 月。
20. 林志六，擴大鑑定結果拘束力之研究，刑事法雜誌，第四十三卷第一期。
21. 高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件上之角色扮演(上)，萬國法律，第 129 期，2003 年。
22. 高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件上之角色扮演(下)，萬國法律，第 130 期，2003 年。
23. 蔡墩銘，從法律觀點看醫療糾紛，法令月刊，41 卷 1 期，1990 年。
24. 蔡墩銘，醫療糾紛之法律構造，律師雜誌，第 222 期，1998 年。
25. 蔡墩銘，醫療糾紛醫事鑑定之解誤，刑事法雜誌，44 卷 4 期，2000 年。

26. 蔡墩銘，鑑定之證據力與證明力，台灣大學法學論叢第 26 卷 4 期，1997 年。
27. 王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第 2 期。
28. 盧映潔、葛建成，從醫療人球事件論醫師之刑事過失責任(上)、(下)，台灣醫界，2006 年 11 月、12 月。
29. 葛謹，台灣醫療糾紛探源-醫療過失責任與理論，醫事法學第 14 期第 1、2 期，2006 年。
30. 葛謹，台灣醫療糾紛應不受刑事訴訟之理由，台灣醫界，第 50 卷第 8 期，2007 年。
31. 葛謹，醫療糾紛之過失責任-從台灣高等法院台南分院民事 90 年度重上字第 8 號判決談起(上、下)，台灣醫界第 50 卷，2007 年。
32. 葛謹、郭正典、廖又生，醫療糾紛刑事過失責任-醫療糾紛鑑定委員會決定結果之評析，全國科技法律研討會論文集，2006 年 11 月 22-23 日，交通大學。
33. 朱石炎，醫療行為與刑事責任，台灣醫界，63 年 9 月。
34. 吳志正，醫療過失行為之刑事違法性，醫事法學第 14 卷 1、2 期，2007 年。
35. 顧立雄，專家參審之由來，律師雜誌第 253 期，2000 年 10 月。
36. 楊秀儀，醫療傷害的去刑化，醫望，21，1997 年。
37. 楊秀儀，論病人自主權-我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討，臺大法學論叢第 36 卷第 2 期，2006 年 3 月。
38. 黃翰義，論刑事證據之基本原則，軍法專刊第 55 卷第 5 期，2009 年 10 月。
39. 劉秉均，過失醫療與刑事責任關係之實務回顧，銘傳大學法學論叢第 10 期，2008 年 12 月。
40. 甘添貴，醫療糾紛與法律適用-論專斷醫療行為的刑事責任，月旦法學雜誌第 157 期，2008 年 6 月。

41. 蔡惠如，台灣醫療糾紛之法律課題，月旦民商法雜誌第 4 期。
42. 陳子平，醫療上充分說明與同意之法理，東吳大學法律學報第 12 卷第 1 期，1999 年 10 月。
43. 陳聰富，醫療行為與犯罪行為（上）—告知後同意的法律效果，月旦法學教室第 69 期。
44. 陳聰富，醫療行為與犯罪行為（下）—告知後同意的法律效果，月旦法學教室第 70 期。
45. 王皇玉，醫師未盡說明義務之法律效果，台灣本土法學第 75 期，2005 年 10 月。
46. 盧映潔，病患自主權與醫師刑事過失責任，台灣本土法學第 101 期，2007 年 12 月。
47. 賴玉芳，談專家證人，律師雜誌，第 253 期。
48. 林山田，論醫師的醫療過失問題，醫事法學第 1 卷第 1 期，1985 年 5 月。
49. 鄭逸哲，履行「醫療義務」當然無罪，未履行也未必有罪—醫界和法界對「醫療刑法」應有之認識（上），軍法專刊第 56 卷第 1 期，2010 年 2 月。
50. 「醫療糾紛專家參審」學術研討會會議記錄，醫事法學第 11 卷第 2 期，2003 年 6 月。
51. 臺北醫法論壇（II）醫療糾紛案例學術研討會，台北榮民總醫院主辦，月旦法學雜誌協辦，2009 年 11 月。
52. 「醫療與刑事法」學術研討會，國際刑法學會台灣分會主辦，2009 年 3 月。
53. 謝瑞智，醫療行為與刑事責任，法令月刊，第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月。
54. 廖建瑜，論醫師說明義務之建構與發展—兼評最高法院 94 年台上字第 2676 號判決，成大法學第 10 期，2005 年 12 月。
55. 鄭逸哲，剖析不純正不作為業務過失犯構成要件，月旦法學雜誌第 158 期，2008 年 7 月。

(三) 報紙

1. 「假罹癌、真詐領，三醫師涉案」，自由時報 A3 版，2009 年 12 月 30 日。
2. 「切子宮、A 健保，高醫喊冤」，中國時報 A5 版，2010 年 4 月 14 日。
3. 「烏龍術，28%骨科醫師曾開錯刀」，中國時報 A5 版，2010 年 6 月 23 日。

(四) 論文

1. 葉文正，醫師不作為的醫療行為問題，成功大學法律研究所碩士論文，2004 年。
- 2 薛瑞元，刑事訴訟程序中機關鑑定之研究-以醫事鑑定為範圍，台灣大學法律研究所碩士論文，2001 年 1 月。
4. 田幸艷，醫療過失刑事責任之研究-以裁判案例為對象，國立中正大學犯罪防治研究所碩士論文，2007 年。
5. 葛建成，論醫療行為之刑事過失責任—以臨床醫師的觀點來探討，國立中正大學法律研究所碩士論文，2006 年。
6. 蔡心慧，醫療過失行為去刑化之探討，逢甲大學經濟研究所碩士論文，2006 年。
7. 陳筱青，從法律醫學倫理醫療過失判決之正當性暨醫事法規之檢討：以醫療人球案為核心，國立台北大學法律學系碩士論文，2008 年 12 月。
8. 陳文哲，日本刑事法院囑託鑑定程序，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2007 年 7 月。
9. 陳軍宇，我國醫療過失刑事責任之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2009 年 1 月。
10. 張百欣，論醫療上告知後同意法則及刑事實務上相關判決之研究，國立台北大學法律學系碩士論文，2008 年 1 月。

11. 楊佳苓，醫療過失刑事責任之研究，中央警察大學法律學研究所碩士論文，2009年6月。
12. 鄭淑屏，醫療過失案件中之類型與證據之研究，國立臺灣大學法律學系博士論文，1996年6月。
13. 林萍章，論醫療過失與刑事判決，東吳大學法律學系碩士在職專業組碩士論文，2005年9月。
14. 蔡永祥，醫療行為過失推定立法可行性之探討，國立成功大學法律專業研究所碩士論文，2003年6月。
15. 蔡智勛，病患自主權與醫師說明義務之研究，國立臺北大學法律學系碩士論文，2008年7月。
16. 黃維民，刑法醫療過失與醫事鑑定之研究，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2003年6月。
17. 王皇玉，醫療行為於刑法上之評價—以病患自我決定權為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1995年6月。
18. 李貞儀，刑事鑑定制度之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，1995年6月。
19. 卓育璇，醫療分工與信賴原則，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，2008年6月。

二、日文書籍

1. 稻垣喬，医事訴訟と醫師の責任，有斐閣，昭和56年11月30日初版第一刷發行。
2. 医療過誤問題研究会編著，医療事故紛争の上手な対処法，平成5年3月8日，第1刷，民事法研究会。
3. 大谷実，医療行為と法，弘文堂法學叢書11，新版，平成2年11月。

【附錄一】手術過失類型-施行全子宮切除術，誤將輸尿管切斷案

【裁判案由】業務過失傷害

臺灣臺北地方法院刑事判決

八十八年度自字第七二四號

自 訴 人 乙○○

被 告 丙○○

選任辯護人 蕭介生律師

右列被告因業務過失致重傷案件，經自訴人提起自訴，本院判決如左：

主 文

丙○○被訴業務過失致重傷部分無罪。

被訴收受賄賂部分自訴不受理。

理 由

壹、被訴業務過失致重傷部分

一、按同一案件經檢察官依刑事訴訟法第二百二十八條規定，開始偵查者，不得再行自訴。但告訴乃論之罪，經犯罪之直接被害人提起自訴者，不在此限，總統八十九年二月九日以華總一義字第八九〇〇〇三一六三〇號令，修正公布之刑事訴訟法第三百二十三條第一項，定有明文。次按：法規明定自公布或發布日施行者，自公布或發布之日起算，至第三日起發生效力，中央法規標準法第十三條，定有明文；又按：中央法規標準法第十三條所定法規生效日期之起算，應將法規公布或發布之當日算入，司法院著有釋字第一六一號解釋，可資參照，是前開刑事訴訟法修正條文，自八十九年二月十一日起生效；復按：修正刑事訴訟法施行前，已經開始偵查或審判之案件，除有特別規定外，其以後之訴訟程序，應依修正刑事訴訟法終結之，刑事訴訟法施行法第二條，定有明文，惟本件自訴人自訴被告所涉刑法第二百八十四條第二項業務過失致重傷部分，依同法第二百八十七條，係告訴乃論之罪，依新修正刑事訴訟法第二百二十八條，並無不得提起自訴之情形，合先敘明。

二、自訴意旨略以：自訴人乙○○曾患有多發性子宮肌瘤，於八十六年七月十七日在臺灣大學醫學院附設醫院（下稱臺大醫院）接受被告林長堯施術，將全子宮切除時，被告不慎將輸尿管切斷，致自訴人大量尿液由陰道滲出之重傷，迄由其他醫師施以多次手術，仍有滲尿、流血現象，且膀胱變小，因認被告涉犯刑法第二百八十四條第二項業務過失致重傷罪嫌等語。

三、按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實。又不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第一百五十四條、第三百零一條第一項分別定有明文。又告訴人之告訴，係以使被告受刑事訴追為目的，是其陳述是否與事實相符，仍應調查其他證據以資審認，亦有最高法院五十二年臺上字第一三〇〇號判例要旨可為參照。本件自訴案件亦應得引用前開判例要旨。

四、本件自訴人自訴被告涉犯業務過失致重傷罪嫌，無非以：（一）其所提出之公務人員保險殘廢證明書、臺大醫院診斷證明書等為證（均影本）；（二）並聲請訊問證人鐘晃昕、甲○○（見自訴人於八十八年八月十三日所提出之「刑事聲請狀」）等語，為其論據。惟訊據被告則堅詞否認有何業務上之過失等語。

五、經查：（一）本件於自訴人提起自訴之前，業經檢察官委託行政院衛生署醫事審議委員會鑑定結果，認為被告已「將損傷減至最少，而恢復泌尿功能，丙○○醫師對乙○○醫療過程應無疏失」等語，有行政院衛生署八十七年七月七日衛署醫字第八七〇四一二三三號函暨附件鑑定書一份可憑（見臺灣臺北地方法院檢察署八十六年度偵字第二四五八二號偵查卷宗第六二頁至第六四頁）；（二）證人賴明坤於檢察官偵查中，亦到庭結稱自訴人發生的情況，是常常發生等語（見前偵查卷宗第九九頁第四行），再經檢察官於偵查中向本件自訴人提示前開鑑定書，並詢問是否再送鑑定，自訴人當時亦答稱沒有必要等語（見前偵查卷宗第九九頁背面第一行）；（三）自訴人迄提起自訴後，向本院聲請訊問鐘晃昕、甲○○二名證人，經本院傳訊證人鐘晃昕到庭，提示自訴狀及自訴人所提聲請狀，詢以有無自訴人所述情形，證人鐘晃昕答稱沒有講過這些話等語，有本院訊問筆錄可查（見本院八十九年六月十五日訊問筆錄鐘晃昕部分），至於證人甲○○經本院傳喚到庭之後，自訴人當庭改稱「這不是我要問的證人，不能問我，檢察官已訊問過賴明坤，已經夠了」等語，亦有本院審判筆錄可佐。綜前所述，本件除自訴人之指述外，尚無其他證據足認是否與事實相符，本院復查無其他積極之證據，足認被告有何業務過失致人重傷之情事，本件不能證明被告犯罪，依法應諭知無罪之判決。

貳、被訴收受賄賂部分

一、自訴意旨略以：自訴人於八十六年七月十五日即本件手術施術前，曾賄賂被告新臺幣二萬元，因認被告涉犯收受賄賂罪等語。

二、按犯罪之被害人得提起自訴，惟此之被害人係指犯罪之直接被害人而言。如不得提起自訴而提起者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第三百十九條第一項、第三百三十四條，分別定有明文。

三、本案自訴人訴稱被告涉有收受賄賂罪嫌，其所保護者為社會法益及國家法益，顯非得由本件自訴人提起自訴，自訴人就不得提起自訴案件提起本件自訴，依上開說明，自非適法，爰不經言詞辯論，逕為不受理之判決。

參、本件自訴人所訴被告犯罪事實，均已經本院分別判決無罪、自訴不受理，業如前述，檢察官移請併案審理部分，即臺灣臺北地方法院檢察署八十六年度偵字第二四五八二號案件，本院自難併予審理，應由檢察官另行辦理，亦此敘明。

據上論斷，應依刑事訴訟法第三百三十四條、第三百四十三條、第三百零七條、第三百零一條第一項，判決如主文。

中華民國八十九年九月七日

臺灣臺北地方法院刑事第六庭

【附錄二】給藥過失及麻醉過失類型-麻醉護士誤將止血劑（Transamin）認為
麻醉劑（Marcaine）而施打(打錯針致死案)

臺灣新竹地方法院刑事判決

八十九年度訴字第四號

公 訴 人 臺灣新竹地方法院檢察署檢察官

被 告 甲○○

選任辯護人 耿○○律師

王○○律師

被 告 乙○○

選任辯護人 李○○律師

林○○律師

右列被告因業務過失致死案件，經檢察官提起公訴（八十七年度偵字第四四三一號、八十八年度偵字第八一七七號），本院判決如左：

主 文

甲○○從事業務之人，因業務上之過失致人於死，處有期徒刑伍月，如易科罰金，以百元折算壹日。緩刑~~壹~~年。

乙○○從事業務之人，因業務上之過失致人於死，處有期徒刑拾月，緩刑伍年。

事 實

一、甲○○係新竹市○○路○段三四六號甲○○婦產科診所之醫師（亦為該診所負責 人），係以從事醫療行為為其業務之人；乙○○為經過受訓領有合格執照之麻醉護士，平日係支援在新竹縣市各醫院、診所，以從事為病患實施麻醉注射之醫療行為為其業務之人。適由甲○○實施定期產前檢查懷孕已達四十週之孕婦劉聰慧，於民國八十七年六月二十九日下午七時三十分許，因落紅、不規則宮縮及子宮頸擴張二公分等症狀至甲○○處看診、待產，待產中，於同日晚上十時十分許，發現胎兒監視器出現有胎兒心跳過速現象，經甲○○建議、劉聰慧之夫丙○○同意改以剖腹方式生產，甲○○旋即通知麻醉護士乙○○到場為孕婦實施麻醉注射，以利其手術之進行。甲○○為一領有合格執照之婦產科專科醫師，其在指示麻醉護士乙○○為孕婦劉聰慧實施麻醉注射時，本應注意於指示乙○○取藥時，應親自核對藥劑容器之標籤外觀，或口頭詢問乙○○，以確認其準備注射之藥劑無誤；而乙○○在甲○○之指示下，為孕婦劉聰慧實施麻醉注射時，亦應注意在取藥時，須核對藥劑容器之標籤外觀，以確認注射之藥劑無誤，避免危險之發生，且依其等智識、能力及當時狀況並無不能注意之情事，詎其二人竟均疏未注意及此，甲○○於指示乙○○取藥時，未親自核對藥劑容器之標籤外觀，或口頭詢問乙○○要求其確認所準備之藥劑無誤，而乙○○於準備藥劑時，亦疏未注意核對藥劑容器之標籤外觀，致其於同日晚上十一時四十分許，在該診所之手術房內抽取藥劑時，誤將止血劑（Transamin）認為係麻醉劑（Marcaine）而抽取備用，並在對孕婦劉聰慧施打腰椎麻醉時，將誤裝之上開止血劑打入劉聰慧之腰椎內，劉聰慧旋即感到身體癢並出現紅疹，約五分鐘後有抽筋情形，甲○○即指示乙○○予以施打抗組織胺藥物（vena-B6），並電詢麻醉專科醫師陳忠麟，兩人在通話中，乙○○再度確認藥劑後，始發現有上開錯誤將止血劑認係麻醉劑之情事，而告之甲○○，甲○○隨即電請陳忠麟到場協助，其後於同日晚上十一時五十二分許，孕婦劉聰慧在甲○○之戒護下，由救護車轉往臺北榮民總醫院實施急救，於翌

日(三十日)凌晨一時三十五分許到達臺北榮民總醫院，惟劉聰慧因腰椎麻醉錯用止血劑，致急性腦水腫合併腦疝形成，經急救無效，於同日凌晨四時二十分許不治死亡，其體內之胎兒亦腹死胎中。嗣甲○○、乙○○與被害人家屬在新竹市東區調解委員會成立調解，各分別同意賠償新台幣(下同)三百萬元及二百萬元。

二、案經被害人劉聰慧之夫丙○○告訴暨臺灣新竹地方法院檢察署檢察官相驗後自動檢舉偵查起訴。

理由：

一、訊據被告乙○○對於右揭犯罪事實供承不諱，另被告甲○○則矢口否認右揭犯罪事實，辯稱：

本件係因護士拿錯藥，非伊之過失，伊之指示正確，但護士拿錯藥，豈能要伊負責？在乙○○準備打針之前，伊在開刀房門口有問他準備好了沒有，針劑拿對了否？她說準備好了，伊才去做手術前的準備工作，因此乙○○拿錯藥，非伊所能注意，伊發現護士打錯藥後，已盡最大之能力挽救，雖無法救回孕婦及胎兒，但伊並無過失云云。經查：

(一) 孕婦劉聰慧於右揭時地，因以剖腹方式生產，在麻醉護士乙○○實施麻醉注射時，誤將止血劑(Transamin)認為係麻醉劑(Marcaine)而抽取備用，並在對孕婦劉聰慧施打腰椎麻醉時，將誤裝之上開止血劑打入劉聰慧之腰椎內，致劉聰慧因腰椎麻醉錯用止血劑，致急性腦水腫合併腦疝形成，經急救無效，於八十七年六月三十日凌晨四時二十分許不治死亡，其體內之胎兒亦腹死胎中等情，已據被告乙○○、甲○○供承不諱，核與告訴人即被害人之夫丙○○、證人即曾到場協助之麻醉專科醫師陳忠麟、救護車駕駛林瑞庸、為劉聰慧急救之臺北榮民總醫院醫師趙灌中等人證述之情節相符，並有劉聰慧之病歷一件可參，復經臺灣新竹地方法院檢察署檢察官督同法醫師相驗屬實，製有勘驗筆錄、解剖筆錄、相驗屍體證明書、驗斷書、法務部法醫研究所八十七年三月二十四日(八七)法醫所醫鑑字第0六三三號鑑定書等在卷可憑。

(二) 按麻醉護士在醫師指示下，對孕婦實施麻醉注射之醫療行為時，本應注意於取藥時，須核對藥劑容器之標籤外觀，以確認注射之藥劑無誤，避免危險之發生。查被告乙○○為一經過受訓領有合格執照之麻醉護士，自應注意並能注意前開規定，且依其智識、能力及當時狀況並無不能注意之情事，詎其竟疏未注意及此，而於準備藥劑時，疏未注意核對藥劑容器之標籤外觀，致其在抽取藥劑時，誤將止血劑(Transamin)認為係麻醉劑(Marcaine)而抽取備用，並在對孕婦劉○○施打腰椎麻醉時，將誤裝之止血劑打入劉聰慧之腰椎內，致劉○○因急性腦水腫合併腦疝形成，經急救無效不治死亡，其體內之胎兒亦腹死胎中，已如前述，則被告乙○○顯有過失，已至為明確，本件經送行政院衛生署醫事審議委員會鑑定之結果，亦同此認定，有行政院衛生署八十八年八月十八日衛署醫字第八八0五五六七四號函暨所附之該署醫事審議委員會第八八0七九號鑑定書各一件在卷可考。

(三) 次按麻醉係屬醫師法第二十八條第一項所稱之醫療業務行為(見行政院衛生署八十八年十一月五日衛署醫字第八八0六四二六五號函)；此項醫療業務行為原則上須取得合法醫師資格者始得為之，雖例外在醫療機構於醫師指示下之護士亦得為之(醫師法第二十八條第一項規定可參)，惟在醫師指示護士為醫療業務行為之情況下，醫師對依其指示而為醫療業務行為之護士，自當負有指揮、監督之責。又在麻醉手術實施前之取藥行為係屬醫療輔助行為，醫師在指示有適當訓練及經驗之合格護士準備麻醉用之藥物時，尚須親自核對藥劑

容器之標籤外觀，或口頭詢問護士，以確認其準備注射之藥劑無誤，避免危險之發生。查甲○○為一領有合格執照之婦產科專科醫師，理應注意及此，且依其智識、能力及當時狀況並無不能注意之情事，詎其竟疏未注意上開規定，在指示麻醉護士乙○○為孕婦劉聰慧實施麻醉注射、取藥時，既未親自核對藥劑容器之標籤外觀，亦未口頭詢問乙○○要求其確認所準備之藥劑無誤，致未能及時發現乙○○有誤將止血劑(Transamin)認為係麻醉劑(Marcaine)而抽取備用之情事，而使被告乙○○在對孕婦劉聰慧施打腰椎麻醉時，將誤裝之止血劑打入劉聰慧之腰椎內，致劉聰慧因急性腦水腫合併腦疝形成，經急救無效不治死亡，其體內之胎兒亦腹死胎中，已如前述，則被告甲○○顯有監督疏失之過失，已至為灼然，本件經送行政院衛生署醫事審議委員會鑑定之結果，亦同此認定，有行政院衛生署八十八年八月十八日衛署醫字第八八〇五五六七四號函暨所附之該署醫事審議委員會第八八〇七九號鑑定書、八十九年十月二十一日衛署醫字第〇八九〇〇二四四四〇號函暨所附之該署醫事審議委員會第八九一八四號鑑定書、九十年七月十一日衛署醫字第〇九〇〇〇四六六七三號函暨所附之該署醫事審議委員會第九〇〇八〇號鑑定書各一件在卷可憑。

(四) 再者，孕婦劉○○係因腰椎麻醉錯用止血劑，致急性腦水腫合併腦疝形成，經急救無效不治死亡，其體內之胎兒亦腹死胎中等情，已如前述，則被告乙○○上開誤用藥劑與被告甲○○於指示乙○○取藥時，未確認藥劑無誤等之過失行為與被害人劉聰慧之死亡，其間具有相當因果關係，亦屬灼然。

(五) 雖被告甲○○於本院審理時辯稱：在乙○○準備打針之前，伊在開刀房門口有問他準備好了沒有，針劑拿對了否？她說準備好了，伊才去做手術前的準備工作云云。然查，被告甲○○在指示乙○○實施麻醉、取藥時，並未親自核對藥劑容器之標籤外觀，亦未口頭詢問乙○○要求其確認所準備之藥劑無誤等情，業據共同被告乙○○迭於偵審中供陳明確，其供稱：「(如何確認是麻醉劑?)我是從包裝中將麻醉藥劑拆封放在桌面上，我轉到右邊準備消毒包，回來後隨手拿了那桌上的藥注射入死者身上，過了二分鐘之久，死者說她難過李醫師進來，我便請示李醫師，便叫他太太請麻醉醫師來協助，在電話當中我才想起有小姐在傍邊會否藥有問題，我便再確認一下，是否那小姐有拿錯藥，．．．，(當時桌面上有幾瓶藥劑?)沒有，只有我拿的那一瓶，後來再確認時桌上有二瓶，一瓶是麻醉劑，另一瓶是止血劑，(止血劑是何人拿出來的?)我不知道，我只知道有一小姐走傍邊過，當時我正整理消毒包。」(見八十七年度相字第四一八號相驗卷第一七頁)、「當天由我備藥，約十一點半我進去手術房急救車上的桌面乾乾淨淨的並沒有藥，只有一格一格的小盒子裡面裝有藥劑，麻醉劑是裝在旁邊的鐵櫃裡，我將麻醉藥劑拿出放在桌面上並將外包裝撕開，尚未將玻璃蓋打開，我即轉身去其他用品。我準備時有一位小姐自我後面走來不知道拿何物放在桌上，我就再轉身回來即將桌上的藥打開抽取，之後就消毒實施麻醉注射。我就問病人有無反應，這時李醫師就進來了，病人才出現過敏現象。(如何發現打錯藥?)因為一直沒有出現麻醉之現象，且有過敏現象，才發覺不對勁。當時李醫師問我是否再補打一針，我看情形不對，我就問李醫師是否找麻醉醫師支援。李醫師在打電話時我才想到是否剛剛經過之小姐把止血劑放在桌上，我才想到是否打錯藥了，這時我才出去告訴李醫師說我打錯藥了。因為這二種藥劑的外觀很類似都是五c c的。」(見本院八十九年一月二十七日訊問筆錄)、「我在實施麻醉注射時，甲○○只探頭說可不可以之後就沒有在場指示。」(見八十九年十一月二十二日訊問筆錄)、「

「麻醉藥品是李醫師的，由我準備，（藥劑準備好後，被告甲○○有無與你確認藥物有無錯誤或核對藥劑容器的外觀？）沒有，（在你實施注射前或實施注射時，甲○○有無與你口頭再次詢問或確認？）沒有，（你準備藥劑時，被告甲○○有無在場？）沒有，（你實施注射時，甲○○有無在場？）沒有，．．．每次李醫師都說可以麻醉了，沒有問說準備好了或針劑拿對否。」（見本院九十年八月十五日審理筆錄）；另被告甲○○供稱：「麻醉時我有在場，麻醉完我便換手術衣。」（見八十七年度相字第四一八號相驗卷第九頁背面）、「（施打麻醉時，你有無在場？）有，我看見乙○○抽好藥，另一小姐也將劉聰慧抱好姿勢，我想應無問題便去換衣服，（為何拿錯藥？）我無法理解，是乙○○自己抽藥的。」（見八十七年度相字第四一八號相驗卷第一六頁）、「（手術中為何發生打錯藥的事？）他準備的工作我沒辦法監督，因備藥是他的工作。因我也要做我的準備工作，．．．（當時確實將止血劑誤當麻醉劑使用？）因為當時並不是我備藥的，只不過是打完針後一直沒有麻醉的效果，我才打電話去請問其他的麻醉醫師，此時病人也出現過敏現象，這時乙○○才發覺他打錯藥了．．．這二種藥劑外觀有外包裝，因為這是經過消毒無菌的，．．．應該要在使用時才將外包裝打開，否則就有被污染的可能（見本院八十九年一月二十七日訊問筆錄）、「在手術之前我有我的工作，護士有護士的工作，乙○○在準備時我是有看一下，他應該等我換好衣服再實施麻醉的。」（見本院八十九年十一月二十二日訊問筆錄），是以，由被告甲○○之上開供述觀之，其始終未曾有過在護士乙○○備藥之時，親自或口頭與乙○○確認所抽取藥劑是否正確之陳述，並其先係辯稱拿取藥劑為護士之份內行政工作，醫師對此無監督之責，待本院送上開鑑定機構鑑定後，始改稱伊於護士乙○○取藥時，有向其口頭確認云云，且依其所述，該麻醉藥劑是經過消毒無菌的狀態，應該要在使用時才將外包裝打開等情，其尚以此指摘被告乙○○所稱：「我將麻醉藥劑拿出放在桌面上並將外包裝撕開，尚未將玻璃蓋打開，我即轉身去其他用品。我準備時有一位小姐自我後面走來不知道拿何物放在桌上，我就再轉身回來即將桌上的藥打開抽取，之後就消毒實施麻醉注射。」（見本院八十九年一月二十七日訊問筆錄）等處置之不當，顯見其於乙○○抽藥時並不在場，參以，其於本院審理時對被告乙○○所稱：我在實施麻醉注射時，甲○○只探頭說可不可以之後就沒有在場指示。」等情，被告甲○○僅答以「在手術之前我有我的工作，護士有護士的工作，乙○○在準備時我是有看一下，他應該等我換好衣服再實施麻醉的。」等語（見本院八十九年十一月二十二日訊問筆錄），足認被告乙○○上開供稱：被告甲○○在指示乙○○實施麻醉、取藥時，並未親自核對藥劑容器之標籤外觀，亦未口頭詢問乙○○要求其確認所準備之藥劑無誤一節，應堪可採。被告甲○○上開辯解及稱乙○○係為拖其下水始為前揭陳述云云，顯係事後圖卸之詞，要無可採。

（六）被告甲○○辯護人具狀為其辯稱：本案之發生係因負責支援之麻醉護士乙○○誤以止血劑為麻醉劑，而錯將止血劑施打入被害人脊髓，被告乙○○當時自己並未發覺錯拿藥劑，故未立即轉告被告甲○○，被告甲○○根本不知被告乙○○取錯藥劑，且在同案被告乙○○取藥之際，被告甲○○本身亦在準備開刀之前置工作，如洗手、消毒、更換衣服等，嗣見被害人於麻醉後之產生不適症狀，以為係過敏，除施打抗過敏針外，為治患者，已速找最好的麻醉醫師陳○○協助救治，並將病人送榮總由婦產科主任趙灌中醫師救治，全程隨車全力救治，救治過程並無不當，實已盡救治義務，尚難遽認被告甲○○有何過失之犯行。況醫療業務與

取藥係分屬不同管理負責階層，在大型醫院醫生負責開處方，由藥劑師負責配藥給患者，倘醫師所開之藥物劑量完全正確，但藥劑師拿錯藥或劑量配錯，導致患者服藥後發生傷亡情形，就藥師配藥之過程，因非屬醫療業務，僅為行政行為，醫生無庸就其配藥過程加以監督，自不負任何刑責。本案情形亦類似醫生與藥劑師間之配搭情形，被告甲○○不可能緊跟在同案被告乙○○旁監督其取藥是否正確，正如一般醫生不可能去監督藥劑師是否依照醫生所開立之處方配藥。從未有因藥劑師取錯藥或配錯藥而責令正確下處方之醫生擔負刑責，而本案卻因麻醉護士乙○○個人疏失錯取藥劑，公訴人認被告甲○○要共負刑責，對甲○○實嫌過苛。若依上情，仍認被告甲○○應擔負刑責，此例一開，則所有醫生豈不人人自危，隨時憂懼有被判刑之虞，豈敢全力投入救人之舉，反而有礙病人權益等語。惟按醫師第二十八條第一項明定醫療業務原則上須取得合法醫師資格者始得為之，護士僅例外在醫療機構於醫師指示下方得為之。另藥品調劑屬藥師之業務，藥師法第十五條第一項第二款定有明文。又護理人員法第二十四條規定：「護理人員之業務如左：一、健康問題之護理評估。二、預防保健之護理措施。三、護理指導及諮詢。四、醫療輔助行為。前項第四款醫療輔助行為應在醫師之指示下行之。」。據此，藥品調劑本屬藥師之權限，非醫師所能置喙，是醫師對藥師有關藥品調劑之行為既無指示、監督之責，因此，對於藥師拿錯藥或劑量配錯之行為即無須負責，此乃為當然之理。但醫療業務本屬醫師之權限，其雖可於一定條件下委由護士執行，但乃須在醫師之指示下方得為之，護士並無單獨執行醫療業務之權限，是以，醫師在將原應由其親自執行之醫療業務交由護士執行時，即須對護士之行為負指示及監督之責自明，則在其未盡指示、監督之責致護士執行醫療業務有疏失，醫師即須對其監督不週負責。因此，辯護人引用醫師與藥劑師間之關係，作為類比本案醫師與護士間之關係，顯有類比錯誤之誤解。又麻醉手術實施前之取藥準備行為是醫療輔助行為，此項工作可以由醫師本人或護士執行，但在醫師親自施打注射麻醉劑時，應注意確認注射之藥劑無誤，其注意的範圍在於核對藥劑容器之標籤，或口頭詢問備藥護士確認，而醫師信賴有適當訓練及經驗之合格護士，指示其準備麻醉用之藥物，亦須口頭詢問備藥護士確認等情，有行政院衛生署九十年七月十一日衛署醫字第0九000四六六七三號函暨所附之該署醫事審議委員會第九0080號鑑定書各一件在卷可參；但查，被告甲○○於指示護士乙○○取藥時，未親自核對藥劑之容器外觀，或口頭詢問乙○○準備藥劑是否無誤，致乙○○誤用藥劑，已如前述，則被告甲○○顯未盡其監督之責，而可認有過失，尚難以其所謂信賴乙○○之經驗豐富，即可免除其上開監督之責。從而，辯護人前揭辯解，亦不足採。

綜上，本案事證已臻明確，被告等犯行，均堪認定，應依法論科。

- 二、查被告甲○○係醫師，以從事醫療行為為業，被告乙○○為經過受訓領有合格執照之麻醉護士，以從事為病患實施麻醉注射之醫療行為為業，均為從事業務之人，其等因業務上之過失，致被害人劉聰慧死亡之犯行，罪證明確，核其等所為，均係犯刑法第二百七十六條第二項之業務過失致死罪。又被告甲○○行為後，刑法第四十一條業於九十年一月四日修正為「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。但確因不執行所宣告之刑，難收矯正之效或難以維持法秩序者，不在此限。」「併合處罰之數罪，均有前項情形，其應執行之刑逾六月者，亦同。」並於同年月十日公布

施行，於同年月十二日生效，比較新舊法之規定，以變更後之新法對被告有利，依刑法第二條第一項前段之規定，自應適用裁判時之新法。爰審酌被告等素行尚佳，被告甲○○行醫十九年，被告乙○○自七十五年間起開始擔任麻醉護士迄今，本案過失程度被告乙○○係誤用藥劑、被告甲○○則係未確實監督而有監督不週之疏失等過失情節，致被害人死亡、所生損害重大，暨其等民事部分均已與被害人家屬達成和解，賠償被害人家屬之損失，有和解書、新竹市東區調解委員會調解書可憑，及犯罪後之態度尚可等一切情狀，各量處處如主文所示之刑，就被告甲○○部分並諭知易科罰金之折算標準，以示懲儆。末查，被告等均未曾受有期徒刑以上刑之宣告，有臺灣高等法院被告全國前案紀錄表、臺灣新竹地方法院檢察署刑案資料查註紀錄表等附卷可稽，其等偶因過失罹刑章，惡性非重，民事部分均業已與被害人家屬達成和解，妥為賠償，有上開和解書、調解書可稽，並經告訴人即被害人劉○○之夫丙○○當庭表示不予追究（見本院八十九年一月二十七日訊問筆錄），被告等經此教訓，足資警惕，認無再犯之虞，是本案有期徒刑之宣告，認以暫不執行為適當，爰併各宣告被告甲○○緩刑三年、被告乙○○緩刑五年，用勵自新。

據上論斷，應依刑事訴訟法第二百九十九條第一項前段，刑法第二條第一項前段、第二百七十六條第二項、第四十一條第一項前段、第七十四條第一款，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條，判決如主文。

本案經檢察官吳○○到庭執行職務。

中 華 民 國 九 十 年 八 月 三 十 一 日

臺灣新竹地方法院刑事第二庭

【附錄三】延誤治療過失類型-術後大出血未及時發現治療致死案(1/2)

【裁判案由】業務過失致死

臺灣高雄地方法院刑事判決

93 年度醫訴字第 2 號

公 訴 人 臺灣高雄地方法院檢察署檢察官

被 告 乙○○

選任辯護人 陳景裕律師

黃清濱律師

上列被告因業務過失致死案件，經檢察官提起公訴（91 年度偵字第 17045 號），本院判決如下：

主 文

乙○○從事業務之人，因業務上之過失致人於死，處有期徒刑陸月，如易科罰金，以參佰元折算壹日。

事 實

一、乙○○係高雄市高雄醫學大學附設陳中和紀念醫院之婦產科醫師，為從事醫療業務之人，其於民國 91 年 7 月 4 日上午 11 時許，在該院為患有子宮肌瘤及直腸膨出之患者黃玉華施行腹腔鏡子宮切除術以及陰道後壁修補術，於中午 12 時 40 分手術完畢，並將黃玉華送回婦產科病房觀察。乙○○本應注意黃玉華之術後狀況，以為相應之措施，且並無不能注意之情形存在。於同日下午四時十五分，黃玉華因腹內開始出血疼痛難耐，向護士表示疼痛，經護士評估疼痛指數為十分，此為腹內出血之可能警訊之一，惟乙○○疏未注意，未採取詳細尋找或排除內出血可能性之措施，僅予以含有具抗凝血作用 Aspirin 成份 Aspeqic 止痛藥劑一單位後，因黃玉華仍甚疼痛，乃再於同日下午 5 時 15 分許開始使用「病患自控式止痛器」（PCA），而未積極尋求或排除內出血之可能性。而相關護理人員於當日下午 5 時 30 分許為黃玉華測量生命徵象後，即未再對其進行生命徵象之測量。迄當日晚間 8 時 30 分許，護士丁○○巡房時，始發現黃玉華已無生命跡象，乃立即通知值班醫師及乙○○到場開始對之進行急救。然於急救之初，亦疏未注意尋找是否有出血之可能，並依急救常規儘速予以採血進行血液血球檢查，致始終未能發現其有腹內大出血之情況。遲至當晚 10 時 36 分許，乙○○始對黃玉華採血進行血液血球檢查，發現黃玉華之血液血紅素降至 4.7g/dl（黃玉華於同年月 3 日於手術前之血液血球檢查顯示之血紅素值為 13.2g/dl，依其血紅素降低差距計算其出血量約達 2600cc），此時乙○○始施以輸血濃縮紅血球二單位，惟黃玉華業已回天乏力，因而於七月五日上午 9 時因急救無效宣告死亡。

二、案經黃玉華之夫張水鏡訴由高雄市政府警察局三民第一分局報告臺灣高雄地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

壹、證據能力有無之認定：

一、按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第 159 條第 1 項固有明文。而「法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，並準用第 203 條至第 206 條之 1 之規定。」、「鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。」，亦分別為刑事訴訟法第 208 條第 1 項前段、第 206

條第 1 項規定甚明。是經法院或檢察官囑託相當之機關為鑑定後，經鑑定人以書面報告其鑑定之結果者，其書面鑑定報告即屬同法第 159 條第 1 項所謂之「法律有規定者」，不受該條項規定「不得作為證據」之限制。且同法第 208 條第 1 項前段對於法院或檢察官囑託相當之機關為鑑定之情形，僅規定：「準用第 203 條至第 206 條之 1 之規定」，至於同法第 202 條有關「鑑定人應於鑑定前具結」之規定，則不在準用之列。故於法院或檢察官囑託相當之機關為鑑定，而該受囑託機關以書面報告鑑定結果之情形，既非屬依法應具結者。是同法第 158 條之 3 有關「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據」之規定，於此時即無適用之餘地。查公訴人曾二度囑託行政院衛生署醫事審議委員會（以下簡稱醫審會）就被告乙○○執行本件醫療業務過程中是曾有所疏失等情進行鑑定，並囑託法務部調查局就被害人是否有中毒等現象進行血液及胃容物檢驗鑑定；另本院復囑託國立台灣大學醫學院法醫學科就本件當事人請求鑑定之事項進行鑑定，惟檢察官及本院囑託上開單位所進行之鑑定，既屬機關鑑定，揆諸上開說明，即不受刑事訴訟法第 158 條之 3 之限制，且與檢察官囑託法務部法醫研究所（以下簡稱法醫研究所）顧問醫師甲○進行死因鑑定，該顧問醫師甲○經具結鑑定後所為之鑑定書，均屬刑事訴訟法第 159 條第 1 項所稱之「法律另有規定者」，自不受該條項之限制，依法自具有證據能力。

二、次按除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，亦得為證據，刑事訴訟法第 159 條第 1 款亦定有明文。臺灣高雄地方法院檢察署法醫師尹莘玲就被害人屍體進行解剖後，因依檢察官之指示將相關紀錄及病理切片送法醫研究所進行死因鑑定，臺灣高雄地方法院檢察署法醫師乃未為進一步之死因鑑定，而僅將解剖過程中所見情形紀錄製成臺灣高雄地方法院檢察署解剖紀錄報告。雖該法醫師尹莘玲並未具結，而不符法定鑑定程序，然該法醫師既係以執行法醫師業務（包括相驗、解剖等職務）為其平日職務，則解剖紀錄報告自屬其職務上製作之紀錄文書，且於解剖過程中並有照片存證，核無顯不可信之情形，自得作為證據。

三、又按除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀書、證明文書，亦得為證據，刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款亦規定甚明。卷附之被害人黃玉華病歷資料，係從事醫療或護理業務之醫師或護理人員於業務上所須製作之紀錄文書，且亦無顯不可信之「外部證據」，依法自亦有證據能力。

貳、訊據被告乙○○固坦承於前揭時、地為被害人黃玉華進行腹腔鏡子宮切除術以及陰道後壁修補術，手術完畢後至當日晚間發現被害人無呼吸心跳前，並未對被害人進行是否有內出血之檢查，直當日晚間 8 時 30 分許發現被害人無呼吸、心跳後，始對被害人施以急救十小時後，被害人仍急救無效等情不諱，惟仍矢口否認有過失犯行，辯稱：被害人於當日下午 4 時 15 分許主訴疼痛指數十分後，有會同麻醉科醫生給予自控式止痛器（PCA），至被害人於當日晚間 8 時 30 分發現無呼吸心跳前，均有定時對被害人測量心跳、血壓等生命徵象，而當時所測得之被害人生命徵象均正常，此與急性大出血之徵狀不符，被害人應非急性大出血導致低容性休克死亡；且醫審會以被害人於術前及死亡後二小時所採血液檢驗報告中之血紅素值相比較，認被害人出血量達 2800CC，並不正確，因被害人於急救過程中曾經院方為大量之輸液，此會影響血液中血紅素值，且被害人於當日 8 時 30 分經發現無呼吸心跳時，即已呈死亡狀態，則於其死亡後 2 小時所採血液，已無法反應正常狀態，醫審會以此推斷被害人有大量出血云云，顯

有錯誤云云。是本件被告是否應負業務過失致死罪責，所應審酌者無非：一、被害人死亡原因是否確係急性出血導致之低容性休克？二、被告於醫療及急救過程中有無疏失？

爰分論如下：

一、就被害人黃玉華死亡原因部分：

(一) 被害人死亡後經臺灣高雄地方法院檢察署檢察官督同法醫師相驗並解剖屍體後發現：其腹腔有出血，其出血範圍分佈於腹腔內，包括橫隔膜底部、肝臟後部、脾臟後路、後腹腔、腸繫膜，尤其在骨盤腔可見多量血液及血塊積聚，且子宮切除部分縫合處有破裂現象，破裂處有多量血液流多，腹部有大量出血及大量血塊現象，出血量超過 620CC；肝臟、腎臟、脾臟均有中度鬱血現象，腸繫膜有大量血塊積聚；至於冠狀動脈、上升主動脈、胸腔主動脈、腹部主動脈均無血管硬化現象，此有臺灣高雄地方法院檢察署解剖紀錄報告一份及解剖照片 44 張在卷可稽。檢察官復將相驗卷宗、解剖紀錄報告、照片及被害人於高雄醫學大學中和紀念醫院病歷資料檢送並囑託法務部法醫研究所（以下簡稱法醫所）就被害人死亡原因進行鑑定後，法醫所鑑定結果認為：「根據醫院之病歷紀錄，死者在死前所做血液常規檢驗，血紅素為 4.7 克，而術前之數據為 13.2 克，顯見術後曾大量失血，而解剖發現腹腔手術縫合處有破裂，腹腔有大量積血，內臟多呈缺血性變化，亦驗證死前有大量出血。本案之死亡導因應為失血所致之低容性休克，與手術有關。」，有法醫所 92 年 6 月 5 日函附之 (92)法醫所醫鑑字第 0659 號鑑定書在卷可憑。

(二) 又經檢察官囑託醫審會就被告於醫療過程中有無疏失乙節進行鑑定，經醫審會第一次鑑定結果認為：「1、根據解剖報告顯示，死者之腹腔內有大量血液與血塊，且子宮切除部位縫合處有破裂現象。這種情形在一般子宮切除與陰道後壁修補手術應屬少見。此狀顯示在手術過後患者腹腔內有出血現象，而最可能的因是子宮切除縫合處裂開而導致出血。另外，由死者術前之血紅素 13.2g/dl，與血球比容 37.7%，而於意外發生後 22:36 之血液報告血紅素 4.7g/dl，與血球比容 14.7%，也間接顯示患者的確在術後有大量出血的可能。因此，衡舉整個病程與解剖紀錄報告的發現，大量的腹腔出血與此醫療事件可能有密切關係。2、…。但是在 18:00 沒有生命徵象的記錄，且在術後觀察過程中沒有及時偵測內出血的存在，似有疏失之處。3、根據病歷記錄，吳醫師曾於 21:20 以腹部超音波檢查，並沒有發現腹腔出血之現象。但是根據解剖報告，死者腹腔內有大量血液及血塊積聚。常理而論，腹腔內大量血液並不難以超音波測出，因此，事件發生之後，吳醫師無法及時偵測內出血現象，似有疏失之處。4、根據病歷記錄，在急救過程中，意外首見於 20:30，但是首次的血液血球檢查 (CBC) 是在 22:36 採血，此種醫療方式似不符合一般急救常規，同時也顯示醫療人員並沒有及早考慮到出血的可能性，直到血液血球檢查結果出來，顯示血紅素只 4.7g/dl，根據病歷記載，給予輸血濃縮紅血球 (PRBC) 2 單位之處置。就常理而論，這樣的輸血量恐怕難以矯正一位大量失血患者之循環障礙。因此，除非有其他特定因素使然，醫護人員在處理此患者之積極度與方式上，難謂無疏失之處。」此有醫審會 91 年 12 月 30 日函附之 000000 號鑑定書在卷可參。

(三) 雖被告抗辯及辯護意旨認為被害人於無呼吸心跳後 2 小時所採血液，且急救過程中曾經大量輸液，血液已被稀釋，應無參考價值云云，然查，檢察官曾再囑託醫審會就其上開鑑定為進一步鑑定說明後，醫審會鑑定結果認為「從學理上看，急救 2 小時後之血液檢驗，

的確可能無法非常精確表現血液之狀況，尤其是出血的初期，血液可能濃縮還未恢復平衡，而且如果急救中有大量的點滴輸液快速注入而稀釋血液，或是採集血液的位置不正確等等原因時，可能有所誤差。不過，患者於 7 月 3 日手術前之血液檢查結果：白血球 7510，血紅素 13.2g/dl，血球比容 37.7%，血小板 348000，BUN 9，CREA 0.6，NA 141；急救後 2 小時之血液報告(7 月 4 日 22:36)是：白血球 22950，血紅素 4.7g/dl，血球比容 17.4%，血小板 238000，BUN12，CREA 2.0，NA 156。這些實驗數據顯示血液並無明顯被稀釋的現象，因此血紅素數值 4.7g/dl 應該不是被低估的結果。所以急救後之血液檢查發現血紅素與血球比容降低，應有一定的參考價值。」，並依被害人手術前體重 56 公斤計算其「原始血液量 4353 毫升(體重的 13 分之 1)。計算結果流失的血紅素約為 370g【 $4353 \times (13.2 - 4.7) \div 100 = 370$ 】，因此流失的血液量大約 2803 毫升【 $(370 \div 13.2) \times 100 = 2803$ 】。如果扣除先前腹腔鏡手術過程流失的血液(病歷記載是 100 毫升)，以及術後傷口多少有少量出血，則估計此患者額外出血量大約 2600 毫升。因此假設確實有上述額外出血，則出血量約占此患者原始血液總量 60% (2600/4353)。」，此有醫審會 92 年 9 月 15 日函附之 0000000 號鑑定書存卷可憑。

(四)另據鑑定人即法醫研究所聘任之僱問醫師甲○亦於本院審理時證稱：「(檢察官問：從血液檢查報告中血紅素高、低之資料可否判斷為大量出血之佐證之一?)如果兩次血液檢體沒有太大之差異，從血紅素之容積值可以判斷大量出血。…，如果檢體代表性沒有太大差異的話，可以從血紅素、容積比來做推算。而本案血液檢驗之血紅素值是有很大差異，不過要考慮檢體代表性有無差異。」、「(檢察官問：於急救過程中沒有呼吸跡象而用維生系統給予呼吸狀態時，該抽血檢驗報告是否可以作為判斷依據?)抽的血液有可以反應血液各種成份之容積值，才有意義。如果有血液循環，則其血液有代表性。」、「(檢察官問：於急救過程中注射點滴會使血紅素從十三降到四?)這是可以計算，正常血壓五千 cc 如果注射五千 cc 點滴的話，他的循環血液量會到壹萬 cc，血紅素就會降一半，如果注射壹仟 cc，循環血液會變成六千 cc，血紅素值降低五分之一。這是理論。」、「(檢察官問：從卷宗資料血液報告可否判斷血紅素值從十三降到四為注射大量點滴所致?)本件從十三降到四，是相當大幅度之下降，如果依據計算方式要注射大量點滴，故本件不是注射大量點滴所致，但前題是同一個檢驗室，同一個地方做的，這樣檢驗不準確度也會相同，這樣就具有代表性。」、「(辯護人問：本件血紅素十三點二是病人開刀前之數據，根據你的專業，病人於手術中流失血液、並扣除 620cc 血液，且於急救中施打輸液，是否可能稀釋到這個程度?)…，如果輸入大量輸液，是有可能稀釋血中血紅素濃度，依據剛才之換算方法，可能要輸入大量輸液才有辦法降到這種程度。就血液檢查報告之其他數據看來，並無稀釋之現象，如果是因為輸液造成之稀釋，那應該全部都稀釋。」、「(辯護人問：你所述前提是血紅素從十三點二掉到四點七，是否會因為輸液所造成之稀釋?)這是涉及最後容血量問題，因為失血後原來血液濃度應該是一樣，但失血後，身體之水份會跑到血液補充原來血液循環量，所以有可能造成血紅素值下降。依據教科書記載，急性大量失血後，血紅素不是馬上降低，是因為身體內水份補充之後，造成血中血紅素值降低。」、「(辯護人問：一個病人急性大量出血，該血除在腹腔外還會在何處?)出血後，血清液體部分會變成體液，回流到血液中，而血球成為血塊之後就沒有辦法回流，血球部分是有形東西，沒有辦法回流到血管裡面去，因為他不是

液體，液體部分會再吸收回體內。」、「（辯護人問：這個病人死後被推估出血為 2820 cc，但是你們所見只有超過 620cc，這些血液跑到何處？）解剖紀錄是『超過 620cc』，不是只有 620cc，這兩者是不衝突的，而且血液中有部分水份會吸收回體內，所以會有差距。」、「…血塊是生前失血造成…。」（參本院 94 年 8 月 30 日審判筆錄）參以臺灣高雄地方法院檢察署法醫師解剖紀錄所載，被害人腹腔內有「超過 620cc」之大量血塊及血液，而血塊之形成既係生前失血後，血清回流至人體所造成，足見被害人確有生前大量失血之事實。且解剖時所測得腹腔內血液及血塊既係「超過」620cc，而非僅有 620cc，則被告抗辯及辯護意旨不考慮法醫解剖時採取腔內血液及血塊是否完整，及出血後血清為人體吸收之作用，徒以解剖紀錄所見血液及血塊數量係超過 620cc，認與醫審會依據二次血液檢查報告之血紅素值差異所推算之出血量 2600cc 不同，認被告並無急性大出血之情形，即難認可採。且被害人於術後當日晚間 10:36 第二次抽血之血液既無明顯被稀釋之情形，且二次抽血亦均係在同一實驗室所完成，而第二次抽血時亦以維生系統維持血液循環，則其第二次血液檢查報告既具有代表性。

（五）本院另依被告之聲請，就醫審會前開二次鑑定後，被告猶有爭執之事項，囑託台大醫學院法醫學科進行鑑定之結果認為：1、就被害人之出血量部分，亦同意醫審會之意見，認其出血量應不只 620cc，並認當日下午 4:15 所施打用以止痛之 Aspegic 中所含主成份 Aspirin，會造成血小板功能降低，如有傷口會導致無法凝血。解剖時發現子宮切除部位陰道斷端縫合處有破裂，解剖時體腔內未見其他出血處，故大量出血極有可能是已由該陰道斷端縫合處流出。2、就被告所質疑「持續性無收縮心律（死亡）二小時後，抽血檢驗，是否可能因死亡及急救輸液等因素而使檢驗結果無法正確？又本件病患死亡三小時後所採血液檢驗報告顯示其餘離子及磷肌酸酵素及同類酵素（K 9.1，CK708，CK7B 27，Troponin 0.015）均極度不正常，是否由此可以證實該檢驗結果確實不正確？」乙節，則同意醫審會 0000000 號鑑定書所認為「該實驗數據顯示血液並無明顯被稀釋之現象，其血紅素值 4.7g/dl 應該不是被低估的結果」及「估計此患者額外出血量大約 2600 毫升，出血量約占此患者原始血液總量的 60%」等意見。…。5、就被告請求說明疑點「病患在短時間內（一小時左右）於睡眠中猝死（持續性無心律收縮），是否係屬急性無意識猝死？急性無意識猝死在醫學上通常是否主要係因急性呼吸抑制所致？本案病患之血液、膽汁、胸腔液、胃內容物及組織物是否有任何毒物或重金屬反應及病患是否有特殊體質對本案事故之判斷是否重要？」則同意法醫研究所結論，認失血所致低容性休克應為死因。…。9、就被告請求說明疑點「失血導致『低容積休克』病人之生命徵象應為如何？此類病人會有肋膜腔積水（pleural effusion）的現象嗎？會有肺水腫（pulmonary edema）或心包膜積水（peri-cardial effusion）之現象嗎？肝臟、腎臟、肺臟會有鬱血現象嗎？又低容積休克與藥物過敏休克其解剖所見（含顯微鏡觀察）會相同嗎？」則認為雖經過不尋常的十小時之心肺急救，內臟有可能會有一些變化，但應不至於有多量血液及血塊積聚在腹腔。…。13、就被告請求說明之「急救（CPR）過程中，對於患者所施加的壓力，是否可能造成剛開完刀之傷口裂開？或其力道是否有造成血液從傷口縫合處流出之可能性？」及「在病人急救過程中，使用 CPR Machine 做強力按摩、擠壓（依據病歷及護理紀錄），又病人在急救過程中又輸入 2 單位之 PRBC，在長時間 CPR Machine 加壓，是否有可能造成剛開完刀之傷口縫合處裂開之現象？並造成血塊從破裂處流

出之現象？」二疑點，則認為一般急救乃施力於胸腔，應不至於造成原先腹腔鏡手術的腹部小傷口或陰道斷端縫合處之裂開。…。有國立臺灣大學醫學院 94 年 4 月 29 日函附之台大醫學院法醫學科涇醫鑑字第(94)-04002 號法醫鑑定報告在卷可參，亦足認前開醫審會鑑定報告所憑據之二次血液報告及推算方法，並無違誤。

(六) 雖自學理而言，急性出血時患者會有生命徵象的變化，當出血占總血量的 15%時，患者會出現心跳加速與輕微情緒不安的現象；當出血量在 15%~25%左右時，會有尿液減少(每小時 20~30 毫升)、直立性低血壓與情緒不安的情形；出血量在 25%~40%時，患者平躺著時也有低血壓的現象、尿量更少(每小時 5~15 毫升)、意識混亂；而當出血量大於 40%時，則出現循環虛脫休克的現象、尿量極少、而意識呈昏睡狀態(醫審會第 0000000 號鑑定書參照)。而根據病歷之體溫紀錄表「處方」欄所載，被害人於術後當日下午 2:30、3:30、5:30 與 7:15 之生命徵象維持穩定(2:30pm, 血壓 98/60mmHg、心跳每分鐘 98 次、呼吸每分鐘 20 次; 3:30 血壓 100/30mmHg, 心跳 92、呼吸 18; 5:30 血壓 100/68mmHg、心跳 84、呼吸 20; 7:15 血壓 100/66、心跳 76、呼吸 18)。然體溫紀錄表「處方」欄所記載之生命跡象記錄，以肉眼比對即可發現係同一人之筆跡，且係使用同一支原子筆所記錄，此有病歷卷附體溫紀錄表一紙可稽。(是否偽造？可傳當班護士或陪伴之家屬、鄰床病人為證人，詢問是否確有量血壓)而其四次記載時間分別係下午 2:30、3:30、5:30 及 7:15。其中關於 7:15 之記載，據證人丁○○於本院審理時證稱係其所記載云云。然證人丁○○復證稱其當日值班係自下午四點至晚上十二點等語，而體溫紀錄表上四次生命徵象記錄均係出於同一人之手，則其何以在未上班之前，即記錄當日 2:30 及 3:30 之生命徵象？且證人丁○○亦曾於偵訊中證稱：「(你在四至十二點間，發現死者死亡前，巡房幾次?)有二次，第一次五點多，第二次六點。」(參 91 年 7 月 5 日偵訊筆錄)，則其於本院審理時稱其在 7:15 時確有巡房並為被害人測量生命徵象，並記錄於體溫紀錄表乙語，更屬可疑。再者，依卷附護理記錄顯示當日護理人員確有在 2:30、3:30 及 5:30 為被害人測量生命徵象之記錄，而護理記錄上所載該三次所測得數據亦與體溫量表上所載相符。然護理記錄上所載 2:30 及 3:30 測量記錄等情形，係署名「黃婉珊」之護理人員所記載；而 5:30 測量紀錄始係證人丁○○，此亦與由體溫紀錄表所見均係由同一人記載之情形不符。何況就體溫量表上 7:15 該次之測量記錄，並未曾記載於護理記錄中，護理記錄僅有在 5:30 以前測量生命徵象之記錄。對此疑點證人丁○○雖陳稱：此部分係常規測量，故均僅記載於體溫紀錄表上云云。然證人丁○○於本院審理時之證詞，不僅與其自己於偵查中之供述不符，而體溫紀錄表中四次生命徵象記錄亦顯係出自同一人之手，證人丁○○復證稱僅其中 5:30 及 7:15 之記錄為其所記載云云，其證述顯與常情有違，更與事實不符，顯屬虛偽之陳述，不足採信。該體溫量表處方欄所載之四次被害人生命徵象記錄，顯屬事後一次記載，亦不足採。反觀卷附護理記錄之記載均係由各值班護士分別記載，且各次之記載均首尾相接，不易偽造，自足認為真實。而證人蔡沛珂亦到庭證稱：「(檢察官問：黃玉華於 91 年 7 月 4 日作子宮切除手術時你是否有去醫院?)我是下午五點左右到醫院。」、「檢察官問：到醫院時看到黃玉華情形如何?)表情很痛的感覺，有叫護士來說為什麼這麼痛。」、「(檢察官問：護士如何說?)他說手術後會這樣。護士小姐她有建議打止痛。我們都沒有看到醫師。」、「(檢察官問：止痛器是何人按的?)我們幫他按的，護士小姐他們有交代每隔十五分鐘左右按一次，不

可以太早按，不可以超過三下。」、「我就守在那裡，到七點多他先生來我就回去，從五點多到七點多之間都沒有看到護士。」、「（可調病房錄影帶）（檢察官問：依據護士稱他從五點半到七點半之間有進去量血壓三次？）沒有，我沒有看到，那是他說謊，我都在那邊。」、「（檢察官問：從五點多到七點多離開都在黃玉華身邊？）是的，我沒有離開病房。」、「（辯護人問：幾點離開？）七點半左右。」（參本院 94 年 8 月 3 日審判筆錄）。更足認相關護理人員自術後當日下午 5:30 為被害人測量生命徵象後，至同日晚間 8:30 發現被害人無呼吸心跳及血壓之前，並未曾為被害人測量生命徵象，自不得認為被害人自術後當日下午 5:30 起至 7:15 止之生命徵象均屬正常，更不得據此推論被害人之死亡原因非係基於急性大量出血導致之低容性休克而死亡。是被告辯稱被害人非因術後急性大出血死亡云云，顯致飾卸之詞，殊不足採。

（七）雖被告及辯護意旨另認被告亦有因「心肌梗塞」、「組織性缺氧窒息」或其他中毒現像而死亡之可能，並非急性大出血之低容性休克死亡云云。然查，被害人經法醫解剖發現其腹腔內有超過 620cc 血液及血塊之出血，已如前述，此均非心肌梗塞、組織性缺氧窒息所能造成之情形。而被害人經法醫師解剖後，檢察官曾命檢送其血液、胃容物及膽汁囑託法務部調查局進行毒物分析鑑定結果，均未發現含安非他命類、鴉片類、鎮靜安眠藥、農藥及一般常見毒藥物成分，此並有法務部調查局 91 年 9 月 4 日調科壹字第 09123053300 號檢驗通知書影本可資佐證。綜上理由，足認本件被害人確係因急性出血導致低容性休克死亡無誤，被告空言置辯，顯不足採。

二、被告乙○○之醫療及急救處理過程有無疏失？

（一）被害人黃玉華之死亡原因係因腹腔內急性出血導致低容性休克致死，已如前述。而被害人黃玉華於術後當日下午 4 時 15 分許，曾向護士說「好痛」，而護士評估其疼痛指數為最痛的「十分」，此有被害人病歷之護理紀錄可證。雖疼痛指數係護理人員根據患者主觀上對於痛苦之感受所為之評量，疼痛指數達到滿分之十分，亦不能代表必然有出血之情形產生。惟病患主訴「極痛」之情形下，應仔細去尋找排除其它如內出血等之可能原因（參前開台大醫學院法醫鑑定報告五、鑑定意見（三）之 8）。從事醫療業務之人員，不能僅因病患「極痛」之主訴可能僅係因為部分病患主觀上對疼痛感受忍耐力較低，即予以輕忽，而不仔細尋找或排除其他可能之原因。本件被害人於主訴「極痛」時，被告並未及時仔細尋找排除其它可能之原因，被告僅因疼痛指數係被害人主觀感受，即未予仔細尋找排除其它可能原因，而僅給予一單位之 Aspegic 止痛。然 Aspegic 之主成份為 Aspirin，有抗凝血作用，會導致血小板功能降低，如有傷口出血即可能會加動出血。（參前開台大醫學院法醫鑑定報告五、鑑定意見（一）），不僅未及時採取尋找及排除可能原因之措施，而未能發現被害人有內出血之情形，更在未排除被害人出血可能性之情形下，即率予施用含 Aspirin 成份之 Aspegic 止痛，實難謂無過失。

（二）而醫審會鑑定結果亦認為：「依據理記錄，護理人員曾於術後當日 14:30、15:30、17:30 與 18:00 探視病患，而未發現異狀。但是護理紀錄在 18:00 沒有生命徵象的記錄，且在術後觀察過程中沒有及時偵測內出血的存在，似有疏失之處。」、「根據病歷記錄，在急救過程中，意外首見於 20:30，但是首次的血液血球檢查（CBC）是在 22:36 採血，此種醫療方式似不符合一般急救常規」（是否急救開始之時間為 22:36 左右），同時也顯示醫療人員並沒

有及早考慮到出血的可能性，直到血液血球檢查結果出來，顯示血紅素只有 4.7g/dl，根據病歷記載，給予輸血濃縮紅血球 (PRBC)2 單位之處置。就常理而論，這樣 的輸血量恐怕難以矯正一位大量失血患者之循環障礙。因此，除非有其他特定因素使然，醫護人員在處理此患者之積極度與方式上，難謂無疏失之處。」(參醫審會 0910079634 號函附 0000000 號鑑定書之十一、鑑定意見第二、四項)雖證人丁○○、陳潔瑜均證稱被告於急救過程中，曾以超音波、打開陰道及腹部穿刺之方式檢驗其有無內出血之情形，惟依常理而論，腹腔內出血並不難以超音波方式偵測出(參醫審會 00000000 號鑑定書十一、鑑定意見第三項)；而證人陳潔瑜亦證稱：「(問：從陰道是否可以看到子宮縫合地點?)不見得。」、「(檢察官問：依據你經驗作腹部超音波時，出血量大約多少時可以檢查出來?)看病人條件。條件好，50CC 可以看出來。條件不好，500CC 也可以。」(參本院 94 年 8 月 3 日審判筆錄)。而被告於當日 20:30 發現被害人無血壓、呼吸、心跳後，直至 22:36 始採血進行血液血球檢查，並未及早考慮出血之可能性，而有違一般急救常規，是被告自術後觀察過程中，至急救時，均未能及時偵測或考慮出內出血之可能性，實不無過失。而被害人內出血既係與手術有關，且被告於術後亦未能及時偵測內出血之可能性，被害人終亦因急性出血導致底容性休克死亡，則被告之過失行為與被害人之死亡結果間，亦足認確有相當因果關係。綜上所述，被告過失致死之犯行，足堪認定。

參、按被告乙○○係高雄醫學大學附設中和紀念醫院婦產科醫師，係執行醫療業務之人，其於執行醫療業務過程中因過失致被害人黃玉華死亡，則核其所為，係犯刑法第 276 條第 2 項之業務過失致死罪。爰審酌被告身為醫師，且親自操刀為被害人黃玉華進行手術，自應於手術後密切觀察病患之身體情形，其於被害人主訴疼痛，且經評估其疼痛指數為滿分之 10 分時，竟未就其可能引起如此遽烈疼痛之原因，仔細進行尋找或排除其他可能原因之措施，率以疼痛指數為患者主觀感，即忽視此一警訊，而僅予以止痛之消極性措施，未把握發現被害人腹腔內出血之最佳時機，且於急救過程中，亦未儘速予以採血進行血液血球檢查，亦錯失急救之最後時機，其過失情節嚴重，又因其過失犯罪行為，致生被害人死亡之結果，其犯罪所生損害甚鉅，復於犯後自警、偵訊至本院審理中，雖經三次鑑定均認其有疏失之處，然被告均矢口否認有何過失之犯行，更飾詞圖卸，否認被害人死亡之原因係因術後急性出血導致之低容性休克致死，將被害人死亡之原因諉為其自身病變，不知自省其執行醫療業務過程中是否確有疏失，其犯後態度惡劣，且拒不與被害人家屬達成和解，惟被告於發現被害人無生命徵象後，急救時間長達 10 小時，業已付出相當之努力以挽回遺憾等一切情狀，量處如主文所示之(只要是外科醫師都知道，一般外科大手術後之病人，首先第一要顧及的、要注意變化的，就是無大出血徵象)

刑，並諭知易科罰金之折算標準，以示懲儆。

據上論斷，應依刑事訴訟法第 299 條第 1 項前段、刑法第 276 條第 2 項、第 41 條第 1 項前段，罰金罰鍰提高標準條例第 1 條前段、第 2 條，判決如主文。

本案經檢察官丙○○到庭執行職務。

中 華 民 國 94 年 11 月 30 日

刑事第九庭 審判長法官 張○○

【附錄四】延誤治療過失類型-術後大出血未及時發現治療致死案(2/2)

【裁判案由】業務過失致人於死

最高法院刑事判決 九十八年度台上字第七〇五四號

上訴人 甲○○

選任辯護人 李○○律師

陳○○律師

上列上訴人因業務過失致人於死案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國九十六年七月十二第二審判決（九十五年度醫上訴字第一號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署九十一年度偵字第一七〇四五號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院高雄分院。

理 由

本件原判決認定，上訴人甲○○係高雄市高雄醫學大學附設陳中和紀念醫院（下稱高醫附設醫院）之婦產科醫師，為從事醫療業務之人，有如原判決事實欄所載，於民國九十一年七月四日十一時許，為被害人黃○○施行腹腔鏡子宮切除術以及陰道後壁修補術，十二時四十分手術完畢，將被害人送回婦產科病房觀察後，因被害人腹部疼痛難耐，雖予處置並測量生命徵象，但相關護理人員未續予進行生命徵象之測量，而上訴人亦疏未注意對被害人術後之情形予以監控與照護，嗣於二十時三十分許，護士巡房時，始發現被害人已無生命跡象。固經通知值班醫師及上訴人到場急救，惟上訴人未及早考慮內出血之可能，遲至二十一時二十分始以腹部超音波檢查，未能發現被害人腹腔內出血之情形，而於二十二時三十六分始首次採血，進行血液血球檢查結果，血紅素僅4.7g/dl（被害人手術前之血液血球檢查，血紅素值為13.2g/dl，依其血紅素降低差距計算其出血量約達2600cc），始給輸血濃縮紅血球二單位之處置，均不合一般急救常規，且如此輸血量亦無法矯正被害人大量失血之循環障礙，故而回天乏術，而於翌日九時因急救無效宣告死亡等情。因而撤銷第一審科刑之判決，改判仍論處上訴人從事業務之人，因業務上之過失致人於死罪刑，固非無見。

惟查：

一、刑法第二百七十六條第二項從事業務之人，因業務上之過失致人於死罪，必須被害人之死亡係在被告業務範圍內之原因發生者，始足當之。反之，如被害人之死亡尚不能認屬被告業務範圍之原因者，則不能令被告負此業務過失致人於死之罪責。本件高醫附設醫院係大型教學醫院，其醫療行政體系似應有權責劃分機制，上訴人為該醫院之婦產科醫師，於施行腹腔鏡子宮切除術以及陰道後壁修補術等手術完畢之後，對於術後觀察、監測或照顧病患業務，是否另有權責分工機制？如另有權責分工機制，可否逕認屬上訴人業務上應注意之範圍，即有疑義。原判決就此業務責任範圍事項，未予釐清，即論處上訴人業務過失致人於死罪刑，有理由不備之違背法令。

二、此項業務上過失致人於死罪，須行為人即上訴人之過失行為與被害人死亡之間具有相當因果關係，始能成立。至於上訴人於被害人於臨死時所實行之施救行為，如與被害人之死亡並無相當因果關係，縱有不當，亦不得作為成立業務上過失致人於死罪之依據。原判決既認被害人於手

術後，即當日二十時三十分許，已無生命跡象。此已無生命跡象，是否已死亡？如是，則上訴人嗣後於二十一時二十分所為腹部超音波檢查及二十二時三十六分所為輸血濃縮紅血球二單位等急救行為，乃被害人業已死亡之行為，揆之前開說明，**已難認與被害人之死亡有相當因果關係。原判決將上述超音波檢查疏於發現被害人腹部出血或輸血有違常規，並認為被害人致死之原因，有違論理法則。**

三、構成業務上過失致人於死罪之過失行為，係指導致被害人死亡之原因行為而言，本件上訴人若有導致被害人死亡之原因行為，最直接者，當係施行腹腔鏡子宮切除術以及陰道後壁修補術等手術過程中之過失行為，而術後縱有腹部出血情形，似亦應究明係屬上訴人施行手術所造成，始能論上訴人以業務過失致人於死之罪。原審未加究明，端憑被害人術後腹部出血之現象，即認上訴人犯業務過失致人於死罪，尚有理由不備之違背法令。

四、綜上，上訴意旨指摘原判決不當，非全無理由，自有撤銷發回之原因。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十七條、第四百零一條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 八 年 十 一 月 二 十 六 日
最高法院刑事第五庭



【附錄五】檢查及診斷過失類型-將良性腫瘤誤診為惡性腫瘤而切除乳房案

臺灣板橋地方法院刑事判決 92 年度易字第 2350 號

公 訴 人 臺灣板橋地方法院檢察署檢察官

被 告 丙○○

選任辯護人 林雅芬律師

林峻立律師

顧立雄律師

上列被告因過失傷害等案件，經檢察官提起公訴（九十二年度偵字第一一五八號），本院判決如下：

主 文

丙○○從事業務之人，因業務上之過失傷害人致重傷，處有期徒刑參月，如易科罰金，以參佰元算壹日。

被訴偽造文書部分無罪。

事 實

一、丙○○任職財團法人長庚紀念醫院林口分院（下稱為林口長庚醫院）擔任一般外科主治醫師，為從事醫療業務之人員。緣乙○○於民國九十年八月一日生產後，因自覺左側乳房有硬塊，乃於同年月九日至財團法人恩主公醫院（下稱為恩主公醫院）就醫，經該院一般外科主治醫師王偉觸診發現其左側乳房外上部有圓形直徑兩公分之腫塊，乃安排進行乳房攝影檢查、乳房超音波檢查及空針抽吸細胞病理檢查，前二項檢查結果為兩側乳房多發性結節（腺體組織），無微鈣化及非特異性腋下淋巴節腫大現象，另空針抽吸細胞病理檢查經該院病理科代理醫師蔡建誠（係任職國立臺灣大學醫學院附設醫院之病理醫師，於恩主公醫院病理科主任林書馨請假期間代理執行職務）判讀後，認係乳管癌（ductal carcinoma），並於同年月十三日提出記載上開判讀結果之「病理非婦科檢驗報告」。乙○○於同年月十六日回診，王偉向其說明上開檢驗結果，並表示檢查結果為乳癌，惟有百分之五至百分之十之機率為偽陽性，而建議住院進行切片檢查作最後確認，並預約於九十年八月十六日住院。然乙○○因欲指定由該院副院長進行切片檢查手術未能如願，又對該院其他醫師之信心不足，乃未按約前往恩主公醫院住院，而於九十年八月二十四日持恩主公醫院上開空針抽吸細胞病理檢驗之「病理非婦科檢驗報告」至林口長庚醫院求診，由丙○○診察。丙○○經由問診得知乙○○年齡為三十九歲，其姑姑曾罹患乳癌，其年齡及家族史之癌症指數高；而執行觸診結果發現其左側乳房近乳頭區域有一硬化腫塊具有粗糙顆粒之邊緣；再進行乳房超音波合併都卜勒檢查結果，發現其左乳頭附近有一點八公分乘以一點四公分之硬塊，形狀及邊緣均不規則，內部強度呈微弱反應，分布亦不一致，並具有不可壓性及為不規則之超音波，另並在附近發現有一條血管，疑似惡性腫瘤；再佐以乙○○自行提出上開恩主公醫院空針抽吸細胞病理檢驗之「病理非婦科檢驗報告」內容，認上開三項檢驗結果均一致指向為惡性腫瘤，乃依三重確定法（triple assessment test，即併行採用理學檢查即觸診、乳房超音波及空針抽吸細胞學檢查等三項診斷，如均一致指向為惡性，即可診斷為乳癌）診斷乙○○患乳癌。丙○○於診斷乙○○所患是否為乳癌並決定進一步之醫療作為時，原應注意：其明知乙○○甫產子，而甫生產之婦女因乳房體積增大、乳房腺體組織與血管增生等原因，於執行空針抽吸細胞病理檢查時準確率較一

般人為低，於採用空針抽吸細胞病理檢查之結果作為乳癌判斷之依據時，應特為了解有無此等情形；又該項檢查亦可能因執行技術之差異及乳房腫瘤之位置、深度以致影響檢驗之正確率，是在該項檢查並非由其所任職之林口長庚醫院人員執行而無從了解原先檢查與判讀之詳細過程以資判斷結果正確率之情形下，如憑以決定進行如切除等屬無可回復性質之治療行為時，其至少應注意先為下列任一項於臨床醫療判斷及決定上必要之行為：向執行上開空針抽吸細胞病理檢驗之恩主公醫院王偉醫師徵詢意見，以了解該項檢驗執行結果之可信度，或向恩主公醫院調取檢體玻片由林口長庚醫院病理醫師再次判讀，或自行再度執行空針抽吸細胞病理檢查，以為確認；或於執行乳房切除手術前先進行冷凍切片檢查，於病灶處執行組織切片手術，取得組織檢體後由病理醫師進行冷凍切片檢驗，檢驗結果如為惡性腫瘤，則據以繼續執行，如為良性，則應向病患或其家屬告知全部結檢查結果，並告以可能之情形（如癌細胞可能已於執行空針抽吸細胞病理檢查時抽走，日後仍有復發機率等）並提供適當之建議，由病患及家屬表達是否繼續執行乳房切除手術或改用其他醫療方式之意見，經討論後再決定是否仍進行乳房之切除。而依當時乙○○之健康狀況及丙○○與林口長庚醫院之醫療服務提供能力，其並無不能為上開術前處置之情形。詎丙○○未為上開意見徵詢、調取玻片確認、自行執行空針抽吸細胞病理檢查或冷凍切片檢查等適當之術前醫療處置，即貿然於九十年八月二十九日十一時四十二分許在林口長庚醫院為乙○○左側乳房進行改良式乳房切除手術合併左側腋下淋巴節清除術，將乙○○左側乳房組織（上方至左側鎖骨，下方至第六肋間，內側達胸骨邊緣，外側達腋下前腋）及腋下淋巴腺全部切除，於同日十四時二十分許完成手術，並將上開切除之組織送病理科檢驗。惟該院病理科於同年九月一日執行「福馬林固定、蠟塊包埋組織切片檢驗法」檢驗結果，發現上開切除之組織僅係泌乳管腺瘤，並無惡性腫瘤。又恩主公醫院病理科主任林書馨於銷假返院後再次檢視核對乙○○之空針抽吸細胞組織玻片，發現該組織檢體為良性之泌乳管腺瘤而非惡性腫瘤，蔡建誠所為之原判讀結果有誤，乃於九十年九月九日作成修正報告，至此確定乙○○並未罹患乳癌。

二、案經乙○○訴由臺灣板橋地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

一、有罪部分：

犯罪事實之認定：

告訴人乙○○於九十年八月一日生產後，因自覺左側乳房有硬塊，乃於同年八月九日至恩主公醫院就醫，經該院一般外科主治醫師王偉醫師診發現其左側乳房外上部有圓形直徑兩公分之腫塊，乃安排進行乳房攝影檢查、乳房超音波檢查及空針抽吸細胞病理檢查，前二項檢查結果為兩側乳房多發性結節（腺體組織），無微鈣化及非特異性腋下淋巴節腫大現象，另空針抽吸細胞病理檢查經該院病理科代理醫師蔡進誠判讀後，認係乳管癌，並於同年八月十三日提出記載上開判讀結果之「病理非婦科檢驗報告」。告訴人於同年八月十六日回診，王偉向其說明上開檢驗結果，並表示檢查結果為乳癌，惟有百分之五至百分之十之機率為偽陽性，而建議住院進行切片檢查作最後確認，並預約於九十年八月十六日住院。然告訴人因欲指定由該院副院長進行切片檢查手術未能如願，又對該院其他醫師之信心不足，乃未按約前往恩主公醫院住院，而於九十年八月二十四日持恩主公醫院上開空針抽吸細胞病理檢驗之「病理非婦科檢驗報告」至林口長庚醫院求診，由被告丙○○診察。被告經由問診得知告訴人年齡為三十九歲，其姑姑曾罹患乳癌，其年齡及家族史之癌症指數高；而執行觸診結果發現其左側乳房近乳頭區域有一硬化腫塊具有粗糙顆粒之邊緣

；再進行乳房超音波合併都卜勒檢查結果，發現其左乳頭附近有一點八公分乘以一點四公分之硬塊，形狀及邊緣均不規則，內部強度呈微弱反應，分布亦不一致，並具有不可壓性及為不規則之超音波，另並在附近發現有一條血管，疑似惡性腫瘤；再佐以告訴人自行提出上開恩主公醫院空針抽吸細胞病理檢驗之「病理非婦科檢驗報告」內容，認上開三項檢驗結果均一致指向為惡性腫瘤，乃據以診斷乙○○罹患乳癌，並即於九十年八月二十九日十一時四十二分許在林口長庚醫院為告訴人左側乳房進行改良式乳房切除手術合併左側腋下淋巴結清術，將告訴人左側乳房組織（上方至左側鎖骨，下方至第六肋間，內側達胸骨邊緣，外側達腋下前腺）及腋下淋巴腺全部切除，於同日十四時二十分許完成手術，並將上開切除之組織送病理科檢驗。惟該院病理科於同年九月一日執行「福馬林固定、蠟塊包埋組織切片檢驗法」檢驗結果，發現上開切除之組織僅係泌乳管腺瘤，並無惡性腫瘤。又恩主公醫院病理科主任林書馨於銷假返院後再次檢視核對告訴人之空針抽吸細胞組織玻片，發現該組織檢體為良性之泌乳管腺瘤而非惡性腫瘤，蔡建誠所為之原判讀結果有誤，乃於九十年九月九日作成修正報告。上開事實，業據被告丙○○自承在卷，核與告訴人之指訴，證人王偉、蔡建誠與林書馨於偵查中之供述均為相符，復有卷附出生證明書、恩主公醫院病理非婦科檢驗報告及修正後之細胞報告、恩主公醫院腹部超音波檢查報告單及放射科檢查報告、林口長庚醫院一般外科乳房超音波檢查報告單、一般外科檢查治療報告單、X光一科檢查會診及報告單、病理組織檢查報告單、告訴人於恩主公醫院及林口長庚醫院之病歷等可為佐證，而上開診療及檢驗過程亦經行政院衛生署醫事審議委員會（下稱為醫審會）檢視全部病歷及本案卷證後說明甚詳，有該會 0000000 號鑑定書存卷可稽，此部分事實足為認定。

又依恩主公醫院於九十年九月九日修正對告訴人所進行空針抽吸細胞病理檢驗之修正報告，及林口長庚醫院就告訴人經手術切除之全部組織進行「福馬林固定、蠟塊包埋組織切片檢驗法」檢驗結果，均認該等檢體僅係泌乳管腺瘤，並無惡性腫瘤，足以認定告訴人事實上並未罹患乳癌，此有上開檢驗報告在卷可憑，並為被告丙○○亦是認無訛（參本院九十三年十月二十八日準備程序筆錄第六頁）。從而，被告係在告訴人客觀上並未罹患乳癌之情形下，誤將其良性之泌乳管腺瘤診斷為乳癌，並因此而切除其左側乳房與左側腋下淋巴。則本件被告是否構成過失傷害犯罪之關鍵，端在其切除其左側乳房與左側腋下淋巴之決定，是否具有依其醫療職務應注意且能注意而未為注意之過失情形，而可排除屬刑法第二十二條所定業務上正當行為之阻卻違法事由。

被告雖辯稱其問診得知告訴人之年齡及家族病史，發現癌病指數高，再經觸診、乳房超音波檢查及恩主公醫院修正前之空針抽吸細胞病理檢驗報告之內容，認上開檢驗結果均一致指向為惡性腫瘤，乃依三重確定法（tripleassessment test，即併行採用理學檢查即觸診、乳房超音波及空針抽吸細胞學檢查等三項診斷，如均一致指向為惡性，即可診斷為乳癌）診斷乙○○患乳癌，而三重確定法經國外先進醫學報告認為準確率幾可達百分之百，遠較冷凍切片檢驗之準確率高，可作為臨床上適當且具有決定性之診斷方式，無再進行冷凍切片檢查之必要；而恩主公醫院係區域教學醫院，所出具之修正前空針抽吸細胞病理檢驗報告，係由專業病理醫師所執行，該報告上明確記載檢驗結果為乳管癌，並無任何保留或懷疑之內容，亦無任何異常情況足以合理懷疑該報告有誤判之錯誤存在，伊本於醫療上專業分科、分科信賴與合作之基礎，援引該項病理檢驗報告作為三重確定法之檢測項目之一，自屬法所容許之合理信賴，基於信賴原則，伊並無過失可言云云，並提出國內外相關醫學報告佐據。惟本院基於以下理由，認被告就對告訴人為左側乳房進行改良式乳房切除手術合併左側腋下淋巴結清術之決定，確有應注意、能注意而不注意之過失：

目前醫療臨床上用以診斷乳癌之檢驗方式包括乳房外科檢驗（即乳房觸診）、放射科檢驗（含乳房攝影、乳房超音波、乳房電腦斷層攝影、乳房磁振造影攝影、乳房正子造影攝影）、病理科檢驗（乳房組織之病理檢查，檢體包括由乳房外科醫師執行空針抽吸取得之乳房組織細胞，或由乳房外科醫師執行之粗針抽吸或切片檢查取得之乳房組織）及分子生物檢驗（抽血檢測乳癌相關基因）；以上臨床用以診斷乳癌之檢驗方式均存有偽陽性及偽陰性，其結論主要取決於相關執行醫師群之經驗、彼此間協調溝通與所使用儀器本身之準確性，始能獲得正確之診斷，此經醫審會鑑定說明甚詳（參上開鑑定書 第十二頁）。是本件被告據以診斷告訴人罹患乳癌所憑之觸診、乳房超音波檢查及空針抽吸細胞病理檢驗報告等，均係現行醫學臨床上所使用之診斷方式，並無疑義。

又被告所使用三重確定法（triple assessment test），係併行採用理學檢查即觸診、乳房超音波及空針抽吸細胞學檢查等三項診斷，如均一致指向為惡性，即可診斷為乳癌之診斷原則，此係目前醫學界認可之乳房診斷工具，其準確度遠高於各單項檢查，可以降低病患接受組織切片手術之比率（參醫審會上開鑑定書第十三頁）。再參諸被告提出之十七篇國外醫學報告，其內容均係認三重確定法準確度極高，其中部分報告並明確指出三重確定法準確度高於冷凍切片檢驗，且因能兼顧診斷準確性及安全性，足以取代組織切片檢驗法，作為乳癌治療前決定性之乳癌診斷方式，並經英國國家衛生部、紐西蘭衛生部及美國奧瑞岡州政府透過頒布或贊助指導規範、計劃等方式，建議臨床醫師對經由三重確定法診斷出有乳癌病灶之患者得直接進行治療，毋須再經由組織切片診斷。是被告依循三重確定法診斷被告為乳癌，於學理上並非無據，臨床上亦不乏先例。

雖醫審會上開鑑定報告尚以雖部分醫學文獻指出三重確定法之準確度極高，然由於三重確定法存有一些限制（例如觸診之臨床評斷標準缺乏完整界定，而其中理學檢查所依據之檢體為細胞而非組織，增加偽陽性或偽陰性之機會）之理由，而認若僅使用三重確定法檢驗而未進行切片檢驗，並不適宜確認病患罹患乳癌，目前全世界建議臨床醫師應進一步執行冷凍切片檢查，確認病患確實罹患乳癌後，再進行乳房之切除手術（參上開醫審會鑑定書第十二頁至第十四頁）。另林口長庚醫院針對本案召開病理組織委員會審議結果，亦作成如下教育性建議：「空針抽吸細胞病理檢驗（cytology）要判讀乳癌（duct carcinoma），較有疑義（正確性不高），尤其是剛生產完之婦女。」（參林口長庚醫院九十三年十一月八日（九三）長庚法字第一〇七六號函附該院臺北院區九十年第二次病理組織委員會會議紀錄）。惟查：近代以來，由於醫學技術及器材之不斷發展進步，使人類生命及健康得有長足之延續及維護，而由於人體仍存有諸多現今科學技術所無法完全理解之奧秘，有賴醫學以突破現狀之方式解決，且個別病患亦存有健康、體質、遺傳及心理等各方面之差異，是於臨床醫學上實難以完全制式之操作準則，來一體規範臨床醫師於處理各類型病症時應採取之技術步驟，否則不無以拘泥現狀之原則妨礙醫學發展之虞，亦難以因應各別病患之不同狀況，此為臨床醫學基於醫療之本質而與一般業務領域差異極大之處。又臨床醫學與病理醫學為不同之領域，前者係關於直接處理人生命、健康之業務，後者則係基於生物、化學、物理等科學基礎而對檢體樣本為檢驗、實驗或研究之業務，並不直接對病患為醫療上之處理，臨床醫師係面臨千變萬化之人體處理，工作形態上較為動態並有為立即決斷之必要，而病理醫師則僅從事檢驗、實驗及研究工作，性質上較為靜態且有充分時間進行，是二者之醫學標準及應具之注意義務亦有所異，病理學上認為錯誤診斷者，尚不得逕認為臨床學上亦必為誤診，而仍需依臨床醫學本身之標準就個案情形加以判斷。基於以上理解，被告所採取三重檢驗法係目前醫學界

認可之乳房診斷工具，其準確度遠高於各單項檢查，可以降低病患接受組織切片手術之比率，已如前述，既有其相當之醫學理論，且有先例可循，另證人即原任職林口長庚醫院住院醫師之甲○○亦到庭證稱該院執行乳癌患者之乳房切除手術時，並非每位醫師都會先作冷凍切片檢查等語（參本院審判筆錄第十五頁），足見冷凍切片檢查於醫學實務上並非絕對必要之檢查項目，則被告以三重診斷法之原則為乳癌診斷並據以決定切除治療方式之依據，其診斷方式本身尚不得認為錯誤，自不得單純以被告未於執行乳房切除手術前先進行冷凍切片檢查即認有所疏失。又三重診斷法及冷凍切片檢查既為醫學上認可接受之乳癌診斷方式，則此二檢驗方式之準確度何者稍高何者稍低，均不足為憑斷臨床醫師採行其一而未循其他即屬過失之理由。從而於審認被告於本件醫療行為是否具有過失，應自其就本件個案於臨床上所採用診斷方法之執行上及治療方式之決定上，就誤診結果之預見與避免有無盡其注意義務。

本件係因恩主公醫院執行空針抽吸細胞檢查之病理醫師蔡建誠錯誤判讀，致恩主公醫院出具告訴人檢驗結果為乳管癌之病理非婦科檢驗報告，此項病理判讀錯誤固不能歸責被告；然被告非恩主公醫院所屬醫師，對該院執行上開空針抽吸細胞檢查實際流程與相關條件毫無所悉（例如臨床醫師申請時有無將告訴人甫生產等可能影響檢驗正確性之事項告知病理醫師等），其逕自採用憑為乳癌之診斷，於臨床層面仍有未盡防止錯誤檢驗結果義務之情形。

又被告雖辯稱上開病理非婦科檢驗報告並無任何保留或懷疑之內容，亦無任何異常情況足以合理懷疑該報告有誤判之錯誤存在，伊本於醫療上專業分科、分科信賴與合作之基礎，援引該項病理檢驗報告作為三重確定法之檢測項目之一，自屬法所容許之合理信賴，基於信賴原則，伊並無過失可言云云。惟按信賴原則本於危險分配之法理，與可容許之危險具有相同作用，用以限制過失犯之成立，以符合現代社會生活之實際需要。在醫療方面，由於醫學長足進步，針對不同領域之專門項目，醫師專科化為三十年來醫學發展之趨勢，而在實際醫療作為上，輒需經由不同科別之醫師共同診察、判讀或其他專專門醫事技術人員之協助，始能完成診斷及治療，基於專業分工與合作之實際需要，就其他專門領域醫事人員所提供之服務，主治臨床醫師適用信賴原則而為免責，應可持肯定見解，而毋庸就其他專門領域醫事人員之錯誤負責。惟臨床醫師於請求其他專門領域醫事人員提供服務時，仍應就其臨床專業上應注意之事項為必要之資訊提供與掌握，以使其他專門領域醫事人員執行職務時得以避免因臨床所見之特殊狀況或其他因素導致錯誤之結果；而於採用其他專門領域醫事人員之服務成果進一步作為診斷及治療之決定時，尤應提高上述注意之標準，以避免因此發生錯誤診斷及治療之情形。如臨床醫師怠為上開臨床上應盡之注意義務，驟以其他專門領域醫事人員提供之服務資為診斷及治療之決定，自無得援引信賴原則據以免責。

詎被告仍疏於注意及此，在明知告訴人係甫生產之婦女，有可能因其特殊體質影響空針抽吸細胞檢查之正確性，且告訴人提出之「病理非婦科檢驗報告」係恩主公醫院所執行制作，並非由自己或其所任職之林口長庚醫院人所為，竟未與原執行之恩主公醫院臨床醫師王偉聯繫，了解該項檢驗執行之過程及相關條件，或向恩主公醫院調取檢體玻片由林口長庚醫院病理醫師再次判讀，以排除該項檢驗誤判之可能性，或自行執行空針抽吸細胞檢查或切片檢查等任一項可從臨床執行上排除誤診之作為，逕以恩主公醫院出具之「病理非婦科檢驗報告」為「三重確定法」項目之一，而資以診斷告訴人係罹乳癌，被告有應注意、能注意而不注意之過失，實甚彰明，其因此驟將告

訴人左側乳房切除及腋下淋巴腺全部切除，就是項傷害之造成具有相當因果關係乙節，亦足認定。

又被告既因過失導致錯誤之診斷，而使就告訴人受不必要之切除手術上開造成傷害，則其此項醫療行為即非業務上正當之行為，有違法性，而不具刑法第二十二條所定之阻卻違法事由。

綜上所述，本件事證已臻明確，被告如事實欄所載之犯行堪為認定，應予依法論科。另辯護人尚以醫審會鑑定結果就「三重確定法」與「冷凍切片檢驗法」二者準確率孰高及所稱全世界建議臨床醫師應進行切片檢查再為乳房切除手術等意見存有瑕疵，據以作成上開鑑定意見所憑之文獻資料內容亦有錯誤等理由，聲請本院另行託其他醫療單位進行鑑定。惟本院認定被告執行醫療業務有如上之過失，係依其所採用「三重確定法」本身執行上應盡之注意義務而為認定，並未採取醫審會上關於進行乳房切除前必需為切片檢查之結論，就「三重確定法」與「冷凍切片檢驗法」何者準確率較高亦與本件被告有無過失之認定無涉，理由俱已詳述如前，是辯護人此部分聲請核於事實認定並無必要，併此敘明。

另本院應再特為說明，本件就告訴人個案狀況被告確有過失，已如前述，然就一般通案上乳癌診斷於獲得「三重確定法」肯定之結果後，是否仍以先進行冷凍切片檢查為必要，此固並非於本案認定被告犯罪事實之範圍內所應探討。惟：醫師於診療之時，基於醫學專業固應有相當程度之裁量權限，然病患向醫師求診並非使醫師取得醫療方式絕對之決定權，蓋人之生命、身體為個人存在之基礎，對個人而言並具無法衡量之最高價值，於醫療過程中個人對自己身體健康之處理方式當應有自我決定之權，苟非存在若不即時處理將對生命、身體、健康產生立刻明顯重大危害之狀況，醫師應向病患詳為說明診斷過程、結果及各種治療方式之利弊得失，並基於專業上之判斷提出治療方式之建議，使病患得在獲得充分資訊得為足夠之利害判斷情形下，依其個人自主之意願選擇及表達意欲採取之治療方式，再由醫師與病患就此充分討論之後，決定採行之治療方式。此項病患參與及自我決定之權，並應為受法律保障之權利，而為臨床醫師執行醫療業務時所應盡之注意義務。

經查：三重確定法雖為醫學界認可之乳癌診斷方式，其準確度遠高於各單項檢查，可以降低病患接受組織切片手術之比率，然目前乳癌治療之方式除乳房切除手術（包括改良式乳房切除手術及乳房保留切除手術）外，尚有化學治療、放射治療、賀爾蒙治療及免疫治療等方式，此經醫審會鑑定說明在卷（參上開醫審會鑑定書第十四頁）。又醫審會上開鑑定意見，認為以三重確定法診斷為乳癌後，仍應執行冷凍切片檢查以資確認，另林口長庚醫院針對本案召開病理組織委員會審議結果，亦作成空針抽吸細胞病理檢驗要判讀乳癌因正確性不高，較有疑義之教育性建議，已如前述。又證人林書馨、蔡建誠於偵查中亦均證稱空針抽吸細胞病理檢驗係以細胞為檢驗對象，僅為初步判斷，如欲以此認定為乳癌並執行乳房切除手術，尚應於手術前進行正確性較空針抽吸細胞病理檢驗為高之冷凍切片檢驗以資確定等語（參偵查卷第二七九頁、第四一八頁背面）。另證人王偉於告訴人門診時，於執行觸診、乳房超音波及空針抽吸細胞病理檢驗後，亦向告訴人表示雖空針抽吸細胞病理檢驗結果為乳癌，但有百分之五至百分之十是偽陽性，而建議告訴人住院進行切片檢查，此經告訴人與證人王偉均供述一致在卷（參偵查卷第三百十一頁）。綜上各端，足見目前於乳癌治療上，在執行乳房切除手術前先進行冷凍切片檢查，於向來醫學實務上確有相當程度之採行比率及依據，有鑑於乳房切除對於病患生理、心理及日後生活之重大影響，就此等治療方式之採行應較一般治療方式更為謹慎，並保障病患對醫療方式之參與及自我決定之權利，

本院認於一般病患縱經「三重確定法」認定為乳癌，臨床醫師仍應向病患充分說明依三重確定法診斷之理論與全部檢查結果，並說明三重確定法與冷凍切片檢驗之內容，徵詢病患是否同意逕依三重確定法之診斷結果進行乳房切除手術，而不再執行切片檢查，並提供適當之建議，俾使不具醫學專業知識之病患得有機會在獲得充分醫療資訊之情形下，依其個人判斷表達是否同意於此情形下直接為進行乳房之切除、再為其他檢查或改用其他醫療方式之意見，附此說明。

論罪科刑之法律適用：

被告丙○○任職林口長庚醫院擔任一般外科主治醫師，為從事醫療業務之人員。又乳房具哺乳之重要功能，且係女性第二性徵，於女性之生理、心理健康與婚姻生活等均具有重大影響，另淋巴腺亦屬人體免疫系統之重要腺體，將乳房組織及淋巴腺切除，顯為身體之重大傷害，且無可回復，其傷害核屬刑法第十條第三項第六款所定其他於身體有重大不治之重傷。**被告因執行醫療業務上之過失未能正確診斷，而切除事實上未罹患乳癌告訴人之乳房與淋巴腺**，依其行為時法即刑法及其施行法、罰金罰鍰提高標準條例第二條等法律於九十五年七月一日修正施行前之規定，**係犯刑法第二百八十四條第二項後段之業務上過失致重傷害罪。**

爰審酌被告並無犯罪紀錄，有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可稽，並有正當職業，素行良好，學歷為醫學院畢業，具良好智識能力，其固係基於醫療目的而為本件切除行為，且所憑據之診斷方式亦非無據，然於診斷時未能斟酌本件特殊個案狀況盡其臨床醫療上之注意義務逕為採取其他醫院之檢驗結果，而因該檢驗結果錯誤致其依三重定法所為之診斷亦為錯誤，而逕將事實上並未罹患乳癌之告訴人乳房與淋巴腺切除，既有違病患對其謹慎執行醫療職務之信賴與期待，並造成身為女性之告訴人極大之痛苦，自應予以相當之非難，然手術醫療本質上即屬傷害他人之行為，立法者因其對人類健康維護之正當目的，乃排除其違法性而不認係應刑罰之行為，惟人體仍存有現今醫療技術上無法完全掌握之狀況，於執行醫療業務上輒易因極小差失而生不預期之結果，此與一般領域之業務過失傷害情形有間，且為期醫學技術發展，亦有賴突破現狀之研究與作法，於部分領域內難以固定制式之步驟準則加以硬性規範，否則不無因拘泥現狀而妨礙醫學發展之虞，亦非人類社會之福，斟酌此項業務特性，苟非明顯不當之重大疏失，**於醫療過失之類型，在我國法制並未將此排除於刑法規範之情形下，刑罰之規範功能應係重在於對其未盡注意義務之宣告與警惕，並非嚴懲重罰**，其責任應以得使被害人獲實質彌補之民事責任為主，以避免造成醫療從業人員因畏懼刑罰效果而形成過重之心理負擔，致於執行業務時採取過度退縮保守之作法，而不利於維護人類健康之目的，並參酌被告迄今仍未與告訴人達成民事和解等犯罪後態度之一切情狀，量處如主文所示之刑並諭知易科罰金之標準，以資儆懲。

二、無罪部分：

公訴意旨尚以：被告丙○○於九十年八月二十九日在林口長庚醫院為告訴人乙○○進行左側乳房及淋巴切除手術，於切除後該切除之乳房經林口長庚醫院病理科醫師於隔日檢驗確無罹患乳癌之情形，僅係疑似泌乳管腺瘤，被告於九十年九月十日乙○○門診時已明知告訴人並非罹患乳癌，為掩飾自己之過失仍於九十年九月二十四日於告訴人要求開立診斷證明書以便向保險公司請領癌症給付時，於其所開立之診斷證明書中，登載告訴人係「左側乳癌」，致生損害於保險公司等情，因認被告就此亦涉犯刑法第二百十五條之業務登載不實罪嫌。

按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實，刑事訴訟法第一百五十四條第二項定有明文。又認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，事實審法院在心證上無從為有罪之確信，自應為無罪之判決，最高法院七十六年度台上字第四九八六號判例意旨闡示甚明。另告訴人之告訴，係以使被告受刑事訴追為目的，是其陳述是否與事實相符，仍應調查其他證據以資審認，此亦有最高法院五十二年度台上字第一三〇〇號判例可資參照。又刑法第二百十五條之業務登載不實罪，係以從事業務之人「明知」為不實之事項而登載於其業務上作成之文書，為其犯罪構成要件，苟其主觀上就所登載客觀上為不實之事項並未達明知之程度，即不能以該罪相繩。公訴人認被告涉犯上開偽造文書罪嫌，無非係以被告坦承於告訴人第一次回診即九十年九月十日時即已得知乙〇〇並非罹患乳癌，仍於九十年九月二十四日於告訴人要求簽發診斷證書以便請領保險金時，於其診斷證書上載明左側乳癌之供述，並有被告簽發之長庚醫院診斷證書、恩主公醫院及長林口庚醫院之病歷等可為佐證，為其論據。訊之被告堅詞否認

有何偽造文書犯行，辯以其簽立上開診斷證明書時，固已得知告訴人遭切除之乳房組織經林口長庚醫院病理單位進行切片檢驗結果，僅係泌乳管腺瘤而無惡性腫瘤，惟當時伊尚不知恩主公醫院原先之空針抽吸細胞檢驗判讀錯誤而作成良性結果之修正報告，於此情形下不能排除上開切片檢查結果係因癌細胞於先前恩主公醫院執行空針抽吸細胞檢查時被抽走所致，於此情形下臨床上仍可為乳癌之診斷，是以該診斷證明書並無登不實之情事等語。

經查：依恩主公醫院於九十年九月九日修正對告訴人所進行空針抽吸細胞病理檢驗之修正報告，及林口長庚醫院就告訴人經手術切除之全部組織進行「福馬林固定、蠟塊包埋組織切片檢驗法」檢驗結果，均認該等檢體僅係泌乳管腺瘤，並無惡性腫瘤，足以認定告訴人事實上並未罹患乳癌，此有上開檢驗報告在卷可憑，並為被告丙〇〇亦是認無訛（參本院九十三年十月二十八日準備程序筆錄第六頁），則上開診斷證明書所載診斷結果為「左側乳癌」之內容，客觀上固與事實不符。惟如患者所罹乳癌很小或曾執行多次空針抽吸細胞檢查，乳癌細胞於執行空針抽吸細胞檢查後，有可能因癌細胞於檢查時被抽出，而於切片檢查時無法發現癌細胞，於此情形，如外科醫師於手術前與病患溝通解釋，則可據以執行乳房切除手術，此經醫審會鑑定說明在卷（參上開醫審會鑑定書第十三頁）。是以被告雖於九十年九月十日乙〇〇門診時已得知林口長庚醫院就告訴人經切除之乳房組織切片檢查結果並非乳癌，惟依上開說明，仍不能排除告訴人患有乳癌之可能性，於此情形下在診斷證明書上為乳癌診斷之記載，即無明知為不實事項而仍故為登載之可言，是以被告是否成立業務登載不實之關鍵，端在其於開立診證明書時，是否已知悉恩主公醫院原先空針抽吸細胞檢驗判讀錯誤而已作成良性結果修正報告之事實。告訴人雖堅指其於九十年九月二十日前往恩主公醫院就診時，由該院王偉醫告知先前空針抽吸細胞檢驗結果有誤而應為良性腫瘤，其於同年月二十一日前往林口長庚醫院就診時並已將王偉醫師所述上開情形告知被告云云，惟證人王偉於偵查中亦明確證稱並未將上開修正報告結果以書面方式通知告訴人，僅於九十年十月間告訴人要求開立診斷證明書時以口頭方式告知，此亦與告訴人所稱係於九十年九月二十日得知之指訴出入甚鉅。又依卷附恩主公醫院告訴人病歷所示，告訴人於九十年八月十六日掛號一般外科由王偉診療後，至同年十月五日始再次掛號王偉醫師門診，此亦與證人王偉上開證述合致，則告

訴人此項不利被告之供述即存有瑕疵。且告訴人此部分所述並無任何事證可為佐據，是否確與事實相符尤難遽行憑認。又縱告訴人確曾於九十年九月二十日至恩主公醫院掛號王偉之門診，惟依告訴人偵查中之供述，當時王偉僅係告以「可能不是惡性」等語（參偵查卷第四頁背面、第二十頁背面），其語意內容並非指明原檢驗報告確為良性結果，則即使告訴人確於九十年八月二十一日門診時向被告為上開轉述，在僅有告訴人此等語意不明之陳述，復缺乏書面資料佐據之情形下，被告仍依先前已向告訴人取得修正前「病理非婦科檢驗報告」之內容，判斷告訴人仍不排除係於空針抽吸細胞檢查時乳癌細胞被抽走之可能性，據此而應告訴人之要求開立診斷證明書，並為乳癌診斷之記載，亦無明知為不實事項而仍予登載之情形，而與刑法業務登載不實罪之構成要件有間。此外，**復查無其他積極事證可認被告確有此等犯行，此部分證明程度仍未達於可排除合理之懷疑而形成被告有罪之法律上確信之程度，循據前開之說明，並基於「罪證有疑，利於被告」之刑事訴訟原則，本院認此部分被告之犯罪尚屬不能證明，依法應為其無罪之諭知。**

據上論斷，應依刑事訴訟法第二百九十九條第一項前段、第三百零一條第一項前段，刑法第二條第一項前段、第二百八十四條第二項後段、修正前刑法第四十一條第一項前段，修正前罰金罰鍰提高標準條例第一條前段、第二條，判決如主文。



【附錄六】給藥過失類型-施打 Ampiclox 抗生素前，疏未注意先施行抗生素過敏測試，致引發立即性過敏反應死亡案

【裁判案由】業務過失致人於死

最高法院刑事判決

九十九年度台上字第二四八號

上訴人 甲○○

選任辯護人 郭清寶律師

上列上訴人因業務過失致人於死案件，不服台灣高等法院高雄分院中華民國九十八年十一月五日第二審判決（九十七年度醫上訴字第四號，起訴案號：台灣高雄地方法院檢察署九十四年度調偵字第六五四號），提起上訴，本院判決如下：

主 文 上訴駁回。

理 由

按刑事訴訟法第三百七十七條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

本件原判決認定上訴人甲○○為明得診所醫師，於被害人許佐英就診時，疏未注意被害人無明顯發燒及細菌感染跡象，原不應施打 Ampiclox 抗生素，且疏未注意縱給予抗生素，亦應先給予口服劑型，較不致引發立即性過敏反應，竟貿然給予被害人 Ampiclox 抗生素靜脈注射針劑，造成被害人出現立即性過敏反應，二日後即因過敏性休克不治死亡等情，**因予撤銷第一審諭知無罪之判決，改判論處上訴人業務過失致人於死罪刑，已敘明認定事實之依據及憑以認定之理由。**對於上訴人否認有過失，以被害人發燒，且先前曾使用 Ampiclox 抗生素並未發生過敏情形，故給予該抗生素靜脈注射針劑等語為辯，原判決認為不足採信，亦說明：依卷附明得診所被害人病歷表記載其體溫攝氏三七度，並無支氣管炎之記載，足見被害人無明顯發燒及細菌感染跡象。經囑託行政院衛生署醫事審議委員會及長庚醫療財團法人高雄長庚紀念醫院鑑定，認依被害人症狀本無給予 Ampiclox 抗生素之必要，而給予口服劑型應即可有效控制；又過敏性休克無法預測，只有使用後症狀出現才能診斷，相同藥物可能在第一次使用時無明顯過敏反應，但第二次就會有強烈的過敏反應，口服劑型抗生素與針劑型抗生素相比，較不會引發立即性過敏反應等情。上訴人既經醫師考試及格，當知悉上述情事，且無不能注意情形，竟疏未注意而貿然對被害人施以 Ampiclox 抗生素靜脈注射針劑，造成被害人出現立即性過敏反應，終致過敏性休克死亡，上訴人對肇致被害人死亡確有過失無訛，該鑑定意見亦為相同之認定。從形式上觀察，原判決並無違背法令之情形。上訴意旨所謂上訴人係以紅外線額溫槍測量被害人體溫，其實際體溫應向上修正，又依中華民國醫師公會全國聯合會之函覆：「使用 Ampiclox 治療支氣管炎，採用口服或注射，宜依病人當時情況，由醫師專業判斷之」，再以過敏性休克無法預測，上訴人何來應注意而未注意之過失云云，指摘原判決有違反經驗法則、理由不備及矛盾之違法，非但與上述被害人病

歷表記載不符，亦未針對原判決前開論斷具體表明究竟如何違背法令，殊非合法之第三審上訴理由。本件上訴違背法律上之程式，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十五條前段，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 一 月 十 四 日 最 高 法 院 刑 事 第 十 庭



【附錄七】延誤治療過失類型-產後大出血未及時發現治療致死案

【裁判案由】過失致死

【裁判全文】

臺灣板橋地方法院刑事判決

八十九年度訴字第二四四號

公 訴 人 臺灣板橋地方法院檢察署檢察官

被 告 丙○○

選任辯護人 黃銘照律師

林志六律師

許筱欣律師

右列被告因過失致死案件，經檢察官提起公訴（八十八年度偵字第二四二八六號），本院判決如左：

主 文

丙○○從事業務之人，因業務上之過失致人於死，處有期徒刑壹年貳月，緩刑參年。

事 實

一、丙○○為台北縣新莊市○○路九八號「安諾婦產科診所（下稱：安諾診所）」醫師兼負責人，為從事醫療業務之人，於民國八十七年一月十九日八時許，在前診所內，為懷孕滿三十八週之孕婦黃郁衿施行自然分娩，於當日八時四十五分黃郁衿將胎兒娩出，嬰兒（名為吳懷恩）出生後不會哭，經急救後轉送林口長庚醫院治療，黃郁衿則轉入產房觀察，期間陰道一直出血，感覺腹痛且惡露為正常之一倍，於同日十時二十分即出現嗜睡、惡露量持續增加之現象，丙○○本應注意產婦於生產過程中，因產道過度擴張有可能導致子宮頸或陰道裂傷而出血，並應注意當生產後，陰道出血持續維持相當量之情形時，即應採取適當之應變措施，包括輸血及進行剖腹手術，且若沒有及時止住出血點及補充足量之血液和凝血因子，最後將導致凝血異常之現象，死亡率極高，此需要立即及快速的反應，依診所之設施並無法從事手術，應注意立即轉送大型醫院，以便於做更進一步之檢查及治療，避免產婦因大出血而有導致死亡之可能，且依當時情形雖黃郁衿係子宮頸裂傷，延至子宮體，出血主要流入腹腔、後腹腔及骨盆腔，惟由血液中之血紅素值大量降低，表示嚴重出血，並不難評估，並無不能注意之情況，竟延至同日十一時十餘分許始通知救護車，於同日十一時二十八分送至台灣省立台北醫院（下稱台北醫院），到院時已呈休克昏迷狀態，經醫院緊急作心肺甦醒後，於同日十一時四十分辦理入院，並隨即裝上呼吸器，至同日十一時四十九分，血壓由急救後之 50\34 變至 50\37，雖仍可進行剖腹探查術，但因到台北醫院已有血液不凝、血小板低下、凝血時間延長之現象，伴隨相當程度危險，台北醫院原欲手術，而因黃郁衿一直呈昏迷及休克狀態，於急救後給予人工呼吸器、輸血和凝血因子及升壓素等治療，但終因病情無法穩定，無從手術，延至八十七年一月二十日九時五十五分許急救無效，因子宮頸右側裂傷，延至子宮體，導致骨盆腔、腹腔和後腹腔出血致死。

二、案經被害人黃郁衿之夫甲○○訴請臺灣板橋地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

一、訊據被告丙○○矢口否認有何過失致死犯行，辯稱：當時產婦狀況均甚良好，僅說腹痛，其施予子宮按摩後送入病房，後來發現其惡露量不對，血壓下降，其即再按摩子宮，打止血劑，並轉診至臺灣省立台北醫院，醫療過程均按照程序進行，因子宮頸於甫生產後過度擴張，原難發覺是否合併裂傷，且本案例子宮頸裂傷是往子宮體方向延伸，從陰道方向難以看到子宮體有無裂傷，診斷上據極高難度，在臨床上根本無法如解剖鑑定般檢視子宮整體之裂傷情形，此乃醫學之極限所致，非伊疏失漏未檢查，且就該等難以診治出原因之出血，先後判斷為子宮收縮不良及羊水栓塞而無法判定為子宮頸右側裂傷，並無疏失可言，此外，病患經轉診台北醫院，該院醫師曾施以超音波檢查，除子宮內有些許血塊外，並無其他發現，且據其病例更無任何與子宮頸、子宮體裂傷之記載，益證是項傷勢之難以診斷，再病患病情變化快速，要求伊於短短一小時內為正確診斷，期待不能，況依鑑定報告唯有施以緊急剖腹手術切除子宮或結紮動脈血管，始可挽救其生命，而該等手術需大型醫院始可進行，難以期待診所施行該類手術，伊於十時二十分左右發現情況不對，立即給予氧氣、注射靜脈輸液、止血針劑、備血、插導尿管等必要處置，同時準備轉送台北省立醫院，並由伊親自搭救護車護送，實可認已克竟應盡義務，死者所患誠屬難以診斷、處置之症，伊已依一般婦產科醫師可能踐行之醫療常規施以必要之診治，並未違反行為之客觀注意，伊確於上午十時二十分左右打電話請求一一九支援救護車將病患轉至長庚醫院，然一一九卻告以：「不支援一般醫療院所」，伊只好轉向民間救護車求援，而此時民間救護車正外派出勤，故要被告暫候回音，伊候至十時四十分仍無回音，伊乃再度向一一九求援，此時一一九始告知台北縣以外縣市不支援，可以轉送至省立台北醫院，惟此後伊等待二、三十分鐘仍不見救護車到來，只好再次向一一九確認，一一九才告以：「已經派出」，約十一時十分左右，救護車才到診所，在此請求支援期間，伊確有依醫事常規對產婦進行急救，不得以相關單位或因無法調度，或因其他原因無法立即支援，認定伊延誤轉診。另死者轉送台北醫院輸血急救後，當日上午十二時五分之血壓為101\69mmhg，乃屬正常，足見死者經被告轉送台北醫院後意識已恢復，且生命跡象穩定，至當日下午一時五十五分左右陰道大量出血，在此之前則無陰道大量出血現象，台北醫院之診斷證明書與實際病歷資料所載不盡相符，病患於轉院送台北醫院接受輸血急救後，不僅意識曾經回復，生命跡象亦逐漸趨於穩定，並可回應隨行護士之問話，當時若施以緊急剖腹手術，非毫無挽救生命之機會，究其死亡，乃因於加護病房觀察中，突發大量出血以致之，是死者於伊診所所呈現之出血現象，非致死之原因，其死亡與生產處置無相當因果關係，其致死乃嗣後突發出血所致，伊並無過失云云。

經查：

右揭事實，業據被害人家屬甲○○指訴伊於八十七年一月十九日早上送老婆至婦產科，那時羊水已破，即送入產房，伊在產房外等，同日八時四十五分小孩生出來，身體有點發黑，伊從產房門縫中有看，他們在急救小孩，沒有照顧伊老婆，後來小孩轉長庚醫院，伊跟著去，十二點回安諾婦產科診所，他們說伊老婆又轉到省立醫院，伊至省立醫院，尚未見及老婆，醫院即要求伊立開刀切結書，後醫生說血壓太低，瞳孔放大，不適合開刀，即一直輸血、打強心針，至病房見伊老婆均無意識，也未跟伊老婆說過話，伊有向台北縣新莊福營消防局查詢是十一點十二分安諾婦產科診所報案要求他們轉院，婦產科診所顯然有疏失等情歷歷（詳參八十七年度相字第一五號卷第七頁正、反面、第九頁、本院九十一年七月八日審判筆錄）。再查，證人即安諾婦產科診所之護士吳瓊如證稱：小孩出生不會哭，渠等先急救小孩，作心臟按摩，並通知麻醉醫師由其送小孩轉

至長庚醫院，是伊約當日十時通知一一九，救護車約十幾分鐘即來，產婦黃郁衿回病房時是正常，後來其惡露量比正常多出一倍，當日約十一時二十分左右轉院，渠原先打一一九，後來消防隊來幫忙等語綦詳。另證人即安諾婦產科之護士乙○○亦證稱：產婦後來轉入病房，黃醫師有在場，伊為產婦按摩，醫師則檢查心臟、血壓，但產婦一直在出血，後來黃醫師（被告）即幫其轉院等情歷歷（詳參八十七年度相字第一五號卷第十四頁、第十五頁正、反面）。而雖產婦子宮頸裂傷，出血主要均流入腹腔、後腹腔、骨盆腔，由超音波片判斷，本件產婦腹腔出血量應不多，後腹腔是否有血液積聚，限於超音波穿透力不足，固無法據超音波影像判斷等情，有行政院國軍退除役官兵輔導委員會台北榮民總醫院八十九年七月十七日（八九）北總婦字第○五六五四號鑑定書函在卷足稽，惟由血液中之血紅素值由十五 MG/dl 掉至五. 四 MG/dl，表示嚴重出血，此並不難評估。亦有行政院衛生署衛屬醫字第○九一○○一二七一號醫事審議委員會鑑定書函（第二次鑑定意見四）存卷可按。是雖然本例產婦係子宮頸裂傷延至子宮體為隱藏式之裂傷，與一般子宮頸裂傷或陰道開放式裂傷不同，固屬罕見，一般醫師無法全由肉眼判斷，肉眼未發現裂傷，固不必然構成過失，然由產婦之血紅素值急速下降來判斷，表示嚴重出血，已如前述，此時身為一專業婦科醫師，理應本其專業知識判斷出血程度，而採取相對應措施，無從以裂傷無法判斷，推諉責任，洵屬無疑。復查，台北縣政府消防局於八十七年七月一日始建立救災救護指揮中心，統一受理本（台北縣）轄救災救護案件與派遣，在此之前由各分隊自行受理報案與救護出動，而本例轉診就醫係發生於八十七年一月十九日，由分隊自行受理報案，然查新莊市○○路轄之福營分隊，並無該筆報案紀錄，固有台北縣政府消防局九十一年七月一日北消護字第0九一00一五二二六號函存卷可按。而產婦黃郁衿於生產當天遲至十一時二十八分始被轉診送至台北醫院，亦有台灣省立台北醫院新肺甦醒術記錄表附卷可參，且依證人即安諾婦產科診所之護士吳瓊如所證：渠等先急救小孩，並通知麻醉醫師由其送小孩轉至長庚醫院，是伊約當日十時通知一一九，救護車約十幾分鐘即來等語如前，查黃郁衿所生之小孩即是於同日十時許利用一一九轉送長庚醫院急救，且產婦黃郁衿當日由護士吳瓊先打一一九轉院，後來消防隊來幫忙，約同日十一時二十分許轉院等語，亦據證人吳瓊如證述歷歷如前，被害人家屬甲○○於本院開庭時，亦指稱：伊有向台北縣新莊福營消防局查詢是十一點十二分安諾婦產科診所報案要求他們轉院等語如前，被告對此告訴人之指述亦表示無意見（詳參本院九十一年七月十八日審判筆錄），是顯見被告所辯：當天向一一九求援，一一九告以：「不支援一般醫療院所，台北縣以外之縣市不支援云云」，顯與事實不符。雖安諾診所之特別護理紀錄單於八十七年一月十九日上午十時四十五分紀錄轉診至台北醫院，而該紀錄係依據記憶於事後載入，可能與實際時間有所出入，已據被告自承在卷（詳參本院卷所附九十一年七月十日之刑事陳報狀）且安諾診所與台北醫院之實際里程約六點三公里，實際上之通車時間不到十分鐘，亦有模擬測試在卷可稽，參諸同日產婦之小孩亦利用一一九轉診到長庚醫院，從通知至救護車到達時間，亦僅十幾分鐘，是縱或報案後至救護車抵達尚可能花費十幾分鐘，然若確於十時二十分有報案請求轉院，亦應於十時四十幾分許抵達台北醫院始為是，然查安諾診所之特別護理紀錄單於八十七年一月十九日上午十時三十分紀錄脈搏 58、血壓 86\50，病人情況稍差、宮縮尚可、臉色蒼白，黃醫師緊急通知救護車，並給病人 CPR 等情，亦有紀錄單存卷可按，益見安諾診所於同日十時三十分，仍係作一般例行檢查，其後始發覺情況不對，給予心肺復甦之急救，被告辯稱：上午十時二十分同有打電話向一一九求援云云，亦不足採信，其後產婦於十一時二十八分始抵達台北醫院，被告顯延誤轉院無疑。次查，本例產婦產後當天十時二十分即

呈趨於嗜睡，惡露量持續增加，且發現血液有不凝集現象，子宮變軟且不收縮，醫師懷疑是子宮收縮不良，致產後大出血，且懷疑合併瀰漫性血管內凝集症候群（DIC）等情，有安諾婦產科診所黃郁衿特別護理紀錄單及醫事審議委員會鑑定書所舉之案情概要存卷可按。此時，若沒有即時將出血點止住，並補充足量血液及凝血因子，最後將導致發生凝血異常的現象，而對一般開業醫師而言，因產後大量出血，而需進行剖腹探查術時，是屬較大之手術，大多會轉送大型醫院作更進一步之治療，亦有前揭醫事鑑定委員會之鑑定意見可考，是轉診固符合一般開業醫師之醫療水準，然依本例產婦嗜睡，惡露量持續增加，血液有不凝，均係羊水栓塞之臨床表徵，病徵重疊或可能誤診，難以避免，固不論，縱診斷為羊水栓塞之處置，亦需要立即快速之反應，且由於係急性大量出血，若未即時止血、緊急輸血，死亡率極高，亦有前揭鑑定意見足參，被告身為專業醫師，亦當知悉，竟於同日十一時二十八分始將產婦轉送至台北醫院，造成已有瀰漫性血管內凝集症候群（DIC），固可進行剖腹探查術，但伴隨著相當程度之危險，復有行政院國軍退除役官兵輔導委員會台北榮民總醫院九十一年四月十一日北總婦字第九一〇三三一七號函在卷足稽，且到台北醫院時被告呈休克、昏迷狀態，於救護車轉診送達台北醫院時，即由醫院施以心肺甦醒，經急救後，於十一時四十分辦理入院手續，並隨即裝上呼吸器，至同日十一時四十九分，血壓由急救後之 50\34 變至 50\37 等情，亦有台北醫院心肺甦醒術記錄表存卷可按，醫院並一直給予升壓素之治療，亦有台北醫院病歷、行政院衛生署台北醫院九十一年四月二日北醫歷字第一六五五號函附卷可稽，至十二時許產婦家屬於簽署手術同意書，亦未見產婦意識清醒過，亦據產婦家屬甲○○指述如前，被告對此亦表示無意見（詳參本院九十一年七月十八日審判筆錄），是產婦有血壓是因急救後一直給予升壓素之治療所致，被告所辯：產婦經急救後血壓有 101\69mm HG，轉送台北醫院後意識已恢復且生命跡象穩定云云，顯不足採，證人乙○○證稱：黃郁衿出血量好多，轉院剛出發時意識不太清楚，到了急救時還有意識，渠等叫黃郁衿，他還有看我們等語，所證：到了急救時還有意識云云顯與事實不符，亦不足為憑，其後終致產婦無法進行麻醉及任何手術，被告顯有過失無疑。

未查，產婦黃郁衿在產後已患有惡露，且一直出血，出血量好多等情，已據證人證述如前，隨後在台北醫院也發生凝血功能失常（DIC）而出血不止，而臨床上，不管是任何因素引起之大出血，若沒有即時將出血點止住，並補充足量血液及凝血因子，最後將導致發生凝血異常的現象，也就是瀰漫性血管內凝集症候群（DIC），故本例這種出血不能歸類為突發性出血等情，亦據行政院國軍退除役官兵輔導委員會台北榮民總醫院鑑定明確，此詳參同上八十九年七月十七日（八九）北總婦字第〇五六五四號鑑定書函，本例產婦為休克死亡，應是出血所致，出血是入加護病房前即發生，而入加護病房後仍持續出血等情，亦有行政院衛生署醫事鑑定委員會鑑定書（第二次鑑定意見十一）存卷可按。被告辯稱：黃郁衿至當日下午一時五十五分左右陰道始大量出血，在此之前無陰道大量出血現象，台北醫院之診斷證明書與病歷資料所載不盡相符，產婦是在加護病房觀察時突然大量出血云云。亦不足採。且被害人黃郁衿因懷孕生產，因子宮頸右側裂傷，延至子宮體，導致骨盆腔、腹腔和後腹腔出血致死一節，業經臺灣高等法院檢察署法醫中心解剖鑑定屬實，並有鑑定書、相驗筆錄、驗斷書、相驗屍體證明書、照片等附卷足稽。準此，被告於本件醫療過程確有過失，而其過失與被害人黃郁衿之死亡間並有相當因果關係，被告所辯無非卸責之詞，不足採信，其犯行堪以認定。

二、按被告丙○○為台北縣新莊市○○路九八號「安諾婦產科診所」醫師兼負責人，為從事醫療業務之人，其因業務上之過失致人於死，核其所為，係犯刑法第二百七十六條第二項之業務過失致死罪。爰審酌被告並無前科，有臺灣高等法院檢察署刑案紀錄簡覆表一件在卷可佐，素行良好，其過失之情形、智識程度、造成被害人死亡之結果、並與被害人家屬達成民事和解，有被害人家屬之筆錄可按（見本院九十一年二月二十一日審判筆錄）等一切情狀，量處如主文所示之刑，以示儆懲。又被告前未曾受有期徒刑以上刑之宣告，此有臺灣高等法院檢察署刑案紀錄簡覆表一件附卷可稽，其因一時疏失，偶罹刑典，事後且與被害人家屬達成民事和解，其經此刑之宣告後，應知警惕而無再犯之虞，本院因認暫不執行其刑為當，予以宣告緩刑三年，以啟自新。據上論斷，應依刑事訴訟法第二百九十九條第一項前段，刑法第二百七十六條第二項、第七十四條第一款，罰金罰鍰提高標準條例第一條前段，判決如主文。

本案經檢察官呂○○到庭執行職務

中 華 民 國 九 十 一 年 七 月 三 十 一 日

臺灣板橋地方法院刑事第四庭

法 官 徐 ○ ○



【附錄八】延誤(轉診)治療過失類型-邱小妹人球案

【裁判案由】業務過失致死等

臺灣臺北地方法院刑事判決

94 年度醫訴字第 5 號

公訴人臺灣臺北地方法院檢察署檢察官

被告丙○○

選任辯護人劉陽明律師

陳璧秋律師

被告己○○

選任辯護人石宜琳律師

上列被告等因業務過失致死等案件，經檢察官提起公訴（94 年度偵字第 1560 號、第 14390 號），本院判決如下：

主文

丙○○、己○○共同犯業務登載不實文書罪，各處有期徒刑肆月，如易科罰金，以銀元參佰元，即新臺幣玖佰元折算壹日。丙○○、己○○被訴業務過失致死罪部分均無罪。

事實

一、民國 94 年 1 月間，丙○○為臺北市立聯○醫院仁○醫院（以下簡稱仁○醫院）神經外科代總醫師（尚不具神經外科專科醫師資格），己○○則為上開院區神經外科主治醫師：

二、辛○○（因傷害邱小妹致死案件，經本院少年法庭判處有期徒刑 12 年，經高等法院、最高法院駁回其上訴，95 年 1 月 12 日確定，目前在監執行中）於 94 年 1 月 10 日凌晨 1 時 20 分，在位於臺北市○○區○○路 000 號之「0-00 統一便利商店」前，酒後因不耐其年僅四歲之女兒邱○○（以下簡稱邱小妹）吵鬧，遂出手毆打邱小妹之頭部，致邱小妹因頭部鈍挫傷致急性硬腦膜下腔出血而昏迷，經上開便利商店之店員王○○報警處理後，臺北市政府警察局大安分局員警癸○○及子○○於接獲勤務中心通報後，於當日凌晨 1 時 35 分抵達現場，發現邱小妹對辛○○之搖喊並無反應，即呼叫救護車，經臺北市政府消防局安和分隊隊員丑○○及寅○○駕駛救護車到場協助邱小妹就醫，丑○○及寅○○因慮及本案為家暴案件，且因辛○○酒後大鬧，不願配合調查，致無法查知邱小妹之身分，遂將邱小妹送往仁○醫院救治。

前揭救護車於 94 年 1 月 10 日凌晨 1 時 55 分，將邱小妹送抵仁○醫院急診室後，即由當日值班護士卯○○負責檢傷分類之工作，經分類為第一級應優先處理之病患後，即將邱小妹推入急診室，由值班之急診科主任乙○○醫師診治，乙○○因發覺邱小妹之意識昏迷，右手右腳乏力，兩側瞳孔不等大（右側為 4.5mm，左側為 3.0mm），遂判斷邱小妹為受有腦傷，昏迷指數為 7 分（滿分為 15 分，

最低為 3 分)，即施行高級外傷救命術（包含給氧、打點滴、保暖、理學檢查、神經學檢查等），於邱小妹生命徵象穩定後，即安排進行電腦斷層掃描檢查（即 CT）及 X 光檢查，並於凌晨 2 時 05 分聯繫該院區神經外科當日第一線值 ON CALL 班（即後續待命班，不須強制留置院區）之丙○○醫師要求會診，丙○○當時正在宿舍，經乙○○告以「有四至五歲女童，家暴，懷疑有顱內出血，需要會診，昏迷指數約六至七分」後，丙○○基於當晚仁○醫院尚無多餘的外科加護病房，遂向乙○○稱「先為女童插管」。

當日凌晨 2 時 20 分，邱小妹作完頭部 CT 檢查時，兩側瞳孔散大（5.0mm），無光照反應，昏迷指數降至最低值 3 分，顯示邱小妹之右側鉤回腦疝已壓迫腦幹，並將腦幹往左側推擠，壓迫左側動眼神經，引起左側瞳孔隨之散大且對光無反應，腦幹可能已受損，病情危急，乙○○隨即判讀邱小妹之 CT 影像（呈右額顳頂部急性硬腦膜下血腫，厚度約 1.5 公分，併有嚴重腦水腫及中線偏移約 2 公分），診斷邱小妹為右側硬腦膜下腔出血，須緊急手術清除邱小妹之腦部血腫，即於凌晨 2 時 25 分再次聯繫丙○○，並於凌晨 2 時 30 分丙○○與急診室聯繫時，告知丙○○「女童之 CT 呈現右側硬腦膜下出血，腦中線外移，需要開刀」等語，丙○○當時未在仁○醫院以電腦 PACS 系統觀看邱小妹之 CT 影像，向乙○○稱因仁○醫院之神經外科加護病房均已滿床，為免邱小妹於腦部緊急手術後無法進行術後監看及照護，建議將邱小妹轉院。

臺北市災難應變指揮中心（即 EOC 下稱 EOC）雖協助邱小妹轉床事宜，但經聯絡結果，當日臺北地區尚無多餘之神經外科加護病床可收治邱小妹，凌晨 4 時 05 分，乙○○即告知丙○○，台北市地區均無神經外科加護病床可收治女童，可否在仁○醫院急診室加設加護病床，讓女童在仁○院區進行緊急手術，丙○○基於仁○醫院術後照顧設備不足，仍建議將邱小妹轉院，並於凌晨 4 時 14 分撥電話予己○○，二人通話三分鐘餘，討論本案女童狀況及如何處置後，仍決定將邱小妹轉院，並致電乙○○轉院之決定。嗣仁○醫院值班護士丁○○於聯絡臺北地區及桃竹苗地區各醫院無果後，思及臺中縣梧棲鎮之童○合醫院硬體設備良好，即向 104 查號台查詢電話號碼後，於凌晨 4 時 23 分聯絡童○合醫院，經該院表示有神經外科加護病床，遂由乙○○決定將邱小妹轉往童○合醫院。並於凌晨 5 時 15 分備妥加護型救護車，由卯○○陪同邱小妹轉診，於同日清晨 7 時 25 分送達童○合醫院。

94 年 1 月 10 日上午，丙○○與己○○在仁○醫院獲知邱小妹遭轉診至遠在 200 公里外之臺中梧棲童○合醫院時，方以電腦 PACS 系統觀看邱小妹之 CT 影像，然因電腦系統當機無法瀏覽。詎其二人明知渠等從未看過邱小妹之 CT 影像，竟因媒體報導邱小妹遭受父親施暴，病情嚴重，由醫療資源豐富之臺北市轉診至 200 公里之遙之臺中梧棲童○合醫院之事件，引起輿論譁然，要求追究邱小妹於仁○醫院就醫及轉診之過程有無疏失時，即對外謊稱丙○○係於 94 年 1 月 10 日凌晨以電腦 PACS 系統觀看邱小妹之 CT 影像進行會診後，始決定將邱小妹轉診云云，並於臺北市立聯○醫院 94 年 1 月 11 日召開之考績臨時會上仍為上開謊言，

己○○明知其情，亦以沉默不予揭發，使不知情之考績委員為免外界爭議即要求丙○○等依仁○醫院「急診會診作業要點」第 5 點「會診後應將會診意見直接填記於急診病歷『病程記錄』上，並簽名以示負責」之規定，於邱小妹之病歷上完成對邱小妹會診紀錄之記載。丙○○及己○○亦明知病歷紀錄，應依醫師法第 12 條第 1 項之規定「醫師執行業務時，應製作病歷，記載病人姓名、診斷及治療情形」，對於病人之診斷過程應忠實紀錄，除使其執行業務有所遵憑外，第三人調取該病歷時，亦能瞭解醫療診斷之內容及過程，但二人竟基於共同犯意之聯絡，由丙○○於 94 年 1 月 11 日晚間 7 時許，在其位於仁○醫院神經外科之辦公室內，先以電腦 PACS 系統觀看邱小妹之 CT 影像後，再於其職務上所記載之會診紀錄上，不實登載「Brain CT (byPAC E system)，繪出該 CT 圖，右側硬腦膜下出血，約 2 公分，嚴重中線偏移，須緊急手術」表示邱小妹在仁○院區就診時彼等即以電腦 PACS 系統瀏覽 CT 影像之方式進行會診，而虛捏其會診時檢查後狀況、CT 影像之記載，並於會診紀錄上簽名及記載指導主治醫師己○○之姓名後，交予己○○審閱同意，足以生損害於邱小妹及仁○醫院對病歷管理之正確性。

嗣邱小妹雖於術後經童○合醫院之醫療團隊傾力治療，惟伊之腦幹已因轉診延誤手術致腦內血腫持續壓迫而喪失功能，故病情持續惡化，昏迷指數降為 2T，生命徵象亦不穩定，經辛○○及邱小妹之母辰○○於 94 年 1 月 22 日共同出具同意腦死判定及捐贈器官之同意書後，於同年 1 月 23 日上午 10 時 20 分及同日下午 2 時 05 分，完成腦死判定程序，邱小妹雖非丙○○、己○○之過失導致死亡，然終因頭部遭鈍挫傷致急性硬腦膜下腔出血最後因中樞神經性休克而死亡。

二、案經臺灣臺北地方法院檢察署檢察官自動檢舉偵查起訴。

理由

甲、有罪部分：

一、證據能力：

被告丙○○對於檢察官證據清單所列證據之證據能力均不爭執(見本院卷一第 52 頁至第 61 頁)，經審酌該等證據尚無不得為證據之情形，故均認有證據能力。

被告己○○對於證人乙○○於偵查時之證言(證據清單編號 4)、證人巳○○、午○○、未○○、卯○○、申○○於偵查時的證言(證據清單編號 5)、證人酉○○(證據清單編號 6)、證人丁○○於偵查中之證詞(證據清單編號 11)及 EOC 之通聯紀錄、通聯紀錄光碟、急救責任醫院加護病房空床數清冊 94 年 1 月 9 日第三次通報紀錄表、工作日誌表之證據能力爭執(見本院卷一第 37 頁)。惟查：1.證人巳○○、午○○、未○○、卯○○、申○○、酉○○於偵查中之證言，均在檢察官面前具結後為之，被告己○○及其選任之辯護人亦未表示該等證言所言有何顯有不可信之情況，依刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項之規定，有證據能力。如其認為未曾對該等證人行使對質權及詰問權，自可透過審判程序行使，然其並不行使，竟以之主張無證據能力，並非可採。

2.至於 EOC 之通聯紀錄、通聯紀錄光碟、急救責任醫院加護病房空床數清冊 94 年 1 月 9 日第三次通報紀錄表、工作日誌表，均係從事業務之人，於業務上或通

常業務過程所須製作之紀錄文書，依刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之規定，亦有證據能力。

二、訊據被告丙○○、己○○雖坦認「該份病歷為被告丙○○於 94 年 1 月 11 日晚間 7 時許，因應考績委員會之要求而製作」，但否認有何業務登載不實之犯行。

被告丙○○辯稱略以：以往的轉診，會診也不一定要寫病歷，雖然 SOAP 有其時間序，但在事後任一時間填寫，也都是 SOAP，若真的有心偽造，本來就可以填上時間讓大家看不出來，伊本件沒有填寫時間，尚非偽造。如認係偽造，那醫院評鑑時補的病歷也全是偽造。

被告己○○辯稱略以：卷附邱小妹的病歷紀錄，因被告丙○○未到場親自診療，甚至應認為「非會診」，依照慣例，腦神經外科本無制作邱小妹病歷之義務。因本案已遭媒體披露考績會始要求丙○○補制作。但丙○○制作上開病歷前，均已看過邱小妹電腦斷層紀錄其相關病情資料紀錄，故該病歷與事實無不符之處。

三、本院認為被告有罪之證據及理由：

按「台北市政府衛生局所屬醫療院所病歷審查作業要點」(見本院卷一，第 118 頁)有關病歷之製作，就初診病歷而言，必須要有 SOAP 之內容。其中：

1.S (Subjective Complaint)：係指病人之主訴。2.O (Objective Finding)：指醫師透過聽診、觸診、看診、叩診、所得資料或實驗室檢查報告結果。3.A

(Assessment-interpretation, Impressions)：指綜合 S 與 O 所作評估、解釋或臆斷。

4.P (Plan)：則指治療或檢查計畫而言。

被告所製作邱小妹病歷之內容為：

- 1.有關「S」部分：病患遭其父親毆打意識不清。
- 2.有關「O」部分：則分為兩部分，一是據乙○○醫師告知 (told by Dr. Lee)，該病患經插管後，昏迷指數為五分；另一則是按電腦斷層藉由傳輸系統如圖示(繪製電腦斷層所示結果)。及「右側硬腦膜下出血，約 2 公分，嚴重中線偏移，須緊急手術」。
- 3.有關「A」部分：診斷外傷性右側硬腦膜下出血。
- 4.有關「P」部分：建議須緊急手術，因無加護病床，故須轉院。

就 SOAP 觀之，其本有一定之順序。亦即，就正常之流程，病人之主訴 (S)在前，若如本案邱小妹無法言語，亦有送邱小妹前來之人員說明邱小妹之傷勢如何而來，醫師方會對其進行聽診、觸診、看診、叩診、送實驗室檢查等診療 (即 O 的部分)。有了上開診療以後，醫師方得以為評估、解釋、判斷 (即 A 的部分)，再為治療或檢查計劃 (即 P 的部分)。

被告丙○○於本院審理時證稱：第二通電話時 (94 年凌晨 2 時 25 分)，是電腦斷層掃描檢查 (CT)作完了，乙○○跟我說明電腦斷層 (CT)的結果，因為第二通電話時，就已經知道要手術，要轉院，所以那時，乙○○就去聯絡轉院事宜等語(見本院卷二第 78 頁)。

從上開病歷觀之，前述登載不實之病歷上並未註記時間，但係尾隨急診室之主

治醫師乙○○的病歷紀錄之後記載。客觀上係顯現其記載為當時之實際會診紀錄，並非補記。病歷是否確實記載，自應從公正、客觀、第三人之角度，如向仁○醫院調取該份病歷時，對於該病歷之解讀為斷。被告丙○○亦自承在凌晨 2 時 25 分即已做出外傷性右側硬腦膜下出血之診斷，及轉院之處置，而在該診斷及處置上方記載「依電腦斷層藉由傳輸系統如圖示（並繪製電腦斷層所示結果）」、及記載「右側硬腦膜下出血，約二公分，嚴重中線偏移，須緊急手術」，客觀上自判斷該等檢查係在凌晨 2 時 25 分前所作，但該項記載實與事實不符。

參以被告丙○○於審理中證稱：「基本上電話會診就轉院的病人，我不會再去填寫病歷，有當場會診的，就要填寫」等語。可見本案為電話會診，依據仁○醫院的慣例，並無記載病歷之必要，當然更無事後補記之可能。且證人乙○○在審理中證稱：「病歷上的腦部電腦斷層掃描結果的圖形，並無法透過他當時對丙○○的口述畫出」等語。是被告丙○○是事後看 CT 片後再填載詳細的圖形，如果被告等只是單純還原電話會診的紀錄，應該記載事實上當時據乙○○醫師處所得知的資訊，為何還要另外擴充細節，尤其是繪出當時沒有看到的 CT 片圖形？被告及辯護人雖一再辯稱上開病歷被告等並未記載時間，反證無法明確看出是會診當時記載，此明顯為倒果為因，不足採信。

另比較卷附證人戊○○（此為二名被告實際會診後主治的病患）之病歷（見 94 年他字第 609 號偵查卷三，第 137 頁），此為被告親自到場會診的病歷，上面亦沒有記載時間，然記載 SOAP 的程序及簽名方式均與本案偽造之病歷相同；既沒有實際會診，本無記載病歷必要，為何二名被告反要事後記載病歷，且內容與當時電話會診之記錄並不相同？由此可見被告等企圖營造實際會診的假象，事實至為明確。

該份病歷上：明確記載「Brain CT (by pace system)」，其意指透過影像傳輸系統觀看腦部 CT 片（即腦部電腦斷層影像）。又被告丙○○坦承在仁○醫院召開的 94 年 1 月 11 日臨時考績會上做出曾經在會診當時透過影像傳輸系統觀看邱小妹腦部 CT 片不實陳述，是上開病歷記載之文字與事實不符，被告當時確實有在病歷上不實登載之動機，用以欺瞞考績會，至為明確。被告丙○○亦於審理中證稱：「我在考績會上說謊在先，會後，考績會才叫我在病歷上補記」等語。顯然仁○醫院之考績會係因丙○○之上開謊言，錯認丙○○在當時曾經透過影像傳輸系統看過邱小妹的電腦 CT 片，才希望二名被告補記病歷，以弭平外界爭議，此點亦經證人庚○○醫生於審理中證述：「我們考績委員會是希望丙○○如果有看電腦斷層，可以做補登記的動作」等語可資證明。由是可知，被告有為不實登載之動機，亦有不實登載病歷之故意，無非是掩飾其會診時未看 CT 片之行為，從而被告等將不實登載病歷之責任推卸予當時陷於錯誤而要求完成病歷之考績會，顯屬無稽。

被告己○○雖未親自製作該份病歷，但其為丙○○之指導主治醫師，具有親自或指示被告丙○○製作病歷之權限；且被告丙○○證稱偽造的病歷製作後有交予被告己○○審閱同意，被告己○○亦不否認此事實。

1.證人庚○○於偵查時證稱「(為何病歷上丙○○、己○○要一同列名?)主治醫師是要負全部醫療責任,住院醫師仍在接受訓練,並不具有專科醫師資格,即然第一線有會診,第二線主治醫師是第一線的指導者,所以這樣寫法,只是註明指導者為何人,而且要將病歷給指導者看過,如果指導者不同意,會做病歷的修改,這是教學內容一部分」等語(見他字第 609 號卷二,第 78 頁)。

2.參以被告丙○○於審理中證稱:「被告己○○在 1 月 11 早上就知道我沒有看過 CT 片,己○○有參加考績會,他聽到我說有看 CT 片時,並沒有作任何表示或補充」等語。

3.被告己○○亦於調查時供承:我認同裡面的內容,因為我有看過,但是我的名字是林醫師代簽,他簽完立刻給我,我就同意等語(見他字第 609 號卷第 172 頁)。

4.病歷上所記載「R4 丙○○VS 己○○」,此乃表示被告己○○為被告丙○○之指導老師,此為病歷之記載慣例,一如前段所述之戊○○病歷亦同此記載方式,作以表示二人對於病歷內容及診斷均同意及負責。

5.況本案於 94 年 1 月 10 日凌晨 4 點時,被告丙○○確實以電話會同被告己○○之意見,二人仍做出不予手術、轉院之決定,顯見二人對電話會診邱小妹之決定為共同負責之醫師;且依據卷附行政院衛生署所屬醫療機構各級醫師權責範圍參之第二、四、七條規定:主治醫師負責住院醫師的診斷指示及治療方針、負責簽署病患的診斷及會診醫囑,以及負責診療急診病例等。又依據台北市政府衛生局所屬市立綜合醫院病歷管理作業規定第四點規定:病歷記錄應由主治醫師或總醫師負全責。可見填寫病歷為主治醫師及總醫師亦即二名被告之權限。綜上規定,顯見無論依據明文規定及實務上之操作,醫囑均由主治醫師決定後,由主治醫師或總醫師記載。本案中被告己○○明知被告丙○○事後在病歷上為不實內容之記載,仍在場默許被告丙○○以慣例方式記載該不實病歷內容,亦即偽造二人實際會診之記錄,是被告己○○具有偽造病歷之共同犯意及犯行至為明確。

被告雖辯稱病歷補記乃醫界慣例云云,然查,病歷補記仍須記載醫療當時所呈現醫療行為及所觀察而得之事實。被告丙○○之該項病歷紀錄,已使人誤認為其在對邱小妹作診斷前,已見過邱小妹 CT 圖,該部分之記載並非事實,其登載不實之犯行已堪認定。至於醫界補載病歷是否普遍,是否每件之補載均不依照事實,或補載均依照當時所見、所為之事實為之,均尚非本院所得審酌之範圍,況他人是否不實登載病歷,亦不構成被告阻卻違法之事由,被告該部分之辯解,尚非可採。

四、論罪:

核被告二人所為,係犯刑法第 215 條業務登載不實罪。檢察官雖認為被告犯刑法第 213 條公務員登載不實罪。但查,94 年 2 月 2 日經總統公布,並於 95 年 7 月 1 日施行之刑法第 10 條第 2 項規定:「稱公務員者,謂下列人員:一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限,以及其他依法令從事於公共事務,而具有法定職務權限。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法

委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」，暨參以其立法理由：「· · ·(三)第一款前段所謂『依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關』係指國家或地方自治團體所屬機關中依法令任用之成員。故其依法定代理、代理國家或地方自治團體處理公共事務者，即應負有特別保護義務及服從義務。至於無法令執掌權限者，縱服務於國家或地方自治團體所屬機關，例如僱用之保全或清潔人員，並未負有前開特別保護義務及服從義務，即不應認其為刑法上公務員。(四)如非服務於國家或地方自治團體所屬機關，而具有依「其他依法令從事於公共事務，應視為刑法上的公務員，故於第一款後段併規定之。此類之公務員，例如依水利法及農田水利會組織通則相關規定而設置之農田水利會會長及專任職員屬之。其他尚有依政府採購法規定之各公立學校、公營事業之承辦、監辦採購等人員，均屬本款後段之其他依法令從事於公共事務而具有法定職務權限之人員。」是以，對於新法施行後，公立醫院之醫師，倘無其他授權或委託之情形，應非為刑法第 10 條第 2 項所稱之公務員。惟檢察官起訴不實登載之事實既為同一，本院自得依刑事訴訟法第 300 條之規定變更法條，論被告二人刑法第 215 條之罪。

查被告二人行為後，刑法於 94 年 2 月 2 日修正公布，並於 95 年 7 月 1 日施行，同法第 2 條亦有修正。按行為後法律有變更者，適用行為時之法律，但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律，現行刑法第 2 條第 1 項訂有明文。此條規定乃與刑法第 1 條罪刑法定主義契合，而貫徹法律禁止溯及既往原則，係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據法，有最高法院 95 年 5 月 23 日 95 年度第 8 次刑庭會議決議可參，是刑法第 2 條本身雖經修正，但刑法第 2 條本身尚無比較新舊法之問題，先予辨明。又以本次刑法修正之比較新舊法，應就罪刑有關之共犯、未遂犯、想像競合犯、牽連犯、連續犯、結合犯，以及累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因（如身分加減）與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較，最高法院亦著有上開決議可資參照。經查：

1. 刑法第 215 條之罪所規定之罰金刑，因修正後刑法第 33 條第 5 款修正為：「主刑之種類如下：五、罰金：新臺幣 1 千元以上，以百元計算之」，是依修正後之法律，前述犯罪所得科處之罰金刑最低為新臺幣 1 千元；然依被告行為時之刑罰法律，即刑法第 33 條第 5 款規定之罰金最低額為銀元 3 元，若換算為新臺幣，最低額僅為新臺幣 9 元。因此，比較上述修正前、後之刑罰法律，自以被告行為時之法律較有利於被告。

2. 刑法第 28 條關於共犯之規定，僅係文字之變更，則適用舊法第 28 條規定論擬，對被告並無不利。被告二人就業務登載不實之行為，有犯意之聯絡及行為之分擔，應論以共同正犯。

3. 被告於犯罪時之刑法第 41 條第 1 項前段規定：「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告，因身體、教育、職業、家庭之關係或其他正當事由，執行顯有困難者，得以一元以上三元以下折算一日，易科罰金。」又被告行為時之易科罰金折算標準，修正前罰金罰鍰提高標準條例第 2 條前段（現已刪除）規定，就其原定數額提高為 100 倍折算 1 日，則本件被

告行為時之易科罰金折算標準，應以銀元 300 元折算 1 日，經折算為新臺幣後，應以新臺幣 900 元折算為 1 日。惟 94 年 2 月 2 日修正公布，95 年 7 月 1 日施行之刑法第 41 條第 1 項前段則規定：「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六個月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣一千元、二千元或三千元折算一日，易科罰金。」比較修正前後之易科罰金折算標準，以 94 年 2 月 2 日修正公布前之規定，較有利於被告，應依刑法第 2 條第 1 項前段，適用修正前刑法第 41 條第 1 項前段規定，定其折算標準。

4.經綜合上述各條文修正前、後之比較，揆諸前揭最高法院決議及修正後刑法第 2 條第 1 項前段、後段規定之「從舊、從輕」原則，自應適用被告行為時之法律，即修正前刑法之相關規定及罰金罰鍰提高標準條例第 1 條前段規定，予以論處。

五、科刑：

爰審酌被告二人均無前科，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可按，素行尚佳。

被告二人身為醫師，應明瞭病歷除供醫師作為診療病人之參考外，亦可作為公正、客觀之第三者，檢驗其診療行為是否適法之重要參考。然被告丙○○竟因分別對仁○醫院院長亥○○及媒體謊稱「邱小妹送至仁○醫院時，伊就有看過其 CT 片」云云，進而在考績會為如上之謊言後，因為了繼續圓如上之謊言，故就該部分之病歷為不實之登載。被告己○○明知前情，在考績會上亦不舉發，並同意被告丙○○偽造病歷以欺瞞仁○醫院及社會大眾，其心態可議。

被告犯後雖承認病歷乃事後補作，但均矢口否認犯罪。惟審酌被告二人均身為醫師，該份病歷如前所示之部分內容雖屬不實，尚非會診當時被告丙○○所採取之處置。但本案邱小妹的轉院處置，雖與邱小妹的死亡有因果關係，但經本院審認卷內證據後，認為被告二人尚無作為義務之違反，可歸責者，係整個醫療體系的設備不足及其運作（詳如后無罪理由部分所述）。本案經媒體披露後，引起輿論大譁，被告二人之行為亦受輿論嚴厲之指摘，對彼等之醫療形象，已有重大之影響；且被告丙○○在審判時亦坦言不應說已有悔意等情，本院認「邱小妹人球案，對於新聞媒體而言，或許只是一天的新聞；但對於丙○○、己○○而言，卻是終身的悔恨」，爰各諭知有期徒刑 4 月，並諭知易科罰金之折算標準，以示懲儆。

乙、無罪部分：

一、公訴意旨另略以：

被告丙○○為臺北市立聯○醫院仁○醫院神經外科代總醫師（尚不具神經外科專科醫師之資格），被告己○○則為上開院區神經外科主治醫師，其二人均為從事醫療業務之人。

案緣辛○○於 94 年 1 月 10 日凌晨 1 時 20 分，在位於臺北市○○區○○路 262 號之「7-11 統一便利商店」前，酒後因不耐其年僅四歲之女兒邱小妹吵鬧，遂出手毆打邱小妹之頭部，致邱小妹因頭部鈍挫傷致急性硬腦膜下腔出血而昏迷，經上開便利商店之店員王○○報警處理，臺北市政府警察局大安分局員警癸○○

及子○○於接獲勤務中心通報，於當日凌晨 1 時 35 分抵達現場，發現邱小妹對辛○○之搖喊並無反應，即呼叫救護車，經臺北市政府消防局安和分隊隊員丑○○及寅○○駕駛救護車到場協助邱小妹就醫，丑○○及寅○○因慮及本案為家暴案件，且因辛○○酒後大鬧，不願配合調查，致無法查知邱小妹之身分，遂將邱小妹送往案發地點附近之公立急救責任醫院即臺北市立聯○醫院仁○醫院救治，而未送往距離案發地點最近之私立財團法人國○綜合醫院（下稱國○醫院）。

前揭救護車於 94 年 1 月 10 日凌晨 1 時 55 分，將邱小妹送抵仁○院區急診室後，即由當日值班護士卯○○負責檢傷分類之工作，經分類為第一級應優先處理之病患後，即將邱小妹推入急診室，由值班之急診科主任乙○○醫師診治，乙○○因發覺邱小妹之意識昏迷，右手右腳乏力，兩側瞳孔不等大（右側為 4.5mm，左側為 3.0mm），遂判斷邱小妹為受有腦傷，昏迷指數為 7 分（滿分為 15 分，最低為 3 分），即施行高級外傷救命術（包含給氧、打點滴、保暖、理學檢查、神經學檢查等），於邱小妹生命徵象穩定後，即安排進行電腦斷層掃描檢查（即 CT）及 X 光檢查，並於凌晨 2 時 05 分聯繫該院區神經外科當日第一線值 ON CALL 班（即後續待命班，不須強制留置院區）之丙○○醫師要求會診，丙○○當時正在宿舍，經乙○○告以「有四至五歲女童，家暴，懷疑有顱內出血，需要會診，昏迷指數約六至七分」後，丙○○竟未依仁○院區「急診會診作業要點」第 4 點「會診部門應於 30 分內派醫師，即時前往急診處會診」之規定前往急診處會診，即向乙○○稱「先為女童插管。又仁○醫院全院並無神經外科加護病床，建議將女童轉院」。

當日凌晨 2 時 20 分，邱小妹作完頭部 CT 檢查時，兩側瞳孔散大（5.0mm），無光照反應，昏迷指數降至最低值 3 分，顯示邱小妹之右側鉤回腦疝已壓迫腦幹，並將腦幹往左側推擠，壓迫左側動眼神經，引起左側瞳孔隨之散大且對光無反應，腦幹可能已受損，病情危急，乙○○隨即判讀邱小妹之 CT 影像（呈右額顳頂部急性硬腦膜下血腫，厚度約 1.5 公分，併有嚴重腦水腫及中線偏移約 2 公分），診斷邱小妹為右側硬腦膜下腔出血，須緊急手術清除邱小妹之腦部血腫，即於凌晨 2 時 25 分再次聯繫丙○○，並於凌晨 2 時 30 分丙○○與急診室聯繫時，告知丙○○「女童之 CT 呈現右側硬腦膜下出血，腦中線外移，需要開刀」等語，詎丙○○當時人尚在宿舍，竟未依上開「急診會診作業要點」第 4 點之規定，即時前往急診室進行會診，亦未在仁○醫院以電腦 PACS 系統觀看邱○○之 CT 影像，於未經診斷邱小妹病情之嚴重性及急迫性下，即率然向乙○○稱因仁○醫院之神經外科加護病房均已滿床，為免邱小妹於腦部緊急手術後無法進行術後監看及照護，建議將邱小妹轉院。實則丙○○明知仁○醫院神經外科主任庚○○醫師擬於 1 月 10 日上午 9 時 30 分為一腦瘤病患進行非緊急手術，並預計將當時住於神經外科加護病房第一床之病患戊○○於 1 月 10 日上午轉出至一般病房，以騰出加護病床讓該腦瘤病患於術後入住（而戊○○亦確於 94 年 1 月 10 日上午 11 時轉出），丙○○並於 94 年 1 月 10 日凌晨 0 時許，曾巡視神經外科加護病房，知悉戊○○之病情並未惡化，應可依計劃於 1 月 10 日上午轉出，其應注意該預定手

術之腦瘤病患並非緊急情況，而邱小妹之病情危急，依醫師法第 21 條之規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延」，而應通知第二線值 ONCALL 班之神經外科主治醫師己○○及神經外科主任庚○○將上開腦瘤病患之手術改期，由己○○或庚○○等具神經外科專科醫師資格之醫師緊急為邱小妹執行腦部緊急手術清除邱小妹腦部之血腫，緩解邱小妹因腦部血腫引起之二度傷害，避免因腦部血腫導致之鉤回腦疝持續壓迫腦幹而死亡，並於術後入住戊○○轉至一般病房而挪出之神經外科加護病房第一床，以爭取邱小妹回復及存活之可能性，按當時情狀，丙○○又無不能注意之情事，竟疏未予以注意，即輕率建議乙○○應將邱小妹轉院。乙○○即囑該院急診室值班護士聯絡臺北市災難應變指揮中心（即 EOC，下稱 EOC）協助聯絡轉床事宜，並於凌晨 2 時 50 分請仁○醫院小兒科值班醫師天○○協助為邱小妹插上氧氣內管給予呼吸器輔助呼吸，及給予邱小妹降顱內壓之藥物後，邱小妹之昏迷指數回復 6T（相當於 7 分），瞳孔仍大（右側 5.0mm，左側 4.5mm），右側仍無光照反應，而左側瞳孔對光已有反應。

EOC 於凌晨 2 時 39 分接獲仁○醫院請求協助聯絡邱小妹轉診事宜之電話時，因當日值班護理師僅丁○○一人，而丁○○當時正為署立臺○醫院一肺炎合併呼吸衰竭之病患協助聯繫內科加護病房之床位，無暇處理邱小妹之轉診事宜，即於審視 EOC 之急救責任醫院加護病床空床數清冊第三次通報清單（即於 94 年 1 月 9 日晚間 11 時列印之清單）後，告知仁○醫院之急診室值班護士稱依上開清單所示，全臺北市急救責任醫院僅國○醫院有一床神經外科加護病床，請先自行聯絡國○醫院及其他醫院，如經聯絡後仍無法辦理轉診，再電請 EOC 協助。仁○醫院急診室值班護士巳○○、午○○及未○○即於當日凌晨 2 時 40 分至 3 時 29 分間，在照顧急診室其他患者之餘，陸續聯絡國○醫院、中○醫院、和○醫院、忠○醫院、馬○醫院、台○醫學院附設醫院、三○總醫院、亞○醫院、萬○醫院、新○醫院、恩○公醫院、新店耕○醫院、康○醫院及空○總醫院，詢以「有四歲女童家暴，SDH（即硬腦膜下出血），須立即開刀，有無神經外科加護病床？」，然該等醫院均答稱並無神經外科加護病床。國○醫院雖於當時有一神經外科加護病床，惟因該院有一住院病患地○○患有腦膜下出血造成癲癇發作、左側肢體無力且有多重器官疾病，預定於 1 月 10 日上午進行右硬腦膜下血腫清除手術，並於手術後入住該神經外科加護病床，即答覆仁○醫院急診室護士稱該院並無神經外科加護病房之空床。

巳○○於聯絡臺北地區醫院無果後，向乙○○報告，乙○○遂指示巳○○再度於凌晨 3 時 31 分聯繫 EOC 請求協助，EOC 值班護理師丁○○於接獲巳○○請求協助之電話後，因巳○○告知仁○醫院經詢問台北市各醫院結果均無神經外科加護病床，丁○○為爭取時間，即於凌晨 3 時 38 分至凌晨 4 時間，先行聯繫較配合 EOC 運作之中○醫院、臺○醫院，其等均答稱無神經外科加護病床後，嗣聯繫桃竹苗地區之新竹國○醫院、桃園敏○醫院、桃園榮○醫院、新竹馬○醫院、中壢天○醫院等，惟均無法詢得神經外科加護病床，即以電話告知仁○院區急診

室護士未○○，未○○遂囑丁○○繼續協尋床位。乙○○於得知 EOC 協助轉診無果後，即於凌晨 4 時再次聯繫丙○○，當時邱小妹之瞳孔逐漸放大，兩側均無光照反應，經丙○○於凌晨 4 時 05 分與急診室聯絡時，乙○○即告知丙○○，全台北地區均無神經外科加護病床可收治女童，可否在仁○醫院急診室加設加護病床，讓女童在仁○醫院進行緊急手術，丙○○應注意邱小妹之病況危急，實無法再等待聯繫轉診及轉診運送至台北地區以外醫院始進行開顱手術之時間，且該等聯繫及運送轉診之時間將提高邱小妹因腦內血腫導致之鉤回腦疝持續壓迫腦幹而病情惡化死亡之風險，其依醫師法第 21 條之規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延」，應儘速聯繫己○○及庚○○緊急為邱小妹實施顱內清除血腫之手術，並將前述腦瘤病患之手術延期，讓邱小妹得以於術後進住戊○○挪出之神經外科加護病房第一床，或於急診室加設加護病床，安裝神經外科加護病房當時閒置未使用之顱內壓監測器及呼吸器，使邱小妹得以在仁○醫院進行手術及術後之醫療照護，以爭取邱小妹存活之機會，而按當時情狀，又無不能注意之情事，竟疏不注意，即逕行答覆乙○○稱因仁○院區於邱小妹手術後無加護病床可提供完善之術後照顧，建議將邱小妹轉院。

丙○○嗣於凌晨 4 時 14 分撥電話予己○○，二人通話三分鐘餘，討論本案女童狀況及如何處置，詎其二人均知上開神經外科主任庚○○擬於 1 月 10 日上午 9 時 30 分為一腦瘤病患進行手術，並預計於術後入住原神經外科加護病房病患戊○○轉出後之神經外科加護病房第一床之事，應注意邱小妹之病情危急，而該腦瘤病患並非緊急情況，依醫師法第 21 條之規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延」，而應立即與庚○○聯繫將上開腦瘤病患之手術改期，並緊急為邱小妹進行開顱手術清除硬腦膜下血腫，讓邱小妹得以於術後入住戊○○轉至一般病房而挪出之神經外科加護病床或急診室加設之加護病床進行術後照顧，以增加邱小妹之存活機會，而按當時情況，又無不能注意之情事，竟均疏未注意，即輕率決定應將邱小妹轉院，並由丙○○致電乙○○告知渠等轉院之決定。

於此同時，EOC 值班護理師丁○○陸續於凌晨 4 時 04 分至 4 時 18 分間聯繫基隆長○醫院、林口長○醫院、和○醫院、恩○公醫院、楊梅天○醫院、桃園 000 醫院等均無所獲，又再行聯繫內湖三○總醫院、台○醫院、忠○醫院、臺北榮○醫院、新○醫院等醫學中心，惟該等醫學中心仍均表示並無神經外科加護病床可收治邱小妹。丁○○於聯絡臺北地區及桃竹苗地區各醫院無果後，思及臺中縣梧棲鎮之童○合醫院硬體設備良好，即向 104 查號台查詢電話號碼後，於凌晨 4 時 23 分聯絡童○合醫院，經該院表示有神經外科加護病床，且可立即為邱小妹進行顱內緊急手術後，即告知仁○醫院急診室，由該院區急診室值班護士申○○與臺中梧棲童○合醫院急診部副護理長宇○○聯繫確認該院可收治邱小妹後，告知乙○○，乙○○即指示申○○於凌晨 4 時 30 分聯絡已緊急安置邱小妹之臺北市家庭暴力暨性侵害防治中心同意將邱小妹轉診至臺中梧棲童○合醫院，經該中

心社工員宙○○及玄○○同意並簽署病情告知與診療建議書暨病人聲明書後，於凌晨 5 時 15 分備妥加護型救護車，由卯○○陪同邱小妹轉診至距臺北市仁○醫院車程約 2 小時（距離約 200 公里）之遙之臺中梧棲童○合醫院，當時邱小妹之昏迷指數為 5T 至 6T，而該等運作轉診之過程及時間已昇高邱小妹因右側硬腦膜下血腫持續壓迫腦幹導致死亡之風險。

嗣於 94 年 1 月 10 日上午 7 時 25 分邱小妹抵達童○合醫院，昏迷指數為 5T，瞳孔右側散大（7.0mm），左側 4.0mm，對光有微弱反應，童○合醫院之神經外科醫師甲○○立即於當日上午 7 時 50 分為邱小妹進行開顱手術清除硬腦膜下血腫，並於 10 時 50 分完成手術，邱小妹入住兒童加護病房，惟其病情仍未改善，昏迷指數為 5T。

嗣邱小妹雖於術後經童○合醫院之醫療團隊傾力治療，惟伊之腦幹已因轉診延誤手術致腦內血腫持續壓迫而喪失功能，故病情持續惡化，昏迷指數降為 2T，生命徵象亦不穩定，經辛○○及邱小妹之母辰○○於 94 年 1 月 22 日共同出具同意腦死判定及捐贈器官之同意書後，於同年 1 月 23 日上午 10 時 20 分及同日下午 2 時 05 分，完成腦死判定程序，邱小妹終因頭部遭鈍挫傷致急性硬腦膜下腔出血最後因中樞神經性休克而死亡。而認被告丙○○、己○○犯刑法第 284 條第 2 項業務過失致死罪。

二、

按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定其犯罪事實，刑事訴訟法第 154 條第 2 項定有明文。又所謂認定犯罪事實之證據，係指足以認定被告確有犯罪行為之積極證據而言，如未發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎，最高法院 40 年台上字第 86 號著有判例可稽。又「無罪推定」乃刑事司法程序上之基本原則，此種原則表現在刑事案件中，只是另一種形式表示負擔之法則。易言之，刑事案件之追訴，必須提出證據（舉證負擔），並需說服至無合理懷疑之地步（證明負擔），始能謂被告有罪。又此處所謂「合理的懷疑」是指在一切證據經過全部的比較或考慮後，審理事實的法官本於道義良知，對於該項證據有可以說出理由來的懷疑，此時對於追訴之事實，便不能信以為真，便應對被告作出無罪之判決。最高法院 88 年台上字第 954 號判決亦認「認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論直接證據或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般人均不致有所懷疑，而得確信為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未到達此一程度，而有合理之懷疑存在時，即難遽採為不利被告之認定」，即採此一見解。

在遠古糾問制度下，被告乃訴訟之客體，法官為被告之辯護人，被告自無防禦權可言。但隨著法治國思想之發展，於現代職權主義及當事人主義之刑事訴訟制度中，依據「法治國自主原則」（Autonomieprinzip），被告漸獲得訴訟主體之地位。而法治國自主原則，源於確認人有自主能力，故憲法上之自主原則，有二層涵義：

1.無罪推定原則：

而無罪推定原則有雙重涵義：其一，未有證據證明被告曾有犯罪事實以前，推定被告為無罪，易言之，如沒有積極證據足資認定被告犯罪，被告即不得被認為有罪，此乃證據裁判原則；其二，證明被告有罪，必需無合理可疑，否則，即應對被告為有利之認定，此即罪疑有利被告原則。

2.不自證己罪原則：

即禁止被告背叛自己，而成為對己不利之證據方法，其涵義有二：其一，關於被告自白之證據能力，賦予被告緘默權，且被告之緘默不得資為被告不利之認定；其二，關於被告之自白，不得作為被告有罪之唯一證據，易言之，以限制被告自白對犯罪事實之證明力，來保護被告之人權。

依據以上原則，就現行法言，我國刑事訴訟法第 161 條第 1 項之規定「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出其證明方法」。足徵，目前我國在以實現刑罰權為目的之刑事訴訟中，舉證責任原則上由作為國家機關之檢察官承擔。在刑事訴訟中，基於前述「被告受到有罪判決前被推定無罪」、「有疑時為被告利益」而判斷之原則，當事實存在與否不能證明時，檢察官要受到不利的判斷。易言之，檢察官所負之舉證責任，必須使法院達到有罪之確信，方會對被告作出有罪之判決；倘若法院未達到有罪之確信，即應對被告作出無罪之判決。

三、公訴人認為被告丙○○、己○○犯業務過失致死罪，無非係以下列證據為其主要論據：

供述證據部分：

- 1.被告丙○○、己○○之供述。
- 2.證人丑○○、寅○○偵查時之證述。
- 3.證人乙○○於偵查、審判之證述。
- 4.證人巳○○、午○○、未○○、卯○○、申○○偵查時之證述。
- 5.證人酉○○偵查時之證述。
- 6.證人黃○○偵查時之證述。
- 7.證人庚○○偵查及審判時之證述。
- 8.證人亥○○、宙○○、A○○偵查時之證述。
- 9.證人B○○、丁○○於偵查、審判時之證述。
- 10.證人C○○、D○○於偵查時之證述。

非供述證據部分：

- 1.仁○醫院急診室電話雙向通聯紀錄。
- 2.仁○醫院神經外科值班表。
- 3.仁○醫院急診作業規範。
- 4.加護病房業務報告表。
- 5.丙○○、己○○94年1月10日行動電話雙向通聯紀錄。
- 6.臺北市家庭暴力暨性侵害防治中心處理本案流程表、報告、專線電話錄音譯文、緊急安置通知。
- 7.EOC 通聯紀錄、通聯錄音光碟、詢床資料、急救責任醫院加護病房空床數清冊

- 94 年 1 月 9 日第三次通報紀錄表、工作日誌表。
- 8.行政院衛生署 94 年 1 月 31 日衛署字第 0000000000 號函。
- 9.臺北市立聯○醫院 94 年 4 月 4 日北市醫仁字第 0000000000 號函。
- 10.臺北市立聯○醫院 94 年度考績臨時會會議紀錄及臺灣臺北地方法院檢察署檢察官之勘驗筆錄。
- 11.邱小妹之病歷、臺北市立聯○醫院仁○醫院電腦主機查神經外科加護病房 IP 紀錄。
- 12.仁○醫院對邱姓女童案事件說明書、臺北市政府政風處調查報告、臺北市政府專案調查紀錄、錄音光碟、臺北市政府衛生局專案報告。
- 13.童○合醫院 94 年 1 月 4 日(94)第 0076 號函。
- 14.監察院彈劾案文、臺北市政府衛生局行政處分書、醫師懲戒決議書。
- 15.法務部法醫研究所解剖鑑定書、94 年 1 月 18 日及 2 月 2 日法醫理字第 0000000000 號函、0000000000 號函及所附鑑定書。
- 16.行政院衛生署 94 年 7 月 21 日衛署醫字第 0000000000 號函。

四、訊據被告丙○○、己○○均堅詞否認有何業務過失致死之犯行。

被告丙○○辯稱：

1.關於醫療制度、值班之問題（on call vs duty）對於發生這樣的事件，我深表遺憾。我想沒有一個醫師會希望他的病人狀況變差或變不好，從我入外科以來也是秉持醫師宣言的精神去行醫。而畢竟一個醫師本來就只是醫療體系的一小部分，當一位病患來到醫院時，整個醫療體系會相互運作，有主治科、有會診科及後續的照護以達成完整的治療。好比人的五官相互合作，才能看到世間的色、香、味。外界最不能諒解的是為何可以不必到場親診，那也是原來制度上 on call 班設計的用意，對於治療一個病患各司其職，聽從第一線醫師的需求而定，這樣的 on call 班也行之有年。況且外科本來就是師徒制，心想一個急診科主任若真的要求我親自到場，我一個小住院醫師，有拒絕的理由嗎？

2.當時醫院情況，尚無小兒加護病房，從仁○醫院成立以來，本來就沒有小兒加護病房的編制，一般要成立小兒加護病房，護士必須經過獨立 3 個月以上的訓練（這證人 B○○也說過），更遑論加床和挪床，真的無法做完整照顧。若冒然手術，不異直接殺害女童，也是訓練過程中所不允許的。過去我的訓練中，即使有病床，遇到幼童腦部出血，也是轉院治療。

3.關於誤觸媒體和說謊事件：

事情原本單純，平心而論我的錯在於年輕無知不該接受媒體訪問和事後的說謊，使得整件事情變的更複雜，但這都模糊了原來事件的焦點。衛生署的醫師懲戒委員會經調查後也認為整個會診依據當時院內急會診作業要點行事。只對說謊事件記警告和修業醫學倫理 20 學分。

4.事後對女童的關心：

事件之後，我和劉醫師仍對女童關心不減，在調查一段落後親自到童○合醫院，在女童往生前，也一天至少和 B○○醫師通過 1 通電話。事後兩年半回想起來，

轉院仍舊是對女童最有利的治療，或許有人仍然認為要加床和挪床或有來不來的及的疑惑。但當時我的認知就是能最快提供完整的術前和術後照顧的地方，就是來的及。但無奈當時的仁○醫院的狀況無法達成。這也是當時的醫師裁量權。若我當時真的把她留下手術，雖然避免了這一切紛擾，但後果我也知道，我會良心不安一輩子。這兩年來，我也離開我最愛的神經外科，也承受媒體對一位醫師幾近死亡的宣判，我學會了承受和不抱怨。

被告己○○辯稱：

手術只是一個階段，仍須要有術後的照顧，不然手術也是一個危險。以後來甲○○醫師為何開了兩次刀，第一次就已經清除血腫，但是因為後續的變化，才要進行第二次手術，我們如果開刀，也是清除血腫，以醫師的立場，也是會急救開刀，綜合當時狀況，轉院還是對病患最有利。至於台北市災難應變指揮中心（EOC）從三點半才聯絡到醫院，到四點左右才聯絡仁○醫院說找不到病房，也有問是否還要往南找，四點二十幾分才找到童○合醫院，我們只知道台北市災難應變指揮中心（EOC）有在找，並不知道要找到台中去。對於戊○○排刀，他是當天晚上才住進來，不可能以壹個還沒有住進來病人，事先安排開刀。

五、經查：

按「醫師非親自診察，不得施行治療」、「醫師對於危急之病症，不得無故不應招請，或無故遲延」醫師法第 11 條第 1 項前段、第 21 條分別定有明文。就被告丙○○、己○○對於邱小妹之死亡，應否負業務過失致死之責，應論究者，係邱小妹於 94 年 1 月 10 日凌晨 1 時 55 分送至仁○醫院急診室後，被告致男、己○○所做轉院之決定，不立即開刀之不作為，是否違反彼等之作為義務？

作為刑法判斷對象的不作為，並非「什麼都不作」，而係不為「法律所要求的一定行為」，故絕非單純的「無」，因此刑法上不作為的因果關係應在「若法律要求的一定作為，則不發生該結果」的命題下加以判斷（見管○岳，不作為犯的刑事責任，蔡○銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集第 323 頁），從而，應該先予確定者，係被告丙○○、己○○在法律上負有何種義務？彼等是否因不作為而違反該等義務，而造成邱小妹死亡的結果，或增加邱小妹死亡之風險？又該不作為與死亡的結果或增加死亡的風險，有無因果關係？

又，在不作為的因果關係問題上發揮作用的，並不是條件說，而是相當因果關係理論。如果有作為義務的行為人，如果履行義務防止犯罪結果的發生，是不是結果就不發生，也只能在無限大的可能性當中，找尋相當可以確定的可能性，而無論如何，「如果履行作為義務防止侵害法益的結果發生，結果就不致發生」都只是一個假設，因為沒有發生過的事情，誰也不知道。這所以不作為的因果關係被稱作「假設的因果關係」。這個假設是依一般經驗法則推論而來，那究竟到什麼程度，才可以假設不作為與結果之間具有因果關係？相當因果關係說的相當可能性在這裡就成為「幾近確定」。這個「幾乎可以完全確定」的最大可能規則，是德國聯邦最高法院發展出來判斷不作為的「相當因果關係」的具體標準。因為不作為的因果關係是依賴經驗法則上的最大可能性所擬制出來的，所以也稱作

「擬制的因果關係」或「準因果關係」（見許○秀著，主觀與客觀之間，第 311 頁至第 312 頁）。

1.證人 B○○醫師到庭證稱：「教科書上硬腦膜下腔出血的病人，癒後常在受傷一剎那便決定，早開刀只是挽救她的生命，不能挽救她的後遺症」等語。誠如其所證稱早開刀或許只是延續邱小妹多一些時間的生命。但是如果死亡結果可以預期，便可以排除本案被告等之行為與邱小妹之死亡結果之因果關係，那無異代表延長生命的過程是否變得毫無意義？亦即若然本案認定無因果關係，此形同宣示，往後醫師面對各種重症及絕症，選擇不予醫治或甚至給予錯誤醫治，將不必負擔任何責任，且醫師最好選擇不予醫治，因為可輕易且有效規避積極治療所需承擔的風險。此等結果除非人民所期待外，亦非法規範之目的。每個人都會死亡，因為意外、疾病、各種原因，硬腦膜下腔出血即便死亡率高，但並非絕症，罹患癌症的病人也是、愛滋病、各式各樣的絕症和急症，死亡的可預期性和一般健康的人都一樣，只是必然結果，發生時間早晚而已。在面對重症或絕症時，病患不是要求醫生可以保證一定治癒，所求無非為儘量拉長延續生命的長度甚至提高最後生命的品質，然後渴求一點點治癒的奇蹟出現；也因此病患願意交付生命與每位醫師，大部分的醫師並沒有因為是重症或絕症救拒絕治療，因為那將剝奪病人最後一絲絲延長生命的權利。這是每個人作為一個生命的尊嚴，也是為什麼大多數人願意去相信醫師，不論機會多小，不論醫院大小，不論設備好壞，不論你是否是最優秀的醫師，相信你會在我們生命面臨困境時，將生命交付予你時，你會竭盡你所能的救我們，給我們一點等待奇蹟的機會。此乃醫師之所以為大眾最信賴的專業人員，原因並非我們知道醫師可以起死回生或萬能的能治療所有不治之症。從而，被告及其選任辯護人以邱小妹腦傷嚴重作為無因果關係的推論，尚非可採。

2.依據行政院衛生署醫事審議委員會鑑定書之鑑定意見為：就此病童而言，頭部遭受外力撞擊時已經造成嚴重的頭部外傷，包括直接腦損傷（手術時發現有腦挫傷）及硬腦膜下血腫壓迫引起的腦損傷（腦水腫），導致鉤回腦疝，壓迫腦幹，引起同側（右側）瞳孔散大，顯示腦幹損傷。後經氣管插管及降顱內壓藥物治療，腦幹受壓迫情況略有改善，至 07：30 轉院至臺中梧棲童○合醫院，這期間病情未有明顯惡化，但腦幹仍然持續受到壓迫，儘早手術可以緩解血腫引起的腦部二度傷害，但不能改善腦部直接受到的傷害（外力直接引起的腦損傷，非血腫壓迫引起的二度腦損傷），對可能已經損傷的腦幹也益處不大，未必能挽救此病童，但可略為增加此病童存活的機會，不過亦有反而成為植物人之可能，未能儘早手術對其病情可能有些影響，對此病童死亡結果的影響不大（見 94 年度他字第 609 號偵卷第 124 頁、第 125 頁）。就該鑑定報告所言，儘早手術有增加邱小妹存活的機會，雖然影響不大，終究還是有影響，依照前述「幾乎可以完全確定」的最大可能性「擬制因果關係」，本件被告丙○○、己○○不立即進行手術之不作為與邱小妹的死亡有因果關係。

關於「被告丙○○、己○○未親自到場診療有無違反作為義務」部分：

1. 經查，被告丙○○94年1月10日接獲急診室值班主任乙○○醫師會診之通知後，固僅以電話而非親自至急診室會診，然此電話會診方式並未違反仁○醫院就急診會診之規定，此有下列證據可資參酌：

按仁○醫院「急診會診作業要點」第4點規定：「照會之會診科別應於收到通知30分鐘內指派醫師前往急診科應診，或主動照會急診醫師討論病情及後續處置」（見他字609號2卷第33頁），係規範會診醫師應於30分鐘內「到院或以其他方式主動照會會診」，易言之，電話會診亦無不可，被告無必然需到院會診之義務。另，對照上開作業要點第6條規定：「若會診醫師經總機呼叫無回音，或未於30分鐘內前來會診，則照會醫師得直接聯絡被照會科別之科主任，或由急診醫學科主任處理，並做成紀錄陳核院方處置」，益證其規範要點為「必須回覆」，而非「必須到院」。

證人庚○○（即仁○醫院神經外科主任兼台北市立聯○醫院神經外科部主任）於94年1月20日偵訊之證稱：「…被會診之醫師，需於接獲通知30分鐘內回應，若無回應，需向第二線或科主任報備，被要求會診醫師需否到現場，可由他們在電話中討論」（他字609號2卷第78頁），及於本院95年4月3日審理時所為之證述：「一個病人之病情可能涉及很多科，如果有一科提出會診的要求，別科都會配合，會診形式有很多種，例如：可能是以電話的方式會診、或要求我們親自到場會診，或病房的會診、急診的會診或院區的會診。」、「會診機制都是透過PHS的電話，我們接到電話後，會先確認會診的狀況，根據電話的溝通之後決定是否親自到場。」足徵，會診醫師是否需親自到場會診，應係透過電話聯繫確認病患狀況及實際需要後再予決定，即以電話方式與急診醫師討論病情及後續處理亦可，非必然須親自到場始謂「會診」。

參以證人乙○○於本院95年2月20日之證述：「（以你的臨床經驗是否常有電話會診的情形？）有。」、「（以電話會診的情形如何？）如果對病人的照顧方式，兩邊都認為一樣，沒有異議的時候，會用電話會診。」、「（以電話會診，你與丙○○對處置方式是否有不同的認定？）應該是一樣的。」、「（你有無要求丙○○親自到場？）沒有，按照當時的急診會診規定，在電話會診是符合醫院規定的。」等語，足徵被告無須親自到場會診，尚未違該仁○醫院規定之辯解為可採。

綜上，被告丙○○係依規定執行會診，要難謂有客觀作為義務之違反，此亦可參酌行政院衛生署醫師懲戒覆審委員會決議書所載：「被懲戒人（即被告丙○○）雖為住院總醫師，且仍屬在最後一年的訓練及學習中（尚未取得外科專科醫師及神經外科專科醫師資格），惟在醫療制度上，仍可以回應急診室之照會，但看完之病人後，必須向該科值班的主治醫師報告詳情，再由值班的主治醫師做最後的裁決（開刀或轉診），此為一般醫療常規中住院醫師訓練之通則。本案被懲戒人未親自會診，固有未符一般醫療常規，但觀諸被懲戒人所檢附台北市立聯○醫院仁○醫院急診作業要點第4點規定，如照會之會診科別收到通知，可與急診醫師討論病情及後續處理，則可不必親自到診，故本案被懲戒人未親自到急診室會診，與該要點規定並無不符，顯見被懲戒人已被訓練成依此規定辦理，此項責任，實

不應由被懲戒人負擔」等語可稽。

不論是主治醫師或會診之醫師，對於求診之病患均有救助義務，至於醫院內部之分工，自不得作為醫生不予救助之藉口，故被告及其選任辯護人一再辯稱「邱小妹經救護車送至仁○醫院救治，當時應負診療義務（即救治義務）之醫師為急診室主任乙○○醫師，並非被告丙○○或己○○，故被告縱未親自會診，亦不影響仁○醫院對邱小妹之救治」之辯解雖難可採，但查邱小妹於 94 年 1 月 10 日凌晨 1 時 55 分經由救護車送抵仁○醫院急診室後，即由急診室主任乙○○醫師負責診治，此由邱小妹到院後對其施行救治（包含給氧、打點滴、理學檢查、神經學檢查及予降顱內壓藥物等）及依「台北市立仁○醫院急診醫學科病情告知與診療建議暨病人聲明書」之記載，邱小妹之主治醫師為乙○○，且於檢查、處置、治療之告知及聲明、被告丙○○於會診時雖知邱小妹腦傷嚴重，但基於仁○醫院術後照顧不足建議轉院等節觀之，該等醫療行為尚稱適當。

2.退步言，被告等人雖未親至急診室會診，惟對邱小妹病診斷並無造成任何影響，此觀：

行政院衛生署醫事審議委員會第 0000000 號鑑定書所載意見：「依照病童初送至仁○醫院之傷勢情況，若由其他醫師提供正確的足夠資訊，包括病童的基本資料，生命徵象，昏迷指數，瞳孔大小及對光反應，血腫的量及位置，腦浮腫或中線偏移的程度，合併的腦損傷或其他外傷，以及病程的進展情況，對初步治療的反應等（急診專科醫師具有描述上述醫療資料的能力），被照會的神經外科醫師即使未親自診察，亦未查看病童之腦部掃描結果，已足以初步判斷是否採居開顱手術治療或藥物治療」等語。

以本案情形觀之，急診主治醫師乙○○對邱小妹病情之診斷，依急診病程記錄所載，謂該女童係因家暴而受有右側硬腦膜下出血之傷害，於 1 月 10 日早上 2:45 進行會診，進一步診斷為「右側硬腦膜下出血」、「中線偏移」、「生命現象穩定」、「昏迷指數：眼睛一分、運動四至五分、說話一分」，並認「手術與術後照顧是需要的」，而為轉院之處置。此核以童○合醫院對邱小妹之診斷亦為「硬腦膜下出血」，應進行手術及術後照顧之治療亦係相同。足徵，急診主任乙○○醫師確有足夠能力判斷邱小妹之病況及應採取手術治療之方式，並非須待被告親自到診始能判斷邱小妹病情及應為之處置。

3.復查急診主任乙○○醫師於為邱小妹完成頭部斷層檢查並得知結果後，多次與被告丙○○聯繫，其目的非尋求腦神經外科協助判斷病情，而係確認腦神經外科能否提供後續手術治療之可能，此有下列證據可資參酌：

證人乙○○於 95 年 2 月 20 日審理時所為之證述：「（你在急診室為邱女童診治是否需要專科醫師會診？原因為何？）要，需要專科醫師作後續處置。」「（你剛才所謂的后續處理是什麼意思？）以當時病人來講，他的昏迷指數比較低，在半昏迷狀態，需要神經外科後續的處理，急診的目的是趕快做檢傷分類跟病人初的診斷及穩定，之後後續的照顧是其他專科來處理，所以不可能急診後就出院，但本件病人不可能急診後就出院，且本件病人有外傷及神經方面的傷害，所以要由

神經外科來做治療。」、「(你第一次與丙○○聯絡後，他的處理方式為何?)第一次聯絡時還不知道病人要如何診斷，我當時告訴丙○○說病人右側肢體無力而且腦部受傷需要住加護病房，他給我的答案是在九日時有一個神經外科病人應該要住院，但因為醫院沒有加護病房可以做後續處理，所以就把該病人轉院，所以這位病人可能也需要轉到別的醫院去做處理。」、「(為什麼再次要求丙○○會診?)因為確切的掃描、診斷已經出來，針對後續的處理，應該如何，需要跟專科醫師討論處置方式，這是我們第二次的電話聯絡。」、「第二次電話跟丙○○提到邱女童右側的硬膜下出血，還有中線位移，需要神經外科後續的處理，丙○○在電話說，這個病人應該要住加護病房，但是目前全院沒有加護病房所以沒有辦法提供後續照顧，建議病人轉院，丙○○應該有提及小孩後續加護病房照顧會比一般病人特殊，醫院又完全沒有加護病房，後續的照顧沒有辦法處置。」、「(你有無要求丙○○親自到場?)沒有，按照當時的急診會診規定，在電話會診是符合醫院規定的。」

綜上，足徵當時急診室主治師請求腦神經外科會診之目的，非在邱小妹病情之診斷，而是討論後續處置問題。是以，被告縱未親自至急診室會診，對於邱小妹病情之診斷，並無任何影響。被告因仁○醫院已無加護病房可供後續照顧治療，因此為轉院處置之建議，尚無不當，要難認有延遲診療之情。

被告等人有無挪床之作為義務?

1.公訴人認：被告等人明知仁○醫院神經外科主任庚○○醫師擬於94年1月10日上午9時30分為一腦瘤病患進行非緊急手術，並預計將當時住於神經外科加護病房第1床之病患戊○○於1月10日上午轉至一般病房，以騰出加護病床讓該腦瘤病患於術後入住，且被告於94年1月10日凌晨巡視神經外科加護病房，知悉戊○○之病情並未惡化，應可依計劃於1月10日上午轉出，被告應注意該預定手術之腦瘤病患並非緊急情況，而邱小妹之病情危急，依醫師法第21條之規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延」，應通知第2線值ON CALL班之神經外科主治醫師己○○及神經外科庚○○將上開腦瘤病患之手術改期，由己○○或庚○○等具神經外科專科醫師資格之醫師緊急為邱小妹執行腦部緊急手術，並讓邱小妹得以於術後進住戊○○挪出之神經外科加護病房第一床。按當時情況，被告無不能注意之情事，竟疏未予注意，即輕率建議乙○○應將邱小妹轉院，涉有業務過失。惟查，被告是否負有挪床之作為義務？不僅關於被告是否具有控床權限？更涉另一名病患即戊○○之生命權益？是否得以事後戊○○依原計劃於該加護病床移出，即認被告當然負有挪床之作為義務？

2.當時是否應將另一名於神外加護病房之患者戊○○移出，以騰出病床供邱小妹術後照顧使用？經查，病患戊○○因出血性腦中風，於94年1月7日下午4時許到院後，辦理緊急住院，並於加護病房接受治療，有戊○○之病歷在卷可證。故於94年1月10日邱小妹送至仁○醫院時，戊○○待在加護病房觀察治療之時間未滿三天，嗣雖於94年1月10日上午11時左右移出加護病房，惟其待在

觀察室接受後續觀察治療尚達 7 日之久，足見其病情狀況仍有惡化的風險，未如檢方所認已平穩無礙。因此，戊○○是否得按原訂計畫於 94 年 1 月 11 日上午移出加護病房，自難僅憑被告於 94 年 1 月 10 日凌晨巡視神經外科加護病房時，戊○○病情未惡化，即謂其得由加護病房移出，因任一進行腦部手術，或需要在加護病房進行治療之病患，因病情隨時可能發生變化，故須藉由加護病房完足之設備，進行密集式之監控，以俾病情一有變化即能立刻取採適當之處置及救護。戊○○之病情，於 94 年 1 月 10 日凌晨被告丙○○巡視神經外科加護病房時，或呈穩定狀況，但不必然保證之後病情不會發生變化，易言之，如戊○○之病況變化之風險，既然無法排除，尚無法逕認其無使用加護病房之必要。倘若貿然將其移出加護病房，事後病情發生重大變化，則同樣對於生命法益及於該病患負有診治義務之醫師而言，如何得謂被告應犧牲其他病患之生存權益，以維護邱小妹之權益？進而認為被告應負挪床之作為義務？檢察官忽略被告等人對於已在加護病房之病患戊○○同樣具有診療義務，且所欲保護及擬犧牲均係等價之生命法益，所謂「戊○○之病情並未惡化」等語，在當時尚無法立即判斷，尚不得以事後戊○○病情未曾惡化之結果，反推當時被告應有挪床之義務，蓋任何醫師包含被告對於戊○○病情是否發生變化，均難有預見之可能，遑論得以被告於 94 年 1 月 10 日凌晨巡視神經外科加護病房時，戊○○病情未惡化乙節，即認被告應負挪床之作為義務，其理不言可喻。

關於被告是否有採以於急診室「加床」並施行手術之作為義務？

1.對於被告是否如公訴人所稱應於急診室加設加護病床，安裝神經外科加護病房當時閒置未使用之顱內壓監測器及呼吸器，使邱小妹得以在仁○醫院進行手術及術後之醫療照顧之義務？惟於討論被告有無違反公訴人上開所稱之作為義務前，實應審究於案發當時仁○醫院是否具有完備之條件及能力，得在全院無加護病房之情況下，尚得於急診室加裝設施以進行小兒腦神經外科手術，並提供術後照顧？若仁○醫院在客觀條件下，根本無從施行小兒腦神經外科手術並提供術後照顧，「加床」於客觀上根本不可能實現即無期待之可能性，自無強命被告就此不可能之事負作為義務，進而論以過失致死之罪責。

2.觀仁○醫院小兒腦神經外科手術所需具有之能力及設備而論：

一般醫護人員所需具備之專業能力，及醫院應具有之設備，按行政院衛生署醫事審議委員會第 0000000 號鑑定書所載鑑定意見稱：「對於施行小兒腦神經外科手術，目前醫療法並無特別規範，神經外科醫師均可施行之。但兒童並非僅是成年人的縮小，醫護人員除了需要特別的細心與耐心之外，亦需要對小兒的特質（如病情變化快，容易失溫，不易表達問題及難以配合或合作，靜脈注射困難，抽血困難，各種導管置放不易等）具有經驗，醫院最好具有各項兒童用的設備，包括氣管內管，開顱手術器械、監視器，保溫毯，呼吸器等等，在危急的情況下，部分成年人用的設備或器械亦可用於小兒，但顯得粗大且不合適，難以進行較精細的手術，亦有部分成年人的器械因為尺寸不合，完全無法用於小兒。」可知，所謂「加床」並非增設一張通念之普通病床，其為能供作小兒神經外科手術之用，

自須能裝設備有各項用於小兒包括氣管內管，開顛手術器械、監視器，保溫毯，呼吸器等設備之病床。

就仁○醫院過去之情形而論，該院尚無「加床」之規定，更未曾發生過加床之情形（參見乙○○於本院 95 年 2 月 20 日證述）。若以仁○醫院於案發時所具有之設備及條件觀之，除全院無小兒加護病房之設置外（按：僅有新生兒加護病房，自無法供予四、五歲兒童使用）由於仁○醫院於平時即無能力收受小兒重症之病患，故諸多設備付之闕如。以呼吸器為例，由於吸氣容積不同，成人呼吸器管路與小兒不同，無法提供予小兒使用，否則將影響小兒驅動呼吸器之能力及二氧化碳之排除。而仁○醫院於案發當時，確無完整之小兒呼吸器可供使用，此有下列證據可資參酌：

證人戊○○於本院 95 年 4 月 3 日審理時之證述：「在邱小妹妹案發後，因為我們放完假回來，當時我正在成人加護病房值勤，護士小組在上班時間要我尋找看看有無小兒呼吸管路，我尋找之後有一套嬰兒呼吸器材，當時零件不齊全，並沒有小兒的呼吸器材。」、「（這個小兒的呼吸器管路與成人有何不同？）不同的地方是吸氣的容積不同，但呼吸器是一樣的。」、「（大人的呼吸器管路是否可以提供小兒使用？）不行，因為他的容積大於小兒所需要的吸氣容積，會影響小兒驅動呼吸器的能力及二氧化碳的排除。」、「九十一年八月到這家醫院時，我知道加護病房有一套小兒呼吸器管路，但這套零件不完整」、「我沒有跟其他人報告，其他呼吸治療師都知醫院裡面這套小兒呼吸管路是不齊全，當時醫院共有五位呼吸治療師。」等語，可見仁○醫院尚無可適用的小兒呼吸器。

復參酌台北市立聯○醫院 95 年 5 月 12 日覆本院函表示：「... 二、有關來函說明欄第二項第一點經查證：本院設有於四個月以下之新生兒呼吸器管路放置於新生兒加護病房，94 年 1 月 10 日當日沒有完整的小兒呼吸器管路設備。三、本院成人加護病房內設有成人呼吸器兼具小兒呼吸器功能，但設定方式與成人不同且小兒管路組件不齊（如連接集水杯連接頭、潮濕器接頭。）」由該函足徵 94 年 1 月 10 日當日仁○醫院確實沒有完整的小兒呼吸器管路，且此欠缺情形已達數年之久，突顯仁○醫院平日即無處理小兒重症病患之條件及能力。

證人乙○○醫師在提出急診加護病房加床之建議後，嗣亦考量小兒呼吸器管路問題，確認「加床」係不可行，而決定轉院，此可參見乙○○於證稱：「（丙○○知道你們急診加護病房加床的建議之後，他如何答覆？）那時候丙○○提到小孩子呼吸器及管路很複雜，可能急診加護病房無法處理，他這樣說我們就知道小孩子東西很多與一般不同。」、「因為第三通電話丙○○有說過小孩子呼吸器、管線比較不易張羅，我也知道這確實不易張羅，所以我就沒有再通知丙○○，就決定送童○合醫院。」及「（第三通電話中丙○○有跟你提到小孩子術後的器材有問題，是指醫院沒有這方面的器材，還是要移到急診加護病房有問題？）他有講呼吸器部分，因為小孩的呼吸器與管路是不一樣的，因為我們醫院沒有小孩的加護病房，所以可能沒有小孩用的呼吸器及管線，我們醫院小兒科並沒有收重症病人，所以我認為我們醫院小兒科沒有這些器材。」等語，亦足證明被告辯稱仁○醫院

設備不足應屬非虛。

再者，由於急診室與三樓神經外科加護病房所使用之電腦系統並不相同，縱於院內尚有閒置未用之顱內壓監視器等，亦無法將其安裝於一樓急診室內使用，且此亦攸關術後照護之問題，絕非僅僅於急診室內「加床」所能解決，仁○醫院歷來無於急診室加床進行開顱手術之例，則小兒開顱手術是否得順利遂行，實有疑問，此有下列證據可資證明：

證人庚○○於 94 年 1 月 20 日偵訊時證稱：「(丙○○醫師告訴術後照顧無法完成問題何在?) 因為急診加床的話，顱內壓監測系統及小兒呼吸系統管路無法在急診室完成監視器畫面的接通(腦壓波型無法顯現)，因為 3 樓 ICO 是採 HP 系統，急診是日本光電系統，兩者不同，且不能相容，仁○醫院從來沒有在急診室完成加床的開顱術(見他字 609 號 2 卷第 79 頁)。

證人 E○○(即仁○醫院急診護理長)於台北市政府 94 年 1 月 23 日調查時陳稱：「(急診 ICU 有無顱內壓監測器?) 沒有」、「(哪裡有此設備) 可能 3 樓加護病房才有」、「(可否調借?) 我們從來沒有借過，所以不確定」等語(見他字 609 號 2 卷第 142、143 頁)。

證人西○○(即仁○醫院 3 樓加護病房護理長)於台北市政府 94 年 1 月 15 日調查時陳稱：「(請問醫院顱內壓監測器共有幾台? 可否推到急診室?) 只有 2 台，可移動，但須視急診有無中央監視系統醫療設備可連接使用」、「(急診 EICU 如要借顱內壓監測器，能否?) 借東西當然可以，但通常神外開刀都住在 3F 加護病房，我到任一年多，不記得有住 EICU 的，IC monitor 在 3F ICU 可任意移動至任何 1 床使用，但 EICU 不確定可使用」等語(他字 609 號 2 卷第 146 頁)。

可徵，以當時仁○醫院所具備之客觀條件而論，並無足夠之設備可施行小兒腦神經外科手術。如檢察官認為被告未立即實施手術為不作為，相對的，被告即應為開刀之作為義務，則依照此種推論，被告在「仁○醫院設備不足下所為之開刀行為」應被認為適法，但，此種價值判斷的延伸，豈不認為「醫生在醫院設備不足下，仍應該開刀」是正確的價值判斷? 此種價值判斷，對病人之權亦保護，亦非周詳(詳如後述)。

3.對於「術後照顧」部分：

參酌行政院衛生署醫事審議委員會之鑑定意見稱：「依腦神經外科之醫療常規，嚴重頭部外傷病人之治療，手術為重要之治療，但是手術後仍有 5 天左右的危險期，且手術後之醫療照顧比手術本身還重要，如無加護病房床位，即無法後續嚴密周全之照顧」可參。

所謂「術後照顧」，以小兒腦神經外科而言，醫護人員所應具備之特殊專長或訓練，及醫院應具有設備，依行政院衛生署醫事審議委員會之鑑定意見亦認：「頭部外傷病患的『術後照顧』(以小兒腦神經外科而言) 主要包括 24 小時監視病患的生命徵象(必須有小兒生理監視器，通常為加護病房的配備)，監視病患的神經學情況及是否有變化(昏迷指數、瞳孔大小、瞳孔對光反應，眼球運動，四肢活動力，神經反射，協調動作等，醫護人員必須具備小兒神經學知識及小兒神經學

檢查基本技巧)，監視及治療顱內壓升高（最好有顱內壓監視器，常需要有小兒呼吸器維持過度換氣降低顱內壓，降低顱內壓藥物等），各種導管的置放及照顧（氣管內管、動脈導管、靜脈留置導管、導尿管、腦室引流管等），最重要的是病人有變化時必能立即施行電腦斷層掃描檢查，若有再出血或難以控制的腦浮腫，常常須要再度手術，醫護人員最好兼具治療及照顧小兒及神經外科病患的經驗或訓練。」

依仁○醫院之情形觀之，如上所述，由於該院區無小兒加護病房之設置，其條件及能力上，並無處理小兒重症之能力，故在重症治療所需設備，亦多所欠缺（此由小兒呼吸管路不齊，經年未予補足等情，亦得證明）。是以，仁○院區平時即無收受及處理小兒重症病患之能力，遇此需施行小兒腦神經外科手術，更難具有符合上開鑑定報告所載設備、經驗及能力。況施行手術及術後照顧，本屬一體，實難強行切割，目前醫療實務上之運作亦係如此，此有下列證據可資證明：

證人甲○○於本院 95 年 7 月 13 日之證述：「其實就硬腦下出血的病人開刀只是治療的一小部份，後續的照顧才是最重要，如果只有開刀沒有治療，這小孩不開刀是一樣的，你開了刀就要照顧，必須要有相關設備，才有辦法作後續治療。否則開完刀沒有照顧，這小孩子只會更壞不會更好。」、「邱小妹只有五歲，是安置在小兒加護病房，但是因為是神經外科的病人，所以要神經外科的腦壓監測、床要有配合調整腦部高度，其餘小兒加護病房都會有。」、「目前台灣有專門設神經外科小兒加護病房的只有榮○，至於童○合醫院是小兒加護病房有腦神經外科的設備，如果? 有這些設備，一般的小兒加護病房不敢收這樣的病人。」、「（就本件邱小妹及仁○院區診斷的情況，有無可能因為仁○醫院沒有小兒加護病房的設備，由仁○醫院的醫師作開顱手術之後，再轉到其他醫院作術後治療？）重點是有沒有把握在術後找得到醫院，我們醫院的作法是病人從開刀房有專門電梯直接送到加護病房，因為治療是延續的，不可能說開完刀之後再為轉診的聯繫。」及「我們沒有碰到開完刀後轉到其他醫院作術後治療的，如果送到其他醫院，在過程中有可能無法確定救護車上的維生系統與加護病房相同，而且在加護病房的維生系統是屬於自動性的，而且有專人在旁監看，救護車上的救護人員只是一般的救護訓練人員，無法照顧神外手術後的病人」等語。

證人乙○○醫師於本院證稱：「（以你急診室的經驗有無開完刀之後將病人送到其他醫院的加護病房？為何沒有）據我的經驗沒有，因為開刀與開刀後續的照顧是同一件事情，所以不可能只處理一半，就把另一半交給其他醫院」等語。

承上所述，術後之醫療照顧既比手術本身更為重要，如無加護病房，即無法後續嚴密周全之照顧。因此，在無加護病房即未能提供完整治療之情況下，倘留滯病患進行手術，不僅有違醫學倫理，亦不符病患之最大利益。參諸行政院衛生署醫事審議委員會之鑑定意見：「所有醫院均無法達到理論上的『立即』清除血腫」，依當時仁○醫院人員及設備條件，雖然有可能『儘可能的快』手術清除血腫，但若不考慮後續的加護照顧問題（已經無加護病床，即使勉強加床亦無加護病房的品質），而在無法提供夠水準的完整治療的情況下卻留滯病患，斷然決定進行手

術，未必符合醫學倫理為病患爭取最大利益的精神。」，並核以行政院衛生署醫師懲戒覆審委員會之決議書亦認：「是以，被懲戒人明知對病人無醫療能力而將病童勉強留下進行開顱手術，除反致有違醫學倫理外，於病人安全並非有利。」

4.復查，被告當時確實曾詢問過己○○加床之可行性，並非對乙○○所提加床之建均議置之不理，此觀：

被告己○○於偵查時供稱：「我是在凌晨 4 點左右接到丙○○醫師的電話，…急診提出可以在急診加護病房加床手術，他詢問我加床是否可行，還是要繼續進行轉院，我們經過討論後，急診加護病房加床後，無論是設備或人員訓練都無法與一般的標準加護病房相比，我們認為無法提供該女童的術後照顧，…」(見他字 609 號 2 卷第 21 頁)等語。

另參以證人乙○○醫師於本院證稱：「(第三通電話你告訴丙○○其他醫院沒有加護病房，也告訴他加床，有無告訴他要去與己○○討論)電話上沒有提要他去與己○○討論，但我那通我自己希望他可以與己○○討論，第四通丙○○打電話給我時，我確定他有跟己○○討論。」、「(第四通丙○○打電話給你時，在電話中如何說到他與己○○的討論內容?)第四通他說他與己○○討論過，認為這個病人可能轉院比較好。」

關於被告丙○○、己○○轉院之建議，是否違反醫師法第 21 條之救治義務？

1.按緊急醫療救護法第 35 條規定：「醫院對緊急傷病患應即檢視，並依其醫療能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延；其無法提供適切治療時，應先做適當處置，並協助安排轉診至適當之醫療機構或報請救護指揮中心協助。」，暨醫療法第 73 條：「醫院、診所因限於人員、設備及專長能力，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診。但危急病人應依第六十條第一項規定，先予適當之急救，始可轉診。」分別定有明文。是以，對於病患若因人員、設備、專長能力，無法提供完整之治療時，即應安排病患轉診至適當之醫療機構接受救治，方符醫學倫理及病患之利益。

2.參以行政院衛生署醫事審議委員會之鑑定意見：「…這種死亡率高及術後變成植物人的機率亦高的情況，醫師必須充分與家屬溝通了解才進行，亦要尊重家屬的意願及決定，挽回病人生命卻變成植物人未必是對病人及家屬最有利的決定。本案例當時並無家屬可溝通，大部分的神經外科醫師應會以挽回生命為首要考量，做出即時進行開顱手術的決定，但沒有能力或設備不足地方，就應該即刻轉診。」
「所有醫院均無法達到理論上的『立即』清除血腫」，依當時仁○院區人員及設備條件，雖然有可能『儘可能的快』手術清除血腫，但若不考慮後續的加護照顧問題(已經無加護病床，即使勉強加床亦無加護病房的品質)，而在無法提供夠水準的完整治療的情況下卻留滯病患，斷然決定進行手術，未必符合醫學倫理為病患爭取最大利益的精神。」，並核以行政院衛生署醫師懲戒覆審委員會之決議書亦認：「被懲戒人明知對病人無醫療能力而將病童勉強留下進行開顱手術，除反致有違醫學倫理外，於病人安全並非有利。」可知，在仁○醫院無加護病房且無足夠設備得施行小兒腦神經外科手術之情形下，對邱小妹所為「轉院」處置，

應無不當。

3.又被告於該事件中所為轉院建議，及相關聯繫處理，審查其有無違反義務之行為：

證人乙○○於本院審理時證稱：「(第三通電話你告訴丙○○其他醫院沒有加護病房，也告訴他加床，有無告訴他要去與己○○討論?)電話上沒有提要他去與己○○討論，但我那通我自己希望他可以與己○○討論，第四通丙○○打電話給我時，我確定他有跟己○○討論。」、「(第四通丙○○打電話給你時，在電話中如何說到他與己○○的討論內容?)第四通他說他與己○○討論過，認為這個病人可能轉院比較好。」、「(第四通電話之後，找到童○合醫院，你是否決定要邱女童送到該院?)先確定其他醫院沒有，且 EOC 也找不到其他醫院，並確定童○合醫院是否可以立即開刀，再確認女童是由誰監護，此部分有問家暴中心，問我們是否可以立即轉院，因為該女童的監護人並不在我們院內，這些都確認後，家暴中心社工簽了治療同意書後，我就決定將邱女童轉院。」、「(是否有跟丙○○聯絡，要將邱女童送往童○合醫院?)沒有。」可見最後轉送童○合醫院之決定，係由證人乙○○所為，被告丙○○、己○○在事件當時，均不知邱小妹被轉往臺中童○合醫院。

復觀諸被告己○○於偵查時供稱(他字 609 號 2 卷第 21 頁)：「我是在凌晨 4 點左右接到丙○○醫師的電話，…他說目前有一位病患是四歲女童，頭部外傷，造成右側硬腦膜下出血，需要緊急手術，當時院內沒有加護病床，他已經安排轉診，但是台北市市內沒有床，可能需要尋求台北市以外的加護病房，且已在進行中，急診提出可以在急診加房手術，他詢問我加床是否可行，還是要繼續進行轉院，我們經過討論後，急診加護病房加床後，無論是設備或人員訓練都無法與一般的標準加護病房相比，我們認為無法提供該女童的術後照顧，也曾考慮移動三樓之加護病房，但是一般轉床需要醫師篩檢病人，並或得該床家屬同意，才可轉床，需要花費一段時間，經過評估後，我們認為經過 EOC 可以在台北附近找到完善照顧的地方，是我們建議轉床」等語。

由上可知，被告丙○○確實將與證人乙○○對於邱小妹會診之情形告知己○○，包括病患情況需緊急手術，院內沒有加護病床，被告二人雖均建議轉診，但台北市內無加護病床等情，為可確定之事實；被告丙○○曾就乙○○醫師所提於急診室加床手術之建議，報告予己○○詢問其可行性，甚就移動三樓加護病房之可能性進行評估，經被告己○○考慮並為轉院之決定後，被告亦將此結論轉知急診乙○○知悉。

揆諸行政院衛生署懲戒覆審委員會對被告有無違反醫師法事件所為之決議：「次查被懲戒人(即被告)於 2 時 40 分接獲急診室乙○○主任的第 2 通電話詢問神經外科病床占床情形，並得知邱小妹之病情及診斷，因腦部嚴重受創，必須住院開刀治療，被懲戒人檢視當時神經外科加護病房(8 床)已滿床，又幼童硬腦膜下出血開顱手術，並非該院醫療能力及設備所能處理，依醫療法第 73 條之相關規定，遂建議轉院；又被懲戒人鑑於急診室主任乙○○醫師專科資歷及醫療

專業判斷均較其為資深，故依李主任之診斷及處置，以電話向當日值班的神經外科主治醫師己○○報告，經劉醫師作出轉院治療之決定，並無不當之處，至於上開轉院決定及往後判斷、處置等，均應由主治醫師負責，此乃醫療常規。嗣於凌晨三時多，因 EOC 轉院作業機制失靈，當被告知台北市內無床可轉時，被懲戒人再度以電話告知主治醫師己○○，如有任何變更原決定之可能，亦該由劉醫師指示被懲戒人，因被懲戒人僅是住院醫師，故關於此部分，被懲戒人已盡住院醫師應有之責任。至 EOC 轉診作業失靈，將邱小妹轉送至台中縣梧棲童○合醫院，並非被懲戒人所能預見，亦非被懲戒人所該負之責任所在。」益證本件 EOC 轉院作業失靈、證人乙○○未將轉院之結果告知被告丙○○、己○○均有可議之處，尚難以醫療體系在聯繫、協調上之作業問題，均歸責給二位被告。

小結：

1.檢察官於論告書稱：邱小妹當時是一個垂死的生命，在場沒有任何一位家屬在旁為她哭泣，為她的權益向醫院要求，懇求醫師盡一切的辦法；若非如此，除了乙○○醫師說的讓邱小妹在仁○醫院等死，或是將邱小妹送往 200 公里以外的仁○醫院二個選擇，事實上仍有更佳的方式。雖然邱小妹終究死亡，然她的一點點生還的機會是在二名被告的消極和怠乎職責間耗盡，被告等二人使邱小妹的死亡結果提早發生，由可能發生轉變成必然發生，此事實已灼然明確。被告丙○○曾說：會用一生機會證明，他是個有醫德的醫師，二名被告確實仍有這個機會證明；然而邱小妹沒有機會驗證，在她不幸的被父親毆打受重傷後，是否會有一點幸運生還的機會，或者在延長的生命中可以期待她的母親到場，陪她度過最後的日子，她沒有機會知道自己並非被世界遺棄的孩子等語。

2.檢察官之論點充滿人道關懷，聞之令人動容，但違反醫師倫理、不為醫德容許、或其行為不受病患喜愛等等，並不代表即屬刑事不法之行為。易言之，邱小妹的處境，令社會上許多人基於憐憫、不忍、關懷，而認為被告不作為為可歸責的理由。但基於罪刑法定主義之精神，不作為犯必有其法律上、契約上義務違反，始須負責，不能單從醫德、醫事倫理等道德規範或職業倫理等出發，否則，訴諸於感情的作為義務，將使構成要件陷於不確定性，而得任由個別法官之喜好，選擇自己喜歡的道德標準認為被告犯罪，將違反罪刑法定主義之精神。

3.又如前述，邱小妹被送往仁○醫院時，其身邊並無家人陪同，加害人就是其最親近之家人，邱小妹之處境，唯有相信，相信醫師，相信現今的醫療體系會給其最好的處遇，並能救治其性命。但，本案救治邱小妹的過程中，整個醫療體系，出現了如下的可議之處：

仁○醫院在台北地區，已是規模甚大的醫院，竟然在如此規模的醫院，缺乏小兒呼吸器及相關器材，缺乏能夠對邱小妹這樣的病患為妥適術後照顧的相關設備，這並非生活在台北地區民眾的期待，更超乎一般民眾的想像。一間如是規模的大醫院，由前開證人之證言，竟稱數年來，仁○醫院均缺乏此類設備，實令人震驚。但在設備不足下，仍要求本件被告丙○○、己○○為邱小妹開刀，認為被告丙○○、己○○捨此不為，即應負過失致死之罪責，將整個醫院對於醫療器材、相關

設備的欠缺所應受的非難，加諸於本案二個醫生上，其價值判斷上，顯非妥適。

被告己○○於審理時坦言：如果當時知道邱小妹將轉往台中童○合醫院，我不會同意轉院，其實除非是真的找不到床，我們當時還有其他方式，例如向主任或院長呈報，他們可以透過其他的管道再去設法找到台北市醫學中心的病床等語（見本院 96 年 6 月 5 日審判筆錄）。由其供述更可體認，「有特權、有管道，即可能有病床」的醫界惡習仍屬存在。邱小妹並無家人陪同，連家人代其央求醫生，或是透過管道找到病床的機會都沒有。但是醫界縱有該等惡習，是否代表每一件找不到病床的案例，法院即以該項惡習認為「因為醫院一定有辦法弄到病床，所以不如是作為的醫師應課以刑責」？這顯然將醫界惡習，作為被告有罪之理由，亦把刑事不法內含與道德上之要求混為一談。

EOC 的運作，原係統計各醫院尚有多少病床，並對之作最有效的利用。然而，94 年 1 月 10 日當天凌晨，台北地區尚非無任何病床能收留邱小妹，並對其進行醫治。此觀證人丁○○證稱：我有打電話到榮○查詢，但電話轉接後就斷掉了，我只有打一通等語（見本院卷一第 167 頁）。因證人丁○○主觀認為榮○已無加護病床，電話轉接斷線後，又未再求證，邱小妹方轉往臺中之童○合醫院。顯見 EOC 的調度系統，亦出了問題。如果當時查得榮○有加護病床，邱小妹亦不致於送往 200 公里以外之醫院，這個運作上出現大問題，亦應認為對於邱小妹的病情有所影響，但該運作之失靈，實不能歸責被告二人。

就一般民眾而言，不管醫院如何對病人診療，由誰主治、由誰會診、由誰開刀、由誰術後，整個醫師團隊，均應被認為是一個整體。從而，證人乙○○醫師在決定將邱小妹轉往 200 公里以外的童○合醫院時，未再向被告丙○○、己○○詢問，該部分之處置，亦有可議之處。雖然證人乙○○醫師主觀上認為被告丙○○連續三次表示轉院，再詢問其意見亦屬無用，但整個醫師團隊，本就應該對於渠等所為的任何決定負責，證人乙○○醫師未詢問被告二人對於轉往台中童○合醫院的意見而決定將邱小妹轉院，正如同被告二人為轉院決定後，不積極瞭解邱小妹轉往何醫院的行為一樣，均有可議。但該等可議之處，尚難認為有何作為義務之違反，僅係醫德之問題，尚非刑事不法之行為。

本院認為，如仁○醫院當晚有加護病床、有相關之設備，被告丙○○、己○○仍為轉院之處置，不為救治，該等不作為當然符合刑事不法之範疇。但該日滿床是事實、設備不足是事實，如果認為在此等情況下，猶要求被告應對邱小妹立即開刀，則若丙○○、己○○不顧其他醫院亦係滿床的情況下，仍將邱小妹轉往台○等教學醫院，台○的醫師是否在滿床的情況下，如不立即開刀，是否亦應負同樣的刑責？從此價值判斷可知，要求醫院在滿床的情況下，猶應以加床的方式為之，勢必增加護理人員及術後照顧人員的負擔，亦顯然超過醫院可承受之範圍。如果加一床可行？加二床為何就不可行？加十床又是否可行？任意認為加床可行，顯然缺乏具體可資遵循的判斷標準。就挪床部分，顯然無視於另一個在加護病房病患的權益，如果挪床，導致被挪床之人發生死亡的結果，醫生是不是也要對之負業務過失致死的責任？從而，本院認為，本案正體現整個醫療體系或多或

少均出了問題，實不應將醫療體系所出現之問題，以由被告二人負刑責，這並非刑事案件所欲達成的目的。

對邱小妹的處境，法院甚為遺憾，法院也了解社會上的反應，法院期待每個醫生皆以希波克拉提斯之誓詞「准許我進入醫業時，我鄭重地保證自己要奉獻一切為人類服務...病人的健康，應為我首要的顧念」為志，本件被告丙○○、己○○對於邱小妹整個急救過程中，欠缺理想中醫師對病人應有的熱忱與關懷，固係事實。然就如日劇「白色巨塔」裡里見修二曾言「我認為，法庭不是譴責醫師的地方，而是讓醫療進步的地方，醫師擔心過度，就無法使醫療進步，萬一發生不幸的結果，醫生應坦然接受，並且追究其原因，醫療才能進步，法庭，就是這種地方」，如前述，本院既查無積極證據證明被告丙○○、己○○有何公訴人所指訴之業務過失致死罪行，因不能證明被告犯罪，揆諸前開說明，自應為被告均無罪之諭知。

據上論結，應依刑事訴訟法第 299 條第 1 項前段、第 300 條、第 301 條第 1 項，刑法第 2 條第 1 項、第 28 條，94 年 2 月 2 日修正公布、95 年 7 月 1 日施行前刑法第 215 條、第 41 條第 1 項前段，罰金罰鍰提高標準條例第 1 條前段、95 年 5 月 17 日修正公布前罰金罰鍰提高標準條例第 2 條，判決如主文。

本案經檢察官楊碧瑛到庭執行職務。

中華民國 96 年 7 月 5 日

刑事第六庭審判長法官周占春

法官林孟皇

法官趙子榮

上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於判決送達後 10 日內向本院提出上訴狀（應抄附繕本）。告訴人或被害人如對於本判決不服者，應具備理由請求檢察官上訴，其上訴期間之計算係以檢察官收受判決正本之日期為準。

書記官陳怡君

中華民國 96 年 7 月 9 日

【附錄九】信賴保護原則相關判例-北城醫院打錯針案

【裁判案由】過失致死等

臺灣板橋地方法院刑事判決

九十二年度矚訴字第二號

公 訴 人 臺灣板橋地方法院檢察署檢察官

被 告 王○○

選任辯護人 黃福雄律師

周奇杉律師

鄭懷君律師

李傑儀律師

被 告 癸○○

選任辯護人 黃福雄律師

鄭懷君律師

李傑儀律師

右列被告因過失致死等案件，經檢察官提起公訴（九十二年度偵續字第一〇六號），

本院判決如左：

主文

王○○、癸○○被訴業務過失致死部分均無罪；被訴業務過失傷害部分均公訴不受理。

理由

壹、無罪部分：

一、公訴意旨略以：(一)被告王○○係台北縣土城市○○路○段七之十八號「北城婦幼醫院」（下稱北城醫院）院長，而該醫院下轄婦產科、小兒科二部，王○○除為北城醫院之負責醫師並兼任小兒科主任職務，為執行醫療業務之人。詎王○○明知其應注意「醫療機構負責醫師對於機構之醫療業務負有督導責任」，且應注意「督導所屬醫事人員依各該醫事專門職業法規執行職務」，且應注意醫療機構不得任意超收住院病患並應注意醫院應建立醫事品管制度，而依當時情況，復無不能注意之情事，竟疏未注意及此，而於執行上述業務時：(1)明知北城醫院設有藥師，竟指派不具藥師資格之小兒科門診護士庚○○獨自負責北城醫院B型肝炎疫苗之受理處方、保管藥品等專屬於藥師之業務，致提高病患因受理處方有誤或因藥品管理不當所可能導致病患死、傷此等法律所不容許之風險。(2)王○○疏於北城醫院藥品之管理與醫事人員執行職務之督導並放任北城醫院醫事品管之漫無章法，致新進之麻醉護士丁○○（業經另案判決有罪確定），於九十一年五月二日，將用於全身麻醉之ATRACURIUMBESYLATE（中文名稱：亞庫凱林注射劑，使用期限至九十一年八月）與母乳、疫苗等物，一起

置放於五樓嬰兒房之冰箱，期間竟達近七個月之久，王○○就此疏未注意，致提高因藥品管理不當而造成病患傷、亡等法律所不容許之風險。(3)王○○明知北城醫院之B型肝炎疫苗應置放於二樓小兒科之疫苗專用冰箱，且明知負責管理小兒科嬰兒房五樓冰箱之護理長癸○○，平時為圖便利，均將嬰兒房護士領取使用之B型肝炎疫苗暫時與母乳等雜物一起置放於五樓嬰兒房冰箱內，違反疫苗應置放於疫苗專用冰箱之注意義務，竟放任北城醫院之醫事品管糜爛，致五樓嬰兒房冰箱同時存放有母乳、疫苗及置放長達近七個月之亞庫凱林注射劑等物，提高疫苗遭受污染或錯打藥品等法律所不容許之風險。(4)王○○於九十一年十一月二十九日違反主管機關台北縣政府衛生局所核准之嬰兒房住院人數，超收病患達三十六名，並使該院小兒科醫師辰○○（業經不起訴處分確定）於門診時間同時負責小兒科嬰兒房住院業務；適北城醫院嬰兒房護士午○○（業經另案判決有罪確定）於九十一年十一月二十九日上午八時三十分左右，因王○○、癸○○、丁○○等人上述提高風險之諸多行為，終致午○○錯將上揭超過使用期限之亞庫凱林注射劑，誤認係B型肝炎疫苗，而連續施打於新生兒 羅月嬋、亥○○之女羅新惠 天○○、子○○之女嚴思如 戌○○、劉汶鈴之女謝心慈 巳○○、寅○○之子陳弘典 己○○、申○○之女林雨蓁 劉偉松、林于雅之子劉祐辰 洪湘湄之女洪慈妤（偵查中業已撤回過失傷害告訴，未據起訴），致分別造成羅新惠因呼吸衰竭及休克不治死亡，嚴思如受有呼吸停止及室管膜下囊腫之傷害，陳弘典受有心肺衰竭之傷害，林雨蓁受有心肺衰竭、上消化道出血、急性腎衰竭之傷害，劉祐辰受有心肺衰竭之傷害（過失傷害部分均據告訴人於本院審理中撤回告訴，詳後述）。(二) 被告癸○○前為北城醫院嬰兒房之護理長，負責管理五樓嬰兒房之冰箱，為執行業務之人，其應注意並能注意B型肝炎疫苗應置放於二樓之疫苗專用冰箱內，竟疏未注意嬰兒房冰箱之管理，任由嬰兒房護士將B型肝炎疫苗置放於五樓嬰兒房之冰箱；嗣麻醉護士丁○○於九十一年五月二日，將用於全身麻醉之亞庫凱林注射劑置放於五樓嬰兒房之冰箱期間達近七個月之久，癸○○復疏未注意，致北城醫院護士午○○於九十一年十一月二十九日上午八時三十分左右，錯將亞庫凱林注射劑誤認係B型肝炎疫苗，連續施打於羅新惠等七名新生兒，致造成如上所述之死、傷結果，因認被告二人就被害人羅新惠死亡部分，均涉有業務過失致死罪嫌。

二、經核公訴意旨認被告二人涉有右揭業務過失致死犯行，係以：(一) 告訴人亥○○、天○○、子○○、戌○○、寅○○、巳○○、申○○、己○○、未○○等人業指述綦詳，並經庚○○、午○○、丁○○、酉○○、辰○○等人證述無誤；復有卷附之勘驗筆錄影本、驗斷書影本、相驗屍體證明書影本、法務部法醫研究所(九一)法醫所醫鑑字第一七二七號鑑定書影本、法務部法醫研究所法醫毒字第0910004353號函影本、台北縣政府衛生局九十一年十二月三十一日函影本、台北縣政府衛生局九十二年七月二十八日函影本、台灣板橋地方法院九十二年度矚訴字第一號刑事判決書影本等件可稽。(二) 被告王○○、癸○○對於前揭北城醫院護士午○○於五樓冰箱內，錯將亞庫凱林注射劑當作B型肝炎疫

苗，而連續施打於羅新惠等七名新生兒，致造成一死六傷之結果，與被告王○○為北城醫院院長並負責小兒科部門主任之業務，及被告癸○○為嬰兒房護理長，負責五樓嬰兒房冰箱之管理等事實均坦承不諱。(三) 本案事發當日僅七名新生兒需施打B型肝炎疫苗，然五樓冰箱係存有十二人份之B型肝炎疫苗，及對於亞庫凱林注射劑此種具相當危險性之麻醉藥品，竟能任其與施打於新生兒之B型肝炎疫苗及母乳等雜物，一同置放於嬰兒房冰箱長達近七月而無人聞問等情，為主要論據。

三、按不起訴處分已確定後，若有發現新事實或新證據者，自得對於同一案件再行起訴，此參諸刑事訴訟法第二百六十條第一款之規定甚明。而所謂新事實或新證據云者，祇須為不起訴處分以前未經發現，且足認被告有犯罪嫌疑為已足，並不以其確能證明犯罪為要件。既經檢察官就其發現者據以提起公訴，法院即應予以受理，為實體上之裁判（最高法院二十三年上字第一七五四號判例、四十四年臺上字第四六七號判例意旨可資參照）。本件被告王○○前曾因告訴人再議不合法而經臺灣板橋地方法院檢察署檢察官予以不起訴處分確定。惟公訴人嗣以發現被告王○○非僅屬北城醫院之院長，並於本案發生時兼任小兒科部門主任之業務，以及王○○任由該院護士庚○○從事原應由藥師從事之受理處方及管理B型肝炎疫苗之核心業務等新事實、新證據，據而提起公訴，經核尚非無據。揆諸前揭說明，應認本件起訴程序合法，本院自應予以受理，合先敘明。

四、次按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實；又不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第一百五十四條第二項、第三百零一條第一項分別定有明文。而認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實之認定時，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證據。最高法院著有三十年上字第八一六號判例意旨可參。再按認定犯罪事實所憑證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定。如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎，最高法院七十六年台上字第四九八六號、四十年台上字第八六號判例意旨足憑。又刑法第十四條第一項規定，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。而過失責任之有無，應以行為人之懈怠或疏虞與結果之發生，有無相當因果關係為斷。所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，在此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當因果關係。反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係，最高法院亦著有七十六年台上字第一九二號判例意旨可循。

五、訊據被告王○○固坦承指派不具藥師資格之小兒科門診護士庚○○獨自負責北城醫院B型肝炎疫苗之受理處方、保管藥品等業務；被告癸○○坦承前為北城

醫院嬰兒房之護理長，負責監督管理五樓嬰兒房之冰箱。以及被告二人均對於右揭時地，北城醫院嬰兒房護士午○○錯將上揭超過使用期限之亞庫凱林注射劑，誤認係B型肝炎疫苗，而連續施打於新生兒 羅月嬋、亥○○之女羅新惠 天○○、子○○之女嚴思如 戌○○、劉汶鈴之女謝心慈 巳○○、寅○○之子陳弘典 己○○、申○○之女林雨蓁 劉偉松、林于雅之子劉祐辰 洪湘湄之女洪慈妤，致造成羅新惠因呼吸衰竭及休克不治死亡之事實，坦承不諱。惟均堅決否認涉有右揭公訴意旨所指犯行，辯稱：(一)被告王○○並無兼任北城醫院小兒科主任之事實。(二)扣案保麗龍板字跡清晰，應無亞庫凱林注射劑放置達七個月之久的情形。(三)B型肝炎疫苗平常就放在二樓小兒科之疫苗專用冰箱，是在施打的前一天晚上才取出放在五樓的嬰兒房冰箱。(四)北城醫院當日並無超收嬰兒房病患達三十六名之情形。且小兒科醫師辰○○在門診時不需要負責嬰兒房的業務，他在門診前就已經執行完畢。(五)現行法令並無規定醫療院所領取之B型肝炎疫苗應限制須有藥師資格人員始得保管，僅要求「專責人員」保管即可，而台北縣內各衛生所及其他醫療所亦均委由專責「護士」保管，北城醫院實無違法，又何來提高藥品管理不當之法律所不容許之風險。(六)亞庫凱林注射劑並非被告王○○要求丁○○向藥商進貨試用，係丁○○私下向藥商進藥。(七)被告癸○○於九十一年十月始任職嬰兒房護理長之職，期間僅一個月餘，隨即於同年十一月二十九日發生本件意外，實無可能較值勤護士有更多接觸嬰兒房冰箱之機會，在無任何護士反應下，嬰兒房事務繁雜，實難合理期待被告自行發現冰箱有此藥劑或督導護士排除等語。

六、經查：

(一)告訴人亥○○、天○○、子○○、戌○○、寅○○、巳○○、申○○、己○○、未○○等人之指述及前開證人庚○○、午○○、丁○○、酉○○、辰○○等人之證述；以及卷附之勘驗筆錄影本、驗斷書影本、相驗屍體證明書影本、法務部法醫研究所(九一)法醫所醫鑑字第一七二七號鑑定書影本、法務部法醫研究所法醫毒字第0910004353號函影本、台北縣政府衛生局九十一年十二月三十一日函影本、台北縣政府衛生局九十二年七月二十八日函影本、台灣板橋地方法院九十二年度矚訴字第一號刑事判決書影本等件，僅足以認定於右揭時地，新進之麻醉護士丁○○，將用於全身麻醉之A T R A C U R I U M B E S Y L A T E (中文名稱：亞庫凱林注射劑，使用期限至九十一年八月)與母乳、疫苗等物，一起置放於五樓嬰兒房之冰箱，適北城醫院嬰兒房護士午○○又錯將上揭超過使用期限之亞庫凱林注射劑，誤認係B型肝炎疫苗，而連續施打於新生兒 羅月嬋、亥○○之女羅新惠 天○○、子○○之女嚴思如 戌○○、劉汶鈴之女謝心慈 巳○○、寅○○之子陳弘典 己○○、申○○之女林雨蓁(6)劉偉松、林于雅之子劉祐辰 洪湘湄之女洪慈妤，致造成羅新惠因呼吸衰竭及休克不治死亡等事實。而上開事實，既為被告二人所自承，自堪信為真實。惟被告二人是否因而須同負業務上過失致死之責任，尚應調查其他證據以資判斷。

(二)就被告王○○是否兼任北城醫院小兒科主任一節，經遍查全卷，係偵查中檢察官詢以：「小兒科主任未到職之前是否由院長管理？」被告王○○答稱：「是」（見九十二年偵續字第一〇六號卷第三五頁背面），致公訴意旨認被告王○○坦承其兼任小兒科主任之事實。惟按被告王○○身為北城醫院院長，就該院小兒科主任未到職前由其負責管理，自無疑義。然被告所自承之上開事實，是否即得謂其「兼任」小兒科主任一職，以及其「兼任」小兒科部門主任與被害人之死亡結果間是否有相當因果關係存在，容有調查斟酌餘地，茲說明如下：

(1)證人即北城醫院小兒科醫師辰○○於本院審理中到庭證稱：「(問：醫療行為沒有主任，那是由誰負責？)當班的醫師負責。(問：小兒科沒有主任，醫療上的行為是否需向院長請示？)打疫苗是固定流程，我們不會向院長報告，若是其他醫療行為牽涉到整個醫院的改變，我們都有會在院務會議時跟院長討論。．．．一般的醫療行為像打疫苗由醫生負責，擔任主任醫師應該是由院長決定。(問：在沒有小兒科主任醫師時，由何人兼任？)沒有。」(見本院九十三年二月二十六日審判筆錄第四九、五〇頁)。又據證人即前台北縣衛生局醫政課長地○○到庭證稱：「有關醫療設置標準，只要求有負責醫師登記，所設科別沒有要求，有設置該科的話，就要有該科專科醫生，如果有小兒科，就要有小兒科醫師，若設婦產科就要有婦產科醫師，至於主任不在我們登錄範圍，我們也不過問。(問：法令規定沒有設置主任的話如何處罰？)沒有罰責。因為不需要登錄。」(見同上九十三年二月二十六日審判筆錄第五、六頁)。

(2)由上開證人之證述可知，北城醫院小兒科主任懸缺後，關於小兒科醫療行為方面由小兒科醫師負責；至於其他牽涉到整個醫院的部分則在院務會議時提出跟院長討論。是並無由院長王○○「兼任」小兒科主任之事實，被告於偵查中之自白，至多僅能認係其基於醫院院長之職，而管理小兒科部門原須由小兒科主任掌管之醫療行為以外屬於小兒科部門事務。公訴意旨認被告王○○係自承其「兼任」北城醫院小兒科主任之職，尚有誤會。至王○○在小兒科主任懸缺後，負責掌管小兒科主任之事務，究竟負有何種過失行為責任？或負有何種注意義務？又與被害人之死亡結果，有否相當因果關係？均尚待進一步審究。

(三)就北城醫院麻醉護士丁○○於九十一年五月二日，將用於全身麻醉之上開亞庫凱林注射劑，與母乳、疫苗等物，一起置放於五樓嬰兒房之冰箱，期間達近七個月之久之事實，被告雖有所質疑。然查此部分事實，業據丁○○於臺灣高等法院九十二年度矚上訴字第一號刑事案件審理中，迭次於偵查及第一、二審審理時坦承不諱，並為該案刑事判決所是認，此有上開刑事判決及刑案卷宗影本可參。且丁○○復於本院審理中再次到庭證述上情無訛。又經本院提示扣案之保麗龍板時，證稱該保麗龍板就是當初的樣子，字跡沒有變化，也沒有散開來(見本院九十三年四月二日審判筆錄第五頁以下)。復與證人丑○○於本院審理中證稱其於斯時提供亞庫凱林注射劑予丁○○試用等情相符(見本院九十三年五月十九日審判筆錄第五頁以下)。足認本件之亞庫凱林注射劑業已放置五樓嬰兒房冰箱達七個月之久一節，應堪認定。被告徒以該保麗龍板字跡清晰，

以及其餘護士均證稱「未在冰箱內看過亞庫凱林注射劑及保麗龍板」等情，而質疑該亞庫凱林注射劑是否確已放置五樓嬰兒房冰箱達七個月之久云云，應無足採。

(四)起訴書認被告王○○指派不具藥師資格之小兒科門診護士庚○○獨自負責北城醫院B型肝炎疫苗之受理處方、保管藥品等專屬於藥師之業務，因而提高病患因受理處方有誤或因藥品管理不當所可能導致病患死亡此等法律所不容許之風險。言下之意，似認護士庚○○對於B型肝炎疫苗之受理處方、保管藥品有所不當，並且亦造成本件護士午○○取錯藥致嬰兒死亡之憾事。惟護士庚○○究竟有何種過失行為？其過失行為與結果發生有無因果關係？仍有斟酌餘地。證人即臺北縣土城衛生所公共衛生護士丙○○於本院審理中到庭證稱：「(問：台北縣衛生局對醫療院所保管B型肝炎疫苗人員如何規定？)因為我們衛生所以護士居多，只有一個醫生，我們一個業務做兩年，只要是護理人員都可以管理，我是負責管理疫苗及轄內的合約醫院。現在上級並沒有強調要什麼人管理，只要有專人專責管理就可以了。(問：土城衛生所有沒有藥師來專責保管疫苗？)目前土城衛生所沒有藥師。(問：你所知的衛生所中，是否有因為不是由藥師保管B型肝炎疫苗而受到上級單位的糾正？)沒有。(問：轄區醫療單位有無規定需要由藥師來管理B型肝炎疫苗？)上級沒有規定。(提示台北縣土城衛生所與北城醫院簽立之預防接種合約書)這是衛生局給我們的合約書。就是要有專門的冰箱和專門的人員管理。(問：簽約時你們到北城醫院看到負責管理疫苗的專責人員是誰？)是梁嘉心護理長。(問：她當時是否有跟你說將會由何人跟你接洽拿疫苗的事情？)前一、二個月是由梁護理長本人過來，第三次她有帶一個小姐，叫做庚○○一起過來，說以後由庚○○負責疫苗領用」(見本院九十三年四月二日審判筆錄第三二頁以下)。而依卷附臺北縣衛生局所屬土城市衛生所與北城醫院所簽定之「臺北縣嬰幼兒B型肝炎預防接種協辦醫院合約書」觀之，確實並無規定須具有「藥師」資格之人員才可辦理疫苗之注射接種。再參以證人地○○於本院審理中亦證稱：「有關B型肝炎疫苗的保管，是根據傳染病防治法，在中央B型肝炎疫苗的保管及配算是衛生署疾病管制局在管，也不是由藥政處在負責，在地方衛生局疾病管制課在負責，不是藥物食品課在負責。以台北縣二十九個衛生所至少十個以上衛生所，沒有藥師在負責。所以沒規定B型肝炎疫苗要由藥師保管、負責，我們在做疫苗保管人的訓練百分之九十都是護士來參加，就算有藥師編制的衛生所，他也不見得負責疫苗的保管，有關衛生所到學校做疫苗接種時，也沒有說要藥師、醫師一起去參與，我們只根據自我評估表叫家長簽名後就可以施打疫苗。一般醫療院所都是這樣，不可能法規定下來後，只適用在公家衛生機關而已」(見同前本院九十三年二月二十六日審判筆錄第九頁)。足認被告所辯尚非無據。北城醫院未由具有「藥師」資格之護士庚○○負責管理B型肝炎疫苗之受理處方、保管藥品等業務，應無不當。又縱或庚○○因未具藥師資格所為有違法令規定之處，然本件緣起於護士丁○○先將亞庫凱林注射劑放置於不應放置之五樓嬰兒房

冰箱內，後有護士午○○未依「三讀五對」之程序誤取用藥物而致，與庚○○是否具有藥師資格來保管、負責B型肝炎疫苗之業務，亦未見有何法律意義之因果關係存在。公訴人既未認庚○○須負任何過失責任，又何以身為監督管理庚○○之被告二人，必須負擔被監督管理人所不必負擔之過失責任？同理，本件亞庫凱林注射劑業已放置於五樓嬰兒房冰箱達七個月之久，業如前述。而依嬰兒房之當班護士即證人戊○○、乙○○、廖秀菁等人於偵查中均證稱沒有注意是否放置亞庫凱林注射劑及保麗龍板（見臺灣板橋地方法院檢察署九十一年度相字第一三四九號卷第一六五頁以下），僅護士西○○於本院審理中證稱剛開始有看過保麗龍，後來就沒有再看過，不記得是何時看到的（見本院九十三年二月二十六日審判筆錄第三七頁）。連經常性開啟冰箱使用並實際負責點班盤點、冰箱檢查之第一線值班護士，均未發現或注意有扣案亞庫凱林注射劑而向護理長報告，在第一線人員均無預見或防免可能性之下，被告既非實際負責冰箱管理檢查之人員，何以須負擔「監督之過失」？實有所疑。況本件憾事之發生，實係因護士丁○○及午○○之前開疏失所致，並非由於B型肝炎疫苗之受理處方、保管藥品有何疏失而生。對於管理疫苗之專責人員護士庚○○而言，既難遽認其有何過失責任，更何況係其上層負責監督管理庚○○之護理長癸○○與院長壬○○？

（五）北城醫院嬰兒房住院人數於當日是否超收病患達三十六名一節。業據證人地○○於本院審理中證稱：「嬰兒房超收問題，我們是以在我們根據醫療機構設置標準二十九條，不符合規定標準者，有下列二項，依照人數不符合規定，於四十日起三十天補正，逾期未補正才可以刪減床數。若案發當日二十九日來算的話，是三十六床，我們工作日誌，並沒有寫超收，沒有人知道何時超收，也沒有人知道是不是會生雙胞胎，有幾個人生，只要在案發當日，陳述理由符合事實就可以了。法規沒有規定說幾點收的病人算是超收，醫療行為常常是很意外，有時候突然會有人進來，沒有辦法用時間點來認定超收。我們通常是以補正說明來認定這種情形當天是不是有超收，以我們的經驗，我們在醫病評鑑的時候，我們都是很小心來認定，幾乎沒有寫過超收。．．．案發當天是由我帶隊。在我工作日誌沒有寫到有無超收，只有寫當天、當時有三十六個嬰兒在醫院。．．．我們案發時是八點多，我們到了後，陸陸續續有人出院，以收費標準是中午十二點來算，已經十幾個人出院，可能三十個人都不到。」（見同前本院九十三年二月二十六日審判筆錄第七頁以下）。由上開證人地○○所言觀之，事件發生當日北城醫院嬰兒房是否有超收病人一節，已堪存疑。況產婦生產日期雖然可以事前作預測，然仍無法完全精準預期，此乃眾所週知之事。故每日新出生之新生兒人數，自然難以準確估算，也斷無因嬰兒床位之問題，而任令即將臨盆之產婦臨時轉院之理。是綜上觀之，尚難遽予認定北城醫院嬰兒房當日住院人數有如公訴意旨所稱超收病患達三十六名之情。退而言之，縱有超收之情，然嬰兒房超收病患之行為，究竟如何提高午○○誤取藥物致病患死亡之法律上風險？兩者之間有何法律上之「相當因果關係」存在？公訴意旨並未

具體載明。參酌前開最高法院就相當因果關係之說明，北城醫院嬰兒房超收病患與否，至多僅影響到醫療品質之良窳，與本件午○○誤取藥物致嬰兒死亡之事實，應無法律上之因果關係存在。

(六)至公訴意旨指訴被告王○○使該院小兒科醫師辰○○於門診時間同時負責小兒科嬰兒房住院業務之事實。固據證人辰○○醫師於本院審理中證稱：伊負責門診及查房，一般是八、九點門診前去查房，．．．事發當天伊除了照顧新生兒三十六位外，還包括門診等語（見同前本院九十三年二月二十六日審判筆錄第四七、四八頁），足認為真實無訛。然查證人地○○於本院審理中就前開事實證稱：「．．．嬰兒房裏面所生的新生兒沒有規定一定要有小兒科專科醫師來照顧嬰兒房，醫師是沒有排他性的，只要是醫師就可以了。．．．嬰兒房他只要有醫師、護理人員在照顧就可以，沒有規定要全天候在嬰兒房候著，不是像加護病房，需要值班醫師。．．．醫師他是全科系，就是嬰兒房的新生兒沒有規定說要小兒專科醫師照顧。若是這樣規定，台灣有三分之二的婦產科要關門。這就像驗光是否要由眼科醫師來驗，沒有這樣規定一樣，這沒有排他性」（見同前本院審判筆錄）。由上開證人地○○之證述觀之，就小兒科醫師辰○○除門診業務外，同時負責小兒科嬰兒房住院業務之事實一節，應無違反相關法令規定之處，且亦未見公訴人就此項事實究竟違反何種法令規定予以具體指明。姑不論此項事實是否違反相關法令規定，惟對於上開行為究竟如何創造或增加何種「法律上不容許之風險」？此增加之風險是否即促成午○○誤打針劑之風險並實現嬰兒死亡之結果？兩者之間有何法律意義之因果關係存在？公訴意旨並未明載。況如前述，證人辰○○醫師既已證稱伊係在門診前去查房等情，則辰○○同時負責上開事務，實難認有何不當之處？再參以臺灣板橋地方法院檢察署檢察官九十二年度偵續字第一〇六號不起訴處分書復已認定「事發當時被告（辰○○）尚在巡視嬰兒病房等一切情狀，亦徵被告（辰○○）行為與本件被害人死、傷結果之間，並無相當因果關係之存在」。苟如不起訴處分書所載，辰○○醫師之上開醫療行為與被害人之死亡結果無涉，又何以令其同時負責門診及小兒科嬰兒房業務之院長王○○須負擔過失責任？殊難索解。

(七)被告王○○辯稱亞庫凱林注射劑並非伊要求丁○○向藥商進貨試用，係丁○○私自向藥商取得一節。經查：

(1)證人丁○○固稱係被告王○○囑其為醫院規畫及備置急救設備而購置，當時有填請購、請領單，王○○及總務、藥師均知情云云。然丁○○於本院審理中稱：「院長要我弄全醫院的醫療設備的時候，我發現小兒科開刀房要急救插管的時候沒有這個藥，我有向院長、藥師、總務卯○○、另外一位麻醉小姐辛○○、廠商丑○○提過。我本來是想用請購的程序，後來發現之前有買過，所以改成請領的程序。五月二日晚上八點到九點之間，丑○○就把藥送過來，把藥送過來的時候，是我第一天到醫院上班，對醫院的環境不熟，藥是送到五樓的護理站，我就問產房小姐哪邊有冰箱，因為那個藥一定要冰起來，她就告訴我嬰兒室的冰箱，所以我就寫了保利龍的警告牌用一個保利龍盒子裝著，把它放在

冰箱的最下層，盒子不見了。(問：弄全院的急救設備是什麼時候院長叫你做的?)是幾月幾日我忘了，我到了沒多久就要進行醫院的評鑑，就幫他們把醫院急救的設備，包括急救車、急救車裡面所有的藥品、插管的管子等急救設備醫院做R U四八六門診的時候，是我陪她去的，我告訴院長說亞庫凱林的藥是丑○○幫忙進的，因為院長不認識她所以我陪她去，院長知道她幫忙進這個藥，所以就把她的費用從五、六千元減為兩千元。第二天做開刀的時候，我還有口頭報告院長。(問：院長知道這個藥之後，有沒有指示如何處置?)沒有。因為這個藥只要冰起來就好了。(問：院長有沒有說要冰在哪個冰箱?)沒有。產婦要開刀的時候，從嬰兒房的冰箱拿到產房也是最近的距離。」又稱：「四月三十日我到醫院認識環境，五月一日也是認識環境，五月二日就要上場。我在庫房看了沒有，就馬上請領。我相信經過這樣的配備之後，北城醫院的急救環境是沒有問題的。(問：有跟院長說這個藥是放在嬰兒房的冰箱?)我進了很多藥及設備，並不需要一樣一樣的告訴院長東西放在哪裡。藥冰在嬰兒室的冰箱，為什麼嬰兒室的護士不去告訴院長。這個藥是所有的急救設備中的一件，我並不需要一項一項的告訴院長。這是身為麻醉人員一定要有這個藥，這個藥是必備的東西，不需要院長說一定要這個藥，麻醉是急救的一環，沒有辦法分割。(問：院長何時指示要準備全院的麻醉設備?)這個不用特別講，這個是麻醉一定要用的。當我們知道我們的角色是負責麻醉的時候，就要健全這些設備。病人如果大出血的時候，就一定要用到這個藥。我進北城之後大約過了一、二個禮拜，院長說乾脆你就把全院的急救設備作一次檢查。(問：你說丑○○到醫院做R U四八六的時候，院長就知道她有提供亞庫凱林給醫院，當時院長是否有特別問過你藥劑處理的情形?)他就說好、好。」繼之被告王○○詢以：「如果你在第一天上班前都沒有跟我聯繫過，為何你上班第一天五月二日亞庫凱林就進來了?這個跟我有什麼關係?」時答稱：「通常我在醫院應徵時，知道負責麻醉，既然五月一日就要上班，我當然盡一切努力健全設備，這也是為了我自己著想。」(見同前本院九十三年四月二日審判筆錄第五頁以下)。再證人丑○○於偵查及本院審理中均到庭證稱：丁○○在中壢天成醫院的時候在使用我們公司我所負責的藥品，而後丁○○因剛到北城醫院任職，希望我提供試用品，這批藥劑並未跟北城醫院請款。而提供給丁○○試用後，丁○○並未再通知與北城醫院人員接觸(見臺灣板橋地方法院檢察署九十一年度相字第一三四九號卷第一七三頁；本院九十三年五月十九日審判筆錄第五頁以下)。丑○○復雖於本院證稱：自從把藥交給丁○○後，有一次去北城醫院看院長(即被告王○○)的門診，在門診的時候，丁○○有介紹說這是提供我們亞庫凱林試用品的廠商。然丑○○亦稱當時被告如何反應，伊沒有印象(均見同前本院審判筆錄)。

(2)由證人丁○○、丑○○上開證述可知，丁○○之所以進用亞庫凱林注射劑，並非被告王○○所授意，而係丁○○基於本身麻醉專業知識，認為有必要而私下進用此種藥劑供試用並備為急救之需。況丁○○取得該項藥品後，亦係自行決

定放置在五樓嬰兒房冰箱內，並未向法院或護理長告知。是被告二人縱未發現此情，容有疏忽之處，惟亦與法律意義之過失行為有間。又縱使依丁○○所稱，其事後曾告知王○○有向丑○○進用上開藥品等情，惟依前述，被告王○○既委由丁○○負責全院醫療急救設備之建立，亦應由丁○○負監督管理上開藥品之責。丁○○擅將亞庫凱林注射劑放置在五樓嬰兒房冰箱內，並且長達七個月之久而未予處理，其本身固應同負本件過失致死之責任，然既非被告王○○指示丁○○進用亞庫凱林注射劑，自難遽課以被告王○○、癸○○須負與丁○○相同程度之注意義務。

(八)公訴意旨又稱北城醫院之領藥程序竟無須醫師開立醫囑單一節。核其真意，似認因此而提高本件嬰兒死亡之法律上不容許之風險。然查：

(1)證人辰○○於本院審理中到庭證稱：「(問：嬰兒房施打B型肝炎疫苗是否需經你的同意?)需要。(問：在十一月二十九日當天你是何時值班?)我是八點左右當班，當天我何時到的我忘記了。我是當天早上負責去巡嬰兒房。(問：當天檢察官給你看的藥劑，這藥劑施打是由誰執行?)護理人員。(問：護士有無能力辯別?)那是他的基本能力，要施打疫苗前要確定是何疫苗。在前一天晚上我們都有確認，當天早上我們再去巡視確認。每個嬰兒我們都會去檢查，碰到異常不能打的，我們都會提醒護士。(問：你說標準流程要經過醫師同意?)是。(問：施打之前你有無需要再去再確認他是抽B型肝炎疫苗?)不用。我們是跟護士說他可以打B型肝炎疫苗，而事後的執行動作是他要去執行，我們不去監督他打的是不是B型肝炎疫苗。由護理人員三讀五對去確認B型肝炎疫苗。我們先檢查嬰兒沒有問題後，先同意護士施打，是在嬰兒室工作告一段落後，(醫囑單)再統一簽名，是事後簽的。(問：案發當天，七個嬰兒有無再經過你檢查?)有。(問：你們二個醫師在前一天晚上檢查時有無包括是否能第二天能否施打B型肝炎疫苗?)有。(問：是否你們檢查過可以打，護士再去拿疫苗?)這個流程我不是很清楚，好像是這個樣子。(問：第二天早上會再檢查時，有無發現第二天可以打的跟前一天的數字不一致?)若檢查出有黃疸等，隔天就不施打的。」(見本院九十三年二月二十六日審判筆錄第四三頁以下)。

(2)證人西○○亦證稱：當天我是大夜班。是前一天晚上十二點至早上八點，交班給下一班，白班通常是三、四個人。擔任嬰兒房的護士期間，是從小夜班確認哪些要打疫苗，有黃色疫苗單，再到樓下門診，請那邊跟兒科小姐請領，我們的藥局是在一樓，藥師也在一樓。為新生兒注射時，從五樓的嬰兒室抽取B型肝炎疫苗，不會去二樓，因為已經拿過了，前一天的小夜班當班的會去拿來放在五樓嬰兒房的冰箱給明天早上的施打。施打B型肝炎疫苗前醫生有再檢查嬰兒(見本院九十三年二月二十六日審判筆錄第三七頁以下)。

(3)證人午○○復證稱：「(問：疫苗注射是誰決定的?)只要符合的話，有處理方式，護士檢查後如果沒有異狀就可以打，有異狀就告訴醫師。前一班的就會交待哪一些小朋友可以打。(問：你在施打B型肝炎疫苗有無經過醫生確認或

是向醫生報告？當天早上醫生是否會再檢查確認？）檢查時只要告訴醫生說這個小朋友今天要施打，或是發燒今天不能施打，知會醫生。（問：小兒科病房每天早上是否有醫生來巡視每個新生兒？）有。（問：交接班時跟你說有幾個人要打？並說是哪七個嬰兒要打？）是交班時跟我說的。要打的嬰兒有寫起來，是寫在疫苗單裏面，都有特定。（問：跟你說是哪幾個嬰兒要打，你是否還需要檢查？）要。還要再確認。（問：當天你交班前，嬰兒有無經過醫生檢查，你是否知道？）因為醫師早上會來一次，晚上會來一次，應該都是有看過。（問：【提示囑訴一號醫囑單】，在什麼情況時有無看過這個東西嗎？）有看過，每一班都要看。打完後執行者再蓋在後面。（問：提示你在囑訴一號筆錄，你說你沒有看過醫囑單，有何意見？）我知道有這一張醫囑單，在打之前，不用去看，確定打完之後再去蓋章。（問：醫囑單上要蓋章，請你確認蓋的時候，是否蓋你的名字或是連B肝第一劑的字樣也是你蓋的？）蓋自己的名字，B肝第一劑的字樣已經蓋上去了。（問：醫囑單上面血型卡介苗、B型肝炎的字樣是誰蓋上去的？）這個字樣是護士蓋上去的。（見本院九十三年二月二十六日審判筆錄第二二頁以下）。

(4)證人庚○○另證稱：「小兒科的疫苗是由我負責管理，負責去衛生所領取、拿到門診存放、寫統計表等相關業務。（問：疫苗領回後存在在何處？）在二樓的兒科門診的疫苗冰箱。（問：有無存放在別的地方？）五樓的嬰兒房。（問：何人來存的？）是他們跟我領取後放在五樓的冰箱的。（問：是否五樓嬰兒房護士跟你領藥？）是。是醫生檢查可以打之後，開立醫囑單，護士拿一張黃單子，就是疫苗注射單，我們稱為領藥單，過來二樓跟我領，這是我們的流程。（問：領藥單是否需要醫師簽名？）不用。我知道是根據醫囑單，上面寫什麼，護士就填疫苗注射單，護士拿疫苗注射單來跟我領疫苗。（問：什麼時候護士來跟你領藥？）是前一天晚上或者是臨時需要的時候。出生的數量是不一定的。」（見本院九十三年二月二十六日審判筆錄第五二頁以下）。

(5)綜合上開證人所言，與扣案之羅新惠等七名新生兒「醫囑單」、「病歷專用紙」上所載「B肝第一劑」、「MBD」等情適互核相符（見九十二年度囑訴字第一號卷第二六四頁以下），堪信並非北城醫院領藥程序無須醫師開立醫囑單，而僅係事後再由醫師統一補簽名。公訴意旨認北城醫院之領藥程序竟無須醫師開立醫囑單一節，尚與事實有違。又公訴人於論告書雖援引醫師法第十三條規定，認「醫師處方時，應於處方箋載明下列事項，並簽名或蓋章：一醫師姓名。二病人姓名、年齡、藥名、劑量、數量、用法及處方年、月、日。」因認北城醫院由醫師事後在醫囑單上補簽名之行為有違上開法律規定。惟依同法第二十九條規定，違反第十三條之規定者亦僅係處以罰鍰，尚難認此項未依規定記載醫囑單之行為，即同時成立本件過失行為注意義務之違反。更何況依公訴意旨所述，似同時課以醫師未開立醫囑單而任由護士領藥之行為責任，然公訴人又於不起訴處分書認定「辰○○未先行開立醫囑單，即由護士逕為B型肝炎疫苗接種，其後再行補簽章於醫囑單之疏失，並未造成或提高被害人死、傷之

風險」等情（見九十二年度偵續字第一〇六號不起訴處分書）。公訴人就上情既認辰○○醫師無過失責任可言，卻何以認為身為院長之被告王○○竟須因此負有過失責任？亦堪存疑。

（九）又依前開證人酉○○、午○○、庚○○所述，B型肝炎疫苗確實係存放在二樓疫苗專用冰箱內，而因嬰兒房作業需求，於前一天晚上值班護士依翌日符合施打B型肝炎疫苗的新生兒人數，填寫疫苗注射申請單（黃單）至二樓小兒科之疫苗專用冰箱領取疫苗，再存放於五樓嬰兒房冰箱內。由上開領取B型肝炎疫苗之流程觀之，尚難認定有何違失之處。且本件事情發生係因丁○○將亞庫凱林注射劑放置於五樓嬰兒房的冰箱內，適護士黃靖專又未遵守「三讀五對」之程序而誤取藥劑所致。起訴書並未具體敘明本件嬰兒死亡之結果，與前開B型肝炎疫苗放置在五樓嬰兒房冰箱內，究竟有何相當因果關係存在？徒以「創造、提高」午○○誤取藥劑之法律上所不容許風險等抽象概念，自不足以佐證上情。況如認公訴意旨所指上情，與本件嬰兒死亡之結果有關，豈非所有當班取疫苗之護士均須負有相同程度之過失責任？如此一來，將高度擴張因果關係範圍之認定，自與前開最高法院判例意旨有違。是本件嬰兒死亡之結果，與B型肝炎疫苗放置在五樓嬰兒房冰箱內之事實並無關聯，被告二人自無承擔任何過失責任之可言。

（十）亞庫凱林注射劑放置五樓嬰兒房冰箱達七個月之久一節，既如前述。而長達七個月之期間中，不論是午○○或其他護士，並未發生拿錯藥、打錯針之情事。足認本件過失結果之發生，確實是因為丁○○先私下進用亞庫凱林注射劑，又未依規定將亞庫凱林注射劑放置在五樓嬰兒房冰箱後，復發生午○○未確切遵守「三讀五對」之程序，以致取錯藥、打錯針，致生嬰兒死亡結果。丁○○、午○○二人固均應負業務過失致死責任，然就其他負責嬰兒房事務之各值班護理人員、以及負責管理監督之護理長、甚至院長，渠等「未發現」冰箱內有亞庫凱林注射劑之消極不作為，及未積極督導考核值班護理人員是否熟練兒科預防之注射護理技術等情，容有檢討、改進甚或值得非難之處，惟並不足以認定與本件嬰兒死亡結果之發生有相當因果關係存在。

七、綜上所述，本件被告二人對於北城醫院內部人員、醫藥管理等事項，即使於監督管理方面，尚有值得非難而應檢討改進之處，然依現有證據，並不足以證明被害人死亡結果與被告之監督管理疏忽，有相當因果關係存在。自不能以推測或擬制之方法，作為裁判基礎。此外，復查無其他積極證據足資證明被告確有前開業務過失致死犯行，揆諸前揭說明，不能證明被告犯罪，自應為無罪之諭知。

貳、公訴不受理之部分：

一、公訴意旨另認被告王○○、癸○○上開過失行為，終致午○○錯將上揭超過使用期限之亞庫凱林注射劑，誤認係B型肝炎疫苗，而連續施打於新生兒天○○、子○○之女嚴思如；戌○○、劉汶鈴之女謝心慈；巳○○、寅○○之子陳弘典；己○○、申○○之女林雨蓁；劉偉松、林于雅之子劉祐辰，致嚴思如受有呼吸停止及室管膜下囊腫之傷害，陳弘典受有心肺衰竭之傷害，林雨蓁受有心肺衰竭、

上消化道出血、急性腎衰竭之傷害，劉祐辰受有心肺衰竭之傷害，因認被告此部分另涉犯業務過失傷害罪嫌。

二、按告訴乃論之罪，告訴人於第一審辯論終結前得撤回其告訴，又告訴經撤回者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第二百三十八條第一項、第三百零三條第三款定有明文。

三、本件前開告訴人告訴被告過失傷害部分，起訴書認被告二人係觸犯刑法第二百八十四條第二項之罪，依同法第二百八十七條前段之規定，須告訴乃論。茲據告訴人具狀撤回告訴，且公訴意旨就此部分事實，認係與被告二人所犯業務過失致死罪嫌部分，為屬裁判上一罪之想像競合關係而提起公訴，茲因被告被訴業務過失致死部分應為無罪之諭知，已如前述，是過失傷害部分即與之無想像競合之裁判上一罪關係，揆諸首開說明，此部分爰不經言詞辯論，並另諭知業務過失傷害部分不受理之判決。

據上論斷，應依刑事訴訟法第三百零一條第一項、第三百零三條第三款、第三百零七條，判決如主文。

本件經檢察官甲○○、張云綺、許智評到庭執行職務。

中華民國九十三年六月三十日

臺灣板橋地方法院刑事第三庭

審判長法官 胡堅勤

法官 王瑜玲

法官 李君豪

右正本證明與原本無異

如不服本判決應於送達後十日內向本院提出上訴狀

書記官蕭汝芳

中華民國九十三年六月三十日