

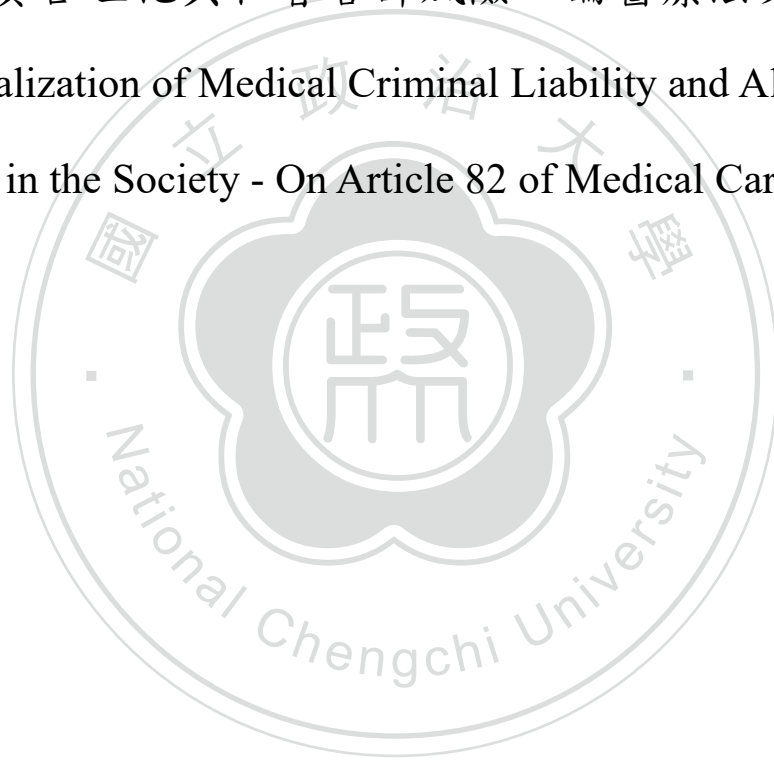
國立政治大學法學院碩士在職專班

碩士論文

醫療刑責合理化與社會容許風險－論醫療法第 82 條

Rationalization of Medical Criminal Liability and Allowed

Risks in the Society - On Article 82 of Medical Care Act



指導教授：李聖傑博士

研究生：蔡幸珊

中華民國一〇九年七月

## 謝辭

來到政大，是再次重新學習的開始。感謝政大提供這樣美好的環境與機緣。這裡有充滿綠意的校園，以山巒疊翠兼雲霧繚繞為背景、不論是新落成或是藏書多年的圖書館棟棟矗立校園中，瀰漫書香。在其中與三五同學好友談笑、從師長口中學習經典，人生甚是愜意。

感謝政大優良的學習環境。感謝何賴傑老師、李聖傑老師和王志嘉老師擔任我的口試委員並給予指導。感謝一路以行動支持我的家人、同事和伴侶。感謝在政大每一個豐富我人生的朋友。願我們因政大而強壯，政大因我們而光榮。



## 摘要

人類的社會活動藉由承擔一定風險以獲取生活便利，這是容許風險存在的理由。在風險管理流程中，法律是國家抗制風險的工具，藉由各類規則規範容許風險的界線，降低容許風險使法益損失極小化是規範的目的。醫療行為涉及人體的複雜性，在治療疾病的過程中，無法完全免除死亡和身體傷殘的可能性。由於經濟能力提升、資訊普及和要求增加，醫療糾紛逐年上升，醫療刑事案件也隨之增加，造成醫界防禦性醫療和健保支出上升。藉由過失犯罪理論論證醫療過失是否成立，醫療人員常被控訴違反客觀注意義務，以致實現法所不容許風險，導致危險結果。然醫療行為具有促進健康的益處，接受醫療同時也必須承擔醫療的風險。醫療上的容許風險可根據醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切情況而有些微差異，但只有在接受醫療行為的益處大於風險時，醫療人員才會提供該項醫療行為，此時的醫療風險為容許風險。各級醫院醫療水準是配合國家衛生法規要求所設立，容許風險的些微差異並不影響醫療決策的利弊衡量。在容許風險內的醫療事件是不幸，容許風險外的醫療事件是不法。刑法制裁目的在於減少不法，醫療進步旨在降低不幸。民國 106 年醫療法第 82 條修法，導入多元的判斷標準使醫療容許風險範圍明文化。在了解醫療專業領域的思考判斷流程前提下，法院進行醫療過失裁判時更能審慎評估，進而減少無謂的刑事爭訟流程。

關鍵字：醫療刑法、容許風險、風險管理、醫療法第 82 條、醫療法修法、醫療準則、醫療指引、醫療常規、臨床裁量、醫療過失。

# 目錄

謝辭.....	I
摘要.....	II
目錄.....	III
圖表.....	VIII
第一章、緒論.....	1
第一節、研究動機.....	1
第二節、我國的研究概況與研究必要.....	1
第三節、研究方法與範圍.....	2
第四節、內容架構.....	2
第五節、名詞定義.....	3
第二章、風險社會的容許風險.....	4
第一節、風險社會.....	4
第二節、容許風險的定義.....	4
第三節、容許風險與客觀歸責理論.....	5
第四節、容許風險存在的原因.....	6
一、一般生活風險不可避免性.....	6
二、危險活動的社會必要性.....	6
三、醫療容許風險具有一般生活風險與危險活動風險特性.....	7
第五節、風險管理流程（Risk management）.....	7
一、風險認識（Identify risk）.....	7
二、評價風險（Risk assessment）.....	8
三、風險控制（Risk control）.....	8
四、執行和監測（Implementation and monitoring）.....	9

五、風險管理的檢討改進 (Review and update risk plan) .....	9
六、法律在風險控制的角色.....	10
第六節、容許風險的評價方式.....	11
一、法規範.....	11
二、工作規範.....	12
三、信賴原則 (Vertrauensgrundsatz) .....	12
四、特定專屬的判斷標準.....	13
五、探知義務與不作為義務.....	13
六、個別化的利益與風險衡量.....	14
第七節、風險控制與風險程度變化.....	14
一、風險降低行為.....	15
二、風險升高與法所不容許的風險.....	16
三、風險變更.....	17
第八節、風險承擔.....	18
第九節、可容許危險.....	18
第三章、從過失犯罪理論看醫療疏失的責任歸屬.....	19
第一節、醫療行為本質.....	19
第二節、近年醫療生態.....	19
第三節、醫療行為在刑法上的定位.....	21
一、醫療行為傷害說.....	21
二、醫療行為非傷害說.....	21
第四節、醫療行為與刑事犯罪.....	22
一、故意與過失.....	22
二、醫療行為與故意殺人和故意傷害.....	23
三、醫療行為與過失致死和過失傷害.....	24

第五節、過失犯的理论演進.....	24
一、古典犯罪理論.....	24
二、目的犯罪理論.....	25
三、客觀歸責理論.....	25
第六節、醫療過失的類型.....	26
一、無認識過失與有認識過失.....	26
二、普通過失與業務過失.....	27
三、作為之過失與不作為之過失.....	28
四、重大過失與輕微過失.....	28
五、與有過失.....	29
第七節、醫療過失犯的不法構成要件.....	30
一、不法結果的出現.....	30
二、行為的不法—違反客觀注意義務致超越容許風險.....	30
三、因果關係—行為與結果的客觀歸責.....	32
四、過失的主觀不法構成要件討論.....	34
第八節、醫療過失犯罪的違法性.....	35
一、違法性的判斷.....	35
二、阻卻違法事由.....	35
第九節、醫療過失犯的有責性.....	36
一、無責任能力之人.....	37
二、行為上的缺陷.....	37
三、能力資格欠缺或環境限制.....	37
第十節、累積因果關係.....	38
第十一節、醫療疏失不等同醫療過失.....	38
第四章、為醫療行為的容許風險劃界.....	39

第一節、醫療行為的風險特色.....	39
一、醫療行為具有風險.....	39
二、診斷過程的風險特性.....	39
三、治療行為的風險特性.....	40
四、醫療風險與容許風險.....	40
第二節、醫療容許風險範疇的依據.....	41
一、醫療準則 (Standard)、醫療指引 (Guideline) 與醫療常規 (Routine) .....	41
二、醫療水準.....	43
三、知情同意(Informed consent)和共享決策(Shared decision-making) .....	45
四、阻卻違法.....	48
五、臨床裁量空間.....	50
第三節、容許風險與醫療的不幸和不法.....	52
一、容許風險內的醫療事件為不幸.....	52
二、容許風險外的醫療事件為不法.....	53
第四節、違反準則與注意義務的例外—裁量的重要性.....	54
第五節、醫學進步的目的是降低容許風險.....	55
第五章、民國 106 年醫療法第 82 條修法前後.....	56
第一節、修法過程.....	56
一、簡述修法過程.....	56
二、醫療法第 82 條修法前後條文對照與立法理由.....	57
第二節、條文解析.....	60
一、民事刑事條文分列.....	61
二、民事過失概念被取代.....	61

三、新訂刑事過失責任條文.....	62
四、容許風險範圍明文化—多元的判斷標準.....	63
五、醫療機構和醫事人員規範分離.....	64
六、醫療法第 82 條與刑法第 14 條比較.....	64
第三節、修法前後案件分析.....	65
一、統計方法.....	65
二、統計結果.....	66
三、超長時間訴訟案件.....	71
第四節、修法前實務判決討論.....	72
一、相關討論.....	72
二、相關判決.....	73
第五節、修法後實務判決討論.....	75
一、導入容許風險概念.....	75
二、相關判決.....	75
第六節、小結.....	84
第六章、結論.....	86
第一節、醫療容許風險明文化.....	86
第二節、醫療刑事責任合理化.....	86
參考文獻.....	88



## 圖表

圖一、各級法院醫療刑事案件數量與總定罪數.....	71
表一、民國 106 年醫療法第 82 條修法前後對照.....	65
表二、法院醫療刑事案件分析.....	67
表三、地方法院醫療刑事案件分析.....	68
表四、高等法院醫療刑事案件分析.....	69
表五、最高法院醫療刑事案件分析.....	70



# 第一章、緒論

## 第一節、研究動機

民國 84 年，我國實施全民健保，透過社會互助與危險分擔的社會保險制度，大大提高民眾就醫方便性。隨著經濟提升與資訊普及，人民對醫療品質的要求也越來越高。民國 90 年代，醫療糾紛案件數量逐年上升，醫療人員在施行醫療行為時備感壓力，而有防衛性醫療發生，間接導致健保費用支出逐年上升。在醫療刑事和民事訴訟案件中，以過失為大宗。為論證醫療過失犯罪成立與否，醫療人員身為醫療提供者的角色，且因醫療具有專業性，故醫療人員在法庭上屢被指控「應注意而未注意」，並要求注意義務的舉證。故醫界推動兩次醫療法修法。民國 106 年第二次醫療法修法，目的在於醫療刑責合理化。本篇旨在探討 106 年修法前後的醫療刑事過失認定，與修法是否達到醫療刑責合理的目的。

## 第二節、我國的研究概況與研究必要

容許風險與信賴原則的概念發展自德國交通判決，我國的法院判決也大量引用容許風險的概念。從客觀歸責理論判斷過失成立與否為我國學界和實務大量運用，但在專業領域結合醫學與刑法的醫療刑法在判定醫療過失時，醫界認為說過失太過、法界希望為不法侵害的實現找到超越容許風險的原因，雙方難有共識。在 106 年醫療法第 82 條修法前，不論醫界、法界或民間團體皆對修法提出各種建議，最終將民事、刑事條文分列，並增訂多元的容許風險判斷標準，企圖對法界解釋醫療不可避免的死傷為容許風險，是接受醫療好處時必須承擔的風險。修法對於醫療刑事過失的判斷是否達到更為嚴謹、限縮過失不法判決的效力，待本文觀察分析。

### 第三節、研究方法與範圍

筆者首先研究容許風險的由來與存在原因。就管理的角度，風險管理可以降低風險使損失極小化。分析法律在風險管理中的角色主要為風險控制，刑法作為國家風險控制的工具，近代逐漸演變成富有彈性的規範。談及醫療刑事過失，先論我國過失理論的源頭和發展，再論專業領域的醫療刑事過失的不法構成要件、違法性與有責性如何運用。再將容許風險在醫療刑事過失中的角色明朗化，闡明醫療的風險和容許風險特色。最終將醫療法第 82 條修法前後的實務判決作統計分析和閱讀分析，確認容許風險在醫療刑責合理化判斷的重要性。

### 第四節、內容架構

本文共分為六章。第一章緒論說明研究動機、我國概況與研究方法和架構，為全文的發想做初步開展。第二章闡述容許風險的定義和存在原因。風險管理五步驟是為降低風險和減少損失的管理方法，法律在風險管理的角色是為國家降低風險的手段。經過生活經驗和各種專業評估，社會將作利益衡量，容許一定程度的風險為容許風險，與社會共存。我國的刑法深受德國刑法影響，第三章重申我國過失犯罪理論的運用，並逐步再認識醫療過失的判定與分類。第四章嘗試向大眾解釋醫療風險中屬於容許風險的部分，並探討如何界定醫療的容許風險。從醫療準則、醫療指引、醫療常規和臨床裁量空間等角度切入醫療風險的界定，並解釋醫療容許風險存有動態彈性的原因。第五章回溯分析近二十年的醫療刑事訴訟案件，以 106 年醫療法第 82 條修法為界，分析修法前後的判決模式與容許風險明文化後的影響。最終，在第六章整理出本文的研究結果，並期待醫療刑責合理，使醫療人員專心醫療工作，促進全民健康。

## 第五節、名詞定義

在討論醫療過失前，必須先為幾個名詞作定義。

1. 醫療錯誤 (medical error)：在醫療的診斷治療過程中，起因於不正確或不完整的診斷或是系統性錯誤，造成不正確地執行或不執行，導致醫療上可預防的不良反應，對病人的健康結果不一定有明顯的傷害性<sup>1</sup>。依美國國家用藥疏失通報及預防協調審議委員會 (NCC MERP) 醫療錯誤可分為九大類<sup>2</sup>。舉個簡單的例子，要送 A 病人去做檢查，卻送成 B 病人。

2. 醫療疏失/醫療事故 (medical malpractice)：醫療人員在診斷治療病人和分工合作的過程當中，沒有遵循適當的照護常規，發生違反注意義務的情事<sup>3</sup>。由於法界缺乏完整的醫學訓練，醫療疏失的判定有賴衛生福利部醫事審議委員會的鑑定<sup>4</sup>。在美國，醫療事故被定義為醫師在治療病人過程中，因為有悖於醫療常規的任何作為或不作為，造成病人的傷害<sup>5</sup>。

3. 醫療過失 (medical negligence)：犯有醫療疏失的人，如果造成病人的身體傷害或是死亡，且兩者間有因果關係，則成立過失犯罪。

---

<sup>1</sup> Grober ED, Bohnen JM. Defining medical error. *Can J Surg.* 2005;48(1):39-44. 全文為：An act of omission or commission in planning or execution that contributes or could contribute to an unintended result.

<sup>2</sup> NCCMERP National Coordinating Council for Medication Error Reporting and Prevention, Categorizing Medication Errors Index in Color, from: <https://www.nccmerp.org/>.

<sup>3</sup> Ulrich Schroth 著，古承宗譯，〈醫師於醫療疏失的刑事責任〉，《高大法學論叢》，第 9 卷第 2 期，頁 41。

<sup>4</sup> 王聖惠，〈「疏失」和「過失」有何區別？〉，《月旦醫事法報告》，0 期，頁 144。

<sup>5</sup> Bal BS. An introduction to medical malpractice in the United States. *Clin Orthop Relat Res.* 2009;467(2):339-347. 全文為 Medical malpractice is defined as any act or omission by a physician during treatment of a patient that deviates from accepted norms of practice in the medical community and causes an injury to the patient.

## 第二章、風險社會的容許風險

### 第一節、風險社會

日常生活中充滿了各種行為互動，隨著科技日新月異，人類的食衣住行育樂比起以往有更多的選擇，也就意味著更多的潛在性風險。比如，移動行為從走路，進展到騎馬、開車、坐飛機在不同國度間移動，甚至搭火箭上月球。移動的速度越快，範圍越廣，也乘載更多可預期或不可預期的潛在風險。「Risk is everywhere.」<sup>6</sup>，風險無所不在，所吃的食物、所開的車、所呼吸的空氣，都蘊含風險。但是為了流暢的互動和生活便利，社會上普遍接受各種行為一定程度的風險承擔，也就是容許風險。隨著科技智慧的發展，更多的人為介入被導入醫療、司法、交通、教育和娛樂，也使的容許風險的允許和探討更為重要。

### 第二節、容許風險的定義

容許風險(erlaubtes Risiko, allowable risk, allowed risk, acceptable risk, tolerable risk)一詞出現在刑法學理，或見於客觀歸責、違法性或是構成要件的討論中，是一種利害權衡的概念<sup>7</sup>，將比例原則的衡平性落實於生活中。容許風險之所以被容許，是因為它們對社會生活有正面的維持意義。倘若因為這些附加風險而選擇不開車、不開刀、不用電腦...，反而放棄更多促進生活便利的利益，在風險與利益間衡量，接受容許風險是選擇可接受範圍內的危險性而獲取生活最大的方便性。信賴原則是容許風險的應用<sup>8</sup>，當行為人施行某種行為，可信賴其他人也會採取適當措施，兩造之間，有默契的容忍相當程度的行為風險。

---

<sup>6</sup> Christopher L. Culp (2001), *The Risk Management Process Business Strategy and Tactics*, New York: John Wiley & Sons, p3.

<sup>7</sup> 黃榮堅，《刑法問題與利益思考》，第一版，頁 154。注釋 28 的說明。

<sup>8</sup> 林東茂，《刑法綜覽》，第八版，頁 1-96。

醫療行為也有容許風險。當醫療人員在執行醫療行為時，如果已經盡了必要的注意義務，最後還是發生死亡或不可逆的身體傷害結果，以上侵害法益結果的發生，是可以被容許的，人類社會不會因為這些難以避免的風險而不接受醫療。降低醫療行為上的容許風險是醫學進步的歷程，刑法的目的是制裁不法，不法來自法所不容許風險的實現。

### 第三節、容許風險與客觀歸責理論

客觀歸責理論發展自 1970 年代，由德國慕尼黑大學教授 Claus Roxin 提出<sup>9</sup>，以條件說為基礎，不管是故意犯或是過失犯都可以採用客觀歸責理論作判斷依據。客觀歸責理論廣義上是風險關聯，其推導公式為：行為人創造法所不容許的風險，風險實現造成行為客體法益受侵害的結果，且該因果歷程在構成要件的效力範圍內<sup>10</sup>。過失犯罪則是行為人因違反客觀注意義務而導致有因果關係的危險結果。藉由客觀歸責理論的運用，如果行為人所創造的是法所容許的風險，即是風險實現導致侵害結果，因屬於容許風險範疇的行為，就不會是過失行為。換句話說，容許風險是現代犯罪階層體系中阻卻違法的重要因素，容許風險概念將會限制行為人負責範圍。

即使行為人製造了法所不容許的風險，但結果的發生不具有預期性，或是遵守注意義務也無法避免危險結果，或是應由被害人自我負責的情形下，也就無法將結果歸責於行為人。依據客觀歸責理論，因果關係雖然不能被中斷，但是可以被新的風險超越。例如，救護車運送急性中風病人就醫，運送過程中在十字路口被闖紅燈的車輛撞上導致當場死亡，此時該車禍會被認為是新的風險，若非此新的風險，病人或許不至於喪命，是車禍獨立造成死亡結果，而非當時的中風疾病。

<sup>9</sup> 張麗卿，《新刑法探索》，第五版，頁 453。

<sup>10</sup> 古承宗，《刑法之理論與釋義（一）》，第一版，頁 16；張麗卿，《新刑法探索》，第五版，頁 461；林東茂，《刑法綜覽》，第八版，頁 1-86。多位留德學者皆對 Roxin 學說提出解釋與推廣。

## 第四節、容許風險存在的原因

### 一、一般生活風險不可避免性

人類生活是動態的，只要有行動就有風險。要煮飯進食才能生存，所以用火是人類活動中最早必須面臨的生活風險之一。為了快速的移動，從汽車的發明後，人類仰賴各式各樣的交通工具在點與點之間做移動，也面臨汽車拋錨、爆胎、車禍擦撞等大小不同的風險<sup>11</sup>。除非永遠不從事這些活動，否則該活動伴隨的風險將不可避免。但是人類社會可以容許何種程度的生活風險，則必須進一步共識討論。

### 二、危險活動的社會必要性

部分的人類活動並不是每個人都會從事且具有一定的危險性。例如槍枝有強大的破壞力和殺傷力，可以用作威嚇他人、阻止行動或獵殺動物等用途，我國僅有特定人員經過訓練可以配戴槍枝，如警察或軍人。雖然開槍可能殺人導致喪失生命，但是沒有人會反對賦予軍警人員這項工具和權力，因為這類危險活動被賦予維護社會治安的功能，而有其必要性。又如電能提高人類生活極大的方便性，其中核能發電因其發電方式和核廢料處理，有其危險性而需要專門訓練人員處理，火力發電又有空氣污染的難題，雖然努力轉型其他再生能源發電方式，但是核能和火力發電對我國現階段的供電穩定仍然不可或缺而有其必要性。人類是否要選擇和這些危險科技共存端視其必要性，與是否有其他可行的替代方案。

---

<sup>11</sup> 周漾沂，〈風險承擔作為阻卻不法事由一重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14期，頁175。

### 三、醫療容許風險具有一般生活風險與危險活動風險特性

綜合上述討論，生老病死是人生必然歷程，故醫療具有一般生活風險不可避免性；為了對抗疾病，侵入性的醫療行為具有危險活動的必須性。每一次的醫療方法評估選擇都必須符合利益優位原則，衡量該治療方法的利弊，採取對病人最大利益的措施。高於法律要求的醫療倫理四原則，1.尊重病人自主原則、2.不傷害原則、3.行善原則，與4.正義原則，可以做為醫療人員執行業務判斷時的依據<sup>12</sup>。是故，醫療手段背後隱藏風險，人類容許其風險存在以促進生命的延續。

## 第五節、風險管理流程 (Risk management)

日常生活是動態的過程，這個過程是由一連串的選擇所組成，包含食衣住行育樂各個層次的抉擇。例如，如何使用交通工具、上班時做什麼事、如何付款、面對強盜威脅危險時如何應對...等。為了生存，我們管理風險。生活中的每一個選擇都是在進行一次簡短的注意義務執行，有系統並前瞻地處理每一件事務，期能夠在損失極小化的前提下收最大功效。如果社會評估這個活動可以為生活帶來更大的益處，這裡的最小損失也就成為執行該事物的容許風險。風險管理流程源自於企業風險管理和軍事風險管理<sup>13</sup>，可以簡單的歸納為五步驟：1.風險認識、2.評價風險、3.風險控制、4.執行與監測，和5.檢討改進。

### 一、風險認識 (Identify risk)

執行一事物時，首先要確認做這件事情的益處與潛在的危害。做一件事情的潛在危害就是這件事情背後隱含的風險。認識風險，在接下來的執行過程中才有機會趨吉避凶。如果行為人對風險缺乏認知，不知道執行特定行為時伴隨特定

<sup>12</sup> 王志嘉，〈病人自主的刑法效應〉，東吳大學法律學系博士論文，102年7月，頁1。

<sup>13</sup> Naval Postgraduate School, Safety, Know your workplace hazards, Operational risk management (ORM), from <https://nps.edu/>.



風險，也就無法做積極的風險控制去免除危險結果發生，缺乏預見可能性，無法執行注意義務，也就是過失犯的無認識過失。

## 二、評價風險（Risk assessment）

做每一件事情都有其風險，當體認到事情有風險存在，將會開始分析評價風險大小。分析的過程可以因為頻繁執行而被內化在日常生活的習慣中。有的風險甚至小到讓人忽略它的存在，表示在生活中從事這件事情的可能侵害較小；有的事情可能導致嚴重後果，風險性高且伴隨嚴重法益侵害。例如，開不同的門風險不同，其開門速度與對周遭人物的注意程度也不同。若僅是打開房門，因為往來的人事較單純，也就不太需要頻繁的注意周遭再開門，通常是直接打開門就走出去。但是如果開車門，動作太快缺乏注意可能會和後方來車發生碰撞造成嚴重車禍，就必須先回頭確認有無來車再反手開門，以降低發生車禍的可能性。更甚者，在飛行期間企圖打開飛機艙門可能影響飛航安全，會透過電腦系統上鎖。風險性小的行為天天都在執行，相對地，社會並不反對高風險的行為，但高風險的行為需要進一步風險管控。

評價風險是執行注意義務而採取風險管控介入行為的前一步驟，若是屬於容許風險，則不須採取特殊行為應對，若是超越容許風險，就必須注意不能實現法所不容許的風險。

## 三、風險控制（Risk control）

控制風險是指經由各種介入行為以減少或消滅風險事件的可能性，並降低風險事件造成的損失<sup>14</sup>。經由介入行為改變風險程度會導致不同的風險結果。與沒

---

<sup>14</sup> Safeopedia, Risk Control, from: <https://www.safeopedia.com/>. 部分原文為，Risk control is a step in the hazard management process. It involves finding a way to neutralize or reduce an identified risk.

有介入行為的事實相比，介入行為可能導致關係流程：1.風險升高、2.風險降低、3.風險變更、4.風險不變。降低緩解風險是風險控制行為介入的主要目的，主要是使危險結果不發生或程度減輕，風險升高可能會導致法益侵害，風險變更則需要進一步分析評估。

#### 四、執行和監測 (Implementation and monitoring)

風險控制之所以重要，是因為伴隨不同程度風險的行為實踐，將會導引出不同的結果。在執行風險控制的介入行為時，也必須同時給予實際監測，才能了解不法行為的風險是否被控制，且該風險控制是否發揮人類社會所需要且正向的結果。

#### 五、風險管理的檢討改進 (Review and update risk plan)

在認識評價風險，並執行風險控制與監測後，最終步驟的檢討與改進方能得到結論，明白風險控制的手段是否發揮效用。例如生活中，空手端熱湯會燙到，用隔熱手套端熱湯就不會被燙到，所以隔熱手套是一個有效的風險控制手段。例如，民國 108 年，胃藥 ranitidine 中被發現在長期儲放或高溫儲放條件下會產生「N-亞硝基二甲胺(NDMA)」不純物，NDMA 具動物致癌性，因此食藥署啟動調查並要求相關業者暫停輸入，廠商也自主回收，在一系列的監控下確保病人的用藥安全。食藥署針對 NDMA 事件的風險管理，藉由行政力量下架再檢驗的風險控制步驟，也確實收到最終維護醫療品質用藥安全的目的<sup>15</sup>。在醫療風險管理過程中，醫界也藉由自主風險管理，不斷的檢討改進，修正治療流程以改善疾病治癒率和減少併發症。

---

<sup>15</sup> 食藥署公布市售效期內含 ranitidine 成分藥品中「N-丙硝基二甲胺 (NDMA)」不純物之調查結果，from: <https://www.mohw.gov.tw/cp-4252-49811-1.html>

風險溝通在風險的管理過程當中，可以優化利害相關人之間的資訊意見交換，強化風險評估者判斷的準確性，幫助做出更符合期待的選擇。在狂牛症相關食品安全有例可循<sup>16</sup>。在醫療人員提供醫療行為的過程中，風險溝通的運用也一樣重要，有效的風險溝通，可以幫助醫療人員更快做出正確的診斷並給予適人的治療方法，減少風險引起的紛爭。

## 六、法律在風險控制的角色

因為社會活動頻繁，人與人的相處越來越緊密連結，風險不只存在於從事特定活動的人，甚至也會影響到身邊的不特定人。例如，不是只有開車的人會發生車禍，走路的人也有可能被撞。是故，國家如果想對對於這些生活中隨時可能發生的侵害風險做出規範，就應該進一步考量這些規範的控制意義。規範控制的目的就是在處理侵害權利主體間，建築在信賴基礎上的個人行為，也就是用規範去干預個人行為的界線<sup>17</sup>。換言之，就是藉由法規劃出容許風險的界線。在風險社會中，刑法是國家社會控制風險的重要手段<sup>18</sup>。刑法從過去做為處罰法益侵害的手段，在法治國基礎和風險理性的原則下，逐漸演變成富有彈性的風險抗制工具<sup>19</sup>。

一件已經實踐法所不容許風險的案件，在假設流程審查中，行為人如果在遵守注意義務的容許風險界線內，也會實現侵害結果，就表示用法律做為規範去要求控制風險的注意義務而給予定罪，已經失去使用法律作為規範的效果<sup>20</sup>。

---

<sup>16</sup> 許耀明、譚偉恩，〈風險溝通在食安管理中之必要性：以狂牛症事件為例〉，《交大法學評論》，1期，頁1。

<sup>17</sup> 古承宗，〈刑事交通事件中的容許風險與信賴原則〉，《月旦法學雜誌》，193期，頁47。

<sup>18</sup> 何賴傑，〈SARS相關刑事法律問題研究〉，《台灣法學雜誌》，49期，頁122。

<sup>19</sup> 古承宗，〈風險社會與現代刑法的象徵性〉，《科技法學評論》，第10卷第1期，頁166。

<sup>20</sup> 許恒達，〈合法替代行為與過失犯的結果歸責：假設容許風險實現理論的提出與應用〉，《台大法學論叢》，第40卷第2期，頁777。

## 第六節、容許風險的評價方式

參考 Roxin 客觀評價「製造法所不容許的風險」的方式，生活中的容許風險，大致有下列幾項評價標準：1.法規範（Rechtsnormen）、2.工作與活動規範（Verkehrsnormen）、3.信賴原則（Vertrauensgrundsatz）、4.特定專屬的判斷標準（Differenzierte Maßfigur）、5.探知義務與不作為義務（Erkundigungs und Unterlassungspflichten）、6.個別化利益與風險的衡量（Abwägung von Nutzen und Risiko）<sup>21</sup>。藉由以上方式，有風險的危險行為非但不被禁止，相反的，藉由規範加以管理，反而可以從中獲取生活便利並藉由管理監督降低使用風險。

### 一、法規範

立法者劃定界線，規範特定行為的危險範圍，非常清楚明白的用文字記錄可容許的範疇，泛見於法律或行政命令中，主要用於普遍執行且風險性較高的生活行為。這是因為根據過去的經驗累積，如果逾越這些被禁止的表現，就有可能製造風險並侵害法益，所以社會大眾有義務遵守這些規範。

比如制訂道路交通法規，開車上路是日常生活中幾乎每天都會運用的技能，在高速公路上快速移動可以大幅增加生活便利性，但是快速移動會增加事故發生的風險，我國高速公路最低限速不得低於每小時 60 公里，最高車速不得超過每小時 110 公里，主要是根據風險分析和民眾的普遍接受度而立法，目的是為了讓廣泛的用路人有可遵循的規範，在此規範內承受相對低度的容許風險並享受高度的生活便利。根據法規範劃定的容許風險，當出現超出容許風險界線的危險行為時將有相對違法的處罰，是屬於要求遵守強度較高的標準。

---

<sup>21</sup> 李聖傑，〈過失犯罪行為的檢驗—評台灣板橋地方法院九十二年矚訴字第一號刑事判決〉，《民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，第一版，2009年9月，頁120；林東茂，《刑法綜覽》，第八版，頁1-197-1-201。

## 二、工作規範

除法規範，也有其他強度較低的規則可供依循。例如：運動規則、醫療準則、商品製造流程規範...等<sup>22</sup>。這些規範替特定人士設計一套流程，為容許風險畫出一道界線可供依循。違反該類流程並無立即的刑罰，並非遵守這些規範就能百分之百完全避免意外或侵害法益的情事發生，但是不遵守該類規範可能超越容許風險並提高風險，造成潛在的法益受損，如：不遵守商品製造流程規範，導致良品率下降或生產機械損傷肢體等情事。

## 三、信賴原則 (Vertrauensgrundsatz)

在 1930 年代，德國帝國法院針對交通事件創設信賴原則<sup>23</sup>。信賴原則是容許風險概念的應用，在行為人表現符合秩序的行為時，若沒有特殊情況，就能夠信賴其他參與人也會有同樣符合秩序的行為。若信賴遭受侵害而發生法益侵害的情事，便不追究其過失責任。例如，十字路口通行，行為人在遵守交通規則的前提下，有優先權的司機可得信賴，其他人會遵守交通規則並盡同等義務，尊重其先行權禮讓，以免發生事故。

信賴原則可看作是社會上的普遍共識，未必有明文立法或規範，而是大家有統一共識下的作法並接受其容許風險。目前我國的交通事故相關判決中，大量引用信賴原則和容許風險的概念判斷過失有無。基於科技發達，人類社會開始使用大量的風險工具以改善人類生活，在這樣的風險環境下，生活秩序和互動是建立在對生活經驗的預見，對同一個交通情狀，彼此有適切的應對舉止，後來逐漸推廣到各行各業的分工合作。

---

<sup>22</sup> 林東茂，《刑法綜覽》，第八版，頁 1-197。

<sup>23</sup> 張麗卿，《醫療人權與刑法正義》，第二版，頁 227。該書說明德國一起交通意外，駕駛與穿越車道的人發生車禍，導致一死一傷。經過上訴，駕駛無罪。

醫療工作是群體合作，一個妥善運作的醫療團隊包含主治醫師、住院醫師、護理師、檢驗師、放射師、藥師、營養師、社工人員...等等。流暢的團體運作是建立在一群訓練有素的專業人員彼此間的信賴基石上。依醫療人員執行特定醫療業務時的功能性<sup>24</sup>，醫療的分工合作可分為水平分工與垂直分工<sup>25</sup>。水平分工是指醫療團隊中已接受專業訓練合格的人員，彼此間地位平等的合作關係，有獨立的決定權。垂直分工是指該人員間基於訓練因素，有監督與受監督的相互關係，無完全獨立自主進行醫療行為的權限<sup>26</sup>。分工的判定，在醫療各職類間皆有討論<sup>27</sup>。就法律效果而言，水平分工可以主張信賴原則，而垂直分工則不能一味主張信賴原則以免責。

#### 四、特定專屬的判斷標準

特定行為人進行特殊事務時所會面臨的風險，若由深思熟慮、冷靜客觀，且同具特殊認知的人做角色轉換，也會表現出同等的考量範圍。最常見的是醫療處置的判斷，若是另一名醫生做判斷，也會用相似的方式治療處理。

#### 五、探知義務與不作為義務

當行為人經過客觀評估，認為執行特定行為時本身能力無法避免發生損害法益的情事，而決定不作為以免發生憾事<sup>28</sup>。經由評估可容許的風險範圍，在範圍內便放手作為，若超越容許範圍則選擇不作為。如此，也可以由行為人經過評估

<sup>24</sup> 蘇嘉瑞，〈信賴原則在醫糾適用之類型化與法學實證研究〉，《科技法學評論》，第7卷第1期，頁277。

<sup>25</sup> 張麗卿，〈醫療人權與刑法正義〉，第二版，頁223；林東茂，〈刑法綜覽〉，第八版，頁1-199。

<sup>26</sup> 張麗卿，〈外科醫療糾紛鑑定案例及判決解析—腹痛灌腸致死案〉，《台灣法學雜誌》，第283期，頁38。

<sup>27</sup> 邱慧淑，〈醫療分工、信賴原則與過失責任歸屬—以醫師與護理師間關係為例〉，《全國律師》，第19卷第11期，頁90；盧映潔、許育璋，〈論組織醫療與刑事過失責任歸屬—以醫師與藥師之分工為探討〉，《月旦法學雜誌》，第234期，頁176。

<sup>28</sup> 林東茂，〈刑法綜覽〉，第八版，頁1-201。

決定容許風險範疇。

## 六、個別化的利益與風險衡量

隨著科技進步，有越來越多的新事物出現；隨著個人意識上升，社會上出現個別化處置的呼聲。所以當法規範、工作規範或是信賴原則無法作為容許風險的判斷依據時，針對新事物或是個別化需求，需要進行個別化的利益與風險衡量，再進一步評估其容許風險。個別化的衡量建立在該行為所能提供的社會利益大小，具有較大社會利益的行為，人們所能容許的風險範圍也越大。比如：搭乘火箭進行太空旅行是一項新興正在發展的科技，未來可期。太空旅行不同於在地球上旅行，伴隨更多的風險和社會關注，可視為人類足跡的拓展，也可為廠商帶來巨大的利潤，太空旅行的載具必須研發和測試到何種程度才可以被允許正式成行，其容許風險又和過去熟悉的交通工具不同，需要進行個別化利益與風險的衡量。

對於不熟悉的領域，所面臨的究竟是一般生活風險還是危險活動，其實難以絕對劃分。風險可大可小，風險容許與否可以就利益衡量程序決定。Binding 提出，「一個行為在法律意義上越重要，在法律上得不加以抗拒的行為風險就越大；一個行為在法律意義上越不重要，可允許的行為風險就越小」<sup>29</sup>。實踐一件行為必須要考慮的包含其目的實現的可能性和追求實踐的過程可能造成的法益侵害。利益優位原則的衡量模式，常見於交通、醫療、能源和高科技運用評估。

## 第七節、風險控制與風險程度變化

風險控制是指經由介入行為以減少或消滅風險事件，並降低損失。但風險控制的成效如何，是否達到預期目的，必須經過執行監測與最後的檢討，才能對該

---

<sup>29</sup> 周漾沂，〈風險承擔作為阻卻不法事由—重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14期，頁 188；Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV: Die Fahrlässigkeit, 4. Aufl., 1965(1920), S. 440.

風險控制行為的真正效果下結論。法律對人民違法的風險控制，醫學對疾病治療的風險控制，各個領域的風險控制手段在最終都需要再評估該手段是否發揮減少風險事件的效果。是故，風險控制手段蘊含了降低、升高與變更風險的可能性。

## 一、風險降低行為

單純的風險降低（globe risikoverminderung）是指行為人的行為非但沒有製造或提高會導致構成要件結果的風險，反而減緩一個已經存在的構成要件的風險，藉由降低風險或可避免形成構成要件的危險結果。依照客觀歸責理論，降低風險的行為，等於沒有製造危險<sup>30</sup>。

所謂的風險降低事實上包含了三種不同的情況：

1.真正風險降低：結果與行為之間根本不存在因果關係，常見的像是醫療中的開刀治療行為或警察執行勤務開槍，行為人該類降低風險的行為是為了疾病或是竊盜而發生。在事件中和構成要件彼此成立因果關係和前後事實，但卻不具有客觀可歸責性<sup>31</sup>。例如：行為人 A 在一場槍戰中，為了避免被害人 B 被匪徒槍殺，慌忙之中推開被害人 B 導致 B 跌倒擦傷。B 的擦傷雖是 A 所造成，但是 A 的行為是一個降低風險行為，意在降低 B 被槍殺的可能性，該降低風險的行為欠缺客觀可歸責性，也就不能成立 A 對 B 的傷害罪。

2.誤認風險降低：行為人誤認其行為降低風險，可從主觀歸責而非客觀歸責討論排除行為的犯罪性；

3.風險替換行為：實質上是風險變更行為，應從風險變更角度進行討論，或可運用正當防衛、緊急避難或得被害人承諾做阻卻違法的抗辯，將在下一段風險變更作討論。

---

<sup>30</sup> 張麗卿，《新刑法探索》，第五版，頁 464；王皇玉，《刑法總則》，第五版，頁 196；林東茂，《刑法綜覽》，第八版，頁 1-87。降低風險行為的特色在多本專業書籍中皆有特別說明。

<sup>31</sup> 李聖傑，〈風險變更之結果客觀歸責〉，《中原財經法學》，7 期，頁 4。



## 二、風險升高與法所不容許的風險

造成法益侵害結果，且有因果關係的行為是一種風險升高的行為。將原本於容許風險範圍內的情狀經由行為介入提高風險，製造法所不容許的風險。該風險在該事件中，並非百分之百會導致實現法所不容許的風險，但是已經大幅提高法益受到侵害的可能性。

在刑法中，基於罪疑惟輕的前提，如果事實不明而無法明確歸責於行為人時，提高風險的行為並不一定會被處罰。但是依照風險升高理論（risikoerhöhungstheorie），行為人若為合法行為，可能可以防止結果發生，但行為人未遵守注意義務導致超越容許風險，應該要為風險升高負責。這樣的學說除了會遭受到罪疑惟輕的質疑，也會有將危險犯當作為實害犯處罰的疑慮。以德國聯邦最高法院案例為例（BGHSt 11, 1），與單車未保持安全間距的貨車司機 A 撞上酒後騎單車的駕駛 B，導致駕駛 B 跌入貨車後輪，遭到輾壓致死。鑑定報告指出，即使保持安全間距，單車駕駛 B 因為酒精濃度過高也可能跌入後輪。卡車司機 A 本身未保持安全間距的行為未必會造成車禍，但將提高發生車禍的風險，基於風險升高理論，將會成立過失致死。風險升高理論的學說論點，受到贊成反對的雙重聲浪<sup>32</sup>。

在醫療過程中，實施符合準則和常規的醫療措施，目的是在降低病人疾病的整體風險。倘若依照醫療水準和緊急判斷做出的醫療處置，如果仍然無法避免結果的發生，也就無法歸責醫療人員。然而，過去動輒評論醫療人員「應注意而未注意」，苛責醫療人員未能充分注意預防導致風險上升，根據風險升高理論處理，似有將醫療人員的醫療過失由實害犯轉為具體危險犯來看待，也限制了罪疑惟輕的適用範圍。

---

<sup>32</sup> 張麗卿，《新刑法探索》，第五版，頁 468；林東茂，《刑法綜覽》，第八版，頁 1-93。本案被多位學者介紹與分析。

### 三、風險變更

不論是風險降低或是風險變更，都涉及兩個不同風險的替換。風險變更（Risikomodifikation）或是風險替代是指在構成要件結果形成的過程中，因為行為人的行為介入改變風險發生的方式。例如經典的火場救嬰案：女嬰的父親為了避免女嬰遭到濃煙嗆死，將女嬰由二十層樓高處拋下，最後女嬰墜死，該案的父親創造了幾乎百分百會摔死的風險以取代幾乎百分百會嗆死的風險。

此一風險變更行為的探討，先考量假設因果歷程（hypothetische Kausalität）存在，行為人所為的風險變更行為對構成要件結果發生的影響，是否具有客觀可歸責性。客觀歸責學說的通說是贊成行為人有關風險變更的修正行為，並不是風險降低行為，而是另一種新的製造風險的行為，僅是修正風險進行的方式卻沒有改變結果，仍應被評價為製造法所不容許的風險。同時採用風險和利益衡量行為人新的介入行為，並無法在歸責要素中排除新行為相關的風險製造的角色，所以新行為所致的變更風險和結果間並非偶然關係，而是常態式的因果關係，符合客觀歸責要件<sup>33</sup>。故依據客觀歸責理論，風險降低的行為可以在客觀歸責直接阻卻不法，但是風險變更的行為僅能在違法性階層處理<sup>34</sup>。

但是在特定前提之下，通常是開始於一件大自然的災難，行為人的行為僅修正一個已經正在發生的自然歷程，刑法所保護的法益並沒有因為行為的介入變得更差，比如：失去生命，就可以排除客觀歸責，在違法性的層次用緊急避難或得被害人承諾做阻卻違法的抗辯。如此才能真正落實刑法對法益的保護，而非一味的將結果歸責於風險變更行為，以致於生活中危急之際無人願意出手改變現狀。

<sup>33</sup> 李聖傑，〈風險變更之結果客觀歸責〉，《中原財經法學》，7期，頁24。

<sup>34</sup> 黃奕文，〈論風險變更（Risikomodifikation）案例在刑法歸責體系的定位—以德國學說為評析中心〉，《高大法學論叢》，14卷2期，頁43。

## 第八節、風險承擔

認識容許風險的存在對被害人的重要性在於風險承擔，在人類社會活動中，承擔風險是從事社會活動必須負出的成本。一個人願意付出多少成本參與特定社會活動，必須根據該項活動的必須性和重要性進行評估<sup>35</sup>。例如，社會大眾普遍認為開心手術很危險，但有症狀的嚴重主動脈瓣膜狹窄病人如果不接受主動脈瓣膜置換，平均餘命只有短短幾年，所以有病的人會接受手術也認知有承擔手術風險的必要；相對地，健康人根本不需要手術，也不須承擔手術風險。

## 第九節、可容許危險

風險和危險兩者都可能發生損害，不同的地方在於，風險是抽象的，強調發生的機率，危險則已經超越風險，強調具體不良的後果。

容許風險是客觀歸責理論下所思考的問題，伴隨因果關係聯結的探討，探究行為違法歸責與否與過失是否成立。容許危險，意味有著超越容許風險的危險性，藉由利益與風險衡量，再決定社會上是否接受其存在。例如，飆車闖紅燈是為社會非難的危險行為，屬於法所不容許的風險；但救護車或消防車行駛路肩，超速闖紅燈等行為，因為具有急難救助的社會正義，即使是危險行為，但社會大眾普遍願意從寬認定其標準，讓救護工作得以迅速進行以獲得更大的法益而給予免責<sup>36</sup>，屬於可容許危險。部份實務判決認為可容許危險為為超法規阻卻違法事由<sup>37</sup>。但討論上容易與放大容許風險範圍混淆，目前容許危險的討論還有爭議，不過兩者本質上應該是不同的概念。

<sup>35</sup> 周漾沂，〈風險承擔作為阻卻不法事由—重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14期，頁211。

<sup>36</sup> 蔡蕙芳，〈從英美法理論論蔡墩銘教授的期待可能性思想〉，《現代刑事法與刑事責任—蔡教授墩銘先生六秩晉五華誕祝壽論文集》，國際刑法學會中華民國分會，頁532。

<sup>37</sup> 同註31，頁224。

### 第三章、從過失犯罪理論看醫療疏失的責任歸屬

#### 第一節、醫療行為本質

醫療最早起源自巫術和巫醫，舉凡祈雨、趨疫、求子等，代表著人類對無法掌握的自然界事務內心深處的祈求，祈求可以改善不利的狀態，讓久旱降下甘霖、讓代表黑與死的疾病遠離、並帶來美好的子嗣和未來。我們期待醫療逆轉並改善疾病的不利狀態，但是病與死本就是生命的歷程，沒有一種美好的手段可以完全逆轉病與死，是故在接受醫療的過程中，必須理解且接受病的惡化與死的發生。

人體是複雜的個體，從細胞、組織、器官、系統到完整運作的個體。我們對人體的了解是從歷史的經驗積累而來的。在二十世紀，人類懂得用實驗設計等更有效率的方式累積經驗。但不可諱言的是，即便是科學昌明的今日，面對人體的複雜性和不確定性，醫學診斷和治療方法也在不斷快速修正。1950年代，沙利竇邁（Thalidomide）被用作止孕吐藥，卻因為會造成為海豹肢症（phocomelia）等畸形兒而被禁用。但在二十世紀，沙利竇邁因為具有抗血管新生的作用又開始被用在多發性骨髓瘤等癌症治療，原先被禁用的藥物，重新取得藥品許可<sup>38</sup>。這個藥物的適應症變化，背後有哭泣的母親，也有喜極而泣的癌症病人。醫療演進的過程中，每一位醫療人員都在努力消除和減少不幸事件，這些不幸事件是接受醫療所必須承受的風險，然而，隨著人類生活的進步，我們對這些風險的容忍程度也越來越敏感。

#### 第二節、近年醫療生態

醫療過程伴隨著生與死的極端可能性。病人的死亡或傷害往往是醫療人員不

---

<sup>38</sup> Vargesson N. Thalidomide-induced teratogenesis: history and mechanisms. *Birth Defects Res C Embryo Today*. 2015;105(2):140-156.

樂見卻不一定能免除的結果。這是因為醫療過程中往往伴隨大量的不確定性和多樣性，即使有制式的醫療準則可供治療參考，不同的共病和併發症也都會影響治療方式的選擇，過去醫病相處的父權模式容易忽略說明溝通的部分，個人化的需求也會改變醫療的方式，加以國人在健保制度下大量的醫療需求和過勞的醫療環境，醫病彼此的認知和要求產生分歧，一旦治療結果不盡人意，許多紛爭便伴隨而生。

一旦發生不如人意的結果，如死亡或嚴重傷害，基於醫療知識的不對等，部分病家採用訴訟的方法處理。以刑事訴訟起訴的醫療刑事案件，起訴罪名多為過失致死和過失傷害，而非殺人罪、傷害罪或重傷罪。刑法上所謂過失，是指行為人對於其注意義務有預見可能性，卻違反該注意義務而言。利用醫療過程故意傷害或殺人的行為在過往國內外案例中，不乏報導卻是罕見，直接採用刑法殺人罪或傷害罪起訴多能獲得普遍認同，此種故意殺人或故意傷害的案例並非本次論文探討的主要內容。

近二十年，我國的醫療糾紛（medical dispute）數量逐年增多，參酌他國原因分析，醫糾增加原因有：1.醫病信賴關係逐漸消失、2.過度請求的心態、3.資訊普及自我意識提高<sup>39</sup>。醫療事故處理逐漸向刑法傾斜，醫療行為刑罰化，甚至採取刑事附帶民事的方式進行，也就是以刑逼民<sup>40</sup>，造成醫療環境的惡化。從病方的立場，我國訴訟策略採取刑事程序有諸多優勢，如免繳裁判費、免律師費、可以附帶民事求償、藉由檢調保全證據並請求專家鑑定，訴訟門檻較低<sup>41</sup>。然事情訴諸刑法處置是最嚴厲的手段，整體而言，醫療是有益於社會大眾健康公益的行為，動輒訴諸刑法處理雙方紛爭，再加以健保給付條件影響，高風險科別紛紛出現人才荒的窘迫，也逐漸衍生出防禦性醫療，造成醫療支出不斷上升。

---

<sup>39</sup> 陳明堂，〈醫療法第八十二條修法之法務部觀點〉，《台灣醫學》，2019年23卷第4期，頁461。

<sup>40</sup> 張麗卿，〈醫療人權與刑法正義〉，第二版，頁5。

<sup>41</sup> 陳忠五，〈醫療糾紛的現象與問題〉，《台灣本土法學雜誌》，55期，頁3；吳俊穎、楊增暉、陳榮基，〈醫療過失刑事歸責之實證分析〉，《月旦法學雜誌》，232期，頁134。

### 第三節、醫療行為在刑法上的定位

醫療行為具有侵襲性和傷害性，不論是診斷的抽血檢驗或是治療的打針給藥，都會對人體的完整性造成一定程度的改變和介入。具有侵襲性的醫療行為，法律上的定位有多種學說見解，主要為醫療行為傷害說和醫療行為非傷害說兩種<sup>42</sup>。兩種學說都各有法界和醫界的人士贊成與反對。

#### 一、醫療行為傷害說

當醫師進行手術時，一刀畫下，就外觀上而言是在進行一項傷害行為。西元 1894 年，德國帝國法院判決一起醫療糾紛醫師敗訴，原因是醫師堅持對父親反對截肢的罹病小女孩開刀，雖然小女孩在截肢後生存下來，但後來帝國法院判決認定醫師的行為成立傷害罪。這是從外表直觀上的觀察，截肢是一種物理性地侵害身體完整性的治療過程。此外，此案即使是出於醫療目的，醫師沒有取得病人同意也是重點。由於這件判決，多年來實務上醫療行為在德國被解釋為傷害行為，必須藉由阻卻違法才能成立其正當性，包含 1.得被害人承諾、2.推測承諾 3.緊急避難。

然而對醫療人員而言，從表面文義將醫療解釋為傷害行為，依照醫療行為傷害說則終日進行的醫療行為都是傷害行為，這些傷害行為必須不斷地有合理、合法的阻卻違法事由使其醫療行為有其正當性，是具有困惑且過於表面的法律解釋方法，也不符合生活常規的反射性思考。醫療行為大部分是具有幫助性、降低風險、治療疾病的行為。故還有醫療行為非傷害說的發展。

#### 二、醫療行為非傷害說

---

<sup>42</sup> 王皇玉，〈德國醫療刑法論述概說〉，《月旦法學雜誌》，170 期，頁 123-125。

刑法的傷害罪，從目的和行為手段兩者觀察，行為人的目的是傷害性的，行為手段也是傷害性的。但是醫療人員的醫療行為，外觀的行為手段是具有傷害性的侵入行為，如切開皮膚、移除腫瘤、打針穿刺等等，但該醫療行為的目的並非傷害，而是正向且有益改善病人疾病狀態的方法，並未實質侵犯病人的身體利益和生命利益。從行為目的解釋，醫療行為非傷害行為，並沒有實質違法的行為，非傷害說更符合現實生活中真實發生的情境。

實際運作下，醫療行為是醫師與病人雙方面的互動，醫師提供且病人接受醫療行為。每個人的背景因素不同，所考量的條件也不盡相同，無法用同一套模式治療同一個疾病，如前段所舉的罹病小女孩案例，倘若病人不願意接受該醫療行為，而醫師強行提供，除了考量傷害罪，更適合以侵害他人自由的強制罪進一步討論。

## 第四節、醫療行為與刑事犯罪

### 一、故意與過失

故意與過失是刑法領域中截然不同的兩個概念，過失犯是指行為人因過失而成立的犯罪，行為人主觀心態上是不知且不欲。刑法第 12 條指出：「行為非出於故意或過失者，不罰。過失行為之處罰，以有特別規定者，為限。」針對過失行為的處罰，必須有法律明文規定，這通常是為了保護重要法益，如：生命、身體或公共安全等等。若過失行為僅造成財產的損害，則不認為有訴諸刑法的必須性。

但是故意與過失，並非絕對對立的存在，並不是不符合故意的行為，就一定有過失。過失也不能當作無法證實故意時的權宜量刑，以免驟放罪犯。刑法第 14 條對過失有簡單的定義：「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。」刑法總則中僅第 12 條和第 14 條涉及過失犯罪，但實務中過

失犯罪卻占相當高的比例，條文的論述概括而抽象，對於實際案例過失與否，仍然需要進一步借助構成要件協助判斷。

## 二、醫療行為與故意殺人和故意傷害

醫療人員對病人的處理、診斷和治療，是依據病人的疾病需求訂定，目的是為了改善疾病狀態。醫療行為的動機是找出潛在的病因並改善疾病狀態，目的是良善的。在醫療過程中，不可避免的會出現死亡或身體傷害等非期待的情形，但是因為缺乏主觀構成要件—剝奪他人生命的故意，也就無法以故意殺人或故意傷害起訴判刑。

但是在醫界也曾發生過罕見駭人聽聞的醫療人員利用職務之便殺人的案件。2018年，德國一名護理人員赫格爾（Niels Högel）被控謀殺百餘病患，最終認罪85件，2019年6月6日在德國奧爾登堡（Oldenburg）宣判，赫格爾遭判刑終身監禁，且服刑未滿15年前不得假釋。事件最初，同事感受到接受赫格爾照顧的病人死亡率明顯較高，在2005年6月，女同事收集了垃圾桶裡不明的藥物空瓶送驗，才揭發這起事件。也因為家屬繼續施壓調查，發現總共321人死於其當班時段，經過到各地勘驗超過130具屍體，三度判刑，才將這名可能是第二次世界大戰後德國殺人最多的連續殺人犯繩之以法。其中部分被害人已被火化無法驗屍，且赫格爾的記憶缺失，法院因而無法確認實際的被害人數。

赫格爾供稱藉由製造緊急醫療情形，在2000年到2005年間，刻意為重症患者注射高劑量藥物，導致病人心臟衰竭死亡。其犯罪動機是藉由這些緊急狀況，凸顯自己的搶救能力，屬於特殊的人格特質，這樣的殺人動機在醫界實屬罕見。醫療人員基於對同事的信任，對同事連續殺人等罕見嚴重病安事件也缺乏主動通報認知，也是造成連續殺人憾事發生的原因<sup>43</sup>。但是醫療人員殺人案仍是屬於罕

---

<sup>43</sup> Redaktion beck-aktuell, LG Oldenburg: Lebenslange Haft und Berufsverbot für Patiententöchter Högel, Meldung vom 06.06.2019.



見情事，也非本篇論文探討的重點。

### 三、醫療行為與過失致死和過失傷害

醫療可以診斷、治療和緩解疾病的病痛，也延長人類的壽命。但醫療的結果並非絕對是痊癒或是康復，相當比例的死亡或是肢體缺損是不可避免的結局，醫療無法絕對避免死亡和身體殘缺。一旦發生死亡或身體殘缺等法益傷害情事，可能是來自於醫療過程中病死的不幸事件，也有可能是不法侵害的案件。對於不幸事件，應當是走向理解、接受和哀傷同理，而非用刑法介入。發生不法時，對當事人而言，為自己所受到的不法侵害提出法律爭取是國家賦予的權利。相對於故意殺人和故意傷害罪，醫療刑事案件由於大多缺乏主觀構成要件—剝奪他人生命的故意，醫療相關的刑事案件多以過失罪起訴<sup>44</sup>，也是本篇討論的重點。

## 第五節、過失犯的理論演進

### 一、古典犯罪理論

古典犯罪理論時代採用心理責任論和因果行為論，過失犯的構成要件是行為與結果的因果性，過失犯的罪責要素包含行為的義務違反、結果的可預期性和行為的可期待性。過失與故意，古典犯罪理論並沒有在構成要件區別兩者，兩者是主觀犯罪的心理態度，都是一種罪責，在有責性階層才會進行判斷<sup>45</sup>。但是缺乏目的性的判斷，容易產生不合理的解釋，所以目前並不採用古典犯罪理論判斷故意或過失。

<sup>44</sup> 張麗卿，《醫療人權與刑法正義》，第二版，頁 43。

<sup>45</sup> 李聖傑，〈過失行為的刑法處遇〉，《月旦法學教室》，57 期，頁 79；王皇玉，《刑法總則》，第五版，頁 499；林東茂，《刑法綜覽》，第八版，頁 1-193。

## 二、目的犯罪理論

目的犯罪理論由德國刑法學者 Welzel 針對新古典犯罪理論修正，強調行為的目的性，在構成要件和有責性兩個階層中，都會討論到故意和過失的概念，稱之為過失的雙重定位。過失同時是不法要素和罪責要素<sup>46</sup>。在構成要件部分，過失的不法在於行為人違反客觀注意義務，製造了逾越保護目的不可容許的風險。在容許風險範圍內並無不法，但超過容許風險便有過失。在有責性階層則須討論行為人是否須對犯罪行為負責和是否有能力負責，如果不具負責能力，那麼即使違反客觀注意義務，也不成立過失犯。

## 三、客觀歸責理論

德國刑法學者 Roxin 在 1970 年代發表客觀歸責學說，判斷的兩大重點為，1.製造法所不容許的風險，2.實現法所不容許的風險，且因果歷程在構成要件的效力範圍內<sup>47</sup>。過失的定義藉由客觀歸責理論的運用，可以理解為：屬於容許風險的行為，就不會是過失行為<sup>48</sup>。事件的結果原因僅是判斷過失的基礎，經過理論演進，目前過失犯罪的判斷是以違反注意義務為前提，再依三層次確認：1.構成要件該當性，2.違法性，3.罪責性，進一步探討是否因為違反注意義務而有不法行為和不法結果。沒有違反注意義務所續發的傷害或死亡，僅是一個不幸事件，而非過失不法<sup>49</sup>。

<sup>46</sup> 王皇玉，《刑法總則》，第五版，頁 130、499。

<sup>47</sup> 張麗卿，《新刑法探索》，第五版，頁 461

<sup>48</sup> 李聖傑，〈過失行為的刑法處遇〉，《月旦法學教室》，57 期，頁 84。

<sup>49</sup> 林山田，《刑法通論下冊》，第十版，頁 166。

## 第六節、醫療過失的類型

### 一、無認識過失與有認識過失

#### 1.無認識過失 (negligentia, unbewusste Fahrlässigkeit)：

刑法第 14 條第一項，「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。」即是在說明無認識過失。在構成要件的主觀心態上，行為人負有注意義務，但並不預見犯罪事實的發生，因違反客觀注意義務，導致結果發生。例如：行為人在餐廳進行桌邊服務，用桌車送來的熱雞湯因桌車輪子故障打翻，導致客人燙傷。行為人本身並不認為熱雞湯會打翻，但因沒有注意到輪子故障，才導致燙傷事故，是為無認識過失。然而實務上以無認識過失作為裁判理由，常見於交通事件裁判，或輕易引用「雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者...」在不能判定故意犯而寬鬆認定過失罪者，需防粗糙審判，小心司法濫用之殤。

#### 2.有認識過失 (luxuria, bewusste Fahrlässigkeit)：

刑法第 14 條第二項，「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。」說明行為人主觀預見其行為會導致犯罪事實的發生，但因可非難地過分自信，低估危險性且高估自身能力，以致違反客觀注意義務導致結果發生。例如：超速行車容易發生車禍，但行為人駕駛超跑，自認個人技術優越、車輛性能卓著，在高速公路上超速行駛而肇事。

在醫療刑事案件中，無認識的過失和有認識的過失，兩種過失模式皆有可能發生。兩者在不法內涵與罪責內涵上並無不同，或有可能有量刑上的區別。

#### 3.間接故意 (未必故意)：

刑法第 13 條第二項，「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」旨在說明間接故意。間接故意和有認識的過失兩

者容易混淆、不易分辨。兩者行為人皆可預見犯罪行為的危險性，但在主觀心態上，有認識過失或是低估風險或是高估自身能力，相信結果不會發生卻實現不法，是有知無欲<sup>50</sup>；間接故意容任構成要件實現的風險，有樂意或聽任犯罪事實發生也不反對的想法，是有知有欲，說穿了也就還是故意的意思。

## 二、普通過失與業務過失

普通過失是指一般人的過失，業務過失是指從事業務之人在進行特定業務時所犯的過失，主要差異在於刑度高低不同。舊刑法第 276 條規定，「因過失致人於死者，處二年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。從事業務之人，因業務上之過失犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下罰金。」過去採取高度注意義務和違法性重大的學說見解，分別針對普通過失致死與業務過失致死訂定不同程度的刑罰<sup>51</sup>，對不同能力的人採取不同的判斷標準，相關案例常見於職業駕駛的交通事故中或過去的醫療事故起訴。但現代人身兼數職且工作彈性增大，業務的具體認定標準和刑罰加重的規則難以清楚界定。例如，計程車駕駛假日開車出遊撞死人，過去也屬於業務過失範疇<sup>52</sup>。故有學說反對針對業務行為課與不同的注意義務而加重刑罰的立法思維。

民國 108 年 5 月 29 日刑法修法刪除「業務過失」加重處罰的部份，刪去舊刑法第 276 條第 2 項業務過失致死加重處罰的規定，整併普通過失和業務過失的刑度一致，為五年以下有期徒刑，給予法官更大的裁量空間。刑法第 276 條修法理由簡述如下：1.業務之人因過失造成的損害未必較大，課以較高的注意義務，有違平等原則；2.難以說明為何從事業務之人有較高避免發生危險的期待；3.過於擴張業務的範圍已超越立法目的；4.修訂後第 276 條已提高法定刑可供裁奪，

<sup>50</sup> 林鈺雄，《新刑法總則》，第五版，頁 501。

<sup>51</sup> 吳耀宗，〈刑法上之業務概念：第三講業務作為犯罪加重處罰之要素與排除阻卻違法事由適用之要素〉，《月旦法學教室》，50 期，2006 年 12 月，頁 64。

<sup>52</sup> 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，第四版，頁 411。

足資適用。

過往醫療過失起訴，有依據業務過失或普通過失，但自從刑法修法刪除業務過失與醫療法第 82 條修法後，醫療業務過失一詞，已不復見。

### 三、作為之過失與不作為之過失

如同故意犯，依作為方法，過失犯可以分為積極的過失作為犯和消極的過失不純正不作為犯。

不純正不作為犯是結果犯，涉及主觀意欲，且行為人須有保證人地位<sup>53</sup>。指行為人「不為法律規範期待保證人所應為之特定行為」，導致構成要件該當結果發生。我國過去實務判決常引用「應注意，並能注意，而不注意」，責難醫界行為人怠於履行其防止危險發生的義務，導致發生構成要件該當結果。但是當時當地的醫療水準是依據行政法規設立，並非行為人可以完全掌控，大多數的醫療人員僅能在符合當下醫療水準的前提下做最大的發揮，即使盡百分之百的注意義務也未必能防止危險結果的發生，過度苛求注意義務似是將醫療人員提升至不純正不作為犯的危險犯看待。

### 四、重大過失與輕微過失

重大過失（Grobe Fahrlässigkeit）或輕率過失（Leichtfertigkeit）與普通過失相對，是民法領域的重要概念。我國刑法並沒有如民法的規定，區分為重大過失、普通過失和輕微過失，頂多只是量刑時再加以審酌刑度。在德國的刑法學說認為輕率過失是違反特別重要的注意義務，行為人有比一般過失更高程度的疏失，法定刑責理當提高，相關犯罪立法僅處罰故意犯或輕率過失犯，但不處罰普通過失

---

<sup>53</sup> 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，第四版，頁 674。

犯<sup>54</sup>。英美刑法源於侵權行為法，也存在重大過失的概念<sup>55</sup>。在我國刑法立法並無直接闡明重大過失或是輕率過失概念的條文，但不乏相關概念。在刑法第 185-3 條第二項的酒駕致死罪，因而致人於死者，處三年以上十年以下有期徒刑。喝酒本不當開車，酒駕本身即有嚴重的輕率過失，酒駕致死是因為重大過失導致死亡故給予加重刑罰，可看作是針對重大過失，運用加重結果犯的概念給予不同程度的刑罰的規定<sup>56</sup>。

近年來醫療爭訟頻起，然治療過程中涉及生命的高度不確定性和複雜性，動輒以刑法相對，提高醫療人員的壓力並導致防禦性醫療心態，故醫療團體提出醫療刑責合理化的訴求，建議醫療法第 82 條修法以故意或逾越合理臨床專業裁量而犯下重大過失時，才用刑法加以處罰<sup>57</sup>。然而因為我國刑法沒有重大過失明文規定，且醫療的重大過失界線不明，故此建議最終未入法。

輕微過失是重大過失的相對概念，是指行為人缺少極嚴謹的管理人注意，導致危險結果發生。是一般人可能犯的錯誤，關於過失犯罪這類型的輕刑罰，大部分不予苛求。我國實務上常見爭議的是屬於涉及輕微過失的肇事逃逸。刑法第 185 之 4 條的肇事逃逸罪，「駕駛動力交通工具肇事，致人死傷而逃逸者，處一年以上七年以下有期徒刑。」該條文偶見被濫用於車禍相關的輕微財產損失，用來逼迫對方出面和解賠償。若是僅涉及輕微過失的肇逃，不區分故意或過失，卻處以一年以上的刑期而無法易科罰金，不符憲法的罪刑相當原則，故釋字第 777 號解釋已對該條文肇事部分違反法律明確性原則作出解釋。

## 五、與有過失

危險結果的發生可以同時歸因於加害人和被害人，但即使被害人本身有重大

<sup>54</sup> 王皇玉，《刑法總則》，第五版，頁 495；林東茂，《刑法綜覽》，第八版，頁 1-207。

<sup>55</sup> 張麗卿，《醫療人權與刑法正義》，第二版，頁 56。

<sup>56</sup> 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，第四版，頁 405。

<sup>57</sup> 王皇玉，〈論醫療刑責合理化〉，《月旦法學雜誌》，213 期，頁 74。

過失，也不影響加害人的過失罪責成立，只會影響量刑輕重。所以在醫療過失成立案件中的病人，即使病人因為酒駕、吸毒、服刑等因素生成疾病前來就醫，也不會影響醫療人員過失成立與否的判斷。

## 第七節、醫療過失犯的不法構成要件

醫療過失犯罪的構成要件，主要採用客觀歸責理論的違反注意義務進行判斷。過失犯的不法構成要件不像故意犯的不法構成要件清楚完整，主要從三個要素判斷，包含 1.結果不法、2.行為不法、3.成立因果關係<sup>58</sup>。有賴審判過程中法官的評價加以完整。

### 一、不法結果的出現

我國刑法目前僅處罰過失結果犯，不處罰未遂犯或行為犯，過失犯成立條件的前提是有法益損害的結果。若無損害結果，即便有過失，但沒有實現法所不容許的風險，也不成立過失犯罪。醫療上的醫療錯誤（medical error）可大可小，小的醫療錯誤並不會造成傷亡，例如，帶錯病人去檢查但有即時發現，沒有不法結果也就沒有過失；大的醫療錯誤如果沒有及時更正，就有可能造成死傷，例如，在沒有急救設備的場所為病人開刀結果發生急救情況等。

### 二、行為的不法—違反客觀注意義務致超越容許風險

#### 1.注意義務的內容：

過失犯的行為不法一般起因於違法客觀注意義務，除了有損害法益結果的發生，過失犯不同於故意犯，還有犯罪過程的輕率態度與違反客觀注意義務。刑法第 14 條第一項，「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，

<sup>58</sup> 王皇玉，《刑法總則》，第五版，頁 499-510。

為過失。」注意義務的內容通常是根據生活規則和經驗累積而來，甚至導引出制式的作業規則以降低潛在性的風險。如建築工程作業流程、醫療常規、儀器組裝使用流程，相關用來維護安全的作業規則比比皆是。

違反注意義務和危險結果發生兩者之間需有一定的因果關係。如果行為人盡到客觀注意義務，即使發生了結果，也不符合過失犯客觀構成要件的該當性，也就不成立過失犯罪。

## 2. 注意義務履行的方式與程度：

注意義務履行的方式，對內，行為人本身必須具備對危險應有的認識與評估；對外，行為人基於其評估應保持注意以避免發生構成要件該當的結果。此時，不論放棄已經預備進行的危險行為或是提高注意並加強安全措施都是善盡注意義務的方式。

行為人注意的程度相對於危險的程度，危險越高且破壞性越高的行為，行為人也被賦予更高的注意義務。例如，用槍和用美工刀兩種破壞性的工具，槍枝的殺傷力更強，故有槍砲彈藥刀械管制條例對使用槍枝的注意義務給予更高強度的要求。

理論上，倘若行為人盡到客觀注意義務，即便發生了不法結果，也不成立過失犯罪。但實務上，履行注意義務的過程是動態的，很難用分數去評價行為人所盡注意義務的程度。有一說，是以一個有良知、理智、且謹慎的人的表現方式作為標準<sup>59</sup>。為了讓評價注意義務更具體化，還有一說是採取的是在此族群中，就一般社交行為或日常生活該族群的「平均能力」表現方式<sup>60</sup>。

一般民眾和專業人士對於同一件事物的學習程度不同，所以能夠做到的注意義務細緻度也會不同。例如，基本救命術急救訓練是叫、叫、C、A、B，專業醫療人士的高級心臟救命術（ACLS）必須加入急救用藥和診斷流程，更為繁複，

<sup>59</sup> 林山田，《刑法通論下冊》，第十版，頁182。

<sup>60</sup> 盧映潔，《醫療行為與刑事過失責任》，第三版，2018年4月，頁29。



所以不能用專業人士的標準要求一般民眾。此外，也必須以行為發生當下的時空背景所能提供的注意義務為標準，而非以事後更進步的科學狀態去要求當下的行為人。

### 3.客觀預見結果的可能性：

要求注意義務是為了防止犯罪結果發生，所以判斷成立違反客觀注意義務的前提是行為人了解如果沒有盡到注意義務，有可能發生危險結果，也就是行為人有客觀預見結果的可能性。

### 4.信賴原則：

社會是群體的生活，人無法離群獨居，長期的生活經驗演變出一套眾人可以接受的生活方式。社會活動可以和諧流暢的進行是建立在相同生活方式的共識下。比如說，開車上路是製造風險的行為，在十字路口會遵守紅燈停、綠燈行，是建立在所有用路人彼此之間一定的信賴下所導引的信賴原則。信賴原則可以協助客觀注意義務的界線劃定，幫助實務進一步判斷。如果不遵守交通規則，搶快闖紅燈可以預見可能會撞上他人、釀成死傷，所以社會上普遍的形成共識，信任他人也會遵守此交通規則。如果對方不遵守交通規則造成事故，可以說是對方違反信賴原則，只要行為人沒有過失，就不負過失的責任。雖然實務上，還是有可能因為概括性注意義務而被判刑。

信賴原則是容許風險的實踐，行為實踐過程中的風險如果是在容許風險範圍內，發生的不法結果不論行為人是否違反客觀注意義務，都難以改變不法結果的發生，因此可以阻卻因行為不法的過失罪。

## 三、因果關係—行為與結果的客觀歸責

一旦有危險結果出現，行為人也有違反客觀注意義務，那麼過失犯罪成立與否便要看危險結果和違反客觀注意義務兩者之間，就經驗事實判斷是否具有因果關係。因果關係是客觀歸責中必須具備的要素，客觀歸責理論是以條件理論為前

提的歸責理論<sup>61</sup>。如果違反客觀注意義務會導致危險結果發生，兩者之間便存在因果關係。如果即使盡到客觀注意義務也無法避免危險結果發生，該風險為容許風險，該結果無可避免性，也就是無效的義務，或是該注意義務的目的並不在避免該危險結果，兩者之間便不存在因果關係。

簡單地說，行為人的行為成立客觀歸責是同時做到 1.製造法所不容許的風險，2.實現法所不容許的風險，3.風險和結果間有因果關係，且因果流程在規範目的的範圍內。所以要先確認事件的結果原因(Erfolgsverursachung)是否存在，再用結果歸責(erfolgszurechnung)，以結果原因為先決條件進行檢驗，確認此一與行為人行為有關的構成要件結果，是否要歸責於行為人<sup>62</sup>。

透過結果歸責的區隔，刑法上的不法(Unrecht)和生活中的不幸(Unglück)就會被區分開來<sup>63</sup>。例如：年邁的糖尿病病人因糖尿病足感染住院治療，在醫院治療中反覆傷口感染並接受截肢，月餘後因敗血症宣告死亡。這時候感染治療成效不佳且反覆感染和最後敗血症死亡有因果關係，但是病人的死亡卻不適用結果歸責於醫療人員的醫療行為，因為藥物治療的反應受到病人本身的抵抗力和組織灌流影響，這是一起生活中的不幸事件，而非刑法上的不法相關的重傷害或是殺人罪。

為了更精準地檢驗因果關係的原因是否正確，可以採用充分性的要求(Vollständigkeit erfordernis)判斷行為人的行為是不是違反規範保護目的檢驗要件。充分條件是指行為與結果間存在有前行事實必定造成後行事實的關係。當行為是結果的充分條件的必要條件時，所有違反的條件都存在於原因和結果的檢驗之中，才能說違背義務和危險結果有行為人必須負責的因果關係<sup>64</sup>。例如，在一場車禍中，A 被 B 的車輛撞擊導致大腿骨折在家休養，休養期間不巧 A 家中瓦

<sup>61</sup> 李聖傑，〈因果關係的判斷在刑法中的思考〉，《中原財經法學》，8期，頁22。

<sup>62</sup> 同註56，頁16。

<sup>63</sup> 王皇玉，《刑法總則》，第五版，頁195。

<sup>64</sup> 李聖傑，〈人算不如天算—因果(不幸)與歸責(不法)〉，《月旦法學教室》，38期，頁23。

斯氣爆釀成火災，A 君因行走不良、逃生不及死於該場大火。如此，儘管車禍和火災都是 A 死亡的先行事件，但是車禍並不符合 A 死亡充分性要求，故僅能說 B 對 A 有過失傷害，而非過失致死。

故在因果關係的審查當中，製造不被容許的風險，並不代表過失一定成立。常見可以排除符合因果關係的原因如下：

- 1.發生的危險結果並非原先注意義務的規範保護目的。
- 2.即使盡到注意義務也無法免除危險結果，屬於法所容許風險範疇。
- 3.被害人自陷風險導致行為人面臨違反注意義務的窘境。
- 4.驚懼傷害，發生在過失傷害或殺人的間接被害。比如聽聞親人受害死亡時，自身難過萬分導致憂鬱過度，在民法上可以向加害人請求賠償，但在刑法上過失傷害或殺人的保護範疇不及於間接被害人。

5.續發於原傷害後的後續傷害。在原傷害的刑罰裁量都已經裁定以後，即使被害人後續因為原傷害又發生其他的傷害事故，也不能無限制的歸咎於最初的侵害情為。比如因車禍意外導致被害人腹腔出血住院，治癒出院後因情緒不佳酗酒導致猛爆性肝炎住院，第二次的住院不能歸責於先前的車禍意外。

#### 四、過失的主觀不法構成要件討論

過失犯罪的行為人沒有主觀意欲，主要以客觀不法構成要件的審查為主。主觀不法構成要件的審查，一方面是針對有無了解危險結果的成因，區別有認識過失和無認識過失，進而影響量刑輕重。理論說明極為簡單，但是人心一念之間的區分和舉證，實務上有其難度。另一方面，許多犯罪是不處罰過失犯，僅處罰故意犯。刑法第 12 條指出：「行為非出於故意或過失者，不罰。」此時判斷主觀要素進一步探討有認識過失和間接故意涉及犯罪是否成立，實務攻防上有其重要性。有時，主觀要素區分並非容易，如果不能證實行為人心存故意犯罪，罪疑惟輕，就必須從有利於被告的方向判斷，認定是有認識過失或作無罪推定。

## 第八節、醫療過失犯罪的違法性

### 一、違法性的判斷

過失行為藉由構成要件三個要素，包含：1.結果不法、2.行為不法、3.成立因果關係，可以判斷其違法性。然過失與故意相同，可能因為有阻卻違法事由而排除其違法性。

### 二、阻卻違法事由

故意犯的阻卻違法事由包含 1.正當防衛、2.緊急避難、3.得被害人承諾、4.業務上的正當行為、5.無期待可能性<sup>65</sup>。過失犯也同樣適用。

1.正當防衛：過失犯罪雖然行為人本身沒有主觀意圖，但在成立過失犯的審查過程當中，也必須確認是否有阻卻違法事由。正當防衛原是故意犯的行為人在遭受侵害時，行為人出於防衛自己或他人的權利所採取的防衛行為，具有主觀阻卻違法的意識。過失犯缺乏主觀的認知似乎無從主張正當防衛，但是學說上認為過失犯即使欠缺這樣的主觀想法，只要當下是處在緊急危難的狀態，為了保障個人權利和法律秩序，可以從寬認定適用阻卻違法，主觀上的防衛並非成立阻卻違法的必然要件。例如：警察緝凶過程中，危急之中誤扣板機重傷匪徒。此種情形下，採過失重傷罪論處追兇的警察人員並不符合警員緝凶的本意，就可以主張正當防衛。

2.緊急避難：緊急避難的與正當防衛雷同，若符合保護優越利益的緊急避難原理，也可阻卻過失犯的違法事由。

3.得被害人承諾：在許多競技比賽過程中，如拳擊手的揮拳誤傷、棒球比賽的觸

---

<sup>65</sup> 林鈺雄，《新刑法總則》，第五版，頁 242-283；林東茂，《刑法綜覽》，第八版，頁 1-109-1-131。

身球或自行車競賽選手集體摔車，都有可能因為過失造成選手的身體傷害，但是參加該類賽事的選手也了解參賽過程中傷害發生的可能性，且容許該類傷害發生的可能性，屬於自我負責原則。藉由超法規阻卻違法事由的得被害人同意，就得以阻卻過失傷害的違法性。從醫療傷害說，醫療上的侵入性行為，如病人同意手術治療，經過說明簽立手術同意書後，醫師的侵入性治療行為便得到病人的承諾而不會被非難。

4.業務上的正當行為：業務上的正當行為可視為得被害人承諾的衍伸。最常見的例子便是被害人失去意識時的緊急醫療行為。此時病人已經無法自我表達，在無其他法定代理人的情形下，醫療人員可依推測承諾阻卻違法，行業務上的正當行為，為病人在緊急情況下謀求最大利益。

5.無期待可能性：期待可能性最早出自於德國帝國法院的判決「套韁案(Leinenfängerfall)」<sup>66</sup>。故事大概是受雇的車伕知道馬匹有擺落韁繩的習性，卻礙於保有工作必須聽命於雇主，以致某日韁繩脫落造成馬車撞斷路人大腿。帝國法院判決馬伕無罪的理由是，車伕沒有合乎規範行事的期待可能性<sup>66</sup>。無期待可能性成為超法規阻卻罪責要素的論點，行為人礙於一般人性顧慮導致心理壓迫，以致無法表現符合法律規範的行為，進一步造成犯罪的可能性。但是司法實務上嚴格限制以無期待可能性作為超法規阻卻違法事由，充其量只能當作一項刑罰節制原則。

## 第九節、醫療過失犯的有責性

在罪責領域，過失犯的有責性成立，行為人必須有能力履行注意義務，如果行為人無此能力便無法負責，也就不能成立過失犯罪。年齡、生理或心理上的缺陷都可能影響當下行為人的能力。執行醫療行為還必須具備已被認證的資格。阻卻罪責的事由，也適用於過失犯罪。

---

<sup>66</sup> 林東茂，《刑法綜覽》，第八版，頁 1-s213。

## 一、無責任能力之人

行為人在犯下過失行為時必須具有責任能力，才能成立過失犯罪。無責任能力之人欠缺注意能力，以未成年為例，幼稚園的6歲兒童和同儕在嬉戲，過程中兩人都想玩同一款玩具，不料搶奪過程造成另一個小朋友跌倒受傷，但是行為人是6歲兒童，欠缺注意能力，不具有行為責任能力，也就無法成立過失傷害。

## 二、行為上的缺陷

行為人生理上的缺陷導致個人能力欠缺，也可以用來阻卻罪責。但是這個缺陷不能是已知的，已知的生理缺陷誘發的風險會被認定是有認識過失或是故意。例如：過去健康的行為人，在行車中因疾病誘發初次癲癇，引起車禍造成被害人的人車損傷。行為人因為不可預期的癲癇，無法控制車輛行進，此生理性的缺陷可以排除過失傷害的罪責。

## 三、能力資格欠缺或環境限制

過失的行為人可能因為欠缺能力而被排除罪責，如駕訓班的學員肇事，因沒有駕照和經驗，旁座教練若未盡責防止事故發生，將必須為此過失負責<sup>67</sup>。在醫界，早期的見習醫學生和實習醫學生都是尚未取的醫師執照的在學學生，如果在見實習期間涉入醫療行為導致死傷，因為學生尚未取得國家核可的行醫資格，過去也不能用業務過失起訴，通常改由負責的主治醫師負責。但是近年醫學教育改革，已無尚未取得醫師執照的實習醫學生身分，此種問題已不復見。取得代之的是醫療人員垂直分工的責任討論<sup>68</sup>。此外，在公共場合的急救事件，醫師在進行

<sup>67</sup> 林東茂，《刑法綜覽》，第八版，頁1-213。

<sup>68</sup> 張麗卿，〈外科醫療糾紛鑑定案例及判決解析—腹痛灌腸致死案〉，《台灣法學雜誌》，第283期，頁27。

心肺復甦術時，即使預見使用去顫器便有極大挽回病人生命的可能性，但因現場沒有配置該項急救設備，便不可因環境限制責難急救人員<sup>69</sup>。

## 第十節、累積因果關係

回溯多件醫療糾紛，常見當事人因為外傷意外送醫，在醫院等待觀察的診治過程中，發生嚴重的健康損害，如腦出血或死亡等等。病人死亡的悲劇，是由許多條件累積而來的，例如先有，自身的健康控管不良、酒駕、或打鬥外傷等等，在送醫觀察疾病變化期間內，過去醫療人員根據準則觀察數小時後再決定是否做檢查，卻發生數起觀察時確診腦出血或治療時病情惡化死亡的案例，先後的因果關係複雜，鑑定過程需區分醫療人員的介入角色、累積的因果關係和當事人的自我負責責任，常常基於罪疑惟輕的原則作為裁判衡量的最終原則，這是因為因果關係或歸責理論無法完全解釋人生複雜科學經驗的極端問題<sup>70</sup>。

## 第十一節、醫療疏失不等同醫療過失

根據過失犯罪理論，有行為不法和結果不法，還需兩者之間有因果關係存在，才會成立過失。是故，有醫療疏失和身體生命的損害，還需兩者之間有因果關係存在，才會成立醫療過失。若兩者之間沒有因果關係，或是在容許風險範圍內，則醫療過失不成立。醫審會的鑑定書可以協助鑑定某醫療行為是否符合準則與常規，判斷有無疏失；但是有無過失則需由法院進一步就過失理論判定。

醫療法第 82 條修法未改變過失判定流程，僅是在醫界對疾病已有的認知範圍內，和法界溝通現階段醫療的極限，也就是容許風險的存在。

<sup>69</sup> 王皇玉，《刑法總則》，第五版，頁 513。

<sup>70</sup> 林鈺雄，〈第三人行為介入之因果關係及客觀歸責（上）—從北城醫院打錯針及蘆洲大火事件出發〉，《台灣本土法學雜誌》，79 期，頁 18。

## 第四章、為醫療行為的容許風險劃界

### 第一節、醫療行為的風險特色

#### 一、醫療行為具有風險

民國 65 年，衛生署醫字第 10788 號函釋提出醫療行為的官方解釋<sup>71</sup>。民國 81 年，衛生福利部衛署醫字第 8156514 號函釋刪除原函釋中保健一詞，再度解釋醫療行為：「按醫療行為，係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療；或基於診察、診斷之結果，以治療目的所為之處方、用藥、施術或處置等行為之全部或一部之總稱。」該函釋為醫療行為留下官方定義。

診斷和治療的醫療行為涉及身體和生命的法益，除了疾病本身導致身體殘障和死亡的可能性，即使接受符合常規的醫療，在醫療過程中也可能無法緩解疾病導致死亡，或發生併發症導致一定比例的死殘結果，這是醫療過程中必然存在的風險，屬於社會上所容許的風險，不可能完全免除醫療上的風險<sup>72</sup>。

#### 二、診斷過程的風險特性

再將醫療行為二分為診斷和治療兩部分，診斷的目的是協助病人發現疾病的存在，也就是協助確認病患已有的風險問題。在進行診斷時，診斷本身也帶有風險，包含病史蒐集分析後的初步診斷臆測正確性與否、診斷工具使用的風險與病

---

<sup>71</sup> 衛生署醫字第 10788 號函釋：凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘廢或保健為直接目的，所為的診察、診斷及治療，或基於診察、診斷之結果，以治療為目的，所為的處方或用藥等行為之全部或一部，謂為醫療行為。

<sup>72</sup> 盧映潔，《醫療行為與刑事過失責任》，第三版，2018 年 4 月，頁 9。



人的特異體質。例如，接受電腦斷層檢查需使用顯影劑，但極少數的病人對顯影劑過敏，如果已告知顯影劑過敏仍被施打顯影劑為醫療疏失，但如果是第一次施打顯影劑過敏，則為醫療診斷的容許風險，面對該風險，醫界應有控制風險的急救措施備援。

### 三、治療行為的風險特性

治療的目的是移除疾病，是一個降低病人已有風險的手段。在進行治療時，治療本身也帶有風險，包含用藥的副作用、開刀的併發症與死亡率、化療的副作用...等。治療風險實現的機率受到治療團隊的注意義務與病人自身條件的影響。在遵守醫療常規的前提下，如果仍然發生了不幸事件，這些不幸事件屬於容許風險範疇，不能苛求醫療人員。例如，再生不良性貧血經配對成功接受骨髓移植，但術後發生移植物抗宿主病(GVHD)，GVHD 存在有一定發生比例。嚴重的再生不良性貧血在年輕人會優先建議骨髓移植，在遵守醫療常規的前提下，如果發生 GVHD，則該 GVHD 為接受骨髓移植的容許風險，需再使用其他醫療措施控制該風險。

### 四、醫療風險與容許風險

在醫療過程中，治療無效或發生併發症導致一定比例的死殘結果，這是醫療過程中必然存在的風險。不論個人是否願意接受，這些風險就是存在，不能要求醫療人員負責百分之百迴避病人死亡結果發生的可能性<sup>73</sup>。例如，每家醫院的加護病房會定期監測統計死亡人數，該死亡人數和比例並非醫療過失而是人類病死的歷程，監測的目的是為了自我要求和醫療品質改善，而非刑法上的訴求。

在醫療行為介入的過程中，將會影響或改變病人既有的風險程度。相較於一

---

<sup>73</sup> 盧映潔，《醫療行為與刑事過失責任》，第三版，2018年4月，頁10。

般的飲食或交通違反規範造成的法益侵害，醫療行為可能導致更嚴重的法益受損。但是醫療行為也可以挽救生命，對人類社會有重大法益保護效果。如果因為醫療的風險全面禁止醫療行為，將必須承受疾病造成的更高程度的傷殘。所以對於醫療行為的風險性，社會願意在嚴格的監控之下付出更大的容許程度，才能獲取該容許風險下的最大利益。

總體而言，接受醫療的目的是為了降低風險，降低風險者本身並未製造法所不容許的風險。醫療行為雖然與病人的死傷有因果關係，且醫療人員也認知有此風險的存在，但並非客觀構成要件，也就不能將病人的死傷動輒歸因於醫療行為<sup>74</sup>，必須有容許風險的認知。醫療人員對病人善盡告知後同意的說明義務可以減少醫療糾紛的形成，在容許風險範圍內的醫療行為如果發生不幸，倘若已盡到客觀注意義務，且醫療行為沒有違反醫療常規，便無法成立過失<sup>75</sup>。

## 第二節、醫療容許風險範疇的依據

醫療風險不必然是容許風險。在容許風險內如果發生傷亡則不成立過失犯罪，在容許風險外如果發生傷亡則為法所不容許的風險，此時，就必須進一步檢視因果關係是否成立。是故，認知醫療的容許風險界線便非常重要。

### 一、醫療準則（Standard）、醫療指引（Guideline）與醫療常規（Routine）

在醫療臨床工作中，醫療準則旨在標準化臨床醫師的診斷、治療與預後評估。從中英翻譯對照，醫療人員臨床使用的 Guideline 中文譯文為指引<sup>76</sup>，每一個特殊

<sup>74</sup> 林鈺雄，〈刑法總則：第六講—客觀不法構成要件（下）因果關係與客觀歸責〉，《月旦法學雜誌》，13期，頁49。

<sup>75</sup> 高添富、高銘佑，〈醫療風險理論概要〉，《醫事法學》，第二十三卷第一期，頁21。

<sup>76</sup> 財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會，常用品質中英文名詞對照表，from: <https://www.jct.org.tw/mp-1.html>

疾病的療臨床作業有醫療指引可供依循，規範治療選項的選擇，用以協助醫師和病人在特定的臨床狀況下決定適當的醫療照顧。醫療行為具有促進健康的益處，接受醫療同時也必須承擔醫療的風險，只有在益處大於風險時，醫療人員才會提供該項醫療行為，此時的醫療風險為容許風險。醫療指引會隨著新的證據和新的治療方法演進而修改，也會針對不同國家種族進行微調，並非唯一不變。美國醫學研究院(Institute of Medicine, IOM)在 2011 年「Clinical Practice Guidelines We Can Trust」一文中定義臨床診療指引 (Clinical Practice Guideline, CPG) 為「藉由系統性文獻回顧與評估各種可能治療利弊的證據以優化病人照顧」<sup>77</sup>，這是醫療準則為了進步而富有動態彈性的原因。至 2020 年初，指南國際網絡 (Guidelines International Network, G-I-N) 已經收錄來自世界各國共 3942 個醫療指引。依據人種、基因與環境的細微差異，各個國家無不嘗試訂定最適該國的醫療指引。中華民國心臟學會在 2012 年提出我國的心肌梗塞治療指引，在這之前，我國醫療人員是使用美國和歐洲心臟學會提出的指引。醫界對疾病治療並非僅有一種方法流程，不同國家、不同地域、不同派系會針對治療方式選擇進行微調，這並非醫療行為的矛盾，而是醫療行為因應人體的複雜性衍生出的多樣性。

常規則是指慣常奉行的規矩。由於人體的複雜性和醫療項目繁多，無法每一件處置都有百分百對應文字化的醫療指引，隨著醫療經驗的累積，會產生一套常規，成為臨床上一般醫學水準者共同遵循之醫療方式。但是並非依照指引或常規進行醫療，就可以完全的避免醫療上的死傷。

醫療人員對單一疾病治療溝通慣用 Guideline，也就是醫療指引，但法界慣用醫療常規一詞去函納更複雜的醫療行為整體。用判決書系統查詢，至 2020 年 4 月底，法院判決書有 22 起使用醫療指引、173 起使用醫療準則，4210 起使用醫

---

<sup>77</sup> Institute of Medicine (US) Committee on Standards for Developing Trustworthy Clinical Practice Guidelines; Graham R, Mancher M, Miller Wolman D, et al., editors. Clinical Practice Guidelines We Can Trust. Washington (DC): National Academies Press (US); 2011. Summary. Available from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK209538/>

療常規一詞。

最高法院 103 年台上字第 2070 號民事判決為一起車禍受傷後發生骨盆腔骨折併延遲性心包膜腔出血導致死亡案件，判決指出：「醫療行為者對於病患之診斷及治療方法，應符合醫療常規（醫療準則，即臨床上一般醫學水準者共同遵循之醫療方式）。而所謂醫療常規之建立係賴醫界之專業共識而形成，如醫界之醫療常規已經衡量整體醫療資源分配之成本與效益，就患者顯現病徵採行妥適之治療處置，而無不當忽略病患權益之情形，自非不可採為判斷醫療行為者有無醫療疏失之標準。」此後多起醫療刑法和醫療民法判決引用該判決對醫療常規的解釋，故醫療常規與醫療準則可做為判斷疏失與否的依據。

## 二、醫療水準

1957 年，英國「Bolam 訴 Friern 醫院管理委員會侵權法案」(Bolam v Friern Hospital Management Committee)，病人 Bolam 因為憂鬱症接受電痙攣療法 (electroconvulsive therapy)，治療過程醫師擔心死亡意外沒有使用肌肉鬆弛劑，造成治療後發生髖臼骨折，病人因而提告。該案法官 Mc Nair J 提出所謂的博林測試 (Bolam test)，醫師的醫療行為是否有疏失，關鍵點在於是否做到了一般負責該技術醫療人員的醫療水準 (...if a doctor reaches the standard of a responsible body of medical opinion, they are not negligent.)<sup>78</sup>。

1997 年，英國「(Bolitho v City and Hackney Health Authority)」，一名兩歲的小男孩 Patrick Bolitho 因為哮喘住院，治療觀察期間呼吸狀況時好時壞，多次評估呼吸狀況與插管必要性，最終呼吸心跳停止接受急救。小男孩的母親提告表示，最後一次如果 Dr. Horn 親自診視插管，小男孩還會活著。但 Dr. Horn 表示即使親自診視也不會插管。審理過程徵詢八名醫學專家意見，五名專家認為會插管，三

---

<sup>78</sup> .Bolam v Friern Hospital Management Committee (1957) 2 All ER 188.5.

名專家認為不會進行插管。由於醫療專家沒有一致的意見，法院最終判決沒有疏失，表示當有證據顯示其他人員會採用被告的方法，也就無法證明被告有疏失。此案修正博林測試（Bolam test）並表示運用博林測試（Bolam test）必須要符合邏輯且經得起辯護檢驗（...Bolam test to include a proviso that the practice accepted as proper by a responsible body of professionals must be based on logical and defensible grounds.）<sup>79</sup>。

日本的松倉豐治教授提出「醫療水準」的概念，不同於醫學水準，醫療水準是指在醫療研究的前提下，該臨床醫療方法已經達到一般醫師普遍認知和施行的醫療方式<sup>80</sup>。日本厚生省在昭和 50 年 3 月發表研究報告關於早產兒視網膜病變療法，法院依此研究報告發表時間判決早產兒視網膜病變事件過失成立與否，使松倉豐治教授的理論地位確立，成為醫療過失的抽象判斷標準<sup>81</sup>。

刑法採行為時主義，從時空遠近而言，不可以用後來較先進的醫療方法評斷過去的醫療事件水準。在同一時間，不同層級的醫療院所擁有的醫療設備和人力配置也不盡相同。醫學中心、區域醫院、地區醫院和診所所能提供的診斷和治療能力雖然大方向相同，但是專業細緻度和深入程度有別，重點負責項目不同。分級醫療是指不同級別醫院的照顧責任不同，各級醫院發揮該級醫院的水準，診所重視家庭醫療保健、醫學中心強調重症治療。各個層級間應由醫療院所藉由轉診方式溝通合作，而非由病人任意選擇，再回頭指責前一家院所的能力不夠、處理不當。團隊中不可能每個人都拿大砲打小鳥，這樣做不符合經濟成本；公司中也不可能每個人都當總經理，基層廣大的業務會幫良好的公司運作奠定基礎。所以醫療過失判定須了解當下的醫療水準。原則上，醫學中心的醫療水準高於區域醫院，區域醫院又高於地區醫院，基層診所則強調預防保健和健康守護<sup>82</sup>。

<sup>79</sup> Bolitho v City and Hackney Health Authority (1997) 4 AER 771.

<sup>80</sup> 陳聰富，〈醫療責任的形成與展開〉，第一版，頁 338。

<sup>81</sup> 劉芳伶，〈論系統性醫療事故中醫護人員所應負擔之刑事過失注意義務——以「法律評價與醫療現場的落差之一隅」為切入視角〉，《治未指錄：健康政策與法律論叢》，6 期，頁 143。

<sup>82</sup> 王聖惠，〈探討醫療常規、醫療水準〉，《月旦醫事法報告》，11 期，頁 116。

### 三、知情同意 (Informed consent) 和共享決策 (Shared decision-making)

醫師有告知病人疾病診斷治療過程的義務，在適當的時機做充分的告知，讓病人在充分的知識前提做出做適當的選擇。但是人體奧秘以至於在醫學上的變數繁多，如何在一定的時間內做符合病人需求的告知，是一項藝術。

2015 年，英國「Montgomery 訴 Lanarkshire 衛生委員會」(Montgomery v Lanarkshire Health Board) 一案，提出知情同意風險披露的重要性。一名患有糖尿病的嬌小孕婦 Montgomery 女士，在生產時發生胎兒肩難產。該名婦女提告，糖尿病容易產下巨嬰，由於醫師未事先告知該婦女有 9-10% 肩難產風險以至於未能選擇剖婦產，造成胎兒出生後肢體殘障。依照博恩測試和過去處理方式，醫師認為和孕婦討論而選擇剖腹產並不符合病人的最佳利益，但是最終英國最高法院判決該名婦女勝訴並獲得 525 萬英鎊賠償。有別於過去父權行醫方式，該判決彰顯出當前社會重視患者自主權，病人是擁有醫療決定權的人，而非單純的醫療接受者<sup>8384</sup>。醫療侵權和醫療過失的判定，同樣重視專家意見，也重視病人的個人想法<sup>85</sup>。

醫療行為具有侵入性和目的性，也就是刻意為之，是為了改善病人的健康狀況所從事的行為。除特殊緊急狀況下不需獲得病人同意，例如：路倒已經失去意識且無家人的無名氏，可以依阻卻違法事由施行緊急手術。目前我國醫療法第 63 條第 1 項明文規定知情同意，「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。」

<sup>83</sup> Montgomery v Lanarkshire Health Board [2015] UKSC 11

<sup>84</sup> SW Chan, E Tulloch, ES Cooper, AS Qc, W Wojcik, JE Norman Montgomery and informed consent: where are we now? *BMJ*, 357 (2017), p. j2224

<sup>85</sup> 趙希巨，〈醫療常規與醫療過失之判定〉，《月旦民商法雜誌》，62 期，頁 189。

針對知情同意，我國的實務判決也經歷過不同案件的激盪和辯論。在一起心導管手術後併發股動脈栓塞並引發急性心肌梗塞而死亡的案例中，最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決發回重審，認為告知義務屬於刑法上的注意義務內涵，指出，「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；...，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務。」該起判決著重實質告知義務，認為違反告知義務近乎等於違反注意義務，後期多起判決引用該起說明，但說明義務的告知內容詳細程度難以界定，讓當時期醫師執行時備感困惑<sup>86</sup>。

最高法院 101 年台上字第 2637 號刑事判決，一起心臟科醫師先後使用三環抗憂鬱藥物和 Tegretol (Carbamazepine，癲通) 治療懷疑周邊神經病變的雙腳麻痺，最終病人因為 Tegretol 引起罕見的史蒂文強森症候群併發敗血症和呼吸衰竭，導致心肺衰竭死亡。雙方攻防醫師是否有盡到告知後同意(informed consent) 法則。醫事審議委員會鑑定意見表示，「九十一年間，醫界已多有使用 Tegretol 治療周邊神經痛之前例；史蒂文強森症候群發生率低(約萬分之一點四)，且發生與特殊體質有關，故無法預防，亦無法藉由檢查而預測...。」最高法院判決內文表示，「未依規定為告知，固然侵害病人之醫療自主權，但醫療自主權之侵害，非屬醫師過失責任之必然。蓋以醫療過失繫於診斷與治療過程有無遵循醫療準則為斷。...，如醫師事先未踐行告知同意法則，但對於醫療行為已善盡其注意之義務，仍難謂與病人之死傷結果，有必然之因果關係。」是故病人知情同意與否並不影響過失犯罪的判斷，知情同意和醫療過失也沒有絕對的關係<sup>87</sup>。如果沒有遵守醫療準則導致死傷，即使已經履行告知同意也無法阻卻違法，反之，如果缺乏告知後同意，但已經善盡醫療的注意義務，也難以成立過失的因果關係<sup>88</sup>。此一

<sup>86</sup> 劉芳伶，〈論系統性醫療事故中醫護人員所應負擔之刑事過失注意義務——以「法律評價與醫療現場的落差之一隅」為切入視角〉，《治未指錄：健康政策與法律論叢》，6 期，頁 138。

<sup>87</sup> 朱育辰，〈「告知後同意原則」不適用於醫療刑法——併論「病患同意」在醫療刑法上之地位〉，國立台北大學法律學系碩士論文，107 年 1 月，頁 77、118。

<sup>88</sup> 盧映潔、梁興禮，〈告知同意法則與醫療刑事過失責任之關連探討——我國實務判決之發展與

概念在後來的其他案件中，也多次被引用解釋，成為近年解釋知情同意與醫療過失成立與否的範例。隨著醫學的研究與進步，過去無法預測的史蒂文強森症候群陸續發現與不同的基因有關連性，全民健保也給付部分檢驗，相信類似的不幸未來少見。

德國刑法近期發展出假設同意 (presumed consent) 的概念，假設醫師於術前充分告知，病人必定會同意此一手術，則認定醫師的醫療行為不具有違法性而不成立犯罪。本案例出自一名因為 O 型腿數度求醫的病人，該病人因為手術風險被多名醫師拒絕，經過懇求，最終得到同意施行矯正手術，卻不幸因為手術引發骨髓炎，因而提出告訴。聯邦最高法院認為，依照病人迫切想要手術的心願，即使醫師全面告知風險，病人也會願意冒險手術，所以醫師告知與否沒有決定性關鍵，因此根據假設同意的概念，判決醫師無罪<sup>89</sup>。我國臺灣高等法院臺南分院 106 年醫上易字第 427 號刑事判決也有類似概念<sup>90</sup>。所以知情同意和醫療糾紛發生有關係，但和醫療過失卻不盡然有因果關係。

經過上述幾起醫療刑事爭訟，知情同意近似於刑法上得被害人之承諾，但性質上仍有不同。知情同意是指，病人同意醫療的容許風險<sup>91</sup>，是在處理病人生命身體法益時的重要依據，是病人自主性的核心價值<sup>92</sup>，病人同意的目的是為了得到具侵入性特色的治療後的好處，也就是除去疾病，而非真的希望被傷害。所以醫療行為是否成立刑事責任，是否有過失，仍應回到刑法犯罪階層體系逐一檢視<sup>93</sup>。

---

評析》，《月旦裁判時報》，69 期，頁 96。

<sup>89</sup> BGH Urteil vom 25.09.1990 5 StR 342/90；張麗卿，〈醫療法第八十二條修法之法學意涵〉，《台灣醫學》，2019 年 23 卷第 4 期，頁 474。

<sup>90</sup> 王皇玉，〈【醫療刑事法】未經同意變更術式案：醫療刑法中的假設同意〉，《月旦醫事法報告》，31 期，頁 69。

<sup>91</sup> 黃璽文，〈論醫療上病患同意的刑法上效力〉，東吳大學法律學系碩士論文，97 年 1 月，頁 75。

<sup>92</sup> 王志嘉，〈病人自主的刑法效應〉，東吳大學法律學系博士論文，102 年 7 月，頁 360。

<sup>93</sup> 錢冠頤，〈重新檢視「告知後同意原則」於醫療刑事案件之適用〉，國立台北大學法律學系碩士論文，106 年 1 月，頁 95。



但是知情同意確實可以降低雙方認知差距導致的糾紛。目前除了手術知情同意，醫界也開始重視藥物選擇和療程選擇時要做到共享決策和知情同意，並強調藥物注意事項的衛教。良好的衛教不僅可以加強病人知情同意選擇時的醫學知識，也是預防不幸的基礎。

#### 四、阻卻違法

醫療的治療指引和準則年年都在修訂，知情同意和共享決策也藉由推廣廣泛運用，但這不並足以完整地含括全部的醫療行為。由於部分學說認為醫療屬於傷害行為，因此為了讓醫療人員從事醫療活動不構成傷害罪，就必須有合理的阻卻違法事由以阻卻傷害罪成立。包含法定阻卻違法事由和超法規阻卻違法事由。

##### 1. 法定阻卻違法事由：

###### (1) 業務上正當行為

刑法第 22 條規定，業務上之正當行為，不罰。指出刑法並不處罰社會上基於正當理由反覆運作的事物這樣一個大方向。但是簡潔的文字敘述背後有多項需進一步討論的子題，業務的定義是什麼？正當行為的界線為何？如果可以全面將業務上正當行為做為醫療行為的阻卻違法事由，也就意味著法庭上全面採用博林測試 (Bolam test) 檢驗醫療行為，那麼就失去病人知情同意的重要性，也就回到過去醫療的父權決策方式，似乎與現代社會發展普遍的認知不同。但是，對於失去意識、無法自我決定又需要緊急治療的無名氏病人，醫療人員以業務上正當行為做為法定阻卻違法事由提供緊急的醫療介入，此時醫療業務上的正當行為可做為醫療人員阻卻違法的充分理由。

###### (2) 依法令行為

醫療法第 60 條第 1 項規定，「醫院、診所遇有危急病人，應先予適當之急救，...，不得無故拖延。」醫療法第 63 條第 1 項也指出，施行手術前須盡詳細說明，「但情況緊急者，不在此限。」醫療法第 64 條第 1 項也指出醫療機構在進

行侵入性檢查或治療時的說明義務，「但情況緊急者，不在此限。」以上法規皆說明，醫療人員盡業務上正當行為時，在緊急狀況下無法做到知情同意時，並不僵化地以知情同意為必需的要件。此外，對於疾病控制不良可能失去行為能力的精神病患，精神衛生法第 20 條規定嚴重病人情況危急時緊急送醫，第 41 條和第 42 條規定緊急安置和強制治療，傳染病防治法第 44 條也規定可以對不同級別的傳染病病人施行隔離治療。以上情況即使未經病患同意也可以施行，醫療人員可依上述法令阻卻違法。

### (3) 緊急避難

緊急醫療救護法第 14-2 條對於非醫療救護人員施行急救可以免責，「救護人員以外之人，為免除他人生命之急迫危險，使用緊急救護設備或施予急救措施者，適用民法、刑法緊急避難免責之規定。救護人員於非值勤期間，前項規定亦適用之。」緊急醫療救護法中所謂的緊急醫療救護人員包含醫師、護理人員、救護技術員。依法規，醫療人員如要援用緊急避難阻卻違法，時間點是在非值勤期間，此時即便醫療人員有專業知識，卻未必有專業器材和藥物可供使用，也就無法達到平常執業時的醫療水準。例如，在飛機上或高鐵上如果有氣胸病人，醫療人員能提供的救治便有所侷限，可能會改用沒消毒過器材進行引流，也就無法採用醫院中的治療水準要求。

但是醫療人員工作期間擁有合理的治療工具和熟悉的工作場所，理應可以發揮應有的醫療水準，就無明文緊急避難規定。但如果發生開刀房失火、胃鏡檢查中突然有匪徒闖入等意外狀況，導致醫療人員不再可以發揮原有的醫療水準，而必須改變原先的治療流程造成病人損傷，應可依緊急避難阻卻違法。

## 2. 超法規阻卻違法事由：

### (1) 得被害人承諾

林東茂教授認為，同意的效果為法律上排除構成要件該當性，得被害人承諾則是當法律沒有明文規定時可用做阻卻違法事由。不論得到當事人同意或承諾

都是順應當事人的意思決定才會進行進一步的處置，因此最終都可以用來排除違法。醫師與病人的地位並非主從關係，是建立在互相信任與尊重的關係基礎上。醫師必須清楚告知及說明才能發揮承諾效力，承諾內容也應該包括醫療行為與結果，而承諾者本身必須有認識能力等要件<sup>94</sup>。但若是加工自殺等，則不適用。

## (2)推測之承諾

當病人喪失意識無法自我決定、或其法定代理人不在現場、或無法定代理人、或一時無法取得法定代理人的同意，但有醫療的急迫需求時，即便事實上欠缺病人同意，但醫療人員施行醫療行為可因推測之承諾而阻卻沒有得到病人同意的違法性。例如，救護車送來路倒昏迷不醒的病患，病患身上沒有聯絡資料，且無親人朋友陪伴，故未能取得或者未能及時取得同意。在此情況下，緊急開刀如屬為達醫療救助目的適當醫療手段者，就病患本人的健康利益及醫師的治療義務，可以推測，假如病患清醒或其家屬在場也會同意治療，也就是客觀上可推測之同意與實際之同意兩者相當，屬推測之承諾，可用於阻卻違法。

醫療上如果沒有迫切需求，醫療人員理當遵循正常的解釋流程，取得病人同意再進行醫療行為，這屬於常態性的作法。需要法定阻卻違法事由或是超法規阻卻違法事由的時機並不常見，最常見於病人的特殊緊急狀態。當多個阻卻違法事由進行競合，推測之承諾最為常用，更可以補強緊急醫療時知情同意相對不足的窘境。

## 五、臨床裁量空間

醫療準則是參考性極高的治療方式，醫療常規是臨床慣常施行的規矩，偏離醫療常規並不代表一定有疏失，許多當時代創新的治療方式都不是原來醫療指引的建議方式。例如，採用達文西手術進行腫瘤取出...等。醫療刑法有別於刑法在

---

<sup>94</sup> 林東茂，〈醫療上病患承諾的刑法問題〉，《月旦法學雜誌》，157期，頁46。

於，刑法所指的行為，是純粹創設因果關係的行為，但醫療刑法中的行為是為具有攔截和降低因疾病導致病死的結果，而發生的另一種因果關係的行為<sup>95</sup>。簡言之，醫療是一種降低風險的新行為。由於人體的複雜性，多個共病交互影響，提高醫療人員判斷選擇的複雜程度，臨床上遇到共病多的病人，針對單一疾病制定的醫療指引往往不敷使用，無法一味要求醫療人員依照醫療準則或常規處理，需要進一步考量現實的情況，讓醫療人員就具體情況應變裁量。

所以臨床裁量權並不是醫療的特權，通常是指醫療專業提供者於施行醫療專業業務時，於某種程度或範圍內，享有判斷或選擇空間<sup>96</sup>。裁量權不單適用於醫療專業，於其他專業判斷，也同樣需要就個案實際情況裁量。裁量權是權衡各細節利弊得失後所做出的當下最合理、最符合個案需求的治療決定，每位個案的需求不盡相求，也就不存在單一最正確的判斷。因為無法將眾多的細節化為文字寫入醫療準則中而衍生出的裁量作法，並非醫師權力無限擴張。例如，今年新冠肺炎爆發，世界各國的衛生政策不盡相同，醫療資源緊張，也沒有一致的醫療指引或準則可供依循，醫療人員針對疑似個案是否採檢通報或陰性再採檢，除了有疾病管制署通報定義可供參考，採檢與否仰賴醫師臨床裁量。在韓國大邱有 17 歲少年，生前採檢 13 次，第 13 次才呈現陽性，同一個病毒檢驗了 13 次，是在醫療設備許可下又高度懷疑時的臨床裁量決定。

故臨床裁量時，醫療人員應就病人的主客觀條件綜合分析、溝通解釋，再做出醫療決策。只要裁量是合理的，就不適合以事後的結果去評價。在英美司法實務對於臨床裁量權範圍有三種解釋方法<sup>97</sup>，1.最佳判斷原則（Best Judgement

---

<sup>95</sup> 鄭逸哲，〈「臨床裁量權」未入法，等於沒修—評析醫療法第八十二條之一條文修正草案〉，《軍法專刊》，59 卷第 1 期，頁 103。

<sup>96</sup> 林工凱，〈以「臨床裁量權」取代「醫療常規」—適用法律於醫療案件的根本省思〉，銘傳大學法律學系碩士論文，105 年 6 月，頁 101。

<sup>97</sup> 翁松峯，〈刑事醫療過失客觀注意義務之標準與限縮—以病患自主權及醫師裁量權為核心〉，國立台北大學法律學系碩士論文，103 年 7 月，頁 84-86；林工凱，〈以「臨床裁量權」取代「醫療常規」—適用法律於醫療案件的根本省思〉，銘傳大學法律學系碩士論文，105 年 6 月，頁 111；吳信霽，〈醫療判斷法則之建構—從商業判斷法則防制事後偏見之觀點出發〉，國立高雄大學政治法律學系碩士論文，108 年 6 月，頁 113；趙希巨，〈醫療過失與因果關係之認定：英美法中的理

Rule、Toth Rule)<sup>98</sup>、2.兩種醫學流派理論(Bolam Test)<sup>99</sup>、3.值得尊敬的少數原則(Respectable Minority)<sup>100</sup>，可供參考。

### 第三節、容許風險與醫療的不幸和不法

從踏入醫療院所建立醫病關係的連結開始，醫病兩者之間便開啟各種互動。不良的互動或不幸的結局容易導致各式各樣的醫療糾紛(medical dispute)。醫療糾紛常見型態可分為廣義的類醫療糾紛和真正涉及醫療處置問題的醫療糾紛。類醫療糾紛大多可歸因於：1.態度問題、2.認知問題、3.費用爭執<sup>101</sup>，主要是事前或事中溝通理解不足所導致。類醫療糾紛不是刑法問題，但是處理不當時，卻可能連帶造成真正的醫療糾紛出現。

真正的醫療糾紛泛指有法益侵害之虞的醫療行為，包含導致病人的生命或身體侵害等危險結果，進而引起相關的醫療事故。此時必須討論醫療行為是否與其有客觀歸責的因果關係，且在可歸責的範圍之內，醫療過失方能成立。所以探討醫療行為容許風險的範疇，便成為醫療過失成立與否相當重要的一個環節。

#### 一、容許風險內的醫療事件為不幸

醫療在容許風險範圍內的死傷，是當代醫學的極限。所有的醫療診斷和治療方法都是雙面刃，有其副作用或風險，當實證醫學研究顯示益處大於壞處時，才會被推廣運用在臨床治療。當一項醫療方法被允許用臨床診斷治療上時，接受該方法治療疾病同時，也必須承擔該治療方法的風險，該風險為容許風險，是政府

---

論與具體規則》，《東方法學》，2011卷1期，頁131。

<sup>98</sup> Toth v. Community Hospital at Glen Cove (22 NY2d 255 [1968]). 一起關於兒科醫師對早產雙胞胎使用氧氣與視網膜病變的案件。

<sup>99</sup> Bolam v Friern Hospital Management Committee (1957) 2 All ER 188.5. 一起關於憂鬱症接受電痙攣療法時，使用與不使用肌肉鬆弛劑的不同流派做法。

<sup>100</sup> Chumbler v. McClure, 505 F.2d 489. 一起醫師使用女性荷爾蒙治療電傷後的腦部受損案件。

<sup>101</sup> 高添富，醫療糾紛之分類，台灣法律網，from: <http://www.lawtw.com/index.php>

審核後容許存在。以藥物為例，有的風險小到我們會忽視它或是用作治療其他用途，例如，胃藥氧化鎂 MgO 的緩瀉功能，也可以用在便秘的病人身上。有的風險大，但是提供的好處大於壞處，例如，心律不整使用抗凝劑可以預防血栓中風，但也可能導致腦出血，所以必須在嚴格監控衛教後使用，倘若發生腦出血等不幸事件，經過觀察穩定後仍應再繼續使用抗凝劑<sup>102</sup>。

經由多年來的臨床觀察、數據累積和評估，醫界對於疾病的發展或惡化有相當多的分析結果。急性心肌梗塞合併心因性休克，如果沒有適當的醫療介入治療，依據 1967 年提出的克利普分級(Killip classification)，當時死亡率可以高達八成。經由抗血小板藥物、溶栓治療和初次冠狀動脈處置(Primary coronary intervention, PCI)發展和治療介入，可以大幅降低心肌梗塞的死亡率。根據衛生福利品質指標報告，2015 年我國急性心肌梗塞住院病人入院後 30 日內死亡率為 8.6%，這些不幸事件，經由醫療資源的改善和引進，可以逐年再加以降低。但即便有適當的醫療介入，也無法將死亡率下降至零。經由大數據分析，可以預知這些結果，預知醫療結果可以協助醫病雙方的醫療決策走向。

當發生容許風險內的醫療事件時，視為不幸，對於不幸，應該盡力救治，努力醫學精進，刑法不適用於容許風險內的醫療事件。

## 二、容許風險外的醫療事件為不法

當發生容許風險外的醫療事件，必須再進一步從客觀歸責和犯罪階層討論是否具有因果關係與可歸責性。如果行為與危險結果間缺乏因果關係或是具有阻卻違法事由，就不成立過失不法。如果行為與危險結果間因果關係成立且可歸責於行為人，醫療過失的不法於是成立。

民國九十一年，著名的「北城醫院案」發生了七名新生兒接受 B 型肝炎疫苗

---

<sup>102</sup> Li YG, Lip GYH. Anticoagulation Resumption After Intracerebral Hemorrhage. *Curr Atheroscler Rep.* 2018;20(7):32.

注射，卻誤接受肌肉鬆弛劑注射。此事起因於一名麻醉護士將肌肉鬆弛劑存放於嬰兒房冰箱，該冰箱非疫苗專用冰箱卻同時冰存 B 型肝炎疫苗和肌肉鬆弛劑，而負責打針的嬰兒房 21 歲黃姓護士違反用藥三讀五對的標準程序，導致一人死亡與其他六人不同程度的健康傷害。臺灣新北地方法院 92 年矚訴字第 1 號刑事判決因業務過失致人於死，麻醉護士有期徒刑壹年陸月，緩刑伍年；嬰兒房護士有期徒刑貳年。這是一起因組織過失成立的不法事件。其中麻醉護士在冰存肌肉鬆弛劑時有用保麗龍做警示標語，並告訴別人要小心，顯見是有認識過失的醫療過失。而放置的行為和誤取注射新生兒傷亡的行為，兩者之間有相當因果關係。剛畢業的嬰兒房護士未能落實三讀五對，不認識肌肉鬆弛劑且不了解錯誤施打肌肉鬆弛劑的嚴重後果，是專業知識和經驗缺乏，較接近無認識過失的醫療過失，且直接造成新生兒死傷，故判刑較麻醉護士為重。

醫療疏失是發生醫療過失的前哨站。常見醫療疏失原因包含：專業知識不足、人力不足、人力過勞、器材不良、管理問題<sup>103</sup>。醫療過失的不法一旦發生，除了依刑法給予處罰，更重要的是醫療內部的檢討改進，預防不法的再次發生。

#### 第四節、違反準則與注意義務的例外—裁量的重要性

當醫療人員從事有風險的醫療行為時，必須有意義遵循注意義務以免發生侵害法益的結果。但是當注意義務和準則抵觸時，此時注意義務變通的重要性更勝過一味地遵循準則或常規。在大雨或濃霧的高速公路上，駕駛評估能見度過差而選擇降速行駛，甚至低於最低速限，這種不得不的行為雖然違背法規，但卻將生活經驗的評估導入注意義務的判斷當中。這樣的情形並非多數，目的並非破壞遵守規範的意義，而是肯定個別迴避可能性<sup>104</sup>。儘管逾越法令可能產生交通上的危害，但是建立在正確的個別性判斷上的行為卻更重要。在醫學上，遵守準則很重

<sup>103</sup> 高添富，〈醫療風險理論概要〉，《醫事法學》，第二十三卷第一期，頁 5。

<sup>104</sup> 周慶東，〈刑法意義中的交通信賴原則〉，《月旦法學雜誌》，193 期，頁 59。

要，但是違反準則並不代表犯罪，有時是臨床上的權衡，甚或是醫療新技術的發展。

### 第五節、醫學進步的目的是降低容許風險

醫療過程中的死亡或傷殘是一種不幸，不幸事件可以視為醫療過程中的容許風險。在平均的醫療水準治療之下，它不會是零，但藉由實證研究，隨著醫療檢驗設備、藥物、技術不斷進步，大幅提升疾病治癒的可能性與延長存活率。從過去到現在，醫學在進步，容許風在下降；在未來，醫療訓練和發展的目的是將容許風險再進一步降低。





# 第五章、民國 106 年醫療法第 82 條修法前後

## 第一節、修法過程

### 一、簡述修法過程

醫療法歷經兩次修法<sup>105</sup>。民國 87 年，沈富雄等立法委員提出「醫療糾紛處理及補償條例草案」，討論期間，林重謨委員和高明見委員先後提出對醫療刑事責任要免除或限縮的概念。此後醫界在醫療糾紛處理相關立法中討論，有提出先調解，若調解成功得免除、減輕或緩刑的主張。民國 98 年，醫師公會全聯會邀請刑事法專家甘添貴教授、陳子平教授、張麗卿教授討論，建議增列第 82 條第 2 項，「醫事人員執行業務，致病人死傷者，以故意或重大過失為限，負形式上責任。」建議增列第 82 條第 3 項，「醫事人員因執行業務致病人死傷者，以故意或嚴重違反注意義務及偏離醫療常規為限，負刑事責任。」在醫療法修法過程，醫界和法界人士對醫療法第 82 條修法均有其堅持，醫界希望將醫療刑責明確化，並限縮於「故意或重大」範圍；法界則認為醫療刑法為刑法的一部分，判斷應依刑法的通性，且重大是不明確的法律概念，排除重大過失無法達到醫界期待減少不必要爭訟的想法<sup>106</sup>。鄭逸哲教授強調醫療法第 82 條修法應該重視不可避免之醫療風險，建議將醫療風險入文，修訂條文為，「醫療人員因執行業務之刑事責任，以故意或過失，顯然逾越臨床應具有之專業裁量範圍而作為或不作為，致生醫療必然風險外顯可避免之損害於病人者，為限」。該建議已經可見容許風險的概念。

<sup>105</sup> 吳欣席，〈醫療法第 82 條修正後對於醫療實務的影響〉，《月旦醫事法報告》，頁 55。

<sup>106</sup> 鄭逸哲，〈醫療法第 82 條之 1 修法建議〉，《軍法專刊》，第 58 卷第 4 期，頁 165。

此外，部分法界學者談及醫療訴訟認為，醫療過失的定罪率遠低於非醫療過失訴訟案件的定罪率，認為對醫療審判已盡量嚴謹而無修法之需求。然而醫療訴訟的定罪率高低與否應和醫療訴訟本身的是否真有過失相比，而非與其他犯罪案件相比<sup>107</sup>，如實際無過失卻需要參與長年訴訟，無法發揮刑法制裁和慎刑的目的，又有濫訟之虞。

期間部分民間團體也有不同的聲音，希望訂定醫療糾紛處理法和補償機制來解決醫療糾紛問題。然民國 104 年的全國醫師共識會議決議，醫糾法案歧見多，談及補償卻未必能達到減少糾紛的目的，決定不再推動相關立法。

行政院送請立法院審議的醫療法第 82-1 條第 1 項條文也一度將容許風險一詞入文：「醫事人員執行醫療業務，以故意或違反必要之注意義務且偏離醫療常規之行為為限，負刑事上之責任。但屬於醫療上可容許之風險，不罰」引進容許風險概念且明定過失責任之判斷標準需個案考量當時情況<sup>108</sup>，但是只要違反注意義務就負起刑事責任，其實比經過過失審查更為寬鬆的標準，也使的該條文修訂爭議繁多。

終於，醫界將原先醫療過失去刑化的主張改為醫療責任合理化，邱泰源理事長上任立法委員後，提出醫療糾紛處理 ABC，A 為醫療刑則合理化並修正醫療法第 82 條，B 為醫糾調解機制的改善，C 為補償機制的合理與完善。在醫師公會全國聯合會的努力下，106 年 12 月 29 日立法院終於通過醫療法第 82 條修法三讀，107 年 1 月 24 日公布，期能減少醫療訴訟、減少防禦性醫療，讓醫療資源運用適時適所。

## 二、醫療法第 82 條修法前後條文對照與立法理由

---

<sup>107</sup> 吳元曜，〈醫療法第 82 條修法之沿革與案例〉，《台灣醫學》，頁 466。

<sup>108</sup> 簡美慧，〈醫療法第 82 條之 1 修正草案之說明〉，《檢協會訊》，86 期，頁 9。

第 82 條修正條文	第 82 條舊條文	立法理由 <sup>109</sup>
<p>醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。</p> <p>醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負損害賠償責任。</p> <p>醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任。</p> <p>前二項注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷。</p> <p>醫療機構因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。</p>	<p>醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。</p> <p>醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。</p>	<p>一、醫療行為乃醫事人員出於救死扶傷之初衷，目的為降低病人生命與身體的風險，並對社會具有公共利益。近年醫療爭議事件動輒以刑事方式提起爭訟，不僅無助於民眾釐清真相獲得損害之填補，反而導致醫師採取防禦性醫療措施，甚至導致醫學生不願投入高風險科別。</p> <p>二、為使醫事人員的醫療責任之判定明確化及合理化，爰修訂本條規定，並說明如下：</p> <p>(一)修正第二項，並新增第三項、第四項、第五項規定。</p> <p>(二)醫療行為因具專業性、錯綜性及不可預測性，且醫師依法有不得拒絕病人之救治義務，為兼顧醫師專業及病人權益，修正第二項民事損害賠償之要件，即以「違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量」定義現行條文所稱之「過失」。</p> <p>(三)刑法對於過失是採結果犯，但故意包括預備犯及</p>

<sup>109</sup> 衛生福利部，醫療 82 條-1061228 修正說明對照表，from: <https://www.mohw.gov.tw/cp-3569-39064-1.html>。

未遂犯，非以結果犯論斷。為使刑法「過失」之判定明確化及合理化，並為避免將來本條與刑法第 12 條「行為非出於故意或過失者，不罰。過失行為之處罰，以有特別規定者，為限。」之適用疑慮，爰增訂第三項。至於醫事人員之故意行為，回歸刑法處理。

(四)參酌衛生福利部醫療糾紛鑑定作業要點第十六條：「醫事鑑定小組委員會及初審醫師，對於鑑定案件，應就委託鑑定機關提供之相關卷證資料，基於醫學知識與醫療常規，並衡酌『當地醫療資源與醫療水準』，提供公正、客觀之意見，不得為虛偽之陳述或鑑定」規定，因人、事、時、地、物之不同，醫療專業裁量因病人而異，在醫學中心、區域醫院、地區醫院、一般診所，亦因設備而有差異；爰增訂第四項，作為醫事人員注意義務的判別標準，以均衡醫療水準提升及保障病人權益。

(五)新增第五項：考量醫療環境之安全性及完善性，明顯影響醫事人員執行醫療業務之結果；且醫事人員多屬

		<p>受聘性質，所負之責任應小於醫療機構，爰醫療機構之過失責任，不限以「違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量」為限。至於醫事人員執行醫療業務致生損害於病人，依本條第 2 項應負損害賠償責任時，病人除得依本條第 5 項請求醫療機構負損害賠償責任，仍得依民法第 188 條第 1 項規定，請求醫療機構與醫事人員連帶負損害賠償責任，併此敘明。</p>
--	--	---

## 第二節、條文解析

醫療法第 82 條曾經歷經兩次的重大修法。民國 83 年發生醫院肩難產案，法院引用消保法第 7 條無過失責任，成為醫療行為適用消保法的首例，醫界譁然。民國 93 年醫療法第一次修法，將第 79 條挪至第 82 條，並新增醫療業務賠償責任以故意或過失為限。基於醫療的公益性與醫療保險爭議，此次修法是用來規範醫療民事損害賠償責任並排除消保法無過失責任適用<sup>110</sup>。

隨著社會變遷，醫療法第 82 條演變成民刑事責任注意義務的依據，成為法庭上病人方的請求權基礎，也就有民國 106 年醫療法第 82 條第二次修法一事。以下所說關於修法一事，若無特別指稱，皆指民國 106 年醫療法第 82 條修法。第二次醫療法第 82 條修法特色如下<sup>111</sup>：

<sup>110</sup> 李子聿，〈醫療行為無過失責任之研究—兼論 2004 年〈醫療法〉第八十二條之修正〉，《中華人文社會學報》，3 期，頁 77。

<sup>111</sup> 廖建瑜，〈醫療法第 82 條修正帶來新變局?!〉，《月旦裁判時報》，74 期，頁 60-63。以本文三

## 一、民事刑事條文分列

修法前的醫療法第 82 條一開始是用來規範醫療民事損害賠償責任並排除消保法適用，醫療民事訴訟多以契約責任及侵權行為責任提出賠償請求<sup>112</sup>。但實務上醫療法第 82 條也被應用在醫療刑事判定上，如，臺灣高等法院 98 年醫上易字第 1 號刑事判決中，眼科醫師未幫一名無法自行取下隱形眼鏡的眼痛病人取出隱形眼鏡，導致感染而有雙眼角膜潰瘍，需施行角膜移植手術，法院也引用醫療法第 82 條說明醫療上的注意義務。最高法院 99 年台上字第 6129 號刑事判決，在一起少年觀護所特約門診醫師誤將十二指腸穿孔併急性腹膜炎誤診為海洛因戒斷症狀，導致被害人死亡的案例中，也援引醫療法第 82 條第 1 項指出醫師的轉診義務。

修法後醫療法第 82 條第 2 項主要是規定民事賠償責任，醫療法第 82 條第 3 項是針對刑事責任。將民事和刑事條文規定分項陳述。

## 二、民事過失概念被取代

修法前，醫療法第 82 條第 2 項僅說明醫療機構和醫事人員若因故意或過失造成損害，需負賠償責任。但針對醫療過失並無定義，僅能援引刑法第 14 條過失定義，文章研究也多以法學過失的學說理論加以說明。

修法後的醫療法第 82 條第 2 項，除保留故意二字，民事過失則用「違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量」加以取代。

雖然修法後的醫療法第 82 條第 2 項和第 3 項民、刑事論及責任判定條件，都使用相同的一段話，「...違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量

---

點分析重新整理為五點分析。

<sup>112</sup> 林裕翔，〈論醫療訴訟之請求權基礎〉，國立政治大學法律院碩士在職專班碩士論文，100 年 6 月，頁 3。

所致者為限」，但是實務上評價卻不會相同，法院對民事責任的判定較為寬鬆，民事過失的規範目的在於填補傷害，刑事則必須遵守嚴格證據法則以慎刑<sup>113</sup>。

### 三、新訂刑事過失責任條文

修法後增加醫療法第 82 條第 3 項，規範醫療行為致病人死傷的刑事責任。若是醫療人員故意殺人或傷害病人，回歸刑法，依刑法判斷成立殺人罪或傷害罪理所當然，不需要在醫療法中別列一條。此處增列第 3 項是用來規範過失造成的死傷。

在修法草案中，醫界提出「醫事人員執行醫療業務致病人死傷者，以故意或重大過失為限，負刑事責任」。法務部不認同重大過失的說法，在我國刑法並無重大過失的定義，如何定義醫療重大過失也是一難，所以後來才會用「違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量」取代<sup>114</sup>。

刑法對於過失是採結果犯，修法後的第 82 條將「容許風險範圍」明文化，使醫事人員在此範圍內所為之醫療行為不至於遭到民刑事責任之追訴，其判斷標準的界線有二道防線，必須同時違反「必要之注意義務」和「合理臨床專業裁量」，才需進一步檢視與傷害結果之間的因果關係，進而判定是否有刑事過失責任<sup>115</sup>。未遵守「必要之注意義務」，也未做「合理臨床專業裁量」，則容易發生醫療疏失，但是醫療疏失，並不等於醫療過失，尚需檢驗醫療疏失和病人傷亡之間是否具有客觀可歸責性，若是欠缺結果迴避可能性，仍有可能不需要負擔刑事過失責任。只是這段文字的目的在於配合醫療的多種可能性以增加當事人判斷的彈性，但卻往往因為過於冗長又容易招致詬病。

---

<sup>113</sup> 林怡萱，〈論醫療事故之刑事過失責任與民事過失責任之差異〉，國立台北大學法律學系碩士論文，102 年 4 月，頁 159。

<sup>114</sup> 張孟源、盧言珮，〈醫療刑責明確化—從醫療法第八十二條第三項修法芻議談起〉，國立台北大學法律學系碩士論文，2011 年 7 月，頁 398。

<sup>115</sup> 張麗卿，〈「醫療法第八十二條修法之法學意涵」〉，《台灣醫學》，2019 年 23 卷第 4 期，頁 474。

第一道防線的義務是指應盡的責任，但法律上沒有將義務分類為必要與非必要，在此加註必要二字顯得困惑，難道有不必要的注意義務？第二道防線的臨床已經是一種專業，臨床裁量必須要因人、事、時、地、物的些微不同而有所微調，就如同刑法的量刑有法官裁量的空間，臨床裁量本身就具備合理和專業特質，多餘的形容詞目的在突出臨床裁量的重要性和必需性，但卻顯得贅字，與過往立法法律文字簡潔之美不同。

#### 四、容許風險範圍明文化—多元的判斷標準

在修法前，醫療法第 82 條對於過失注意義務的標準沒有明文規定，學說或是實務提出各種標準卻又彼此懷疑。有依照醫療準則、醫療常規、醫療水準等不同標準。修法後醫療法第 82 條第 4 項明定醫療行為的注意義務和裁量範圍，使其容許風險範圍的認定有法可循，其範圍具有動態彈性<sup>116</sup>，強調「應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷。」也可避免修法前因法律未明文規定造成各級法院認定不一之問題。其他非醫療過失並無在法律中明訂過失認定方式，第 82 條第 4 項的修法寫入如此冗長的定義，主因在於社會對醫療的容許風險認知不足。

醫學針對疾病治療診斷會提出各個疾病的醫療指引，醫療指引短則每年，長則三、五年會收集研究結果進行更新；每個國家基於種族和基因不同，也會進行微調提出最適合該國的治療指引；醫療院所等級不同，醫療的使命也不同，無法以處理重症和研究為主的醫學中心取代全部醫療院所；甚至醫界的高工時和突如其來的緊急狀況都應該被列入治療時的考量範圍。以上條列狀況，皆會些微影響醫療行為的治療模式。醫界的動態彈性標準容易被法界所詬病，但是醫療指引的更新沒有時間僵固性，修訂過程也不若國會修法可能出現基於黨派考量而修法失

---

<sup>116</sup> 鄭逸哲，〈「臨床裁量權」未入法，等於沒修—評析醫療法第八十二條之一條文修正草案〉，《軍法專刊》，59 卷第 1 期，頁 102。



敗的情形，純粹以健康促進為第一目標。例如，近年來癌症治療提出針對病人的基因分析以達到精準選擇用藥，更強調對不同人的不同治療。醫療與法律，兩種專業在決策時的思考邏輯不同，醫療刑法是處理醫療專業領域的刑法問題，由於跨行知識的高牆<sup>117</sup>，法院在進行過失判斷時也應該瞭解醫療判斷的思考特色。

## 五、醫療機構和醫事人員規範分離

近年來社會上大型企業大量出現，醫療人員不同於往日自行開業，根據醫師公會全聯會統計，2017年台灣執業醫師有29.3%在醫學中心執業，23.0%在區域醫院執業，9.4%在地區醫院執業，可見有超過一半以上的醫師是受雇人員，醫院的經營管理階層未必是醫療人員，更多的是財團和法人代表，法人的行為是一群自然人決定的，非屬自然人的醫療機構，法人的故意和過失如何認定，有其難度。此次將醫療機構應負的責任別列在醫療法第82條第5項，病人如果遭受醫療過失可以單獨向醫院做民事求償<sup>118</sup>，或請求醫療機構法人或雇用人的連帶責任<sup>119</sup>，而不至於將全部的責任卸責在雇員身上<sup>120</sup>。

## 六、醫療法第82條與刑法第14條比較

刑法第14條的過失判定是一個普遍適用的抽象標準，醫療法第82條是特別法，一個判定醫療過失更完整的具體規範，是兩門學科衝撞下所訂定的更為明確的判定標準。醫療法第82條在刑法第14條的框架底下，也為刑法第14條所規範。

---

<sup>117</sup> 張麗卿，《醫療人權與刑法正義》，第二版，頁15。

<sup>118</sup> 薛瑞元，〈醫療法第82條修正之衛福部觀點〉，《月旦醫事法報告》，2019年23卷4期，頁471。

<sup>119</sup> 吳全峰，〈醫療法第82條修正對病患權益之影響：從醫療機構責任談起〉，《月旦醫事法報告》，16期，頁85。

<sup>120</sup> 陳秉暉，張閔喬，陳宗延〈受僱醫師觀點看醫療法第82條修法：尋找醫療機構責在醫療糾中的腳色與責任〉，《月旦醫事法報告》，16期，頁105。

表一、民國 106 年醫療法第 82 條修法前後對照<sup>121</sup>

			修法前	修法後
醫事人員	刑事責任	故意	醫療法無明文規定 適用刑法§271、§277、§278	
		過失	醫療法無明文規定 適用刑法§276、§284	以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限。
	民事責任	故意	一般故意責任	
		過失	抽象輕過失	違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限
醫療機構	民事責任	故意或過失	故意或抽象輕過失	故意或抽象輕過失 單獨條列
	容許風險		醫療法無明文規定	以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷。

### 第三節、修法前後案件分析

#### 一、統計方法

回顧各篇關於醫療刑法論文的案件分析，個別搜尋方式不同，分別有採用關鍵字、「醫」字別搜尋<sup>122</sup>或從司法院查詢搜尋等。本次案件統計是藉由搜尋司法院法學資料檢索系統，時間從民國 90 年至 109 年四月底期間，審理法院為地方法院、高等法院和最高法院的裁判書。檢索搜尋設定刑事類別，裁判字號為醫訴、醫上訴、醫上更、重醫上更、醫易、醫上易、醫自，和自字併關鍵字醫療&過失

<sup>121</sup> 以眾博法律事務所比較表格加以修改，from: <http://www.lexprolaw.com/index.php>。

<sup>122</sup> 吳元曜，〈醫療法第 82 條修法之沿革與案例〉，《台灣醫學》，頁 467。

傷害與醫療&過失致死與醫療法，包含公訴與自訴案件，同時也登錄社會矚目案件。設定多項搜尋方式以聚焦醫療刑事案件，精簡搜尋工時。醫療法第 82 條適用於醫療人員，被告身分為合格醫師、中醫師、牙醫師、藥師、護理師、物理治療師、放射師、助產士...等醫療人員皆在本次收錄分析範圍。裁判案由包含業務過失傷害、業務過失致死、過失傷害、過失致死、普通傷害、重傷害等罪責。最後人工檢索排除密醫罪、自訴不受理、公訴不受理、其他非醫療外傷送醫導致的訴訟等，最終共收集 621 起醫療刑事訴訟案件，起因於 261 起醫療糾紛。

## 二、統計結果

針對相關正式起訴的 621 起醫療刑事訴訟案件，進一步分析裁判法院、類別、判決時間、訴訟類型（公訴或自訴）、判決結果與刑度（刑期、緩刑、易科罰金）。在民國 90 年至 109 年四月底間，621 起醫療刑事案件共有 186 起被定罪，有 42 件的刑度在有期徒刑大於 6 個月（見表二）。

綜觀二十年來醫療刑事案件定罪率，一旦正式受理進入訴訟，總定罪率為 30%（見表二），地方法院的定罪率為 33.7%（見表三），高等法院的定罪率為 31.6%（見表四），最高法院的定罪率為 17.4%，還有 53 件發回高院重審（見表五）。自民國 90 年起，每年的醫療刑事訴訟案件逐年上升，至 99 年的 61 件數量攀至高點（見圖一），醫界也開始推動醫療刑責去刑化或合理化，之後的醫療刑事案件數量終於不再攀升，甚至逐漸下降。106 年 12 月醫療法第 82 條修法後，107 年的醫療刑事案件也不再向上增加。108 年和 109 年的案件或尚在審理中，數量分析僅供參考。其中起訴案由以過失致死或業務過失致死為主，有 435 起起訴（70%）占比最高，顯見生命法益受損時將提高病家提出醫療刑事訴訟比例。此與法國醫療刑事案件以過失致死（36.5%）為最常見的刑罰原因相符<sup>123</sup>。

<sup>123</sup> Faisant M, Papin-Lefebvre F, Rerolle C, Saint-Martin P, Rougé-Maillart C. Twenty-five years of French jurisprudence in criminal medical liability. *Med Sci Law*. 2018;58(1):39-46.

表二、法院醫療刑事案件分析

年度	件數	有罪(件)	刑度	無罪(件)	發回重審	上訴中	定罪率(%)
90	14	9	6個月以下：7 6個月以上：2	4	1	0	64.3
91	13	3	6個月以下：1 6個月以上：2	8	2	0	23.1
92	29	12	6個月以下：6 6個月以上：6	16	1	0	41.4
93	26	8	6個月以下：8 6個月以上：0	16	2	0	30.8
94	35	9	6個月以下：7 6個月以上：2	24	2	0	25.7
95	37	10	6個月以下：9 6個月以上：1	24	3	0	27.0
96	47	20	6個月以下：16 6個月以上：4	24	3	0	42.6
97	43	10	6個月以下：9 6個月以上：1	29	4	0	23.3
98	54	17	6個月以下：14 6個月以上：3	32	5	0	31.5
99	61	24	6個月以下：22 6個月以上：2	29	8	0	39.3
100	56	14	6個月以下：13 6個月以上：1	34	8	0	25.0
101	52	14	6個月以下：10 6個月以上：4	36	2	0	26.9
102	39	8	6個月以下：6 6個月以上：2	27	4	0	20.5
103	27	7	6個月以下：6 6個月以上：1	19	1	0	25.9
104	32	7	6個月以下：4 6個月以上：3	25	0	0	21.9
105	18	2	6個月以下：2 6個月以上：0	15	1	0	11.1
106	16	6	6個月以下：2 6個月以上：4	8	2	0	37.5
107	16	4	6個月以下：1 6個月以上：3	8	4	0	25.0
108	5	1	6個月以下：0 6個月以上：1	2	0	2	20.0
至 109/4	1	1	6個月以下：1 6個月以上：0	0	0	0	100.0
案件量	621	186	6個月以下：144 6個月以上：42	380	53	2	30.0

表三、地方法院醫療刑事案件分析

年度	件數	有罪(件)	刑度	無罪(件)	發回重審	上訴中	定罪率(%)
90	5	3	6個月以下：2 6個月以上：1	2	0	0	60.0
91	7	0	6個月以下：0 6個月以上：0	7	0	0	0.0
92	19	9	6個月以下：4 6個月以上：5	10	0	0	47.4
93	11	6	6個月以下：6 6個月以上：0	5	0	0	54.5
94	17	5	6個月以下：5 6個月以上：0	12	0	0	29.4
95	14	3	6個月以下：2 6個月以上：1	11	0	0	21.4
96	25	12	6個月以下：11 6個月以上：1	13	0	0	48.0
97	14	3	6個月以下：3 6個月以上：0	11	0	0	21.4
98	22	6	6個月以下：3 6個月以上：3	16	0	0	27.3
99	23	9	6個月以下：8 6個月以上：1	14	0	0	39.1
100	20	6	6個月以下：6 6個月以上：0	14	0	0	30.0
101	28	8	6個月以下：4 6個月以上：4	20	0	0	28.6
102	7	2	6個月以下：1 6個月以上：1	5	0	0	28.6
103	8	4	6個月以下：4 6個月以上：0	4	0	0	50.0
104	16	5	6個月以下：2 6個月以上：3	11	0	0	31.3
105	4	0	6個月以下：0 6個月以上：0	4	0	0	0.0
106	2	1	6個月以下：0 6個月以上：1	1	0	0	50.0
107	3	1	6個月以下：1 6個月以上：0	2	0	0	33.3
108	1	0	6個月以下：0 6個月以上：0	1	0	0	0.0
至 109/4	0	0	6個月以下：0 6個月以上：0	0	0	0	0.0
案件量	246	83	6個月以下：62 6個月以上：21	163	0	0	33.7

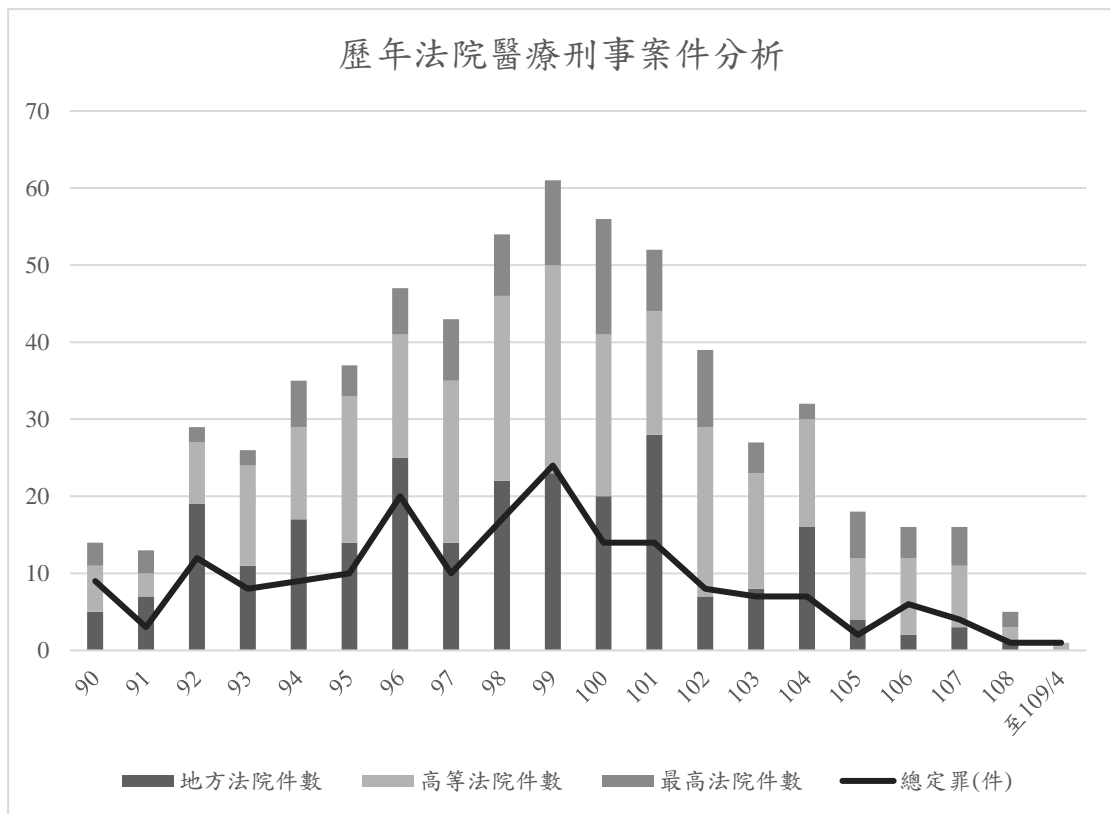
表四、高等法院醫療刑事案件分析

年度	件數	有罪(件)	刑度	無罪(件)	發回重審	上訴中	定罪率(%)
90	6	4	6個月以下：3 6個月以上：1	2	0	0	66.7
91	3	2	6個月以下：0 6個月以上：2	0	0	0	66.7
92	8	3	6個月以下：2 6個月以上：1	5	0	0	37.5
93	13	2	6個月以下：2 6個月以上：0	11	0	0	15.4
94	12	3	6個月以下：2 6個月以上：1	9	0	0	25.0
95	19	7	6個月以下：7 6個月以上：0	12	0	0	36.8
96	16	6	6個月以下：5 6個月以上：1	10	0	0	37.5
97	21	7	6個月以下：6 6個月以上：1	14	0	0	33.3
98	24	9	6個月以下：9 6個月以上：0	15	0	0	37.5
99	27	12	6個月以下：11 6個月以上：1	15	0	0	44.4
100	21	6	6個月以下：5 6個月以上：1	15	0	0	28.6
101	16	4	6個月以下：4 6個月以上：0	12	0	0	25.0
102	22	5	6個月以下：4 6個月以上：1	17	0	0	22.7
103	15	3	6個月以下：2 6個月以上：1	12	0	0	20.0
104	14	2	6個月以下：2 6個月以上：0	12	0	0	14.3
105	8	2	6個月以下：2 6個月以上：0	6	0	0	25.0
106	10	4	6個月以下：1 6個月以上：3	6	0	0	40.0
107	8	2	6個月以下：0 6個月以上：2	6	0	0	25.0
108	2	0	6個月以下：0 6個月以上：0	0	0	2	0.0
至 109/4	1	1	6個月以下：1 6個月以上：0	0	0	0	100.0
案件量	266	84	6個月以下：68 6個月以上：16	180	0	2	31.6

表五、最高法院醫療刑事案件分析

年度	件數	有罪(件)	刑度	無罪(件)	發回重審	上訴中	定罪率(%)
90	3	2	6個月以下：2 6個月以上：0	0	1	0	66.7
91	3	1	6個月以下：1 6個月以上：0	0	2	0	33.3
92	2	0	6個月以下：0 6個月以上：0	1	1	0	0.0
93	2	0	6個月以下：0 6個月以上：0	0	2	0	0.0
94	6	1	6個月以下：0 6個月以上：1	3	2	0	16.7
95	4	0	6個月以下：0 6個月以上：0	1	3	0	0.0
96	6	2	6個月以下：0 6個月以上：2	1	3	0	33.3
97	8	0	6個月以下：0 6個月以上：0	4	4	0	0.0
98	8	2	6個月以下：2 6個月以上：0	1	5	0	25.0
99	11	3	6個月以下：3 6個月以上：0	0	8	0	27.3
100	15	2	6個月以下：2 6個月以上：0	5	8	0	13.3
101	8	2	6個月以下：2 6個月以上：0	4	2	0	25.0
102	10	1	6個月以下：1 6個月以上：0	5	4	0	10.0
103	4	0	6個月以下：0 6個月以上：0	3	1	0	0.0
104	2	0	6個月以下：0 6個月以上：0	2	0	0	0.0
105	6	0	6個月以下：0 6個月以上：0	5	1	0	0.0
106	4	1	6個月以下：1 6個月以上：0	1	2	0	25.0
107	5	1	6個月以下：0 6個月以上：1	0	4	0	20.0
108	2	1	6個月以下：0 6個月以上：1	1	0	0	50.0
至 109/4	0	0	6個月以下：0 6個月以上：0	0	0	0	0.0
案件量	109	19	6個月以下：14 6個月以上：5	37	53	0	17.4

圖一、各級法院醫療刑事案件數量與總定罪數



### 三、超長時間訴訟案件

刑法是醫療糾紛的最後解決手段。在分析收錄的 261 起醫療糾紛、621 起醫療刑事訴訟案件中，共有八起醫療糾紛來回訴訟七個審級以上，分別是，1.最高法院 95 年台上字第 3476 號刑事判決的心導管術後死亡、2.最高法院 96 年台上字第 4631 號刑事判決的電腦斷層攝影機自動注射機重複使用導致感染瘧疾死亡、3.最高法院 100 年台上字第 4996 號刑事判決疑似急性心包膜炎死亡、4.臺灣高等法院 101 年重醫上更(五)字第 8 號刑事判決中醫治療浮腫死亡、5.最高法院 101 年台上字第 2637 號刑事判決的 Tegretol 導致史蒂文強森症候群、6.臺灣高等法院臺中分院 102 年重醫上更(三)字第 11 號刑事判決的新生兒死亡、7.最高法院 105 年台上字第 80 號刑事判決的酒駕車禍後硬腦膜上出血死亡和 8.最高法院 108



年台上字第 1768 號刑事判決的子宮外孕案。

上述每一件醫療糾紛對病家都是深沉的傷痛，在無形之間也影響醫界的醫療模式。八件糾紛只有兩件最終審判結局定罪，而且這兩件在地方法院裁判時就已是定罪，其餘六件醫療糾紛經過多年纏訟，其中酒駕車禍後硬腦膜上出血死亡一案甚至耗時十七年。相關案件的病家或檢察官多年來堅持訴訟，想必有其堅持的原因，失去親人或身體受到侵害的巨大悲痛必然是驅動其堅持訴訟的理由，但在這份堅持背後，他們是否理解醫學的極限與死傷無法完全免除的風險？

## 第四節、修法前實務判決討論

### 一、相關討論

民眾藉由訴訟解決醫療糾紛問題從民國八十年代到一百年代間大幅成長。在吳俊穎教授的醫療過失刑事歸責之實證分析一文指出，在九十年代的醫療糾紛刑事訴訟特色為，高偵查率、低起訴率、定罪率不高，刑期中位數為六個月，且 84% 可以緩刑或易科罰金，其餘 16% 案件仍在上訴中，執行率近乎零<sup>124</sup>。再細分析，地方法院的刑事公訴醫方定罪率 40.7% 為最高，其次是民事訴訟病方勝訴率 17.7%，刑事自訴案件的醫方定罪率僅 7.1% 為最低；高等法院刑事公訴案件醫方定罪率 41.1% 也是居冠，其次是民事訴訟病方勝訴率 28.8%，刑事自訴案件的醫方定罪率僅 10.0%<sup>125</sup>。刑事公訴和刑事自訴相比，其定罪率較高可歸因於公訴通常是經過調查有相當過失可能性才會由檢察官提出起訴，而刑事自訴其中不免有病家的情緒性反應，未必是真有醫療疏失。此外，採取刑事訴訟手段，也會影響醫療賠償訴訟的勝率。偵查後不起訴、偵查後起訴的民事訴訟勝率分別為 8.1%

<sup>124</sup> 吳俊穎、楊增暉、陳榮基，〈醫療過失刑事歸責之實證分析〉，《月旦法學雜誌》，232 期，頁 133。

<sup>125</sup> 楊俊暉，〈醫療糾紛民事訴訟時代的來臨：台灣醫療糾紛民國 91 年至 96 年訴訟案件分析〉，《台灣醫學》，2010 年 14 卷 4 期，頁 359。

和 41.7%；進入法院判決無罪、進入法院判決有罪的民事訴訟勝率分別為 27.0% 和 62.5%<sup>126</sup>。

根據衛生福利部醫事司統計，醫療相關訴訟在民國 80 年總共 128 件，刑事 114 件，民事 5 件；到民國 101 年攀至高峰，總共 623 件，刑事 462 件，民事 160 件。刑事和民事均大幅成長，民事件數的增加速度較快，但仍以刑事起訴為大宗，顯見國人在醫療糾紛的起訴方式偏好刑事訴訟，但是基於刑法慎刑與罪疑惟輕原則，醫方入監服刑微乎其微。民國 91 年到 102 年間，以一審判決結果統計，醫師被訴業務過失傷害定讞約 39 人，被訴業務過失致死定讞約 95 人；以確定判決結果統計，醫師被訴業務過失傷害定讞約 24 人，被訴業務過失致死定讞約 29 人<sup>127</sup>。有罪人數在最終審判決降低，顯見刑事訴訟大部被用作威嚇效果，並不適合做為處理醫療糾紛的手段，徒增纏訟耗時勞心。

## 二、相關判決

案例：臺灣高等法院 102 年重醫上更(五)字第 56 號刑事判決

本案事實：

臺灣高等法院 102 年重醫上更(五)字第 56 號刑事判決為一起民國 87 年酒駕車禍後硬腦膜上出血死亡案件。該案病人酒駕車禍後送醫，在急診格拉斯寇昏迷指數大於十四分，病歷記載意識清醒。陪同同學要求出院，醫師並無強制留院的權力，於是由護士交給「照顧頭部外傷病患家屬應注意事項」書面衛教單後出院，然而同學送其返回宿舍，最終病人被發現趴在地上死亡，死因為離院後 19 小時內發生右側額、顳部硬腦膜上出血，併有右側頂、枕部局部蜘蛛膜下腔出血導致昏迷死亡。

<sup>126</sup> 吳俊穎、楊增暉、陳榮基，〈刑事手段對醫療賠償訴訟之影響，以實證取向觀察與分析〉，《科技法學評論》，10 卷 1 期，頁 179。

<sup>127</sup> 姚念慈，〈醫界對醫療訴訟的幾個迷思〉，《萬國法律》，186 期，頁 13。

法院判決理由：

家屬爭執醫師應強制留院觀察。臺大醫院鑑定認定，「病人的神智狀態的確『相當』於格拉斯寇昏迷量表 15 分，依民國 87 年醫療常規，昏迷指數 15 分的病人，並不需做頭部 X 光檢查，即便進行 X 光檢查，也不一定能預見 19 小時後之顱內出血」，當時的醫療常規針對昏迷指數 15 分滿分，並無進行頭部 X 光或電腦斷層掃描檢查的絕對必要性。對於相當緩慢的腦出血或再撞擊出血，需仰賴密切觀察，不論是留院觀察或在家觀察。法院強調惟應告知「可能發生之危險事項」，也就是給予衛教的重要性。

外傷病人接受頭部電腦斷層檢查需要考量其必需性、輻射線暴露量、醫療費用和正確疾病診斷。高風險族群理應接受檢查，低風險組群若是屬於容許風險範圍內，則可以在密切觀察外觀表現再做決定。該案法院強調惟應告知「可能發生之危險事項」，而護士也給予「照顧頭部外傷病患家屬應注意事項」書面衛教單，也確實做到風險告知。當時的法院判決雖然沒有提及容許風險，但判決書中已經有風險的概念與容許風險的想法。該案最終上訴至最高法院，最高法院 105 年台上字第 80 號刑事判決駁回上訴，確定無罪。

相關案例後續社會影響：

由於民國八十與九十年代間多起外傷延遲性腦出血案例，於是台灣神經外科醫學會在民國 95 年參考多國文獻，制定台灣版的輕度頭部外傷病人接受電腦斷層檢查準則作為指引與參考<sup>128</sup>。表示，同時至少有一個下述的危險因素時才需去做頭部電腦斷層掃描：1.輕度頭部外傷的患者受傷後 2 小時，沒有恢復到 GCS score 15 分；2.疑似有顱骨骨折的現象；3.顱底骨折的任何徵候（例如腦脊髓液鼻漏、耳漏等）；4.局部神經學異常；5.癲癇；6.嚴重顏面損傷；7.嘔吐 2 次或以上；8.年齡大於 60 歲或小於 2 歲；9.藥物或酒精過量；10.持續嚴重瀰漫性頭痛；11.

---

<sup>128</sup> 社團法人台灣神經外科醫學會，台灣版輕度頭部外傷病人接受電腦斷層檢查準則，from: <https://www.neurosurgery.org.tw/nsr/tbi/main.htm>.

傷後失憶 30 分鐘以上；12.危險的受傷機轉（例如行人被機動車撞擊、乘客被拋出車外、從大於 1 公尺或 5 個階梯以上高度跌落）；13.凝血異常；14.多重創傷；15.開顱病史。

因應該類案例，外傷病人在急診要求做電腦斷層掃描證明無腦內出血，醫療人員出於防衛性醫療也大量開立檢查。健保檢查費用前五名，排名第一為電腦斷層，在民國 105 年共花費 92 億元、107 年共花費 111 億元，其中以頭部電腦斷層的支出最高。健保署分析 107 年第 4 季 14 萬筆頭部電腦斷層檢查報告結果顯示，約有四成的檢查結果不需要治療或追蹤，有浪費之嫌。然企圖將容許風險降至最低或是不允許容許風險的存在，抱持事後諸葛心態，經濟方面必然要付出代價。在醫學上，如果雙方對容許風險有認知，只要雙方願意付出多一點注意和多一點觀察時間，就可以告訴病人和醫療人員答案，卻又不需要付出太多經濟成本。

## 第五節、修法後實務判決討論

### 一、導入容許風險概念

醫療法第 82 條修法後，實務判決內文也多次引用醫療法第 82 條，並強調「以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷」為醫療刑事過失的容許風險範疇。

### 二、相關判決

案例 1：最高法院 105 年台上字第 182 號刑事判決

本案事實：

最高法院 105 年台上字第 182 號刑事判決為一起不穩定型心絞痛接受心導管治療的案件。民國 98 年，一名 75 歲的病人在區域醫院接受心肌核子灌注掃描

顯示有冠狀動脈狹窄，疑為不穩定型心絞痛，住院進一步心導管檢查顯示有嚴重狹窄，包含左主幹狹窄。經解釋治療方式有冠狀動脈繞道手術及心導管手術後，病人選擇接受心導管手術。然心導管手術過程發生心因性休克，需要急救，急聯絡外院心臟外科醫師放置葉克膜，並轉至合作醫院接受緊急冠狀動脈繞道手術，但術後狀況不佳，最後死亡。

法院判決理由：

家屬爭執沒有葉克膜便施行心導管手術不當。多次上訴，高等法院 102 年醫上訴字第 11 號刑事判決認為被告的過失不作為與被害人的死亡結果間有相當因果關係，是過失的不純正不作為犯<sup>129</sup>，但是如此判決似乎已經認為葉克膜有絕對的結果迴避可能性，也忽略各級醫院的醫療水準非軍備競賽。

當時的醫療規範或相關法令未要求執行心導管檢查及氣球擴張血管置放支架手術需配備葉克膜，且法院發文查詢同等級醫院也是相同的配置。該案上訴至最高法院發回重審。最高法院 105 年台上字第 182 號刑事判決說明，「過失犯罪，首重行為人應負的注意義務。在醫療行為，因具專業性、錯綜性及不可預測性，並為求醫療水準提升及保障病人權益的均衡，一般均以醫療常規，作為醫護人員注意義務的判別標準。原則上，醫學中心的醫療水準高於區域醫院，區域醫院又高於地區醫院，一般診所最後；專科醫師高於非專科醫師，因此，尚不得一律逕以醫學中心之醫療水準，作為判斷的標準。」此說明呼應往後修法後的醫療法第 82 條第 4 項容許風險範疇。又說，「醫療常規並非一成不變，在醫學中心、區域醫院、地區醫院、一般診所，因設備等之差異；在每一時期，因醫學之進步程度，醫療常規乃具浮動性。...在發生醫療行為疏失時，仍應以其原先次級醫療院所的醫療常規，作為判別標準，才符合刑法之謙抑性原則，並避免過度評價。」並進一步闡述過失犯的判定，關於行為不法和結果不法，「...此二者間，必須具有關

---

<sup>129</sup> 謝開平，〈過失之不純正不作為犯—簡評臺灣高等法院一〇二年度醫上訴字第十一號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，243 期，頁 243

聯性，才能成立犯罪；若僅具行為不法，而結果的發生卻不可避免時，因欠缺結果不法，尚不構成過失犯。」該案二審有罪遭最高法院撤銷，期間歷經 106 年醫療法修法，最終臺灣高等法院 105 年重醫上更(一)字第 4 號刑事判決引用醫療法第 82 條第 3 項和第 4 項撤銷有罪判決，不成立醫療刑事過失責任。

#### 案例 2：臺灣高等法院 107 年度再字第 7 號判決

##### 本案事實：

臺灣高等法院 107 年度再字第 7 號判決為一起車禍腔室症候群手術後，續發右膝脫臼造成膕動脈阻塞進而截肢的案件。

民國 97 年 8 月 7 日，甲車禍後送至急診，因為腔室症候群由外科醫師緊急施行筋膜切開術減壓，外科醫師曾建議下肢血管攝影但該檢查並未安排執行。術後住院傷口感染給予抗生素治療，然 5 日後病人因友人介紹聯絡，自行轉院至某醫學中心，轉院後凌晨出現右下肢發紺，經診斷為右膝外傷性脫臼未復位、膝部血管外傷性阻塞併發右下肢缺血性壞死，進而施行右下肢截肢手術。

##### 法院判決理由：

雙方爭執何時發生右膝外傷性脫臼，外科醫師僅於手術當日和次日前往病房查看是否有不作為過失。經檢視該病人住院期間 X 光片、照片和護理紀錄，並無右膝脫臼移位，懷疑右膝脫臼是在轉院期間發生。醫審會認為施行筋膜切開術術後血管攝影並非絕對必要，且膕動脈阻塞的發紺若無立即復位，會在 4-6 小時內造成肌肉壞死。病人自行辦理轉院，有自動出院志願書。自動出院後的風險無法歸責於先前治療的醫療人員。臺灣高等法院 107 年度再字第 7 號引用醫療法第 82 條第 3 項和第 4 項，說明「違反醫療上必要之注意義務係以醫療行為是否符合醫療常規為判斷，是一種平均醫師的注意義務程度」。又指出「醫療行為縱使違反醫療常規，惟此疏失行為與結果間仍需具有相當因果關係，始能認定醫療過失行為」。最終駁回上訴，判定無罪。

### 案例 3：臺灣彰化地方法院 104 年自字第 13 號刑事判決

本案事實：

臺灣彰化地方法院 104 年自字第 13 號刑事判決，是一起關於非特異性眼眶發炎使用類固醇和免疫抑制劑治療，接續罹患鼻竇炎，與疑似 B 型流行感冒病毒引起的敗血性休克死亡案件。

法院判決理由：

家屬表示眼科醫師未排除眼眶蜂窩性組織炎、也沒有說明類固醇副作用，有過失之責。判決內文引敘修正公布之醫療法第 82 條第 3、4 項規定，並表示，「醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷者，除其違反注意義務之行為與死傷結果之發生間，須有相當因果，尚須以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為依據，判斷醫事人員所為，是否違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量。未按關於醫師未善盡告知義務，雖屬注意義務之疏失，然就刑事責任認定之範疇而言，其評價非難之重點不在於該未說明可能伴生之危險及副作用之不作為部分，而在於醫療行為為本身不符合醫療常規之非價判斷。」結論是，行為人的診斷和用藥治療無顯著違誤，符合醫療常規，與被害人死亡無因果關係，被害人死亡是容許風險範圍內的不幸事件。修法後的醫療法第 82 條判斷更為嚴謹。但是被指控的醫師告知義務履行不足，難以定量何謂充分告知，事後更難以舉證，卻是形成醫療糾紛和起訴過失的常見原因。

### 案例 4：臺灣高等法院 107 年醫上訴字第 4 號刑事判決

本案事實：

臺灣高等法院 107 年醫上訴字第 4 號刑事判決為一起肝癌病人術後未入加護病房照顧死亡的案件。民國 101 年，外科醫師為一名患有復發性肝臟惡性腫瘤、

肝硬化、B型肝炎帶原與糖尿病的病人進行肝葉切除術。術前麻醉評估分級為ASA II級（最良好為一級，最差為六級）。考量感染機率，術後送回一般病房，未入加護病房照顧，然病人晚間接受心肺復甦術急救，疑發生肝切除術後出血與肝切除後肝功能衰竭，最終不治死亡。

法院判決理由：

雙方爭執術後未送至加護病房照護，是否與醫療常規不符。查該院同時期接受大於3節肝葉切除手術術後未入住加護病房的比例在60%以上，該病人所接受的術後照顧符合該院醫療常規。臺灣高等法院107年醫上訴字第4號刑事判決引用修法後醫療法第82條第3、4項說明合理臨床專業裁量是指，「允許醫師對於臨床醫療行為，保有一定的治療自由，以決定治療方針。」該案因無積極證據證明醫療照護行為與死亡結果有因果關係，改判無罪。

案例5：臺灣新北地方法院105年自字第63號刑事判決

本案事實：

此判決為一起胎兒窘迫合併產婦產後出血的案件。民國104年，一名產婦在等待分娩期間，因原產檢醫師身體不適，改由未曾產檢的另一位醫師接生。期間胎心音變異性不佳，晚間改採剖腹產方式娩出，因胎兒窘迫轉送醫學中心並插管治療，出院診斷有缺血性腦病變。產婦術後子宮無張力出血不止，給予子宮收縮劑，並在未告知產婦及家屬情況下，醫師緊急進行雙側子宮動脈上行枝高位結紮，之後轉送醫學中心，最終出院診斷為1.產後出血併出血性休克（2015/09/19剖腹產手術及雙側子宮動脈結紮，併有內出血，2015/09/21經兩側內髖動脈栓塞術、剖腹探查手術及右側部分卵巢切除術後），2.出血性休克，合併2015/9/20到院前心肺功能停止，心肺復甦術後回復自發性循環，併肝臟、腎臟休克。

法院判決理由：

胎兒部分，雙方爭執胎兒窘迫是否為胎便吸入所造成，與相關處置是否正確；



產婦部分，家屬稱醫師進行子宮動脈血管紮斷，未盡說明義務有過失等。

非由原產檢醫師接生並不違反醫師法規定，但不熟悉的醫病關係撞上生產的併發症卻容易產生醫療糾紛。該案首先釐清胎兒的處理過程，產婦部分，臺灣新北地方法院 105 年自字第 63 號刑事判決指出，醫療法第 63 條和第 64 條說明，手術或侵入性檢查需要知情同意，「...但情況緊急者，不在此限。」在特定急迫狀況下可以免除告知。判決又指出，「未依規定為告知，固然侵害病人之醫療自主權，但醫療自主權之侵害，非屬醫師過失責任之必然。蓋以醫療過失繫於診斷與治療過程有無遵循醫療準則為斷。...如醫師事先未踐行告知同意法則，但對於醫療行為已善盡其注意之義務，仍難謂與病人之死傷結果，有必然之因果關係。」判決中多次引用修法後的醫療法第 82 條第 3、4 項，醫師合理的臨床裁量判斷基準包含「緊急迫切」。

產後大出血是產後嚴重的併發症，也是生產的風險之一，居產後三大死因第一位，處理起來分秒必爭需要產後大出血轉診制度，有些產婦甚至當下被切除子宮，造成心理和生理很大的傷害。想來沒有醫師願意在不必要且未告知的情形下對婦女做出子宮動脈血管紮斷手術。對家屬和社會而言，這兩起不幸打斷了原先美好的期待。醫療的進步或許讓我們忘了生產的高風險，不幸和不法的處理方法不應混為一談。目前該案一審無罪，仍在上訴中。

案例 6：臺灣高等法院臺南分院 106 年醫上易字第 427 號刑事判決

本案事實：

民國 102 年，一名患有糖尿病、泌尿道感染、和攝護腺肥大的 70 歲病人因血尿求醫，因超音波檢查顯示有膀胱腫瘤（不知良性或惡性），故住院檢查治療。但內視鏡檢查未發現膀胱腫瘤，醫師改實施攝護腺刮除手術，術後發生尿道狹窄需手術治療。

法院判決理由：

病方對於術前僅口頭說明術式可能更改，未簽署攝護腺刮除手術之相關同意書，術後發生併發症不滿因而提告。臺灣高等法院臺南分院 106 年醫上易字第 427 號刑事判決指出，醫療法第 63 條、第 64 條、第 81 條明文規定醫療機構和診治醫師的告知義務。其中，醫療法第 81 條，醫療機構的告知義務，並無如醫療法第 63 條、第 64 條規定需以同意書之書面形式為之，解釋上，應認為得以口頭或書面為之均無不可。

法院採用修法後的醫療法第 82 條第 3、4 項協助判斷並說明，「醫師所負有之說明義務，與醫療行為之風險分屬二事，因為醫療行為之風險控制，既不在於醫師之說明，亦不在於病人之同意，而是在於醫師的專業能力判斷是否符合醫學水準。」故不希望過度強調病患醫療自主權，將選擇權交給不具專業知識的病人，一味奉行醫師說明義務取得病患同意為主臬，使醫療走向防禦性心態。此處亦點出如果實施符合水準常規的醫療，該治療行為伴隨一定比例的併發症為容許風險，不應因為術後發生併發症，就否認該容許風險。本案亦有學者從假設同意的論點討論，同樣著重在是否善盡注意義務<sup>130</sup>。

當然本案行為人的告知義務和手術同意書簽立並不完備，也是此起糾紛起因。但是法院再說明，「刑法上過失責任之認定，不同於民事過失責任，並無民法第 184 條第 2 項關於推定過失之規定，須慮及過失行為與結果間是否具備相當因果關係之構成要件，...是否應負業務過失傷害之責，仍應視其對於告訴人所進行之醫療處置是否已盡醫療上必要之注意義務且未逾越合理臨床專業裁量。」故此，本案判決無罪。

案例 7：最高法院 107 年台上字第 4587 號刑事判決

本案事實：

---

<sup>130</sup> 王皇玉，〈【醫療刑事法】未經同意變更術式案：醫療刑法中的假設同意〉，《月旦醫事法報告》，31 期，頁 74。

本判決為一起未開幕診所進行抽脂豐胸後發生急救案件。A 醫師開立醫美診所並未正式設置門診手術室與備妥急救設備，在診所開幕前和醫美器材人員（無醫師資格）遊說診所員工接受麻醉後抽脂和豐胸手術。手術抽脂完畢欲進行胸部麻醉時，該員工發生全身躁動吼叫抽搐之症狀，A 給予氧氣、糖水、輸液，B 進行腳部穴道按摩，約 20 分鐘後打 119 緊急送至醫學中心急救，後該員工因缺氧性腦病變併發肺炎致休克死亡。

法院判決理由：

該案因業務過失致人於死與共同違反醫師法定罪，反覆上訴。最高法院 107 年台上字第 4587 號刑事判決引用醫療法第 82 條新增第 3、4 項，說明立法目的、適用情況、危險犯和過失犯的不同。

在尚未開幕的診所動刀違反醫療常規，但是「惟此疏失行為與結果間仍須具有相當的因果關係，始能認定為醫療過失行為。」判決又說明醫療法第 82 條新增第 3、4 項的規範目的在於：「限縮醫師過失責任範圍，減少其因執行業務而受刑事訴追風險，並朝向醫師過失責任判斷要件的精緻與明確化。」

本案的抽脂、豐胸手術屬美容醫學範疇，非屬傳統認知以治療康復為目的醫療行為，但之後的急救行為，仍屬醫療法所稱醫療行為，故可適用第 82 條第 3、4 項規定。第 4587 號判決更解釋「合理臨床專業裁量即允許醫師對於臨床醫療行為，保有一定的『治療自由』、『臨床的專業裁量權限』，以決定治療方針。尤其對於罕見疾病、遇首例或對於末期病人充滿不確定性的治療，在無具體常規可遵循時，即須仰賴醫師合理的臨床裁量。」最高法院更指出需釐清以下要點才能定罪，包含當時當地同級醫療機構是否必須設有急救設備？該診所的醫療設施及條件是否均不能進行任何手術？

我國刑法對於過失認定，需過失行為與結果間客觀上具有「相當因果關係」才能成立過失犯罪。依經驗法則，認為在一般情形下，有此環境、有此行為，有此結果，則該條件即為發生該結果的相當條件，行為與結果即有相當因果關係。

沒有急救設備是否就會缺氧性腦病變？有急救設備是否就不會發生缺氧性腦病變？若是採用沒有監測儀器及急救設備下手術會提高死亡風險的說法，形同採取向為我實務不採的「風險升高理論」，違反罪疑惟輕原則，並有將危險犯視為實害犯處罰之虞，也和修正後醫療法第 82 條目的為限縮醫師過失責任範圍立法意旨有違。目前該案經最高法院發回重審。

案例 8：臺灣高等法院 107 年重醫上更二字第 41 號刑事判決

本案事實：

此為一起子宮外孕致死的案件。民國 99 年，一名女性在某醫院被診斷早期懷孕，又因下腹部疼痛至長期看診的婦產科診所治療。婦產科醫師進行內診並診斷骨盆腔發炎感染，開立口服抗生素和黃體素治療。返家後症狀並未改善，甚至嘔吐，當晚不適再度返診就醫打止吐針。返家後翌日凌晨，病人因為劇烈腹痛暈厥送至急診，診斷右側輸卵管子宮外孕，導致大量出血休克，最終不治死亡。家屬提告過失致死。此外，雙方爭執「電子病歷」紀錄指示病人回原醫院用陰道超音波檢查資料是否真實（即未經事後增刪或修改）。

法院判決理由：

該案纏訟多年，反覆定罪上訴，期間歷經醫療法第 82 條修法，高等法院判決亦引用醫療法第 82 條作為量刑參考。臺灣高等法院 107 年重醫上更二字第 41 號刑事判決認為行為人為專業婦產科醫師，熟知子宮外孕之危險性，但被告「未盡必要之注意義務，且逾越合理臨床專業裁量之業務過失，與被害人之死亡結果間，有相當因果關係。」該案高等法院判決壹年陸月，再上訴至最高法院，因刑法刪除業務過失致死條文，改判有期徒刑壹年肆月。

合理的臨床裁量為醫療的容許風險，超越容許風險的行為仍然成立過失，修法後的醫療法第 82 條並非醫療過失的免罪萬靈丹。

案例 9：最高法院 107 年台上字第 4259 號刑事判決

本案事實：

醫師為林○○安排第二次超音波溶脂手術，抽脂手術須注意肺栓塞或心肌梗塞等併發症風險。但術後未監測生命徵象，休息後就讓林○○自行搭乘計程車返家。當日下午因呼吸急促叫救護車至急診，林○○到院時無呼吸心跳需接受心肺復甦術急救，當晚因心因性休克而死亡。法醫鑑定死因有肺栓塞和心肌梗塞兩種不同見解。

法院判決理由：

對於醫療過失是否成立，最高法院 107 年台上字第 4259 號刑事判決審酌刑法第 276 條第 2 項之業務過失致人於死罪和修正公布之醫療法第 82 條第 3、4 項規定，並詢問衛生福利部、中華民國美容醫學醫學會、臺灣整形外科醫學會有關超音波溶脂手術術後照護具體內容與目的，了解術後的醫療常規和醫療水準，表示，「怠於善盡術後觀察、監測義務之行為，與林○○最終因心因性休克而死亡之結果間，具有相當之因果關係。」違反術後觀察的醫療常規以致超越容許風險。最終，最高法院駁回上訴，判刑貳年。

## 第六節、小結

刑法過失的概念，由注意義務之違反與預見可能性兩者所組成。換句話說，行為人預見危險，有義務採取安全措施或捨棄危險行為，使危險結果不發生。醫療上一旦發生生命或身體法益的損害，也就是危險結果，法院判決中時常強調醫療人員「應注意而未注意」，而有過失之虞。過去重視製造了不容許風險的行為，而非強調容許風險。但是醫療上一定比例的死傷是不可避免的生命歷程，窮醫療之力，也無法完全避免。故每一次實現法所不容許的風險時，要再進一步檢視其因果歷程，耗時費力。如醫、法、病三方都能對容許風險有進一步認知，則可減少無謂的刑事訴訟流程，或改以其他方式補償。

本次醫療法第 82 條修法，主要目的在使醫療人員的民、刑事條文分列並過失認定一致化，將醫療容許風險範圍明文化，限縮醫療人員的過失責任。修法後，醫、法、病三方在互相理解的基礎上，醫療人員在容許風險範圍內的醫療行為不至於遭到民、刑事責任追訴，進而減少防衛性醫療。同時也兼顧病人與家屬的權利，修法後，病患或家屬可以向醫療機構請求損害賠償。



## 第六章、結論

### 第一節、醫療容許風險明文化

醫療法第 82 條修法以來，醫界、法界、民間團體有不同聲音，甚至認為有修等於沒修<sup>131</sup>。筆者認為醫療法第 82 條修法的精神重點在於醫療容許風險的文字化。醫療和法律兩門學科，醫界依循實證醫學的研究結果在進步、藉由醫學倫理自我規範管理。一旦有損及法益的危險情事發生，唯恐有過失犯罪，國家動用刑法協助醫療的風險管制。但利用法律裁判時必須了解醫療專業領域的特色。我國過去的醫療刑事案件判定，多採用相當因果關係或客觀歸責理論判定過失犯罪與否，因為醫療的專業性，醫療人員負有注意義務且被要求負起舉證責任。由於醫療上的死亡率和併發症無法百分之百免除，一旦發生這類不法結果，醫療人員必須舉證有善盡注意義務或是行為結果間不具因果關係，才能免除刑法制裁。導致醫療人員必須花費大量時間和精力舉證注意義務和說明醫療細節，實際上是因為社會缺乏醫療容許風險的存在認知。修法後將醫療容許風險文字化，讓醫界與法界溝通上有所依循、判決時有所本。

### 第二節、醫療刑事責任合理化

醫療法第 82 條修法後，醫界與法界就醫療刑事過失的容許風險範疇有一致共識。全面除罪化難以獲得社會大眾的認同，但是刑法慎刑，醫療是對全民健康有重大法益上助益的行為，為了獲取這樣的好處，社會對該類行為的容許風險更該給與認知教育和包容。並非包容死、傷的發生，而是當死亡與傷殘是不得不然的結局時，我們給予哀傷同理與再檢討。

---

<sup>131</sup> 鄭逸哲，〈從平等原則評析 2017 年醫療法醫療刑事責任修法〉，《法令月刊》，69 卷第 7 期，頁 45。

醫療的進步是建立在不斷小心謹慎觀察與驗證的實證路上。醫療人員的所作所為都要符合準則與常規，能夠隨時接受法律的檢驗。但是跳過溝通和說明，一直用法律檢驗醫療行為，將會提高醫療成本和社會運作成本。降低醫療過程的風險和提高醫療過程的有效性是醫療人員致力追求的目標，但是既有的風險無法用法律介入排除。醫療人員有說明醫療行為相關容許風險的職責並盡力降低其風險，病人也有主動了解接受醫療行為相關容許風險的必要。彼此了解，才能溝通無障礙。刑法並非發生不幸後的溝通工具，如果能讓雙方對容許風險有一致的共識，強化訴訟外紛爭解決機制（alternative dispute resolution），將可避免無謂的法律介入和醫療糾紛的形成，使社會運作更為流暢，將時間、金錢和人力有效地運用在研究降低風險的未來，將醫療刑法留作過失的懲罰，使醫療刑責合理化。





## 參考文獻

### 一、中文文獻

#### (一) 書籍

1. 王皇玉,《刑法總則》,第五版,2019年8月。
2. 古承宗,《刑法之理論與釋義(一)》,第一版,2017年1月。
3. 李聖傑,〈過失犯罪行為的檢驗—評台灣板橋地方法院九十二年矚訴字第一號刑事判決〉,《民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》,第一版,2009年9月。
4. 林山田,《刑法通論下冊》,第十版,2008年1月。
5. 林東茂,《刑法綜覽》,第八版,2015年8月。
6. 林鈺雄,《新刑法總則》,第五版,2016年9月。
7. 陳聰富,《醫療責任的形成與展開》,第一版,2014年5月。
8. 張麗卿,《新刑法探索》,第五版,2014年9月。
9. 張麗卿,《醫療人權與刑法正義》,第二版,2019年3月。
10. 黃榮堅,《刑法問題與利益思考》,第一版,2003年10月。
11. 黃榮堅,《基礎刑法學(上)》,第四版,2012年。
12. 黃榮堅,《基礎刑法學(下)》,第四版,2012年。
13. 盧映潔,《醫療行為與刑事過失責任》,第三版,2018年4月。

#### (二) 期刊

1. 王皇玉,〈德國醫療刑法論述概說〉,《月旦法學雜誌》,170期,2009年7月。
2. 王皇玉,〈論醫療刑責合理化〉,《月旦法學雜誌》,213期,2013年1月。
3. 王聖惠,〈「疏失」和「過失」有何區別?〉,《月旦醫事法報告》,0期,2016年7月。

4. 王皇玉，〈【醫療刑事法】未經同意變更術式案：醫療刑法中的假設同意〉，《月旦醫事法報告》，31 期，2019 年 5 月。
5. 王聖惠，〈探討醫療常規、醫療水準〉，《月旦醫事法報告》，11 期，2017 年 9 月。
6. 古承宗，〈刑事交通事件中的容許風險與信賴原則〉，《月旦法學雜誌》，193 期，2011 年 6 月。
7. 古承宗，〈風險社會與現代刑法的象徵性〉，《科技法學評論》，第 10 卷第 1 期，2013 年 6 月。
8. Ulrich Schroth 著，古承宗譯，〈醫師於醫療疏失的刑事責任〉，《高大法學論叢》，第 9 卷第 2 期，2014 年 3 月。
9. 何賴傑，〈SARS 相關刑事法律問題研究〉，《台灣法學雜誌》，49 期，2003 年 08 月。
10. 李子聿，〈醫療行為無過失責任之研究—兼論 2004 年〈醫療法〉第八十二條之修正〉，《中華人文社會學報》，3 期，2005 年 9 月。
11. 李聖傑，〈風險變更之結果客觀歸責〉，《中原財經法學》，7 期，2001 年 12 月。
12. 李聖傑，〈因果關係的判斷在刑法中的思考〉，《中原財經法學》，8 期，2002 年 6 月。
13. 李聖傑，〈人算不如天算—因果（不幸）與歸責（不法）〉，《月旦法學教室》，38 期，2005 年 12 月。
14. 李聖傑，〈過失行為的刑法處遇〉，《月旦法學教室》，57 期，2007 年 7 月。
15. 吳元曜，〈醫療法第 82 條修法之沿革與案例〉，《台灣醫學》，2019 年 7 月。
16. 吳全峰，〈醫療法第 82 條修正對病患權益之影響：從醫療機構責任談起〉，《月旦醫事法報告》，16 期，2018 年 2 月。
17. 吳欣席，〈醫療法第 82 條修正後對於醫療實務的影響〉，《月旦醫事法報告》，

2018 年 2 月。

18. 吳俊穎、楊增暉、陳榮基，〈刑事手段對醫療賠償訴訟之影響，以實證取向觀察與分析〉，《科技法學評論》，10 卷 1 期，2013 年 6 月。
19. 吳俊穎、楊增暉、陳榮基，〈醫療過失刑事歸責之實證分析〉，《月旦法學雜誌》，232 期，2014 年 8 月。
20. 吳耀宗，〈刑法上之業務概念：第三講業務作為犯罪加重處罰之要素與排除阻卻違法事由適用之要素〉，《月旦法學教室》，50 期，2006 年 12 月。
21. 林東茂，〈醫療上病患承諾的刑法問題〉，《月旦法學雜誌》，157 期，2008 年。
22. 林鈺雄，〈第三人行為介入之因果關係及客觀歸責（上）—從北城醫院打錯針及蘆洲大火事件出發〉，《台灣本土法學雜誌》，79 期，2006 年 02 月。
23. 林鈺雄，〈刑法總則：第六講—客觀不法構成要件（下）因果關係與客觀歸責〉，《月旦法學雜誌》，13 期，2003 年 11 月。
24. 周漾沂，〈風險承擔作為阻卻不法事由—重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14 期，2014 年 3 月。
25. 周慶東，〈刑法意義中的交通信賴原則〉，《月旦法學雜誌》，193 期，2011 年 6 月。
26. 姚念慈，〈醫界對醫療訴訟的幾個迷思〉，《萬國法律》，186 期，2012 年 12 月。
27. 陳忠五，〈醫療糾紛的現象與問題〉，《台灣本土法學雜誌》，55 期，2004 年 2 月。
28. 陳明堂，〈醫療法第八十二條修法之法務部觀點〉，《台灣醫學》，第 23 卷第 4 期，2019 年 7 月。
29. 陳秉暉，張閔喬，陳宗延〈受僱醫師觀點看醫療法第 82 條修法：尋找醫療機構責在醫療糾中的腳色與責任〉，《月旦醫事法報告》，16 期，2018 年 2 月。
30. 高添富、高銘佑，〈醫療風險理論概要〉，《醫事法學》，第二十三卷第一期，

2016 年 6 月。

31. 許恒達，〈合法替代行為與過失犯的結果歸責：假設容許風險實現理論的提出與應用〉，《台大法學論叢》，第 40 卷第 2 期，2011 年 6 月。
32. 許耀明、譚偉恩，〈風險溝通在食安管理中之必要性：以狂牛症事件為例〉，《交大法學評論》，1 期，2017 年 6 月。
33. 張麗卿，〈外科醫療糾紛鑑定案例及判決解析－腹痛灌腸致死案〉，《台灣法學雜誌》，第 283 期，2015 年 11 月。
34. 張麗卿，〈醫療法第八十二條修法之法學意涵〉，《台灣醫學》，23 卷第 4 期，2019 年 7 月。
35. 黃奕文，〈論風險變更 (Risikomodifikation) 案例在刑法歸責體系的定位—以德國學說為評析中心〉，《高大法學論叢》，14 卷 2 期，2019 年 3 月。
36. 邱慧沁，〈醫療分工、信賴原則與過失責任歸屬—以醫師與護理師間關係為例〉，《全國律師》，第 19 卷第 11 期，2015 年 11 月。
37. 趙希巨，〈醫療過失與因果關係之認定：英美法中的理論與具體規則〉，《東方法學》，2011 卷 1 期。2011 年 2 月。
38. 趙希巨，〈醫療常規與醫療過失之判定〉，《月旦民商法雜誌》，62 期，2018 年 12 月。
39. 楊俊暉，〈醫療糾紛民事訴訟時代的來臨：台灣醫療糾紛民國 91 年至 96 年訴訟案件分析〉，《台灣醫學》，14 卷 4 期，2010 年 7 月。
40. 廖建瑜，〈醫療法第 82 條修正帶來新變局?!〉，《月旦裁判時報》，74 期，2018 年 08 月。
41. 劉芳伶，〈論系統性醫療事故中醫護人員所應負擔之刑事過失注意義務——以「法律評價與醫療現場的落差之一隅」為切入視角〉，《治未指錄：健康政策與法律論叢》，6 期，2018 年 1 月。
42. 鄭逸哲，〈醫療法第 82 條之 1 修法建議〉，《軍法專刊》，第 58 卷第 4 期，

2012年8月。

43. 鄭逸哲，〈「臨床裁量權」未入法，等於沒修——評析醫療法第八十二條之一條文修正草案〉，《軍法專刊》，59卷第1期，2013年2月。
44. 鄭逸哲，〈從平等原則評析2017年醫療法醫療刑事責任修法〉，《法令月刊》，69卷第7期，2018年7月。
45. 盧映潔、許育璋，〈論組織醫療與刑事過失責任歸屬——以醫師與藥師之分工為探討〉，《月旦法學雜誌》，第234期，2014年11月。
46. 盧映潔、梁興禮，〈告知同意法則與醫療刑事過失責任之關連探討——我國實務判決之發展與評析〉，《月旦裁判時報》，69期，2018年3月。
47. 薛瑞元，〈醫療法第82條修正之衛福部觀點〉，《月旦醫事法報告》，23卷4期，2019年7月。
48. 蔡蕙芳，〈從英美法理論論蔡墩銘教授的期待可能性思想〉，《現代刑事法與刑事責任——蔡教授墩銘先生六秩晉五華誕祝壽論文集》，國際刑法學會中華民國分會，1997年2月。
49. 謝開平，〈過失之不純正不作為犯——簡評臺灣高等法院一〇二年度醫上訴字第十一號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，243期，2015年8月。
50. 簡美慧，〈醫療法第82條之1修正草案之說明〉，《檢協會訊》，86期，2013年2月。
51. 蘇嘉瑞，〈信賴原則在醫糾適用之類型化與法學實證研究〉，《科技法學評論》，第7卷第1期，2010年06月。

### (三) 博碩士學位論文

1. 王志嘉，〈病人自主的刑法效應〉，東吳大學法律學系博士論文，102年7月。
2. 朱育辰，〈「告知後同意原則」不適用於醫療刑法——併論「病患同意」在醫療刑法上之地位〉，國立台北大學法律學系碩士論文，107年1月。

3. 吳信霈，〈醫療判斷法則之建構—從商業判斷法則防制事後偏見之觀點出發〉，國立高雄大學政治法律學系碩士論文，108年6月。
4. 林工凱，〈以「臨床裁量權」取代「醫療常規」—適用法律於醫療案件的根本省思〉，銘傳大學法律學系碩士論文，105年6月。
5. 林怡萱，〈論醫療事故之刑事過失責任與民事過失責任之差異〉，國立台北大學法律學系碩士論文，102年4月。
6. 林裕翔，〈論醫療訴訟之請求權基礎〉，國立政治大學法律院碩士在職專班碩士論文，100年6月。
7. 翁松崙，〈刑事醫療過失客觀注意義務之標準與限縮—以病患自主權及醫師裁量權為核心〉，國立台北大學法律學系碩士論文，103年7月。
8. 張孟源、盧言珮，〈醫療刑責明確化—從醫療法第八十二條第三項修法芻議談起〉，國立台北大學法律學系碩士論文，2011年7月。
9. 黃璽文，〈論醫療上病患同意的刑法上效力〉，東吳大學法律學系碩士論文，97年1月。
10. 錢冠頤，〈重新檢視「告知後同意原則」於醫療刑事案件之適用〉，國立台北大學法律學系碩士論文，106年1月。

#### (四) 網際網路

1. 高添富，醫療糾紛之分類，台灣法律網，from: <http://www.lawtw.com/index.php>，最後閱覽日，2020年8月2日。
2. 食藥署公布市售效期內含 ranitidine 成分藥品中「N-丙硝基二甲胺 (NDMA)」不純物之調查結果，from: <https://www.mohw.gov.tw/cp-4252-49811-1.html>，最後閱覽日，2020年8月2日。
3. 社團法人台灣神經外科醫學會，台灣版輕度頭部外傷病人接受電腦斷層檢查準則，from: <https://www.neurosurgery.org.tw/nsr/tbi/main.htm>，最後閱覽日，

2020 年 8 月 2 日。

4. 財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會，常用品質中英文名詞對照表，from:  
<https://www.jct.org.tw/mp-1.html>，最後閱覽日，2020 年 8 月 2 日。
5. 衛生福利部，醫療 82 條 -1061228 修正說明對照表，from:  
<https://www.mohw.gov.tw/cp-3569-39064-1.html>，最後閱覽日，2020 年 8 月 2 日。

## 二、英文文獻

### (一) 書籍

1. Christopher L. Culp (2001), *The Risk Management Process Business Strategy and Tactics*, New York: John Wiley & Sons.
2. Institute of Medicine (US) Committee on Standards for Developing Trustworthy Clinical Practice Guidelines; Graham R, Mancher M, Miller Wolman D, et al., editors. *Clinical Practice Guidelines We Can Trust*. Washington (DC): National Academies Press (US); 2011. Summary. Available from:  
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK209538/>

### (二) 期刊

1. Bal BS. An introduction to medical malpractice in the United States. *Clin Orthop Relat Res*. 2009;467(2):339-347.
2. BGH Urteil vom 25.09. 1990 5 StR 342/90
3. Bolam v Friern Hospital Management Committee (1957)2 All ER 188.5.
4. Bolitho v City and Hackney Health Authority (1997) 4 AER 771.
5. Chumbler v. McClure, 505 F.2d 489.
6. Faisant M, Papin-Lefebvre F, Rerolle C, Saint-Martin P, Rougé-Maillart C.

Twenty-five years of French jurisprudence in criminal medical liability. *Med Sci Law*. 2018;58(1):39-46.

7. Grober ED, Bohnen JM. Defining medical error. *Can J Surg*. 2005;48(1):39-44.
8. Li YG, Lip GYH. Anticoagulation Resumption After Intracerebral Hemorrhage. *Curr Atheroscler Rep*. 2018;20(7):32.
9. *Montgomery v Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11
10. SW Chan, E Tulloch, ES Cooper, AS Qc, W Wojcik, JE Norman Montgomery and informed consent: where are we now? *BMJ*, 357 (2017), p. j2224.
11. *Toth v. Community Hospital at Glen Cove* (22 NY2d 255 [1968])
12. Vargesson N. Thalidomide-induced teratogenesis: history and mechanisms. *Birth Defects Res C Embryo Today*. 2015;105(2):140-156.

### (三) 網際網路

1. NCCMERP National Coordinating Council for Medication Error Reporting and Prevention, Categorizing Medication Errors Index in Color, from: <https://www.nccmerp.org/>.
2. Naval Postgraduate School, Safety, Know your workplace hazards, Operational risk management (ORM), from: <https://nps.edu/>.
3. Redaktion beck-aktuell, LG Oldenburg: Lebenslange Haft und Berufsverbot für Patientenmörder Högel, Meldung vom 06.06.2019.
4. Safeopedia, Risk Control, from: <https://www.safeopedia.com/>.