

醫療事故刑事責任的判斷架構初探

國立臺灣大學法律學院 李茂生

目 次

- 壹、前言
- 貳、英美與日本的狀況
- 參、我國的現況
- 肆、問題的癥結與初步的解決方案
- 伍、結論

摘 要

近年來我國醫患關係日益險惡，醫護人員被論以業務過失致死傷罪的報導日增。這種情事雖然一方面彰顯了患者權利意識高漲的民主法治現象，但另一方面對以往擁有高社會地位的醫護人員而言，卻是個難以忍受的衝擊，於是紛紛出走使得醫療荒廢的現象更行嚴重。醫療的荒廢原因頗多，刑事司法的變化確實也是原因之一，不過或許其是壓死駱駝的最後一根稻草，但是若認為其是主要原因並主張刑事司法必須退出醫療事故的領域，或限縮干預範疇，則不僅是忽略了刑事司法的社會功能，且也會使得其他的問題潛入地底而無法獲得解決。

本文首先觀察英美以及日本的刑事司法趨勢，確認其並無任何退出或限縮干預的傾向，然後比較日本與我國刑事司法對於醫療事故過失刑事責任的判斷架構，以了解我國的判斷架構是否合理，是否容易造成判斷上的恣意。

經研究發現，我國的判斷架構確實有缺失存在，其不僅是違反邏輯，並且也容易受到醫療專業鑑定的影響，而陷入醫療同儕審判的陷阱內。不過，這並不是不能修正。本文透過解析，建議刑事司法回歸傳統的判斷架構，先參照醫療常規確認客觀的行為、結果與其間的因果關係，然後利用業務正當行為阻卻違法的刑法規定，篩選值得追究過失責任的案例，最後才參酌相對的醫療水準確認行為人對於醫療事故的預見可能性、注意義務與期待可能性。據此，不僅是可以抑制誤判或恣意，並且也能透過刑事過失責任的追究活動，彰顯醫療荒廢的深層原因。

壹、前言

醫療這個行業自古以來就已經存在，最初是族群內的耆老或具盛名之士因年長又身體健康，受到人們敬仰，於是大眾競相向其請教養生之道，進而形成一個特殊的地位，但並未成為一個行業。其後，隨經驗的累積，一些人開始擁有特殊專屬的知識與技術，於是形成一個獨特的職業群體。當然，因為這些知識與技術是以養生固本、調和個體與環境間的關係為本，並無侵襲性，再加上行醫者崇高的社會地位，所以醫患間的關係是一種道德關係，根本就沒有糾紛可言。

醫患關係的轉變大約起源於近代的初期。當時的醫者透過政治關係掌握了處理新鮮屍體以及與劊子手一起執行死刑（通常是凌遲）的權力，藉此深化了人體解剖的技術與知識。但是更重要的是科學家發現了細菌的存在，並且發明了注射器，加上作為化學一環的藥學開始發達，醫學一口氣從固本與調節的基礎轉換成由外界侵入身體內進行人體修復的基本方針。雖然這種變化的功過無法一概而論，但是人類在敗壞的環境中持續地延長了壽命一事，卻也是個不爭的事實。當然在輝煌的事蹟不斷被表揚的同時，人們也開始付出代價。亦即，醫患關係再也不是一種道德關係，反倒是開始呈現出法化的現象；終究人們還是無法對於不斷侵襲自己身體的行為輕易地全然釋懷，追究造成身體傷害的原因到底是疾病還是侵襲性醫療行為一事，成為醫患關係中必然的結果。

二十世紀中葉開始受矚目的患者同意，正是為了解決日益險惡化的醫患關係而開發出來的法學概念與實務操作。然而，多年來的經驗顯示，在充滿不確定性、而且日益複雜的醫療行為中，患者的同意也僅是一個虛幻而已。之後的半世紀，法學雖然一直在留意特殊醫療行為的合法性問題，舉凡人工生殖、代理孕母、安樂死、器官移植、再生醫療、末期醫療等方面都累積了許多的業績；但是在一般醫療的領域，醫療事故的刑事責任問題，一直都在刑法謙抑的口號下，被掩藏起來，幾乎所有的問題都委諸民事解決。這個問題要一直要到二十世紀的末期，因為醫療體制的普及、醫術急速的發達以及醫療行為的組織化等因素，人們受到一般醫療行為侵襲的事故層出不窮，學界與實務界才開始面對一般醫療行為犯罪化、醫護界人士的恐慌與不滿不斷升高的問題，於是被迫開始留意一般醫療行為中醫療事故頻仍發生、一些醫護人員被定罪的事實，並乞求解決方案。其所求的不外乎是患者權益保障與醫療荒廢可能性之間的平衡點。

我國近年來亦面臨窘境，醫界在四大皆空、五大皆空，進而六大皆空的驚悚口號下，將醫療荒廢的事實歸咎於刑事司法的嚴苛態度，並挾持媒體與立法委員的支持，要求修法將一般醫療事故的刑事責任限縮到只有重大過失的情形下，始得判醫護人員有罪。2012年7月，法務部終於被迫召開公聽會，但是在公聽會中醫界、法界與病患間，仍各執己見，無法達成共識。

醫界所提出的質疑中最為激烈的不外是：八年半中有八十位醫師被判有罪，

每 23.5 天有位醫師被判有罪，¹有罪率高達 25.6%，台灣的醫師儼然成為犯罪率最高的行業，台灣可能是全世界醫師犯罪率最高的國家。²然而法務部反駁，近六、七年來，檢察機關終結醫療事故的件數均維持在每年 100 件左右，沒有明顯的增加趨勢，且起訴率都維持在 10% 左右，最近六、七年來起訴率平均為 6.12%。³如果，雙方的數據都沒問題，則兩者間的歧異即僅在於對正確數據的解讀。對於醫界而言，醫療的荒廢是眼前的事實，而罪魁禍首就是司法單位，其對醫界的打擊毫不留情。然而對於法界而言，姑不論醫生為何會輕忽人命，犯錯就是犯錯，法界不可能對醫界採取不一樣的對待。針對於醫界與法界的爭執，患者的代表則是反覆地論述，他們只是要個合理的回答，為何醫界就是不顧患者的權益，好似患者僅是醫界砧板上的魚肉。

在這種爭執不下的情勢下，本文理解自身無能解決醫患間關係日益險惡化的問題，更無法調解法與醫之間觀點上的歧異，而僅能就法的觀點，細數外國情勢，參照我國的司法傾向，希望藉此表明醫患關係的惡化，其原因雖然一部分在於法界，但是這個問題絕非如醫界主張，只要去犯罪化或縮減犯罪成立範疇即可解決。將所有醫療的荒廢歸咎於法界一事，對現在的情勢根本就是於事無補，而且刑事司法一旦退出或限縮干涉範圍，整體情勢將可能會更加惡化。

醫療事故日增一事，原因在於醫療情勢的轉變，刑事司法則是被迫多方介入，但是由於沒有一個合理的判斷架構，也沒有一個明確的判斷標準，結果造成偵審程序冗長、結論反覆不定的現象。這對醫、法、患者與社會大眾三方而言，都不是有利的情況。然而，在建構一個可以快速處理醫療事故的刑事司法判斷架構時，仍需要留意以下數點。

在追究醫療事故刑事責任的領域，與對抗「惡人」的情況不同，司法所面對的是一群具有善意的集團；再者對於醫護人員追究刑事責任一事，也與處理交通事故刑事責任的情形不一樣，因為專業的程度根本不可同日而語。在這種情形下，如果刑事司法不能提供一個合理的判斷架構，以容納醫學的專業判斷標準，則醫與法的衝突，幾乎是無法解決。而在這個合理的判斷架構中所進行的具體判斷，亦絕非全然依照醫學專業的判準而為，因為這樣一來，不僅是會造成醫界同儕裁判的險惡情事，對患者以及其他社會大眾而言也是非常不妥當，其會認為這種司法不外是醫醫相護的打手而已。

一個得容納醫學專業判斷的刑事責任合理判斷架構的建構是目前最基本、最迫切的社會要求，也是身為法學研究者的我應該要去努力奉獻的領域。所以雖然明知在前後其他稿約與繁忙的雜務夾縫中，事實上僅有月餘的時間用來書寫這篇文章，但仍然勉強接受了法務部的邀稿請求。事後證明，這個決定真的是個錯誤的決斷，所獲研究成果與付出的代價，根本不成比例。

¹ (365 天 x 8.5 年)/80 位有罪醫師=38.78 天，為何是 23.5 天？不解。

² 法務部「醫療行為刑事責任之探討」101 年 7 月 6 日公聽會會議記錄，頁 99 (2012 年)。

³ 前揭註，頁 84-85。

以下本文首先探討外國的情勢，重點不在於英美的趨勢，而在於日本的刑事司法傾向；英美趨勢的介紹僅是為了駁斥一些似是而非的論調而已。其次本文將選擇幾則有判決評釋文章的我國案例予以解析，藉此與日本的現況相比對。最後，基於以上的考察，嘗試建構起合理的醫療事故刑事責任判斷的架構。

貳、英美與日本的狀況

雖然醫界反覆論述先進國家都相繼限定醫療專業人士的刑事過失責任，而我國則是反其道而行，恣意地認定醫療專業人士的業務過失致死傷罪責，這將導致醫界的防禦性醫療傾向，最終將不利於人民的健康福利。但是先進國家的趨勢果真如醫界所云，正趨向於限定醫療專業人士的成罪範疇？以下先介紹英美的趨勢，然後論及與我國關係最為密切的日本現狀。

雖然與任何一個國家一樣，英美有關醫療事故的訴訟大體上都是民事案件，不過縱或如此，英美針對醫療事故的刑事責任問題，其實很早就有判決存在。十九世紀初期，因認為普通法的刑罰只適用在惡德之人身上，所以對於具有善意又對社會有貢獻的醫生並不認為應就其一時的錯誤科處刑罰。⁴一直到十九世紀末，普通法才放棄善意原則，而開始留意到醫療行為的妥適性，並認定僅憑善意是無法合理化將人的生命嚴重地危殆化的行徑。英國方面，在二十世紀初期法院確認如果醫師的醫療行為違背了最低限度的醫療要求，則可以對其科處刑罰。而美國方面，也透過判決表明醫師有知悉藥物以及治療方法的義務，如因重大的無知而導致病患重大傷亡時，即難免刑事的訴追。

當然於英美要認定過失刑責，除了要有嚴重違背注意義務的事實外，另需有符合一定標準的心理要素，這種心理要素又可分成有認識的過失（認識到危險，但仍膽敢冒險）與無認識的過失（因不注意或錯誤而沒有認識到自己的行為所創設出來的明顯、重大危險）兩種。相關議論的重點不在於有處罰共識的前者，而在於對後者是否要認定過失的刑責，如果認為不能成立刑事的過失責任，則行為人僅負民事賠償責任而已。

在英國，早期雖然僅就交通事故承認無認識的過失，但是到二十世紀的最後十年，法院逐漸承認醫療事故中無認識的過失的刑事責任。至於美國，雖然在二十世紀的初葉仍認為只有逼近故意的過失，亦即只有幾乎等同於惹起結果的惡意、忽視或甚至「對他人權利的漠不關心」的故意程度，才有可能成立刑事過失責任。但是不久後，在二十世紀後半開始有判決討論是否應該認可無認識過失的刑事責任，並於模範刑法典中明訂非難程度略低於「認識危險的輕忽態度」的無

⁴ 換言之，英美的早期判決承認所謂的業務權，只要某業務對社會有所貢獻，則不會對其誤失採取科以刑罰的對策。以大陸法系刑法理論的觀點而言，這就是承認「正當業務行為」得阻卻違法想法，而不是如今的「業務正當行為」阻卻違法。去掉一些些微的差異，於此或許可以說最近我國醫界關於醫療事故除罪化的主張正是與這個持續到十九世紀末的英美法習慣相似，其均是認為善意（其實是透過社會地位所推定的善意）可以阻卻任何的違法。

認識過失責任。現在雖然各州的規範模式有點不同，但是大多都規定行為人縱或沒有認識到危險，仍有可能成立過失犯。於今不論是英國還是美國，對於醫療事故，都已經認為對危險沒有認識的情形，亦即只要綜合諸種情事得認定可合理期待行為人應認識到重大危險，而行為人怠乎注意進而沒有認識的情形，是具有可罰性的。

在這擴大過失認定範疇的發展下，不僅是一些惡質的醫療行為（通常都是一些有認識過失下的莽撞行為），連以往不會去處理的錯誤診斷或治療行為，都因為承認無認識的過失而有被判刑的案例出現。唯一的例外是單純的誤失行為，在英美因為認定這些都是一般人都會犯的錯誤，所以不將之納入過失處罰的範疇。原因在於這類的錯誤通常都是起因於醫院安全管理體制的不健全或組織營運的不妥當，縱或歸責於個人，對於組織體問題的解決一點助益都沒有。據此，美國甚至開始傾向於追究最終責任者，亦即醫療組織的刑事責任（法人犯罪）。⁵

英美對於刑事責任的判斷結構與大陸法系的我國迥異，所以無法直接將其問題解決對策對應到我國的問題上。縱或如此，只要立於我國的判斷結構上片斷地參考英美的趨勢，則似乎並不是毫無參照的可能性。

根據以上的介紹可知，英美所謂的重大過失可以分成兩個部分，其一是嚴重違背醫療常規的客觀行為，另一則是值得被處罰的心理狀態⁶。因為現在英美已經開始處罰無認識的過失，所以後者（責任的部分）已經與大陸法系的判斷標準沒有多大差異。至於其不處罰單純過失的慣例部分，其實是可以對應於大陸法系中認定責任時的最後一關——基於期待不可能而阻卻責任的期待可能性理論。因此，所剩兩法系間的差異只有是否僅處罰嚴重違背醫療常規行為的部分。這個部分其實應該可以對應於大陸法系中構成要件事實的限縮要求。

一般認為英美僅處罰重大過失，而我國等大陸法系國家則是連輕微過失都加以處罰，過失的認定過於寬鬆，據此要求實務界嚴格認定過失，而這種錯誤的理解，大體上都是牽涉到對於這個部分的誤解。亦即，這根本不是責任層次的問題，而是構成要件要素中有關行為類型的問題。兩法系間的差異，應該是存在於「應該將那種醫療行為視為因果關係中的原因」這個問題的歧異上。表面上，英美較嚴格地認定違背醫療常規的醫療行為範疇，反之我國醫界則是認為（司法）實務界過於寬鬆地認定違規行為的範疇，所以才會「恣意地」將醫學上認為沒有問題的醫療行為當成犯罪行為予以處理；然而所謂的醫療常規本來就是個不太明確的概念，經常會和著重個別情事的醫療水準相混淆，如果能夠釐清兩者間的差異，

⁵ 有關英美方面的發展，更進一步的資料，詳請參照以下兩篇文章。佐伯仁志，醫療過誤に対する法的対応のあり方について—アメリカ合衆国の例，「神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1卷：過失犯論・不作為犯論・共犯論」，頁227以下（2006年）；佐伯仁志・于佳佳，英米における医療過誤への刑法上の対応，刑事法ジャーナル28号，頁29-35（2011年）。

⁶ 或許可以簡單地將英美法中的心理狀態比對我國的心理事實（亦即故意與過失），但是因為英美法系中的心理狀態還包括意圖、動機等部分，所以更正確的對應應該是其心理狀態可對比於我國的責任主觀要素，包含心理事實與違法意識等。

或許即能立刻將構成要件要素審查階段中所認定的行為範疇予以限縮。此外縱或於構成要件的審查階段無法確實地限縮行為的範疇，我國亦有業務上正當行為阻卻違法認定的規定以資運用，所以問題的重心應該不在構成要件審查的階段，而在於違法論中是否確實地按照目的、手段以及法益均衡（患者同意）等三項審查項目逐一檢視行為的違法性一事。簡而言之，縱或寬鬆認定違背醫療常規行為的範疇，只要在違法判斷的階層，得確認該行為具有醫療的傾向（解除痛苦，延長壽命），且得到患者的真摯同意，則在不違背醫學原理的條件下，對於違背醫療常規的行為並非不得認定阻卻違法（認定該違背醫療常規的行為是一種合理的醫學嘗試）。

於此無需更進一步比對英美與我國於判斷某行為是否成立過失刑責時有無更細緻的差異，重點應該置於一種令人難以置信的態度的除魅。亦即，在理解到英美日益重視醫療事故的過失責任問題，也知悉其一步一步沉穩地擴張處罰範疇後，若是能進一步認知到大陸法系的國家在其萬丈波瀾的變動中，正悄悄地與英美的態度趨於一致的話；那麼醫學界直接引用英美的判決傾向，質疑大陸法系的司法，認為其有不尊重醫療專業的不當態度，進而要求身為大陸法系一員的我國放棄原有的判斷架構與邏輯，直接透過立法將醫療行為視為特例，限縮成立過失刑事責任的可能性，甚或要求將醫療行為除罪化一事，即是件欺瞞大眾的舉動。於此除了暗嘆其真有「勇氣」表明不當的階級自尊（亦即前述已經被揚棄的業務權說）外，只能說醫學界並沒有正視過最近二三十年來司法所帶來的衝擊，其企圖減輕或免除刑事責任的態度，對於醫患間緊張關係的解除根本一點助益都沒有。

以下讓我們觀察一下，不論是法律條文抑或司法解釋都與我國極為相似的日本，看他們是如何處理醫療事故的過失責任問題。

比諸英美，法律規定與判斷架構與我國幾乎無異的日本，其有關醫療事故過失責任的實務與理論的歷史性發展與現階段的結論，似乎比英美的變化更具有參考價值，也更具有說服力。以下將詳細地介紹日本的發展與現階段的到達點。

首先來看看日本的刑法規定。根據日本刑法第 211 條第 1 項規定，業務過失致人死傷者處五年以下有期徒刑或一百萬日圓以下的罰金，而一般人重大過失致死傷時，亦同。換言之，一般人如果是重大過失致人死傷時，其處罰同於業務過失致死傷罪，此條文對於業務者的過失程度，並沒有規定必須是重大過失時，才予以處罰。此點是有異於上述英美的規定，不過事實上對於醫療事故，法院通常都會採取比較嚴謹的態度，縱或判斷有罪，一般而言也僅止於罰金（包含易科）或緩刑，科處實刑（入監服刑）的例子僅為少數。縱或如此，在最近的十年間，日本也曾經歷過類似於我國最近的試煉，頗具參考價值。⁷

日本在 1999 年之前，雖然亦有醫療糾紛的相關訴訟，但是大多是民事訴訟，

⁷ 早稻田大學的甲斐克則教授將日本醫療刑法的發展分成四期，其中二十一世紀的第一個十年為第四期，氏並將之命名為成熟期。氏認為這個時期醫療刑法的重點之一，即是醫療事故過失責任的議題。詳請參照，甲斐克則，医療と刑法—医事刑法の回顧と展望，ジュリスト 1348 号，頁 141-142（2008 年）。

成立業務過失致死傷罪的刑事案件倒是並不多見。二次世界大戰戰後到 1999 年 1 月為止，54 年間，這類的刑事案件僅有 137 件而已，其中因被告本人認罪進而沒有公開審判，僅以罰金刑的方式就將之結案的簡易訴訟為 64 件。但是其後僅僅是 1999 年到 2004 年 4 月的五年間，刑事案件就有 79 件，其中多達 59 件是簡易訴訟。⁸而簡易訴訟所代表的不僅是輕易認定刑事過失責任的傾向，更重要的是比起媒體的聳動報導，司法方面卻是以「輕率的態度」片面解決問題，不僅是民眾的疑惑沒辦法得到解答，甚且會阻礙日後根據事故的檢討而必須進行的醫療行政改善。

姑不論簡易裁判的問題，於此重點在於改變刑事司法判斷的關鍵。引發司法見解變化的關鍵是 1999 年 1 月（平成 11 年）的橫濱市立大學附屬醫院事件⁹與同年 2 月發生的（東京）都立廣尾醫院事件¹⁰等兩個重大事件。

橫濱市立大學附屬醫院所發生的事件是當時負責病房與手術室的兩位護士將預計要進行肺部手術與心臟手術的病患搞錯，負責麻醉的醫師與負責手術的醫師也沒有發現這個錯誤而停止手術。心臟病患者方面其沒問題的僧帽瓣被縫合了兩次，而肺部手術的患者則是在醫師沒有發現腫瘤的情形下，被割除了肺部後方的囊腫。在這個事件中，四名醫師與兩名護士都被判有罪（成立業務過失傷害罪，均為罰金）。此外，因為有位醫師不服高等法院的判決而上訴最高法院，而最高法院在維持原判決的同時，表明關於患者同一性的確認，是最基本與初步的注意義務，在日益複雜化、細緻化的現代團隊醫療中，雖然醫院方面應該構築起整體性、組織性的確認體制，但是在個人的角色分擔並不明確的情形下，仍無法容忍個人信賴別人的判斷而輕忽自己的確認病患義務。

至於同年 2 月發生的（東京）都立廣尾醫院事件，則是某位罹患關節風濕的患者接受左手中指滑膜切除手術，術後翌日護士誤將消毒液當成生理鹽水而用點滴的方式注入病患體內，並導致死亡。次日，院長於院內對策會議中雖然覺得有錯用藥物的可能而打算依據醫師法第 21 條規定（醫師於發覺屍體的外表有異狀時，必須於 24 小時內通知轄區警察署）通報，但是主管機關東京都衛生局則表示至今尚無都立醫院通報警察發生醫療事故的前例，而勸告院長消極對應，院長據此而沒有依法通報警察。同日院方進行病理解剖，確認錯用藥物的事實，但是做手術的醫師與病理解剖的醫師商量過後，決定開立死因不明的死亡診斷書，提示予院長後，交付給病患家屬。日後因病患家屬不斷質疑為何不依照醫師法的規定通報警察，院方終於在事件發生後 11 日正式通報警察。此事經檢察官起訴，

⁸ 神谷惠子編著，秋本秀俊・尾崎雄・長谷川幸子・山田奈美惠著，醫療事故の責任—事故を罰しない、過誤を見逃さない新時代へ，頁 5（2007 年，株式会社毎日コミュニケーションズ）。

⁹ 國內相關評釋，請參照陳子平，團隊醫療與刑事過失責任（下），月旦法學雜誌 191 期，頁 160-164（2011 年）。

¹⁰ 國內相關評釋，請參照陳子平，前揭註，頁 164-167。

院長、衛生局官員、醫師與（準備藥物與注射藥物的）護士都被判有罪。¹¹

這兩個案件經過媒體報導引起社會騷動，一般民眾開始對醫療人員產生不信任的感覺，所以 1999 年被日本人謂為醫療安全元年，而 2003 年影射大阪大學附屬醫院內幕，由唐澤壽明主演的白色巨塔連續劇¹²，正是表達了民眾對於醫療體系的不安與不信任感。特別是日本厚生省根據 2000 年 8 月所發表的「風險管理標準手冊委員會報告書」¹³，對日本全國的國公立醫院指示應廣泛地向警察通報一事¹⁴，更是直接引發許多的醫療事故刑事案件。¹⁵

在這種社會氛圍下，2004 年（平成 16 年）在福島縣立大野醫院發生孕婦因前置胎盤、剝離等因素而於生產時死亡的事件。事件發生後院方設置外部調查委員會調查事故原因，福島縣政府也依據調查報告做出行政處分，而當事人也朝向民事和解的方向，開始交涉。不料正當交涉民事和解之際，2006 年 2 月警方依據醫院的事故調查報告，逕行逮捕該院婦產科醫師，檢方亦快速地予以起訴。一時之間，不論是民事賠償還是為防止事故再度發生所為醫療環境的整建工程等都迫不得已停擺，進而造成醫界的騷動，其均認為這不外是刑事司法機關對於醫療事故的過度干預。2007 年 3 月，日本屈指可數的核心醫院之一的國立循環器官疾病中心（位於大阪府吹田市），其 I C U（Intensive Care Unit，重症監護病房）的醫師團隊更因此而集體辭職。¹⁶

當然，除了這種極端的事例外，在這數年中司法機關不斷透過判決擴張過失犯的認定範疇一事，也是造成醫界反彈的原因。在各地地方政府開設的醫院相繼關閉，醫界開始採取預防性醫療的對抗手段，醫療現場日益荒廢的時刻，法學界承受了這些衝擊，開始檢討一般醫療誤失產生死傷結果案件的法律判斷問題。其所注目的不外是透過前述幾個案例所呈現出來一種頗為特殊的擴張處罰範疇的實務見解，此即所謂的過失競合理論。

所謂的過失競合其實名稱取得並不妥當，因為這會和罪數論中的競合一語混淆，令人誤解這是一種擇一的關係，但事實上真相應該是所謂的過失的同時犯。

¹¹ 日経メディカル編，医療訴訟のそこが知りたい—注目判例に学ぶ医療トラブル回避術，頁 32-41（2010 年，日経 BP 出版センター）。

¹² 這個連續劇是根據山崎豐子於 1963 年起在 Sunday 週刊上開始連載的小說「白い巨塔」翻拍而成。為富士電視台開台 45 週年紀念的電視連續劇，共 21 集（第一部 10 集、第二部 11 集），平均收視率為 23.71%，最後一集收視率達到 32.1%，而在本劇背景的關西地區，其收視率更高達 39.9%，為當僅見。

¹³ 原文為「リスクマネージメントスタンダードマニュアル委員会報告書」。

¹⁴ 雖然對於屍體外表上異狀的通報義務，其實是與醫療誤失沒有直接關係，但是外表上的異狀亦有可能是醫療疏失所產生的，所以警方接獲通報後，都會積極展開調查，以致掀開以往被隱藏起來的業務過失致死傷罪行。

¹⁵ 畔柳達男，医療事故に関連して発生する刑事処分と行政処分，ジュリスト 1323 号，頁 60（2006）。

¹⁶ 神谷恵子編著，秋本秀俊・尾崎雄・長谷川幸子・山田奈美恵著，医療事故の責任—事故を罰しない、過誤を見逃さない新時代へ，頁 3（2007 年，株式会社毎日コミュニケーションズ）。

亦即對於一個結果，不透過共同犯罪概念的操作，即對數個行為人的行為認定罪責的實務操作，通常是適用在累積的、階段的因果進程案例。最初是在發生嚴重後果的車禍、鐵道事故、火災、公害事故、航空事故中，實務開始使用這個概念，將所有對結果的發生貢獻因果力的過失行為，一籬筐地包起來處罰。不僅是直接導致結果的行為或間接導致結果的行為，甚至於負責監督或確保安全者的不作為（所謂的監督過失或行政管理過失），亦會被視為導致結果的原因之一，而一起被處罰。本來在追究醫療事故的刑事責任時，通常都只針對初步的技術性失誤探討追究刑事責任的可能性，但是隨著醫療行為的系統化、複雜化，參與某醫療措施的人員日益增加，為求安全，通常都會規定很多隨著階段進展流程的查核義務，而且在設定義務的同時，都會假設只要有任何一個環節能夠盡到義務，則可確保病患的安全，於是在集體未盡義務、無法釐清違反義務程度的情形，統包起來一律科以刑責一事，並非不能想像。此外，這種傾向一旦形成，則難免會影響到醫學的發展。雖然日本重要的醫療事故刑事案件的判決大多是平成元年（1989年）以後才下達的，但是於九〇年代的初期即有論者提出質疑，認為這種傾向會造成無法挽回的後果。¹⁷果真在醫療安全元年後，以前述橫濱市立大學附屬醫院事件為典型範例的刑事判決層出不窮，造成了社會上極大的困擾。¹⁸

然而，針對這類的過失競合案例，學界立即敏感地予以反應。事實上，如果嚴守正犯後並無正犯的原則，針對某結果，應該只會成立一個直接正犯，其餘則必須視共同犯罪條文的運用，或許得成立共同正犯，不過因為對於過失犯不會成立過失犯的過失教唆或過失幫助，所以如果不能成立共同正犯，則應該是無刑事責任。論者謂，在故意犯的事例，除了成立共同正犯的情形外，對於直接導致結果的行為以外的行為不會認定正犯的刑責，頂多可以論以狹義共犯的责任，但是在較輕微的過失犯情形，連狹義共犯都不會成立的行為，反倒會成為正犯（同時犯），這顯然不合理。再者，所謂過失犯的共同正犯，除了必須是針對同一結果（法益侵害）外，其行為也必須是同一，亦即雙方必須是處於得確認對方行為，並於必要時得介入或干涉對方行為的情境，此際始得考量成立過失共同正犯的可

¹⁷ 池田良彦，醫療過誤と刑事責任，順天堂醫療短期大學紀要1卷，頁61-62（1990年）。

¹⁸ 其中最為有名的應該是爭訟到最高法院層級的埼玉醫科大學抗癌藥物過剩使用事件（最決平成17.11.15，刑集59卷9号1558頁）。這個案例的事實如下：埼玉醫科大學的附屬醫院雖然沒有某罕見咽喉癌疾病醫療的臨床經驗，但仍悍然進行醫療，結果在醫師誤讀醫學文獻的情形下，連續七天對病患施打了過量的抗癌化學藥劑，最終導致病患死亡。於此案中，主治醫師、指導醫師以及耳鼻喉科的主任都被判刑。雖然有論者認為該耳鼻喉科主任是醫療團隊的一員，醫療計畫等都需要經過其核可後始能實施，所以三名醫師應該是過失犯的共同正犯，但是日本最高法院則是認為該耳鼻喉科主任應該在事前指示主治醫師與指導醫師有關副作用的對應方式，且令其於發生副作用時立即通知自己，但是卻怠於履行此項義務，因而負有違背監督義務的不作為刑責。姑不論學界的反對意見，日本最高法院顯然是利用過失競合的理論，除了直接與間接介入該當醫療處置的醫師外，另就同一結果追究監督者、行政管理者監督過失的刑責。以上案例的詳細評論，請參照北川佳世子，刑事医療過誤と過失の競合，年報・医事法学23号，頁106-107（2008年）。

能性。¹⁹如果涉入事件的諸行為人各有其專業的執掌，例如執刀的醫師與麻醉醫師²⁰，或醫師與護士間的關係，因為有信賴原則的適用，所以不會成立過失的共同正犯，只有在比較非專業的領域，才會因為不適用信賴原則，而成立共同正犯。²¹這不外是透過北海道大學附屬醫院鐳射刀事件²²所創下的見解。

雖然以上學界的批判並不是立即顯示在其後的實務判決中，但是濫用過失競合理論或管理監督過失責任理論的判決，確實有減少的趨勢。而且這也是實務界針對醫療事故放棄新過失犯理論或不安感說（新新過失犯理論），而回歸傳統客觀說過失犯理論的契機。

不僅是學界開始留意到問題的嚴重性，連實務界也逐步地反省以往過度輕易認定業務過失以及擴大處罰過失犯的作風。不過其重點不是過失競合理論的運用，而在於不作為犯的認定問題。在日本醫療事故的刑事案件量，2004 年是最高峰，然後刑事案件的數量開始以高低起伏的曲線緩緩下降，現在已日趨平穩。

¹⁹ 在我國因為仍然受到作為德國通說的犯罪共同體說的影響，所以會要求雙方有犯意聯絡，於是難以想像過失共同正犯的情形，但是如果立於行為共同說的立場，則犯意的聯絡是沒有必要的，當然可以在一定的條件下成立過失的共同正犯。不過，最近亦有論者立於行為共同說的立場，透過較為罕見的德國文獻的介紹而主張可以成立過失的共同正犯與幫助犯。關於此點，詳請參照許恆達，論瑕疵商品與共同過失責任——以最高法院九十八年台上字第 3125 號刑事判決及其歷審見解為討論中心，興大法學第 10 期，頁 1-47（2011 年）。

²⁰ 我國在這種無法成立過失共同正犯的情形，似乎有輕率地成立過失的同時犯（過失競合）的傾向。此點可以參照被謂為整型美容醫療致死案的臺北地方法院 91 年訴字第 730 號判決。對於患者死亡的結果，法院認定麻醉醫師與執刀的醫師同時成立過失犯。相關評釋，請參照陳子平，團隊醫療與刑事過失責任（下），月旦法學雜誌 191 期，頁 170（2011 年）。

²¹ 大塚裕史，チーム医療と過失犯論，刑事法ジャーナル第 3 号，頁 15-25（2006 年）。

²² 札幌高判昭和 51 年（1976 年）3 月 18 日高刑集 29 卷 1 号 78 頁。這個事件是手術房的護士弄錯鐳射刀的電極，結果手術雖然成功，但是患者最終仍為保命而被截肢。法院認為進行手術的醫師與護士間有信賴原則的適用餘地，據此認為醫師無罪。相關的介紹可參閱，陳子平，團隊醫療與刑事過失責任（上），月旦法學雜誌 190 期，頁 157（2011 年）。不過，亦有日本的論者認為醫師在開始使用手術刀進行手術的階段，應該能夠感覺到與通常情況相較之下，手術刀的凝固作用較弱、花費的時間較長、鋒利度較差，醫師至少在這個階段有必要懷疑手術刀有問題，亦即根據「有可能看出有異常徵兆時，信賴原則的適用將被排除」，據此醫師對手術刀接錯線一事有注意義務，應負起業務過失致傷的刑事責任；如此一來，本案將是過失共同正犯的案例（船山泰範，刑法の役割と過失犯論，頁 144，北樹出版，2007 年）。反之，過失競合理論的嚆矢則是更早的 3% 硝酸鹽事件（最判昭 28.12.22，刑集 7 卷 13 号，頁 2608）。於 1953 年的 3% 硝酸鹽事件中，雖然一審只認定將硝酸鹽注射到病患體內的護士有罪，但是經過高等法院以及最高法院的審判，不僅是最後為注射行為的護士有罪，連調劑後僅貼上藥名標籤，並將之與葡萄糖液放置於相同容器的藥師，以及不區分劇毒藥品與葡萄糖液，一起將之從調劑室搬運到病房的事務員，都被判有罪。一個是 1953 年的最高法院判決，而另一個則是 1976 年高等法院的判決，所以 21 世紀第一個十年間層出不窮的過失競合判決，可以說是古老時代判決的復辟。有關 3% 硝酸鹽事件的評析，可參照井田良，3% ヌペルカイン事件，宇都木伸ほか編「医事法判例百選」別冊ジュリスト 183 号，頁 160-161（2006 年）。於此必須留意，根據信賴原則而否定過失共同正犯的成立時，不會再度將無罪的被告論以過失競合，欲成立過失競合的話，必須是非過失共同正犯，亦非根據信賴原則而無罪的被告。亦即，過失共同正犯與過失競合的論述是不可能同時存在的。

造成這種現象的契機，很奇妙的正是上述引起國立循環器官疾病中心重症監護病房醫師集體離職的 2006 年福島縣立大野醫院事件。福島地方法院在 2008 年時做出了無罪的判決，其認定的事實與法律效果如下。

29 歲的患者因前一胎是剖腹生產，在第二胎的產檢時，醫師判定有前置胎盤的現象，並有胎盤黏連的可能性，於是決定在剖腹生產時使用超音波，按情況甚至不惜採取單純摘除子宮的手段。果真在生產時，縱或牽引臍帶也無法使得胎盤順利剝離，於是醫師將右手指插入子宮與胎盤間，企圖用手剝離，但是仍無法使得胎盤順利剝離，最後只好用切開黏連部分的方法，好不容易使得胎盤剝離並進行子宮摘除手術，其間膀胱有點受損，於是醫師在摘除子宮後企圖繼續修復膀胱受損部位，不料患者在胎盤剝離面大量出血，進而死亡。

雖然檢方提出鑑定報告認為當無法剝離時，應該停止剝離的動作並直接進行子宮摘除手術，但是辯方所提出的鑑定報告則是認為醫師並沒有認識到黏連，縱或有認識，按一般醫療常規，只要一旦開始用手剝離，則縱或出血也要先完成剝離的動作，因為剝離一事可以期待因子宮收縮而止血，且也方便後續的止血作業；再者縱或直接進行子宮摘除手術，在前置胎盤的情況下，胎盤會附著於子宮的下方，進而妨害到子宮摘除手術的進行。最後，法院首先認定胎盤剝離行為與死亡間的因果關係，其後認定醫師對於胎盤黏連以及繼續為胎盤剝離行為會導致剝離面大量出血進而死亡的危險性一事，有預見的可能性，但是最終仍基於一般醫療常規的考量，認為醫師沒有基於這個預見可能性，停止剝離行為而直接為子宮摘除手術的「注意」義務，進而否定醫師的過失責任。法院認為當專家的鑑定報告有所歧異時，亦即「應為 A 行為抑或 B 行為一事並無法確定時，或者在專業領域中意見分歧，而有所爭論時，不管是 A 行為抑或 B 行為，都應該是正當的醫療行為，無論是那個見解都無法成為刑法上唯一的準則或義務。法院並據此而認定所謂的異常死亡是指，從法醫學的觀點得認定死亡是與普通的狀態有異的情形，如果死因是該當正在接受診療的疾病時，並不是異常的死亡，因此本件的醫師並沒有違反通報義務。²³

雖然論者大多著眼於法院對於醫療常規的定義，並贊同「所謂醫療常規是指該當診療科臨床醫師的大部分都會遵從的、具有一般性或通用性的診斷、處置」的限縮性見解，同時對於通報義務的法院見解雖仍有不滿但也大方表達善意。但是本文認為這個判決的重點並不限於這些疑點的釐清而已，更重要的是法院重返傳統的過失犯判斷架構，首先客觀地確認有因果關係，而後推定違法，最後在認定有預見可能性後，依據「醫療常規」認為對行為人並無法賦科注意義務，據此否定過失責任。正是這個法院透過判決所展示的回歸傳統過失犯認定架構的態度，才是讓醫學界吃下定心丸的關鍵。

縱或如此，本件的判決仍有問題存在。本文認為如果醫師的處置符合最低限

²³ 日経メディカル編，医療訴訟のそこのそが知りたい—注目判例に学ぶ医療トラブル回避術，頁 47-54（2010 年，日経 BP 出版センター）。

度要求的醫療常規，則縱或發生了預期外的結果，這也是因為醫療行為的不確定性以及偶然性所致，從一開始就不應認為該醫療行為是造成結果的原因。刑法的因果關係並不是自然科學上的條件關係，縱或事實上醫師強行手動剝離胎盤引發大量流血進而使得病患死亡，這也僅是一種自然觀察下的事實關係，對於這個事實關係，刑法仍舊需要以規範的觀點審視不採取該作為的可能性，如果規範上無法要求行為人一定要採取其他的措施，亦即如果這個作為是醫療常規所允許的，則只能怪罪於醫學對類此特殊案例並沒有研究透徹，殊難直接歸咎於按醫療常規進行該當手術的醫師個人。正如本案中檢方所提出的論述一樣，其實檢方所爭執的不是責任層次的注意義務，而是構成要件判斷層次中該醫師的行為是否可以稱為合乎醫療常規醫療行為的問題；將作為義務與注意義務混同的法院，才是問題的癥結。

其實，醫療常規是一個根據統計數據以及客觀的平均經驗研擬而成，無法涵括所有的具體事例；而責任則是純屬個人或個別事態的事務，所以醫療常規僅能拿來供參考之用。與其將醫療常規拿來當作是否有注意義務的判斷標準，毋寧將之視為判斷某行為是否得被視為因果關係中之原因的判斷標準會比較合適。於本案，法院所犯的錯誤正是將兩者混同看待，然而注意義務與作為義務不是相同的事務，二者有明顯的差異，前者事關責任問題，而後者則是涉及構成要件中的行為要素是否該當的問題。

此外，本件院檢雙方意見的不同也引發了另一個疑慮。院方認定先行剝離而後切除子宮的作為不是犯罪行為，而檢方則認為醫生應該立即切除子宮，於是就檢方的觀點而言，「不」立即切除子宮的行為即是犯罪行為。換言之，就檢方而言，這是一個不作為的犯罪。雖說既然作為不成立犯罪，則與該作為一體成型的反面不作為當然不會成立犯罪，不然「作為」不成立犯罪的認定即毫無意義，但是在一些複雜的案例中，卻也無法一概而論。

事實上經驗告訴我們，比諸民事案件，在諸多繁雜的刑事案件中，因果關係成為判斷是否歸責的關鍵事項的事例並不多見。²⁴這是因為大多數案例的行為都是違背醫療常規的作為，而作為擁有一定的作用力，所以法院輕易地即可判定該作為與結果間的因果關係，只要有嚴重的後果發生，而且行為與結果間的因果關係非常明確，就會進行到下一個判斷步驟，此際是否存在不作為的情事一事根本不是問題。反之，當某醫療的作為符合醫療常規，然而卻仍發生不幸的結果，此際如果醫療常規有規定該醫療作為後的其他作為義務時，是可針對後續的不作為繼續討論是否構成要件該當。例如，縱或某醫療行為（作為）符合醫療常規，因為其作為會有一定的危險性，所以醫療常規會要求行為人為後續的作為以防止該危險發展成實害。此際，因為行為人依其合於醫療常規的前行行為而擁有保證人地位，並有排他性支配領域的設定（只有行為人能夠採取一定的作為），是可以認定行為人有作為義務，違背該作為義務的不作為得擬制成作為。

²⁴ 中山研一，「醫療事故刑事判例の動向」，中山研一・甲斐克則編「新版・医療事故の刑事判例」頁 11-12（2010 年，成文堂）。

實務上多見的情形如鼻胃管插入行為的誤失事例。因為這是一種任何人都會犯的錯誤，容易引發為何專業人士會犯錯的質疑，進而令人懷疑是否有醫療組織體管理上疏失的問題；為避免這類的質疑，通常都會認為並不是插入鼻胃管等作為（前行行為）引發結果，而是插入後沒有透過空氣的注入而傾聽氣泡音以確認是否有錯插入氣管情事的不作為才是導致結果的原因。此際，如果按照醫療常規插入鼻胃管後應該做某些動作，則不為該作為的不作為即可被擬制成作為，進而認定是產生結果的原因。²⁵

於這類的不作為案例，因為仍有前行行為的作用力，所以縱或基此而認定犯罪，尚不至於引起醫護人員的不滿與慌亂。²⁶不過，另一種的不作為犯的類型，則不是這麼簡單。病患之所以會求救不外是正處危險狀態，所以醫療常規會要求醫師為一定的作為以解除該危險的狀態，此際如果醫師據醫師法以及醫療常規有為診療的作為義務，但卻未為正確的診療作為，其不作為會被擬制成作為，而成立該不作為與結果間的因果關係。對醫生而言，引發結果的原因是病患所罹患的病痛，而不是自己的疏失，所以會對司法追究其刑事責任的行徑產生極度的不滿。

於民事訴訟的情形，因為所求不外乎損害的填補，所以因果的認定比較寬鬆，其大可決定「病痛」與醫師的不作為應該如何分擔填補損失的責任；然而在刑事訴訟的情形，總不能認為「病痛」也要分擔刑事責任，所以一旦認定醫師的不作為與結果間具有因果關係，則醫師即有可能要一人承擔起所有的刑事責任。這當然會引起醫師的不滿，進而成為醫界要求除罪化或將過失限定在重大過失的重要理由之一。

在以上單純不作為的案例裡，醫療常規常發揮無以倫比的功效。亦即只要醫療常規對於作為有所規定，則具保證人地位之人縱或沒有前行行為，其不作為仍會被擬制為作為，進而肯定其身體的靜是產生結果的原因。不過，終究這種不作為是沒有作用力的，所以在將不作為擬制成作為的同時，會加上一個假設的情事，亦即假若有所作為的話，那麼結果就不會發生的假設，並且將該假設與實際上發生的實害相比較，在有所差異的情形，認定不作為與結果間有因果關係。更精確而言，於此所謂的因果關係不是指不作為與死亡等實害間的因果關係，而是指不作為與假設性的延命可能性或活存可能性²⁷間的因果關係。身體的靜沒有作用力，而結果又是個假設，如果醫界不因為這種的刑法判斷而抓狂，那才叫做奇怪。然而，既然社會對於醫界有救助的期待，當醫護人員輕率地不為任何有效的作為，進而使得病患遭受本來可以免除的痛苦時，若不對該當醫護人員採取任何刑事責任追訴的行動，則包含病患在內的社會大眾將會對醫界產生極度的不安，

²⁵ 日山惠美，医療の安全確保における刑事過失論の限界—刑事医療過誤判決の分析から，年報医事法学 23 号，頁 10-11（2008 年）。

²⁶ 當然於該前行行為的作用力不明確時，仍有可能直接處理後續不作為的刑事責任問題，不過這僅限於例外的情形。

²⁷ 延命可能性與活存可能性是不一樣的概念，活存可能性牽涉到生與死的問題，而延命可能性則僅是指雖然終究會死亡但是至少可以延長一點壽命的情形。

此事對於已經非常脆弱的醫患關係而言，絕非妥當。

關於此點，日本的實務將著眼點從違背醫療常規的不作為移到結果的部分，藉此消除了醫界的疑慮。²⁸早期日本的刑事判決對於這類案子採取了較為寬鬆的認定態度。其雖然不處理延命可能性的問題，但是仍處理活存可能性的問題（民事案件則是兩者都處理），不過到底所謂值得保護的活存可能性是指怎樣程度的活存可能性一事，則是莫衷一是。有謂若死亡的當時醫生有為妥適的作為，則獲救的可能性非常高，有謂很高，亦有判決認為應高達 80-90%，甚至有判決認為須高達 100% 獲救可能性時，才是值得保護的利益（這是全脊麻醉的案例，比較特殊）。整體而言，似乎沒有要求一個嚴格的判定基準。但是到 2000 年最高法院在某一著名的判決中基於罪疑惟輕的原則（有所懷疑時為被告之利益）表明：雖然要求將近百分之百的確定一事於本質上有困難之處，但是其獲救的可能性至少要有超過合理懷疑程度的確定才可。²⁹往後，比諸以損害賠償責任的認定為目標的民事裁判，刑事裁判開始要求更為高度的、嚴格的證明。

在這種情勢下，於 2006 年東京地方法院以及高等法院做出了一個著名的判決，此即杏林大學附屬醫院免洗筷事件。案件的事實如下：某兒童在家不慎跌倒時，其含在口中的免洗筷插入頭內，送醫急救，醫師沒有作頭蓋內損傷事件時應為的必要措施，該兒童於醫師診療後隔日死亡。東京地方法院雖然認定醫師違背注意義務而有過失，但同時亦認為因為免洗筷穿過頸靜脈孔而直達小腦，所以縱或採取了必要措施，仍可以合理懷疑不僅其活存可能性，甚至連延命可能性都極為低微，據此認定沒有因果關係。本案經檢察官上訴，東京高等法院認定不僅是沒有因果關係，甚至於醫師也沒有過失。姑不論東京地方法院將違背醫療常規的行為直接認定為過失行為的錯誤見解，這個案例的重要性在於這是日本首次在刑案中處理延命可能性的例子，而且其也採用了最高法院在非醫療事故案例中所表明的不容合理懷疑程度的嚴格標準。或許正是對於延命可能性採取了嚴格的認定標準，所以法院才會大膽地在非常專業的醫療事故刑案中論及頗為曖昧的延命可能性。³⁰但是在醫療事故的刑事案例中，輕率地逾越存活可能性的界限而介入延命可能性的領域一事，若無可罰違法性理論的適用，則是否是個過當的干涉，此誠有疑問。

於介紹日本刑事判決近況的最後，必須一提的是醫療水準的問題。如前所述，醫療常規與醫療水準是不一樣的事務，醫療常規是指一般性的、基礎性的醫療要求，反之醫療水準則是相對性的醫療要求，意指根據醫療機關的角色（性

²⁸ 以下有關日本實務見解的變遷，詳請參照荻原由美惠，*医療過誤訴訟における因果關係について—不作為型医療事故を中心に*，中央学院大学法学論叢 23 卷 1 号，頁 27-67（2010）。

²⁹ 最決平成元年 12 月 15 日，刑集 43 卷 13 号，頁 879。這個判決中的事實並不是關於醫療事故的案例，而是被告將施打了興奮劑的少女棄置不顧，進而導致死亡的情形。

³⁰ 德國方面針對同樣的問題也逐漸採取嚴格認定不作為與存活可能性、延命可能性喪失間因果關係的態度，並認為存活可能性與延命可能性等必須要到達逼近確實性的高概然性的情形，才得肯認因果關係。

質)、所在區域醫療環境的特色、醫師的專門領域等事項，而就某特定事件所要求的醫療品質或醫學上的卓見（最佳注意義務的要求）。例如東京地方法院的民事判決曾謂：依據專門科目的不同，是有得提供超過大學附屬醫院水準醫療行為的設施，縱或大學附屬醫院所提供的醫療行為未達該水準，亦不得驟然認定過失。³¹亦即，不得僅憑對方是大學附屬醫院，就要求其為日本國內最高水準的醫療，這是一種過度的要求。

本來醫療水準的論述是適用在民事判決中的見解，亦即如果醫師的醫療行為未達就其地位、狀態等特性所定之相對的醫療水準，則可視為過失行為，並就其行為認定因果關係與賠償責任，並不適用於先利用醫療常規等確定因果關係後，始行判斷違法性與責任的刑事案件。³²但是詳加比對後即可發現，其實刑事案件中作為認定過失責任前提的預見可能性的判斷，其判斷標準不外就是醫療水準。如果可以再加上醫療體系現況（例如超時加班、不符合專科要求的職務分配等）的限制等考量，而討論對於個別的醫師可否期待其符合量身訂做的醫療水準要求時（規範責任論下的期待可能性理論），則應可解決單純誤失案例中的刑事責任問題，並使得日本有關醫療事故刑事責任判斷的水平與英美並駕齊驅。可惜至今尚未見到相關的判決出現。

日本醫界曾在醫療開始荒廢的本世紀初葉，發出警語謂：英美對於醫療事故的基本思考模式是原因究明傾向，反之日本則是責任追究傾向，而這是事關日本風土人情的普遍課題。³³然而，僅就主治醫師等第一線的醫護人員追究刑責，或將之與法人或行政管理監督責任者混在一起，用過失競合理論各打五十大板的日本現況，於近期內應該會有所變化。終究日本司法的反省能量與學界的批判能力等，是不容小覷。

參、我國的現況

如上所述，英美正逐漸擴張重大過失刑事責任的成立範疇，而日本方面則是在不正常的擴張後，展現出限縮的傾向，不過比起以往，其認定的範疇也是有擴張的現象。與諸外國的情事不同，於我國的辯論中，醫界以及某些包含法界人士在內的高階人士，似乎認為司法實務在認定過失責任時有過度擴張的傾向，並一味地趨於認為司法實務應該限縮成立業務過失致死致傷罪的範疇，或應該透過立法減輕醫護人員刑事責任。這點在參加公聽會時，從許多並沒有從事研究即站在醫界那邊的立法委員發言中亦可明確得知。然而，我國有關醫療事故的刑事判決是否有過度擴張成罪範疇的情事？是否真的就是這麼不堪？以下將透過案例的

³¹ 東京地裁 2007 年 4 月 13 日判決。

³² 有關醫療水準理論的演變，詳請參照野々村和喜，医療過誤における生命身体保護と因果關係要件に関する一考察，同志社法学 60 卷 6 号，頁 127-133（2009 年）。

³³ 古瀬彰（JR 東京総合病院），外科領域のセーフティマネジメント，日本外科科学会雑誌 103 卷臨時増刊号，頁 53（2002 年）。

解析，將實態展現出來。

於進入討論前，必須先說明一件事情。部分醫界人士所強調的事情，例如台灣到底有多少比例的醫護人員被判刑、台灣的醫護界是否被視為犯罪集團等，這些並不是重點所在。因為縱或被判有罪的比例高於其他國家，其原因有可能是刑事司法的判斷沒有準則，胡亂擴張處罰範疇；亦有可能是國內醫護人員訓練不足或不敬業；當然更有可能的是醫療管理體制（包含健保制度）出了問題。筆者能力不足，僅能針對刑事司法的部分，參酌日本的現況，比較分析我國刑事司法的傾向。如果這個部分沒有太大的問題，或可以修正的話，則不顧此點而逕行主張修法限縮成罪範圍一事，僅是將醫療事故所產生的惡害悉數轉嫁給病患而已。

根據以上對日本在本世紀第一個十年的重要判決的解析所得，於此可以將問題聚焦在不作為犯因果關係的認定以及過失競合兩點之上。首先針對不作為犯的案例進行討論，所選擇的案例都是有論者予以評釋的案子。第一件是個不太引人注目的案例。

本件³⁴事實如下。被告乙為高雄市某私人診所的負責人，同時亦為高雄市立聯合醫院大同院區的特約醫師。婦人甲於該私人診所就診時，乙判定甲罹患子宮肌瘤，並要求甲到高雄市立聯合醫院大同院區住院，並接受手術。乙於進行全子宮及兩側卵巢切除手術後，將手術所採取的組織檢體、切取的器官切片，送往高雄市防癌協會附設高雄區婦幼衛生中心診所檢驗，且該手術切片檢驗的病理報告於其後已貼附於甲的病歷上。然而，乙雖然明知有告知病患病情的義務，也知道病理報告無法在其私人診所查閱，本應於術後立即查閱該病理報告，並依病理檢驗結果及臨床作成分析，將結果告知甲，但是卻怠乎職責，僅同意甲出院，並告知甲出院後到上開私人診所接受術後治療。其後甲又因腹部疼痛不適而多次至該診所就診，期間乙均未積極安排甲至高雄市立聯合醫院大同院區預約門診，以查閱病理檢查結果，亦未商洽高雄市立聯合醫院以取得並告知病患病理檢查結果。其後，甲再因腹痛前往聯合醫院急診，經診療醫師調閱其病歷資料，發現其於前開手術後的病理檢查結果為子宮頸腺癌，於是將之轉診至高雄榮民總醫院治療，惟因延誤治療達三個月之久，最終因為癌細胞已擴散到整個腹腔，病情惡化不治死亡。

法院對於不作為的情事、結果是否存在、因果關係的擬制、過失的情狀等進行審查，並判定乙業務過失致死罪，處有期徒刑四月（得易科罰金）。

本案非常明確是件不作為的業務過失致死事件。法院首先確認子宮肌瘤切除手術符合醫療常規，這個手術並不是本案的審理對象。其後，法院針對被告的後續診療行為研判其行為的性質。

其謂：「然衡諸常情，一般病患於進行手術並住院治療後，於休養多日出院時，護理人員或醫師多會叮嚀要按時回院門診，持續追蹤治療，以便認定病患病情是否有復發跡象、手術是否有切除全部癌細胞，甚或者會直接幫忙安排相隔不久之手術醫師門診時間，以避免病患忘記回診或不願回診之困擾」。但是，行為

³⁴ 臺灣高雄地方法院刑事判決 96 年度醫訴字第 9 號。

人根本就沒有做這些事情，因此法院據此而認定行為人具保證人地位。至於行為人是否創設了一個排他性的支配領域一事，法院也認定行為人的諸多作為阻礙了患者尋求其他救護資源的可能性。亦即法院不僅是確認了行為人在沒有查閱病理報告的情形下，令患者出院並告知患者出院後到自己所開設的私人診所接受術後治療等情事，而且也確認行為人在自己的診所中，「多次門診○○○○腹部不適之病情，對其可能有之前手術無法解決之病因全然無懷疑，在沒有看到病理報告之情況下，仍繼續施以無治療效果之治療方式」；在這種的情形下，患者自然是無法察知自己的真實病情。

問題是結果的部分。被告的辯護人於審理時主張甲在當時已經屬於晚期癌症，不能根除治療，只能採取化療或是放射線治療，又因為放射線治療沒有效果，只好採取化療，但是依照癌症分期，即使提早一個月進行化療，對於被害人的死亡結果也沒有影響，因此被告之醫療行與被害人的死亡結果間，沒有因果關係。換言之，辯護人主張甲並無延命可能性，所以本件中並無值得研析的「結果」，自然不會有不作為與結果的因果關係存在。

惟針對辯護人的主張，法院根據鑑定報告認為當時客觀上應屬初期症狀，「且早期癌症細胞分化程度與疾病預後有明顯相關，擴散較慢，若被告提早看到病理報告，並施以根除性子宮頸旁組織切除、陰道上段切除與骨盆腔淋巴結廓清術，或是骨盆腔放射線治療加上陰道部分的近接治療方式，予以甲輔助性治療，即可以良好的預後治療，提高甲之存活率，並延長存活時間。是被告之醫療過失與甲之死亡間，難謂無因果關係」。雖然法院並沒有提到這個作為結果的延命可能性到底是否有到達不容合理懷疑的程度，或逼近於確實性的高概然性，但是往後如果有類似的例子，而法庭上又有人質疑此事時，或許會有機會進一步探討這個證明的議題。³⁵

³⁵ 最近的最高法院 101 年度台上字第 2637 號判決謂：「原審據此說明『由上述醫事鑑定意見所示，死者周○○係因罹患重度瀰漫性心肌炎而引發急性心肺衰竭致死，而患者一旦罹此症狀，本身即有極高度之死亡可能性，以現代醫學技術設施，醫師縱然得及時予以醫治，亦未必能阻止其死亡結果之發生，故被告甲○○縱使未對死者施以身體檢查，亦難認與死者死亡結果之發生有所謂之相當因果關係』（原判決第五頁第十二行至第十六行），已明示被告縱有未予周○○施以身體檢查，致未發現周○○之有「急性心肺衰竭」併發症之過失情事，但即使予以檢查發現，並予適當之處置，仍難免死亡結果之發生，二者間並無相當之因果關係。形式上，其雖未針對上訴意旨（一）所指予以論述，但實質上亦與已加說明、指駁無異，所為論斷，與卷內資料亦無不符」。此最高法院判決明確表示，當被害人有「極高度的死亡可能性（毫無存活可能性）」時，其生命並不是值得保護的法益。反面解釋之下，可以解釋法院是認為當被害人有些微的存活可能性或延命可能性，則醫師的不作為即與該死亡間有因果關係。縱或如此，最高法院至今仍未表明這些可能性是否要到達不容合理懷疑的程度，或逼近於確實性的高概然性，而是全然委諸對這個標準毫無興趣的鑑定報告。關於此點，詳可參照王皇玉，醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起，台大法學論叢 41 卷 2 期，頁 781（2012 年）。不過，亦有論者認為只要病患發生死亡的機率超過一半（亦即，存活可能性低於一半），則醫護人員之不作為即與死亡結果無因果關係。詳請參照盧映潔、施宏明、劉士煒，癌症與因果關係之探討，台灣本土法學雜誌，78 期，頁 107-108（2006 年）。當然，如果肯認這種見解，

本來在此之後，法院應該繼續審理過失的情狀（亦即針對個案所要求的醫療水準，研析行為人是否有過失的情事），但是法院卻早在審理不作為與結果的因果關係階段，就中途插入是否有過失的審理，而且也將醫療常規與醫療水準相混同。

針對行為人是否有過失一事，辯護人主張：「被告基於醫生的立場，只能告知被害人要回診看病理報告，但是是否有確實回來看報告，則是取決於被害人的自主決定權，被害人可以自己決定是否要知悉病情，是否願意承擔醫療的風險，被告已經有告知要回來看報告，就已經盡到告知義務了；且被害人對外均表示已經有看過報告，顯見被告確實有告知被害人要回去看病理報告，並沒有違反相關醫療規定，沒有疏失」。

對於辯護人的主張，法院予以駁斥。法院謂：「被告明知○○○○之手術切片有作病理檢驗，且『乙○○婦產科診所』與『高雄市立聯合醫院大同院區』之間病歷不會互相流通，被告及○○○○要看病理報告均須回到『高雄市立聯合醫院大同院區』就診，卻於○○○○出院時，未直接為其在被告就診時間掛號，僅囑咐要回院門診，更於○○○○一直於出院後感到身體不適前往『乙○○婦產科診所』就診時，也未詢問為何未至被告於『高雄市立聯合醫院大同院區』之門診時間就診，則被告是否確實曾有此告知，尚難僅以病歷上有此記載即可認定。被告雖稱：對於○○○○沒有在被告門診時間回高雄市立聯合醫院大同院區就診，也不會感到質疑，是因為聯合醫院還有其他醫師，○○○○也可以掛他們的門診去看病理報告，不一定要指定我；後來○○○○來我門診的時候有跟我說回去看過報告了，結果沒有問題，我就相信她云云。惟被告亦自承○○○○之所以會找被告為其進行手術，是因他人介紹，既此，○○○○於高雄市立聯合醫院大同院區之婦產科應只熟識被告，被告雖稱可以找其他醫師門診時間掛號，請其他醫師代為看病理報告云云，但於○○○○當時只信任被告之狀況下，要去找其他醫師看病理報告，顯不可能，被告未思考於此，又未實際回聯合醫院確認，單以○○○○之供述即為病情之認定，亦有違被告身為醫師之醫療專業，則其所為顯有違醫療常規，而有過失」。

由以上可知，法院其實是以醫療常規之名，研析了醫療水準的問題，所以才會在最後判定：「不料被告卻自始未看到○○○○之病理報告，亦未採取應有之治療措施，而依當時情況又無不能注意之情形，竟疏未注意，未確實為妥適及必要醫療行為，致被害人○○○○提早發生死亡結果，其有刑法上之過失至明，且其過失行為，與被害人死亡間有相當因果關係」。法院明顯地於認定違背醫療常規的不作為時，研判被告對於這個不作為是否有過失，然後再認定該不作為與結果間有因果關係。然而，因果關係的認定與是否有過失的確認是兩個不同層次的問題，如本文於介紹日本判決的部分所述，在根據醫療水準而判定行為人是否有預見可能性與注意義務的階段，會考慮到許多一般性的醫療常規所沒有預設的情事，將醫療常規與醫療水準混同，或將因果關係的判斷與過失的認定混同一事，

則於存活率很低的情形，更不待論，醫護人員自不需負起責任（前揭文，頁 109）。

只會矮化過失認定階段的重要性。

此外，本案被告確實有過失，但是這個過失的認定使得透過本案的存在而續行討論醫療行政體系問題的可能性完全喪失，殊為可惜。於此不是非難本案判決是個誤判，而是強調判斷的流程應該可以更精緻化一些，如此才能夠在影響力頗為限縮的刑事判決中，盡可能發揮刑事司法對於整體醫療情勢的改善功能。³⁶

相較於以上的案例，稍早的高等法院判決³⁷則顯然擴張了處罰的範疇。本案法院所認定的事實如下：死者於民國 87 年間某日凌晨因酒後騎乘重機車跌倒，頭部有擦傷與淤血現象，被送至醫院急診室後，主訴頭暈並曾嘔吐；對於這種情況的病患，醫師應立即做昏迷指數、兩側瞳孔大小及對光反應等神經學檢查，並注意予以留院或建議轉院觀察意識狀況，特別是在受傷後 24 小時內，需注意病情是否有變化；然而醫師未對患者做神經學檢查，致未及時發現上開出血部分的問題，而未能及時為適當的治療，又未建議留院觀察，僅以患者手腳活動、言談正常逕認患者意識清楚，而由該院外科助理就患者外表皮肉傷敷藥後，由護士交付該院印製的「照顧頭部外傷病患家屬應注意事項」書面指示給陪同到急診室的患者朋友並予說明後，讓患者自行出院返回住處；當日晚間，患者因頭部鈍力撞擊性外傷卻未有適當的醫療，造成右側額、顳部硬腦膜上出血，併有右側頂、枕部局部蛛網膜下腔出血導致昏迷，進而被發現死亡於住所。

本案共有三個醫學鑑定報告。首先是由辯護人所提出的最新、但是沒有被法院採用的台大醫院所為的鑑定報告³⁸，依該鑑定意見所示，被告當時為死者所進行的各項診療與處置，均符合現今醫療常規，並無過失之處。

第二個是民國 88 年檢察官請衛生署醫事審議委員會所為的鑑定報告。內容如下：「一、急診室醫師之病歷記載不完整，連最基本的神經學檢查，如昏迷指數、兩側瞳孔大小及對光反應，均無檢查或記載。二、病患頭部有明顯之擦傷，同時口帶有酒味，像這類病患，醫師應予以留院或建議轉院觀察其意識狀況，特別是在受傷後 24 小時內，需注意是否有變化。三、如果病患堅持要回家休養，醫師要囑咐家屬在傷後 24 小時內，病患如果睡著時，需 1 至 2 小時叫醒病患 1 次，觀察病患的意識是否有變化；如果病患單身在外，沒有家屬在旁照顧，醫師應該堅持醫囑留置觀察。四、根據屍體解剖發現，腦實質沒有肉眼能看到的腦挫傷，死因是硬腦膜上血腫，重量約為 170 公克。如果能適時發現病況的變化，儘早診斷和手術治療，此類血腫的療效是不錯的。五、綜上所述，新竹市南門醫院急診室醫師於王耀崑之醫療過程，難脫有疏失之責任」。

第三個鑑定報告是民國 89 年法院請醫事審議委員會再度所為的鑑定報告。該鑑定報告稱：「一、目前在臨床上描述意識狀況，全世界都早已採用格拉斯寇昏迷指數計分法（GCS），早已不再用籠統的文字作描述，如清楚等。昏迷指數

³⁶ 針對本判決有論者寫了評論。請參照吳志正，談醫療事故之因果關係，台灣法學雜誌，161 期，頁 62-63（2010 年）。不過，該論者僅根據其醫學背景討論本案中所適用醫療常規的小瑕疵。

³⁷ 臺灣高等法院 94 年度醫上更（一）字第 1 號刑事判決。

³⁸ 國立臺灣大學醫學院附設醫院（90）校附醫秘字第 22268 號函。

15分，表示意識完全清楚，3分表示深度昏迷；當神智清楚時，兩側瞳孔大小及對光反應不一定是正常的。二、被告既已作過昏迷指數、兩側瞳孔大小及對光反應等神經學檢查，又為何沒有把每1項的檢查結果記載於病歷上？故不能以神智清楚來涵蓋上述之每1項檢查的結果。三、頭部外傷後1星期內，是急性期，病況可能不穩定，隨時可能有變化，特別在前3天內。病患在急診室的病況，只是病程中的一部分，不能由此部分來判斷病況是否為穩定，因此不能說在急診室的病況是穩定的，只能說目前檢查的結果暫時是正常，以後是否會有變化，需要觀察才能知道。倘若在急診室的檢查結果，如果確實是正常的話，病患不一定要留院觀察，不過當病患要離院時，須要交付家屬或其他陪伴者1份傷後注意事項的書面指示，並予說明之，囑咐病況如有變化時，應立即再送回醫院診治。四、如果同學與病患住於同一處，且能夠確實執行醫囑的話，才具有家屬的功能。五、如果有交付傷後注意事項的書面指示給病患的陪伴者，其南門醫院的處置是妥當的。六、頭部外傷之初診病患，如意識清楚、言語正常，醫師當時雖未能診斷出腦挫傷或顱內出血，雖醫療上並無疏失，但是得預見其後續出現的可能性而採取適當的處置」。

首先，雖然論者有謂本案的法院是以現今的醫療準則（常規）審視在當初並無該醫療準則存在的案例，頗為不當³⁹；但是，最後的台大醫院鑑定意見認為縱或按照「現今」的醫療準則，醫師仍無過失（雖然醫師是否有過失一事，並非一個不理解詳情的一般醫院所可置喙），所以於此略而不論。其次，高等法院僅憑病歷表中沒有詳盡書明各項指標即認定醫師未為相當的神經學檢查，此種認定是有違證據法則的要求，而醫療審議委員會第一次的鑑定意見也犯了同樣的錯誤。不過，這不是本文的重點，所以也不詳加論述。第三，基本上當鑑定意見有所歧義時，原則上應該依罪疑惟輕原則，認定被告並無違反醫療常規。但是於本案，官方的兩則鑑定報告都認為醫師違背醫療常規，而認為沒有違背醫療常規的臺大醫院不能算是官方機構，依我國風土人情而言，官優於民，而且醫事審議委員會也有少數非醫學背景者的參加，所以縱或認為這種的抉擇有不妥之處，於此也不再詳論。去除以上三點疑問，所剩最主要的問題即是醫事審議委員會所認定的醫療常規內容中有關留院觀察以及交付家屬照顧的部分。

第一次的鑑定報告認為如果沒有家屬的話，醫師應該堅持醫囑而將病患留院觀察，而第二次的鑑定報告中雖然措辭沒有這麼嚴厲，其亦認為醫生應該去確認伴同病患之人是否為同居的親朋好友，只有在交代這類同居者傷後照護注意事項後，醫生允許病患離院一事才能算是符合醫療準則。本案的被告之所以會被判刑，主要的原因應該就在於其並沒有遵循這個道德意味異常濃厚的醫療常規。然而，違反病患的意思而強行將之留置於醫院一事，可能會觸犯私行拘禁罪或強制

³⁹ 林萍章，醫療常規與刑事責任—評最高法院九十六年度台上自第三〇八四號刑事判決，月旦法學雜誌，175期，頁233-252（2009年）。這篇評釋文章雖然一開始就混同了醫療常規與醫療水準的差異（頁237），但也依憑其醫學背景，明確指出法院並沒有依行為時的醫療常規來審查本案（頁244）。

罪，絕非業務正當行為；再者要求醫師去確認伴同者是否為同居者一事，亦是匪夷所思。其實，醫師僅需告知病患後續的注意事項，得其理解後即可，此際應該完全尊重患者本身的意見，所有的君父思想下的醫療常規要求，都是過度的要求。⁴⁰

本案其實是在因果進程中有被害人本身的介入情事，該介入情事異常而且在貢獻結果的力道上具有凌駕性，足以切斷醫師的不作為與結果間的因果關係。換言之，姑不論醫師的不作為是否符合醫療常規，縱或沒有符合醫療常規，於因果的進程中，被害人本身做了一個行為，例如獨居、不通知家屬或其他得照護自身病情的人等，這個在特定病情下的病患異常行為，才是真正導致死亡的相當原因。在無法將結果的發生歸咎於死者的情事下，並不是不能理解法院孜孜矻矻尋求得負責者的壓力，但是這種壓力絕非足以合理化法院做出錯誤判定的理由。不過，兩次的醫界同儕所為的鑑定報告，難道不是引導法院做出錯誤判決的主因？有醫學背景的論者謂，於今頭部外傷的案例幾乎所有的醫生都進行頭部電腦斷層攝影，這是一種對抗顛預司法的唯一法門，但是這種預防性醫療行為卻也造成了醫療資源的浪費。⁴¹然而，雖然或許法律人素養不足，不知所謂的被害人介入情事的重要性，但是輕易做出強烈道德訴求的醫事審議會鑑定報告，難道不需負起任何荒廢醫療體系的責任？

當然，於此並不是企圖將不妥適判決的責任全然歸咎於以醫界為主體的醫事審議委員會，本文亦同時非難司法，質疑其為何會全然受到醫界道德見解的制約，而毫無跡象顯示其有可能依法律原則做出正確法律判斷。法律的判斷與醫療的判斷截然不同，其不是臨床的、當機立斷的、一次定生死的醫療上判斷，而是經過多數法界人士反覆考量後的決斷，其判斷本身即具有共識的成分，特別在本案是個上訴到最高法院的刑案，這種質疑更是不言而喻。縱或本案是個特例，這種誤失所造成的法與醫間的不信任感覺，絕非其他合理的法律判斷所能遮蓋或去除。

由以上的分析可知，我國的司法不僅是有將構成要件的判斷與責任判斷相混淆的傾向，而且也不太重視得切斷因果進程的介入情事的判斷，再加上沒有能力判斷醫界所為醫學鑑定的良窳，於是在牽涉到過失競合的案例中，如果法院輕率承認過失競合的可能性，則自然會擴張過失犯成立的範疇。

⁴⁰ 針對本案進行評析的前揭註文章作者，雖然擁有卓越的醫學知識與技術，但是其法學素養誠令人質疑。其認為伴同患者至急診室就醫的學長與同學，未表示無法照顧病患，也未通知病患家屬，以致病患病情惡化終至死亡，可能該當於義務者遺棄致死罪（前揭註，頁 245-246）。惟，或許道德上可以非難這些伴同者，但是這些人有何依法令或契約而成立的保證人地位？縱或認為其未明確表明拒絕的態度即是成立契約，則此契約到底是存在於患者與伴同者間，抑或存在於伴同者與醫院（或者護士）間？退萬步言（這才是一般人所不能理解的判決用語），縱或認為透過護士的積極介入，沉默的患者與伴同者間成立了契約，則有何情事可以證明只有伴同者可以照顧病患（排他支配領域的設定）？在這些疑點都還沒有澄清之際，驟然認定伴同者的不作為得擬制為作為的論述，僅是證明了作者的法學素養有待加強。

⁴¹ 林萍章，醫療常規與刑事責任—評最高法院九十六年度台上自第三〇八四號刑事判決，月旦法學雜誌，175 期，頁 251-252（2009 年）。

因為篇幅上的限制，於此僅稍微論述一下我國司法對於過失競合理論的態度。有關過失競合的案例最有名的應該是早期於 2002 年發生的北城打錯針事件，這個案子經地方法院與高等法院的審理而定讞⁴²，打錯針的護士被判兩年有期徒刑，而將肌肉鬆弛劑（麻醉藥劑亞庫凱林）置於嬰兒房的冰箱內長達七個月不予理會的麻醉護士則是被判有期徒刑一年半，緩刑四年。因為按照案情，這兩名護士不會成立過失的共同正犯，所以本案應該可以算是過失競合的案例。高等法院於判決中謂：「被告甲○○、戊○○二人之業務過失行為相互結合，與被害人羅○○之死亡及嚴○○等人之傷害結果間，均具有相當因果關係，至為灼然」。「相互結合」與「均具有相當因果關係」等字眼，不外就是過失競合或過失同時犯的意義。

在我國，雖然過失競合的判決並非罕見，而絕大部分都是交通事故的案件，但是或許是早已習慣利用過失競合理論處罰所有牽涉到事故中的被告，所以在醫療事故的領域中，不久亦於最高法院的判決⁴³中明確察知其採取過失競合理論的態度。此案是一個牽涉到多數醫護人員疏失的顯影劑注射致死事件，最高法院同時認定了數名醫師監督、管理以及直接與間接的過失責任。⁴⁴

於超過篇幅限制的此處，讓我以一個指標性案例的解析，結束對我國實務的觀察，並找出建構合理判斷架構可能性的根據。這個幾乎綜合了所有問題的指標性判決，即著名的邱小妹案。

邱小妹案發生在 2005 年某日的深夜，邱姓幼童因受邱父暴行昏迷而被送到台北市仁愛醫院（現台北市立聯合醫院仁愛院區），仁愛醫院的急診室醫師與神經外科醫師（尚未取得外科專科醫師及神經外科專科醫師資格）於電話會診後，因設備不足決定不為開顱手術而將邱小妹轉診到其他醫院；急診室醫師經插管、降顱內壓藥物治療等急救後，透過轉院系統將邱小妹轉至台中的童綜合醫院，不過邱小妹仍於數日後死亡。

本案因修法前少年事件處理法的規定而被切割成兩部分（不一樣的庭），一部分處理兩位醫師的刑責（一審定讞）⁴⁵，而另一部分則是處理邱父的刑責（上訴到最高法院定讞）⁴⁶。姑不論這種切割是否合於已被刪除的該條意旨，以下僅能接受這個事實而繼續探討這兩部分的法院見解，首先觀察兩位醫師刑責部分的判決內容。

台北地方法院於判決中使用了「幾近確定」一語，雖然是在關於不作為與結果間因果關係的論述上，而不是用在結果論定的部分，但是其後又謂：「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

⁴² 板橋地院 92 年矚字第 1 號判決，以及台灣高等法院 92 年度矚上訴字第 1 號判決。

⁴³ 最高法院 96 年度台上字地 4631 號判決。

⁴⁴ 贊成最高法院態度的相關評釋，請參照陳子平，團隊醫療與刑事過失責任（下），月旦法學雜誌 191 期，頁 173-175（2011 年）。

⁴⁵ 臺北地方法院刑事判決 94 年度醫訴字第 5 號。

⁴⁶ 最高法院 95 台上 219 號判決。

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」；所以可以確認法院是以「幾近確定」的標準來認定延命可能性這個假設性結果的存在，並據此而認定行為人的不作為與結果間有因果關係。⁴⁷可惜這僅是個地方法院的意見，事實上證明高等法院或最高法院並沒有留意到這個論述。

在認定不作為與延命可能性的降低間的因果關係後，本可討論違法階段的可罰違法性問題（亦即患者的延命可能性是否過低，而沒有利用刑法予以保護的必要），不過法院跳過了這個階段的審查（或許是因為國內根本不採可罰違法性理論之故），直接進入過失責任的審查。在責任審查的階段首先應該討論行為人對法院於前階段客觀上所認定的因果關係有無預見的可能，如有，則繼續討論基於預見可能性而設定的注意義務是否有被違背的情事。亦即，法條上所謂的應注意、能注意而未注意（或有認識過失）的問題。不過，法院卻又再度跳過這個審查階段，直接進入期待可能性⁴⁸的討論（其間討論了許多與不作為的過失無關的其他作為）。最後，法院基於對殘破不全的醫療體系的非難，認為不應該將責任歸咎於個別的醫師身上，亦即無法期待醫師在醫療能量不足的情況下，進行危險的手術，並據以論定兩位被告沒有過失責任。

這個地方法院判決最大的問題是，因為分案的關係，而無法處理邱父的行為與邱小妹死亡間的因果關係。其實，整個的事實是「邱父的作為—醫師的不作為—延命可能性降低—死亡」。上述地方法院的判決僅處理了「醫師的不作為—延命可能性的降低」這個部分，而這僅是整個因果流程中的一部分而已。亦即，醫師的不作為不過是個討論狹義相當性時應該留意的第三人介入情事而已。

不過，這個遺憾由另一個系列的判決得到了彌補。在處理邱父刑責的歷審判決中，最高法院認為：「依其所受前開傷害之嚴重性，本有致死之可能性。……邱○○送至台北市立仁愛醫院時之昏迷指數已係『E1M5V1』（即七分），離院時為『E1M4V1』（即六分），……證人李○○於偵訊時證稱：邱○○轉院時昏迷指數為六分，至童綜合醫院亦大概是這個指數，其他生命徵象亦差不多，……證人黃○○於偵訊時證述：邱○○是呈現昏迷狀況，昏迷指數是六分，因為插管所以一般稱為 5T，其轉院與其所見到之狀況，昏迷指數差不多各等語，顯然邱○○因前開轉院過程所耽擱之時間，對於邱○○所受傷害之惡化程度不大，尚不致於因前開轉院之耽擱而使得邱○○致死之可能性由『無』轉『有』」。換言之，最高法院認為醫師的不作為，雖然有影響到延命可能性，但是最終仍是與活存可能性無關，因此就邱小妹的死亡這個結果而言，其干預因果進程的力道無法凌駕於邱父的作為，據此無法產生中斷原先的因果進程的效果，醫師的不作為與死亡間並無因果關係。

⁴⁷ 不過，大部分的論者都批評這個判決過於恣意地認定因果關係。例如盧映潔、葛建成、朱振國，從醫療人球事件論醫師之刑事過失責任，台灣本土法學雜誌，78期，頁101（2006年）；王皇玉，醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起，台大法學論叢41卷2期，頁732、785-786（2012年）等。

⁴⁸ 法院並沒有使用這個字眼，不過從其判決書中可以察覺法官所考量的正是期待可能性的問題。

不過，最高法院又稱：「醫院之醫療行為介入時，是否中斷因果關係，應視情形而定，倘被害人所受傷害，原不足引起死亡之結果，嗣因醫療錯誤為死亡之獨立原因時，其因果關係中斷；如被害人係因行為人之傷害行為引發疾病，嗣因該疾病致死，縱醫師有消極之醫療延誤，而不及治癒，乃醫師是否應另負過失責任問題，與其行為無影響，其傷害行為與死亡結果仍有因果關係」。這句話開展了一個可怕的後果，詳言如下。

最高法院雖然認定在邱父的作為與醫師的不作為兩股力道交錯時，醫師的不作為力道不足，所以無法截斷邱父的作為與死亡結果間的因果關係，但是醫師的不作為仍可與延命可能性的降低這個結果連結在一起，形成因果關係，並進而追究其刑事責任。如果，最終不是依期待可能性理論阻卻了醫師不作為的刑事責任，則姑不論到底要成立何罪（或許是業務過失傷害罪，而不是致死罪），針對邱小妹的死亡，將會分別成立兩個罪行，這不外是過失競合理論的展現。繼續擴張下去的話，上述地方法院判決中據以阻卻醫師刑事責任的「對院方輕忽醫療行政體系整備的非難」，亦會成立另一條因果關係，進而對院方的不作為追究其刑事過失責任。正犯之後無正犯的原則，在追究醫療事故的刑事責任領域，已經成為毫無意義的口號。

肆、問題的癥結與初步的解決方案

初步瀏覽日本與我國的現況後，可以發覺我國有關醫療事故的刑事責任追究架構真的是有點凌亂。表面上最大的特徵是太多的案子都打到最高法院，而最高法院的見解，也並不一定完全一致。這種冗長的審理與不確定性，當然會導致醫界的反彈，並據此要求刑事司法不要再過度干涉醫療事故，不然其將集體出走而後果自負。⁴⁹

例如最高法院刑事判決 101 年度台上字第 2637 號（最初的判決是臺灣臺中地方法院刑事判決 94 年度醫訴字第 5 號，而最初的起訴書是 91 年度偵字第 22 474 號），整個的歷程從起訴算起共耗費了十年的歲月。這是被稱為 Tegretol 藥物事件的案例，醫師對非核准適應症使用 Tegretol 藥物，引發史蒂文強森症候群，進而導致病患死亡，法院認定此乃與特殊體質有關的事件，無法預防，據此判定被告無罪。簡單的事情，卻因為檢察官誤解告知義務的違反即是有過失，此不為妥適告知的不作為是產生結果的原因，於是反覆在高等法院與最高法院間發回更審，被告時而有罪時而無罪，造成許多困擾。⁵⁰此外，也有因為鑑定報告過於含糊或意見分歧，而反覆更審的案例。例如被謂為解毒致死案的案例，最後是到最高法院刑事判決 98 年度台上字第 6580 號（最初的判決是臺灣板橋地方法院刑事

⁴⁹ 不知是否有檢察官會因此而對為類此主張的醫師控訴其恐嚇公眾。

⁵⁰ 相關評釋，請參照王皇玉，醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起，台大法學論叢 41 卷 2 期，頁 765-766（2012 年）。

判決 92 年度訴字第 750 號，而起訴書是 91 年度偵字第 14659 號) 時，始因駁回上訴被告確定有罪而定讞，一個案子從起訴到定讞共花費了七年的時光。⁵¹

其實，冗長的訴訟程序與見解的不統一以及判斷架構上的錯誤息息相關。仔細分析後即可發覺形成這種現象的癥結點有二。其一，構成要件判斷階段的因果關係認定與責任認定階段的注意義務有無，這兩件事情的混同；而這個混同會導致醫療常規與醫療水準的混淆。其二，因果關係本來僅有一條，其餘的介入情事，不會與結果間成立因果關係，這是正犯後無正犯原則的當然結論，但是在醫事領域已經發展出團隊醫療的情勢下，將無法阻擋過失競合理論的淫威。這兩個癥結點互相交錯，甚難完全地予以區隔討論，不過本文仍勉為其難分開論述。

首先解決第一個癥結點。讓我們來看一段許多判決都會複製貼上的文字：「即刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係始得成立，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，最高法院二十三年上字第五二二三號、五十八年台上字第四〇四號、七十六年台上字第一九二號判例意旨參照」。

這段話有兩個問題。第一，所謂的相當性的客觀審查一事，其標準並不明確。亦即其是先客觀認定行為與結果間的關係，然後再假設另一個不存在的相當因果流程，兩相比較後，如果不一致，則事實上存在的因果關係即非相當因果關係；而這種論述其實只是表明與相當不符的就是異常，根本就沒有說明什麼叫做相當。第二，這段話一開始就顛倒了構成要件與責任的判斷流程，其是先行判斷行為人對行為有無過失，在有過失的情形下始需討論與結果間有無相當因果關係。然而，過失與故意相同，都有一個認識或認識可能的對象，而這個對象包含行為、結果以及因果關係。⁵²

論者有謂：「事實上，就『因果關係』只有『有』或『無』的問題，根本沒有所謂『蓋然性因果關係』，充其量只有『因果關係（的存在）的蓋然性認定』。……換言之，就屬『客觀事實』的『因果關係』問題，該法院其實並未加以判斷……無論民刑法，就過失責任的判斷，均以『因果關係』的認定為最優先；如果就『因果關係』的認定，欠缺強有力的科學基礎，隨後的推論，實在難以想像具有客觀的可驗證性。」、「正確來說，『因果關係』有無的問題，於民、刑事案件上的判斷標準，並無不同；…事實上，就同一事實，即使在民、刑事案件上，對『因果關係』的處理有所不同，也不可能是就其有無『判斷標準』不同，充其量是依之確定具有『因

⁵¹ 相關評釋，請參照張麗卿，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 157 期，頁 87-90（2008 年）。

⁵² 不然那來因果關係錯誤的問題。

果關係』的進一步的處理有所差異。即使果如該判決所認為『因果關係的認定』，於民事上具『蓋然性』已足，那有所變動的也不是『實體(法)』的『因果關係判斷標準』，充其量只是『程序(法)』的認定『確信度』程度『調整』！」。⁵³

姑不論過度使用引號進而導致理解上困難的習癖問題，本文贊同該論者的前半段意見。因果關係是個客觀的事實，而這個客觀事實是否相當一事，雖然是個規範性的判斷，但是仍應針對這個客觀事實貼附上價值評價，而不是弄個假設性的相當因果，然後與之相比較。

因果關係分成條件關係與相當關係等兩部分，前者是一個事實的確認，而後者則是對這個事實的評價。而條件關係又可分成事實關係與迴避可能性的規範關係，於認定某條件與結果間的事實關係後(不需考慮任何不存在的事實)，必須考慮結果是否為無法迴避的結果，如果是的話，否定最基礎的條件關係。於確認條件關係後，必須考慮圍繞在該條件週邊的諸種情事，視該條件是否具有能量往結果發展過去，如果有的話，可稱此條件具有廣義的相當性。例如用手敲擊對方頭部，對方死亡一事，具有條件關係，而因為對方原本即罹患了腦梅毒，其頭部根本無法承受任何的衝擊，據此敲擊頭部的行為具有(產生結果的)廣義相當性。當然不是某條件具有廣義相當性後，即可判定條件關係即為相當因果關係，於判定特定的條件具有廣義相當性後，仍要觀察這個條件所擁有的力道(產生結果的危險性)是否經過了相當的流程而展現在結果上，這個相當的流程的判定是謂狹義相當性的判斷。於狹義相當性的判斷階段，必須考慮是否有介入情事，該介入情事是否有力道截斷因果的流程。而於原本設定的因果流程中發生介入情事(此介入情事亦須符合條件關係的審查)時，必須站在介入的時刻比較兩股力道間的關係，檢視該介入情事是否為經驗上難以想像的介入，其力道是否凌駕於原先審定具有廣義相當性的條件，如果這個介入情事是異常的(亦即不是原本的力道所帶出來的)，而且力道凌駕於原先的條件，則原先設定的因果關係會被截斷，新的因果關係將會在介入情事與結果間成立(例如最初的行為人敲擊了罹患腦梅毒的被害人頭部，不過在其死亡前，有第三人介入用槍斃了被害人)。只有符合條件關係與相當關係的檢驗後，才是相當因果關係。相當因果關係是個事實，而不是想像。既然是事實，則不論行為人是否有認識到自己的行為，都不會改變這個事實；因為行為人沒有認識到行為、結果或其間的因果關係，所以因果關係不存在的論調，根本是無稽之談。作為事實上存在的因果關係不會因為行為人沒有認識到就從這個世間消失。⁵⁴

雖然本文肯認上開論者的前半部分論述，但是於此必須強烈反對其後半部分的論述。其認為民、刑事的因果關係並無本質上的差別，而僅有確信程度的差別而已；殊不知，如今先於因果判斷而進行過失判斷的司法慣例，其形成的原因之一即

⁵³ 鄭逸哲，重新省思醫療上行為的因果關係判斷—從臺中地方法院96年度醫字第7號民事判決談起，法令月刊61卷8期，頁32-33(2010年)。

⁵⁴ 以上詳請參照山口厚，刑法總論(第二版)，頁49以下(2007年，有斐閣)；前田雅英，刑法總論講義(第五版)，頁189以下(2011年，東京大學出版會)。

是民刑事因果關係的混同。於此並不是主張因為這種混同，所以才會造成先判定行為人對結果是否有過失，而後才判斷行為與結果間是否有因果關係的誤謬。真正的原因在於刑法解釋學自身的演變，而民刑混同的現象僅是強化了該演變的力道而已，混同的錯誤觀念使得刑法理論本身的誤謬走入無法回頭的死胡同中。

本來刑法的判斷架構是順著「客觀構成要件—違法性—責任」的判斷流程而為，不過到了上個世紀的前葉，為了解決以過失致死傷罪大量處罰開車族，進而導致社會動能喪失的現象，於是開發出將責任層次的結果迴避義務挪到違法論中討論，並認為只要行為人盡了（交通行政）法規所要求的迴避義務，則縱或產生死傷的結果，其亦無過失責任的新過失犯理論（這個新過失犯論同時亦開發出信賴原則的理論）。到前世紀後半段，因為公害與藥害等公安事故不斷發生，企圖縮減過失犯成立範疇的新過失犯理論已經是捉襟見肘，於是立法單位開始強化行政法等的作為義務（於這個發展階段，刑法理論開始混淆注意義務與作為義務），而司法也開始認為只要沒有善盡這些義務，即可認定過失，進而追究行為人的過失刑事責任，此即所謂的新新過失犯理論，或謂不安感論。

姑不論過失認定上寬嚴不一的差異，這些過失犯論的司法上實踐，造成責任判斷階段的空洞化，再加上構成要件的判斷本來就和違法的判斷擁有非常密切的關係，於是演變至今，造成在構成要件判斷的階段，先觀察行為是否違反行政法等所設定義務，若有違反則推定有過失，然後再討論這個過失行為與結果間有無因果關係的判斷流程上錯亂。殊不知，刑法上的過失是指對於構成要件的事實應認識、能認識而未認識，這是條文的規定，怎可能是先認定行為人的過失，然後再去決定所應認識而未認識的事實關係？不過現在這種邏輯上的誤謬已經在實務界與學界根深柢固而不可動搖。

更糟糕的是，因為當時是為了處理發生嚴重結果的事件而創設出這類的「不安感論」，而同時行政法等又針對可能發生的嚴重結果全面性地就相關人士鋪下了綿密的作為義務（注意義務），並令這些相關人士不斷地在事務流程上監督一切的環節，所以一旦事故發生，違背義務的人便頗為眾多；於是刑法就面臨到底要處罰一人還是全部人的問題。在處罰一人的論述中有最關鍵一人說以及壓死駱駝的最後一根稻草說兩說；其實，兩說的論點幾乎無異。壓死駱駝的最後一根稻草說是認為最後的一個人所有的危險都已經顯露的最後關頭，最容易也最有資格發現端倪而制止事故的發生，所以應該由其負起刑事責任。據此，是可以認為此說也是一種最關鍵一人說的亞流。此說的優點在於容易判斷，但是卻忽略了最後一人可能是整個環節中最弱的一人，於是就整體而言，等同於是將責任歸諸於弱者，而強者則可免責。不過，最關鍵一人說，不僅是很難認定，而且縱或可以認定，因為其他人因此而可免責，於是追究責任的司法工作無法得到足夠的力道用來救平社會動盪。據此，通說見解日益趨向於將那些被司法所凝視到的人一網打盡的全部人說，正式在過失犯的領域放棄正犯之後無正犯的原則。殊不知，這種的全部人說，雖然是可以順利救平社會動盪，但是同時因為幾乎沒有任何準則可以判定到底追究責任的射程範圍要到達怎樣的程度才算合宜，於是論者大都採取

掩耳盜鈴的對策，對問題視而不見。

在這種情勢下，並非無法想像，刑法受到民法的影響，拿民法的觀點合理化在判斷階層的最初即廣泛地認定過失行為的作風，並輕率地直接推定過失責任。然而，民法的因果關係本來就是和刑事的因果關係不同。姑不論使用的名稱如何，民事上的因果關係大體上可分成兩階段，第一階段是被確定的故意或過失行為與權利、利益侵害間的因果關係，這個因果關係主要是用來決定行為人是否應該負起民事責任（自然的因果關係）；而第二階段的因果關係則是涉及第一階段的「結果」與損害額度分擔間的關係，雖然亦有論者將這個關係稱為因果關係（相當因果關係），但是事實上這是一種為確定賠償額度與損失分擔的關係。⁵⁵換言之，民法的判斷架構所乞求的不外是：就一個既存的結果，涉及這個事件的諸人應該如何分擔賠償責任一事。所以當可以被納入考量範圍的人數愈多，透過連帶責任的認定，損失得到填補的可能性就會更高。

或許是因為這類合乎常理的判斷邏輯過於日常化，所以一般不太理解刑事判斷邏輯的論者會認為刑事上的因果關係也要用同樣的判斷結構來加以處理。然而，關於刑事責任部分的設計原理根本就不是損害的填補，而是當損害發生而造成社會動盪後，如何去救平這個社會動盪的問題；所以才會有「一部行為全部責任」或「間接惹起」等的論述存在，藉此適度地堆疊出合適的救平動盪能量。亦即，並不是將所有相關人員都拿來處罰即可，而且這種追究「連帶責任」的態度或許會造成更進一步的社會動盪；只有在合理的範圍內，找到一個應該負責的人，而後再視需求適度地將週邊有關聯的人，就其部分的行為追究全部的責任（正犯責任），或就其間接的行為追究適度的（狹義）共犯責任，這樣才是追究刑責的正確態度。試想一下，當我們決定某參與犯罪的人應該負起共同正犯或狹義共犯的刑事責任時，正犯的責任並不會因為這種司法的決定而有所減輕，整體的責任能量是堆疊上去，而不是被分散出去的。由此可知，民刑的責任根本不是同一回事，民法追求的是透過損害填補的作為而達成個人間關係的撫平，而刑法所追求的則是透過處罰所能夠達成的社會動盪的救平。前者愈多人負責，則愈能夠達成目的；反之，後者必須有一定的合理限制（根據共同犯罪理論），不然可能會因為過度處罰無辜而造成社會系統的崩盤（正如現在醫療事故的刑事處理所造成的惡果）。

據以上所論，我們得以確認，刑事的因果關係只會存在有跟無的關係，而不會涉及責任量的確立或分擔的問題，因此民事因果關係中的第二階段，是不會出現在刑事因果關係判斷的版圖中。再者，雖然刑事因果關係中的「原因」也限定必須是人的故意或過失行為，但是在因果關係的判斷上，其只需具有「得為行為人故意或過失行為」的資格即可，不會在判定是否有因果關係時，即考量該作為原因的行為其故意或過失的內涵，而只有在經過因果的驗證後成為原因的行為，才需要針對行為人的故意或過失予以討論。⁵⁶換言之，在刑事責任的判斷上，行

⁵⁵ 荻原孝基，因果關係の認定と考え方，ジュリスト 1330 号，頁 104-107（2007 年）。

⁵⁶ 其實於十餘年前的日本，在因果關係的認定時考量行為人的行為是故意行為抑或過失行為的

為人的行為必須是結果的原因，此際才需要討論行為人對其行為、結果與因果關係有無故意或過失的心理事實。如果刑事的因果關係判斷合乎適度的嚴謹要求，則許多事例根本不需討論行為人的故意或過失，即已不是犯罪行為。醫學界中許多人急於限縮過失的認定範疇，或甚至要求過失行為的除罪化，或許正是因為其誤解過失的認定是刑事責任的源頭，所以才會想在最初的階段即限縮、甚至排除討論特定行為的犯罪化可能性。

在追究醫療事故中刑事責任的事例，醫學鑑定是個非常重要的關鍵。然而，許多的醫學鑑定都在鑑定報告中書明疏失、失當，甚至有些報告直接使用了過失這個字眼。或許鑑定報告僅是企圖表明某客觀的醫療行為違反了醫學常規而已，但是在司法乞欲推卸判斷責任的情形下，這類的表達會開始蘊含違背醫療常規（因果關係的確認）以及醫療水準（過失責任的確認）的意義。而完全沒有任何有意義的司法判斷介入，直接根據醫療鑑定報告中所指陳的醫療常規違反事態，即判定行為人有過失的司法常態，其實質不外就是醫界的同儕審判，非常不妥。強烈建議醫學界在為刑事鑑定報告時，嚴格區分醫療常規與醫療水準，並分別敘述，盡量避免過失等字眼的使用。

至於司法方面，最好多方委託鑑定，於關於某醫療行為是否違背醫療常規的醫界意見趨於一致，均認定其未違背醫療常規時，應認為該醫療行為與結果間不具有條件關係，而後結案。特別在特異體質的情形，因為沒有客觀上的迴避可能性（條件關係中的規範關係），所以雖有事實關係，但無規範關係，條件關係根本不成立，此際當然無需進一步討論行為人對於特異體質的反應是否有認識可能。醫學上的因果與刑事司法上的因果，本質上就有很大的差異。前者為預測型觀點（prospective）下的因果，反之，後者則是回顧型觀點（retrospective）下的因果。⁵⁷醫學因為其本身的不確定性與偶然性，於是在醫學的允許範圍內，會合理化數個被允許的預測結果，只要具體的結果發生在這個被容許的範圍內，則不會被認為違反了醫事的規範。然而，法學則是根據一個具體發生的結果，回溯性地尋找造成這個結果的原因，並追究這個原因應該擔負起的刑事責任。於是一個醫學上被允許的結果，竟然會成為可能被追究刑事責任的結果，醫學界自然無法忍受這類的推論。為避免專門學問領域間的傾軋，法學必須尊重對方的邏輯而放棄追究後續刑責的可能性，這不外就是條件關係中規範關係判斷的真諦。換言

觀點，曾是主流見解，通常贊成這類見解的學著都會引用德國客觀歸責理論中有關溯及禁止原則的論述，而認為結果的效力不及於故意行為之後，亦即於因果進程中若有故意行為的介入，則最終結果只會與此故意行為成立因果關係，而不會及於之前的故意或過失行為。採取這類觀點而分析醫療事故因果關係的論述，可參考辰井聡子，不適切な医療の介入と因果関係，上智法學論集 43 卷 1 号，頁 159-172（1999 年）。特別值得注意的是，號稱日本客觀刑法理論旗手的東大山口厚教授，竟然至今仍然在其刑總教科書中主張溯及禁止理論，令人匪夷所思。

⁵⁷ 神谷惠子編著，秋本秀俊・尾崎雄・長谷川幸子・山田奈美惠著，医療事故の責任—事故を罰しない、過誤を見逃さない新時代へ，頁 30（2007 年，株式会社毎日コミュニケーションズ）。

之，雖然事實上就是「特定醫療行為＋特異體質＝死亡」的關係（事實關係），但是卻必須認為特定醫療行為不是死亡的條件（規範關係的否定）。

當然，在醫界意見不一致的情形，法界自然無得以尊重的對象，此際即應依照刑訴的原理，有所懷疑時為被告的利益，進而認定該行為符合醫療常規。

於醫學鑑定一致認為該醫療行為違背醫療常規時，如果患者有受到輕重傷或有確實的延命可能性、活存可能性，即應探討有無介入情事，於無重要的介入情事或介入情事無法截斷因果進程時，判定該醫療行為與結果間具有相當因果關係。其後，於違法判斷的階段，應該留意的是可罰違法性的判斷（例如確實但是些微的延命可能性是否具有可罰性），此外另應留意該醫療行為是否為符合醫學原理的醫學嘗試（這不得是人體實驗，對於人體實驗有其他的法律規制），如果是的話，在侵襲性醫療行為的情形，行為人必須得到患者的真摯同意才能阻卻違法。⁵⁸最後，在無法阻卻違法的情形，司法才得以進行具體個別情事下行為人有無預見可能性的問題；有預見可能性，才有注意義務的存在，有注意義務的存在後，才有行為人是否違背注意義務的問題。此際，醫學鑑定報告中有關醫療水準的判定會發揮決定性的效果。最後，如果行為人具體上有預見可能性，且有違背注意義務的情事，司法仍需考量期待可能性的問題。如果該應注意能注意而未注意的情事是醫療行政體系的不備而造成的時候，司法應該認為無法期待行為人能夠發揮能力預見結果，並戮力預見結果、迴避結果，據此認定阻卻責任。

特別在這種情形，必須留意監督責任與行政管理責任的問題。不過，基於否定過失競合理論合理性的情形下，若欲追究這些人的刑事責任，即必須脫離具體案例中的個人法益侵害考量，而透過立法設定一個新的社會法益，亦即醫療體系安全運作的社會利益，以此為結果，進一步追究管理者或監督者的刑事責任。在沒有這類的立法之前，僅能利用行政法規加強對醫療組織的監控管理。

以上即為本文觀察現今國內、外文獻資料後，對於我國追究醫護人員過失刑事責任判斷架構所提出的針砭，同時並提供筆者認為應該要採取的初步重構方向；雖然並不充分，但是盡力了。於稿約的夾縫中，能夠獲得這種程度的成果，應該已經可以自我滿足。

伍、結論

當社會地位以及自尊頗高的醫師等人被傳喚到檢察官面前接受偵查，或甚至於被置於公開的法庭，接受法官以及社會大眾的檢視時，因為傳統上對於刑事裁判都有懲奸除惡的印象，而死刑、有期徒刑等結果更具有應報、威嚇惡人等標籤

⁵⁸ 如果在確認構成要件是否該當的階段即觸及過失的認定問題，則業務正當行為阻卻違法的規定將永無適用的餘地。此外，因為德國沒有業務正當行為阻卻違法的規定，所以使用德文資料的論者經常會把患者的同意視為阻卻構成要件事由，這也是無視我國刑法規定的解釋，非常不妥。

作用，所以從事醫療的人員自然難以忍受，進而採取防禦措施濫用醫療資源或甚至離開容易被告的專業領域。⁵⁹或許司法人員的傲慢以及司法在刑事過失責任認定架構上的混亂與標準的不一致正是引起醫療荒廢的原因之一，或者甚至可以說是壓死駱駝的最後一根稻草，但是僅改變包含這些在內的司法陋習，並無法解決問題。

亦即，縱或嚴禁以刑逼民、抑制自訴案件，加強檢察官的移駕偵查、要求法官嚴格認定因果關係、強調業務正當行為阻卻違法的作用，或重視因超過日常界限而導致的預見不可能現象，這些都無法制止醫護人員的出走。在嚴守刑法謙抑性，抑制業務過失責任成立範疇的同時，只要醫療行政體系沒有改變其散漫的體制，提供醫護人員一個妥適的醫療環境，則醫療事故仍會層出不窮，險惡的醫患關係終究是無法改善。而欲強化醫療行政之際，首當其衝必然會遭逢醫療經濟的問題，輕視患者與醫護人員權益的不當醫事相關費用的刪減，似乎是件稀鬆平常的事情，於是過酷的醫療環境仍舊是無法解決，事故繼續不斷發生。⁶⁰當不滿的被害人或其遺屬，無法透過以刑逼民的方式得到滿足或一個合理的交代時，民事訴訟的氾濫是可預見。然而，雖然比起造成更大傷亡紀錄的交通事故，醫療事故所造成的實害並不是那麼嚴重，但是於醫療領域有個根深柢固的神話，亦即只要留意到細膩的部分，則不會發生事故，而只要不發生錯誤，則疾病必然可以治癒的醫療萬能論。在這種神話下，輕易地成立損害賠償的民事責任，判下天價的賠償金額，進而導致醫院破產的劇情，會不斷上演。⁶¹

然而，醫療事故的無過失補償制度是否可以解決問題。答案似乎不是這麼地樂觀。補償基金的來源、求償的問題等，都足以讓這個制度走向破滅。更重要的是，醫療事故的發生一事，對於醫護人員而言，就是一個難以抹滅的標籤，特別是當這個事故是否基於行為人誤失而產生的判斷，大部分都是委諸其同儕的集團性決斷（亦即醫事審議會的多數決決斷）時，這種標籤正代表了從集團中排除出去的可能性。再加上當大部分的醫療美容不受健保制度的拘束，可以輕鬆大量賺取財富時，在諸多的壓力下，醫護人員不出走才奇怪。

如今我們所能採取抗拒潮流的對策或許只有建立醫療事故補償制度、抑制民刑訴訟方面的濫訴、強化醫療行政方面的服務與監督管制，藉此將醫美（限於非必要的部分，術後傷口的修復等自然不包括在內）以外的醫療領域予以健全化，其餘利欲的部分，除了強調醫事倫理外，似乎別無他法。本文所討論的，雖然僅是這個連環對策中的一環，但也是最應該開始啟動的第一步，希望能夠藉此而展開對於我國醫療荒廢問題的反省。

⁵⁹ 加藤久雄，*医事刑法の学問的枠組み*，現代刑事法 14 号，頁 8（2000 年）。

⁶⁰ 米田泰邦，*医療過誤と刑事責任*，現代刑事法 14 号，頁 52（2000 年）。

⁶¹ 米田泰邦，同前註，頁 54。

