

醫事過失犯罪與新舊過失理論

蔡 振 修*

目 次

第一章 緒論	第五章 醫事過失犯罪與新過失論
第二章 醫事的概念與要件	第六章 醫事過失犯罪與危懼感說
第一節 概說	第七章 醫事過失犯罪與容許危險
第二節 醫事的涵義	第一節 容許危險的由來
第三節 醫事行為的定義	第二節 容許危險的概念
第四節 醫事業務的要件	第三節 容許危險的要素
第五節 結言及附表一	第四節 容許危險的適用
第三章 過失的概念與要件	第五節 容許危險的未來
第一節 過失的概說	第八章 醫事過失犯罪與信賴原則
第二節 無認識過失的要件	第一節 信賴原則的由來
第一項 須非故意	第二節 信賴原則的概念
第二項 須應注意	第三節 信賴原則的限制
第三項 須能注意	第四節 信賴原則的適用
第四項 須不注意	第九章 醫事過失犯罪與監督過失
第三節 有認識過失的要件	第一節 監督過失的由來
第一項 須預見其能發生	第二節 監督過失的概念
第二項 須確信其不發生	第三節 監督過失的要件
第四節 結言及附表二至四	第四節 監督過失的適用
第四章 醫事過失犯罪與舊過失論	第十章 結論及附表五

第一章 緒論

醫事行為直接影響人類的身體健康與生命安全。因為人類不但從出生到死亡，都與醫事有很密切的關係，就是出生以前的懷胎過程及死亡以後的器官移植，也都

* 台中地檢署主任檢察官、東海大學法律系兼任副教授。

屬於醫事的領域。可見，醫事行為與人類的生活及幸福，息息相關，不可分離。

人類研究醫事，很早就開始了。神農嚐百草，黃帝作內經，就是其中明顯的例證。歷經祖先的不斷努力，使醫事水準日漸提高。近代以來，由於醫學的發達，護理的進步，藥物的發現，嘉惠了無數的病患。尤其是現今尖端醫技科學的突飛猛進，更使新醫事技術、新醫事器材及新醫事藥品，不斷的推陳出新，精益求精。既可以醫治各種嚴重的疾病，也可以控制傳染病菌的產生。可見，醫事不但對於預防疾病與治療疾病，有莫大的幫助，而且對於增進健康與延長壽命，更有積極的貢獻。

醫事，雖然對人類有益，但是凡事有利就有弊，醫事也不例外。因為醫事行為在本質上，含有高度的危險性及複雜性。各種醫事行為常伴隨著或多或少的危險，同時也常伴隨著已知或隱藏的危險。如手術的侵襲性，藥物的副作用等等都是。尤其新醫技、新藥物的危險程度，遠比傳統的醫事行為來得高。所以，執行醫事行為，應受法律的約束，以免醫事人員粗心大意，而危害國民的權益；但是也不可過份苛求，以免使醫事人員動輒得咎，而阻礙醫事的發達。如此，才能使危險減到最低程度，以確保人類身體的健康及生命的安全，同時兼顧整體醫事的發展及醫事的進步。也只有這樣，才能適合現今社會的需要，並平衡醫事人員的責任與病患權益的保障。

醫事的目的，本來在於預防及治療疾病。但是醫事上若有過失，不但未達到目的，反而使病人受到傷害，甚至死亡。因此，所有執行醫事工作的人，都應該謹慎小心，克盡應盡的注意義務，而避免因過失致人傷、亡的發生。否則，醫事上若有過失致人傷害或死亡，就應受法律的制裁。

醫事過失應受法律的制裁，可分為刑事責任、民事責任及行政責任三種。其中制裁最嚴厲的，是刑事責任。對於醫事過失的刑事責任，大多數的國家都設有明文規定。外國對於醫事過失的刑事責任，自古代起就已存在。例如巴比倫、埃及、希臘、羅馬各時代的法律，都有醫事過失處罰的規定（註一）。就是目前的日本、法

（註一） 歷史上最早記載以刑事制裁醫事過失的法律，就是西元前二千零八十年的罕穆刺俾法典（又譯為漢摩拉比法典）。如第二百十八條規定：「醫師以金屬之刀療治人之重傷致死者，或以金屬之刀開人之腫瘤致毀敗其眼者，斷其手。」引自C.Edwards著，沈大鈺譯，罕穆刺俾法典，收於王雲五主編，漢譯世界名著甲編，臺灣商務印書館發行，55年5月台一版，49頁。

羅馬最早的醫師法規，制定於西元前第四世紀。其中規定：醫師對於奴隸手術，若疏忽致死，必須負刑法上的責任。詳見鄭泰安譯，法律與醫學，載於當代醫學，一卷，7期，94頁。

國等，醫事過失也適用刑法上過失犯的規定（註二）。

我國自唐律規定醫事過失應負刑事責任以後，歷代的法律對於醫事過失的處罰，都有明文規定（註三）。到清光緒三十三年，「大清現行刑律」施行以後，一直到现在，普通刑法雖然沒有針對醫事過失規定應負刑事責任的明文，但是醫事過失可以適用一般過失犯的規定（註四）。最近幾十年來，陸續制定的醫事特別刑法（註五），對於醫事過失犯罪，更設有加重處罰的規定（註六）。

至於過失犯的理論，由「舊過失論」（又稱為傳統的過失論）演變為「新過失論」；再由「新過失論」發展為「危懼感說」（又稱為新的新過失論）。這些理論的變遷，不但與一般過失犯有密切的關係，就是對於醫事過失的刑事責任，也有很大的影響。尤其是「容許危險」、「信賴原則」及「監督過失」，更是醫事過失犯罪適用上的重要理論依據（註七）。

由此可見，醫事過失犯罪的研究，除了要剖析現行法律規定的醫事過失內容，以為實用外，更應研究新舊過失理論及其與醫事過失犯罪的關係，進而批判當中的優劣得失，並提出未來的改進途徑。如此，才能達到體用合一，理論與實用融會貫通的理想境界（註八）。

（註 二） 日本刑法第二百一十一條規定：怠於業務上必要的注意，因而致人於死傷者，處五年以下的懲役或禁錮或一千元以下的罰金，因重大過失致人於死傷者，亦同。

法國刑法第三百十九條規定：因不熟練、輕率、不注意、疏忽或不遵守規則的結果，過失致人死亡，或使人引起死亡者，處三個月以上、二年以下拘禁，及一千法郎以上、二千法郎以下罰金。

（註 三） 唐律第十章雜律，第三九五條，宋刑統第十章雜律，第三九六條都規定：「諸醫為人合藥及題疏、鍼刺，誤不如本方，殺人者，徒二年半。」詳見長孫無忌著，唐律疏義，台灣商務印書館發行，45年4月初版，第四冊，32頁；中國歷代法典考輯，焦祖涵編著，自刊，58年1月初版，247頁。

大明律第三二〇條及大清律第二九七條都規定：「凡庸醫為人用藥、鍼刺，誤不如本方，因而致死者，責令別醫辨驗藥餌、穴道，如無故害之情者，以過失殺人論。」同前，法典考輯，第424、531頁。

（註 四） 刑法第二百七十六條及第二百八十四條。

（註 五） 所謂特別刑法，是指普通刑法外，對特定的人、時、地、物、事，而為規定特別的犯罪行為與刑罰或保安處分的法律。詳見拙著，特別刑法之理論與實用，載於法務研究選輯，法務部發行，77年6月印行，319頁以下。

（註 六） 醫師法第二十八條第二項，助產士法第二十九條第二項，精神衛生法第四十二條第一項。

（註 七） 本文第四章至第九章。

（註 八） 拙著，醫療過失的刑事責任析論，自刊，81年6月出版，第1頁以下。

第二章 醫事的概念與要件

第一節 概說

研究一種法律或學理，對於所用的專有名詞，一般都先下定義，做為研究的依據。研究「醫事過失犯罪」，也不能例外。尤其「醫事」，是學理上的名詞，學者之間所定的名稱，又不一致。有稱為「醫療」，有稱為「醫護」，有稱為「醫事」（註一）。因此，對於「醫事」一詞，應先加以詮釋涵義，以確定研究的範圍及內容。

醫事過失犯罪是因醫事上的過失，而應負刑事責任的犯罪行為。詳細的說，醫事過失犯罪是指一般人或從事醫事業務的人，因執行醫事行為或醫事業務的過失，致人傷害、死亡或致其他法益發生危險，而應負刑事責任的犯罪行為。

有關醫療過失的刑事責任，現行法律沒有統一法典，只散見於普通刑法及各種醫事特別刑法中。

我國普通刑法的過失犯，分為「普通過失犯罪」與「業務過失犯罪」二種。刑法第二百七十六條第一項規定：「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。」第二百八十四條第一項規定：「因過失傷害人者，處六月以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。致重傷者，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」這二項所規定的，是屬於「普通過失犯罪」。刑法第二百七十六條第二項規定：「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。」第二百八十四條第二項規定：「從事業務之人，因業務上之過失傷害人者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。致重傷者，處三年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。」這二項所規定的，是屬於「業務過失犯罪」。

（註 一） 有關醫事方面的書籍，有稱為「醫療」的，如新日本法規出版株式會社出版，「判例醫療過失」，昭和49年11月15日發行。有稱為「醫護」的，如李聖隆著，「醫護法規概論」，華杏出版股份有限公司發行，1993年2月3版。有稱為「醫事」的，如黃丁全著，「醫事法概論」，78年4月出版。

醫事上的過失犯，為刑法上過失犯的一種。因此，可分為「醫事行為過失犯罪」與「醫事業務過失犯罪」二種。醫事行為過失又可分為「醫事行為過失致死罪」、「醫事行為過失傷害罪」與「醫事行為過失重傷罪」三種。前者屬於刑法第二百七十六條第一項的範疇，後二者屬於刑法第二百八十四條第一項的範疇。醫事業務過失也可分為「醫事業務過失致死罪」、「醫事業務過失傷害罪」與「醫事業務過失重傷罪」三種。前者屬於刑法第二百七十六條第二項的範疇，後二者屬於刑法第二百八十四條第二項的範疇。可見刑法第二百七十六條及第二百八十四條的規定，都可以適用於醫事上的過失犯。

現行刑事法律中，規範醫事過失的法條內容，除前面所列舉普通刑法的規定外，還有醫事特別刑法的部分。例如：醫師法第二十八條第二項規定：「犯前項（未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務）之罪，因而致人傷害或死亡者，應依刑法加重其刑至二分之一。」就是一般所稱的「違反醫師法的加重結果犯」。助產士法第二十九條第二項規定：「犯前項（非助產士擅自執行接生業務）之罪，因而致人於死者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一萬五千元以上、十五萬元以下罰金；致重傷者，處三年以下有期徒刑，得併科新台幣九千元以上、九萬元以下罰金。」就是一般所稱的「違反助產士法的加重結果犯」。

前述「醫事行為過失犯罪」，以有執行醫事行為，為前提要件；「醫事業務過失犯罪」，以有執行醫事業務，為前提要件。否則，所執行的若不是醫事行為，也不是醫事業務，縱使成立過失，也不屬於醫事過失犯罪的範圍。各項醫事業務過失犯罪，都較醫事行為過失犯罪的刑罰為重。又無醫師資格，擅自執行醫療業務，因而致人傷害或死亡者，應成立違反醫師法罪的加重結果犯。非助產士擅自執行接生業務，因而致人傷害或死亡者，應成立違反助產士法的加重結果犯。不但在罪名上有所不同，而且在刑罰上更加重刑度（註二）。

可見，執行醫事業務，不但影響醫事過失犯罪的成立要件，而且更影響醫事過失犯罪的刑罰輕重。因此，對於「醫事行為」及「醫事業務」的概念與要件，更應一併詳加釋論。

以下分別對「醫事的涵義」、「醫事行為的定義」及「醫事業務的要件」，加以剖析論述。

（註二） 拙著，醫療過失的刑事責任析論，自刊，81年6月出版，第74頁以下。

第二節 醫事的涵義

所謂「醫事」，以前只是指「醫藥之事」而已。醫藥，又只解釋為「醫療」或「醫術與藥物」（註一）。這種涵義，到現在已欠周延。因為近代以來的醫事，隨著科學的發達，使分工合作的種類，越分越細。因此，所謂「醫事行為」，不只限於「醫療」、「醫術」、「藥物」行為，已擴大其範圍，諸如疾病的「護理」、「保健」、「防治」等等，都應包含在內（註二）。可見，醫事比醫療、醫護的範圍更廣，領域更大。

由上述可知，現今所謂的「醫事」，是指「醫療」、「護理」、「保健」、「防治」及「藥物」等事項。所謂的「醫事行為」，是指「醫療行為」、「護理行為」、「保健行為」、「防治行為」及「藥物行為」等。

其中「醫療」與「護理」的概念，容易使人混淆不清。因此，須先加以劃分界限，釐定範疇。

所謂「醫」，是「治病痛」、「診治疾病」的意思（註三）。所謂「療」，是救治的意思（註四）。因此，所謂「醫療」，是治病、救治（CUYE）的意思（註五）。

所謂「護」，是看護、照顧（CAYE）的意思（註六）。所謂「理」，是道理

（註 一） 林尹、高明編，中文大辭典，第九冊，中國文化大學出版部印行，74年5月再版，497至499頁。

（註 二） 從護理人員法第二十四條規定，護理人員對於護理評估、護理措施及護理指導等業務，有獨立執行權，就可明白。

（註 三） 引自何容主編，國語日報辭典，國語日報社出版，74年4月28版，852頁；學生字典，文化圖書公司出版，67年7月1日再版，435頁。

（註 四） 同前註，554頁；學生字典，263頁。

（註 五） 詳見陳月枝等合著，「護理學導論」，匯華圖書出版有限公司發行，1991年6月初版一刷，224頁；聯合報，82年6月8日，28版，「提升護理地位與基層治療工作無關」。

（註 六） 對於「護」字的解釋，當代國語大辭典是：救助，例：「看護」，詳見百科文化事業股份有限公司出版，73年11月，第1版，2221頁。辭海是：對傷病及老、弱、幼、殘之「照料」，詳見台灣中華書局股份有限公司發行，71年3月第二版，第4118頁。

又實務上認為「照顧看護」，是護士的職責。如台灣台中地方法院檢察署81年度偵字第8212號過失致死案件的起訴書及台灣台中地方法院八十二年度訴字第1882號過失致死案件的刑事判決。

、條理或藝術（註七）。所謂「護理」，是看護、照顧人體健康及預防保健的道理或藝術（註八）。

所謂「藥物」，是指藥品及醫療器材。所稱「藥品」，是指使用於診斷、治療、減輕或預防人類疾病，或足以影響人類身體結構及生理機能的原料藥、製劑、成藥等。所稱「醫療器材」，包括診斷、治療、減輕或直接預防人類疾病，或足以影響人類身體結構及機能的儀器、器械、用具與其附件、配件、零件等（註九）。

第三節 醫事行為的定義

醫事行為過失，可分為「醫事行為過失傷害罪」、「醫事行為過失重傷害罪」及「醫事行為過失致死罪」三種，但是成立罪責的共通點，就是須有執行醫事行為。

醫事行為的種類繁多，古今不同，中外不一，醫事行為的涵義及範疇，在學理上與實務上也見仁見智，莫衷一是。而且因時代社會的變遷，醫事科學的昌明，又有昨是而今非的情形產生。究竟以何者的詮釋才對，以何種的範圍才妥，必須一一加以釋論，才能有所依循。

醫事行為包含「醫療行為」、「護理行為」、「藥物行為」、「保健行為」、「防治行為」等。前三者較有疑義，因而釋論如下。

所謂「醫療行為」，有廣義與狹義的分別。狹義的醫療行為，又稱為「臨床醫療行為」或「治療目的性的醫療行為」，是指醫療方法或醫療技術，經動物或人體實驗，證實其療效，而為醫界所公認採行的醫療行為而言（註一）。也就是衛生署所函釋的意義：「凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健為直接目的

（註 七） 對於「理」字的解釋，辭海是：「條理」，詳見同前註一，辭海部分，第2999頁。辭源（大陸版）是：「道理、條理」，詳見遠流出版事業股份有限公司出版，1988年5月1日，台灣初版，第1117頁。

（註 八） 護理的定義，曾有下列四種見解：

1. 護理是照顧病人的藝術。如簡麗華等翻譯，內科護理學上冊，華杏出版股份有限公司出版，73年9月修訂版，第2頁。
2. 護理是協助病人或健康的人，實行某些活動，以促進健康或導致安靜的死亡。如左如梅等編著，公共衛生與公共衛生護理學，南山堂出版社發行，73年7月二版，第5頁。
3. 護理是種協助他人達到健康的活動。如郭宜中等編譯，基本護理學，南山堂出版社發行，71年6月初版，第8頁。
4. 護理是一種幫助他人，去實行有利於健康或有助於疾病復原之活動。同前註。

（註 九） 藥事法第六條、第八條、第十三條。

（註 一） 中華民國醫事法律學會出版，醫事法學，第1卷，第2期，第6頁。

，所為的診察、診斷及治療，或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為處方或用藥等行為之全部或一部份的總稱為醫療行為。」（註二）廣義的醫療行為，除前述狹義醫療行為外，還包括「實驗性醫療行為」，又稱為「人體實驗」，是指醫療機構依醫學理論，於人體施行新醫療技術、藥品或醫療器材的試驗研究行為（註三）。

醫療行為，依醫療目的的不同，又可分為「診療目的的醫療行為」與「非診療目的的醫療行為」。前述衛生署的函釋，為診療目的性的醫療行為。而所謂「非診療目的的醫療行為」，是指非以治療傷病，維護健康為目的，所為的醫療行為而言。包括前述「研究性的實驗醫療行為」及其他不具診治疾病為目的所有的醫療行為，如非疾病的美容、整型、結紮、斷種及墮胎等手術都是。

本人認為：前述衛生署對於醫療行為的函釋，過於狹窄，不足以涵蓋全部的醫療行為。因此，應採廣義的醫療行為，就是包括「臨床性醫療行為」、「實驗性醫療行為」、「診療目的性醫療行為」及「非診療目的性醫療行為」在內。不論是執行狹義醫療行為或廣義醫療行為，都是屬於醫療行為範圍內。如此，才足以規範全部醫療行為，而保障全民身體、生命的安全。

關於為人量血壓，是否屬於醫療行為？不但司法界的見解，各不相同；就是衛生署的函釋，也前後不一致。

先就司法界講：一般檢察官的起訴書，都認為：測量血壓，是屬於醫療行為（註四）。法院的判決一般也認定：量血壓是醫療行為（註五）。但是台灣高等法院台中分院七十九年度上易字第7九九號刑事判決，有相反的見解，認為量血壓不是醫療行為。主要理由是：「量血壓依社會之通念，乃一般人皆得為之。則單純之量血壓行為，未與『診斷』或『治療』之行為相結合時，顯難認係『醫療行為』。」

再就衛生署講：為人測量血壓，是否為醫療行為？衛生署有數次的函釋，但見解不完全相同。民國六十九年以前的見解，認為：「藥劑師開設藥局，為了正當用藥，使用血壓計替患者量血壓，屬醫療行為。」「測量血壓，無論其使用儀器為何，均屬醫療行為。」「有關社區衛生專業促進委員會遴選熱心人士經由衛生所人員

（註 二） 衛生署65年4月6日，衛署醫字第10788號函。

（註 三） 醫療法第7條。

（註 四） 台灣台中地方法院檢察處78年度偵字第8526、9393號起訴書。

（註 五） 台灣台中地方法院78年度易字第5074號刑事判決書。

訓練，選擇適當地點免費為民衆量血壓，是否違反醫師法一節，如無醫師指導，仍構成違反醫師法罪。」（註六）

民國七十六年間的函釋，認為：「推銷之醫療器材，若屬測量血壓儀器，其為達促銷目的，僱用合格護士替民衆測量血壓，指導民衆自行使用，尚難認屬醫療行為；至若替民衆測量血壓，以促銷他種應由醫師或其他專業人員操作使用的醫療器材，或促銷需由醫師處方使用之醫療器材，或提供其他與診斷治療有關之行為，則應屬醫師法第二十八條所稱的擅自執行醫療業務。」「為推行公共衛生政策，加強衛生教育宣導，由基層衛生單位人員教導民衆測量血壓，使能自行觀察血壓之變化，供就醫參考，與替人醫療而測量血壓之情節有別，非屬醫療行為。」（註七）

前述台灣高等法院台中分院的判決，認為測量血壓是一般人都能做的，所以不是醫療行為。衛生署六十九年以前的函釋，認為凡是測量血壓，都屬於醫療行為。七十六年間的函釋，是依目的的不同而異其屬性。若為推行公共衛生政策或為推銷血壓儀器，指導民衆自行使用血壓器，而為民衆測量血壓，不屬於醫療行為。但若為替人醫療或為推銷其他醫療器材，而為他人量血壓，就屬於醫療行為。前者的函釋，已因後來函釋的變更，依後法優於前法、後令優於前令的原則，而不再適用。

本人認為：是否為醫療行為，應以行為的本質及目的為標準，而不是以一般人是否都會做為標準。所以，前述台灣高等法院台中分院的見解，值得商榷。衛生署七十六年間的函釋，見解中肯，且較切合社會的實情。因為以前一般人多不注重血壓，也少購買血壓儀器。近年來，由於經濟發達，生活品質提昇，醫療知識水準提高，民衆普遍重視血壓變化，並逐漸自購血壓器。但血壓器必須先經人指導，才能正確使用，這種指導示範，屬於教學行為，並非以醫療為目的。因此，不屬於醫療行為。除此以外的量血壓，都是屬於醫療行為。

至於醫師法第二十八條之罪，是以擅自執行「醫療業務」為要件。所以，為家人量血壓而不以此做為業務的，雖然是執行「醫療行為」，但不成立違反醫師法罪。

具體的講，舉凡診斷、處方、手術、記載病歷、施行麻醉、復健、給藥、注射、輸血、量體溫、針灸、擦藥、換藥、洗耳、洗眼、洗鼻、拔牙、鑲牙、補齒、接

（註 六） 引自衛生署65年12月22日、69年7月19日、73年4月26日，衛署醫字第86991號、265794號、474142號函。

（註 七） 引自衛生署76年8月18日、76年3月20日，衛署醫字第684017號、651697號函。

骨、整復、接生、產前檢查、產後檢查、人工流產、結紮手術、病理檢驗、X光攝影、香灰摻藥物爲人治病、針刺穴道經脈、開具祖傳草藥供人治病、依祖傳秘方代購中藥供人服用（註八），其他如視力回復、近視矯治、外傷縫合、喉嚨點藥水、抽口水（註九）及器官移植等，都屬於醫療行爲（註一〇）。

所謂「護理行爲」，沒有立法解釋，學者也各有不同的見解，因而沒有統一的定義。

有解釋爲：凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺爲直接目的，依據個案的生理、心理、社會狀況的資料，所爲的護理評估、護理診斷、護理計劃、護理活動、護理指導與諮詢稱之（註一一）。

有下定義爲：護理人員運用護理專業知識技能，對於護理對象所存在的身心病症，實施觀察、執行護理過程工作或操作護理專業技術等臨床護理行爲或從事疾病預防與健康維護等公共衛生護理行爲之總稱（註一二）。

前述兩種見解，是對護理行爲下定義的先例，值得我們讚賞。但可惜的是，都未將「護理」二字的涵義說出來。尤其是第一種解釋，將「治療、矯正」列入護理的直接目的，使「護理」與「醫療」無法分清，值得商榷。因爲「治療、矯正」是醫療的目的，而不是護理的目的。

本人認爲：所謂護理，是看護、照顧人體健康及防預保健的道理或藝術，已如前述（詳見第二節）。又「健康問題之護理評估」、「預防保健之護理措施」、「護理指導與諮詢」，是護理人員的法定業務權限（爲護理人員法第二十四條所明文規定）。因此，所謂「護理行爲」，是指看護、照顧人體的健康及預防保健，所爲的評估、措施、指導及諮詢等行爲的道理或藝術。

依上述的定義，可知護理行爲的涵義有三：

一、護理行爲是一種道理或藝術。

（註 八） 同前註一，第6、7頁。

（註 九） 行政院衛生署編輯，「衛生法令彙編」，75年3月初版，第121至144頁。

（註一〇） 衛生署75年7月8日、75年2月21日、75年2月6日、76年6月29日，衛署醫字分別爲第602887號、565731號、577947號、668914號函。及拙著，醫療過失的刑事責任析論，104頁以下。

（註一一） 盧美秀著，護理人員的法定權利與義務，第1、2頁。載於私立長庚護理專科學校編，護理人員法與護理實務研討會手冊，73年1月7日印，第1、2頁。

（註一二） 李聖隆著，醫護法規概論，華杏出版股份有限公司發行，1993年2月三版二刷，第60頁。

二、護理行為是看護、照顧行為的道理或藝術。

三、護理行為是看護、照顧人體健康及預防疾病等行為的道理或藝術。

又所謂藥物行為，包含製造、販賣、運送、寄藏、牙保、轉讓、意圖販賣而陳列藥品、醫療器材及調劑藥品等行為（註一三）。

一般人若執行前述的醫療、護理或調劑藥品等醫事行為，因過失致人傷亡，就應成立醫事過失犯罪。以下舉一則醫事行為過失的案例，做為參考：

有一個四歲的女童，因嚴重腹部疼痛，到醫院求診。醫師檢查結果，祇有小便不正常，陰道微紅，未發現引起腹部疼痛的原因。後來轉到婦產科徹底檢查結果，發現女童的陰道有一枚錫箔紙尚未拆掉的阿斯匹靈塞劑。她的母親才想起來，四天前替女兒退燒，不慎將塞劑誤放陰道內（註一四）。這種情形，可以成立刑法第二百八十四條第一項過失傷害罪。

在醫療機構或護理機構充當助手，對於求診的人，濫行給藥打針，或執行護理不當，誤傷人命，應成立什麼罪責？曾發生疑義。按該助手若是擔任治療或護理的業務，因過失致人死亡，就應負醫事業務上過失致死罪責。相反的，若不是擔任治療或護理的業務，是屬於普通過失致人於死罪，而不負業務上過失的加重責任（註一五）。

至於某醫師於出診急病時，為了趕時間，駕駛自小客車急速行駛，以致撞死路人。是否構成業務上的過失致死罪？也發生爭議。按業務過失必須過失與業務有直接的關係，才能成立。醫師駕駛自小客車，因急駛撞死路人，與醫師的特定醫療業務並不相同，自不成立醫療業務過失致死罪，只應以普通過失致死罪論處（註一六）。

第四節 醫事業務的要件

醫事業務過失犯罪成立的首要條件，須從事醫事業務的人，有執行醫事業務的事實。若不是從事醫事業務的人，縱使有過失，既不屬於醫事過失的範圍；又雖從

（註一三） 藥事法第八十二條至第八十六條。

（註一四） 台灣新生報，79年2月15日，14版。

（註一五） 最高法院70年台上字第5393號判決。

（註一六） 台灣高等法院檢察處及所屬地方法院檢察處45年12月份司法座談會，台灣嘉義地方法院檢察處提出的法律問題，研究結果（載於司法專刊，72期）。

事醫事業務的人，但是所執行的是醫事以外的業務，即使成立過失，也不屬於醫事業務過失的範疇。

因為刑法關於業務上過失犯罪的加重規定，以從事某種業務的人，因業務上過失而發生的犯罪結果，為適用要件。否則，祇能以普通過失犯論（註一）。因此，刑法第二百七十六條第二項的業務上過失致人於死罪，以行為人的過失，是基於業務上行為而發生者為限。

醫事業務是否以合法業務或收取費用為限？曾發生爭議，有分別加以釋論，以為適用上的參考必要。

所謂不合法業務，是指從事一定業務，未取得法律的許可，或其業務有背於公共秩序，善良風俗而言（註二）。

我國早期的實例，曾將不合法業務排除於業務範圍之外。例如前大理院七年上字第三〇號判決要旨：「未經允許而業醫，律有處罰明文。則以左道治病，自不能認為正當業務。亦即無玩忽業務上注意與否之可言。」

司法界對於密醫醫人致死，是否為業務過失？曾提出法律問題討論。要點如下

甲說：是業務過失致死，因密醫平日以為人診病為業務。

乙說：密醫不能認為是合法業務，此種情形僅是普通過失致死。

結論：以採甲說為當。

研究結果：刑法上所謂業務，是指以反覆同種類之行為為目的的社會活動而言。執行此項業務，縱令欠缺形式上的條件，不免違法，但仍無礙於業務的性質。密醫雖未領有醫師執照，欠缺充任醫師的形式條件，但既以此為業，仍不得說其行醫非業務。其因過失致病人於死者，自應成立業務上過失致人於死罪（註三）。

前述研究結果的見解，應屬正確。因為刑法上所謂業務，是以事實上執行業務者為標準，並不以已否領得執照為要件（註四）。否則，已取得合法執照者，執行其業務而有過失致人死傷時，依業務過失傷害或業務過失致死罪處斷，而未取得合法資格者，竟依普通過失傷害或普通過失致死罪論處，實在是輕重倒置，顯然不公

（註 一） 最高法院三十年滬上字第112號判決。

（註 二） 蔡墩銘著，「業務上過失致死罪之所謂業務」，載於軍法專刊，7卷，9期，18頁。

（註 三） 54年12月份司法座談會，提案機關為嘉義地檢處。

（註 四） 最高法院64年度台上字第891號判決。

平，而且不合理。

醫事業務是否須以收費、報酬或營利為目的？共有三說，分別敘述如下：

甲說：認為醫療業務應以營利為目的。因此，營利的目的，為醫療業務不可或缺的要件。

乙說：認為醫療業務應以取得生活資料為目的，與甲說以營利為要件不同，只以取得對待給付為已足。

丙說：認為醫療業務應有以醫療行為為常業的意思為已足，至於是否取得生活資料或取得利益，在所不問。

上述三說，是日本明治及大正年間，有關判例及學者的見解。其中甲說及乙說，為明治年間的看法，丙說為大正年間的看法（註五）。

我國行政院衛生署也曾多次函釋，須有收取費用或報酬，為醫療業務的要素。其中較具典型者，有下列三項：

例一：「查『拔火罐』為民間流傳之簡單單方，人人可為之。惟若以此為人治病收取報酬，當以違反醫師法論處。」（註六）

例二：「無醫師資格，雖持有藥商許可執照之中藥房，以祖傳秘方及固有成方供治病，並取費用。及既無醫師資格，又無藥商執照之人，以祖傳之青草與藥粉及蜂蜜供人治病，並取費用，均為醫師法第二十八條所指之密醫行為。」（註七）

例三：「氣功應屬國術之一種，是以強身為宗旨，如以氣功替人治病收取費用，應屬醫療業務。」（註八）

按執行業務，不問有無收費，有無報酬，是否以營利為目的，或有無職業性，只要具有反覆繼續性，就算是業務。而醫事業務，是以施行醫事行為為業務。因此，不以收取費用、收取報酬，更不以營利目的為要件。因為在日常生活中，診療或護理親戚、朋友的疾病，常有不收取費用的情形，但若以此為業，仍然屬於醫事業務。又義診的善行，也是屬於醫事業務。

一般情形，醫事人員與病患的診療、護理關係，通說認為準委任契約。依民法第五三五條規定，委任人的取得報酬，並非委任契約的成立要件。醫事不取得報酬

（註 五） 孫森焱著，「論醫師之意義及其法制」，載於法學叢刊，16期，25頁。

（註 六） 衛生署65年3月16日，衛署中字第107714號函。

（註 七） 衛生署67年2月1日，衛署醫字第179007號函。

（註 八） 衛生署70年8月27日，衛署醫字第339942號函。

，也不影響其為醫事契約的性質。因此，認為報酬為醫事的要件，實在不妥當（註九）。

我國司法院院解字第三二七三號解釋，也認為：「醫師在政府醫療機關擔任醫療工作，不得謂非執行醫師業務。」（註一〇）衛生署自民國七十二年，就改變見解，認為：「未具合法醫師資格人員，以祖傳外用膏藥供他人敷治瘡癤或為他人敷治，不論其是否收取報酬，均屬醫療行為。」（註一一）。

司法界的法律問題座談會的研究意見，同樣認為：如以醫療為業務，縱未收費，也應成立醫師法第二十八條第一項之罪（註一二）。

司法實務上的案例，也前後一致，認為報酬或營利，並非業務的要素（註一三）。

至於醫事業務的要件，是否必須以行為人有反覆執行醫事行為，並以醫事行為為社會活動？或是祇執行一次醫事行為，就算是執行醫事業務？數十年來，就有不同的見解存在。雖然經過多次研討，也沒有很詳盡明確的結論（註十四）。我們認為「以醫事為業務」的要件，有下列二項：

一、須有繼續執行醫事行為的意思

刑法上的業務，是指以反覆同種類的行為為目的之社會的活動而言。因此，必須主觀上有繼續執行醫事行為的意思，才具備「以醫事為業務」的要件。否則，欠缺主觀的意思，就不是「以醫事為業務」。

例如檢察官起訴意旨：李林女未取得合法醫師資格，竟在其夫開設的某內科診所，以棉花按住吳某腳上被機車排氣管燙傷破皮流水部份，擅自執行醫療業務，核其所為，是犯醫師法第二十八條第一項前段的罪嫌。

一、二審法院判決無罪理由：按醫師法第二十八條第一項之罪，以行為人反覆為同種類的醫療行為，並以其為社會活動，始克成立。行政院衛生署民國七十六年八月二十八日衛署醫字第六八六三九三號函，雖謂：「李林女於診所內，以棉花按

（註九） 同前註六。

（註十） 引自司法院35年10月18日，院解字第3273號解釋。

（註一一） 引自衛生署72年5月30日，衛署醫字第424760號函。

（註一二） 法務部檢察司，法（71）檢字第747號函，載於法務部公報，第25期，第55頁。

（註一三） 最高法院69年度台上字第998號判決及70年度台上字第193號判決。

（註一四） 同前註一三，及前司法行政部刑事司，台（67）刑（2）函字第561號、785號、1387號函，分別載於司法行政部公報，第68期，第15頁，第48期，第65頁，第50期，第35頁。

住吳某腿上被機車排氣管燙傷破皮流水部位之行爲，應屬醫療行爲」云云。惟查無任何證據足資證明被告李林女曾擅自執行其他醫療行爲，及有反覆爲醫療行爲爲其社會活動的主觀犯意。而就吳某是因鄰居路過該處，見破皮流水，才拿棉花給他擦拭情形以觀，無非是鄰居互助性質，還難認爲執行醫療業務（註一五）。

二、須有實際執行醫事行爲的事實

業務，雖以反覆執行同種類的行爲，爲目的之社會的活動，但是以事實有從事此種業務，而足以認爲具有繼續的意思爲已足，並不以事實上已經反覆從事此種業務爲必要（註一六）。因此，業務著重在主觀方面的繼續意思。「業務之繼續性，祇以繼續之意思爲已足。其已否反覆從事其業務，則無影響。如司機初次駕駛汽車，即將人輾斃之類。」（註一七）

因此，醫事業務，是指以反覆繼續的意思，從事醫事行爲而言。行爲人主觀有以醫事爲業務的意思，又有執行醫事行爲的事實，就是「以醫事爲業務」，不以有反覆執行醫事行爲爲限。但是必須至少有一次執行醫事行爲，才能稱爲「以醫事爲業務」。否則，僅主觀上有執行醫事行爲爲業務的意思，而實際尙未開始執行醫事行爲，就不是執行醫事業務。

可見，業務是指以繼續的意思，反覆爲同種類的行爲目的之社會的活動而言（註一八）。醫事業務，是以醫事行爲爲職業事務。不問是主要業務或附屬業務，凡是職務上給以機會，爲非特定多數人的醫事行爲，都是醫事業務（註一九）。

實習醫師、實習護士在實習中，是否屬於執行醫事業務？例如洪姓實習醫師在醫院小兒科實習時，適有四足月的嬰兒，因便秘而到急診室求診。在進行肛診時，應注意並能注意檢視清楚，再行探診，又無不能注意的情形。竟疏忽未注意，誤插入陰道，致外陰部紅脹，並呈擦過創狀（註二〇）。這種情形，究竟應成立醫事行爲過失傷害罪？或是醫事業務過失傷害罪？

按實習醫師、實習護士既然在醫院或護理機構從事醫事工作，主觀上就有繼續

（註一五） 台灣高等法院台中分院76年度上易字第2904號刑事判決。

（註一六） 最高法院70年度台上字第7011號判決。

（註一七） 引自陳樸生著，「實用刑法」，68年10月5版，第642頁。

（註一八） 最高法院29年上字第2264號、43年台上字第826號判例，及周治平著，刑法各論，632頁。

（註一九） 衛生署65年4月6日，衛署醫字第107880號函。

（註二十） 台灣基隆地方法院檢察署82年度偵字第2591號起訴書。

執行醫事行爲的意思，客觀上又有實際執行醫事行爲的事實。因此，實習醫師或實習護士是以執行醫事爲業務。若因怠於醫事上的注意，致人傷害，應成立刑法第二百八十四條第二項業務過失傷害罪。致人死亡者，應成立刑法第二百七十六條第二項業務過失致人於死罪（註二一）。

總之，醫事業務的要件，不但須有繼續執行醫事行爲的意思，而且更須有實際執行醫事行爲的事實，但是也以這二項爲要件而已。因此，醫事業務既不以領得醫事執照爲限，也不以收取報酬爲要件（註二二）。

第五節 結言及附表一

綜上所述，醫事包括醫療、護理、藥物、保健、防治等在內。醫事行爲包含醫療行爲、護理行爲、藥物行爲、保健行爲、防治行爲等範疇。

醫療的要義，是治療、救治；醫療行爲的要義，是治病、救治的行爲。護理的本質，是看護、照顧；護理行爲的本質，是看護、照顧的行爲。藥物的內容，包括藥品及醫療器材。藥物行爲的要點，包含製造、販賣、運輸藥物及調劑藥品等行爲。因此，三者的內涵及要點，各不相同。也因而影響於醫事過失犯罪的成立要件與刑罰輕重。

各項醫事行爲的定義及範疇雖然不同，但是各項的業務要件，卻都一樣。不但須有繼續執行的意思，而且更須有實際執行的事實。

爲了釐清範疇，提示要點，特將醫事的概念，列簡表於下：

附表一：醫事及醫事行爲的概念簡表

醫事	— 醫療 — 治病、救治。
	醫療行爲是指以治療爲目的，所爲的診斷、處方、用藥等行爲。
	— 護理 — 看護、照顧。
	護理行爲是指看護、照顧人體健康及預防保健等行爲。
	— 藥物 — 藥品、醫療器材。
	藥物行爲是指製造、運輸、販賣藥品、醫療器材及調劑藥品等行爲。
	— 其他 — 保健、防治。

（註二一） 最高法院25年度上字第6925號判例。

（註二二） 拙著，違反醫師法罪析論，78年6月30日出版，40頁以下。

第三章 過失的概念及要件

第一節 過失的概念

醫事過失犯罪的重心，在於過失的成立要件。不論是醫事行為過失或醫事業務過失，都以行為人有過失為要件。因此，被害人的傷害或死亡，須出於行為人的過失，才能成立。但是醫事過失犯罪，為刑法上過失犯的一種。因此，刑法上有關過失犯的規定，原則上都可以適用於醫事過失犯罪。

我國刑法第十二條規定：「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。」可見現行刑法是採過失責任主義，有過失才成立過失犯，醫事過失犯罪也不例外。醫事上須有過失，才能成立醫事過失犯罪。否則，就不成立醫事過失犯罪，也不負刑事責任。

刑法對於過失意義及成立要件，定有明文。刑法第十四條第一項規定：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。」第二項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者，以過失論。」

這二項規定，究竟那一項是「有認識過失」，那一項是「無認識過失」？又那一項是「懈怠過失」，那一項是「疏虞過失」？學者之間的說法，並不一致。

有的認為：第一項是有認識過失，又稱為疏虞過失；第二項是無認識過失，又稱為懈怠過失（註一）。

有的認為：第一項是無認識過失，又稱為疏忽過失；第二項是有認識過失，又稱為懈怠過失（註二）。

有的認為：第一項是無認識過失，又稱為懈怠過失；第二項是有認識過失，又稱為疏虞過失（註三）。

本人以為：不論從文字上講，或從涵義上講，刑法第十四條第一項應稱為「無

（註 一） 黃顯民編，刑法，慶祝第30屆司法節籌備會印行，第688頁。

（註 二） 趙琛著，刑法總論（無出版書局及年月日）第93、94頁。

（註 三） 陳樸生著，實用刑法，自刊，64年7月再版，第133、134頁。

認識過失」或「懈怠過失」，第二項應稱為「有認識過失」或「疏虞過失」，較為妥適（註四）。因為第一項是行為人對於犯罪事實的發生，並無認識，但按其情節應注意，且能注意，由於懈怠的不注意，而未認識的過失。因此，稱為無認識過失或懈怠過失，比較妥切。第二項是行為人對於犯罪事實的發生，本有預見（認識），由於自信不致發生，而疏於防虞的過失。因此，稱為有認識過失或疏虞過失，比較恰當（註五）。

上述過失的成立要件，是所有過失犯的共通要件。醫事上的過失，也應以這些要件為成立要件。因此，在醫事上若合於上述要件，就成立醫事過失，應負醫事過失的刑事責任。

過失犯既然分為「無認識過失」與「有認識過失」，醫事上的過失又適用於一般過失犯。因此有必要對於「無認識過失」與「有認識過失」的成立要件，分別加以詳論，並舉實例以為證明。

第二節 無認識過失的要件

剖析刑法第十四條第一項規定的內容，無認識過失的成立要件，共有下列四項：一、須非故意，二、須應注意，三、須能注意，四、須不注意。茲依序分別析述如下：

第一項 須非故意

刑法上所謂過失，是指沒有犯罪故意，但因欠缺注意，以致發生犯罪事實而言。是否過失，應以對於行為的結果，有無認識為標準。若明知有此結果，而悍然去做，是故意，而不是過失（註一）。因此，過失犯的首要條件，須非故意。欠缺故意的要件時，才成立過失。

故意是以認識構成犯罪的事實，並有意使其發生為內容。無認識過失，是以不認識構成犯罪事實的發生為成立要件；有認識過失，是以確信構成犯罪的事實不發生為成立要件。足見，不論是無認識過失或是有認識過失，都以無犯罪意圖為首要條件。

（註 四） 鄭健才著，刑法總則，自刊，70年10月初版，第14頁。

（註 五） 詳見最高法院56年台上字第154號判例及洪福增著，刑事責任之理論，刑事法雜誌社印行，77年12月修正再版，第328、329頁。

（註 一） 最高法院50年台上字第1690號判例。

醫事過失的成立，也是以犯罪故意為前提要件。若有傷害或殺人的故意，假藉醫事手段，以達到目的，就應成立故意傷害或故意殺人罪責，而不成立醫事過失犯罪。

第二項 須應注意

過失犯的第二成立要件，是「應注意」。所謂應注意，就是有注意義務。因此，注意義務為過失犯的中心要素。

所謂注意，在心理學上是：向著一定的對象而使意識集中，並緊張的情形。在法律上是：使意識集中並緊張，俾能認識並預見犯罪事實，以便在行為時，應付所預想危險的心理準備。

所謂注意義務，是為避免發生具體的結果，在法律上應為必要的內在及外在的作為與不作為的義務（註二）。

注意義務的本身，具有規範性，是「客觀的」存在。因此，醫事上注意義務的依據，包括下列四項：一、醫事法令規章上的注意義務，二、醫事習慣條理上的注意義務，三、醫事上先行行為的注意義務，四、社會生活中醫事上必要的注意義務。

所稱法令規章，包含狹義法律、行政規章及行政釋令等在內。這些法令規章，是預想定型的危險，而命令為種種預防危險的作為或不作為（註三）。為防止發生危害，以保護社會大眾的生命、身體、健康等權益，不但在行政命令中頒佈了很多醫事上應遵循的注意項目，而且在醫事法律中更明定了很多醫事上應遵守的注意事項。

上述法令規章所規定的注意義務，通常可做為刑法上認定注意義務的基礎。但是這些法規只明示在通常情形下的注意義務而已。因此，不能因這些法規中沒有規定，就認為沒有注意的義務；也不能以已遵守法規所規定的注意義務，就認為已履行注意義務，而免除一切責任。例如遇有緊急情形，為了安全起見，縱使不得不違反取締法規，但實質上並不違反刑法上的注意義務。相反的，在可以採取安全措施的情形下，若形式上違反法規，而不採取適當迴避結果的措施，不能說沒有違反注意義務（註四）。

按醫事上的注意義務，除法令規定外，醫事文獻的記載，也是很重要的依據。

（註 二） 洪福增著，刑事責任之理論，刑事法雜誌社印行，77年12月修正再版，297、300頁。

（註 三） 同前註，278頁。

（註 四） 同前註，275頁。

符合水準的醫事書籍、藥典等文獻所提供的內容，如診療、護理方法的指示，藥品、藥械使用的說明等，都是醫事人員所應遵守的義務（註五）。

例如注射盤尼西林前，應否先做皮膚試驗，曾發生爭議（註六），但是在醫學文獻上，認為有必要。醫事書籍曾記載：「對於容易引起無防禦性過敏之藥物，必須先做試驗。」「施用盤尼西林之前，宜先施行過敏試驗。」「盤尼西林的皮膚試驗，確可降低過敏性反應。」（註七）尤其在注射針劑的使用說明上，常指示注射之前，應先做皮膚試驗（註八）。可見，皮膚試驗是醫事人員所應遵守的注意義務

（註 五） 蕭錦鍾撰，醫療行為刑事責任之研究，67年5月，中興大學法研所碩士論文，179、180頁。

（註 六） 內政部55年3月28日，台內衛字第205181號函，不作硬性規定。載於司法行政部公報，185期，53、54頁。詳見拙著，醫療過失的刑事責任析論，81年6月出版，第179頁以下。

（註 七） 吳正吉著，施用盤尼西林的醫療責任；莊哲彥著，無防禦性過敏之治療；劉正義、鄭德齡著，盤尼西林過敏反應的抗菌療法，載於臨床醫學月刊，18卷，2期，110頁。

（註 八） 例如：

“永豐”博西林注射劑

Procillin Injection

【組成】每小瓶中含有：

Procaine Penicillin G……30萬單位

Buffered Penicillin G Potassium……10萬單位

【注意】

1. 注射前應實施皮膚試驗，以免注射時引起休克。

2. 注射時應避開神經通過之部位。

白黴素注射劑

六十萬單位 一百二十萬單位 二百四十萬單位

WYETH PENADUR L-A

600,000UNTS 1,200,000UNTS 2,400,000UNTS

六十萬單位衛署藥輸字第10545號 一百二十萬單位衛署藥輸字第10589號 二百四十萬單位衛署藥輸字第10557號

一、作用：

Penadur L-A是2分子Penicillin G與1分子鹽基（dibenzylethylenediamine）合成的鹽類。Penadur L-A每mg含有1200單位的penicillin力價，它在水性懸濁劑中安定。加蒸餾水後每ml含300,000單位。僅用於深部肌肉注射。

二、警告：

以penicillin 治療的病人須作過敏試驗，如有過敏者不得使用。偶而會發致命的過敏反應，雖然這種過敏症較常發生於注射治療，但口服也會發生。這些反應比較容易發生在曾對多種變應原發生過敏的病人，有文獻報告一些曾對Penicillin產生過敏反應的病人，以Cephalosporin治療也發生厲害的過敏反應。所以用Penicillin治療前應仔細詢問病人曾否對於Penicillins，cephalosporins或其變應原發生過敏反應。

。若因違反此項注意義務，因而致人傷亡，應成立醫事過失罪責（註九）。

習慣及條理上所要求的注意義務，就是一般社會生活通念上所要求的「相當的注意」，也就是客觀上一般常識所要求的注意程度。

注意義務具有「一般性」及「客觀性」，以有良知與理智而謹慎周到的人，所應有的注意程度為標準。因此注意義務是對「平均人」所要求遵守的注意程度，行為人應與之立於同一立場、同一職業或同一身分，具有的思慮及辨別力的注意程度（註一〇）。

關於醫事上的注意義務，一般的醫事水準是醫事行為所應注意的標準。也就是醫事界的同業者，通常一般所應遵守的注意。因此，從事醫事行為的人，在執行醫事行為時，應負有「平均醫事行為人」的注意義務。也就是負有一般專門醫事知識、技術、能力的注意程度。如全科醫師應負平均全科醫師的學識及技能的注意程度；專科醫師應負平均專科醫師的學識及技能的注意程度；護士應負平均護士的學識及技能的注意程度（註一一）。

注意義務的內容，具有高度的規範性質，應依具體狀況及注意能力，為不同的適用與判斷。例如酒醉、精神疲勞、體力不支、技術不熟練、視力已模糊等不能勝任醫事行為，竟還施行手術等醫事行為，就是違反注意義務（註一二）。

注意義務可分為「內在的注意義務」及「外在的注意義務」。所謂內在的注意義務，是指因自己的行為，對他人有可能引起實害或危險，事前就應集中注意力，提高警覺，並加以審察與判斷的注意義務。所謂外在的注意義務，是指行為人基於危險的認識，就應採取適當的措施，以避免發生危險結果的注意義務（註一三）。

在醫事上，若有違反內在或外在的注意義務，致人傷亡者，就應成立醫事過失犯罪。例如醫院的護士對於剛剖腹生產的嬰兒，使用電氈保溫。原應注意在使用之前，既須作必要的安全檢查；在使用期間，並須時常探視嬰兒的狀況，以免發生危

（註九） 最高法院54年度台上字第111號，58年度台上字第2883號、63年度台上字第64號、65年度台上字第4149號刑事判決，載於最高法院法律叢書編輯委員會印行，75年2月出版，最高法院民刑事裁判專輯（有關醫療糾紛之裁判），21、218、222、672頁。

（註一〇） 林山田著，論醫師的醫療過失問題，醫事法學，1卷，1期，65頁；韓忠謨著，過失犯之構成的問題，刑事法雜誌，32卷，1期，7頁；同前註二，279頁。

（註一一） 同前註，林著；林敬義講述，對醫療糾紛之私見，司法官訓練所76年3月，講義，3頁。

（註一二） 同前註二，293頁。

（註一三） 韓忠謨著，過失犯之構成的問題，載於刑事法雜誌，32卷，1期，7、8頁；林山田著，論過失犯罪，載於政大法學評論，34期，16、17頁。

險。依當時情況又非不能注意，竟疏未注意，致因電氈發生故障蓄熱，使嬰兒受到二至三度的灼傷逾百分之四十，合併急性腎臟衰竭死亡。該護士因而被判決：依業務上過失致人於死罪，處有期徒刑一年，緩刑三年，並確定在案（註一四）。其中使用前細心檢查，是內在的注意義務，使用中的勤加探視，是外在的注意義務。

注意義務又可分為作為的義務與不作為的義務二種。違反醫事上作為的義務，應可成立醫事過失犯罪。但是醫師拒絕應診義務，如醫院的醫師拒收因為傷重流血不止，情況危急的病患，致病患於轉診途中，因失血過多而死亡，可否成立醫事過失犯罪？曾發生爭議。約有下列三種不同的見解：

甲說：醫院與病患之間的醫療關係，屬於民事契約關係。依契約自由原則，醫院既尚未承諾，醫治契約還未成立，醫師不負有救治的義務，自不負作為犯的责任。

乙說：醫師法第二十一條規定：醫師對於危急的病患，不得無故不應招請或無故遲延。因此該醫師負有作為義務，其單純不作為，致病人死亡，就難辭業務過失致死罪。

丙說：該醫師應否負過失致死罪，應依個案事實認定。但是對於已無自救能力的病患，依醫師法規定應負救治保護的責任，其無故不予診治，自難辭刑法第二百九十四條第二項違背法令義務遺棄，因而致人於死的刑責。

前述法律問題的提案機關研究結論，是採丙說；法務部檢察司研究結果，認為以甲說為當（註一五）。

本文認為：醫師拒絕應診義務的刑事責任，應依個案事實具體認定。因為各個案情，千差萬別，錯綜複雜，而且醫療機構有醫院與診所的區別，醫院又有教學醫院與非教學醫院的不同。因此，不能一概而論。

就本件來講，該醫師應成立醫事過失犯罪，比較妥適合理。主要理由，有下列四項：

一、急救危急病人屬於強制醫療契約

按醫療契約可分為「任意醫療契約」與「強制醫療契約」。前者是指依契約自由原則，由醫院或醫師與病人任意訂立的契約。後者是指醫療契約的成立，依法律

（註一四） 台灣台中地方法院82年度訴字1882號刑事判決。

（註一五） 台灣高等法院檢察處暨屬各法院檢察處76年度法律問題座談會，載於台灣高等法院檢察處法律問題彙編（特別法），70頁。

的規定，具有強制性，醫院、醫師或病人沒有拒絕的權利（註一六）。

醫療行為原則上屬於任意醫療契約。但是自十九世紀末期以來所盛行的社會主義，主張法律社會化，注重社會公益，以增進共同生活利益。因此，對於部分醫療業務，為維護社會大眾的健康，轉而採取強制醫療契約。就病人方面講，如對於傳染病病人，嚴重精神病人及感染人類免疫缺乏病毒者的強制治療。就醫事人員方面講，如助產士不得無故拒絕或遲延接生；醫院診所遇有危急病人，應即予以救治，不得無故拖延；醫師不得無故拒絕急救危急病人（註一七）。

由此可見，醫師對於危急病人的急救，應屬於強制醫療契約。

二、急救危急病人屬於法定醫療義務

對於危急病人的急救義務，不但醫師法第二十一條定有明文，而且醫療法第四十三條更明白規定：「醫院、診所遇有危急病人，應立即依其設備予以救治或採取一切必要措施，不得無故拖延。」尤其本件的醫療機構是醫院，而依醫療法第四十二條規定醫院在診療時間外，還是應依其規模及業務需要，指派適當人數的醫師值班，以照顧急診病人。所謂「無故」，是指無正當理由。依本件題旨，該醫師不為急救，顯然沒有正當理由。可見，本件醫師拒絕急救，已違反醫事法規所規定的作為義務。

三、危急病人轉診必須符合法定要件

轉診必須符合醫事法規上的要件，對於危急病人的轉診更負有特別的注意義務。如醫療法第五十條規定：醫院、診所因限於設備及專長，無法確定病人的病因或提供完整治療時，才能建議病人轉診。尤其對於危急病人更應先作適當的急救處置，才可轉診。本件依題旨，既不符合轉診法定要件，連止血等急救行為，也未執行，明顯違反注意義務。

四、維護全民的生命安全及身體健康

醫師法及醫療法的立法目的，在於「保障病人權益，增進國民健康」（醫療法第一條）。因此，對於拒絕應診義務，確實嚴重者，在理論上應可成立過失犯罪，以達到醫事法規的立法目的。本件該醫院的醫師對於重傷流血不止，有急迫重大危險的病人，原本可以很容易為其止血或注射點滴等急救處置，竟無故拒絕，致病人

（註一六） 李聖隆著，醫護法規概論，華杏出版股份有限公司，1993年2月3版2刷，94頁。

（註一七） 傳染病防治條例第十九條，後天免疫缺乏症候群防治條例第十條，精神衛生法第二十一條，助產士法第二十二條，醫療法第四十三條，醫師法第二十一條。

失血過多死亡，顯應成立業務過失致死罪。這種見解，應受肯定。因為不但符合社會相當性的法理，而且更能維護全民的生命安全及身體的健康（註一八）。

前述法律問題的研究結論，是民國七十六年間的見解。到現在因為醫事法規已較完善，醫事人權日漸高漲，醫事見解也應隨著改變。因此，有再檢討的必要。

第三項 須能注意

無認識過失的第三成立要件，是須「能注意」。所謂能注意，就是具有注意能力。

行為人必須具有注意義務的能力，才能成立過失責任。否則，依行為人的周圍、環境或身心情況，沒有注意的能力，不能期待能注意，屬於不可抗力，就不能認定有過失。因此，過失的責任，只在可能注意的情形下，才能成立（註一九）。

行為人可能因生理或心理的缺陷，欠缺在特定情況下，必需具備特定的技能、知識或經驗，而不具有注意能力。但行為人對於特定的活動或工作，雖然認識自己的身心情況，為能力所不能負擔，仍冒然從事，是屬於「超越承擔過失」，而可成立過失犯罪（註二〇）。

注意能力的標準，有下列三種學說：

甲、主觀說：主張以行為人的注意能力為標準。與民法上所謂「應與處理自己事務為同一之注意」的標準相當。

乙、客觀說：主張以普通謹慎周到的人所能有的注意為標準。與民法上所謂「善良管理人」的注意標準相當。

丙、折衷說：主張行為人的注意能力，若高於普通人，就以普通人的注意能力為標準；低於普通人，就以行為人的注意能力為標準。以上三說中，學者多採折衷說（註二一）。

司法院三十四年院解字第二九四六號解釋：「關於過失責任，應依刑法第十四條第一項以善良保管為應注意之標準，並以保管人注意能力為其能注意之標準。」從前述解釋表面上看，好像是採折衷說。因為所謂善良保管人的注意，是指依交易

（註一八） 倉澤文雄著，醫師的應診義務的刑事責任，許啓義譯，載於法務通訊，1225、1226期，2版。

（註一九） 同前註二，294頁。

（註二〇） 林山田著，刑法通論，75年2月再版三刷，275頁。

（註二一） 韓忠謨著，刑法原理，67年2月增訂十二版，212至214頁。

上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意的人，應盡的注意（註二二），屬於客觀說。又所謂保管人注意能力，是指保管人處理自己事務所能有的注意能力，屬於主觀說。但是仔細加以分析，前者是「應注意」的標準，為客觀的一般注意義務，屬於「注意義務」的範圍。與本項「能注意」不同範疇。因為本項是專講「注意能力」。而注意能力的主觀說所謂「行為人」與前述院解字「保管人」的意義相同；主觀說所謂「行為人的注意能力」與前述院解字「保管人注意能力」的意義也一致。可見前述司法院對於注意能力的標準，是採主觀說，而不是折衷說。

醫事人員的注意能力標準，是否也採同樣的見解？有進一步研究的必要。對於醫師執行醫療業務的注意能力，有三種不同的看法。茲分述如下：

1. 主觀說：主張以醫師本人的注意能力為標準（註二三）。

2. 客觀說：主張以一般醫師的注意能力為標準（註二四）。

3. 折衷說：主張醫師對於行為的不預見，依客觀說為標準；結果的不預見，以主觀說為標準（註二五）。

日本及美國學者，以客觀說為通說，實務上也採客觀說（註二六）。本文也認為醫事人員的注意能力標準，以客觀說為可採。主要理由，有下列二項：

甲、從醫事人員資格的取得講：醫事人員執行醫事業務，必須經醫事人員考試及格或檢覈合格，才有資格（醫師法第一、二條，護理人員法第一、三條）。這表示已合於一般醫事人員所應具有的醫學知識及醫學技能。因此，應以一般醫事人員應有的注意能力為標準。

乙、從醫事業務的特性講：醫事的目的，在於維護健康、增進健康，以延長生命。但是醫事行為的本質，伴隨高度的危險性。因此，醫事人員必須負較高的注意義務，以養成醫事人員具有客觀標準的注意能力，而確保國人身體、生命的安全。

所謂「一般醫師」，是指具有專門學識與技術能力，且能遵守各種應注意義務的醫師而言（註二七）。

客觀說所採取一般醫事人員的注意能力為標準，又稱為「一般醫事人員的平均

（註二二） 最高法院42年度台上字第865號民事判決。

（註二三） 陳樸生著，實用刑法，66年9月3版，133頁。

（註二四） 同前註二，215、216頁。

（註二五） 周治平著，刑法總論，51年9月15日初版，288、289頁。

（註二六） 同前註二，174、175頁。

（註二七） 同前註一一。

注意能力」。醫事人員可分為醫師、護理人員及其他醫事人員。醫師分為全科醫師、專科醫師及實習醫師，全科醫師的注意能力，是以全科醫師的平均注意能力為標準；專科醫師的注意能力，是以同科醫師的平均注意能力為標準（註二八）；實習醫師的注意能力，應以所有實習醫師的平均注意能力為標準。護理人員可分為護理師、護士及實習護士。護理師的注意能力，是以護理師的平均注意能力為標準；護士的注意能力，是以護士的平均注意能力為標準；實習護士的注意能力，應以所有實習護士的平均注意能力為標準。其他醫事人員，依此類推。

至於密醫、密護等不具醫事人員資格者的注意能力，仍應比照前述醫師、護士等有醫事人員資格的注意能力為標準。因為醫事業務具有很大的危險性，而密醫、密護認識自己的醫學、醫術、護理學或經驗，對於醫事業務不能負擔，還冒然執行，屬於學說上的「超越承擔過失」，而可以成立醫事過失責任（註二九）。如此，才可以確保社會大眾的健康及生命。

實務上也採取同一見解。例如：被告無醫師執照，應注意並能注意而竟不注意，明知自己無一般婦產科醫學知識，未能查明吳女流血的原因，而加以止血，僅予注射葡萄糖液、強心興奮劑及代用血漿「血存」注射液，致使吳女仍流血不止。終因出血過多，休克而死，自難免負業務上過失致人於死的刑責（註三〇）。

第四項 須不注意

無認識過失成立的第四要件，須「不注意」。所謂不注意，就是怠於注意或缺乏注意。更明白的講，就是欠缺意識集中並緊張，以認識並預見犯罪事實，又欠缺應付預想的危險，以迴避結果發生的心理準備（註三一）。

只有不認識犯罪事實，還不能認定有過失。因為欠缺犯罪事實的認識，沒有怠於注意，也不能認為有過失。因此，認定有過失，還須有不注意的要件，也就是違反注意義務。

對於過失犯，有舊過失論與新過失論二種不同的理論存在。舊過失論認為：過失犯的本質，是以侵害法益，惹起犯罪的結果為要件。所謂不注意，是因行為人未

（註二八） 同前註十，林著，68頁。

（註二九） 同前註二，275頁。

（註三〇） 最高法院60年台上字第1484號刑事判決，載於最高法院法律叢書編輯委員會印行，最高法院民刑事裁判專輯（有關醫療糾紛之裁判），75年2月出版，551頁。

（註三一） 同前註二，300頁。

為意思集中並緊張，以致欠缺應認識並預見違法的犯罪構成事實，因此應受法律的非難。新過失論認為：過失犯的成立，除惹起侵害法益的結果外，還須行為人違反外部的注意義務。所謂不注意，行為人除欠缺認識結果發生的意識緊張外，同時欠缺對迴避結果發生的外在注意義務，才能成立過失犯（註三二）。

因新過失論的發揚，使過失犯的不注意，不但應在責任方面，考量行為人對結果發生的預見，是否為意識的集中或緊張外，而且更應就違法方面，考量行為人是否盡力防止結果發生的意識集中或緊張。如此解釋，使過失犯的成立要件，更加明確（註三三）。

例如：值班醫師正在搶救危急的病人或正在處置某些緊急的工作，而無法離開去急救其他的病患，是屬於「不能注意」，而「非不注意」。因此，雖其他的病患不幸死亡，也不成立醫事過失犯罪（註三四）。

總之，醫事過失犯罪中的無認識過失的要件，共有前述四項。不但由前而後，秩序井然，而且更須四項要件齊備，才能成立。

第三節 有認識過失的要件

有認識過失的成立要件，一般論著較少詳細討論，實務上出現的地方也不可多見。但是有認識過失是過失的一種，而且成立要件，既與無認識過失有所不同，又與間接故意有似同而實異的地方。因此，有詳加剖析的必要。

有認識過失的特別成立要件有二項：一是「預見其能發生」，二是「確信其不發生」。現在分別敘述如下：

第一項 須預見其能發生

有認識過失的第一個特別成立要件，須「預見其能發生」。所謂「預見」，在辭典上的注解是：「推理預測未來的發展。」（註一）「根據科學規律，預測事物的未來發展。」（註二）在法律書籍上的解釋是：「依常識或日常生活之經驗，可

（註三二） 廖正豪著，過失犯論，三民書局印行，82年8月初版，117、118頁。

（註三三） 同前註二，155頁。

（註三四） 台灣彰化地方法院檢察處77年度相字第330號心肌梗塞案件；行政院衛生署77年11月10日，衛署醫字第757977號函及77123號鑑定書；大陸劉振聲主編，醫療事故糾紛的防範與處理，人民衛生出版社，191頁。

（註一） 引自何容主編，國語日報辭典，國語日報社出版，74年4月28版，923頁。

（註二） 引自卓鑫發發行，廣辭林，台灣東華書局股份有限公司出版，69年8月10版，1403頁。

以想見者。」（註三）「即預測之見。申言之，即以日常生活經驗與常識判斷，足以得知其結果者而言。」（註四）

本文認為：預見，是指行為人依知識或經驗的判斷，可以知道自己行為的結果而言。因為預見不一定都須要根據科學規律那麼高深的學問；同時也不一定只限於一般常識而已，有時還須要靠專業知識，才能預見。因此，解釋為依知識或經驗的判斷，比較簡明周延。

「預見」，最簡單的講，就是「認識」。雖然預見與認識用字不同，但是含義是相同的。因為所謂認識，就是「認知事物的心理作用。」（註五）「含有判斷作用之知的作用，與知識之義略同。」（註六）因此，懈怠過失在學理上又稱為無認識過失或無預見過失；而疏虞過失在學理上又稱為有認識過失或有預見過失，主要原因就在這裡。

所謂「預見其能發生」，是指行為人認識自己的行為，可能發生構成犯罪事實的結果而言（註七）。因為刑法第十四條第二項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生……。」「其」字，就是「構成犯罪之事實」的代名詞。又過失犯必須有結果發生，才受非難。也就是有結果發生時，行為才成為構成犯罪的事實。所謂「對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生」，實際上是指「對於構成犯罪事實的一定結果的發生，雖預見其能發生」的意思（註八）。因此，所預見的，是指構成犯罪事實的結果。

「預見其能發生」與刑法第十三條第二項間接故意的「預見其發生」相比較，多出了一個「能」字，意義也就不一樣。「預見其能發生」，是指結果發生的預見。而結果是否發生，不是行為人所能左右，祇是可發生而已。因此，認識的程度比較弱。「預見其發生」，是指行為實施的預見。而行為是否實施，是行為人所能左右，並不祇是可能實施而已。因此，認識程度比較強（註九）。

（註 三） 引自楊大器編著，刑法總則釋論，64年9月修訂10版，110頁。

（註 四） 引自王振興著，刑法總則實用，第一冊，1989年6月初版，403頁。

（註 五） 引自重編國語辭典，第5冊，台灣商務印書館發行，70年12月3版，4359頁。

（註 六） 引自辭海，台灣中華書局發行，67年4月大字修訂本台18版，酉集，36頁。

（註 七） 同前註四，422頁。

（註 八） 鄭健才著，刑法總則，70年10月初版，115頁。

（註 九） 鄭健才著，刑法上之「明知」與「預見」，軍法專刊，32卷，2期（75年2月發行），5頁。

「預見其能發生」又與刑法第十七條加重結果犯的「能預見其發生」不同。兩者所使用的文字，雖字數一樣，但是「能」字的位置不同，因此意義也有所差別。因為「能預見」，是指「應能預見，而未預見」而言，行為人本意上沒有要使犯罪的結果發生。若主觀上有預見，而結果的發生，又不違背本意時，就屬於故意的範圍（註一〇）。因此，能預見其發生，以行為人對於加重結果之發生，有預見之可能為已足。至於能否預見，是採客觀主義，以一般人的通常觀念為判斷的標準。但是「預見其能發生」，以行為人主觀上有預見為必要。有無預見，是採主觀主義，以行為人的心理活動為判斷的標準（註一一）。

第二項 須確信其不發生

刑法第十四條第二項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，……而確信其不發生者，以過失論。」可見有認識過失的另一個成立要件，是「確信其不發生」。

所謂「確」，是堅定、確定的意思。所謂「信」，是相信、不疑惑的意思（註一二）。所謂「確信」，是指很堅定的相信或無疑惑的相信。「其」字，是「構成犯罪之事實」的代名詞。所謂「確信其不發生」，是指行為人對於構成犯罪事實可能發生的結果，雖然有所預見，但在主觀上很堅定的相信自己的技術或才能等等因素，絕對不會發生危險而言（註一三）。

有認識過失與刑法第十三條第二項不確定故意（又稱為間接故意）所規定的「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」，有相同的地方，也有相異的地方。相同的地方是：二者都以行為人對於構成犯罪的事實，預見其發生，為成立要件。

二者不同的地方在於：不確定故意是採希望主義，須行為人對於構成犯罪事實的發生，不違背其本意，才能成立。而有認識過失的行為人，在本意上不希望構成犯罪事實的結果發生，而結果竟發生了（註一四）。

至於有認識過失與無認識過失在構成犯罪事實的認識方面，雖有差異：前者有預見，後者沒有預見。但是二者都是因怠於注意，以致構成犯罪事實的發生，並無

（註一〇） 同前註，及最高法院47年台上字第920號判例。

（註一一） 同前註七。

（註一二） 同前註五，第16、278頁。

（註一三） 同前註四，第422、423頁。

（註一四） 拙著，醫療過失的刑事責任析論，自刊，81年6月出版，157頁以下。

不同。而且二者所成立的責任，也沒有輕重的差別（註一五）。

在醫事過失中，有認識過失的案例，比無認識過失少見。以下舉三件已判決確定的案例，做爲參考。

案例一：被害人的死亡，雖非服用健胃正氣散所生的直接結果，然上訴人亂投藥物，延誤病情，以致被害人所患肺炎未能及時治療而死，不能謂無相當因果關係。上訴人不諳醫道，擅自爲人治病，其有致人死亡之虞，非無預見，因確信其不發生，而貿然爲之，終於使被害人發生死亡的結果，自有認識過失的責任，應負過失致人於死罪責（註一六）。

案例二：上訴人爲被害人治病，不給飲食五穀及不准請醫治療，雖據說是九千歲神示，難認爲有加害故意。但明知被害人久病衰弱，加以妊娠在身，既不延醫診治，復使飲食失調，必將導致死亡。竟因迷信而囑使不另求醫，及不令服食五穀，對於被害人嗣後死亡的發生，不能說無預見。因此，應負過失致人於死的罪責，堪以認定。……依刑法第二百七十六條第二項，判決被告從事業務之人，因業務上的過失致人於死罪，處有期徒刑四年（註一七）。

案例三：薛某是婦產科醫師，但未取得優生保健醫師的資格。於民國七十七年九月七日，意圖營利，收費新台幣（下同）二千七百元，受懷胎二月餘的婦女黃女的囑託，實施人工流產，使之墮胎。因未發覺黃女所懷胎兒是雙胞胎，當時僅取出一個胎兒，而留下另一胎兒繼續發育長大。到同年十一月二日下午二時許，黃女再度前往求診，薛某可預見該胎兒已五個月大，施行人工流產手術具有危險性。竟再受黃女的囑託，而另行起意，免費爲黃女墮胎，手術中使黃女子宮底破裂，引起出血性休克死亡，因而被判決：意圖營利，受懷胎婦女的囑託，而使之墮胎，處有期徒刑捌月，又受懷胎婦女之囑託，而使之墮胎。因而致婦女死亡，處有期徒刑拾月。應執行有期徒刑壹年貳月，緩刑伍年（註一八）。

前述三個案例中，第一例是有認識過失的典型實例。因爲不但論斷「預見」、「確信其不發生」的要件，而且直截了當以「有認識過失」的文字，表現在判決上

（註一五） 蔡墩銘著，中國刑法精義，漢林出版社印行，75年6月4版，第176頁。

（註一六） 最高法院57年度台上字第1582號刑事判決。載於林辰彥等主編，最新活頁綜合六法審判實務，刑法總則第一冊，名拓書局出版，79年12月初版，第328頁。

（註一七） 最高法院民刑事裁判專輯（有關醫療糾紛之裁判），最高法院法律叢書編輯委員會印行，第589至591頁。

（註一八） 台灣高等法院78年度上訴字第2615號刑事判決。

。第二例及第三例雖然都論到「預見」部分，但是對於「確信其不發生」部分，卻沒有提到。

無認識過失、有認識過失及不確定故意在本質上及要件上，各有明顯的不同地方。但是在實務適用時，容易使人混淆不清，甚至難分難解。以下舉一件最高法院在醫事過失犯罪上的判決要旨，做為研討。

「上訴人係從事醫療業務之人，既明知被害人之病況嚴重，因其祖父陳某未同意住院即不予詳細檢查，以急症慢醫之方法，給予早年處方之藥物服用，其完全置被害人新發之心臟病症於不顧，致因未獲適時有效之治療，心臟衰竭，併合藥物過敏反應致死，其在治療業務上顯有應注意並能注意，而不注意之過失，即應負業務上過失致人於死之罪責。」（註一九）

前項犯罪事實，究竟應適用無認識過失或不確定故意或有認識過失？疑義叢生，值得剖析。依該判決要旨的結論：「有應注意並能注意，而不注意之過失。」是屬於無認識過失。但是從該判決所論述的理由來看，應屬於不確定故意。因為其中的「明知」被害人之病況嚴重，「不予」詳細檢查等，是屬於不確定故意的用語。又其動機是「其（被害人）祖父不同意住院」，而引起「完全置被害人……於不顧」等，有不確定故意的犯意。

又從該判決所認定的犯罪事實來看，應屬於有認識過失。「本件原判決引用第一審判決書所記載之事實，認定上訴人李某係某醫院醫師，於民國六十年四月四日上午十時許，診察病人陳某時，發現該病人面部發腫蒼白、心臟腫大、腹水、腹脹、小便含蛋白量四個『+』、紅血球二十一至二十二、殘渣甚多、呼吸困難，病態嚴重，竟因陳某之祖父未同意住院，即未予詳細診斷，明知人體有上述症狀，可能患有高血壓、心臟衰竭現象，投以藥物時，須加注意，乃疏於業務上之注意，未為陳某量體溫、血壓，亦未利用心電圖檢查心臟狀態，以急症慢醫之方法，率依照五十七年八月十八日在同院醫治無效果之處方，給予針藥，為其注射四環黴素二西西，給予七日份含有金黴素及副腎荷爾蒙劑胃藥之藥物二十一包，未依病人嚴重之病狀態，先治療利尿強心，及尿毒之急救對症療法，致陳某因未獲適當之治療，心臟衰竭，於當日下午四時許死亡等情。」

因為前述事實，是用「未予」、「未為」、「未依」、「未利用」，而非「不

（註一九） 同前註一六，第177至180頁。

予」、「不爲」、「不依」、「不利用」，應屬於過失，而不是故意。又「明知」，在本意上應屬於「預見」。尤其是「以急症慢醫之方法」，「率依……之處方」，是確信其不發生。因爲上訴人曾爲被害人診治過，自信舊處方仍有效，至少不致死亡。可見，本件依事實所載，應屬於「有認識過失」。

總之，本件判決所認定的理由，不但措詞不當，而且與事實矛盾。因此，才會令人產生不知是無認識過失，或不確定故意，或有認識過失的疑義。

第四節 結言及附表二至四

醫事過失犯罪的構成要件中，最重要的是行爲人須有過失。否則，若無過失，就不成立醫事過失犯罪。

現行刑法對於過失要件，雖有明文規定，但是言簡意賅，爲了深明涵義，提示要點，特列過失要件剖析簡表二如後。

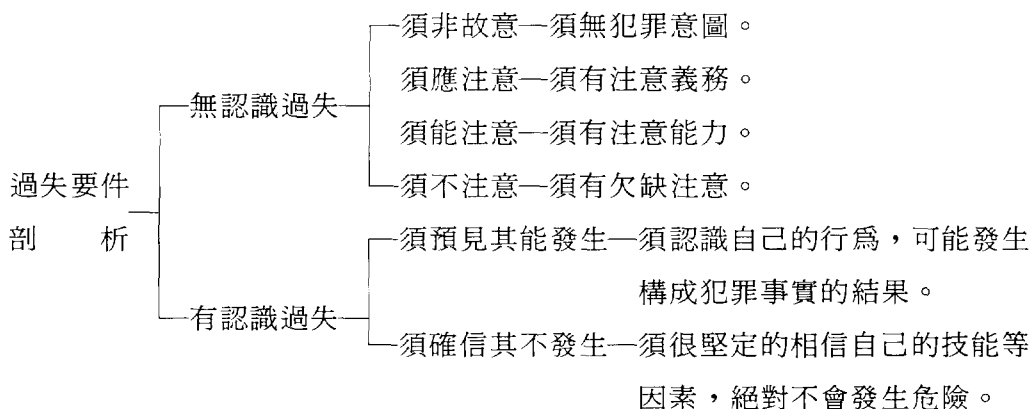
至於實務上的情形，行政院衛生署醫事審議委員會從民國七十六年四月起，到民國八十二年十二月止，受委託鑑定的醫事糾紛案件，共有九百五十三件。其中告訴的八大原因，依順序爲：一、醫療不當，二、手術相關，三、延誤治療，四、用藥不當，五、診斷疏失，六、接生不當，七、護理不當，八、延誤轉診。詳如附表三。

鑑定結果，有疏失的佔百分之九點七，可能有疏失的佔百分之八點一，無疏失的佔百分之五十七點九七。詳如附表四。

所有執行醫事的人員，不但應瞭解醫事過失的原因，而且平時應隨時研究醫事學識及醫事技術，以達到一定的醫事水準；在執行時，更應保持精神集中，謹慎周到，以克盡應盡的注意義務。如此，既能消弭醫事糾紛的發生，又能避免醫事過失的犯罪，而確保全民身體的健康與生命的安全。

綜上所述，醫事過失犯罪在法律上的構成要件疑義叢生，就是實務上的適用見解也相當紛歧。因此，如何完善的立法，如何妥當的適用，以平衡醫事責任與病患權益，而確保全民身體健康與生命安全，並兼顧整體醫事發展與醫事進步，是今後研究醫事過失犯罪的重要工作。

附表二：過失要件剖析簡表。



附表三：醫事鑑定案件告訴原因統計表，資料來源：行政院衛生署83年5月13日，衛署醫字第83019705號函之附件，表三。

年度別	合計	診斷相關	醫療過程					接生不當	護理不當	其他
			醫療不當	用藥不當	手術相關	延誤治療	延誤轉診			
76	129	3	78	4	1	14	1	2	4	22
77	160	13	77	15	4	6	2	3	3	37
78	140	4	64	8	11	9	7	2	0	35
79	115	7	49	6	7	7	2	6	0	31
80	133	11	46	9	17	7	1	6	0	36
81	147	0	49	11	11	13	0	5	5	53
82	129	2	35	6	16	9	0	6	4	51
合計	953	40	398	59	67	65	13	30	16	265
%	100%	4.2	41.8	6.2	7.0	6.8	1.4	3.1	1.7	27.8

附表四：醫事鑑定案件鑑定結果統計表，同前，表一。

年度別	合計	鑑定結果			
		有疏失	可能疏失	無疏失	其他
76	129	8	12	95	14
77	160	16	7	103	34
78	140	7	9	91	33
79	115	12	9	70	24
80	133	10	14	80	29
81	147	16	14	65	52
82	129	23	12	48	46
合計	953	92	77	552	232
%	100	9.7	8.1	57.9	24.3

第四章 醫事過失犯罪與舊過失論

人類的文化，不斷地在變化，不斷地在進步。法律制度及法律理論，也隨著文化不停的在演變。唯有這樣，才能日新又新，以適合時代的潮流及社會的需要。否則，若停滯不前，將阻礙人類文明的進步。

就以過失犯的理論為例，最早的過失理論，被稱為「舊過失論」或「傳統過失

論」。後來演變為「新過失論」，最近再發展為「危懼感說」，又稱為「新新的過失論」。這些理論，起先由少數人所提倡，接著由很多人發揚光大，最後就成為實用。這些理論，一方面對於一般過失犯產生了很大的衝擊力，另一方面也影響於醫事過失的成立要件。

其中的「新過失論」，對醫事過失的刑事責任，更有環環相扣的密切關係。尤其是「容許危險」、「信賴原則」，不但可以適用於醫事過失，而且更是醫事過失的重要理論依據。就是「危懼感說」，對於醫事過失也有相當的影響力。「監督過失」是其中最明顯的例證。

因此，以下先分別論述「舊過失論」、「新過失論」及「危懼感說」後，再詳論容許危險、信賴原則、監督過失對於醫事過失犯罪的適用。

舊過失論又稱為傳統過失論，起源於古典犯罪學理論。傳統的犯罪理論體系，將犯罪分為客觀面與主觀面，又將犯罪的要件，分為構成要件該當性、違法性及有責性三項。其中的構成要件及違法的要素，屬於犯罪的客觀要件；而責任的要素，屬於犯罪的主觀要件。過失與故意同為犯罪的心理、主觀的要件，屬於犯罪的責任要素，既不屬於構成要件的要素，也不屬於違法的要素。又刑法以處罰故意為原則，處罰過失為例外，且刑責較輕。因此，過失理論從屬於故意理論的領域內（註一）。

舊過失論認為：過失是行為人在行為時，欠缺意識的集中及緊張的心理狀態，對於可能預見發生的結果，因違反注意義務，以致發生危害的結果。因此，過失犯的構成，以行為的結果發生，欠缺意識集中的心理狀態及具有因果關係為要件（註二）。

舊過失論是以「預見結果義務」，為注意義務的重要內容。因為過失是以「預見結果義務」為中心。行為人對於結果的發生，既有預見的可能性，就應該加以防止。如有違反預見義務，以致結果發生，就表徵他對法律秩序不關心的態度，因此在法律上具有非難可能性，而應負過失責任（註三）。

（註一） 藤木英雄著，新過失論，李後政譯，軍法專刊，28卷，11期，17頁。洪福增著，新舊過失論之爭論，刑事法雜誌，31卷，2期（76年4月），83頁。陳樸生著，過失理論之發展及其趨向（上），軍法專刊，25卷，5期，6頁。

（註二） 同前註一，洪著，81頁。

（註三） 同前註一，洪著，83頁。

又行爲人的注意義務，以得預見具體的結果發生爲限，才能對行爲人科以預見結果的義務。否則，若無具體的預見可能性，就不發生迴避結果的義務。因此，以行爲人對於結果，須有「具體的預見可能性」，才成立過失。所謂具體的預見可能性，是指發生結果的預見可能性，與自己行爲之間基本的因果過程的預見可能性而言。這種危險可能性，雖然必須正確的考慮現實所發生結果的過程，但是以相當具體的可能性爲必要（註四）。

依舊過失論的見解，如醫師爲了救病患的生命，嘗試做某種若萬一失敗，就會使病患死亡的大手術。結果不幸失敗，而致病患死亡。醫師的行爲，在客觀上已侵害生命的法益，在主觀上已預見或容易預見病患死亡的可能性，已構成過失犯的主觀及客觀的構成要件。因此，醫師於手術失敗時，不論是否做得完善，都得成立過失致死罪（註五）。

第五章 醫事過失犯罪與新過失論

依前述舊過失論的見解，行爲人於行爲時，如可能預見結果的發生，縱使已盡防止結果發生的義務，而結果仍不免發生，還是應成立過失犯罪。這種理論，在傳統的農業社會裡，因關係單純，還可運用。

自產業革命以後，科學技術突飛猛進，工商企業蓬勃發達，社會生活關係複雜，致使人類死傷增加。但是科學化及機械化的經營或自動化的交通等本身，就含有相當的危險性。如認爲這些危險的存在，就可成立過失，將沒有人肯從事這些事業，而阻礙社會文明的進步。因此，才有新過失論的產生。

新過失論由德國的賴特布魯（Radbruch）批評舊過失論而開始，由思吉斯（Engisch）等加以闡明，經魏爾采（Welzel）發揚光大。新過失論認爲行爲是主觀面及客觀面複合的統一體。不僅以惹起結果作爲論定過失的根據，而且更以導致結果的「行爲態樣」，作爲論定過失的基礎。因此，過失既是責任要素，同時也是構

（註 四） 同前註一，洪著，100頁。

（註 五） 藤木英雄著，過失犯理論，有信堂高文社，1980年9月30日初版第8刷發行，8頁。
有關新舊過失理論與醫事過失犯罪部分，詳見拙著，醫療過失的刑事責任析論，自刊，81年6月出版，18至47頁，第三章醫療過失與新舊過失論的關係釋論。

成要件要素及違法要素。尤其應先論是否該當構成要件及違法性，再論有無責任。又過失與故意只是質的差異而已，過失犯與故意犯各有其犯罪類型（註一）。

新過失論認為：惹起結果，並不完全基於內心的關係，除了內部的不注意外，還有外部的行為，未採取迴避結果所必要的措置。因此，過失的責任，應自「心理狀態」及「行為樣態」（行為的種類、方法及目的等）兩方面，加以探究（註二）。

新過失論雖然以「預見結果義務」及「迴避結果義務」同屬注意義務，但是以「迴避結果義務」為注意義務的重要內容。因為，過失是以「迴避結果義務」為中心，以違反外部的注意義務，為成立要件。如行為人並未怠於為避免結果發生的措置，就無過失。但是國民有迴避違反自己意圖，而招致有害結果的注意義務。因此，於行為時有防止結果的發生，因為不注意，以致未防止，就應負過失責任（註三）。

依新過失論的見解，如醫師在嘗試進行手術時，雖然已預見或容易預見手術失敗，會致病患死亡。醫師若已採取相當的處置，就不必負過失責任（註四）。

但是醫師在能力與經驗都未充足時，竟嘗試作困難的手術。結果手術失敗，致病患死亡。醫師雖然已盡了最大的努力，還是不能免除過失責任。醫師值得非難的，並不是怠於意識的緊張，而是欠缺行為的適當性，屬於輕率的行為（註五）。

第六章 醫事過失犯罪與危懼感說

「危懼感說」又稱為「新的新過失論」，為日本藤木英雄及板倉宏等所提倡（註一）。

（註一） 洪福增著，新舊過失論之爭論，刑事法雜誌，31卷，2期（76年4月），89頁。

（註二） 同前註一。

（註三） 同前註一，87、96頁。

（註四） 藤木英雄著，過失犯的理論，有信堂高文社，1980年9月30日初版第8刷，24頁。

（註五） 同前註，25頁。

（註一） 洪福增著，新舊過失論之爭論，刑事法雜誌，31卷，2期（76年4月），101頁。廖正豪著，過失犯論，三民書局印行，82年8月初版，76頁。及林淑玲撰，故意與過失在犯罪論體系上地位及內涵之變動，輔大法研所碩士論文，75年6月，157、158頁。

依舊過失論及新過失論的主張，以具體的結果預見可能性，為避免結果發生義務的前提。若無具體的預見可能，就無避免結果發生的義務。危懼感說認為這種見解，有過分的縮小過失範圍的不妥當性，而主張將「預見可能性」的內容，予以抽象化，以擴大「迴避結果義務」的範圍（註二）。

在科技文明高度發達的現代，有很多的危害，是在未知的狀態下發生的，如企業災害、食品公害及醫藥事故等。若依前述新、舊過失論，都因沒有結果預見的可能性，也沒有避免的可能性，就不負過失責任。對於社會安全的維護及大眾生命、健康的保障，實在不夠周到。因此有危懼感說的提出（註三）。

危懼感說認為：行為人對於危險的發生具有危懼感，就應負避免結果發生的義務。否則，致結果發生，就應負過失責任，並不以有具體的預見為必要。因此，對於技術開發而產生的企業災害、藥品公害等，既有發生結果的危懼感，就有預見結果的發生。若怠於排除危懼，又未為避免結果發生的必要措置，就有過失（註四）。

危懼感說將注意義務的內容，分為「客觀的注意義務」與「主觀的注意義務」二種。違反客觀的注意義務，應以客觀的預見可能性及客觀的迴避結果可能性為基準，而加以判斷。違反主觀的注意義務，應以主觀的預見可能性及主觀的迴避結果可能性為基準，而加以判斷。前者是構成要件該當性及違法性的要素，後者是責任性的要素（註五）。

危懼感說對於企業災害的認定，企業組織體的责任及法人的犯罪能力等，有相當的影響力。現行特別刑法的兩罰規定中，處罰法人的制度，就與新的新過失論的見解，有很密切的關係（註六）。

在醫事過失犯罪中，也受到危懼感說的影響。如法人的代表人或受雇人等，因執行業務，過失而販賣、運送偽禁藥、不良醫療器材等，對該法人科以罰金刑，就是明顯的例証（註七）。又如監督過失，也與新危懼感說有相當的關係（註八）。

（註 二） 同前註一，洪著，90、91頁。

（註 三） 同前註一，林撰。

（註 四） 同前註一，廖著，76頁。

（註 五） 同前註一，洪著，90頁。

（註 六） 同前註一，廖著，77頁。

（註 七） 民國82年1月18日，立法院修正通過，同年2月5日，總統公布施行的藥事法第87條。

（註 八） 本文第九章醫事過失犯罪與監督過失。

詳細的說，在醫事特別刑法中，設有法人處罰的規定者，法人就可成爲醫事過失犯罪的主體。如藥事法第八十七條規定：「法人之代表人、代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務，犯第八十二條至第八十六條之罪者，除依各該條規定處罰其行爲人外，對該法人或自然人亦科以各該條之罰金刑。」其中第八十三條第三項，第八十四條第三項，第八十五條第二項及第三項，是關於醫事上過失犯罪的規定。

近代以來，由於社會制度日漸進化，經濟結構時常改變，以往的獨資事業或家族農業，已因科技發達，工業進步，逐漸由集合衆人及龐大資本的法人所取代。到現在，大規模的農、工、商等企業，多爲法人所經營。法人的活動範圍既廣泛又複雜，對社會的侵害性，必較個人廣大且深遠。若由於法人的組織、管理或對於技術、勞動者的訓練有所缺失，而造成對社會大眾的侵害，如劣藥品等的製造，是因法人的事業活動未善盡注意義務，對違反注意義務的法人，自得制定醫事特別刑法加以刑罰制裁，以防止違法狀態的發生，而保障全體國民的健康及生命。

可見，前述特別刑法中的藥事法，對於法人的處罰，是爲適應現代社會、經濟等情況的需要而規定的。不但有其時勢的需要，而且是本於危懼感說而設，更有其理論依據（註九）。

第七章 醫事過失犯罪與容許危險

第一節 容許危險的由來

舊過失論主張：行爲人在主觀上，預見其行爲有引起法益侵害的可能；在客觀上，又實施這種具有危險性的行爲，以致發生法益侵害的結果，就應成立過失的責任（註一）。

這種見解，對於有危險性的工作，隨時有發生實害的結果，形成過失責任的高度化。將使科技工作、高速交通、原子能、核子能及醫療、藥品等高危險的業務，

（註 九） 同前註一，廖著，77頁。及拙著，特別刑法之理論與實用，載於76年度法務選輯，法務部印行，77年6月出版，349頁。

（註 一） 蔡墩銘著，中國刑法精義，漢林出版社印行，75年6月4版，177、178頁。

沒有人願意執行，也沒有人敢執行。既不符合現今社會的需要，更阻礙文明社會的進步。因此，必須加以合理的調整，以緩和執行危險性工作所負擔過重的責任（註二）。

新過失論認為：對於危險事業，在相當程度的危險範圍內，縱使發生侵害法益的結果，也不違法，而從過失的理論入手，將結果的無價值，轉於行為的無價值。這就是所謂「容許危險」的法理（註三）。

第二節 容許危險的概念

容許危險的概念，在各學者間的著作裡，所使用的文字表達，不完全相同，經參酌後，先下定義，再加以說明。

所謂容許危險，又稱為可容許的危險（das erlaubte Risiko），是指對社會生活有益，而且必要的行為，雖然性質上含有侵害法益的危險，但是行為人已盡到注意義務，縱使發生侵害法益，在適當的範圍內，還是可以被容許，而否定行為人應負的責任（註四）。

由此可見，容許危險理論，不祇否定行為人所負的責任而已，更否定行為人的犯罪性。自始就欠缺行為的違法性。在犯罪體系中，容許危險須透過構成要件該當性或違法阻卻事由，才能獲得適法性（註五）。

第三節 容許危險的要素

容許危險必須具備一定的要素，才能被適用。歸納起來，可分三項說明如下：

一、須具有危險性的行為：容許危險的前提要素，須具有危險性的行為。人類社會生活中的行為，可分為沒有侵害法益的危險行為與具有侵害法益的危險行為。前者沒有危險性，不負法律責任，也就沒有適用容許危險的必要。後者雖然有危險性，但是爲了提高人類的生活水準，對於其中價值較大的部分，所以有適用容許危險的必要。

（註 二） 甘添貴著，刑法總論講義，國立中興大學圖書部發行，77年9月初版，99至102頁。洪福增著，刑事責任之理論，刑事法雜誌社印行，77年12月修正再版，315至319頁，及同前註一。

（註 三） 同前註二，洪著，315頁。

（註 四） 經參酌同註二，再下的定義。

（註 五） 同前註二。

二、須有益且必要的行爲：容許危險的第二要素，必須對社會有益，且必要的行爲。爲人類生活所必要，且有益於社會發展的行爲，才有容許危險的存在。衡量的標準，又可分爲四項：

甲、被害法益的重要性：被害法益的價值愈高，行爲的違法性就愈高。在這種情況下，容許危險理論的適用，所受到的限制也就愈大。

乙、急迫危險的重大性：發生結果的危險性愈急迫者，行爲的違法性也就愈低。因此，被容許的限制，也隨著愈小，容許的範圍就愈大。

丙、侵害法益的蓋然性：侵害法益的蓋然性愈大者，違法性就愈高，被容許的範圍也就越狹窄。相反的，侵害法益的蓋然性愈小者，被容許危險的範圍也就愈廣泛。

丁、行爲目的的正當性：行爲所追求的目的愈正當及社會所需要的程度愈高，被容許危險的程度相對提高，注意的程度也就愈低。

三、須爲適切的執行行爲：容許危險的第三要素，須有適切執行的行爲。若一切危險行爲都容許存在，都認爲適法，那人民的權益必將蒙受很大的侵害。因此，容許危險的行爲，必須已遵守各項危險業務所定的規則及實施危險行爲時所應有的注意。又須審酌當時的實際情形，是否適合一般社會生活通念的相當性（也就是依一般社會通念可接受的行爲），以判斷是否盡其注意義務，才能認爲適法。若已遵守客觀的注意義務，就是適切執行行爲，而符合可容許危險的行爲（註六）。

第四節 容許危險的適用

醫事行爲在本質上，伴隨著或多或少的危險。如檢查、手術、麻醉的侵襲，藥物的過敏及副作用等，都可能危害人體的健康或生命。但是醫事行爲卻有存在的必要，且爲社會大眾所接受認同。自不能因醫事行爲有危險性，就不得執行。尤其醫事科技越來越發達，執行醫事行爲的危險性也越來越廣大。因此，醫事行爲符合前述容許危險的第一要素及第二要素，醫事過失應可適用容許危險的理論。否則，醫事人員對於危險性高的醫事行爲及醫事儀器的使用，將有所顧忌，甚至完全不敢使用。可見，容許危險對於醫事過失犯罪，不但可以適用，而且更是重要的理論依據。

（註 六） 同前註二。

醫事人員只要遵守前述容許危險的第三要素，就可適用容許危險，而免負醫事過失責任。具體的講，以下所列舉的九項事例，原則上可適用於容許危險：

例一：醫師實行手術，若適合患者的狀況，而且手術行為適當，又無錯誤，縱使發生傷亡的不幸結果，也不能對醫師加以非難（註七）。

例二：車禍發生於偏僻的山區，傷患很多，一時缺乏醫藥器材，急救人員爲了及時挽救受傷者的生命，而使用消毒不全的針筒，注射藥劑，以致受傷者傳染疾病（註八）。

例三：大量使用鏈黴素，對肺結核病有顯著的療效，但是會引起重聽的副作用。若醫師已盡注意義務，如未過量，這種危險結果的發生，應可受容許，而不負過失刑責（註九）。

例四：醫師對於病情急迫，來不及詳細檢查，或部分醫療器材缺乏，而做緊急的手術急救。在手術過程中，已盡一切注意的能事，仍然不幸失敗，而發生傷亡的結果。

例五：已盡問診及檢查的程序，但由於病患的病情特殊或體質特殊，而發生難以預料和防範的傷亡後果。

例六：因藥物過敏試驗的結果正常，或衛生行政部門尚未規定做藥物過敏試驗的藥物，所引起的過敏反應，而已善盡緊急救治的能事，仍發生傷亡。

例七：依照醫事技術操作的規程，進行重要臟器的檢查時，所發生的傷亡意外。

例八：依照醫事文獻的適量藥劑和醫事儀器的正常方法，用於常規醫事過程中所發生的副作用反應，致傷亡的結果。

例九：手術時，按照操作常規進行。於手術後，發生的組織粘連、破潰、滲血、繼發性感染等情況（註一〇）。

醫事人員對於施行人體試驗，雖能預見其危險性特別大，容易發生傷亡的結果。但是在試驗以前，已先取得接受試驗者或其法定代理人的書面同意，又已說明可

（註 七） 周治平著，可受容許之危險概說，刑法研究，2卷，160頁。

（註 八） 韓忠謨著，過失犯之構成的問題，刑事法雜誌，32卷，1期，8、9頁。

（註 九） 蕭錦鐘撰，醫療行為刑事責任之研究，中興大學法研所碩士論文，67年5月，165頁。

（註一〇） 例四至例九，參照上海市醫療事故處理辦法實施細則（1989年9月上海市人民政府發布），中華民國醫事法律學會編印，大陸醫療環境概況，82年6月30日出版，88、89頁。

能產生的副作用及危險性等，並善盡醫事上必要的注意，縱使發生傷亡，得依容許危險，而不負刑事責任（註一一）。

至於醫師實施手術，雖然為業務正當行為，並且已取得病人或其家屬的同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，還是不能因此就認為不會成立過失傷害罪或過失致死罪。必須實施手術時，已盡醫療上必要的注意義務，完全沒有過錯，對於所發生的傷亡危險結果，才不負責任（註一二）。

第五節 容許危險的未來

法律雖然對於醫事過失設有處罰的規定，但是醫事是保障人類身體健康及生命安全所不可缺少的行為。因此，醫事人員執行醫事行為時，在不違反注意義務的前提下，縱然發生侵害法益結果，仍可適用容許危險，而不負過失的刑事責任。

容許危險適用於醫事過失方面，大部分是用在「有認識過失」上。因為大部分的醫事過程中，含有危險性或副作用，這些都是醫事人員所能預見的。

隨著時代的演進，醫事科技越來越發達，醫事危險也越來越厲害，人類對醫事行為的依賴也越來越廣大。因此，容許危險隨著越有採用的必要，對於醫事過失方面的適用，未來更有發展的空間。不但祇限於學理上的探討，而且將會如信賴原則成為實務上所引用。我們相信未來在醫事糾紛案例的實務上常會適用「容許危險」理論，並將「容許危險」四個字，直接表現在醫事糾紛案例的判決書上。

第八章 醫事過失犯罪與信賴原則

第一節 信賴原則的由來

「信賴原則」，最先適用於交通事件。起源於德國最高法院一九三五年十二月九日，關於交通事故的判決（註一）。到一九五四年七月十二日，德國聯邦最高法

（註一一） 醫療法第46條及醫療法施行細則第52條。

（註一二） 同前註二，洪著，317頁。

（註一） 洪福增著，刑事責任之理論，刑事法雜誌印行，77年12月修正再版，340至342頁。

院及刑庭聯合總會決議中，正式引用「信賴原則」一詞（註二）。日本最先介紹「信賴原則」的，是在昭和三十四年日本秋季刑法學會的討論會。日本最高法院在昭和四十一年（西元一九六六年）十二月二十日，對於交通事故的判決，才適用信賴原則（註三）。我國最高法院於民國七十年及七十四年，就過失致死案件的判決，分別採用信賴原則（註四）。

第二節 信賴原則的概念

信賴原則（Vertrauensgrundsatz）是容許危險的繼續延伸理論。對於過失犯的違反注意義務，提出一項新的標準。也是容許危險於具體適用時，對於刑事責任的範圍，給予合理界限的理論（註五）。

所謂「信賴原則」，是指行為人為危險行為時，可信賴被害人或第三人都能採取適當的行為，而屬相當時，如已採取相應的適當措施，就可認為已盡遵守注意義務，縱令發生結果，也不負過失責任（註六）。

可見，信賴原則是對於被害人或第三人的過失或不當行為，所引起事故，以否定行為人的過失責任。信賴原則與民法的「過失相抵」，有點類似。但是過失相抵是因被害人的過失，而減輕加害行為的過失責任。而信賴原則是被害人或第三人有過失時，行為人的過失責任，全被否定（註七）。

第三節 信賴原則的限制

信賴原則的適用，必須非常慎重，以免發生不良後果。因此，在適用上受到相當程度的限制。可見，有必要找尋一般性的限制原則，做為適用的基準。可分為客

（註 二） 翟喚霞著，刑事上信賴原則之理論與實用，刑事法雜誌，16卷，5期（61年10月），46、48頁。

（註 三） 大塚仁著，周治平譯，過失交通事犯與危險分配，刑事法雜誌，6卷，1期（51年2月），72頁。

（註 四） 最高法院70年度台上字第6963號刑事判決，及74年度台上字第4219號刑事判決。分別載於法令月刊，33卷，5期（71年5月），31頁；36卷，11期（74年11月），33頁。

（註 五） 甘添貴著，刑法總論講義，國立中興大學圖書部發行，77年9月初版，100頁。及同前註一，28、35頁。

（註 六） 蔡墩銘著，中國刑法精義，漢林出版社印行，75年6月4版，179頁，及同前註一，357、358頁。

（註 七） 同前註六，蔡著。

觀環境的條件及主觀因素的要件二方面，加以論述。

一、須客觀環境良好

按客觀環境，是適用信賴原則的先決條件。並不是任何地區、任何行業，都可以適用信賴原則。必須客觀環境良好，才能妥切的適用信賴原則。否則，不宜輕易援用。

以醫療過失事件為例，醫事人員之間，適合信賴原則的援用，必須醫事機構具備適當的醫事場所及安全設施，並建立院內的感染控制及醫事檢驗品管制度等（註八）。又須所有醫事人員，不論是醫師、護士、助產士、藥事人員、醫事檢驗人員等，都領有衛生主管機關核發的醫事專門職業證書，並依各該醫事專門職業法規的規定，執行業務（註九）。否則，適用信賴原則的程度就較低，適用的範圍也較狹小。

二、須主觀要件齊備

按主觀要件，是適用信賴原則的必備條件。信賴原則的適用，除須具備前述客觀條件外，更須主觀要件齊備，才能適用。以下分三項，加以說明。

甲、須有信賴的存在性：就是行為人須對他人為適當行為的信賴，是現實的存在。否則，就有預見的可能，而產生預見的義務，因而不能否定行為人的過失。

乙、須有信賴的相當性：前述的信賴，須依具體的情況，在社會上是相當的，才能適用。否則，如不相當，就是有信賴的存在，也不能適用信賴原則，而主張不負過失責任。

丙、須無造成事故主因：須行為人沒有造成事故發生的主因，才能適用信賴原則。否則，若是行為人違反業務規則，因而發生事故，就不能適用信賴原則（註一〇）。

第四節 信賴原則的適用

信賴原則，不但可以適用於交通事故，而且可以適用於共同作業的過失，或組

（註 八） 見醫療法第40條、第45條。

（註 九） 醫療法第9條及第41條。

（註一〇） 同前註一，286頁。及林淑玲撰，故意與過失在犯罪論體系上地位及其內涵之變動，私立輔仁大學法律研究所碩士論文，75年6月，174、175頁。

織型的過失，同時可以適用於醫事過失，並為醫事過失的重要理論依據（註一一）。

就適用於醫事過失講：對於醫事過失，採用信賴原則的類型，可分為二種。分述如下，並舉實例，做為證明：

一、醫事人員對病患的信賴原則

按醫事人員要想獲得醫事上的良好效果，有賴於患者的協助。醫事人員原則上可以信賴患者為適當的行為。如對於醫事人員的問診，詳細而正確的回答；遵照醫事人員的指示，按時且按量的服藥等。若患者竟違反醫事人員的信賴，而為不適當的行為，如未為詳確告知或擅自過時減量服藥等，以致發生傷亡的結果，醫事人員並不成立醫療過失責任（註一二）。

例如因病人或其家屬不遵守醫院規章制度，不遵照醫事人員的囑咐，或拒絕檢查治療等不配合診治行為，而造成的傷亡後果，不屬醫療事故（註一三）。換句話說，醫事人員得依信賴原則，而不負醫事過失的刑事責任。

又如醫師對患者的帶狀疱疹並有助間神經症狀的治療，給予Salso-gveran（ザルソグレラソ）注射，經過二小時，患者休克死亡。經調查的結果，是患者的特異體質或過敏性體質所引起。但是醫師對異常體質的檢查、問診與採取緊急救治等，都沒有欠缺應為的注意。而患者對於醫師所詢問以前有無異常反應，並未為協助。因此，法院判決醫師不成立業務上過失致死罪（註一四）。

但是醫療人員主張信賴原則，必須遵守下列五項要點，才能免除過失責任。否則，仍應負過失刑責。

甲、醫事人員應盡檢查的注意義務。

乙、醫事人員應盡指示的注意義務。

丙、醫事人員對於患者不能採取協助，須非顯然可以預見。

丁、醫事人員對於患者的不適當行為，非有充足的時間可以採取適當的措施，以迴避結果的發生。

（註一一） 陳樸生著，過失理論之發展及其趨向（下），軍法專刊，25卷，6期（68年6月），15頁。及同前註一，285頁。

（註一二） 蕭錦鐘撰，醫療行為刑事責任之研究，中興大學法研所碩士論文，67年5月，168、169頁。

（註一三） 引自上海市醫療事故處理辦法實施細則，1989年8月9日上海市人民政府發布。載於中華民國醫事法律學會編印，大陸醫療環境概況，82年6月30日發行，89頁。

（註一四） 同前註一二，169頁。

戊、醫事人員已盡防範結果發生的注意義務（註一五）。

實際上的案例，如：醫師治療患有結核性脊髓腐壞症的病患，給予鈣質葡萄糖劑的注射。對於患者持來的五瓶藥劑中，雖然有二瓶貼有該劑的封籤，但是其他三瓶標示已經脫落。醫師未將已脫落標示的藥劑加以檢驗，僅憑患者的話，認為所有藥劑都是無色透明，並無變色或沈澱物，就草率的認為是同一種藥劑，而對患者的左腕實施靜脈注射。由於注射藥液，實際上是Kalbinol（ガルヒノール）一號的劑藥。不久患者就呼吸困難死亡。法院判決：藥劑未有封示而醫師未加以檢查，就施行注射，應負業務過失致人於死罪，而判處一年徒刑併科伍仟圓罰金（註一六）。

二、集體醫事人員間的信賴關係

醫事業務隨著醫事技術的高度發展及醫事機構的大型組織，形成了集體醫事的一般化。尤其外科醫療，更是典型的集體醫事的行為，須有麻醉師、護士及其他醫事人員的協助，才能順利完成，而發揮醫療效能。因此，有適用信賴原則的必要（註一七）。

但是醫事上適用信賴原則，應該非常慎重，以使每個醫事人員都能善盡自己的注意義務，而保障大眾身體及生命的安全。因此，必須做到下列五項，才能適用信賴原則：

1. 對於協助的醫事人員，須選擇有資格者。
2. 對於協助的醫事人員，須選擇有能力者。
3. 現有醫事設備，應加以檢查、保養及維修。
4. 醫事過程中，須盡指導或指示的注意義務。
5. 在醫事過程中，須善盡監督的注意義務。

若已履行前述各項注意義務，就可以主張信賴原則的適用。

例如病患腫瘤開刀手術前，曾在醫院作病理切片檢查，報告結果為良性，所以只做局部切除。後來發現為惡性，而必須再次開刀手術，造成病人的傷痛。手術醫師應可信賴檢查結果，而免負過失的刑事責任。

若未能履行前述各項注意義務，致人傷亡，就不能適用信賴原則，而應負醫事過失的刑事責任。

（註一五） 同前註。

（註一六） 同前註一二，169、170頁。

（註一七） 同前註一三，15頁。

例如：醫師診斷二歲多的幼兒，患有急性腸炎及蛔蟲症。竟怠於指示護士將所開的藥劑，應研磨成粉劑，給患者服用。該護士將一粒豌豆大的藥丸，投入正在哭泣的患者口中，以致噎住氣管，不久就窒息死亡。法院認定醫師應負業務上過失的罪責，判處罰金八千圓。醫師因為未盡指示的注意義務，就不能依信賴原則，而免除醫療過失的責任（註一八）。

第九章 醫事過失犯罪與監督過失

第一節 監督過失的由來

近年以來，產業公害、食品公害、藥品公害、醫療事故、爆炸事件、大樓火災等重大案件的發生，層出不窮。不但造成社會財物的重大損失，而且更影響大眾的健康生命。

這些事故的發生，固然是因現場直接行為者的不適當行為所產生的結果，其中卻有不少可歸於有指揮監督者，對於直接行為者的監督義務，有所懈怠。但是直接行為者與結果之間，有直接結合的關聯，而監督者對結果卻十分遠離，且由於地位較高，也僅對直接行為者加以處罰而已。至於對監督者的違反一定義務，很少設有直接處罰的規定，也很少對事業負責人設有兩罰規定。監督者對結果的刑事責任，可以說幾乎不必負擔（註一）。

為解除前述不公平的現象，更為社會大眾的安全和健康，「監督過失」理論，很快就被重視了。監督過失的理論，在日本是昭和四十年以後，才開始為刑法學界所探討，屬於比較新的過失犯罪理論。日本的實務界，直接引用「監督過失」一詞於判決書上的，也逐漸出現（註二）。

第二節 監督過失的概念

監督過失的理論，因出現的時間很短，一般人對監督過失的概念，不很清楚。

（註一八） 同前註一二，172頁。

（註一） 日本名和鐵郎著，監督過失，刑法判例自選1總論（第2版），136至138頁。

（註二） 日本前田雅英著，吳昌齡譯，監督過失，刑事法雜誌，36卷，2期，38頁以下。

關於監督過失的定義，在學者間與實務界，還沒有通說的產生。因此，有先加以說明，以釐清概念。

所謂「監督過失」，是指負有監督義務的人，對於被監督人的過失行爲，因疏忽或懈怠監督，致侵害他人法益，而應負刑事上的過失責任而言（註三）。

監督過失是監督人，對被監督人過失行爲的結果，因自己也有過失，才負過失的責任。因此，與企業犯罪的代位罰、轉嫁罰或兩罰不同，也不是共同正犯、教唆犯或從犯，而是一種獨立的犯罪型態（註四）。

監督過失與信賴原則不能相容。因為在信賴原則不被採用時，監督過失才得加以議論。否則，若能適用信賴原則，就不能論以監督過失（註五）。

第三節 監督過失的要件

剖析前述的定義，監督過失的要件，有下列五項：

一、須被監督者有過失的行爲：按過失犯的前提要件，須行爲人有過失，才能成立。監督過失在本質上屬於過失犯的一種，自須以被監督者有過失的行爲，爲成立的前提要件。

二、須監督者負有監督的義務：監督過失的處罰對象，在職位上是負有監督義務的人。若非監督人，就不成立監督過失。又雖然是監督人，但是對被監督人若未負有監督行爲的義務，縱使行爲人有過失，也不負責。

三、須對監督義務有疏失懈怠：監督人之所以要負刑事責任，主要是自己對監督的義務有所疏失或懈怠。若監督人克盡監督的義務，就沒有過失發生的可能，也不發生監督上過失的問題。

四、須有侵害法益結果的發生：按過失犯爲結果犯，監督過失既爲過失犯的一種，自不例外。因此，監督過失，須有侵害法益結果的發生。

五、須有相當的因果關係存在：監督過失既爲過失犯罪的一種，就必須行爲與結果之間，有因果關係的存在。一般因果關係，是就自己的行爲所生的結果，論述因果關係。監督過失雖是自己行爲與結果之間，介入被監督人的行爲所引起，但是

（註 三） 同前註一及註二。

（註 四） 廖正豪著，論監督過失，刑事法雜誌，36卷，1期，1頁以下。

（註 五） 同前註二，55頁。

過失犯的因果關係，所發生的具體結果，已含於當初行為中的危險實現的概念中。因此，監督人的過失行為，已包含最初「危險實現」的內涵。因此，監督過失，還是可以本於客觀的相當因果關係的理論，以認定因果關係的存在（註六）。

第四節 監督過失的適用

符合監督過失的成立要件後，適用範圍並不局限於某種團體，也不祇限於企業組織內，就是非企業組織的領域，也可以適用。

因此，監督過失，可適用於醫事過失犯罪如醫師與其他醫事人員之間，也得適用。在日本的判例中，醫師因護士的過失，而被追訴過失責任的情形，很久以來，就有案例（註七）。

在醫事業務方面，有監督義務的醫事人員，容易發生監督過失的情形，有下列三種：一是醫事機構負責人的監督過失，二是醫師、護士、助產士在指導上的監督過失，三是醫師在指示上的監督過失。

一、就指導上的監督過失講

按醫師有指導實習醫師的義務，助產士有指導實習助產士的義務，護理人員有指導實習護理人員的義務（註八）。所謂「指導」，除說明處理事情的原則和方法外，並須示範引導（註九）。若指導的醫事人員未盡指導的義務，或是指導上有過失，致實習的醫事人員也因過失而致病患傷害或死亡，不但實習醫師、實習助產士、實習護理人員應負業務過失致死傷的罪責，而且指導的醫師、助產士、護理人員，也應負監督過失的刑事責任。

二、就指示上的監督過失講

按醫師對於醫療輔助人員，如護士、助產士及其他醫事人員，有指示他們執行醫療輔助行為的義務（註一〇）。所謂「指示」，是說明處理事情的方法、方式和原則。若醫師在指示上有過失，或未盡指示的義務，致醫療輔助人員因過失而致病

（註 六） 同前註四，3至5頁。

（註 七） 同前註二，39、44頁。

（註 八） 醫師法第28條、助產士法第29條，護理人員法第37條。

（註 九） 拙著，違反醫師法罪析論，78年6月出版，57至61頁。

（註一〇） 醫師法第28條。

患傷亡，醫療輔助人員既應負業務過失致人傷害或死亡的罪責，就是醫師也同樣要負監督過失致傷亡的刑責。否則，若只一方面有過失，而另一方可主張信賴原則的話，就由有過失的一方負過失的刑事責任，另一方因信賴原則的適用，而不負擔刑事責任。

三、就負責人監督過失講

按醫事機構的負責人，如醫院的院長、診所及其他醫療機構的負責醫師、助產所的負責助產士、護理機構的負責護理人員等，對所屬的醫事人員於執行醫事業務時，應負督導責任（註一一）。若因監督上有過失，使其他醫事人員有醫事業務上的過失致人傷亡者，應負業務過失的罪責。

例如：甲開設醫院，竟僱用無醫療知識乙，協助對病人為醫療行為，已難辭疏失之咎。於病患謝女住院求醫時，先令無醫療知識乙為診斷、打針並給藥服用。到次日上午八時，才由甲親為診視。以後病患的病情惡化，仍由乙隨便應付，也不隨時親為診察治療。直到次日下午六時許，病患家屬發現病患手脚已僵硬，才由甲開始急救。因急救無效，又叫病患家屬轉送其他醫院，致病患在途中死亡。對於被害人確有照顧不周，並未及時急救或轉送其他醫院，以致貽誤急救時機的疏失，自難說無過失責任。甲因而被判處有期徒刑四月，乙被判處有期徒刑三月，確定在案（註一二）。

上述判決確定的案例中，雖然未直接引用「監督過失」字詞論罪，但是所論述的內涵，與監督過失論的要件，完全相同。

第十章 結論及附表五

近年來由於社會環境的變遷，醫事人權的重視，醫事高度科技化的危險增加，人與人之間的關係淡薄等原因，以致醫事糾紛的發生，有不斷直線上升的趨勢（註一）。

（註一一） 醫療法第41條。

（註一二） 最高法院民刑事裁判專輯（有關醫療糾紛之裁判），最高法院法律叢書編輯委員會發行，75年2月出版，226至232頁。

（註一） 醫事法學，第3卷，1、2期合刊本，第3頁。

在醫事糾紛案件中，必須醫事上有過失的部分，才負醫事過失的刑事責任。醫事過失刑事責任涉及的範圍，非常廣泛。不但應受現行刑事法律的規範，同時也受新、舊過失理論主張的影響，尤其醫事特別刑法又不斷的推陳出新，更使醫事過失刑事責任填加了新的面貌。

舊過失論認為：過失屬於責任要素，只在責任論上有其地位，而且從屬故意理論的範疇。新過失論認為：過失不祇屬於責任要素，同時也是構成要件及違法要素，並且有其獨立的範疇。

舊過失論以違反「預見結果義務」，為注意義務的重要內容。新過失論雖然以違反「預見結果義務」及「迴避結果義務」同屬於注意義務，但是以「迴避結果義務」，為注意義務的重要內容。

我國刑法第十四條第一項關於「無認識過失」的規定，較接近於舊過失論；第二項關於「有認識過失」的規定，較趨向於新過失論。但是二者都以行為人對於結果的發生，有「具體的預見可能性」為前提，並為實例所採用。原則上可以適用於醫事過失，而且是醫事過失的重要理論依據。尤其新過失論所延伸的容許危險及信賴原則，對於醫事過失更有很大的影響。

至於危懼感說，有認為：以行為人有「危懼感的預見可能性」，就可以成立，對於注意義務的要求過高。因此，我國普通刑法及判例還未採用，也未適用於醫療過失（註二）。

但是醫事特別刑法中設有處罰法人的規定，如藥事法第八十七條（註三），卻是本於危懼感說所主張（註四）。為保障大眾身體、生命的安全，對於藥品公害等醫事過失，採認「危懼感的預見可能性」，有相當的必要。將來也有可能為實務界所採用。尤其可以適用監督過失的理論，以處罰有監督義務者的過失刑事責任，已逐漸受到重視。

未來對於新過失論、危懼感說、容許危險、信賴原則及監督過失等理論，如何在實務上妥當適用，是醫事過失犯罪的重要課題。

因此，對於醫事過失犯罪，應隨著新法律的制定及新理論的演變，不斷的研究

（註 二） 蕭忠仁著，醫療行為過失責任之研究，司法官訓練所24期學員論文選集，法務部司法官訓練所編印，77年6月，67頁。

（註 三） 民國82年1月18日，立法院修正通過，同年2月5日，總統公布施行的藥事法第87條。

（註 四） 詳見本文第六章醫事過失犯罪與危懼感說。

探討，不斷的改進缺失，才能配合時勢的需要。既可以使醫事過失的刑事法律更加完善，又可以使醫事過失犯罪的理論與實用合一。如此，不但能減少醫事過失犯罪案件的發生，更能不斷提高醫事的品質，並確保國民身體的健康及生命的安全。

為提綱挈領，清醒眉目，特將新舊過失理論的比較，列簡表如下：

附表五：新舊過失理論比較簡表

理論名稱	注意義務	預見程度	延伸主張	與現行刑法關係
舊過失論	預見結果義務	具體預見可能性		無認識過失
新過失論	預見結果義務 迴避結果義務	具體預見可能性	容許原則 信賴原則	有認識過失
危懼感說	預見結果義務 迴避結果義務	抽象預見可能性 (危懼感)	監督過失	藥品公害等過失