

東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授 高金桂 博士

論病人之急診醫療權與急診醫師保證人地位之限制

Limitation of the patient rights in emergency medical status and
the guarantor of emergency physician

研究生 林明聖

2012 年 6 月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 林明聖 君所提之論文：

論病人之急診醫療權與急診醫師保證人地位之限制。

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
碩士學位標準。

考試委員簽名處

鄭善印

高金栢

柯耀程

101年 6月 28日

中文摘要

社會型態的變遷與進步，導致意外傷害增多；生活環境品質維持的不經心，讓疾病更為多樣化與不可預測，加上近年來天災頻傳，急診醫療扮演的角色，逐漸的相形重要。在 1960 年代，美國已經開始發展緊急醫療，而我們居住的台灣，才不過是十多年來的事情，雖然起步晚，但卻沒有跟隨國外成熟的腳步，致使急診醫療亂象頻生，負面新聞接踵而至，醫療人員承擔對病患的保護救治，卻刑事糾紛四起。

維持正確的就醫制度、保持相對優良的醫療品質、明確說明病人於急診的權利、列舉急診醫療人員應有之義務並界定範圍、限縮醫療人員刑罰之適用、疏導民事訴訟解決糾紛之管道，或為現今健保「第三人付費」制度瑕疵之下，減低醫療糾紛可行之法。

醫療法第 82 條第 3 項修訂聲浪的出現，不可小覷醫療人員內心的吶喊，但也應警惕醫療人員，深刻體會病人的苦痛、家屬的心急。可被期待的醫師，不該在應有作為且能有作為時，忘記了行醫救人的初衷。本文由急診醫療的改變開始，期望未來醫療行為與醫病關係，多一些溫馨。因為，醫師原就不該少了慈悲，病人及家屬也不該少了感恩。

Abstract

The rapid progresses and transformations of the society lead to increase incidence of accidents and more variety of diseases which become more and more unpredictable. Besides, the increasing frequency of natural disasters in recent years makes the role of emergency medicine more important gradually. The Emergency Medical System (EMS) was first developed in the US in 1960s. Although Taiwan adopted the EMS later than the US, it is still immature with compare to other developed countries resulting frequent chaos in emergency medical care. This fact together with negative impact of sensational reporting by media contributes to rise in criminal dispute.

To uphold proper medical care system and at the some time to maintain the good quality, it is the obligation of health care personnel to clearly state the right and restrictions of patients seeking emergent treatment. In addition, penalization of the health care personnel should be limited and proper advice and channel should be provided to solve the medical disputes so as to reduce the incidence of litigations.

According to the amended Article 82, Paragraph 3 of Medical Care Act, one should not depreciate the emotional stress and breakneck working environment of health care personnel and at the same time, health care personnel should empathize with the patients and appreciate impatience of the family members. Emergency physicians are expected to be responsible and do not forget the original intention of providing medical care. The objective of this paper is, by transforming emergency medical care, it is expected to cultivate warmer relationship between patients and health care

personal. Basically, doctors should show mercy to the patients and patients should be grateful to the health care personnel.



致謝

醫學院畢業後的許多年，想不到竟能在這麼美麗的東海大學環境裡，重新拾回讀書學習的樂趣。三年多來，接受法律學院師長們的教導，讓我從完全不懂法律，變得更謙虛的回到職場，讓我學到更尊重對病人、家屬及同仁的權利，這些都必須歸功於東海法律學院的老師們無私傳承，與指導教授高金桂博士、柯耀程教授、鄭善印教授的教誨，及蕭淑芬老師的關心。

而在急診醫療繁忙的工作之下，能夠順利走完這段法研所的旅程，內心裡支持的動力，是我的三個寶貝孩子——丞霈、菟儀和稟鈞。尤其是丞霈，他是個超級堅強、勇敢、自信、聰明又美麗的女孩，這是有故事的，故事之一段，就是牽涉到醫療意外，造成我心裡永遠無法抹滅的痛。五年多前，無意間發現寶貝女兒有腦瘤，造成右眼視野半盲，緊急求醫開腦手術，結果開完刀第二星期，右眼半盲變成全盲，當時醫師並未採取積極補救防果措施，並告訴我是手術造成組織局部水腫，等腫消了就會恢復(查過去相同病例統計，亦如此說)，但是期待落空了，終於造成我的孩子，小學一年級就只剩左眼視力，從此我的心揪了一個大結，身為醫師的我，也埋怨手術醫師的不積極。過了一年，考上了法研所，念到了侵權行為，念到了過失，心想縱使有一天我成功質疑當年醫師的作為，但再也無法挽回孩子的明眸。於是，我願將心裡沉重一生的痛，化作支持丞霈平安成長的動力，與陪伴三個寶貝一起歡笑的想念。

感謝孩子的媽——翠萍，她照顧我的家庭及孩子們，讓我能夠沒有顧慮的念書，也全心配合我，為鋪設霈霈、圓圓、鈞鈞無憂無慮學習成長與快樂的未來而努力。最後整篇論文的完成，還需要感謝我的急診專科護理師，也是法律系學妹凱昀，以及學妹琬柔、梅華的幫忙。

人生總有盡頭。重要的是，能夠留下些甚麼，讓愛你的人與你愛的人，慢慢地、靜靜地懷念與回味。想起一段年輕時念過的楞嚴經中的佛偈：

『汝負我債，我還汝命，以是因緣，經千百劫，常在生死』

『汝愛我心，我憐汝色，以是因緣，經千百劫，常在纏縛』

林明聖 2012年6月
於梧棲童綜合醫院急診部

論病人之急診醫療權與急診醫師保證人地位之限制

目錄

第一章 緒論...P. 1

- 第一節 研究動機與目的...P. 1
- 第二節 研究範圍與方法...P. 1
- 第三節 研究的限制...P. 2
- 第四節 論文撰寫架構...P. 3

第二章 急診醫療權與急診醫師之權利義務...P. 7

第一節 病人的醫療權...P. 7

- 第一項 醫療權與基本人權之關係...P. 7
- 第二項 受益權及給付行政與醫療權...P. 9
- 第三項 醫病關係之法律性質...P. 12

第二節 急診醫療權...P. 16

- 第一項 急診醫療之定義...P. 18
- 第二項 我國目前急診醫療之現況...P. 20
- 第三項 美國急診醫療之定義...P. 22
- 第四項 急診醫師之義務...P. 27

第三節 急診醫師之拒絕權限與說明義務...P. 31

第一項 拒絕診療之要件...P. 32

- 一、需非緊急危急之病人，亦非前述符合急診醫療定義之病人
- 二、非符合急診醫師醫療專長並為病人利益思考
- 三、病人狀態無法配合醫療且不需馬上處置
- 四、維護急診醫療健全運作及其他病人之醫療品質
- 五、非為緊急醫療目的

第二項 拒絕診療應採取之說明義務...P. 40

第三項 拒絕急診醫療之思考面向...P. 41

- 一、建議的相關配套
- 二、避免侵害到病人之醫療權
- 三、緊急醫療能量的保存與病患的完善緊急處置

第三章 不純正不作為犯與保證人地位...P. 47

第一節 不純正不作為犯之基本概念...P. 47

第二節 不純正不作為犯之客觀構成要件...P. 48

第一項 違法結果發生...P. 48

第二項 結果與不作為之因果關係...P. 49

第一款 因果關係

第二款 客觀歸責理論

第三項 保證人地位...P. 54

第一款 保證人地位理論

- 第二款 保證人地位類型
 - 一、 危險源監督義務
 - 二、 特定法益保護義務
- 第四項 期待可能性…P. 60
- 第五項 等價條款…P. 61
- 第三節 不純正不作為犯之主觀構成要件…P. 61
 - 第一項 故意不純正不作為…P. 62
 - 第二項 過失不純正不作為…P. 62
- 第四節 不純正不作為犯之阻卻事由…P. 64
 - 第一項 緊急避難…P. 65
 - 第二項 推測同意…P. 67
 - 第三項 義務衝突…P. 68
- 第五節 不純正不作為犯之罪責…P. 70
 - 第一項 保證人義務…P. 70
 - 第二項 不法意識(保證人義務錯誤)…P. 71
- 第六節 不純正不作為犯主觀構成要件問題…P. 72
 - 第一項 刑法第十五條之解構…P. 72
 - 第二項 罪刑法定原則之疑義…P. 73
- 第四章 急診醫師之保證人地位與保證人義務之界限…P. 75**
 - 第一節 醫師之保證人地位…P. 75
 - 第一項 醫師於醫病關係間保證人地位的關係…P. 75
 - 第二項 醫病關係之開始與中止…P. 77
 - 第三項 醫師保證人地位之開始與中止…P. 78
 - 第四項 醫師之保證人義務…P. 79
 - 第二節 急診醫師保證人地位之形成…P. 80
 - 第一項 急診醫病關係之開始與中止…P. 80
 - 第二項 急診醫師保證人地位之開始與中止…P. 82
 - 第三項 急診醫師之保證人義務…P. 82
 - 第一款 急診專科訓練之簡介
 - 第二款 急診醫師之保證人義務
 - 第三節 急診醫師保證人義務之界限…P. 89
 - 第一項 超越能力之負擔…P. 89
 - 第二項 病方違背信賴原則…P. 92
 - 第三項 第三人違背信賴原則…P. 93
 - 第四項 病方拒絕接受醫療…P. 95
 - 第五項 義務衝突…P. 97
 - 第四節 醫師違反保證人義務之刑責…P. 98
 - 第一項 急診醫師違反保證人義務與故意犯…P. 98
 - 第一款 故意不純正不作為犯罪之客觀不法構成要件
 - 第二款 故意不純正不作為犯罪之主觀不法構成要件
 - 第二項 急診醫師違反保證人義務與過失犯…P. 102

第五章 相關案例分析與影響…P. 105

第一節 概說…P. 105

第二節 案例一(台灣高等法院台中分院九十五年度醫上易字第 145 號判決)…P. 105

第三節 案例二(台灣高等法院九十五年度醫上訴字第 6 號判決)…P. 108

第四節 案例三(台灣高等法院台中分院九十九年度醫上字第 11 號)…P. 114

第五節 醫療過失刑罰的影響…P. 118

第一項 可罰性與應罰性…P. 118

第二項 現今醫療過失刑罰的影響…P. 119

第三項 醫療過失應否免除刑責之論點…P. 121

第四項 醫療法第 82 條第 3 項之修訂…P. 123

第五項 有關醫療事故鑑定之疑問…P. 125

第六章 結論與建議…P. 129

第一節 結論…P. 129

一、急診醫師應確實履行保證人義務…P. 129

二、急診醫師保證人義務應有限制…P. 131

三、醫療行為刑罰要件應合理檢視…P. 133

四、醫療過失鑑定應透明合理…P. 135

第二節 建議…P. 136

一、真正醫事專業法庭的必要…P. 136

二、醫事專業法官之建議…P. 137

三、容許風險的量化…P. 139

附件一…P. 143

附件二…P. 159

參考資料…P. 161

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

希望這是急診醫療作業改革的開始，而不是責任推卸的藉口。離開醫學院第二十一年了，漫長的醫師訓練與緊湊的工作節奏，深深了解病人及家屬所承受的苦。在急診外傷的日子裡，每每帶著沉重的心情與腳步回家，腦海裡仍然迴盪著，急診吵雜壅擠的環境，清楚的傳來病人的哀嚎，以及病人過逝時家屬的哭泣聲。急診室裡集中著人們傷病的苦難、希望、失望與絕望，每天在這裡重複的上演，而每天不間斷的就是，有一群刻苦耐勞的醫療人員，在各地的急診守候著這些重複上演的人生的苦難，期望改變些什麼。

許多年經過，常常聽到醫病之間，發生了許多糾紛，或是病人及家屬受到委屈與傷害，或是醫護人員受到身體及心理上的攻擊與責難，然後雙方發生訴訟。必須承認的是，有些醫療人員做得不夠好，畢竟在疾病的處置上，病人是需要受照顧及醫治的。若社會上多數人都說病方是弱勢，依現實情況視之，這個說法就必須更正：醫療知識上病方是弱勢，但在有關就醫權利高漲的現在，病人並不一定是弱勢。而醫病糾紛一旦發生，我國多以刑事訴訟附帶民事求償處理，當然犯罪行為是必須處罰的，不過醫師治療病人多樣的病情，若有輕微過誤或是瑕疵，亦應無犯罪本意，對於病人傷害後的未來，難道只有將醫療人員相繩以刑罰，才是最佳的結局？

本文的動機與目的，希望以個人的經驗見聞，由闡述病人的急診醫療權為始，至醫療人員過失刑責之評價為終，將多數人或未曾思考的醫療過程間之變數呈現出來，並說明全然以刑罰處理醫療過失，非為最佳雙贏的方法。

第二節 研究範圍與方法

論文題目確定之後，思考如何呈現自己所要表達的內容，心裡著實矛

盾。站在醫師的立場，明白大多數醫療人員是辛苦而委曲的，了解甚麼情況是即使盡力也無法改變的病症，但現今社會認為醫療是消費與服務，認為所有醫療給付都是必須且應得，醫療人員剛才送走一個生命，卻一定要以笑臉面對下一個病人(或說是客戶更貼切)，時刻都要擔心哪一個作為有沒有被訴之虞。而站在病人與家屬的立場，明白病人的辛苦，了解家屬著急與擔心，知道一旦失去再也無法挽回的憂慮，還有不確定醫院與醫療團隊的能力。本文研究範圍，首先希望在醫療團隊與病人間，找到醫療行為過程中合情合法的平衡點；其次依外國經驗，尋找解決台灣急診醫療糾紛與壅塞之新契機；最後，思考解決紛爭最佳方法，是「彌補被害人」，而不是「傷害非故意之善意加害人」。然而，解決人與人之間的問題，範圍是何其廣大？因此，本文縮減範圍於急診醫療間，冀望在醫療人員不明白的保證人地位方面著力，用意在為醫療人員提供有參考價值的資訊與建議，也讓大家明白急診人員工作的目標、能力與辛勤。

研究的方法，本文藉由說明急診醫病雙方的權利開始，陳述病人的醫療權之有無，依照急診專業領域，說明拒絕非屬急診專業領域，亦非緊急性病症之病人，急診醫師有權將該病人轉介到醫院其他科別，並無妨礙憲法保障人民醫療權。在確定急診病人適格，產生急診醫病關係後，述及急診醫師應對病人有某種程度之保證人地位，進而產生保證人義務。然後，說明急診醫師有何保證人義務與義務應有之界限，違反義務時該當的刑責。最後思考，由醫療過失刑責之可罰性與應罰性開始，說明本文認為醫療行為完全除罪化之看法、限縮刑責於故意及重大過失的意見，最終自揣醫療過失刑責之不可免，而冀望以限制急診醫師之保證人義務併使之明文化，做為論文的結束。

第三節 研究的限制

學習法律只是短短三年的事，承蒙學校師長的教導，讓我稍微明白法理，也讓自己在醫療領域裡，更懂得謙虛。但對於研究社會事件中，一些「與法無違，卻不合情理」的論述，常常有口難言，有筆難墨，適才明白

原來自己有太多的不懂。而在師長的支持下，參考學者們的相關論述，國內外近年來的相關報導，加上自己二十年來對於醫療情況變化的觀察，終於將論述完成。自揣法律知識之淺薄，又醫學水準不及前賢，論文必有疏漏，而冀望讓自己論文的構想，在未來有機會改變急診醫療生態，也希望法律與社會輿論，不可「站在天平的某一端，看這個世界的是非」，畢竟創造和諧雙贏，才是多數行為的目的。

第四節 論文撰寫架構

本文論述，由第二章急診醫療權與急診醫師之權利義務始，第一節開宗明義的說明病人依據憲法保障之權利，擁有醫療權，此醫療權是屬於基本人權之一，國家應當保障人民基本之醫療需求，應當設立各種相當規模之醫療院所，令「醫院」不應拒絕，督促確實滿足人民醫療權利之行使。

說明醫病關係的法律性質，認為大部分的醫病契約關係，存在於病方與醫院而非醫師，鋪陳急診醫療權之行使有其限制，方屬正當。限制的範圍，應是政府相關單位公告之急診相關定義適應症，並說明美國關於急診醫療權作業之要點，佐證本文論述非無的放矢，並以台灣急診現況，認為急診醫療權的推動，應是刻不容緩。

接續急診醫療權論述，病人若取得急診醫療權之適格，則成為後述保證人義務相對人主體，亦即開始論述病人急診就醫的狀況。首先，說明急診醫師之義務，而在義務範圍之外，適當告知說明之後，急診醫師對於義務以外的要求，應有拒絕的權利。再者，必須說明急診醫師拒絕診療的要件，限制醫師拒絕的權限，保障病人的權益，也列舉說明急診醫師，對於何種狀態的病人「得」拒絕處置，但必須有配套及善後措施。

第三章之內容涉及不純正不作為犯與保證人地位，於此章做法理上的介紹與說明，第一節首先說明甚麼是不純正不作為犯，再將故意不純正不作為犯與過失不純正不作為犯的構成要件、違法性與罪責做一系列介紹。

然後進入到保證人地位，說明保證人地位的理論與類型，以及因保證人地位導出之保證人義務及其錯誤，指出保證人地位與義務並無明確範圍。

以我國刑法第十五條為依據之保證人地位與衍伸之不純正不作為犯罪理據，似乎有違反罪刑法定明確性之疑慮，依此斷定疑犯有刑事責任，是否有檢討之空間？

第四章之重點在於急診醫師之保證人地位與保證人義務，並延續第三章將保證人地位與不純正不作為犯的法理，與醫療實際上的狀況做結合。首先說明醫師之保證人地位理論的由來，但是否醫病關係一旦成立，醫師即具保證人地位？本章由一般醫師醫病關係的開始與中止，一般醫師保證人地位的開始與中止，一般醫師之保證人義務，至急診醫師保證人地位何時形成，急診醫病關係之開始與中止，急診醫師保證人地位之開始與中止，然後說明急診醫師之保證人義務，以及急診醫師保證人義務之界限，做詳細類型化的闡述。

在明白急診醫師之保證人義務後，在此處理急診醫師違反保證人義務之刑責，分故意犯之客觀與主觀不法構成要件，以及過失犯之不法構成要件，讓違反義務的要件明確顯示，並以醫療臨床簡單病例輔以說明。

最後本章以保證人義務違反罪刑明確性原則，希望能有新立法的醫療法條出現，能讓醫師明白醫師保證人地位的界限。

第五章為相關案例分析與醫療過失刑罰帶給醫療人員的影響，對於醫療行為除罪化，先以刑法目的角度切入，說明醫療過失之可罰性與應罰性，及醫療過失濫以刑罰之影響。續以美國與國內相關於醫療行為除罪的正反論點整理，說明雙方均並非無見，但本文觀點認為，將醫療行為排除於刑罰之外，為不可取。除有失法律之平等性，亦無最後手段性之警戒效果，罔顧病人權益及家屬情感。相對的，本文也認為對於病情的不可預測性、多樣性與多變性，除故意或重大過失外，以刑罰苛責醫療人員，亦非最終滿足病方與符合公平正義之道。

對於醫療法第 82 條第 3 項修訂之想法，進而因為醫療人員理解的刑事責任，大多僅知道故意與過失的違法性，極少明白何為保證人地位與其衍生之義務。希望未來關於醫師保證人義務之規定，應符合明確性原則，並能經由妥適的修法，使其至少能經由法的解釋呈現出來義務涵蓋的範疇。一方面警惕醫療人員，另一方面為不明確的法律概念，稍做合理的定位，讓刑罰有可預測性。

本章最後簡要說明我國醫療事故鑑定之原則及主要缺失，並對醫療鑑定的司法公正性提出疑問。

第六章乃結論，將本文前述做綜合性的意見與整理。認為急診醫師應確實履行保證人義務，但應亦有其限制。

最後由法院對醫療糾紛的判決，從醫療人員的觀點作一省思與建議。站在醫療從業人員的角度視之，醫療糾紛之刑事訴訟勢不可免，期待公平合理的在犯罪理論中檢視犯罪要件，並認為對於醫療糾紛這種專業度甚高的訴訟，應期待有專業法庭的出現，以符合醫病雙方之期待。



第二章 急診醫療權與急診醫師之權利義務

第一節 病人的醫療權

現代醫療已經成為一種對人類生命生存的基本專門職業，一種維繫人之生命的必要職業。病人的醫療權，是病人對分享社會合作成果的一種期待。對於醫療權，應當是屬於憲法所保障的人民基本權¹之範疇，而保障基本權，是個維持、維護人民基本生活需求之目的，並不是手段。但是現今生活多樣化中，人民的許多基本權間，難免有衝突、交錯或者重疊之處，一個人的基本權的行使，有可能同時侵害到他人的基本權，是為基本權之衝突。但如何而使人民之醫療保障，得以無礙的實現，且在病人間之醫療權發生衝突、或者是與制度規範、或者是與醫療人員本身的基本權間發生不相容時，人民醫療權「實行的方式」，就可能受到限制。

第一項 醫療權與基本人權之關係

「醫療權」這個字句，甚至於人民擁有依據憲法或相關法律所明文保障的醫療權利，事實上至今並未明白出現在我國的憲法規範當中。醫療權的法理基礎以及內涵等問題，更未在憲法或相關法律上有定論。目前，國家對於人民健康之保護，亦僅僅在憲法基本國策章節第 157 條²有概括的規

¹ 蕭淑芬，東海大學法律學系，論基本權核心概念之規範——一個比較法學的觀察。東海大學法學研究第十九期，頁 7，2003. 12。對於近代基本權核心概念說：「近代憲法」體制下，政府組織存在之目的，在於保障人民之基本權利，而「基本權核心概念」就是「近代憲法」所規定之基本權保障的依據。

又，憲法秩序的建構下，基本權作為對抗被國家或其他侵犯而保障自由的法秩序核心，不僅是一種主觀權利，而且也提供了客觀法秩序和一般法解釋原則的依據。在現代的憲法國家中，在其憲法的構成秩序中最重要的一部分，即基本權的保障。憲法規定基本權最重要的意義，即保障人民的自由，防止國家的權力侵犯，防止國家恣意的行為。

於是本文以為，基本權既是近代各國憲法所保障之人民權利，又醫療權亦解為屬於人民基本權之一，其目的應為保障並維持人民之生命及生存，而非只是達成憲法規範的目的而已。

² 我國憲法第 157 條：「國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度。」而司法院釋字第 550 號說明憲法第 155 及 157 條與增修條文第 10 條第 5 項更為國家訂定全民健保之義務及方向：「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度；國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度，憲法第一百五十五條、第一百五十七條分別定有明文。國家應推行全民健康保險，重視社會救助、福利服務、社會

定。所以到底人民的醫療權是不是憲法所保障的基本權利？即有經由憲法學理加以探究的必要。有學者認為，我國憲法第二章第 15 條生存權為人民基本權利，對於生存權所保護的內涵範圍為何須加以闡釋，認為生存權的保護結構，最基本的應該包括「生命權」³，甚至包括「身體完整權」⁴。自此，便有學者對於我國人民身心健康與醫療權之保障，認係內含於我國憲法第 15 條人民生存權保障之概念中，也就是說，人民可依此而為其生命身體健康之完整，有基本權利之主張。

但憲法保障人民之生存權，為一受益權，是人民請求國家為一定行為，以照顧其生活的權利，要旨在於民享⁵，故生存權是人民要求國家維持其最低程度的生活條件，延續其生命之權。而既要生存，則必須對人民的「健康醫療」、「福利政策」、「扶助救濟」、「衛生工作」、及「教育文化」加以保障，始為生存權價值之真諦。於是病人的醫療權得否彰顯，不僅僅是國家給予人民之基本權保障的立法問題，背後更包含著人民健康幸福，社會國家安全發展等永續制度的問題。

對於病人之醫療需求，「醫院」不應拒絕，這才是國家應當保障人民基本生存之職責，故國家應當設立各種相當規模之醫療院所，並督促確實滿足人民醫療權利之行使，此為國家以及醫療院所設立之最終責任。

保險及醫療保健等社會福利工作，復為憲法增修條文第十條第五項、第八項所明定。國家推行全民健康保險之義務，係兼指中央與地方而言。又依憲法規定各地方自治團體有辦理衛生、慈善公益事項等照顧其行政區域內居民生活之義務，亦得經由全民健康保險之實施，而獲得部分實現。」

³ 蔡維音，社會國之法理基礎，2001 年 7 月 1 版，頁 83-84。

⁴ 彭常榮，勞動者爭議行為合法性研究—以醫師罷工為中心，中原大學財經法律所碩士論文，頁 157。醫療權之憲法基礎與內涵，於德國基本法亦無明文，「但從德國基本法第二條第二項保障生命權及身體不受損傷權……可推論出憲法基本法第二條第二項並不排除保障人民醫療權之意旨」，依此德國基本法所不排除保障之醫療權所保護領域應為：「1、生命權：生命權應藉由法律或實際之公權力措施之予以保障，生命權保障生理與心理之存續，並超越權利主體對於生命之決定權，因此對於自殺者，仍應給予強制性之就助，並且對於無救治希望之病人，仍然不允許以安樂死之方式結束生命。2、身體完整權：係指人類生理與心理之健康不受侵害，包含身體痛苦之排除。醫療行為之合法要件，不得使身體受損害有關連性，即外科手術不得使身體受損害。因此，醫療行為應顧及病患之意願，才會具有正當性，醫師對於病患之病情與治療方式，應盡闡明義務，才可以對病患之身體完整性，予以干涉。」

⁵ 陳志華，中華民國憲法概要，三民書局，2005 年 4 月初版，頁 54。

於是，雖然人民之醫療權雖未於相關法律條文中明確規定，但卻已經是國家保障的基本人權領域之相當的共識。從國際公約⁶與學者間⁷之討論，醫療權現今已經發展成為人民就醫之基本權利，而且不只是受益權，甚至也是防禦權所涵攝的範圍，後者包括就醫自由、知的權利、隱私權、程序保障權及平等權，而受益權也包括健康權、衛生保健服務請求權及緊急醫療請求權⁸。依此，盡皆顯現從憲法人權保障之角度，讓人民醫療之權利具體落實。

第二項 受益權及給付行政與醫療權

所謂受益權，應該分類為四種，於我國憲法中有相對應之條文呼應，包括「生存」受益權⁹、「請願、訴願」受益權¹⁰、「訴訟」受益權¹¹、「教育」受益權¹²，分別規定於我國憲法第十五、十六及二十一條，而醫療權若是從生命權保障之本質與範圍加以觀察，應該當屬於「生存」受益權之內涵。

在我國現今的醫療制度體系之下，台灣全體國民是被強制應加入全民

⁶ 參考一九四八年「世界人權宣言」(Universal Declaration of Human Rights)第三條、第二五條第一項、「聯合國世界衛生組織憲章」(Constitution of the World Health Organization)前言、一九六六年「經濟社會文化權利國際公約」(International Covenant on Economic Social and Culture)第十二條、一九八一年世界醫學會「病人權利宣言」、一九八四年日本「病人權利宣言」、一九八六年世界醫學會「醫師專業之獨立與自由宣言」。

⁷ 參考吳正吉，「醫師的基本法律權利與義務」，醫事法學1卷1期，1985，頁54-56。1987年，「台灣醫療消費者權利」。蔡宏昭，「醫療倫理與病人權利」，出自「醫療福利政策」，1989頁，87-102。邱清華，「醫療法規與病患權益」，台灣醫誌教育版，2卷4期，1990，頁437-441。吳正吉，「醫療人權之抬頭與病人醫療上之訴求」，醫事法學4卷1期，1991，頁17-24。林谷燕，「醫療與人權—從法學觀點探討醫病關係」，碩士論文，1993。王皇玉，「醫療行為於刑法上的評價---以患者之自己決定權為中心」，國立台灣大學法研所碩士論文，1995。陳怡安，「全民健康保險規範下之醫療關係」，東吳大學法研所碩士論文，1996，頁52-57。

⁸ 吳全峰、黃文鴻，從醫療人權之角度論全民健康保險強制納保制度之爭議，頁2，國立陽明大學衛生福利研究所。

⁹ 憲法第15條規定，人民有生存權、工作權、財產權，應為經濟上對人民之受益保障。

¹⁰ 憲法第16條規定，人民有請願、訴願之權，應為行政上對人民之受益保障。

¹¹ 憲法第16條規定，人民有訴訟之權，當人民權益遭受損害有向法院提起訴願，請求為一定判決之權，應為司法上對人民之受益保障。

¹² 憲法第21條規定，人民有受國民教育之權利，應為教育上對人民之受益保障。

健保制度體制的。在此並不討論這個強制納保¹³是不是有違憲之可能，但是對於這樣子的制度，無非是國家以公權力介入，企圖保障絕大多數的國民醫療權之舉，以達到福利國國家，保障人民生存與健康的給付行政¹⁴措施。我國的醫療制度，基本上是以行政之力量，使得人民有醫療項目的照顧與受益之權。而行政法上的受益權，是指行政相對人依法通過行政主體的作為和不作為，而獲得各種權利和利益的請求權。準此，人民之受益權是福利國國家、積極給付行政模式下，最重要的權利。在某個角度視之，受益權與生存權之間是存在著相互影響的關係。受益權¹⁵的範圍是廣泛

¹³ 袁國寧，黃建登，台灣全民健康保險制度及其倫理性之探析，頁 16。最後瀏覽日 2011-10-22，www.tria.tw/2007program/paper/24.doc。

全民健保是強制性的社會保險，為使每位國民都能獲得平等醫療服務的權利，因此規定每位國民均須納保。只要具有中華民國國籍，或在台灣設籍滿四個月以上的人，依規定都必須參加全民健保。茲將全民健康保險法的納保規定列示如下：全民健康保險法第 10 條，具有中華民國國籍，符合下列各款規定資格之一者，得參加本保險為保險對象：

- (一) 曾有參加本保險紀錄或參加本保險前四個月繼續在臺灣地區設有戶籍者。
- (二) 參加本保險時已在臺灣地區設有戶籍，並符合第八條第一項第一款第一目至第三目所定被保險人。
- (三) 參加本保險時已在臺灣地區辦理戶籍出生登記，並符合前條所定被保險人眷屬資格之新生嬰兒。

不符前項資格規定，而在臺灣地區領有居留證明文件，並符合第八條所定被保險人資格或前條所定眷屬資格者，自在臺居留滿四個月時起，亦得參加本保險為保險對象。但符合第八條第一項第一款第一目至第三目所定被保險人資格者，不受四個月之限制。全民健康保險法第 69 條之 1 規定，保險對象不依規定參加保險，除了處予罰鍰外，並追溯自合於投保條件之日起補辦投保，於罰鍰及保險費未繳清前，暫不予保險給付。此條規定視為全民健康保險強制納保之規定。

¹⁴ 參考黃默夫，基礎行政法 25 講，頁 22—23，給付行政是指有關社會保險、社會救助、生活必需品之供給、舉辦職業訓練、給與經濟補助及提供文化服務等措施而言。此一名詞之使用與政治理念有關，乃基於確認國家負有生存照顧之義務，進而主張應採取行政上措施，改善社會成員之生存環境及生活條件。

給付行政之主要內容則以提供金錢、服務等，非權利之受益性行為為主，有：

1. 供給行政：指提供國民日常生活所不可或缺之工業技術性服務之行政。如交通、電信、郵政、學校、醫院、文化機構、養老育幼院等。
2. 社會行政：係指提供國民社會生活最低限度之直接保障行政。諸如社會保險、社會給養、社會救助或其他社會福祉等。
3. 助長行政：係指經由特殊目的所制定之社會、經濟或文化政策，而予個人生計改善措施之行政。諸如公資之貸借、對於青少年之保護育成、知識、技術之傳授，或對藝術或科學之協力推進等是。
4. 資訊行政：在資訊社會中，提供足夠資訊以便人民作決定時更容易、更可能。如地方制度法第十六條第五款，將「對於地方政府資訊有依法請求公開之權」列為住民之權利；行政程序法亦有資訊公開之規定。

¹⁵ 我國憲法保障人民有自由、參政、受益、平等四大權利，其中受益權是指憲法條文第

的，而這主要取決於受益權是一種融合的權利。以受益權作為行政給付的現代權利基礎，有利於擴大受益對象和授受範圍，並有利於給付行政模式的建構¹⁶。

我國醫療健康制度是採取全民健康保險制度，一方面強制全體國民均要參與，另一方面採取保險制度，健保機關對於給付項目具有一定程度的裁量權，也並不因為逾期未繳保險費用而退保，也因此訂有處罰規定。我國目前全民健康保險制度，除了沒有同業競爭之外，對於人民而言，大部分是屬於受益之給付行政，但帶有干涉行政的意味。按給付行政是與干涉行政有所區別的，後者是有些干預甚至侵害人民權利的性質。但就台灣目前的醫療制度而言，是以給付行政的方式，讓全國的人民得以受到醫療權的保障。於是，給付行政在福利國家扮演著服務或者是福利的角色，提供給人民相當的服務與給付，使人民在被提供的項目中，有所受益。在現今的全民健保制度中，國家因此擔負著照顧人民生存及健康的職責¹⁷。而雖然原則上給付行政事項不受法律保留原則之限制，但是近年來基於行政法上之重要性原則，認為給付行政如涉及原則性問題，而屬於重要性事項者，亦應有法律依據¹⁸。更何況，強制性健保醫療政策尚附帶有干涉行政之性質，更應受到法律保留原則之拘束。以反向思考，人民也因為在法律保留之健保醫療制度之下而有受益權，亦即在法律的介入之下，人民無法被剝奪就醫的權利，此即是國家以法律規定及解釋，以行政上的給付為方法，讓人民擁有憲法保障的基本醫療受益權。

15、16、21 條規定。第十五條：人民之生存權，工作權及財產權，應予保障。第十六條：人民有請願，訴願及訴訟之權。第二十一條：人民有受國民教育之權利與義務。

¹⁶ 柳硯濤、劉宏渭，行政受益權研究，法學論壇，2006 年，第 2 期摘要。

¹⁷ 全民健保開辦後，採用自助互助及風險分擔的方式，為民眾去除了就醫財務障礙，提高就醫的可近性，特別是為社會中的弱勢人口(如低收入戶)及沒有職業的人口(老人、婦女、小孩)帶來了便利的醫療資源，免除了就醫障礙。開辦迄今，人民的滿意度高達 7 成以上、投保率高達 99%、就醫可近性高、人民對於醫療水準有信心，也說明了全民健康保險制度的確減輕民眾醫療負擔、提供適切醫療照護、落實平等就醫權利等目標，且獲得多數民眾的認同(2003 全民健康保險統計動向)。

¹⁸ 黃默夫，前揭著，頁 23，認為「因為在法治國家，應防止行政機關之措施出於恣意，並應盡可能使行政機關之決策具有預測性，干涉行政如此，給付行政亦應如此」。

第三項 醫病關係之法律性質

醫病間的法律關係在每一次的醫療行為¹⁹之中，在醫療人員與病人間成立，並相應而生雙方的權利與義務關係。在我國，醫療行為受到刑事法、行政法及民事法的規範，也就是說醫療人員所為之醫療行為，必須接受上述法規範的監督與查察，倘使醫療行為有所疏失，相關人員可能就要面對刑事法、行政法或是民事法之法律效果。而醫病關係既然存在著具有法律風險的關係，就有必要確認醫病關係存續期間，包括此等關係成立及消滅的時點。亦即，從甚麼時候開始，醫療人員所為的每一項醫療行為都是被檢測監督的？一般而言，醫療行為開始在病人或其家屬有給付醫療價金之義務並完成掛號的同時，病人享有在該醫院看診之醫療權，同時該醫院醫療人員也負有為該病人診治的義務。通說認為醫病之間的法律關係，應該是起始於上述的醫療契約訂定時²⁰，也就是說醫病關係應該是起始於一個契約關係。

對於醫病關係肇始於醫療契約之成立，亦已是多數的見解，對於契約的規定首應依民法第 153 條第 1 項：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」雖然醫病關係的發生是多樣性的，但是多數醫病關係確立是來自醫療契約，少數才是因為強制締約、強制醫療

¹⁹ 行政院衛生署基於醫政管理上之需要，藉由行政解釋，對於醫療行為予以定義，民國八十一年八月十一日衛署醫字第八一五六五一四號函釋所持之見解，謂：「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、用藥、施術或處置等行為的全部或一部的總稱。」根據以上釋示，醫療行為應包含兩大類：第一大類為：以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為診察、診斷及治療之行為。第二大類為：基於診察、診斷之結果，以治療為目的，所為處方、用藥、施術或處置之行為。

²⁰ 我國學者對於醫病之間的法律關係，幾乎均採醫療契約說。例如，黃丁全老師之醫療契約，「醫事法」，頁248，元照出版社，2000年版。楊秀儀老師於台灣本土法學雜誌第49期之論述。王富強，強制醫療的法律觀，醫事法學第7卷第4期，頁74-83，皆有一致為醫療契約之看法。又吳志正之「醫療契約論」，東吳大學法研所，亦以之為碩士論文主題。按我國的醫療現狀，最常見的醫療契約成立模式，係由醫療需求者先掛號而後醫師應診。一般醫療契約的成立，當由締約當事人的一方為要約，另一方為承諾，雙方意思表示一致而成立。因醫病關係互動的現代化，呈現多樣的締約型態，因此，有諸多類似締結醫療契約之殊相，惟其實質均非醫療契約，譬如：強制締約，強制醫療契約，無因管理。

契約與無因管理等情形。所以，醫病之間所存在的醫療關係之起源，取決於許多不同的狀況及因素，甚至於相關的法規範。一般來說，大部分的情況是始於病人之求診，依自己的意思能力表達自己看病的意願，並完成掛號手續，進入診間看診。但是亦有例外情形，例如病人若無法表達或無法清楚表達自己的意思時，抑或是依法須要強制醫療者，皆不適或不需經由病人自己同意而開始醫療行為。因而醫病之間的法律關係之成立，主要還是因為契約關係之存在，但是也和傳統上的契約訂定之要約承諾方式不盡相同，其中醫療行為上常常以其緊急性做為考量，故以默示之方式為之者，亦不在少數。

醫療契約的雙方當事人²¹，為病人及醫療提供者，後者則因提供醫療服務的方式不同而有差異，辨明醫療契約當事人的實益，在於釐清醫療契約下醫病間權利義務的主體，最終目的則在於有爭端時可以成為損害賠償的請求，對於依契約法而主張權利或要求履行義務者而言，辨明醫療契約當事人遂為第一要務²²。

醫療契約究竟屬於何種契約型態？我國學說上有多種論述，但是通說仍以委任契約說²³為主。但亦有學者認為可能成立僱傭契約²⁴、承攬契約²⁵、

²¹ 在現今社會醫療關係多元化的情況下，其實一個人的就醫，其中存在著多方關係，有病人本身、醫療院所、醫師、健保局、私人保險公司、甚至若是意外車禍的，還有個相對人關係存在於病人旁。但醫療契約當事人為何，各說不一，在我國醫療實務上視之，並節錄司法院釋字第 533 號解釋：「中央健康保險局依其組織法規係國家機關，為執行其法定之職權，就辦理全民健康保險醫療服務有關事項，與各醫事服務機構締結全民健康保險特約醫事服務機構合約，約定由特約醫事服務機構提供被保險人醫療保健服務，以達促進國民健康、增進公共利益之行政目的，故此項合約具有行政契約之性質。」宜認為醫療契約仍存在於病人(被保險人)與醫療機構間；病人(被保險人)與保險機構間(保險人)間存在者為保險契約；而健保特約醫療機構與健保局間則為委任契約(公法契約)。

²² 吳志正，醫療契約論，東吳大學法律研究所碩士論文，頁 100。

²³ 委任契約說之學者有：林誠二，「民法債編各論(中冊)」，頁 71-2，瑞興圖書，2002 年初版；史尚寬，「債法各論(上冊)」，頁 361，自刊，1986 年 11 月版；邱聰智，醫療過失與侵權行為，「民法研究」，頁 413-5，五南圖書，2000 年 2 版，「新訂債法各論(中冊)」，頁 192，元照出版，2002 年初版；而採此說之實務判例有：最高法院 92 年度台上字第 1057 號民事裁判、同院 82 年度台上字第 267 號民事裁判、臺灣高等法院臺中分院 92 年度上字第 121 號民事判決、臺灣臺中地方法院 90 年度重訴字第 1045 號民事判決等。89 年台上第 2663 號判決：「按醫療契約，屬勞務性契約，依勞務性契約「報酬

準委任契約²⁶或者是無名契約者²⁷，實務上亦各有不同之見解。從醫療實務的觀點上看來，每一種學說均有其適用的要點，但又卻是難以周全。按我國民法債篇對於委任契約之定義，如民法第 528 條所示：「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」又第 535 條說明：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」本文認為，醫療行為之醫病關係，不適合以委任關係解之，原因有下：第一，依民法第 528 條稱委任者是受任人一方處理委任事務，但依民法第 535 條之應依委任人之指示為之，此於現實的醫病關係是不一致的。因為醫療行為中，醫師必有其醫療之裁量權²⁸，不可能全然依照病人之指示而為如何

後付」之原則，醫療費用應在醫療完成時給付。若病人未給付醫療費用前，依前揭原則，醫院或醫師有先行給付之義務，不能因其欠繳醫療費用，而主張同時履行抗辯，停止對其作醫療服務，果無特約或習慣，病人所欠醫療費用，自須待醫療完成始得請求。」。97 年台上第 1000 號判決：「查醫療契約係受有報酬之勞務契約，其性質類似有償之委任關係，依民法第五百三十五條後段規定，醫院既應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對病患履行診斷或治療之義務。」

²⁴ 史尚寬，「債法各論(上冊)」，頁 275，自刊，1986 年 11 月版，「醫師與病人間訂立之契約，倘著重於勞務之提供者為僱傭；若著重於傷病之治癒則為承攬。」

²⁵ 王祖寵，醫師之民事過失責任，法令月刊第 21 卷 1 期，1970 年，頁 6，謂：「又如手術之醫療行為係以有一定而明確事項為目的，病人俟該行為完成，給付報酬者，其性質則屬民法 490 條之『承攬契約』。」朱柏松，「消費者保護法論」，頁 247-50，翰蘆圖書，1998 年初版。邱聰智，「新訂債法各論(中冊)」，頁 37，自刊，2002 年初版，認為「包醫」、「看護」屬無形的結果債務。依此本文亦認為，某些包醫之醫療行為，例如：整型、隆乳等是為結果債務之醫療契約，符合承攬之要件。也就是說如臺灣臺中地方法院 90 年度重訴字第 1045 號民事判決中有云：「……醫生為病患醫療，若已盡醫療之能力，病患雖仍未復原，仍可取得報酬，除非醫生與病患間有「包醫」之約定時，始可認為係承攬契約。」前者應屬委任性質之結果，而後者乃為屬於承攬契約之說明。

²⁶ 王祖寵，前揭文，頁 6，謂「病人以治療之事務委託醫師處理者，其性質屬民法第 529 條之『準委任契約』，認為醫療行為應當「適用」關於委任之規定，為「準委任契約」，而不另承認其為「無名契約」。

²⁷ 陳碧玉，醫療關係之法律性質，法學叢刊第 83 期，頁 66，1976 年。

²⁸ 參吳志正，前揭文，頁 47，謂醫療給付之「裁量性」，係指醫療提供者對於醫療給付之內容，就某程度或範圍內，所得享有自由、任意的判斷或選擇餘地。而最高法院 85 年度台上字第 2727 號判決要旨有如下之敘述：「所謂委任，係指委任人委託受任人處理事務之契約而言。委任之目的，在一定事務之處理。故受任人給付勞務，僅為其處理事務之手段，除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。」並有日本大阪地判昭 39.2.3 判決略謂：「醫師之治療，基本上雖應具備相當高度之醫學專業知識及技術，但於患者之診斷及治療方法之認定上，各醫師間常存有微妙之見解差異，因此乃不可避免之事，如不認為醫師對醫療之實施有或多或少自由裁量之餘地，將不易期待得到具有因地制宜之醫療處

檢查、如何處置、是否可以住院及出院、需要手術與否··等等。第二，稱委任關係適用於醫病關係之學者，似乎應加以說明其委任處理之事務，是否應有所限制，或有其範圍，以明確知悉相關之委任，是否自始即無期待可能性。第三，有關於委任之報酬請求相關條文，於醫病關係間已然因為國內醫療採取全民健保之第三人付費²⁹方式，幾乎全不適用。因此，是否學說將來仍然主張醫療行為之醫病關係，純是委任契約，或者應更貼近醫療事實，配合國內醫療給付制度考慮之，另形成更妥適之見解，為後學所期待。至於，若醫療行為依委任之規定而未能完成所委任之事務者，乃是無報酬請求權，並非債務不履行，亦無須負瑕疵擔保之責任，而且受任醫師在非不利於他方時，若得任意終止契約等，對病人自屬不利。

稱醫療行為是僱傭契約或稱承攬契約者，應先明瞭二者之不同，再從其中找出與醫療事實的相關與差異，才能論其是否真正適用於現況之醫病關係。依民法第 482 條之定義：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」而同法第 490 條則規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」兩者之間有三大不同，其一，為契約目的的不同，僱傭契約提供的是『勞務』，是包括受僱人的勞力、智慧、專業、經驗、人脈及技術等。一方為他方服勞務，他方須給付報酬。而承攬契約則是為『完成一定之工作』，即一方為他方完成一定之工作，須有一定之成果呈現，有結果才有報酬。其二，為服從性質之不同，僱傭關係下的受僱人對僱用人有「服從指揮命令」的義務，受僱人不具有獨立裁量權，且

置。」轉引自曾淑瑜，醫療過失與醫療義務，「醫療過失與因果關係(上冊)」，頁 139，翰蘆圖書，1998 年初版。

²⁹ 楊志良，全民健康保險的若干迷思，常春月刊，99 年 8 月刊，謂：「……目前民眾以健保身分就醫非常方便，又因為健保的支付方式是由第三人付費，的確可能造成民眾過度使用醫療資源的問題，所以有人以為停辦健保，就不會有浪費醫療費用的情形，醫療支出就會減少。」又參國家醫療保健政策建議書，頁 7，亦有如下之說明：「健康保險是第三人付費制度，醫病雙方都有可能不珍惜有限的醫療資源，而產生所謂的道德危機 (moral hazard)。全民健保偏高的每人年平均就診次數、藥品處方率及藥品占醫療費用比率等指標，顯示我國民眾的醫療利用有改善空間。提供民眾正確的醫療資訊及強化民眾參與制度決策等措施，能讓民眾與健保制度站在同一陣線，禍福相依、憂戚與共。」

必須受僱用人之監督指揮命令。而承攬關係下的承攬人忠誠的對象是「工作」而非公司，因此有拒絕公司指揮命令的權利，承攬人於工作完成時便可請求給付報酬。其三、是替代性不同，僱傭契約的勞務給付未經僱用人同意時，不得私自使用他人完成工作，屬不可替代性。承攬契約著重於完成一定之工作，承攬人除當事人間有特約外，非必須承攬人自服其勞務，其使用他人完成工作，亦無不可，只要工作成果是定作人要的即可³⁰，故承攬契約的勞務給付屬可替代性。依此，醫療行為尤其非屬狹義之勞務，而醫師對於醫療作為有相當之裁量權，亦非必然服從病人之指示，再者，因應病人病情而須適當之會診或是共同治療者，更非不可替代性。故認為醫療行為屬於僱傭關係乃不可採。

對於醫療行為是否適用於承攬契約說，觀乎上述與僱傭契約比較所示，醫療行為實務上似乎與承攬的要件比較雷同，但是令人有疑慮的是，承攬契約依民法之定義，為必須完成一定的工作他方才給予報酬，此之「結果債務」說便局限了承攬契約於醫療行為上之適用。因為於醫療行為論以承攬契約理論時，依「結果債務」說，所謂完成一定的工作，便是相當於疾病之治癒而言，但對於醫療的診斷與治療而言應僅僅是「手段債務」，而非「結果債務」，也就是說，每一個病人的求診醫治，並不一定治癒，應該只是在期待的可能之下，盡力減除病人疾病與傷害的痛苦之整個診治過程，才是醫病契約的要點。故大多的醫療行為之性質，應與承攬不合。但實務上少數亦有適合承攬契約之醫療行為者，如整形之隆乳、隆鼻等等，以及依契約自由原則，若有醫師與病人訂定醫療契約時，真意成立所謂包醫，也就是包你痊癒的契約，只要不違反公序良俗，亦屬醫療承攬契約之類型。

第二節 急診醫療權

每一個人與生俱來就有法律所保障的醫療權，已如上述。但病人擁有

³⁰ 參照最高法院 65 年台上第 1978 號判決：「……承攬人除當事人間有特約外，非必須承攬人自服其勞務，其使用他人，完成工作，亦無不可。」

的醫療權，並不完全等於病人就擁有急診醫療權。說明白的，在急診的設立目的與宗旨而言³¹，是為了緊急傷病之救治為首要的目的，另外才輔以衛生、消防³²等行政單位所加諸之指示。於是國內外才有急診檢傷分級制度，將前來醫院急診的病人予以分級，按照符合緊急醫療救治的條件，優先於急診救治，而不符合急診就醫之病人，可以請病人耐心等待或轉到適當科別的門診診查與治療³³。也就是說，不一定每一位病人希望在急診醫

³¹ 緊急醫療救護法第 39 條，急救責任醫院應辦理下列事項：

- 一、全天候提供緊急傷病患醫療照護。
- 二、接受醫療機構間轉診之緊急傷病患。
- 三、指派專責醫師指導救護人員執行緊急救護工作。
- 四、緊急醫療救護訓練。
- 五、依中央衛生主管機關規定提供緊急醫療救護資訊。
- 六、其他經衛生主管機關指派之緊急救護相關業務。

前項第五款緊急醫療救護資訊項目、通報方式、時間及其他相關事項之辦法，由中央衛生主管機關定之。

³² 緊急醫療救護法第 8 條，中央衛生主管機關得邀集醫療機構、團體與政府機關代表及學者專家，為下列事項之諮詢或審查：

- 一、緊急醫療救護體系建置及緊急醫療救護區域劃定之諮詢。
- 二、化學災害、輻射災害、燒傷及空中救護等特殊緊急醫療救護之諮詢。
- 三、急救教育訓練及宣導之諮詢。
- 四、第三十八條醫院醫療處理能力分級標準及評定結果之審查。
- 五、其他有關中央或緊急醫療救護區域之緊急醫療救護業務之諮詢。

又，緊急醫療救護法第 9 條，中央衛生主管機關應依第五條第二項之緊急醫療救護區域協調指揮體系，委託醫療機構於各區域內組成區域緊急醫療應變中心（以下簡稱區域應變中心），辦理下列業務：

- 一、即時監控區域內災害有關緊急醫療之事件。
- 二、即時掌握區域內緊急醫療資訊及資源狀況。
- 三、建置區域內災害醫療資源之資料庫。
- 四、協助規劃災害有關緊急醫療事件之復健工作。
- 五、定期辦理年度重大災害有關緊急醫療之演練。
- 六、跨直轄市、縣（市）之災害發生時，協助中央衛生主管機關調度區域內緊急醫療資源，進行應變工作。
- 七、協助中央衛生主管機關指揮區域內急救責任醫院派遣相關人員，協助處理大量緊急傷病患。
- 八、其他有關區域緊急醫療災害應變事項。

前項第六款與第七款調度、指揮之啟動要件、指揮體系架構、應變程序及其他應配合事項之辦法，由中央衛生主管機關定之。

³³ 終於在今年連續發生許多急診暴力事件之後，健保局在 2011 年 5 月 31 日於健保局官方網站發表勸民眾若是第四或第五級檢傷病患不要用急診資源看病節錄內文如下：

「急診依健保支付之定義，須立即給予患者緊急適當之處理，以拯救其生命、縮短其病程、保留其肢體或維持其功能。……許多民眾不瞭解醫院急診醫療的內容，常以為一般感冒或是意外的輕度外傷，到急診就可以馬上獲得醫療服務，因而時常造成急診部門壅塞，除加重急診醫護人員的負荷外，且影響到急重症病患的醫療照護品質。實

治，都是正確而最佳的選擇，應該將急診醫療的所有工作戰力，能多數保留給真正需要緊急醫療救治的病人，才是正確的做法。簡單來說，急診醫學就是緊急處理病人的一門學問，它必須快速做決定以防止病人死亡或病情進一步惡化，它的作業地區不僅是在急診，更應擴大到病人意外事故發生的現場³⁴，以防止更多危險的結果產生。

第一項 急診醫療之定義

若說急診醫療是國家醫療安全網，也是社會安定的另一股力量或是樞紐，應不為過。1995年胡勝川醫師創立了中華民國急診醫學會，正式與急診加護醫學會脫離，使急診醫學科的醫護人員們有自己專屬的學會獨力發展。1997年行政院衛生署正式公告「急診醫學科專科醫師甄審辦法」，急診醫學成為台灣第19個主專科醫師科別，急診醫學會則建立甄審急診專科醫師的典章制度，並陸續開辦有關急診醫療的專題討論及各項教學活動，且不斷向社會宣導急診醫學的重要性。經過許多年的變遷，急診前輩陳日昌醫師於2011年1月24日在醫聲論壇發表以下論述，顯示台灣急診與緊急醫療的成熟度之不足：近來媒體頻頻報導罹患緊急傷病的民眾被送到醫院急診，卻面臨因急診嚴重壅塞無法立即進入急診就醫，這是台灣緊急醫療網的警訊，但只是民眾看到的冰山一角。到底藏在下面的冰山是什麼？

急診病人雍塞，無論是甚麼原因引起的，已經是事實。無論是無法住院導致急診疏散病人能力不足，或是管理失當，終其原因無非兩類，其一

際上，被檢傷為第4或第5級病況較不嚴重的病人，就算急忙趕到醫院掛急診，極可能因急診病人甚多而需等待許久，才有醫師前來看診，若同時間有前往提供門診之院所，應可得到更快速與合理之治療。」

www.nhi.gov.tw/webdata/webdata.aspx?menu...id... 最後瀏覽日 100-8-29。

³⁴ 林文燦，陳威宇，鄭建鑫，陳慧敏以本體論為基之檢傷分類支援機制—以台灣某醫學中心急診醫學部為例，頁4，中華民國品質學會第43屆年會暨第13屆全國品質管理研討會。文中提起Hanlon認為「急診是一種突發的、意想不到的緊急醫療狀況，會影響個人生命安全及健康，以至於需要迅速的醫療服務，包括生理、心理與社會的醫療」。

是「來源」，也就是於此所要說明的，符合急診就醫病人的量，而產生急診醫護人力的需要值。亦涵蓋所要論述之符合急診就醫病人資格。其二就是「消化」急診病人，這就是醫院能力的問題。因此，須有明確的急診醫療定義，讓人民清楚明白何種情況該當前往急診就醫，何種情況應當前往平常門診就醫，而有效維持緊急醫療的資源，才是根本解決現今急診壅塞，維持急診醫療品質之有效途徑。

本文整理我國對於急診醫療的定義，遍查資料結果除了中央健保局於 2010 年 4 月 1 日起為了給付申報急診就醫病人醫療費用點數，而有定義急診及其適用範圍外，並未有明確規定那一些病人不要利用急診就醫。甚至實行多年的檢傷分類四級規定，於 2010 年 1 月 1 日改實施為檢傷五級制度，其中將原本舊檢傷第四級病人，不限必須看診時間規定，且可以道德勸說改掛門診者，於新檢傷制度之第五級病人，改為須要在病人掛號後 120 分鐘內，醫師必須診視該病人。也就是說，台灣當局的衛生主管機關，對緊急醫療中的急診醫療，已經是認識不清，甚至可以說是並未以專業的智識、長遠的考量、客觀的態度為架構國家緊急安全醫療體系而努力、實為可惜之處。由於急診醫療全年無休的服務便利特性，使得民眾充份使用急診的資源。但從醫療管理的角度來看，原本急診醫療在一家醫院的功能，與實際上民眾所認知的急診醫療是有很大的差距的。其中包含的複雜病況的醫療流程與醫療的急迫性，跟一般門診醫療流程相距甚多。茲將中央健保局訂定之急診定義與適用範圍附如下所示³⁵：

1、急診定義：凡須立即給予患者緊急適當之處理，以拯救其生命、縮短其病程、保留其肢體或維持其功能者。

2、適用範圍：

³⁵ 全民健康保險醫院醫療費用審查注意事項，中央健康保險局 99 年 2 月 25 日健保審字第 0990074102 號函令修正。

- (1) 急性腹瀉、嘔吐或脫水現象者。
- (2) 急性腹痛、胸痛、頭痛、背痛(下背、腰協痛)、關節痛或牙痛、需要緊急處理以辨明病因者。
- (3) 吐血、便血、鼻出血、咳血、溶血、血尿、陰道出血或急性外傷出血者。
- (4) 急性中毒或急性過敏反應者。
- (5) 突發性體溫不穩定者。
- (6) 呼吸困難、喘鳴、口唇或指端發紺者。
- (7) 意識不清、昏迷、痙攣或肢體運動功能失調者。
- (8) 眼、耳、呼吸道、胃腸道、泌尿、生殖道異物存留或因體內病變導致阻塞者。
- (9) 精神病患者有危及他人或自己之安全，或呈現精神疾病症狀須緊急處置者。
- (10) 重大意外導致之急性傷害。
- (11) 應立即處理之法定或報告傳染病。
- (12) 生命徵象不穩定或其他可能造成生命危急症狀者。

依此基本的急診醫療定義視之，諸如只是單純的換藥、要求開立診斷書，甚至為了請領保險金，而千方百計的要急診醫師予以留院於急診室觀察者，還有酒駕由警員帶到急診室，要求留院觀察為主要目的，以規避被直接移送，改為函送者，已經是明確不應使用急診資源，而應排除在急診門外。

第二項 我國目前急診醫療之現況

先看一則非常貼近事實的報導，這是台中市蔡常青醫師於聯合報在2011年3月31日的投稿內文，「對於急診重症的病人，急診醫療相信是很重要救命的一環，可是我們卻看到，似乎很多民眾與家屬，把急診當作「快速門診」，心中存有「只要我覺得急，就是要看急診」的觀念。也不能苛責這些人，因為是整體的醫療環境，與不合時宜的醫療法規，給予了大家錯誤的觀念。試想，一個區域醫院的急診室，2011年二月短短的廿八天中，

看診人數就超過七千人次，醫護人員的體力，早已不堪負荷，面臨的醫療風險有多大，民眾接受的醫療品質，更是可想而知。

以目前台灣急診醫療的大致現況，病人前來急診就醫，可先粗分為二類。第一類是因某種傷病前往急診診療者。第二是急診再次返診醫療者。二者皆可分為是否屬於緊急醫療狀況。本文於此討論的範圍，是非屬於緊急病症之急診就醫病人。按前段報導所點出之事實，是無論甚麼因素造成台灣急診醫療現狀，人力、物力資源欠缺，應是不爭之事實。設若同時二個甚至或多個病人前來急診，若是皆屬於緊急需要狀況，則醫療院所應該啟動大量傷患³⁶機制，以滿足急診醫療及病人所需。若非如此，同時在急診的多名病人，也就是同時存在著數個不同個體之醫療權，但醫療人力不足時，應當視這些醫療權先後看診優先順序，妥當安排病人急診就醫之流程。因此國外早設計了檢傷分流制度³⁷，以解決此一窘境。只是在數個病

³⁶ 大量傷患事件 (MCI) 定義：任何會導致許多病人，而足以讓正常緊急與健康照護無法運作的事件。奇美醫院急診嚴元隆醫師於奇美醫訊第59期：「大量傷患的定義，彈性很大，由各醫院依醫護人力自訂等級及因應方式。以本院為例，單一事件超過10名病患就會開始動員，先由急診整合人力，增闢空間，若單一事件超過20名病患，就會動員全院資源，將急診診區空出，規劃檢傷站，輕、重症區及更大的觀察區。讀者們一定會覺得奇怪，美國911及我國921事件死傷以萬人計，對一所醫學中心大量傷患的認定卻只有10人，別懷疑，知道治療一位多重外傷病人需要多少人力？1位急診醫師、3位急診護理師、2-3位外科專科醫師、1位麻醉醫師、2-3位開刀房護理師、5000-10000cc全血。若是一次有10名多重外傷病人需要治療，別說本院，動員台南市醫護人員都非常吃力，因此衛生署逐步擬定各種災害因應措施，如機場、火車災難、毒化災、天然災害動員及於去年成立之國家級災難醫療隊。國家級災難醫療隊分為南北兩支隊，每支隊約有80-120名隊員，隊員中80%為醫護人員、20%為後勤人員，受過野外求生、災區醫療之訓練，無給薪純奉獻的阿呆。」

³⁷ 檢傷的主要功能，是提供就診病患立即簡要之醫療評估，針對病人問題安排適當之醫療活動，並依據其不同的疾病傷害程度區分成不同層級的處置評估，目的不僅是區分病人的「情況緊急程度」，亦是為求資源的有效分配。

檢傷 (Triage) 是源自於法文，意思是選擇、分類的意思。在第二次世界大戰時期，軍醫將這個分類的概念運用在傷兵的處置上訂定一定的標準做為分類的依據後來在一九六三年美國Yale-NewHaven Hospital 最早成立急診檢傷分類制度，由醫師評估病人並將病人分為緊急 (Emergent)、危急 (Urgent) 和不急 (Non-urgent) 三類。隔年紐約市立醫院首先用護理人員擔任急診檢傷分類人員也擴大了急診護理人員的功能與角色。於我國是在1988年台北榮民總醫院依病人病況危急的程度將病人分為「極緊急」、「緊急」、「次急」、「不急」四類，為我國第一個於急診正式建立急診檢傷分類制度的醫院。而在1997年行政院衛生署於「改善醫院急診重症醫療計劃」要求各級醫院落實檢傷分類制度。當時檢傷分類是以四級來分類，第一級：生命徵象不穩定，有立即生命危險，應立即處理。如心跳或呼吸停止、出血無法控制、昏迷等。第二級：

人之醫療權同時發生衝突時，於急診醫療的定義框架中，是否有個準則出現，應以符合急診之緊急醫療權優先於非緊急之醫療權為原則，應無疑義。

第三項 美國急診醫療之定義

美國急診醫學會在 1986 年及 1994 年對急診醫學提出定義³⁸：「急診醫學主要是針對不預期的傷病進行評估、處理、治療和預防的一門醫療專科。急診服務為全天候、全方位，範圍包含各種醫院內外的狀況，提供所有非預期醫療需求的通路，建構健康照護的安全網。」而急救醫療和積極的勞動力法案「Emergency Medical Treatment and Active Labor Act」，簡稱 EMTALA，對於什麼是“緊急醫療條件”有明確的規定。此雖不一定符合我國的習慣與民情，但是的確可以讓我們效法與參考。其中，FAQ (Frequently asked questions) ON EMTALA 的第 3 點對於 What is an "emergency medical condition"?有如下的規定：

- 1、身體產生急性相當嚴重的症狀，包括嚴重疼痛，若缺乏立即的醫療處置會合理的被認為將產生不良後果。
- 2、急產或處於嚴重健康危險之中的健康孕婦。包括產生宮縮的孕婦。
- 3、嚴重身體機能損害。
- 4、嚴重身體器官或任何部分功能障礙。

認為「急診是一種突發的、意想不到的緊急醫療狀況，會影響個人生命安全及健康，以至於需要迅速的醫療服務，包括生理、心理與社會的醫療」³⁹。準此，對於是不是符合急診醫療的病人，美國對此有明確的定義。

生命徵象不穩定，嚴重疾病或外傷，有生命危險，暫不危及生命，須在二十分鐘內盡快處理。如急性尿滯留、小而開放性傷口、胸痛原因不明顯者、突發性神經學症狀等。第三級：生命徵象穩定，但病情有可能惡化有急診處理之必要，須在六十分鐘內予以處理。如急性腸胃炎、流產、急產、閉尿或各種管路阻塞。第四級：生命徵象穩定，短時間內病情惡化的機會不大，可延後處理或勸說去看門診。如上呼吸道感染。

³⁸ 林瓊茹，以醫師觀點探討急診病患再回診原因之質性研究，義守大學醫務管理系 2008 年碩士論文，頁 10。

³⁹ 轉引自林文燦，以本體論為基本之檢傷分類支援機制—以台灣某醫學中心急診醫學部為例，頁 4，中華民國品質學會第 43 屆年會暨第 13 屆全國品質管理研討會。

在先進國家的醫療網，是有體系地加以建構，該屬於緊急醫療的病人，在醫療院所的急診室，一定得到他被聯邦法律所保護的醫療權，倘若不屬於緊急醫療狀況的病人，醫院急診室便有權加以拒絕，並且告知應該去合乎規範的相關醫療單位接受診療，而非佔用急診資源。如此的觀念，一來當然可以保有急診的功能與戰力，再者，所推行的家庭醫學制度，與轉診制度、保險制度，相配套的結果，更可以讓國家的健保制度不至於被濫用，甚至於經常出現危機，更可以讓急診醫療人員有健全優質的工作環境，能全心盡力為所有的緊急醫療傷病醫治，使其能實現最妥善照料的醫療權。

茲將美國急診室就醫的權利，在此加以介紹，對本文主要的論點：「並非每一位病人皆有急診醫療權」，進行國內外的對比。希望國內更多優秀的學者先進，能以此為思考的開端，為台灣未來的緊急醫療制度、醫療保險制度以及醫療財源等，能有個正向的改革，才是未來台灣人民之福。

以下是轉譯自美國聯邦政府網頁，有關「急救醫療與勞動力法案」，其中有關於急救醫療權的積極要件與排除要件如下：

一、 您的美國醫院急診室的權利

病人在美國急診就醫時，聯邦法律規範了病人急診就醫的基本權利如下⁴⁰：

1、聯邦法律賦予你得受到緊急醫療照護的權利，不管你是否有能力支付醫療費用。在下述有詳細的說明，告訴你在醫院應該如何處理。當你受傷送到急診室，你最重要的事就是需要爭取治療。幸運的，在 1986 年

⁴⁰ US government page on EMTALA ，美國政府網頁的鏈接上 EMTALA：Your US Hospital Emergency Room Rights：1、Federal law gives you the right to emergency care, regardless of your ability to pay. Here are the details on how you should be handled at the hospital. When you're injured and in the emergency room, the last thing you want to have to do is fight for treatment. Fortunately, a federal law passed in 1986 to prohibit a practice commonly known as "patient dumping" gives you the right to emergency care regardless of your ability to pay. The federal law applies to hospitals that participate in Medicare -- and that includes most hospitals in the United States.

聯邦通過的法律，不管你有沒有支付緊急醫療護理費用的能力，禁止急診室將沒有能力支付費用的病人轉走的權利。聯邦法適用於大多數參與醫療保險的美國醫院。

2、然而，這樣的法律並非給病人全部的權利，讓病人一定可以接受急診醫療⁴¹。於是聯邦法律規定了「病人在急診室的資格」，概括地說，反拒絕病患法（patient-dumping law）賦予你三件事情：篩選，緊急照護和適當的轉診。一個醫院的急診必須供對於發生緊急醫療狀況的病人，可以得到穩定病況的醫療。醫院必須過濾是否為緊急醫療狀況的病患，並提供適當的醫療照顧，而不問你有無支付醫療費用的能力。

3、除非病人的病情已經得到穩定，否則醫院不能將病人隨意轉出急診。但有幾個例外：就是如果病人自己要求被轉診，也必須在醫療人員善盡告知同意的情況之下轉診，並且了解自己被轉診的後果。或者如果醫生認為，轉診對於病人而言，風險比醫療所給予的利益來的低時。在這些情況之下，聯邦法律才允許屬於緊急醫療的病人被轉出急診。

4、例如，如果一個醫院不具備處理創傷的情況下，急診室醫生可以轉移病人到一個具備相當能力的創傷中心。也有病人本身有時會想要去另一家醫院，或者是因為他們喜歡的，或者因為他們熟悉的醫生在那裡。此時，在你的病情是穩定的之前，如果你想要被轉診到另一家醫院，您最有可能必須簽署一份表格，表明你已經做出告知後之同意⁴²。

⁴¹ 2、However, the patient-dumping law does not give you carte blanche. What you're entitled to, in a nutshell, the federal patient-dumping law entitles you to three things: screening, emergency care and appropriate transfers. A hospital must provide "stabilizing care" for a patient with an emergency medical condition. The hospital must screen for the emergency and provide the care without inquiring about your ability to pay. Hospitals cannot transfer patients until their condition has been stabilized. 3、There are a couple of exceptions: if a patient requests to be transferred and is fully informed of the consequences of being moved, or if a physician feels that the medical benefits exceed the risk of the transfer.

⁴² 4、For instance, if a hospital is not equipped to deal with a trauma case, the emergency room physician may transfer the patient to a hospital that has a trauma center. Patients themselves sometimes will want to go to another hospital, either because they prefer that hospital or because their doctor is there. If you ask to be transferred to another hospital before your condition is stable, you'll most likely have to sign a form to show you've given your informed consent.

二、 什麼情形下你沒有資格看急診

為了維護急診醫療的品質，美國聯邦亦規定了不必急診就醫的狀況如下⁴³：

1、如果您沒有醫療緊急情況，那麼醫院急診室沒有必要醫治你。醫院最有可能會建議你到你自己的家庭醫生或一個非處理重症病人的醫療院所，如社區健康診所。反拒絕病患法獲得通過，以確保人們在緊急醫療狀況發生時，能獲得必要的醫療困境的關注。

2、在美國醫療付款的問題，是屬於你和你的保險公司的問題⁴⁴。如果你不是緊急醫療病人，在醫院急診室看病，如果沒有醫療保險，那麼你還是得付所有的醫療費用給醫院。就不在反拒絕病患法的保護中了。

3、一旦你的病情已經穩定，醫院可以選擇將你的轉診到另一個醫療單位。

三、 什麼才算是緊急情況

依據急救醫療和自主勞動法（EMTALA）的規定，緊急醫療條件是指⁴⁵：

⁴³ What you're not entitled to? 1、If you're not having an emergency, then the hospital emergency room does not have to treat you. The hospital most likely will direct you to your own doctor or to a less-intensive-care setting, such as a community health clinic. The patient-dumping law was passed to make sure that people in distress get the necessary medical attention. 2、The question of payment, however, is between you and your insurance company. If you don't have health insurance, then you still will have to make payment arrangements with the hospital. 3、Once your condition has stabilized, the hospital also has the option of moving you to another facility.

⁴⁴ 台灣健康保險制度下的醫療付款問題，是健保局與醫療院所的問題。本文認為，這種「第三人付費」制度，乃是造成醫療浪費、醫病關係對立主因之一。

⁴⁵ What is considered an emergency situation? According to the Emergency Medical Treatment and Labor Act (EMTALA), an emergency medical condition means: a medical condition manifesting itself by acute symptoms of sufficient severity (including severe pain) such that the absence of immediate medical attention could reasonably be expected to result in placing the health of the individual (or, with respect to a pregnant woman, the health of the woman or her unborn child) in serious jeopardy. or serious impairment to bodily functions, or

(一) 健康狀況顯現急性症狀的非常嚴重程度 (包括嚴重疼痛)，在這樣的情況下，若無立即就醫可合理地預期會導致危險：也就是緊急的狀況，已經使個人的健康處在嚴重的危險之中，例如，一個孕婦或她未出生的孩子因為不適，到了急診室，應當符合緊急醫療應當處置的。或明顯可見病人已經嚴重損害身體機能，或任何身體器官或部位嚴重功能障礙或損壞。

(二) 但對於在宮縮的孕婦，應考慮的事是在分娩前，是否有足夠時間作出安全轉診到另一家醫院。或轉診是否可能構成對婦女或胎兒的健康或安全造成威脅。

四、 甚麼叫做穩定

即是在急診治療後的病患，已沒有重大惡化。在監測的生命各種徵象，均穩定於正常範圍中。對於產婦而言，應是胎兒與胎盤已經平安產出。

五、 關於病人的轉診

在急診經過治療後的病人，於以下情況時可以轉出急診⁴⁶：

serious dysfunction of any bodily organ or part. (二)with respect to a pregnant woman who is having contractions: that there is inadequate time to make a safe transfer to another hospital before delivery, or that transfer may pose a threat to the health or safety of the woman or the unborn child.

⁴⁶ Patient transfer : The treating physician may transfer the patient in the following scenarios: 1、The emergency medical condition has been stabilized and the patient requires a higher level of care. 2、The emergency medical condition has not been stabilized, but the treating physician certifies that the benefit of transfer outweighs the risk. 3、The patient or health care proxy requests transfer regardless of whether the emergency medical condition has been stabilized. 4、The on-call physician fails or refuses to appear within a reasonable period of time, and without the services of the on-call physician, the benefit of transfer outweighs the risk. 5、When transferring, the treating physician must document the name of the accepting individual and facility. The treating physician must also send pertinent documents, imaging studies, and test results relating to the emergency condition to the receiving facility. 6、The receiving hospital must accept the transfer as long as they have the physician to report any transfer

- 1、緊急醫療狀況已經穩定，而且病人應該需要到更高階的治療單位時。
- 2、緊急醫療狀況並未穩定，但急診治療該病人的醫師，認為轉出到適當的醫療單位，病人才能得到更好的利益，並且危險較低。
- 3、病人要自動轉至所希望的醫療單位治療，無論病情是否已經穩定。
- 4、備勤的醫師無法或者拒絕在合理的期間內前來急診診視病人，造成病人留在急診沒有醫療利益，且更有危險。
- 5、當決定轉診時，承擔急診治療的醫師，必須在轉診資料上簽名，並附上檢驗、檢查結果資料，病人在急診的病況及最後的狀況給病人與即將接受轉診的醫院。
- 6、接受患者的醫院，必須要有相對應的空間與能力以接受該病人，而且對於違反急救醫療和自主勞動法規定的轉診，接受的醫療院所都必須依契約向相關監督單位報告，否則將被處罰。
- 7、轉出病人的醫院，在他的能力所及的範圍內，必須提供所有醫療設備，用以減輕病人個人健康上的危險，並在轉診的全程中有優質的醫療人員及設備，陪伴病人安全轉診。

第四項 急診醫師之義務

說明急診醫師之義務，首先應該先明白醫師的義務及範圍是甚麼？再說明急診醫師特有的義務。而探討醫師義務，則必先探討醫病關係的開始與否，醫病之法律關係已如前述，也又分醫病關係為時間上動態醫病關係與人的動態醫病關係，前者即醫病關係的開始到結束之過程，後者是醫師與病人之間的互動往來。在後者關係存續中探討醫師之義務與病人之權利，才能找出醫病間法律關係的全貌。所以在某些基礎與範圍之內，醫師對病人負有相當的救治義務，而此義務大部分是來自於醫師與病人間契約合致履行之私人義務，或事實上之承擔，和國家賦予醫師公法上的對病人之救治及保護義務。

received in violation of EMTALA. The receiving hospital may be penalized for failure to report an EMTALA violation. 7、The transferring hospital must provide all medical treatment within its capacity, which minimizes the risk to the individual's health. Qualified personnel, with the appropriate medical equipment, must accompany the patient during transfer.

在醫病契約關係合致確立之後，醫師的醫療義務亦同時開始。基本上，醫師有親自診察的義務、告知義務及勸告轉診義務等等⁴⁷，近年來因應病人自主決定權利的擴展，學說上乃發展出醫師之說明義務⁴⁸。其實任何一個診斷或醫療行為，患者應有知的權利而向醫生提問，而醫生亦應善盡其善良管理人責任及告知義務，如此透過雙方需求的對話，可以增進醫病關係的信賴感，亦可減少醫療上糾紛。至於說明之範圍，則應視各個醫療行為之特性而定，一般來說，在具體情況下，如醫師曾說明，病人有拒絕醫療之可能時，醫師即有說明義務。

目前我國相關法律規定的醫師之義務(詳參醫師法及醫療法)，應分為三類，如下述：

一、前置義務

- 1、取得執業資格之義務：需是經醫師考試及格並依法領有醫師證書，且應向執業所在地直轄市、縣(市)主管機關申請執業登記，領有執業執照，始得執業。
- 2、維持醫師資格之義務：醫師執業，應接受繼續教育，並每六年提出完成繼續教育證明文件，辦理執業執照更新，醫師資格方得維持。

二、診療義務

分為主要義務及附隨義務。前者包括危急救治、親自診療、告知同意、注意義務⁴⁹、載明處分明細及提醒副作用、維持醫療水準、值班照顧、不

⁴⁷ 參蔡墩銘，醫事刑法要論，二版，2005年，頁52—80。曾淑瑜，醫療過失與因果關係，2007年，頁111—113。張櫻馨，醫療義務與拒絕醫療權衝突時之刑法評價，2011年，國立成功大學科法所碩士論文，頁48。

⁴⁸ 說明義務在英美法中之「informed consent」係指醫師應做必要說明，使病人得就某種醫療行為，做成同意或拒絕的決定；…informed consent 成為一個法律上概念，並為我國醫療法所接受。王澤鑑，「侵權行為法」第一冊，頁279-281，三民書局，1998年1月。

⁴⁹ 醫療法第82條、第79條第1項前段。陳聰富教授以為，醫師之醫療行為在於作成對於病人最佳的醫療判斷與採行最符合病人利益的醫療方法。醫療行為是一項技術，也是一項藝術，法律上或醫學上均無法給予精確、一般性的說明，醫師在個案中應有的注意標準，僅能由法院進行個案全面式的綜合評價。醫療常規、鑑定意見及醫療準則，均足為法院判決之參考，但僅止於做為參考而已。最關緊要者為，法院對於個案，所

傷害。後者包括記載病歷、開立交付證明書、轉診、不使用管制及毒劇藥品、依規定收費、不虛偽陳述、保密、提供病歷複製本或摘要、撤回或不同意試驗不減損其權益。上述主要核心的醫師義務，本文分述如下：

- 1、危急救治義務：醫師對於危急之病人，依法規定應即時依其專業能力救治之義務，且不得無故拖延救治之行為。
- 2、親自診療義務：除了偏遠山地、離島地區或有特殊、急迫情形，如緊急救護之線上指導醫師等情況外，醫師非親自診察病人，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書。
- 3、告知同意義務：考量病人自主決定權，認為醫病互動間，病人有足夠權利了解醫師將要執行的醫療作為，並表達同意或是拒絕。於醫師法與醫療法之相關條文，規範醫師告知說明義務。
- 4、注意義務：注意之有無，乃過失責任之基本成立要件，醫師應依其專業能力，在不低於一般醫師平均注意能力水準之範圍，執行醫療行為，避免因過失致生損害於病人。
- 5、不傷害義務：醫療行為應是降低風險行為，本就不以傷害病人為手段，況且不傷害義務，為醫學倫理所規範，即便是侵入性醫療行為，亦應在比例原則之權衡下，以病人整體降低風險與增加益處為考慮。
- 6、轉診義務：醫師對於危急之病人即時救治之後，經評估因醫院、診所限於人員、設備及專長能力，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應即建議並協助病人轉診，並應主動給予相關轉診資料。

三、公益義務

主要有接受主管機關指揮及傳染病通報義務..等等。

醫師的義務開始於何時？在病人或代理人掛號時，醫師仍無義務，通常義務應當與醫療契約成立與否相關。醫療契約成立後，看診醫師須先就病人的問題進行初步之了解，倘使沒有不符合該醫療專科的問題(例如要產前檢查卻誤掛骨科)、或是就病人需求內容之協商合致，則醫師接受病

為理性醫師注意義務的綜合評價。

人而義務成立。若醫療契約不成立，或醫師認為非其專業項目，應改掛其他門診者，自不生有無醫療義務的問題。而非屬醫師專科疾病之病人，若該醫師仍執意看診，法律並無限制，該醫師對病人之義務亦成立。

依此，急診醫師應當在醫病掛號契約成立，且醫療內容了解明白、協商合致後，義務成立，此為一般急診醫病契約關係之情況。但若是緊急搶救送至急診患者，依無因管理原則⁵⁰，亦應有其於道德上之義務、事實上的義務承擔，甚至基於公法上之特別規定，當危急病人送達急診室時，即為醫療義務之開始。在醫師面對需緊急救治病人時之醫療作為，公法上的特別規定，即是醫療法第 60 條第 1 項：「醫院、診所遇有危急病人，應先予適當之急救，並即依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」及醫師法第 21 條：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」

然急診醫療之首要目的，應在處理緊急醫療相關問題，本就非以慢性長期診治照護為目標，故若是急診醫療醫病契約關係一旦成立，急診醫師除了應踐行一般醫師應盡之義務之外，因科別屬性之關係，仍應有緊急救治病人之義務、依其所學診治並穩定危急病人之義務、照會其他科別醫師之義務、妥適交待病人病情與處置狀況給接班醫師之義務、安全轉診(院)轉科交接之義務、通報義務…等，但我國並沒有相關明確規範。參考美國急診醫學會之專業實踐注意標準，急診醫師更有其他基於急診專業而衍生之特殊倫理義務，於美國急診醫學會專業實踐注意標準⁵¹，規範急診醫師之「倫理義務」如下：

⁵⁰ 參孫森焱，「民法債編總論(上冊)」，頁 134，2002 年：「茲所謂本人之承認係屬單獨行為，尚非與管理人表示承諾之意思結合而成立契約。故所謂適用委任之規定，非為將無因管理更改為委任契約，僅係指無因管理經本人承認後，即適用委任之規定而發生效力。」

⁵¹ 參照王宗倫醫師，急診醫學法律困境，東吳大學法律系醫事法專題講座，98/12/30 之內容摘要，
ctl.scu.edu.tw/scutwebpub/website/.../76000064201014123117_1.doc，最後瀏覽日 2011-11-11。

1. 全心維護病人福祉為急診醫師之首要責任。
2. 對於病人急救醫療需求，應全面無私地提供即時正確之協助。
3. 尊重病人之各種權利，維護病人之最大利益；尤需注重弱勢族群，諸如：易受傷害及無決定能力者。
4. 除緊急情形之專業判斷外，應遵守告知後同意原則。
5. 除公益考量及法定義務外，尊重病人隱私，謹守業務機密。
6. 公平誠信對待同儕，保護病人免於詐欺不公之對待。
7. 嚴謹自我要求，保持高度專業知識技能及臨床服務品質。
8. 盡責把關，善用醫療資源。
9. 善盡改善公共衛生安全，降低疾病外傷影響，以及提供緊急及基本醫療之社會責任。

反之，若醫療契約自始不能成立，抑或醫療契約成立，但卻非屬急診醫療之範圍，則急診醫師並無醫療義務與責任。若個案非屬急診醫療之範圍，醫師固無醫療之義務，但對於病人亦應另為指引就醫方式等妥適之處理。在急診醫師義務成立後，對該病人始有相當之保證人地位形成。

第三節 急診醫師之拒絕權限與說明義務

關於醫師的義務，在醫師法第 21 條⁵²，醫療法第 60 條第 1 項⁵³規定，對於危急之病人醫師是不得拒絕醫治，此為公法對醫師醫療行為之強制規定，以保障危急病人之緊急救治權。但對於非危急之病人，通說應該回到契約自由原則⁵⁴，是否醫師願意與病人訂定醫療契約，應該尊重該醫師的專長、能力、時間與意願，在急診之中，常常見到的是病人會指定某一位醫師前來看診，當然若是該醫師當天值班，即應負應召之義務前來，但若

⁵² 醫師法第 21 條：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」

⁵³ 醫療法第 60 條：第一項「醫院、診所遇有危急病人，應先予適當之急救，並即依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」第二項「前項危急病人如係低收入或路倒病人，其醫療費用非本人或其扶養義務人所能負擔者，由直轄市、縣（市）政府社會行政主管機關依法補助之。」

⁵⁴ 黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第 125 期：契約自由，即是每個人都有機會自由決定，是否有訂立契約的自由，與誰訂立契約的自由，契約內容之自由。

放假中，甚至於在外地，更可以明確回到契約自由的思考，接受抑或是拒絕該病人的要求。

另一方面，急診科的屬性及宗旨，應當是處置緊急救護病人，對於前述符合急診醫療定義的病人，一般情況急診醫師不會也不得拒絕，但是在另一些非屬於緊急醫療情況的病人，急診醫師若是要接受看診，自是義務承擔，若是拒絕看診，亦非不可。因此，急診醫師之拒絕病人診療，應分為二大類型，第一、為基本上非屬急診範圍之專科，亦非緊急情況而拒絕病人於急診就醫。第二、為急診就醫後，急診醫師拒絕病人不合理的醫療要求。前者本文已有前述，而後者例如藥物成癮，甚至毒癮病人，常來急診以各種理由要求施打第二級或第一級管制藥品(配西汀或嗎啡)，此等情形於對病人適切的說明之後，急診醫師應擁有拒絕之權利與勇氣。因此某些學者認為急診不得拒絕病人⁵⁵，是頗有疑義的。

第一項 拒絕診療之要件

對於不適合急診治療病人的拒絕，應當有相當的限制，否則不但罔顧真正需要緊急處置病人之權益，違反醫師的職責，而且在醫療倫理上，亦有道德上的指摘。因此，對於不適合急診就診的病人之拒絕，應當在一定的條件下，始得為之。本文嘗試依照急診屬性與急診專科醫師訓練的方向，整理「最限縮的」可以拒絕病人急診治療的要件，雖然並不一定代表急診醫師一定要這樣做，但是至少可以做為大量傷患病人分流及指引病人就醫流程之參考，更能劃定某些非屬急診醫師義務範圍，與後續產生之保證人地位法律關係。其要件分述如下：

一、需非緊急危急之病人，亦非前述符合急診醫療定義之病人

⁵⁵ 許碧芳，蔡玫純，急診醫護人員與急診病人對「病人參與就醫安全」的認知與態度之研究，元培科技大學 經營管理研究所，頁4，文中作者乃轉引自蔡麗玲，「高雄市急診醫療之疾病分佈與再診率之分析」，高雄醫學大學公共衛生研究所，未出版碩士論文。 本文並不贊同該說。

依照公法上對醫師診療的規定⁵⁶，也基於醫師的天職，對於危急病人的救治，只要是醫師就不應該拒絕醫治，何況是第一線緊急救護醫療團隊之急診醫師。再者，如前述急診醫療適應症之規定⁵⁷，某些病症或是傷病，本就該當屬於急診醫療之範疇，急診醫師當然責無旁貸的必須為其盡心診療。反之，若病人不但不是危急之情況，而且是急診診療適應症之規定以外的主訴與要求，急診醫師依專業判斷認為是不該屬於急診醫治的病人，始得有拒絕病人急診就醫的討論。也就是說，必須在這一個條件滿足之下，再進行以下條件的判斷，才能保全病人的利益。

二、非符合急診醫師醫療專長並為病人利益思考

台灣的醫療制度如先進的外國情況一樣，已經朝向各科專科化⁵⁸，也就是說，台灣並沒有一個全科全能的醫師，尤其在急診科之中，急診醫療訓練的目的，是為了治療急重症病人的特殊危急病症，急診醫師並沒有完全接受其他各專科之訓練，因而，非屬急診專科且明確屬於其他專科之病症，並且非急性發作無法忍受者，應當該直接前往適合的專科門診求治，一來，可以讓病人得到直接且正確的診療，再者，可以避免因非屬急診專門科，而有錯誤診斷之事後醫療糾紛。例如，在急診常常有下背痛求治的病人，當然急性下背痛，可以屬於急診醫療先予止痛的範疇，但若是長久多次反覆發作之下背痛，就應當是屬於骨科門診應當詳查病因的情況，而非病人只希望在急診打一針止痛劑短暫解除疼痛就好。

⁵⁶ 參醫師法第 21 條，醫療法第 60 條第 1 項之規定。

⁵⁷ 參本文，頁 20，中央健保局訂定之急診定義與適用範圍。

⁵⁸ 參專科醫師分科及甄審辦法，中華民國七十七年六月二十九日行政院衛生署（77）衛署醫字第 742060 號令訂定發布全文 21 條。為什麼要建立專科醫師制度？衛生署建立專科醫師制度之主要目的：「鼓勵醫師接受完整臨床專業訓練，促使其不斷吸收醫學新知，以提升我國醫療服務品質，照顧國民健康」。建立專科醫師制度的目的很簡單：在提升醫療品質。衛生署於 1988 年實施「專科醫師制度」，一方面是為了提高醫師的醫療水準，增進醫學新知，加強醫師再教育，另一方面則希望均衡各科專科醫師人力之分佈，並避免醫師過度專科化，導致基層醫師缺乏的情況發生。「專科醫師制度」由各專科醫學會訂定各專科醫師訓練課程綱要，醫師經完成專科醫師（稱為住院醫師）訓練，經專科醫學會甄審合格，而成為專科醫師。

準此，若是非急性且非屬急診專科之病症，應當告知並指引前往相關專科門診，才是符合病人之最大且合理之利益。

三、病人狀態或其家屬之行為危害急診醫療之安全

近來頻傳急診室暴力事件⁵⁹，原本是救人第一的急診室，卻成了醫護人員濺血的是非之地⁶⁰。不少急診醫師認為，該檢討急診室的門禁管制，並應限制陪病家屬最多僅能兩人進入，減少有人隨意進入鬧事，對醫護人員動手動腳的場面。2011年彰化基督教醫院、恩主公醫院等，都傳出急診室暴力事件，醫師遭拳打腳踢。中國醫藥大學附設醫院急診室主任陳維恭醫師曾對急診室醫護人員調查，89%醫師表示曾受威脅，37%曾經實際遭受暴力攻擊，護士則有73%曾受威脅，36%曾受暴力攻擊。新光醫院急診科主治醫師張志華最近在臉書上發起，急診室免霸凌、反暴力的連署，張志華說，急診室應比照現行對加護病房的門禁管制，急診室應是半封閉式，任何人不得「長驅直入」。台灣急診管理學會理事長陳日昌也說，學會希望檢討急診室門禁的分流管制，限制陪病家屬最多僅能兩人進入，給醫護人員安全的工作環境。

在病人的醫療權行使濫用，造成急診醫療人員身體生命與人格等基本權的傷害時，雙方之基本權，互相碰撞。這時基本權的保護，孰輕孰重？即成為待解決的問題。其實在討論解決類似之雙方基本權衝突前，應該先釐清雙方的基本權，所應保護的範圍為何？進而形成可以衡量判斷的準繩。近來爭議的急診暴力事件，當醫療人員生命身體遭受威脅之時，而威脅者或是酒後亂性之病人，或是在旁的家屬朋友，此時當醫療人員躲開而

⁵⁹台灣基隆地方法院 95 年易字第 223 號刑事判決，100 年度上易字第 326 號台灣高等法院刑事判決，2011-3-28 蘋果日報，縫合太痛，情侶揍醫師，
tw.nextmedia.com/applenews/article/art_id/.../20110328，最後瀏覽日
100-9-2。2011-7-18 自由時報電子報：〔記者吳仁捷／新北報導〕再傳急診室暴力！
twn.zhreader.com/2011/07/blog-post_640.html，最後瀏覽日 100-9-2。急診醫師釋
憲案台大院長盼多給醫護人員關懷- 新聞大字報
twn.zhreader.com/2011/06/blog-post_6309.html，最後瀏覽日 100-9-2。

⁶⁰ 2011-4-11 聯合晚報：原本是救人第一的急診室，卻成了醫護人員濺血的是非之地。
mag.udn.com/mag/life/storypage.jsp?f_ART_ID=312102，最後瀏覽日 100-9-2。

拒絕接近此類病人時，社會上的輿論就會以「醫師不得拒絕病人」、「沒有醫德、沒有同理心」來譴責醫療人員。其實在病人的醫療權及醫療人員的身體生命安全發生衝突時，若非妥善衡量雙方基本權所保護的範疇與輕重，就據以判斷是非，此不但損及法的安定性，社會價值也失其公允，並且「流於主觀好惡」，傷害第一線急診醫療人員。

依此，維持急診醫療人員安全的執行醫療行為，不只是維護醫療人員身體生命權與基本工作權，進而經由急診醫療優質環境之維護，保障每一個需要急診醫療的民眾，安全就醫並得以接受醫療人員盡心醫治的權利。說明白的就是，當一位酒醉病人，可以在急診大聲咆嘯、行動自如的要打醫療人員，在外觀明顯判定，這病人並非有「立即而明顯的重大危險」。當然這種病人有其被保障的醫療權，但並非緊急。而回頭審視可能要被傷害的醫療人員，其身體生命法益，若不加以拒絕，遠離該酒醉病人，醫療人員之基本權被侵害是立即而明顯的。再者，此時病人的醫療權，僅僅是低度的可享有醫療的保障，並無緊急救治之必要，可以等清醒再視需求就醫，且不一定需要急診醫療，病人可以自己選擇適當醫療提供處所。而醫療人員要自保的，就是較高度的身體生命權，更何況醫護人員生命身體或自由受到侵害或威脅，也間接危害到其他有待急診救治之病人的權利，甚至是生命上之安全。

在病人緊急急迫傷病時，醫療人員無論是基於天職，抑或是基於法令，應必須立即為病人者提供完全的救助。而若非是緊急狀況患者，應在初級評估之後，給予適當初步醫療，再商請行政人員與駐衛警協助，必須連繫家屬前來看護，並待其酒醒後，再完成仔細的次級評估與治療。但若病人具備攻擊傾向、不可理喻時，外觀判斷應無立即明白生命危險後，應報警並請通知家屬處理。至於病人旁邊親友鬧事者，在國外急診皆有荷槍警察管制，管制急診⁶¹非醫療人員進出與人數，急診常常出現情急或是不

⁶¹自由時報 100 年 7 月 25 日，急診室屢傳暴力事件。台北市政府衛生局今天表示，將要求醫院區隔急診室診療區和候診區，並在今年 10 月底前完成。針對醫院急診暴力事件，將依醫療法開罰。台北市衛生局醫護管理處副處長陳青梅表示，從 5 月起已輔導台北市設有急診室的 18 家責任醫院，除診療、候診區要實施空間區隔，並要求門禁

理智的親友，不應該讓他們進入急診，而妨礙醫師看診與醫療之進行。

四、維護急診醫療健全運作及其他病人之醫療品質

在急診醫療的角色裡，急診總是扮演一個當發生緊急危及生命的傷病或類似狀況時，一個被期望能改變生死的關口。在工商業發達，科技日新月異的現代化年代，許多突如其來的意外，與近年頻仍的天災地變一樣，常常令人們措手不及的發生。而現代化的國家對於其醫療政策而言，應當不再只是醫治病人的急病而已，當由傳統的醫療觀念，轉而進化到預防醫學的步調，並更進一步的防範及緊急處理災變，同時處置因突發狀況所受身心傷害的民眾。因此如何建構一張完整而良善的緊急醫療防護網，才是緊急醫療的最高目標，也才是國家醫療防護網⁶²中最重要的一環。

近年來從媒體得知全國各大醫院常常不定時的出現病人壅塞急診的情形，不但造成急診病人得到的醫療品質變差，醫療人員負荷過重，注意力自然減弱，最後不只導致醫病雙輸，甚至耗損國家醫療負擔與社會成

管制、派駐 24 小時執勤保全人員、設置警民連線等措施，應在 3 個月內完成，並從 7 月起開始實地執行查核。陳青梅表示，急診室暴力事件多發生於夜間，且以酒醉民眾滋事最多。若發生暴力事件，將依醫療法第 24 條規定，對施暴者處以新台幣 3 萬元以上、5 萬元以下罰鍰。衛生局呼籲醫院應加強急診入口門禁管制和夜間巡邏，若發現有酒醉、藥癮等病患就醫，且就醫後行為異常，應立即啟動警民連線，防止暴力事件再度發生。

⁶² 關於緊急醫療網之業務，參照桃園縣衛生局於桃園縣議會第17屆第2次定期會會議報告書，頁2，4，5：「1. 為強化救護人員救護技能，提升病患到院前存活率，99年積極辦理緊急醫療救護教育訓練：（1）基本救命術指導員。（2）全民CPR教育訓練。（3）初級救護技術員（EMT-1）初訓，複訓；高級心臟救命術（ACLS）；心肺復甦術暨自動體外心臟電擊器課程（CPR+AED）。（4）99年9月至11月將持續辦理全民CPR教育、心肺復甦術暨自動體外心臟電擊器課程（CPR+AED），以全面提升本縣急救教育品質。2. 提升各急救責任醫院緊急醫療業務服務品質及災害應變能力。3. 加強救護車管理。4. 延續推動結盟醫院合作計畫，改善縣內醫院急診壅塞問題。99年為整合及統一急診轉診作業流程，於3月30日與新竹縣、新竹市及苗栗縣衛生局及轄內12家急救責任醫院召開急診轉診流程檢討會。）北區醫療網業務：99年度執行成果如下：1. 輔導醫療機構提升病人安全與醫療品質、建構以病人為中心之照護模式。2. 輔導區域內醫療機構施行整合性照護與雙向轉診制度。3. 辦理基層醫事人員繼續教育及非醫事人員（如外包及清潔工等）教育訓練。4. 其他區域輔導及醫療資源整合事項（1）辦理「病人安全系列衛教宣導」活動。（2）推動緊急醫療救護，強化區域內急重症照護與落實區域內醫院緊急災害之應變及照護能力。」

本。現代化的國家應當發展的醫療體系，應該是完善而有配套的，應當教育民眾相關於急診醫療的概念，應當輔助醫院設置完整的緊急醫療設施，與人力的儲備及培訓，避免濫用急診⁶³醫療資源。教導民眾善用急診醫療，並告訴民眾正確的醫療觀念，與找到適當、合適治療的醫師之方法，建立多年來未曾落實的家庭醫師制度及轉診制度，讓小病由家庭醫師醫治，大病有相當設備及能力的大醫院診療。

再者，應明定緊急醫療的適用規則，讓民眾知道何時需要叫救護車至急診，不是應付評鑑而已，應具體規範之，並建立有效的回報及懲處機制。在國外前往大醫院急診的病人，若非持有自家庭醫師轉診單，或是不符合急診檢傷就醫的標準，會直接告知病人⁶⁴，應前往適當的非急重症醫療單位，或者就是不限時間的候診，此外，收費就沒有相當的全民健康醫療保險給付⁶⁵。而這些國外的醫療制度，是否我國政府相關負責單位，應該跨

⁶³ 陳石池，何謂濫用急診？台灣急診人數為什麼如此居高不下？健康醫療資訊網，We Genius 第 20 刊，2006 年，劉亦茶專訪：「事實上有很多人都會濫用急診。而濫用急診的意思是一個病患不舒服，他可以去掛門診，但因為比較方便的關係，就直接來看急診。心裡想說，也才多花兩百元，就能馬上看病，其實這個觀念是不對的。一方面也是因為我們的法令規定醫院不得無故拒絕病人，定義也不是十分明確。如果病人肚子痛，但是並沒有嚴重到需要急診，但法院規定不得無故拒絕病人，還是要看他的，所以變成病人其實是不需要看急診的，可是他還是會來，這就是台灣目前急診人數為什麼這的多的原因。台灣目前看急診實在是太方便了，導致病患想看的時候就來。急診雖然有檢傷分級，分別是一級、二級、三級、四級，其中以一級傷患是最為優先處理的。所以當三級病患被告知需要等三十分鐘時，他本來還答應。可是過了十分鐘之後，他就跳起來說：「怎麼都沒有人要來幫我看診？」他不舒服的時候，他等個幾分鐘就不耐煩了。你不立即幫他看病，他就說你態度不好、沒有醫德，為什麼不幫他看診。而且遇到別人比自己嚴重的時候，大部分的人是不會同情別人的。完全的把急診的概念搞錯，因為急診是依照病情嚴重的先後順序，而不是依來急診的先後順序，而許多人並沒有這種觀念。只要病人一句話：「醫生你沒有醫德。」醫生形象就大受影響，因為大部分的人同情病人不會同情醫師。病人往往會覺得他們要什麼就給什麼的醫生才是好醫生，其實這是不對的。」www.wegenius.org/node/212，最後瀏覽日 2011-11-11。

⁶⁴ 吳麗玲，一分保險八分保障，駐洛杉磯台北經濟文化辦事處文化組，對留美學生之建議，www.tw.org/data/guide/014/1.html，其中述及關於在美國急診醫療的情況：「四、就醫小常識……，而且掛急診有時保險公司也會考量病情的輕微程度而不同意付急診的費用。」最後瀏覽日 2012-4-25。

⁶⁵ 劉見祥，中央健康保險局副總經理，以其自身在國外就醫的經驗，比較美國與台灣的醫療花費及醫療服務品質。健保雙月刊 2006-6-7，www.nhi.gov.tw/webdata/webdata.aspx?menu=6...id...

部會討論參考，重新建立一個符合疾病輕重分級、保障民眾就醫權益、保有各階層醫療能力、兼顧社會保險與福利的全民醫療社會保險制度，不應畫虎不成反類犬，致使健保制度需要一再更改規則、增加收費，徒犧牲人民與醫療人員的權益。

五、非為緊急醫療目的

前來急診掛號的，還有一些真正是檢傷分類「第五級」，非屬急診必須診治的病人或說是需求者，例如：開立診斷書，包括為請領保險金之目的、為請假之目的、延遲數日驗傷，非假日換藥、拆線，希望全身健康檢查，更甚者就是被警察攔檢之酒醉駕駛，已經觸犯公共危險罪卻逼迫急診醫師予以留院治療，偽具診斷書以逃避現行犯移送…等。以開立診斷書為例，醫療實務上，醫師是不得拒絕開立診斷書的，但在急診，應該限於當次就診的情況。正常情形之下，病人第一次急診治療後，都會告知初步檢查後，病人將來該往哪一科後續追蹤治療，也就是說，急診所給予的大多應該是臆斷(impression)，急診醫師對許多病症無法在急診中即時就掌握完整的病情，仍必須依靠門診追蹤或住院診療後，才有更為精確的答案與治療方向。於是對於非當次急診就醫之診斷書，無論是何種目的地需求，建議應該回到該追蹤病情的門診開立。至於酒駕車禍病人，是否需要留院觀察甚至於需要住院？應保留與醫療專業判斷，不應有基於避免移送之目的而加以收容。

最嚴重的非屬緊急醫療之急診患者，應該是來急診希望打一針管制藥品的人了。這是幾乎天天在台灣各地急診都會發生的病例，其實來急診要求一定要打「Demerol」的病人，應該就是藥物成癮的病人了⁶⁶，原因大致

最後瀏覽日 2012-4-25。

⁶⁶ 急診室成了嗎啡患者解癮的新天堂？ 2009/06/27 聯合晚報記者韋麗文「…急診醫師指出，毒癮者確實很可憐，有些是因為疼痛控制不佳，因病而上癮，有時跪在地上苦苦哀求，真的很令人不忍。他坦言，有時明知對方是成癮者，但也只能閉著眼睛，當作不知道，就幫對方注射了。急診室醫師簡立建指出，嗎啡成癮患者占所有病患中的極少數，卻影響到急診醫師的工作，整個急診室因此停擺，不僅影響急診工作人員安全，也妨礙其他病患的就醫權益。」

有二：（1）原本就是有毒癮者，經輾轉得知，若是沒錢取得毒品吸食，就到急診裝病痛，一定要打到「Demerol」才離開，不然就跟醫師鬧，直到醫師妥協；（2）因先前病痛，醫院對病人使用過量的「Demerol」止痛，而事後造成病人成癮。

後者雖因前面之醫療作為過誤導致，但是若現在急診醫師繼續讓病人使用而解癮，豈非幫兇。於是對這些到急診只要求要打「Demerol」的病人，無論是本於醫師的專業判斷，抑或是本於醫療倫理的職責，急診醫師都應該拒絕該類病人於急診施打。病人若是因為真正疼痛因素，應前往疼痛治療科，或者相關可以解決根本醫療疾病問題的專科求治。若是毒癮患者，則應轉介至身心科，勸病人嘗試著戒毒。急診醫師在明白告訴該類病人不適合急診緊急醫療時，便直接由醫院相關行政人員偕同警衛勸離急診，或者在病人有鬧事、公然侮辱或恐嚇之舉時，應請行政人員連繫警察單位前來處理。財團法人吳舜文基金會，第八屆新聞獎之新聞採訪報導獎，對此有詳實報導⁶⁷，顯示若急診醫師，不能勇敢出面依照醫療專業判斷，於無必要時對該類病人施打「Demerol」針劑，則醫院的急診室便淪為毒品流通的中繼站，更是毒癮患者沒錢買毒品時的解癮場所。

tw.myblog.yahoo.com/jw!vyFiNKufEQ...-/article?mid=124 -，最後瀏覽日 100-9-2。

⁶⁷ 財團法人吳舜文基金會第八屆新聞獎之新聞採訪報導獎：「徘徊在各院急診室外的流浪漢，他們不惜下跪乞求，或以各種手段博取醫護人員同情，為了能施打一針解癮，他們正是麻醉品外流的主客源。醫療院所販毒事件，暴露醫用麻醉藥品的管理死角。不過，在各醫療院所間流落輾轉，不時向醫護人員乞求打一針的毒癮者，也是醫療毒品市場的大主顧，這股強力的毒品需求也是驅使部分不肖醫護人員鋌而走險的主因。……由於來自急診的病患大都並無完整的病歷資料，醫護人員若一時不察，就會上了這些毒癮者的當。這些毒癮者為能滿足本身需求，也常轉換陣地逛醫院般的四處偽裝乞求。長庚醫院腎臟科毒物中心醫師林杰樑指出，仔細觀察，還是可以分辨出癌患或成癮者。以 50 毫克配西汀的藥效約持續四小時，若病患在剛打完針一、兩個小時即要求要再打，即可能已上癮。毒癮者為延長藥效，在注射配西汀的同時，也多會要求混合一等量的抗組織胺的「美樂水」(VENA)，藥效可延長一倍。此外，毒癮者會出現流眼淚、鼻水、打哈欠的戒斷症候群，與一般癌患不同。不過，醫師也發現，這些徘徊在醫院急診處外的流浪漢，並非是單純的吸毒者，有些則是醫療失當下上癮的癌症病患。林杰樑指出，由於許多醫師均會使用配西汀為癌患止痛，控制不當，反而導致癌症病人染上毒癮。」 www.vivianwu.org.tw/02c.php?ser=61&ser1=17，最後瀏覽日 100-9-2。

根據上述五點理由，對於非為緊急醫療目的而前來急診之病人，應該不得運用健保較高的醫療成本於急診就醫，應該不得佔用急診原本要應付各種緊急傷病的人力與資源，更不應該將非緊急情況之問題或非屬急診醫師專長領域的其他專科疾病，硬塞給急診醫師，否則，對於急診醫師形同強人所難，另也可能衍生出糾紛或訴訟。

第二項 拒絕診療應採取之說明義務

醫師對於病人的說明是必需的，除了最常見的三個主要的說明義務，「醫療行為之過程」、「醫療行為伴隨之併發症副作用及危險」、「診斷之說明」之外，另外對於將病人轉科、轉診，亦應予以告知並說明其理由，尤其是請病人改往他科為醫療行為之時，說明的義務更是必要。因為，一來可以讓病人了解轉至正確的科別就診，有相當的醫療實質利益存在，並不會有妨礙病人基本的醫療權之行使，而且選擇正確的科別，更可以縮短診斷所耗費的時間，可以盡速治療。雖然暫時的門診等待，卻可以達到實質病人所需之醫療目的。再者，於醫學倫理方面，因為確實的說明與後續的醫療指引，更可以讓急診免於輿論之無故拒卻病人的指摘。

透過正確的說明和醫療上的指引，讓病人不會濫用或者誤用急診的醫療，讓病人得到最大的醫療利益，且醫療避免了不必要的後續糾紛，也讓急診得以保全最多的資源與能力，用在真正有緊急醫療需求之病人。

所以「醫院可以是一個接受病人，再進行分配至相關醫療單位，病人不一定適合急診治療，急診也不是可以給病人完全診治的地方」。急診得以有限條件拒絕明顯非屬急診病人，並且認為醫院應有專人在急診之「檢傷分類」之後，對於不屬於急診治療病人，應給與「適切說明」，在經病人同意後，為病人指引轉介至其他適當科別。這個論點乃導因於以下理由，雖然國內急診現狀並未做到，且民眾亦多未有此概念，但卻是讓國內醫療之就醫過程有制度、有次序的開始。理由分述如下：

1. 急診應該是一個國家醫療安全網的重心，必須保有其功能與效率，不該

- 因為被濫用而癱瘓。
2. 因為民眾濫用急診資源，造成急診病人的壅塞，可以影響真正危急病人的生命安全與生存權利。
 3. 甚至危及國家醫療公衛體系，在人民心中的信賴關係與災難傷病急救處理能力。
 4. 符合病人醫療上之直接且實質最大利益，病人能夠透過適當的說明與指引，而讓自己的病情得到最適當之專科醫師的診療與照顧。

因此，適當且清楚的為病人說明與服務，應當可以解決大多數非屬急診緊急醫療而應有轉科必要的病人，甚至可以擴大服務到所有來院民眾之醫療上與非醫療上的指引或諮詢。

第三項 拒絕急診醫療之必要處置

急診醫師對於檢傷第四或第五級之非屬緊急的病人，急診醫療人員應有拒絕其在急診醫療的權利。於是醫療人員在維持急診就醫的制度及秩序時，需要兼顧病人就醫的醫療基本權，並於相關配套措施之下，始得為之。

一、建議的相關配套

急診醫師要拒絕一位非屬急重症的病人，在台灣現今社會中，實非易事。首先，需要面對的是社會的價值觀與道德上的批判，就是一種重大的壓力；其次，尚有醫院經營政策上之考量，均與正確專業的作法相違。但是，對於正確的事，不就是應該要堅持去做嗎？為何國外可以擁有完善且縝密的制度，實施他們的急診醫療計劃，而台灣不行？倘若未來有一天台灣的急診制度真心想要效法外國，又應該如何而得呢？

第一步就是需要精確的分辨病人為非屬於緊急醫療的傷病患者，這需要一群非常有經驗的檢傷工作人員才做得到。其實並非把這樣的工作推給檢傷的護理師，而是國家相關醫療負責單位，應明定哪一些病人（如本文

前述)被確定非屬緊急醫療病人，而若非有明顯且重大危險之病人，仍可該當於檢傷第二或第三級，得以依照規定時間進入急診就醫，但若無法斷定者應一律屬於第四級，得於急診就醫之病人。本文建議，對政府頒行急診檢傷分類規定之第五級病人，予以勸導並拒絕其於急診就醫，為實行此制度之初探，殊不至影響應當可以利用急診醫療之病人權利。衛生主管機關，應當對於急診現行檢傷分類，做更細膩之規定，把不該出現在急診的病人，列舉挑出，讓檢傷人員得以依法規而行。

再者，對於被急診拒絕的病人或家屬，應有志工或者醫療院所派駐急診之行政人員，予以輔導，並指引病人及家屬前往適當的門診，或告知看診的時間或科別，甚至幫忙掛號。一方面，不會讓病人不知道哪裡可以後續追蹤，而像無頭蒼蠅般亂投醫。再者，可以讓病人得到正確後續診療的資訊，並減少因為看急診而額外的花費。

二、避免侵害到病人之醫療權

至於拒絕病人急診就醫，是否有違憲法所保障的人民基本之醫療權？本文前述已經鋪陳並說明清楚。按憲法所保障的人民基本權中的生存權，應解為包括就醫的基本醫療權，已無疑義，但是否醫療權就等同於急診就醫權？我們從這個角度切入，並進而說明拒絕急診醫療並無違背憲法所保障的醫療權。

人民因為傷病就醫進入醫院求診，依據民法，是欲與醫院成立某種關係，依照目前通說，則是病人希望與醫院成立醫病之間的醫療契約關係。也就是說契約的成立，一方面是病人自主到達醫院所希望成立的契約關係，無論是否醫院或相關宣傳有無前置之要約引誘，此要約基本上皆是病人或其家屬主動至醫院掛號而成立，除非有特殊的無因管理狀況。另一方面，則是公法所強迫成立的契約關係，也就是說，醫院不得拒絕病人，此乃導因於病人之醫療基本權。於是，病人因傷病就醫，責任醫院方面為不得拒絕，非責任醫院，必須依照醫院本身的能力予以診治，或是適當的轉

診，至此應是沒有爭議的。但應釐清的事是，病人與醫院成立的醫療契約，並非一定等同於與急診成立契約關係，亦即病人擁有的醫療權，並非等同於病人擁有急診就醫的權利，前述已經清楚的說明，急診醫療的目的，與急診醫療提供的醫療能力，並不一定適切於每一個前來醫院的病人。也就是說，非屬緊急情況的病人，應該當有適當的專科門診，可以提供較完整的服務與診療品質，此與病人陳述沒有時間等候門診，需要快速被診查無關。

在急診醫療的範疇中，若非真正屬於急診專科業務者，急診醫師通常並不一定能夠在診療中針對症狀而切中要點，準此，在醫師防衛性醫療的心態下，只有依照亂槍打鳥的方式，全面的做檢查，不但造成醫療資源的浪費，更有可能的是讓病人做了許多檢查後，並沒有得到與病症相關的診斷及適當的治療，到最後還是建議轉介到門診追蹤，浪費病人時間事小，延誤病人病情才是重要。於是常會有病人不滿而投訴醫院說：「曾經在某急診看過，做了很多檢查，卻不只看不到，還讓病情更惡化」，皆導因於此。

因此，非屬急重症之病人就醫時，其實不應該貪於急診不必排隊，又可以快速被診治，應當選擇到適當的專科門診，才能得到直接且滿意的治療，不會讓病情延誤，才是醫病之間的雙贏。

三、緊急醫療能量的保存與病患的完善緊急處置

這幾年對於急診病人數遽增原因，並不一定只有病人或家屬的就醫習慣之認知錯誤。從醫療臨床實務上可得知，也歸咎於政府醫療制度面設計出了問題，例如，在健保實行總額給付之後，不少民眾抱怨，就醫常掛不到號、等不到病床，只好多花錢看急診，造成大型教學醫院急診量爆增，醫護人員應接不暇；各大醫院都知道這是實施健保總額管制後的「怪現象」。

台灣醫療網有相關於急診病人疑似因健保總額制度實施後，急診病人數暴增之報導，高雄醫學院於 2007 年聯合報的採訪報導：「近來不少高雄民眾抱怨，就醫常掛不上號、等不到病床，只好多花錢看急診，造成大型教學醫院急診量爆增，醫護人員應接不暇；醫院透露這是實施健保總額管制後的怪現象。……昨天舉辦耶誕活動，但因病人大爆滿，病床排到急診大廳、走道、廁所邊及自動櫃員機旁，病人怨聲連連；一名躺在櫃員機旁的女病人說，她因膽囊發炎前天就到高雄榮總急診，在急診室內過了一夜，昨天病情穩定，等待檢驗報告，就被移到大廳櫃員機旁，提款機的吵雜聲，讓她不得安寧」。高榮急診部主任張宏泰與高醫急診醫師郭良基都表示，讓患者躺到大廳、走道，實非醫院所願，但入冬後，心血管疾患大增，但有些醫院都以滿床為由，將病人轉送到大醫院，而造成急診雍塞。

高雄長庚急診科主任李文輝說，每到年底不少醫院因已做滿健保額度，即以「滿床」為名，要求病人轉院，這些「健保人球」都往醫學中心送。他表示，急診室大排隊，醫院的呼吸照護病房、加護病房早已一床難求，近日不斷地透過緊急醫療系統，呼籲其他醫療院所不要再將病人轉到高雄長庚來，但病人仍源源不斷。高雄市衛生局長何啟功說，確有醫院因健保總額緣故，緊縮門診、住院業務量，造成病人改掛急診。高雄縣衛生局長黃志中表示，將會了解是否有醫院以滿床為由要求病人轉院，或者強制出院，若查出實據一定嚴懲，也希望病人向衛生局申訴或檢舉⁶⁸。

除此之外，台灣各大醫院也常常有病人擠爆急診，造成人力不堪負荷的報導⁶⁹。如此一來，急診病人數好似浪潮一波一波湧來，醫師對於每一

⁶⁸ 總額管制怪現象 急診室年終大爆滿，2007/12/25 聯合報報導，轉引自台灣醫療網，www.tw16.net/monographData.asp?m1No=1&m2No=49... 最後瀏覽日 100-9-2。

⁶⁹ 2011-03-02 中國時報【馮惠宜／台中報導】放完三天連假，大醫院急診室再度塞爆，醫院長廊、樓梯間、大廳滿是急診留觀床，急診醫師抱怨，連續假期多數診所休診，病患不是小病拖成大病，就只能到大醫院掛急診；感染科醫師提醒，每每長假民眾出外旅遊南來北往交互感染，造成感冒病毒變種，收假後就爆發新一波流感疫情，這幾天民眾應格外留意。台中地區三家醫學中心包括台中榮總、中國附醫及中山附醫連日來急診病患量節節高升。受健保給付不斷縮水影響，這幾年多數診所周休二日不看診，遇到長假醫師也配合休診，今年流感疫情發燒，有醫師直指今年流感大爆發和假日多數基層診所休診脫不了關係；而根據台中市醫師公會統計，台中市有九成診所在

個病人的診視時間並不多，每每只有簡單問診，而短時間內一個醫師的腦子裡，可能同時要記住數十個不同病人病情、資料、檢驗報告，去向是住院手術或可以出院。這樣的狀態下，醫師持續上班超過十二小時，請問會不會有機會出錯？病人對醫師在此狀態之下的信賴有多高？更不用說護理人員及其他醫療人員忙得跟熱鍋上的螞蟻一般。按衛生署規定，前一年度急診病人就醫數大於 2 萬人次，必須有五名急診專任醫師，而每多 5000 人次，必須要增加一名急診專任醫師，又每月急診留觀人次每超過 600 人，就需要有一名急診專任醫師。又按通常大型教學醫院，如中國醫藥學院附設醫院，每月平均就診人數起碼 9000 人次，而甚至如中部海線的梧棲童綜合醫院，每天急診人次也起碼 200 人起跳，也就是說，平均一個醫師每一天要看診 60 到 100 人次以上，而病人總是集中於某些時段，例如，上下班時間及吃飯時間，當時就是急診容易人仰馬翻的時候。

而若要維持急診的醫療品質，讓每一個急診醫療需求者，能迅速妥適的得到安心的醫療結果，就更應該妥善維持急診的人力、能力、品質、效能。本文主張，應當保有讓人民放心的緊急醫療急救能力，如此，才能在人民因緊急傷病無所適從的當下，得以因為完善的緊急醫療網之運作，病情獲得盡快的改善。

周六、日休診。中山附醫急診部主任高維澤表示，醫院每遇長假病患數爆增三成，流感疫情一直沒退燒，感冒病患湧入急診，多數等待健保床；中國附醫急診室主任陳維恭也坦承，流感疫情加上長假效應，醫院急診量天天超過四百人。

聯合報記者曾增勳 桃園報導 2011.03.02。

林口長庚醫院急診室春節至今擠爆病人，平均每天高達 200 人次等床，院方預定本月中旬試辦急診病人分區、分流措施，依急診五級檢傷分類，急重症優先，紓解急診爆滿病人，就醫民眾掛急診要有心理準備。

聯合報／記者周宗禎、修瑞瑩／台南報導 2011/01/12

成大、奇美醫院急診部最近天天爆滿，傷患被消防救護車送達，常因滿床被迫繼續躺在救護車推床上等候，消防員也不能離開，常空等一小時以上，無法救護其他傷患，嚴重影響救護與病患權益，消防員抱怨連連，病患更痛苦不堪。成大醫院急診部表示，每年到過年前，急診室裡的醫護人員只能用「忙翻」形容，滿床滿到病患只能躺在救護車床架上，暴露了急診醫療資源已經被用到極致，這不僅是台南才有的現象，其他縣市的醫學中心也都有這個問題。



第三章 不純正不作為犯與保證人地位

第一節 不純正不作為犯之基本概念

不純正不作為犯，係指對於構成要件該當結果的發生負有防止義務之人，不為其應為之防止行為，致發生跟以作為的行為方式實現構成要件情況相當的不作為犯罪。換句話說，行為人以不作為的方式，違犯刑法規範以作為方式而規定的不法構成要件¹。若以風險理論說明作為犯及不作為犯，作為犯應是創造風險或是加速既存風險，而不作為犯則是不排除既存風險。我國刑法對於不純正不作為犯並未設有獨立的構成要件，一般而言，判斷一個行為是不是成立不純正不作為犯，主要的問題在構成要件該當性的判斷²，實證法的依據則是我國刑法第十五條。

學說上區分作為與不作為的方法有採「社會行為論」者，認為以法規範對於社會事實評價之重點為何，作為判斷之標準，亦即以作為與不作為區分為價值判斷問題，並非事實之判斷；亦有採「風險升高論」者，即作為係創造風險之行為或加速既存風險之行為，不作為係不排除既存風險之行為³。區分作為與不作為的方式於醫療過失犯罪判斷上亦有必要，亦即醫療過失行為，究竟是以作為還是不作為的方式造成了法益的侵害，以評價醫師是否違反保證人義務，進而論及不作為犯罪之該當。

上述兩種區分方式中，「社會行為論」徒以法規範對社會事實評價之重點，作為判斷之標準，並未提供明確的區分方式，相較於「風險升高論」，明確將作為定義為創造風險之行為或加速既存風險之行為，不作為定義為不排除既存風險之行為，後者容易加以區分，也符合作為係明確升高法益風險，不作為僅係單純放任風險繼續升高的本質。因此，本文認為以「風

¹ 參林山田教授，刑法通論下冊，頁 233，2008 年 1 月，增訂十版。

² 參張麗卿 刑法總則理論與運用 五南出版社 2007 年 9 月修訂版 頁 408。

³ 按行為學說理論之「社會行為論」，認為行為並非單純的因果歷程，但亦不必決定於個別特定的意志。行為是人意志所支配的社會重要的行止。依此，可以解釋不作為與過失行為，以彌補因果行為論與目的行為論之不足；而依「風險理論」角度看作為與不作為，則作為包括：製造危險、加速危險與阻斷救助可能；不作為則是既存危險之不排除。整理自刑法總則，保成出版社，2011 年 7 月開講講義，頁 14-22。

險升高論」較為可採。以本文前述為例，因該醫師無法有效給予病人妥善的醫療，醫師應給予轉診的建議，然而醫師卻未為之，僅給予病人無甚助益的醫療方式，自屬於應作為而不作為，以不作為的方式侵害病人法益，放任既存風險持續造成病人傷害，該醫師應受非難。

第二節 不純正不作為犯之客觀構成要件

不純正不作為犯之犯罪行為主體，即是有救助人地位之人，按我國刑法第十五條第一項所示：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同」，其中「法律上有防止之義務」者，即是居於保證人地位之人，亦是不純正不作為犯罪之行為主體。行為客體則人、物、機關組織皆有可能。不作為的型態必須符合「不為期待行為」與「不作為必須與作為等價」，前者乃期待行為人可以迅速做出特定行為，防止構成要件該當結果發生，但行為人卻做出不為特定行為的決定；後者通說以為應是「行為等價」，是在犯罪成立的行為上做等價的評價，而非結果等價。至若結果與不作為之因果關係應為「假想的因果關係」，因為不作為犯罪並無真正作為的出現，如果行為人為被期待的行為時，構成要件該當的結果即不發生，因此假想認定行為人之不作為與構成要件該當結果發生，具有因果關係⁴。

依此，不純正不作為犯的「客觀」構成要件該當性必須檢驗：(1)有無違法結果發生。(2)結果與不作為之因果關係。(3)保證人地位來源。(4)保證人的救助可能(期待可能性)。(5)不作為必須與作為等價(等價條款)。

第一項 違法結果發生

不純正不作為犯之不作為，係行為人不著手刑法規範所要求和期待的特定行為，並由於這些被期待行為之不被實行，導致構成要件結果之發生。法律所要求和期待的特定應為行為，乃指能夠可能迅速確實地防止構

⁴ 參張麗卿，前揭文，頁 411-417。

成要件結果發生的行為，始足當之，若客觀上無法迅速防止結果發生者，即非所期待應為之行為。而若有數個同等價值的防果行為，只要行為人選擇其一為之，即為已足。也就是說，行為人對於所有防果行為，均不作為，才有構成不純正不作為犯之可能。

不純正不作為犯，在本質上是屬於結果犯，所以在客觀上必須發生不法構成要件該當之危險實害結果，始構成既遂，若危險結果並未發生，僅有可能成立未遂犯。

第二項 結果與不作為之因果關係

第一款 因果關係

因果關係是指行為與結果間必要的一個連繫關係，亦即結果與行為間必須要有這樣的連繫關係，行為人之行為(包括作為與不作為)方負犯罪既遂之可能，否則若行為人的作為或是不作為，與構成要件該當結果並無關連者，行為人自不負犯罪之責。

因果關係之存在與否，乃就客觀存在的事實，加以判斷。無論行為人是否故意或是過失，只要行為人之行為與構成要件該當之結果，在客觀上存在著必要的連繫關係，縱使行為人對於原因行為會造成之後果，事先並無認識，亦不影響因果關係之成立。

在不純正不作為犯罪過程中，構成要件該當結果必須是因為行為人不為被期待的特定行為所造成的，而且行為人的不作為，對於構成要件該當結果，是客觀可歸責者⁵，此行為人之不作為，才有可能受不純正不作為之檢驗。即行為人之不為期待應為的特定行為，因此自然的導致具體結果歷程的發生，反之，具體結果的發生，行為人的不作為可以被想像它必定是存在之原因，若行為人有特定防果救助作為，具體結果則不發生者，此原

⁵ 參林山田教授，前揭文，頁 247。

因與結果間便具足因果關係。而行為人已經從事特定救助行為，但具體結果依然發生者，則若行為人不作為，與危險結果之間就欠缺因果關係。

第二款 客觀歸責理論

因果關係所要探討的是，到底行為(包括作為與不作為)和結果之間，是否存在著自然連繫之關連性？而行為人是否可以被歸責？則必須有理論對因果關係加以限制。按因果關係是以經驗判斷「結果原因」；客觀歸責理論是以規範的觀點，判斷「結果歸責」⁶。即客觀歸責理論，就是要解決「結果歸責」的問題。

客觀歸責理論的主旨，認為行為人的行為，對於客體製造或提高了「法律所不容許的風險」，並且該風險在具體事件歷程中實現，造成構成要件該當結果的發生，則該結果之發生，方可歸責於行為人⁷。

行為與構成要件結果符合了因果關係，究竟行為人是否可被歸責？首先還是必須依條件說檢驗，行為人之行為，是否是引起結果的條件？必須依照經驗以「若無前行為，則無後結果」先判斷之，倘使前行為與後結果不具關聯性，亦不必進入客觀歸責層次檢視。而判斷是否客觀可歸責，從二方面考量：

一、製造法律所不容許之風險

行為人之行為必須製造了法律所不容許的風險，而且此行為製造的風險，與構成要件結果之可能發生有因果關係。即謂行為人之行為違反規範，引起法律上值得非難之構成要件，並對行為客體產生了危險。

客觀歸責理論的基礎，仍然建立在條件說。在條件說所承認的各個條

⁶ 參張麗卿，前揭文，頁 134。

⁷ 參林山田教授，前揭文，頁 225。

件中，對結果而言都是具有因果關係，但並非每一個等值的條件，都具備客觀可歸責性。以下事項，就必須排除於外，而不具客觀可歸責⁸：

1、行為降低風險

指行為人為實行降低被害人既存風險之行為，導致原本存在的因果關係改變，而產生新的構成要件結果歷程與實現。雖行為與結果具備因果關係，客觀上降低風險之行為，應不可被歸責。

例如，械鬥大腿刀傷，割斷大腿動脈，病人送至急診時因大量失血休克，醫師為挽救生命，緊急止血而將動脈斷端夾住。縱使夾住動脈行為，可能造成該肢體截肢之結果，該醫師因為執行的是為病人降低風險行為，故截肢之結果不應歸責於醫師。

2、製造法律容許的風險

行為已經製造出一定程度的風險，導致某構成要件結果發生，但該風險卻是法律所容許者，行為人可排除結果之歸責。

例如，開車遵守交通規則駕駛，撞傷疾駛且闖紅燈之騎士，雖駕駛的開車撞擊行為，造成騎士之死傷，倘駕駛確是遵守規責且無過失，而騎士確是超速且闖紅燈，令駕駛來不及反應，有可能不具客觀可歸責性。

3、損害結果之出現行為人無支配可能性

因果關係支配中，即便發生構成要件危險結果，法律不能對行為人無法支配結果發生與否之行為，要求行為人負責。即行為人再怎麼努力，也不能改變結果時，法律自然也不能要求行為人對危險結果的發生負責。

4、偏離的因果歷程

一行為加上另一行為或其他原因，才導致結果的發生，若單純原本之行為，不一定造成同樣結果發生者，該原行為不具客觀歸責。

⁸ 參張麗卿，前揭文，頁 135。林山田教授，前揭文，頁 225-226。

例如，餐廳服務生丙不小心將熱湯燙傷客人甲之大腿，友人乙緊急騎車載送就醫，途中車禍，造成甲之腿骨骨折。甲之骨折結果與丙之行為，已經偏離因果歷程，丙不需為甲之骨折負責。

5、行為未逾越社會所容許之界限

行為與結果雖然有因果關係，但或許是間接因果關係，或許並未製造法律不容許之風險，縱使結果發生，亦無法歸責行為人。

例如，甲將中獎的旅遊某國兌獎單贈與給乙，但甲也知道某國治安不佳，私底下也希望乙旅遊不順利，而乙果真於某國旅遊途中，遭搶劫殺傷。雖甲之贈與行為，間接造成乙被殺傷之結果，但甲的贈與行為未逾越社會所容許之界限，而屬正常行為，乙之傷害結果無法歸責於甲之贈與。

二、風險導致具體結果發生(風險實現)

行為製造了法律所不容許的風險，但風險必須要實現，且造成構成要件結果的發生，其結果始可以歸責行為人之行為。亦即行為引起法律上值得非難之構成要件，對行為客體產生了危險，而危險也必須導致具體結果之發生。倘使行為雖然造成一定的風險，但卻未因此導致結果發生，或結果的發生，是導因於另一不相干的風險者，該行為不具可歸責性。

醫療行為基本上是以降低病人生命與健康上風險為目的，但在實現目的之過程中，可能導致病人其他方面的風險發生，例如，藥物的使用，期待治療某疾病的症狀，卻也可能發生其他器官或功能損害的風險，此時所昇高的風險，是否可以加以容忍？醫病雙方對此就有「權衡的必要性」。因為醫病雙方決定合理的治療或急救病症所執行醫療行為，進而產生所謂「容許風險」，依法理醫師是無由被苛責的。又醫療過程中，對於不可知或不可測的問題或狀況，因其無預見可能性，亦屬於可容許風險之範圍，例如，醫師用藥之前，都會問病人有無藥物過敏病史，在麻醉用藥或是某

些檢查需要注射顯影劑等之前，倘使醫療人員已踐行詢問與注意過敏與否，竟而發生過敏狀況，此為現行醫學知識或經驗無法確知預見，仍應屬於無法預知的可容許風險範圍，而得阻卻構成要件，至少，基於重大優越利益原則，得依緊急避難而阻卻違法。

行為造成的風險實現，必須具備以下三個要件，該行為才具客觀可歸責性⁹：

1、結果與危險行為間應具常態關聯性

行為製造的風險與結果，應該要有自然且常態性的關聯。即行為引起之風險，自然導出危險結果之歷程，若不具此關聯性，則行為人不必對結果負責。

例如，急救時，緊急氣管插管以維持確定氣道暢通，此插管行為與半年後病人之死亡結果，是不具常態關聯性，該執行插管醫師，不須因插管行為，為病人半年後的死亡結果負責。

2、結果必須在法律規範保護範圍之內

行為與結果間除了須具備因果關係之外，結果尚且須在避免風險的規範保護範圍之內，該結果始可歸責於行為人。

例如，甲闖越柵欄已經放下之鐵路平交道，使旁邊的乙，誤以為火車仍距離很遠而跟著闖越。甲的闖越行為，造成乙被撞成重傷之結果，已經具備因果關係和常態關聯，但是乙重傷的結果，乃自己違規闖越鐵路平交道，並不在法規範的保護範圍內，甲不需為結果負責。

3、所遵守的法律義務非無效義務

行為人依法規範而行為，但結果依然發生；或行為人未遵行法律義務，而結果不一定發生，則此法律義務，即是一種無效義務，所發生的結

⁹ 參林山田教授，前揭文，頁 227-231。

果，即不可以歸責於行為人。

例如，某地發生嚴重的流行性感冒，已經造成多人死亡，該地方衛生首長戊，應即負責監督並按疾管局規定，投予甲流感疫苗或乙藥物治療。但因製造或採購問題，改給與丙疫苗及丁藥物後，死亡人數不減反增。事後鑑定，甲疫苗與乙藥物對預防及治療該流行性感冒，完全無效。也就是說，縱使地方衛生首長戊，按疾管局規定投予甲疫苗與乙藥物，對於結果的發生亦不能防止，戊之行為遂不具客觀歸責性。

第三項 保證人地位

並非任何人因其不作為，導致發生構成要件該當之結果，都可能成立不純正不作為犯罪。而是指有對於該構成要件結果的發生，負有防止其發生的義務之人，竟不履行防果義務，致危險結果實現者，始可能構成不純正不作為犯罪。此即是我國刑法第15條第1項，「對於犯罪結果之發生法律上有防止之義務…」所規定者。

第一款 保證人地位理論

所謂保證人地位，是泛指所有負有能防止法益破壞結果義務的相關人，即認為可能具有保證人資格而有作為義務。而作為義務，是代表行為人在一定的事件關係中，所處的地位及其應負的責任。只有處於保證人地位者，才能夠成為不純正不作為犯的行為主體。

不作為犯罪的成立，以行為人有作為義務為前提。作為義務的來源，是行為者居於保證人地位；作為義務的範圍和內容，是劃定不作為可罰與否的關鍵。純正不作為犯的法律誠命，刑法條文本身有明確規範，其行為主體沒有條件的特別限制，通常較無爭議；不純正不作為犯的可罰性，則是呼應國民質樸的法感情，基於經驗的、刑事政策上要求的產物，保證人地位的類型，必須倚賴司法實務與理論加以補充。保證人資格的認定，被

喻為解釋學上最有爭議、最為灰暗的一角¹⁰。

不作為犯的行為人，必須在法律上居於保證人地位，此為判斷不作為與積極作為等價的「第一層標準」。保證人地位，是不純正不作為犯的客觀構成要件要素之一。大約從19世紀初德國開始，作為義務在犯罪理論體系的定位，學說史上曾有因果關係說、違法性說與構成要件說等爭議。Nagler (Johannes Nagler, 1876-1951) 提出保證人說 (Garantenlehre)，才將保證人地位定位在構成要件階層。Nagler 提出保證人說時，當時的通說乃違法性說¹¹。依犯罪三階層理論，構成要件既是不法行為的類型化，則該當構成要件的行為，通常推定該行為具有違法性，此即構成要件的違法推定機能。如將不作為犯的作為義務，定位為違法性問題，意味不作為犯的判斷，其行為即使構成要件該當，且無正當化事由（如緊急避難、義務衝突等），仍不能肯定其不法，導致構成要件的違法推定機能，在不作為犯中不起作用，無法因不作為符合構成要件，逕而推定違法。這樣「違法性說」與犯罪論體系間就產生矛盾。為了既能夠限定作為義務的範圍，又能夠滿足構成要件的推定機能，並協調與犯罪論體系的關係，Nagler 提出「保證人說」。認為防止構成要件發生的法定義務叫保證義務，負有保證義務的人是保證人。不純正不作為犯的行為人，是否具有作為義務，關鍵要看行為人是否具有保證人地位。只有具有保證人地位的人，能夠盡義務卻怠於履行，因而發生犯罪結果的場合，才會出現與作為等價的問題。因此，保證人地位不是違法性的問題，而是構成要件該當性的問題，是有無實行義務行為的問題。

保證人說確定了兩個方向：其一是將不純正不作為犯可罰性，確定為構成要件理論；其二是從社會防衛功能，確定保證人地位的法理基礎¹²。準此，保證人地位說的價值有三：(1)、說明作為與不作為的等價性。也

¹⁰ 林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月，總則第182頁。

¹¹ 李昂杰，保證人地位，成功大學法研所2001年碩士論文，頁7，轉引自許玉秀，主觀與客觀之間，頁332，引註日高義博，保證者說の推移と問題点，收錄於：基本論点刑法，法學書院，1992年3月，17頁。

¹² 許玉秀，前行為保證人類型的生存權？-與加重結果犯的比較-，收錄於：主觀與客觀之間，春風煦日論壇，1997年9月，413頁。

就是說，不作為是否有原因力？不作為是否具有同於作為的行為非價？
(2)、說明不純正不作為犯之犯罪構造與可罰性。(3)、突破因果關係與違法性之爭執。根據不作為是否符合構成要件，以及是否具備作為所必要的構成要件合致性，而決定作為與不作為是否等價，從而具有相當之可罰性。

第二款 保證人地位類型

具有保證人地位者，對於構成要件該當之結果，有擔保不發生的作為義務。但甚麼樣的人有擔保構成要件結果不發生的作為義務？依據「實質功能內涵」有下述區分：

一、危險源監督義務

對於特定危險源，負有防止成為實害之義務，或負有監督看管義務者，具有保證人地位，有以下種類¹³：

(一) 危險前行為者

我國刑法第 15 條第 2 項：「因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。」即製造危險的行為人，有防止危險發生的義務。而危險前行為被歸類為危險監督之類型，必須符合二個條件，其一、是因自己的行為使社會秩序受到干擾，對特定的法益造成危險。即前行為具有誘發侵害結果之「通常可能性」，且該行為須違背「社會相當性」。其二、是前行為必須是違背義務的危險前行為¹⁴，即「義務違反性」或不具容許性。也就是說，「危險前行為」的原理，在於「不得侵害他人之禁止規範」，

¹³ 參林山田教授，前揭文，頁 254--259。

¹⁴ 葉文正，醫師不作為醫療的刑法問題，國立成功大學碩士論文，頁 62。「危險前行為被歸類為危險監督之類型，因自己的危險前行為成立保證人地位須符合二個前提，其一、是因自己的行為使社會秩序受到干擾，對特定的法益造成危險，法益因為前行為而陷入一無從得到防護的狀態。危險前行為不只使既存的防衛機制限於無用之地同時也開啟了一個新的危險源。其二、是前行為必須是違背義務的危險前行為。」

並同時包含一個誠命規範，於可能侵害他人法益時，行為人必須放棄製造危險之行為¹⁵。

因此，危險前行為，以基於違反義務的前行為，才具有保證人地位，也就是說，「合乎義務的前行為」，縱使造成他人後續之危險，原則上並不會發生危險前行為之保證人地位。但是如果傷害到無辜的第三者時，則應有防止結果繼續發生的救助義務¹⁶。

（二）危險源監督看管義務者

對於特定危險源，負有防止破壞法益結果的監督或是看管義務之人，構成保證人地位的條件。所謂危險源，係指具有發生破壞法益較高危險之人或物，這些人在面對特定危險源的監督或看管義務範圍內，均居於保證人地位。如放射性物質或是爆裂物的持有人、凶猛動物飼養人、收容有暴力傾向精神病患的醫師、設置通電防盜設備的設置人，對於相關的危險源，具有監督看管的保證人地位。

（三）商品製造者

商品製造人，對於所製造的可能足以危害消費者生命或身體健康的商品者，應負有預防發生損害的法義務，因而亦構成保證人地位。如汽車製造商對於其所設計製造的汽車，因設計缺失而易生特定意外事故者，應即負有回收該款汽車，並加以改善的義務。若製造商不回收該瑕疵汽車，而造成意外事故，極有可能造成業務過失致死傷的不純正不作為犯罪¹⁷。

二、 特定法益保護義務

¹⁵ 高金桂，不作為過失犯，評台中地方法院九十九年度易字第三六一二號刑事判決，月旦裁判時報，第十期，頁 69-70，2011 年八月出版。

¹⁶ 參張麗卿，前揭文，頁 414。

¹⁷ 參林山田教授，前揭文，頁 258。

對於特定法益，負有保護義務者而構成保證人地位，有以下種類¹⁸：

（一）依法令規定負有保護義務者

由於法律行政規章或行政命令的規定，對特定人或是特定法益負有保護義務之人，即具有保證人地位。

例如，我國民法規定：「父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務」¹⁹；「父母對於未成年子女之扶養義務，不因結婚經撤銷或離婚而受影響」²⁰；特定親屬間互負扶養義務²¹；汽車駕駛人肇事致人受傷或死亡，應為救護義務或為其他必要措施的義務²²；船長對於淹沒或罹難者的救助義務²³。

（二）自願承擔保護義務者

行為人出於自願而承擔保護義務或幫助義務，阻斷其他人的救助，早期多以契約為認定此類型的保證人地位之有無，並以自願承擔保護義務，稱呼此類型之保證人地位，但現已揚棄不用，而改以事實上是否自願承擔保證結果不發生，作為判斷保證人地位有無的標準。即事實情況的承擔，亦足以構成保證人地位。雖然此項保護義務多為具有契約關係²⁴，不過此事實上的承擔和契約之存在，並無必然關係。只要事實上自願承擔保證結果不發生之法義務者，即具備保證人地位。

¹⁸ 參林山田教授，前揭文，頁 250—254。

¹⁹ 我國民法第 1084 條第 2 項。

²⁰ 我國民法第 1116 條之 2。

²¹ 我國民法第 1114 條。「左列親屬，互負扶養之義務：一、直系血親相互間。二、夫妻之一方與他方之父母同居者，其相互間。三、兄弟姊妹相互間。四、家長家屬相互間。」

²² 道路交通管理處罰條例第 62 條第 1 項。

²³ 海商法第 102 條。

²⁴ 鄭逸哲，法學三段論法下的刑法與刑法基本句型，二版，頁 174。基於契約可以形成保證人地位，但行為人的保證人地位，嚴格而言並非來自於契約之法律效力，而毋寧是來自於其因契約而承擔義務的事實。申言之，刑法上保全型保證人義務契約不是民法上有效的契約，縱使無效，只要一般人確信有效即可。

例如，接受病人而為其醫治的醫師、游泳池的救生員、登山隊的嚮導、受僱看護病人的特別護士、大人願意保護小孩下水游泳。

(三) 親密共同體或危險共同體

所謂親密共同體，包括一起生活的家庭成員、特定近親關係、親密共同生活關係，如配偶父母與子女間、兄弟姊妹間、同居人間，彼此對於生命身體健康及急迫危險，相互負有保護義務，長久共同生活，而居於保證人地位。但並非形式上具有上述關係，就會產生保證人地位，如已經分居不往來的夫妻，或是爭產分家的兄弟姊妹，彼此已不互相具備保證人地位。

而危險共同體，係指為達特定目的所組成的彼此信賴互助，並且互相負有排除臨時危難義務的團體。如登山隊、探險隊等。這一些危險共同體的成員，基於人與人間之信賴關係²⁵，而產生了保證人地位，但也相對的阻絕了另外防衛機制發生作用的機會，因此也必須承擔法益受侵害的風險。

(四) 公務員或法人機關成員

公務人員就其「職責範圍內」所負的保護義務，居於保證人地位。如警察對於其勤區負責的刑案從事犯罪偵查，而負有保護人民安全之義務；接觸國家安全資料的公務員，對於國家安全機密負有保護義務。

法人機關成員，如公司的董事、監事，對於公司的財務或者利益，負

²⁵ 黃榮堅，論保證人地位，法令月刊第四十六卷第二期，頁 13。黃師認為：「信賴關係的形成，往往出於許多不同的原因，一個人被信賴，有可能是因為能力強，也有可能是熱心。但一個人如果因為被信賴而負特別義務，那麼能力強或是熱心，似乎都像是一種錯誤。」。許玉秀大法官在其論著，主觀與客觀之間，第 413 頁亦指出，信賴的基礎是規範，沒有規範不可能創造信賴。亦即，必定是法律先賦予個人某種作為與不作為的義務，與違反義務的效果，人們才有信賴的依據，人與人之間信賴關係也才會成立。

有保護義務而居於保證人地位。

第四項 期待可能性

對於處在無可期待之情況，要求行為人執行符合規範的行為，基於法律不能強人所難之基本想法，認為行為人於特別情況之下，依法律規範必須對於某構成要件該當結果有防果義務，雖然並非不可能，但是卻相當的困難，此時要求行為人克服萬難，而為被期待的特定行為，即無期待可能性。

行為人必須有行為能力與作為可能，面對構成要件該當結果的發生，具有防止之事實可能性，該行為人之不作為，始有不法的可能。若具有無期待可能性的情狀，行為人應非「不為」，而是「不能為」。即在客觀上對於行為人而言，執行特定期待行為，係事實不可能者，該行為人無由構成不純正不作為犯。此即是我國刑法第 15 條第 1 項，「…法律上有防止之義務，能防止而不防止者…」所規定者。

對於防止結果發生之無期待可能性，約有下列四種狀況²⁶：

- 1、無作為能力：例如當時行為人昏迷、或被綑綁、或是只有一位醫師，在支援尚未到達之下，卻同時湧入大量嚴重傷患。
- 2、生理的缺陷：例如當時生病、或身體有相當的殘缺，致使無法完成特定被期待行為。
- 3、空間的限制：防果義務行為人與構成要件發生地，距離過於遙遠，無法及時趕到。
- 4、欠缺救助必要的能力或工具：例如遇到溺水事件，卻不會游泳；遇見火災，卻無工具打開門鎖，救出困在屋內的人。

²⁶ 參林山田教授，前揭文，頁 245-246。

第五項 等價條款

所謂不作為必須與作為等價的意思，係指行為人以不作為的方式讓不法構成要件實現，與以作為方式實現不法構成要件，在刑法價值判斷上，彼此具有相當的評價，都應當予以同樣的非難或否定。然能夠讓行為人之不作為而導致的結果，竟與一般以作為方式造成的結果，在法律面前有相同應被處罰的評價，行為人對該構成要件結果的發生與否，具備保證人地位，是唯一的條件。即若是行為人非具保證人地位，則該行為人對於構成要件之不作為，根本不需要被拿出來與作為互相評價，也不會有二者評價相等的結論。

使用保證人地位的概念，指出不作為人應負的保證人義務，進而說明不作為犯罪與作為犯罪結果的等價性，以解釋不作為的可罰性，對於何以某些情狀之不作為須被處罰，提供了一個說法，一方面維持了傳統刑罰理論的架構，另一方面也突破了因果關係與違法性說之爭²⁷。準此，倘使行為人之不作為，其可罰性遠低於作為應被處罰的評價，缺乏與作為犯罪等價的條件，亦無處罰的必要。

例如，商店老闆甲誤將標示高價的標籤，貼到價格較低的商品，顧客乙付款時，雖然老闆甲已經發現標價錯誤，但卻不告知顧客乙錯誤之事，仍收取錯誤的高價金額。甲的消極不作為，造成乙的陷於錯誤，其不作為應與積極詐欺作為，有相等的評價。

第三節 不純正不作為犯之主觀構成要件

犯罪之主觀構成要件，是指成立犯罪時的內在心裡要件，即指行為人主觀內心中，故意實現客觀不法構成要件。

²⁷ 葉文正，前揭文，頁 54-55。

第一項 故意不純正不作為

故意不純正不作為犯的構成要件是指，行為人對於客觀不法構成要件有認識，也認識到保證人地位的事實與可避免發生之結果，卻主觀上執意、故意不作為。主觀的不作為故意，必須是有認識而決意不作為，分為「直接不作為故意」與「間接不作為故意」，前者是明知構成犯罪之事實又決意不作為之故意；後者又稱未必不作為故意，乃容忍構成要件事實之發生，亦即行為人對不作為造成之構成要件該當結果的發生是有預見的，卻決意不作為而聽任其發展，終致構成要件該當結果發生。不作為犯罪類型大多屬於後者。

「直接不作為故意」，例如岸邊海釣，遇見曾經爭吵的友人墜海，經友人呼救求援，因記恨往事，故意直接離開現場，導致友人死傷；「間接不作為故意」，例如搶劫要犯欲黑吃黑，在飯菜中下劇毒後，恐被發覺而不敢聲張，致使同居人亦不幸吃下飯菜而毒死，對於毒死同居人，應為間接不作為故意。

不作為故意若是屬於意圖犯者，其主觀不法構成要件，除了不作為故意之外，尚須要有不作為意圖。行為人因意圖某犯罪目地之驅使下，對於構成要件該當結果，故意以不作為方式致使結果實現。即「不作為意圖」，乃指行為人出於特定犯罪目的，以不作為方式，希求不法構成要件所預定的結果發生²⁸。

第二項 過失不純正不作為

無論是過失作為或是過失不作為，過失行為僅以我國刑法明文規定處罰者，始成立過失犯。過失不純正不作為犯，乃因「過失」而沒有做足期待應為之特定行為，導致構成要件結果之發生。其不法的原因，在於「違反客觀注意義務」，未從事足以防止構成要件該當結果發生之特定行為。

²⁸ 參林山田教授，前揭文，頁 281-282。

判斷上結合了不純正不作為犯與過失犯之構成要件，不純正不作為之構成要件，已如前述，過失犯的構成要件，必須檢視「客觀注意義務的違反」與「客觀預見可能性」。

「客觀注意義務的違反」是指，行為人違反一般理智之人所應有的注意，有無客觀注意義務的違反，應以行為人本身條件與一般平均之要求為標準；而「客觀預見可能性」則是種有認識的過失，在一般小心謹慎的標準下，審視行為人是否已有主觀認知與注意之可能，倘使任何小心謹慎之人，在相同情況下，均無法預見結果發生或避免結果發生，即欠缺結果非價²⁹。故稱過失不作為犯，除了必須符合不作為犯的客觀構成要件之外，主觀斷定上，必須結合過失犯成立之構成要件，一併檢視。

我國刑法對於過失之規定是刑法第 14 條：「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。」依此，過失犯係指，行為人依客觀存在之具體情狀與個人條件，應有注意義務，且能夠加以注意，但因為不注意或是注意程度不足，謂無認識之過失；又對於構成要件結果的實現有所認識，但確信結果不致於實現，而未為防果作為，謂有認識之過失。

較值得注意的是，同樣是過失犯罪，與過失作為相較之下，不作為過失存在著一些特殊性³⁰，可與過失作為區別：

	構成要件該當結果 →	行為 →	結論
1	欠缺認識	不作為或未足夠作為	不純正不作為犯
2	疏於注意	未採取必要作為	不純正不作為犯
	疏於認識 →	行為 →	結論
3	對事實存在救助可能性	未採取必要救助措施	不純正不作為犯

²⁹ 參張麗卿，前揭文，頁 420。

³⁰ 參林山田教授，前揭文，頁 264-265。

4	已具保證人地位之事實	未採取必要救助措施	不純正不作為犯
---	------------	-----------	---------

1、例如新手父母，對於剛滿足月嬰兒感冒、咳嗽、濃痰無法排出，導致缺氧欠缺認識，只到鄰近診所拿藥治療，於二日後才因臉色及四肢發紫，匆忙送到急診。此即因對構成要件結果欠缺認識，致未足夠作為，倘使嬰兒因此重病或死亡，對於結果而言，該父母為不純正不作為犯。

2、例如急診與骨科醫師，對於膝關節附近嚴重骨折病例，應注意是否有周邊神經及動脈損傷之情形，倘使急診與骨科醫師疏加注意，未及時予以必要作為和告知說明，病人亦因骨折致膝膕動脈損傷，導致事後小腿截肢，醫師即可能該當不純正不作為犯。

3、例如槍擊事件發生，被害人甲被子彈擊中右胸，友人乙因過度驚慌，認為被害人甲必定死亡，而不知向附近民宅求救，亦未打電話向消防隊求援，對於事實上存在之救助可能，加以忽略，終導致甲果真死亡，乙即可能該當不純正不作為犯。

4、例如嚴重多重外傷病人，常需多重科別醫師共同治療，但通常由主線科別負責主要診治與照料，但被會診的醫師或協同治療的醫師，在該醫師專業領域範圍內，對該病人亦具有保證人地位。若被會診的醫師或協同治療的醫師，對於其保證人義務範圍與事實，疏於認識而未為盡心治療，倘因此使該病人在協同治療醫師專業範圍內，有死亡或不可回復之傷害，該醫師可能構成不純正不作為犯罪。

第四節 不純正不作為犯之違法性

不純正不作為犯之違法性與作為犯相同，當行為引起構成要件該當結果發生，該行為便被標記「可能違法」，於是判斷各種構成要件該當行為是否真的違法，是相當必要的。在立法上，無法正面描述一個構成要件該當行為的違法與否，只能利用反面解釋，如果行為沒有正當理由而致構成

要件該當之結果，即是違法。倘使構成要件該當之行為，於違法性檢驗時，已有阻卻違法事由，則行為是否犯罪，於此階段即被排除，毋須進入罪責階段檢驗。

因此檢視不純正不作為犯違法性之有無，即應審酌有無排除形式違法性與實質違法性之正當理由。形式違法即欠缺法定阻卻違法事由，所謂法定阻卻違法事由，乃我國刑法第二十一條至第二十四條所示：依法令之行為、依所屬上級公務員命令之職務上行為、業務上正當之行為、正當防衛、緊急避難；實質違法即欠缺超法規阻卻違法事由，而超法規阻卻違法事由包括：事實上之承諾、推定之承諾、教師懲戒權、安樂死。

雖不作為犯的違法性與作為犯相同，經由構成要件該當而認定違法，再由合理行為將其合法化，然不作為犯之違法性判斷與作為犯究有不同者，即是「義務衝突」的問題。義務衝突乃是不作為犯之獨特的阻卻違法事由，對行為人而言，若同時具有履行數法律上之作為義務，但現實能力所及，只能履行其一，必須犧牲其他作為義務時，對於他作為義務之不作為，因義務衝突而阻卻違法。

本文將醫療行為中，較常可以引用的阻卻違法類型，分述如下：

第一項 緊急避難

在急診醫療實務中，常出現為了病人生命安全，而採取緊急避難之不作為決定。例如，外傷性硬腦膜上出血、脾臟破裂休克併右小腿脛腓骨閉鎖性骨折病人，為緊急救命，僅先行處理腦部手術與腹內脾臟破裂出血之手術，決定等生命徵象穩定之後，再後續執行骨折手術。此時醫療團隊對於骨折之不作為，實為了將急救黃金時間用以全力處置危及生命者之緊急避難行為。

犯罪理論中，對於構成要件該當之形式阻卻違法條件，在我國刑法規

定者，有正當防衛、緊急避難、依法令之行為、公務員依上級命令的職務行為與業務上正當行為。其中緊急避難，係指行為人面對危急情狀，為避免自己或他人生命、身體、自由、財產上之「現實危難」，出於不得已而導致侵害他人法益的行為。法律上之所以承認緊急避難得以阻卻違法之理由，主要是因為所謂「社會連帶義務」，認為社會上每個人均有義務，犧牲自己少許利益，來拯救陷入緊急危難之他人³¹。於是不得不採取侵害他人法益之緊急避難措施，以保全自己或第三人生命、身體、自由、財產上之利益。

無論是作為犯或是不作為犯之評價，究竟緊急避難得否為阻卻構成要件該當之違法性的理由，必須符合得以成立之要件³²：

1、須存在緊急避難之情狀：即必須有危難的存在，且危難必須是緊急情狀，非立即避難，將成為實害。例如火災現場，住戶受困民宅中。

2、須實施緊急避難行為：指為了達到緊急避險的目的，採取的「客觀上」不得已的必要有效救助手段，對於已經出現且不可避免的法益衝突，只能擇一存在，沒有其他更好的選擇。不過避難行為必須不能過當，且必須排除公務或業務上有特別義務者。例如火災現場，住戶受困民宅，非毀越門扇或磚牆，無法救出受困之人。但消防員因本身業務即負有特別義務，並不得以自己之生命、身體、自由、財產為由，主張緊急避難，而離開火場。

3、須出於救助意思而為避難行為：主張緊急避難之行為，必須緊急危難發生當時，行為人有意識到危難之情狀，並出於救助之意思，而為避難行為。倘使非出於救助之本意，該行為只能說是剛好導致避難的結果，無由構成阻卻違法的餘地。例如燒炭自殺中的房客，剛好小偷開門侵入偷竊，而未導致死亡。該小偷毀越門扇行竊時，並未意識到有人燒炭自

³¹ 參林山田教授，前揭文，頁 334。

³² 參林山田教授，前揭文，頁 337-343。

殺，亦未有救助避難之本意。該侵入住居犯罪，不得以緊急避難而阻卻其違法性。

第二項 推測同意

同意或說是承諾，在法律所允許及規範之內，應當是具有效力，但同意他人傷害自己身體，甚至導致死亡，並非法律所允許的同意。例如我國刑法第 275 條第 1 項後段之得承諾而殺人罪³³，與刑法第 282 條後段之得承諾傷害罪³⁴。惟現實生活上，也存在著法律所允許的得承諾致傷害的情形，例如醫師在病人簽屬同意手術之承諾後的開刀行為，即是阻卻違法的同意致傷行為。

在急診實務中如上段所述，得病人同意的醫療行為，不勝枚舉。但也有因為病人緊急生命危險，已意識不清，醫師按其專業知識客觀判斷，非緊急手術不足以維持病人的生命法益時，醫師為了達到救助病人之目的，包括手術在內的適當醫療行為，縱使沒有病人自己或是最近家屬的同意，亦得以推測的同意，阻卻手術的違法性。此即類似我國民法第 172 條有關「無因管理」的規定：「未受委任，並無義務，而為他人管理事務者，其管理應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法為之。」讓上述醫療中之推測同意行為，構成合法的承諾，而成為超越法律的阻卻違法事由。

並非所有經由醫病之間合致的承諾或推測的同意，就可以完全排除醫療行為之違法，醫師仍應對過失行為承擔責任。而推測同意的情形，該如何判斷？按推測同意得阻卻違法，乃因行為人之行為已構成要件該當，且未先得被害人承諾，或行為當時客觀上無法得被害人之承諾，而為公共利益且不違公序良俗之行為，但依一般社會之常理習慣，被害人會同意該行

³³ 刑法第 275 條第 1 項：「教唆或幫助他人使之自殺，或受其囑託或得其承諾而殺之者，處一年以上，七年以下有期徒刑。」

³⁴ 刑法第 282 條：「教唆或幫助他人使之自傷，或受其囑託或得其承諾而傷害之，成重傷者，處三年以下有期徒刑。因而致死者，處六月以上，五年以下有期徒刑。」

為,而阻卻違法。即面臨危難之法益持有人,可能當時無法即時承諾,或是已經意識不清無法表示承諾,法律基於保護法益持有人之利益,允許他人得為緊急強制處分。

而緊急醫療救助行為,是一個「降低風險」的行為,若有構成要件該當結果發生,無論是得病人之承諾,或者是推測同意的醫療行為,以客觀歸責理論的角度視之,應該在構成要件的部份,已經排除,不需要繼續檢討違法性之有無才是。

第三項 義務衝突

所謂義務衝突,是指在同一時間點上,存在數個彼此不相容的義務,行為人無法同時履行全部的義務,只能擇一履行,其他的義務只有放棄一途,別無選擇。在現實社會中,我們偶而會遇到,符合一個法律規範的行為,卻可能恰巧是違背另外一個法律規範的行為之情狀。若因此而為法律所非難,即以義務衝突為原理,當做主要的超法規阻卻違法事由。

法益是刑法最主要的保護目的,當行為人在面對危難當下,同時存在有二以上的法益,有必須保全的義務時,又僅能選擇其一為之,除放棄其他法益的救助外,別無其他選擇,行為人該如何抉擇,才是法規範所容許?依法益權衡理論³⁵,當行為人只能擇一法益保護救助時,應選擇放棄低價值法益,而保全高價值法益,才與刑法保護法益的精神相符。亦即,行為人應違反低階義務,而履行高階義務,以解決法益衝突問題。

採行法益權衡理論者,當下應判斷其所保全的法益,是否較犧牲的法益,具有顯著的「保護優越利益」。若從理智的第三人的角度視之,亦認為具有顯著優越利益者,行為人遇到義務衝突時之避難措施,即屬不過當。而當義務衝突時,如何讓較優越利益的保全,得以實現?至少應當思

³⁵ 參林山田教授,前揭文,頁344。蔡志宏,刑法上義務衝突之研究,台北大學法研所,2003年碩士論文,頁89。

考以下三點：

1、法益的位階：在評價同時出現的法益的優越程度時，原則上，相對於人格之法益，應優越於財產上之法益。也就是說，在得緊急避難中所規範保護的法益—生命、身體、自由、財產，順序基本上應以生命法益的保護最為優先，次以身體法益之保護，再次以自由法益，最後才是財產法益。

2、法益受影響之程度：判斷法益的位階優越性，並非絕對的標準，在避難的當時，行為人或被避難人因法益影響的層次不同，而有例外的考量。例如，若財產法益損失非常鉅額，法律允許避難行為人，短暫犧牲他人的行動自由³⁶。即以符合「利益衡量原則」，依危難實際影響法益的程度，重新決定所保全法益位階與價值。

3、損害發生之可能性：法律對於義務衝突時，緊急避難措施的評價，除了判斷法益位階與法益受影響的程度之外，在選擇保全的法益時，危難造成損害發生的可能性，應是值得參考的要點。例如，選擇甲方法保全法益，將造成百分之九十損害發生，而選擇乙方法保全法益，則可能只有百分之四十損害發生，即使選擇甲或乙方法，均會同時伴隨某種程度的法益侵害結果。惟因選擇乙方法之行為，造成損害危險可能性較低於甲，故符合保護優越利益原則，而得以阻卻緊急避難侵害法益之違法性。

依此，認係義務衝突而採取緊急避難者，必須符合以下三點要件³⁷：

1、同時有數個不相容之數個義務存在：即必須「同時」存在對行為人規範的數個「當為」的要求，而且這些數個行為人當為的義務，必須彼此「互不相容」，無法讓行為人有充裕的時間，依序先後完成。一方義務之履行，一定妨礙到他方義務之履行，甚至不可能得到履行。

³⁶ 參林山田教授，前揭文，頁 345。

³⁷ 蔡志宏，前揭文，頁 17-20。

2、衝突狀況的發生不可歸責於行為人：即所謂的「自招危難」，倘若危難是因行為人的故意或過失所造成者，其後避難行為的合法性，就會被排除，只有義務衝突的形成，非能歸咎於行為人之故意或過失時，才能適用義務衝突法則，以評斷行為人之行為，是否該當構成犯罪而負刑事責任。

3、履行一方義務除侵害其他義務外別無他法：此為義務衝突理論之本質要件，也是在前述二點條件之後的補充性要件。即同時存在數個不相容義務，若其中某些義務之履行，有其他代替的方法存在，此義務衝突的補充性要件，即有欠缺。也就是說，當同時存在數個該當履行且互不相容的義務時，如有其他方法或代理人得以履行衝突的義務，行為人即不得引用義務衝突以阻卻行為之違法性。

第五節 不純正不作為犯之罪責

不純正不作為犯罪責之判定與作為犯相同，需要檢驗的是行為人之責任能力、不法意識與期待可能性。無期待可能性得否為阻卻或是減輕罪責之事由，目前學說上仍有爭議³⁸。持否定說者，認為如果保證人無法為期待之行為，應是種客觀之事實，屬於客觀構成要件應該檢驗的部分，所以不作為犯主張其欠缺為合乎規範行為之可能時，不能作為超法定的減輕或寬恕罪責事由。持肯定說者，主張無期待可能性宜作為減免罪責事由，只要存有特別情況，而使作為義務人履行法律誠命應為的行為，顯有特別困難者，行為人之不作為即得減輕或免除其刑³⁹。不作為犯之責任能力問題與作為犯之責任能力完全相同，於此不贅述之，期待可能性已於本章前節論述，於此需要說明的是不法意識(即保證人義務錯誤)。

第一項 保證人義務

³⁸ 張麗卿老師認為：「不能作為超法定的減輕或寬恕罪責事由(有爭議)」，張師乃將期待可能性放在阻卻違法章節。見張麗卿，前揭文，頁 425。而林山田教授，將無期待可能性列在「減免罪責事由」項下敘述，參林山田教授，前揭文，頁 272。

³⁹ 參考資料，同前註。

刑法的任務是防止法益被侵害，所以刑法最初要處罰的，是對法益侵害的「行為」，於是刑法原始型態，應該是處罰「作為」之禁止規範，直到後來演變出處罰「不作為」之誡命規範。純正不作為犯，因係「不為應為」，是觸犯誡命規範；而不純正不作為犯，是以不作為而違犯作為犯，是觸犯禁止規範。不純正不作為犯適格之人，僅以居於保證人地位者為限，造成特定人破壞應履行之特定義務，亦即具有保證人地位之人，違背作為義務成為不純正不作為疑犯，此所違背之作為義務，對於居保證人地位之人而言，就是保證人義務。換言之，刑法上乃以「義務」作為保證人地位形成之基礎，進而有不純正不作為犯處罰的理由。

我國刑法第十五條第一項設有對不純正不作為犯之概括規定，但也讓形成保證人地位的基礎，出現了不確定性。不純正不作為犯，不像作為犯或是純正不作為犯，有實證法上明文的構成要件，此增加了保證人義務辯認上之模糊⁴⁰。因此，義務賦予的合理性及義務判定的標準也不確定，從而以學說與實務發展出的規範，作為保證人地位的理據，自然可以形成各式各樣的保證人義務。

第二項 不法意識 (保證人義務錯誤)

前述不作為犯於罪責層次檢驗，提及所謂「不法意識」。行為人明知，且有意地實現不法構成要件，就一個具有責任能力之人而言，在通常情況下均能知道其所為者為不法。行為人有此瞭解或認識，即具不法意識。作為犯的不法意識，是指行為人對於某行為的「法律禁止」，有所認識，行為人認知某行為，為法律規定不應該為者，該行為人即對此具有不法意識；不作為犯之不法意識，指對於法律所規範之「應為」特定行為的「法律誡命」，有所認識，該行為人因認知此法律誡命，對某行為是應當作為者，即對此之不作為具有不法意識。

在不作為犯中，行為人因「欠缺」不法意識，形成誡命錯誤之情狀，

⁴⁰ 李昂杰，前揭文，頁 65。

謂「保證人義務之錯誤」，須與構成要件錯誤做一區分。行為人若因錯誤，對於構成保證人地位的各種情狀欠缺認識，不知自己居於保證人地位，形成了構成要件錯誤，足以排除故意行為；若行為人雖對其居於保證人地位已有認識，卻因錯誤，不知負有保證人義務而不作為，或誤以為不履行保證人義務，是法律所允許的，這即是誠命錯誤。即行為人所犯者，非對於法律禁止不為之認知錯誤，而是對於法律誠命應為之認知錯誤。

刑法評價不作為之誠命錯誤，認為行為人主觀上若欠缺不法意識，並不影響故意與否的判斷，但會影響罪責的減輕或免除。即就保證人義務錯誤之能否避免，而異其罪責之非難程度，若保證人義務錯誤是可以避免的，因有比通常之不作為還低的可非難性，故得減輕刑責；而若錯誤是不可避免的，則因不作為之無可非難，故不構成罪責⁴¹。

第六節 不純正不作為犯主觀構成要件問題

第一項 刑法第十五條之解構

我國刑法第十五條乃是對於不作為犯的規定，其中第一項：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。」而第二項規定：「因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。」事實上，對於作為犯罪之處罰，較能令大眾明白而接受，亦因罪刑法定之刑法原則，做了犯罪的事而應被科予處罰。但對於特定不作為造成不利益之結果，該如何說明人之不作為、不行為也會被處罰？刑法訂定本條對於不作為犯的處罰，設立概括性的跨橋法律，賦予應作為人具保證人地位，而有得處罰的依據。

故刑法第十五條的出現，不但解決了不作為犯罪得處罰的條件，滿足了人民對於應作為而不作為之行為人該當處罰的法情感，更呼應了社會秩序防衛的功能。但是對條文規範的內容而言，通說上仍有許多讓人覺得不

⁴¹ 參林山田教授，前揭文，頁 270—272。

適當者，如第一項中的「法律上有防止之義務」，不但範圍不明確，且「一切依法律精神所能導因出的防止法益侵害義務」，究有多少解釋之可能⁴²？縱使接觸法律者亦難明白，更況乎一般民眾。此「義務之不確定性」，非一般人民事先一定能夠預測，是否容易造成司法上之擅斷，而有違罪刑之明確性與安定性？

對於刑法第十五條第二項的前行為所致危險而有保證人義務，則學說上有正反二方意見。持反對者認為，法律規定與前行為致危險所形成之保證人地位是重疊的，不必單獨例示前行為義務之理，此將讓人誤會而掛一漏萬⁴³。持正面意見者，認為此項重視不純正不作為犯與作為犯存在構造上的差異，明文規定作為義務的產生，以行為人的前行為造成法益侵害為前提，避免擴張不純正不作為犯之範圍，而有違罪刑法定原則，實屬妥當⁴⁴。於是就有我國刑法第十五條第二項存廢之問題，不贊同前行為人保證人地位類型者，便主張廢除第二項條文，而主張危險前行為是保證人地位唯一類型者，當然視本項為法律圭臬。

第二項 罪刑法定原則之疑義

刑法第十五條的立法，似乎為了解決社會上某種共同認知的衝突與價值，而預設了某種傾向，讓這種共同認知的衝突得以有被處罰的理由與規定。「保證人地位」即是因應刑法第十五條而生的論理，但因論理而生的各種保證人地位型態，並未在法條上明白律定。於是，或許將來會有更多型態的保證人地位出現，以滿足社會大眾對於刑事案件裁定的希望與需求。

按罪刑法定原則，乃刑法之最高基本原則，雖說其理論根據自民主主義原理、自由主義原理與保障基本人權法理，但其內容一致的要求，罪刑

⁴² 李昂杰，前揭文，頁 97。

⁴³ 楊建華，不純正不作為犯、結果加重犯在立法例上與德日等國比較，軍法專刊，第二十三卷第六期，頁 4。

⁴⁴ 管高岳，不作為犯的刑事責任，現代刑事法與刑事責任，1997 年，頁 330。

必須有安定性，排除習慣法的適用；罪刑必須明確性，包括構成要件明確與法律效果明確，另外還有不溯既往原則與禁止類推適用原則，盡皆以保障人權與產生刑罰威嚇功能為目的。

準此，觀我國刑法第十五條，並不符合刑法最高基本原則之要求，並無明確性的標準或規定，讓人民知道何者具有法律上應有防止之義務？何種狀態、何種人、在何種事之發生與否，有保證人地位？甚至第十五條根本沒有提供人民判別是否有保證人地位的標準。於是，依此法條斷定誰人在某種事件場合具保證人地位，但卻不作為而該當某罪者，殊有疑義？也就是說，「保證人地位」理論可以解決不作為犯罪裁罰的根據，但似乎刑法第十五條的文字內容，無法將保證人地位在罪刑法定原則的基礎下合理說明。



第四章 急診醫師之保證人地位與保證人義務

第一節 醫師之保證人地位

在醫院臨床實務上，許多醫師一定會納悶，「我甚麼都沒有做，為什麼會有問題」？在說明這樣問題的答案時，必須先說明甚麼是不作為犯罪？甚麼是保證人地位？甚麼人在甚麼狀態下，具有保證人地位資格？而該狀態下之不作為，是會被刑法所非難的。依醫療法第 60 條，應也可以理解為純正不作為的誡命，而本文以不純正不作為犯為基礎，處理急診醫師之某些可以拒絕的情狀與可能違誤的作為，期望令急診醫師明瞭哪些作為是法律所保障的，而哪些作為是法律所不容許者。

第一項 醫師於醫病關係中之保證人地位

醫療行為中，醫師對於病人之某狀態，是否有不作為犯之構成要件該當可能，其中之一的條件，便視該醫師對於病患當時之狀況，有無符合保證人地位發生的原因要件而檢視之。若醫師對於病人傷病死亡構成要件結果的發生，依醫師法及醫療法負有防止一定結果的發生，對於危急病人應即依其專業能力予以救治，或採取必要措施或應先予適當之急救，並即依其人員及設備能力予以救治，不得無故拖延。但若醫師不積極防止，反而為終止醫療，致發生與積極作為方式實現法定構成要件結果相當之後果，該醫師極可能有不作為之評價，而此不純正不作為犯之行為人，必須在法律上具有止果義務人之地位¹，即保證人地位，否則仍不成罪。學說上有如下說明：「故意不純正不作為犯的客觀構成要件該當性必須檢驗：有沒有違法結果的發生？結果的出現與不作為的因果關係；保證人地位的來源，即救助人的地位；保證在生理與現實上的救助可能，即期待可能性、超越能力就無義務；不作為必須與作為等價，即等價條款。²」在我國刑法第 15 條第 1 項規定：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。」此即是我國刑法相關於保證

¹ 劉幸義，不純正不作為犯的防止結果義務，台灣本土法學雜誌，40 期，2002.11，頁 140。

² 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南出版社，2007 年 9 月修訂版，頁 411。

人地位之規定，而條文中所謂「法律上有防止之義務」者，即是所謂居於保證人地位之人。也只有保證人地位的人，才有不作為犯構成要件該當性的可能。

文獻上亦有主張，依我國醫療法第60條第1項規定：「醫院、診所遇有危急病人，應先予以適當之急救，並即依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」易言之，醫院對於危急病人，具有救治義務，此為法令上之義務，構成刑法上不純正不作為犯之「保證人地位」。故法令之規定，得作為不純正不作為犯的保證人地位的來源³。關於醫師對於病人的照顧，通說是將它歸屬於自願承擔保護義務。然而另有學者認為，醫師或護士對於病人的照顧，是基於自願承擔保護義務。但這個義務起於接受病人，如果自始就拒接收病人，即無保證人地位。醫師拒接病人固然違反醫師法第21條：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」與醫療法第43條規定⁴。倘若醫師拒接病人，依規定也只能發生民事法與行政法的效果，並不會有刑法上的效果。但是在醫療行為過程中，病人基於自由意願拒絕接受醫師治療，則醫師的保證人地位亦應隨之解除。病人後續的病情結果與責任，即與醫師無關。

對於保證人地位，最高法院採取比較嚴格的立場，限縮保證人地位的適格，認為「足以形成保證人地位的事由只有一個，就是危險的前行為」⁵，此說似已明顯違背法條的規定及通說的見解，但也有學者肯定之。但或許多數學說可能想藉著擴大保證人地位的內涵，來增加落難者獲得救助的機會，因為處在保證人地位的人，若不作為，必需面對刑法的追訴，但對於最核心的問題是，為何一個人必需一定要為他人的身體健康生命安危伸出援手，「並且負擔刑法的責任」？至今仍然沒有讓人完全信服的理由。

³ 參林山田，《刑法通論下》，新增十版，第250-251頁。

⁴ 周敏郎，醫師的保證人地位，台灣醫界2009, Vol. 52, No. 5, 頁48。說明《刑法綜覽》該書寫醫療法第43條，是因為該法於93年4月28日修正前是43條，現行法為第60條第1項、第73條第1項，舊法第43條與新法第60條第1項規定的內容和醫師法第21條大致相同。

⁵ 最高法院81年台上字第437號判決。此為學者黃榮堅之意見，而為實務所採行者。

然而這個增加落難者獲得救助的機會，不但沒有幫助，恐怕適得其反⁶，讓有心自願承擔義務的好人，因恐有違保證人義務之刑罰，而自始放棄承擔義務。

因此，相信醫療人員如果理解，應不反對社會上應有「保證人地位」的必要，問題在其範圍大小，有了保證人地位，則必須承擔責任盡義務，如違反其義務，可能成為不純正不作為犯罪。因此，劃清醫師的保證人地位範圍，讓醫師執行醫療行為能免於防衛性醫療之模式化與機械化，免於與病人可能產生對立關係，而沒有了慈悲與感恩，醫療志業才不會喪失其意義了。

第二項 醫病關係之開始與中止

醫病間的法律關係存在於每一次的醫療行為⁷之中，並相應而生雙方的權利與義務。一般而言，醫療契約開始在病人或其家屬有給付醫療價金並掛號的同時，也認為醫病之間的法律關係應該是起始於醫療契約訂定時⁸。對於契約的規定，首應依民法第 153 條第 1 項：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」雖然醫病關係的發生是多

⁶ 黃榮堅，論保證人地位，法令月刊，第四十六卷第二期，頁 13。

⁷ 行政院衛生署基於醫政管理上之需要，藉由行政解釋，對於醫療行為予以定義，民國八十一年八月十一日衛署醫字第八一五六五一四號函釋所持之見解，謂：「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、用藥、施術或處置等行為的全部或一部的總稱。」根據以上釋示，醫療行為應包含兩大類：第一大類為：以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為診察、診斷及治療之行為。第二大類為：基於診察、診斷之結果，以治療為目的，所為處方、用藥、施術或處置之行為。

⁸ 我國學者對於醫病之間的法律關係，幾乎均採醫療契約說。例如，黃丁全老師之醫療契約，「醫事法」，頁 248，元照出版社，2000 年版。楊秀儀老師於台灣本土法學雜誌第 49 期之論述。王富強，強制醫療的法律觀，醫事法學第 7 卷第 4 期，頁 74-83，皆有一致為醫療契約之看法。又吳志正之「醫療契約論」，東吳大學法研所，亦以之為碩士論文主題。按我國的醫療現狀，最常見的醫療契約成立模式，係由醫療需求者先掛號而後醫師應診。一般醫療契約的成立，當由締約當事人的一方為要約，另一方為承諾，雙方意思表示一致而成立。因醫病關係互動的現代化，呈現多樣的締約型態，因此，有諸多類似締結醫療契約之殊相，惟其實質均非醫療契約，譬如：強制締約，強制醫療契約，無因管理。

樣性的，但是多數醫病關係確立是來自雙方合意的醫療契約，少數才是因為強制締約、強制醫療契約與無因管理等情形。至於醫病關係之開始的多樣性，取決於許多不同的狀況及因素。一般來說，大部分的情況是始於病人之求診，依自己的意思能力表達自己看病的意願，並完成掛號手續，進入診間看診。但是亦有例外情形，就是病人若無法表達或無法清楚表達自己的意思時，抑或法定需要強制醫療者，皆不適或不需經由病人自己同意而開始醫療行為。是故醫病之間的法律關係成立，有因為契約關係之存在者，但也有與傳統上的契約訂定之要約承諾方式不盡相同者，其中醫療行為以其緊急性做為考量時，以默示之方式為之者，亦不在少數。

因此醫病關係的開始，為醫療契約的成立之時，而醫療契約的雙方當事人⁹，為病人及醫療提供者，後者則因提供醫療服務的方式不同而有差異，在我國大部分應該是醫院而非醫師，於醫療契約開始之時，醫師或未見到病人，或剛剛才見到病人，事實上醫師並未開始實施診療行為，因此醫師的保證人地位應尚未形成。

至於醫病關係之中止，應解為醫療契約結束之時，包括因醫療行為結束而合意終止，與病人自行結束醫療行為，離開醫療場所，皆結束醫病關係。

第三項 醫師保證人地位之開始與中止

醫師對於病人的保證人地位，究竟開始於何時？其實可以從醫師之保

⁹ 在現今社會醫療關係多元化的情況下，其實一個人的就醫，其中存在著多方關係，有病人本身、醫療院所、醫師、健保局、私人保險公司、甚至若是意外車禍的，還有個相對人關係存在於病人旁。但醫療契約當事人為何，各說不一，在我國醫療實務上視之，並節錄司法院釋字第 533 號解釋：「中央健康保險局依其組織法規係國家機關，為執行其法定之職權，就辦理全民健康保險醫療服務有關事項，與各醫事服務機構締結全民健康保險特約醫事服務機構合約，約定由特約醫事服務機構提供被保險人醫療保健服務，以達促進國民健康、增進公共利益之行政目的，故此項合約具有行政契約之性質。」宜認為醫療契約仍存在於病人(被保險人)與醫療機構間；病人(被保險人)與保險機構間(保險人)間存在者為保險契約；而健保特約醫療機構與健保局間則為委任契約(公法契約)。

證人地位的類型屬性的角度切入，按通說醫師相對於病人而產生之保證人地位，來自於契約與自願承擔保護義務，這個義務起自於醫病關係契約成立以後，且醫師親自完成診療病人，而有初步的病情臆斷與進行治療行為開始，而非醫師一見到病人即有保證人地位之產生。因為形成保證人地位者，即是醫師對於病人病症的醫治具有防止惡化、排除既存風險的義務，也因此阻絕了病人被其他醫師醫治的機會。而當醫師初步診視病人之後，發覺並非自己專業能力所及，即應轉介至與病人病情相關之科別醫師繼續醫療行為才是。若該醫師有如此轉科行為，則該醫師並不是具有該病人保證人地位與義務的醫師，但若該醫師堅持不轉科而是自己親自繼續醫療行為，則就是自願承擔保證人之義務。

醫師保證人地位中止於何時？應有二說，第一是醫病契約關係中止時。當然契約關係結束，因契約而衍生出來的關係，理應隨之結束。第二則是具有保證人地位的醫師，完成相關於其所有義務範疇的作為之後，則該醫師之保證人地位亦隨之中止。按具保證人地位之人，完成法所規範的防果作為之後，就不會因有不作為而為刑法所非難的情況，其擔保構成要件結果不發生的作為義務一消失，保證人地位亦應跟隨中止。本文採後說。

第四項 醫師之保證人義務

醫師因自願承擔保護，對於其所診治的病人居於保證人地位，產生防止實害危險結果發生的法義務，形成了醫師的保證人義務。因為保證人地位而生的保證人義務，與作為犯中的不作為義務同屬於違法性要素，在犯罪與否的違法性判斷中，被探討行為人有無違反¹⁰。

醫師之保證人地位形成後，產生相對應的保證人之義務，而究竟醫師的保證人義務為何？也就是說，醫師有那些不得不作為者？按我國法律規定醫師之義務已如前述（見前第二章第二節第四項），但並非所有規定醫師

¹⁰ 參林山田教授，前揭文，頁 249。

之義務，就是醫師保證人義務，而應是在規定之醫師義務中，所應作為且不得不作為者之作為義務，即醫師之保證人義務。期待醫師應有相當作為但不作為，進而導致病人不利益因果危險關係，則是違反醫師之保證人義務。例如，醫師義務中，有一項是對於某些法定傳染病之通報義務，違反此義務並不影響對病人醫療的保證人義務。而醫師違反注意義務，則是直接在刑法過失章節評價處理。又違反告知同意義務、違反保密義務、違反提供病歷複製本義務…等，皆非此所討論之保證人義務。但若是危急救治義務、診療義務等的違反，就有應作為而不作為的違反保證人義務之評價。

因此本文思考醫師保證人地位及義務的形成，從醫療作為的方位切入，以明白保證人義務的廣度與範圍。按醫師既因自願承擔保護，對於其所診治的病人有保證人義務，應防止與病人病情相關之實害危險結果發生，也就是說，該當「限縮在與防止與病人病情相關之實害危險結果發生的法義務」，才是醫師之保證人義務，在這義務之下，醫師必須有防止實害危險發生之作為。例如，關節脫臼必須及早復位以免影響關節面，甚至遠端血液循環，於是醫師對此脫臼必須有及早復位之醫療義務，否則若發生某些因延誤復位而產生之實害，該醫師違反保證人義務的可能便產生。但若是醫學上非屬必須緊急手術之骨折，縱使後續癒合不良，因為骨折癒合不良的原因與手術早晚幾天無關，又並未因此而有相關之實害危險，殊不能論該醫師有違保證人義務。在不同實害影響範圍，產生相對應不同義務而違反的保證人地位，非只要是自願承擔義務的醫師或所有法規定的醫師義務，皆為保證人義務框架所涵蓋。才不致擴張了保證人義務的範圍與醫師醫療責任外的壓力。

第二節 急診醫師保證人地位之形成

第一項 急診醫病關係之開始與中止

病人與所就診的醫院之間的法律關係，依前文所述，應始於醫病雙方契約訂立之時。但是於醫療實務上，來院診療的病人類型多樣，大約可有普通門診診療、自費美容門診、自費門診、急診醫療、自費全身或部分健

康檢查、普通體檢、本地或外籍勞工健檢等等，除了急診醫療之外，大多都是較無疑義的雙方合意而訂定之醫療契約。亦因為急診求治的病人當時的病況非盡相同，也衍生出急診醫病契約關係與門診之不同樣態。

在通常之情況下，急診病人與醫院因掛號而成立醫療契約與門診病人並無二致，皆是病人以其求診之明示的意思表示，完成掛號手續而進入診間，開始醫療行為時起，為契約開始之時。此時若醫療提供者不即為拒絕之通知時，契約就是成立。醫療契約成立後，醫師怠於適當時期內為其診治而導致病人受損害，病人可依醫療契約之法律關係，請求債務不履行的損害賠償¹¹。

除此之外，急診醫病契約關係的開始，尚有由家屬或同事朋友代為訂立醫療契約的情況，此時可能是依照病人的意思表示代為訂立契約，而朋友或家屬處於代理人的角色。也可能是病人已經無法為適當正確之意思表示，由家屬或朋友與醫院訂立第三人利益契約¹²，後者家屬或朋友得以自己為契約當事人，為該病人享有該利益之表示成立第三人利益契約¹³。另外有基於無因管理¹⁴者，在醫療實務上，如果病人意識不清或無法清楚表達他的意願被送到急診，醫護人員不能以不存在契約關係為理由，見死不救，急診醫師仍要對病人進行醫療行為，這種醫療行為構成了無因管理之要件，此時的醫病關係不是出於醫病契約關係，而是出於非契約的無因管理，即醫療院所或醫護人員和病人本人之間，並沒有掛號行為或類似契約

¹¹ 參最高法院 77 年台上字第 1876 號民事判決：「……杜○○是日為值日醫師，對於醫院已接受求診之急性心臟病患沈○，自有即予檢查治療之義務，乃杜○○疏於注意，未即親自診治，僅指示陳○○(藥劑師)施打止痛劑及葡萄糖，而未就沈○之病症為適當處理，致沈○心肺衰竭死亡，自有過失。……」於本案判決書視之，本案雖以侵權行為為請求權基礎，然病患掛號後，醫療提供者不即為拒絕之通知，契約即已成立；或縱醫師未開始實際診療，「僅指示藥劑師打針」已足可推斷醫師已有承諾之事實，或認為已有承諾之默示意思表示；依三說均可肯認醫師應負醫療契約下診治之義務。

¹² 陳碧玉，醫療關係之法律性質，法學叢刊第 83 期，頁 61，1976 年；黃丁全，醫療契約，「醫事法」，頁 252，元照出版，2000 年初版；邱聰智，醫療過失與侵權行為，「民法研究」，頁 417，五南圖書，2000 年 2 版。

¹³ 吳志正，醫療契約論，東吳大學法研所畢業論文，頁 113：「須釐清者，第三人利益制行為能力人於契約成立後，仍須依病患同意原則對醫療給付所行使的同意權」

¹⁴ 參邱聰智，醫療過失與侵權行為，「民法研究」，頁 417，五南圖書，2000 年 2 版。

之權利義務的關係，就法律規定，賦與醫療人員之無因管理的行為有阻卻違法的效果，先行醫治病人，待家屬到來再補齊掛號手續，並於補齊手續之時，無因管理同時消滅，而代之以第三人利益契約之型態。此皆因急診病人之緊急狀態不同、有無陪同就醫人員不同、更甚者有公法介入強制締約者，衍伸出急診醫病關係之多樣性，而不同於門診之單純型態。

然急診醫病關係的中止，應是病人離開急診為準，無論是醫療行為結束，或是轉院或轉診程序完成，或是病人並非得到醫師允許卻自行離開急診者，只要病人非在急診醫療人員得掌握的範圍內，應屬於急診醫病關係的非合意終止。

第二項 急診醫師保證人地位之開始與中止

急診醫師對於病人的醫療行為，如同一般醫師一樣，對於病人的病情有排除既有風險的義務。因此急診醫師的保證人地位，應該開始於診視病人並且接受病人，而為病人進行診療開始。無論是否屬於急症，或者是否屬於該醫師的專業領域，只要急診醫師接受並治療病人，而未請求其他醫師會診治療，或者將病人轉科，該急診醫師就因為自願承擔保護義務，具有保證人地位，必須對病人病情既存之風險有所防果作為。

急診醫師保證人地位之中止，除了異常中止醫病關係之外，應有二個情況：(1) 完成急診醫師之作為義務時，於此急診醫師不因為違犯保證人義務，而有不作為犯罪可能之情形。(2) 是急診醫師完成初步診治，將病人順利交接給後續應該治療的專科醫師時，此時形成保證人地位移轉之效果，對接手的醫師而言，形成新的保證人地位。

第三項 急診醫師之保證人義務

第一款 急診專科訓練之簡介

說明急診專科醫師的訓練內容，目的有二：第一是藉由明白急診醫師

專科訓練的科目，明白屬於急診醫師該當承擔的保證人義務；第二是希望藉由了解急診專科訓練目標與內容，說明急診與急診醫師存在的目的與價值。社會上普遍都覺得到急診室可以快一點看到醫生，而並不真正明瞭急診室是有醫療上急難救助需求病人之去所。急診專科醫師的訓練目標，以上述為目的宗旨，並非要求急診醫師成為一個能提供快速看診、快速檢查，且能期待完全治癒的全能醫師。因此，每一位病人是否應該急診就醫？社會對於急診就醫如有合理的期待，病人及家屬對急診的功能與目的如有正確的認知與體諒，不但可以避免無謂糾紛，也足以提供給法界人士一個思考的方向。法律人常說「法律不強人所難」，期待未來因為了解急診醫師訓練的範圍及限制，對於某些非屬於急診專科的醫療業務，既然是個無期待可能性或者是低期待可能性的事項，對某一些急診醫療意外事件以刑事訴訟相待，是否妥當，即有討論之餘地。明知急診是專門專責某些急症醫療行為，對於非屬急診專業相關領域之病情求治，非但不讓急診醫師有拒絕看診之權利，更甚者以如果診療結果造成病人傷害，即以訴訟相待，豈非強人所難？

急診醫學會根據行政院衛生署公告（衛署醫字第○九四○二○一八九六號令）之急診醫學科專科醫師訓練醫院認定標準，最後於 2010 年 1 月 25 日第八屆第八次理監事聯席會議，修定急診醫學科專科醫師訓練醫院認定標準施行細則，並訂定急診醫學科專科醫師訓練課程綱要，規定在符合訓練資格的醫療院所分配的訓練容額內，具有醫師執照的醫學院畢業生，必須在時間內完成規定的訓練課程之後（課程綱要如附件一），參加急診專科醫師考試及格，才能擔任急診專科主治醫師，獨立為急診病人看診。也就是說，台灣大部分的急診專科醫師所訓練的方向，依訓練目標及課程綱要所示乃為了傷病患者之緊急處置為首要訓練目的，俾以減少病人的死亡與重病結果，並非如同次專科醫師訓練對於相關疾病有精闢獨到且專門的治療與見解。

本文認為，無法苛求第一線為民眾急重傷病守護的急診專科醫師，具有萬能的神力而熟悉各個專科的深奧領域。所以若非緊急情況之病人，應

該選擇適當就醫科別，才能得到所需要的且是完善的醫療，更可以避免與急診醫師有不必要的誤解與糾紛。但若是緊急情況之病人，縱使急診醫師診視之後，發現並非自己能力所及，應該依規定為視病人情況會診相關科系的專科醫師，又若是超出該醫療院所之能力所能醫治，急診專科醫師便應該按照緊急醫療法有關於病人轉診的規定，在病人安全的條件下，連繫可以處置的其他醫院及醫師，安排迅速安全且適當的轉院，才是保障急診病人能即時得到正確且妥適診治的作為。

第二款 急診醫師之保證人義務

急診醫師對病人之保證人義務，因性質與急迫程度不同，應與一般醫師之保證人義務有異。依急診醫療現狀，病人並非均在急診得到最終確定並完整之治療，於是論急診醫師的保證人義務須以其執行之醫療行為中，階段分析急診醫師之應作為義務，而若違可為期待且應有之作為，又因此造成病人之不利益危險結果，即須檢視該急診醫師是否違反了保證人義務。

(一) 急救階段

縱使非急診醫師對於需要急救的病人，均應有責無旁貸的義務，此非但是醫學倫理與道德上有所要求，在醫師法及醫療法亦有規定醫師急救的義務。準此，醫師應承擔的急救義務，不但是法所規定的職責，亦是基於專業技術規範及醫療專業倫理而被期待應有之作為，在這義務之下，醫師必須做防止實害危險發生之積極作為，急診醫師在通常一般情況下，即應切實執行急救，否則便是違反保證人義務。至若病人因此發生實害危險，且該醫師當時有作為之可能性，其不作為又可被客觀歸責者，即有不作為犯罪之虞。

保證人義務的執行，並不能要求萬無一失的防止危險結果之發生。在急診醫師急救階段之保證人義務，應是醫師對於病人病況危急時的必須援

救，而非必須達成所被期望的結果。至於急救程序中之瑕疵，非故意或是重大過失，又無礙於整體急救過程的過失者¹⁵，刑事責任上，應於緊急避難或是業務上正當行為而阻卻違法，非屬保證人地位範圍論述。

(二) 診療階段

急診醫師診療病人時須盡一般醫師之義務，應無疑問，否則可能就違犯醫師之保證人義務。較有疑義的是，診療階段時急診醫師應承擔的保證人義務為何？其實應與急診看診性質與醫師先前專科受訓有關。醫師之保證人地位來源，多數認為是來自「自願承擔保護義務」，並阻斷其他人的救助，在事實上承擔保證危險結果不發生，因而形成保證義務。實務上於急診醫療進行時，診療階段之醫師保證人義務有相當的風險與困難，導因有三：

(1) 病人或家屬因素：大部分病人在首次傷病發生時，應不明白究竟該前往何處就醫，也或許加上緊急因素，或不願在門診等待，故逕往急診掛號，並期待能在急診得到滿意的醫療結果。

(2) 病況不明：疾病開始的表徵是多樣化的，即便是醫療人員，也不一定馬上清楚明白診斷與治療的方向，倘若病程進展快於急診之處置，醫療糾紛就可能的會發生¹⁶。

¹⁵ 例如緊急搶救瀕死病人，因須維持確定呼吸道，並供給一定量氧氣，須由口腔插入氣管內管，以延續生命，但卻撞掉病人牙齒或傷及口腔黏膜者，時有所聞。但台灣高等法院於86年04月曾作出的一則判決，一名林姓婦人於病危時醫師為其實施氣管插管，後來病情穩定病危解除，但認病人遭醫師插破食道成永久性傷害，而對救命恩人提起訴訟，終法院首度推翻醫審會之鑑定報告，認定醫師應負完全的過失責任。判決推翻了當時醫審會專業鑑定的絕對證據力，亦讓醫界人士不勝唏噓。參「從醫師不敢看病，談醫師專業責任保險」研討會紀要2002.05.30，fsr.tii.org.tw/iiroc/fcontent/research，最後瀏覽日2012.2.24

¹⁶ 一位宜蘭待嫁新娘於2012年二月九日突然頭暈、發燒，曾經於診所醫治無效，於二月十一日轉送台北榮總急診，數小時即不幸過世，令人不勝唏噓。家屬說明病人送進榮總急診後短短數小時後就病危過世，醫院開立之死亡證明書指是因肺炎引起器官衰竭，一周前死因變更為心肌炎，自己與家屬都難以接受。news.chinatimes.com/society/11050301/112012022800008.html，最後瀏覽日2012.3.3。

(3)急診專科訓練因素：急診專科醫師訓練無法滿足急診病人疾病的多樣性與專門性，即病情診治的專業程度，已經超出急診醫師的訓練，所能救援之範圍。

因此，當急診醫師為病人診治後，發現有其他專科專業上的問題，無論是「協助診斷」或者是「請求治療」，應即時會診適當專科醫師前來診治，倘使急診醫師應當請求其他醫師會診共同醫治病人但卻不請求者，形同阻斷病人尋求其他專業治療之機會，若因此導致危險或不利益結果發生，便可能違犯急診醫師之保證人義務。

(三)轉診必要

病人轉診應該是一個制度上的問題，分成轉院與院內轉科。轉院不一定是將病人從較小的醫院轉往較大的醫院，也可以是由較大轉往較小的醫院，或者是同等級醫院互轉，轉科就更加常見。本文僅就急診病人轉院討論之。

急診作業中常有病人轉往他院或由他院轉入，轉出的病人可能是由於病人或是家屬的自由意願，也有可能是醫院將病人轉出，前者自應尊重病人之自主權，但因病人的病情多樣且複雜，或因已超出看診醫師的專業，或因醫療設備與人員之不足，造成診療困難的情形，急診醫師依自己經驗，認為該院已無法治療病人之疾病，即應以病人之利益為出發點，建議病人轉診至其他適當之醫療機構¹⁷。但在現今有些醫療院所在經營方針上，盡量避免病人轉出而流失業績，此應已經影響到病人自主權與健康權。急診醫師於診查之後，經妥善評估如認為醫院並無能力及時處理病人時，應明白告知病人情形與其他選擇方式，若將病人留在急診觀察，等到合理時間經過後才有醫師前來處理，是否有違急診醫師之保證人義務？

¹⁷ 劉士煒，醫療瑕疵行為之刑事責任，國立中正大學法研所，碩士論文，頁 22。

設若某區域醫院急診夜間並無牙科醫師執勤，又有車禍外傷牙齒連牙根數顆脫落病人，急診醫師未告知病人，應即時轉往有夜間牙醫執班的醫院，行緊急植牙手術，卻將病人留在急診，等白天再會診牙科醫師，則可能違背醫師之保證人義務。因為，按恆齒外傷連根拔起，應屬牙科真正急症，關係到脫落牙齒植回成功機率¹⁸，倘使該病人牙齒確實因此無法植回牙槽，則該急診醫師因自願承擔救助保護義務，卻斷絕病人尋求其他救助，造成無法彌補之危險結果，應屬違犯急診醫師之保證人義務。

因此，急診醫師無論是因病房滿床致使病人暫時須於急診待床，或是因醫院政策理由，強將病人留置急診室觀察，應明白觀察的目的與項目是甚麼？留置急診觀察的時限為何？何種條件可為觀察終止？有無明顯損及病人權益？有無違反保證人義務？準此，適時適當的告知病人「轉院的必要」¹⁹，是急診醫師值得深思的課題。

(四)告知說明

近年來的醫病互動關係發展下，醫師的醫療裁量權與病人的自主決定權間，存在著醫師的告知與說明義務，認為病人有足夠的權利，了解病況與醫師將要執行的醫療作為，並給予同意的權利。一方面彰顯病人的自主決定權，另一方面平衡醫病間醫療知識的落差。這個醫病互動模式可以劃分為二大部分，第一個是醫師的告知說明（informed），第二個是病人的同意（consent）。這幾年來不但醫界將其奉為主臬，醫療糾紛的判決裡，也被檢視醫療行為是否尊重到病人的基本自主權，甚至醫療評鑑上，也是

¹⁸ 參 EMERGENCY MEDICINE MANUAL， SIXTH EDITION， Mc Graw Hill companies， P. 737。說明牙齒創傷若是完整連根拔起者，為真正牙科急症，有機會將創傷牙齒植回牙槽，但每經過一分鐘，便喪失百分之一的植回成功率，倘若超過三小時，植回率近乎零。

¹⁹ 臺灣高等法院，刑事判決九十一年度上更(一)字第七九六號，對「轉診必要」在判決理由項下，有精闢的見解：「被告於診斷前之檢查，對於被害人異常之低血壓及噁心想吐、冒冷汗等症狀，未予詳確查明其病因或盡其轉診之義務。如能對被害人詳加檢查，以確定其病因，或雖依其設備能力未能確定其病因，然既有可疑病因存在，如適時轉診到設備齊全之大醫院檢查，被害人或有生機而不致死亡。益證其過失與被害人之死亡原因有密切之因果關係。」

受評項目之重點。近年來「informed consent」，有被譯「醫師說明義務」與「病患自主決定」²⁰，也有譯為「告知說明義務」²¹，或「告知後同意法則」²²，「知情同意」²³…等。強調應著重在病人對於本身情狀的瞭解，並作出有效同意的決定行為為首要，其內涵並非僅止於「通知」的階段，應包括在詳盡說明之後，病人因「理解」而作出同意或者拒絕之行為²⁴。

本文嘗試整理，以為整個「informed consent」必須要包括三個階段或者說是過程：第一個過程是「告知」，就是責成醫師或是醫療人員，告知病人相關病情及進展，或者是未來可能的處置的義務。第二個過程是「理解與決定能力」，就是病人要對於醫療人員的告知內容理解，並且應有決定能力。第三個過程就是「自願的同意」或是「拒絕」，就是病人或是代為同意的家屬，在具備前述二個過程的條件之下，發於自願而作的決定。但在現今醫療實務上常遇到的問題是，對於醫師的說明義務，到底要講到多麼深入才算足夠？講得太深入，會不會病人聽不懂，徒使醫師的告知說明義務，僅僅流於尊重人權的形式？其中的拿捏，實際上是困難而沒有一定範圍的。亦即，相當程度要依個案的特殊性，形成判斷基準，建立普遍性的通案準則，是相當困難的。

急診實務中，除了告知說明義務之外，其實還有更重要的義務，即是對病症發展的應注意事項之「衛教」，尤其是對准予離院或者是留在急診觀察的病人特別重要。原因有二：第一、絕大多數的病人及家屬並非醫療專業人士，對於病症發展可能的方向與適時應當的反應，均非所悉。第二、

²⁰ 陳子平，醫療上「充分說明與同意（informed consent）」之法理，收錄於《東吳大學法律學報》，2000年2月，第12卷，第1期，第53頁。

²¹ 林洲富，探討消費者保護法對醫療行為之適用，國立中正大學碩士論文，2002年，第61頁。

²² 楊秀儀，誰來同意？誰作決定？—從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察，收錄於《台灣法學會學報》，1999年11月，第20期，第367至406頁。

²³ 李明濱，病人自主與知情同意，收錄於《醫學教育》，1997年12月，第1卷，第4期，第377至388頁。

²⁴ 陳駿宏，知情同意原則於急診臨床之適用，2010年，逢甲大學財經法律研究所，碩士論文，頁18。

病症在急診大多並非是最終診斷，而是「初步臆斷」與緊急處置。然疾病與外傷皆可能有好或壞的進展，必須告知病人及家屬，應觀察之重點與說明應禁止事項。至若醫師已盡告知說明病症之衛教而病人未為遵從者，基於其已違反信賴原則，亦因此解除醫師之保證人義務。如傷口清理縫合後，已衛教病人傷口不得碰水，但病人違反禁止事項而引起蜂窩組織炎，基於病人違反信賴原則，且又實施自招風險的行為，則傷口感染與先前醫師的處置無關，可以排除客觀歸責。

第三節 急診醫師保證人義務之界限

在判斷醫療行為是否成立過失刑責，多半是屬於不純正不作為過失犯的情形。諸如延誤治療、未做過敏試驗等，皆為對一定作為義務的違反，按理應就不純正不作為犯之「保證人地位」加以說明，始能訂醫療人員之過失。

然法院判決之實務上，就保證人地位之論理，欠缺完整的論述，或許是因為通說之保證人地位，範圍相當廣闊，只要有法令依據即承認其地位。因此，就醫療過失行為而言，凡屬不作為的類型者，醫師亦可能成立保證人地位。究竟醫師之任何不作為，是否皆該當於違犯保證人義務？若依照現今通說保證人地位之認定，這個問題自然不會成為判決理由中的重要說理事項。難道急診醫師之保證人地位就沒有界限？這樣對於未來的醫病關係難道是正面的發展？本文整理了急診醫師保證人地位的界限類型，認為急診醫師之保證人義務應有合理的界限，一方面希望砥礪急診醫師應有作為，另一方面減輕急診醫師心理層面的負擔。

第一項 超越能力之負擔

在合理的條件之下，期待具有保證人地位之行為人，依照他的能力做出某個合法行為，而行為人竟不符合期待時，即可能被非難。通常，行為人只有在非常困難的情況下，才有可能適用無期待可能性，故行為人如果是避難過當，仍然會成立犯罪，但如果是期待可能性很低或者是無期待可

能性，則可以減輕或者是阻卻罪責²⁵。至於有無期待可能性的判斷標準，有依平均人標準說者，有依行為人標準說者，甚至於規範標準說者，結果若有期待可能性，應負責任，低期待可能性，則減輕責任，無期待可能性，則免除責任。

就所論之急診緊急醫療行為，審視行為是否有所謂的超越能力之無期待可能性，進一步得以釐清若醫病雙方發生醫療糾紛時，受非難之一方是否有阻卻或是減輕罪責之事由？是值得論理探究的。在我國刑法對業務過失加重處罰之理由，乃是基於從事業務之人，對一般危險之認識能力較他人為強，避免危險發生之期待可能性較高，故其違反注意義務時之可責性亦屬較重，但這樣的論述，在醫療行為的許多不確定性中，恐無法成立。2011年7月台灣醫界雜誌有相關論述：「因為醫療行為本身尚有極大的不確定性，人體的構造與功能極其複雜，一個看似沒有危險的醫療行為，都可能引起病人身體或生命的危險，即使是從事醫療業務之人，對此醫療行為可能造成的不良後果，亦不一定具有所謂更高的認識與避免的能力。故要求醫事人員，就醫療此等本身具有高度不確定性之業務負起一切的過失責任，實屬失之嚴苛。其次，醫療行為無較高的避險期待可能性，醫事人員與從事其他業務之人不同，其對救治病人之業務，並無拒絕或置之不理的權利，醫療法第60條與醫師法第21條對醫院、診所、醫師皆訂有救治病人之義務。不像計程車司機可以拒載、貨車司機可以不開，醫事人員卻根本不能對病人說No，其無法在認識該情形具有高度風險且該風險可能無法避免時，選擇不為醫療行為²⁶。」

於是本文認為，在緊急醫療行為中對於醫療人員所為之救護行為，在其業務及能力範圍內，有相當程度的違法阻卻與容許性危險²⁷，但在超乎

²⁵ 王祖寵，醫師之民事過失責任，法令月刊第21卷1期，頁241，1970年。

²⁶ 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，台灣醫界2011年7月，第54卷，頁39-40。

²⁷ 高添富，醫療業務過失致死的犯罪理論，www.drkao.com/3rd_site/3_1/051.htm，最後瀏覽日100-08-01。第一章，「對醫療行為適法性之理論基礎有二，一為容許性危險與違法阻卻，所謂「容許性危險」，係指為達成某種有益於社會目的之行為，雖其性質上，經常含有某種侵害法益之抽象危險，但此種危險如在社會一般意識上認為相當時，

其能力負擔範圍者，亦應有相當防果作為。前者例如，嚴重外傷意識不清的休克患者，為保有通暢呼吸道，在家屬未能及時到達急診之前，予以病人建立確定呼吸道。插管行為於平時應該當於我國刑法之強制罪，但為了緊急救治該傷患，此一插管行為及約束動作，對於執行之醫療人員，應該當符合刑法中的業務上正當行為與緊急避難而阻卻違法。而若因為插管動作而造成口咽或牙齒之損傷，應屬於緊急救護中可容許之危險。後者例如，急診醫療人員應可以被期待，依照病情醫理讓病人於急診就醫時有合理安全的就醫過程，醫師亦應承擔相當的注意與作為義務。但若是屬於高度其他專科的問題，而病人或其家屬逕將病人送到急診，如半夜送來的是眼球破裂病人，而醫院又無眼科值班，急診醫師只能為病人緊急處理後，將病人轉到可以緊急處置之醫院，此為防果作為。但家屬若拒絕轉院，要求在急診等至白天眼科醫師上班時再行處理，急診醫師就無法被期待為真正妥適之作為，因此亦不具保證人義務。

由急診專科醫師訓練科目及過程得知，急診醫師並非全能，只能做初步或基本的控制風險之處置，無法處理其他專科醫師能力²⁸所能完全處理之傷病狀況，因此認為，急診醫師所被期待者，應是盡力穩定病人的病情或生命徵象後，會診各相關次專科醫師協同救治病人，或者應在與病人及其家屬做適當說明之後，予以轉科或轉院治療，才是正確做法，絕非輿論

即應容許其危險行為為適法行為之意；「容許性危險」究為責任阻卻事由或可阻卻違法，論者不一，但通說判斷衡量容許性危險之標準有三 1. 被害法益之重要性；2. 迫切的危險之重要性；3. 該行為目的正當性及有效性。二為患者承諾與違法阻卻，其要件為 1. 須有醫療上之目的。2. 須醫師已盡說明之義務。3. 承諾者須有承諾能力。醫師的醫療行為與醫療結果必須具備下述五要件，始會構成醫療過失行為，而負擔醫療責任：1. 醫師必須違背客觀的注意義務。2. 醫師必須具備注意能力。3. 傷亡結果與醫療行為之間必須具有因果關係。4. 傷亡結果必須具有可避免性。5. 傷亡結果與因果歷程必須為客觀可預見。」

²⁸ 曾淑瑜，醫療過失與因果關係，翰蘆出版社，1998年初版，上冊，頁104。「專科醫師係從事專門性之研究，故就該科範圍內之醫學水準，自應較全科醫師之水準高，其注意義務之具體標準，自不能依全科醫師之注意標準定之，應以平均同科醫師所擁有的醫學知識、技能為基準。換言之，全科醫師如已盡醫師之平均注意義務程度，即一般醫師均能注意之程度，即屬已履行客觀之注意義務，專科醫師則不然，故雖已盡一般醫師之平均注意程度，仍不能不認為客觀注意義務之違反。」，故一般看法專科醫師處理其相關專科病患之能力，應為高於其他一般專科醫師，其被期待亦高於一般醫師，而專科醫師相對於病患之保證人地位亦然。

所說之「醫師不能拒絕病人」。依照醫療法第60條²⁹與醫師法第21條³⁰，醫師是遇有危急病人應予救治，不得無故拖延，此乃公法上對醫師之規範，但對於非危急之病人，應該回到雙方締結契約之自由原則處理才是，也就是醫師可以拒絕非自己專業之非危急病人之處置，但若任何科別醫師接受診治非自己專長範圍之病人，應先告知病人，治療該病症並非自己專長，而在診療病人的同時，即自願承擔該病人相關於超出自己專業領域之保證人義務。

第二項 病方違背信賴原則

急診經常遇見各種意想不到的狀況，其中常有病人或家屬並不配合醫療之情形，實務上多可為二類：(1) 在急診現場即不配合「合理正當」之醫療行為，也不簽具拒絕醫療同意書，甚至也不願意開口告訴醫師哪裡不舒服，一問三不答者。此類病人大多是情緒不穩，身體也或許不適；少數是因病無法言語，或無法了解醫病間的對話，而陪同就醫親友也不清楚病人哪裡不適。(2) 病人離開急診後並不遵照醫師指示，而違背醫療囑咐者。例如，骨折打石膏，回家即拆掉。

其實，醫療行為要有一個好的效果，首先就應該仰賴病人的配合與協助。如上所述，倘使醫師問診，問病人有哪裡不舒服？若病人不答話，或是對你說：「你看呢？」這樣是無法完成診療的。於是，醫療行為的開始，應該要以信賴病人能為忠實陳述病情開始，若病人違反忠實陳述病情之義務，則醫師因該不實陳述，致失原應有的注意義務，便不能苛責醫師之過失。所以在醫療糾紛中，醫療人員之主張信賴原則，或可不負過失而免刑事責任。

按信賴原則是新過失理論中，從容許危險而延伸出來的理論，乃是對

²⁹ 醫療法第60條第1項：「醫院、診所遇有危急病人，應先予適當之急救，並即依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」

³⁰ 醫師法第21條：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」

於注意義務的違反，提出一個新的具體適用的標準³¹。而信賴原則是指，在為危險行為時，可以信賴相對當事人或者第三人，能夠配合採取適當的作為，以共同避免危險發生之擴大。但若因相對人或是第三人之不協同配合採取適當作為者，而因此發生相關之損害結果時，該行為人不負過失責任³²。

最後，對於醫療人員主張信賴原則，以免除過失責任，蔡振修律師的著作中，提到必須遵守六項要點³³，才能免除過失責任：

- 一、應盡診查病人身體的注意義務。
- 二、應盡檢查所用藥品的注意義務。
- 三、應盡告知基本事項的注意義務。
- 四、非顯可預見患者不能採取協助。
- 五、非有充足時間以迴避結果發生。
- 六、已盡防範結果發生的注意義務。

第三項 第三人違背信賴原則

實務上，醫療人員行使醫療裁量權時，可能會發生病人本身無法行使同意或拒絕權的情況，例如，病人本身已無行為能力，或是未成年人、受監護宣告人。在這些情況，對於行使醫療同意權，以及被告知醫療可能裁量選擇之人，應為病人之法定代理人。此時對於病人家屬的代理決定權之

³¹ 甘添貴，刑法總論講義，瑞興圖書八十一年九月再版，頁100。

³² 參最高法院八十八年台上字第一八五二號刑事判決：「……要旨：按所謂信賴原則，指行為人在社會生活中，於從事某種具有危險性之特定行為時，如無特別情事，在可信賴被害者或其他第三人亦會相互配合，謹慎採取適當行動，以避免發生危險之適當場合，倘因被害者或其他第三人之不適當行動，而發生事故造成損害之結果時，該行為人不負過失責任。依此一原則，汽車駕駛人應可信賴參與交通行為之對方，亦將同時為必要之注意，相互為遵守交通秩序之適當行為，而無考慮對方將會有違反交通規則之不當行為之義務。故汽車駕駛人如已遵守交通規則且為必要之注意，縱有死傷結果之發生，其行為仍難認有過失可言。參考法條：中華民國刑法第14條(88.02.03)」

³³ 蔡振修，醫事過失犯罪專論，自版，九十四年八月增訂一版，頁162-168。

範圍，或者是代理的方式為何，在現行法規上，目前並無一般性的規定³⁴，而在學說上，應可以類推適用醫療法第 63 條，至於代理的順位，應參照安寧緩和醫療條例第 71 條第 5 項³⁵之規定。

對於醫師裁量認為對病人有益的建議，但是代理病人行使決定權的家屬，卻選擇拒絕醫師專業考量之建議時，若因此造成病人醫療上之不利益，責任該如何釐清？在通常情況當家屬取得代理病人決定的權利時，無論是同意或者是拒絕的答案，代理的家屬當然有絕對的權利做任何決定。也就是說，既然是有權代理，其決定應視為病人自己之醫療決定，應該加以尊重，縱然是不利於病人的決定亦然。此時醫師對於病人家屬之代理，選擇對病人不利決定的時候，僅得站在病人利益代言的角度上，適時加以勸阻，卻不能違背家屬代理的抉擇。當醫師面對病人的病症，經過詳盡的檢查與診斷之後，建議家屬一個有利的醫療決定，但因為許多因素，造成病人家屬之拒絕，這些因素中，以病人家屬受錯誤醫療知識的影響為最多數。現行法律規範下，家屬往往具有重要的決策地位，也基於保護未成年人或限制行為能力人的理由，我國民法在第 76 條³⁶與 77 條³⁷都有家屬代理決定的規定，而在醫療的範疇中，於醫療法第 63 條，也賦與病人家屬有為病人簽具手術同意書等之權利與義務，甚至優生保健法第 9 條³⁸及第 10

³⁴ 吳俊穎，醫療法律教學經驗分享，台中榮民總醫院胃腸科主治醫師，陽明大學醫學系、東海大學法律系副教授，2008 年 6 月 14 日，財團法人仁愛醫院 97 年度師資培育課程，www2.cch.org.tw/edu/ugy%20lecture/.../從醫學倫理到醫事法律.pdf，最後瀏覽日 100-08-21。

³⁵ 安寧緩和醫療條例第 71 條第 5 項：一、配偶。二、成人直系血親卑親屬。三、父母。四、兄弟姐妹。五、祖父母。六、曾祖父母或三親等旁系血親。七、一親等直系姻親（女婿、媳婦）。

³⁶ 我國民法第 76 條：「無行為能力人由法定代理人代為意思表示，並代受意思表示。」

³⁷ 我國民法第 77 條：「限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。但純獲法律上利益，或依其年齡及身份、日常生活所必需者，不在此限。」

³⁸ 優生保健法第 9 條：「懷孕婦女經診斷或證明有下列情事之一，得依其自願，施行人工流產：一、本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。二、本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者。三、有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。四、有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者。五、因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。六、因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者。未婚之未成年人或受監護或輔助宣告之人，依前項規定施行人工流產，應得法定代理人或輔助人之同意。有配偶者，依前項第六款規定施行人工流產，應得配偶之同意。但配偶生死不明或無

條³⁹，也是讓配偶對人工流產手術與結紮手術有同意權。此皆彰顯在社會中家屬對於病人於醫療決定時，有一定的重要性，當然對於正確的決定是有益於病人，但若是錯誤的決定，則會使病人更加不利益。

準此，當第三人有違背對病人的信賴關係時，醫師對於病人所負擔的保證人義務，亦因上述違背信賴關係的結果而得以排除，而造成病人不利益結果的決定性原因行為，在醫療人員於善盡告知說明後，應由病人及第三人承擔責任。

第四項 病方拒絕接受醫療

醫療人員向病人具體妥適的說明建議的醫療行為之後，倘若病人拒絕同意，醫療人員應再次對病人說明，不為建議之醫療行為與同意建議之醫療行為，二者之間的比較與差異，讓病人明白其中的差別，令能藉此判斷關於自身的利益。由專業人員協助病人或家屬考慮後，再做決定，為本文所建議。但若經過詳盡的說明，病方仍然選擇與醫師建議不同的決定，則醫師對於該病人若有保證人義務，應該在病方拒絕的同時消失。

在國外也同樣常常發生病人拒絕醫師建議的醫療行為，醫病雙方對於醫療處置的方式與決定，存在認知與決定相異的情況，是最容易引起誤解與事後的糾紛。因此，美國的醫事法規定，如果病人拒絕檢查或治療時，應在符合下列情況及條件之下，必須做成「書面記錄」，即使將來因為這個拒絕檢查或治療，而有醫療糾紛產生時，美國法院將無疑的提出以下的

意識或精神錯亂者，不在此限。第一項所定人工流產情事之認定，中央主管機關於必要時，得提經優生保健諮詢委員會研擬後，訂定標準公告之。」

³⁹ 優生健保法第 10 條：「已婚男女經配偶同意者，得依其自願，施行結紮手術。但經診斷或證明有下列情事之一，得逕依其自願行之：一、本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。二、本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病者。三、本人或其配偶懷孕或分娩，有危及母體健康之虞者。未婚男女有前項但書所定情事之一者，施行結紮手術，得依其自願行之；未婚之未成年人或受監護或輔助宣告之人，施行結紮手術，應得法定代理人或輔助人之同意。第一項所定應得配偶同意，其配偶生死不明或無意識或精神錯亂者，不在此限。第一項所定結紮手術情事之認定，中央主管機關於必要時，得提經優生保健諮詢委員會研擬後，訂定標準公告之」

結論，審視相關醫療人員是否有再一次與病患或其代表人討論拒絕的風險和利益，據以斷定醫院有無善盡告知義務⁴⁰。本文整理如下：

- 1、醫院在符合規定的情況下，可以提供病人進一步的檢查與治療，而病人或家屬拒絕時。
- 2、必須通知病人或其另一家屬或代表人，並告知病人或其家屬拒絕的決定與不為進一步檢查或治療所帶來的風險、利益與不利益。
- 3、告知以後再度收到病人或家屬代表人的另一次拒絕檢查或治療。
- 4、醫療記錄必須包含整個過程之描述、檢查或治療的建議而被拒絕。
- 5、醫院必須保存此拒絕的書面簽名資料。
- 6、所簽屬的拒絕檢查或治療之書面文件，應包括醫療行為事實過程、病人或其代表人之簽名、病人之病狀、建議檢查或治療、期待得到的結果、拒絕之後的風險與利益不利益。

現今國內外之醫療行政大多認為，在病人的拒絕確立之前，醫療人員仍須履行告知說明義務，與病人了解同意後，拒絕才沒有瑕疵。不過在醫師們的認知中，有疑問的是，「到底要告知的程度要到達如何，才算盡到告知說明的義務」，「如果已經用各種方法重複說明，但病人或家屬卻還是不懂，該怎麼辦」。倘使醫師當時已經盡力說明，病人當時也告知已經明白，並且在自由意願下，做出同意或拒絕醫師建議的決定，但最後在發生醫療糾紛時，卻予以否認，又該如何？

告知說明的深度與廣度，實為沒有一定界限的課題。本文建議，當醫療行為出現主要裁量決定時，可仿效前述美國之作法，除必須完整書面文件一式兩份之外，並需醫師與護理人員於病歷中分別記錄整個過程。如此，當病人拒絕醫師建議的醫療行為時，對該當行為而不作為的醫師，始脫離保證人義務。

⁴⁰ 轉譯自 ETHICS IN MEDICINE, University of Washington School of Medicine, What are the elements of full informed consent? Kelly A. Edwards, M.A. 1998, University of Washington. Last date modified: April 11, 2008.

第五項 義務衝突

所謂義務衝突，乃指同時有數個互不相容之義務存在，如履行其中一個義務時，勢必無法履行其他義務。學說上認為其要件應包括：(1) 必須同時有數個不相容的義務存在；(2) 衝突之狀況非可歸責於行為人之行為所引起；(3) 須為履行一方之義務，除侵害他方之外別無他法；(4) 必須係為履行較高或同等之義務而怠於履行較低或同等之義務。此於本文第三章第四節第三項已有論述，於此更以醫療實際情狀為例，對義務衝突予以補充說明。

以緊急醫療行為論之，同時存在多名病人需要急救之時，倘該多名病人病況程度不一，醫師原則上當然應優先搶救病況較為嚴重之病人，蓋應被保護之生命法益應優先於應被保護身體之法益，然而一旦發生有多名病人病情同樣嚴重（例如，同樣有生命垂危的情況），而醫師只能搶救其中一人時，當保全法益與犧牲法益相同，醫師得否對於其他病人主張緊急避難？學說上有認為仍得依緊急避難之規定阻卻違法，但亦有認為必須依「義務衝突」之規定阻卻違法，否則至多僅能以欠缺「期待可能性」等事由阻卻或減免責任。惟本文認為，為避免他人生命、身體等法益之危難而出於不得已之行為，本來就有可能因不得已而犧牲相同之法益，在評價上只要行為人已符合緊急避難其他要件之要求，考量社會相當性的前提下，當然還是可以承認保全法益與犧牲法益相同時，即得主張義務衝突而阻卻違法。故醫師只能搶救其中一人時，仍得對於其他病人主張義務衝突。

在醫療實務中，發生以義務衝突作為阻卻違法事由之情形應為少見，但若發生義務衝突的情形，學說以為「依具體的狀況不同，可能發生在構成要件阻卻的階段，也可能發生在罪責減免的避難關係中，能夠符合阻卻構成要件該當者，必須其所履行之義務與未履行之義務間，具有對等的關係，不能夠為了履行保護較輕度權利之義務，而捨棄較重要權利保護之義務而不顧，義務衝突仍有權利權衡的關係存在」⁴¹。

⁴¹ 參劉士煒，前揭文，頁114。

會發生義務衝突的急診情況可能有二：(1) 突然間急診進入大量嚴重傷患且皆須急救，而急診所需急救設備與支援人員一時無法應付，在支援人員與設備到達之前，或有機會發生義務衝突之情況，這種義務衝突的機會較短暫，因為通常相當規模的醫院，應有啟動大量傷患支援系統，若是沒有因應啟動支援機制，則應屬過失。(2) 大量傷患皆須急救，但或因醫院規模較小或因深夜，無法臨時召回足夠設備與醫療人員，此時只有急診醫師一或二人獨撐急救病人，這樣的義務衝突發生的時間就會延長，造成病人不利益的後果與事後的糾紛也易發生。因此，急診醫師短時間內面對大量病人而發生義務衝突時，應可舉證於該時間內，得免除對被犧牲之法益的保證人義務。

第四節 急診醫師違反保證人義務之刑責

第一項 急診醫師之違反保證人義務

在急診醫師違反保證人義務而對病人該有的醫療行為有不作為時，必須進一步判斷該急診醫師之不作為，是屬於故意或者是過失。於是必須在故意或過失之不純正不作為犯的構成要件要素中加以分析。基本上，醫師故意違反對病人的保證人義務，是難以想像的少數，例如「假罹癌真開刀」案即是。於是，倘若疑似醫師有違反保證人義務，仍須先檢視客觀上有無違犯不純正不作為犯罪之不法構成要件，再視主觀上是過失抑或是故意，此為常態的刑事責任判斷程序。

第一款 不純正不作為犯罪之客觀不法構成要件

判斷急診醫師是否為不純正不作為犯罪之客觀不法構成要件，必須符合以下六點⁴²：

(一) **構成要件該當之結果發生**：即客觀上必須發生構成要件該當

⁴² 參林山田教授，前揭文，頁 243--259。

之實害結果或危險結果，也就是說，若論急診醫師違反保證人義務而不作為，則必須有因不作為而造成病人實害或危險結果發生，始構成既遂而論斷之。

(二) 不為期待應為之行為：即不著手實施被期待的特定行為，而導致構成要件該當的結果發生，才有可能被評價是否構成不純正不作為。而此特定行為，亦須是能夠迅速發生防止結果者，始足當之。常見的是昏迷指數低於八分的外傷病人轉院，未予以預防性的建立確定呼吸通道(為特定行為)等等。而若客觀上是不足以迅速防止結果發生者，即非此所謂之特定行為。例如車禍外傷有內出血疑慮時，醫師卻在縫合表淺單純傷口(為非特定行為)，而若因此造成實害結果或危險結果，便該當被評價是否不作為。

(三) 防止結果發生之事實可能性：即行為人必須要有作為的能力，對於防止構成要件該當結果之發生，具有可能性，其不作為才有可能構成犯罪。此即本文所述，非急診專科疾病應該當在適當專科就診，而非急診專科疾病之病人發生緊急狀況於急診就醫時，急診醫師應該有緊急會診相關次專科醫師前來診治之義務。當然輪值的各次專科醫師，有受緊急應召的責任與義務。另倘若醫師或醫院設備不足以救治病人，此雖欠缺防止結果發生之能力，但應為適當緊急安全的轉院，防止結果發生之義務，始足當之。

(四) 不作為與結果兼具有因果關係與客觀可歸責：即不作為與構成要件該當結果間，必須有因果關係與客觀歸責。倘若行為人為被期待之防果行為或救助行為，而危險結果依然會發生，則不作為與結果之間就欠缺因果關係，而評價此不作為犯罪，就沒有存在的條件。例如，數日前跌倒無頭部外傷，經檢查後生命徵象穩定，返家後因高血壓性腦溢血昏迷送至急診，二者之間並無因果關係存在，於是，前診療行為之醫師並不會被歸責無預防作為。

(五)不作為人居於保證人地位：即非任何人之不作為，致使構成要件該當之結果發生者，皆可能成立不作為犯罪，必須有行為人資格限制者之不作為，才有履行防果作為之義務。例如，急診嚴重外傷病人，依病情需求會診所需專科緊急處置，如大量血胸僅放置胸管，最後造成病人出血性休克死亡，此未為期待特定行為者，為胸腔外科醫師，亦因其在此病人大量血胸之緊急治療上，居於保證人地位，其未為期待之行為，可能可以被評價不作為犯罪。

(六)不作為必須與作為等價：意指因為不作為而實現的不法構成要件與因作為而實現的不法構成要件，在刑法的非價判斷上是相當的。

第二款 故意不純正不作為犯罪之主觀不法構成要件

判斷是不是故意不純正不作為犯罪之主觀不法構成要件，必須就以下各點分析⁴³：

(一)故意與意圖

在故意不作為犯罪中，所謂主觀不法構成要件，乃是指行為人已經對客觀不法構成要件有所認識，並且進而決意不作為，最終實現了客觀不法構成要件之結果。但若行為人主觀上並不具有不作為之故意者，應僅可能成立過失或者無由成立犯罪。於是，在任一不純正不作為事件中，必須就該當行為人之不作為，在主觀心態上，對於實現客觀不法構成要件之知與欲的認識程度做分析，倘行為人內心對於不法構成要件該當行為之情狀是認識的，且在自我意識支配下決意進行不作為，這種心態即是故意。在醫療上，對於故意的決意也可以舉出一些例子，有故意作為與故意不作為者。

臨床上，對於消炎止痛藥的濫用極易導致胃潰瘍出血，對於病人筋骨

⁴³ 參林山田教授，前揭文，頁 260—262。

疼痛，一味只用消炎止痛，甚至使用類固醇進而導致糖尿病發作之醫師，明知長期使用該藥物之副作用，會有潰瘍出血之生命危險，卻仍執意讓病人吃消炎止痛治療月餘，果真病人因而導致胃潰瘍大量血便者，為故意作為，使病人有不利益之結果。

對於送至急診之腦出血遊民，需要緊急進行手術就命，無論因為家屬不願意出面簽手術同意書，或是其他如責任、術後照顧及醫療費用等理由，若是醫師或是病人家屬，以上述理由不進行緊急救命手術，進而導致病人死亡者，因事先對於不讓病人接受腦部手術會導致死亡，有足夠的認識，也果真不讓病人接受手術，終造成病人死亡之結果，即是不作為故意。

故意不作為，另有以不作為意圖而實現不法構成要件者，例如有某一般外科醫師之妻子因乳房有腫塊並乳頭有分泌物已經有一段時間，妻子信賴他的醫師先生並請為其檢查，但該醫師因有婚外情而隱瞞妻子已經罹患乳癌之事實，致使醫師妻子延誤接受治療。此時醫師即是負有告知事實真相義務之人，但卻不將真相告知應被告知的妻子，致使醫師的妻子陷於錯誤而有不正確之醫療決定，最終導致不利益的結果，該醫師即具有故意不作為之意圖，違反對其妻子之保證人義務。

(二)直接與間接不作為故意

不作為犯的故意，其主觀不法構成要件，有可能是直接故意，但也有可能是間接故意。所謂直接故意。就是行為人明知構成犯罪事實，卻決意不作為而造成犯罪事實的直接發生。至於間接故意，則是行為人雖對其不作為，會造成不法構成要件該當結果有預見，卻仍不作為而聽任其發展，終致不法構成要件結果，果真發生。二者的分別，直接故意是行為人若不作為，則不法構成要件結果，必定因不作為而直接發生。但間接故意是行為人之不作為，雖預見可能有不利益之構成要件結果發生，卻不顧不作為之危險性及可能性，而決意不作為，聽任結果之發生或不在乎結果的發生，終導致不利益結果，果然發生，故後者又稱「未必故意」或「不確定

故意」。

在醫療實務上，直接故意事件應當是較少發生，例如急診一位肢體深部撕裂傷合併血管斷裂，很少醫護人員見到病人傷口血液噴出，卻直接故意不作為。但對於間接故意的情狀卻常發生，最常見者，對病人應當積極處理的問題，以再觀察等消極治療方式處理之，雖然對於病情的演變，觀察是極為重要的醫療過程，但是某些應當積極治療以維持生命或避免更進一步危險者，少數醫療人員卻以可再觀察而未採取積極作為，最終導致病人死亡。在臨床上急診醫師應會遇見外傷引起腹內出血者，倘使病人已然出現休克傾向，縱使電腦斷層並未有明顯的顯影劑漏出，亦應採取積極處理，如血管栓塞或直接手術，而非只有輸液治療及消極觀察，致不可收拾之地步，然若如此，則該主治醫師應當有不作為的未必故意之嫌。

第二項 急診醫師違反保證人義務與過失犯

我國刑法對於過失的規定是刑法第十四條，條文二項分別敘明了行為人對過失認識與否與其發生之情狀，刑法第十四條第一項：「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。」此項說明行為人對於不法構成要件該當之結果，事先並無認識亦無注意，導致危險結果發生。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。」說明行為人雖然預見可能會發生之危險，以為在掌控情狀之下危險應不至於出現，但卻不幸發生不利益之危險結果。

在醫療臨床行為中，前者為無認識的過失，應該是最廣為人知的條文，但也是常在醫療糾紛中被引用者，大部分都是某樣醫療行為過程中，醫師疏加注意，導致病人與原本期望不同之不利益結果。而後者為有認識之過失，則是醫師認為某樣病症自己有把握處置，不但未有向外求援而且自信可以掌控風險，只是終究有違醫病雙方原本的期待。例如，急診頭部外傷病人因有喪失意識並嘔吐，已經予以實施電腦斷層檢查，後因沒有異常發現且數小時後病人自覺良好，醫師就跟家屬說明病情沒有關係，但在

病人出院時，又發生嘔吐情況，醫師應當重新評估病人，絕不可以以為數小時前頭部電腦斷層無異常發現，逕認為現在腦部一定正常，否則可能該當本條第二項評斷。

在過失不作為方面，我國刑法只有處罰故意純正不作為，而無處罰過失純正不作為犯。且過失不作為與過失作為一樣，僅以刑法有明文規定者才能處罰。故對於過失不作為犯罪，現行法規中僅處罰因過失不作為而實現刑法規範中以作為方式產生之不法構成要件結果者，謂「過失不純正不作為犯」⁴⁴。過失違反保證人義務，即為此也。

而過失違反保證人義務之不法構成要件，按文意敘述，即應須將過失要件與不純正不作為要件相結合，始能於構成要件該當性的範疇中判斷。要件包括⁴⁵：

- (一)須有構成要件該當之結果發生
- (二)不作為與危險結果發生須有因果關係並且行為人可以客觀歸責
- (三)過失行為有行為不法與結果不法
- (四)不為期待應為之行為
- (五)防止結果發生之事實可能性
- (六)具有保證人地位
- (七)不作為結果與作為結果等價

於是醫療行為中是否被評價為違反保證人地位之過失不作為，仍應就事實層面判斷之。首先必須要有構成要件該當結果發生，這是確定且必要的條件，再者需要檢視醫師之不作為與病人不利益結果，是否具有因果關係，且醫師具有被客觀歸責的不作為過失。舉例說明，急診一位頭部外傷但是意識清楚病人，醫師處置之後建議病人急診室觀察六至八小時，在急診觀察時間經過，因病人病情穩定，醫師交代病人及家屬相關注意事項

⁴⁴ 參林山田教授，前揭文，頁 263。

⁴⁵ 同前註，頁 264。

後，准許離院。但病人數天後在家中酗酒昏迷，送醫經查已經數日未服用降血壓藥物，腦部電腦掃描為高血壓性腦溢血，亦即雖然病人已經出現不利益之危險結果，但是與先前醫師之未收住院治療腦部(當時並無異常)，或是治療血壓之不作為(當時血壓穩定)，並無因果關係。再者醫師既已交代注意事項給家屬與病人，但病人竟再酗酒(屬於自招風險)⁴⁶，且並未按時服用降血壓藥物，此難謂先前醫師可被客觀歸責。

醫師究或有無違反對病人醫療上之保證人地位，已非單純是急診醫師有無為病人看診的層次。現階段在醫療糾紛被廣為討論的，已經是醫療行為之中某種不作為，令醫師被指摘為違反保證人義務。按醫師對於求診治的病人，既已接受並予以診治，便該當對於可被期待之醫療作為實行之，無法完成的作為，應誠實告知病人及家屬，並安排安全的轉科或轉院，或是其他可嘗試之解決方法。倘使醫師不作為已經達到通常義務的違反性，且令病人法益因而陷入風險，該受評醫師已是違反保證人義務，而有過失犯罪之嫌。

而若醫師因過失違反保證人義務之不作為，產生對病人不利益結果，實現刑法規範中以作為方式產生之不法構成要件結果者，為過失之不純正不作為犯。

⁴⁶ 高金桂，不作為過失犯，評台中地方法院九十九年度易字第三六一二號刑事判決，月旦裁判時報，第十期，頁 69，2011 年八月出版。

第五章 相關案例分析與影響

第一節 概說

不同領域的專業與觀點，自然形成不同的注意能力與決定，然醫療情狀如此多變，病因及治療成效，亦多無可準確預測，是否該對醫療人員之非故意或重大過失，科予刑事裁罰更甚於肇事加害人？仍應以個案事實論斷之。

以急診專科醫師和心臟專科醫師為例，因不同的專業程度與領域，面對病人發生狀況的專業反應與注意能力是不同的，心臟科醫師的觀點，較深但窄，而急診科醫師的注意能力，是寬但淺，無法以一方的專業水準，評價另一方的行為是否有過失。亦無法以一方的醫療水準，要求另一方履行。

本文以相關案例分析，說明保證人地位之適用、醫療危險結果責任之分配、爭點採用之合適性與判決帶給醫療人員的影響。希望能給法界人士一點點參考價值，並給醫療人員更多的省思。

第二節 案例一(台灣高等法院台中分院九十五年度醫上易字第 145 號判決)

第一項 案例事實

病人甲因腹部不適，於 2002 年 8 月 16 日至中部某醫學中心就診，經查為左下腹之腹腔腫瘤，於同年 8 月 22 日住院，嗣於同年 8 月 26 日早上 10 時 30 分許，由主治醫師乙為甲手術治療，由於腫瘤包住大血管，切除腫瘤將侵犯或傷及動脈血管，並會請心臟外科醫師丁（業經不起訴處分）負責動脈重建手術，乙將腫瘤切除後，再由丁以人工血管行髂與股動脈繞道移植手術，進行血管動脈重建，手術於同日 18 時 30 分許結束，過程共計約 8 小時，甲旋即於 18 時 45 分許，被轉至恢復室觀察術後復原狀況。

乙為甲之主治醫師，本其專業醫師之知識經驗，其於手術前應可預見病人於經歷上開腫瘤切除手術後，極有可能發生內出血之併發症，原應於病人手術後之恢復過程中，施以密切之注意及照護，並與恢復室之醫護人員保持連繫，竟疏未盡其注意義務，於甲術後之19時20分許，在恢復室呈現血壓降低，於19時35分許（此原審認定20分許之時，應予更正），因手術剝離的血管斷端及小血管的彌漫性滲血，沒有恢復正常的狀態，發生血壓遽降及心跳加快之緊急情況時，在恢復室中值班之丙（業經不起訴處分）透過張護士急電召乙○○至恢復室處理，依當時情況並無不能注意之情事，惟乙回電時卻以其正在門診為由，要求張護士另尋其他醫師協助處理，本身並未迅速至恢復室為任何防止結果發生之緊急處理行為，至同日19時55分許，甲因失血陷入昏迷，血壓持續下降，丙再度由張護士急電召乙至恢復室處理，未獲回應，至同日20時許，甲下腹部傷口滲血，已量不到血壓，丙隨即於20時2分許施以心肺復甦進行急救，並再由張護士急召乙，遲至同日20時10分許，乙始至恢復室處理，並於20時30分許由乙及丁對甲進行第二次手術，至同年8月27日即翌日之0時30分許手術結束後，才將內出血之情形控制，然因乙延誤判斷及處理之不作為，致甲因失血過多而腦部缺氧過久，產生後腹腔腫瘤術後缺氧性腦病變併意識障礙，迄今呈現神智狀況無法清醒及全身癱瘓喪失機能之重傷害，而成為植物人。

第二項 爭點整理

一、被告辯稱，手術前有盡到告知家屬手術可能發生感染、出血或引起其他併發症之義務，於進行切除腫瘤手術時亦屬順利，被告實已盡力診治病人，病人不可預期出血之病症與被告之醫療行為間並無因果關係。且當時還有恢復室之醫師即麻醉科主任丙在旁照料，因義務衝突，其必須在門診無法立刻至恢復室。

二、原告一方係認被告對於病人情況是否不穩定甚至緊急之事，更應提高注意，卻捨此不為，反而以門診為由拒絕前去恢復室，任令恢復室人

員在僅能維持病人生命徵兆而不能作積極之醫療行為下，貽誤診斷病人病情及照護處理之黃金時間，終至造成病人無可回復之重傷害。被告違反其主治醫師注意義務及未盡防止結果發生義務之不作為，確有過失。

第三項 法院判決理由

一、被告係本件病人甲之主治及主刀醫師，於當被告允諾為病人診療及開刀之時，被告基於「義務之承擔」法理，即於斯時立於保證人地位，由此保證人地位而衍生其保證人義務，即被告對於病人所負之醫療注意義務亦由此而生，被告不僅須於對病人施以手術之過程中盡其注意義務，即便係在病人手術完成後之恢復照護階段，仍須善盡其注意義務，非謂只要手術順利完成，即得免除其保證人義務。

二、在接獲病人術後情形如上情況不穩定之再三緊急通知時，更應迅速前往判斷處理，始能算已履踐其注意義務，卻以當下正在門診發生義務衝突為，由拒絕前去救護云云，實不足阻卻其過失責任。

三、被告確於當日晚間 16 時 30 分至 21 時有 16 人次掛號門診，然當日晚間被告所為係「門診」而非「急診」，即使在遇有義務衝突之情況下，理應衡量保護法益之輕重，而作正確的價值判斷，當保護法益之輕重，明顯相異無法兼顧時，則應選擇保護較重要之法益，而犧牲較輕微之法益，始得謂無過失。當晚被告於夜間門診時，倘若有病人因外傷或病情嚴重，理當送至急診室由醫師作立即處理，而非在門診室外以掛號方式等候看診，被告之舉顯然無法阻卻其過失責任甚明。

四、被告在再三獲通知，其手術之病人術後之病況不穩定，血壓低心跳加快，沒有恢復正常的狀態，甚至後來昏迷失去意識，下腹部傷口滲出血，已量不到血壓狀況下，而施以心肺復甦進行急救，本應立刻前往處理，被告未前往處理病人緊急狀況之不作為，對病人而言確實已製造了一個法所不容許的風險，且這個法所不容許之風險，在被告接獲多次呼叫，仍拒

絕前往救護之過程當中，不斷地持續升高，最後終於在法規要求被告善盡醫療注意義務之效力範圍內被實現，而發生了法規所不希望看到之重傷害結果，是被告違反注意義務及防免結果發生義務之不作為，非特具有過失，且與病人之重傷害結果間，具有相當因果關係，至為灼然。

第四項 本文評釋

一、保證人義務的執行，並不能要求萬無一失的防止危險結果之發生。在急診醫師急救階段之保證人義務，應是醫師對於病人病況危急時的必須援救，而非必須達成所被期望的結果。任何手術，除了病情原本具備的危險之外，還有麻醉、藥物過敏、感染及出血不止的風險，均足以造成病人不可恢復的死傷結果，如屬不可測之風險，即無法歸責於執行降低風險的醫療行為之醫師。

二、手術前有盡到告知家屬手術可能發生感染、出血或引起其他併發症之義務，病人亦簽具手術同意書，並無法免除術中及術後對病人照料與過失的責任，及危險發生時的採取降低風險作為。亦即手術存在的風險，若無故意或過失，應屬醫師得以阻卻違法之情形，但若術後發生預期之外的緊急危險，應即採取降低風險之行為，盡防止結果發生之義務，始得以阻卻其過失。

三、遇到義務衝突，存在數法益無法兼顧時，應依法益衡量原則，按法益的位階，選擇應先保全的法益，犧牲法益價值較低者。然本案被告之主張，應無法適用義務衝突阻卻違法，導因於被告選擇保全法益錯誤，被告應以生命及身體法益為第一考量，適足以符合義務衝突要件，而免於不作為之評價。

第三節 案例二(台灣高等法院九十五年度醫上訴字第6號判決)

第一項 案例事實

高齡七十六歲之受害人庚因車禍於2002年12月1日上午6時4分許

送抵臺北市立萬芳醫院急診救護，同日上午 6 時 15 分許起由該院從事醫療業務之急診主治醫師甲○○受理，甲○○明知庚係因交通事故送至醫院急診之創傷病人，應注意在對庚進行呼吸、循環、心跳、血壓等穩定生命跡象之初級評估（首度評估）後，進行次級評估（二度評估）時，應注意以視診、觸診、扣診、聽診等方式，從頭到腳就病人頭部、頸部、胸部、腹部、下肢、上肢、背部與臀部等身體各部位，予以詳細完整之理學檢查，並適時輔以 X 光片攝影檢查，藉以確認病人有無因交通事故所生之潛在性骨折或內出血，而依當時情形，並無任何阻礙檢查不能注意之情事，竟疏未為詳盡理學檢查及 X 光片攝影檢查，僅就病人庚之頭部之開放性創傷予以縫合及四肢外傷敷藥包紮，疏未檢出且未就庚所受之右小腿骨近膝部處骨折、下腹壁及下半腹膜後腔明顯出血等傷害，施以任何穩定出血或固定傷肢之醫療處置，抑或緊急轉知專科醫師前來處理，以減少庚因右小腿骨近膝處骨折繼發肺脂肪栓塞之發生，以及降低因繼發肺脂肪栓塞導致心肺衰竭死亡之危險，自同日上午 7 時 50 分許起，將庚送至觀察室等候家屬來院探視後，即未再對庚為任何觀察及醫療作為，迄於同日上午 9 時 50 分許，庚果因右小腿骨近膝處骨折繼發肺脂肪與骨髓栓塞，導致呼吸困難，經臺北市立萬芳醫院急診室主任丁○○醫師緊急介入，依據急診醫療常規極盡注意給予高濃度氧氣，並對庚進行初級評估，經診斷為疑似心肌梗塞併心律不整，且在穩定庚之生命跡象後，旋即對庚進行多項血液檢測，並就懷疑係危及庚生命跡象之頭部外傷及診斷疑似心肌梗塞併心律不整部分，進行頭部電腦斷層檢查及胸部 X 光片檢查，至此甲○○仍未察覺庚已然進行之肺脂肪栓塞，致庚於同日上午 10 時 40 分許完成頭部電腦斷層檢查及胸部 X 光片檢查後返回急診室時，因肺脂肪栓塞引發心肺衰竭，出現心跳降低、無法測得血壓等現象，經丁○○協同甲○○對病人庚施以心肺復甦術、心臟電擊、插氣管內管及注射強心針後，仍未見好轉，於同日中午 12 時許轉入加護病房持續急救，嗣至同日中午 12 時 40 分許，終因肺脂肪栓塞引發心肺衰竭急救無效而宣告死亡。

第二項 爭點整理

一、被告甲○○於原審辯稱確有針對被害人進行詳細理學檢查，被害人到院急診時四肢活動自如，並無右小腿骨近膝處骨折之情形，且被害人之死亡原因，是否肇因於肺脂肪栓塞與骨髓栓塞，尚有疑義，引發肺脂肪栓塞及骨髓栓塞之脂肪來源，亦有可能係因被害人之下腹壁及下半腹膜後腔出血、肋骨骨折心臟中等度冠狀動脈粥狀硬化所致，被害人右小腿骨近膝處縱有骨折，亦可能係因被害人死後搬運遺體時所造成，我並無醫療過失云云。

二、被告甲○○在就被害人之外傷亦即頭部開放性創傷予以縫合及四肢擦傷敷藥包紮後，自同日上午 7 時 50 分許起，即將被害人送至觀察室，迄於同日上午 9 時 50 分許，被害人出現呼吸困難現象，被告丁○○緊急介入急救並對被害人進行血液分析、頭部電腦斷層及胸部 X 光攝影等多項檢查前，均未再對被害人進行任何醫療處置或檢查之事實，而被害人在至臺北市立萬芳醫院急診時，已因本件交通事故受有導致被害人繼發肺脂肪栓塞，引發心肺衰竭而不治死亡之右小腿骨近膝處骨折，以及下腹壁及下半腹膜後腔明顯出血等傷害，已如前述，是被告甲○○在受理被害人急診後，確未檢出被害人右小腿骨近膝部處骨折、下腹壁及下半腹膜後腔明顯出血等傷害，對該等傷害施以任何穩定出血或固定傷肢之醫療處置，抑或緊急轉知專科醫師前來處理等事實，應負業務過失之刑責。

第三項 法院判決理由

一、急診醫師在受理病人時，對於被害人進行穩定生命跡象之初級評估（首度評估）後，應即對病人進行次級評估（二度評估），且應以視診、觸診、扣診、聽診等方式，從頭到腳對病人為詳細完整之理學檢查，並適時輔以其他檢查，若經視診、觸診結果認病人有骨折情形，急診醫師即應對病人骨折傷肢先予固定後，再行通知骨科專科醫師前來診斷有無開刀必要，而所謂創傷病人之初級評估包括有呼吸、循環、血壓等生命徵象及意識狀態之檢測，初步處置包括快速初級評估、穩定生命徵象、詳細再評估病人及初步確定治療。主要架構在 A：維持呼吸道暢通及保護頸椎；B：維持呼吸及換氣功能；C：維持循環及控制出血（A B C）的優先順序與

及早辨認出致命性問題。所謂創傷病人之次級評估，則係在完成初級評估、復甦建立及病人生命徵象穩定後為之。對於創傷病人之次級評估係「從頭到腳趾」就病人頭部、頸部、胸部、腹部、下肢、上肢、背部與臀部等身體各部位徹底檢查，包含完整病史、理學檢查及所有生命徵象之再次評估。在詳盡「理學檢查」中，針對肌肉骨骼系統，則須檢視肢體有無挫傷或變形，觸摸骨頭檢查有無壓痛或不正常活動，藉以確認有無潛在性骨折。觀察四肢顏色及血液循環情形？傷口分佈情形？哪些部位有疼痛、腫脹、淤青或變形？關節或肢體之可活動範圍如何？感覺神經分佈有無缺損？且需辨識有無潛在危及生命之骨骼肌肉損傷或危及肢體存活之傷害，如有無合併其他頭、胸、腹部創傷？有無不穩定型骨盆骨折、大血管損傷合併開放性傷口或多處長骨骨折？是否為壓碎性傷害或開放性骨折？有無血管損傷或造成間隔腔壓力升高症候群之可能及有無肩、肘、髖或膝脫臼存在等項目，亦有急診創傷訓練課程（Emergency Trauma Training Course E. T. T. C.）一份附卷可憑，而上開急診創傷訓練課程（E. T. T. C.）雖與高級外傷救命術（A. T. L. S.）同非急診醫學上所強制遵守之共通標準作業流程，然係臺灣醫學會所推廣之外傷處置教材，且係一般建議急診醫學常規作業流程之規範，應係急診醫師於處理創傷病人時，面對突發狀況及不確定因素所為之專業判斷之外，至少所應遵循之急診醫學常規作業流程無疑。

二、被告甲○○係一急診醫師，在受理本件急診病人時，自應遵循上開急診創傷訓練課程（E. T. T. C.）之規範，在對被害人進行穩定生命跡象之初級評估（首度評估）後，進行次級評估（二度評估）時，應以視診、觸診、扣診、聽診等方式，從頭到腳為被害人進行詳細完整之理學檢查，並適時輔以其他儀器檢查，以察覺被害人有無危及生命之潛在性骨折存在。而依證人戊亦即臺北市立萬芳醫院護士於原審審理時證稱：被害人到院時，意識狀態仍屬清楚，尚得明確為意思表示等語，且經被告甲○○診斷被害人確未失去意識無訛，亦有上開臺北市立萬芳醫院急診病歷記錄暨中文譯本各一份附卷可徵，若被告甲○○確有以視診、觸診之方式，觀察被害人經其觸摸、按壓後之反應，從頭到腳對被害人進行詳實之

理學檢查，以一受過急診醫學專業訓練之急診醫師而言，當不致毫不懷疑被害人右小腿骨近膝處可能受有骨折之傷害，並適時對該懷疑骨折傷肢施以X光片檢查予以確認被害人右小腿有無潛在性骨折，甚連被害人下腹壁及下半腹膜後腔明顯出血之傷害，亦無所覺之可能。詎被告甲○○竟疏未注意及此，僅對被害人之外傷部分亦即頭部開放性創傷予以縫合及四肢擦傷敷藥包紮，在次級評估（二度評估）時，疏未對被害人全身各部位進行詳盡之理學檢查，並適時進行X光片檢查，致未檢出被害人右小腿骨近膝處骨折及下腹壁及下半腹膜後腔明顯出血之傷害，施以固定傷肢、止血抑或通知骨科專科醫師前來等處置，被告甲○○之醫療行為顯有應作為而不作為之過失。

三、被告甲○○在受理被害人急診後，對被害人而言，即居於保證人之地位，負有施以符合醫療常規處置，以防止或降低被害人因右小腿骨近膝處骨折傷害引發肺脂肪栓塞而不治死亡之危險發生之義務。惟因被告甲○○怠於對被害人全身各部位進行詳盡之理學檢查，並適時進行X光片檢查，致未檢出被害人右小腿骨近膝處骨折及下腹壁及下半腹膜後腔明顯出血傷害，致未對被害人該等傷害施以固定傷肢、止血抑或通知骨科專科醫師前來處理等醫療處置，以防止或降低被害人因右小腿骨近膝處骨折傷害引發肺脂肪栓塞而不治死亡危險之不作為過失，使被害人因右小腿骨近膝處骨折傷害引發肺脂肪栓塞後之致死率，自原有之百分之10至百分之20之危險，隨著時間流逝而不斷提高，終至被害人死亡結果之發生，被告甲○○之過失行為與被害人之死亡結果間，自具有因果關係，被告甲○○亦應對其業務上之過失行為負責，至為灼然。

第四點 本文評釋

一、信賴關係之違反：按受害人庚因車禍於2002年12月1日上午6時4分許，送抵臺北市立萬芳醫院急診救護，同日上午6時15分許起，由該院從事醫療業務之急診主治醫師甲○○受理，自同日上午7時50分許起，即將被害人送至觀察室，迄於同日上午9時50分許，被害人出現

呼吸困難現象之前，共有三小時又三十五分鐘的時間。自病人送至急診到呼吸困難發作前，經查為意識清楚之狀態。而完全的醫療行為與良好的醫病關係，首應建立在醫病的互動過程之上，急診醫師面對突如其來的傷患，應依照急診創傷訓練課程（E. T. T. C.）之規範執行醫療行為，乃無疑義，但不代表病人有任何不適，皆不必開口告知醫師，讓醫師盲人摸象般，從一個人身上挑出哪個器官有問題，該神智清楚的被害人，若能主動告知醫師傷病情況，一方面減少醫師遺漏注意之過失，最重要的是病人更能得到完善的醫療而早日康復。

準此，對於判決以急診創傷訓練課程（E. T. T. C.）之規範，將診查意識清楚的外傷病人之責任，全部加諸於急診醫師身上，實非公允。按急診創傷訓練課程（E. T. T. C.）之設計，乃針對意識不清或嚴重危急之外傷病人的急救準繩，依此判決，任何外傷病人急診就醫，皆不必開口說話，全由急診醫師視、聽、觸、摸而得傷病內容。因此本文以為，該急診醫師，確有未盡注意義務之處，該意識清楚病人，若醫師已循正常問診程序，詢問病人對自身狀況的感覺，而未為回答或提示，該病人應是「違反信賴原則」而屬「與有過失」。

二、構成要件結果之原因仍存疑：依本案裁判書所示，對於高齡 76 歲之被害人致死原因，全然歸究於未發現近膝附近之骨折，引起肺之防栓塞的延遲治療所致，本文有二點存疑，認為造成病人病危，應另有他因：(1)骨折引起脂肪栓塞，應是車禍當下即有機會產生。若是多重傷害病人之近膝部分骨折，亦無先手術以鋼板固定之理。且多數同類型病人，並非當日立即接受手術，亦極少有肺栓塞病症發生。(2)按外國對脂肪栓塞症候群之研究，Bagg 等人在 1979 年定義¹，脂肪栓塞症候群是在「受傷後 72

¹ 蕭裕明，脂肪栓塞症候群，中山醫學大學附設醫院，一般骨科，：「Bagg 等人在 1979 年定義，脂肪栓塞症候群是在受傷後 72 小時以內發生的呼吸困難和化學性肺炎，可用肺部斷層攝影(lung scan)來證實。早期症狀有脈搏加快(elevation of pulse)，微發燒(temperature of above 100°F)，和呼吸困難(dyspnea)、缺氧引起的情緒不安、嗜睡甚至昏迷等徵兆；大約有半數病人，在受傷二到三天會發生皮膚黏膜瘀斑(petechiae)；主要分佈在前胸、腋下、頸部及眼結膜，很快就會消退，實驗室檢查動脈低血氧(hypoxemia)為主要表現，一般 PO₂ < 60mm Hg、血小板數目會減少，血

小時以內」發生的呼吸困難和化學性肺炎，可用肺部斷層攝影(lung scan)來證實。早期症狀有脈搏加快(elevation of pulse)，微發燒(temperature of above 100°F)，和呼吸困難(dyspnea)、缺氧引起的情緒不安、嗜睡甚至昏迷等徵兆，胸部X光片有些病人可見瀰漫性間質浸潤，有時被形容為”暴風雪”(snow storm)狀，往往X光片變化，在臨床症狀發生後一段時間才出現，但肺部斷層攝影可更早期診斷。皮膚瘀斑活體切片，可發現有脂肪栓塞。而依裁判書所示，該被害人乃「事件發生後3小時內」即症狀發作，且解剖結果心臟：有中等冠狀動脈硬化。肺臟：兩邊均明顯纖維性黏連，切面鬱血，兩胸腔均有四〇〇CC積血，並無指明肺部存有脂肪栓塞情狀，何以推理死因是無發現骨折處，導致延誤治療脂肪栓塞，引起心肺衰竭？而非以76歲高齡，因車禍事故壓力，引起急性心肌梗塞發作(原先心臟血管即有動脈阻塞斑塊，易引起急性阻塞)，後者即非該急診醫師所能預見者。

準此，雖該急診醫師無發現被害者近膝骨折，為醫療上之過失，但與病人致死之結果，顯無相當因果關係。

第四節 案例三(台灣高等法院台中分院九十九年度醫上字第十一號)

台灣高等法院台中分院2012年對於2005年一則因車禍外傷後之醫療事故訴訟，做出讓醫界人士心灰意冷的判決，判決內容公諸於社會，而讓民眾了解的內容，應如新聞媒體所載²：「台中市男子陳〇〇(二十七歲)

小板數目低於150,000/mm³(十五萬個以下)，有時可見低血比容(decrease hematocrit value)，血鈣降低(fall in serum calcium level)。胸部X光片有些病人可見瀰漫性間質浸潤，有時被形容為”暴風雪”(snow storm)狀往往X光片變化在臨床症狀發生後一段時間才出現，但肺部斷層攝影可更早期診斷。皮膚瘀斑活體切片，可發現有脂肪栓塞。其他實驗室檢查如痰、尿液或血液有一半病人可測出脂肪小球或血清脂肪酶昇高等。早期骨髓內釘固定(intramedullary nail)確實可降低脂肪栓塞，但仍有脂肪栓塞的報告，發現脂肪栓塞病人，只有施予插氣管內管及使用呼吸器，給予正壓呼吸(PEEP)及施予支持療法，補充體液才是有效的治療方法，近三年，又有心臟外科葉克膜體外循環的支援，使脂肪栓塞患者死亡率已非常低」

w2.csh.org.tw/Web/A25010/?p=74，最後瀏覽日2012-5-3。

² 蘋果日報 頭條要聞 名醫未安置腦壓監測器害癱 判賠3341萬元

tw.nextmedia.com/mobile/article/issueid/20120321/.../5 - 最後瀏覽日2012-3-27。

七年前因車禍顱內出血，由曾搶救「人球案」邱小妹而聲名大噪的某綜合醫院腦神經外科主治醫師甲為他開刀，但事後甲和醫師乙、丙被控未在術後放置腦壓監測器，致未察覺陳男顱內遲發性出血，而全身癱瘓、雙眼全盲，昨台中高分院判醫院與甲等三醫師要連帶賠償三千三百四十一萬元。」究竟這樣判決的合理性標準是甚麼？這樣的判決，帶給社會的影響、醫療界的震撼，是否會讓人民有告醫求財的風潮？

茲就本案之台灣高等法院台中分院九十九年度醫上字第十一號判決與本案一審之台灣台中地方法院 97 年度醫字第 2 號做評析，試圖解構一件醫療糾紛判決，以免社會因錯誤的罰度，背後累積錯誤的社會能量。

第一項 案例事實

21 歲陳姓男子，於 2005 年 9 月 26 日下午 5 點 55 分，因車禍被送往某區域教學醫院，隨即因頭骨多處骨折併發腦部嚴重出血，陷入重度昏迷，緊急進行腦部手術。麻醉前昏迷指數僅剩四分，術後恢復至七分，隔天 9 月 27 日經評估昏迷指數進步至八分，9 月 28 日晚上 11 點昏迷指數退至 5 分，9 月 29 日晚上 11 點仍為 5 分，家屬連夜辦理自動出院，轉診至醫學中心，於醫學中心再做一次電腦斷層發現遲發性腦出血，並有初次腦出血的後遺症—前腦梗塞現象，隨即再度進行腦部手術，放置顱內壓監測器，以昏迷指數 6 分，轉至他院復健及慢性照護治療。於此，法院認係被告未盡注意義務，甚至有消極不作為之情事。

第二項 爭點整理

關於本案一審之爭點整理如下：

- (一)原告認係醫師未放置顱內壓監測器與未及時做腦部電腦斷層檢查。
- (二)被告認為已盡醫療照護責任，且遲發性腦損傷並非醫師過失引起。

關於本案二審之爭點整理如下：

- (一)原告認為，被告醫師們明知可能會出現繼發性腦部出血及腦部腫脹變化，竟未於手術隔日再次對病人做腦部電腦斷層檢查，亦未置入任何顱內監測器，並對病人病情之昏迷指數，由八分下降至五分，未進行醫療行為。
- (二)被告醫師說明，該車禍病人第一次手術進開刀房前，昏迷指數已經降至四分，而術後一直維持在五至八分之間徘徊，醫師手術時已知病人病情之嚴重性，對於該清除血塊手術，並無疏失，術後亦無拒絕再度做腦部電腦掃描檢查，其醫療處置並無不當或消極不作為之情事。

第三項 法院判決理由

一、本案一審認為被告三名醫師於處理原告陳 00 之病情過程中，原應注意且能注意對原告陳 00 為電腦斷層檢查及追蹤病情，卻未加以注意，於手術後未對原告陳 00 做斷層掃描，亦未裝置顱內壓監測器，僅為生命跡象之基本監控；未掌握原告陳 00 之病情以及時為任何處置，致原告陳 00 因腦部累積持續出血之血塊造成二度腦創傷，被告三名醫師之過失行為與原告陳 00 之身體及健康受損間有因果關係存在。倘被告等有及早積極治療並再次做電腦斷層掃描，確認血塊及位置是否有變化或有無必要再次施行手術，原告陳 00 必能獲得適當之治療，縱無法完全回復，亦不致變成雙眼幾近全盲，並形同植物人之窘境。……且原告陳 00 一到榮民總醫院就進行手術，顯見第二次手術並無極大之風險，亦可認被告李 00 確係「消極不作為」。

二、本案二審認為，針對頭部外傷的病人，應嚴加注意其顱內之變化，一旦昏迷指數及瞳孔大小發生變化，即應安排電腦斷層檢查是否發生病變。

二、本案二審以 2010 年行政院衛生署醫事審議委員會鑑定書第

0990447 號說明，遲發性腦損傷及腦出血佔 60% 病人之傷害，為被告醫師須全部負責之部分，認係被告醫師應於清除血塊後，放置顱內壓監測器，較有利於術後調整藥物與監測顱內變化及未來之處置。

第四項 本文評釋

歷經四年纏訟，一件發生在 2004 年的意外，在八年後以「醫師未在術後放置腦壓監測器，致未察覺陳男顱內遲發性出血」，判當初救命的醫師團隊，須賠償 3341 萬元。醫界對此判決結果一片譁然，看法與反應皆是負面氣憤的表達對法官判決之不滿，認係家屬與法官完全抹煞了起初救命醫師團隊的辛勞，誤判意外後續併發的傷害影響，而將後續傷害責怪醫療團隊之不注意。陳榮基醫師曾說：「…我們醫師必須在分秒之間馬上做出判斷及決定，那像法院法官可以七年、十年慢慢審，而醫師又不是神…」³。

本文對本案二次審理之判決，綜合意見如下：

(一)未放置顱內壓監測器並非屬不作為，除了健保局並不給付約三萬二千多元的顱內壓監測器，病人須自付費用外，並非放置監測器，就必定能在遲發性腦出血致傷害發生前就發現。再者，我國神經外科醫學會於 2006 年，才規定顱內壓監測器裝置適應症，而非以 2010 年鑑定時的觀點，斷定 2004 年之行為是否有過失。亦即，若於 2004 年之前國內相關學會已有顱內壓監測器放置之準則及規定，才有本案醫療行為未放置監測器成立過失之機會。本案判決以 2010 年鑑定觀點為理由，斷定醫師過失而須賠償天價金額，未免有違「法律不溯及既往」之原則。而為改善未來有類似傷害與糾紛發生，同類型病例應請一律強制自費裝置監測器。

(二)初次腦出血之梗塞後遺症與遲發性腦出血，在意外車禍發生當時之力道與受傷位置，就已經決定會出現，只是現在之醫療科學，無法事先預測。按無論是否放置顱內壓監測器，均無法阻止梗塞造成不利益結果與

³ 高添富，從醫師觀點看醫療訴訟，www.drkao.com/3rd_site/3_2/0230.htm
最後瀏覽日 2012-3-28。

遲發出血之發生。至若監測器可以提前多少時間偵測腦壓變化？裝置的效果是否均同？有多少病例數於裝置之後，仍出現不幸之結果？於鑑定報告書及法院判決心證中，並未客觀提及。因此，如何而能斷言被告醫師，須負擔 60% 之次級腦損傷責任？

(三) 雖重覆安排電腦斷層檢查，在外傷顱內出血的病人有其必要，相關的醫學教科書上，亦有論述。但是安排重複執行電腦斷層的時機，並無明確規定，若又是考量健保是否給付的範圍，對醫師而言，也較欠缺期待可能性，更無規定術後數日內，即應再度檢查。而是否應該再度檢查的條件，為手術醫師經術後評估病人病情，並未達到術前預期的恢復狀況。與明顯的神經學變差的狀況，二者皆為主觀的判定，除了前者為手術醫師對於病人手術期待與衡量外，後者對於評定昏迷指數，更因評分個人的主觀認知與當時是否使用麻醉鎮靜藥物，而有不同。本文以為，無法即以此類主觀判定，為構成過失的證據與要件。

(四) 依此判決，倘使一位名醫年收入有 500 萬元，扣除 40% 綜所稅，實剩 300 萬元，全家不吃、不喝需要 11 年，才能還清不包括利息之賠償金額，是否會引起全國急重症醫師，處理病人時之防衛性措施(昏迷指數八到十分以下就乾脆不救了，或者告知急救後必定多是植物人)？而當病人有急重症送到急診時，就開始收集醫療人員有否疏失之證據，以備未來可能訴訟之用？

第五節 醫療過失刑罰的影響

第一項 可罰性與應罰性

刑法首要的目的是保護法益，但保護法益的方式並非專屬於刑法，應當只有其他處罰方式，均無以確保法秩序及社會和平時，方有動用刑法權的可能與必要⁴。因醫療瑕疵行為或過失行為致傷亡結果發生，為醫病雙方所不樂見者，然動輒以刑事訴訟手段為病人接受醫療時之防衛武器，是否

⁴ 參高金桂，刑事政策上關於犯罪化與除罪化問題，東海法學研究第十期，頁 183。

就能夠達到彌補病人、社會公義與刑法保護法益的目的？於是，本文以為對於醫療行為的「成罪化」，必須要有條件的審視以解決問題。

就刑事訴訟方面，當醫療過失發生，病人及家屬可依業務過失罪或業務過失致死罪提起自訴或告訴，並可提起附帶民事賠償。台灣自 2000 年起，醫療糾紛鑑定案件平均每天超過一件，每三個月就有一名醫師因醫療刑事案件被判決定罪，85%的台灣急診主治醫師認為「隨時可能爆發醫療糾紛」是工作壓力的主要來源⁵。根據報導，我國醫療糾紛以刑事訴訟方式處理之比例實在偏高，2010 年國內發生 477 件醫療訴訟案件，以刑事訴訟提出者有 385 件⁶，「我國醫療糾紛案件百分之八十以刑事訴訟提出，企圖「以刑逼民」威脅醫師，這在世界各國是絕無僅有的。各國多以民事訴訟處理醫療糾紛案件，美國一百年來只有一件醫療刑案且醫師敗訴，日本五十年來只有十件、二十一世紀以來也只一件醫療刑案醫師敗訴」⁷。林萍章醫師認為德、日等國刑法學界認為基於「合理信賴原則」及「可容許風險原則」，醫療過失應減輕或免除業務過失責任，英美等國則完全以民事訴訟來解決醫療糾紛。目前在各國的司法實踐上，已經很少以刑事責任的方式追究醫療過失，僅有少數國家以刑法規範醫療行為。我國醫療過失的刑事案件確佔所有醫療糾紛案件的大多數，成為「世界第一名」。從而，台灣醫師承受著全世界絕大多數醫師所不須承受的壓力，這是醫界難以接受的。台灣這種錯誤的制度只會造成病、法、醫三輸，並非台灣人民之福⁸。於是當醫療過失符合了可罰性之實質要件⁹時，應罰性之判斷，即為台灣醫療糾紛現狀，多以刑事方式究責，造成醫療人員工作上之心理負擔，進而醫病對立，沒有慈悲也無感恩之改善方向。

⁵ 台灣急診醫療糾紛現狀，急診醫學倫理及法律討論會，2010、6、15。

⁶ 參行政院衛生署醫審會統計資料，如附表二。

⁷ 醫療糾紛 民事代刑事，聯合報／林萍章／長庚大學醫學系教授，2008.01.22。
<http://udn.com/NEWS/OPINION/X1/4190754.shtml>，最後瀏覽日，2012、3、5。

⁸ 林萍章醫師，由實證研究看台灣醫療過失的刑事責任，長庚醫訊第三十卷第九期。

⁹ 參高金桂，前揭文，頁 183—185。認為：若將應罰性視為犯罪之第四要素，則認為構成要件該當性、違法性與罪責，乃可罰性之實質要件。若視可罰性為刑法上之優位概念，可罰性已經不是傳統犯罪論體系之獨立犯罪判斷要素，亦非在罪責之後的特別範疇，而是對整個犯罪論體系均具影響效應之刑法概念。

第二項 現今醫療過失刑罰的影響

迅速的經濟發展，知識流通便捷，讓民眾對於醫療滿足面的意識提高，醫療糾紛已經不只是發生醫療意外，可能連醫療人員的態度、病人候診的時間，都是引起糾紛之主因，漸漸地醫療專業已被歸入類似計程車或者飯店般的服務業，提供病人或家屬對醫療服務的滿足，加上無醫療意外，醫療人員或許才能免於被投訴。

與健保制度實行以前截然不同的，就是健保的「第三人付費制度」，致使病人及家屬期望得到最多的檢查與最好的治療，也讓醫療人員無法全盤答應，滿足病方所需，因為在這個制度之下，病人只要負擔極少的醫療費用，卻想要求最多的醫療給付，醫師則擔心健保局不核准給錢，而對檢查條件符合與否「再三審酌」。本文前述，美國醫療付款的問題，是病人與其保險公司的問題，於是醫師可憑其專業判斷，做任何病人應允的醫療行為，醫院不必擔心收不到醫療費用。按，第三人付費制度給付的對象應是「病方」，亦因我國現階段醫療付款制度之結果，導致許多不必要的醫病爭執，本文以為，此乃實務上醫療糾紛第一主因，之後才有應檢查而未檢查，導致病人不利益之危險結果。

於是許多醫療科別，因醫療糾紛頻傳而被歸為高風險，致使醫學系學生投入該科別醫療團隊之意願降低，造成這些所謂高風險科別醫師人力之不足，醫療品質也因此逐步下降，加上我國動輒以刑事訴訟解決醫療糾紛，在醫師感到專業自主的程度愈來愈少的狀況下，台灣的醫療環境將逐漸走向醫病雙輸¹⁰。具有風險的急診醫療行為，如何主張適度的規範急診醫師應為之標準行為，如何主張應適度減輕急診醫師醫療上非故意或重大過失之應罰性，實務面與法制面都是漫長需要磨合的路。

¹⁰ 台灣最高法院，九〇年上易字一二二一號判決，提及：「醫療過程一有傷亡結果之發生即課醫師以刑事處罰，則醫師為避免身陷違法之危險，必拒絕為病患進行任何有危險性之醫療行為，影響所及，病患之疾病因無醫師願採行危險醫療行為而無任何治癒之可能，如此結果，當非社會整體之福，亦非醫事刑事政策所欲達成之目的。」

為了儘量規避可能醫療糾紛，實務上就出現選擇病人的情況，一些醫院或醫師將病情較複雜的病人拒收或往他院轉送，影響病人權益。又醫師也因恐懼未知病情之不利益發展，逕而採取所謂「防衛性醫療」¹¹，也造成醫療浪費。因此本文認為，應當重新省思並真正踏實執行的醫事人員繼續教育，勿淪為繳錢、簽到、奉養學會之外，最重要的是參考英、美、日、德等先進國家，律定我國醫療糾紛刑事應罰性的界限，才是解決這一部分醫病關係問題之道。

第三項 醫療過失應否免除刑責之論點

觀美國法院審理醫療糾紛時，若為「一般過失」，通常以民法處理，若被認定是「重大過失」才以刑法起訴，如下列四點：(1)承辦醫療保險有詐欺行為；(2)對病人有性侵犯行為；(3)非法處方或使用管制藥品；(4)醫療行為嚴重地或故意地、且極端偏離執業標準。亦即美國必須因重大忽視醫學學理，或於治療的實施或選擇有重大過失，缺乏使用器械的技術，或對病人未有適當的注意，致對病人的人身安全有重大的缺乏專業能力、重大的不注意、或魯莽的漠不關心，方可構成刑事過失¹²。

我國法學界對於醫療行為之去刑化，數年來各有論見，主張醫師的醫療過失應免除刑事責任的意見，大多認為醫療過失應以民事賠償來代替刑事制裁¹³，認為：

- (1) 刑事訴訟程序複雜：醫師一旦涉及刑事訴訟，耗時費事，會減少醫護病人的時間，以後遇到類似的案例將不敢放手醫治，受害者還是病人本身。

¹¹ 當病人病況不明確致使醫療責任的不確定時，醫師會提高其醫療照顧水準，認為可以降低萬一遭遇訴訟時被法院認定有過失之機會，因此會有過度預防之傾向，增加檢驗的項目與診察之時間，以避免可能的過失責任，此稱為「正的防禦性醫療行為」。另有採取拒收某些病患，或迅速將病患轉診，或選擇低風險之執業科別，以避免有後續可能之過失責任，結果將影響特定病患之就醫機會與增加病患就醫之成本。參照陳榮基，台灣醫療糾紛的現況與處理（上），健康世界雜誌社，1993年9月，初版，頁41-42。

¹² 林萍章醫師，前揭文，長庚醫訊第三十卷第九期。

¹³ 蔡振修，「醫事過失犯罪專論」，增訂1版，2005年8月，第339-341頁之整理。

- (2) 醫師培植極不容易：從求學到完成訓練需要十多年的時間，若因不經意的過失而遭受牢獄之災，不只是個人的一大打擊，也是國家的一大損失。
- (3) 醫事屬於善意的工作：醫療行為是救人的善意工作，應以不罰為原則，醫療過失若以刑罰制裁，將使醫師過度緊張而不敢大膽的從事救人工作，使有獲救希望的病人陷於死亡。
- (4) 醫事常伴隨危險性：醫療行為的本身具有相當危險性，疏誤在所難免。以民事賠償填補被害人的損害最為合理，不應以刑罰加以制裁。

而主張醫師的醫療過失不應免除刑事責任的意見則為¹⁴：

- (1) 民刑事責任並行不悖：醫病關係的民事法律關係與刑事法律關係並行不悖，不能因為有民事關係就可以不論刑事關係，民事責任不可能轉換成刑事責任。
- (2) 法律平等的原則：刑法規定處罰的過失犯罪，所有的人都要受規範，對於醫師當然也不例外，否則將破壞法律之前人人平等的原則。況且從立法技術上，也不可能專為醫師的過失犯罪畫出一個例外不適用的地帶。
- (3) 生命絕對保護原則：生命身體法益是刑法必須保護的重要法益，刑法不可能只為醫事科技的發達而捨棄對生命生體的保護，因為刑法是採生命絕對保護原則。
- (4) 高危險性之行為反而不能免責：單純由於醫療行為有危險，並沒有充足的理由可以免除刑法的制裁，蓋因現代為數不少科技的運用都具有相當的危險性，其他領域並未因此得以免除規範之責任。問題恐怕不在於醫師應否負擔刑事責任，而是如何依據醫療行為的本質及危險性去決定醫療過失應負擔何種適當的法律責任。
- (5) 免除刑責將產生弊端：在某些醫學倫理不彰的地方，恐怕容易為少數「醫商」所濫用，即使草菅人命的醫療商業行為都敢從事。

¹⁴ 林山田，「審判？林山田談法論政」，初版第1刷，2000年3月，第179—190頁。

主張醫療過失除罪化的理由固非無見，理由多半基於維護醫師權益，但若以此理由說服社會讓醫療過失得以排除刑事責任，論理恐怕不夠充分。醫界所主張的理由中，認為連先進之美國都對於單純過失致傷害之部分不加處罰，台灣也應該比照辦理，將醫療單純過失部份予以除罪化。針對醫師族群特別立法免除其醫療過失之責任，不僅有違憲法上之平等原則的要求，也違反了刑法生命絕對保護的原則。

而本文認為維持醫療過失刑事責任的現狀，恐怕未來對於醫病雙方亦非維持公義的最佳選擇方式。重點不應該是著重於得否除罪化，應該回過頭來檢討現行學說及實務對於醫療過失刑事責任各個層次，包括構成要件、違法性、責任乃至於醫療鑑定等等的判斷標準，是否足夠清楚使醫師確實得知其執業風險的界線到底在哪裡？才不至於隨時有誤觸法網的疑慮。因此，本文立場並不主張醫療行為皆除罪去刑化，「維持刑罰」為醫療行為與倫理非價之處罰最嚴厲的手段，應有其絕對必要性。雖杜絕惡醫、庸醫並非一定非刑事制裁不可，但適當保留並重新界定刑罰應罰之適用範圍，應符合社會期待與公平正義。

第四項 醫療法第 82 條第 3 項之修訂

學者張明偉的論文分析單純過失為何不構成刑事責任，認為英美刑法的體系中，犯罪之概念亦包括主觀犯罪構成要件與客觀犯罪構成要件。唯有當兩者均具備時，被告才有可能負刑事責任。進言之，英美法認為構成刑事責任之過失與發生民事損害賠償責任之過失應加區別，即民事責任之產生以有單純過失即為已足，而刑事則非有輕率過失不足以構成責任¹⁵。

刑事責任是以行為之非難可能性為基礎，並非行為人一違反注意義務

¹⁵ 參照張明偉，美國對於過失醫療行為與刑事責任關係之探討，「過失醫療行為應否負刑事責任之探討」學術研討會論文集，2008 年 12 月 7 日，第 46 頁之整理。

之行為即當然成立犯罪，只有當行為人該當刑事過失以上程度之主觀犯罪構成要件時，其行為才有可能成立犯罪。於是，在主觀犯罪構成要件中，「故意」可謂係表現最高度之罪責，「輕率過失」所應受道義責難之程度，較次於故意，而應負刑責，為社會責難的結果。至於「單純過失」，則是對於犯罪事實欠缺認識，因自身之缺乏注意，導致發生法益侵害之結果，在責任上應可非議而得有刑罰之外的賠償或是補償機制，不應令行為人負刑責才是。

中華民國醫師公會全國聯合會，全力推動增訂醫療法第82條第3項條文，2011年6月5日邀集法律學者暨該會相關幹部，召開研商會議，參酌部分立委及法務部意見，以具體規範取代重大過失概念。結論修正醫療法第82條第3項條文為：「醫事人員執行業務，以故意或嚴重違反注意義務及偏離醫療常規致病人死傷者為限，負刑事責任¹⁶」。學界張孟源與盧言珮，在臺灣醫界，有醫療行為除罪化修正草案背景的精闢分析¹⁷，認為因為一

¹⁶ 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，台灣醫界 2011年7月，第54卷，頁40。「刑法設置之目的在於保護法益，然而與一般從事業務之人不同，以刑法不分輕重的課以醫事人員業務過失責任，並無法達到保護民眾生命身體安全之目的，反而造成防禦性醫療日益嚴重，重要專科醫師人力短缺。醫療原來很大程度就是在處理人力所不及的問題，然全面性不分輕重的刑責，令醫師不敢再甘冒風險的勇於救治病患。防禦性醫療的苦果，其實在日本已能得見，例如其於2006、2007、2008年皆有孕婦因院所缺乏足夠專業人力，不敢接治病人，而遭近十家或甚至十幾家醫院轉診，最後不治身亡之案例。」

¹⁷ 同上註，草案修正背景：一、民眾就醫環境每況愈下：醫療行為刑責規定是否明確的問題，乍看之下，似乎與民眾的醫療權益並無直接相關。然實際上，此問題卻正是令醫療環境每況愈下的元凶。須知，現行法律規範不分過失輕重，一律動用刑法處理，刑責又對個人生涯影響甚鉅，故而醫事人員只好藉著醫療行為的改變，避免事後可能面臨的過失責任(1)。例如在治療過程中，多作檢查以保周全、或對急診或複雜的重症，更加小心的權衡自己的能力及體力，在稍有力所不及之疑慮時即予建議轉診等。更嚴重的是無人願意涉足高風險的專科，內外兒婦的人力空窗，已非空談，而是每位民眾未來就醫時皆將面臨之窘境(2)。二、醫療糾紛無法解決：現行法律規範，造成廣泛以刑逼民之法現實，刑法成為索求賠償或和解之威嚇工具，卻仍無法徹底解決民眾於醫療糾紛中之損害賠償問題。畢竟，以刑事附帶民事訴訟之程序謀求損害賠償，對民眾而言，雖有其裁判費較為低廉、可由檢方負調查及舉證責任等優點，但同時亦有其缺點存在：1. 損賠之成立與否受刑事判決影響(3)：刑法與民法之目的本就截然不同，前者為保護法益；後者為填補損害。故而在刑法上與民法上應負之責任自然歧異，確定該責任歸屬之程序亦隨之不同。刑事訴訟須遵守無罪推定原則，任何人在證明其有罪之前，皆應推定其為無罪。不同於民事訴訟中須考量風險與責任之分擔，刑事訴訟之法官在為刑事判決時，須達無可置疑(beyond a reasonable doubt)之心證始可為有罪判決。透過刑事訴訟解決賠償糾

來，醫療刑責規範醫師，使得醫師採取防衛性醫療方式看診，造成民眾就醫環境每況愈下。再者，以刑逼民的醫療糾紛訴訟方式，無法解決當前困境。

本文以為，醫療法第 82 條第 3 項的出現，在一定程度上代表醫療人員承受壓力的極限所發出的不平之鳴。平心而論，對於傷病的變化與多樣性，將治療的責任盡皆由醫療人員承擔，甚至以刑罰相繩，忽略了醫療行為過程所有影響的要件，不但讓用心的醫師會有不如歸去之感，造成醫病關係的倒退，甚至影響到醫療的品質。而若將醫療過失全排除刑罰之適用，除對病人及家屬無法交代外，對刑罰的公平性而言，未免有違平等原則。因此，以醫療法第 82 條第 3 項適當限縮醫療人員過失刑罰責任，令醫療人員有所警惕之外，亦不致偏廢該有的刑責而不符社會期待。

第五項 有關醫療事故鑑定之疑問

法官對於訴訟案件做判決時，必須要有相當足夠的證據，讓法官形成確信之心證，檢察官亦是根據已經獲得之相當充分證據，方決定是否起訴被告。而現代醫學高度的專業發展，結果造成沒有全能的醫師，也就是說，任何醫師僅就其專科領域內，堪稱專家，在其他專科領域範圍，即難謂有

紛，反而使民眾經由勝訴獲得賠償的機率不高，行政院衛生署醫事處即於 100.4.29 衛生署召開之醫療法第 82 條修正草案座談會中報告，衛生署醫審會醫事鑑定小組每年約受理 560 件醫療糾紛鑑定案件，當中有 8 成採刑事途徑解決，當中未勝訴之案件約占 5/6(4)。此等低罪率的現況，同時更必然影響醫師庭外和解的金額與意願(5)。2. 對於訴訟之進行處於被動角色：水能載舟，亦能覆舟。刑事訴訟中，由檢方負調查及舉證責任，從某一方面而言，或許是減輕民眾舉證之負擔。但卻也同時意味著民眾對於該案情之證據調查情形，能主導甚或置喙的空間縮減。由財團法人台灣醫療改革基金會所製編之醫療爭議參考手冊中即明白表示，在此，於鑑定方面，檢察官可能只是將蒐集到的資料送交鑑定單位，並請求鑑定其認為有爭議的部分，鑑定結果未必能命中關鍵點的核心。且若當事人一開始對檢察官提出刑事告訴時，無法一針見血地提出疑點，一旦進入偵查階段後，告訴人對案情的發展只能被動的參與(6)。綜上所述，目前之法制規範不但令醫療品質與環境日趨惡劣，影響民眾就醫權益，同時就糾紛之解決，亦因未明顯體現刑事與民事之責任差異，致使民眾經由以刑逼民獲得賠償之效果有限。更甚言之，刑法保護法益之目的因此受到曲解，淪為民眾索賠工具。致使刑事救濟途徑濫用，民事責任功能不彰(7)。究竟該如何釐清醫療行為之刑事責任，讓該以刑責規範之行為受到應有之規範，讓該獲得損害賠償之民眾，回歸合適的民事程序取得合理損賠，則為目前修法所應致力之重點。

專門獨到之見解。執行醫療行為是如此，醫療事故鑑定亦是如此，更遑論及並無醫療專業背景之法官與檢察官。這樣的結果，恐怕會有事實認定錯誤或因果關係認定錯誤等問題，因此影響訴訟雙方當事人之權益與信賴。

在前文判決評析後對於鑑定的過程判決的結果，相信訴訟雙方當事人應有疑義。於1997年11月4日，衛生署發布「醫療糾紛鑑定作業要點」，作為醫審會辦理鑑定作業程序上之依據，並有以下之鑑定原則：(1)被動接受鑑定原則(2)不主動調查證據原則(3)初審醫師先行原則(4)公正客觀評議原則(5)秘密評議原則(6)評議結果共識決原則(7)書面回覆原則(8)無定期召開會議原則。時至今日，在實行醫療事故鑑定多年之後，亦發生許多問題，主要為詬病者有「成員專業度不足之問題」、「鑑定判斷標準之問題」、「程序保障不足之問題」、「到場報告、具結、詰問之問題」。

關於成員專業度不足之問題¹⁸，「醫事鑑定小組」雖置委員21至27人，成員除了不具民意代表、醫療法人代表身分之醫事專家學者外，為免醫醫相護，另外又就不具醫學專業之法學專家、學者及社會人士予以遴聘入內，甚至規定其中法學專家及社會人士之比例，不得少於3分之1。而刑事訴訟法第198條要求，鑑定人必須就所鑑定之事項，具備特別知識經驗者，始得任之，該未具備醫學專業知識之成員，是否能達到委託機關之要求實令人質疑。雖有14至21位委員具醫學背景，而醫療專科專業分別差異頗大，醫療鑑定所涉之專門知識類別，早已超過醫學被警委員之專業知識。

關於鑑定判斷標準之問題¹⁹，「鑑定作業要點」第16點之規定，委員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。而鑑定時所依據之「醫療水準」到底為何？所參考最新的醫學文獻以及醫界所公認之醫療常

¹⁸ 許義明，我國醫療鑑定之現況與檢討，萬國法律雜誌，第151期，2007年2月，第63頁。

¹⁹ 參林萍章，「醫醫相害」談醫療糾紛鑑定：以醫師刑事判決敗訴為例，「刑事醫療糾紛」學術研討會論文集，2008年1月19日，第22-23頁。

規，究應以國內標準決定即可，還是必須參考國際的標準？

關於程序保障不足之問題，鑑定委員評議時，不受理訴訟事件當事人之任一方到場陳述意見；並以委員達成一致之意見為鑑定意見，不另製作發言紀錄，且委員及初審醫師之身分不公開，其公正性遭受質疑，也無怪乎招致近似黑箱作業之批評。

關於到場報告、具結、詰問，鑑定委員之鑑定結論，多直接以書面回覆委託單位，雖依刑事訴訟法準用第 206 條第 3 項之規定，對於鑑定機關以書面報告者，於必要時才令其以言詞說明之，且實際上該傳喚鑑定人出庭亦有困難，致使要求鑑定人履行具結義務，及接受詰問之義務，成為空談。此等未經言詞審理，以供確保鑑定結論正確性之報告，是否具有證據能力，即有爭議²⁰。

依此，縱然鑑定結果已然發現案情之真實，法官亦參考鑑定報告而為適當判決。但整個鑑定過程，自始缺乏審理、無當事人陳述意見、無交互詰問，甚至質疑專業鑑定能力等問題，令人對於判決結果，不無遺憾。

²⁰ 參李佳玟，檢察一體原則與鑑定報告能力一評最高法院九十五年台上字第 6648 號刑事判決，月旦法學雜誌第 149 期，2007 年 10 月，第 249-258 頁。



第六章 結論與建議

第一節 結論

一、急診醫師應確實履行保證人義務

醫師之保證人地位，是代表醫師在面對自己的病人時，所處的地位及其應負的責任。只有處於保證人地位者，才能夠成為不純正不作為犯的行為主體。某醫療行為得否被論述有無不作為犯罪，以醫師已居於保證人地位致有作為義務為前提，而醫師之保證人地位，應始於醫病關係開始並持續存續中，此為「時間的範圍」。本於職責，醫師承擔了對於病人病症的醫治、防止惡化、排除既存風險的義務。對於急診醫師應負之保證人義務，本文整理如下：

(一)急診醫師的保證人地位之開始與中止

急診醫師的保證人地位，應該開始於診視病人並且接受病人，而為病人進行診療開始。若屬於急症病人，依照醫師法第 21 條及醫療法第 60 條第 1 項之規定，必須立即對病人有救助醫療行為。而非屬緊急病人，或是不屬於急診專科領域者，只要急診醫師接受並治療病人，而未請求其他醫師會診治療，或者將病人轉科，該急診醫師就因為自願承擔保護義務，具有保證人地位，必須對病人病情既存之風險有所防果作為。除了異常中止醫病關係之外，急診醫師保證人地位之中止於完成急診醫師之作為義務時，或是急診醫師已經完成初步診治，將病人順利交接給後續應該治療的專科醫師，形成保證人地位移轉之效果。

(二)急診醫師應盡之一般義務

基本上急診醫師診療病人時須盡一般醫師之義務，急診醫師對病人之保證人義務，因性質與急迫程度不同，應與一般醫師之保證人義務有異，急診醫師承擔急診病人緊急救治義務，不但是法所規定的職責，亦是基於

專業技術規範及醫療專業倫理而被期待應有之作為，急診醫師在通常一般情況下，即應切實執行急救。在急診醫師急救階段之保證人義務，應是醫師對於病人病況危急時的必須援救，而非必須達成所被期望的結果。

(三)急診醫師應適時請求其他專科醫師共同會診病人

急診醫師為病人診治後，發現有其他專科專業上的問題，無論是「協助診斷」或者是「請求治療」，應即時會診適當專科醫師前來診治，倘使急診醫師應當請求其他醫師會診共同醫治病人但卻不請求者，形同阻斷病人尋求其他專業治療之機會，若因此導致危險或不利益結果發生，便可能違反急診醫師之保證人義務。

(四)急診醫師應適時評估病人轉科或轉診之必要

急診醫師應適當拿捏病人是否有轉診之必要，除了尊重病人自主意願之外，因病人的病情多樣且複雜，或因已超出看診醫師的專業，或因醫療設備與人員之不足，造成診療困難的情形，急診醫師依自己經驗，認為該院已無法治療病人之疾病，即應以病人之利益為出發點，建議病人轉診至其他適當之醫療機構，並附上完整的就診參考資料。

(五)急診醫師應掌握並告知病人病情觀察的要點

對於病情的多變性，「觀察」是醫療行為極為重要的步驟，尤其在急診醫療面對未知的傷病，無論是留院觀察抑或是在家觀察，皆必須詳盡妥適交待病人與家屬，有關觀察的項目、範圍與可能的時間。對於急診醫師告知病人需要留院觀察時，亦須注意留院觀察前是否已有相當合適的作為，是否有留院觀察的目的、可能的變化與留院觀察的終止條件，並交待接班的醫師得以持續照護病人。

(六)急診醫師對病人為適當的衛教

急診醫師除須履行一般醫師對於所執行醫療行為之告知說明義務外，更重要的告知說明，是對病症發展的應注意事項之「衛教」說明，尤其是對准予離院或者是留在急診觀察的病人特別重要。至若醫師已盡告知說明病症之衛教而病人未為遵從者，基於其已違反信賴原則，亦因此解除醫師之保證人義務。

(七)急診醫師拒絕不適合急診就醫之病人應符合基本要件

急診科的屬性及宗旨，應當是處置緊急救護病人，一些非屬於緊急醫療情況的病人，急診醫師若是要接受看診，自是義務承擔，若是拒絕看診，亦非不可。對於不適合急診治療病人的拒絕，應當有相當的限制，否則不但罔顧真正需要緊急處置病人之權益，違反醫師的職責，而且在醫療倫理上，亦有道德上的指摘。因此，對於不適合急診就診的病人之拒絕，應當在一定的條件下，始得為之。基本要件如後：(1)需非緊急危急之病人，亦非符合急診醫療定義之病人。(2)非符合急診醫師醫療專長並為病人利益思考。(3)病人狀態或其家屬之行為危害急診醫療之安全，如酒醉鬧事病人。在外觀明顯判定，這病人並非有「立即而明顯的重大危險」，若無緊急救治之必要，不一定需要急診醫療，病人可於清醒後，自己選擇適當時間，前往醫療提供處所就診。(4)非為緊急醫療目的者。對於將病患轉科、轉診，亦應告知並說明理由，透過正確的說明和醫療上的指引，讓病人不會濫用或者誤用急診的醫療，讓病人得到最大的醫療利益，讓病人了解轉至正確的科別就診，有相當的醫療實質利益存在，更可以縮短診斷所耗費的時間，盡速治療，雖然暫時的門診等待，卻可以達到實質病人所需之醫療目的。

二、急診醫師保證人義務應有限制

通說之保證人地位，範圍相當廣闊，只要有法令依據即承認其地位。因此，就醫療過失行為而言，凡屬不作為的類型者，醫師亦可能成立保證

人地位。究竟醫師之任何不作為，是否皆該當於違犯保證人義務？本文認為急診醫師之保證人義務應有合理的界限，臚列如下：

(一)超越能力之負擔

醫療人員所為之救護行為，在其業務及能力範圍內，有相當程度的違法阻卻與容許性危險，但在超乎其能力負擔範圍者，亦應有相當防果作為。急診醫師並非全能，只能做初步或基本的控制風險之處置，無法處理其他專科醫師能力所能完全處理之傷病狀況，急診醫師所被期待者，應是盡力穩定病人的病情或生命徵象後，會診各相關次專科醫師協同救治病人，或者應在與病人及其家屬做適當說明之後，予以轉科或轉院治療，才是正確做法。對於非危急之病人，應該回到雙方締結契約之自由原則處理，也就是醫師可以拒絕非自己專業之非危急病人之處置。

(二)病方或第三人違背信賴原則

醫療行為要有一個好的效果，首先就應該仰賴病人及家屬的配合與協助，醫療行為的開始，應該要以信賴病人能為忠實陳述病情開始，若病人違反忠實陳述病情之義務，則醫師因該不實陳述，致失原應有的注意義務，便不能苛責醫師之過失。急診常有病人或家屬並不配合醫療之決意，或違反病人最大利益之情形，此時急診醫師必須先行注意是否已經做到下列義務：(1)已盡診查病人身體之義務。(2)已檢查所為檢查與所用藥品之適當性。(3)是否完成應告知說明的事項，包括衛教項目與需後續門診追蹤。(4)已盡防範危險結果發生的注意義務。而當病人或第三人確實違背信賴關係時，醫師對於病人所負擔的保證人義務，亦因上述違背信賴關係的結果而得以排除，而造成病人不利益結果的決定性原因行為，在醫療人員於善盡告知說明後，應由病人及第三人承擔責任。

(三)病方拒絕接受醫療

醫院在符合規定的情況下，可以提供病人進一步的檢查與治療，而病人或家屬拒絕時，本文建議參考美國相關作法履行以下步驟，方足認為醫療人員已經善盡告知義務：(1)必須通知病人或其另一家屬或代表人，並告知病人或其家屬拒絕的決定與不為進一步檢查或治療所帶來的風險、利益與不利益。(2)醫療人員再度收到病人或家屬代表人的另一次拒絕檢查或治療。(3)醫院必須保存此拒絕的書面簽名資料。所簽屬的拒絕檢查或治療之書面文件，應包括醫療行為事實過程、病人或其代表人之簽名、病人之病狀、建議檢查或治療、期待得到的結果、拒絕之後的風險與利益不利益。(4)護理記錄與醫師的病歷，必須包含整個過程之描述、檢查或治療的建議而被拒絕。

(四)義務衝突

急診會發生義務衝突之情況可能有二：(1)急診之急救設備與人員一時無法應付突然間進入的大量、嚴重且須急救之病人，在支援人員與設備到達之前，或有機會發生義務衝突之情況，這種義務衝突的機會較短暫，因為通常相當規模的醫院，應有啟動大量傷患支援系統，在後援尚未到達前，急診醫師尚可依義務衝突而為阻卻不作為之主張，若是沒有因應啟動支援機制，則應屬過失。(2)大量傷患皆須急救，但或因醫院規模較小或因深夜，無法臨時召回足夠設備與醫療人員，此時只有急診醫師一或二人獨撐急救病人，這樣的義務衝突發生的時間就會延長，造成病人不利益的後果與事後的糾紛也易發生。急診醫師面對義務衝突時，應可舉證於該時間內，得免除對被犧牲之法益的保證人義務。

三、醫療行為刑罰要件應合理檢視

醫師所從事的是降低風險之救人工作，但在我國健保第三人付費的制度下，保障病人就醫權利的意識高漲，保障病方則須多做檢查及加強治療，但在現今健保制度之下，醫師則按規定對檢查與治療項目加以審酌，於是醫病雙方常為了該不該檢查、要不要住院而紛爭不斷，致使醫病之間

關係日趨緊張，彼此沒有信賴，然後當醫療行為一有瑕疵，醫療人員便可能受到刑事責任訴追。這絕對是個惡性循環，刑罰應是最後制裁之嚴厲手段，而非恐嚇醫療人員的招牌。

構成要件方面，應分就主觀及客觀要件加以討論。「醫療過失主觀要件」為注意義務的違反，包括結果預見義務及危險迴避義務的違反。結果預見義務的違反，必須醫師主觀上要有預見的可能性，而應以「一般執行該專科醫療業務者」之平均標準認定較為妥當；危險迴避義務的違反，必須醫師有迴避的可能性。「醫療過失客觀要件」包括行為主體、行為及因果關係。行為主體原則上以醫師為主，但不限於具有正式資格者為限，在我國採行專科醫師制度的前提下，不具備有該專科醫師資格之行為人，評價上亦不會有所不同。醫療行為包含「治療性」及「非治療性」二者，前者具有醫療目的且為實際之醫治行為及用藥行為；而後者，包括實驗性醫療行為及其他非以治療或預防疾病的醫療行為，例如割雙眼皮等美容整型手術。而醫療因果關係，通說應以相當因果關係理論較為可採。因此，醫療行為是否該當刑罰，首須檢視是否符合構成要件該當，如本文前述之高血壓性腦溢血病人，與單純外傷並無相當因果關係，屬構成要件之不該當；但若非整形外科醫師，卻為病人行隆乳手術而有瑕疵，則必須依一般整形外科醫師之平均醫療水準檢視之。

違法性方面，應分就法定阻卻違法事由及超法規阻卻違法事由檢視。醫療行為的法定阻卻違法事由包括「依法令之行為」、「業務上正當之行為」及「緊急避難」。依法令之行為，醫療行為應符合醫師法、醫療法、安寧緩和醫療條例、人體器官移植條例…等醫療法規；業務上正當之行為，醫療行為必須在臨床醫療實務所認可的範圍之內，施行方法也必須遵循臨床實務之規則，即醫療行為必須符合國內平均「醫療水準」之要求，醫療行為始有符合業務上正當行為；在重視病人自主決定權的今日，審視業務上正當行為時，「告知後同意原則」對於取得執行醫療業務之正當性與合法性，亦應考慮；在緊急避難的部份，是否客觀上必須有避難情狀的存在？因避免病人生命身體急迫危難，所執行的緊急醫療行為是否適當？何種病

人被視為有接受急救之必要？醫療上怎樣的緊急避難行為方屬合法？而醫療行為的超法規阻卻違法事由，則如前文所述，包括告知後同意原則、同意書的簽具、緊急病情推測之承諾與義務衝突等，皆須檢視執行之醫療行為是否具備違法性，而無法就構成要件該當，即推測行為符合違法要件。

責任方面，說明醫療過失之刑事責任時，應就醫師執行某醫療行為是否有期待可能性加以討論，於本文前述，若屬於高度其他專科的問題，而病人或其家屬逕將病人送到急診，如半夜送來的是眼球破裂病人，而醫院又無眼科值班若受訴醫師，急診醫師只能為基本之處理後，將病人轉至能即時處理病人之醫療院所，此時對於眼球傷害之處置，急診醫師即無期待可能性而不會因此有刑罰。至於不法意識方面，倘使醫師故意致使醫療傷害行為，如「假罹癌真開刀」案件，受有刑責則屬應報。另有責任能力、責任型態，則非所論。

本文以為，若未來修法，必不致將醫療過失完全除罪，完全除罪，勢必增加民事賠償的價額與成數，對於醫療人員並未減輕心理與實質上的負擔，故主張醫療過失是否該當刑罰之檢視，期待能依事實與現實條件，審酌行為過程是否在客觀上注意義務的偏離達到明顯重大的程度，而非受有刑罰不足以承擔過失責任與賠償？又倘若通過醫療法第 82 條第 3 項，亦應有合理的配套，賠償或者補償病方之傷害與損失。至於，有謂「罪刑協商制度」、「緩起訴制度」、「醫療強制責任險」，甚至縮短醫療糾紛民事訴訟案件之處理流程…等，應是未來處理醫療糾紛合理且雙贏的方向。

四、醫療過失鑑定應透明合理

依社會衡平觀念，行為人僅對自己之意思所為之行為致發生損害時，始負賠償責任。非因加害人故意或過失行為，若仍強令加害人負責，顯然過度加重行為人之負擔，而失去權利義務之衡平。但在醫療事故發生時，已顯出理論失靈之現象，究其原因可為「醫療行為的高危險性」、「過失舉證之困難」、「訴訟之拖延」。醫療過失案件事涉專業，法院於判斷醫護人

員刑事責任是否成立時，常因欠缺相關專門知識，而需仰仗鑑定人之協助，在實際的情形上，我國醫療糾紛鑑定作業以「機關鑑定」為主，「個人鑑定」實為少數，考其原因恐係害怕個人鑑定無法擺脫人情壓力或有遭受外界不當干擾所致。

本文以為，除了應有真正醫事專業法庭與具備醫學專業知識的法官，為醫療事故糾紛案件做客觀公平的審判之外，認為若要鑑定過程與結果透明合理，必須有如下改善：(1)具備醫學專業之鑑定人，應該多遴聘該案所涵蓋之相關專業醫師共同評議，而非具醫學專業的委員，應僅就非醫學專業之醫療過程，為是否具有過失分別評議，方符合公正性與專業性。(2)所謂「醫療水準」，係指判斷具體個案醫療行為之施行，是否符合多數相關專業醫師客觀化及普及化之水準，與社會及法律所期待之可達成水準，做為鑑定醫療過失之判斷標準。(3)基於訴訟程序之保障，應給予訴訟雙方當事人到場陳述意見，雖目前有醫學專業鑑定人身分曝光等技術問題，應得以第三人代為詢問與接受意見陳述，以保障訴訟當事人。

第二節 建議

一、真正醫事專業法庭的必要

醫療糾紛案件繁雜且事涉專業，長期以來，醫療民事爭訟及刑事犯罪訴訟，要求法官能精通案件之專業知識，妥適迅速審理，實際上有其困難。以本文前述判決為例，一宗訴訟動輒纏訟七、八年而尚未終止，對於醫病雙方而言，身心靈都是折磨！如何而讓相同的專業訴訟案件能妥適審理，有合理判決，使訴訟過程品質與裁判效率提升？設立醫療專業法庭，是必要的第一步。

1999年7月政府召開全國司法改革會議，提到「法官專業化」的議題，曾經有如下決議：「法官應就不同專門領域案件，依具體情況，設專門法院或法庭，並使法官久任其位」。至於醫事訴訟設立專業法庭之依據，醫

療法第 83 條即有明示：「…應指定法院設立專業醫事法庭…」¹，俾使辦理醫療相關訴訟之法官，具有較審理一般案件更高之專業知識與經驗。直至今日，或許有人質疑是不是只在政策上設立專業法庭？而有專業之名，並無專業之實。部分地方法院設置醫療專庭，但法官並未專職久任，大多請醫師對法官做基本的醫療訓練課程而已，無法期待成為醫事專家。多數法官仍依醫療鑑定而為判決，鑑定人也不到庭接受雙方當事人詰問²。於是，專業法庭與鑑定制度之瑕疵，已見一斑，否則怎能一宗案件動輒耗費近十年的光陰，並且判決令局外人都不服。若然如此，只需有專業精準的鑑定單位與專家證人就好，何必大費周章宣達專業法庭之決心？

自 2005 年設置醫療專業法庭，希望藉由充實法官醫療專業知識，以提升品質與裁判合理性，實現司法之公平正義。改革至今，訴訟案件若深入醫療專業領域，雖當事人充分準備攻擊或防禦方法，或許法官仍無法明白，甚至烏龍判決亦有所聞。因此，醫療專業法庭功能的彰顯，仍必須建立在以下四點：(一)培養法官醫事專業能力。(二)實施專業法官參與醫事專業法庭審理並久任之具體措施。(三)醫師參審制度的實施。(四)培養並延攬醫事及法律雙領域專才人士，進入專業法庭審判的殿堂。

二、醫事專業法官之建議

司法院九十一年度邀請醫藥界參與司法改革座談會，即建議「建請司法院儘速籌設醫事專業法庭，延攬具法律與醫療雙領域專才，負責審理醫療糾紛案件，並請法官多充實醫學專業知識。」點出了長期以來醫療糾紛訴訟判決，被醫病雙方詬病之處方。學者對於法界與醫界人士思考方式之不同有如下精闢之論述：「…醫學和法學的隔閡甚大，醫學採歸納法思考，一件醫療行為若有百分之五的合併症，醫師會認為有冒險救助生命的價值，但法學採演繹法思考，會認為明知有百分之五的危險，仍執意冒險，有未必

¹ 醫療法第 83 條：「司法院應指定法院設立醫事專業法庭，由具有醫事相關專業知識或審判經驗之法官，辦理醫事糾紛訴訟案件。」

² 黃瑞明律師，由民間觀點看專業法庭與專業法官

www.ias.sinica.edu.tw/upload/webstyle_default/20090704-2-1-2.pdf

最後瀏覽日 2012-3-28。

故意殺人罪嫌。若無橋樑溝通，法官不但無法盡窺醫學全貌，不知醫療行為的執著和苦心，斷章取義一味苦苦相逼，只是造成醫療生態丕變，醫療退步，絕非人民百姓之福。³」因此，若醫事專業法庭做成的判決，仍令人對公平合理性有疑義培養，並延攬具足法律與醫療雙領域專才，是否較有品質與效率，並具更多的說服力？

法官於法律之外，若要培養如同專科醫師之專業程度，雖然可以讓法官嫻熟醫療領域之問題，但至少需要十五年的努力(包括七年的醫學院學習，以及約八年的醫療臨床經驗)，才趨成熟。若非如此，其第二專業程度會有侷限，難以取代真正的專家的斷定。然，法官每次判決的背後，對於同類型的醫糾案件，無疑的累積了社會脈動的力量。因此主審法官的態度與其人文素養，便相形重要⁴。如本文第四篇判決評析乙案，醫療爭議的背面是否考慮到真正社會正義的均衡？而真正的專業法官，不是只有嫻熟法律條文，應是對被審判的醫療背景、當時處境有所了解，並引以為審理之參考、裁判之因素，才堪稱專業，並符合真正的公平正義。

改善此等問題的具體方法，必須先行要求相關司法從業人員提升醫療鑑定之相關知識，除了延攬具足法律與醫療雙領域專才之外，以律師承辦醫療過失案件而言，應了解實務處理該類案件之運作方式，包括處理醫療糾紛之訴訟上及訴訟外的方法，與同道相互交流承辦案件經驗，在第一時間釐清相關案情，對當事人提出訴訟上或訴訟外救濟方式之建議。對於檢

³ 高添富，從醫師觀點看醫療訴訟，文中提及黃麟倫法官對於醫療糾紛刑事判決的理由，說明黃法官虛懷若谷、悲天憫人，具足人文素養：「黃麟倫法官在台灣基隆地方法院 89 年訴字 749 號業務過失致死刑事判決理由中，即寫到：『惟審酌被告行醫多年，且從事者係危險性甚高，但對病患生命至為重要之腦神經外科，而其以往之行醫績效良好，救人無數，此次雖偶因醫療上未斟完善，而成憾事，惟誠如本件醫審會第二次鑑定所言後顱窩腦損傷在醫學上本就是危險性相當高，雖經積極搶救仍不一定能挽救病患之生命，且此類型病患在病發初期之症狀並不明顯嚴重，且在最後常造成突發性之死亡。因此針對危險性如此高之腦傷病例，若要求醫師擔負過高刑事責任，則不僅失之苛刻，更將損及優秀醫師從事此等極具重要性之醫學領域之意願，此當非社會之福。』一針見血，指出醫療訴訟中，每每因要求醫師擔負過高刑事責任而使優秀醫師避險就輕，爭相選擇低危險科別，影響醫療生態甚鉅的後遺症。」

www.drkao.com/3rd_site/3_2/0230.htm

最後瀏覽日 2012-3-28。

⁴ 黃瑞明律師，前揭文。

察官與法官，應加強醫療鑑定之相關背景知識，對於醫療事故應如何提出問題，對於鑑定內容應如何解讀。不要單純假設某種情況，以免鑑定意見造成偏差。

醫療過失案件之審判，法官多不具有醫療專業背景，對於判斷鑑定意見是否採信，常感困難，甚至自由心證可能受到錯誤的鑑定意見所誤導，而專家參審之建議，不但可以彌補法官醫療專業知識的不足，且參與審判，可以協助法官清楚掌握案情，作合理的判斷與評價，可以使判決更具公正性與說服力，甚至專家參與協助檢察官調查案情，以發現真實，還給醫病雙方乾淨的信賴空間。

三、容許風險的量化

過失責任的量化，基本上是不容易的，除了必須真正以客觀的角度分析整個事件背景與始末之外，風險責任分配承擔、量化成數比例拿捏，最常引起不同意見。在醫療行為中，可能疑似造成病人不利益結果而有民刑事訴訟時，客觀分析整個醫療事件始末與背景，將醫療行為造成之風險與造成不利益結果之所有原因行為，透明、公平、合理的嘗試將風險予以量化，包括產生風險責任與容許風險比例，一方面可以在是否該當符合容許風險，於刑事上免除過失責任；另一方面可以在民事過失賠償中，有合於比例原則的賠償金額，方不至於發生救人的醫師，承擔了遠比車禍肇事者更重的賠償義務，而形成不公平的判決，甚至於未來若有醫療補償制度，補償金額來源比例的分配，及至「代償請求」的基礎，風險責任的量化，亦有其參考價值

準此，雖「具體」量化風險不易，嘗試「抽象」的將風險量化，應可為思考之方向。本文以外傷車禍之醫療事故為例，病人最後不利益醫療結果之發生，最大風險製造之原因行為應該是車禍肇事(不一定有相對肇事責任人)，醫師只是實行期望降低原風險的行為，倘使在該醫療行為中，加深了風險結果，亦非醫師所願，應無由醫師承擔大部分責任之理，原風

險製造者，該分擔的風險責任至少已經是一半。然傷勢造成的結果，即便醫療人員竭盡全力且毫無過失的情況之下，經客觀評估最多只能恢復五成者，若不幸因醫療事故加深原有風險，疑似有過失之醫療人員，亦應僅就原風險責任剩餘一半之最多五成負責(無法期待經治療而回復原狀之故)。舉例以民事賠償要求五千萬元新台幣說明，肇事者至少應佔一半以上過失之責(故意者則應依判決加重之)，應至少分擔二千五百萬元之賠償，而最初病症或傷勢經客觀評估最多只能恢復五成者，倘使醫療人員有100%過失，則應負擔二千五百萬元之五成，即一千二百五十萬元賠償，而若醫療人員經評估有60%過失，則應負擔一千二百五十萬元之60%，即七百五十萬元，絕非要求五千萬元的60%之三千萬元。

	考量風險責任前	考量風險後之量化責任
原告要求金額	5000 萬元	5000 萬元
肇事者(不一定有相對人)應承擔之風險責任	未明示	應至少一半 即量化為 2500 萬元
被害人送醫後客觀期待能回復的最佳狀況	未考慮(甚至期待能經過醫療回復原狀者)	客觀評估假設有五成 即 1250 萬元 (醫療人員最多僅就剩餘之五成承擔風險責任)
經鑑定後醫療人員之過失	假設佔 60%	假設佔 60% 即上述剩餘應承擔責任 1250 萬元之 60%
醫療人員應負擔之賠償額	3000 萬元	750 萬元
彌補受害人之非關醫療人員責任的補償制度	無	應設計由保險及相關形成問題之稅捐提撥(不應由醫療人員或國庫支付)，如導因於酒駕之於酒捐；酒精性疾病之於酒捐；因工廠汙染致病之於處

		罰汙染原工廠；肺癌之於菸捐…等等
--	--	------------------

因此，抽象量化醫療事故風險的方向建議應有：

- (一) 原造成風險之責任，應至少佔 50% ，視鑑定原因行為而有所增減。
- (二) 原風險發生後，經醫療而期待可能之最佳恢復狀況比率，此應為醫療事故發生時，醫療人員最高承擔風險責任之比率。並可發展醫療相關之「代償請求」制度，例如酒駕傷人或酒精性肝病之於酒商的酒捐，一方面可以補償被害人，一方面可以補貼健保財源。
- (三) 醫療事故鑑定，因醫療人員過失致使無法達到原期待最佳狀況之責任比率，應為醫療人員負擔最高賠償額之比率。





附件一

依據民國 95.04.14 日行政院衛生署衛署醫字第 0950204989 號公告及民國 96.10.16 日行政院衛生署衛署醫字第 0960208150 號公告急診醫學科專科醫師訓練課程基準如下：本課程訓練完成所需時間為 4 年

訓練年	訓練項目 (課程)	訓練時間	評核標準 (方法)	備註
第 1 年 (PGY1)	3 個月 一般醫學實務訓練 社區醫學基本課程 社區醫學相關選修	依本署訂定畢業後一般醫學訓練內	學習護照 (由衛生署委託財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會訂定)	
	3 個月 一般內科	容及時間辦理 (詳如附件)		
	6 個月 (一) 成人急診醫學 1. 學習基本及進階呼吸道處置技術。 2. 辨認造成心臟停止之心律不整種類及標準急救流程之診治能力。 3. 學習心臟停止及其恢復心跳後之急救治療藥物使用原則，途徑與劑量；終止急救的適當時機。 4. 學習評估、穩定、治療及適當處置休克病患。 5. 學習判讀各種檢查結果 (如：實驗室檢查、心電圖及胸部 X 光等	3 個月	1. 完成學習護照。 2. 每週參與急診病例、文獻、死亡個案、或聯合討論會 2 小時以上且有會議記錄。 3. 每年應進行 3-6 個案寫作報告之訓練，內容包括： (1) 病患照顧 ^{註 1} 。 (2) 醫療專業知識 ^{註 2} 。	一、在急診醫學專業課程架構下強化醫學倫理及法律與專業知識之整合學習： 1. 與急診醫學相關的基本倫理原則。 2. 以醫學倫理原則作為特定病患臨床決

訓練年	訓練項目 (課程)	訓練時間	評核標準 (方法)	備註
	<p>)。</p> <p>6. 學習急診醫學基本概念、如何詢問病史及理學檢查之一般知識，以便對常見急診內科病患進行有系統之評估，這些病患包括胸腔系統、消化系統、一般血液疾病、免疫系統、常見系統性感染疾病、腎疾病、內分泌及代謝疾病、及呼吸道疾病等。</p> <p>7. 學習新興傳染疾病感染管制之監控與處置流程，以及急診醫療系統在整個醫療防疫計畫之角色。</p> <p>(二) 外科學</p> <p>1. 瞭解一般常見的外科急症。</p> <p>2. 學習常見外科疾病的病史詢問、理學檢查技巧、流程技術、及全面性評估能力。</p> <p>3. 學習急性腹痛患者之初步診治與會診，並能判斷進行外科手術之必要</p>	<p>1 個月</p> <p>2 個月</p>	<p>(3) 執行業務之學習及改善^{註3}。</p> <p>(4) 人際溝通技巧^{註4}。</p> <p>(5) 職業技術與道德^{註5}。</p> <p>(6) 系統下執業^{註6}。</p> <p>三項以上之任選組合。</p> <p>4. 每年有客觀評估臨床能力的方法，如 Mini-C. E. X. (mini-clinical examination exercise)、OSCE (Objective Structured Clinical Examination) 或其他客觀評估方式確保教</p>	<p>策之依據。</p> <p>3. 學習與急診醫學相關的基本法律原則。</p> <p>4. 學習與急診醫學相關的法律和醫學倫理原則之異同。</p> <p>二、臨床實務訓練及討論會均以實證醫學、醫療品質與成本有效性 (cost-effectiveness) 為導向與依據。</p> <p>三、呼吸道處置技術方面應將麻醉科列</p>

訓練年	訓練項目（課程）	訓練時間	評核標準 （方法）	備註
	<p>性。</p> <p>4. 學習緊急手術患者術前與術後之照護原則。</p> <p>5. 學習做有效的傷口評估與處置技巧。</p> <p>6. 學習對常見外科傷口做適當的創傷包紮及縫合技巧。</p> <p>7. 學習對外科傷患使用適當疼痛控制模式。</p> <p>8. 學習有效記錄外傷病患外科傷口之技巧。</p> <p>9. 學習外傷病患處置後之轉診技巧。</p> <p>（三）兒科學</p> <p>1. 學習嬰兒/小兒急救技巧。</p> <p>2. 學習兒科學基本概念、如何詢問病史及理學檢查之一般知識，以便對常見兒科急症病患進行有系統之評估，這些病患包括神經系統、胸腔系統、消化系統、一般血液疾病、免疫系統、常見系統性感染疾病、腎疾病、內分泌及代謝</p>		學品質。	<p>入訓練場所之一。</p> <p>四、外科及兒科由各醫院規劃訓練場所（以一般外科、整形外科、一般兒科病房、兒科加護病房、或門診尤佳），以完成規範訓練項目之實務訓練。</p>

訓練年	訓練項目 (課程)	訓練時間	評核標準 (方法)	備註
	<p>疾病、及呼吸道疾病等。</p> <p>3. 學習處理兒童急診及創傷之臨床及特殊問題，包括診斷與治療。</p>			
第 2 年	<p>(一) 成人急診醫學</p> <p>1. 學習與心臟疾病相關症狀 (如胸痛、氣喘、無力、心悸等) 之鑑別診斷能力。</p> <p>2. 學習早期診斷並穩定處置急性冠狀動脈症候群及心肌梗塞病患以及血栓溶解劑之使用時機。</p> <p>3. 熟悉心臟急救相關的技巧：靜脈導管、中央靜脈壓監測、心包膜液抽取術、心臟去顫術、Swan- ganz 導管置放術及超音波評估。</p> <p>4. 學習對各種常見具有嚴重臨床表徵且非外傷科</p>	4 個月	<p>1. 完成學習護照。</p> <p>2. 每週參與急診病例、文獻、死亡個案、或聯合討論會 2 小時以上且有會議記錄。</p> <p>3. 每年應進行 3-6 個案寫作報告之訓練，內容包括：</p> <p>(1) 病患照顧。</p> <p>(2) 醫療專業知識。</p> <p>(3) 執行業務</p>	<p>一、第二年、第三年及第四年訓練課程，必要時可微調。</p> <p>二、耳鼻喉/眼科之訓練場所，以門診及急診會診比例各半，以完成規範訓練項目之實務訓練。</p>

訓練年	訓練項目 (課程)	訓練時間	評核標準 (方法)	備註
	<p>之病患進行有系統之評估、診察、與處置。這些病患包括：神經系統、心臟系統、胸腔系統、消化系統、一般血液疾病、免疫系統、常見系統性感染疾病、腎疾病、內分泌及代謝疾病、及呼吸道疾病等。</p> <p>5. 學習創傷病患照護的原則 (包括困難呼吸道及手術呼吸道之處置、評估與穩定病患), 及有確定性診斷後, 醫院內後續有效率照護的組織架構與處理模式。</p> <p>6. 學習應用診斷性影像檢查來評估創傷患者。</p> <p>7. 學習到院前創傷照護原則, 包括救護車與空中轉運服務在此系統之角色與定位。</p> <p>8. 學習評估並處置肌肉及骨骼外傷。</p> <p>9. 學習肌肉及骨骼傷痛病患之急性與慢性疼痛處置原則。</p>	1 個月	<p>之學習及改善。</p> <p>(4) 人際間溝通技巧。</p> <p>(5) 職業技術與道德。</p> <p>(6) 系統下執業。</p> <p>三項以上之任選組合。</p> <p>4. 每年有客觀評估臨床能力的方法, 如 Mini-C. E. X. (mini-clinical examination exercise)、OSCE (Objective Structured Clinical Examination) 或其他客觀評估方式確保教學品質。</p>	<p>三、重症醫學訓練得由各訓練醫院安排於急診加護病房、內科加護病房、外科加護病房、心臟科加護病房及其他加護病房中施行。</p> <p>四、緊急醫療救護體系、災難醫學、影像醫學、超音波、毒物學等訓練課程, 各醫院可提出分散訓練計畫模式, 經學會甄審委員會認可後,</p>

訓練年	訓練項目 (課程)	訓練時間	評核標準 (方法)	備註
	<p>(二) 兒科學</p> <p>1. 學習嬰兒/小兒急救技巧。</p> <p>2. 學習兒科學基本概念、如何詢問病史及理學檢查之一般知識，以便對急診部門常見兒科急症病患進行有系統之評估，這些病患包括神經系統、胸腔系統、心臟及循環系統、消化系統、一般血液疾病、免疫系統、常見系統性感 染疾病、腎疾病、內分泌及代謝疾病、皮膚疾病、骨骼及軟組織疾病、及呼吸道疾病等。</p> <p>3. 學習處理兒童急診及創傷之臨床及特殊問題，包括診斷與治療。</p> <p>(三) 神經科</p> <p>1. 學習詳盡且正確的神經學檢查與評估。</p> <p>2. 學習判斷神經系統傷害部位，及應用診斷工具來診治神經學上之病灶部位。</p> <p>3. 學習利用影像學檢查來</p>	<p>1 個月</p> <p>1 個月</p> <p>1 個月</p>		<p>方可執行。</p> <p>五、曾接受其他專科臨床訓練三年期滿後，轉急診醫學科接受急診醫學臨床訓練者，仍須依本基準之規定安排訓練課程，其於其他專科臨床訓練中，所接受之訓練符合本基準之訓練項目者，可抵扣訓練時間，最多以十二個月為限。</p>

訓練年	訓練項目 (課程)	訓練時間	評核標準 (方法)	備註
	<p>診斷神經疾病或傷害， 以及如何治療大腦 、脊髓、脊椎、或週邊 神經病變 。</p> <p>(四) 影像醫學</p> <p>1. 學習急診常用影像學檢 查，包括 ：胸部 X 光片、KUB、頸 胸及腰椎、頭部、四肢 骨骼、骨盤等 X 光片判 讀。</p> <p>2. 學習判讀頭部、胸部、1 個月 腹部及軟組織等常見疾 病之電腦斷層掃描影 像。</p> <p>(五) 外科學</p> <p>1. 瞭解一般常見的外科急 症。 1 個月</p> <p>2. 學習常見外科疾病的病 史詢問、理學檢查技 巧、流程技術、及全面 性評估能力。 1 個月</p> <p>3. 學習急性腹痛患者之初 步診治與會診，並能判 斷進行外科手術之必要 性。</p> <p>4. 學習緊急手術患者術前</p>			

訓練年	訓練項目（課程）	訓練時間	評核標準 （方法）	備註
	<p>與術後之照護原則。</p> <p>5. 學習做有效的傷口評估與處置技巧。</p> <p>6. 學習對常見外科傷口做適當的創傷包紮及縫合技巧。</p> <p>7. 學習對外科傷患使用適當疼痛控制模式。</p> <p>8. 學習有效記錄外傷病患外科傷口之技巧。</p> <p>9. 學習外傷病患處置後之轉診技巧。</p> <p>（六）耳鼻喉科</p> <p>1. 學習評估及處置頭頸部常見疾病、上呼吸道疾病、及臉部創傷。</p> <p>2. 學習使用合適的影像診斷工具來評估頭頸部病變。</p> <p>（七）眼科</p> <p>1. 學習診斷及治療急性視力喪失。</p> <p>2. 學習評估並處置常見眼科症狀及眼部創傷。</p> <p>（八）重症醫學</p> <p>1. 培養快速診斷、處置與</p>	1 個月		

訓練年	訓練項目 (課程)	訓練時間	評核標準 (方法)	備註
	<p>穩定重症患者之能力。</p> <p>2. 學習與重症患者相關之呼吸、心臟血管、腎臟、神經、創傷、休克、中毒、敗血症、心衰竭、呼吸衰竭等病態生理學與治療。</p> <p>3. 學習血液動力學監測與處置之能力。</p> <p>4. 學習處理重症病患所需使用的診斷和治療工具的適應症與技巧。</p> <p>(九) 自選科 由各訓練醫院自行排定與急診相關課程。</p>			
第 3 年	<p>(一) 成人急診醫學</p> <p>1. 學習熟練且快速的評估、診斷、穩定、處置、及轉診危急重症病患。</p> <p>2. 學習具多種重症且急性病患相關的呼吸、心臟血管、腎臟、神經、創傷、毒物、休克、敗血症、心臟衰竭及呼吸衰竭的臨床評估、診斷、治療原則與技巧。</p> <p>3. 學習老年人急性問題全面性處理原則，包括執</p>	5 個月	<p>1. 完成學習護照。</p> <p>2. 每週參與急診病例、文獻、死亡個案、或聯合討論會 2 小時以上且有會議記錄。</p> <p>3. 每年應進行 3-6 個案寫作報告之訓練，內容包括： (1) 病患照顧。</p>	<p>一、第二年、第三年及第四年訓練課程，必要時可微調。</p> <p>二、耳鼻喉/眼科之訓練場所，以門診及急診會診比例各半</p>

訓練年	訓練項目（課程）	訓練時間	評核標準 （方法）	備註
	<p>行醫療中道德的原則，如預立遺囑與維生治療等。</p> <p>4. 學習各種環境急症及職業傷害，如：蒸氣及化學燒灼、電氣傷害（包括電擊）輻射傷害、低體溫與凍傷、熱傷害、溺斃及溺水、壓力變化傷害、高山症等之臨床評估、診斷、治療原則與技巧。</p> <p>（二）兒童急診醫學</p> <p>1. 學習嬰兒/小兒急救技巧。</p> <p>2. 學習兒科學基本概念、如何詢問病史及理學檢查之一般知識，以便對急診部門常見兒科急症病患進行有系統之評估，這些病患包括神經系統、胸腔系統、心臟及循環系統、消化系統、一般血液疾病、免疫系統、常見系統性感染疾病、腎疾病、內分泌及代謝疾病、皮膚疾病、骨骼及軟組織疾</p>	<p>1 個月</p> <p>1 個月</p>	<p>(2) 醫療專業知識。</p> <p>(3) 執行業務之學習及改善。</p> <p>(4) 人際間溝通技巧。</p> <p>(5) 職業技術與道德。</p> <p>(6) 系統下執業。</p> <p>三項以上之任選組合。</p> <p>4. 每年有客觀評估臨床能力的方法，如 Mini-C. E. X. (mini-clinical examination exercise)、OSCE (Objective Structured Clinical Examination) 或其他客觀評</p>	<p>，以完成規範訓練項目之實務訓練。</p> <p>三、重症醫學訓練得由各訓練醫院安排於急診加護病房、內科加護病房、外科加護病房、心臟科加護病房及其他加護病房中施行。</p> <p>四、緊急醫療救護體系、災難醫學、影像醫學、超音波、毒物學等訓練課程</p> <p>，各醫院可提出分散</p>

訓練年	訓練項目（課程）	訓練時間	評核標準 （方法）	備註
	<p>病、及呼吸道疾病等。</p> <p>3. 學習處理兒童急診及創傷之臨床及特殊問題，包括診斷與治療。</p> <p>（三）精神科</p> <p>1. 學習急診各種常見精神藥物之使用。</p> <p>2. 學習各種精神病患之訪談技巧。</p> <p>3. 學習具暴力傾向病患之處置原則。</p> <p>4. 緊急或常規會診精神科醫師之各種適應症。</p> <p>（四）重症醫學</p> <p>1. 培養快速診斷、處置與穩定重症患者之能力。</p> <p>2. 學習與重症患者相關之呼吸、心臟血管、腎臟、神經、創傷、休克、中毒、敗血症、心衰竭、呼吸衰竭等病態生理學與治療。</p> <p>3. 學習血液動力學監測與處置之能力。</p> <p>4. 學習處理重症病患所使用的診斷和治療工具的適應症與技巧。</p>	<p>1 個月</p> <p>1 個月</p> <p>1 個月</p> <p>1 個月</p>	<p>估方式確保教學品質。</p>	<p>訓練計畫模式，經學會甄審委員會認可後，方可執行。</p> <p>五、曾接受其他專科臨床訓練三年期滿後，轉急診醫學臨床訓練者，仍須依本基準之規定安排訓練課程，其於其他專科臨床訓練中，所接受之訓練符合本基準之訓練項目者，可抵扣</p>

訓練年	訓練項目 (課程)	訓練時間	評核標準 (方法)	備註
	<p>(五) 緊急救護體系</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 學習到院前緊急醫療救護的基本組織架構、救護系統運作、及醫學法律原則。 2. 學習到院前檢傷分類及緊急醫療救護運送病患之原則。 3. 學習各層級救護技術員之教育需求及技術水準。 <p>(六) 超音波</p> <p>學習判讀常見胸或腹部疾病之超音波檢查結果。</p> <p>(七) 毒物學</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 學習對急性中毒病患作適當的病史詢問及理學檢查，特別強調重要臨床中毒症候群 (toxidromes) 之確認。 2. 學習對急性中毒病患一般性處理原則，包括穩定生命跡象及去污。 3. 學習運用其他相關醫療服務 (如毒物實驗室及毒物中心) 來協助處理 	1 個月		<p>訓練時間，最多以十二個月為限。</p>

訓練年	訓練項目 (課程)	訓練時間	評核標準 (方法)	備註
	<p>急性中毒病患。</p> <p>4. 學習特殊中毒處置療法，如解毒劑、血液透析及高壓氧之使用時機與適應症。</p> <p>5. 學習到院前常見毒化災事件之處置原則。</p> <p>6. 學習社會上常見藥物濫用或職業所引起中毒處置原則。</p> <p>(八) 自選科別 由各訓練醫院自行排定與急診相關課程。</p>			
第 4 年	<p>(一) 成人急診醫學</p> <p>1. 學習熟練且快速的評估、診斷、穩定、處置、及轉診危急重症病患。</p> <p>2. 學習具多種重症且急性病患相關的呼吸、心臟血管、腎臟、神經、創傷、毒物、休克、敗血症、心臟衰竭及呼吸衰竭的臨床評估、診斷、治療原則與技巧。</p> <p>3. 學習老年人急性問題全面性處理原則，包括執行醫療中道德的原則，如預立遺囑與維生治療</p>	6 個月	<p>1. 完成學習護照。</p> <p>2. 每週參與急診病例、文獻、死亡個案、或聯合討論會 2 小時以上且有會議記錄。</p> <p>3. 每年應進行 3-6 個案寫作報告之訓練，內容包括： (1) 病患照顧。 (2) 醫療專業知識。</p>	<p>一、第二年、第三年及第四年訓練課程，必要時可微調。</p> <p>二、耳鼻喉/眼科之訓練場所，以門診及急診會診比例各半，以完成規範訓練項</p>

訓練年	訓練項目 (課程)	訓練時間	評核標準 (方法)	備註
	<p>等。</p> <p>4. 學習各種環境急症及職業傷害，如：蒸氣及化學燒灼、電氣傷害（包括電擊）輻射傷害、低體溫與凍傷、熱傷害、溺斃及溺水、壓力變化傷害、高山症等之臨床評估、診斷、治療原則與技巧。</p> <p>5. 學習個別醫院急診系統領導和管理基本原理、品質提昇和危機處理計劃及應用。</p> <p>6. 熟悉醫院急診部的功能及其與其他部門的關係。</p> <p>7. 瞭解各認證與評鑑單位的功能及其與急診醫學的關係。</p> <p>(二) 兒童急診醫學</p> <p>1. 學習嬰兒/小兒急救技巧。</p> <p>2. 學習兒科學基本概念、如何詢問病史及理學檢查之一般知識，以便對急診部門常見兒科急症病患進行有系統之評</p>	<p>1 個月</p> <p>1 個月</p> <p>2 個月</p>	<p>(3) 執行業務之學習及改善。</p> <p>(4) 人際間溝通技巧。</p> <p>(5) 職業技術與道德。</p> <p>(6) 系統下執業。</p> <p>三項以上之任選組合。</p> <p>4. 每年有客觀評估臨床能力的方法，如 Mini-C. E. X. (mini-clinical examination exercise)、OSCE (Objective Structured Clinical Examination) 或其他客觀評估方式確保教</p>	<p>目之實務訓練。</p> <p>三、重症醫學訓練得由各訓練醫院安排於急診加護病房、內科加護病房、外科加護病房、心臟科加護病房及其他加護病房中施行。</p> <p>四、緊急醫療救護體系、災難醫學、影像醫學、超音波、毒物學等訓練課程，各醫院可提出分散訓練計畫模式，經學會甄審委</p>

訓練年	訓練項目（課程）	訓練時間	評核標準 （方法）	備註
	<p>估，這些病患包括神經系統、胸腔系統、心臟及循環系統、消化系統、一般血液疾病、免疫系統、常見系統性感染疾病、腎疾病、內分泌及代謝疾病、皮膚疾病、骨骼及軟組織疾病、及呼吸道疾病等。</p> <p>3. 學習處理兒童急診及創傷之臨床及特殊問題，包括診斷與治療。</p> <p>（三）災難醫學 學習災難處置的基本原則。</p> <p>（四）重症醫學</p> <p>1. 培養快速診斷、處置與穩定重症患者之能力。</p> <p>2. 學習與重症患者相關之呼吸、心臟血管、腎臟、神經、創傷、休克、中毒、敗血症、心衰竭、呼吸衰竭等病態生理學與治療。</p> <p>3. 學習血液動力學監測與處置之能力。</p> <p>4. 學習處理重症病患所需使用的診斷和治療工具</p>	2 個月	學品質。	<p>員會認可後，方可執行。</p> <p>五、第四年之急診醫學訓練由各訓練醫院予以安排加強次專長訓練。</p> <p>六、曾接受其他專科臨床訓練三年期滿後，轉急診醫學科接受急診醫學臨床訓練者，仍須依本基準之規定安排訓練課程，其於其他專科臨床訓練中，</p>

訓練年	訓練項目（課程）	訓練時間	評核標準 （方法）	備註
	的適應症與技巧。 （五）自選科別 由各訓練醫院自行排定與 急診相關課程。			所接受之 訓練符合 本基準之 訓練項目 者，可抵扣 訓練時間，最多以 十二個月 為限。

註：

1. 病患照顧 (patient care)：照顧及尊重行為，訪談技巧，告知決定，完成病患處置計畫，並教育病患及家屬，完成身體檢查等步驟，完成醫療步驟，團隊工作表現。
2. 醫療專業知識 (medical knowledge)：查詢與分析邏輯，基礎科學的知識與運用。
3. 執行業務之學習與改善 (practice-based learning and improvement)：分析個人執業中需的項目，使用科學性研究證據，研究及統計方法之應用，使用資訊科技，教學傳授。
4. 人際間溝通技巧 (interpersonal and communication skills)：與病患間治療關係之配合，技巧。
5. 職業技術與道德 (professionalism)：尊重利他，道德性健全執業，對文化、年齡、性別、問題的敏感性。
6. 系統下執業 (system-based practice)：瞭解個人執業與大系統間相互關係，執業與傳遞系知識，經濟效益的病患照顧，對病患在健保體制下的建議。

附件二

醫療訴訟性質統計表

統計區間：民國 076 年～民國 099 年

時間	訴訟性質			
	刑事	民事	其他	合計
99 年	385	91	1	477
98 年	408	136	1	546
97 年	350	98	0	450
96 年	292	73	0	367
95 年	329	80	3	416
94 年	293	77	3	373
93 年	366	71	6	443
92 年	396	51	4	457
91 年	366	71	11	456
90 年	280	54	12	366
89 年	307	43	13	383
88 年	258	46	14	332
87 年	235	37	1	287
86 年	223	24	2	260
85 年	190	19	7	234
84 年	117	35	9	194
83 年	102	49	10	191
82 年	100	15	6	140

81 年	132	10	13	165
80 年	114	5	9	128
79 年	117	7	3	127
78 年	130	6	14	150
77 年	129	10	24	163
76 年	128	4	13	145
合計	5747	1112	179	7250

註 1：前年度之部分案件尚未完成審議，故未列入統計。

註 2：所有案件均為已結案，歸屬年度以發函日為準。

註 3：「其他」欄：包含「其他」、「不詳」。

資料來源：行政院衛生署>本署各單位>醫事處>業務資訊>醫療糾紛、鑑定案件、人民醫事爭議陳情處理等相關事務 >>>再進入訴訟性質統計表

<https://mcais.doh.gov.tw/public/PubReport3.aspx>



參考資料

書籍

- 王澤鑑，「侵權行為法」第一冊，三民書局，1998年1月。
- 史尚寬，「債法各論(上冊)」，自刊，1986年11月版。
- 甘添貴，刑法總論講義，瑞興圖書1992年9月再版。
- 朱柏松，「消費者保護法論」，翰蘆圖書，1998年初版。
- 林誠二，「民法債編各論(中冊)」，瑞興圖書，2002年初版。
- 林山田教授，刑法通論下冊，2008年1月，增訂十版。
- 林山田，「審判？林山田談法論政」，初版第1刷，2000年3月。
- 林東茂，刑法綜覽，一品，6版，2009年9月。
- 邱聰智，醫療過失與侵權行為，「民法研究」，五南圖書，2000年2版。
- 邱聰智，「新訂債法各論(中冊)」，元照出版，2002年初版。
- 陳志華，中華民國憲法概要，三民書局，2005年4月初版。
- 曾淑瑜，醫療過失與醫療義務，「醫療過失與因果關係(上冊)」，翰蘆圖書，1998年初版。
- 曾淑瑜，醫療過失與因果關係，2007年。
- 黃默夫，基礎行政法25講，修訂五版，三民書局經銷。
- 黃丁全，「醫事法」，元照出版社，2000年版。
- 張麗卿，刑法總則理論與運用 五南出版社 2007年9月修訂版。
- 孫森焱，「民法債編總論(上冊)」，2002年。
- 蔡振修，醫事過失犯罪專論，自版，九十四年八月增訂一版。
- 蔡維音，社會國之法理基礎，2001年7月1版。
- 蔡墩銘，醫事刑法要論，二版，2005年。
- 鄭逸哲，法學三段論法下的刑法與刑法基本句型，二版
- EMERGENCY MEDICINE MANUAL， SIXTH EDITION， Mc Graw Hill companies。

期刊論文

王皇玉，「醫療行為於刑法上的評價——以患者之自己決定權為中心」，國立台灣大學法研所碩士論文，1995。

王富強，強制醫療的法律觀，醫事法學第7卷第4期。

王祖寵，醫師之民事過失責任，法令月刊第21卷1期，1970年。

林文燦，陳威宇，鄭建鑫，陳慧敏以本體論為基之檢傷分類支援機制——以台灣某醫學中心急診醫學部為例，中華民國品質學會第43屆年會暨第13屆全國品質管理研討會。

林瓊茹，以醫師觀點探討急診病患再回診原因之質性研究，義守大學醫務管理系2008年碩士論文。

林谷燕，「醫療與人權——從法學觀點探討醫病關係」，碩士論文，1993。

林洲富，探討消費者保護法對醫療行為之適用，國立中正大學碩士論文，2002年。

林萍章，由實證研究看台灣醫療過失的刑事責任，長庚醫訊第三十卷第九期。

林萍章，「醫醫相害」談醫療糾紛鑑定：以醫師刑事判決敗訴為例，「刑事醫療糾紛」學術研討會論文集，2008年1月19日，第22-23頁。

李佳玟，檢察一體原則與鑑定報告能力——評最高法院九十五年台上字第6648號刑事判決，月旦法學雜誌第149期，2007年10月，第249-258頁。

李昂杰，保證人地位，成功大學法研所2001年碩士論文。

李明濱，病人自主與知情同意，收錄於《醫學教育》，1997年12月，第1卷，第4期。

吳正吉，「醫師的基本法律權利與義務」，醫事法學1卷1期，1985。

吳正吉，「台灣醫療消費者權利」，醫事法學雜誌，1987年。

吳正吉，「醫療人權之抬頭與病人醫療上之訴求」，醫事法學4卷1期，1991。

吳志正，「醫療契約論」，東吳大學法研所，碩士論文。

吳全峰、黃文鴻，從醫療人權之角度論全民健康保險強制納保制度之爭

- 議，國立陽明大學衛生福利研究所。
- 陳子平，醫療上「充分說明與同意（informed consent）」之法理，收錄於《東吳大學法律學報》，2000年2月，第12卷，第1期。
- 陳駿宏，知情同意原則於急診臨床之適用，2010逢甲大學財經法律研究所，碩士論文。
- 陳怡安，「全民健康保險規範下之醫療關係」，東吳大學法研所碩士論文，1996。
- 陳碧玉，醫療關係之法律性質，法學叢刊第83期，1976年。
- 陳榮基，台灣醫療糾紛的現況與處理（上），健康世界雜誌社，1993年9月，初版。
- 周敏郎，醫師的保證人地位，台灣醫界2009, Vol. 52, No. 5。
- 張明偉，美國對於過失醫療行為與刑事責任關係之探討，「過失醫療行為應否負刑事責任之探討」學術研討會論文集，2008年12月7日。
- 張櫻馨，醫療義務與拒絕醫療權衝突時之刑法評價，2011年，國立成功大學科法所碩士論文。
- 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，台灣醫界2011年7月，第54卷。
- 許玉秀，主觀與客觀之間，基本論點刑法，法學書院，1992年3月。
- 許玉秀，前行為保證人類型的生存權？—與加重結果犯的比較，春風煦日論壇，1997年9月。
- 許義明，我國醫療鑑定之現況與檢討，萬國法律雜誌，第151期，2007年2月，第63頁。
- 許碧芳，蔡玟純，急診醫護人員與急診病人對「病人參與就醫安全」的認知與態度之研究，元培科技大學經營管理研究所。
- 高金桂，刑事政策上關於犯罪化與除罪化問題，東海法學研究第十期。
- 高金桂，不作為過失犯，評台中地方法院九十九年度易字第三六一二號刑事判決，月旦裁判時報，第十期，2011年八月出版。
- 楊秀儀，誰來同意？誰作決定？—從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察，收錄於《台灣法學會學報》，1999年11月，第20期。

楊志良，全民健康保險的若干迷思，常春月刊，99年8月刊。

楊建華，不純正不作為犯、結果加重犯在立法例上與德日等國比較，軍法專刊，第二十三卷第六期。

彭常榮，勞動者爭議行為合法性研究—以醫師罷工為中心，中原大學財經法律所碩士論文。

柳硯濤、劉宏渭，行政受意權研究，法學論壇，2006年，第2期摘要。

黃榮堅，論保證人地位，法令月刊第四十六卷第二期。

黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第125期。

劉幸義，不純正不作為犯的防止結果義務，台灣本土法學雜誌，40期，2002.11。

劉士煒，醫療瑕疵行為之刑事責任，國立中正大學法研所碩士論文。

管高岳，不作為犯的刑事責任，現代刑事法與刑事責任，1997年。

葉文正 醫師不作為醫療的刑法問題 國立成功大學碩士論文。

蔡宏昭，「醫療倫理與病人權利」，出自「醫療福利政策」，1989年。

蔡麗玲，「高雄市急診醫療之疾病分佈與再診率之分析」，高雄醫學大學公共衛生研究所。

蔡志宏，刑法上義務衝突之研究，台北大學法研所，2003年碩士論文。

蕭淑芬，東海大學法律學系，論基本權核心概念之規範——一個比較法學的觀察。東海大學法學研究第十九期，2003.12。

台灣急診醫療糾紛現狀，急診醫學倫理及法律討論會，2010、6、15。

法規函釋

最高法院 65 年台上第 1978 號判決

最高法院 77 年台上字第 1876 號民事判決

最高法院 81 年台上字第 437 號判決。

最高法院 82 年度台上字第 267 號民事裁判

最高法院 85 年度台上字第 2727 號判決

最高法院 88 年台上字第 1852 號刑事判決

最高法院 90 年上易字 1221 號判決

最高法院 92 年度台上字第 1057 號民事裁判

臺灣高等法院 91 年度上更(一)字第 796 號刑事判決

臺灣高等法院臺中分院 92 年度上字第 121 號民事判決

臺灣高等法院 100 年度上易字第 326 號刑事判決

臺灣臺中地方法院 90 年度重訴字第 1045 號民事判決等

台灣基隆地方法院 95 年易字第 223 號刑事判決

行政院衛生署，中華民國七十七年六月二十九日行政院衛生署（77）衛署醫字第 742060 號令訂定發布，專科醫師分科及甄審辦法。

行政院衛生署，民國八十一年八月十一日衛署醫字第八一五六五一四號函釋。

中央健康保險局 99 年 2 月 25 日健保審字第 0990074102 號函令修正，全民健康保險醫院醫療費用審查注意事項。

司法院釋字第 533 號解釋

緊急醫療救護法

醫師法

醫療法

道路交通管理處罰條例第 62 條第 1 項

海商法第 102 條

安寧緩和醫療條例第 71 條第 5 項

優生健保法