

醫療業務過失與刑事責任

甘添貴

- 一、前言
- 二、告知義務與病患自主決定權
- 三、業務過失致死傷罪
 - (一)客觀注意義務的內涵
 - (二)客觀注意義務的根據
 - (三)客觀注意義務的標準
 - (四)說明義務與注意義務的關係
- 四、業務正當行為的內涵
 - (一)以醫療常規標準
 - (二)緊急避難或推定承諾
- 五、結語

再依被告服務的單位來分類，醫學中心佔最多數，共有 110 人，其次是區域醫院 70 人、地區醫院 58 人、診所 55 人。而醫師被告所屬的科別以外科最多，共計 82 人，其次是內科 64 人、婦產科 50 人、急診醫學科 40 人、骨科 23 人、小兒科 10 人。在這獲得有罪判決的 80 名被告中，平均刑期是 0.56 年，約 6 個月，有罪的被告大多數都被判緩刑或者得易科罰金，真正入監服刑的少之又少，80 人中又有 64 人不用入監服刑。每個案件從醫療糾紛發生，一直到第一審法院判決為止，平均需時 3.12 年。所以論文結論說，刑事醫療糾紛案件定罪率太低是一大特色，第二特色是訴訟耗時冗長，平均約 3 年的時間才會完成一審判決，這是一個非常客觀的數據。

對於醫療過失案件造成醫界的恐慌，法界早已有將其除罪化的聲音，但是問題並非如此簡單，因為各行各業中都同樣會有業務上過失行為，並非僅有醫師才會有過失行為，那同樣皆有過失時，為何獨有醫生能夠除罪，而排除其它行業？又應如何去說服其他行業？所以除罪化這個方向是頗窒礙難行。

有主張除罪化者舉其他國家之例表示，在美國醫療業務過失不負刑責，只負民事賠償責任而已。但仔細探究其法規，有重大業務過失時仍須負刑責，只是它們法院實務上盡量朝民事責任賠償方向去走。

因為考慮到公平性，醫師醫療業務過失要除罪化，可能根本做不到。個人認為應朝修法的方式來解決。我刑法將過失分為「普通過失」與「業務過失」，而業務過失之處罰又較普通過失為重，如此規定並不合理。

一、前言

記得數年前曾經有一位榮總的醫師在某個學術研討會時，起身發言且語帶哽咽地說，他有 5 位醫師同學，其中有 2 位被判有罪在監獄服刑。當時在場的醫師聽了之後，莫不覺得人人自危，但以法學之角度來看，真的有如此危言聳聽嗎？果真如此，還會有誰想從事醫生這職業呢？

實際上，我手邊有個非常客觀的數據。數據的來源是幾個月前，陽明大學有位研究生，請我當他的碩士論文口試委員，他用非常科學的方法，以各地法院的判決書為研究對象，統計 89 年 1 月 1 日至 97 年 6 月 30 日，8 年的時間，223 個醫療糾紛的判決，其中有 312 個被告是醫師，但只有 80 名醫師被告被判有罪，其他 232 名被告都獲判無罪。可見醫療糾紛被判有罪的數據並非如此危言聳聽，醫師也非犯罪的第九行業。

舉例來說，同樣是開車，不管是一般人或者計程車司機，都必須避免撞及他人。只要開車上路就一定要注意行人的安全，為何計程車司機處罰就要比一般人重，所憑理由為何？因此個人未來努力的方向，是要將過失同民法一般，分為「普通過失」與「重大過失」兩種，若為普通過失，盡量不以刑法追究。若為重大過失就須負擔刑責，舉例來說：醫療上給錯藥、打錯針，係屬重大過失，因為人命關天。如果醫師所犯者為普通過失，考量每個人的病情錯綜複雜，情況各異，若要求醫師不容許出任何差錯，有稍微的疏失就要負刑事責任，那對醫生來說也太嚴苛了。

二、告知義務與病患自主決定權

再提到「告知義務」，醫療法及醫師法皆有明文規定，一般法院的見解皆認為醫師只要盡到告知義務，就無庸負刑事責任。但試想下列兩種情況，一、醫師雖然對病患盡了告知義務，但看診時卻馬虎，導致病人死亡；二、相反的，醫師雖然未盡告知義務，但實施診療行為時皆能謹慎為之，並符合醫療常規，上述兩種情況，何者須負刑事責任？所以所謂醫師未盡告知義務即要負過失責任的見解是有謬誤的。

長期以來，在傳統醫學上，醫師與病人間一直存在著不平衡的關係，醫師因具有醫學的專業知識、技術與經驗，而病人對於醫學多屬門外漢，所以醫師往往不問病人的意思如何，就憑其專業判斷，對於病人實施各種醫療行為。醫師所遵循的各種倫理規範，或醫師所應秉持的專業素養，均以醫師的角度作思考，忽視病人於醫療倫理上的地位以及病人對於身體所擁有的自主權。此種以「以醫師為本位」的思維模式，充分展現了所謂父權的權威思想。

二次戰後，隨著人權思想的日益高漲，

為保障人民的基本權利，維護個人的人性尊嚴，逐漸強調個人的主體性，認為病人對於醫療擁有「自主決定權」，任何具有侵襲性的醫療行為，均須獲得病人的同意，始可為之；同時，自個人「自主決定權」抬頭後，醫師與病人的關係日益緊張，為減少醫病間的摩擦與紛爭，一般認為在法律上有必要以病人的同意，作為改善與增進醫病間關係的控制閥。因此，以「病人為本位」的思維模式，遂逐漸成為目前醫事人員的基本倫理守則。

我醫療法，隨著醫病關係的思潮發展，為展現以「病人為本位」的思維模式，尊重病人的「自主決定權」，規定醫師於實施手術時，應向病人說明手術原因、手術成功率或可能發生的併發症及危險，並經其同意，始得為之¹。同時規定醫師於實施侵入性檢查或治療時，應向病人說明，並經其同意，始得為之。不過，如醫師未向病人說明，或未獲病人同意，或違反病人意思，而實施手術或侵入性檢查或治療時，醫療法固有處罰的規定，但因此而產生的醫療糾紛，則時有所聞，且日漸增多的案例，增加醫病間的摩擦與緊張。此種醫療糾紛，究應如何適用法律加以處理？醫師是否應負刑事責任？實有加以深入探討之必要。

先舉幾個例子供各位思考。第一個例子是不久前才發生的，各位可能記憶猶新，有一位中年婦女某一日晚上，到朋友家拜訪，車子停在地下室停車場，離開時，地下停車場之升降器突然故障停在一半，她的大腿夾在升降器與牆壁之間，因痛苦而哀嚎，救難人員無計可施，只好請來當地一名外科醫生，外科醫師向她表示要切除大腿始能保住性命，婦人極力反對，最後醫生仍違反她的意思切除了她的腿，但也

因此保住了其性命，請問醫生是否要負刑事責任？

第二個例子是，有一位少女左側乳房得了乳癌，她也同意切除乳房割除癌細胞，醫師在實施麻醉昏迷時，發現癌細胞已擴散至右側乳房，同時病人也陷入昏迷之中，而無法徵求其同意，因此只好擅作主割除其右側乳房，少女甦醒之後發現兩側乳房皆被切除，便控告該醫師重傷害，未經同意而切除其右乳房，在此情形下，醫師是否要負傷害刑事責任？

第三個例子，跟我們這個主題有非常密切的關係，一個糖尿病病患，在醫院住了一段時間，醫生在他病情稍微改善之後，准許他出院，出院之前，醫護人員也跟他做了各種衛教。但卻疏忽告知其要定時定量的用餐，以及血糖降低時，要減低劑量。該病患回家後，皆遵守護理人員之叮嚀，但卻沒有定時定量的用餐，以及血糖降低時，要減低劑量。結果血糖降低之後，突然引發急性猛爆性糖尿病。該病患因此成為植物人狀態，醫生以及護理人員須否負刑事責任？

三、業務過失致死傷罪

(一) 客觀注意義務的內涵

業務過失致死傷罪，須醫師違反客觀的注意義務，有疏失行為，導致病人發生死傷的結果，始能成立。所以，業務過失致死傷罪的成立，須具備三大要件：(1) 須有業務上的過失行為，(2) 須有死傷的結果發生，(3) 須業務過失行為與死傷結果具有相當因果關係。

1. 民事責任與刑事責任之差異

就相當因果關係之判斷而言，因刑事責任與民事責任的法律效果不同，因此相當因果關係之判斷也不同；民事責任重在損害賠償，而刑事責任則是用刑罰來制裁。2者最大的區別，就是刑事責任著重在主觀責任，而民事責任則著重在結果責任。何謂主觀責任？一個人主觀上必須具有故意或過失時，其行為始須負刑事責任。如果沒有故意、過失，則完全不負任何刑責。至於民事責任，著重在結果，故意或過失並不重要。所以第一個差別就是主觀責任和結果責任的區別。

第二個區別是個人責任與團體責任，刑事責任強調每個人只對自己的行為負責，對別人的行為一概不負責任。民事責任則強調團體的連帶責任，所以一個未成年人侵害他人權利而須負民事責任時，其法定代理人也要連帶負責，刑事與民事責任的最大區別就在這兩點上面。因為2者法律效果不同，所以在判斷有無因果關係時，刑事較民事嚴謹。

另外，我們常看到醫療糾紛案件，函請醫事鑑定委員會鑑定行為人須否負過失責任或有無相當因果關係。但值得注意的是，過失與相當因果關係皆是法律概念。醫師只認定事實不適用法律，適用法律是法官的職責。又疏失與過失之區別為何？疏失是一個不小心的行為，是一個事實，過失則是一個法律概念，也就是應注意能注意而不注意，所以鑑定委員會只能認定有無疏失，而不能認定有無過失。

因果關係與相當因果關係不同，因果關係不僅是刑法在用、民法在用，各行各

1 醫療法第 63 條第 1 項規定「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。」；第 64 條第 1 項亦規定「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。」

業都在用，就因果輪迴而言，也是一種因果關係。但是相當因果關係則不一樣，舉個例子：假設甲把乙殺傷使乙住院，剛好醫院失火把乙燒死了，請問乙的死亡跟甲殺傷乙的行為有無因果關係，當然有因果關係，假若乙沒有被甲殺傷，就不會住院而被燒死。由於因果關係的判斷範圍不能太過於廣泛，否則責任將會無窮無盡，因此刑法著重在判斷有無相當因果關係，法官判斷行為與結果的關連性時也應用相當因果關係。相當因果關係是按照人類從事社會生活的經驗加以觀察，通常有此行為出現時，即有極高的可能性會出現此結果。

醫師是否有業務上的過失行為，取決於醫師有否違反客觀的注意義務，致其行為有疏失。

所謂違反客觀注意義務就是違反應注意的義務，不注意就是疏忽，就是有過失。刑法第 13 條即將過失定義為「應注意，能注意，而不注意」。條文言簡意賅，就是有否違反客觀注意義務，注意也有主觀和客觀之分，所謂客觀並非科學實證立場的客觀，而是從社會上一般人的立場來觀察的客觀。主觀則是以個人的情形來觀察，舉個例子，任何一個交通駕駛人在馬路上開車，交通法規有明文規定，經過斑馬線如果有行人通行的話，駕駛人就要減速慢行或者停車禮讓行人優先通過，這是大家都知道的規定，交通法規要求駕駛人停車讓行人優先通過的規範，不是針對特定駕駛人作規範，而是對所有駕駛人都適用，所以此規範係屬客觀的。

此外，若某駕駛人經過斑馬線時，沒有減速因而致行人於死，是因為駕駛人要踩煞車時，突然腳部抽筋，導致煞車不及而把行人撞死，這是屬於主觀。要求駕駛

人是客觀的，行為人個人的情形則是主觀的，法律上客觀、主觀就是如此區分。

2. 結果預見義務與結果迴避義務

注意義務的內涵，包含結果預見義務與結果迴避義務二種情形在內。通常所謂客觀的注意義務，係由以一般人為判斷標準的結果預見義務與結果迴避義務所組成。

結果預見義務，乃預見醫療可能發生危險或實害結果的義務。結果預見義務，係以對於結果之預見可能性為核心。所謂預見可能性，乃指預見醫療可能發生危險或實害結果之可能性。

結果迴避義務，則係迴避醫療可能發生危險或實害結果的義務。結果迴避義務，係以對於結果之迴避可能性為核心。所謂迴避可能性，乃指迴避醫療可能發生危險或實害結果之可能性。

舉例說明何謂預見與迴避，假設甲開車進入小巷，在遠處就看見有 3、4 位小孩在路邊打球，一般駕駛人可預見的是如果球滾到路中央，小孩會跑到馬路中央撿球，按照原來的速度甲將會撞上撿球的小孩，這就是預見。當我們看到小孩出來撿球時，減速慢行，避免萬一小孩衝出馬路撿球而被撞上，這就是迴避義務。

許多法院判決只論及有無違反預見義務，這是不夠的，還須加入迴避義務。例如醫生替病患動手術之前，判斷手術成功的機率只有三、四成，則其因手術失敗而死亡是可預見的，所以醫生應是要避免一切可能死亡的結果發生，迴避義務比預見義務更為重要。所以客觀注意的內容包含這兩個。醫生要不要負業務上的過失行為，完全決定在醫師有無違反客觀注意義務，如果沒有違反，那他就無過失可言了。

3. 司法實務見解

在司法實務上，法院亦曾對於醫師違

反結果預見義務與結果迴避義務的內涵作過深入的說明。例如，板橋地方法院 90 年度訴字第 608 號判決認為：「醫師對其醫療行為之結果應為檢查得為預見而不為檢查或不為預見、對其醫療行為所生不必要之損害能避免而不加避免、於發現未預見情況時能中止其醫療行為以免損害擴大而不加中止、對醫療過程中應加處置且能處置以減低病患之損害或痛苦而不為之、限於設備或能力無法提供完整治療即應建議轉診而未為之等，不論出於其作為或不作為，均屬違反注意義務而有過失」²。該判決要旨，可作為醫師是否違反結果預見義務與結果迴避義務的參考。

（二）客觀注意義務的根據

客觀注意義務的根據，不以法令有明文規定者為限。醫學與法律學等社會科學不同，社會科學係由人類數千年來從事社會生活的經驗長期累積所形成的學問，無法以科學實證的方式加以驗證；而醫學通常均有一定的科學分析與統計，得透過科學實證的方式而獲得驗證。所以，醫學不但無分地域與國界，且與一般的民情風俗或個人的感情意識完全無關。因而，醫療常規或醫學文獻、醫學教科書等，亦常以之作為注意義務的重要根據。

1. 法令規定

法令有規定時，法令的規定自屬注意義務的主要根據。例如，醫療法第 82 條第 1 項規定，醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。醫師法第 21 條規定，醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。人體器官移植條例第 9 條第 2 項規定，醫師

施行器官移植時，應善盡醫療及禮儀上必要之注意等等。

2. 醫療常規

現在民、刑庭的法官認定醫師有無醫療過失時，著重在他的行為有無違反醫療常規，衛生署醫事鑑定委員會在鑑定醫療糾紛時，主要也是以有無違反醫療常規作為鑑定的依據。

所謂醫療常規係指在臨床醫療上，由醫療習慣、條理或者經驗等所形成的常見成規。個人認為要符合醫療常規有 4 個要件：（一）醫療適應性，指在臨床醫療上具有合理性，亦即須為保持或增進病人的健康所必要且是相當的醫療行為。（二）醫療適正性，醫療技術必須符合當時當地的醫療水準，也就是以一般醫學上所承認的方法實施醫療行為；（三）醫療實踐性，指在臨床醫療上的實踐，在醫師方面指普遍實施的醫療行為；（四）醫療倫理性，醫療行為必須符合醫療倫理上的規範要求。醫療倫理規範固然可以由各醫院來自行規定，但是目前醫界所支持的倫理守則，有 4 個原則：尊重原則、自主原則、諮商原則、正義原則，這也是各大醫院所共同遵守的倫理原則。

3. 其他根據

最後一個根據是其它經考證的正確文獻資訊，舉凡醫學教科書、醫學新知、醫學文獻等等也都是重要根據來源。但醫學跟法學是不一樣的，醫學通常都經過科學實證的方式，在臨床醫學上加以實踐，經過驗證之後得到一個科學的數據，是世界各國通用的。在醫療糾紛鑑定上經常有鑑定醫師提到說按照醫學文獻、教科書等等；

2 板橋地方法院 90 年度訴字第 608 號判決，雖屬民事判決，但對於客觀注意義務的內涵，則闡述頗為清楚。

但法學不是，法學根本沒辦法經過科學實證，法學是由一群人經過長期社會經驗的累積，所形成的一門知識，因為各地的經驗不同導致各地的法學觀念和價值觀也不同，所以醫學跟法學並不一樣。也因此，法學教科書並不能拿來當作依據，因為每個人說的都不一樣，10 個人有 11 個意見，為什麼多一個，因為有時候包括其本人前後所說的見解並不一樣，那就變成 11 個意見了。

（三）客觀注意義務的標準

1. 醫療水準

判斷客觀注意的標準有幾點需注意。首先是醫療水準，注意義務係以診療當時臨床醫療實踐上的醫療水準作為判斷的標準。原則上醫學中心的醫療水準高於區域醫院，區域醫院高於地區醫院，地區醫院又高於診所；專科醫師的醫療水準高於非專科醫師。不過，醫療水準與醫學水準，略有不同。醫學水準，係醫學研究上的水準，為醫學學術界所要求的水準；醫療水準，則係醫療臨床實踐上的水準，含經驗水準與技術水準在內。

2. 注意能力

醫師有無違反客觀注意義務也決定在注意能力的高低，一般評定以該專科醫師在其領域的注意能力為準，如骨科醫師以骨科醫師注意能力為準。

（四）說明義務與注意義務的關係

1. 說明義務與注意義務無必然關聯

現今醫學發達，醫學分門科別很精細，不能要求各科標準都統一成某科平均要求。除了先前提到，醫師除了要善盡告知義務，並在治療前必須取得病人的同意以外，還有幾點需要注意。第一點：如果醫師沒有違反

結果預見義務與結果迴避義務，他也知道這個病況會發生什麼後遺症之類的，並戒慎恐懼的去處理手術，那麼他的行為就沒有疏失了。縱然他沒有盡到告知義務也沒取得病患同意，也不必負刑事責任，儘管他沒有盡到告知義務但若已盡到客觀注意義務，就一點關係都沒有。第二點：如果他沒有盡到結果預見義務與結果迴避義務等醫療危險義務，就是違反客觀注意義務，不管是否已盡到告知義務或已取得病人同意都要負刑事責任。所以從這邊大家就可以知道，醫生須否負刑事過失責任，取決於有無違反客觀注意義務，有無違反客觀注意義務又取決於有無盡到結果預見義務和結果迴避義務。有無盡到說明義務和取得病人同意與有無過失並無太大的關係，醫師的說明義務與注意義務並無必然的關連，不能因為他沒有盡到告知義務就判斷他違反客觀注意義務。

2. 司法實見解一無必然關聯

這邊先提供幾個法院判決的例子給大家參考：

- (1) 臺灣高等法院 84 年度上易字第 877 號判決此判決認為同意書的簽立與被告本件醫療行為本身有無過失，亦無必然的關係，尚不得執此作為被告有無過失行為的判斷依據。
- (2) 臺灣嘉義地方法院 92 年度自字第 20 號判決認為：被告以其具備一般醫師水準的注意能力，對自訴人施以上開藥劑的肌肉注射，乃解除病患症狀的適當治療方法，核為安全且符合醫療常規的醫療行為，考量縱有不確定發生且機率甚低的不良後果，然此一治療作為仍應評價係屬適當。本件被告所行的醫療行為，既無特殊不良反應或高機率發生的重大危險，不論被告是否善盡說明與告知的義務，或是否得自訴人同意為其施行肌

肉注射，均無礙該醫療本身適法性的判斷。

- (3) 臺灣臺北地方法院 92 年度易字第 2462 號判決認為：本件被告僅向告訴人稱：要進行內診等語，卻疏未詳細解釋內診的方式及所用器械，堪認被告與病患間的溝通說明不盡完備，或有違反前開醫師法第 12 之 1 條的規定，情理上亦難認妥適。然而，醫師未盡說明義務而直接進行醫療行為，與其醫療行為是否產生傷害結果無涉。是以，就令被告未向告訴人詳細解釋內診的方式及器械，於告知義務上容有疏失，亦難認與本件起訴的傷害結果有何因果關係，難以刑責相繩。

3. 司法實務見解一可能有關聯

惟如前所述，醫師醫療上的客觀注意義務，包含預見及迴避醫療可能發生危險或實害結果的義務在內。如醫師未盡其預見及迴避醫療可能發生危險或實害結果的義務，即屬違反客觀的注意義務，仍難解免業務過失致死傷的責任。

臺灣士林地方法院 83 年度易字第 1484 號刑事判決：「主治醫師應善盡告知疾病的嚴重性及基本應注意事項。護理人員雖然對家屬實施飲食控制症狀、併發症、低血糖、高血糖症狀與注意事項等衛教，但是都未提到定期測量血糖數及定時、定量用餐的重要性，致使莊婦的家屬只知醫藥包上的用藥量餵食莊婦」，因莊婦血糖已大為改善，應可減少降血糖藥物，但卻仍依原劑量服用，致發生急性爆發性的糖尿病，而成植物人狀態。法院認為主治醫師未善盡告知疾病的嚴重性及基本應注意事項，應有過失，依業務過失重傷害罪處罰。

本件誠如最高法院 94 年台上字第

2676 號判決中所言：「醫師若未盡上開說明的義務，除有正當理由外，難謂已盡注意的義務」，主治醫師因未告知病人定期測量血糖數及定時、定量用餐的重要性，且未告知病人血糖如已改善，可減少降血糖藥物，應有過失，認其應負業務過失重傷害罪的責任。

惟本判決在說理上，尚未十分充份，容易讓人以為主治醫師因未善盡告知義務，即有過失。實則，有否違反客觀的注意義務，端視其有否違反結果預見義務與結果迴避義務而定。如醫師已盡其結果預見義務與結果迴避義務，即未違反客觀的注意義務，並無過失可言，其有否善盡告知義務及獲病人同意，對於過失的成立與否，並無影響。反之，如有否善盡告知義務，影響及於結果預見義務與結果迴避義務的判斷時，例如本例情形，應告知病人定期測量血糖數及定時、定量用餐的重要性，及告知病人血糖如已改善，可減少降血糖藥物，如仍依原劑量服用，即可能會有後遺症產生，卻疏未告知。其未盡告知義務，因已違反結果預見義務與結果迴避義務，始須負業務過失的責任。

最高法院此項判決影響層面極大，判決內容簡略如下：第一點—告知義務應包含：（一）診斷的病名、病況癒後及不接受治療的後果；（二）建立治療方案及其他可能替代的治療方案以及他的利弊；（三）治療風險常發生的併發症以及副作用，以及不常發生但可能發生的嚴重後果風險；（四）治療成功率；（五）醫院的設備及醫師的專業能力。第二點—治療前進行說明，以獲取病患及其家屬之同意：若僅要求病人或家屬在同意書上簽名，仍未善盡其說明義務。這判決結果出來之後，對醫療實務界影響極為深遠，甚至立

刻有人寫文章批評，第一：連醫院的醫療設備都要跟病人說明嗎？第二：現在醫院裡面都有制式的說明書，提醒有什麼風險以及後遺症等等，法院判決說光靠說明書尚不足，還要實際向病人進一步解說。不過，慶幸的是，此案件最後發回更審。

三、醫療常規與病人同意

現在法院以及醫療糾紛鑑定委員會在鑑定時，有無醫療過失的判斷主要集中在醫療行為有無違反醫療常規。醫療行為，須符合醫療常規，始具有適法性。有否符合醫療常規，除須具有醫療的適應性、適正性及實踐性外，尚須具有醫療的倫理性，亦即醫療行為須符合醫療倫理規範的要求。如因醫師未向病人說明，且未得病人同意；或雖已向病人說明，但未得病人同意，或竟違反病人的意思而實施手術或侵襲性的檢查或治療時，有否符合醫療倫理規範的要求？實不無疑義。

例如，醫師發現病人子宮生長有數顆肌腺瘤，癌細胞已擴散，在未告知病人及獲病人同意下，即將其子宮手術摘除；或醫師檢查發現女子之左側乳房罹患乳癌，雖曾告知病人及獲病人同意，施行手術將左側乳房摘除，但在手術進行中，發現癌細胞已擴散至右側乳房，在病人麻醉昏迷中，擅將右側乳房一併摘除時，此際醫師應否負故意傷害罪的刑責？頗值深入探討。至醫師未得病人同意或違反病人意思所實施的醫療行為，如造成病人死亡者，在一般情形下，因醫師不可能有殺人的故意，自無從成立殺人罪。倘其已盡客觀的注意義務，亦不負業務過失致死罪的刑責。

不過，如前所述，現代醫學，以病人為本位的尊重自主原則，已逐漸成為醫事人員的基本倫理守則。所謂尊重自主原則，

乃指醫師於實施醫療行為之前，須尊重病人依其本身自主的意思所作的決定。蓋既以病人為本位，自須尊重病人的自主決定權。醫師在實施手術或侵襲性的檢查或治療時，除須負說明義務外，尚須獲得病人的同意，始能彰顯病人自主決定權的精神。因此，醫師的說明義務以及獲得病人的同意，已屬於現代醫療倫理規範的一部分。醫療行為本身原就有造成病人死亡或傷害結果的風險，醫師自須善盡說明的義務，並獲得病人的同意，始能認為符合醫療倫理規範的要求。因而，醫師未獲病人同意或違反病人意思所實施的醫療行為，對病人的身體造成傷害時，應認為已違反醫療倫理規範的要求，違反醫療常規，而不具適法性。

四、業務正當行為的內涵

（一）以醫療常規為準

刑法第 22 條規定：「業務上之正當行為，不罰」。醫師實施手術或侵襲性的檢查或治療，必然傷害病人的身體，惟如屬於業務上的正當行為，則可以阻卻違法，而不成立犯罪。所謂正當行為，為抽象且不確定的法律概念。何者為正當行為，何者為不正當行為，可能因個人價值觀念的差異，而出現見仁見智的結果。不過，就醫療行為而言，是否為正當行為，應以該醫療行為是否符合醫療常規為準。如醫師的醫療行為符合醫療常規時，即可認為係正當行為，而阻卻違法。

因此，前舉事例，醫師發現病人子宮生長有數顆肌腺瘤，癌細胞已擴散，在未告知病人及獲病人同意下，即將其子宮手術摘除；或醫師檢查發現女子之左側乳房罹患乳癌，雖曾告知病人及獲病人同意，施行手術將左側乳房摘除，但在手術進行中，發現癌細胞

已擴散至右側乳房，在病人麻醉昏迷中，擅將右側乳房一併摘除的情形，如醫師依其醫學的判斷，認為癌細胞已擴散，非將子宮或右側乳房一併摘除，對其生命將發生立即的危險時，在未獲病人的同意下，擅將其子宮或右側乳房一併摘除的行為，雖符合醫療的適應性、適正性及實踐性，但因未獲病人的同意，不符醫療的倫理性，仍屬違反醫療常規，不能認為係業務上的正當行為。

（二）緊急避難或推定承諾

雖然，如在手術進行當時，因情況緊急，醫師依醫學的判斷，非將子宮或右側乳房一併摘除，無法避免其生命所發生立即的危險，則得依緊急避難的阻卻違法事由，而阻卻違法；或依經驗法則及論理法則，就當時事態為合理及客觀的判斷，若病人知其情事，即會表示同意者，亦可依推定承諾的超法規阻卻違法事由，而阻卻違法³。反之，如癌細胞尚未擴散，醫師基於其他原因，在未獲病人同意下，即擅將其子宮或右側乳房一併摘除時，顯已違反醫療常規，不得認為係業務上的正當行為，仍難解免傷害或重傷害的刑責。

五、結語

最後做個總結：第一，在正常情況下醫師不會蓄意殺人，所以醫療糾紛死亡案件的發生通常都是過失所致，所以要負業務過失死傷的責任。

第二，判斷醫師是否須負過失致死傷責任時，首先須視醫師有無違反客觀注意義務，此時的客觀注意義務係指同科醫師所該盡的注意義務，此注意義務的內容有

兩點：（一）診療時是否可預見此疾病會產生何種後果，（二）有無採取風險迴避方法，盡量避免此結果發生。如果皆已經盡到客觀注意義務，在法律上即無過失可言，與有無盡到告知義務及病人是否同意無關。倘未盡到告知義務以及未經病人同意，頂多須受醫療法的處罰，與刑事責任完全無關。但是，適才所述糖尿病的案例，病患血糖已經降低，要減低劑量這個是不是跟預見和迴避有關係？如果醫師沒有盡到告知的義務，可以認為違反預見以及迴避義務而有過失，是間接的認定標準並非直接的，並不是因為他沒有盡到說明義務而直接有過失。

當然，這些都是比較極端的案例。最好的情況是在醫、病二者皆在清醒、冷靜且安全的討論下，告知所有的治療細節、方式及其風險，醫師善盡告知義務、並符合一般醫療水準，符合醫療常規的要求。如果能獲得病患的同意與支持以便進行所有的醫療療程，才是真正降低醫療過失風險與醫療糾紛的不二法門。

（講座為世新大學法律系教授，本文由張宏瑞記錄整理）

3 依我刑法第 282 條後段規定，得病人的承諾而予以傷害的行為，如僅發生輕傷的結果時，固可依「被害人承諾」的法理，而阻卻違法。但如發生重傷或致死的結果，雖獲有病人的承諾，則仍成立犯罪。