

醫療常規與臨床專業裁量的法院實務觀察

Observation on the Customary Medical
Practice and Professional Clinical
Discretion in Judicial Practice

甘添貴 Tian-Guey Gan* 翁松峯 Sung-Ying Wung**



摘要

司法實務通常以醫療常規作為醫療疏失的判斷標準，醫療法第82條修正後，各界對於「臨床專業裁量」則褒貶不一。法院及醫事審議委員會於醫療法第82條修訂前雖已有「臨床專業裁量」的概念，而認定醫療處置有無醫療疏失時，若涉及臨床裁量者，即以「醫療常規為主，臨床裁量為輔」二階段的判斷方式。醫療法第82條修正後，則採醫療常規及臨床裁量並列的判斷方式，目的在限縮醫事人員刑事責任的範圍。本文係以以最高法院98年度台上字第6890號刑事判決為評析核心，同時呼應最高法院107年度台上字第4587號刑事判決所採見解，旨在綜合兩則最高法院判決以觀察

*臺灣刑事法學會榮譽理事長（Honorable Chairperson, Taiwan Criminal Law Society）、臺北大學法律學院名譽教授（Emeritus Professor, Taipei University College of Law）

** 睿映法律事務所律師（Attorney at Law, D&L Law Firm）

關鍵詞：臨床專業裁量（professional clinical discretion）、醫療法第 82 條（Medical Care Act Article 82）、醫療常規（customary medical practice）

DOI：10.3966/241553062020110049011

實務所認定之醫療常規及臨床專業裁量內涵。

“Customary medical practice” is often used as the standard of medical malpractice in Taiwan. There had been fairly extensive discussions about the concept of “professional clinical discretion” after the amendment of Article 82 of the Medical Care Act. Actually the concept of “professional clinical discretion” already exists in the practice of court and medical review committee even before the amendment of above-mentioned article. “Customary medical practice” was used as a preliminary standard, and supplemented by “professional clinical discretion”. And after the amendment of Article 82 of the Medical Care Act, customary medical practice and professional clinical discretion both became elements of medical malpractice to alleviate the liability of health care professionals. Through cases discussion of the Supreme Court Criminal Judgement Tai-Shang-Tzu No. 6890 and the Supreme Court Criminal Judgement Tai-Shang-Tzu No. 4587, the authors try to further clarify the concept of customary medical practice and professional clinical discretion

壹、前言

醫療領域於近年來雖已有許多突破性發展，但對於人體構造、致病機轉等仍有許多未明之處，再加上每位病人的個體差異，使得醫師往往只能根據診療時所能得到的有限資訊，以試誤（try and error）的方式作出判斷，故有論者將醫療行為稱為「藝術科學」（artful science），而非「精密科學」（exact

science)¹。而在診療時，因客觀醫療知識有限性及病人病情資訊有限性的影響下，醫師對於每位病人的病情診斷勢必無法完全正確；即使診斷正確，亦可能於治療或手術過程中出現副作用或併發症，是以醫療行為必然存在一定風險。

此種風險即刑法學中所稱的「容許的危險」，常涉及刑法上「過失」的認定。而何種醫療行為伴隨的風險，如何認其為容許的危險？此一涉及專業且高度抽象的問題，往往為法院最頭痛的所在，亦常為醫界與法界間爭執不休的源頭。

長期以來，法院在認定醫療疏失時，常以「醫療常規」作為認定有無疏失的判斷標準²。若醫療行為符合醫療常規，即便其所附帶的風險實現，該醫療行為的風險亦為刑法所容許，而不將其論以過失。

例如，臺灣高等法院97年度醫上訴字第5號刑事判決即表示：「行為人所應具有的注意程度，應依客觀標準認定之。此之客觀標準，係指一個具有良知理性且小心謹慎之人，處於與行為人同一的具體情狀下所應保持的注意程度。就醫師言，應以『醫療成員的平均、通常具備的技術』為判斷標準。在我國實務操作上，則以『醫療常規』名之。苟醫師以符合醫療常規的方式對病人為診療行為，即難謂其醫療行為有何未盡到注意義務的情形，自不能以過失犯相繩。」

又如，最高法院103年度台上字第2070號刑事判決：「按醫療行為具有其特殊性及專業性，醫療行為者對於病患之診斷及治療方法，應符合醫療常規（醫療準則，即臨床上一般醫學

1 Michelle H. Lewis, John K. Gohagan & Daniel J. Merenstein, *The Locality Rule and the Physician's Dilemma Local Medical Practices vs the National Standard of Care*, 297(23) JAMA 2636 (2007).

2 如最高法院101年度台上字第2719號刑事判決、同院100年度台上字第2888號刑事判決、同院97年度台上字第2111號刑事判決、同院94年度台上字第5227號刑事判決、同院91年度台上字第1105號刑事判決、同院89年度台上字第6921號刑事判決等。

水準者共同遵循之醫療方式）。所謂醫療常規之建立，係賴醫界之專業共識而形成，如醫界之醫療常規已經量酌整體醫療資源分配之成本與效益，就患者顯現病徵採行妥適之治療處置，而無不當忽略病患權益之情形，自非不可採為判斷醫療行為者有無醫療疏失之標準。」

貳、修正後醫療法第82條規定的適用

醫療法第82條原僅規定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。」、「醫療機構及其醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」嗣後因醫界醫療刑責合理化之呼籲，立法者遂於2017年在第82條第2項至第5項分別修正為「醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負損害賠償責任。」、「醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任。」、「前二項注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷。」、「醫療機構因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」

對此修正，各界褒貶不一。有論者認為修法有助於醫療品質及醫療人權的進步³；另有論者則認為修法未能使責任明確，混淆刑事責任與民事責任界限，為令人遺憾的徒勞立法⁴；亦有論者肯定立法方向，但認為立法技術上有加以調整

3 吳欣席，醫療法第82條修正後對於醫療實務的影響，月旦醫事法報告，16期，2018年2月，64頁。

4 楊秀儀，論醫療過失：兼評醫療法第82條修法，月旦醫事法報告，16期，2018年2月，80頁。