

醫療刑事案件 法律適用之事實認定— 以「醫療行為的特性」 為中心(下)

The Factual Determination of the Application
of the Law in Medical Criminal Cases:
Centered on the Characteristics of Medical Behavior

周賢章 Hsien-Jang Chou *



本文上篇載於本報告第30期，138-153頁。

陸、醫療行為具風險性

一、醫療風險

風險是一種客觀存在損失發生的機率而具有不確定性的狀態，客觀性、損失性和不確定性為風險之特徵，風險只能管控而無法改變。針對風險加以分類，有些風險屬於容易預見，有些風險不易預見；有些風險發生率高，有些風險發生率低。醫療風險是在實施

*臺北市醫師公會理事（Director, Taipei Medical Association）；臺北市醫師公會醫政法制委員會召集委員（Chairperson, Medical Policy and Legal Committee of Taipei Medical Association）；台灣耳鼻喉頭頸外科醫學會理事（Director, Taiwan Society of Otorhinolaryngology Head and Neck Surgery）

關鍵詞：不確定性（uncertainty）、風險性（risk）、裁量性（discretion）、醫療行為（medical behavior）、攔截性（interception）

DOI：10.3966/241553062019050031011

Angle

醫療行為時發生的風險，它既有風險的一般特徵，又具有特定醫療行為實踐活動的特徵，簡言之，醫療風險乃係指存在整個醫療行為實施過程中，可能會導致病患身體或生命法益受侵害而發生死傷事件結果的不確定性和可能發生的一切不安全事件¹。古代醫者的能力非常有限，絕大多數的疾病都無藥可治，人類的生命和健康完全是個人的責任，因醫學診斷治療技術的進步，在為病患解除痛苦及為民眾帶來益處的同時，卻也大大地增加了醫療風險。

二、醫療行為具侵襲性

醫療行為是基於醫療目的，以挽救病患的身體、生命法益為目標，是一種對病患的生命、身體、健康具有正面益處的行為。然而，醫療行為所採用的檢查及治療方法，其內容項目包含藥物的使用，諸多手段皆對病患身體具有侵入性甚至產生損害，且對病患的組織或器官具有某種程度甚至是明顯的侵襲性，從而導致對病患身體法益造成損害的結果²。前述狀況來自醫事人員、病患本身及環境等各方面的因素變化，皆有可能使得這些損害的發生機率增加或是加重其程度。即使是因治療而用藥或施以手術、麻醉，其本身必然就是一種「醫療的侵襲」，無論是麻醉或手術等醫療行為對身體組織的破壞、切除，或因藥物之使用導致身體生理機能的發生作用或副作用，過程本身就是一種危險³。

三、醫療行為係故意構成要件該當行為

醫療行為係以形式具有傷害構成要件該當行為去對身體的

-
- 1 張大慶，中國近代疾病社會史，秀威資訊，2016年8月，197-200頁。
 - 2 朱柏松，適用消保法論斷醫師之責任，臺大法學論叢，27卷4期，1998年7月，17頁。
 - 3 臺灣高等法院102年度醫上訴字第10號刑事判決。



現狀加以改變，試圖去攔截病患本身疾病之因果進程，以求疾病之改善，進而達成對病患生命、身體健康或其他有益目的之更高利益與價值的目標，簡言之，乃以風險程度較低的醫療行為去治癒或改善危害病患之疾病、傷害或達成其他有益之目的⁴。在改變身體現狀之傷害行為的同時，正是對病患身體法益之侵害，若透過此法益之犧牲而得到更大相對利益時，病患自然享受其獲益之成果。傳統過失理論係以交通肇事、失火等單純的原創性傷害行為而架構，但醫療行為本質上是一種攔截性行為，與單純的原創性傷害行為截然不同。相較於一般的傷害構成要件該當行為，從行為的目的而言，傷害罪乃是以傷害結果的出現，作為行為的最終目的；然而醫療行為卻是以傷害行為作為手段，來達到維護病患身體生命之法益，易言之，傷害結果的出現只是行為的中間過程，而維護更優越的生命身體法益，使病患恢復健康，才是其最終目的⁵。

四、因不確定性導致的風險

由於人體的複雜性、病患個體差異性、醫療機構的設備條件、醫事人員的專長水準和醫療技術本身等因素，使得醫療行為的過程及結果往往具有不確定性，此種不確定性則為病患帶來風險性。在醫療行為的過程中風險是始終存在的，所有的醫療行為都是風險和利益並存的。風險的程度由輕微到嚴重，可能是藥物反應和副作用，也可能是為求正確診斷施行病理切片檢查所引發的出血或傷口感染，也有可能是手術併發症或院內感染，導致身體功能的喪失甚至死亡⁶。儘管醫療技術多具有相當程度之概括規則性，醫療行為之進行通常亦有自然科學上

4 劉文榕，醫事法要義，合記，1999年1月，179頁。

5 王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢，36卷2期，2007年6月，78頁。

6 張大慶，同註1，198頁。

Angle

的方向與法則，如各個不同醫學領域專家所制定的臨床指引可供參考。但由於每個人的生理結構有其獨特之性質，面對部分體質特殊的人，則有時難免有相當程度的變數。同一藥品的使用、相同診療的技術，運用在不同的人身上，或是同一人但不同時間就有可能發生差異的結果，甚至完全相反的效果。筆者就不只一次遇到過去長期服用相同藥物沒問題的病患後來卻發生藥物過敏的副作用。在臨床上，一般的治療可能適用於大多數病患，但個別病患所表現的體質和不同時間的身心狀況是不一樣的，尤其是體質特殊的病患，需要特別的判斷和處置，然此反應有時很難察覺，需要累積相當經驗才有可能達成這個理想，此等因素在臨床上常囿於醫療的即時性而容易被忽略，因此大幅增加了醫療風險。

五、醫療風險的來源

醫學為發展中的科學，故醫療行為的屬性實質上是一種探索性的科學行為，充滿風險性，這種風險性針對醫方來說承擔的是職業風險，對病患而言承擔的是醫療風險。具體而言，這種風險主要來源包括：（一）醫療機構之設備及人員能力有限造成的潛在風險；（二）當今醫學對疾病的發生和發展認識侷限性造成的風險；（三）對病患臨床症狀表現與疾病性質認識侷限性造成的風險；（四）醫事人員的專業知識能力專長侷限性造成的風險⁷。因此，醫療行為是一種高度風險的複雜技術行為，本身蘊含著對人體結構和機能的致害因素⁸。來自醫事人員、病患、環境條件等方面任何微小的波動，都會加重這種風險性的發生。醫療行為的結果從該行為開始時就同時存在「獲益」和「致害」的雙向可能性，無論醫事人員有多麼高

7 艾爾肯，論醫療行為的判斷標準，遼寧師範大學學報（社會科學版），29卷4期，2006年7月，23頁。

8 朱柏松，同註2。

超的醫術，都無法絕對保證其所實施的醫療行為只會向「獲益」的方向發展⁹。故醫療事故之發生不一定是醫療人員之過失所造成，此種人體反應之不確定性及醫學之侷限性與醫療行為之不確定性及風險性交互作用的結果，使醫療事故發生的原因不易判斷¹⁰。

六、醫療風險的影響

因為風險的發生只能管控而無法改變，醫療行為中，身體法益被犧牲試圖轉換至獲益的過程中，其對病患產生之風險高低不盡相同，雖醫事人員預先得以其具備之醫療專業知識及經驗法則來作可能產生之風險的預防管控，惟醫療風險本質上乃為本於其發生機率而為預測，為不確定而非絕對之結果，隨著檢查治療的過程及病情的發展，病患可能面臨的風險亦隨時變動，此等風險變動的結果即為醫療本質上的風險性。以醫學的角度來觀察此風險性，出現在病患身上的風險並非醫事人員單方面即足以造成其相對之傷害，除了醫療行為本身所造成的風險外，病患身體條件狀況所造成的影響亦為醫療風險的來源，如病患的疾病造成身體機能的改變，若再加上有共病的情況，如臨床上常見同時罹患高血壓、糖尿病、慢性腎病變等多重慢性疾病的病患，風險性將隨之升高。是故在討論醫療風險的影響時，除將醫療行為本身所造成的風險作為討論主軸時，病患身體條件造成的相關影響自也應納入相當的考慮範圍。此兩者相互影響具有浮動性，不可能直接界定其影響範圍之大小，因此無法在個案中將其條件精確量化，只能透過實證醫學的臨床數據分析，將相對的可能性歸納成共通的經驗法則，於臨床時取最接近條件之數據而適用於個案。綜上

⁹ 艾爾肯，同註7。

¹⁰ 吳光平，醫療糾紛民事調解之方式與展望，治未指錄：健康政策與法律論叢，4期，2016年1月，24-26頁。