

日本醫療過誤行為與刑事責任關係之探討

靳宗立*

目次

- 壹、醫療相關概念
 - 一、醫療行為
 - 二、醫療行為與醫療業務
 - 三、醫療人員
 - 四、醫療紛爭、醫療過失與醫療過誤
- 貳、醫療行為與刑事責任
 - 一、醫療與法律責任
 - 二、醫療與刑法
 - 三、醫療刑法主要探討議題
 - 四、本文探討之範圍
- 參、醫療過誤與刑事責任
 - 一、概述
 - 二、日本醫療過誤之司法狀況
 - 三、醫療過誤案件之特性
- 肆、醫療過誤與業務過失致死傷罪
 - 一、業務過失致死傷罪之成立要件
 - 二、過失犯成立之基礎
 - 三、阻卻違法之重點
- 伍、結語

關鍵字：過失；過失犯；醫療過誤；業務過失；專門性；密室性；封建性

Keywords：negligence, negligent crime, medical negligent actions, business negligence, specialization, secret chamber, feudal

* 靳宗立，輔仁大學法學博士，輔仁大學法律學系專任助理教授。

摘 要

自刑法規範之立場觀之，醫療過誤行為只要合於刑法相關犯罪之成立要件，即應論以相關刑責，應無爭論為是。在日本，醫療過誤行為可能成立刑法第 209 條「過失傷害罪」、第 210 條「過失致死罪」或第 210 條第 1 項前段「業務過失致死傷罪」、甚至同項後段之「重大過失致死傷罪」等。

然而，由於醫療過誤行為所具有之「專門性」、「密室性」與「封建性」等特色，造成病患或家屬在進行法律救濟時，因難以舉證而明顯居於弱勢，多難以如願獲償，尤其在刑事訴訟方面。本文藉由日本經驗之探討，提供我國處理醫療過誤行為之借鏡。

Probing the medical negligent action and its criminal legal relations in Japan

Jin, Tzung-Li

Abstract

According to criminal law, if the medical negligent action accords with the composed elements of the related crimes in criminal law, undoubtedly, it should take the criminal responsibility. In Japan, the medical negligent action may constitute to the article 209 and 210 of criminal law.

However, because the medical negligent action has some important characteristics, such as “specialization”, “secret chamber”, “feudal” .., and so on, which may cause patients and their relatives have difficulties in supplying the evidences, then they will lose the lawsuit easily, especially in the criminal prosecution. This essay tries to offer us the reference about dealing with medical negligent action by probing Japan's experiences.

壹、醫療相關概念

一、醫療行為

就醫學之觀點，乃認「醫療行為」，須具有「醫學之適應性」與「醫療技術之正當性」，始足當之。所謂「醫學之適應性」，係指醫療行為所使用之醫療範圍，須具有被容許適用之性質。

在醫學上一般容許適用之醫療範圍，包含(1)疾病之治療、減輕；(2)疾病之預防；(3)畸型之矯正；(4)助產、人工流產；(5)基於治療目的對於患者進行試驗；(6)為提昇醫術進行之實驗等；至改善外觀容貌之整型手術，也已被認為具有社會之適應性。所謂「醫療技術之正當性」，係指醫療行為須具有切合於醫療技術之性質。

換言之，只有採行醫界所承認之醫療技術，用於疾病之治療、減輕、預防等目的者，始得稱為正當醫療行為；倘採用不被醫學承認之方法或技術，用於疾病之治療、減輕、預防等目的者，尚難認係正當醫療行為。

前述醫學上對於醫療行為之見解，如再依「臨床醫學」與「實驗醫學」之觀察，醫療行為之範圍即有差別。前者，所謂醫療行為，係指醫療方法或技術，經動物或人體實驗，證實其療效，而為醫界所公認採行者而言，傳統狹義醫療行為概念，即基於臨床醫學之立場而來。而實驗醫學，除肯定傳統臨床醫療行為外，其本身之實驗醫療行為，復分為「研究實驗」與「治療實驗」兩種，前者係對接受實驗者進行純醫學研究目的之實

驗行為；後者則係以病患之臨床治療為目的而進行之試驗。因此，現今醫學之一般見解，已將實驗醫學觀點，納入醫療行為之範圍。

再者，就醫療行為之目的而論，則有「治療性」與「非治療性」之分，前者係針對病患之疾病、傷害、殘疾等，所進行之治療、減輕、預防等相關行為；後者則與疾病、傷害、殘疾無關，多係當事人因個人之考量，所進行之醫療行為，例如人工生殖、人工流產、結紮、整型，甚至變性手術等。

由於伴隨醫學技術之進步，以及民眾就醫目的觀之變化，造成醫療行為之範圍，不斷擴張，連帶地也造成醫療行為之定義，必須配合更動，職是，醫療行為之定義，難以維持固定。對於醫療行為之界定，觀察立場不同，即有不同之結果。醫療行為之範圍，原本係以治療性醫療行為為限；所謂「治療行為」，係指以治療為目的而對患者採用醫學上一般所承認之手段或方法，在得患者同意或推定同意下，所施行之手術或其他醫療處置行為¹。

惟隨著時空演進，一方面醫療技術有長足之進步，另一方面，伴隨當代世界主流潮流，係維護個人人性尊嚴，保障個人追求幸福之權利，有關醫療行為之「醫學適應性」，即不斷調整，因此，「非治療性」醫療行為，亦隨之成長，就此而言，「醫療行為」應包含「治療行為」，「治療行為」係屬「醫療行為」之一部。未來，可以預見仍會陸續加入新型態之「非治療性」醫療行為，最顯著例子，「複製人」之技術，倘若擺脫倫理之禁忌，或許他日可能成為被承認之醫療行為。

¹ 佐々木養二，〈治療行為論—医療行為の側面より—〉，《医療と刑法—治療行為に関連》，日本南窓社，1994年，頁9。另可參閱齊藤誠二，《医事刑法基礎理論》，日本多賀出版，1997年2月初版，頁15-18。

至於，就醫療行為過程檢視醫療行為之型態，除主要醫療行為，如手術、處方、用藥（包含注射、口服、敷藥）外，尚包含輔助之麻醉等行為；而前階醫療行為，則包含必要之診察、診斷與檢查行為，與可能之人工呼吸等急救行為；至於後階醫療行為，則包含復原、復健等預後醫療行為²。

二、醫療行為與醫療業務

「醫療行為」，須與「醫療業務行為」區分，蓋後者，係以「醫療行為」作為「業務」內容，始足當之；換言之，縱使有施行「醫療行為」之事實，倘非以之為業，尚非屬「醫療業務行為」。在法律上，醫療法規所規範之對象，係「醫療業務行為」（醫業），而非單純之「醫療行為」。

對於醫療業務之解釋，衛生行政實務認係指以醫療行為為職業者而言，不問是主要業務或附屬業務，凡職業上予以機會，為非特定多數人之醫療行為均屬之，但不以收取報酬為要件。再者，醫療業務行為，復可分為「醫療主要行為」與「醫療輔助行為」。前者，係指應由醫師親自執行之醫療業務行為，如診斷、處分、手術、施行麻醉及病歷記載等；後者，則係得在醫師指示下，由醫師以外之醫事人員，例如放射科檢驗師、物理治療師、護理師等，在醫師指示下，得由其執行抽血、檢驗、測量血壓、注射針劑等，但應由醫師負起責任。

至刑事司法實務，雖未對「醫療行為」特予解釋，惟對於「業務」，則向來認為，刑法上所謂業務，係以事實上執行業務者為

標準，即指以反覆行同種類之行為為目的之社會的活動而言。執行此項業務，縱令欠缺形式上之條件，仍無礙於業務之性質³。

三、醫療人員

伴隨醫療技術的新穎性、專精性及精緻性，現代化醫療之特色，係以醫療團隊為主角，藉由組織醫療之方式予以進行。在醫療團隊中，為使組織醫療得以運作順暢，以達成醫療效果之實現，即有分設各種醫療職務，各司其職，一方面充分執行其醫療職責，一方面經由統御協調，協力完成醫療目的。

在日本，醫療從業人員之類別，包括：(1)作為主要醫療人員，而依「醫師法」所設之「醫師」；(2)依「齒科醫師法」所設之「牙醫師」；(3)依「保健婦、助產婦、看護婦法」所設之「保健婦」、「助產婦」、「看護婦」與「準看護婦」；(4)依「齒科衛生士法」所設之「齒科衛生士」；(5)依「齒科技工士法」所設之「齒科技工士」；(6)依「診療放射線技師法」所設之「診療放射線技師」；(7)依「有關臨床檢查技師，衛生檢查技師等之法律」所設之「臨床檢查技師」、「衛生檢查技師」；(8)依「理學療法士及作業療法士法」所設之「理學療法士」、「作業療法士」；(9)依「視能訓練士法」所設之「視能訓練士」；(10)依「臨床工學技士法」所設之「臨床工學技士」；(11)依「義肢裝具士法」所設之「義肢裝具士」；(12)依「救急救命士法」所設之「救急救命士」；(13)依「藥劑師法」所設之「藥劑師」；(14)依「按摩指壓師、針師、灸師法」所設之「指壓師」、「針師」、

² 靳宗立，〈醫療行為與犯罪評價之探討—以醫療法規與刑法「法令行為」為中心—〉，《軍法專刊》，2007年6月，53卷3期，頁53-54。

³ 同前註，頁54-55。

「灸師」；⁴⁵依「柔道整復師法」所設之「柔道整復師」等⁴。

四、醫療紛爭、醫療過失與醫療過誤

所謂「醫療紛爭」，係指醫療關係之當事人，包含醫療人員與病患間，因醫療行為本身或衍生之事項發生爭議之謂。例如，對於醫療費用額度，或病歷申請發生爭議，亦屬之。

而「醫療過失」，精確的意義（狹義），應係指醫療行為符合民法或刑法上過失之情形而言；而不精確的意義（廣義），則包含「可能」符合民法或刑法上過失之醫療行為。

而日本文獻上，則經常使用「醫療過誤」之用語。所謂「醫療過誤」，在民事法上一般與「醫療事故」同義；在刑事法上，係指不講求醫學上有效或適切之手段，因疏失而招致病患有不測結果之醫療行為，而其是否成立犯罪，則尚有疑義⁵。

在概念上，「醫療紛爭」範圍較廣，包含「醫療過誤」情形在內。至「醫療過誤」概念，或可與「醫療過失」同義，惟「醫療過誤」概念，較著重於法律評價之對象；而「醫療過失」則較著重法律評價本身，或法律評價後之結果，因此，本文認為「醫療過誤」之用語，應較「醫療過失」為妥。

貳、醫療行為與刑事責任

一、醫療與法律責任

在日本，醫療行為可能負起之法律責任，包含民事責任、刑事責任與行政責任。首先，在民事責任方面，醫療人員依醫療契約之本旨，應善盡注意義務；如有違反注意義務，則可能負起損害賠償責任，至於其請求權依據係依債務不履行，或侵權行為，則涉及舉證責任如何分配。

再者，醫療行為可能面臨刑事責任。例如，醫療過誤行為，可能成立業務過失致死傷罪；人工流產行為，可能成立墮胎罪等。

最後，醫療人員因違反行政法上之義務，而應負行政責任，受到行政罰之懲處。例如，醫師因刑事處分確定，依日本醫師法第4條、第7條之規定，應受懲戒處分⁶。

二、醫療與刑法

在日本，醫療行為因其類型不同，可能涉及之犯罪亦有所差別，約得整理如次：

（一）傷害性之醫療行為

此類醫療行為，例如手術、化療等屬之。此種傷害性醫療行為，可能發生刑事責任者兩有部分：一係手術或化療對於病患所直接造成之傷害；另一則係因手術或化療衍生之病患死亡或傷害部分。

前者，可能涉及日本刑法第204條傷害罪⁷之刑事責任；後者，則可能涉及日本刑法第211條第1項前段「業務過失致死傷罪」⁸。

（二）侵入性檢驗或治療行為

⁴ 金川琢雄，《現代医事法學》，日本金原出版，1995年改訂2版，頁30-76。

⁵ 參見杉村敏政、天野和夫編，《新法學辭典》，日本評論社，1991年1版，頁35。

⁶ 大谷 實，前掲書，頁114-115。

⁷ 日本刑法並無輕傷罪與重傷罪之區分，而係有傷害罪與暴行罪之別。日本刑法第204條規定：「傷害人之身體者，處15年以下懲役或50萬元以下罰金。（人の身体を傷害した者は、十五年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。）」

⁸ 日本刑法第211條第1項規定：「因怠於為業務上必要之注意致人死傷者，處5年以下懲役或監禁或

侵入性醫療行為，例如檢驗胃腸狀況時，使用內視鏡；或注射針劑之情形。此類侵入性醫療行為，經常可能造成病患輕傷，而可能涉及日本刑法第211條第1項前段「業務過失致死傷罪」或刑法第204條「傷害罪」。

(三)非傷害性之醫療行為

例如一般感冒之診治，或創傷之敷藥等屬之。此類型之醫療行為，常因藥品使用錯誤或病患體質不適，而造成病患死傷。則可能涉及日本刑法第211條第1項前段「業務過失致死傷罪」。

(四)製作診斷書

醫師依醫療法或醫師法之規定，須製作診斷書、出生證明書、死亡證明書、死產證明書，或開立處分箋等，性質上係屬醫療業務行為之一部。倘醫師知悉其所記載之內容與真實不符，而仍予以製作者，則可能成立日本刑法第160條醫療文書登載不實罪⁹。

(五)無照行醫

依日本醫師法第17條、第31條第1項¹⁰規定，無合法醫師資格從事醫療業務行為，

可能成立無照行醫罪。

另須注意者，倘有合法醫師資格者，與無資格者共同從事醫療業務行為，依日本刑法第65條第1項，有資格者將與無資格者論以無照行醫罪之共同正犯。

(六)洩漏病患秘密

醫師、藥師、藥商、助產士或其佐理人員，對於因執行醫療業務而知悉病患之秘密者，負有守密之義務，倘予以洩秘者，可能成立日本刑法第134條第1項之洩漏業務知悉持有秘密罪¹¹。

(七)人工流產

醫師、助產士、藥師或藥商，如受懷胎女子之囑託或得其承諾而使之墮胎者，可能成立日本刑法第214條之醫療人員墮胎罪¹²。

三、醫療刑法主要探討議題

(一)專斷醫療行為

所謂「專斷醫療行為」，係指醫師在未善盡說明義務，並取得病患之同意下，即對患者施以侵襲性醫療行為。在醫療刑法上，

科100萬元以下罰金。因重大過失致人死傷者，亦同。（業務上必要な注意を怠り、よって人を死傷させた者は、五年以下の懲役若しくは禁錮又は百万円以下の罰金に処する。重大な過失により人を死傷させた者も、同様とする。）」

⁹ 日本刑法第160條規定：「醫師對於應向公務機關提出之診斷書、檢驗書或死亡證明書，而為虛偽之記載者，處3年以下監禁或30萬元以下罰金。（医師が公務所に提出すべき診断書、検案書又は死亡証書に虚偽の記載をしたときは、三年以下の禁錮又は三十万円以下の罰金に処する。）」

¹⁰ 日本醫師法第17條規定非醫師不得執行醫療業務；違反者，依同法第31條第1項，處2年以下懲役或2萬元以下罰金。

¹¹ 日本刑法第134條第1項規定：「醫師、藥師、藥商、助產士、律師、辯護人、公證人或曾任此種職務之人，無正當理由，洩漏因業務知悉他人之秘密者，處6月以下懲役或10萬元以下罰金。（医師、薬剤師、医薬品販売業者、助産師、弁護士、公証人又はこれらの職にあった者が、正当な理由がないのに、その業務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密を漏らしたときは、六月以下の懲役又は十万円以下の罰金に処する。）」

¹² 日本刑法第214條規定：「醫師、助產士、藥師或藥商受女子之囑託或得其承諾而使之墮胎者，處三月以上五年以下懲役。因而致女子死傷者，處六月以上七年以下懲役。（医師、助産師、薬剤師又は医薬品販売業者が女子の囑託を受け、又はその承諾を得て墮胎させたときは、三月以上五年以下の懲役に処する。よって女子を死傷させたときは、六月以上七年以下の懲役に処する。）」

主要在探討醫師未善盡說明義務，並取得病患之同意時，「專斷醫療行為」能否阻卻傷害罪之成立。

對此，日本通說雖持肯定之立場，惟實務上似未見有相關起訴之事例¹³。在日本實務上，雖然受到美國法制「醫師說明與病患同意（informed consent）」論之影響與日俱增，惟仍有不少反對見解，例如對於專斷的進行腦葉切除術，或違法將精神障礙者強制入院之案件，僅依民事賠償予以處理，或對於某產科醫院擅將子宮摘除之告訴案件，以不起訴處分結案。

日本學者對於專斷性醫療行為，亦有持否定侵襲性醫療之傷害類型性，並基於嚴格故意說之立場，將不甚明確的病患自己決定之界限與醫師說明義務基準，整合於民事過失予以處理，而反對將違反說明義務者予以犯罪化¹⁴。

（二）末期醫療與安樂死

對於臨終病患，為免除疾病帶來之苦痛，而在其同意之下，縮短病患生命之行為，此為一般「安樂死」之定義，而其在刑法上所面臨之問題，自古以來即能否阻卻違法或責任。不過，在日本，此種「積極安樂死」之

行為，與我國相同，尚不得阻卻殺人罪之成立，僅能依囑託承諾殺人罪予以減輕處罰¹⁵。

另外，隨著醫療技術上人工復甦術之使用，末期病患之生命大幅延長，另一方面，病人受到病痛折磨之時間，也相形延長，因此，也出現放棄人工復甦術之使用，而不延長病患生命之「消極安樂死」。此種「消極安樂死」，在刑法上面臨遺棄罪、不作為殺人罪是否成立之問題¹⁶。

（三）人生流產與優生手術

日本「優生保護法」之立法，係優生之考量，為防止不良之後代出生，及保護母體健康而設，其規範事項主要有二：一係「人工流產」；另一則係「優生手術」。人工流產行為，對於醫療人員而言，在日本刑法上係屬合於第 214 條墮胎罪構成要件該當之行為；優生手術，就施術者而言，可能合於日本刑法第 204 條傷害罪之構成要件¹⁷。

（四）器官移植

日本「臟器移植法」，係為恢復人體器官之功能或挽救生命，使醫師得摘取屍體或他人之器官施行移植手術而設。就人體器官移植而論，其自屍體摘取器官之行為，在日本刑法上係屬合於第 190 條毀損屍體罪¹⁸構

¹³ 參見飯田英男，〈第 2 編医事犯罪第 1 章總論〉，《環境－医事犯罪》，東京法令出版，1999 年 5 月初版，頁 186。

¹⁴ 米田泰邦，〈医療過誤と刑事責任〉，《現代刑事法》，日本現代法律出版，2000 年 6 月，第 2 卷 6 号，頁 46。

¹⁵ 日本刑法第 202 條規定：「教唆或幫助他人自殺，或受其囑託或得其承諾而殺之者，處六月以上七年以下懲役或監禁。（人を教唆し若しくは幫助して自殺させ、又は人をその囑託を受け若しくはその承諾を得て殺した者は、六月以上七年以下の懲役又は禁錮に処する。）」與我國刑法第 275 條第 1 項之規定相同。

¹⁶ 佐々木養二，〈安樂死の再考〉，《医療と刑法－治療行為に関連》，日本南窓社，1994 年，頁 37 以下。

¹⁷ 金川琢雄，前掲書，頁 146-151 參照。

¹⁸ 日本刑法第 190 條規定：「損壞、遺棄或取得屍體、遺骨、遺髮或棺內之物者，處三年以下懲役。（死体、遺骨、遺髮又は棺に納めてある物を損壞し、遺棄し、又は領得した者は、三年以下の懲役に処する。）」

成要件之行為，其自活人摘取器官之行為，可能合於日本刑法第 204 條傷害罪之構成要件。

至就器官接受者部分，此種移植手術，係屬傷害性之醫療行為，其可能發生刑事責任者兩有部分：一係手術或對於病患所直接造成之傷害；另一則係因手術衍生之病患死亡或傷害部分。前者，可能具備日本刑法第 204 條傷害罪之構成要件該當性；後者，則可能涉及日本刑法第 211 條第 1 項前段業務過失致死傷罪之構成要件該當。

在日本，一般而言探討器官移植之議題上，主要包含：(1)為保持器官功能之正常以利移植順利考量，以「腦死」作為死亡之認定標準，涉及是否殺人之問題。(2)對於幼兒之器官捐贈，是否能代為同意之問題。(3)另外，買賣器官行為予以入罪化（日本臟器移植法第 20 條第 1 項）之問題¹⁹。

四、本文探討之範圍

由於本文之目的，在探討日本醫療過誤行為如何論究其刑事責任，而非處理其他醫療犯罪問題，因此，諸如專斷醫療行為、人工流產、無照行醫、安樂死、洩漏秘密等醫療犯罪，即非本文所欲探討之對象。

在日本，醫療過誤行為可能涉及之刑事責任，主要係日本刑法第 211 條第 1 項前段

所定之業務過失致死傷罪²⁰，可處 5 年以下懲役、禁錮或 100 萬元以下罰金。本文將探討日本司法實務上對於醫療過誤行為之處斷實況，並對於醫療過誤行為是否成立業務過失致死傷罪，加以探討。

參、醫療過誤與刑事責任

一、概述

自古以來，因醫藥不便，病患或其家屬，面對生老病痛之人世常態，但求有幸脫免大限，或得解除病痛，因此，面對醫師之治療行為，咸持敬畏之心，惟恐醫師棄治，縱遇病患不治，亦多自行認命，鮮有追究醫師法律責任之舉。尤其深受傳統中國禮教思想影響所及之東亞諸國，醫師之地位儼如尊長，民眾對於醫師之治療方法與程序，完全加以信任而不敢有何質疑，是故醫病間係屬不對等之依賴關係²¹。

然而日本自明治維新後，法制全盤西化，引進法治與權利、義務概念，漸次對於醫病間不對等依賴關係產生質疑，醫病間，「醫療」與「報酬」—「權利」與「義務」對等關係之觀念，開始滋生；不過，在二次大戰前，由於團體主義、國家主義掛帥，個人主義仍須讓步，因此，司法實務上因醫療糾紛涉訟之案件，並不常見。惟二次戰後，個人

¹⁹ 參見齊藤誠二，〈臟器移植と刑法〉，《現代刑事法》，日本現代法律出版，2000 年 6 月，第 2 卷 6 号，頁 18-25。

²⁰ 在日本刑法，醫療過誤行為可能成立日本刑法第 209 條之「過失傷害罪」與第 210 條之「過失致死罪」，惟在適用上，因多與第 211 條第 1 項前段之「業務過失致死傷罪」成立法條競合，此際應優先適用日本刑法第 211 條第 1 項前段之「業務過失致死傷罪」。比較有爭議的是，日本刑法第 211 條第 1 項後段之「重大過失致死傷罪」，因其效果與「業務過失致死傷罪」相同，倘在個案適用上，醫療過誤行為同時合於「重大過失致死傷罪」與「業務過失致死傷罪」，此屬法條競合之情形，應適用何一罪名，難有定論。

²¹ 參見朱柏松，〈論日本醫療過失之舉證責任〉，《醫療過失舉證責任之比較》，台大人文社會高等研究院出版，2008 年 5 月初版，頁 4-10。

主義抬頭，復因戰敗因素，日本法制深受美國之影響，醫療爭訟案件，不論係民事賠償或刑事追訴，逐漸增加；並且肯定醫師應負民事或刑事責任之比例，亦有相當之提昇。

二、日本醫療過誤之司法狀況

就日本最高裁判所事務總局統計資料²²，醫療過誤民事訴訟案件，昭和 51 年（1976 年）新收計有 234 件，其後雖偶有降低，大體上有逐年遞增之趨勢，至平成 8 年（1996 年）新收計有 581 件，約略成長 2.5 倍。從醫療類型別觀之，「診斷」、「治療」與「手術」三種類型²³，比例佔全部案件百分之 70 至 80，每年並無太大變動；近年來在診療科別新收案件方面，「內科」、「外科」、「婦產科」、「整形（形成）外科」等，則名列前茅²⁴。

不過，一般發生醫療爭議事件時，當事人經常透過協商，以和解或調解方式予以處理，有時甚至放棄爭議，因此，進入訴訟程序之案件比例，難以客觀呈現醫療過誤之實際狀況²⁵。

至於，在刑事醫療過誤案件方面，由於並無官方正式統計資料，難以像民事醫療過誤案件一般，歸納整理詳細數據。不過，依論者之整理研究，刑事醫療過誤之案件數，實遠較民事醫療過誤為低，二者有數倍之差。同時，在實務上，醫療過誤事件遇有刑事訴

訟與民事訴訟同時競合者，極為稀少，原因在於，一方面，因提起刑事告訴，舉證相當困難，而難以起訴，遂使當事人轉而提起民事訴訟；另一方面，倘在刑事訴訟上，醫療過誤一旦加以起訴，通常事證已相當明確，此時當事人多在民事上尋求和解之故²⁶。

在醫療過誤刑事訴訟案件方面，在日本官方並無正式公布相關統計數據下，依論者個人研究報告，自 1984 年 1 月至 1990 年 12 月間，共有 22 件，多數案件的特徵是，在外觀上過失之存否已然明確，惟無法深入判斷醫療行為及其內容。在這些案件中，雖也有諭知禁錮 1 年之科刑決者，不過絕大多數案件係依簡易處刑科以罰金刑。

另外，縱使醫療過誤民事訴訟事件遠較刑事訴訟案件為多，在民事訴訟事件原告勝訴率方面，相較一般民事訴訟事件約占 76 % 至 86 % 之比例，醫療過誤事件則僅約占 30 %。不過，醫療過誤民事訴訟原告勝訴率之所以偏低，有個微妙現象應屬觀察之重點，因為醫療過誤訴訟事件，在進入訴訟程序前，如原告存在有利的條件，則被告與原告透過協商進行和解或調解之達成率亦將提高，這部分事件就不再進入訴訟程序，原告勝訴率自然受到影響²⁷。

三、醫療過誤案件之特性

不論在民事訴訟或刑事訴訟，醫療過誤

²² 參見飯田英男，前揭書，頁 179-183。

²³ 依日本最高裁判所事務總局之分類，計有診斷、治療、手術、注射、輸血、麻醉、投藥、看護、放射線照射及其他，共 10 類。

²⁴ 依日本最高裁判所事務總局所採之診別，計有內科、小兒科、精神科（神經科）、皮膚科、外科、整形外科、泌尿器科、婦產科、眼科、耳鼻喉科、牙科及其他，共 12 類。

²⁵ 金川琢雄，前揭書，頁 154。

²⁶ 參見飯田英男，前揭書，頁 182-183。

²⁷ 金川琢雄，前揭書，頁 154-155。

案件有三大特性²⁸：

(一)專門性

由於醫療行為事涉科學專門領域之事項，由非專業之司法人員偵辦或審理本身為專家之醫療人員，追究其刑事責任，即須突破專業知識之障壁，因此，仰賴醫療專家之協力必不可免。

然而，即便仰賴醫療專家之協助，醫療行為的偵辦難題，除特異體質的個體差異，以及醫療上特有的「醫療裁量性」之問題外，關於作為注意義務判斷基準之「醫療水準」，隨著醫學的進步而發展的醫療水準，也並非容易予以明確掌握。

(二)密室性

醫療行為，通常係在僅有醫療人員與患者在場的密室中作業，而患者常因疾病或醫療處置而處於心神喪失或精神耗弱之狀態，因而，治療經過即不得不仰賴專由醫療人員所作成之記錄與供述。從而，倘醫療人員未如實作成記錄，或隱匿、篡改記錄，均將使真相難以呈現。

(三)封建性

醫療人員的世界，以醫師為例，是極為閉鎖的利益共同體。不論是在大學教育的養成過程，或是畢業後的執業醫療機構的職位，甚至執業醫師的繼續教育，師生關係、同學關係以及學長學弟關係等，均有密切的利益關係。因此，司法人員仰賴醫療專家之協力，常因其間存有利害關係，而不易見到強力而有良心之協力者。

本來，刑事責任與民法責任之性質與目的即有不同，前者乃國家為保護法益，對於行為人發動刑罰權；後者則係對於受損害者，

考量損害應如何填補。因此，在同一醫療過誤行為，即得分別針對民事責任與刑事責任進行追究，在民事訴訟，乃對於醫療人員論斷其應否對於被害人負起損害賠償責任；在刑事訴訟，則對於醫療人員論究其應否對於國家負起業務過失致死傷罪。

不過，如前所述，醫療過誤之舉證相當困難，影響檢察官之起訴率；除非過失事證明顯或案件重大，否則一般難以發動國家刑罰權而追究醫療人員之刑事責任。另外，雖然在刑事訴訟上，醫療過誤案件所涉及之業務過失致死傷罪，依日本「裁判所法」第33條規定，不必然屬於簡易裁判所審理之案件，然而所有醫療過誤刑事裁判，均由簡易裁判所處理；並且，在程序上多採無庸公開審理之略式命令為之²⁹。

肆、醫療過誤與業務過失致死傷罪

一、業務過失致死傷罪之成立要件

醫療過誤行為可能涉及之刑事責任，係日本刑法第211條第1項前段所定之業務過失致死傷罪，而業務過失致死傷罪，則係同法第209條過失傷害罪及第210條過失致死罪之特別規定。

在日本，對於犯罪評價之體系，通說採三階層體系，首先審查有無任何犯罪構成要件之合致性，倘具有構成要件該當性，則再次審查有無違法性；而違法性之判斷，則須檢驗各種法定阻卻違法事由是否該當，有則阻卻違法，否則再檢驗超法規阻卻違法事由是否要件具備，有則亦阻卻違法，否則，即應具有違法性，而應接續審查有責性是否具

²⁸ 參見飯田英男，前揭書，頁188-189。

²⁹ 金川琢雄，前揭書，頁168-169。

備；至有責性之判斷，則須檢驗責任能力、違法性認識及期待可能性等責任要素，倘均符合，則犯罪即應成立。

日本刑法業務過失致死傷罪之成立，側重於從事業務之人，在客觀上怠於必要之注意，因而造成被害人死傷之結果，而與行為人個別注意能力如何，較為無關，此為業務過失與普通過失之差異。

在理論上，業務過失之成立要件，係以對結果發生之預見可能性為前提，而怠於為迴避構成要件該當結果之義務行為。至於「預見可能性」之判斷基準，則採行為時之「醫療水平」，並以專科醫師之能力為斷³⁰。

至於刑法上「業務」概念，須具備三項要件：(1)反覆繼續性；(2)基於一定社會生活上地位；(3)危險事務性³¹。

所謂反覆繼續性，須行為人在主觀上有將來反覆實施該行為之意思，同時在客觀上該行為不僅為同種行為，且亦具有反覆實施之性質。因此，倘具有反覆實施之意思，縱僅有一次或二、三次之行為，亦得認其為業務。

所謂社會生活上之地位，應依其本來之意義，乃指一個人從事社會生活之活動時所具有之職務、職業、營業等而言。至其所從事者為主要或附隨業務，公務或私務，是否以營利為目的，均非所問³²。

二、過失犯成立之基礎

過失犯之成立要件，與過失理論之發展有密切之關係。在理論發展史上，過失理論

大體上有新、舊學說之區別，茲簡述如次。

(一)舊過失理論—以預見可能為中心

舊過失理論源於古典犯罪階層理論，認為行為人於行為時欠缺意識集中之心理狀態，由於此種心理狀態，以致未預見結果，遂致犯罪結果發生，基於心理責任論之要求，應負過失責任。換言之，過失犯之成立，以行為、結果之發生，欠缺意識集中（不注意）之心理狀態，及因果關係之聯絡為其要件。

由於舊過失理論將「過失」之體系地位，置於責任，而認「過失」係責任條件或責任類型，並認故意犯與過失犯在構成要件與違法之判斷上，並無不同。在判斷過失責任時，側重於行為人對於犯罪結果之預見可能，如行為人不能預見犯罪結果之發生時，則不負過失責任；反之，如行為人能預見結果之發生，縱其已盡力防止，而仍不免於犯罪結果之發生時，亦應負起過失責任³³。

因此，以器官移植手術為例，醫師於手術前，即已預見器官移植存有致死之一定風險，縱其盡力預防，病患如仍因身體排斥現象，造成器官衰竭不免身亡，則依舊過失理論，醫師仍應負業務過失致死之刑責。惟如此之結論，實與社會文明進化所需不符，因而有新過失理論之提出。

(二)新過失理論—以迴避可能為中心

由於舊過失理論，將過失之判斷置於責任，且側重行為人對於結果發生之預見可能，造成過失犯之判斷屢有不當之情形，因此，即有論者主張過失犯之判斷，不應僅係行為人行為時心理狀態之判斷而已，在違法性之

³⁰ 余振華，〈論醫療過誤之刑事責任〉，《自由·責任·法》，元照出版，2005年8月，頁46。

³¹ 金川琢雄，前揭書，頁221。

³² 甘添貴，《體系刑法各論》第1卷，瑞興圖書，2001年修訂再版，頁89-92。

³³ 廖正豪，《過失犯論》，三民書局，1993年8月初版，頁69-70。

判斷上，如已合於阻卻違法原理之情形，應即於違法性之判斷上予以阻卻犯罪之成立，而不待乎責任之判斷，「容許風險」及「信賴原則」等超法規阻卻違法事由之提出，可謂係對於舊過失理論之反省。

而後，Welzel 提出目的主義犯罪階層體系理論，主張故意、過失並非全屬責任要素，而有屬構成要件故意、過失者；關於違法之本質，則主張行為反價值，應較結果反價值重要。在 Welzel 的影響之下，新過失理論之發展，獲得重要助力，新過失理論之核心，將原先舊過失理論側重之行為人對結果發生之「預見可能」，轉移到行為人對結果發生之「迴避可能」上³⁴。

三、阻卻違法之重點

在日本，刑法上得阻卻醫療行為違法之事由，主要有三：

(一) 依法令行為

「依法令之行為」（日本刑法第35條前段），其作為阻卻違法事由，性質上與正當防衛、緊急避難不同，蓋後者係屬單一概念，而前者，則係集合概念，其內容遍及整體國家法令，尤其行政法規，可謂多如牛毛，大致上，可得歸納出以下之類型³⁵：

1. 公務員職務行為

公務員依各種職務法規，負有公法之權力或義務，以貫徹或執行其法定職務；在執行職務行為過程，難免具備刑法相關構成要件之該當性，惟如合於法令之規定，自屬適法之行為。

2. 權利行為

法規基於一定之立法理由，賦予人民實

施某項行為之權利，在該項權利正當行使過程，縱具備刑法構成要件之該當，仍應阻卻違法。

3. 遵從法令要求之注意性規定即明示其為合法之行為

此類型之法令行為，乃立法者考量該立法內容，多與技術性事項有關，立法者特針對該種技術性事務，限制其方法與範圍，要求行為人注意遵從，如行為人遵從法令要求之注意性規定，立法者即明示其屬合法之行為。

4. 基於一定政策性理由而解除其違法性之行為

此類型之法令，乃立法者基於一定政策理由，而排除某類型行為之違法性。例如，彩券之發行，係屬刑法上賭博行為，惟立法者基於財政及公益之考量，制定彩券發行相關法律，依法取得經營權者，其發行彩券之行為，即得阻卻賭博罪之違法性。

在醫療行為之刑事責任方面，得主張「法令行為」以阻卻違法性。例如，醫療人員遵從「優生保護法」有關施行人工流產與優生手術之注意性規定而為之，則可主張依法令行為阻卻相關犯罪之違法性；惟如行為人未完全遵從相關注意性規定，來進行人工流產或結紮手術，即不得主張「法令行為」，以阻卻違法，僅能另行判斷有無其他阻卻違法事由可資適用。

再如醫療人員遵從「臟器移植法」有關注意性規定而為之，則可主張依法令行為阻卻相關犯罪之違法性；惟如行為人未完全遵從相關注意性規定，來進行人體器官移植手術，即不得主張「法令行為」，以阻卻違法，

³⁴ 廖正豪，前揭書，頁71-72。

³⁵ 宮野 彬，〈正当行為〉，《大コンメンタール刑法》第2卷，青林書院，1989年，頁259-274。

僅能另行判斷有無其他阻卻違法事由可資適用。

然而，在醫療過誤之情形，通常非屬法令所容許之情形，實難以想像有得主張「依法令行為」阻卻業務過失致死傷罪違法性之可能。

(二)業務上正當行為

業務行為，如有法令上如何從事之明確依據，則行為人遵循法令從事一定業務行為，自可主張「依法令行為」（日本刑法第 35 條前段）以阻卻刑事違法性；倘業務之內容，雖無法令之明文，惟如(1)該種業務之性質，合於國民一般習慣與法令精神，而不違反公序良俗，且(2)行為人之行為係屬該業務範圍內，並為該業務所必要者，即得主張「業務上正當行為」（日本刑法第 35 條後段），以阻卻違法³⁶。

在醫療行為上，日本實務則輔以「醫師之說明」、「病患之同意」，並承認醫師對於醫療行為如何採行，在合於醫療常規下，擁有「裁量權」，藉此阻卻刑事違法性。

(三)信賴原則

現代化醫療，特別是在大型醫療機構，「團隊醫療」制度可謂是重要特色。在醫療團隊中，為使組織醫療得以運作順暢，以達成醫療效果之實現，即有分設各種醫療職務，各司其職，一方面充分執行其醫療職責，一方面經由統御協調，協力完成醫療目的。

由於「醫療團隊」分工極為精細，且團隊成員間具有高度之信賴感，因此，例如在外科手術中，執刀醫師信任醫療助手之分工，而遇有團隊成員醫療過誤之情形，該執刀醫師本身並無過誤，是否得主張「信賴原則」

以阻卻業務過失致死傷罪，即有疑問。在日本，出現極為有名的北海道大學附設醫院手術電刀誤接事件，在該案件中，法院採用信賴原則，對於執刀醫師認其無「結果預見可能性」，判決該醫師不成立業務過失致死傷罪³⁷。

前述三種阻卻違法事由，得阻卻醫療過誤行為之違法性者，主要係「業務上正當行為」與「信賴原則」。

伍、結語

本來，自刑法規範之立場觀之，醫療過誤行為只要合於日本刑法第 209 條「過失傷害罪」、第 210 條「過失致死罪」或第 210 條第 1 項前段「業務過失致死傷罪」、甚至同項後段之「重大過失致死傷罪」等，即應論以相關刑責，應無爭論為是。然而，在歷史因素，以及醫療過誤案件之特性相互影響下，日本刑事司法上對於醫療過誤案件之追訴率與定罪率，低到令人驚奇。

在歷史因素方面，自古以來，病患及家屬，面對醫師之治療行為，咸持敬畏之心，鮮敢追究醫師法律責任，是故醫病間係屬不對等之依賴關係。明治維新後，開始引進法治與權利、義務概念，雖然在二次大戰前，由於團體主義掛帥，司法實務上因醫療糾紛涉訴之案件，尚不常見；惟二次戰後，個人主義興起，醫療爭訟案件，始逐漸增加，而醫病間之信賴關係，則漸次發生微妙的變化。

在現代日本，病患之權利意識極為高漲，因此，倘發生醫療過誤案件，且有發生致死或明顯之傷害時，病患或其家屬提起法律救濟已屬常見；然而，因醫療過誤行為所具有

³⁶ 曾淑瑜，《醫療過失與因果關係》（上），翰蘆圖書，1998 年 7 月，頁 61-68。

³⁷ 金川琢雄，前揭書，頁 222。

之「專門性」、「密室性」與「封建性」等特色，造成病患或家屬在進行法律救濟時，因難以舉證而明顯居於弱勢，多難以如願獲償。在司法制度上，民事訴訟可由病患或家屬提起訴訟，而刑事訴訟，原則上係由檢察官提起公訴，而檢察官在證據不充份情形下，多不予起訴，因此，日本刑事醫療過誤之案件數，實遠較民事醫療過誤為低。另一方面，倘在刑事訴訟上，醫療過誤一旦加以起訴，通常事證已相當明確，此時當事人多在民事上尋求和解。

自日本對於醫療過誤案件之刑事責任處理狀況觀之，因時代主流價值為保障人性尊嚴，追求個人最大幸福，醫療父權主義時代一去不復返，自不可能一概免除醫療過誤行為之刑事責任。

然而，日本司法實務之經驗，歷年來醫療過誤案件經起訴，甚至定罪之數量極為稀少，考其原因，除舉證困難確屬重要之點外，實務對於醫療過誤嚴守刑法謙抑思想，對於事證明顯或重大過誤案件，始追究其刑事責任，其餘則於民事賠償責任予以處理。實則，對於法制上長期繼受日本，深受日本影響之我國，在醫療過誤的處理上，許多作法有其相近之處，可供參考。

參考文獻

一、中文文獻

- (一)靳宗立，〈醫療行為與犯罪評價之探討——以醫療法規與刑法「法令行為」為中心——〉，《軍法專刊》，2007年6月，53卷3期。
- (二)余振華，〈論醫療過誤之刑事責任〉，《自由·責任·法》，元照出版，2005年8月。
- (三)甘添貴，《體系刑法各論》第1卷，瑞興圖書，2001年修訂再版。
- (四)廖正豪，《過失犯論》，三民書局，1993年8月初版。
- (五)朱柏松，〈論日本醫療過失之舉證責任〉，《醫療過失舉證責任之比較》，臺大人文社會高等研究院出版，2008年5月初版。

二、日文文獻

- (一)佐々木養二，〈治療行為論—医療行為の側面より—〉，《医療と刑法—治療行為に関連》，日本南窓社，1994年，頁9。另可參閱齊藤誠二，《医事刑法基礎理論》，日本多賀出版，1997年2月初版。
- (二)金川琢雄，《現代医事法學》，日本金原出版，1995年改訂2版。
- (三)杉村敏政、天野和夫編，《新法學辭典》，日本評論社，1991年1版。
- (四)米田泰邦，〈医療過誤と刑事責任〉，《現代刑事法》，日本現代法律出版，2000年6月，第2卷6号。
- (五)佐々木養二，〈安樂死の再考〉，《医療と刑法—治療行為に関連》，日本南

窓社，1994 年。

- (六)齊藤誠二，〈臓器移植と刑法〉，《現代刑事法》，日本現代法律出版，2000 年 6 月，第 2 卷 6 号。