

過失；但「醫療常規」只是將許多經驗的歸納整理，以應付一般通常之情形而已，對於臨床上各式突發狀況，「醫療常規」不可能完全掌握一切可能的變數，因此最重要的決定，還是必須依靠醫師的經驗及判斷，依據實際情況做出最後處置。

臨床醫療常用「醫療常規」拘束醫師的作為；然實務法院漸不採納，畢竟人體狀況變化萬端；不同醫師/醫療機構的「醫療常規」亦不一致，本來就不能將「醫療常規」視為「法律」，我們看法院怎麼看待僵化的「醫療常規」：

一、臺灣高等法院 104年度醫上易字第9號

…再醫療行為固以科學為基礎，惟本身具不可預測性、專業性、錯綜性等特點。醫師對求治之病情，須依其專業，為正確、迅速之判斷其原因及治療方式。然人體生、心理現象，錯綜複雜，又因每人之個別差異，於當今之醫學知識、技術、仍受侷限，此猶如冰山，其潛藏未知部分，恆較顯露已知者為多，是有其不可預測性；刑法上之過失，指對於構成犯罪之事實，按其情節應注意，並能注意而不注意即懈怠過失，或雖預見其能

發生，但確信其不發生即疏虞過失而言，且過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係，始得成立。而醫療行為複雜多樣，就屬明顯可判之應為而不為、不應為而為，或純屬醫療行為操作層面等事項，診療醫師有所懈怠或疏虞，固難辭刑法上業務過失之責任。但民、刑事責任規範目的不同，關於民、刑事過失責任成立要件注意義務之判斷基準，原則上不必等量齊觀，基於刑罰最後手段性、謙抑性之考量，有關刑事上之過失責任之認定，應依嚴格證明之證據法則特別審慎為之。又於醫療過程中，個別病患之具體疾病、病程進展及身體狀況等主、客觀條件，原本不一，又不時急遽變化，尤其存在斟酌、取捨之事項，如何選擇在最適當之時機，採取最有利於病患之治療方式，本屬臨床專業醫師裁量、判斷之範疇；倘診療醫師就此所為斟酌、取捨，確有所本，並無明顯輕率疏忽，或顯著不合醫療常規之情，不能因診療醫師採擇其所認最適時、有利於病患之治療方式，摒除其他，即謂其係懈怠或疏虞，有錯誤或延遲治療情事，而令其負刑法上之業務過失責任。

「伊為自訴人注入之脂肪量係依照病患個人體型、胸部緊實度等去評估，並未違反任何醫療常規，亦無疏

失等語，尚堪採信」

「惟人體進行自體脂肪移植豐胸手術時，注射多少脂肪始屬過量，目前醫學上尚無定論，前已敘明，就無定論之事本即難有何依據可資引用，且觀被告為自訴人進行本案手術之狀況，亦無脂肪注射過量而自傷口溢出之情形，自訴人就其所指被告違反醫療常規之處復未提出相當證據以實其說，自不能因衛福部醫審會之鑑定意見就目前尚無定論之事未引用具體依據，即認有再送測謊及鑑定之必要。」

二、最高法院105年台上字第182號判決

醫療事故糾紛，無論國內或國外、民事或刑事，皆日漸增多，醫方人員為求自保，遇有高難度、高風險、複雜病例，不免採取防禦性醫療方式，長遠宏觀來看，並非全民之福。如何公正明辨是非，當是法院應嚴肅面對，且責無旁貸的課題。

過失犯罪，首重行為人應負的注意義務。在醫療行為，因具專業性、錯綜性及不可預測性，並為求醫療水準提升及保障病人權益的均衡，一般均以醫療常規，作為醫護人員注意義務的判別標準。原則上，醫學中心的醫療水準高於區域醫院，區域醫院又

高於地區醫院，一般診所最後；專科醫師高於非專科醫師，因此，尚不得一律逕以醫學中心之醫療水準，作為判斷的標準。此參諸行為時行政院衛生署（現改制為衛生福利部）所訂醫療糾紛鑑定作業要點第十六條：「醫事鑑定小組委員會及初審醫師，對於鑑定案件，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，不得為虛偽之陳述或鑑定」規定亦明。故因人、事、時、地、物之不同，醫療常規並非一成不變，在醫學中心、區域醫院、地區醫院、一般診所，因設備等之差異；在每一時期，因醫學之進步程度，醫療常規乃具浮動性。舉例而言，醫學中心及一般診所對同一疾病的病患之診療，因醫護設備水準之不同，醫療常規亦有寬、嚴之別，其他如台北首善之區與離島偏遠地區；八〇年代與九〇年代的醫學水準，對同一病狀的診療，所要求於醫護人員的醫療常規，必有差異。從而，在醫療常規對不同等級之醫療院所，所要求於醫護人員的注意義務，應有所差別時，對次級的醫療院所，自不能同以高級醫療院所的醫療常規，憑為判斷標準，以免醫療人員裹足不前，阻礙醫療水準的提升；而病人未得及

時適當的救護，損及健康甚至生命，造成雙輸的局面。至於次級的醫療院所，自行提升為以高級醫療院所的醫療常規，作為其內部規範時，因屬自我期許，用意可嘉，然而在發生醫療行為疏失時，仍應以其原先次級醫療院所的醫療常規，作為判別標準，才符合刑法之謙抑性原則，並避免過度評價。

再者，過失犯，以行為違反注意義務，或結果的預見可能性，作為要件，學說上稱為「行為不法」，另所發生的結果原屬可以避免者，為「結果不法」。又此二者間，必須具有關聯性，才能成立犯罪；若僅具行為不法，而結果的發生卻不可避免時，因欠缺結果不法，尚不構成過失犯。即令新近採客觀歸責理論者，也認為此種行為人，雖然製造了法所不容許的風險，但實際上所發生的結果，既然本屬不可避免，仍應認其並未實現該不法風險，客觀上不能加以歸責，無以過失犯罪責，相繩餘地。

「事後諸葛」—不應在事後用嚴格的高標準檢視行為人

我們可以看到電影中機長因為調查人員的高標準檢視而感到身心俱疲，機長決策錯了嗎？以結果來看無

疑是個正確的決定；但在整個調查程序中，幾位調查「專家」在事後用一種完全冷靜、旁觀者的角度，檢視機長的每一動作，並多次演練找尋最完美的流程控訴。這種事後客觀第三人角度分析的角色，類似於法律上「善良管理人注意義務」，法律會要求一個具備專業知識、經驗的人，在遇到相同情況時，能夠做出最適當、合理的反應。

但在臨床個案上，操作者並不是旁觀者，而是貨真價實的當事人。如同電影中的機長一樣，他能做出反應的時間只有短短幾秒鐘，而且一個決定關係到的是一百多個人的生命（包括他自己），人性會害怕/緊張，在極短的時間要綜合所有儀器資料的判讀，真能期待他做出與「事後旁觀者」相同決定嗎？所謂的「專家」在事後評價人、事或 SOP 時，切記要將「人性」考量進去（面對突發狀況的反應時間、可能有的情緒、龐大的壓力等等），而不是在事後用一個莫不關己的旁觀者標準，嚴格檢視行為人；更何況醫療事故發生，並不是醫師所樂見，這也不是電玩遊戲可以重玩一次。