



被架空的臨床專業裁量權

——簡評最高法院112年度台上字第3373號判決及歷審裁判

■劉邦揚 中原大學法學院財經法律學系助理教授

本案事實

林姓被告係執業醫師，獨立開設診所，林姓、廖姓、邱姓等3名被害人均為毒品濫用之成癮者，曾先後於2015年6月、2015年9月、2016年4月間，因長期使用毒品而致躁動、睡眠障礙等症狀，至被告所開設之診所求診，並自費施打俗稱「牛奶針」的第四級管制藥品「普洛芙靜脈注射液」(propofol)。惟3名被害人於施打前述藥品後不幸死亡。嗣後林姓醫師遭檢方起訴過失致死罪嫌，並於歷審裁判中均受到有罪判決，惟最高法院第一次發回更審時，對於被告所開立之管制藥品是否屬具備醫療上正當性提出質疑，嗣後更審見解推翻原判決，認為被告開立第四級管制藥品之處方縱屬於醫療行為，但參酌全案事證，被告開立的系爭藥品屬於適應症外用途，不具備醫療上正當目的，已違反醫療常規，維持有罪判決。嗣後被告不服上訴最高法院後遭到駁回，有罪判決確定，應執行有期徒刑4年。

爭點

雖然本案事實牽涉許多重要的刑事法議題，例如毒品成癮者的戒癮治療、醫療院所設施與注意義務的連動關係、被害人死因抗辯等內容。惟追根究柢，本案在歷審裁判中都不斷遭到挑戰的觀點是：適應症之外的醫療用途(off-label used)是否屬於醫師的臨床專業裁量範圍？換言之，臨床醫師所開立的處方內容，是否必然限縮於藥品仿單上所註記的適應症？

若採取肯定見解，臨床醫師便幾乎不存在開立適應症以外藥品的正當性，而醫療法第82條第3項修法後所不斷強調的「臨床專業裁量權」也勢必遭到架空，醫療過失的認定依舊會回到傳統的過失犯操作標準。另一方面，本文也嘗試以此判決，個案式地觀察在2018年修正醫療法第82條後，當前在刑事判決上，實務在醫療過失案件中，如何認定有無逾越臨床專業裁量權，藉此反思前述修正對於醫療過失判斷的實益為何。

DOI: 10.53106/207798362024050143005

關鍵詞：過失犯、注意義務、臨床專業裁量權、醫療常規、適應症外使用

判決理由

承前所述，本案是一起典型的醫療過失案件，其爭點圍繞在過失犯的不法構成要件，歷審判決中，都將論罪重點擺在注意義務的論證。整體而言，在最高法院第一次發回之前，臺中地院與臺中高分院的判決，尚認定被告所為之行為具備醫療上之正當目的，被告開立系爭藥物予3名被害人施打，屬於醫療行為。嗣後本案遭到最高法院發回後，則在事實認定上出現了截然不同的觀點，歷審法院的觀察角度，則可以分論如下。

壹、地方法院見解¹

臺中地院的見解認為，被告所為係基於正當醫療目的所為之醫療行為，但是對於3名被害人死亡的實害結果違背注意義務，理由在於3名被害人均為毒品濫用者，被告身為執業醫師理當提高注意義務，並且留意藥品仿單內容，審慎開立處方。

也因此，臺中地院認為：「……經查，依據上述證人即曾自被告診所取得含有『普洛福靜脈注射液』成分之系爭混合藥物……於警詢、偵查、本院審理時證述，可知上開證人均係曾經濫用藥物之成癮者，因有睡眠障礙而至育○診所求診，經本件被告提供系爭混合藥物作為治療上開之人睡眠障礙症狀之處方，參酌前開函釋意旨，自應屬於為治療上開病患睡眠障礙為直接目的而基於診斷結果所為之處置，為醫療行為無

訛，據此，被告本件提供『普洛福靜脈注射液』上開之病患之行為，自應屬醫療行為，易言之，其開立包含『普洛福靜脈注射液』系爭藥物給本件被害人，係基於正當醫療目的，亦堪認定。」

「……況觀諸『普洛福靜脈注射液』仿單上所載特殊警語：『主要由醫護人員造成之本藥品藥物濫用的情形已有相關之報告，如同其他全身麻醉，使用本藥品時，若未維持呼吸道暢通可能導致致命的呼吸系統併發症。針對使用其他具有鎮靜功能的藥物之病患建議時，本藥品的效用、手術、併用藥物、年齡和病患的狀況均應予考慮。』等語，益見對於毒品濫用之患者，較諸一般患者，更有可能發生併發症，而有致命之危險，比之一般患者使用『普洛福靜脈注射液』時更應提高注意，然依上所述，被告顯然均未予以注意。從而，堪認本件被告於本件被害人林○○、廖○○、邱○○於死亡前即最後一次前往被告診所施打含有『普洛福靜脈注射液』之系爭混合藥物時，未有於施打『普洛福靜脈注射液』前評估、由受過麻醉或加護照顧訓練之醫師給藥，被告於該等被害人施打系爭混合藥物過程，亦未提供持續監測病患之心臟及呼吸功能，隨時有維持呼吸道暢通、人工換氣及其他復甦設備自明。」

「被害人施用量極高，衡情其體內濃度應屬極高，而其等又是海洛因濫用成癮之人，其等體內器官極可能早已因濫用藥物而失其正常功能，即便其有施打『普洛福靜脈注射液』之需求，較諸

¹ 臺灣臺中地方法院106年度醫訴字第2號判決。

一般患者，醫師本應特別注意其施打後之狀況，隨時監控其生命徵象，然被告卻捨此而不為，顯然對於前開注意義務極為漠視，況被告就前開藥品仿單所明文記載之事項，尚無不能注意之情事，其竟仍有前開行為，全然已經違反注意義務……而被告任由病患邱○○自行施打『普洛福靜脈注射液』(propofol)，而未在施打後使用儀器監控病患之生命徵象，違反醫療常規，有醫療疏失。綜上情以觀，被告就此部分具有過失一節，應堪認定。」

臺中地院的一審判決，除了典型過失犯的操作基準之外，同時提出了少見的藥品仿單內容，藉以認定被告是否履行注意義務；此外，仍有不少端倪值得細查。首先，一審判決於2019年7月間作成，當時醫療法第82條第3項已經修正，但地方法院並沒有使用前述修正後的醫療過失要件。精確地說，臺中地院只參考了第82條第1項的規定內容，論證被告違反醫療上的注意義務，但卻沒有在過失不法要件上，依照修正後的規範內容進行不法事實的涵攝——更何況，前述規定並未被修正。質言之，修正後的醫療法第82條第3項、第4項所認定的醫療過失，應同時考量醫師的臨床專業裁量，而醫療常規應屬於臨床專業裁量下位概念的修正架構，並未被臺中地院納入判決的心證範疇。

復次，一個更為尖銳的觀察是：本判決既然在醫療法第82條新增第3項、

第4項的修正後才作成，何以能夠不引用應屬於特別法的醫療法第82條第3項、第4項的醫療過失犯不法要件？——遑論從立法理由到倡議者，均認為本次修正有利醫師執業，使得過失責任更加明確²。倘若醫療法於2018年的修正，並沒有被實務判決採納為醫療過失的裁判依據，那麼前述規定的修正，其法律定位應如何理解，則似乎是幾乎沒有被國內學者與實務見解檢討的特殊現象。

貳、高等法院見解³

被告上訴後，臺中高分院的判決內容出現了較為完整的論述，首先，臺中高分院正面援引了醫療法第82條的修正，並且明白揭示了醫療常規與醫療過失之間的關係。換言之，醫療過失的判斷，除了要以注意義務的違反為前提外，應該透過醫療常規建構過失犯的內涵。

臺中高分院在上訴審的判決中指出：「……為確保醫師執行業務順遂，導正緊繃的醫病關係，107年1月24日公布施行之醫療法第82條新增第3、4項，分別規定：『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2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。』其目的在於限縮

² 周思宇，醫療法立院三讀，醫師過失責任明確化，風傳媒，2017年12月29日報導，<https://www.storm.mg/article/378857>（最後瀏覽日：2024年2月18日）。

³ 臺灣高等法院臺中分院108年度醫上訴字第2340號判決。

醫師過失責任範圍，減少其因執行業務而受刑事訴追風險，並朝向醫師過失責任判斷要件的精緻與明確化。所謂『違反醫療上必要之注意義務』係以醫療行為是否符合『醫療常規』為判斷，是一種平均醫師的注意義務程度。即凡任何一個具有良知與理智而小心謹慎的醫師，在相同條件下，均會採取與保持之注意程度，其他醫師立於相同情況，皆會為同樣判斷與處置。」

不過在本案事實上，臺中高分院依舊維持臺中地院的見解，認定被告開立處方並未注意仿單內容，已經違背醫療常規，並構成過失致死的不法要件。

「……是以，如果被告於上述被害人前往診所就診時，能依據前述仿單說明詳為評估，將其等具有濫用藥物成癮病史考量在內，給予安全之劑量，並依該仿單設置必要之生命徵象之監控系統、維生系統，以加強對施用麻醉藥物之病患之保護，上述被害人麻醉藥類中毒之可能性即應可大為降低，縱有發生中毒情事，亦因有生命徵象之監控設備，而能即時發現被害人之情狀，而為緊急救護。凡此均為被告違反醫療常規，而造成被害人林○○、廖○○、邱○○之死亡，即堪認與構成要件該當結果，即被告之過失與被害人林○○等3人之死亡結果間，具有相當因果關係，亦堪認定。」

不過臺中高分院的判決認為，被告已經與廖姓被害人的家屬達成和解，原審法院並未審酌此情形，於量刑內容上容有未當，因此將原審法院中有關過失

致廖姓被害人死亡之宣告刑撤銷改判，同時撤銷原判決之應執行刑，另定應執行有期徒刑5年6個月。

本文的觀察是，儘管二審的臺中高分院正面地使用修法後的醫療法第82條進行過失犯的涵攝，但似乎在論證邏輯上存在瑕疵。理由在於，觀察前述修正內容應當可以理解，立法者期待在醫療過失的判斷上應該優先判斷臨床專業裁量，藉此限縮過失犯的成立空間，而長期被我國實務援用的醫療常規，則屬於臨床專業裁量的下位概念。也因此，合理的醫療過失論證，似乎參照現行法應該先觀察臨床專業裁量的範疇，再透過個案事實進行過失不法要件的判斷。

也因此，縱然臺中高分院已經理解了醫療法的修正理由，但卻依舊援用過往醫療過失的操作邏輯，跳過了醫療專業裁量權的討論，直接以違背醫療常規與否，作為過失不法要件的內涵。此時，不僅立法者與倡議團體所一再強調的「臨床專業裁量權」遭到實務見解的擱置，本案最重要的爭點——藥品於適應症外的使用、乃至與醫師臨床專業裁量之間的關聯性，也無從討論。

參、最高法院第一次發回見解⁴

最高法院第一次發回的見解，則成為本案事實認定至關重要的轉折點，最高法院在判決中明確討論了適應症外使用的問題，以及被告提供適應症外之藥物予3名被害人是否具備醫療上的正當目的。

判決內容提及：「……是尚不得因

⁴ 最高法院111年度台上字第335號判決。

醫師所為屬醫療行為，即得概認其使用管制藥品之醫療行為具有正當醫療目的。至於醫師開立處方，使用管制藥品於其非適應症之病患（即仿單核准適應症外之使用），是否屬不當使用而得認不具正當醫療目的，事涉醫療專業，自應參酌適格鑑定人或鑑定機關之鑑定意見妥為說理判斷，並據以論定醫師使用管制藥品之處方、用藥等醫療行為本身，有無因違反上述規定而違反注意義務。」

「……被告使廖○○、林○○、邱○○（下稱『廖○○等3人』）注射普洛福是否為不具正當醫療目的之不當醫療行為？是否有違管制藥品管理條例第6條第1項、醫師法第19條之規定，因而得以併予認定此部分亦違反其醫療上應盡之注意義務？抑或於被告之診所注射普洛福，依當時診所之醫療常規、水準、設施、條件、病患受診治之情節等客觀情狀，被告僅係為減緩廖○○等3人當時之症狀，而未違反必要之注意義務，或未逾越合理臨床專業裁量（醫療法第82條第3、4項參照）？皆難謂無疑。」

「原判決理由又說明被告開立普洛福供廖○○等3人注射，屬非仿單適應症（或仿單適應症外）使用等情，然被告此部分行為，是否同屬違反注意義務之一部分，而應於犯罪事實作整體過失行為之評價與認定，亦欠明瞭，均不無判決理由矛盾及判決理由不備之違法。」

由上可知，本案第一次上訴最高法

院後，最高法院便採取了醫療法第82條修正後的第3項與第4項醫療過失的判斷要件，指明臨床專業裁量權與注意義務之間的關聯性，以及適應症外的藥物使用，是否具備醫療上正當目的，應該透過專業鑑定進行判斷等二大爭點，以上均為前審級並未詳予查明的事實認定，故發回臺中高分院進行更審。

肆、更審與終局判決見解

臺中高分院更審判決的論證邏輯較之前清晰⁵，首先，法院認為被告替3名被害人開立propofol靜脈注射液的行為，由於屬於適應症外的藥物使用，加以3名被害人均為多年的藥物成癮者，被告應在開立處方時更為謹慎，從而於此根本性地否定了適應症外藥物使用的正當性，並認為被告之行為已經不具備醫療上之正當目的。

更審判決認為：「普洛福靜脈注射液係靜脈注射麻醉劑，多用於已住在加護病房並使用人工呼吸器之成人，作為手術及侵襲性檢查之鎮靜使用，因有可能造成低血壓、呼吸抑制等副作用危險，故不建議使用在有睡眠障礙、煩躁不安之患者等情……足認毒品戒斷、睡眠障礙等並非普洛福之適應症，自不宜作為上開患者使用。且『普洛福靜脈注射液』藥品並未核准於使用安眠用途，由行政院衛生署之藥品許可證，可知propofol未被允許使用於治療海洛因戒斷症狀，亦未核准使用於安眠用途，被告無法基於治療海洛因戒斷症狀或安眠用途之醫療上目的而開立普洛福等

⁵ 臺灣高等法院臺中分院112年度重醫上更一字第1號判決。

情，……另被告為病人施打之藥劑，其仿單所列之適應症皆非用以緩解毒品成癮者之戒斷症狀等情……由此觀之，被告提供管制藥品普洛福靜脈注射液與毒品戒斷、失眠之患者使用，即以仿單核准適應症外之使用，縱認係醫療行為，依上開說明，然已難認係正當醫療目的。」

另外，更審於認定被告是否構成醫療過失時，雖有援引醫療法第82條第3項與第4項之規定，但於本案事實涵攝時，仍舊略過臨床裁量權的討論，直接將前條規定中第4項所提及的醫療常規，單獨適用於建構過失犯罪的論理依據。質言之，即便最高法院發回的理由，明確提及應釐清本案中被告的臨床專業裁量權限，但於事實審法院層級，卻似乎習慣採取過往的醫療常規，作為過失犯注意義務的內涵，而非直接論證被告行使臨床專業裁量權之妥適性。

更審判決指出：「綜上以觀，堪認被告對『普洛福靜脈注射液』之實際用途、施用毒品者注射『普洛福靜脈注射液』之風險、且係施用毒品者為緩解戒斷現象之痛苦而前來施打等情均知之甚明，且其施打前亦未詢問有無施用毒品之情形，堪認被告於被害人林○○、廖○○、邱○○於死亡前即最後一次前往被告診所施打含有『普洛福靜脈注射液』之系爭混合藥物時，顯然違反醫療常規而有過失」

「依上開說明，或可認被告係為廖○○、林○○、邱○○注射含有『普洛福靜脈注射液』之系爭混合藥物」係醫

療行為，然其率而聽從毒癮患者建議教導用於毒品戒斷、失眠之患者，已屬仿單核准適應症外之使用，已難認係正當醫療目的，且被告對『普洛福靜脈注射液』之實際用途、施用毒品者注射『普洛福靜脈注射液』之風險、且係施用毒品者為緩解戒斷現象之痛苦而前來施打等情均知之甚明，且其施打前亦未詢問有無施用毒品之情形，堪認被告於被害人林○○、廖○○、邱○○於死亡前即最後一次前往被告診所施打含有『普洛福靜脈注射液』之系爭混合藥物時，顯然亦有違反醫療常規而有過失。綜上，被告為林○○、廖○○、邱○○等人施打『普洛福靜脈注射液』已違反正當醫療目的，亦不符醫療常規而有過失，至為明確。」

因此，更審判決認定被告並未詳細問診，診所內也無任何被害人之注射系爭藥物之病歷，診所內更無可供監測患者生命跡象之相關醫療器材，於此情況下，採取適應症外的藥品，縱然屬於醫療行為，但不具備醫療上的正當性，同時也違反醫療常規，故判決被告過失致死罪。惟被告嗣後均與3名被害人家屬達成和解，故撤銷原判決，改判被告應執行有期徒刑4年。

其後被告再次上訴最高法院，最高法院認為⁶：「上訴人於林○○等3人死亡前即最後一次前往診所施打含有普洛福之混合藥物時，在施打前並未問診，及施打過程中亦無完善監控管理，顯然違反醫療常規而有過失，並與林○○等3人之死亡結果具相當因果關係，各該

⁶ 最高法院112年度台上字第3373號判決。

當於過失致人於死罪之構成要件之理由綦詳，復依調查所得，說明依普洛福仿單上所载之特殊警語，可見普洛福對於毒品濫用之患者，較諸一般患者，更有可能發生併發症，而有致命之危險，比之一般患者使用時更應提高注意……乃此為任何具有良知與理智而小心謹慎之醫師均會採取與保持之注意程度，而上訴人為被害人等注射普洛福，並未問診，甚至任由病患自行施打，堪認其為求診者施打普洛福甚為輕率且無完善監控管理過程等情況，據以判斷上訴人違反醫療上必要之注意義務，……凡此，概屬原審採證認事職權之合法行使，核其論斷說明，衡諸經驗及論理等證據法則皆無違背，依所確認其於醫療上應注意之事項有可歸責之處之事實，論以上訴人前揭過失致人於死3罪刑，並無不合……」。

最高法院於判決中再次操作了一次醫療過失的論證，並維持更審見解，認定被告並未詳實問診、率然開立適應症外之處方，顯然與醫療常規不符，已經違反了注意義務，構成過失不法要件，故維持更審判決內容，駁回被告上訴，全案因此確定。

五、小結

於歷審判決中可以發現，本案被告確實在問診、乃至於診所內施打適應症外之處方，甚或任由患者自行攜回家中施打，可受訾議。惟本文見解認為，此案件一審判決時，醫療法第82條第3項與第4項均已經修正完畢，但特殊之處在於，從事實審到法律審，在醫療過失的操作基準上幾乎仍舊使用傳統的論證

模式，也就是從醫療常規的違反與否，論定被告是否違反注意義務，進而構成過失不法。這個現象毋寧值得關切，理由在於，如果醫療法第82條在2018年的修正，應當被視作普通刑法的補充，進而讓醫療過失的不法要件可以限縮，那麼何以歷審法院卻都在判決內容中，省去對於「臨床專業裁量權」的討論，逕自使用下位概念的醫療常規，作為過失犯不法要件的規範內涵呢？於此，本文認為這個現象殊值留意，且應當由前述修法歷程，完整回顧醫療過失的運作基準。

評 析

【臨床專業裁量權與過失犯體系的扞格】

醫療過失的討論中，曾經引起醫界與若干倡議人士爭辯的觀點，在於「醫療常規」概念的運用。於2018年醫療法修正前，醫療常規往往作為過失犯注意義務的內涵，但若干觀點認為醫療常規的說法過於虛無飄渺，因此主張：應該以臨床專業裁量權取代之，除了符合明確性原則之外，也藉此尊重臨床醫師在面對瞬息萬變的疾病面前，可以有更加合理的執業空間。

然而，時隔5年後，本案的更審判決與最高法院見解，其實完全沒有將臨床專業裁量的討論，納入醫療過失要件的審酌範圍。於此重要的意義在於，本案尚牽涉到藥物在適應症外使用的正當性，與此連動的則是若干年前，倡議者不斷高呼的「尊重臨床專業裁量權」。本文所摘錄的歷審見解，其實已經與修正理由出現扞格，而此現象是否為本案

獨有，又或者是我國司法實務的通案性現象，也自然有觀察的必要性存在。

壹、醫療法第82條第3項與第4項的修正脈絡

綜觀醫療法在2018年的重大修正歷程，不難發現特定倡議者所持之見解對修法結果影響之深。論者認為長期以來，在醫療過失上都以是否違反醫療常規做為違反注意義務的指標。然而，醫療常規並不是具體、通案、或可供查詢的指引守則(guideline)，自然在鑑定時會淪於各說各話的狀況，並且有違明確性原則的疑慮，故而提出了「尊重臨床專業裁量⁷」的見解，除了嘗試取代使用已久的醫療常規外，論者更是強烈抨擊醫療常規一詞所造成的影響，並且認為醫療常規「自始便不存在」，同時主張臨床專業裁量權才能夠完整評價被告醫事是否構成過失不法⁸。在此觀念下，過失不法的判準依據，應該以行為時的注意義務基準為斷⁹。而這樣的觀點，自然也受到利益團體的大力支持¹⁰，進而催生了醫療法的修正。

面對利益團體與媒體輿論的壓力，立法院啟動了修法程序。以邱泰源委員等人所提出的修正版本提及：臨床專業裁量權，其實就是醫界多年苦心提倡

「重大過失」的具象化，因此，顯然逾越臨床應具有之專業裁量範圍而作為或不作為，便屬於違背臨床專業裁量權限的舉止。此外，由李彥秀委員等人所提出的修正版本，則在理由中敘明，使用已久的醫療常規概念，應屬於醫師形成臨床裁量的一部分，而非全部。故由李彥秀委員等人所提出的修法說帖觀之，醫療常規應該是臨床專業裁量權的下位概念，而不能取代臨床專業權的地位¹¹。

貳、臨床專業裁量對過失犯審查的實質效益

如此大破大立的修法結果，對於我國司法實務的成效如何？本文並不敢斷言，但回到本案的歷審判決觀察卻不難發現幾個現象，首先最大的問題是過失不法的操作基準，並沒有隨著醫療法的修正而出現連動，反而在各級法院中，仍然援用過往過失犯的論證方式，倚賴醫療常規作為違反注意義務的判斷基準。其次則是，若前述現象並沒有受到檢方或是被告辯護人的強烈挑戰，那麼醫療法第82條第3項與第4項的法律效果似乎已經被當前實務忽略，吾人對於此現況的理解，實有必要重新梳理。

一、現行法下醫療過失應有的討論進路

⁷ 鄭逸哲，醫療法第82條之1修法建議，軍法專刊，58卷4期，2012年8月，169-170頁。

⁸ 鄭逸哲，「臨床裁量權」和「行為有價值」乃「醫療民法」和「醫療刑法」不可抵觸的底線，軍法專刊，59卷2期，2013年4月，127-128頁。

⁹ 鄭逸哲，「臨床裁量適當」即屬「行為有價值」，月旦法學教室，130期，2013年8月，34頁。

¹⁰ 醫勞盟，改革醫療刑訴氾濫，搶救醫療崩盤，<https://tmal119.blogspot.com/2012/07/blog-post.html>（最後瀏覽日：2024年2月14日）。

¹¹ 立法院公報，107卷9期，院會紀錄，2018年2月，1-3頁。

當前學說對過失不法要件的操作，主要集中在注意義務的違反、預見可能性的討論上¹²，此外也有學者強調法益侵害的迴避可能性¹³，並將之納入過失犯的主觀不法要件中。德國學說上也存在相同的討論方向¹⁴，使得前述架構幾乎可以通用於所有作為與不作為的過失犯罪。

然而，醫療法第82條第3項規定：「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。」同條第4項則明定：「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。」

從法條結構觀察，醫療過失的不法要件似乎將注意義務與臨床專業裁量進行區分，換言之，臨床專業裁量難以在文義上，認定屬於注意義務的內涵。本文的見解認為，由於醫療法第82條第3項使用了「且」字將二者隔開，故並無法從法條架構上，輕易地讓臨床專業裁

量的討論被吸納為注意義務的一部分，這樣的法規設計與倡議理念，其實與學說見解衝突¹⁵，也必然衝擊我國過失犯的審查基準。

是以，本文綜整醫療法的修正經過與倡議者所提出的觀點，當前的醫療過失不法要件，似乎應該包括了：注意義務的違反、逾越臨床裁量權限、預見可能性、以及對於法益侵害結果的迴避可能性。精確地說，醫療過失的不法要件應當在普通過失不法要件中，另外再加上是否逾越臨床裁量權限的討論，才會符合目前刑法第14條與醫療法第82條第3項與第4項的立法架構¹⁶。

二、適用法規顯有錯誤的實務現況？

承前所述，以本文如此「要求精準」的論證態度而言，醫療過失的判決理由必須無一例外地要進行臨床裁量權限的觀測，換言之，被告是否成罪，其作為或不作為必須要該當逾越臨床裁量權的不法要件。此時，醫療常規並非不能討論，而應該在涵攝前述不法要件時，同步依據醫療法第82條第4項的規

¹² 王皇玉，刑法總則，修訂八版，2022年8月，516-522頁。許澤天，刑法總則，四版，2023年5月，525-529頁。

¹³ 林山田，刑法通論（下），增訂十版，2008年1月，175-194頁；林書楷，刑法總則，增訂六版，2022年9月，439-452頁。許恒達，過失犯的預見可能性與迴避可能性——建構過失歸責的理論嘗試，中研院法學期刊，27期，2020年9月，60-86頁。

¹⁴ Kinderhäuser/Böse, Strafrecht Besonderer Teil II, 11. Aufl., 2021, S. 294 ff.; Rostalski, Theorie und Praxis der Fallbearbeitung beim Fahrlässigkeitsdelikt, JuS 2021, S. 827; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2020, S. 537 ff.; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2020, S. 299 ff.

¹⁵ Brinkmann, Strafrechtliche Sanktionierung ärztlicher Kunstfehler, RDG 2011, S. 170.

¹⁶ 但是這樣的見解可能已經實質侵害過失犯的審查體系，相同見解可以參見：古承宗，畢九壞死經手術切除案：醫療刑法中的客觀注意義務與審查基準，月旦醫事法報告，74期，2022年12月，90頁。

定，納入臨床裁量權逾越與否的討論之中。醫療常規必須附隨於臨床裁量權的操作，而不應該被獨立觀察，逕自作為注意義務違反的實質內容，倘若如此，則將會造成前述醫療法修正的結果遭到完全的架空，同時也會構成刑事訴訟法第379條的判決違背法令，形成違法判決¹⁷。

三、實然與應然之間——進退維谷的臨床專業裁量權

走筆至此，無法迴避的嚴肅課題是：臨床專業裁量權該如何定位？本文欲強調的重點在於，如果依照前段的論證成果，那麼醫療過失的刑事訴訟案件，只要沒有依據醫療法第82條修正後的結果進行過失不法要件的涵攝，理應都屬於違法判決。

但前述觀點是建構在倡議見解、修法理由上的「應然面」。平心而論，倘若出現如此明顯且特殊的適用法規錯誤，何以最高法院、檢方、被告辯護人均未對此提出爭執？反之，透過本案的歷審判決可以發現，實務上其實並沒有特別將臨床專業裁量的判斷，獨立成醫療過失的不法要件看待。反之，歷審判決的論證模式幾乎都採取過往的過失判斷基準，仰賴鑑定意見，並透過鑑定意見的內容，導論至有無違反醫療常規，進而成為注意義務的內涵，這個現象實則為醫療法修正以後的「實然面」。

面對應然與實然的衝突，司法實務該如何自處，則形成一個新的法律問

題。醫療法第82條第3項與第4項的規定，固然可以附屬刑法(Nebenstrafrecht)將其定位¹⁸，但實務運作成果忽略前述修正成果，依舊仰賴醫療常規作為注意義務違反的指標，卻也是不爭的事實。若作事後觀察，可說倡議團體與立院諸公煞費苦心，為之入法的「臨床專業裁量權」，已經遭到實務架空，進而使得論者一再強調的醫師臨床專業自主權限，幾無可能在過失不法的論理上高舉，取而代之的，其實是仿若從未修法一般的雲淡風輕。

結 論

文末需予以強調的是，本案的歷審裁判，僅是個案式的觀察，至於是否在修法後，我國司法實務出現了通案性的相似情況，本文暫且無法回應這個問題，此點必須優先陳明。

本起案件的核心爭點，係臨床醫學上，對於適應症外的藥品使用，倘若出現法益侵害的結果，是否必然構成刑事不法。本文見解認為，歷審判決其實都並沒有正面處理這個問題，僅以單一科別（例如精神醫學會）的鑑定意見或是藥品仿單上的註記，直接與醫療常規進行連結，並從而論證被告違反注意義務。但這樣的論證邏輯，容有探求之餘地，畢竟藥品在適應症外的使用，其實是临床上常見的現象，此類案例不勝枚舉，著名的典型案例，就是阿斯匹靈(Aspirin)在抗血栓上的作用，原本阿斯匹靈被開發時僅被設定為解熱鎮痛使

¹⁷ 另可參照最高法院73年度台上字第4994號刑事原判例。

¹⁸ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung, 4. Aufl., 2014, S. 1.

用，但在十餘年後的研究成果才證實，其藥理機轉同時也能夠發揮抗血栓的效果。

倘若僅依仿單與特定醫學專科的鑑定意見，判斷開立適應症外的處方是否構成過失不法，其實已是忽略了現代醫學日新月異的特性，加以藥品專利的不斷推陳出新，臨床實驗的最新結果等專業領域的開展。是以，本文並不贊同實務見解以藥品仿單或是單一學會的鑑定結果，逕自論證被告開立適應症以外的處方，是違反醫療常規的行為。

而另一個在此系列裁判中可以發現的現象是，醫療法第82條的修正結果遭到忽略，在我國橫空出世的「臨床專業裁量權」一詞縱然已經入法，但卻在實務運作上遭到省略，使得前述概念毫無用武之地，並且也帶來法規定位紊亂的

實質問題。綜前所述，爰將本文結論整理如下：

壹、適應症外的藥品使用，原則上係醫師得以獨立判斷的正當醫療行為；法院不應僅以藥品仿單或特定醫學會之鑑定意見，作為是否違背醫療常規之論證依據。

貳、醫療法第82條第3項與第4項的修正結果，已經影響了典型過失不法要件的審查架構。

參、前述修正結果所建構的「臨床專業裁量權」，在當前司法實務上可能遭到架空，吾人似有必要重新檢討該次修正對過失犯理論的衝擊。♣

（本文已授權收錄於月旦知識庫 www.lawdata.com.tw；更多裁判分析請參閱月旦法律分析庫 lawwise.com.tw）

作者著作



- 月旦醫事法綜探研究(二) | 劉邦揚等
- 月旦醫事法綜探研究(三) | 劉邦揚等
- 毒品多元處遇政策下的法律評價－具體求刑起訴書的實證分析（影音） | 劉邦揚