

國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies

College of Law

National Taiwan University

Master's Thesis

初探系統化風險在刑法歸責理論的適用：

以醫療過失案件為例

A Preliminary Research of the Application of Systemic Risk
in Criminal-Law Attribution Theory:
The Case of Medical Negligence

周慶昌

Ching-Chang Chou

指導教授：周漾沂 博士

Advisor: Yang-Yi Chou, Dr. iur.

中華民國 114 年 8 月

August 2025



國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

初探系統化風險在刑法歸責理論的適用：

以醫療過失案件為例

A Preliminary Research of the Application of
Systemic Risk in Criminal-Law Attribution Theory:
The Case of Medical Negligence

本論文係周慶昌君（學號 R01A41028）在國立臺灣大學法政
整合法律學研究所完成之碩士學位論文，於民國 114 年 07 月 31
日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

周慶昌

口試委員：

王 皇 玉

林 信 伸

周慶昌

誌謝



這本論文能夠完成，要非常感謝我的指導老師周漾沂老師。在碩士班課程修習老師的刑法總則、刑法分則、刑法基礎理論專題研究、德文法學名著選讀以及刑法學進階課程時，除了奠立刑法學的基礎，也深刻的瞭解到，法律學一貫性思考的重要性，以及法律學門與其他社會科學緊密的聯繫。而且透過課堂上或私下跟老師的討論，老師也引導我找到了自己信仰的價值理論。在論文的指導撰寫上，老師對於題目、內容、核心爭點以及格式上的指導與大量的討論，讓我收穫非常多。甚至當我想要放棄本篇論文寫作時，也是老師的鼓勵，讓我能夠走完最後一哩路。如果沒有遇到周漾沂老師，就不會有這本論文的產生。

其次，要感謝王皇玉老師。王皇玉老師在口試時，提出大量對於醫預法修法與實務案例上的建議與思考，除了開拓我的視野，也提升了本論文對於醫療刑法議題的深度。也非常感謝林倍伸老師，老師細緻的針對刑法基礎理論給予了許多建議，並且仔細挑出論文中前後矛盾或是思考並不深刻之處，對本論文有非常大的幫助。而且在口試前交稿期間的鼓勵與修改協助，真的幫助我非常多。

另外也要感謝廖宜寧老師，廖老師在論文發表會上，針對體制與刑法義務之間的討論給予我很深刻的思考。而且在論文發表會後，給予我具體可行的建議以迅速完成論文，真的對我幫助非常大。還有感謝黃種甲老師，在論文發表會上，針對風險和成本權衡的提問與後續討論，幫助我對於基礎理論的思考更為全面。在論文概念的建構過程中，也非常感謝李淙源老師跟靖安的協助，幫助我把零散的想法變成較有層次與結構的書寫，以及討論想法中的漏洞，這些真的對我幫助非常大，也讓我獲得很多支持與鼓勵。

最後要感謝刑法讀書會的倍伸、淙源、靖安、種甲、惟安、釗偉學長、宜寧學姊、詩涵學長、曾緯以及祖灝，能夠跟你們一起研究刑法與討論社會議題，真的是我碩士班生涯最幸運的事情了。最後要謝謝馨儀在本論文格式上的協助。

周慶昌 2025.08.11

摘要



本文認為，在過失案件中，即使行為人非第一線人員，如管理者、監督者，乃至制度與文化層面的決策者，只要風險實現結果能具體指向個人，皆有可能以刑法歸責系統評價其行為。

系統性風險在刑法過失歸責評價中，可透過「違反客觀注意義務所創造的法不容許風險」與「是否具有結果迴避可能性」兩個層次加以分析，並可區分為四類：一為傳統意義下的過失；二為現行實體法不處罰之過失未遂；三為不符規範保護目的之無過失，四為不可歸責給任何體制參與者的系統性風險。

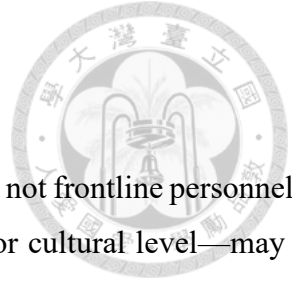
在體制角色分類上，本文認為眾多的體制角色中，具刑法規範意義的分類可分為決策者與糾錯者，兩者的差異在創造法不容許風險後，是直接或是間接造成法益侵害。

實務中亦可看見檢察官與法院將系統性風險歸責於個人之嘗試，例如心肌梗塞案中，院長因聘任資格不符之醫師而被檢察官起訴以及榮總瘧疾感染案中放射科主任因未禁止放射科內針頭重複使用而遭法院判刑。在邱小妹人球案中，檢察官也起訴了兩位建議轉診的醫師。而在這些案例中，本文認為檢察官或法院對於刑事責任的歸責操作可能還可以有更完整之處，大部分系統性的風險，仍然是可能可以找到具體之個人負責。

因此，本文認為，即使是表面上看起來不可歸責於任何人之系統性風險，若能深入分析系統中法不容許風險的創造與風險實現，仍有機會找到可能需要負責的具體個人，並進行刑法歸責。但刑法過失歸責系統中，邏輯上仍然不排除存在無法歸責給體制中的任何個人之系統性風險，即本文定義的系統性風險。

關鍵詞：醫療過失、系統性風險、體制、過失歸責理論

Abstract



The article asserts that in cases of negligence, even individuals who are not frontline personnel—such as management, supervisors, or decision-makers at the institutional or cultural level—may be subject to criminal attribution under the criminal law accountability system, provided that the realization of risk can be concretely traced to a specific individual.

Systemic risk, in the assessment of negligence under criminal law, can be analyzed through two levels: (1) whether an objectively unreasonable risk was created by violating a duty of care, and (2) whether the harm could have been averted (potentials of avoidable results; avoidability). Such systemic risk may be categorized into three types: (a) traditional negligence, (b) attempted negligence, and (c) narrowly defined systemic risk that cannot be attributed to any individual participant within the system.

Regarding institutional roles, the article posits that among the various roles within a system, those possessing normative significance in criminal law can be categorized as "decision-makers" and "correctors." Both of whom, after generating an objectively unacceptable risk, may directly or indirectly inflict harm on legally protected interests.

Practical jurisprudence offers examples of courts applying systemic-risk principles to individuals. In the myocardial infarction case, a hospital director was held responsible for hiring an underqualified physician; in the Veterans General malaria infection case, the radiology department chief was convicted; and in the the Case of Little Girl Chiou—originally considered a classic example of narrowly defined systemic risk—subsequent review revealed grounds for holding specific individuals accountable.

Thus, the article argues, even when a risk initially appears to be purely systemic and not attributable to any individual, upon closer analysis of how the objectively unacceptable risk was created and realized within the system may still identify specific individuals who should bear criminal responsibility under the attribution principle of criminal law.

Keywords: medical negligence, systemic risk, institution, theory of negligence attribution

目次



誌謝.....	I
摘要.....	II
Abstract.....	III
目次.....	IV
表次.....	VI
第一章 緒論.....	1
第一節 問題提出.....	1
第二節 醫學界的系統性錯誤.....	6
第三節 醫療事故預防及爭議處理法.....	10
第二章 系統性風險.....	13
第一節 風險社會下的系統性風險.....	13
第二節 刑法視角下的系統性風險.....	17
第三章 刑法歸責系統.....	23
第一節 主觀歸責理論.....	23
第二節 預見可能性與注意義務.....	24
第三節 體制積極性義務正當性基礎.....	28
第四節 迴避可能性.....	31
第五節 系統性風險在歸責理論下的意義.....	34
第四章 體制角色與歸責.....	39
第一節 管理學式的體制角色分類.....	39
第二節 刑法歸責系統下的角色分類.....	40
第三節 管理、監督過失.....	42
第五章 案例分析.....	49
第一節 心肌梗塞案.....	49
第二項 行為人是否違反注意義務？.....	51
第三項 院長違法聘任是否構成過失？.....	53
第二節 榮總瘧疾感染案.....	55
第一項 案件事實與經過.....	56
第二項 隱藏在系統性風險背後的人？.....	57
第三項 三位醫師是否有過失？.....	58

第三節 邱小妹人球案.....	62
第一項 案件事實與經過.....	62
第二項 On call 值班制度與親自到場.....	64
第三項 加床、挪床與轉院.....	66
第六章 結論.....	71
參考文獻.....	72

表次



表一 在歸責理論下系統性風險的四個歸責結果.....	35
----------------------------	----

第一章 緒論



第一節 問題提出

在當代社會下，社會分工越趨精細，除了涂爾幹觀察到社會分工型態從機械連帶轉向有機連帶，整體社會分工呈現功能性的聚合外，社會分工背後體現的專業性也越來越強烈。不同的專業性在社會分工下形成了各式各樣具有功能性的體制，體制與體制之間提供功能性的合作，共同建構整體社會與人的共同生活。而體制內部，隨著時代的發展，分工專殊性日漸提高，不同體制的內部之間也呈現截然不同的面貌。然而，在體制間的合作，或是體制內部的運作中，有時體制的功能失靈產生錯誤，甚至錯誤進而導致了法益侵害的結果。在這些狀況之下，刑法該如何介入評價，是一個討論已久的議題。而且隨著體制內部分工越精細，評價的困難度也隨之提高。以醫療體制為例，一個醫療過失案件，非常直覺的便是以第一線執行醫療行為的人員作為評價對象，包括醫師、護理師與藥劑師等。但隨著體制內部專業分工日趨精細，這樣的歸責直覺日漸被挑戰。在許多社會事件上，除了第一線人員，針對背後的管理與監督階層，甚至針對系統、機構與組織文化是否為過失原因的討論也日漸增加。然而，本文好奇的是，這些討論的目的大多都集中在一般意義下的因果關係與政治責任之檢討。若是以刑法視角觀察，在一個過失案件中，究竟非第一線的人員，包括管理與監督階層，或是系統、機構與組織文化的責任該如何被歸責？此即為本文問題意識的核心。

具體討論本文問題意識，可以從近年來《醫療糾紛處理及醫療事故補償法》立法過程中，針對系統性錯誤的討論談起。這個討論從吳全峰研究員針對《醫療糾紛處理及醫療事故補償法》法條草案中，補償金來源的投書內容開始。爭議的起源在於，在《醫療糾紛處理及醫療



事故補償法》立法討論中，「醫療機構及醫事人員應否繳納醫療風險分擔金」¹，主要反對分擔的論點為：「既然難以辨認因果或醫事人員沒有犯錯，醫療機構或醫事人員為何還要支付補償金。」。而針對此意見，吳全峰在其投書提出了案例：「醫療機構未安排足夠人力值班導致病患出現狀況時未能及時開刀。」，並以此案例先說明此屬系統性錯誤，隨後提出為什麼醫事人員沒有犯錯，但醫療機構卻仍然需要繳納風險分擔金的理由：

但擁有改正系統性錯誤權力者，顯然不包括病人與一般民眾（他們甚至對是否發生系統性錯誤不了解亦不知情），而是掌握在醫療機構與醫事人員手中。既然病人或民眾無法掌握或改變系統性錯誤，則其被要求承擔此類錯誤之責任並負擔相關費用，顯非適當²。

以上的討論雖然是在分析為什麼需要繳納風險分擔金，但究其本質，這樣的論述其實隱含了系統性錯誤其實是可能可以歸責於醫療機構或是醫事人員上。更具體的說，繳納風險分擔金的正當化理由便是在於，掌握系統性錯誤的資訊與改正系統性錯誤的權力在醫療機構與醫事人員上。甚至吳全峰研究員投書內容的最後寫下：「醫療機構或醫事人員卻在立場上迴避他們在系統性錯誤中所應負擔之責任」，雖然投書本文是在論述補償制度的風險分擔金，然而此句話已明白點出需要考慮醫療機構與醫事人員在系統性錯誤中的責任。

而過了兩天後，針對吳全峰的投書內容，陳長朋與郭正典兩位醫師也分別投書自由時報回應吳全峰之論點。陳長朋醫師主要論點有二³，首先，陳文認為吳全峰主要的質疑無法成立，在最新的《醫療糾紛處理及醫療事故補償法》法條草案中，已明定系統性錯誤之問題不在補

¹ 吳全峰（05/11/2015），〈澄社評論〉醫療事故補償與醫療專業：兩條平行線？，〈自由時報〉，<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/879307>（最後瀏覽日：07/22/2025）。

² 吳全峰，前揭註 1。

³ 陳長朋（05/13/2015），〈回應吳全峰醫糾法評論〉，〈自由時報〉，<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/879919>（最後瀏覽日：07/22/2025）。



償金的賠付範圍內。其次，現今醫療體制的訴訟浮濫，這樣的制度設計將會使得未來醫療組織文化中，整體醫師的工作態度消極，最終使得整體社會都受害。

另外，值得討論的是，陳長朋醫師投書第一點雖僅說明，依照「103.05.29 醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案」⁴，系統性錯誤已不在補償金制度賠付範圍內，但若仔細閱讀該草案內容，關於系統性錯誤的制度設計，該草案內容反而更確立了系統性錯誤的責任歸屬，並支持了吳全峰原文的論點。首先，依照衛生福利部的說明，《醫療糾紛處理及醫療事故補償法》立法討論，應以「103/05/29 經立法院朝野政黨協商後草案」為主⁵，而依照此草案版本第 40 條第三項內容為：「中央主管機關向醫療機構追償時，如醫療事故發生原因指向系統性錯誤者，醫療機構於償還後，不得向醫事人員求償。」⁶。換言之，依照本條設計，系統性錯誤的確最終的賠償責任已不在補償金的賠付範圍，而是要由醫療機構承擔最終賠償責任。從此設計觀之，系統性錯誤已不再是被納入補償制度此所對應的「若有似無的因果關係」，此法條設計明確認為系統性錯誤可歸責於醫療機構，因此，由醫療機構承擔最終賠償責任。

而第三篇郭正典醫師的投書，標題〈誰該為「系統性錯誤」負責？⁷〉更是明白點出本文的核心關懷。郭正典醫師主要的論點有三，首先，在吳全峰的「醫療機構未安排足夠人力值班導致病患出現狀況時未能及時開刀」⁸。此案例中，郭正典醫師認為此問題背後的核心原因是醫療機構的阻擋，使得醫師一直無法納入勞基法，沒有合理工時的保障。其次，若要追尋

⁴ 陳長朋，前揭註 3。

⁵ 衛生福利部（07/30/2020），〈醫糾法懶人包《衛福部澄清醫勞盟五點疑問》〉，<https://www.mohw.gov.tw/cp-2645-20583-1.html>（最後瀏覽日：07/22/2025）。

⁶ 由於衛生福利部認為《醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案》相關討論應以立法院 103.05.29 立法院朝野黨政保留條文尚待協商版本為主，然而立法院之議案系統並未收錄 2014 年時黨團協商的結論，衛生福利部也並未公布《醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案》（103.05.29 立法院朝野黨政保留條文尚待協商版本）內文。因此，本文參考之《醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案》（103.05.29 立法院朝野黨政保留條文尚待協商版本），取自中華民國醫師公會全國聯合會之醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案專區，https://www.tma.tw/Medical_Dispute/index-MedDispute01.asp（最後瀏覽日：07/22/2025）。

⁷ 郭正典（05/13/2015），〈誰該為「系統性錯誤」負責？〉，《自由時報》，<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/879920>（最後瀏覽日：07/22/2025）。

⁸ 吳全峰，前揭註 1。



系統性錯誤的最終負責人，郭正典醫師認為現今醫療機構與醫事人員都是在健保局轄下，健保局應該是系統性錯誤的最終負責人。第三，若要期待有安全的醫療環境，人民必須要付出合理代價。

在討論系統性錯誤時，直覺上會認為這樣名詞其實背後隱含的是不可避免以及無法歸責的風險，然而在三篇投書中的討論，我們可以明顯的看出，雖然僅僅是幾百字的投書，然而每一篇投書都針對系統性錯誤的責任歸屬問題，提出了不同面向的思考。吳全峰研究員認為在醫療人員與醫事機構負擔風險補償金的理由是因為，醫療機構與醫事人員能夠掌握以及改善系統性錯誤，並以此認為這是負擔風險補償金的理由，當然要以此論證系統性錯誤可以歸責給醫療機構與醫事人員稍嫌過快，而且吳全峰研究員論證的補償制度是用於因果關係並不明確的情況下，這樣的制度本質上是比較接近保險分散風險的資源分配，而非法律上責任歸屬的制度。而陳長朋醫師的投書雖然提及吳全峰研究員的論點與草案規範不符，但如前述，從草案規範中，我們可以看出把系統性錯誤拉出補償制度，本質上反而是為了明確因果關係，使醫療機構明確承擔民事賠償責任。換言之，系統性錯誤已不再被認為屬於不可歸責的風險。而最後郭正典醫師的投書點出了系統性錯誤背後的制度問題，郭正典醫師投書背後的提問，非常值得我們思考，一個系統性錯誤追究到醫療機構是否就足夠？整個醫療體制背後更高層的管理機制，甚至組織文化以及整體社會氛圍，是否都應該探討其責任？

當然，上述的討論多是集中在補償制度，論述中所謂的責任多不是法律討論中嚴格意義上的責任，即便後續的討論，也多集中在民事責任、行政責任以及政治責任上。然而，作為法律中最嚴峻的刑事責任，醫學界的系統性錯誤究竟該如何在刑事歸責系統中評價，可能是一個非常複雜的問題。特別是在臨床第一線以外的體制參與者，要把系統性錯誤產生的法益侵害結果歸責於其個人刑事責任，似乎違反一般的刑事法律直覺。因此，本文的問題意識也由此而來，在現今社會複雜的體制分工下，系統性錯誤所造成的風險實現，這個法益侵害結果，在刑法視角下，該如何歸責？



系統性錯誤對於體制運作者個人刑事責任歸屬的討論，其實在輿論下，並非罕見。大多的討論皆以「系統性風險」來描述此似乎是由組織、機構、系統或是文化等交互作用下形成的錯誤與風險。以交通領域為例，2018 年普悠瑪列車的脫軌事故，便有許多針對系統與制度的討論，像是普悠瑪列車的司機是否有過勞的情形⁹；交車時並未測試 ATP 遠端監測系統¹⁰；台鐵邊修邊開的組織文化¹¹；長期 ATP 遠端監測系統異常，卻並未改善¹²。而在案件發生究責時，在刑法視角下，除了第一線的人為疏失（司機過彎未減速）在刑法上該如何究責。也有許多討論機械異常（ATP 遠端監測系統異常）、組織文化（過勞、長期邊修邊開）、糾錯機制未發揮效果（系統異常，卻未改善）甚至整體工程的監督機制失職，這些是否該有人為此負刑事責任。

由於系統性風險在不同專業領域皆有豐富討論，本文以醫療過失案件為例的主要理由主要有二，首先，醫療體制為現今當代社會十分重要的功能性體制，且高度與生命、身體與健康等刑法所重視的法益相關。其二，醫學過失案例在刑法相關的討論非常豐富，實務上，也有大量的案例，要找尋系統性風險的案例可能性較高。

最後，須說明的是，由於本文問題意識過於龐大，然而囿於碩士學位論文的篇幅規模與能力，並沒有辦法完整且有系統的處理這個提問，本文僅處理了系統性風險的定義與特色，並且嘗試在刑法視角下，以刑法論述為主體，結合系統性風險的特色，對於個人建立合適的歸責標準。本文也明白以系統性風險在刑法視角下這樣的提問，本文的處理面向並不全面，

⁹ 公視新聞網（10/30/2018），〈普悠瑪出事前 1 週 司機尤振仲上班 17 小時〉，<https://news.pts.org.tw/article/411446>（最後瀏覽日：07/22/2025）。

¹⁰ 三立新聞網（11/01/2018），〈「ATP 連接由台鐵檢測」日商信函曝光！黃國昌再追普悠瑪〉，<https://www.setn.com/news.aspx?newsid=450733&p=0>（最後瀏覽日：07/22/2025）。

¹¹ 自由時報（10/26/2018），〈火車「邊開邊修」學者呼不可思議 董家人批可惡要提國賠最後〉，<https://news.ltn.com.tw/news/life/paper/1242084>（最後瀏覽日：07/22/2025）。

¹² 自由時報（11/07/2018），〈普悠瑪日本製造商坦承未按圖施工 ATP 遠端監視 11 日前接線〉，<https://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2605331>（最後瀏覽日：07/22/2025）。



也不深入，因此本文標題加上初探兩個字，希望能以初探性研究的角度，討論本文的問題意識。

第二節 醫學界的系統性錯誤

醫學界內部有大量對於系統性風險的討論，但在相關討論中，多是以系統性錯誤來指稱，如前一節問題提出的部分，引起爭議的《醫療糾紛處理及醫療事故補償法》草案便是使用系統性錯誤¹³。其草案中第三條第四款對於系統性錯誤定義如下：「指因醫療機構之組織、制度、決策或設備設施等機構性問題，致醫療行為發生之不良結果。」¹⁴。類似的規定在 2015 年通過的《生產事故救濟條例》中也可以找到，《生產事故救濟條例》第三條第四款針對系統性錯誤的定義如下：「指因醫療機構或助產機構之組織、制度、決策或設備設施等機構性問題，致醫療或助產行為發生之不良結果。」，兩條文內容，除《生產事故救濟條例》條文中主體增加「助產機構」外，其餘定義內容皆完全相同。

但若從醫學界相關的文獻觀察，文獻中系統性錯誤的定義似乎跟上述《醫療糾紛處理及醫療事故補償法》草案及《生產事故救濟條例》中系統性錯誤的定義有所落差。在財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會關於病人安全相關名詞的定義中，針對錯誤的類別，共分為五種，分別是醫療錯誤、藥物錯誤、醫療過失、系統性錯誤以及潛在錯誤¹⁵。其中，潛在錯誤與系統性錯誤兩者的定義分別如下，潛在錯誤是指：「發生在設計、機構、訓練、與維修保養的錯誤，其結果導致操作者出錯，一般而言該錯誤的影響通常會潛藏在系統中很長的一段時間。」¹⁶；而系統性錯誤是指：「由於不良的技術安排或組織因素或行政決策所造成的延遲發生的不良後

¹³ 《醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案》（103.05.29 立法院朝野黨政保留條文尚待協商版本），前揭註 6。

¹⁴ 《醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案》（103.05.29 立法院朝野黨政保留條文尚待協商版本），前揭註 6。

¹⁵ 財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會，轉引自三軍總醫院醫療品質暨病人安全委員會（2021），病人安全—名詞定義，<https://www.tsgh.ndmctsgh.edu.tw/unit/102354/20319>（最後瀏覽日：07/22/2025）。

¹⁶ 財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會，前揭註 16。



果。」¹⁷。這邊有趣的問題是，醫學界文獻定義中的潛在錯誤，似乎可以被完整包含至上述兩部法律中定義的系統性錯誤。因此，除了潛在錯誤或系統性錯誤，藥物錯誤的定義為：

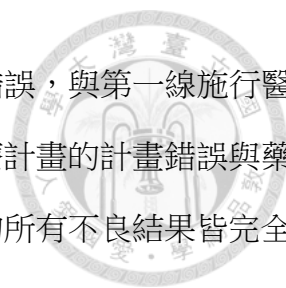
藥物錯誤係指在藥物治療過程中，凡與專業醫療行為、健康照護產品、程序與系統相關之因素，發生可預防的藥物使用不當或病人傷害的事件。可能發生在處方的開立、醫囑的轉錄、藥品的標示、包裝與命名、藥品的調劑、分送、給藥、病人教育、監管與使用過程。

而其中關於醫囑的轉錄，藥品保管、分送與監管等流程之錯誤，應也可被包含於兩部法規中定義的系統性錯誤之內。甚至，在醫學界文獻中，錯誤分類下的醫療過失定義為：「醫療行為不符或未達當今一般醫師所應有的標準。」¹⁸，若細究此處之醫療行為不符一般標準，其原因可能是發生於醫師受訓過程（如醫師養成受訓時。受訓內容未達應有之標準）又或是醫院聘任、分工過程中（如分派工作給醫療行為未達應有標準能力之醫生），這些狀況應也可歸於兩部法規中定義的系統性錯誤之中。

仔細討論這兩者定義的落差，醫學界文獻中的錯誤分類是依照整個治療過程中，錯誤所發生的不同環節而定義，從醫生的醫療計畫、藥物治療、醫療行為是否符合應有標準，不良技術或組織安排以及設計、機構、訓練、與維修保養的錯誤。其對錯誤的分類，大致上是依照醫療流程中，錯誤所發生的具體流程處而分類。然而法律中的定義則不然，我們從上述《醫療糾紛處理及醫療事故補償法》草案及《生產事故救濟條例》中系統性錯誤的定義可以看出兩個特點。首先，系統性錯誤主要發生在組織、機構與維修保養等面向上。其次，系統性錯誤造成的不良結果除了直接發生的結果，還包括延遲發生，或是錯誤潛藏在系統裡很長一段

¹⁷ 財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會，前揭註 16。

¹⁸ 財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會，前揭註 16。



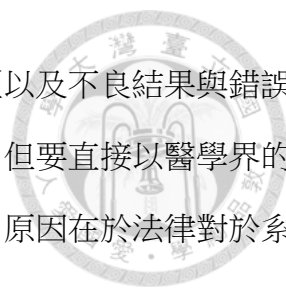
時間才發生不良結果。從這兩個特點來看，定義者嘗試想將系統性錯誤，與第一線施行醫療行為立即產生不良結果的醫療行為，包括醫療計畫的執行錯誤、醫療計畫的計畫錯誤與藥物開立錯誤等有所區分，並且將非第一線治療人員之直接行為所導致的所有不良結果皆完全包含其中。

醫學界文獻中，這樣的區分目的主要是著眼於如何預防以及改進此錯誤的發生，相較於第一線醫療行為的醫療錯誤與藥物開立錯誤的不良結果發生。要避免系統性錯誤所造成的不良結果，也有賴於醫院機構內部異常事件通報，由於「錯誤不一定造成傷害」¹⁹，若是每次沒有造成傷害的小錯誤都能完整通報與檢討，將盡可能可以避免錯誤導致的傷害。

但是，從上一節問題提出的部分便可以看出，若進入法律領域，無論是《醫療糾紛處理及醫療事故補償法》黨團協商版本草案的補償機制、民事醫療侵權行為的賠償責任、醫療過失的刑事責任甚至是政府醫療管理機構的行政責任，都牽涉到錯誤事件導致不良結果如何歸責的問題，即便是較低責任歸屬色彩的補償機制，依舊如本文前一節問題提出部分所討論的議題，到底誰要負擔風險分擔金？醫界的主張如果醫事人員沒有犯錯，為什麼還要負擔分擔金²⁰，這樣的論理也是避不開責任歸屬的疑問。而也如問題提出部分所述，目前《醫療糾紛處理及醫療事故補償法》黨團協商版本草案中第四十條第三項的設計，也明確認定，如果是系統性錯誤，中央主管機關仍然可以向醫療機構求償，且醫療機構不得向醫事人員求償。我們從這裡可以看出，即便在補償制度之下，此條文的設計仍然將系統性錯誤的責任歸屬於醫療機構。

¹⁹ 最新立法通過之《醫療事故預防及爭議處理法》雖未見系統性錯誤之規定，但從條文中第四章醫療事故預防之相關規定，亦可看出希望透過通報系統的強化預防醫療事故發生。從第 4 條、第 7 條、第 23 條、第 32 條及第 33 條都有證據排除之規範，甚至 37 條明確指出是否通報應納入量刑基準，可以看出此法希望提升醫療人員的通報意願。

²⁰ 吳全峰，前揭註 1。

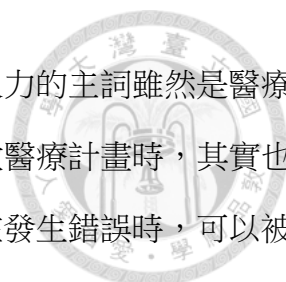


因此，醫界對於系統性錯誤定義的關鍵，集中在錯誤發生的類型以及不良結果與錯誤之間的時間，這樣的分類上或許在醫學內部的預防與管理上有所意義，但要直接以醫學界的分類定義為基礎，進入法律領域的責任歸屬討論，背後可能會有困難，原因在於法律對於系統性錯誤的定義，背後指向的是責任歸屬。

然而，兩部法規中對於系統性錯誤的分類，真的是有歸責上的意義嗎？上面有提過，法規中的分類其對於系統性錯誤的區辨關鍵是這個不良結果究竟是因為第一線人員的直接醫療行為所導致還是發生在包括組織、機構與維修等所導致，以及不良結果除了直接發生，還包括延遲發生。但無論這些名詞用的多麼精妙，組織、機構與維修等，終究是以人為核心來運轉，即便是自動化設備，也有設計者、操作者以及維護者，所以當區辨核心是錯誤發生於第一線人員與非第一線人員時，那第一線人員與非第一線人員究竟在法律責任歸屬上有甚麼差別？其次，若從當下發生以及延後發生來做類型上的區別，究竟一個錯誤發生當下即刻會導致不良結果發生，以及錯誤發生後，不良結果會過一陣子才出現，這兩者在歸責上有何差別？究竟錯誤與不良結果發生的時間性，法律上區分的意義在哪裡？

的確在醫療系統中，第一線與非第一線人員形成的錯誤，錯誤發生後當下發生的不良結果以及錯誤發生後延後發生的不良結果，這樣的區分在醫療機構內的預防與改良上有所意義。但在法律責任歸屬上，僅僅從第一線與非第一線做責任歸屬上的區分，或是不良結果與錯誤發生的時空密接性來做區分，可能並沒有甚麼法律上的意義。從問題提出的討論案例也可以看出，醫療機構未安排足夠人力值班導致病患出現狀況時未能及時開刀²¹，對比於第一線醫療人員在執行醫療計畫時有所錯誤，依現行民事歸責系統與《醫療糾紛處理及醫療事故補償法》黨團協商版本草案設計，前者醫療機構未安排足夠人力值班可能被歸入系統性錯誤，會由醫療機構承擔最終賠償責任。而後者第一線醫療人員在執行醫療計畫時有所錯誤，則是由第一

²¹ 吳全峰，前揭註 1。



線醫療人員承擔最終賠償責任。可是若仔細分析，醫療機構未安排人力的主詞雖然是醫療機構，但醫療機構仍舊是由人來運作與決策，而坦白說第一線醫師在做醫療計畫時，其實也是一連串的決策與執行，那為什麼在機構內做決策的非第一線人員，在發生錯誤時，可以被歸類成系統性錯誤而個人可能可以免責，但第一線醫師的決策與執行責任，卻很難免責。單單僅從第一線與非第一線，或是結果於當下發生或是延後發生來當作法律責任建構基礎，可能論理並不充分。

甚至更精確的談，醫學界的文獻，對於錯誤的定義是依照錯誤發生的流程處而做出不同的分類。而《醫療糾紛處理及醫療事故補償法》草案及《生產事故救濟條例》的系統性錯誤定義，其實也是囿於現象性的描述，將第一線人員與非第一線人員造成的錯誤區分之，但其實這樣的分類可能沒有法律歸責上的意義。

第三節 醫療事故預防及爭議處理法

西元 2000 年時，為解決醫療爭議與訴訟導致之醫病關係對立，進而使得醫療人才流失以及防禦性醫療等問題，當時的行政院衛生署提出《醫療糾紛處理法》之草案²²，經歷政府、醫界以及社會團體等將近 20 年的討論，最後則是於 2022 年 5 月 30 日時，立法院三讀通過《醫療事故預防及爭議處理法》，為醫病關係建立一套新的醫療爭議處理模式，並於 2024 年 1 月 1 日起正式施行。

《醫療事故預防及爭議處理法》立法核心原則主要為三，分別是「即時關懷」、「調解先行」與「事故預防」²³。其中在調解先行的概念下，無論民事與刑事的醫療訴訟，皆應全面強

²² 衛生福利部（2022），〈立法院三讀通過「醫療事故預防及爭議處理法」營造醫病和諧關係〉，取自衛生福利部 111 年衛生福利部新聞 5 月新聞，<https://www.mohw.gov.tw/cp-5268-69786-1.html>（最後瀏覽日：08/07/2025）。

²³ 衛生福利部，前揭註 22。



制調解先行²⁴。另外，針對醫療系統的錯誤，《醫療事故預防及爭議處理法》，建立通報與風險管控系統，針對重大事故，醫療機構應主動進行原因分析並檢討改善。中央主管機關亦可針對特殊醫療事故，成立外部專業調查小組²⁵。

重要的是，這些調解過程中的陳述，醫療機構的自主通報與分析及改善內容皆被排除於民事、刑事訴訟甚至行政處分的證據基礎之外²⁶。其核心觀念乃是，以不責難原則為中心，以期發現事實真相，以真正能達到醫療事故的預防效果。

這樣的立法內容與前述的《醫療糾紛處理及醫療事故補償法》草案內容大不相同，以本文的關心角度而言，其放棄了系統性錯誤的定義，甚至根本性跳脫醫療糾紛中的法律歸責機制，而是以事故預防為核心，並緩和在醫療事故中醫病關係的對立與緊張。本文基本認同這樣的修法方向。站在病人安全的角度而言，為了預防下一次事故發生，能夠確實了解每一次醫療事故的發生原因實是非常重要的。而《醫療事故預防及爭議處理法》對此之設計十分完整，甚至證據排除之規定應可有效避免醫師與醫療機構為避免日後被究責而隱匿相關事實，以達真正預防未來事故發生之目的。

當然，刑事責任的歸責並非以預防未來事故發生為目的，然而《醫療事故預防及爭議處理法》並未實質改變刑事責任之內容，而僅僅是在刑事程序中透過調解先行以及證據排除等原則，降低醫病關係的對立以及預防未來事故。

²⁴ 《醫療事故預防及爭議處理法》第 15 條、第 16 條。

²⁵ 衛生福利部，前揭註 22。

²⁶ 《醫療事故預防及爭議處理法》第 4 條、第 7 條、第 23 條、第 32 條、第 33 條。



第二章 系統性風險



第一節 風險社會下的系統性風險

首先需要討論的是，醫療領域與《生產事故救濟條例》都是用「錯誤」此名詞來當作不良結果的原因。然而在一般語境討論下，大多是用系統性風險一詞指涉。由於本文於後續第三章處會明確定義本文於刑法歸責下之系統性風險。故在此章，本文暫先不嚴格區分系統性錯誤與系統性風險的使用，依照其所敘述之脈絡而用詞。

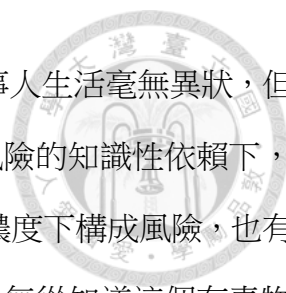
在一般語境下，系統性風險多是使用在金融市場中，其意義指的在外部大環境之下，會導致不利於市場的價格波動性變化，甚至造成整體產業的減損，且此風險無法事先分散或避免，如戰爭、自然災害、疫情與政權變動等²⁷。但倘若從系統性風險這五個字的字面意義來解讀，若將系統性風險僅限於金融市場中使用，可能過度限縮了此詞語的意義。要開展系統性風險的討論，我們可以先從風險兩字出發。

如果要在當代社會下討論與描述風險，很難避開 Ulrich Beck 此學者，其在 1986 年針對風險社會下，對於當代社會風險概念的描述與考察，至今仍十分重要。其中，Beck 提出當代社會對於現代風險的知識性依賴²⁸，在現代社會下，「許多新型式的風險卻完全不能被人類直接的認知能力所掌握。」²⁹，這樣的不能掌握至少有三個層次，其一是不可見性，也就是風險的實現結果不一定當下發生，當事人也不一定會注意到，甚至風險結果在當事人這一代都不

²⁷ 簡暖洋（2023），系統性風險於股票報酬之影響：以公司治理與社會責任之特徵為例》，頁 8，國立陽明交通大學管理學院財務金融學程碩士論文。

²⁸ Ulrich Beck（著），汪浩（譯）（2004），《風險社會—通往另一個現代的路》，頁 14，台北：巨流。

²⁹ Beck（著），前揭註 28，頁 14。



會發生³⁰。舉例來說，受到輕微核子輻射，而使得基因受到改變，當事人生活毫無異狀，但風險的實現結果卻可能會在下一代身上實現。第二個層次是，在現代風險的知識性依賴下，連風險本身都是由知識所定義³¹。舉例來說，一個有毒物質是否在甚麼濃度下構成風險，也有賴知識系統的建構，一個人就算知道自己手中的茶含有有毒物質，他也無從知道這個有毒物質的濃度是否足以對自己身體造成甚麼傷害，如果會造成傷害，又是甚麼傷害³²。而第三個層次，Beck 進一步提出，在現代社會的風險概念下，因果關係也將與傳統的時間、地域與社會脫離³³，遠超過一個人的認知能力所及。舉例來說，一個人今天食用遠洋的海產，卻因為幾千公里外的工廠有毒物質控管失誤，使得這個人吞下了過量的有毒物質。從以上三個層次，我們也可以了解在這些風險的面向上，知識建構的不光是知識本身的內涵這個面向，更包括了風險決策這個面向³⁴。舉例來說，當知識決定了有毒物質的容許值範圍，這樣的決定不只是科學本身，如確定問題，提出假設，確認測量值等科學內涵問題，背後更包括了決策有毒物質到甚麼程度才算是危險，廠商殘留下甚麼範圍內的物質是可以不用負責的，超過了便是要負責的等決策問題³⁵。

除了 Beck，Charles Perrow 對於高風險系統的描述，也頗有可觀之處。Perrow 在常態意外概念的建立中，提到了當代高風險系統中，有兩個重要的特性，分別是交互作用複雜性（interactive complexity）以及緊密相依性（tightly coupled）³⁶，在一個高風險系統中，不同的失靈事件，雖然看似彼此互不相關，且各有防範失靈的備份系統，但交互作用複雜性以及緊密相依性這兩個特性會使得這些不相關的失靈事件彼此有所關聯，而導致高風險的災難發生

³⁰ Beck（著），前揭註 28，頁 14。

³¹ Beck（著），前揭註 28，頁 14-15。

³² Beck（著），前揭註 28，頁 55。

³³ Beck（著），前揭註 28，頁 15。

³⁴ Beck（著），前揭註 28，頁 56。

³⁵ Beck（著），前揭註 28，頁 56。

³⁶ Charles Perrow（著），蔡承志（譯）（2001），《當科技變成災難：與高風險系統共存》，頁 3，台北：商周。



³⁷。Perrow 命名此災難為常態性意外事故 (Normal Accident) ³⁸，Perrow 指稱其常態並不是因為其很常發生，而是指稱系統彼此「發生這種交互作用現象，這是一種天性。³⁹」

要抽象性的說明 Perrow 的概念有點複雜，但若借用 Perrow 在書中所舉的生活化的例子，便可以充分的說明系統本身交互作用複雜性以及緊密相依性，另外也可以充分展現，雖然 Perrow 的分析對象是針對核電廠、飛安事件、太空意外、水壩以及海事事件等，但 Perrow 理論的應用系統不一定是一般概念上的高科技，即便是日常生活，也有可能發生失靈事件彼此有所關連。以下是 Perrow 的例子⁴⁰：

一個面試者今天待在家裡沒有上班，因為爭取到一次求職機會，早上要進行面試。早上面試者因為室友煮咖啡忘記關火，面試者匆忙收拾，出門時因為過於匆忙把公寓鑰匙及車鑰匙反鎖在家中，而原本藏在走道上的備用鑰匙上週借給了朋友。跟鄰居借車，鄰居的車子突然故障。要搭乘大眾運輸工具，剛好碰到巴士司機在罷工，打電話叫計程車，由於巴士罷工，計程車完全叫不到，因此，面試者錯過了面試。

在 Perrow 的例子中，Perrow 的提問是，究竟導致錯過面試的主因為何？可能的原因有人為錯誤（咖啡忘了熄火，忘了帶鑰匙）、機械故障（鄰居汽車故障）、環境因素（巴士司機罷工）、系統設計（可以在沒有鑰匙的狀況下反鎖門，計程車系統應變措施不足）又或是程序錯誤（出門前預留的時間不夠）⁴¹。若仔細觀察，這些原因的分析恰恰便是各式大型風險災難發生後，主流輿論常見的歸因因素。但 Perrow 認為要由單一原因，又或是全部原因作為錯過面試的主

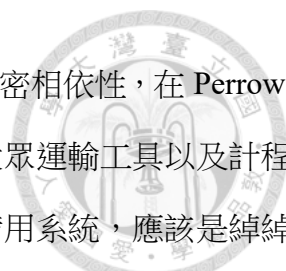
³⁷ Perrow (著)，前揭註 36，頁 8。

³⁸ Perrow (著)，前揭註 36，頁 4。

³⁹ Perrow (著)，前揭註 36，頁 8。

⁴⁰ Perrow (著)，前揭註 36，頁 5，由於原例子有許多為讀者帶入情境的描述性形容詞用語，為閱讀順暢，集中在核心論述，此處引用在不改原例子的狀況描述下，刪減了許多描述性形容詞用語。

⁴¹ Perrow (著)，前揭註 36，頁 6。



因都不適合，Perrow 認為要注意的是系統的交互作用複雜性以及緊密相依性，在 Perrow 的例子中，忘了帶鑰匙是一次的失靈事件，而備用鑰匙、鄰居汽車、大眾運輸工具以及計程車系統都是防範失靈事件的備用系統，理論上，一個失靈事件有四個備用系統，應該是綽綽有餘。但 Perrow 指出，這些備用系統間，可能會存在交互作用複雜性以及緊密相依性，如備用鑰匙、鄰居汽車故障，分開來觀察，都不是甚麼嚴重的事情，但當失靈事件發生，而這兩個備用系統也同時失靈，彼此產生的交互作用卻有極大的影響。而巴士系統與計程車系統，彼此雖是兩個備用系統，但這兩個備用系統卻是具有緊密相依性，當巴士罷工，計程車系統作為替代性選擇被大量使用，人們無法叫到計程車，而也使得計程車系統作為巴士系統其備用目的也跟著失靈⁴²。

當我們透過 Ulrich Beck 以及 Charles Perrow 的理論，掌握了當代社會中風險的重要特性。而進入風險的歸責討論時，James Reason 對於人類錯誤的分類值得我們討論。James Reason 認為人為錯誤可以有個人取向與系統取向兩個角度來觀察。系統面對失靈事件，會設計備用的系統，所以一個系統失靈事件的發生，往往備用系統會起作用，不一定會直接導致法益侵害結果的發生，這也是著名的「瑞士起司理論（Swiss Cheese Model）⁴³」的理論核心，在一個複雜的系統中，會有許多主系統與備用系統一起運作，一個風險侵害的結果發生，必然是一個很極端的情況，主系統以及所有的備用系統一起失靈，才會發生。就像一個瑞士起司，上面雖然有很多洞，顯示有很多風險，但只要一束光不能同時穿越所有的洞，風險就不會實現，造成損失，換言之，瑞士起司理論要說明的是風險實現造成損失是罕見的事情。但從現實生活觀察，顯然不是如此，大型災害所發生的頻率遠超過所謂科學專家的精算與預測，背後可能的原因在於，瑞士起司理論這樣的論述背後預設的是，許多風險如同起司上散布的洞，是彼此獨立的，但我們從前述 Perrow 對於系統性風險的描述，可以知道系統與系統之間並非完

⁴² Perrow（著），前揭註 36，頁 6-8。

⁴³ James Reason, *Human error: models and management*, 320 BMJ, 768-769(2000).



全獨立，會有交互作用複雜性以及緊密相依性，系統與系統間的互動以及風險發生流程往往不會依照系統設計者所想像的過程發生。

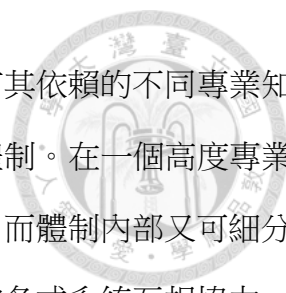
第二節 刑法視角下的系統性風險

社會學對於風險的概念描述深刻且具啟發性，但要適用在刑法歸責系統內，社會學式的觀察過於描述性以及事實性。在刑法視角下，社會科學的描述性分類，以及醫學上的不良結果並非刑法所關心的核心，刑法關心的是犯罪，犯罪的實質概念是「必須損害或是危害到法律規範所要保護的利益」⁴⁴。社會學式的風險以及醫學上的不良結果邏輯上不一定會導致法益侵害結果的發生或法益侵害的危險，又或是雖然導致法益侵害結果發生，但侵害非常細小，被害人甚至並沒有發現。所以如果要定義刑法規範視角下的系統性風險，我們必須從社會學式的風險以及醫學上的不良結果找到刑法關注的法益侵害風險或法益侵害結果，以將系統性風險的概念融入並充實以規範性為基礎的歸責理論內。

從醫學界以及 Perrow 對於系統性風險的定義，我們可以發現，雖然醫學界與 Perrow 的用詞都是組織、機構以及系統等，但運作這些組織、機構以及系統都是人，無論是系統的設計者、決策者、運作者以及維護者，都是一個一個的人，而刑法歸責理論原則上也以評價個人為歸責基礎。因此，當我們嘗試以刑法歸責系統分析系統、組織與機構等等的責任，視角要看到隱藏在系統、組織與機構中那一個個的人。

其次，透過 Beck 的風險知識依賴性，我們可以發現在一般的風險侵害事件中，專業社群與社群內長期操作規範背後顯示出風險決策的重要性。也就是說，在分析系統性風險的過程

⁴⁴ 王皇玉（2024），《刑法總則》，十版，頁 24，台北：新學林。



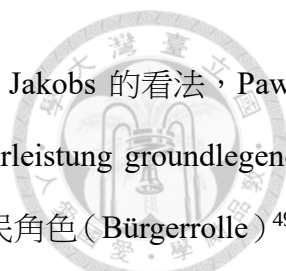
中，要重視此風險是在哪一個專業社群內所產生，不同的專業社群有其依賴的不同專業知識系統，而這樣的專業社群，在刑法的視角下，也就是具有功能性的體制。在一個高度專業分工的社會中，存在許多體制，不同的體制在社會中具有不同的功能，而體制內部又可細分出不同系統，不同系統有著不同的角色與細部功能。而體制透過內部的各式系統互相協力，以建構體制在社會所提供的功能。因此，但我們從刑法視角下分析系統化風險時，必須關注到此風險是在哪一個具有功能性的體制之中，而這體制之中，是否有其專業守則與行為規範，而在法益侵害風險事件發生後，具有法益保護相關的專業守則與行為規範，可能就是客觀注意義務的來源。

在下一步論述前，本文在此應先定義何謂體制？體制（Institution）是整體社會或是一部分的社會透過一定的規則建立的超個人行為模型（Verhaltensmuster）⁴⁵，在這樣的行為模型下，關係人之行為舉措必須要以「特定可預見且可期待」的方式形成，並強迫關係人限縮對於個人行止的自由處分權，「接受共同的生活形式」⁴⁶。在這樣的概念下，醫療、教育以及司法等，本身都是一種具有功能的體制，而在醫療體制下，有許多系統彼此互相協力，以建構醫療體制在社會中所具有的功能。這些系統包括：醫療院所管理系統、醫師治療系統、護理師照護系統、醫事檢驗系統、藥品調劑系統與醫院評鑑系統等。透過這些細部的系統彼此協力，醫療體制的功能才得以完整實現。

定義完體制後，後續要討論的是體制在刑法基礎理論的重要討論，也是本文的核心討論之一：體制是否可以成為刑法義務的正當性來源？Jakobs 肯認了刑法中的社會連帶性義務，而體制便是社會連帶的具體展現，透過體制在社會中提供的功能性，部分對於法益侵害的風

⁴⁵ 周漾沂（2014），〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 43 卷第 1 期，頁 236。

⁴⁶ 周漾沂，前揭註 45，頁 236。



險才得以被避免，相關的法益才得以充分的被保護⁴⁷。Pawlik 承繼了 Jakobs 的看法，Pawlik 認為：「體制存在的目的在於確保個人生存的基本現實條件（Gewährleistung grundlegender Realbedingungen personaler Existenz）」⁴⁸，透過「使參與者承擔某種公民角色（Bürgerrolle）」⁴⁹而實現體制的功能性，並「確保個人自由能夠真實地實現」。透過這樣的論述，Pawlik 建立了體制與個人自由的連結，體制成為個人自由實現的基本前提要件，體制也透過這樣的論述，能夠成為刑法義務的正當性來源。但同時，這裡也引出一個概念。對於體制是否能夠成為刑法義務正當性來源的討論，背後的核心概念與其說是對於體制有著不同的看法，不如說是對於所謂個人自由有不同看法。不同意見者，對於個人自由的核心，有著非常不同的見解。

Pawlik 認為自由是「可被選擇之具體事物的存在」⁵⁰，在這個立場下，公民承擔的體制性義務將是完成他人「可被選擇之具體事物的存在」，是他人自由的要件。而社會中的每個人都承擔自己的體制性義務，體制也因此將得以運作順暢，體制所提供的功能得以完整實現，整體社會個人自由的具體核心「可被選擇之具體事物的存在」也才能充分地被實現。從這裡也體現了 Pawlik 體制義務作為社會連帶性義務的想法，彰顯了個人自由中社會連帶的重要面向。

Pawlik 將體制與個人自由連結的證立觀點非常具有啟發性，但體制的社會連帶性面向與自由本身的核心概念，是否可以相容？周漾沂教授提出了不同的想法⁵¹。周漾沂教授認為，在 Hegel 法哲學的基礎下，Jakobs 和 Pawlik 既認同法主體的抽象法權能被他人尊重⁵²；但同時，為了「真實具體的自由（konkret-reale Freiheit）」⁵³，法主體一部分的抽象法權具有社會連帶的義務。換言之，周漾沂教授認為，Jakobs 和 Pawlik 的想法下，對於個人法權領域的尊重即是

⁴⁷ 周漾沂，前揭註 45，頁 236。

⁴⁸ 周漾沂，前揭註 45，頁 237。

⁴⁹ 周漾沂，前揭註 45，頁 237。

⁵⁰ 轉引自周漾沂，前揭註 45，頁 237。

⁵¹ 周漾沂，前揭註 45，頁 238。

⁵² 周漾沂，前揭註 45，頁 238。

⁵³ 周漾沂，前揭註 45，頁 238。

法主體能夠自由安排自己生活內容；但在連帶性義務下，個人法權領域內一部分的資源安排又不再是法主體本人能夠自由安排，這兩個論點彼此可能有所矛盾⁵⁴。而針對體制的部分，周漾沂教授認為，從 Pawlik 對於體制的論述中，僅能看出體制在重分配之功能，而無法從體制的功能性上證立哪一個體制「對於社會存續具有根本上重要性」⁵⁵而能夠證立此體制與其參與者具有刑法義務⁵⁶。

針對刑法正當性基礎，本文認同周漾沂教授絕對理論下的刑法，也就是以理性主體為刑法的最後證立（*Letztbegründung*）觀點⁵⁷，在這個觀點下，法的實質概念便是以「人」為中心⁵⁸，犯罪的概念，也必須由自律（*Autonomie*）導出⁵⁹。絕對理論的刑法證立從區分應然／實然出發⁶⁰，應然世界所代表的理想狀態，不能由實然的現實世界來建構，而必須由自然原則以外的絕對行為準則來建構⁶¹，絕對行為準則的特徵是不附條件，以意志本身作為基礎，無視所有經驗性條件，對所有意志者有效⁶²。並且，在絕對行為準則下，「意志本身就是目的」，所有意志者（人）都是目的⁶³，這樣的絕對行為原則就是 Kant 的定言令式（*Kategorischer Imperativ*）概念⁶⁴。由於所有人都是目的，在理性主體視角中，除了意識到我，還會意識到其他有意志的我，全部的我都是目的，每個人也都應該無條件的被承認⁶⁵。因此，最抽象的絕對行為準則的規範內容就是「對他人的承認誠命」，在此角度下，絕對行為準則處理的是人際（*Interpersonal*）的關係，並且具有普遍有效性（*Allgemeingültigkeit*）⁶⁶。在此背景下，本文認為體制本身不能

⁵⁴ 周漾沂，前揭註 45，頁 238。

⁵⁵ 周漾沂，前揭註 45，頁 236。

⁵⁶ 周漾沂，前揭註 45，頁 237。

⁵⁷ 周漾沂（2016），〈刑罰的自我目的性：重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，第 147 期，頁 287。

⁵⁸ 周漾沂（2012），〈從實質法概念從新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 41 卷第 3 期，頁 981。

⁵⁹ 周漾沂，前揭註 57，頁 287。

⁶⁰ 周漾沂，前揭註 58，頁 996。

⁶¹ 周漾沂，前揭註 58，頁 997-998。

⁶² 周漾沂，前揭註 58，頁 999。

⁶³ 周漾沂，前揭註 58，頁 999。

⁶⁴ 周漾沂，前揭註 58，頁 999。

⁶⁵ 周漾沂，前揭註 58，頁 999-1000。

⁶⁶ 周漾沂，前揭註 58，頁 1000-1001。

直接具有刑法性的義務。



最後，本文嘗試結合上述概念，定義刑法視角下的系統化風險。若有一醫學上系統性的錯誤以及風險社會學概念下的風險導致了法益侵害的危險或是法益侵害結果的發生，本文認為這時應不受時空密接性所侷限，而應以刑法歸責系統就專業體制內的每一個人進行刑法歸責評價。倘若行為人有創造法不容許的風險，這時，此風險可能就可以歸責於此行為人，而不應隱匿在系統性風險的包裝下。

但如果一個法益侵害的危險或是法益侵害結果的發生經過刑法評價後，無法歸責給任何一個體制內部的參與者，那這時就是刑法視角下的系統性風險。有可能是體制內部因為同一個系統內運作失常，而體制內的所有參與者都沒有能力預見其發生或是阻止其發生。又或是不同系統與不同系統間交互作用，由於系統的交互作用複雜性以及緊密相依性的特色，使得所有體制的參與者，在風險事件發生前，都沒有能力能夠預見系統間的交互作用，又或是能夠預見，但沒有能力能夠阻止其發生。



第三章 刑法歸責系統



第一節 主觀歸責理論

在開展後續過失歸責論述前，必須在此先說明本文採取的歸責理論與刑事不法之立場。本文採取周漾沂教授的主觀歸責理論，主觀歸責理論的核心公式為：「行為人所認知的事實，若足以支撐法不容許的風險，而且此風險實現為侵害結果，侵害結果即可歸責給行為人。⁶⁷」此主觀歸責理論與客觀歸責理論最大的差異在，主觀歸責理論的評價基準不再採用一個虛擬第三人的視角，而是以行為人主觀上認知到的具體風險相關事實⁶⁸，並且行為人主觀上認知到的具體風險連結的是行為人的實踐認知，而非行為人主觀恣意⁶⁹。而歸責理論下，創造法不容許的風險此概念中的不法概念，本文亦採取周漾沂教授的風險承擔理論，在風險承擔理論下，刑事不法的核心概念是對於「人際相互承認關係的否認」⁷⁰，而實踐否認的做法，就是「創造一個他人不願承擔的風險」⁷¹。反過來說，風險創造者應承擔自我創造的風險，不應轉嫁至他人身上，此即「風險自我管轄原則」⁷²。另外一個須說明的是，在主觀歸責理論下，如何評價過失。依照周漾沂教授的看法，故意和過失的「主觀歸責基礎認知是同一的」⁷³，但差別僅在故意犯具有風險意識⁷⁴，即「行為有指向他人法益侵害之可能性的認知」⁷⁵，而過失犯雖認知

⁶⁷ 周漾沂（2014），〈從客觀到主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第43卷第4期，頁1499。

⁶⁸ 周漾沂，前揭註67，頁1499-1500。

⁶⁹ 周漾沂，前揭註67，頁1502。

⁷⁰ 周漾沂（2014），〈風險承擔作為阻卻不法事由—重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，第14期，頁196。

⁷¹ 周漾沂，前揭註70，頁203。

⁷² 周漾沂，前揭註70，頁204。

⁷³ 周漾沂，前揭註67，頁1504。

⁷⁴ 周漾沂，前揭註67，頁1505。

⁷⁵ 周漾沂，前揭註67，頁1505。



到足以支撐非容許風險之事實，但並沒有產生風險意識⁷⁶。

第二節 預見可能性與注意義務

在過失犯歸責系統中的重要概念是預見可能性與違反注意義務。首先討論預見可能性，我國學說中，注意義務的違反與結果客觀預見可能性是過失犯構成要件中的重要審查標準之一⁷⁷。所謂預見可能性，便是指「違反注意義務與法益危害之間要有可預見性」⁷⁸，另外從體系上分析，可預見性是外界對於行為人判斷是否有預見的可能性，而且事實上沒有預見，此時才屬於預見可能性的判斷範疇，若是已預見，應屬故意而非過失。

而關於預見可能性，學說上還有討論其判斷基準應採客觀化還是主觀化標準⁷⁹，客觀化標準是指在判斷行為人內心是否具有預見可能性時，以一個謹慎小心的人為基準，套用進行為人當時所處的環境與條件，只要這個謹慎小心的人能夠預見危險結果，這時受判斷之行為人就有預見可能性⁸⁰。而主觀化標準則是「行為人個人對於實現不法事實的預見可能性」⁸¹，此標準考量行為人個人的情狀⁸²，也就是「個人現實具備的能力條件」⁸³，在此標準下，沒有「絕對客觀而具體⁸⁴」的標準。

然而上述預見可能性的理論基礎一直困擾本文作者，預見可能性的判斷主體是一個外在的評價者（無論不同理論預設的評價者是誰），評價的內容則是行為人違反注意義務與後續的

⁷⁶ 周漾沂，前揭註 67，頁 1505。

⁷⁷ 王皇玉，前揭註 44，頁 520。

⁷⁸ 王皇玉，前揭註 44，頁 520。

⁷⁹ 王皇玉，前揭註 44，頁 522。

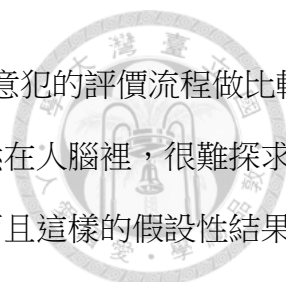
⁸⁰ 王皇玉，前揭註 44，頁 522。

⁸¹ 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4 版，頁 368，台北：元照。

⁸² 王皇玉，前揭註 44，頁 522。

⁸³ 黃榮堅，前揭註 81，頁 373。

⁸⁴ 黃榮堅，前揭註 81，頁 373。



風險侵害結果流程是否可以預見，雖然這樣的評價模式比較方便與故意犯的評價流程做比較，但問題在於預見可能性跟預見是截然不同層次的概念，預見與否雖然在人腦裡，很難探求，但畢竟是一個事實性的結果。但預見可能性是一個假設性的判斷，而且這樣的假設性結果是在行為人事實上就是沒有預見的前提下去假設，這樣假設對於風險流程的預見判準的實質內涵與判斷基礎是甚麼？本文在嘗試回答此問題之前，必須在此先討論另一個與此密不可分的理論概念，即注意義務。

注意義務是在預見可能性的判斷前階段的理論核心概念，在通說過失犯構成要件判斷下，行為人先是違反注意義務，然後再透過預見可能性的判斷，針對違反注意義務與法益侵害結果中間的風險流程，是否可預見卻沒有預見。而注意義務的概念是「根據科學知識、邏輯推理或生活經驗之累積，而確定出如不予遵守通常會導致某些危險結果之發生」⁸⁵，「不遵守此一注意規則，會與危險結果之發生具有穩定的因果關係」⁸⁶。德國的實務上也認為，注意義務的內容是「認識具體行為對於法益的危險性並且對於其危險行為採取足夠的安全措施或放棄其行為」⁸⁷。

從以上注意義務的核心概念，我們可以注意義務的核心觀念其實已經隱含了對於危險結果發生與行為違反規則之間的風險流程，或者更精確地說，正是因為某些作為／不作為的義務與危險結果的風險流程被外在評價者所建立，這些作為／不作為的義務才會成為注意義務。因此，一個注意義務所帶來的行為誡命，同時也包含了行為與危險侵害結果的風險流程。舉例言之，當今天交通規則禁止駕車超速，其實這樣的規範除了禁止駕車超速，同時也在告訴行為人駕車超速與路上撞到他人的危險侵害結果已經有了風險流程。因此，一個行為人，當對注意義務的違反有所認識，即便現實上對風險流程確實沒有預見，但由於注意義務本身包

⁸⁵ 王皇玉，前揭註 44，頁 518。

⁸⁶ 王皇玉，前揭註 44，頁 518。

⁸⁷ 黃榮堅，前揭註 81，頁 368。



含對於風險流程的預設，邏輯上很難想像已經認知一個包含風險流程預設的注意義務，卻沒有認知風險流程的可能性，因為這樣的可能性就建立在注意義務當中。換言之，本文認為預見可能性此評價標準其實已經被建立在注意義務的核心概念之中。

另外，注意義務在學說上有主觀與客觀之分⁸⁸，本文立場認為在專業性強烈的功能性體制下⁸⁹，體制預見了作為／不作為義務與侵害結果的風險實現流程，透過此過程，體制動態的將預防侵害結果的作為／不作為義務形成注意義務。此注意義務在現實上有可能是專業守則、明文化規範、非明文化的社群文化或是長期的操作標準。在此背景下，本文認為注意義務應該是客觀化的一個標準。

這邊要特別說明的是，客觀注意義務與體制內的專業規範之關係。由於體制預見了風險實現的流程，並且將法益侵害結果之預防轉化成作為／不作為的義務，動態形成體制內的行為規範，成為客觀注意義務的參考來源。在這樣概念下體制中行為規範的實質內涵便是體制對於風險的預見，就是在告訴體制的每一個運作者及參與者，所有的作為／不作為義務背後連結的法益侵害以及侵害的風險流程。但是，體制的行為規範並不全然等同於客觀注意義務，本文認為客觀注意義務是避免法益侵害可能性的行為規範，而違反客觀注意義務便是未遵守具有避免法益侵害可能性的行為規範創造對於法益侵害的風險。而這具有避免法益侵害可能性的行為規範不必然是專業體制的行為規範。換言之，違反體制內的專業規範，不必然直接導致違反客觀注意義務。反過來說，即便遵守體制內的專業規範，也不必然沒有違反客觀注意義務。若將此連結到歸責理論，違反客觀注意義務便是創造法益侵害的風險，這時決定客觀注意範圍，進而決定是否為法所容許的評價基準，乃是刑事不法的概念，也就是相互承認關係的破壞，即法益侵害的風險是否是他人不願承擔的風險，換言之，決定客觀注意義務範

⁸⁸ 黃榮堅，前揭註 81，頁 367。

⁸⁹ 本文由於論述篇幅與能力的限制，並無意建立一個普遍的過失歸責理論，僅針對專業性強烈的功能性體制下的過失歸責理論。



圍的是刑法規範性基準。

更細緻的說，在實際體制的運作中，如同第二章本文對於體制的討論，體制是人類有限理性的構成物，在社會邁向專業分工的背景下，體制扮演將相互承認關係具體化、外部化、專業化以及細節化的構造物，體制並以此產生對人生活的導引力，在現實社會中有限理性人類不需要在每一個具體的情境下進行風險決策，而可以依賴體制的行為規範作為生活的指引。在此，引入 Beck 提及的風險的知識性依賴，更可以彰顯體制的行為規範，背後有著知識建構的專業性，此專業性形成的行為規範，是遵循此規範的有限理性人類難以用個人實然社會下的能力所認知與判斷的。然而這樣的行為規範並不能直接成為刑法的正當性基礎，人類遵守刑法的遵法動機，並不是因為實證刑法的存在⁹⁰，而是人類作為法權主體，具有實踐理性，能夠透過行動承認他人的現實存有⁹¹。同樣的邏輯下，而體制的行為規範並沒有創設相互承認關係，並無法成為刑法規範性的基礎，而僅是現實社會下有限理性人類在專業分工下所形成的產物，彰顯的是相互承認關係的具體化⁹²。

舉例來說，一個在社會食品安全系統的生產者與消費者，在生產與消費食品，考慮食品內的有毒物質含量時，是極難用個人能力去認知有毒物質的合理含量，此處必須透過體制的專業性，定出行為規範，而體制的運作者及參與者便可遵循此行為規範，也透過體制的存在，在專業分工下的人類生活也得以開展。然而，並不是遵循行為規範，就必然符合刑法的義務性要求，否則無異於承認刑法僅作為維護體制的工具性存在。因此，這個有毒物質的合理含量基準雖然是經過外部看似科學專業所判斷，但科學判斷的過程是否符合刑法規範性基礎，也就是是否有破壞相互關係的承認，仍然需要刑法的規範所評價。如果有毒物質的合理含量基準決策過程，受到科學以外的因素干涉，即便符合有毒物質合理含量的食品，食用仍然會

⁹⁰ 周漾沂，前揭註 57，頁 294。

⁹¹ 周漾沂，前揭註 57，頁 313。

⁹² 此處的論述邏輯參考自周漾沂，前揭註 70，頁 196。



對人體的生命或健康等法益造成極大危害，此時規範的制定者以及生產食品生產者仍經過刑法評價，以判斷其刑事責任，不能單單僅依符合體制內實際的行為規範，就必然得出合乎刑法要求的結論。

第三節 體制積極性義務正當性基礎

在此，本文還必須處理一個問題，也就是專業分工下的體制所建構的行為規範中，有大量的不作為積極性義務，這時，課予體制運作者不作為積極性義務的正當性基礎為何？本文對於作為／不作為的區分，採用周漾沂教授以人際風險關係作為區分標準的觀點⁹³，作為是「個人輸出風險到他人法權領域之中」⁹⁴，對應的是消極不干涉他人的義務⁹⁵；而不作為，則是「未撲滅他人法權領域中和自己無關的風險」⁹⁶，此處對應的是積極協助他人的義務⁹⁷。而在體制中的行為規範，反映出的義務性質有一部分是消極不干涉他人的義務，但有許多會是協助他人撲滅他人法權領域中風險的積極性義務。舉例來說，醫師在治療病人過程中，若未依醫療規範，將針頭重複使用，導致病人交叉感染，這時對於交叉感染的病人來說，醫師對於病人的法權領域輸出了風險，換言之，一人一針頭，避免交叉感染的行為規範，對應的是消極不干涉他人的義務。但醫師若在治療一個嚴重的心肌梗塞病患時，未依照一般醫療常規予以救治，最後病患休克，急救無效後死亡。在這個案例中，最後實現的風險其實是病人原有的心肌梗塞，而心肌梗塞並非醫師輸出之風險，醫師在此是未撲滅他人法權領域中原有之風險，屬於不作為，對應的是積極協助他人義務。

將兩者區分的實質意義在於，消極不干涉他人的義務，在以相互承認關係作為刑法規範

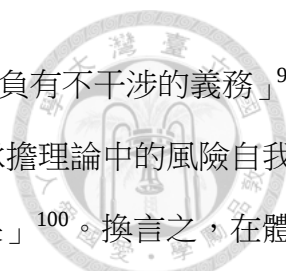
⁹³ 周漾沂（2014），〈刑法上作為與不作為的區分〉，《科技法學評論》，第11卷第2期，頁101。

⁹⁴ 周漾沂，前揭註93，頁106。

⁹⁵ 周漾沂，前揭註93，頁107。

⁹⁶ 周漾沂，前揭註93，頁107。

⁹⁷ 周漾沂，前揭註93，頁107。



性基礎的實質概念下，是一個一般性義務，「每一個人對於每一個人都負有不干涉的義務」⁹⁸。但積極性義務則不然，積極性義務並不具有一般性⁹⁹，依照前述風險承擔理論中的風險自我管轄原則，原則上「個人必須自我承擔在自己法權領域的風險實現結果」¹⁰⁰。換言之，在體制下的積極義務，若作為客觀注意義務的來源，要求體制運作者遵守，即是要求體制運作者「管轄發生於他人法權領域內的風險」¹⁰¹，這時會與消極不干涉他人的一般性義務有所衝突，而必須為體制義務所要求的積極性義務找尋正當性基礎。本文認為在體制下，積極性義務的正當性基礎是當事人「風險管轄合意移轉」¹⁰²，當事人的自由意願才是唯一可以變更風險自我管轄原則的正當性理由¹⁰³，而且這樣的合意不一定需要「明確表示於外的合意」¹⁰⁴，人類在開展社會交往活動時，體制的存在本身預設了風險連帶性，參與體制的運作者，即是表明透過自由意願，接受管控他人風險的義務¹⁰⁵。舉例來說，在醫療體制的社會交往運作下，醫療體制提供了一定程度的風險連帶性，也就是醫療機構以及參與其中的醫療人員願意為前來尋求醫療協助的病患，承擔積極性義務，撲滅其法權領域中非醫療人員創造的風險，而此時醫療人員承擔積極性義務的正當性基礎是透過其在了解醫療體制運作背景下，參與醫療體制的自由意願。

在說明體制中行為規範的作為／不作為義務在刑法規範性標準下的正當性基礎後，違反客觀注意義務，即未遵守具有避免法益侵害可能性的行為規範，違反規範預設的消極性／積極性義務，創造法益侵害的風險，而在歸責理論下，違反客觀注意義務，就是創造了法不容許的風險¹⁰⁶。因此，本文認為，在體制下的過失犯主觀歸責理論，預見可能性的概念其實已

⁹⁸ 周漾沂，前揭註 93，頁 107。

⁹⁹ 周漾沂，前揭註 93，頁 107。

¹⁰⁰ 周漾沂，前揭註 93，頁 107。

¹⁰¹ 周漾沂，前揭註 93，頁 107。

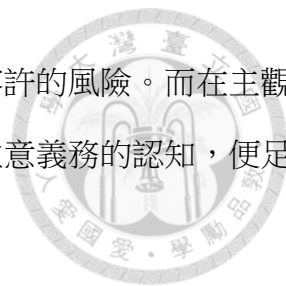
¹⁰² 周漾沂，前揭註 45，頁 247。

¹⁰³ 周漾沂，前揭註 45，頁 247。

¹⁰⁴ 周漾沂，前揭註 45，頁 249。

¹⁰⁵ 周漾沂，前揭註 45，頁 249。

¹⁰⁶ 雖然林山田教授是採客觀歸責理論，但林教授也有類似的見解。見林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，十



經在注意義務的核心概念中，而違反客觀注意義務，就是創造法不容許的風險。而在主觀歸責理論的思路下，行為人對於基礎風險事實的認知，加上違反客觀注意義務的認知，便足以支撐非容許風險之事實。

在這裡可以討論的另一個問題是，若是採用客觀注意義務，即無論行為人個人能力與特殊認知，皆採用一致的注意義務標準，是否會有學者擔心刑法懲罰無知或預見能力較低者的擔憂¹⁰⁷。本文認為體制是相互承認關係的具體化，在社會交往模式下預設了風險連帶性，因此，在專業的功能性體制對於運作者的要求與體制做為分配風險的設計有密切關聯，而背後以自願作為正當性基礎。這時無論體制運作者個人有特殊認知，或是預見能力低下，只要在這個體制角色位置上，就應該滿足這個體制角色所應有的注意義務。舉例來說，一位醫師在醫療體制下，就應該達到醫師在醫療體制下所被設定的客觀注意義務¹⁰⁸，倘若一個醫療機構下的醫生可以依照其個人主觀的能力，來設定其注意義務的界線，那這時來醫療機構的病患，能受到如何的醫療照護全部將倚靠運氣，而醫療體制的功能性將喪失，體制也不再能具體化人際界線，個人的社會交往生活將大大受限。

在過失犯的理論架構中，學說通常使用信賴原則作為劃定注意義務的範圍¹⁰⁹。信賴原則的意義就是在體制的運作下，每一個體制的參與者可以信賴其他參與者善盡自己的注意義務。因此，每一個參與者僅需處理自己的注意義務範圍即可¹¹⁰，在這樣的意義下，信賴原則能劃定個人注意義務界線，避免個人注意義務界線過大的可能。本文上述的醫療機構裡醫師的注意義務應客觀化的例子，也可能可以透過信賴原則予以解釋，也就是每一個醫師對於其他醫

版，台北：元照，頁 178。

¹⁰⁷ 黃榮堅，前揭註 81，頁 370-373。

¹⁰⁸ 類似的見解可參考許恒達教授的生活領域角色概念，見許恒達(2020)，〈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》，第 27 期，頁 74。

¹⁰⁹ 王皇玉，前揭註 44，頁 524。

¹¹⁰ 王皇玉，前揭註 44，頁 524。



師都應有信賴其會善盡個人注意義務，而病患也對醫師此體制角色有信賴，信賴醫師有此體制角色期待的基本能力。然而，本文認為，信賴在體制角色下可能是存在的，但信賴原則僅是體制具體化相互承認關係，使社會交往生活成為可能的反射結果，並不能成為義務正當性的基礎。一個體制運作者的義務界線的劃定是由於其實踐理性的不干涉他人的要求以及在自願下合意移轉風險管轄，而並不是他人的信賴，一個人對他者的信賴並不足以成為建立義務來源的正當性基礎¹¹¹。

第四節 迴避可能性

歸責理論除創造法不容許的風險層次，還有風險實現的層次。在風險實現層次中，主要審查的是法益侵害危險的結果是否與創造法不容許的風險，即違反客觀注意義務有「義務違反關聯性」¹¹²，此層次的審查通常在學說上稱為「迴避可能性」¹¹³，即是以反面假設的審查方式，假設行為人並未違反客觀注意義務，那法益侵害的結果是否仍會出現¹¹⁴，若是仍會出現，那可認為法益侵害結果並非可以透過遵守客觀注意義務所迴避，法益侵害結果不具結果可迴避性。我國實務針對不具結果可迴避性的情況，通常以不具相當因果關係而不成立過失責任¹¹⁵。然而本文認為，結果迴避可能性本身就是審查風險實現層次，在歸責理論的層次上，即可認法益侵害風險並非違反客觀注意所創造的法不容許風險的風險實現，這時，依照主觀歸責理論，即不可歸責於行為人，實不需要多引入一個亦具有法規範評價基準的相當因果關係概念，法規範評價基準以歸責理論為核心便足夠，再引入相當因果關係將使歸責系統中的法規範評價有疊床架屋之嫌。而在因果關係理論上，本文立場採自然因果法則，並認為因果

¹¹¹ 此處論述參考周漾沂教授的見解，雖然原文是討論保證人地位，但論述基本邏輯是相通的。見周漾沂，前揭註 45，頁 219-220。

¹¹² 王皇玉，前揭註 44，頁 527。

¹¹³ 王皇玉，前揭註 44，頁 527。

¹¹⁴ 王皇玉，前揭註 44，頁 527。

¹¹⁵ 王皇玉，前揭註 44，頁 527。



法則不具歸責與規範評價層次的意義。

在理論提出的最後，本文還必須簡單說明本文對於過失的判斷基準，抽象的來談，過失犯雖認知到足以支撐非容許風險之事實，但並沒有產生風險意識。這時，本文認為對於非容許風險之事實認知，應包含兩個內容，一個是對於風險事件的基礎客觀事實的認知，另一個則是違反客觀注意義務的認知。舉例來說，一個超速駕車的人，認知到自己開車的速度、當地路段的速限，以及自己的速度是否超過速限，這些是一個基礎客觀事實的認識。而違反客觀注意的認知，則是指必須認識到超速這件事情，對於一個交通系統的參與者來說，是違反客觀注意義務。而以本文的立場，客觀注意義務體現的是評價者對於風險流程的預見。換言之，判斷行為人對於風險流程的預見可能性，便是依賴其是否認知到自己是否違反客觀注意義務。

另外在認知自己是否違反客觀注意義務的層次上，可能會有三個情況需要簡單說明一下。第一個情況是前面提到過的能力不足者，也就是行為人知道客觀注意義務的要求，但因為個人能力不足，無法達成。以本文立場來說，在體制的運作上，對於體制角色有其專業的要求，另外對於體制的參與也是以自願為核心，不能以個人能力做不到而避開歸責，這也是注意義務客觀性的展現。舉例來說，一名心臟科手術醫師，對於手術進行中，客觀規範所要求的精確度知之甚詳，但因為個人能力不足，沒有辦法達到手術要求的精確度，這時本文認為這名心臟科醫師依舊有違反客觀注意義務，而違反的客觀注意義務是心臟科治療計畫的醫療準則，或是其對於自己能力不符體制角色要求，卻依然參與具有刑法法益相關的體制角色，則必須視具體事實判斷。

第二個情況跟第一個情況也類似，就是行為人知道體制的行為規範要求，也知道自己能力上做不到，但必須區辨的是，這裡能力上做不到的意義在於，是大部分在這個體制角色的人都做不到，反過來說，是體制的行為規範的範圍要求過高，超過體制參與者的個人能力，



這時本文會認為以刑法規範性為核心的客觀注意義務，並不會完全遵循體制的行為規範，而是會參酌體制角色的一般能力，去判斷在這裡是否有違反客觀注意義務。原因在於，當我們指稱行為人創造法不容許的風險時，這樣的宣稱其實隱含的是行為人有能力不創造法不容許風險的情況下，仍然創造了法不容許的風險。此類型最著名的例子，便是交通事件中的四面八方注意義務¹¹⁶，在體制實際的行為規範，也就是交通法規中，明確訂出駕駛者具有概括性的車前注意義務¹¹⁷。但很明顯的，絕大多數的駕駛者是沒有辦法同時注意好四周的情況，這並不是個人能力的不足，而是規範的要求遠超過體制參與者的能力，這時本文會認為此種情況下，若發生法益侵害的風險，可能是不能歸責給行為人。

第三個情況，則是行為人欠缺知識，不知道相關體制的行為規範，這時是否可以認定其對於違反客觀注意義務有認知。本文的立場同第一種情況，體制角色的專業要求是體制功能性的核心意義，並且體制的參與也是以自願為核心。只是這時候違反客觀注意義務的內涵在於，沒有準確評估自己的能力所及，而自願參與了一個體制能力要求超過自己能力要求的角色，且這樣的角色是與刑法法益風險相關的體制角色。換言之，在一個專業體制的參與者，在這個角色上該知道的跟刑法法益風險相關的行為規範，卻不知道，這時便是違反客觀注意義務。舉例來說，一個視力不佳接近全盲的駕駛者，即便其現實上真的不知道駕駛者的視力要求，但其並不能主張因為不知道，所以沒有違反客觀注意義務，在體制角色的基本能力上，不知道本身也是違反客觀注意義務。

在此還必須討論的是，第一個情況跟第三個情況，學說上稱其為超越承擔過失的問題，而本文認為違反注意義務的時點是在未有足夠能力，卻參與體制角色的時點（前行為），而並非風險侵害結果發生的時點（後行為），這樣的論點大致上被稱為犯行前置說¹¹⁸。而對犯行前

¹¹⁶ 林鈺雄（2024），《新刑法總則》，12版，台北：元照，頁517。

¹¹⁷ 林鈺雄，前揭註116，頁517。

¹¹⁸ 許恒達（2008），〈「超越承擔過失」的刑法歸責〉，《東吳法律學報》，第20卷第2期，頁105。

置說大致上的批評認為，犯行前置說違反構成要件行為與法益侵害結果必須要有具體危險關係，危險性必須達到適足且特定¹¹⁹。本文認為這樣的批評與本文是立場上選擇的不同，以本文立場來說，避免法益侵害的注意義務的存在，即是在保護不特定的人，違反注意義務就創造了法不容許的風險，即便這樣的風險尚未特定行為客體，甚至與法益侵害結果的時空相距甚遠。原因在於風險是否特定，與是否創造法不容許風險並無關係。

第五節 系統性風險在歸責理論下的意義

論述完本文對於在專業的功能性體制下的過失歸責理論路徑，我們可以用以上理論路徑分析系統化風險在歸責理論下的意義。從上述醫學界系統性錯誤的概念分析，本文認為以刑法歸責視角，在系統性風險中，應以系統中的個人為評價對象，而本文評價基準的過失歸責理論則以違反客觀注意義務作為創造法不容許的判斷基準，而以迴避可能性作為風險實現層次的判斷基準。另外本文對於系統性風險的定義，即一個法益侵害的危險或是法益侵害結果的發生經過刑法評價後，無法歸責給任何一個體制內部的參與者。

當今天有一非故意之法益侵害的危險或是法益侵害結果的發生時，我們可以透過上述的過失歸責理論標準與系統性風險的定義，將得出四個歸責結果，如下表：

	違反注意義務	未違反注意義務
具結果迴避可能性	傳統定義下的過失。	規範保護目的，不成立過失。
不具結果迴避可能性	過失未遂，因刑事政策考慮，目前刑法不處罰過失未遂。	不可歸責給任一體制參與者的系統性風險。

¹¹⁹ 許恒達，前揭註 118，頁 115。

表一 在歸責理論下系統性風險的四個歸責結果



在第一種類型中，即是行為人違反注意義務，並且具結果可迴避性，則法益侵害結果可歸責於行為人，屬於傳統定義下的過失。而以系統性風險的角度論述，便是系統本身預設的功能異常，並未發生系統設計之初的預期效果。舉例來說，一個醫師並未遵循醫療常規制定治療計畫，最終導致病人過世，且病人過世的法益侵害結果具有結果可迴避性。這樣的例子在便是原來醫療系統的功能失靈，且失靈的理由可歸責於系統內的運作者。

此外，本文將大多數系統性風險拆解成體制參與者個人責任的視角，可以幫助我們看到除第一線人員外，第二線或第二線以外人員的責任，以前述提及打針並未遵照一人更換一個針頭醫療準則的案例，倘若案例中，決策不採一人一針之醫療計畫的決策者並非第一線進行治療的醫師，而是第二線決策的主管，這時主管仍要進行刑法歸責判斷，評價交叉感染此法益侵害的風險是否可歸屬於主管，傳統的過失責任歸屬雖然較少討論到第二線甚至第二線以後的人員，但概念上仍適用屬於傳統的過失概念。

另需特別說明的是，討論到第二線以後的人員時，在判斷歸責時，第二線以後的人員，由於法益侵害結果會有延時發生的情況，故對於法益侵害客體以及風險流程是否需特定化的問題，會較被凸顯而出。本文基本立場是認為在歸責的判斷上，未特定化行為客體以及風險流程並不影響主觀歸責以及過失的成立¹²⁰。原因在於，在主觀歸責的論述下，行為人認知到的風險事實只要足以支撐法不容許的風險，且最後法益侵害結果乃前述創造之風險實現，即可滿足歸責要件。而在認知是否為法不容許風險時，即是否違反注意義務時，跟是否有特定化行為客體，並沒有直接關係。舉例來說，前述的打針並未遵照一人更換一個針頭的醫療準則案件中，由於一人使用一個針頭這樣的醫療準則本來就是在保護來接受醫療行為中未特定

¹²⁰ 論述邏輯參考周滢沂教授的論點，周教授原論點是在討論在主觀歸責下，故意的特定化問題，本文在此以類似的邏輯論述過失。見周滢沂，前揭註 67，頁 1509。



化的病患。因此，當決策者未依醫療準則，下令一個針頭用在多個病人身上時，此時已經違反客觀注意義務，創造了法不容許的風險。甚至從體制內行為規範的特性，有指向避免法益侵害的行為規範，本來就是在保護不特定的體制參與者，而在專業體制運作下，處罰體制運作者過失犯罪的正當性基礎，乃是義務違反所創造的法益侵害風險，至於侵害客體是否要特定化，跟是否創造法不容許的風險並無直接關係，至於侵害的行為客體本來就是在風險實現的過中才漸漸被特定。更具體的來說，本文認為過失的成立不需要有風險意識，當沒有風險意識，但在歸責上又要求行為人特定化行為客體以及特定化風險流程，此時的風險才是適足且特定，這樣的論述邏輯可能有存在矛盾。

第二種類型是行為人違反注意義務，但不具結果可迴避性。此類型從歸責理論上看，顯示的是具體侵害事件中，法益侵害實現的風險並非其所創造法不容許風險的實現結果。當然，即便法益侵害結果並未發生，行為人的確是違反了客觀注意義務，創造了法不容許的風險，但在現行的刑事政策考量下，過失犯處罰的要件之一，便是法益侵害的結果出現。換言之，刑法僅處罰過失既遂犯，而過失未遂犯並不處罰¹²¹。

第三種類型是發生一個風險侵害事件，但侵害事件所顯示的風險實現，並非行為人所創造法不容許的風險實現，換言之，以最後實現的法不容許風險而言，並非由行為人所創造，但在風險流程之中，行為人的確可以迴避此法益侵害風險的實現。此處屬於學說討論過失犯時，在歸責層次上規範保護目的之審查¹²²。舉例來說，今天甲在路邊紅線閃黃燈違規停車，十分鐘後，一台機車撞上倒地，被後方車輛撞擊而死。甲在路邊違規停車的確有違反交通法規，但禁止紅線停車的規範保護目的並非是為了阻止後方車輛追撞，而是為了讓車流順暢。因此今天後方的車輛追撞並非甲所創造法不容許的風險所實現的法益侵害結果，即便甲可透

¹²¹ 此處有一個爭議在創造法不容許的風險，是否即該當過失犯著手的標準，而成立過失未遂。但由於此議題並非本文關注重點，故本文在此先肯認違反注意義務，創造法不容許風險即有著手，成立未遂犯。

¹²² 王皇玉，前揭註 44，頁 527。



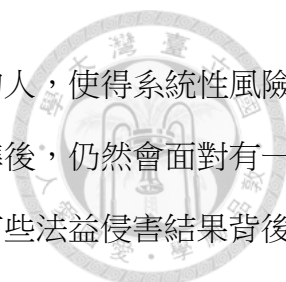
過不要違規紅線停車而迴避此法益侵害結果，但法益侵害結果並非甲所創造法不容許風險的實現，在刑法歸責上，此風險侵害結果仍然無法歸責於甲。

從系統性風險的角度切入，規範保護目的理論除了在風險實現層次檢視是否是違反注意義務所創造法不容許風險的實現外，還有另一層意義在於，體制內的行為規範乃是動態形成。今天有一個義務的規範保護目的與最後實現的風險無關，有一個可能是此義務為所創造的風險，和最後風險的實現本身並無關聯性，如前述例子提及的路邊違規停車，導致後方機車撞上，違反義務所創造的風險，跟最後實現的風險並無關聯性。但也有另一種可能是，在原本注意義務所彰顯的體制預見的風險流程並未預見完整，換言之，當我們說明體制的行為規範乃是動態生成，顯示的是透過一次次法益侵害事件的風險實現，體制改進其行為規範，可能是增加行為規範，以規避以往體制未預見的風險，也可能是擴充原有規範的規範保護目的，將以往未預見的風險實現與現有的行為規範的規範保護目的相連結。

第四種分類則是本文定義的系統性風險，也就是一個法益侵害的事件，但是在體制中無法找到一個個人有違反客觀注意義務，創造此法益侵害事件的風險，也沒辦法找到有一個個人可以有迴避此侵害事件的可能性。這樣的法益侵害事件，在刑法上就無法歸責給體制中的任何人。

本文最一開始討論的醫療、金融或是風險社會學領域中，使用系統性錯誤或是系統性風險這樣的名詞時，目的是想區別風險或是錯誤，應由個人負責，或是由機構負責，以及是否可以迴避。換言之，在語境上，這些專業領域會嘗試將直覺上，沒辦法由個人負責以及不可避免的風險，分類至系統性風險。使得系統性風險這個名詞，在日常語境中使用下，一直帶有著無法歸責，不可避免的色彩。

但本文透過分析，嘗試找出隱藏在系統、機構或是組織之中的個人，並嘗試提出可作為



評價標準的歸責理論，將系統性風險以合理的標準歸責給應該負責的人，使得系統性風險不會遁入系統、組織、機構甚至文化等集體責任中。然而建立歸責標準後，仍然會面對有一些法益侵害結果，終究是沒有辦法找到人負責。以刑法的視角觀察，有些法益侵害結果背後的風險流程，體制以及其中的任何人，從來都沒有設想到，自然也無從將避免法益侵害的風險流程轉化成體制內的行為規範，而以人為評價對象的刑法歸責理論自然也無法使用。因此本文將此類的法益侵害結果定義成系統性風險，這樣的定義也顯示這類事件帶有系統性風險最初的色彩，無法歸責給個人且不可避免。不過若從注意義務動態生成的角度觀之，每一次系統性風險發生後，都是一個機會使得體制得以省視風險流程，並使行為規範得以擴充甚至增加，使得下一次同原因的法益侵害結果可被預防。

第四章 體制角色與歸責



第一節 管理學式的體制角色分類

在建構完專業體制下，刑法的歸責理論核心後，必須要討論在不同的體制角色下，歸責上是否有所差異。而要處理這個問題，我們必須先定義與分類專業體制下的體制角色。而在討論體制角色分類上，雖然管理學關注的體制主要以商業公司為其主要建構模型，但管理學應該是最完整且深入的從抽象概念上去討論一個專業體制中的角色分類，因此本文嘗試先從管理學的體制角色分類出發。

管理學首先將組織內部的人員區分為管理者以及作業員，管理者及作業員的區分標準為，作業員親自執行工作或任務，並且不負有監督責任；而管理者是在組織中指揮他人，「經由他人努力而完成事情」¹²³的角色。管理者又可依照層級分為高階管理者，中階管理者以及基層管理者，在工作區分上，高階管理者負責策略、控管資源以及設定整體方向，中階管理者負責將整體目標轉變成各單位的細部目標與活動，同時，中階管理者是高階管理者跟基層管理者的橋樑。而基層管理者則直接接觸非管理者，負責推動與執行中階管理者設定的目標與活動¹²⁴。而管理者，以功能又可切分為五個面向，分別是規劃、組織、領導、控制和變革與創新¹²⁵。規劃是指，決定未來組織的目標以及達成目標的方式，並且制定為達成目標而生的計畫或行動方案，以整合或協調組織內各種活動¹²⁶。組織是指，安排要素與活動，設定每個人的工作，並協調整合每一個人的工作以達成組織的目標與計劃¹²⁷。領導是指指揮與影響組織

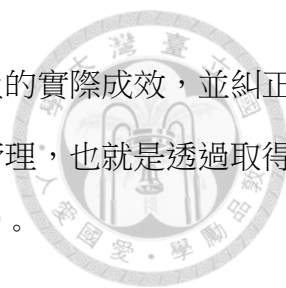
¹²³ 邱繼智（2023），《管理學：建立知識經濟時代的競爭優勢》，八版，新北市：華立圖書，頁 7。

¹²⁴ 邱繼智，前揭註 123，頁 7-8。

¹²⁵ 邱繼智，前揭註 123，頁 21-23。

¹²⁶ 邱繼智，前揭註 123，頁 142。

¹²⁷ 邱繼智，前揭註 123，頁 202。



成員的行為，促使成員達成目標¹²⁸。控制是指「監控及衡量組織成員的實際成效，並糾正任何缺失」¹²⁹，以達成組織之目標與計畫。變革和創新核心是知識管理，也就是透過取得、創造、整理與應用等管理知識，以提高組織進行決策的智慧與智商¹³⁰。

而依照 Henry Mintzberg 理論，每一個管理者，在其工作上又可切分出三個主要角色面向，分別是人際角色 (interpersonal roles)、資訊角色 (informational roles) 以及決策角色 (decisional roles)¹³¹。人際角色是指管理者和組織內成員維繫人際關係、建立象徵性、儀式性的工作以及控管組織資訊來源以協助決策¹³²，像是執行法定或儀式性任務的代表人，遴選、訓練或激勵部屬的領導人以及管控組織資源的聯絡人等¹³³。資訊角色是指蒐集、接受與傳遞資訊的工作，像是搜尋即時資訊情報的監視者、對內傳播資訊的傳播者以及將組織資訊對外報告的發言人¹³⁴。決策角色則是指需要作出決策的工作，包括提出策略方案的創業家、提出矯正計畫處理問題的問題處理者、分配資源的資源分配者與對外談判的談判者等¹³⁵。

第二節 刑法歸責系統下的角色分類

管理學對於組織中角色的抽象性的分類與描述，非常完整與全面，然而，若要將分類引進刑法歸責系統，還是必須要找出在刑法歸責上有意義的分類標準。本文認為在專業性的體制下，刑法關注的面向仍然是與刑法法益相關之義務違反。換言之，不同角色在組織內有不同的功能性面向，但在一個刑法視角所關注的法益侵害風險流程中，本文認為所有角色只有

¹²⁸ 邱繼智，前揭註 123，頁 342。

¹²⁹ 邱繼智，前揭註 123，頁 406。

¹³⁰ 邱繼智，前揭註 123，頁 440。

¹³¹ 邱繼智，前揭註 123，頁 13-14。

¹³² 邱繼智，前揭註 123，頁 13。

¹³³ 邱繼智，前揭註 123，頁 14。

¹³⁴ 邱繼智，前揭註 123，頁 13-14。

¹³⁵ 邱繼智，前揭註 123，頁 14-15。



一個關鍵性的差異，也就是違反義務，創造法不容許風險後，是直接或是間接造成法益侵害，這背後顯示的是對於最後法益侵害結果支配力的差異。本文認為直接造成法益侵害者，是決策者；而間接造成法益侵害者，是糾錯者。

若是仔細分析大部分的工作，都可以拆分成決策與執行，這裡的決策範圍包括極廣，大的整體機構的目標決定，小到眼前這個病人的醫療計畫該如何決策，包括要打甚麼藥物，或是不打甚麼藥物，是否要做甚麼檢驗，在目前情況下該採用甚麼治療方式等，都是決策。換言之，在本文立場，決策並非高層之專屬工作，即便是第一線醫療人員，在每天進行第一線工作時，也都會面對無數的決策，而創造法不容許的風險進而導致風險實現的關鍵，也都是這些決策，更具體的說，這些決策便是透過外部行為反映了主體意志。若在邏輯上將決策與執行拆分，執行不過是如同機器人，依照決策，工具性的完成決策的結果。但在現實上，第一線工作包括了決策與執行，且往往集中在同一人身上，現實中幾乎不可能存在一個人純然不做任何決策，只執行。即便是最底層，最低階的一線人員，在每日工作上仍然需要決策該在甚麼時候，如何進行工作，這些都是決策，也都有可能在風險侵害流程，影響最後的法益侵害結果。

少部分的工作會跟決策與執行無關，這些工作本文認為便是系統內部的糾錯機制。在風險流程上，無論糾錯機制本身是否發揮效果，糾錯機制本身不會直接導致風險侵害結果，終究是必須透過決策，才能直接支配風險侵害結果，糾錯機制的存在對於風險侵害結果，仍然是一個間接的支配。舉例來說，假設今天糾錯者已經找出系統內的錯誤，然而決策者不予理會，這時系統內的錯誤仍然有可能形成法益侵害的風險；反過來說，今日糾錯者沒有遵循專業守則，違反義務使得沒有找出系統內的錯誤，這時系統錯誤的風險依然是透過決策者的決策過程創造法益侵害的風險。當然，必須說明的是，這裡的描述只著眼於風險流程的描述，不帶有歸責意義。以後者來說，糾錯者沒有遵循專業守則，違反義務，可能必須對最後的法益侵害結果負責，但這不代表直接導致法益侵害結果的決策者就同時必須負起責任，還是必



須要就決策者的具體事實情況進行是否可以歸責的判斷。

透過以直接或是間接造成法益侵害，背後顯示的法益侵害結果支配力的差異作為標準進行分類，可以分出決策者與糾錯者。再來的問題便是，這樣的分類標準在刑法歸責系統上是否有所差異。本文以違反客觀注意義務作為創造法不容許風險的標準，並以迴避可能性作為風險實現層次的判斷標準，結合兩者形成歸責系統。這樣的歸責系統針對決策者並沒有問題，但在針對糾錯者歸責上，由於迴避可能性的論述模式，是採反面論述，也就是創造一個假設風險流程，假設行為人前階段沒有違反客觀注意義務，是否可以迴避此風險形成。然而，在糾錯者的歸責上，反面假設便會碰到困難，今天有一個風險侵害的結果發生，在進行糾錯者歸責上，在風險實現的層次，若我們用迴避可能性作為判斷基準，假設糾錯者沒有違反其客觀注意義務，有提出系統有所缺失部分，但這時是否會產生風險侵害結果，仍然取決於決策者是否聽從糾錯者的建議。換言之，在迴避可能性的審查上，糾錯者的審查模式除了假設糾錯者未違反注意義務之外，還必須多假設且決策者聽從了糾錯者的建議。透過這樣的模式，才能明確了解，今日的風險侵害結果，在風險實現的層次上是否可以歸屬於糾錯者。

第三節 管理、監督過失

刑法學說上亦有針對體制內不同角色的過失責任有所討論，主要是管理過失與監督過失。定義上，管理過失，指管理者由於物的設備、機構、人的體制等之不備¹³⁶。而監督過失，則是對人之指揮、監督不適當¹³⁷。在醫學案例上，管理監督過失主要分為兩種型態，一種是關於醫院診療體制之過失，另一種則是醫院安全保持體制過失。醫療診療體制過失包括醫院內治療協力體制不備，醫院內監視與聯絡體制不備，醫師對醫事人員之監督過失¹³⁸。而醫院安

¹³⁶ 曾淑瑜（2007），《醫療過失與因果關係》，二版，台北：翰盧，頁 507。

¹³⁷ 曾淑瑜，前揭註 136，頁 507。

¹³⁸ 曾淑瑜，前揭註 136，頁 240-244。



全保持體制過失包括醫院內防止事故之過失、醫院內外防止自傷他傷之過失及醫院內防止感染之過失¹³⁹。

而這些型態的分類，對於歸責理論的影響，主要是監督過失此類型。在監督過失的案件類型上，特別是大型企業針對公害污染的過失案件上，大型企業是否有注意義務，在這樣案件中，判決上常常會引入危懼感說，擴大注意義務的範圍¹⁴⁰，除第一線人員外，將中高階監督者，甚至法人本身入罪。台灣的法律上也有類似的條文，便是《藥事法》第 87 條，條文內容規範：「法人之代表人，法人或自然人之代理人、受雇人，或其他從業人員，因執行業務，犯第八十二條至第八十六條之罪者，除依各該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以各該條十倍以下之罰金。」。而本條指涉的第 82 條至第 86 條之罪中，第 82 條至第 85 條有針對過失犯處罰。意即本人之代理人、受雇人等如果過失犯了《藥事法》第 82 條至 85 條時，本人也必須負起刑事責任。

危懼感說主要是在確立注意義務的範圍，透過將大眾的危懼感、不安感填充必須要具體的、具有詳細事實之預見可能性內，並將預見可能性轉為抽象以及一般化的預見可能性¹⁴¹。具體的來說，對大型企業體在預見可能性，只要對企業活動造成災害之因果關係不完全否定，這時候，企業體會感到危懼，並以此負有採取保證安全性的具體措施，以消除危懼感，因此，企業體負有結果迴避之義務¹⁴²。

然而本文認為危懼感說的論述似乎混淆預見與預見可能性的判斷，如果大型企業體對於企業活動造成災害之因果關係不完全否定，這不就正面肯定，企業體對於企業活動造成災害

¹³⁹ 曾淑瑜，前揭註 136，頁 244-248。

¹⁴⁰ 曾淑瑜，前揭註 136，頁 508-509。

¹⁴¹ 曾淑瑜，前揭註 136，頁 430。

¹⁴² 曾淑瑜，前揭註 136，頁 429-430。



有所預見，這時已經不是過失的問題，而是可能有故意責任的問題。從另一個角度來說，如果沒有對於風險結果的預見，那企業體危懼感的來源又是從何而來？退步言之，如果現實上真的沒有預見，但企業體仍然對其企業行為造成的可能風險有不明的危懼，本文認為企業體本身的危懼感並不是擴大注意義務的正當性標準。以本文的立場而言，不同的體制角色有不同的注意義務，有些長期穩定發展的領域可以透過明文化的規範作為體制內的行為規範，而有些領域則是因為發展較晚，可能沒有明文化的規範，但即便沒有明文化的規範，並不代表沒有注意義務的存在，以體制角色不同，會有不同的不侵害他人的消極義務以及協助他人的積極義務。如果深入分析危懼感的產生，本文認為正是體制運作者意識到了自己有不侵害他人的消極義務或是協助他人的積極義務等注意義務，且自己並沒有進行合適的迴避措施避免風險產生，或是協助他人消除風險，進而構成注意義務的違反，才會產生危懼感。這時判斷其是否創造法不容許的風險，還是應該從注意義務違反的角度切入，危懼感只是一個人良心上認知到自己有注意義務違反的反射。

最後，本文並不認同在不同類型的案件上，採取不同的理論依據。危懼感說大多使用在監督過失的案例之中，原因在於監督過失的案例若採通說的過失理論，並不能妥適的說明監督者應負責任的正當性基礎¹⁴³。然而，這不就是因人設事，為了要處罰某一類型的行為人，在這類型的案件，採取不同的理論路徑，例外給予懲罰，本文並不認同此做法。合適的做法應該是，因為這類型案件，我們發現舊有理論之不足，而完整的將理論修正，使其可以普遍的適用在不同類型的案件中。

至於針對整體的管理與監督過失的類型，本文認為在學說上做的管理與監督的分類，並無刑法上歸責的合理意義，大多是描述式的分類，倘若我們理解了無論是管理體制、企業體或是機構，都是由人來運作，且就算不是第一線人員，也有可能對最後的風險侵害結果有所

¹⁴³ 曾淑瑜，前揭註 136，頁 509。



影響，那就刑法歸責系統來說，管理、監督過失案件其實跟一般認知的第一線人員醫療過失案件，本質上並沒有區分的意義¹⁴⁴。

另外，在管理與監督過失的類型案件中，有許多針對複數過失的討論，有學者認為如果過失犯也能採取二元正共犯區分體系，那在複數過失的案例上能較好的處理¹⁴⁵。在台灣的實務判決上，監督者與被監督者，在過失犯體系上，多是採過失的同時犯¹⁴⁶。本文立場採取單一正犯理論，並反對回溯禁止原則，在複數行為人或具先後順序的行為人中，本文認同一個行為人的自我負責原則不能推導出另一個行為人對結果不需負責¹⁴⁷。因此，在體制內每一個運作者都應該獨立判斷其過失責任。當然，在此理論下，過失同時犯會相互卸責的情形，本文認為這正是迴避可能性以反面審查作為理論論述可以處理的情形，在一個多數人有多重過失情況下的法益侵害結果，倘若一個人盡了注意義務，就可以避免風險事件發生¹⁴⁸，這也是學說上所說累積競合的問題，那在迴避可能性的審查上，每一個人在獨立做歸責判斷時，都可以得到個人若沒有違反注意義務，則可以迴避法益侵害結果，故有迴避可能性，而每個人都可以歸責。

另一比較麻煩的問題，則是擇一競合的問題，當複數過失者，每一個人單獨違反注意義務都足以實現最後法益侵害結果，若使用迴避可能性之反面審查，可能得到的結論是，複數過失者中，排除每一個過失者違反的注意義務後，法益侵害結果還是會發生，每一個過失者可能都不具結果迴避可能性。本文認為對於單一正犯理論下，這個問題的確非常困難，這個

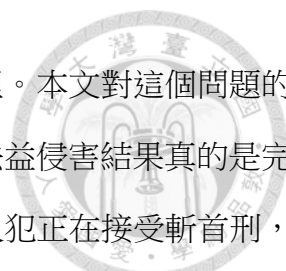
¹⁴⁴ 此處學說上有一個爭議在於刑法上的法人責任，以系統性風險的議題考慮，雖然法人責任乃是重要的問題之一，然而法人責任問題複雜，且與本文主論述關聯性較小，因此本文在此先擱置此議題。

¹⁴⁵ 謝開平（2020），〈日本刑法上監督過失之定位與問題〉，《華岡法粹》，第 68 期，頁 118。

¹⁴⁶ 傅鈺菁（2018），《團隊醫療的監督過失問題—以日本法之研究為中心》，頁 28，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

¹⁴⁷ 周漾沂（2008），〈論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 37 卷第 4 期，頁 357。

¹⁴⁸ 傅鈺菁，前揭註 146，頁 26。



問題可能牽涉到過失犯的基本理論建構的檢討，並非本文有能力處理。本文對這個問題的初步立場是，在排除任何一個行為人的注意義務違反後，是否實現的法益侵害結果真的是完全一樣的¹⁴⁹？或許可以借用一個刑法學的經典討論案例，今天一個殺人犯正在接受斬首刑，在他死亡前一刻，被害人家屬上前揮了一刀，在事實上提早一秒提早斬首殺人犯，剝奪了此殺人犯的生命。在刑法的評價上，真的可以說就算家屬不殺他，他還是會被斬首而死，進而會認為無論家屬殺不殺他，都會造成「相同」的生命法益侵害結果，還是刑法除了生命法益剝奪外，也會在乎如何侵害，由誰侵害的結果？如果引入系統性風險概念後，這個答案或許將會更清楚，在一個體制運作下，不同系統之間扮演不同的角色，邏輯上是看不到任兩個系統扮演完全相同的角色，就算是備用系統，本身備用的功能與主系統的功能就是根本的差異。因此，要說兩個系統同時失靈，所發生的法益侵害結果，與兩個系統中其中一個單一系統失靈，所發生的法益侵害結果會是相同的，在系統彼此功能不同的情況下，是比較難以想像的。況且，依照 Perrow 的觀點，系統與系統間有交互作用複雜性，也有緊密相依性，在此處迴避可能性反面審查的觀點似乎預設每個注意義務之間彼此是獨立的，而忽視了注意義務之間的交互作用。

舉例來說，本文前述提及普悠瑪出軌事故是由超速以及台鐵長期組織文化，由司機與台體體制運作者兩個行為人注意義務的違反創造法不容許風險的風險實現，並且，兩個注意義務的違反屬於擇一競合。換言之，這兩個注意義務以迴避可能性反面審查的觀點論之，無論排除哪一個，都會造成過彎出軌的情況。但在事實上，若是單純超速，但組織文化運作良好所造成的出軌；或是沒有超速，但組織文化運作失靈造成的出軌結果，這兩個假設的結果與原本的出軌結果，三個法益侵害的結果真的是一樣的嗎？若再納入交互作用與緊密相依性的考慮，今天司機超速的注意義務之違反，與組織文化失靈顯示體制運作者注意義務的違反，這兩個注意義務違犯之間是彼此獨立的嗎？抑或是有相關性？如果兩個注意義務彼此有相關

¹⁴⁹ 此處概念受到 2013-2014 學期時，周漾沂教授於刑法總則課堂上討論擇一因果時的論點啟發。

性，以擇一競合的觀點，單獨排除其一進行迴避可能性的反面審查，可能並不合適。





第五章 案例分析



前述章節架構了本文理論的基礎，簡言之，本文認為在刑法歸責的視角下，所有的系統性風險中，仍然以系統中的每一個個人為評價對象。也就是說，對於所有的系統性風險，我們都必須找到跟此風險相關之體制內的具體每一個人，討論此人在其體制角色上是否有創造法不容許的風險，並且風險實現於案件的結果。而體制角色引入刑法歸責系統中而有意義的分類，應是分類成決策者與糾錯者。決策者對於結果有直接之支配。而糾錯者，對於結果則是間接支配。本文依照此理論基礎，針對下述三個案例事實進行分析，以具體化本文針對系統性風險的分析框架。

第一節 心肌梗塞案

第一項 案件事實與經過

此案為自訴案件，依照法院認定事實，周姓病患於 87 年 12 月 30 日上午 5 時 30 分因胸痛、冒冷汗與四肢冰冷而送醫，並於上午 6 時 2 分送抵屏東縣南門醫院。送抵醫院後，由被告王姓醫師負責主治工作¹⁵⁰，其診治工作包括「全套血液檢查、生化檢查、尿液檢查、血糖、胸部 X 光、檢查肌酸磷酸酶及給予三次硝化甘油，每次一顆，間隔 15 分鐘」¹⁵¹。自訴人認為，被告於心電圖檢查發現病患為下壁 ST 上升型心肌梗塞時，卻未做右胸心電檢查圖，用以排除右心室心肌梗塞，也並未每 5 分鐘給予硝化甘油（而是 15 分鐘），也未給予病患阿斯匹

¹⁵⁰ 原判決並未有醫師姓氏，此醫師姓氏參考自盧映潔、葛建成、高忠漢（2006），〈論醫療行為之常規診療義務〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 35 卷第 4 期，頁 168。

¹⁵¹ 盧映潔（等著）（2013），《醫療行為與刑事過失責任》，三版，頁 17，新學林。本處引用處之章節，應為註 150 之文章修改後收錄。然文章中對於此案之討論，書內修改之內容與原先內容有所差異，此處文字為前篇文章所無，故標註引用書籍。



靈。而當病患發生休克時，被告也未注射藥物阿拖平，隨後病患不治¹⁵²。

在治療過程上，自訴人認為被告並未依照《哈里遜內科學》之教科書針對缺血胸痛之治療原則，也並未遵照美國心臟學會對於缺血胸痛的處置流程。然高院判決認為，無論是外國教科書或是外國心臟學會指引皆非我國法令或專業技術規範，醫師並無遵循之義務，不能僅依被告並未遵行，而遽認被告即違反注意義務¹⁵³。另外，中華民國心臟學會針對本案亦有函覆意見說明疑似心肌梗塞病患處理之流程。高院亦認為，流程僅具參考與建議性質，不能說依照流程操作就不會發生死亡結果，而未依流程操作就必然會有病患之死亡結果¹⁵⁴。

另外法院有將此案送行政院衛生署醫事審議委員會（下稱醫審會）鑑定，醫審會鑑定結果認為給予硝化甘油之處置並無延誤，而右心室梗塞，並非硝化甘油之絕對禁忌症。醫審會亦認為急性心肌梗塞之病患死亡率本高，而本案病患病程進展迅速，相關醫療人員已盡應盡之職務，難認醫療、照護過程有疏失¹⁵⁵。

自訴人上訴至最高法院後，法院發現醫療病歷中治療時序似有誤差，並未調查清楚此處之醫療處置是否醫師下診斷，因此發回更審¹⁵⁶。然發回更審後，此案後續發展峰迴路轉。於更一審時，被告王姓醫師竟表明，前述之診治行為非被告本人進行，乃是另一位黃姓醫師，因為黃姓醫師當時乃服役中，外出兼差，違反規定¹⁵⁷。而後自訴人另外起訴黃姓醫師及僱用黃姓醫師之鍾姓院長。在法院審理中發現，黃姓醫師之專長為一般精神科，並無急診室醫師之專業訓練，亦未接受高級心臟救命術訓練，且黃姓醫師雖有醫師資格，卻未申請執業登記。

¹⁵² 整理自臺灣高等法院高雄分院 90 年度上訴字第 1066 號刑事判決中，段落 33-37。

¹⁵³ 前揭註 152，段落 82-94。

¹⁵⁴ 前揭註 152，段落 166-171。

¹⁵⁵ 前揭註 152，段落 129-149。

¹⁵⁶ 整理自最高法院 94 年度台上字第 2274 號判決，段落 60-73。

¹⁵⁷ 整理自臺灣高等法院高雄分院 94 年度上更(一)字第 170 號刑事判決，段落 72-78。



而鍾姓院長明知此事，仍聘任黃姓醫師擔任急診室值班醫師¹⁵⁸。

此另行起訴，經過地院¹⁵⁹、高院¹⁶⁰及最高法院¹⁶¹審理，皆認為黃姓醫師雖然未申請執業登記，然現行法律並無限制所謂急診室醫師值班資格，無執業資格僅屬於違反行政規定，並不影響其作為急診室醫師之能力與資格¹⁶²。另外，依照原醫審會之鑑定意見，其醫療處置行為並無疏失¹⁶³。而因為黃姓醫師並無過失，不能證明鍾姓院長之業務過失¹⁶⁴。因此，黃姓醫師與鍾姓院長業務過失致死皆為無罪。

第二項 行為人是否違反注意義務？

本案事實峰迴路轉，除了醫學上之爭點，刑法與刑訴法上亦有許多值得討論之爭點。本文再此提出兩個與本文論述相關且值得討論之問題。首先，本案之行為人是否違反注意義務？在判決中討論的核心問題皆是，本案醫生是否違反醫療常規？自訴方認為行為人之治療方法，違反美國心臟學會對於心肌梗塞的治療指引，也不符合中華民國心臟學會的治療流程。然此處之醫審會認為行為人之醫療措施並無疏失，而法院對於所謂醫療常規，也採較嚴格的認定，以是否違法為核心判斷基準。專業社群內的指引與流程，法院認為僅為參考與建議性質，現況不存在制式治療流程¹⁶⁵，並不能僅依不符專業領域內之指引與流程，便直接認定違反醫療

¹⁵⁸ 整理自臺灣高等法院高雄分院 98 年度醫上訴字第 2 號刑事判決，段落 23-31。

¹⁵⁹ 臺灣屏東地方法院 96 年度自字第 5 號刑事判決。

¹⁶⁰ 前揭註 158。

¹⁶¹ 最高法院 100 年度台上字第 2901 號刑事判決。

¹⁶² 前揭註 158，段落 116-131。

¹⁶³ 前揭註 158，段落 146-193。

¹⁶⁴ 前揭註 158，段落 220-223。

¹⁶⁵ 前揭註 158，段落 86。



常規，進而違反注意義務，而可能構成過失致死。

然而，有專業醫師的意見認為，本案的治療流程與常規的治療流程不同，由於硝化甘油對於右心室梗塞為禁忌症，當醫師從心電圖判斷為下壁 ST 上升型心肌梗塞時，應再針對右胸進行右胸導程心電圖，以確認是否為右心室梗塞。若為右心室梗塞，硝化甘油為「相對禁忌之藥物」，此與鑑定機關的認定並不相同。另外，病歷記錄之雙側肺音清楚，與鑑定機關認定此為早期心臟衰竭有矛盾，這牽涉到使用硝化甘油是否為適合之處置措施。若非早期心臟衰竭，又有右心室梗塞的狀況，此時使用硝化甘油就很有可能會導致血壓下降，心室跳動過速致死¹⁶⁶。另外，專業醫師的意見也認為，法院認為不存在制式治療流程與現況並不相符。而在有制式治療流程的情況下，雖因不同病患狀況不同，制式治療流程的確存在部分醫師自主裁量的空間，但並非整個醫療過程皆全然為醫師個人裁量，仍然應遵循醫療指引¹⁶⁷。

本文認為，注意義務是一個客觀化的標準，而在專業領域中，體制內的行為規範，是客觀注意義務的參考來源，然而體制的行為規範並不全然等同於客觀注意義務，客觀注意義務範圍是由刑法規範性基準所判定。專業領域的行為規範可以協助法院判斷行為人是否違反客觀注意義務，但並非直接作為違反客觀注意義務的標準。在本案中，法院雖然誤認不存在制式治療流程，然針對專業領域中的指引，像是《哈里遜內科學》之教科書、美國心臟學會指引，又或是中華民國心臟學會治療流程等，法院認為此皆為輔佐判定客觀注意義務，不能僅因未遵照制式流程而直接認定違反客觀注意義務，就此論點本文贊同。

另外一個值得討論的是，鑑定機關的意見應與所謂專業領域中的指引或是流程有相同地位，也就是僅具參考性，而不能直接取代法院判斷。換句話說，鑑定機關應協助法院判定此

¹⁶⁶ 盧映潔、葛建成、高忠漢，前揭註 150，頁 175。

¹⁶⁷ 盧映潔、葛建成、高忠漢，前揭註 150，頁 176。



案是否存在醫療常規、此處之處置是否與醫療常規不同、此處與醫療常規不同之特殊處置是否有醫療上之原因等等，但鑑定機關並不是法院，無法判斷是否違反客觀注意義務。應由法院依據上述之事實與醫學判斷為背景，依照刑事不法之判準為基礎來判斷。此處需特別說明的是，本文並非認為法院不需參考專業領域內的指引與鑑定意見，相反的，本文認為專業領域內的意見是十分重要的參考，甚至是證據。本文反對的是直接認定違反醫療常規即是違反客觀注意義務，也反對鑑定機關直接認定行為人是否違反客觀注意義務。

而本案另一爭點是在具體案例的醫療常規中，鑑定機關與其他專業醫師的意見有極大不同。特別是在硝化甘油此關鍵藥物的使用上，鑑定機關認定並非絕對禁忌藥物，且在施予硝化甘油的醫療處置上並無疏失。而專業醫師則認為未確認是否為右心室梗塞前，不能貿然使用硝化甘油，否則有可能成為病患死亡之理由。本文作者並無醫療專業，也無意於此處判斷孰是孰非，然而本文想藉由此處爭議指出，所為專業領域之「常規」，可能也存在不同見解，甚至同樣的判斷標準下，當事人所為是否存在醫學上的理由，不同專家，可能會有不同之看法。這更加證明本文上述觀點，專業領域中的常規以及鑑定意見，雖然十分重要，但終究僅具參考性，法院仍應回歸刑事不法之評價標準來認定。

第三項 院長違法聘任是否構成過失？

本文之核心討論議題，乃是將關注視角放置在，除了第一線，時空密接性極高的直接行為人之外，是否有其他行為人可能需要對法益侵害結果進行負責？在本案中，由於黃姓醫師並非急診專業之醫師，且未接受過高級心臟救命術之訓練，又其未作執業登記。在此狀況下，鍾姓院長聘任黃姓醫師作為急診室值班醫師，是否有過失，此乃本文關注的核心議題。

首先針對執業登記的部分，法院認為黃姓醫師未作執業登記，僅是違反行政相關法規，

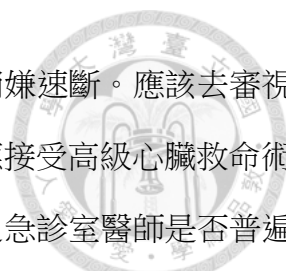


並不能直接認定當事人不具急診室醫師的資格與能力，此論點本文贊同。執業登記的法規是方便行政機關管理之用，並無專業能力審查之用途。不能僅依未有執業登記，便斷定黃姓醫師無專業醫師之能力。醫師是否具有專業能力應該還是回歸是否具醫師執照、醫學相關訓練等等專業領域之相關經歷來判斷。

其次，法院僅依黃姓醫師並無過失，因而認定鍾姓院長之聘任亦無過失責任。實務上，法院可能因為時間考慮，並無寫下充分之理由，僅一筆帶過，本文在此針對此點展開之。鍾姓院長應就刑法評價是否具有刑法上的過失責任的行為至少有二，其一是聘任無急診專業，未受過高級心臟急救訓練的黃姓醫師為急診室值班醫師，另外則是在當天事故發生時，鍾姓院長是否有監督、管理之過失責任。由於後者之管理監督過失責任，相關的判決都沒有討論，相關事實並不清楚，本文也無法就此討論，故著重在第一點，也就是鍾姓院長聘任黃姓醫師之行為，是否具有過失？

在此須說明的是，鍾姓院長聘任黃姓醫師之行為是否具有過失，與黃姓醫師是否有過失並無關係，甚至可以說，與此案發生與否也並無關係。刑法評價的對象是行為人之行為，因此應由行為人的行為出發。換言之，鍾姓院長是否有過失，應是審視聘任行為是否有過失，既無關於後續聘用醫師之過失，也無關於後續監督或是管理是否有不當。此處是否有過失，應僅僅從聘任行為本身來做判斷。至於此處之過失，是否發生法益侵害的結果，乃是既未遂的問題。

如前面理論建構，本文認為過失歸責之法不容許風險的判斷基準，應是以違反客觀注意義務為準。而客觀注意義務的判斷，會參考專業領域中的相關常規。以本案的聘任行為來說，法院依「醫療業務在性質上本為一體，無法嚴格分割」，又因法規並無規範急診室醫師之資格



¹⁶⁸，而單以具有醫師執照，認定黃姓醫師具有急診室醫師之資格，稍嫌速斷。應該去審視在醫療常規內，急診室值班醫師是否皆需急診室醫師專業資格，是否應接受高級心臟救命術訓練。另外，除了專業領域內的醫療常規外，包括一般的醫院所聘任之急診室醫師是否普遍具有急診醫師專業資格，又或是急診室醫師，專長如黃姓醫師一樣，為一般精神科或非屬急診相關之專科是否常見。另外，黃姓醫師取得醫師執照僅約一年，且同時在服役中，在專業領域的評價中，這樣的專業知識與訓練是否有充任急診室值班醫師之資格與能力，這些事實對於判斷鍾姓院長聘任黃姓醫師之行為是否違反客觀注意義務，十分重要。

若認鍾姓院長於聘任中有違反客觀注意義務，這時已創造法不容許之風險。下一步則是審查風險實現層次，也就是是否具有迴避可能性。於本案之中，法院認定，黃姓醫師的治療過程並無過失，病患過世並非黃姓醫師之過失所造成。因此，雖然聘任過程中創造法不容許之風險，然而今天的法益侵害結果並非是聘任過程中創造之法不容許風險實現之結果。因此，因認此時鍾姓院長為過失未遂，而我國法並未處罰過失未遂，因此鍾姓院長並無過失責任。

倘若依照其他專業醫師的見解，認為此處黃醫師的處置不符醫療常規，而有違反注意義務之可能。這時，要評價鍾姓院長的聘任行為，仍須考慮黃姓醫師使病患死亡之關鍵不符醫療常規的醫療處置，乃是因為他不具急診室醫師的專業，又或是未受過高級心臟救命術訓練所導致，而並非其他理由。那在此狀況下，才能判斷法益侵害結果為違法聘任行為所創造的法不容許風險的風險實現。

第二節 榮總瘧疾感染案

¹⁶⁸ 前揭註 158，段落 116-118。

第一項 案件事實與經過



台北榮民總醫院放射部於 1995 年，引進超快速電腦斷層攝影機，並需要自動注射機注射顯影劑，機器說明書上註明注射針頭屬侵入性治療，不可重複使用。然而此時，榮總放射部營運不佳，放射部主任張姓醫師及機器負責人藍姓醫師，規劃每半天更換一次注射顯影劑之針頭，如遇損壞或特殊狀況時，由線上操作之醫師臨時決定更換之原則。然而，此流程遭放射科護理長強烈反對，認為不符一人一套的無菌觀念。後來張姓醫師以及藍姓醫師堅持立場，護理長之反對無果。於幾個月後，值班住院醫師羅姓醫師在檢查一名從非洲返國之李姓病患時，病患之血液回流，污染注射系統與顯影劑。而後賴姓醫師，接續使用檢查機器，為六名病患進行檢查。後來，當李姓病患確診瘧疾，且後續六名病患也紛紛確診瘧疾，其中四位死亡。考慮到此六位受感染瘧疾之病患並未出國，且瘧疾已於台灣絕跡，甚至已 30 年未發現瘧疾本土病例，故經調查後，確認為透過檢查機器所感染¹⁶⁹。

一審時，張姓醫師及藍姓醫師業務過失致死有罪，而羅姓醫師及賴姓醫師，一審法院認為兩人僅是執行人員，並無決策權，而判處無罪¹⁷⁰。二審審理中賴姓醫師因本案承受重大壓力，於 1998 年注射氯化鉀自殺身亡¹⁷¹。而在後續審判中，法院認為羅姓醫師並非單純執行人員，仍有決定是否可以臨時更換，且由於病患來自傳染病盛行地，加上當時病患雖未確診但已有瘧疾之相關症狀，醫師應更換針頭，卻未更換，因此亦有過失¹⁷²。後於 2007 年判決確定，除賴姓醫師已死亡而判決公訴不受理外，其餘張姓醫師、藍姓醫師及羅姓醫師皆業務過失致

¹⁶⁹ 整理自最高法院 91 年度台上字第 3279 號刑事判決，段落 14-83。

¹⁷⁰ 曾淑瑜，前揭註 136，頁 247。

¹⁷¹ 前揭註 169，段落 75-76。

¹⁷² 整理自臺灣高等法院 89 年度上更(一)字第 1135 號刑事判決，段落 112-122。

死有罪確定。



第二項 隱藏在系統性風險背後的人？

本文認為，在刑法歸責的視角之下，一般口語中的系統性風險只是囿於時空密接性的表象包裝。實質上，若跳脫時空密接性的限制來看，將系統中一個一個人獨立以刑法歸責審視，不因不具時空密接性，又或是非直接加害人等現象式描述所限制。則日常言談所謂系統性風險，其實是可以好好的找到應該負責任的人。而真正的系統性風險，也就是本文所說的系統性風險，即法益侵害事件的結果無法在體制中找到有人違反客觀注意義務創造法不容許的風險，又或是法益侵害結果並非法不容許風險之實現。這類型無法歸責給體制中的任何人的法益侵害結果，而必須歸類到系統性風險的侵害事件，其實並不多見。

本案即為一較為典型的案例，以一審判決來說，法院認為羅姓醫師及賴姓醫師僅是遵守醫院之規定，是執行者，並非決策者。換言之，法院認為，真正創造法不容許風險，是隱藏在第一線治療之醫師背後的規則，是整個系統。但倘若我們歸責只追到系統，並且用系統性風險來做歸因，可能就忽視了真正該負責的人。規則本身的制定一樣是由人所決策，本案中之系統性風險，也就是造成感染的規則，一樣有決策者，一樣可以透過刑法歸責系統去檢視決策者們的行為是否該當過失致死，包括在制定規則時是否有違反客觀注意義務而創造法不容許的風險，以及此感染事件的法益侵害結果是否為此法不容許風險之實現。殊為可惜的是，後來歷審的判決皆放棄了這樣的視角，回到了第一線執行醫生直接醫療行為有疏失，而其餘兩位醫師，則是將決策行為與監督行為合併論以管理之過失¹⁷³，並論以不作為結果¹⁷⁴。從此

¹⁷³ 臺灣高等法院 94 年度重上更（三）字第 184 號刑事判決，段落 196、252、338。

¹⁷⁴ 前揭註 172，段落 496。

觀之，法院似乎混淆制定規則的作為以及未要求徹底消毒的不作為。



第三項 三位醫師是否有過失？

首先，先討論機器負責醫師藍姓醫師。最後事實審判決認定藍姓醫師有「管理上之過失」。其具體過失行為包括兩部分，其一為重複使用針頭，一天僅更換兩次。其二乃是未徹底要求護理部門完全消毒¹⁷⁵。套用本文之分析框架，制定規則應是決策者，而要求護理部門消毒則是糾錯者。從此處也可說明管理過失一詞，既有可能包括決策行為，亦有可能包括糾錯行為，所謂管理過失僅是描述性意義，並無刑法上之規範意義。

仔細探究藍姓醫師在本案之行為，比起後續消毒管理上的疏失，更值得討論是否違反客觀注意義務，進而創造法不容許風險之行為，首先應是制定重複使用針頭此行為準則。當然，重複使用針頭違反了機器說明書上的一人一套，也違反了醫療體制下無菌原則之醫療常規。但誠如前述，不能僅依違反醫療常規，便直接論以違反客觀注意義務，否則等同於以醫療常規取代客觀注意義務的刑事不法內涵。要判斷其制定此項規定是否創造法不容許之風險，除了是否違反醫療常規，還可以參考相同機器在其他醫院的流程。此台機器榮總是第二台，第一台在臺大醫院，由於機器的針頭及導管造價昂貴，臺大醫院也並非貫徹機器上之一人一套，不能重複使用原則。臺大醫院在每一個針頭及導管使用後，透過瓦斯氣體徹底消毒法¹⁷⁶，以另外的方式達成無菌原則之醫療常規。換言之，倘若消毒流程處理得宜，無菌狀態與一人一套的概念並非與重複使用相背。醫審會的見解中「一般而言，在操作超快速電腦斷層掃描儀檢查時，執行醫師應全程監督檢查之進行，若發現注射筒及螺旋導管有污染或損毀，應立即

¹⁷⁵ 前揭註 172，段落 403-407。

¹⁷⁶ 前揭註 172，段落 284-288。



更換¹⁷⁷」似乎也暗示了類似見解，並不是不能重複使用，重要的是是否有污染。因此，就目前的證據觀之，藍姓醫師制定針頭重複使用，每天只更換兩次之操作規則，似乎並未違反客觀注意義務。

當然後續要繼續檢驗，可能必須要請利害無關之醫療專業人士說明，是否真的能透過徹底消毒而能重複使用並符合無菌原則。倘若無法，則有可能是臺大醫院與榮總醫院皆創造法不容許之風險，只是臺大醫院之風險並未實現。另外值得討論的是，榮總消毒的流程似乎也與臺大醫院的瓦斯消毒流程並不相同。榮總之消毒似乎只是單純消毒沖洗¹⁷⁸，而且從護理長之證言「藍大夫的觀念是一個注射筒加滿是兩百西西，一個病人才需用六十西西，加滿可用好幾個病人。¹⁷⁹」觀之，榮總的重複使用似乎是接續使用，中間並未消毒。倘若如此，則榮總的使用流程就跟臺大醫院的「用完馬上清洗送瓦斯氣體消毒」非常不同。以上若能調查清楚，藍醫師制定的可重複使用針頭之規則，可能本身就違反客觀注意義務而創造法不容許的風險。

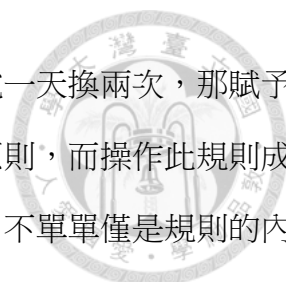
另外可以討論的是，其制定之規則有一關鍵是，除了一天更換兩次外，同時賦予在場醫生判斷，如認為需要更換之時，亦可更換¹⁸⁰。換言之，藍姓醫師此項規定，似乎彰顯整套規定其實並未嚴格限制一天只能更換兩套，第一線醫生有權力就其判斷，更換針頭與導管。因此，第一線醫師並非單純的執行者，而具有一定程度的決策權。這時倘若第一線醫生變成有決策權之人，那是否藍姓醫師此規則制定並未真正限制不准更換針頭，而僅僅只是針對第一線醫師的建議，但真正決定是否要更換針頭的決定權在第一線醫師手上。本文認為，若只單看規則，可能會有這樣的詮釋。然而輔以其他的情境證據，包括放射科裡，新針頭與導管的

¹⁷⁷ 前揭註 172，段落 514-516。

¹⁷⁸ 前揭註 172，段落 435、439。

¹⁷⁹ 前揭註 172，段落 239、240。

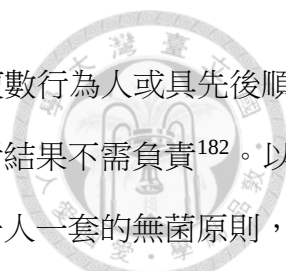
¹⁸⁰ 前揭註 169，段落 39。



組數其實並不多，加上上層長官不斷強調要開源節流，且規則內是說一天換兩次，那賦予第一線醫師現場決定的權力，是否強到足以支撐第一線醫生為了無菌原則，而操作此規則成一人一套，這點可能是有疑問的。換言之，藍姓醫師制定這個規則時，不單單僅是規則的內容發揮影響力，而是包括整體的醫療器具的安排，還有放射科內的整體氛圍等，那規則中的第一線醫師決定權，可能僅僅是在特例狀況下，補足規則所不足，而並不足以支撐第一線醫師滿足全部病患一人一套，針頭與導管不重複使用的決策。

而消毒未徹底這塊，不同於制定規則之決策者角色，未要求護理部門徹底落實消毒，則是以糾錯者身份，如前所述，此時與決策者的審查模式不同，而是應採假設風險流程。意即假設藍姓醫師有徹底要求護理部門徹底消毒，且護理部門徹底消毒後，便不會發生風險侵害結果。此時藍姓醫師未要求護理部門徹底消毒一事，應認違反客觀注意義務，創造法不容許的風險，並且風險實現。最終事實審法院基本也是這樣認為，但本文在此處有疑問的是，倘若這樣論述成立，也就是依照處理流程中，護理部門應負責徹底消毒，而護理部門有未做好消毒之過失，這時藍姓醫師才有管理過失的問題。但在歷審判決中，並未看到追究護理部門未做好消毒之責任，在這樣的狀況下，結合本文前述對於消毒流程之疑問。本文認為此處之消毒未徹底之管理責任，可能更多是針對藍姓醫師制定消毒流程之疏失。當然也有可能是護理部門亦有進入司法程序，只是可能最後並未進入審理程序。

而關於羅姓醫師是否具過失責任，一審判決認為羅醫師僅僅是執行者，並非決策者，然二審以後的歷審判決認為，羅姓醫師並非單純的執行者，其仍有權力決定是否應更換針頭與導管，因此羅姓醫師的行為應負過失之責。然而此處有論者可能會有疑問的是，倘若如前述，我們肯認藍姓醫師制定的流程，使得該檢查室一天更換針頭與導管兩次，而有違反客觀注意義務。那該如何同時肯認羅姓醫師應貫徹針頭應一人一套之無菌原則。這兩個論點似乎矛盾而無法同時成立。本文認為，此與藍姓醫師在審理中提到的論點相似，此事乃「係行政上加上執行作業一連串之疏失所造成，苟其中一個環節已盡到注意義務均不致釀成此一不幸事件。



¹⁸¹」此論點所傳達的意思與本文之基本立場頗為一致。本文認為在複數行為人或具先後順序的行為人中，一個行為人的自我負責原則不能推導出另一個行為人對結果不需負責¹⁸²。以本案來說，藍姓醫師要負責任的是，他制定的使用流程並未實踐針頭一人一套的無菌原則，縱使他的使用流程賦予第一線醫師在特殊情況決策之權，但仍然塑造了一個可能違反醫療常規，並且讓病人承擔法不容許風險的環境。而羅姓醫師要負責任的是，他在面對並未實踐針頭一人一套的無菌原則，仍然是有空間在特殊情況更換針頭與導管，另外，羅姓醫師在檢查從非洲返國之李姓病患時，此時病患已出現瘧疾之症狀，也應特別注意，以預防感染。

關於張姓醫師之過失責任，最後事實審法院一樣認為其負有管理過失之責。細看內容，主要是針對糾錯者之責任，即張姓醫師是放射科主任，並未禁止科內檢查機器之針頭未遵循一人一套的無菌原則，也如同藍姓醫師的狀況，並未督促器材徹底消毒¹⁸³。這些應都是站在糾錯者的立場，行為人應糾正系統內之錯誤，以避免法益侵害結果之發生。

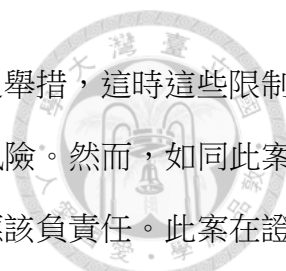
然關於張姓醫師之責任，法院之論述有一處值得討論，法院認為張姓醫師之疏失包括從對科內注射器材申購數量之辦理，應可了解科內並未實踐一人一套之無菌原則¹⁸⁴。這樣的論述方法基本還是在證明張姓醫師作為糾錯者身份，應該知道這個有風險的情況，並且有責任去避免此風險。但本文認為，此風險情境，其實是由張姓醫師所創造的。一個放射科檢查，是否能實踐一人一套的無菌原則，最根本的條件，便是要有足夠的針頭數量。今天科內申購的針頭數量嚴重不足，遠遠無法達成受檢查者一人一套之要求。即便張姓醫師並未直接訂下一天只更換針頭兩次的要求，但其所申購的針頭數量完全不足以達成一人一套之要求時，便創造了一個使得下屬醫師必須不遵循一人一套無菌原則的環境。我想這就是本文嘗試指出的

¹⁸¹ 前揭註 172，段落 577-578。

¹⁸² 周漾沂，前揭註 147，頁 357。

¹⁸³ 前揭註 173，段落 307-330。

¹⁸⁴ 前揭註 173，段落 320-324。



狀況，有時候醫療過失往往發生在為外在環境所限制，而不得不為之舉措，這時這些限制原因往往會被理解成系統性原因，而所造成的風險則被理解成系統性風險。然而，如同此案，針頭數量不足以支撐一人一套的系統原因，其實是系統中的某個人應該負責任。此案在證據調查中，發現張姓醫生負責針頭採購數量，並創造了這樣不得不為風險行為之環境。另外，雖然並無相關證據顯示，但若再往上追之，張姓醫師的上層者審核者是否也明白此事，並且也應該為此負責？若再往上推之，要求張姓醫師貫徹整個放射科開源節流之觀念之上層管理者，是否有可能也需要負責任？當然，本文無意認為本案中，所有上層管理者都必須在此案負責。一個人是否要負刑事責任，仍舊應像張姓醫師一般，由檢察官或自訴人舉出證據，回歸刑法歸責系統判斷其行為是否創造法不容許的風險，並且風險實現。

第三節 邱小妹人球案

第一項 案件事實與經過

震驚社會的邱小妹人球案¹⁸⁵，起因於 2005 年 1 月 10 日凌晨 1:20，邱姓男子酒後，因不耐其四歲女兒（下稱邱小妹）在便利商店前吵鬧，於是出手毆打邱小妹的頭部，使得邱小妹因頭部鈍挫傷致急性硬腦膜下腔出血而昏迷。便利商店店員發現異樣後報警，警察來到現場後呼叫救護車將邱小妹送至仁愛醫院急救，邱小妹於凌晨 1:55 抵達仁愛醫院。急診醫師判斷邱小妹受有腦傷，昏迷指數為 7 分，隨即施行高級外傷救命術。並於凌晨 2:05 連繫當天神經外科值 on call 班（後續待命班，不須強制留在醫院）的林姓醫師會診。林姓醫師回覆先插管。凌晨 2:25 分急診室醫師再度聯繫林醫師，林醫師凌晨 2:30 聯繫急診室，急診室醫師告知「女

¹⁸⁵ 本案另有偽造文書之爭議，然與本文無關，因此案情整理略去偽造文書之部分。

童之 CT 呈現右側硬腦膜下出血，腦中線外移，需要開刀」。林姓醫師此時正在宿舍，並回覆急診室醫師因仁愛醫院神經外科病房皆已滿床，為避免邱小妹於腦部手術後，仁愛醫院並無進行術後監看及照護之能力，故林姓醫師建議急診室醫師為邱小妹進行轉院¹⁸⁶。

後續由臺北市災難應變指揮中心（即 EOC，下稱 EOC）協助邱小妹聯繫其他醫院進行轉院，但經 EOC 聯絡之結果，當日臺北地區已無多餘之神經外科加護病床可收治邱小妹。凌晨 4:05 分，急診室醫師聯繫林姓醫師，告知林姓醫師台北市地區均無神經外科加護病床可收治邱小妹。急診室醫師並詢問林姓醫師可否讓女童在仁愛醫院進行緊急手術，並在仁愛醫院急診室內加設加護病床，林姓醫師基於仁愛醫院術後照顧設備不足，仍建議將邱小妹轉院。林姓醫師於凌晨 4:14 分撥電話予劉姓醫師，雙方通話三分鐘餘，討論本案邱小妹之狀況及如何處置，並在電話中決定建議將邱小妹轉院。林姓醫師並致電急診室醫師表達仍舊建議轉院之決定。後續 EOC 值班護理師於聯絡臺北地區及桃竹苗地區各醫院無果後，想到臺中梧棲之童綜合醫院硬體設備良好，於凌晨 4:23 聯絡童綜合醫院。童綜合醫院表示該院有神經外科加護病床，於是，急診室醫師決定將邱小妹轉往童綜合醫院。並於凌晨 5:15 分備妥加護型救護車，將邱小妹轉診，於當日清晨 7:25 分將邱小妹送達童綜合醫院¹⁸⁷。

邱小妹抵童綜合醫院後，隨即進行手術，術後雖經童綜合醫院之醫療團隊全力治療，邱小妹之腦幹已因轉診延誤手術致腦內血腫持續壓迫而喪失功能，病情持續惡化，後於同年 1 月 23 日完成腦死判定程序，最終因頭部遭鈍挫傷致急性硬腦膜下腔出血最後因中樞神經性休克而死亡¹⁸⁸。

邱小妹案曝光後引起社會廣大關注，進入司法程序後，檢察官除對邱小妹之父親依傷害

¹⁸⁶ 整理自臺灣高等法院 96 年度醫上訴字第 3 號刑事判決，段落 26-60。

¹⁸⁷ 前揭註 186，段落 70-84。

¹⁸⁸ 前揭註 186，段落 115-122。



致死起訴，另對林姓醫師及劉姓醫師依業務過失致死起訴。後續在審理程序中，業務過失致死部分，地方法院與高等法院皆判決無罪，後續因無上訴至最高法院而確定¹⁸⁹。

第二項 On call 值班制度與親自到場

邱小妹案主要爭點有二，首先一個較少討論的爭點¹⁹⁰，便是醫師是否應親自當面診療之問題。於邱小妹案起訴時，檢察官認為林姓醫師及劉姓醫師未親自到場也未觀看相關醫療檢查報告，便做出轉院之建議。此舉違反醫師法第 11 條，而違反客觀注意義務¹⁹¹。

一審及二審的法院判決皆認為，急診室醫師本人已有能力針對邱小妹之狀況進行治療，其電話會診之內容主要針對是否有手術後之空床以及照護能量而與神經外科專科進行討論。由於討論內容並非病情診斷或進行治療，進行這樣的討論，即便林姓醫師及劉姓醫師皆未至現場，當時也並沒有看過醫學檢查報告，仍然並不妨礙討論¹⁹²。此結論亦獲學者之贊同¹⁹³。本文認為檢察官關於此處，僅是直覺式的操作，看到行為人似乎與醫療常規與相關法律規範有所不同，便機械式的直接認定只要與醫療常規或相關法律規範不符，便是違反客觀注意義務。然而，如本文已多次說明，專業領域中的行為規範與準則，不能直接當作客觀注意義務之內涵，仍舊要通過刑事不法的審查。

另一個值得討論的點是，法院在醫師是否應現場親自會診此爭議上，亦引用了《台北市

¹⁸⁹ 王皇玉（2012），〈醫療過失中的因果關係—從邱小妹人球案談起〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 41 卷第 2 期，頁 728。

¹⁹⁰ 王皇玉（2009），〈再評邱小妹人球案—醫師親自診察義務之違反／高院九六醫上訴三〉，《台灣法學雜誌》，第 140 期，頁 173。

¹⁹¹ 王皇玉，前揭註 190，頁 173。

¹⁹² 前揭註 186，段落 115-122。

¹⁹³ 王皇玉，前揭註 190，頁 173。

立聯合醫院仁愛醫院急診作業要點》，此要點第四條規範「照會之會診科別應於收到通知 30 分鐘內指派醫師前往急診科應診，或主動照會急診醫師討論病情及後續處置。」¹⁹⁴，法院從此推論，依照急診室工作指引，電話會診亦無不可，被告無必然需到院會診之義務¹⁹⁵。然而，在法院引用之《行政院衛生署醫師懲戒覆審委員會決議書》中所載：「本案被懲戒人未親自會診，固有未符一般醫療常規」¹⁹⁶，後續亦有「故本案被懲戒人未親自到急診室會診，與該要點規定並無不符，顯見被懲戒人已被訓練成依此規定辦理，此項責任，實不應由被懲戒人負擔。¹⁹⁷」之論述，從此論述可以看出，醫師懲戒覆審委員會的意見，仍舊是認為醫師必須是親自會診。但醫師懲戒覆審委員會同時也點出，由於醫院內長期的訓練如此，不應由當事人負責，此句話即有考慮到系統性的思考。

以本案之親自到場爭點，本文贊同法院之見解，由於電話照會討論的內容是仁愛醫院神經外科是否有空床以及照護能量能夠提供給邱小妹，而並非是針對邱小妹的病情診斷或治療方案，故並不親自到場完全不影響此照會討論。然而，照會的內容龐雜，也時常有可能是針對診斷、治療或是開藥，這時可能會有親自到場之義務¹⁹⁸。而在此時，上述醫師懲戒覆審委員會的意見就非常值得參考。倘若在其他案件中，法院認為此次照會有親自到場的需求，而醫師未親自到場構成違反客觀注意義務時，這時雖違反客觀注意義務，但若是符合該醫療機構之內部規範，此時該如何歸責。本文初步立場是，由於刑法行為誠命的要求，醫師此時不能僅依機構內規範行動，亦應獨立思考在當下狀況下，最適合之舉措為何。而不可忽略的是，若機構內規範本身即存在問題時，也應討論規範制定者或是決策者之責任。此處亦有一個值得討論的地方，由於醫療系統專業分殊化明顯，而又很難預測住院或是急診病人的狀況。因此醫療領域發展出，除當班醫生外，另有 on call 值班制度，作為備勤，有備勤醫生提供意見，

¹⁹⁴ 前揭註 186，段落 803-805。

¹⁹⁵ 前揭註 186，段落 807-808。

¹⁹⁶ 前揭註 186，段落 846-847。

¹⁹⁷ 前揭註 186，段落 849-852。

¹⁹⁸ 王皇玉，前揭註 190，頁 174。



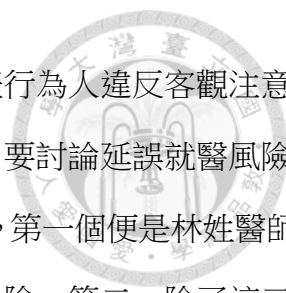
甚至到場接手處理。當第一線醫生遇到無法處理之問題時，可能是骨科手術病人有了新感染，需要感染科照會。又有可能重病患者，精神狀況不佳，需要精神科照會。又或是原本住院病人狀況在半夜急轉直下，住院醫師無法處理，只好聯繫主治醫師接手。換言之，在這樣的制度下，每一位醫師，除了當班之外，還必須排值班，在此狀況下，發展出部分可用電話解決之照會問題，便不需醫師出面，可能是必然的情況，否則每當需要照會時，醫師便要親自出現，這樣醫師的工時可能就太長而使個人無法負荷，也可能會影響到第一線醫生碰到其他科問題需要其他科協助時，也會猶豫不敢照會，也免增加他人工作負擔，反而使得病人落入更不利益之狀況。

第三項 加床、挪床與轉院

本案在媒體輿論上大肆討論，主要爭議即在一般人認為生一張病床，並沒有那麼困難。因此對於大量的醫院不收治邱小妹，使得其成為「人球」，導致延誤就醫因而過世，輿論感到非常憤怒。然而要進入刑法層次的評價，可能要先釐清延誤就醫是否是導致過世的原因之一。

首先，針對延誤就醫是否是導致過世的原因之一，本案醫審會的鑑定意見為，從受傷入院後，到 7:30 轉院至童綜合醫院，「這之間病情未有明顯惡化」。醫審會也認為「早一點手術可以緩解血腫所引起的腦部二度傷害，但不能改善腦部因外力而直接受到的傷害」，還有「早一點手術未必能挽救此病童，但可略為增加此病童存活的機會」，以及最重要的「未能儘早手術對其病情可能有些影響，對此病童死亡結果的影響不大。」¹⁹⁹。根據以上所述，法院認為邱小妹的死亡雖然跟延誤送醫影響很小，但終究是有影響。因此，延誤就醫與死亡結果有因果關係。而本文對於因果關係採自然因果法則，認為因果法則並不具有歸責與規範評價層次

¹⁹⁹ 整理自前揭註 186，段落 784-792



的意義。因此在判斷上，評價標準在於，延誤就醫此風險是否是具體行為人違反客觀注意義務所創造，以及延誤就醫此風險是否實現為死亡結果。以本案來說，要討論延誤就醫風險是否有行為人具體創造法不容許之風險此議題，可以簡單拆成兩個層次，第一個便是林姓醫師、劉姓醫師以及急診室醫師的轉診建議與決定是否有創造法不容許之風險。第二，除了這三位醫師外，整體系統是否有其餘的人，可能在系統中創造了法不容許的風險，並且風險實現於邱小妹案。

針對林姓及劉姓兩位醫師的轉診建議，檢察官認為除了轉診外，在緊急情況下，應可以挪床或是加床，以利邱小妹盡速治療²⁰⁰。在挪床上，檢察官事後調查得知，當日上午原訂有一床原於神經外科加護病房之病人預定離開加護病房。另外有一非緊急之腦瘤手術患者，預計上午手術後搬入加護病房。檢察官認為兩位醫生大可以將非緊急手術改期，並稍微提早原定離開加護病房之患者，這樣即可挪出一空床，可救治邱小妹。法院則認為提早讓加護病房內的病人轉自普通病房一樣會使被提早移出加護病房之病人有可能有病情變化的風險，此時無異於犧牲提早離開之病人²⁰¹。而檢察官認為可以加床的部分，法院首先舉醫審會鑑定意見，認為加床並非加一張病床而已，既然是為了兒童神經外科手術後的照護所用，就必須要有兒童專用的手術與照護器材。另外，醫審會也舉出腦神經外科之醫療常規，術後照顧本身比手術還重要，若無加護病房床位，無法進行完整之照護。事實上，仁愛醫院僅有新生兒及成人的加護病房，並無兒童的加護病房，自然也無兒童用之神經外科手術及照護工具，而且長久以來，仁愛醫院並無收受以及處理小兒重症之能力²⁰²。本文認為倘若現實上，仁愛醫院並無收治小兒重症患者的能力，那無論是加床或是挪床，都並非是對於患者最有利之選擇，很難說建議轉診之行為有違反客觀注意義務。當然，若從系統性風險的角度觀之，此處仍有一個問題值得討論。若長期以來仁愛醫院都未有收治小兒重症之能力，那為什麼救護車將邱小妹

²⁰⁰ 整理自前揭註 186，段落 926、976。

²⁰¹ 整理自前揭註 186，段落 927-975

²⁰² 整理自前揭註 186，段落 975-1118。



送醫時，第一時間是選擇送至仁愛醫院？然而較為可惜的是，針對此問題，判決書並未呈現相關證據，我們無法從判決書了解救護車將緊急病患送醫時，醫院選擇的邏輯是什麼。

而在轉診上，法院認為：「設備、專長能力，無法提供完整之治療時，即應安排病患轉診至適當之醫療機構接受救治，方符醫學倫理及病患之利益。²⁰³」結合上述仁愛醫院並無收治小兒重症之能力的事實，法院亦認為轉診的建議並無不當。本文雖贊同，對於仁愛醫院三位醫師的轉診建議並無不當，然而本文認為本案是系統性風險的典型案列，除了醫師之外，可能還必須檢討轉院的整個流程，甚至轉院系統的設置，本身是否有所疏失。

從判決書可看出，當日凌晨 2:39，仁愛醫院聯繫 EOC 找尋神經外科加護病房空床時，當時 EOC 找到國泰醫院有一空床，然後建議仁愛醫院聯繫急救責任醫院。然而仁愛醫院總共聯繫台北地區共 14 間醫院，並無找到神經外科小兒加護病房空床。其後又於凌晨 3:31 再度聯繫 EOC，並由 EOC 協助聯繫台北其餘醫院，以及桃竹苗之醫院，共七間，但也沒有神經外科小兒加護病房空床。其後，EOC 又聯繫台北與桃竹苗之醫學中心，也並未找到空床。其後，於凌晨 4:23 找到了台中之童綜合醫院²⁰⁴。

從判決書觀之，EOC 的第一線人員在聯繫上盡心盡力，應無疏失。然而本文認為，在系統性風險上，應可有三個問題可以討論。首先，從 EOC 聯繫順序上，似乎不是所有醫院皆與 EOC 有合作，EOC 聯繫的順序，似乎是從跟 EOC 合作密切與否來決定，而且第一波之並非以物理距離來決定。以台北市來說，大型醫學中心，包括台大、榮總以及長庚等，EOC 都是等第三波聯繫才聯繫。判決書並未呈現為何是這樣的聯繫順序，但這樣的聯繫順序，的確可能使得寶貴的轉院時間有所延誤。而且更重要的是，EOC 手上的空床通報清單似乎只包含了

²⁰³ 整理自前揭註 186，段落 1192-1194。

²⁰⁴ 整理自前揭註 186，段落 475-549



急救責任醫院之空床，其他醫院的空床資訊並無在 EOC 手中，這樣流程設計之理由也是令人疑惑。若有更多的證據，可以明白 EOC 此流程設計者如此設計之原因，也才有可能可以對此流程設計者或決策者是否有業務過失進行審查。

其次，從事後的新聞上可以看到，鄰近的國泰醫院有 11 張小兒加護病房空床，以及全台唯一專門設有神經外科小兒加護病房的榮總，當天也有 4 張空床²⁰⁵。判決書亦有提到 EOC 人員聯繫榮總時，電話轉接後隨即斷掉，而 EOC 人員便無回撥，直接認定其無神經外科小兒加護病房之空床²⁰⁶。法院也認為「EOC 的調度系統，亦出了問題。」，但法院認為「這個運作上出現大問題，亦應認為對於邱小妹的病情有所影響，但該運作之失靈，實不能歸責被告二人。」²⁰⁷。本文贊同運作之失靈不可歸責給仁愛醫院之醫師，然而刑事歸責似乎不應停在此處，此運作失靈之原因為何？設計者當初是否有想到，EOC 的決策者與執行者是否有過失，這些都是很值得深究的問題，可惜這些沒有資料可以討論，殊為可惜。

最後，這案件還彰顯了另一個醫界的惡習：「有特權、有管道，即可能有病床」²⁰⁸，劉姓醫師審判時曾坦言，如果他知道邱小妹將會轉院去童綜合醫院，他不會同意，他們還有其他方法，可能是向主任或院長報告，透過其他管道去找到空床²⁰⁹。法院後來認定，此醫界惡習不能成為被告有罪的理由，否則混淆了法律責任和道德責任²¹⁰。然而本文並不贊同此見解，本文認同被告兩位醫師不會因為沒有去申請特權床而有違反注意義務，核心原因是因為特權床並非小小的總醫師或是主治醫師可以掌控。真正應該歸責的是醫院的高層，倘若特權床的制度，是從原有空床內，先預留下一些空床，那麼這樣的行為的確很有可能違反注意義務，

²⁰⁵ 聯合報（1/11/2022），〈【圖輯】照片看歷史／2005 年邱小妹醫療人球悲劇 催生急診分級制〉，<https://vip.udn.com/vip/story/121160/6024337>（最後瀏覽日：7/22/2025）。

²⁰⁶ 整理自前揭註 186，段落 1329-1331

²⁰⁷ 整理自前揭註 186，段落 1334-1336

²⁰⁸ 整理自前揭註 186，段落 1319。

²⁰⁹ 整理自前揭註 186，段落 1314-1318。

²¹⁰ 整理自前揭註 186，段落 1324-1325。



而創造法不容許的風險。因為如果他們沒有預留下特權床，則 EOC 很有可能早就在台北市找到了空床，邱小妹也就可以不用延誤至早上七點才進行手術。但可惜的是，本案並沒有特權床之其他證據，也無法深入討論。

總而言之，邱小妹案似乎是最接近本文所述之系統性風險案件，從外觀看之，整個北部剛好在當天凌晨並無神經外科小兒加護病床的額外量能，特別又是在北部，整個台灣醫療量能最充足之處。而且邏輯上，即便你準備多大的量能，終究在某些時刻，可能會因為某天病患突然較多，而使得量能不足，這時，風險其實是無法歸責給具體個人。然後，我們細究案情，仍然會發現至少三處的系統性風險，可能是可以找到具體個人歸責，第一就是救護車為何將邱小妹送至沒有收治小兒重症能力的仁愛醫院，第二是 EOC 的協調出了問題，使得仁愛醫院附近有空床，卻將邱小妹送至 200 公里外之台中。第三，醫界特權床的陋習，可能影響了可供 EOC 調配的醫療量能。

第六章 結論



本文認為在一個過失案件中，即便是非第一線的人員，包括管理與監督階層，或是系統、機構與組織文化的責任都是可以被歸責的，只是必須回歸到具體的人身上。

另外，將系統性風險以刑法過失歸責系統，即違反客觀注意義務創造法不容許的風險，以及是否具結果可迴避性的風險實現層次重新理解後，可以分為四類，分別是傳統意義下的過失、過失未遂、不符規範保護目的的非過失以及系統性風險。系統性風險就是，一個法益侵害的事件，在體制中無法找到任何人有違反客觀注意義務，創造此法益侵害事件的風險，也沒辦法找到任何人可以有迴避此侵害事件的可能性。這樣的法益侵害事件，在刑法上就無法歸責給體制中的任何人。而這樣的風險，本文認為就是系統性風險。

在體制角色上，本文認為在刑法視角所關注的法益侵害風險流程中，有刑法意義的體制角色分類是決策者與糾錯者。本文認為所有體制角色只有一個關鍵性的差異，也就是違反義務，創造法不容許風險後，是直接或是間接造成法益侵害，這背後顯示的是對於最後法益侵害結果支配力的差異。本文認為直接造成法益侵害者，是決策者；而間接造成法益侵害者，是糾錯者。

而在法院實務上，從心肌梗塞案及榮總瘧疾感染案，可以明白無論是檢察官及法官，在某些案件中，仍然會注意到非第一線的行為人，並且對於背後系統中的決策者與糾錯者進行課責，如心肌梗塞案的院長，以及榮總瘧疾案的放射科主任。另外，我們也從邱小妹人球案發現，有些看似是找不到人負責的系統性風險，細究後可能仍然是可以找到具體的人來做歸責。

參考文獻



中文部分

一、專書

Ulrich Beck 著，汪浩（譯）（2004），《風險社會—通往另一個現代的路上》，台北：巨流。

Charles Perrow 著，蔡承志（譯）（2001），《當科技變成災難：與高風險系統共存》，台北：商周。

王皇玉（2024），《刑法總則》，十版，台北：新學林。

邱繼智（2023），《管理學：建立知識經濟時代的競爭優勢》，八版，新北市：華立圖書。

林山田（2008），《刑法通論（下冊）》，十版，台北：元照。

林鈺雄（2024），《新刑法總則》，12版，台北：元照。

曾淑瑜（2007），《醫療過失與因果關係》，二版，台北：翰盧。

黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，4版，台北：元照。

盧映潔（等著）（2018），《醫療行為與刑事過失責任》，三版，台北：新學林。

二、期刊論文

王皇玉（2009），〈再評邱小妹人球案—醫師親自診察義務之違反／高院九六醫上訴三〉，《台灣法學雜誌》，140期，頁173-174。

王皇玉（2012），〈醫療過失中的因果關係—從邱小妹人球案談起〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41卷2期，頁725-793。

周漾沂（2008），〈論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由〉，《國立臺灣大學法學論叢》，37卷4期，頁357。



周漾沂（2012），〈從實質法概念從新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，41 卷 3 期，頁 981-1053。

周漾沂（2014），〈風險承擔作為阻卻不法事由——重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14 期，頁 169-243。

周漾沂（2014），〈刑法上作為與不作為的區分〉，《科技法學評論》，11 卷 2 期，頁 87-129。

周漾沂（2014），〈重新建構刑法上保證人地位的法理基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，43 卷 1 期，頁 209-269。

周漾沂（2014），〈從客觀到主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《國立臺灣大學法學論叢》，43 卷 4 期，頁 1469-1532。

周漾沂（2016），〈刑罰的自我目的性：重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 279-346。

許恒達（2008），〈「超越承擔過失」的刑法歸責〉，《東吳法律學報》，20 卷 2 期，頁 97-138。

許恒達（2020），〈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，頁 55-139。

盧映潔、葛建成、高忠漢（2006），〈論醫療行為之常規診療義務〉，《國立臺灣大學法學論叢》，35 卷 4 期，頁 161-188。

謝開平（2020），〈日本刑法上監督過失之定位與問題〉，《華岡法粹》，第 68 期，頁 93-134。

三、學位論文

傅鈺菁（2018），《團隊醫療的監督過失問題——以日本法之研究為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），臺北。

簡暖洋（2023），《系統性風險於股票報酬之影響：以公司治理與社會責任之特徵為例》，國立陽明交通大學管理學院財務金融學程碩士論文（未出版），臺北。

四、網路文獻

吳全峰（2015），〈〈澄社評論〉醫療事故補償與醫療專業：兩條平行線？〉，《自由時報》，載於：<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/879307>。

郭正典（2015），〈誰該為「系統性錯誤」負責？〉，《自由時報》，載於：<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/879920>。

陳長朋（2015），〈回應吳全峰醫糾法評論〉，《自由時報》，載於：<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/879919>。

財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會（2021），病人安全——名詞定義，載於：<https://www.tsgh.ndmctsgh.edu.tw/unit/102354/20319>。

衛生福利部（2020），〈醫糾法懶人包《衛福部澄清醫勞盟五點疑問》〉，載於：<https://www.mohw.gov.tw/cp-2645-20583-1.html>。

衛生福利部（2022），〈立法院三讀通過「醫療事故預防及爭議處理法」營造醫病和諧關係〉，載於：<https://www.mohw.gov.tw/cp-5268-69786-1.html>。

英文部分

一、期刊論文

James Reason（2000）. Human error: models and management, *British Medical Journal*, 320, 768-770.