

## 第三部分

### 過失犯實務案例和個別化理論的研究



# 第九章

## 作者的個別化理論之三： 能力的結構

在上述的實務判決研究當中，我歸納出了許多種類的認識能力。在作為犯方面，計有：預見風險的能力、認識風險性質的能力、認識風險的能力、認識風險因子的能力、認識適格控險行為的能力、認識可能風險因子的能力、認識足夠確認行為的能力、預見風險因子的能力、認識足夠監督行為的能力。在不作為犯方面，計有：預見風險的能力、預見風險因子的能力、認識適格預防行為的能力、認識預防行為狀態的能力、認識風險的能力、認識風險因子的能力、認識風險因子種類的能力、認識適格防險行為的能力、認識已作出防險行為的能力、認識風險發展速度和適格防險行為的能力、認識風險因子可能存在的能力、認識風險因子可能種類的能力、認識足夠確認行為的能力、認識風險發展速度和適格確認行為的能力、認識足夠監督行為的能力。

行為人的認識能力這項概念，在傳統的刑法理論中，單純是一項行為人的主觀能力，是一項行為人主觀上的性質，因此應該被置放在罪責階層中。雖然，在許多情況下，認識能力的確只涉及到，行為人對於可能發生因果流程的知識和經驗。但是，在許多情況下，認識能力的成立，除了行為人主觀上必須具有對於相關因果流程的知識和經驗以外，還必須因果流程在客觀上是可以識別出來的。換句話說，在許多情況下，認知能力包含了主客觀要素，認識能力的結構，是由主客觀要素交織而成，認識能力並不全然是客觀的。以下我將解析數種認識能力的結構，以闡明這項論點。

## 第一節 認識風險因子能力的結構

### 第一款 認識風險因子能力的純主觀結構

在有些個案中，行為人對於風險因子的認識能力，單純是主觀的。實務的案例如下：

(1) 對「車前突發狀況」這項風險因子的認識能力：車輛發動時和車輛行駛中，隨時可能會有突發狀況（風險因子），例如：有人站在車前、行人闖紅燈、行人不走斑馬線而穿越馬路、前車突然緊急煞車、前面路面突然出現泥濘而路面濕滑<sup>1</sup>，隨時可能會有因此撞上行人或其他車輛的風險（風險因子所帶來的風險）。車輛駕駛在車輛發動時和車輛行駛中，應預見到這項未來隨時可能會發生的風險因子，以及這項風險因子所帶來的風險，並密切注意車前狀況（長期監督義務），一旦發現有突發狀況，立刻採取煞車或轉彎的行動，以免撞上行人或其他車輛。在這種案例類型中，車輛駕駛對於「車前突發狀況」這項風險因子可能發生的預見能力，也就是說車輛駕駛之所以可以預見這項風險因子，單純源自於車輛駕駛本身的駕駛經驗和生活常識，預見能力完全奠基在主觀基礎上。這種預見能力的結構，是一種完全主觀的結構。

---

<sup>1</sup> 案例事實來源：基隆地院九十年交訴更（一）字第一號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

## 第二款 認識風險因子能力的主客觀結構

### (一) 認識風險因子能力的主客觀結構

#### 和因客觀基礎欠缺而沒有認識風險因子的能力

相對的，在有些個案中，行為人對於風險因子的認識能力，建立在以下的主客觀基礎上。一是風險因子本身在客觀上，具有外顯徵兆而可供行為人識別，具有外顯徵兆而得以被行為人辨識出來外界風險因子的存在，這是能力的客觀基礎。二是行為人本身在主觀上，對於風險因子的外顯徵兆，具有相應的感官能力、知識和經驗，這是能力的主觀基礎。一旦能力的主客觀要素齊備，認識能力就宣告成立，行為人就可以運用感官能力，感知到風險因子徵兆的存在，並可以運用知識和經驗，辨識出徵兆背後所代表的意義：風險因子的存在，這是能力的主客觀結構，也是能力的動態結構。認識風險因子能力的成立，「風險因子本身，具有可供行為人辨識的外在徵兆」這項客觀條件，「行為人本身，對於風險因子徵兆的存在和意義，具有辨識能力」和這項主觀條件，缺一不可。實務的案例如下：

(1) 對「車況不良」這項風險因子的認識能力：一輛車子的車況不良，煞車失靈（風險因子）。如果駕駛將這輛問題車開車上路，有可能因煞車故障，而撞上其他車輛或行人，造成死傷（風險因子所帶來的風險）。此時駕駛對於「車況不良，煞車失靈」這項風險因子的認識能力，建立在以下兩個基礎上：一是煞車不良的狀況，必須具有外顯的跡象可供駕駛辨識，二是駕駛本身，必須具有察覺相關跡象的感官能力，以及具有認識跡象意義的駕駛知識和駕駛經驗。當煞車失靈的狀況，是起因於輪胎的胎紋磨損，此時「煞車失靈」這項風險因子，即具有外在的跡象可供行為人辨識：已嚴重磨損的輪胎胎紋。行為人可以運用其視覺的感官能力，去察覺到這項跡象，並運用其駕駛知識和行車經驗，去認識到這項

跡象背後所代表的意義：車輛的煞車功能受損，煞車不良，必須更換新的輪胎。因此行為人對於「煞車不良」這項風險因子具有認識能力。如果煞車故障的狀況，是來自於汽車製造商的生產過程，是由於製造商的品管不良，而這項故障狀況從外表上是不可見的。此時因這項故障狀況，欠缺可供察覺的外在徵兆，行為人的感官無法察覺到任何外在跡象，行為人無法經由風險徵兆而認識到徵兆背後風險因子的存在。因此行為人對於「煞車故障」這項風險因子，因客觀基礎欠缺而不具有認識能力，對於這項風險因子和自己的開車行為結合，所造成的車禍死傷風險，也沒有認識能力。在這種情況下，即令行為人真的將問題車開上路，因而肇禍造成別人的死傷，也不負任何過失責任<sup>2</sup>。

(2) 對「血液中愛滋病毒」這項風險因子的認識能力：醫護人員在為病患進行輸血時，一旦所輸入的血液中含有愛滋病毒（風險因子），就可能造成接受輸血的病患感染到愛滋病毒（風險因子所帶來的風險）。醫院在接受捐血人所捐贈的血液後，醫護人員必須想到血液中可能含有愛滋病毒（風險因子的可能存在），並檢測血液中是否含有愛滋病毒（確認風險因子是否存在），如果檢驗結果沒有病毒的存在，才可以將血液輸入到病患的體內。

當人體感染了愛滋病毒時，血液中會產生對抗愛滋病毒的抗體。對血液中愛滋病毒的檢驗，事實上是在檢驗血液中是否含有這項病毒抗體，如果沒有病毒抗體（檢驗結果：陰性），就代表受檢人的血液內不含愛滋病毒，如果存有病毒抗體（檢驗結果：陽性），就代表了受檢人已經感染了愛滋病毒。醫護人員在檢驗血液時，對「血液中愛滋病毒」這項風險因子的認知能力，建立在兩個基礎上。一個基礎是：在「血中病毒」這個認知對象方面，其客觀上所具有的可供辨識的

---

<sup>2</sup> 案例事實來源：高等法院八十九年度交上訴字第一〇六號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

指標：可供檢驗和量測的血中病毒抗體。由於血液中含有這項抗體，可供醫護人員檢驗和量測，血液中的病毒，才得以經由這項客觀上可見的指標，被醫護人員所察覺。一個基礎是：在醫護人員方面，也就是在進行認知行為的行為人方面（認知是一種心智的活動，是一種心智上的行為），對於檢驗血液病毒抗體，個人主觀上所具備的相關檢驗儀器、檢驗技術、專業知識、專業經驗，包括：檢驗血液所需要的專業設備和專業技術、判讀檢驗結果所需要的專業知識和專業經驗。一旦血液中有病毒抗體存在，醫護人員就可以運用其相關的檢驗設備和檢驗技術，去檢驗到「血中抗體」這項客觀指標的存在，並可以運用其相關的專業知識和專業經驗，去判讀檢驗結果，去認識到這項指標存在所代表的的意義：血中病毒的存在（風險因子的存在）。

行為人要真正擁有對血中病毒的察覺能力，也就是對風險因子的認知能力，這兩個主客觀基礎必須齊備，缺一不可。當人體剛開始感染了愛滋病毒時，人體不會立刻反應而產生抗體，必須經過一段時間之後，人體才会有反應而開始產生抗體。換句話說，在染病初期，會有一段時間是，血液中雖然已含有愛滋病毒，但是血液中卻沒有病毒抗體（這叫做空窗期，時間約為六到十二周）。如果愛滋病患在空窗期內前往捐血，就算醫護人員對其血液作出篩檢，也不會檢驗出抗體的存在（檢驗結果：陰性）<sup>3</sup>。由於血液中缺乏抗體，「血中抗體」這項客觀指標不存在，醫護人員無法經由「血液中存在有抗體」這項客觀指標，得知血液中病毒的存在。在抗體不存在的情況下，醫護人員會誤認病毒並不存在，安心的將血液輸進病患的體內。此時醫護人員主觀上，雖然具備檢驗風險因子指標所需的相關設備和相關技術，以及判讀檢驗結果所需的專業知識和專業經驗，但是由於風險因子的指標，客觀上並不存在，因此醫護人員的檢驗儀器和檢驗技術，無法檢驗到這項指標的存在，在這種情況下，醫護人員運用其專業知識和專業經驗，會認

---

<sup>3</sup> 詳情請自行參閱愛滋病防治的相關網頁。

知到這項指標不存在所代表的意義是：血中病毒的不存在。此時因能力的客觀基礎欠缺，醫護人員對於「血中愛滋病毒」這項風險因子，沒有認知能力，對於這項風險因子和自己的輸血行為結合，所造成的病患感染風險，也沒有認知能力。一旦受血病患因此感染到愛滋病毒，醫護人員不負過失刑責<sup>4</sup>。

(3) 對「錯誤藥物種類或藥物劑量」這項風險因子的認識能力：當醫護人員取用藥物時，如果藥物種類錯誤或是藥物劑量錯誤（風險因子），將該藥物拿給病人服用或是注射後，可能會造成病人的死傷（風險因子所帶來的風險）。一旦醫護人員取用錯誤的藥物種類或是藥物劑量（風險因子出現時），此時醫護人員之所以可以看出「藥物種類錯誤或藥物劑量錯誤」這項風險因子的存在，一方面是由於：「藥物種類錯誤或藥物劑量錯誤」這項風險因子，具有外顯徵兆，可供醫護人員察覺。這項客觀上可見的徵兆就是：藥瓶上記載藥物品名和藥物劑量（如一藥片含有一克阿斯匹靈，或一藥片含有五克阿斯匹靈）的標籤。一方面是由於：醫護人員對於正確藥物種類的名稱和正確的藥物劑量，具有專業知識，以及對於風險因子的外在徵兆也就是藥物標籤，具有視覺的閱讀能力。在這種案例類型中，醫護人員要對「藥物種類錯誤或藥物劑量錯誤」這項風險因子具有認識能力，除了自己的專業知識和感官能力以外，這項風險因子的外在徵兆：藥物標籤，也是一項必備的條件。作者將用以下的假想案例來說明這項道理：

(i) 醫院的一名員工，因不滿人事升遷安排，而決定破壞醫院名譽，以求報復。該名員工趁午休時，潛入院內的藥品儲放室中，將外觀相似而不易分辨的血壓升高劑和血壓降低劑，從各自原本的藥瓶中取出，再放入對方的藥瓶之中。

---

<sup>4</sup> 國內目前因輸血而感染愛滋病的病人，已有十多例。衛生署呼籲國人，如果懷疑自己可能感染愛滋病，不要以捐血的方式來檢測自己是否感染了愛滋病毒（因為一旦檢測出愛滋病毒，捐血中心會將此事通知捐血人），而應至醫院作匿名的愛滋病篩檢。以免因正處於空窗期，不但無法檢測出病毒的存在，最後還會害到無辜的人。詳情請自行參閱愛滋病防治的相關網頁。

隔日一名高血壓的心臟病患，持醫生所開立的降壓劑藥方藥單，至領藥窗口領藥。藥劑師在取用降壓劑時，雖秉具有對正確藥種和正確藥量的專業知識（這點可由藥單上得知），以及對藥瓶標籤的閱讀能力，但是由於升壓劑（錯誤的藥物種類）這項風險因子的外顯徵兆消失，藥品標籤因內裝藥品被掉包，而無法正確顯示內裝藥品的種類和劑量，因此造成該名護士對於「錯誤的藥物種類」這項風險因子無法辨識，對於這項風險因子的存在不具有認識能力。護士誤認錯誤的藥物種類是正確的藥物種類，誤認升壓劑是降壓劑，而將升壓劑交給病患服用。在這種情況下，雖然護士的確取用錯誤種類的藥物，也就是升壓劑，交給原本就有高血壓的病人服用，造成病患的死傷，但是由於行為人不具有對風險因子的認識能力，也就是不具有對風險的認識能力，而不負過失刑責。

（4）對「病患異常身體狀況」這項可能風險因子的認識能力：病患的身體狀況異常（風險因子），不宜接受治療。此時如果醫生為病患進行治療，可能會因病患的身體狀況承受不起治療後果，而造成病患的死傷（風險因子所帶來的風險）。例如病患有過敏體質，對特定藥物會發生過敏。一旦病患服下該藥物，即可能引發過敏反應，造成傷亡。

為了避免治療行為，和「病患異常身體狀況」這項風險因子相結合，為病患帶來傷亡風險，醫生在進行治療前，有時必須先想到病患可能有身體異常狀況（可能存在的風險因子），然後作出檢驗，看看病患是否真的有身體異常狀況（確認風險因子是否存在），以此來決定是否進行治療。醫生對於「病患異常身體狀況」這項可能存在風險因子的認知能力，建立在兩個基礎上。一是這項身體異常狀況可供察覺的外在指標，包括：病患所陳述的病史、病患所表現出來的症狀等等，這是認知能力的客觀基礎。一是醫生對於上述指標的感官察覺能力，包括：對於病患所陳述病史的聆聽能力、對於病患所表現出來症狀的視覺觀察能力，以及醫生對於上述指標意義的理解能力，也就是說，對於「這些病史和症狀，代表病患



可能有身體異常狀況（風險因子的可能存在）」這項指標意義，具有相關的專業知識和臨床經驗，這些是認知能力的主觀基礎。當主客觀要素都齊備時，也就是說，當風險因子具有可供醫生發覺的外在指標，以及醫生具有相應的感官能力、專業知識和臨床經驗時，醫生就可以發揮自己的感官能力，去發覺指標的存在，並可以發揮自己的專業知識和臨床經驗，去理解到指標背後所代表的意義：風險因子的可能存在。實務的案例如下：

(i) 病患若有肝硬化病史，可能造成病患的凝血功能不良。病患如果凝血功能不良（風險因子），一旦接受手術，可能引發內出血不止，而造成傷亡（風險因子所帶來的風險）。在術前的評估程序中，如果病患提及自己曾有肝硬化病史（風險因子的外在指標），醫生對於病患所作出的病史敘述（風險因子的外在指標），就可以運用聽覺這項感官能力，去聽見病患所說的話，去發覺這項指標的存在，並可以運用自己下述的專業知識和臨床經驗：「有肝硬化病史的人，可能有凝血不良情形」，去認知到病患所說的話，代表病患可能有凝血不良的情形（可能存在的風險因子），去認知到這項指標，代表風險因子的可能存在，去認知到這項指標的意義。因而決定作出血液檢查，以確認病患是否真的凝血不良（確認風險因子是否存在），是否真的不宜進行手術<sup>5</sup>。

(ii) 病患若是肺氣腫發作（風險因子），會使手術危險性增高，因此不直接接受手術。一名病患在接受手術前，告知醫生自己有肺氣腫的宿疾，並出現呼吸急促、意識不清的症狀。此時醫生對於病患所陳述的肺病病史（風險因子的外在指標），和病患所顯露的呼吸症狀（風險因子的外在指標），可以運用聽覺和視覺等感官能力，去聽見病患所陳述的字句，去看見病患呼吸檢測報告上所記載的字句

---

<sup>5</sup> 案例事實來源：高雄地院八十九年度易字第三五〇九號。高等法院高雄分院九十年度上訴字第一五四九號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

(呼吸次數一分鐘高達四十五次)，去發覺這些指標的存在，並可以運用自己下述的專業知識和臨床經驗：「有上述病史和症狀的病人，可能是肺氣腫發作」，去認知到病患的說話內容和檢測結果，代表病患可能是肺氣腫發作(可能存在的風險因子)，去認知到這些指標的意義。因而決定作出相關檢查，以確認病患是否真的是肺氣腫發作(確認風險因子是否存在)，以決定是否真的不宜進行手術<sup>6</sup>。

對於「病患異常身體狀況」這項可能風險因子的認識能力，必須建立在主客觀基礎上，缺一不可。醫生必須經由外在徵兆，才能洞察到徵兆背後代表的是：風險因子的可能存在。當病患的異常身體狀況沒有外顯徵兆時，醫生的感官能力、專業知識和臨床經驗沒有可以發揮的對象，無法發揮而陷於無用武之地，此時醫生空有感官能力、專業知識和臨床經驗，但是無法察覺外顯徵兆的存在，因此也就不會進一步去理解外顯徵兆的意義：風險因子的可能存在，也就是說，醫生無法經由外顯徵兆而認識到風險因子的可能存在。在這種情況下，醫生對於「病患異常身體狀況」這項可能風險因子，沒有認識能力，對於這項風險因子和自己的治療行為結合所帶來的病患死傷風險，也沒有認識能力。因此醫生不會想到要作出相關檢查，以確認這項風險因子是否存在，而在發現這項風險因子存在之後，放棄進行治療行為。由於醫生沒有認識到這項風險因子的可能存在，因此未作出相關檢查，就直接進行治療行為。此時醫生對於「未作相關檢查以至於未發現病人異常身體狀況」一事，以及對於進行治療所造成的病人死傷結果，不必負起過失責任。舉例說明如下：

(i) 當病患有腦部疾病或心血管疾病的相關病史(風險因子的外在徵兆)，或出現腦部或心血管不適的情形(風險因子的外在徵兆)，就代表病患現在可能

---

<sup>6</sup> 案例事實來源：高等法院台南分院八十九年度上更(一)字第五九七號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

有腦血管疾病（可能存在的風險因子）。如果病患有腦血管疾病，一旦接受手術，就可能引發腦部出血，而造成死傷（風險因子所帶來的風險）。一日一名醫生決定對腰椎長腫瘤的病患進行腰椎手術。該名病患沒有腦部疾病或心血管疾病的相關病史，也未曾向醫生表示腦部或心血管有不適的情形。在這種情況下，由於腦血管疾病的相關病史和相關症狀付之闕如，醫生運用感官能力，無法察覺到這些病史和症狀的存在，無法察覺到這些徵兆的存在，也就不會進一步運用專業知識和臨床經驗，去理解到這些病史和症狀的意義，去認知到這些徵兆背後所代表的意義：病患可能有腦血管疾病（可能存在的風險因子），以及這項風險因子和自己的手術行為結合，所造成的病患腦部出血以及死亡風險。也就是說，腦血管疾病這項可能存在的風險因子，因可供辨識的外顯徵兆欠缺（能力的客觀基礎欠缺），醫生無法經由外在徵兆認識到這項可能存在的風險因子，因此醫生對於這項可能存在的風險因子，並沒有認識能力，對於這項風險因子和自己的手術行為結合，所造成的病患腦部出血以及死亡風險，也沒有預見能力。因此也就無法想到：應作腦部電腦斷層掃描檢查，以確認腦血管病變的風險因子究竟是否存在，以決定是否不宜進行手術，而作出腦部檢查，一旦發現腦血管病變，即放棄進行手術。醫生由於無法想到風險因子的可能存在，而未作出相關檢查，就直接進行手術。結果造成：該名病患的潛在性腦血管疾病，因未作檢查而未能發現；以及該名病患因腦血管疾病，在接受腰椎手術後，發生腦部多處出血的情形，最後宣告不治。此時醫生對於未作相關檢查以至於未能發現腦血管疾病一事，以及手術所造成的病患腦部出血以及死亡結果，不負任何過失責任。

（ii）醫院的物理治療師，對一名左手肘伸展和彎曲功能不全的病患，進行肘關節的物理治療。治療項目的其中之一是關節牽拉：物理治療師用力推壓病患的左手腕，強令病患的左手肘關節彎曲到底。一日物理治療師在進行上述療程時，竟意外造成病患的左手尺骨骨折。檢驗結果發現，原來病患患有骨質疏鬆症，骨質脆弱，因此不堪治療時的強壓力量，而發生骨折的現象。病患認定物理治療

師應在進行上述治療前，建議病患先作骨質密度檢測，以確定是否有骨質疏鬆的情形，再決定是否進行治療，竟捨此不為，未作相關檢測，就直接進行治療，造成自己不幸骨折，於是憤而興訟。法院調查結果發現，由於病患是年輕男性（作者按：高齡女性才是骨質疏鬆症的高危險群<sup>7</sup>），又無發生骨折傷害的先兆病例，且之前作過四十餘次的相同療程（作者按：物理治療通常必須長期為之，必須要作十數次甚至數十次，才会有治療效果），從未發生任何問題。因此判定本案中的物理治療師，由於缺乏明顯可見的外在徵兆（如年齡、性別、骨折先例等），無法經由外在徵兆看出病患可能患有骨質疏鬆症（可能存在的風險因子），以及這項可能風險因子和自己的強力治療行為結合，所可能帶來的骨折風險，因此無從作出下述行為：建議病患接受相關檢測，一旦發現有骨質疏鬆的情形，即放棄進行治療。所以治療師對於未建議檢測以至於未能發現骨質疏鬆症一事，並沒有過失可言，治療師對於治療行為所造成的骨折傷害，也不必負任何責任<sup>8</sup>。

## （二）沒有認識風險因子能力的無過失

當行為人因為主觀基礎或客觀基礎欠缺，而沒有認識風險因子的能力時，在這種情況下，行為人因為無法認識到風險因子的存在，因此也就無法認識到風險的存在。因此行為人就算作出風險行為，仍不成立過失作為犯。

當行為人因為主觀基礎或客觀基礎欠缺，而沒有認識可能風險因子的能力時，在這種情況下，行為人因為無法認識到風險因子的可能存在，因此也就沒有認識到這項風險因子所帶來的風險，以及應作出確認行為，確認風險因子是否真

---

<sup>7</sup> 詳情請自行參閱骨質疏鬆症的相關網頁。

<sup>8</sup> 案例事實來源：台北地院九十年自字第五〇八號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

的存在。由於行為人沒有作出確認行為，一旦風險因子真的存在時，行為人也就無法認識到風險因子，以及風險因子所帶來的風險。換句話說，行為人由於對「風險因子可能存在」沒有認識能力，而沒有作出確認行為，最終導致行為人對實際上存在的風險沒有認識能力（對風險沒有認識能力，這是無過失作為犯的原始定義）。

## **第二節 認識外界風險因子能力的結構**

### **第一款 認識外界風險因子能力的純主觀結構**

在有些個案中，行為人對於外界風險因子的認識能力，單純是主觀的。實務的案例如下：

（1）對於「幼童心智狀況」這項外界風險因子的認識能力：幼童由於智性上的無知（外界風險因子），可能會因不知高處危險，攀爬陽台欄杆而墜樓，或因不知水深危險，涉入深水池而溺斃，或是聽信陌生人的誘騙，而被壞人拐走（外界風險因子所帶來的外界風險）。負責照護幼童的父母、保母和老師，必須認識到「幼童心智狀況」這項外界風險因子，以及這項外界風險因子所帶來的外界風險，並認識到：應看顧周全，隨時掌握好幼童行蹤（長期監督），避免幼童進入危險環境，或被別人拐走（預防措施），而密切注意幼童的行蹤。一旦發現幼童誤入危險環境（如小孩正在攀爬欄杆或是正要下水），或正遭別人拐騙，立刻當場加以阻止（如將小孩從欄杆上抱下來或將小孩抱離水中，中止小孩和陌生人的接觸）。在這種案例類型中，父母、保母和老師對於「幼童心智無知」這項外界風險因子的認識能力，也就是說父母、保母和老師之所以可以認識到這項外界風

險因子，單純源自於父母、保母和老師本身的照護幼童經驗和一般生活常識，認識能力完全奠基在主觀基礎上。這種認識能力的結構，是一種完全主觀的結構。

(2) 對於「有人縱火或意外失火」這項外界風險因子的預見能力：當公共場所意外失火或遭人故意縱火時(外界風險因子)，可能會引發火災造成傷亡(外界風險因子所帶來的外界風險)。公共場所的管理人，必須預見到「有人故意縱火或意外失火」這項外界風險因子真的有可能發生，以及這項外界風險因子所帶來的火災傷亡風險，而作出下列的預防措施：使用防火耐燃的建材和裝潢、準備適當的滅火器材和逃生設備、保持逃生管道暢通。在這種案例類型中，公共場所的管理人對於「有人縱火或意外失火」這項外界風險因子的預見能力，也就是說，公共場所的管理人之所以可以認識到這項外界風險因子，單純源自於公共場所負責人本身的管理經驗和生活常識，認識能力完全奠基在主觀基礎上。這種認識能力的結構，是一種完全主觀的結構。

## **第二款 認識外界風險因子能力的主客觀結構**

### **(一) 認識外界風險因子能力的主客觀結構**

相對的，在有些個案中，行為人對於外界風險因子的認識能力，建立在以下的主客觀基礎上。一是外界風險因子本身在客觀上，具有外顯徵兆而可供行為人識別，具有外顯徵兆而得以被行為人辨識出來外界風險因子的存在，這是能力的客觀基礎。一是行為人本身在主觀上，對於外界風險因子的外顯徵兆，具有相應的感官能力、知識和經驗，這是能力的主觀基礎。一旦主客觀基礎齊備，認識能力就宣告成立，行為人就可以運用感官能力，察覺外界風險因子徵兆的存在，並

可以運用知識和經驗，辨識出徵兆背後所代表的意義：外界風險因子的存在，這是認識能力的主客觀結構，也是認識能力的動態結構。認識外界風險因子能力的成立，「外界風險因子本身，具有可供行為人辨識的外在徵兆」這項客觀條件，和「行為人本身，對於外界風險因子徵兆的存在和意義，具有認識能力」這項主觀條件，缺一不可。實務的案例如下：

(1) 對「疾病」這項外界風險因子的認識能力：當人體一旦感染到細菌或病毒（外界風險因子），就可能會引發連鎖反應而造成傷亡（外界風險因子所帶來的外界風險）。醫生對於「疾病」這項外界風險因子的認識能力，建立在兩個基礎上。一是疾病本身可供察覺的外在指標，包括：病患所陳述的病史、病患所表現出來的症狀等等，這是認識能力的客觀基礎。二是醫生對於上述指標的感官察覺能力，包括：對於病患所陳述病史的聆聽能力、對於病患所表現出來症狀的視覺觀察能力，以及醫生對於上述指標意義的理解能力，也就是說，對於「這些病史和症狀，代表病患可能患有疾病（外界風險因子的可能存在）」這項指標意義，具有相關的專業知識和臨床經驗，這些是認識能力的主觀基礎。當主客觀要素都齊備時，也就是說，當外界風險因子具有可供發覺的外在指標，當醫生具有相應的感官能力、專業知識和臨床經驗時，醫生就可以發揮自己的感官能力，去發覺指標的存在，並可以發揮自己的專業知識和臨床經驗，去理解到指標所代表的意義：疾病的存在（外界風險因子的存在），或是疾病的可能存在（外界風險因子的可能存在）。因此直接作出治療，或是先作出相關檢查，以確認疾病是否存在（確認外界風險因子是否存在），再決定是否必須作出治療。實務的案例如下：

(i) 病童接受膽囊切除手術之後，家人向醫生投訴表示，病童腹痛不止，且不斷冒冷汗（這些是漸進性出血的徵兆）（外界風險因子的徵兆）。此時醫生可以運用自己的聽覺感官能力，去聽見病患家屬所陳述的病人症狀，以及親至病童

床邊，運用自己的視覺觀察能力，去看視病童本身所呈現的外觀症狀，去發覺外在徵兆的存在，並可以運用自己下列的專業知識和臨床經驗：「病患有腹痛和冒冷汗的症狀，代表病患可能是手術傷口處破裂出血（縫合處縫線脫落，或是電燒止血處血塊脫落）或是其他病痛」，去認識到上述症狀，代表病童可能是手術傷口破裂出血或是其他病痛（可能存在的外界風險因子），去認識到上述徵兆的意義。因此作出詳細檢查，包括：聽診、驗血、照 X 光，以確定是否真的有病痛存在（確定外界風險因子是否存在），以決定是否必須作出治療。

(ii) 機車駕駛車禍後送醫救治，病患出現腹肌僵硬、腹肌防衛等腹內受傷的現象（外界風險因子的徵兆）。此時進行急救的醫生，除了必須對頭部創傷和骨折等明顯可見的傷口進行處理外，還應運用自己視覺和觸覺的感官能力，去察覺病患的上述腹部症狀，去發覺外在徵兆的存在，並應運用自己的下列專業知識：「有腹肌僵硬、腹肌防衛的情形，代表病患可能有腹內受傷的情形」，去想到上述症狀代表的是，病患可能腹部受傷（可能存在的外界風險因子），去想到上述徵兆的意義。因此安排超音波檢查，以確定病患腹部是否真的受有傷害（確定外界風險因子是否存在），以決定是否必須進行救治<sup>9</sup>。

(iii) 行人出車禍後送醫救治，病患向醫生投訴，自己車禍後，出現不斷胸痛的現象（外界風險因子的徵兆）。此時醫生除了對其皮肉外傷等明顯可見的傷口進行處理外，還應運用自己的聽覺感官能力，去聽見病患所陳述的車禍遭遇和胸痛症狀，去發覺外在徵兆的存在，並應運用自己下列的專業知識和臨床經驗：「出車禍的人，出現胸痛不止的症狀，代表病患可能有胸部肋骨骨折和內出血（肋骨骨折和內出血是嚴重車禍的常見後遺症）（可能存在的外界風險因子）」，去想

---

<sup>9</sup> 案例事實來源：高雄地院八十九年度自字第一二六號。高等法院高雄分院九十二年度上訴字第七號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。



到車禍遭遇和胸痛症狀代表的是，病患可能有胸部肋骨骨折和內出血（可能存在的外界風險因子），去想到上述徵兆的意義。因此作出X光檢查，以確定病患胸部是否真的受有傷害（確定外界風險因子是否存在），以決定是否必須進行救治<sup>10</sup>。

（2）對「戒斷症狀」這項外界風險因子的認識能力：當戒毒中心內所收容的毒癮患者，因戒斷反應（外界風險因子）發作，身心陷於極度痛苦時，容易產生尋死的念頭（外界風險因子所帶來的外界風險）。因此當毒癮患者，一有跡象顯示戒斷反應時，如嘔吐、腹瀉、流汗、流淚、流鼻水、心跳加速、呼吸急促、肌肉痙攣、痛不欲生（外界風險因子的徵兆）<sup>11</sup>，戒毒中心的人員即應運用其感官能力，去察覺到上述跡象，去發現到上述徵兆的存在，並運用其健康知識和輔導經驗，去理解到上述跡象所代表的意義：病患出現戒毒反應，去認知到上述徵兆所代表的意義：外界風險因子的存在，並想到戒毒反應所帶來的自戕風險，而加強監護，定期看視，或派人二十四小時看視之（定期監督或長期監督）。

## （二）因客觀基礎欠缺而沒有認識外界風險因子的能力

（1）對「疾病」這項外界風險因子的認識能力：當人體一旦感染到細菌或病毒（外界風險因子），就可能會引發連鎖反應而造成傷亡（外界風險因子所帶來的外界風險）。對於「疾病」這項外界風險因子的認識能力，必須建立在主客觀基礎上，缺一不可。疾病本身必須具有外在徵兆，醫生才能經由外在徵兆，洞察到徵兆背後的外界風險因子。當病患的疾病狀況沒有外顯徵兆時，醫生的感官能力、專業知識和臨床經驗沒有可以發揮的對象，無法發揮而陷於無用武之地，

---

<sup>10</sup> 高等法院八十八年度交上訴字第一〇一號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

<sup>11</sup> 案例事實來源：台東地院九十年易字第三〇七號。高等法院花蓮分院九十二年度上訴字第一〇六號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

此時醫生雖然具有感官能力、專業知識和臨床經驗，但是無法察覺外顯徵兆的存在，因此也就不會進一步去理解外顯徵兆的意義：外界風險因子的存在，也就是說，醫生無法經由外顯徵兆而認識到外界風險因子的存在。在這種情況下，因為能力的客觀基礎欠缺，醫生對於「疾病」這項外界風險因子，沒有認識能力，對於這項外界風險因子所帶來的傷亡風險，也沒有認識能力，因此也就不會想到應作出任何治療行為。此時醫生對於未能認識到疾病存在一事，以及對於未作治療致生死傷結果一事，均不必負起過失責任。實務的案例如下：

(i) 疾病突然發作：當病患因急性疾病突然發作，而造成傷亡時，此時在急性疾病發作之前，病患的身體狀況有以下兩種可能：一是在疾病發作而造成傷亡之前，疾病並不存在，因此疾病的相關徵兆也不會存在（此時疾病尚未出現，遑論疾病的徵兆）。此時醫生無從發現病人患有該種急性疾病，因此醫生的未能診斷出該病，並無過失可言（有人可能會問：既然此時疾病和病徵都不存在，病人為什麼還會去看醫生。答案很簡單：病人是因為其他疾病已出現症狀而去看醫生。病人或病人家屬之所以會提出告訴或起訴，是因為醫生只診斷出已出現病徵的其他疾病，而沒有診斷出尚未出現病徵的急性疾病。也就是說，這裡討論的是漏診的情形<sup>12</sup>。二是疾病雖已存在，但是並無相關症狀（疾病雖已存在，尚未發作）。此時醫生無從經由症狀，發現病人患有該種疾病，因此醫生的未能診斷出該病，並無過失可言（有人可能會問：既然此時可見症狀並不存在，病人為什麼還會去看醫生。答案和之前一樣：病人是因為其他疾病已出現症狀而去看醫生。病人或病人家屬之所以會提出告訴或起訴，也是因為醫生只診斷出已出現病徵的其他疾病，而沒有診斷出尚未出現病徵的急性疾病。也就是說，這裡討論的也是漏診的情形<sup>13</sup>。實務的案例如下：

---

<sup>12</sup> 見本文第六章第二節第二款（三）（1）（i）。

<sup>13</sup> 見本文第六章第二節第二款（三）（1）（i）。

(a) 病患因肌腱發炎，而多次至同一家診所求診。一日該名病患上午赴診所求診後，下午即因肺水腫發作而身亡。檢察官認為：診所醫生因該名病患是老病號，且就診多次均為同一病因，因此當日依循慣例，僅就肌腱炎作出處理，而忽略病患尚其他的異常徵候。病患因醫生疏未及時發現病情，而未能及時加以救治，病情因延誤而惡化，致生死亡結果，醫生實有疏失，因此向法院提出訴訟。法院調查結果發現，該名病患當日赴診所求診時，並未出現肺水腫的症狀，如呼吸急促、呼吸困難、喘鳴等（外界風險因子的指標），理學檢查結果顯示，病患的呼吸音正常。此外，鑑定報告指出，肺水腫這種疾病有時發作相當快，可能幾個小時前病患還好好的，而之後即因急性肺水腫發作，導致呼吸衰竭而亡。因此斷定：醫生未能診斷出病人患有肺水腫，並無診斷上的疏失，病患是因急性肺水腫突然發作而暴斃，所以宣告醫生無罪<sup>14</sup>。

本文中，在病患的急性肺水腫發作之前，病患的肺水腫疾病（外界風險因子）並不存在，因此也不會有相關呼吸症狀和理學檢查結果出現，不會有可供辨識的外在指標存在，此時疾病和疾病的指標都不存在（能力的客觀基礎欠缺）。在這種情況下，由於疾病和症狀的附之闕如，醫生運用感官能力，無法察覺到這些症狀的存在，無法察覺到這些徵兆的存在，也就不會進一步運用專業知識和臨床經驗，去理解到這些症狀的意義，去認知到這些徵兆背後所代表的意義：病患有肺水腫的狀況（外界風險因子），以及這項外界風險因子所帶來的死亡風險，因此也就不會想到應即時加以救治。也就是說，病患的肺水腫疾病這項外界風險因子，無法經由外在徵兆被醫生所認識，醫生對於這項外界風險因子，並沒有認識能力，對於這項外界風險因子所帶來的死亡風險，也沒有預見能力，因此也就不

---

<sup>14</sup> 案例事實來源：最高法院八十五年度台上字第一四五四號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

會想到應趕快加以救治。在這種情況下，醫生對於未能及時發現肺水腫疾病一事，以及對於未及時加以救治所造成的死亡結果，不負任何過失責任。也就是說，醫生並無漏診的疏失可言。

(b) 病患因潰瘍而住院治療，住院期間，因消化道大出血而不幸身亡。檢察官認為：醫生因沒有及時發現病患的出血情形，而沒有及時輸血加以救治，造成病患大量出血而休克死亡，醫生實有疏失，因而向法院提起訴訟。法院調查結果發現，病患在出血之前的一段時間當中，心跳、血壓均屬正常（如果發生出血，血壓會降低，脈搏會加速），並無明顯的出血現象。因此判定：病患是因消化道無預警大出血而亡，醫生對此一突發性出血狀況並無預見可能性，因而宣告醫生無罪<sup>15</sup>。

本案例中，在病患突發性大出血之前，病患的出血狀況（外界風險因子）並不存在，因此也不會有相關症狀出現，不會有可供辨識的外在徵兆，此時疾病和疾病的症狀都不存在（能力的客觀基礎欠缺）。在這種情況下，由於疾病和症狀的附之闕如，醫生運用感官能力，無法察覺到這些症狀的存在，無法察覺到這些徵兆的存在，因此也就不會進一步運用專業知識和臨床經驗，去理解到這些症狀的意義，去認知到這些徵兆背後所代表的意義：病患可能有出血的情況（可能不存在外界風險因子），以及這項外界風險因子所帶來的死亡風險，因此也就不會想到：應作出血紅素檢測，一旦發現真的有出血的情況，應趕快輸血加以救治。在這種情況下，醫生對於未作檢測而未能及時發現出血狀況一事，以及對於未能及時輸血所造成的死亡結果，不負任何過失責任。也就是說，醫生並沒有漏診的疏失。

---

<sup>15</sup> 案例事實來源：台北地院八十八年度訴字第一八三七號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

(c) 一名產婦因陣痛發作，赴醫院待產。該名產婦於產後因心肌炎發作，引發大出血而身亡。產婦家屬認為：醫生未能於產前及時發現心肌炎病情，而未能及時加以救治，造成病情惡化致死，醫生實有疏失，因此向法院提出訴訟。法院調查結果發現：許多患有心肌炎的病人，在臨床上沒有任何症狀，是一種不易診斷出來的疾病。心肌炎一旦發生，可能令原本健康的人，爆發急性心衰竭而死亡。產婦當時並未出現相關症狀，因此產婦是死於突發的心臟疾病，醫生在先前未能診斷出該項疾病，並無疏失可言<sup>16</sup>。

本案例中，在病患的心肌炎發作之前，病患的心肌炎疾病（外界風險因子）並不存在，因此也不會有相關症狀出現，不會有可供辨識的外在徵兆存在。此時心肌炎和心肌炎的症狀都不存在（能力的客觀基礎欠缺），病患的心肌炎這項外界風險因子，無法經由外在徵兆被醫生所認識，因此醫生對於這項外界風險因子，並沒有認識能力，對於這項外界風險因子所帶來的休克死亡風險，也沒有預見能力，因此也就不會想到應趕快加以救治。在這種情況下，醫生對於未能及時發現心肌炎一事，以及對於未能及時救治所造成的死亡結果，不負任何過失責任。也就是說，醫生並沒有漏診的疏失。

(d) 一名病患因全身浮腫，皮膚發癢，而多次至同一家診所求診，經診所醫生診斷為血絲蟲病。一日該名病患上午赴診所求診後，下午即因腸梗塞引發大腸桿菌感染，導致敗血症而身亡。病患家屬認為：診所醫生將病患的腸梗塞和大腸桿菌感染疾病誤診為血絲蟲病，病患因醫生未及時發現真正病因，而未能及時對症下藥，造成病情延誤，惡化致死，醫生實有疏失，因此向法院提出訴訟。法院調查結果發現，該名病患當日赴診所求診時，病患並未表示有何腸胃方面的不

---

<sup>16</sup> 案例事實來源：高等法院台中分院八十八年度上訴字第一七三九號。最高法院九十年度台上字第七九七一號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

適，此外，依據診所的病例記載，病患的呼吸順暢，體溫正常，足証病患當時並未出現腸梗塞的症狀，如腹痛、腹瀉、嘔吐、厭食等（外界風險因子的徵兆），亦未出現大腸桿菌感染的症狀，如過度換氣、低血壓（外界風險因子的徵兆），以及大腸桿菌侵入人體血液的症狀，如寒顫、四肢冰冷、呼吸困難、神智不清等（外界風險因子的徵兆）。因此判定：由於病患的腸梗塞和大腸桿菌感染，當時並未出現臨床病徵，病患的腸梗塞和大腸桿菌感染，非醫生客觀上所能認識和注意，因此醫生未能診斷出病人患有腸梗塞和大腸桿菌感染，並疏失可言，所以宣告醫生無罪。

本案中，在病患的大腸桿菌感染進入血液，引發敗血症之前，病患的腸梗塞和大腸桿菌感染（外界風險因子）雖然早已存在，但是並未出現相關的腸胃病徵和呼吸症狀，欠缺可供辨識的外在徵兆，也就是說，此時疾病雖然存在，但是疾病的徵兆不存在（能力的客觀基礎欠缺）。在這種情況下，醫生由於腸梗塞和大腸桿菌感染的相關症狀附之闕如，醫生運用感官能力，無法察覺到這些症狀的存在，無法察覺到這些徵兆的存在，因此也就不會進一步運用專業知識和臨床經驗，去理解到這些症狀的意義，去認知到這些徵兆背後所代表的意義：病患有腸梗塞和大腸桿菌感染的疾病（外界風險因子），以及這項外界風險因子所帶來的病患敗血症和死亡風險，因此也就不會想到：應即時加以救治。也就是說，病患的疾病這項外界風險因子，由於欠缺可供辨認的外在徵兆，醫生無法經由外在徵兆認識到這項外界風險因子，因此醫生對於這項外界風險因子，並沒有認識能力，對於這項外界風險因子所帶來的死亡風險，也沒有預見能力，因此也就不會想到應趕快加以救治。在這種情況下，醫生對於未能及時發現腸梗塞和大腸桿菌感染一事，以及對於未及時加以救治所造成的死亡結果，不負任何過失責任。也就是說，醫生並沒有漏診的疏失<sup>17</sup>。

---

<sup>17</sup> 案例事實來源：台北法院八十九年度訴字第三五八號。高等法院九十年度上訴字第一八九二

(2) 對「戒斷症狀」這項外界風險因子的認識能力：當戒毒中心內所收容的毒癮患者，因戒斷反應（外界風險因子）發作，身心陷於極度痛苦時，容易產生尋死的念頭（外界風險因子所帶來的外界風險）。一日一名毒癮患者於獨居房中上吊自盡，該名患者的家屬認為，戒毒中心的人員應知該名患者的戒斷反應會帶來自戕的風險，而派人嚴加守候，竟疏未注意及此，任令患者一人在獨居房內，致生悲劇，院方實有疏失，因此向法院提起訴訟。法院調查結果發現：該名患者於自縊前，並未出現戒斷反應的症狀，如嘔吐、腹瀉、流汗、流淚、流鼻水、心跳加速、呼吸急促、肌肉痙攣、痛不欲生、自殘身體（外界風險因子的徵兆）。在這種情況下，戒毒中心的人員運用其感官能力，無法察覺到這些症狀的存在，無法發現到這些徵兆的存在，因此也就不會進一步運用健康知識和輔導經驗，去理解到這些症狀的意義，去認知到這些徵兆背後所代表的意義：病患出現戒斷反應（外界風險因子），以及這項外界風險因子所帶來的自戕風險，因此也就不會想到：應派人隨侍看護，而只會依照慣例，每隔一小時巡房一次。院方人員的未派人看護致生死亡結果，並無過失可言，因此宣告院方人員無罪<sup>18</sup>。

(3) 對「嬰兒猝死症」這項外界風險因子的認識能力：未滿一歲的嬰兒，可能會因嬰兒猝死症發作（外界風險因子），而於睡夢中突然死去（外界風險因子所帶來的外界風險），這種現象的發生機率約是千分之一。一旦嬰兒猝逝，傷心欲絕的父母往往認為，是因保母看顧不周，沒有及時發現異狀，而沒有及時將嬰兒送醫，才讓嬰兒不幸身亡，因此憤而興訟。由於嬰兒猝死症都是突然發作，事前並無跡象，欠缺可供察覺的外在徵兆，因此保母無法經由外在異狀，去警覺到嬰兒猝死症的存在，對「嬰兒猝死症」此一外界風險因子，沒有認識能力，因

---

號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

<sup>18</sup> 案例事實來源：台東法院九十年度易字第三〇七號。高等法院花蓮分院九十二年度上訴字第一〇六號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

此也就不會想到：必須加以防止，而將嬰兒送醫救治。在這種情況下，保母的未發現嬰兒有異狀，以及未將嬰兒送醫致生死亡結果，均不構成過失。因此嬰兒家屬就算提起訴訟，法官也會令保母無罪開釋<sup>19</sup>。

### （三）因主客觀基礎薄弱而沒有認識外界風險因子的能力

對於「疾病」這項外界風險因子的認識能力，必須建立在主客觀基礎上，缺一不可。在客觀上，疾病本身必須具有外在徵兆，在主觀上，醫生本身必須具有相應的感官能力和專業知識，如此一來，醫生才能運用主觀的感官能力，去察覺到客觀徵兆的存在，才能運用主觀的相關專業知識，去認知到客觀徵兆的意義。

認識能力的成立，除了主觀基礎和客觀基礎，兩者都必須存在之外，還必須主觀基礎和客觀基礎，兩者的相加達到一定的程度。因此兩者當中，至少一方的程度要足夠。以對「疾病」的認識能力為例：如果病患的疾病沒有明顯的外在徵兆，但是醫生的感官能力夠敏銳，醫學知識和臨床經驗也夠專精時，醫生可以運用敏銳的感官能力，去察覺到細微不顯的徵兆存在，可以運用專精的醫學知識和臨床經驗，去認知到不明顯徵兆的意義：外界風險因子的存在。在這種情況下，能力具有薄弱的客觀基礎，以及強大的主觀基礎，由於薄弱的客觀基礎可以被強大的主觀基礎補足，客觀基礎和主觀基礎相加已達一個程度，能力的基礎完善，因此能力宣告成立。如果醫生的感官能力不夠敏銳，專業知識和臨床經驗也不夠專精，但是病患的疾病具有明顯的外在徵兆時，醫生運用一般的感官能力，可以察覺到明顯的徵兆存在，運用一般的專業知識和臨床經驗，可以認知到明顯徵兆

---

<sup>19</sup> 案例事實來源：台北地院九十年自字第二九五號；板橋地院八十七年度自字第一九五號；高等法院高雄分院八十八年度上訴字第二五號。本案例類型的案例事實，來自於實務判決，但是案例類型中認識能力的結構，則是作者自己的見解。另請參閱嬰兒猝死症的相關網頁。



的意義：外界風險因子的存在。在這種情況下，能力具有薄弱的主觀基礎，以及強大的客觀基礎，由於薄弱的的主觀基礎可以被強大的客觀基礎補足，客觀基礎和主觀基礎相加已達一個程度，能力的基礎完善，因此能力宣告成立。當病患的疾病沒有明顯的外顯徵兆，而醫生的感官能力不夠敏銳，專業知識和臨床經驗不夠專精時，醫生運用一般的感官能力，無法察覺到細微不顯的客觀徵兆存在，運用一般的專業知識和臨床經驗，無法認知到客觀徵兆的意義：外界風險因子的存在。在這種情況下，能力具有薄弱的客觀基礎，以及薄弱的主觀基礎，由於能力的主客觀基礎均十分薄弱，兩者無法互補，客觀基礎和主觀基礎相加未達一個程度，能力的基礎不完善，因此能力宣告不成立。在這種情況下，醫生對於「疾病」這項外界風險因子，沒有認識能力，對於這項外界風險因子所帶來的傷亡風險，也沒有認識能力，因此也就不會想到應作出任何治療行為。此時醫生對於未能認識到疾病存在一事，以及對於未作治療致生死傷結果一事，均不必負起過失責任。實務的案例如下：

(1) 一名病患因跌倒造成頭部受傷，而至醫院看診。該名病患經家庭醫學科醫生診治（作者按：家庭醫學科醫生的能力，和一般內科醫生的能力相仿。這兩科醫生都不是專科醫生，能看多種疾病，但並不專精其中一種），由於頭部X光片顯示頭骨正常，因此醫生認為只有頭皮外傷，並無大礙，不須留院觀察，只須於出院後有人在旁照料，於狀況有變時再來就診即可，於是病患出院返家。不料該名病患回家後，不到半天，出現呼吸急促的現象，因病患家人朋友無人在旁照料，因此未能及時送醫急救，直至後來朋友發現，才急忙送醫救治。送醫後發現，病患顱內大量出血，經急救無效，宣告死亡。檢察官調查後認為：依據頭部的X光片顯示，於顱骨近中線處有不正常的裂縫出現，是顱骨的骨折現象。醫生疏未注意及此，因此未為處理，造成病情延誤，最後惡化致死。醫生對上述行為應負過失責任，因此向法院提起訴訟。法院調查後發現，由於骨折部位的不正常裂縫，與顱骨矢狀縫靠近（作者按：正常頭骨本身就有一些縫隙，矢狀縫是其中

之一，其他尚有人型縫、前額縫、冠狀縫等)，且本案醫生並非腦神經專科醫生，不具專科醫生的專業能力，雖能處理一般的頭部外傷，但是無法判讀較難的頭部X光片，實難期待其能發現此一裂縫是骨折裂縫（線性骨折），而非正常的矢狀縫。因此判定醫生並無疏失<sup>20</sup>。

在本案中，如果疾病狀況具有明顯的外在徵兆，也就是說，如果顱骨骨折的裂縫，不是靠近矢狀縫，而是位於清晰可見的地方，即使醫生只是一般醫生，而非專科醫生，只具有一般專業能力而不具有專科專業能力，只具有在一般醫學教育下的所訓練出來的感官能力、醫學知識和臨床經驗，醫生依然可以運用其一般的感官能力，去觀察到明顯可見的不正常裂縫，去察覺到明顯徵兆的存在，可以運用其一般的醫學知識和臨床經驗，去認知到明顯裂縫代表的是：頭骨有線性骨折的情形，去認知到明顯徵兆代表的是：外界風險因子的存在。如果醫生不是一般醫生，而是腦神經專科醫生，具有專科專業能力，具有在專科醫學教育下的所訓練出來的敏銳感官能力、專科醫學知識和專科臨床經驗，即使疾病的外在徵兆並不明顯，即使顱骨骨折的裂縫，因靠近矢狀縫而隱微不顯，醫生依然可以運用其敏銳的感官能力，去觀察到不明顯的不正常裂縫，去察覺到不明顯徵兆的存在，可以運用其專科的醫學知識和專科的臨床經驗，去認知到不明顯裂縫代表的是：頭骨有線性骨折的情形，去認知到不明顯徵兆代表的是：外界風險因子的存在。不幸的是，在本案中，疾病的外在徵兆並不明顯，醫生也只是一般醫生而非專科醫生，在這種主客觀情況下，醫生運用其一般的感官能力，無法觀察到隱微不顯的不正常裂縫，無法察覺到不明顯徵兆的存在，運用其一般的醫學知識和臨床經驗，無法認知到不明顯裂縫代表的是：頭骨有線性骨折的情形，無法認知到不明顯徵兆代表的是：外界風險因子的存在。由於能力的主客觀基礎都不夠，醫

---

<sup>20</sup> 案例事實來源：桃園地院八十八年度訴字第一五四七號高等法院八十九年度上訴字第三八〇三號。最高法院九十二年度台上字第二八〇六號。高等法院九十二年度醫上更（一）字第一號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

生對於頭部骨折狀況的存在，沒有認識能力，對於頭部骨折狀況所帶來的死亡風險，也沒有認識能力，因此也就不會想到：必須作出相應的治療行爲。因此醫生對於未診斷出頭部骨折一事，以及對於未加以救治致生死亡結果一事，均不負任何過失責任。

#### **（四）沒有認識外界風險因子能力的無過失**

當行爲人因爲主觀基礎欠缺，或是客觀基礎欠缺，或是主客觀基礎薄弱，而沒有認識外界風險因子的能力時。在這種情況下，行爲人因爲無法認識到外界風險因子的存在，因此也就無法認識到外界風險的存在，因此也就無法想到要作出防險行爲。此時行爲人不成立過失不作為犯。

當行爲人因爲主觀基礎欠缺，或是客觀基礎欠缺，或是主客觀基礎薄弱，而沒有認識可能外界風險因子的能力時，在這種情況下，行爲人因爲無法認識到外界風險因子的可能存在，因此也就沒有認識到這項外界風險因子所帶來的外界風險，以及應作出確認行爲，確認外界風險因子是否真的存在。由於行爲人沒有作出確認行爲，一旦外界風險因子真的存在時，行爲人也就無法認識到外界風險因子，以及外界風險因子所帶來的外界風險。換句話說，行爲人由於對「外界風險因子可能存在」沒有認識能力，而沒有作出確認行爲，最終導致行爲人對實際上存在的外界風險沒有認識能力（對外界風險沒有認識能力，這是無過失不作為犯的原始定義）。

### **第三節 認識外界風險因子種類能力的主客觀結構**

## 第一款 認識外界風險因子種類能力的主客觀結構

### (一) 認識外界風險因子種類能力的主客觀結構

行爲人對於外界風險因子種類的認識能力，建立在以下的主客觀基礎上。一是外界風險因子種類本身，具有外顯徵兆，而可供行爲人識別，而得以被行爲人辨識出來外界風險因子的種類，這是能力的客觀基礎。二是行爲人本身，對於外界風險因子種類的外顯徵兆，具有相應的感官能力、知識和經驗，這是能力的主觀基礎。一旦主客觀基礎齊備，能力就宣告成立，行爲人就可以運用感官能力，感知到外界風險因子種類的徵兆存在，並可以運用知識和經驗，辨識出徵兆背後所代表的意義：外界風險因子的種類，這是能力的主客觀結構，也是能力的動態結構。認識外界風險因子種類能力的成立，「外界風險因子種類，具有可供行爲人辨識的外在徵兆」這項客觀條件，和「行爲人本身，對於外界風險因子種類的徵兆存在和徵兆意義具有辨識能力」這項主觀條件，缺一不可。實務的案例如下：

(1) 對於「疾病」這項外界風險因子的認識能力：當人體一旦感染到細菌或病毒（外界風險因子），就可能引發連鎖反應而造成傷亡（外界風險因子所帶來的外界風險）。醫生對於「疾病種類」這項外界風險因子種類的認識能力，建立在兩個基礎上。一是疾病種類本身可供察覺的外在指標，包括：病患所陳述的病史、病患所表現出來的症狀等等（病史和症狀，既是疾病存在的指標，也是疾病種類的指標，病史和症狀可以同時表彰出疾病的存在和疾病的種類），這是認識能力的客觀基礎。二是醫生對於上述指標的感官察覺能力，包括：對於病患所陳述病史的聆聽能力、對於病患所表現出來症狀的視覺觀察能力，以及醫生對於上述指標意義的理解能力，也就是說，對於「這些病史和症狀，代表病患可能患有疾病（外界風險因子的可能存在）」這項指標意義，具有相關專業知識和臨

床經驗，這些是認識能力的主觀基礎。當主客觀要素都齊備時，認識能力就宣告成立，也就是說，當疾病種類具有可供發覺的病史和症狀，而醫生具有相應的感官能力和專業知識時，醫生就可以發揮自己的感官能力，去發覺病史和症狀的存在，並可以發揮自己的專業知識和臨床經驗，去理解到病史和症狀所代表的意義：疾病種類，或是疾病的可能種類。因此直接作出相應的治療，或是先作出相關檢查，以確認疾病的種類，再決定應作出的治療行為。實務的案例如下：

(1)「年齡和症狀」的疾病種類指標：病人已高齡七十四（作者按：高齡者是心臟病患的高危險群）（外界風險因子種類的指標），且出現胸痛、胸悶、嘔吐、冒冷汗的症狀（外界風險因子種類的指標）。醫生未由病人的高齡事實和上述症狀，想到病患真正的疾病種類應是心肌梗塞，硝化甘油片才是適當的治療方式，卻誤認病患真正的病因是食物中毒，因此認為治療食物中毒的藥方是適格的防險手段，而開立治療食物中毒的藥方給病患。結果病患因心肌梗塞的病因未能及時察覺並及時救治，造成心肌壞死，心臟功能嚴重受損。

在本案中，病人向醫生陳述自己的年齡和症狀（外界風險因子種類的指標），醫生可以運用自己的聽覺感官能力，去聽見病患所陳述的年齡和症狀，去發覺外在指標的存在，並可以運用自己下列的專業知識和臨床經驗：「高齡的人出現胸痛、胸悶、嘔吐、冒冷汗的症狀，代表病患有心臟方面的疾病（外界風險因子的種類）」，去想到高齡和上述症狀代表的是，病患有心臟方面的疾病（外界風險因子的種類），去想到上述指標的意義。在這種情況下，醫生對於外在風險因子的真正種類，具有認識能力，醫生將外界風險因子的種類，誤認成是食物中毒（想錯了可能的疾病種類）（種類錯誤），醫生對此應負起過失責任<sup>21</sup>。

---

<sup>21</sup> 案例事實來源：高等法院高雄分院八十八年度上易字第一五七號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

(2)「症狀和病情未好轉」的疾病種類指標：病患有發燒、喉痛、咳嗽、氣促等症狀（外界風險因子種類的指標），醫生診斷為扁桃腺炎，並認識到對扁桃腺炎來說，微量抗生素是適合的治療方式，而給予微量抗生素。但二日後呼吸道症狀未改善且發燒持續（外界風險因子種類的指標）。醫生未由上述症狀及病情未好轉的事實，想到病患事實上應是肺炎（真正的疾病種類），大量抗生素才是適當的治療方式，而仍誤認是扁桃腺炎（錯誤的疾病種類），因此繼續給予微量抗生素。最後病患因肺炎未能及時發現並予以適當治療，病情惡化而一命嗚呼。

在本案中，病人向醫生陳述自己的症狀（外界風險因子種類的指標），且經治療後病情未好轉（外界風險因子種類的指標），醫生可以運用自己的聽覺視覺感官能力，去聽見病患所陳述的症狀和病情未好轉的事實，去觀察病患所表現的症狀和病情未好轉的事實，去發覺外在指標的存在，並可以運用自己下列的專業知識和臨床經驗：「病人有發燒、喉痛、咳嗽、氣促等症狀，經初步治療病情不見起色，代表病患很有可能是肺炎（外界風險因子的種類）」，去想到上述症狀和病情未好轉事實代表的是，病患的疾病種類是肺炎（外界風險因子的種類），去想到上述指標的意義。在這種情況下，醫生對於外在風險因子的真正種類，具有認識能力，但是醫生將外界風險因子的種類，繼續誤認成是扁桃腺炎（想錯了可能的疾病種類）（種類錯誤），醫生對此應負起過失責任<sup>22</sup>。

(3)「症狀」的疾病可能種類指標：病患因陰道異常出血<sup>23</sup>或糞便長期帶血<sup>24</sup>，

---

<sup>22</sup> 案例事實來源：高雄地院八十七年度訴字第二五六九號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

<sup>23</sup> 案例事實來源：士林地院九十年自字第六九號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

<sup>24</sup> 案例事實來源：台北地院八十八年度訴字第二三二號。另見高雄地院八十七年度訴字第四二號；最高法院八十九年度台上字第六五二一號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認

而在數月內多次就診。醫生始終未由上述症狀，想到可能是子宮頸癌或胃癌（外界風險因子的可能種類），因此也就沒有認識到：應作子宮頸切片檢查或胃鏡檢查，看看是否真的是子宮頸癌或胃癌（確認外界風險因子的種類），而未作出檢查，逕自當成是月經異常或是胃炎加以治療（依據病患的症狀，的確有可能是月經異常或是胃炎）。結果病患因子宮頸癌或胃癌病情，未及時察覺和及時治療，病勢越來越嚴重。直到病人因病情嚴重而轉診後，才發覺已進入癌症末期而回天乏術。

在本案中，病人向醫生陳述自己的症狀（外界風險因子種類的指標），醫生可以運用自己的聽覺感官能力，去聽見病患所陳述的症狀，去發覺外在指標的存在，並可以運用自己下列的專業知識和臨床經驗：「病人有陰道異常出血或糞便長期帶血，代表病患很有可能是子宮頸癌或胃癌（外界風險因子的種類）」，去想到上述症狀代表的是，病患很有可能是子宮頸癌或胃癌（外界風險因子的種類），去想到上述指標的意義。因此安排相關檢查，以確認是否真的是子宮頸癌或胃癌。在這種情況下，醫生對於外在風險因子的真正種類，具有認識能力，但是醫生對於外界風險因子的種類，只想到是月經異常或是胃炎（想漏了可能的疾病種類）（數量錯誤），醫生對此應負起過失責任。

（4）「症狀和病史」的疾病可能種類指標：病患胸痛症狀持續（外界風險因子種類的指標），且有心臟病史（外界風險因子種類的指標），醫生未由上述症狀和病史，考慮到冠狀動脈心臟病的可能（外界風險因子的可能種類），因此也就沒想到：應持續作出心電圖檢查，追蹤心電圖的變化，看看是否真的是心臟病（確認外界風險因子的種類），逕自當成是胃食道逆流加以治療。結果病患因心臟病未及時發現和及時救治，病情因延誤而惡化，最後引發心肌梗塞而撒手塵寰。

---

識能力的結構則是作者自己的見解。

在本案中，病人向醫生陳述自己的症狀和病史（外界風險因子種類的指標），醫生可以運用自己的聽覺感官能力，去聽見病患所陳述的症狀和病史，去發覺外在指標的存在，並可以運用自己下列的專業知識和臨床經驗：「病人有胸痛症狀持續，且有心臟病史，代表病患可能是冠狀動脈心臟病（外界風險因子的可能種類）」，去想到上述症狀和病史代表的是，病患可能是冠狀動脈心臟病（外界風險因子的可能種類），去想到上述指標的意義。因此安排相關檢查，以確認是否真的是冠狀動脈心臟病（確認外界風險因子的種類）。在這種情況下，醫生對於外在風險因子的可能種類，具有認識能力，但是醫生將外界風險因子的種類，誤認成是胃食道逆流（想錯了可能的疾病種類）（種類錯誤），醫生對此應負起過失責任<sup>25</sup>。

（5）「症狀和病情未好轉」的疾病可能種類指標：

（i）病患腹痛、嘔吐、體溫過低（外界風險因子種類的指標），經診斷是腸胃炎而加以治療，但病情不見起色（外界風險因子種類的指標）。醫生未由上述症狀和病情未好轉的事實，認識到可能是其他種類的疾病（外界風險因子的可能種類），因此也就沒有想到：應作血液檢查，以確定究竟是何種類的疾病（確定外界風險因子的種類），而未作檢查，仍堅持腸胃炎的最初診斷。結果病患因全身臟器發炎（真正的外界風險因子種類），未能及時察覺並及時救治，病情惡化而一命嗚呼。

在本案中，病人向醫生陳述自己的症狀（外界風險因子種類的指標），且經

---

<sup>25</sup> 案例事實來源：台北地院九十二年度簡字第五三六號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。



治療後病情未好轉（外界風險因子種類的指標），醫生可以運用自己的聽覺視覺感官能力，去聽見病患所陳述的症狀和病情未好轉的事實，去觀察病患所表現的症狀和病情未好轉的事實，去發覺外在指標的存在，並可以運用自己下列的專業知識和臨床經驗：「病人有腹痛、嘔吐、體溫過低等症狀，經初步治療病情不見起色，代表病患可能是其他種類的疾病（外界風險因子的可能種類）」，去想到上述症狀和病情未好轉事實代表的是，病患可能是其他種類的疾病（外界風險因子的可能種類），去想到上述指標的意義。因此安排相關檢查，以確認究竟是何種疾病。在這種情況下，醫生對於外在風險因子的可能種類，具有認識能力，但是醫生將外界風險因子的種類，繼續誤認成是腸胃炎（想錯了可能的疾病種類）（種類錯誤），醫生對此應負起過失責任<sup>26</sup>。

（ii）病患有排尿量少、嘔吐、呼吸困難、低血壓的情形（外界風險因子種類的指標），經初步診斷為腎炎，給予抗生素治療後仍未好轉，甚至持續惡化（外界風險因子種類的指標）。此時醫生未由上述症狀和病情未好轉的事實，想到病患可能罹患腎膿瘍（外界風險因子的可能種類），因此也就沒有想到：應安排超音波檢查，以確定是否真的是腎膿瘍（確定外界風險因子的種類），繼續當成是腎炎加以治療（依據病患的症狀，的確有可能是腎炎）。結果病患因腎膿瘍（真正的外界風險因子種類），未能及時發覺和及時治療，病情惡化成敗血症而不治。

在本案中，病人向醫生陳述自己的症狀（外界風險因子種類的指標），且經治療後病情未好轉（外界風險因子種類的指標），醫生可以運用自己的聽覺視覺感官能力，去聽見病患所陳述的症狀和病情未好轉的事實，去觀察病患所表現的症狀和病情未好轉的事實，去發覺外在指標的存在，並可以運用自己下列的專業

---

<sup>26</sup> 案例事實來源：高雄地院八十七年度訴字第四二號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

知識和臨床經驗：「病人有排尿量少、嘔吐、呼吸困難、低血壓等症狀，經初步治療病情不見起色，代表病患可能是腎膿瘍（外界風險因子的可能種類）」，去想到上述症狀和病情未好轉事實代表的是，病患可能是腎膿瘍（外界風險因子的可能種類），去想到上述指標的意義。因此安排相關檢查，以確認是否真的是腎膿瘍。在這種情況下，醫生對於外在風險因子的可能種類，具有認識能力，但是醫生對於外界風險因子的種類，只想到是腎炎（想漏了可能的疾病種類）（數量錯誤），醫生對此應負起過失責任<sup>27</sup>。

（6）「症狀和受傷事實」的疾病可能種類指標：機車駕駛車禍後送醫救治，病患胸部受傷，且出現胸口灼熱、躁動不安、發紺的現象。但是，醫生未由病患的上述症狀和胸部受傷的事實，想到：病患可能因胸部受傷而出現血胸和氣胸的併發症（外界風險因子的可能種類），因此也就沒有想到：應安排胸部X光檢查，以確定病患胸部是否真的受有傷害（確定外界風險因子是否存在）。相對的，醫生由上述症狀，僅懷疑病患可能是腦部出血（依據病患的症狀，的確有可能是腦部出血），因此只作出腦部電腦斷層攝影檢查，以確認是否真的是腦部出血。由於病患事實上是血胸和氣胸，因此這項檢驗不會得出有病結果（檢驗結果：正常），醫生只能作出病因不明（疾病種類不明）的診斷。結果病患因血胸和氣胸，未能及時察覺和及時救治，造成病情惡化，最後引發心肺衰竭而不治<sup>28</sup>。

在本案中，病人向醫生陳述自己的症狀和胸部受傷事實（外界風險因子種類的指標），醫生可以運用自己的聽覺感官能力，去聽見病患所陳述的症狀和胸部

---

<sup>27</sup> 案例事實來源：台北地院八十九年度訴字第九七六號。另見高等法院九十一年度上更（一）字第四五〇號；高等法院九十一年度上更（一）字第七九六號。本案的個案事實改編自實務判決，實際的案例事實請自行參閱判決全文。

<sup>28</sup> 案例事實來源：高雄地院八十九年度自字第一二六號。另參見高等法院台中分院九十一年度上訴字第二〇〇一號；高等法院八十八年度交上訴字第一〇一號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

受傷事實，去發覺外在指標的存在，並可以運用自己下列的專業知識和臨床經驗：「病人胸部受傷，且出現胸口灼熱、躁動不安、發紺的症狀，代表病患可能是因胸部受傷而出現血胸和氣胸的併發症（外界風險因子的可能種類）」，去想到上述症狀和胸部受傷事實代表的是，病患可能是因胸部受傷而出現血胸和氣胸的併發症（外界風險因子的可能種類），去想到上述指標的意義。因此安排相關檢查，以確認是否真的是血胸和氣胸。在這種情況下，醫生對於外在風險因子的可能種類，具有認識能力，但是醫生對於外界風險因子的可能種類，只想到可能是腦部出血（想漏了可能的疾病種類）（數量錯誤），醫生對此應負起過失責任<sup>29</sup>。

## （二）因客觀基礎欠缺而沒有認識外界風險因子種類的能力

對於「疾病種類」這項外界風險因子種類的認識能力，必須建立在主客觀基礎上，缺一不可。疾病種類必須具有可供辨別的、特定的外在徵兆，醫生才能經由特定的外在徵兆，洞察到徵兆背後的外界風險因子種類。當病患的疾病沒有外在症狀時，此時醫生雖有感官能力、專業知識和臨床經驗，但是無法經由外在症狀而認識到外界風險因子的存在。當病患的疾病雖有外在症狀，但是外在症狀不可辨別時，也就是說，該種疾病的外在症狀無法和他種疾病的外在症狀予以區分時，會導致疾病種類的無法分辨。此時醫生雖有感官能力和專業知識，但是無法經由可供辨別的外顯徵兆，而認識到外界風險因子的真正種類。在這種情況下，醫生對於「疾病種類」這項外界風險因子的種類，沒有認識能力可言。實務的案例如下：

---

<sup>29</sup> 案例事實來源：台北地院九十二年度簡字第五三六號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

(1) 疾病初期沒有特殊症狀：有的疾病在初期時，臨床上並無明顯的特定病徵，也就是說，該種疾病在初期時，並不具有該種疾病所獨具的特定病徵，而是具有和他種常見疾病相同的共通病徵。醫生在診斷時，無法經由特定病徵，去追查到真正的疾病種類是該種疾病，而會由共通病徵，去聯想到疾病種類應是臨床上發生率較高的他種疾病。因此醫生會將該種疾病誤診成是他種疾病，而採用適合他種疾病的治療方式。當該種疾病進入後期時，雖然臨床上會出現顯著的特異病徵，會出現該種疾病所特有的特定病徵，可以經由特定病徵，看出真正的疾病種類是該種疾病，而對疾病種類作出正確診斷，並採取正確的治療方式。但此時病情已十分嚴重，雖經救治仍不免傷亡。在這種情況下，病患家屬由於難以接受病人無辜死傷的沉重事實，往往會將怒氣發洩在醫生身上，指責醫生為何未能早日診斷出疾病的真正種類，而未能早日對症下藥，導致病情延誤，造成病患的傷亡，因此憤而提起訴訟。實務的案例如下：

(i) 病患因身體不適，而赴診所求診，醫生診斷是感冒而給予點滴治療。不料注射點滴的中途，病患病情突然惡化。轉診後發現病患是因柯沙奇病毒感染，引發心肌炎而導致心臟衰竭，經急救無效而宣告不治。病患家屬認為：醫生將因柯沙奇病毒感染而引發的心肌炎，當成是一般感冒加以治療，造成病情未獲適當治療而惡化致死，醫生實有疏失，於是向法院提起訴訟。法院調查結果發現，柯沙奇病毒感染在初期時，臨床表徵大多數只有發燒和類似一般感冒的症狀，難以依據臨床表徵作出正確診斷。本案病患是因柯沙奇病毒感染，併發心肌炎，在短時間內引發急性心臟衰竭而死。由於病毒感染初期的臨床症狀和一般感冒無異，因此醫生未能診斷出病患是病毒感染（真正的疾病種類）（真正的外界風險因子種類），而誤診成是一般感冒（錯誤的疾病種類）（錯誤的外界風險因子種類），並無疏失可言<sup>30</sup>。

---

<sup>30</sup> 案例事實來源：台北地院八十七年度自字第六六八號。本個案的案例事實來自實務判決，但

在本案中，在柯沙奇病毒感染的初期，由於缺乏特定的臨床症狀（缺乏可供辨別的外在指標），只有和感冒相同的共通症狀（只有無區辨度的外在指標），因此醫生無法經由可辨別的外界指標，而認識到外在風險因子的真正種類，醫生對於外界風險因子的種類，沒有認識能力，因此也就不會想到採用適合真正外界風險因子種類的治療方式。在這種情況下，醫生會由和感冒相同的共通病徵，誤以為真正的疾病種類是臨床上較常見、發生率較高的一般感冒，而作出錯誤的診斷（誤診疾病的種類），並採用適合感冒的治療方式。此時由於辨識能力的客觀基礎欠缺，醫生的未能辨識出真正的疾病種類而誤認成是錯誤的疾病種類，並無過失可言（醫生並無誤診的疏失），醫生對於未採用正確治療方式致生死亡結果一事，也沒有過失可言。

（2）疾病出現非典型症狀：有的疾病在發病初期，雖然具有明顯的特定病徵，也就是說，具有該種疾病所特有的典型症狀，但是有時在臨床上，不會表現出典型症狀，而是表現出他種疾病所特有的症狀。此時由於該種疾病表現的不是該種疾病的典型症狀，而是該種疾病的非典型症狀，而是他種疾病的典型症狀，因此醫生在診斷時，無法經由該種疾病的典型症狀，去探究到真正的疾病種類是該種疾病，或是可能的疾病種類是該種疾病，而作出相關檢查，以確認是否真的是該種疾病。此時醫生會由他種疾病的典型症狀，去認知到疾病種類應該是他種疾病。因此醫生會將該種疾病誤診成是他種疾病，而採用適合他種疾病的治療方式。當該種疾病進入後期時，雖然臨床上會出現顯著的特異病徵，會出現該種疾病所特有的特定病徵，可以經由特定病徵，看出真正的疾病種類是該種疾病，而對疾病種類作出正確診斷，並採用正確的治療方式。但此時病情已十分嚴重，雖經救治仍不免傷亡。在這種情況下，病患家屬由於難以接受病人無故傷亡的沉重

---

是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

事實，往往會將怒氣發洩在醫生身上，指責醫生為何未能早日診斷出疾病的真正種類，而未能早日對症下藥，導致病情延誤而造成傷亡，因此憤而提起訴訟。實務的案例如下：

(i) 一名幼童的母親，因幼童身體不適，帶病童赴診所求診。醫生診斷病因是咽喉炎而給予治療。不料病童回家後，病情突然惡化，轉診後發現，病童是因腦膜炎而併發敗血症，雖經急救仍不幸成為植物人。病童家屬認為：醫生將腦膜炎誤診成是咽喉炎而加以治療，造成腦膜炎病情未獲適當治療而惡化，以至於無法挽回，醫生實有疏失，於是向法院提起訴訟。法院調查結果發現，腦膜炎的早期診斷不易，除非病患有發生抽筋、前囟門突出、頸部僵硬、意識障礙等情形，醫師才較易診斷。本案病童就診當時，只出現發燒、咽喉紅腫、食慾不佳等情形，並未出現腦膜炎的相關症狀，因此醫生未想到可能是腦膜炎，而未作出脊髓液檢查，以確認是否真的是腦膜炎，卻將之診斷成是咽喉炎，並無疏失可言<sup>31</sup>。

本文中，在腦膜炎的發病初期，由於病患沒有出現腦膜炎特有的臨床症狀(缺乏可供辨別的外在指標)，如抽筋、前囟門突出、意識障礙等，只有出現和咽喉炎相同的症狀(只有無區辨度的外在指標)，包括發燒、咽喉紅腫、食慾不佳等，因此醫生無法經由可辨別的外界指標，而認識到外在風險因子的可能種類，醫生對於外界風險因子的可能種類，沒有認識能力。因此也就不會作出脊髓液檢查，以確定是否真的是腦膜炎，一旦發現是腦膜炎，即採用適合腦膜炎的治療方式(正確的治療方式)。在這種情況下，醫生會由和咽喉炎相同的病徵，誤以為真正的疾病種類是咽喉炎，而作出錯誤的診斷(誤診疾病的種類)，並採用適合咽喉炎的治療方式(錯誤的治療方式)。此時由於認識能力的客觀基礎欠缺，醫生的未

---

<sup>31</sup> 案例事實來源：台南地院八十九年度自字第九一號；高等法院台南分院九十年度上易字第一七〇七號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

能認識到可能的疾病種類而誤認成是錯誤的疾病種類，並採用錯誤的治療方式，並無過失可言（醫生並無誤診的疏失），醫生對於未作相關檢查而未發現腦膜炎一事，以及對於未採用正確治療方式致生傷害結果一事，也沒有過失可言。

（ii）一名幼童的母親，因幼童腹部疼痛，於上午帶病童赴醫院求診。醫生作出腎臟超音波檢查後，並未發現異狀，病童因持續腹痛而留院治療。不料至晚間時，病童病情突然惡化，雖經急救仍不幸身亡。解剖報告發現，病童是死於急性胰臟炎。病童家屬認為：醫生未能考慮到病童可能是急性胰臟炎，而未作出血液生化檢驗，以確認是否真的是胰臟炎，因此未能及時查出真正病因，病情未獲適當治療而惡化，以至於無法挽回，醫生實有疏失，於是向法院提起訴訟。法院調查結果發現，急性胰臟炎的典型症狀是：上腹痛、腹漲、腹部僵硬，本案病童就診當時，只出現下腹部疼痛的症狀，且腹部柔軟，並未出現急性胰臟炎的相關症狀。因此醫生未想到可能是急性胰臟炎，而未作出相關檢查，以確認是否真的是急性胰臟炎，並無疏失可言。

本文中，由於病患沒有出現急性胰臟炎的典型症狀（缺乏可供鑑別的外在指標），如上腹痛、腹漲、腹部僵硬等，只有出現下腹痛的非典型症狀（只有無區辨度的外在指標），因此醫生無法經由可辨別的外界指標，而認識到外在風險因子的可能種類，醫生對於外界風險因子的可能種類，沒有認識能力。因此也就不會作出相關檢查，以確定是否真的是急性胰臟炎，一旦發現是急性胰臟炎，即採用適合急性胰臟炎的治療方式（正確的治療方式）。在這種情況下，醫生對於「未能認識到可能的疾病種類，因而未作相關檢查，以至於未發現急性胰臟炎」一事，以及對於「未採用正確治療方式，致生死亡結果」一事，均無過失可言<sup>32</sup>。

---

<sup>32</sup> 案例事實來源：高等法院八十九年度上訴字第五七號。本個案的案例事實來自實務判決，但是個案中認識能力的結構則是作者自己的見解。

### (三) 沒有認識外界風險因子種類能力的無過失

當行為人因為主觀基礎或是客觀基礎欠缺，而沒有認識外界風險因子種類的能力時，在這種情況下，行為人因為無法認識到外界風險因子的真正種類，而會誤認錯誤的風險因子種類是真正的風險因子種類，因此也就無法認識到：適合真正風險因子種類的防險行為，才是正確的防險行為，而會誤認：適合錯誤風險因子種類的防險行為，是正確的防險行為，而作出適合錯誤風險因子種類的防險行為（錯誤的防險行為）。行為人誤以為：真正風險因子種類所帶來的風險，已經自己所作出的正確防險行為防止住。但其實：真正風險因子種類所帶來的風險，並沒有被行為人所作出的錯誤防險行為防止住。換句話說，行為人由於對於外界風險因子種類沒有認識能力，作出錯誤的控險行為，最終導致行為人對於未被防止住的外界風險沒有認識能力。（對外界風險沒有認識能力，這是無過失不作爲犯的原始定義）

當行為人因為主觀基礎或是客觀基礎欠缺，而沒有認識外界風險因子可能種類的能力時，在這種情況下，行為人沒有能力去認識到：外在風險因子可能是甲種風險因子（甲種疾病），而會誤以為：外在風險因子一定是乙種風險因子（乙種疾病）。由於行為人沒有認識到：外在風險因子可能是甲種風險因子，因此也就沒有認識到：應作檢驗，以確定外在風險因子是否真的是甲種風險因子。在沒有作檢驗確認的情況下，因而沒有發現到外在風險因子真的是甲種風險因子。由於行為人誤以為外在風險因子一定是乙種風險因子，因而誤認對乙種風險因子來說適格的防險行為，但對真正的甲種風險因子來說不適格的防險行為，是正確的防險行為，而作出該防險行為，並誤認外界風險已經被防止住。但其實真正風險



因子種類（甲種風險因子）所造成的風險並沒有被防止住。換句話說，行為人由於對「外在風險因子可能種類」沒有認識能力，而沒有作出確認行為，導致行為人對外在風險因子的真正種類沒有認識能力。行為人誤認外界風險因子的種類是其他種類，而作出不適格的防險行為，最終導致行為人對未被防止住的外界風險沒有認識能力（行為人對外界風險沒有認識能力，這是無過失不作為犯的原始定義）。

## **第四節 認識能力的結構和認識能力的圖像**

### **第一款 認識能力的結構**

#### **（一）認識能力的主客要素和認識能力的靜態結構**

依照上面的分析，在許多情況下，認識能力不是一種純粹存在於個人內在方面的屬性，它不是一種完全主觀的性質，而是由主觀要素和客觀要素兩者共同組成。行為人行為時要擁有圓滿的認識能力，除了行為人主觀上要有一定的感官能力、知識和經驗，還必須風險因子在客觀上具有可供認識的外在徵兆。認識能力兼具主觀層面和客觀層面，完整的認識能力結構是由主觀因素和客觀因素聚合而成，這是認識能力的靜態結構。

#### **（二）認識能力的發揮狀態和認識能力的動態結構**

當行為人運用感官能力，去察覺到外在徵兆的存在，並進一步運用知識和經

驗，去洞察到徵兆背後所代表的意義：風險因子的存在，或是風險因子的種類，這是認識能力的發揮狀態。這種能力的發揮狀態，是由主觀要素和客觀要素交織而成，這是認識能力的動態結構。

### **（三）過失狀態、認識能力的未發揮狀態和認識能力的失序結構**

過失，是行為人沒有發揮能力去認識到風險，是認識能力的未發揮狀態（見本文）。當行為人沒有發揮感官能力，去察覺外在徵兆的存在，因而沒有經由徵兆而認識到風險因子的存在或種類時，或是當行為人雖然察覺到外在徵兆的存在，但是沒有進一步發揮一己的知識和經驗，去洞察到徵兆背後所代表的意義：風險因子的存在或種類時，這是認識能力的未發揮狀態，也就是過失狀態。這種能力的未發揮狀態，是由主觀要素和客觀要素交織而成，這是認識能力的失序結構。

## **第二款 認識能力的圖像**

### **（一）認識能力的客觀要素和行為人處境**

在許多情況下，能力的基礎，包含了客觀基礎和主觀基礎，能力的要素，包含了客觀要素和主觀要素。能力的客觀要素是指，風險因子或風險因子種類的外在徵兆，能力的主觀要素是指，行為人個人的感官能力和知識和經驗。這其中客觀要素，也就是風險因子或風險因子種類的外在徵兆，事實上就相當於：行為人當時所面臨的環境狀況，也就是行為人當時所處的狀況。當風險因子或是外界風險因子或是外界風險因子種類，如車子的煞車失靈、血液中的愛滋病毒、疾病的

存在、疾病的種類等，具有外在徵兆時，事實上就相當於：行爲人當時所面臨的外在環境狀況是有風險因子徵兆的，也就是行爲人當時所處的狀況是有可見跡象的，是有線索可以發覺到風險因子存在或風險因子種類的，行爲人處在一個可以發現到風險因子存在或風險因子種類的狀況。當風險因子或是外界風險因子或是外界風險因子種類，如車子的煞車失靈、血液中的愛滋病毒、疾病的存在、疾病的種類等，不具有外在徵兆時，就相當於：行爲人當時所面臨的外在環境狀況是沒有風險因子徵兆的，行爲人當時所處的狀況是沒有可見跡象的，是沒有線索可以發現到風險因子存在或風險因子種類的，行爲人處在一個不可能發現到風險因子存在或風險因子種類的狀況。外界徵兆的有無，是行爲人當時所處環境狀況的一部分，是行爲人處境的一部分。

## **(二) 影響認識能力強度的主客觀要素**

在許多情況下，認識能力的成立，除了行爲人主觀上必須具有對於風險因子徵兆的感官能力、知識和經驗以外，還必須風險因子在客觀上是可以識別出來的，在客觀上是具有外在徵兆的。也就是說，認識能力的成立，會受到主客觀因素是否存在的影響。除此之外，認識能力的強弱程度，會受到主客觀因素強度的影響：客觀徵兆的明顯度，以及主觀感官能力、知識、經驗的強度。

### **(1) 客觀徵兆的明顯度**

當行爲人具有相應的感官能力、知識和經驗時，如果風險因子具有明顯的外在徵兆，行爲人的認識能力會比較強，如果風險因子具有較不明顯的外在徵兆，

行為人的認識能力會相對較弱。

以取用藥物時，「藥物種類錯誤」這項風險因子為例。「藥物種類錯誤」這項風險因子的外在徵兆是：藥瓶上標示藥物種類品名的標籤，以及藥物的外觀和容量（如甲種藥物是黃色藥片，一片含有 0.5 克甲種藥物，乙種藥物是綠色藥丸，一粒含有一克乙種藥物，丙種藥物是紅白膠囊，一個膠囊含有 0.25 克丙種藥物，丁種藥物是白色乳劑，一瓶 5CC，戊種藥物是藍色藥膏，一條藥膏 10 克）。醫護人員取用藥物時，可以經由藥瓶上的標籤，以及藥物的外觀和容量，去認識到藥物種類的正確與否，可以經由這項徵兆，去辨識出風險因子的存在與否。在這種情況下，如果錯誤藥物種類的品名和正確藥物種類的品名相仿，也就是說，錯誤藥物種類的標籤內容和正確藥物種類的標籤內容相仿，或是錯誤藥物種類的顏色或容量和正確藥物種類的顏色或容量相仿，就會削弱行為人的認識能力，行為人一不小心就會將這兩種藥物搞混，會將錯誤的藥物種類誤認成是正確的藥物種類，行為人必須仔細查看才能分辨出這兩種藥物種類，必須細心留神才能看清楚錯誤藥物種類的藥品標籤、藥物外觀或藥物容量。實務的案例如下：降血糖藥（Euglucob）和血管擴張劑（Euclidan）的藥名，開頭的兩個英文字母相同，醫護人員取藥時，必須仔細查看才能分辨出這兩種藥物種類，必須細心留神才能看清楚錯誤藥物種類的藥品標籤。由於這兩種藥物的藥名相似，曾有醫院的醫護人員，一時不察，將降血糖藥誤認成是血管擴張劑，而將降血糖藥拿給動脈硬化，血液循環不良的病患服用。結果病患服用後，陷入昏迷，最後變成植物人<sup>33</sup>。止血劑（Transamin）和麻醉劑（Marcaine）的藥名，結尾處的英文字母彼此相似，而且兩藥的外觀和容量相同，都是一瓶 5CC 的藥水。醫護人員取藥時，必須仔細查看才能分辨出這兩種藥物種類，必須細心留神才能看清楚錯誤藥物種類的藥品標籤（此時由於兩藥的藥物外觀和容量相同，不能作為辨識的依據，風險因子的

---

<sup>33</sup> 見 2003 年 11 月 11 日的中國時報，新聞標題「給錯藥，別說你碰不到」。

徵兆只剩下藥物標籤)。由於這兩種藥物的藥名相似，外觀和容量相同，曾有醫院的醫護人員，一時不察，將止血劑誤認成是麻醉劑，而將止血劑用針筒從藥瓶中抽出，注射到即將臨盆的孕婦身上。結果孕婦於注射後，引發急性腦水腫，不治死亡，腹中嬰兒也胎死腹中<sup>34</sup>。

再以駕駛車輛時，「車前行人」這項風險因子為例。當車輛行駛中，如果車前突然出現一個立在道路中央的行人（行人可能違反規則穿越馬路，或是想要檢拾掉落在路上的東西）（風險因子），駕駛即有可能反應不及而撞上該名行人（風險因子所帶來的風險）。「車前行人」這項風險因子的外在徵兆是：行人具有人類的外觀和衣著。駕駛在開車時，可以經由行人的人類外觀和衣著，去認識到車前行人的存在，可以經由這項徵兆，去辨識出風險因子的存在。在這種情況下，如果行人的衣著不醒目，例如在林間道路，四周都是茂密的綠葉，而行人穿著綠色衣服站在路上，或是在夜間道路，四周一片漆黑，而行人穿著黑色衣服行走在路間，就會削弱駕駛的認識能力，駕駛一不小心就會忽略行人的衣著和行人的存在，駕駛必須必須細心留神才能看清楚行人的衣著和行人的存在。

在上述情況下，由於風險因子的徵兆較不顯著，能力的客觀基礎較為薄弱，因此認識能力的強度較弱，行為人必須要用心留神，才能發揮感官能力去認識到風險因子徵兆的存在，並經由風險因子的徵兆而認識到風險因子的存在。如果行為人在取藥或開車時，沒有用心留神，就會無法發揮感官能力去認識到風險因子徵兆的存在，無法經由風險因子的徵兆而認識到風險因子的存在，此時即形成過失。在這種情況下，由於行為人的認識能力較弱，要很費神，要很用心，才能夠看清風險因子徵兆以及風險因子的存在。因此相形之下，行為人的沒有很費神，沒有很用心，而誤認風險因子徵兆以及風險因子不存在，情節較輕，也就是說，

---

<sup>34</sup> 新竹地院八十九年度訴字第四號。高等法院九十年度上訴字第三四六八號。

行爲人的過失程度較輕微。

當行爲人具有相應的感官能力、知識和經驗時，如果風險因子具有較不明顯的外在徵兆，行爲人的認識能力會相對較弱。

以取用藥物時，「藥物種類錯誤」這項風險因子爲例。「藥物種類錯誤」這項風險因子的外在徵兆是：藥瓶上標示藥物種類品名的標籤，以及藥物的外觀和容量（如甲種藥物是黃色藥片，一片含有 0.5 克甲種藥物，乙種藥物是綠色藥丸，一粒含有一克乙種藥物）。醫護人員取用藥物時，可以經由藥瓶上的標籤，以及藥物的外觀和容量，去認識到藥物種類的正確與否，可以經由這項徵兆，去辨識出風險因子的存在與否。在這種情況下，如果錯誤藥物種類的品名和正確藥物種類的品名，毫無相似之處，也就是說，錯誤藥物種類的標籤內容和正確藥物種類的標籤內容，並不雷同，或是錯誤藥物種類的顏色和正確藥物種類的顏色，差異很大，就會增強行爲人的認識能力，行爲人稍加留意就會可以分辨出這兩種藥物，就可以認識到錯誤的藥物種類也就是風險因子的存在，行爲人必須很粗心、很不用心，才會誤認錯誤的藥物種類是正確的藥物種類，才會沒有看清錯誤藥物種類的藥品標籤、藥物外觀或藥物容量。實務的案例如下：麻醉劑的藥名是「Atracurium Besylate」，外包裝是白底紫字標籤，容量是一瓶 5CC，B 型肝炎疫苗製劑的藥名是「Engerix - B」，外包裝是白底藍條的標籤，容量是一瓶 1CC，兩種藥物的藥物名稱、標籤外觀、藥瓶容量均不相同。一名新進護士，一日準備爲嬰兒注射肝炎疫苗時，竟疏未注意及此，將品名、外觀和容量均不相似的兩種藥物搞混，將麻醉劑誤以爲是肝炎疫苗，而把麻醉劑從冰箱中取出，注射到嬰兒身上，釀成一死六傷的慘劇<sup>35</sup>。

---

<sup>35</sup> 見板橋地院九十二年度囑訴字第一號。高等法院九十二年度囑上訴字第一號。這是「北城醫院打錯針事件」一案的案情。之後該名護士雖有注意到藥瓶容量，和以往所注射疫苗的藥瓶容量，並不相同，而有認識到自己可能拿錯了藥物，有認識到「藥物種類錯誤」這項風險因子的可

再以駕駛車輛時，「車前行人」這項風險因子為例。當車輛行駛中，如果車前突然出現一個立在道路中央的行人（行人可能違反規則穿越馬路，或是想要檢拾掉落在路上的東西）（風險因子），駕駛即有可能反應不及而撞上該名行人（風險因子所帶來的風險）。「車前行人」這項風險因子的外在徵兆是：行人具有人類的外觀和人類的衣著。駕駛在開車時，可以經由行人的人類外觀和人類衣著，去認識到車前行人的存在，可以經由這項徵兆，去辨識出風險因子的存在。在這種情況下，如果行人的衣著醒目，例如在林間道路，四周都是茂密的綠葉，而行人穿著紅色衣服行走在路間，或是在夜間道路，四周一片漆黑，而清潔工穿著黃色反光衣服站在路上，就會增強駕駛的認識能力，駕駛稍加留意就會可以發覺行人的衣服和行人的存在，行為人必須很粗心、很不用心，才會沒有發現行人的衣服和行人的存在。

在上述情況下，由於風險因子的徵兆十分顯著，能力的客觀基礎強大，因此認識能力的強度較強，行為人不必要用心留神，只須稍加留意，就能發揮感官能力去察覺到風險因子徵兆的存在，並經由風險因子的徵兆而認識到風險因子的存在。除非行為人在取藥或開車時，連稍加留意都沒有，才會沒有發揮感官能力去察覺到風險因子徵兆的存在，才會沒有經由風險因子的徵兆而認識到風險因子的存在，此時即形成過失。在這種情況下，由於行為人的認識能力較強，不需要很費神，只須稍加注意，就能夠看清風險因子徵兆以及風險因子的存在。因此相形之下，行為人連稍加留意都沒有，而誤認風險因子徵兆以及風險因子不存在，情

---

能存在，但是卻誤認只要隨口詢問一旁的同仁，即可確認到底藥物種類有無錯誤（確認風險因子是否存在），誤認粗疏的確認行為是適格的確認行為，而在粗疏的確認下，但是由於確認動作不確實，而終究沒有發現到自己的確拿錯了藥物，沒有發現到風險因子的存在（見本文）。本文在此將原有案情改編成是：護士忽略了藥物名稱、標籤顏色、藥瓶容量等明顯的外在徵兆，而沒有經由上述徵兆認識到風險因子的存在。本文之所以將原有案情予以改編，是為了要對於「明顯徵兆下的過失」作出實例說明。

節嚴重，也就是說，行為人的過失程度重大。

## （二）主觀感官能力、知識、經驗的強度

當風險因子具有外在徵兆時，如果行為人的感官能力比較敏銳，專業知識比較精深，經驗比較豐富，行為人的認識能力會比較強，相對的，如果行為人的感官能力比較不敏銳，專業知識比較不精深，經驗不夠豐富，行為人的認識能力會比較弱。例如同樣的症狀，落在實習醫生和資深醫生的眼中，前者必須比較費神用心，才能察覺到症狀的存在，才能經由徵狀去認識到疾病的存在和疾病的種類。後者不必很費神用心，只須盡一般的注意，就可以察覺到症狀的存在，就可以經由徵狀去認識到疾病的存在和疾病的種類。當前者沒有很用心費神，只是盡一般的注意，而沒有留意到徵狀的存在時，其過失程度較輕微。當後者連一般的注意都沒有，而沒有留意到徵狀的存在時，其過失程度較嚴重。

## （三）影響認識能力的強度的其他客觀因素

除了能力的客觀要素和主觀要素以外，認識能力的強弱，還會受到當時環境中其他客觀因素的影響。以交通案件為例：當天氣晴朗，路上無遮蔽物，視線良好時<sup>36</sup>，車輛駕駛對於四周狀況，會有較佳的認識能力，只要盡一般的注意，就可以察覺四周的狀況。在這種情況下，如果車輛駕駛疏未盡一般的注意，而沒有認識到四周的狀況：如前後車、左右車和己車之間的距離過短（未保持安全距

---

<sup>36</sup> 案例事實來源：最高法院八十八年度台上字第六五二二號；基隆地院八十九年度交訴字第二〇號。基隆地院九十一年度交簡上字第二九號；高等法院台中分院八十八年度交上訴字第一三三號；最高法院八十九年度台上字第二〇二四號；最高法院九十年度台上字第一五七七號；高等法院台中分院九十年度重上更（四）字第五七號；最高法院九十一年度台上字第三五號；高等法院台中分院九十一年度重上更（五）字第一三號。



離)，或是行人闖紅燈穿越馬路，以至於未立即減速或煞車，而撞上其他車輛或行人時，其過失情節重大。當天氣陰雨，路上有遮蔽物，視線不清時<sup>37</sup>，車輛駕駛對於四周狀況，會有較差的認識能力，必須提高注意程度，才可以察覺四周的狀況。在這種情況下，如果車輛駕駛並未提高注意程度，只是盡一般的注意，而沒有認識到車前的狀況：如前後車、左右車己車之間的距離過短（未保持安全距離），或是行人闖紅燈穿越馬路，以至於未立即減速或煞車，而撞上其他車輛或行人時，其過失情節較輕。

此外，風險因子的來源，也會影響到認識能力的強弱。如果風險因子是由他人引入，但是這名他人過去從未有失誤的紀錄，行為人就會比較不容易想到：這名他人可能會一反往日常態，而引入風險因子，在這種情況下，行為人的「沒想到風險因子可能存在」這項過失，情節較輕。實務的案例如下：

(1) 一名婦產科醫生和其所雇用的護士分工合作多年，醫生負責手術、開藥，護士負責遞刀、取藥、配藥，一直沒有出過差錯。一日該名婦產科醫生打算對一名即將臨盆的孕婦注射麻醉劑，於是吩咐護士將麻醉劑拿來。由於該名護士之前的紀錄良好，從未出過狀況，因此醫生未認識到：護士這次可能取錯藥（風險因子的可能存在），而接過護士遞交的藥物後，未確認藥物的種類（確認風險因子是否存在），即逕自注射到孕婦體內。不料該名護士這次竟然出錯，誤將止血劑當成是麻醉劑，而取用止血劑交給醫生，結果造成孕婦於注射後，引發急性腦水腫而身亡<sup>38</sup>。

(2) 著名的肉粽販售業者固定向一家肉商訂貨，雙方多年來一直合作愉快。

---

<sup>37</sup> 案例事實來源：最高法院八十八年度台上字第六四九九號；高等法院八十八年度交上更（二）字第三四號。

<sup>38</sup> 案例事實來源：新竹地院八十九年度訴字第四號。

一年的端午節前夕，肉粽業者要求肉商降價，肉商應允，並送來了一批豬肉給肉粽業者。該名肉粽業者，由於對方向來紀錄良好，不疑有他，沒有想到豬肉可能品質有問題（風險因子的可能存在），而未確認豬肉品質，就收下了這批貨。不料該名肉商爲了平衡價差，此次竟一改往例，在生鮮豬肉中摻和病死豬肉。檢警接獲該名肉商不肖行徑的線報，展開查緝，發現該名肉商果然販賣病死豬肉，而立即追查病死豬肉的流向，因而查出病死豬肉已流入該名肉粽業者所生產的肉粽中。消息經新聞報導曝光後，曾購買肉粽的顧客紛紛要求退貨，該名肉粽業者因正逢端午旺季，損失慘重<sup>39</sup>。

此外，風險的大小，也會對認識能力的強弱和過失情節的輕重，產生影響。當行爲風險或是外界風險很大時，行爲人會比較容易想到行爲風險或是外界風險的存在，在這種情況下，行爲人的「沒想到行爲風險或是外界風險」這項過失，情節較爲嚴重。

#### （四）認識能力的整體圖像

能力的主觀要素和客觀要素的是否存在，會決定能力的是否成立。當能力成立後，主觀要素的強度，包括：感官能力、智商、知識、經驗、專注力、體力等的強度，和客觀要素的強度，如徵兆的明顯程度，以及當時環境中的其他客觀因素（能力的客觀要素也是當時環境中的一項客觀因素<sup>40</sup>），如光線照明、行爲人和風險因子製造者間的信任關係，風險的大小等，都會對認識能力的強度作出或正或負的影響，都會對過失情節的輕重產生影響。整體的認識能力，以及整體的過失情節，是這些主客觀因素加減後形成的一幅圖像，是這些主客觀因素聚合而

---

<sup>39</sup> 本案的發生日期是 2005 年 6 月間。見新聞網站「蘋果日報」，新聞標題「病死豬肉包粽」。

<sup>40</sup> 見本文第九章第四節第二款（一）。

成的星座。

## **（五）認識能力和被認識可能性**

在許多情況下，完整的能力結構包含了主觀要素和客觀要素，因此認識能力並不完全是主觀的。在這種情況下，當認識能力成立時，正確的形容不應當只是：行為人對風險有認識能力，還應當包括：風險本身有被認識可能性。這兩種形容兼備，才可以完整表達出認識能力的雙重層面。

## **第五節 能力的結構和個別化理論**

### **第一款 一般化理論和個別化理論中的能力結構**

#### **（一）一般化理論中的能力結構和個別化理論中的能力結構**

根據一般化理論，在不法成立的判斷上，必須檢驗一般人認識能力的有無，判斷標準是採用一般人標準<sup>41</sup>。也就是說，不法要素中的認識能力，是指一般人的認識能力，以一般人的認識能力，作為過失犯的不法內涵<sup>42</sup>。根據個別化理論，在不法成立的判斷上，必須檢驗行為人認識能力的有無，判斷標準是採用行為人標準。也就是說，不法要素中的認識能力，是指行為人的認識能力，以行為人的認識能力，作為過失犯的不法內涵。

---

<sup>41</sup> 相同見解見黃榮堅，基礎刑法學（上），2003，頁 292。

<sup>42</sup> 相同見解見黃榮堅，基礎刑法學（上），2003，頁 290。

一般人認識能力有無的檢驗標準是：在當時的情況下，也就是說，在行為人所處的情況下，一般人根據自己的知識和能力，是否可以去認識到行為風險或是外界風險。一般化理論者，是以「在當時的情況下（在行為人所處的情況下），一般人根據自己的知識和能力，可以去認識到行為風險或是外界風險」，作為過失犯的不法內涵。行為人認識能力的檢驗標準是：在當時的情況下，也就是說，在行為人所處的情況下，行為人根據自己的知識和能力，是否可以去認識到行為風險或是外界風險<sup>43</sup>。個別化理論者，是以「在當時的情況下（在行為人所處的情況下），行為人根據自己的知識和能力，可以去認識到行為風險或是外界風險」，作為過失犯的不法內涵。

在一般人標準，認識能力中的經驗、知識、智力等主觀要素，是取決於一般人的經驗、知識、智力狀況，是根據一般人的經驗、知識、智商狀況來作決定。但是，認識能力中的當時狀況，則是取決於行為人當時所處的狀況，是根據行為人當時所處的狀況來作決定。在行為人標準，認識能力中的經驗、知識、智力等主觀要素，是取決於行為人的經驗、知識、智力狀況，是根據行為人的經驗、知識、智商狀況來作決定。認識能力中的當時狀況，也是取決於行為人當時所處的狀況，也是根據行為人所處的狀況來作決定。也就是說，按照一般化理論，是以「一般人的知識經驗智力」和「行為人當時所處的狀況」作為不法能力的主客觀要素，作為過失犯的不法內涵。按照個別化理論，是以「行為人的知識經驗智力」和「行為人當時所處的狀況」作為不法能力的主客觀要素，作為過失犯的不法內涵。

---

<sup>43</sup> Baumann / Weber, Strafrecht, AT, 9. Aufl., 1985, S. 435; Jescheck / Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, § 55 II 3; Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S. 512 ff.。

## （二）對一般化理論能力結構的疑問

能力要素中的主觀要素，在一般人標準，是以一般人的狀況來作決定，而在行爲人標準，則是以行爲人的狀況來作決定。但是，能力要素中的客觀要素，無論在一般人標準或是行爲人標準，都是以行爲人的狀況來作決定。也就是說，能力要素中的客觀要素，即使是在一般人標準，也是以行爲人的狀況來作決定。按照一般化理論，在不法層次的能力判斷上採行一般人能力標準時，能力要素中的主觀要素是一般化的，而客觀要素卻是個別化的。也就是說，按照一般化理論，以一般人的認識能力作為不法內涵時，是以一般化的的能力主觀要素，和個別化的能力客觀要素，作為不法的內容。

我想要提出的質疑是：按照一般化理論，為什麼能力要素中的客觀要素，也就是當時的狀況，不是一般化的，不是以一般人通常所處的狀況來作決定，而是個別化的，而是以行爲人當時所處的狀況來作決定。為什麼不是以一般人的的能力客觀要素，作為不法的內容，而是以行爲人的的能力客觀要素，作為不法的內容。此外，無論是在一般化理論或是在個別化理論，能力的客觀要素，都是個別化的。如果對於能力的客觀要素，從來都不曾有人主張說，應該取決於一般人的狀況，而是完全依據行爲人所處的狀況來作決定，那麼為什麼能力的主觀要素，卻會出現以一般人的狀況來作決定的情形。也就是說，在一般化理論的一般人標準，既然能力的客觀要素是個別化的，那麼為什麼能力的主觀要素卻必須要一般化。

以「疾病種類」這項外界風險因子種類為例。有的疾病通常會出現該種疾病所特有的典型症狀，也就是說，該種疾病在大部分個案中都會出現典型症狀。在這種情況下，一般醫生所面臨的狀況是：有特有症狀存在，而可以追查該種疾

病，有可供辨別的徵兆存在，而可以追查到外界風險因子的種類，也就是說，一般醫生是處在下述狀況：有線索可以發現外界風險因子的種類。但是一旦該種疾病在某個案中，剛好沒有出現特有的典型症狀，卻出現非典型症狀，而這種非典型症狀正好是他種疾病的典型症狀時。此時在這項個案中，醫生所面臨的狀況是：沒有特有症狀存在，而無法追查到該種疾病，沒有可供辨別的徵兆存在，只有無區辨度的徵兆存在，而無法追查到外界風險因子的真正種類，也就是說，個案醫生是處在下述狀況：沒有線索可以發現到外界風險因子的真正種類。在這種情況下，因該種疾病沒有出現該種疾病的典型症狀，而是出現他種疾病的非典型症狀，因此醫生對於疾病的真正種類沒有認識能力，醫生會由他種疾病的典型症狀，認知到疾病種類應是他種疾病，並採取適合他種疾病的治療方式。此時醫生的誤診疾病種類，將疾病診斷成是他種疾病，並沒有過失可言，醫生採取錯誤的治療方式，造成病情延誤而引發傷亡，也沒有過失可言。

在上述案例中，一般醫師通常會面對的是：該種疾病出現典型症狀，也就是說，在一般醫生所處的狀況中，能力的客觀基礎是具備的，而個案醫師所面對的是：該種疾病出現非典型症狀，也就是說，在個案醫生所處的真实狀況中，能力的客觀基礎是不具備的。如果在不法層次，能力的客觀基礎，是依照一般醫生所面臨的狀況來作決定，能力的主觀基礎，是依照一般醫生所具有的知識經驗來作決定，那麼能力將會宣告成立。如果在不法層次，能力的客觀基礎，是依照個案醫生所面臨的狀況來作決定，能力的主觀基礎，是依照一般醫生所具有的知識經驗來作決定，那麼能力將會宣告不成立。

### **（三）能力的主客觀要素和行為人的內外層面**

前面我所提出的質疑是：按照一般化理論，為什麼能力要素中的客觀要素，

也就是當時的狀況，不是一般化的，不是以一般人通常所處的狀況來作決定，而是個別化的，而是以行為人當時所處的狀況來作決定。此外，在一般化理論的一般人標準，既然能力的客觀要素是個別化的，那麼為什麼能力的主觀要素卻必須一般化。我想這個問題的答案是：客觀不法理論者，事實上所真正拒斥的，不是行為人的主觀要素。請聽我詳細道來。

能力的客觀要素，也就是行為人當時所處的環境狀況，並不是純粹客觀的。行為人當時所處的環境狀況，這個環境狀況雖然是外在的，因此相較於內在的知識經驗，它的確比較客觀，但是它也有主觀色彩。因為它是行為人當時所處的環境狀況，而不是他人所處的環境狀況，也不是之前或之後的環境狀況。行為人當時所處的環境狀況，相當於行為人當時所擁有的環境，行為人所具有的主觀知識經驗，相當於行為人當時所擁有的智性。也就是說，無論是行為人所處的客觀狀況也好，或是行為人所具有的主觀知識經驗也好，都是一種行為人所擁有的東西，從這個角度來看，它們都是主觀的，它們都是行為人當時所有的主觀狀態。它們之所以會有主客觀之分，不在於一者是行為人所有，一者不是行為人所有，而在於一者是行為人所擁有的內在狀況，一者是行為人所擁有的外在狀況。

客觀不法理論者真正拒斥的正是：行為人的主觀內在性質。客觀不法理論者認為，一個人的主觀內在是不可見的，是難以捉摸的<sup>44</sup>，因此不法的成立，不可以取決於此，因此在不法要素的判斷上，行為人個人的內在經驗知識，必須以一般人的內在經驗知識加以取代，必須以一般人的內在經驗知識來作決定。而行為人的外在是可見的，是可以掌握的，因此不法的成立，可以取決於此，因此在不法要素的判斷上，行為人所處的實際外在客觀狀況，不必以一般人所處的狀況來加以取代，直接以行為人所處的外在狀況來作決定即可。

---

<sup>44</sup> 許玉秀，「當代刑法理論之發展」，收錄在『當代刑事法學之理論與發展』，2002，頁 37。

#### (四) 內外在此的區分 and 法益的期待

這種內外在此的區分，因內外在此而異其標準的現象，事實上是源自於一種法益的觀點。法益可以接受的是：行為人當時所處的外在狀況，和一般人通常所處的狀況不同，行為人當時的狀況是特殊狀況，不是一般狀況。法益無法接受的是：行為人當時的能力狀況，和一般人的能力狀況不同，行為人當時的能力狀況是特殊能力狀況，不是一般能力狀況，法益無法接受行為人的特殊能力狀況。行為人作為法益互動的對象，法益希望行為人能具有一般人所具有的平均能力<sup>45</sup>，希望行為人能滿足自己對他所作出的種種客觀期待，能扮演好一個符合社會期待的標準人角色，相信行為人會作出一個符合標準模式的行動<sup>46</sup>。法益不會去考慮行為人內在的無經驗（如新手駕駛、實習醫生）、無智商、無知識<sup>47</sup>，那是行為人自個兒的事，行為人必須無條件的滿足社會的一般期待。規範期待的內容是：行為人必須作出，任何有正常能力的正常人，在當時情況下，都會作出的正常行為<sup>48</sup>（放棄行為、控險行為、或是防險行為）。

#### (五) 侵權行為法和一般化理論

這項觀點，在民法的侵權行為法領域，獲得貫徹，這種不問行為人個人能力

---

<sup>45</sup> O.W.Holmes, *The Common Law*, Boston, 1881, p.107。

<sup>46</sup> Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, S. 37。

<sup>47</sup> Hart, *Punishment and Responsibility*, OXFORD, 1968, p. 155。O.W.Holmes, *The Common Law*, Boston, 1881, p.107。Horn / Kötz / Leser, *German Private and Commercial Law: An Introduction*, translated by Weir, OXFORD, 1982, p. 148。

<sup>48</sup> Hart, *Punishment and Responsibility*, OXFORD, 1968, p. 154。



的一般性期待，獲得侵權行為法的保障<sup>49</sup>。在民法上，侵權行為的成立，一如犯罪行為的成立，都必須檢驗認識能力這項要素。不過在民法上的侵權行為，認識能力完全取決於一般人認識能力的有無，而與行為人的認識能力無涉。和一般化理論的一般人能力相同，侵權行為法的一般人能力，也是由行為人當時所處的環境狀況和一般人的知識經驗所組成。侵權行為法規範，會根據一般人能力的有無，會根據行為人當時所處的狀況和一般人的知識經驗，來決定規範的內容，來決定期待的內容，來決定行為人是否必須避免結果，以「一般理性人處在和行為人同一狀況下所會有的舉動」，來決定行為人應有的行止<sup>50</sup>。也就是說，民法規範，會根據行為人所處的不同外在狀況，而異其期待，而變更期待的內容，但不會根據行為人內在的特殊無能力狀況，而改變期待的內容，而改變原本對一般人的期待。行為人—不管其內在方面主觀能力的有無—只要違反了一般期待的內容，就必須予以損害賠償<sup>51</sup>。在這種意義上，規範無異於是要求行為人：在與他人往來互動的社會交往聯繫過程中，行為人必須保證自己是具有一般人能力的，是可以完成社會一般期待的，是可以作到一項標準行為的。侵權行為法規範，在對行為人的期待上，採用了這種觀點，以這種方式來保護侵權行為法範圍內的法益。

這項觀點，在刑法的不法層次，獲得一般化理論的承認。在過失犯的不法層次，認識能力取決於一般人認識能力的有無。一般人的認識能力，是由行為人當時所處的環境狀況和一般人的知識經驗所組成。不法規範，會根據一般人能力的有無，會根據行為人當時所處的狀況和一般人的知識經驗，來決定規範的內容，來決定期待的內容，來決定行為人是否必須避免結果。也就是說，不法規範，會

---

<sup>49</sup> Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, S. 37。

<sup>50</sup> “one must consider how a reasonable man in the same situation would have acted so as to avoid exposing others to an unreasonably high risk of injury”，見Horn / Kötz / Leser, *German Private and Commercial Law: An Introduction*, translated by Weir, OXFORD, 1982, p. 147, 148。

<sup>51</sup> Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, S. 37。Horn / Kötz / Leser, *German Private and Commercial Law: An Introduction*, translated by Weir, OXFORD, 1982, p. 148。

根據行為人所處的不同外在狀況，而異其期待，而變更期待的內容，但不會根據行為人內在的特殊無能力狀況，而改變期待的內容，而改變原本對一般人的期待。行為人—不管其內在方面主觀能力的有無—只要違反了一般期待的內容，不法就宣告成立。行為人內在的無能力，在罪責階層中可以獲得寬恕，但是在不法階層中，這項無能力狀況，不會改變期待的內容，不會改變規範的要求<sup>52</sup>。也就是說，行為人內在的無能力，可以使規範寬恕行為人，可以推翻罪責的成立<sup>53</sup>，但是，行為人的無能力，不會使法益的期待和規範的要求改變，不會影響行為規範的成立，不會推翻不法的成立<sup>54</sup>。

## （六）一般化理論和個別化理論真正的爭議所在之三：

### 社會人和個人主體性

因此，按照侵權行為法和一般化理論的觀點，行為人既然參與了社會生活，既然擁有了社會身分，就必須扮演好社會身分所賦予行為人的角色。行為人在侵權行為法規範或是在不法規範的眼光中，是一個社會人，而不是一個具有主體獨特性的個人。因此，具有醫生身分的行為人，必須扮演好醫生這項角色，必須從事一般醫生可以從事的工作，必須保證自己具有一般醫生的診治能力，必須保證自己具有一般醫生所具有的平均診治能力，無論行為人本身是實習醫生或是資深醫生均如此。規範會依照行為人當時所處的情況，和一般醫生的平均能力，來決定期待的內容。具有駕駛員身分的行為人，必須無條件滿足社會對於一般駕駛員的期待，必須具有標準駕駛員所必備的駕駛知識和駕駛經驗，必須作出標準駕駛

---

<sup>52</sup> Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 37。

<sup>53</sup> Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, § 24 A V, Rn. 52。

<sup>54</sup> Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, § 24 A V, Rn. 53。

員可以作出的行爲，無論行爲人本身是新手駕駛或是資深駕駛均如此。規範會依照行爲人當時所處的情況，和一般駕駛的能力，來決定期待的內容。如果行爲人因爲本身的特殊無能力狀況，例如實習醫生因爲缺乏熟練的技術，而違反社會對於一般醫生的期待，或是新手駕駛因爲缺乏上路的經驗，而違反社會對於一般駕駛的期待，都必須負起賠償責任或是成立不法。

與侵權行爲法和一般化理論相對，個別化理論在法益的保護上，並非採取一般適用的平均標準，並沒有拒絕考慮行爲人的個人特色，而是採取個人適用的個別標準，顧及行爲人個人的內在無經驗和無知識，充分尊重行爲人主體的獨特性。行爲人在不法規範的眼光中，不是一個社會人，而是一個具有主體獨特性的個人。

## （七）能力的結構和刑法的目的

一般化理論的這項做法：將內外在于以區分，因內外在于而差別對待，將外部環境狀況，以行爲人個人所處的環境狀況來作決定，將內在能力狀態，以和行爲人具有相同社會身分的一般人能力狀態來作決定，將外部環境狀況予以個別化考量，將內在能力狀態予以一般化、社會化考量，以及一般化理論的這項觀點：以社會角色身分來看待行爲人，在我看來並不合理。無論是能力的客觀要素，或是主觀要素，無論是外部狀況，或是內在狀態，都應該以行爲人個別的情況爲標準才是。因爲規範最終的服膺者是行爲人，如果行爲人本身不能夠認識到風險，即使一般標準人能夠認識到風險，而根據一般標準人的認識能力，制定必須避免風險的行爲規範，這種規範仍然無法被根本不能認識到風險存在的行爲人所遵循。行爲人雖然身處在社會生活中，擔負起社會角色，但是在刑法之前，行爲人的個

人主體性必須獲得尊重。刑法規範和民法規範並不一樣。在民法領域，甚至有無過失責任、危險責任和擔保責任的存在<sup>55</sup>，這是因為民法的法律效果是財產上的損益變動，民法的規範目的是要追求適當的財產變動原則，是要合理的分配利益或損害。相對的，刑法的法律效果是對一個人惡行惡念的譴責，刑法規範的目的是要追求公正合理的刑罰，而公正合理的刑罰就是：只有在一個人自己有避免風險能力的情況下，規範才可以要求於他，才可以苛責他的能避免而不避免風險。

## （八）一般化的義務標準

真正應該要一般化的，不是能力有無的判斷標準，不是能力的主觀要素或是客觀要素，而是義務標準：所有有能力的人都必須發揮能力去避免風險，所有無能力的人避不避免風險都可以<sup>56</sup>。也就是說，能力有無的判斷標準，必須個別化，義務內容的要求標準，才必須一般化。在不法的判斷上，先完全按照行為人個人的主客觀情況，來決定能力的主客觀要素，來決定能力的有無，再分別對有能力的人和無能力的人，都各自定下同樣的義務內容，都作出同樣的要求，都採取一視同仁的一般化標準：所有有能力的人都必須發揮能力去避免風險，所有無能力的人避不避免風險都可以。能力標準不應該一般化，應該一般化的是義務標準。合理的一般化規範不是：所有人都應該和一般人一樣，所有人都應該擁有和一般人相同的能力，而是：所有有能力的人，都應該對法益具有善意，都應該努力去避免風險。

---

<sup>55</sup> Larenz, Die Prinzipien der Schadenszurechnung, in: Juristische Schulung, 1965, S. 373 ff.。

<sup>56</sup> 見本文第三章第二節第一款（二）、（三）。