



主要作者 / 盧映潔 共同作者 / 王文弘、朱振國、周慶東、施宏明、高忠漢、陳信如、梁興禮
許育璋、黃秋景、葛建成、楊玉隆、劉欣彤、劉士煒、謝璧朱

醫療行為 與 刑事過失責任

二版

醫療行為與刑事過失責任

主要作者：盧映潔

共同作者：王文弘、朱振國

周慶東、施宏明

高忠漢、陳信如

梁興禮、許育瑋

黃秋景、葛建成

楊玉隆、劉欣彤

劉士煒、謝璧朱



新學林出版股份有限公司

國家圖書館出版品預行編目資料

醫療行為與刑事過失責任／盧映潔等作。－

二版。－ 臺北市：新學林，2015.07

面；公分

ISBN 978-986-295-456-0（平裝）

1.醫療過失 2.醫療糾紛 3.醫事法規

585.79

104011301

醫療行為與刑事過失責任

主要作者：盧映潔

共同作者：王文弘、朱振國、周慶東、施宏明、高忠漢、
陳信如、梁興禮、許育瑋、黃秋景、葛建成、
楊玉隆、劉欣彤、劉士煒、謝璧朱

出版者：新學林出版股份有限公司

地址：台北市大安區和平東路二段339號9樓

電話：(02) 2700-1808

傳真：(02) 2705-9080

網址：<http://www.sharing.com.tw/>

總經理：毛基正 副總編輯：林靜妙

經理：許承先 主編：李啟琳

責任編輯：陳瑋崢 內文編排：陳怡君

法律顧問：禾新法律事務所 吳宜縈律師

出版日期：2015年7月 二版一刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

劃撥金額1000元以上免郵資，未滿1000元加收郵資50元

定價：480元

ISBN 978-986-295-456-0

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：台北市和平東路二段339號9樓

團購專線：(02) 2700-1808 分機18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://www.sharing.com.tw/>

二版序

本書第二版，新增第四章「組織醫療與刑事過失責任歸屬之探討」，其中對於組織醫療的分工型態，有別於一般文獻僅簡單區分「水平分工」及「垂直分工」，本書第四章有較詳細的論述。並且不同於一般文獻多以醫師的醫療行為作為討論主軸，在本書第四章中以較少被探討到的其他醫療人員與醫師形成的組織醫療，說明其刑事過失責任的歸屬考量，亦以實際發生過的數個案例加以評析。此外，本書第二版於第一章「由刑事過失責任概念論醫療行為之注意義務」新添數個實務案例及其評析。又，本書第二版於第二章「醫療紛爭事件在刑事過失責任中因果關係判斷問題」，新增第四節「氣管插管及氣管切開手術之因果關係再建構」，針對呼吸道急症的插管及氣切醫療行為，在分秒必爭的過程，重新建構刑事過失責任之因果關係的判斷方式，而同樣以數個實務案例加以評析。

本書第二版改版之際，適逢「醫療糾紛處理及醫療事故補償法」草案之立法討論沸沸揚揚，許多醫界人士批評醫事主管機關對於醫療糾紛的處理不求真相，更非不責難補償，使得病患或家屬縱使領到補償金，仍可繼續對醫療人員提出民、刑訴訟，只會讓醫病關係更加惡化，防禦醫療的情形會更嚴重。醫界人士仍然憂心，倘若每個救不回來的病人，醫師都必須為此承受一個冗長訴訟程序，醫師的熱情終將消失，病人的生命健康將不再是醫師的首要任務，防禦性醫療行為將勝於一切。

實則，本書主要作者在第二版改版之前的數月，進行了一項風險極高的手術，幸而手術成功，在整個醫療過程，深刻體會每

個醫療環節中各個醫療人員的專業付出與辛勞。當然，主要作者同樣也體驗了身為病人的抉擇困難與醫療過程的痛苦煎熬。然而主要作者亦能理解任意被濫訴之冗長訴訟程序的悲情與司法的無能為力，因而在接受手術前所立遺囑，其中交待若因手術風險而死，請家人務必不要興訟。惟，吾人無法期待每個人皆是如此心念，本書所有作者僅能以各人的法律與醫療專業，儘可能地讓法界與醫界相互了解彼此領域事務，若再遇有醫療糾紛，本書的論述或許可以提供一些判斷參考。

盧映潔

2015年6月

序 言

本書形成之近因是來自於 2012 年 7 月初主要作者參加一場名為「醫療行為刑事責任之探討」的公聽會，親眼見到台下病人權益團體與醫師團體之間的相互叫陣對罵、台上的法界代表與台下的醫師代表相互指責，主要作者感慨於台灣醫病關係惡化到如此境地，而法界與醫界間的相互誤解日益增加。然而，對於醫界某些有份量的人士，在近期不斷地主張台灣醫界會發生諸如「四大皆空」等問題，歸咎於台灣對醫師會課予刑事過失責任等邏輯跳躍思維，以及「美國對於醫療紛爭都只有用民事責任處理」、「德國都只有在醫師有重大過失時才會論以醫師的刑事責任」等明顯錯誤的說法，主要作者不能苟同。因而，主要作者將數年來與中正大學法律研究所在職專班中具有醫療專業的同學，共同完成的已發表期刊論文或研討會論文以及指導過的碩士論文之部分，由主要作者重新整理改寫後，以醫療行為論以刑事過失責任為主軸，並兼及一些醫療倫理議題，共分成六章主題形成本書。由於書中的各個主題皆有我國司法實務上曾經判決過的醫療紛爭案件，藉由主要作者與具有醫療專業的共同作者從法律及醫療觀點作分析，希望能夠呈現司法實務在處理這些醫療紛爭案件所出現的問題，並嘗試提出一些可能的解決之道，期盼以發掘問題代替錯誤說法、以解決問題取代相互指責。

其次，形成本書的遠因係中正大學法律研究所在職專班開始設立非法律組之後，年年皆有醫師或其他醫療領域專業人士報考就讀，由於刑事責任乃眾人關注所在，自此開啟了主要作者以刑事法專業嘗試跨界與醫療專業結合的「教學相長之路」。尤其是，

第一屆非法律組同學就讀期間，發生了社會矚目的「醫療人球邱小妹妹」案，非法律組的醫師同學眼見社會輿論被嚴重誤導、檢察官因不明醫療實務運作而以錯誤論點起訴兩位醫師，當時即敦促主要作者與他們共同將該事件之法律與醫療實務上的問題逐一釐清並撰文評析，其後果然「成功救援」，使得素昧平生的兩位醫師在業務過失致死罪名的部分免於遭到誤判。主要作者與在職專班同學感受到專業知識形諸於文字之力量，從而每年尋找醫療紛爭事件之司法判決，連結法律要件爭點與醫療實務運作，共同完成多篇文章並舉行多場學術研討會，此乃本書形成之緣由。當初主要作者與在職專班同學共同完成並聯名發表了這些文章時，隱約聽到同僚之間接話語，誤以為此等文章全部是由專班同學自行完成，主要作者僅是純屬掛名。對此誤會不禁令主要作者啞然失笑，蓋因這些係法律與醫學專業結合的文章，若非雙方相互腦力激盪與多次討論，是難以呈現成果的。甚而，由於在職專班同學研讀法律時間有限又工作忙碌，對其碩士論文的完成有時亦需主要作者親力修改內容以符合法學論文的专业要求。

因此，本書可說是主要作者與諸位共同作者的心血結晶。雖然本書的出版，對於目前醫病關係的變化以及刑事司法實務處理醫療紛爭事件的沈痾問題，可能只是狗吠火車而已。然而，本書代表了法律人與醫學人的認真與誠意，期盼台灣日後在面對醫療紛爭事件時，不論是醫學界或司法界都能夠跳脫本位與偏見，真正發掘問題所在並盡力解決，讓醫法之間具有良性溝通而不再相互指責。

目 錄

二版序	i
序 言	iii
第一章 由刑事過失責任概念論醫療行為 之注意義務	1
第一節 刑事過失責任與醫療行為	1
第一項 過失與業務過失	1
第一目 刑法的過失概念	1
第二目 我國刑法之業務過失概念	7
第二項 醫療行為與業務過失	9
第一目 醫療行為之定義	9
第二目 以刑法業務過失論處醫療過失 之適當性探討	10
第三項 醫療行為之注意義務 ——合醫療水準之診療義務	11
第二節 醫療準則的遵循與刑事過失責任成立之關連	14
第一項 醫療準則的意義	14
第二項 醫療準則的憑徵機能 (Indizfunktion) ——禁止反射性認定與證明負擔的逆轉	16
第三項 醫師未遵循醫療準則是否有過失 之實務案例評析	21
第一目 臺灣高等法院高雄分院 90 年度上訴字 第 1066 號刑事判決	21

第二目	臺灣高等法院 95 年度醫上訴字第 7 號 刑事判決	26
第三節	醫療水準之判斷基準——常規診療的意義	32
第一項	過失責任之注意義務判斷基準爭議	32
第二項	醫療行為與刑事過失責任之評價基準探討	34
第三項	醫療行為與刑事過失責任評價基準 之實務案例評析	36
第一目	臺灣嘉義地方法院 92 年度聲判字 第 3 號刑事裁定	36
第二目	最高法院 95 年度台上字 第 3884 號刑事判決	45
第四節	醫師違反親自診療是否成立 刑事過失責任之探討	52
第一項	對病情判斷及治療決定與施作 有重要影響之醫師親自診療義務	52
第二項	醫師違反親自診療是否成立刑事過失責任 之實務案例評析——臺灣屏東地方法院 96 年度訴字第 707 號刑事判決	54
第一目	案例說明	54
第二目	本書評釋	57
第二章	醫療紛爭事件在刑事過失責任中 因果關係判斷問題	59
第一節	刑法上因果關係理論	59
第一項	因果關係對刑事責任成立之重要性	59
第二項	刑法上因果關係理論介紹	60
第一目	條件理論	60

第二目 相當因果關係理論	63
第三項 是否引用疫學因果關係理論作為 刑法因果關係判斷之思考	66
第二節 醫療紛爭事件之因果關係判斷	68
第一項 醫療紛爭事件之因果關係判斷難題	68
第二項 醫療紛爭事件中因果關係判斷之本書立論	70
第一目 醫療行為改變疾病演變之可能性機率	70
第二目 疾病進程與實證醫學對因果關係 判斷之重要性	72
第三目 「疾病之自然進程是否可由醫療行為有 效地加以攔截」作為因果關係之再建構	82
第三節 癌症之醫療刑事糾紛案例探討	91
第一項 臺灣高等法院 92 年度醫上訴字 第 1 號刑事判決	92
第一目 案例說明	92
第二目 本書評釋	94
第二項 臺灣高等法院臺中分院 92 年度醫上訴字 第 1261 號刑事判決	99
第一目 案例說明	99
第二目 本書評釋	102
第四節 氣管插管及氣管切開手術之因果關係再建構	107
第一項 氣管切開手術及氣管插管之醫療行為介紹	107
第二項 呼吸道處置醫療過失之因果關係 判斷再建構	110
第三項 氣管插管與氣管切開手術之 醫療糾紛案例探討	122

第一目	臺灣新北地方法院 88 年度 自字第 25 號刑事判決	122
第二目	臺灣屏東地方法院 92 年度 訴字第 96 號刑事判決	126
第三章	醫師誤診與刑事過失責任成立之關連探討	129
第一節	醫療診斷的概念與誤診的意義、類型 及其發生原因	129
第一項	醫療診斷的概念	129
第二項	誤診的意義與類型	131
第三項	誤診發生的原因	133
第一目	病人的因素	133
第二目	醫生的因素	135
第三目	醫療制度的因素	138
第二節	醫師「完全誤診」是否成立刑事過失責任之 實務案例評析——評臺灣高等法院 97 年度重 醫上更（三）字第 207 號刑事判決	140
第一項	案例說明	140
第一目	起訴事實	140
第二目	歷次鑑定意見整理	141
第三目	歷次判決理由整理	147
第二項	本書評釋	150
第三節	醫師誤診與刑法上因果關係判斷 之實務案例評析	157
第一項	臺灣彰化地方法院 98 年度 訴字第 1892 號刑事判決	157
第一目	案例說明	157

第二目 本書評析	166
第二項 最高法院 100 年度台上字第 6520 號判決	180
第一目 案例說明	180
第二目 本書評析	186
第四章 組織醫療與刑事過失責任歸屬之探討	197
第一節 組織醫療之意義	197
第二節 組織醫療分工模式之再釐清	198
第一項 概說	198
第二項 醫療組織分工模式的再建構——以藥師角 色為說明	202
第一目 獨立型分工	202
第二目 建議、參考型分工	206
第三項 刑法上「信賴原則」於組織醫療分工 之應用	209
第三節 醫療分工下刑事過失責任歸屬之探討	213
第一項 醫師分工下之刑事責任歸屬——臺灣桃園 地方法院 94 年度醫訴字第 2 號刑事判決	213
第一目 案例說明	213
第二目 本書評釋	225
第二項 醫師與藥師分工下之刑事責任歸屬	233
第一目 諾和隆案（臺灣臺中地方法院 101 年度 醫易字第 3 號判決）	233
第二目 麻妥儂案（最高法院 80 年度台上字第 84 號判決）	238
第三目 帝拔癲案（臺灣高雄地方法院 98 年度 醫訴字第 2 號判決）	240

第五章 醫療紛爭事件之刑事鑑定制度探討	243
第一節 醫療紛爭事件與刑事鑑定制度	243
第一項 醫學專家鑑定的必要性	243
第二項 醫學專家鑑定的進行	245
第三項 醫學專家鑑定的任務	248
第四項 醫學專家鑑定的客觀性與中立性 ——同道不相害的迷思	250
第五項 法院與醫學專家鑑定的關係	252
第二節 我國現行醫療紛爭事件中刑事鑑定的問題 檢討與建議	256
第一項 問題說明	256
第二項 本書建議	259
第三節 違誤鑑定之實務案例評析——評最高法院 90 年度台上字第 3688 號刑事判決	261
第一項 案例說明	261
第一目 案例事實	261
第二目 判決爭點及理由整理	262
第二項 本書評釋	265
第一目 不能發現真實之司法宿命	265
第二目 對鑑定機關之批評	268
第六章 醫療紛爭事件中民事、刑事過失責任 適用之區別比較	271
第一節 民事過失責任在醫療紛爭事件上的運用	271
第一項 醫療紛爭事件中民事損害賠償責任 之請求權基礎概述	271

第二項 民事過失責任之注意義務程度	
在醫療行為的應用	273
第三項 醫療契約之給付義務	275
第一目 醫療契約的意義	275
第二目 醫療契約之給付內容	277
第二節 民事過失責任與刑事過失責任之概念差異	
及其在醫療紛爭之適用	280
第一項 過失概念之民事、刑事責任的區別	280
第二項 民事損害賠償責任與刑事過失責任中應盡	
之注意義務內容的區別——以說明告知義	
務為探討重點	282
第三項 醫師欠缺說明告知之相關刑事案例評析	289
第一目 最高法院 94 年度台上字第 2676 號	
刑事判決	289
第二目 臺灣高等法院 88 年度上訴字第 2821 號	
刑事判決	304
第三節 民事過失責任與刑事過失責任	
之因果關係判斷差異	314
第一項 我國文獻及實務對於侵權行為	
損害賠償責任之因果關係論述	314
第二項 民事責任與刑事責任的因果關係	
判斷差異之本書立論	317
第三項 民事過失責任之因果關係應用相關案例評	
析——臺灣高等法院 93 年度上易字	
第 1032 號民事判決	320
第一目 案例說明	320
第二目 本書評釋	324

第七章 醫療倫理與法律責任之相關議題.....	327
第一節 優生保健法之人工流產規範與未檢查出 胎兒異常之爭議.....	327
第一項 優生保健法第 9 條第 1 項的說明.....	327
第一目 優生保健法的立法緣由.....	327
第二目 優生保健法第 9 條第 1 項 之規範妥適性探討.....	328
第二項 未檢查出胎兒異常與醫師法律責任 之實務案例評析.....	335
第一目 最高法院 92 年度台上字第 1057 號 民事判決.....	336
第二目 臺灣高等法院臺中分院 97 年度 醫上字第 2 號民事判決.....	349
第二節 安寧緩和醫療條例中醫療倫理與法律責任 之議題.....	355
第一項 病患最近親屬拒絕或撤除心肺復甦術的 同意權爭議.....	355
第一目 問題概說.....	355
第二目 安寧緩和醫療條例中末期病患的定義及 其適用範圍之本書探討.....	357
第三目 「不施行」以及「終止或撤除」心肺復 甦術或維生醫療之醫學概念區別及其倫 理與法律的評價.....	361
第四目 最近親屬拒絕以及撤除心肺復甦術或維 生醫療同意權之合理性探討.....	368
第五目 拒絕或撤除心肺復甦術之程序要件評析.....	377

第二項 安寧緩和醫療下嗎啡施用的問題探討	385
第一目 嗎啡施用之醫療倫理與法律爭議	385
第二目 施用嗎啡致死之實務案例評析——臺灣 新竹地方法院 91 年度自字第 1 號刑事 判決	390
第三節 精神衛生法中緊急安置及強制住院 之相關問題探討	395
第一項 緊急安置及強制住院治療 之法律規定與要件	396
第二項 緊急安置及強制住院之法律性質探討	399
第三項 緊急安置及強制住院之救濟途徑 及實務案例說明	401
第一目 緊急安置及強制住院目前之救濟途徑 及救濟現狀	401
第二目 實務案例簡介	411
第四項 緊急安置及強制住院的法律要件 與實務運作問題	413
第一目 緊急安置及強制住院之法律要件探討 與缺失	413
第二目 強制鑑定與強制住院治療審查會 之適當性問題	415
第三目 救濟程序之批評與建議	417
文章來源	421

第一章

由刑事過失責任概念論醫療行為之注意義務

第一節 刑事過失責任與醫療行為

第一項 過失與業務過失

第一目 刑法的過失概念

我國刑法第 12 條第 1 項規定：「行為非出於故意或過失者，不罰」；第 14 條第 1 項：「行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失」。然而，刑法上的過失責任究竟為何？過失之內涵為何？過失犯之成立要件又如何？上揭兩個條文其實語焉不詳。以下即先簡述過失概念的發展及過失犯的成立要件。

依我國刑法理論繼受相當多的德國刑法理論而言，德國文獻上就刑事過失概念的傳統見解，在因果行為理論的影響下，認為過失犯的成立只不過是行為與結果之間的因果連結現象而已，也就是說，誰在可呈現的意義下引致了社會有害結果的發生，即符合過失犯的要求¹。因而，當時對過失犯所要求的基本要件全都朝向個人的要素加以理解，諸如結果的預見可能性（Voraussehbarkeit des Erfolges）、行為的義務違反性（Pflichtwidrigkeit des Verhaltens）以及符合義務的行為之可期待性（Zumutbarkeit pflichtgemäßen Verhaltens）等等要件，在這個體系下完全歸屬於罪責要素。但

¹ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26 Aufl., 2006, §15 Rdn.111.