



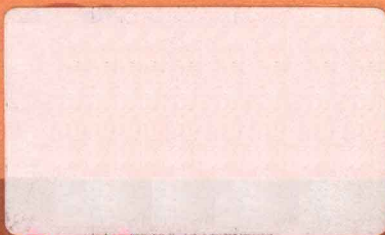
台灣刑事法學會叢書

13



# 過失醫療與 刑事責任

台灣刑事法學會 主編



## 本書特色

醫護人員，自古以來，本其懸壺濟世、救人解苦之理想，深受各方所敬重，並享有極高之社會地位，發生醫療糾紛之事件，微乎其微。惟隨著時空之變遷，人權意識日形高漲，醫療糾紛案件亦隨之頻傳，不僅醫病雙方經常對簿公堂，且醫護人員面對刑事官司，亦深感困擾。醫病雙方之信賴關係日漸受到侵蝕之下，就醫界而言，醫護人員之危懼感日增，隨時憂心會有醫療糾紛涉訟，導致不少醫護人員態度轉趨保守，以求自保；同時，亦有醫學系年輕學子，為避免官司纏身，在選擇未來從事之科別時，刻意排除時常發生糾紛之科別，長此以往，勢必會有某些科別欠缺合適專科醫師之困境。

對此，醫界有識之士早有過失醫療行為除罪化之呼籲；惟因人命關天，法界基於公平正義之考量，在觀念上與醫界存有相當之差距，並未呼應醫界之主張。值此醫病關係日趨緊張之際，如何謀求對策，共創醫病雙贏，並化解醫界與法界觀念之鴻溝，實已刻不容緩。

本書分別就德國、日本、美國等國家之經驗，以及我國實務及學理之作法，分別加以探討，並由學者嘗試提出過失醫療行為在法律責任上之處理模式，不論上現行制度之狀況、外國比較觀點甚至未來立法模式上，均有相當深入之介述與分析，極具參考之價值。

ISBN 978-986-81167-2-6



00380



9 789868 116726



# 過失醫療與刑事責任

王皇玉、靳宗立、張明偉、劉秉鈞  
柯耀程、張麗卿、曾淑瑜、賴進祥  
合 著

台灣刑事法學會

# 序 言

因時代與環境之遞嬗與變遷，傳統醫學以「醫師為本位」之父權思想，已日漸蛻化為尊重病人之自主決定權，而以「病人為本位」之現代思維模式。在觀念之劇變過程中，醫病雙方定會遭遇調適、沮喪與紛爭之煩擾階段，而在此階段中，法學即扮演雙方利害平衡之角色。惟因醫學與法學在本質上存有相當之差異性，法學係由人類數千年來從事社會生活之經驗長期累積所形成之學問，無法以科學實證之方式加以檢驗，且其中蘊含有一般之民情風俗或個人之感情意識與價值觀念在內；而醫學通常均有一定之科學分析與統計，得透過科學實證之方式而獲得驗證，不但無分地域與國界，且與一般之民情風俗或個人之感情意識完全無關。因此，處此醫療糾紛頻傳之際，如何加強醫學與法學間觀念之溝通與交流，並如何使醫學與法學不同之思維得以獲得適當之平衡，實為目前醫界與法界共同努力之方向與目標。

台灣刑事法學會為建立醫界與法界共同對話之平台，近年來陸續以醫療行為與刑事責任相關之議題，舉辦多場學術研討會，廣邀醫界與法界人士共同參與溝通及討論，企圖共創醫病雙贏與醫法平衡之理想目標。2008年12月7日(星期日)復以「過失醫療行為應否負刑事責任之探討」為題，假馬偕醫院台北院區9樓大禮堂舉辦學術研討會，邀集醫界與法界雙方之專家學者針對此議題加以深入探討，並廣邀醫法及各界人士廣泛進行對話。此次學術研討會，計分三項單元：第一單元係就德國、日本與美國對於過失醫療行為與刑事責任之關係，加以深入分析與探討；第二單元則係就我國學術界與實務界目前對於過失醫療行為與刑事責任關係之態度，予以條分縷析；第三單元則在制度興革方面，加以擬議，從實證醫學在醫療糾紛之運用討論過失醫療行為處罰之合理化，過失醫療行為依過失程度分處民刑事責任及訴訟

外解決模式之研議以及醫療事故補償制度與刑事責任替代運用之評估等，提出建議，希望能有助於醫療相關制度與法規之建立與修正。為提供各界應用之參酌，爰將當日學術研討會所發表之論文，匯集成冊，輯印出版，藉以共饗讀者。

甘添貴 謹序

2009.06.06

# 目錄

|                 |           |   |
|-----------------|-----------|---|
| 德國醫療刑法論述概說..... | 王皇玉 ..... | 1 |
|-----------------|-----------|---|

|            |   |
|------------|---|
| 壹、前言 ..... | 2 |
|------------|---|

|                     |   |
|---------------------|---|
| 貳、醫療行為在刑法上的定位 ..... | 3 |
|---------------------|---|

|                        |    |
|------------------------|----|
| 參、得被害人承諾作為阻卻違法事由 ..... | 17 |
|------------------------|----|

|                 |    |
|-----------------|----|
| 肆、醫療過失之判斷 ..... | 27 |
|-----------------|----|

|            |    |
|------------|----|
| 伍、結語 ..... | 37 |
|------------|----|

## 日本醫療過誤行為與刑事責任

|            |           |    |
|------------|-----------|----|
| 關係之探討..... | 新宗立 ..... | 41 |
|------------|-----------|----|

|                |    |
|----------------|----|
| 壹、醫療相關概念 ..... | 42 |
|----------------|----|

|                   |    |
|-------------------|----|
| 貳、醫療行為與刑事責任 ..... | 47 |
|-------------------|----|

|                   |    |
|-------------------|----|
| 參、醫療過誤與刑事責任 ..... | 54 |
|-------------------|----|

|                       |    |
|-----------------------|----|
| 肆、醫療過誤與業務過失致死傷罪 ..... | 58 |
|-----------------------|----|

|            |    |
|------------|----|
| 伍、結語 ..... | 64 |
|------------|----|

## 美國對於過失醫療行為與刑事

|               |           |    |
|---------------|-----------|----|
| 責任關係之探討 ..... | 張明偉 ..... | 67 |
|---------------|-----------|----|

|            |    |
|------------|----|
| 壹、前言 ..... | 69 |
|------------|----|

|                     |    |
|---------------------|----|
| 貳、我國醫療過失之刑事責任 ..... | 71 |
|---------------------|----|

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 叁、美國醫療過失之刑事責任 .....   | 78  |
| 肆、刑事過失內涵之探討 .....     | 91  |
| 伍、醫療過失責任之定位—代結論 ..... | 110 |

## 過失醫療行為與刑事責任關係

### 之實務回顧..... 劉秉鈞 .....115

|                        |     |
|------------------------|-----|
| 壹、前言 .....             | 117 |
| 貳、醫療行為之界定 .....        | 118 |
| 參、過失醫療行為與身分 .....      | 133 |
| 肆、過失醫療行為中過失之判斷 .....   | 141 |
| 伍、過失醫療行為中因果關係之判斷 ..... | 163 |
| 陸、結論 .....             | 172 |

## 過失醫療行為與刑事責任關係

### 之學理探討..... 柯耀程 .....175

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 壹、過失醫療行為概說 .....      | 176 |
| 貳、刑法過失概念與判斷 .....     | 185 |
| 參、醫療行為過失刑事責任之認定 ..... | 202 |
| 肆、結語 .....            | 207 |

## 從實證醫學之新趨勢—論醫療

## **醫療糾紛鑑定與刑事責任認定**

|                           |                  |            |
|---------------------------|------------------|------------|
| <b>一以戒毒致死案為例一 .....</b>   | <b>張麗卿 .....</b> | <b>211</b> |
| 壹、前言 .....                |                  | 213        |
| 貳、刑事醫療糾紛的特色 .....         |                  | 214        |
| 參、刑事醫療糾紛鑑定的 .....         |                  | 220        |
| 肆、醫療刑事責任的因果關係 .....       |                  | 229        |
| 伍、醫療刑事責任的合理規定與程序保障 ... .. |                  | 248        |
| 陸、結語 .....                |                  | 258        |

## **過失醫療行為依程度分處刑事**

### **責任及訴訟外解決模式之研議 ..... 曾淑瑜 .....271**

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| 壹、問題之提起 .....                       | 272 |
| 貳、過失醫療行為依程度分處刑事責任之研究 .....          | 273 |
| 參、訴訟外解決模式一以調解、仲裁程序取代訴訟<br>之研究 ..... | 297 |
| 肆、建議（代結論） .....                     | 315 |

## **醫療關係之危險責任 ..... 賴進祥 .....319**

|                 |     |
|-----------------|-----|
| 壹、醫療行為之定義 ..... | 320 |
| 貳、醫療契約之締結 ..... | 321 |
| 叁、醫療契約之主體 ..... | 323 |

|                 |     |
|-----------------|-----|
| 肆、醫療損害之原因 ..... | 325 |
| 伍、危險責任之理論 ..... | 329 |
| 陸、其他國家之作法 ..... | 333 |
| 柒、我國宜採之機制 ..... | 341 |
| 捌、經濟效益之分析 ..... | 351 |
| 玖、結論 .....      | 353 |

## 德國醫療刑法論述概說

王皇玉<sup>\*</sup>

### 目次

#### 壹、前言

#### 貳、醫療行為在刑法上的定位

- 一、德國實務見解—醫療行為傷害說
- 二、德國學說意見—以醫療行為非傷害說為解釋方向
- 三、擅行醫療行為的立法嘗試

#### 參、得被害人承諾作為阻卻違法事由

- 一、醫療行為與病人承諾之作用
- 二、病人承諾
- 三、推測承諾
- 四、醫師未詳細說明的法律效果

#### 肆、醫療過失之判斷

- 一、「平均專科醫師」之注意義務
- 二、「作為」或「不作為」的注意義務違反
- 三、因果關係判斷
- 四、醫療分工與信賴原則

#### 伍、結語

---

<sup>\*</sup> 德國海德堡大學法學博士，台大法律學系副教授

## 壹、前言

在德國，醫師因為醫療行為導致病人受傷或死亡時，有無可能因此而受到刑事追訴，甚至被科處刑罰？答案是肯定的。

在實際醫療領域中，醫師進行醫療行為時，其主觀想法絕少是出於傷害病人而來。因而要論以醫師醫療行為是構成故意傷害罪之情形，的確不多見。然而，由於德國刑法實務上，對於未得病人同意之「專斷醫療行為」，均被評價為「傷害罪」。因而醫療行為究竟有無事前得到病人的同意，抑或存在著其他阻卻違法事由，例如可得推測之同意或緊急避難，遂成為醫療糾紛中必須究明的重點。此外，由於醫療倫理中的「告知後同意」法則，已強化成法律規範，病人同意的有效性，其前提必須是醫師已履行說明義務。因此，許多醫療糾紛也逐漸將爭執的焦點從「有無同意」一事，向前推移到「有無說明」。

儘管醫師這個職業是維護病人生存與利益極為重要之職業，儘管大部分的醫療行為都是出於醫療目的而進行，然而許多醫療行為仍伴隨著不確定的高風險性。一旦病人因醫療行為的進行或不進行（例如延誤治療），造成死亡或傷害結果，醫師也可能被要求負起過失致死或過失傷害的罪責。只是德國刑法上並無類似於我國刑法另外針對醫師而規定業務過失加重處罰之規定。

德國刑法與我國刑法在刑法體系與刑法條文上，雖然有極高度的雷同性，但還是有些細微的規定不盡相同。例如前面所述的「業務過失」，德國刑法上就沒有類似我國的加重處罰規定。此外，醫療文化與社會背景的不相同，使得相同的法律理念，在不同的國度，有著截然不同的適用。例如在德國，只要是成年人，

醫療行為的進行，不管是簡單的醫療行為，還是開刀或風險極高的手術，都只需要病人本人的同意，就可以進行。但是在台灣，病人就算是成年人，在動手術前，醫師仍然要求要有家屬在場或告知家屬，甚至還有醫師要求家屬簽署同意書，才願意進行手術。從這點，就可以看出兩國醫療文化與法文化的差異性。

本文以下論述，主要是針對德國刑法上關於醫療行為之定性、病人同意與醫療過失三大問題，進行簡介與說明，希望藉此做為我國醫事刑法研究的參考。

## 貳、醫療行為在刑法上的定位

德國刑法解釋學上，對於醫療行為的定性問題，始終存在爭議。實務意見認為，醫療行為如果涉及以侵害病人身體或健康的方式來進行，例如開刀動手術割除病灶或截肢，則這樣的醫療行為，其本質應該是「傷害行為」的一種。但學說反對這樣的看法。學說認為，醫療行為只要是出於醫療目的而進行，儘管其過程或方式必須侵害病人的身體完整性，但本質上，均不能評價為傷害行為。

前面實務與學說的爭議，形成德國醫療刑法中極為著名的「醫療行為傷害說」（tatbestandlich Körperverletzung）與「醫療行為非傷害說」（tatbestandlich keine Körperverletzung）之爭辯。以下即簡單介紹德國刑法關於此一爭議問題的論述<sup>1</sup>。

---

1 關於此一爭辯的詳細論述，可參考王皇玉，〈醫療行為與業務上之正當

## 一、德國實務見解—醫療行為傷害說

「醫療行為傷害說」，是由 1894 年德國帝國院判決見解發展出來。此一判決所要處理的醫療糾紛，是一名七歲的女孩罹患結核性骨髓癌，前往漢堡地區的醫院接受治療。治療的醫生告知其父親必須進行截肢手術，才能保全性命。小女孩的父親多次明確表示反對截肢手術，但醫師仍不顧女孩父親的明示反對意見，為女孩進行了截肢手術。儘管手術成功，女孩的復原情形良好，且保全了性命，但醫師仍以傷害罪起訴。漢堡地區的地方法院原本對於傷害罪的控訴，判決醫師無罪，認為醫師的截肢手術是「合目的性，理性，且具醫療必要性」，與刑法傷害罪的本質不合<sup>2</sup>。小女孩的父親不服判決，提起上訴。後來的帝國法院判決，認為醫師的行為成立傷害罪<sup>3</sup>。

帝國法院判決中明確表示，醫師對於病人的截肢手術，乃符合德國刑法第 223 條傷害罪犯罪構成要件中之「傷害身體」之行為。因為截肢手術乃是一種直接地、物理地施加於人體組織之上的侵襲性治療，並侵害了病人的身體完整性。儘管醫師的行為是出於醫療目的，且手術成功而治癒了病人，但這並不表示醫師在法律上得到了許可，或是得以根據「醫師的業務權」（*Berufsrecht des Arztes*），以違反病人的意思進行醫療。醫師能夠正當地，且不受處罰地侵害病人身體完整性，其最首要的前提要件，就是

---

行為>，《台大法學論叢》，2007 年 6 月，第 36 卷第 2 期，頁 41 以下。

2 Tröndle, Selbstbestimmungsrecht des Patienten-Wohltat und Plage? MDR1983, S.881.

3 RGSt 25, 375ff.

必須是得到病人的同意<sup>4</sup>。

因為這則帝國判決的出現，過去一百多年來，醫療行為在德國刑法實務上，均被解釋為符合傷害罪構成要件之行為。醫療行為只能透過以下三種事由才能阻卻行為的違法性。亦即：一、得被害人之承諾（即病人之同意）；二、具有推測之承諾；三、緊急避難。

## 二、德國學說意見——以醫療行為非傷害說為解釋方向

儘管德國實務見解將醫療行為定性為傷害行為。但這種「醫療行為傷害說」見解，不僅在醫學界受到猛力批判，即便是在刑法學說上，也幾乎全然不認同此一看法。學說認為，將醫療行為定性為傷害行為，根本是誤解刑法傷害罪的真意。

犯罪構成要件理論的創始者貝林（Beling）認為，傷害罪在解釋上，應該有一個目的方向，也就是從法益保護的觀點出發。刑法上的「傷害罪」，應理解為「對於身體利益有所侵害之行為」，而不能只是從「傷害身體」（Körperverletzung）的表面文義來理解<sup>5</sup>。醫療行為對於病人的身體利益具有正面提升的作用，其或是維護病人的健康狀態（Wohlbefinden），或是以侵害身體的方式來保全病人的生命，以維護病人的「生存利益」（Daseinsinteresse）。因此醫療行為從整體結果來看，並未侵害病

---

4 RGSt 25, 375, 380.

5 Beling, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 1924, S. 225.

人的身體利益與生命利益，不應解釋為符合傷害罪構成要件之行為<sup>6</sup>。

貝林的見解，是從「結果不法」的觀點來論述醫療行為。如果病人因醫療行為的投入，其生命、身體、健康是獲得確保的，從結果來看，根本不存在一個侵害身體健康法益的結果不法行為。但是，如果是失敗的醫療行為，貝林認為，此時仍應構成傷害行為。貝林的看法，在後來的學說中，遭受不少批判。

學者 Engisch 認為，醫療行為不管結果是成功或是失敗，只要醫師主觀上是出於醫療目的，醫療行為符合醫術上之正當性，且具有醫療之適應性，就不構成傷害行為。因為醫師在進行醫療行為時，是基於恢復或維護病人健康狀態為目的，在醫療結果成功的時候，意味著醫師成功地維護了病人的生命或身體健康；即使在失敗的醫療行為時，仍必須根據利益衡量原則（Interessenabwägungsprinzip）判斷。也就是從整體上看，只要醫師的醫療行為是為維護病人的整體健康利益（亦包含生命利益），就不能認為醫師的行為是傷害行為<sup>7</sup>。此外，此處的利益衡量，必須是一種對於醫療行為所進行的事前（ex ante）蓋然性判斷。只要醫師在行為前衡量，進行手術的利益乃優於不利益，即可認為醫師的行為是在維護病人的優越利益（überwiegendes Interesse），而不能僅以事後偶然發生的結果來

---

6 Beling, aaO. S. 222ff.

7 Engisch, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 1939, S. 5.

判斷醫療行為是否違法<sup>8</sup>。

前述 Engisch 的看法，比較傾向於從「行為不法」的觀點出發。也就是醫療行為在事前獲得病人的同意，固然是合法的；但即使事先未得到病人的同意，只要是出於醫療目的，具有醫療之適應性，符合醫學上的準則，並且滿足優越利益原則，醫師就欠缺傷害的主觀不法，故不能認為是符合傷害罪的犯罪構成要件。至於醫師沒有得到病人的同意而進行醫療行為，其所侵害的利益應該是病人的「意思決定自由」，因此應該屬於侵害自由法益的犯罪類型。

學者 Bockelmann 則綜合前面的說法，作了更細緻的區分。Bockelmann 認為，對於醫療行為的評價應該從整體行為來看，而不能機械式地切割論斷。以盲腸炎為例，評價的對象不能只是著眼於醫師把病人的肚子割開這一部份，而應該整體地觀察，認為醫師只是藉由割開肚子的手段來割除病灶，以維護病人的健康利益。Bockelmann 認為，醫療行為在刑法上的評價，應該區分醫療的結果是成功還是失敗兩種情形。對於病人有治癒效果或減輕其痛苦的成功醫療行為，此乃增進病人整體健康利益之行為，首先就不應該評價為刑法上的傷害罪，不論這樣的行為有無事先獲得病人同意。因為只要結果是成功的，無論如何，都不符合傷害罪所稱之「傷害」或是「損害健康」之要件<sup>9</sup>。至於失敗的醫療行為，從結果來看，固然可以認為是侵害健康的行為，但是在

---

8 Engisch, aaO, 1939, S. 9.

9 Bockelmann, Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, JZ 1962, S. 528; ders., Strafrecht des Arztes, 1968, S. 67.

審查是否符合傷害罪構成要件時，還應該判斷行為人主觀上有無故意或是過失。從醫療行為整體來看，醫師意圖的內容，通常不是對病人進行傷害，反而是對他人已受的傷害給予治療，或是排除病人疾病所可能帶來的更嚴重之生命或健康的危險。因此，醫師本身在行為時，即不具有「傷害」的故意，故當然不構成傷害罪構成要件。關於過失之認定，則必須判斷，身體損害之結果是否是因為醫師違反注意義務所造成。只要醫師的行為是遵守醫療準則，符合醫療的目的方向（亦即具有醫療的適應性），即可認為醫師的行為已盡了社會交往的 necessary 注意義務，則可認為不構成過失傷害<sup>10</sup>。

「醫療行為非傷害說」見解的共通性，並非從形式違法性的觀點，認為醫療行為侵害了特定的行為客體（Handlungsobjekt），亦即病人的身體，所以就應該成立傷害罪。毋寧說，是從實質違法性的觀點出發，認為所謂的犯罪行為，必須是侵害了透過刑法規範所要保護的「理念上的價值」（ideeller Wert），亦即整體的身體、健康利益才行<sup>11</sup>。因此，單從醫療目的與醫療行為是為了促進病人生理健康的觀點出發，就足以建構出醫療行為的正當性基礎。不應該將病人的同意一起拉進來談。此外，醫療行為的作用在於增進病人的身體、健康利益，挽救生命，或是緩和病人的痛苦，因此從社會意義（sozialer Sinngehalt）來看，醫療行為不僅不是傷害行為，反而應該是傷害行為的相反（Gegenteil der

---

10 Bockelmann, *Strafrecht des Arztes*, 1968, S. 68.

11 Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5. Aufl., 1996, S. 234f.