



主要作者 / 盧映潔 共同作者 / 朱振國、周慶東、施宏明、高忠漢、陳信如、梁興禮
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

醫療行為與刑事過失責任

主要作者：盧映潔

共同作者：朱振國、周慶東
施宏明、高忠漢
陳信如、梁興禮
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. -- 一

版. -- 臺北市：新學林，2013.05

面；公分

ISBN 978-986-295-196-5(平裝)

1.醫療過失 2.醫療糾紛 3.醫事法規

585.79

102008538

醫療行為與刑事過失責任

主要作者：盧映潔

共同作者：朱振國、周慶東、施宏明、高忠漢、陳信如、
梁興禮、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 責任編輯：鄭珮言

副理：許承先 內文編排：陳怡君

出版日期：2013年5月 一版一刷

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：400元

ISBN 978-986-295-196-5

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/>

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。

盧映潔

2013年1月

目 錄

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
第二項 醫療行為與業務過失	9
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——臺灣高等法院高雄分院 90 年度上訴字第 1066 號刑事判決	21
第三節 醫療水準之判斷基準——常規診療的意義	26
第一項 過失責任之注意義務判斷基準爭議	26
第二項 醫療行為與刑事過失責任之評價基準探討	28
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	30
第四節 醫師違反親自診療是否成立刑事過失責任之探討	47
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	47

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	49
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	55
第一節 刑法上因果關係理論	55
第一項 因果關係對刑事責任成立之重要性	55
第二項 刑法上因果關係理論介紹	56
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	62
第二節 醫療紛爭事件之因果關係判斷	64
第一項 醫療紛爭事件之因果關係判斷難題	64
第二項 醫療紛爭事件中因果關係判斷之本書立論	66
第三節 醫療紛爭事件中刑法因果關係判斷之 實務案例評析	87
第一項 臺灣高等法院 92 年度醫上訴字第 1 號 刑事判決	88
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	95
第三章 醫師誤診與刑事過失責任成立之 關連探討	105
第一節 醫療診斷的概念與誤診的意義、類型及其發 生原因	105

第一項	醫療診斷的概念	105
第二項	誤診的意義與類型	107
第三項	誤診發生的原因	109
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	116
第一項	臺灣高等法院 97 年度重醫上更（三）字 第 207 號刑事判決	116
第二項	臺灣彰化地方法院 98 年度訴字第 1892 號 刑事判決	135
第三節	醫療分工下的醫師誤診與成立刑事過失責任 之探討——評臺灣桃園地方法院 94 年度醫訴 字第 2 號刑事判決	158
第一項	案例說明	158
第二項	本書評釋	170
第四章	醫療紛爭事件之刑事鑑定制度探討	179
第一節	醫療紛爭事件與刑事鑑定制度	179
第一項	醫學專家鑑定的必要性	179
第二項	醫學專家鑑定的進行	181
第三項	醫學專家鑑定的任務	184
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	186
第五項	法院與醫學專家鑑定的關係	188
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	192

第一項	問題說明	192
第二項	本書建議	195
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 號判決	90 197
第一項	案例說明	197
第二項	本書評釋	201
第五章	醫療紛爭事件中民事、刑事過失責任適用 之區別比較	207 207
第一節	民事過失責任在醫療紛爭事件上的運用	207
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	207 207
第二項	民事過失責任之注意義務程度在醫療行為 的應用	209 209
第三項	醫療契約之給付義務	211
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	216 216
第一項	過失概念之民事、刑事責任的區別	216
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	218 218
第三項	醫師欠缺說明告知之相關刑事案例評析	225
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	250 250

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	250
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	253
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	256
第六章 醫療倫理與法律責任之相關議題		263
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	263
第一項	優生保健法第 9 條第 1 項的說明	263
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	271
第二節	安寧緩和醫療條例中醫療倫理與法律責任之議題	291
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	291
第二項	安寧緩和醫療下嗎啡施用的問題探討	322
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	332
第一項	緊急安置及強制住院治療之法律規定與要件	332
第二項	緊急安置及強制住院之法律性質探討	335

第三項	緊急安置及強制住院之救濟途徑及 實務案例說明	338
第四項	緊急安置及強制住院的法律要件與實務運 作問題	349
文章來源		357

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的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。但是，較晚近德國文獻的見解認為過失

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

犯的成立要件應有一個行為存在為前提，也就是行為人從事了一個破壞被要求的注意義務之行為。而在目的行為理論的影響下，認為過失行為的注意義務違反是對規範遵循義務的傷害，所以應該平行於歸責範疇而列入犯罪體系。因此，多數見解傾向主張，過失犯包含一個雙重的基準，亦即在構成要件該當性層次，根據客觀範疇而以一般的注意義務要求為判斷基準；另外是在罪責觀點下加以審查，行為人依照其個人主觀能力，也就是以個人的生理能力以及到目前為止的個人經驗，是否有辦法履行客觀範疇所要求的一般注意義務²。

依此，現今多數認為過失犯在構成要件該當性的層次上，如同故意犯一般，可分為行為非價（*Handlungsunwert*）與結果非價（*Erfolgsunwert*）³。首先，相較於故意犯的行為非價是立基於行為人的認知及意欲所導致刑法欲保護法益的侵害或危險，過失犯的行為非價則是在法益保護觀點下的注意義務違反行為⁴，因而，從事某項生活事務的行為往來時的注意義務具體內涵，亦即注意義務的標準乃過失犯行為非價的判斷基礎。惟獨，法律對於社會中共同生活所准允且期待的注意義務衡量基準（*Sorgfaltmaßstab*）究竟為何，文獻上提出的平均要求基準（*Durchschnittsanforderung*）或個別注意義務基準（*individuelle Sorgfaltspflicht*），這個問題是過失犯理論上的爭議所在。蓋因這涉及兩方面的問題，一方面是，注意義務違反性究竟是要純粹以客觀範疇來決定或是單單以行為人的個人能力為依歸；另一方面

² Schönke/Schröder, a.a.O., §15 Rdn.121.

³ 德國的通說見解如此。我國一般的看法亦無太大差異，參照林山田，刑法通論（下冊），增訂十版，2008年1月，頁176以下。林氏書中稱行為不法與結果不法。

⁴ Schönke/Schröder, a.a.O., §15 Rdn.123.

則是，行為人若根據客觀範疇所確定之平均基準為出發，但行為人本身具有特別認知或特殊能力，是否應將其特殊性納入考慮⁵。依照文獻上多數見解，為避免刑法保護法益的危害，則課予行為人在個別具體情況所能負擔的適當義務，因而凡是在實行或承擔某項事務時，係以一個明智洞察的人（einsichtiger Menschen）處於行為人的當時狀態，而遵守各該事項上的注意義務，此乃所謂平均基準。

不過，除了平均要求基準之外，在文獻上還有最大個人履行能力（Größeres individuelles Leistungsvermögen）基準的提出，此種說法認為倘若行為人具有較平均基準更高的能力，就應課予其較高的注意義務⁶，例如一個具特別能力的外科醫生在進行一項有危險性的手術，就不能將其侷限在那種為其他外科醫生建立的最低準則之技術上，因而如果該具有特別能力的外科醫生沒有盡其所能，他便違反了法規範賦予他的義務⁷。亦即此時注意義務違反性的評價基準完全以行為人個人的認知與能力為取向，就是所謂個人基準。個人基準的主張認為，若只要求行為人履行平均基準的注意義務，不啻是為特殊能力者製造了特權，也就是其分明可以基於所擁有的特殊能力而履行更高的注意義務，卻不為之，寧可只做到平均基準即認定非違法，使法益未能獲更大保護，似有背於社會的期待，又使人感到荒謬，也就是凡是比一般人更聰明、更有能力者，就應該比平均的人類（Durchschnittsmensch）盡更大的注意義務。然而，以個人基準來衡量注意義務違反性也有相當的反對見解，主要批評在於，以個人能力來要求行為人應盡的義務，對能力較強的人反而使其落入很大的不利益，而且個

5 Schönke/Schröder, a.a.O., §15 Rdn.133.

6 Schönke/Schröder, a.a.O., §15 Rdn. 219.

7 Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4 Aufl., 2000, S. 294.

人基準的說法經常以能力高的人為例，至於能力低於一般人者，是否在其行為的不法評價上也同樣要顧及他的認知與能力，如此一來，會造成不法與罪責結構的混淆。因此，多數見解仍主張，在判斷個案中行為人是否已履行客觀注意義務乃以平均基準為之，若行為人屬於特殊能力者，其較高的能力在行為非價上毋庸扮演角色；倘若行為人屬於低於一般人者，其無法履行平均基準的注意義務，則是罪責階段能否非難該行為人的問題⁸。

其次，就構成要件結果的實現而言，特別是以損害或具體危險型態所建構的結果，刑法之所以非難的理由在於這樣的結果引致是可以迴避的。而構成要件實現的可避免性（Vermeidbarkeit）之重要前提在於結果發生的可預見性（Voraussehbarkeit），當一個結果的發生是無法預見，則行為人在進行其行為時即無從納入考量中，自然也無法採取避免損害發生的措施，也就是沒有構成要件結果的可避免性。由於構成要件結果的可預見性與納入考量性係牽涉到對於行為原因及其影響的認知理解，所以構成要件實現的可預見性與可避免性是屬於行為非價的一部分；倘若無法確定行為對結果的可預見性及可避免性之基準，則無從判斷過失犯的行為非價。因為並非每一個損害的形成，都是可預見而又可避免的，所以必須從法律規範的觀點考慮這個問題。惟獨，對於預見可能性的判斷，文獻上提出之理想基準（optimaler）、平均基準（durchschnittlicher）或個人基準（individueller），此又與前述的注意義務基準的爭議有所關連⁹。

此外，上揭以危險禁止為取向所發展出的結果預見可能性以及可避免性，恐怕無法因應現今的高科技社會。換言之，在許多生活領域中，從事某個行為時對於危險的發生是有預見可能，如

8 Schönke/Schröder, a.a.O., §15 Rdn.144.

9 Schönke/Schröder, a.a.O., §15 Rdn.126.

果放棄該行為的施行當然就可以避免危險或損害的發生，但是倘若如此，現代社會生活將無法運行，因而這樣帶有危險性的行為不可能全然禁止，是故在學理上將此危險性稱為容許的風險（*erlaubtes Risiko*）。明顯的例子是在現代交通行為的參與，認為即便遵守了所有交通規則，也無法完全排除造成他人損害的可能，然而又不可能禁止一切交通行為，所以在這樣容許的風險之下發展出信賴原則（*Vertrauensgrundsatz*）。在文獻上指出，社會有用的活動所典型連結的危險是屬於現代社會無可避免的殘留（*unvermeidliche Rest*）而法規範必需予以接受¹⁰。至於在刑法過失犯中必須思考的是，如果著眼於生活領域中的損害風險，則行為時的注意義務應該到達什麼程度才是法規範可接受的，也就是說，所謂社會相當的風險（*sozialadäquates Risiko*）在過失犯中即以注意義務的程度界限之面貌呈現，所以是屬於構成要件排除事由¹¹。因而，凡是在注意義務（或說安全規則）界限內的行為，是可以將風險降到較低，而仍殘存的風險則並非法規範所禁止。

再者，過失犯的結果非價是指，透過行為人之注意義務違反的行為，使得目前的狀態產生改變而終至法益損害或法益危險，而這樣的狀態改變乃法規範所非難的。也就是說，舉凡現實社會中產生了一個法益侵害結果時，應欲追究在這個事件發展過程中，到底是誰的行為是支配著這樣的法益侵害結果的演變，此即行為與結果之間的因果判斷。行為與結果之間的因果連結現象自然是處罰行為人之行為的重要依據，蓋因依吾人乃至於刑法的要求，不會將毫無關連的事項扯入一個刑事糾紛當中。不過，到底

¹⁰ Rudolphi, Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, Jus 69, S. 549ff.

¹¹ 信賴原則或容許的風險在早期是當作阻卻違法事由，但現在多半主張是屬於構成要件階段的事項。

哪些事項對於法益侵害結果的演變是毫無關連，或者反面言之，究竟哪一個行為是支配著事件發展終至走向法益侵害，吾人如何能加以確定？又如何能驗證其支配關係的存在？此乃因果關係的判斷問題。

綜上所述，以目前的過失理論而言¹²，過失犯的成立，係由於行為人沒有採取適當之迴避法益侵害結果的措施，所形成的注意義務違反，而行為人對於此一法益侵害結果具有預見可能性，並且有迴避的可能¹³。並且行為人的注意義務之違反與法益侵害結果之間具有因果關係的連結。

12 有一些文獻提到在刑法的過失理論上有所謂「新的新過失理論」的發展，又稱「危懼感說」。此危懼感說主張不以行為人的具體預見可能性為必要，亦即行為人縱使沒有具體預見之可能，但對於結果之發生具有危懼感時，行為人即負有結果迴避之義務。此一過失理論主要適用於藥害、食品公害、新科技事故等。參見張麗卿，刑法總則理論與運用，2003年4月，頁340；吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基，醫療過失判斷的困境，法學新論，第17期，2009年12月，頁57-73。但本文認為，所謂「危懼感說」其實是對於那些無從確定結果之發生究竟與某事項是否有關連的情形，為了要保護受到損害的無辜者，所以要求製造該事項的人負起責任。此種主張基本上已經是一種無過失責任的想法，用於民事損害賠償或者行政補償機制，較無疑義，但恐怕難以用於刑事責任的科予，所以不可能在刑法的理論上接受這種幾近無過失也要負刑事責任的說法。

13 在我國刑法教科書上較常主張，過失犯的成立在構成要件階段上，是以一個具有良知與理智而小心謹慎之人之客觀基準為衡量，判斷行為人是否有客觀注意義務違反性以及結果的客觀可預見性與可避免性；在罪責階層才是以行為人個人之能力、經驗或知識程度之主觀基準為衡量，判斷行為人是否有主觀注意義務違反性以及結果之主觀預見性與可避免性。參見林山田，前揭書，頁182-183。但本書認為，注意義務以及結果的可預見性與可避免性之衡量基準，究竟以平均基準（客觀基準）或個人基準（主觀基準）之爭議，在德國近期的學理上是將其置於過失犯的構成要件該當與否的論斷上。故本文不以上揭我國教科書對過失犯的架構為說明。