

北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 16 卷 · 第 1 輯 (2015)

专 题

医疗行为与刑法干预

张丽卿

专断医疗行为的刑法容许性

江 溯

医生的说明义务与患者的假定同意

甲斐克则

医疗事故与刑法的职责

论 文

李红海

巡回审判与普通法的诞生

侯 猛

最高人民法院巡回法庭：何去何从

王 晨

康德《道德形而上学》中的许可法

陈洪兵

共犯的处罚边界

徐 斌

理性与历史：美国宪法解释中的变迁难题

评 论

杨 陈

共和主义宪政观的当代困境——对于政治宪法学的超方法论批评

殷秋实

登记对抗的理论解读——以特殊动产多重买卖为中心

史志磊

英国法中按揭制度结构模式的演进——以不动产为分析对象

马克·巴伦伯格

劳动法学的过去和未来

名家演讲

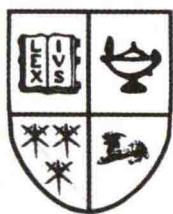
陈兴良

法律图书的历史演变——以个人感受为线索



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊



北大法律評論

PEKING UNIVERSITY LAW REVIEW

第 16 卷 · 第 1 輯 (2015)

《北大法律评论》编辑委员会 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

北大法律评论. 第16卷. 第1辑/《北大法律评论》编辑委员会编. —北京: 北京大学出版社, 2015. 8

ISBN 978-7-301-26274-0

I. ①北… II. ①北… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第199753号

书 名 北大法律评论(第16卷·第1辑)
著作责任者 《北大法律评论》编辑委员会 编
责任编辑 罗 玲
标准书号 ISBN 978-7-301-26274-0
出版发行 北京大学出版社
地 址 北京市海淀区成府路205号 100871
网 址 <http://www.pup.cn>
电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
印 刷 者 北京大学印刷厂
经 销 者 新华书店
787毫米×1092毫米 16开本 16.5印张 305千字
2015年8月第1版 2015年8月第1次印刷
定 价 35.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

编辑委员会

袁国何 苏 盼 伊卫风 郑 杰 俞 祺 吉冠浩
吴景键 吴奕锋 陈铭宇 赵英男 张瀚天

本辑主编

袁国何

声 明

本刊的各篇文章仅代表作者本人的观点和意见,并不必然代表编辑委员会的任何意见、观点或倾向,也不反映北京大学的立场。特此声明。

《北大法律评论》编辑委员会

引证体例

(最新修订版)

援用本刊规范:

苏力:“作为社会控制的文学与法律——从元杂剧切入”,载《北大法律评论》第7卷第1辑,北京大学出版社2006年版。

一般体例

1. 引证应能体现所援用文献、资料等的信息特点,能(1)与其他文献、资料等相区别;(2)能说明该文献、资料等的相关来源,方便读者查找。
2. 引证注释以页下脚注形式连续编排。
3. 正文中出现一百字以上的引文,不必加注引号,直接将引文部分左边缩排两格,并使用楷体字予以区分。一百字以下引文,加注引号,直接放在正文中。
4. 直接引证不使用引导词或加引导词,间接性的带有作者个人的概括理解的,支持性或背景性的引用,可使用“参见”“例如”“例见”“又见”“参照”等;对立性引证的引导词为“相反”“不同的见解,参见”“但见”等。
5. 作者(包括编者、译者、机构作者等)为三人以上时,可仅列出第一人,使用“等”予以省略。
6. 引证二手文献、资料,需注明该原始文献资料的作者、标题,在其后注明“转引自”该援引的文献、资料等。
7. 引证信札、访谈、演讲、电影、电视、广播、录音、未刊稿等文献、资料等,在其后注明资料形成时间、地点或出品时间、出品机构等能显示其独立存在的特征。
8. 不提倡引证作者自己的未刊稿,除非是即将出版或已经在一定范围内公开的。
9. 引证网页应出自大型学术网站或新闻网站,由站方管理员添加设置的网页,应附有详细的可以直接确认定位到具体征引内容所在网页的URL链接地址,并注明最后访问日期。不提倡从BBS、BLOG等普通用户可以任意删改的网页中引证。
10. 英文以外作品的引证,从该文种的学术引证惯例,但须清楚可循。
11. 其他未尽事宜,参见本刊近期已刊登文章的处理办法。

引用例证

中文

1. 著作

- 朱慈蕴:《公司法人格否认法理研究》,法律出版社 1998 年版,第 32 页。

2. 译作

- 孟德斯鸠:《论法的精神》(下册),张雁深译,商务印书馆 1963 年版,第 32 页。

3. 编辑(主编)作品

- 朱景文主编:《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》,中国检察出版社 1996 年版,第 32 页。

4. 杂志/报刊

- 张维迎、柯荣住:“诉讼过程中的逆向选择及其解释——以契约纠纷的基层法院判决书为例的经验研究”,载《中国社会科学》2002 年第 2 期。
- 刘晓林:“行政许可法带给我们什么”,《人民日报》(海外版)2003 年 9 月 6 日。

5. 著作中的文章

- 宋格文:“天人之间:汉代的契约与国家”,李明德译,载高道蕴等主编:《美国学者论中国法律传统》,中国大学出版社 1994 年版,第 32 页。

6. 网上文献资料引证

- 梁戈:“评美国高教独立性存在与发展的历史条件”,<http://www.edu.cn/20020318/3022829.shtml>,最后访问日期 2008 年 8 月 1 日。

7. 古籍

- (清)汪辉祖:《学治臆说》,卷下,清同治十年慎间堂刻汪龙庄先生遗书本,第 4 页 b。
- (清)薛允升:《读例存疑》(重刊本),黄静嘉编校,台湾成文出版社 1970 年版,第 858 页。

8. 档案文献

- “沈宗富诉状”,嘉庆二十二年十二月二十日,巴县档案 6-2-5505,四川省档案馆藏。

英文

1. 英文期刊文章 consecutively paginated journals

- Frank K. Upham, “Who Will Find the Defendant if He Stays with His Sleep? Justice in Rural China”, 114 *Yale Law Journal* 1675 (2005).

2. 文集集中的文章 shorter works in collection

- Lars Anell, “Foreword”, in Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, Sweet & Maxwell, 1998, p. 1.

3. 英文书 books

- Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, pp. 456—457.

4. 英美案例 cases

- *New York Times Co. v. Sullivan*, 76 U.S. 254 (1964). (正文中出现也要斜体)
- *Kobe, Inc. v. Dempsey Pump Co.*, 198 F. 2d 416, 420 (10th Cir. 1952).

5. 未发表作品 unpublished manuscripts

- Yu Li, *On the Wealth and Risk Effects of the Class – Steagall Overhaul: Evidence from the Stock Market*, New York University, 2001 (*unpublished manuscript, on file with author*).

6. 信件 letters

- Letter from A to B of 12/23/2005, p. 2.

7. 采访 interviews

- Telephone interview with A (Oct. 2, 1992).

8. 网页 internet sources

- Lu Xue, “Zhou Zhengqing Talks on the Forthcoming Revision of Securities Law”, at http://www.fsi.com.cn/celeb300/visited303/303_0312/303_03123001.htm, 最后访问日期 2008 年 8 月 1 日。

德文

1. 教科书:作者、书名、版次、出版年份、章名、边码或页码

- Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, § 6, Rn. 371/S. 651 ff.

2. 专著:作者、书名、版次、出版年份、页码

- Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. Aufl., 2000, S. 431.

3. 评注:作者、评注名称、版次、出版年份、条名、边码

- Crame/Heine, in: Schönke/Schröder, 27. Aufl., 2006, § 13, Rn. 601 ff.

4. 论文:作者、论文题目、刊物名称、卷册号、出版年份、首页码、所引页码

- Schaffstein, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*, ZStW 72 (1960), 369, 369.

5. 祝贺文集:作者、论文题目、文集名称、出版年份、页码

- Roxin, *Der Anfang des beendeten Versuchs*, FS-Maurach, 1972, S. 213.

6. 一般文集:作者、论文题目、编者、文集名称、出版年份、页码

- Hass, *Kritik der Tatherrschaftslehre*, in: Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, S. 197.

7. 判例:判例集名称或者发布判例机构名称、卷册号、首页码、所引页码

- BGHSt 17, 359 (360); BGH NJW 1991, 1543 (1544).

注释中重复引用文献、资料时,若为注释中次第紧连援引同意文献的情形,中文使用“同上注,第 2 页”,英文使用“*Id.*, p. 2”,德文使用“*Kaser/Hackl*(作者), a.a.O., S. 2”,其他语种文献从其习惯。

若为非次第紧连的文献,可将文献的版次、出处等简略,中文使用“同前注[X],第 2 页”,英文使用“*supra note* [X], p. 2”,德文使用“[Fn. X], § 19, Rn. 2.”,其他语种文献从

其习惯。中英文文献需注明引用文献的名称和作者,以便用于识别;德文文献除所参见脚注包含同一作者的多项文献外,不标注文献的名称;其他语种文献从其习惯。如:“苏力:《送法下乡》,同前注〔4〕,第2页”;“Posner, *The Problems of Jurisprudence*, *supra* note〔2〕, p. 2”;“Kindhäuser〔Fn. 19〕, § 19, Rn. 2.”。

《北大法律评论》第 16 卷 · 第 1 辑(总第 29 辑)

目 录

专题:医疗行为与刑法干预

张丽卿	专断医疗行为的刑法容许性	1
江 溯	医生的说明义务与患者的假定同意	19
甲斐克则	刘建利 陶 沙 译	
	医疗事故与刑法的职责	41

论文

李红海	巡回审判与普通法的诞生	54
侯 猛	最高人民法院巡回法庭:何去何从	65
王 晨	康德《道德形而上学》中的许可法	78
陈洪兵	共犯的处罚边界	101
徐 斌	理性与历史:美国宪法解释中的变迁难题	135

评论

杨 陈	共和主义宪政观的当代困境	
	——对于政治宪法学的超方法论批评	158
殷秋实	登记对抗的理论解读	
	——以特殊动产多重买卖为中心	179
史志磊	英国法中按揭制度结构模式的演进	
	——以不动产为分析对象	197

马克·巴伦伯格 阎 天 译

劳动法学的过去和未来 216

名家演讲

陈兴良 法律图书的历史演变

——以个人感受为线索 242

编后小记 255

Peking University Law Review
Vol. 16, No. 1 (2015)

Contents

**Symposium: Medical Behaviors and Its Intervention
by Criminal Law**

Zhang Liqing

Tolerance for Arbitrary Medical Practice under Criminal
Law (1)

Jiang Su

The Doctor's Duty of Disclosure and the Patient's
Hypothetical Consent (19)

Kai Katsunori Translated by Liu Jianli & Tao Sha

Medical Malpractice and Criminal Responsibility (41)

Articles

Li Honghai

The Circuit Courts and the Birth of English
Common Law (54)

Hou Meng

The Circuit Tribunal of the Supreme People's Court
of China: What Course to Follow (65)

Wang Chen

On Permissive Law in Kant's *The Metaphysics of Morals* (78)

Chen Hongbing

On Boundary of Punishment Grounds of Accomplice (101)

Xu Bin

Reason and History: the Transformation Problem
in the Interpretation of the U. S. Constitution (135)

Comment On**Yang Chen**

Contemporary Dilemma of Republican Constitutionalism:
An Extra-methodological Critique of Political
Constitutional Theory (158)

Yin Qiushi

The Interpretation of Registration Antagonism:
Focused on the Multiple Transactions of
Special Moveable Property (179)

Shi Zhilei

The Evolution of Mortgage Structure in English Law:
Taking Immovable Property as Object of Analysis (197)

Mark Barenberg Translated by Yan Tian

Workers: The Past and Future of Labor Law Scholarship (216)

Master's Speech**Chen Xingliang**

The Historical Evolution of Legal Books:
On the Basis of Personal Experience (242)

Afterword (255)



专题:

医疗行为与刑法干预

《北大法律评论》(2015)

第16卷·第1辑·页1—18

Peking University Law Review

Vol. 16, No. 1, 2015, pp. 1—18

专断医疗行为的刑法容许性

张丽卿*

Tolerance for Arbitrary Medical Practice under Criminal Law

Zhang Liqing

内容摘要:专断医疗侵犯了病人的自主权,所以,基本上不受容许。依据医疗伦理原则,医师实施侵入性的医疗行为前,应尊重病人的自主意思,必须以病人的同意为前提。但是,某些例外的情况,如病人昏迷而不能自主决定或病人所作的决定不合常情而可能危及生命时,医师也许要采取专断医疗。这种情况下的专断医疗,在刑法上是否要加以责难,有讨论的必要。以耶和華见证人拒绝输血为例,医师在医疗过程中,如果为了挽救病人的生命,违反其意思而输血,刑法上不能评价为违法。因为,在“防御性医疗”当道的情况下,懂得自保的医师只要迎合病人的决定,既可以快速了结医疗案件,又可以免除法律争端,何乐而不为?唯念念不忘救人的善良医师,才可能作出违反病人意思的医疗决定,刑法不应苛责此类医师。

关键词:专断医疗 告知同意 业务正当行为 紧急避难 推测承诺 假定承诺

* 法学博士,台湾高雄大学法学院教授、台湾东海大学法律学院合聘教授、台湾地区“刑事法学会”理事长。

一、前言

专断医疗 (eigenmächtige Heilbehandlung) 是医师未得病人同意的医疗行为。依照目前的医疗规范, 医师在对病人进行侵入性的检查或医疗时, 应该先行告知医疗上的重要信息, 再由病人自己决定是否接受医疗。医师如果没有进行告知或告知不完整而采取医疗行为, 即属于专断医疗。在早期的临床上, 专断医疗并没有遭到反对, 近来则是因为病人自主意识的抬头, 专断医疗才受到质疑与禁止。

专断医疗侵犯了病人的自主权, 所以, 基本上不被容许。依据目前的医疗伦理原则, 医师实施侵入性的医疗行为前, 应尊重病人的自主意思, 必须以病人的同意为前提。但是, 某些例外的情况, 如病人昏迷而不能自主决定或病人所做的决定不合常情而可能危及生命时, 医师也许要采取专断医疗。这种情况下的专断医疗, 在刑法上是否要加以责难, 有讨论的必要。

本文将从一个案例谈起: 病人及其家属基于宗教上的信仰, 拒绝医疗上的输血, 医师依照病人的意思而没有输血。针对案例, 本文作了假设, 如果医师为了挽救病人的生命, 在医疗过程中违反病人的意思而输血, 在刑法上应该如何评价?

本文的基本立场是, 专断医疗应该有例外的刑法可容许性, 如业务上正当行为、紧急避难或依法令的行为。在讨论本案例时, 也将对相关的概念一并予以说明, 如推测承诺、假定承诺, 这些概念都可以被当作“业务上正当行为”这个法定阻却违法事由的重要内涵。

二、从拒绝输血案谈起

(一) 本案事实

耶和华见证人甲, 于 2002 年 5 月 28 日因车祸导致骨折, 骨端由右大腿内侧约 7 公分长的开放性伤口穿出体外, 经 A 医院急诊室医师建议应接受手术治疗。当日, 甲的家属乃将其转送规模较大的 B 教学医院中心, 经骨科医师诊视后, 亦建议手术治疗。甲及其家属基于宗教信仰的原因, 拒绝输血, 但仍经家属同意进行手术。^{〔1〕}翌日, 主治医师乙先以气管插管全身麻醉后, 施以骨髓内锁定钢钉固定骨折手术。手术完成后, 送入病房疗养。由于手术前甲与家属拒绝输血, 造成术中失血约 300 毫升, 甲的血红素降至 51 mg/dl, 体温升至摄氏

〔1〕 依台湾地区“医疗法”第 63 条规定, 具有侵入性质的医疗手术, 术前必须获得病人或家属的同意并签具手术同意书; 而未成年者之手术, 则需法定代理人代为签具手术同意书。本案中, 甲为 18 岁之未成年人(台湾地区“民法”规定年满 20 周岁为成年人), 原则上须经家属同意, 手术始能进行。

38.6 度,乃施以抗生素及铁剂治疗。

手术后隔日(5月30日),甲的血红素再降至 4 mg/dl,呼吸困难。甲病情恶化,主治医师乙再次建议输血,家属仍坚拒输血,甲遂经插管送加护病房以呼吸器辅助呼吸,并更改处方为强效抗生素,同时施用红血球生成素治疗。

手术后第二日(5月31日),甲的血红素更降至 3.3 mg/dl,右大腿内侧伤口有混浊臭味的液体流出,判断可能有败血症,遂会诊血液科及感染科控制感染治疗;血液科医师虽建议可进一步检查,但特别以中文书写“若不输血,检查也无帮助”,因为无法终止及纠正引起 DIC(diffuse intravascular coagulation,弥漫性的血管内溶血)的诱因。主治医师乙,因血红素过低,只好接受病人家属要求,施以高压氧治疗,转由同院的高压氧中心医师丙进行评估。丙医师评估判断,甲无气胸等高压氧治疗之禁忌症,大腿伤口发炎情形亦属于高压氧治疗之适应症,旋于当日 17 时许,在丙监督指示下进行高压氧治疗,并由护理师丁协助进行推入高压氧舱前的前置接管作业。不幸,甲因严重缺血、脂肪栓塞等因,于治疗过程中约 19 时许,不治死亡。

(二) 问题提出

本案经一、二审的审理,主要争议点是,B 医院高压氧中心的医师丙与护理师丁,对高压氧仪器的操作是否有疏失,进而造成甲的死亡。一审法院与二审法院的见解歧异。一审法院认为,本案死因已由法医鉴定为:“因骨折并发脂肪栓塞,造成弥漫性血管内凝血症而休克死亡。”足以佐证在病人家属拒绝输血的情形下,医师并未放弃治疗,仍积极施以高压氧治疗,并依正常操作程序而进行,丙并无明显可见的疏失。但高等法院的二审裁判则采纳第四次鉴定意见,认定甲的死亡系丙与丁的操作疏失所致,认为两人成立过失致死罪。上诉后,台湾地区“最高法院”认为,甲的死因尚待厘清,发回高等法院,目前仍在审理中。^[2]

尽管在法院审理过程中,全案主要争执是高压氧中心医师丙与护理师丁在高压氧的操作与甲死亡间可否予以因果归责。但全案另有一个探讨的重点,即丙评估采取高压氧治疗前,为何主治医师乙要放弃“输血”? 输血应该是符合

[2] 1992 年,日本也曾发生类似案例即“耶和华见证人拒绝输血事件”。该案病人是耶和华见证人,因罹患肝脏肿瘤,于东京大学附属医院进行摘除肿瘤的手术。手术前,明确表示拒绝接受一切与输血有关的医疗行为,但手术中,医生为了手术需要而为其输血。最终,手术成功,唯原告知情后精神崩溃,对医院及医生提起损害赔偿之诉。日本最高裁判所认为,基于宗教信仰而拒绝一切伴有输血的医疗行为,是一种自主决定权的展现。医师对于基于人格发展的一切意思决定,应当充分尊重,而被判应负民事损害赔偿之责。参见甲斐克则编:《医事法講座(第 2 卷):インフォームド・コンセントと医事法》,信山社 2011 年版,第 17 页以下;久々湊晴夫:《やさしい医事法學》(第 2 版),成文堂 2007 年版,第 92—107 页。

一般手术医疗常规的最佳医疗决策。^{〔3〕}

临床医疗中,病人与医师彼此的決定发生冲突时,该如何处理? 医师可否基于医疗裁量的专业判断,以病人最佳的利益为考虑,采取病人所不同意的医疗措施,不无疑问。本案病人甲与家属是耶和华见证人,基于信仰而拒绝输血,手术过程中,主治医师乙尊重其信仰,在未输血的情况下顺利完成手术;手术后,甲缺血恶化,仍持续坚拒输血;最终,不得已委由丙医师改采高压氧治疗方式,却导致不幸死亡的结果。

对于“高压氧的操作疏失”与“病人死亡”的因果关系,本文不作讨论。输血本来是最安全的治疗决策,医师乙却依照家属的坚持而放弃,导致必须采取高压氧的治疗进而导致治疗失败;因此,在本文看来,值得探讨的问题是:“乙究竟有无医疗上的专断空间”? 依刑法评价,乙能否不顾家属的反对而实施符合病人最佳利益的输血行为,该行为是否合法?

三、专断医疗行为的刑法评价

本案主要欲探讨的问题是,乙能否在家属的反对下,为病人进行输血等紧急医疗处置。这个问题至关重要,如医疗行为未经病人同意,于目前整体法秩序下可能引发的效果为何。一般来说,医师无论基于何种原因与动机,凡未经病人同意的医疗处置,称为“专断医疗行为”。从刑法评价的角度,则是关注于专断医疗行为若改变了病人身体的完整性时,基于身体法益维护的立场,该如何思考与评价。本文将于厘清专断医疗行为的意义后,探讨一般法规范层面的合法性基础。有了此初步理解后,再从刑法释义学的观点,思考专断医疗行为与伤害罪间的涵摄关系。

(一) 专断医疗行为的意义

近年来,西方国家以病人自主决定权为基础建构的“告知后同意法则”,已慢慢成为各国临床医疗的常规准则。所谓的告知同意,是指医师有义务将诊疗过程中的一切医疗信息,包括病情、治疗方案与选择、利益与风险衡量以及拒绝治疗的后果等,向病人说明。^{〔4〕} 病人经过告知后,再进一步与医师讨论,向医

〔3〕 本案中,被告医师丙极力抗辩,主治医师乙是在家属坚拒输血的前提下,才考量是否以高压氧为辅助治疗;而自己虽负责高压氧实施适应性的评估,病人其实在进行高压氧前的状况已经不是很理想,但认为在家属拒绝输血的情况下,只有这个方法可以尝试。参见台湾地区高等法院 1999 年度医上字第 2 号判决。

〔4〕 关于告知义务的详细说明,参见陈子平:“医疗上‘充分说明与同意’之法理在刑法上的效应(上)”,载《月旦法学杂志》2010 年第 3 期;吴志正:《解读医病关系 II——医疗责任体系篇》,台湾元照出版公司 2006 年版,第 91 页以下;黄丁全:《医事法》,台湾月旦出版社 1995 年版,第 243 页以下;杨秀仪:“美国‘告知后同意’法则之考察分析”,载《月旦法学杂志》2005 年第 6 期;曾淑瑜:《医疗伦理与法律 15 讲》,台湾元照出版公司 2010 年版,第 34 页以下。

师提出医疗上的请求,并选择所期望的医疗方案。由于医病双方的专业信息有差异,医师告知义务的履行,正是保障病人自主决定权的关键因素。目前的医疗行为中,凡是具有侵入性的治疗手段,法律上都会设定较为严格的规定,要求医师依序践行告知义务。“病人的自主同意”已是近代医学发展下,医疗行为正当化基础的一项重要条件。

不过,扩大医师告知的义务,同时也提高了医师的刑事责任风险。因为,即使无法证明医师有治疗疏失,病人在未充分说明下所为的同意,原则上会被评价为无效的同意,一旦医疗行为出现不乐见的结果,除非依照紧急避难或业务上正当行为而合法化,否则医师可能面临冗长的刑事追诉,备受身心煎熬。^{〔5〕}

专断医疗行为,是医师从事符合医疗常规的行为,但未取得病人同意。所谓的“医疗常规”,是指在临床医疗上,由医疗习惯、条理或经验等所形成的常见成规,具有约定俗成、共同依循的惯例的效果。例如,医疗行为依据实证医学证据创设的医疗准则实施者,即为典型符合医疗常规的医疗行为。举凡手术指引、病理学手则,都可供法院参考建构过失的标准。引用医疗常规,可避免过失标准的不确定,呈现一般化的准则。另外,个案中法院往往会评估医院的“医疗水平”,根据不同的医疗水平、实际诊治状况,调整医疗常规一致性的规定,给予不同的认定,进一步判断医师是否有能力遵循医疗常规。

台湾地区实务一般认为,如果医师以符合医疗常规的方式诊疗病人,即难谓医疗行为有未尽注意义务之情形,而不能论以过失犯。^{〔6〕}此外,因为医疗行为有其特殊性,自容许相当程度之风险,应以医疗当时临床医疗实践之“医疗水平”判断是否违反注意义务。原则上,医学中心之医疗水平高于区域医院,区域医院又高于地区医院,一般诊所最后;专科医师高于非专科医师。尚不得一律以医学中心之医疗水平资为判断标准。^{〔7〕}但是,专断医疗虽然必须符合医疗常规,但若医师未履行告知义务,获得病人的真挚同意,按照目前医疗告知同意的伦理要求,合法性依然受到质疑。以下将先从台湾地区现行规范面探讨专断医疗合法性的法理基础,再从刑法关照法益保障的观点,说明专断医疗落

〔5〕 长期的身心煎熬,是指医师因被刑事追诉导致其执业名声摧毁、丧失职位或延缓升迁、生活被摧毁等。Vgl. Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Aufl., C. F. Müller, 2015, Einleitung Rn. 14.

〔6〕 台湾地区高等法院 1997 年度医上诉第 5 号判决说明:“……行为人所应具有之注意程度,应依客观标准认定之。此之客观标准系指一个具有良知理性且小心谨慎之人,处于与行为人同一之具体情状下所应保持的注意程度。就医师言,应以‘医疗成员之平均、通常具备之技术’为判断标准。”此即所谓的“医疗常规”。

〔7〕 医疗水平的决定,如诊疗当时当地的医疗机构设备是否完善、专业知识能力高低、临床经验与人力多寡等。1995 年台上字第 3884 号刑事判决清楚指出:医疗过失,系指医疗人员违反客观上必要之注意义务而言。唯因医疗行为有其特殊性,应以医疗当时临床医疗实践之“医疗水平”判断是否违反注意义务。