

101 年度跨領域整合計畫經費

錯誤醫療行為之刑事責任

—以近年司法實務判決為中心

申請人

犯罪防治學系 馬躍中 助理教授

中華民國 101 年 3 月 29 日

(一) 計畫中文摘要

依據德國學者 Schroth 教授之見解¹，錯誤醫療行為分為下列三種類型：1. 狹義的醫療錯誤：係指因醫師的疏忽而在醫治病患的過程中發生錯誤，包括治療行為之前的檢查階段、忽略病患的病史、診斷與病症確認、用藥、選擇正確的醫療措施與執行醫療侵入行為；2. 廣義的醫療錯誤：違反說明義務；3. 廣義的醫療錯誤：醫療分工下與基於組織錯誤的刑事責任，在此牽涉到容許信賴原則。

因此，錯誤的醫療行為，通常在刑事責任的探討上主要是針對過失犯的類型。醫療過失造成病患死亡或健康受到傷害，就我國法而言，有可能構成「業務過失致死罪」（刑法第 276 條第 2 項）、「業務過失傷害罪」（刑法 284 條第 2 項前段）以及「業務過失致重傷罪」（刑法第 284 條第 2 項後段）。但隨著現代醫療的高度專業化、複雜化、分工化，使得醫療糾紛中醫師的責任更難釐清。就此德國學者 *Beauchamp* 以及 *Childress* 提出了醫療行為之四種倫理上原則作為判斷醫師責任之標準：(1) 醫師的損害禁止原則；(2) 醫師有義務注意病患的自主權；(3) 醫師有義務照顧病患之原則以及(4) 合理分配有限的醫療資源下的必要性。在這四種原則之下，醫師從事醫療行為，試圖找出合理及清楚之規範。本文擬就「醫療上醫師的告知義務」、「病患的自主權」、「因果關係的判斷」以及「信賴原則」等在醫療糾紛案件中頗富爭議的構成要件認定，整理近年來台灣的實務判決就前述問題的見解，並對照最新德國學說和實務見解後，提出未來我國在醫療倫理規範之制定或修正時應有之方向之建議。

(二) 研究動機

醫療院所中，內科、外科、婦科、及兒科，以往因求診人數多有「四大科」之稱；監委調查發現，四大科專科醫師人數及地區醫院家數逐年遞減，未來將成「四大皆空」。監委黃煌雄、劉興善調查發現，九十至九十七年間，外科醫師證書平均核發人次為一百六十一人，比衛生署核定的每年二百五十人訓練容額數少八十九人；內科、婦科、小兒科則分別少九十八人、十九人、四十六人；相較之下，牙醫及中醫則逐年增加²。近年來由於醫療糾紛頻傳，家屬為了捍衛自身的權益，多以刑事追訴手段為之，醫護人員在大量的工作壓力之下，在努力救治病患之際，仍要受到刑事責任之威脅，造成許多醫生不願從事高風險之醫療行為，長久以來，將對整體社會有不利影響。

¹ 古承宗譯，Schroth 著，「醫師之於錯誤醫療行為的刑事責任」，發表於「新世紀醫事法律學術研討會」，頁 2（2009）。

² 參閱：中國時報，「醫師銳減 內外婦兒科四大皆空」，網址：
<http://forum.chinatimes.com/default.aspx?g=posts&t=13863> (查閱日期：2011 年 7 月 13 日)。

其次，醫療行為一方面是對於病患生命及身體健康具有其正面的利益；另一方面，醫療行為也有可能是藉由侵入病人的身體、侵害生理機能或是造成身體不適的方式來達到促進病人身體健康、維持生命的目的³。基於醫療行為的「雙面性」，學說上針對醫療行為是否具備刑事責任能力有正反不同的看法。

德國法上針對醫療行為是否存在於具備刑事責任，持否定看法認為，醫療行為並不能滿足傷害罪之構成要件，主要是從整理的醫療行為觀之，醫療行為主要是救治病患、恢復身體健康，此與傷害罪的構成要件不符⁴，醫師在進行合乎醫療常規(lege artis)的行為，基於整體醫療行為之考量，即便隱瞞病患的健康狀態，也不構成傷害罪，此外，著名的德國學者Binding 早在一九〇二年指出：「每當進行侵入性醫療行為均建立在令人讚嘆而與之相對立之傷害行為」⁵；然而，德國實務上早在一八九四年提出了不同的看法，德意志帝國最高法院認為，凡是造成身體完整性的傷害，即便是出於急迫之必要行為，仍會構成傷害罪⁶。據此，醫師為病患注射緩和痛苦的止痛劑或照射X光仍會構成傷害，當然也包括外科手術。其主要的立論基礎在於，醫師的醫療行為對身體產生整體作用之前，將會對身體造成傷害，德國從帝國法院時代乃至於德國聯邦法院的判決的理念在於確保病患自主權，每個醫療行為均在構成要件層次上認為傷害行為，唯有產生有效的同意才可以阻卻違法⁷，因此，醫療行為無法再以「業務權論」阻卻其違法性⁸，只能透過以下三種事由才可以阻卻違法：1. 被害人的承諾（同意），係指病患的承諾；2. 推測的同意；3. 緊急避難⁹。

就我國目前學說與現況則認為，對於醫療行為，均以刑法第 22 條之「業務上之正當行為」作為醫療行為阻卻違法之事由¹⁰；此外，學說上尚有「被害人承諾」，可作為醫療行為阻卻違法的根據¹¹。在刑法解釋的觀點，若醫療行為以「業務上之正當行為」或「被害人承諾」作為阻卻違法事由，意謂醫療行為被認定是符合傷害罪構成要件之行為，法律對於醫療行為的評價，是建立在「醫療行為傷害說」的思考上。另有學者認為，以醫治為目的，而依醫學專業知識可以認定係

³ 王皇玉，「論醫療行為與業務正當行為」，台大法學論叢，36 卷 2 期，頁 4（2007）。

⁴ Vgl. Tröndle/Fischer, StGB und Nebengesetze, 54. Aufl. 2007, § 223, Rn. 11.

⁵ 原文：「Von jeher hat das Wundenheilen den löblichen Gegensatz zum Wundenschlagen gebildet.」
Vgl. Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts besonderer Teil, Band 1, 2. Aufl. 1902, S. 56.

⁶ RGSt 25, 375 ff.

⁷ Vgl. Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Aufl. 2003, S 73.

⁸ 「業務權論」係指：醫師乃是受到國家許可而執行醫療業務之人，醫療行為的正當化事由是從醫學知識上足以達成醫療目的，且法律沒有明文禁止使用者，就受到允許，至於病人同意與否並不重要，王皇玉，前揭註 1，頁 6。

⁹ 王皇玉，前揭註 1，頁 8。

¹⁰ 王皇玉，前揭註 1，頁 16-17。

¹¹ 可參考，陳子平，刑法總論(上)，268 頁（2005）；林山田，刑法通論(上)，頁 367-369（2008）；林鈺雄，新刑法總則，頁 267（2006）。

醫學上所必要，且與通常之醫術規則相符之開刀或其他醫療行為，根本不能該當傷害罪之構成要件，即使是醫療結果並沒有達到醫療目的，也不構成傷害罪¹²。

(三) 研究目的

德國學者Beauchamp以及Childress提出了醫療行為之四種倫理上原則作為判斷醫師責任之標準：(1)醫師的損害禁止原則；(2)醫師有義務注意病患的自主權；(3)醫師有義務照顧病患之原則以及(4)合理分配有限的醫療資源下的必要性。在這四種原則之下，醫師從事醫療行為，試圖找出合理及清楚之規範。本文擬就「醫療上醫師的告知義務」、「病患的自主權」、「因果關係的判斷」以及「信賴原則」等在醫療糾紛案件中頗富爭議的構成要件認定，整理近年來台灣的實務判決就前述問題的見解，並對照最新德國學說和實務見解後，提出未來我國在醫療倫理規範之制定或修正時應有之方向之建議。

(四) 研究方法及進行步驟及執行進度

1. 研究方法

1.1 法實證研究

為求完整透視現行實務運作對於醫療刑法之運作狀況及院檢雙方實際上對於證據調查程序進行的態度，本計畫配合人力，進行實證調查。將針對相關之實務案例進行過濾、分析、整理，徹底找出實務上構成要件認定之標準其與學界之落差。

1.2 比較法學研究

本研究採比較法學的研究方法。我們長期以來繼受歐陸法系，又以德國法影響最深，德國醫療刑法有許多極為細緻之規定，極具參考價值。

1.3 本計畫採用之研究方法與原因

本研究計劃欲採行的研究方法為法實證研究、比較法研究以，盡可能發掘德國所有相關可供參考之資料，諸如學術性的研究或專論，較具公信力相關期刊論文等評論性文獻以作為分析探討之素材。因侷限於我國現實上文獻之貧瘠，在比

¹² 參閱，林山田，刑法各罪論(上)，頁156-157(2006)。

較法的文獻探討後，對於我國新制度的建議方面，本計劃不會遵循立法者之理想設計，而會以批判性的角度，來觀看實務運作可能產生的問題，希望能以不同思考角度去深入問題之所在，謀求改善解決之道。

2. 進行步驟

本研究的進行大致有以下步驟：

- (1) 首先，蒐集國內外文獻，包括德國法上相關論點。
- (2) 對德國目前有關醫療刑法相關文獻，並分析其中差異。
- (3) 針對相關的最高法院判決判決書初步篩選。
- (4) 計畫進行期中檢討，並針對最高法院裁判作進一步篩選。
- (6) 分析最高法院裁判，並作成書面，待座談會時提出討論。
- (7) 做成結論，提出研究報告。

(五) 預期完成之工作項目、成果及績效

1. 預期完成之工作項目。

已於前述，我國司法實務在適用醫療犯罪時，經常有不一致見解，主要問題出自於對於構成要件之認定之差異，故將針對下列幾點事項探討：

- (1) 醫療上醫師的告知義務
- (2) 病患的自主權
- (3) 因果關係的判斷
- (4) 信賴原則

上述問題乃是在醫療糾紛案件中頗富爭議的構成要件認定，整理近年來台灣的實務判決就前述問題的見解，並對照最新德國學說和實務見解後，提出未來我國在醫療倫理規範之制定或修正時應有之方向之建議。

2. 對於參與之工作人員，預期可獲之訓練。

本計畫將聘請若干工讀生，協助蒐集相關司法實務判決，將可從中閱讀、分析判決之能力。

3. 預期完成之研究成果及績效（如期刊論文、研討會論文、專書、技術報告、專利或技術移轉等質與量之預期績效）

本研究計劃完成後，成果會以期刊論文方式發表。

參考書目

1. 甘添貴、謝庭晃，《捷徑刑法總論》，二版，瑞興，台北（2006）。
2. 吳志正，《解讀醫病關係II》，元照，台北（2009）。
3. 林山田，《刑法各罪論(上)》，修訂五版，台北（2006）。
4. 林山田，《刑法通論(下)》，十版，台北（2008）。
5. 林東茂，《信賴原則的適用範疇與界限，一個知識論上的刑法思考》，三版，五南，台北（2001）。
6. 林鈺雄，《新刑法總則》，二版，元照，台北（2009）。
7. 陳子平，《刑法總論》，二版，元照，台北（2008）。
8. 黃榮堅，《基礎刑法學(下)》，三版，元照，台北（2006）。
9. 曾淑瑜，醫療倫理與法律 15 講，元照，台北（2010）。
10. 蔡甫昌，《生命倫理四原則方法》，收錄於：戴正德、李明濱，醫學倫理導論，增訂版，教育部發行，台北（2006）。
11. 王志嘉，〈評台灣高等法院九十六年度上易字第二〇二〇號「強制罪」刑事判決—兼論病人生命身體法益的處分與醫師緊急救治義務〉，《月旦法學雜誌》，第 174 期，頁 298-320，2009 年 11 月。
12. 王皇玉，〈論醫療行為與業務正當行為〉，《台大法學論叢》，36 卷 2 期，頁 41-92，2007 年 6 月。
13. 馬躍中譯，Schroth, Ulrich 著，〈醫療專行為中之醫師的說明義務與德國法上關於器官捐贈的說明義務〉，《法學新論》，第 26 期，頁 41-50，2010 年 10 月。
14. 常照倫，〈醫療行為的因果關係及其週邊法律效果〉，《法令月刊》，第 62 卷第 1 期，頁 107-119，2011 年 1 月。
15. 張麗卿，〈信賴原則在醫療分工之適用--以護士麻醉致死案為例〉，《東海法學研究》，第 33 期，頁 45-78，2010 年 12 月。
16. 許澤天，〈過失不作犯之結果歸責—切除腫瘤成植物人案之評釋〉，《月旦法學雜誌》，第 183 期，21-35 頁，2010 年 8 月。
17. 陳子平，〈團隊醫療與過失責任〉，刊：《醫學倫理與法律的交錯應用(六)，醫療糾紛的法律實務—訴訟法方面》，頁 82-83（全文頁數），2010 年 9 月 4 日。
18. 曾淑瑜，〈信賴原則在醫療過失中之適用〉，《月旦法學》，第 28 期，頁 85-91，1997 年 9 月。
19. 蔡墩銘，〈醫療與信賴原則〉，《刑事法雜誌》，第 39 卷，第 3 期，頁 65-71，1995 年 8 月。
20. 鄭逸哲，〈「告知義務」和「術前評估義務」並非「注意義務」—台灣高等法院高雄分院九十八年醫上訴字第一號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，第 6 期，頁 94-99，2010 年 12 月。