

## 探討醫療行為之客觀注意義務 ——以最高法院九七年臺上字第三四二八號判決為例

陳英淙\*

### 摘要

醫療行為所引發的法律問題，如同交通、環保一樣，均可能涉及行政懲處、民事賠償與刑事責任，其中以刑事制裁最為嚴厲，亦最為當事人所畏懼，此由 2008 年 12 月於馬偕醫院所舉行的「過失醫療行為應否負刑事責任之探討」學術研討會即可知悉，而刑事責任以醫療行為具有社會損害性為前提，一個失敗的醫療行為在刑法上可能成立業務過失傷害罪或業務過失致死罪，過失犯非難的重點是行為人違反注意義務，醫師違反注意義務最常見的類型是疾病處理瑕疵。

本文以最高法院九七年台上字第三四二八號判決為例，探討醫療行為之客觀注意義務，先就醫療過失犯之刑事意義加以說明，次就系爭核心概念——消極不作為與積極作為之區別加以探討，並指明本案的重點在於不作為，且深究不作為在醫療上的特別意義；再者，一併指出違反醫療注意義務的認定標準，宜有一套客觀的指導原則及作業標準，不但能保障病人亦可保護醫師，以減少醫病糾紛；最後，針對本判決評析之。

**關鍵詞：**不作為、客觀歸責、保證人地位、客觀注意義務、醫療準則

---

\* 作者為長庚大學通識教育中心社會科法學教授，E-mail: ycchen@mail.cgu.edu.tw。對於兩位匿名審查委員的肯定與建議，作者深表謝意。

1. 問題導出
2. 最高法院 97 年臺上字第 3428 號判決
  - (1) 事實摘要
  - (2) 實務見解
    - (a) 地方法院
    - (b) 高等法院
    - (c) 最高法院
3. 醫療行為之客觀注意義務
  - (1) 醫療行為之刑事意義
  - (2) 醫療行為之不作為的判斷
    - (a) 含「不作為」要素的過失行為
    - (b) 經由作為的不作為
  - (3) 過失不作為犯在醫療上的特別意義
    - (a) 醫療行為的保證人地位
      - (i) 保證人地位
      - (ii) 醫師保證人地位形成的時點
    - (b) 醫療行為之客觀歸責與客觀注意義務
      - (i) 「法律上之因果關聯」的認定困難
      - (ii) 違反客觀注意義務之認定標準
        - ( $\alpha$ ) 醫療實務上的「理性懷疑」
        - ( $\beta$ ) 醫療標準作業程序的建立
        - ( $\gamma$ ) 當時(ex ante)觀點的判斷準則
4. 判決評析——代結論

## 1. 問題導出

在醫病關係的法律問題中，因醫療行為造成病患法益受侵害時，醫師有民法、刑法、醫師法及醫療法等相關責任，由最近舉辦的學術研討會探討醫療行為是否可能排除刑事責任可以得知，刑事責任乃是醫師最為畏懼的法律

問題。<sup>1</sup>

醫療糾紛的刑事責任以醫療行為具有社會損害性為前提，就醫療刑法實務而言，除了過失傷害以外，就屬過失造成病患致死最為嚴重，過失犯非難的重點是行為人違反注意義務，其常見的類型包括醫療處理的瑕疵、醫師告知義務的違反以及醫療體系組織的瑕疵。前者係指行為違反專業醫療規範，造成病人生命與身體健康受損害，其行為可能是違反醫療規範或醫學上所應遵守的醫療準則，可以是基於作為或不作為，也可能發生於處理前、處理中以及處理後，具體的醫療處理瑕疵可能是診察錯誤、監控瑕疵、手術中遺留異物、欠缺事先檢查或檢查不足、對檢驗結果未進行檢查、診療方法的錯誤選擇、治療法的會診錯誤或指示錯誤、錯誤的用藥、未辨認併發症、錯誤的開刀技術與錯誤使用醫療儀器等。

本文探討醫療處理瑕疵中的不作為，首先藉由最高法院判決瞭解系爭重點(2)；再就系爭重點所涉及的過失不作為內涵詳加討論(3)；最後，評析法院的判決(4)。

## 2. 最高法院 97 年臺上字第 3428 號判決

### (1) 事實摘要

死者係民國六年次的長期且嚴重煙癮者，患有陳舊性腦中風、高血壓及慢性阻塞性肺疾病等多項病史，於民國九十年七月二十九日十九時許在家中吃晚餐時，突自座椅上滑落，經其子報請救護車送往某醫院急診室急救，被告係該醫院急診部值班醫師，於聽取死者之子說明在家跌倒之情形，並依此記載其體溫、脈搏、呼吸、血壓與神經學檢查生理意識反應狀態等狀況判斷，因為死者於同年三、四月間已作過腦部斷層檢查，並無異狀，且跌倒送醫當

---

<sup>1</sup> 「過失醫療行為應否負刑事責任之探討」，臺灣刑事法學會主辦，2008 年 12 月 7 日，馬偕醫院臺北院區。由研討會所訂定的主題可以得知，該次探討的焦點在於醫療行為的刑事政策走向；而本文的重點在於過失之不作為，透過文中的討論可以瞭解，過失不作為乃刑法體系已形成共識的概念，因而並未成為該次研討會探討之相關主題，合先敘明。

時，頭部並無外傷，故未施以腦部電腦斷層檢查，又因死者沒有嘔吐，根據其子告知，死者咳嗽有痰、發燒，到院時量溫度三八·七度，綜合這些，被告也作聽診，發現死者肺部有雜音，因此將肺炎列入考慮，安排抽血、驗尿、採集病患痰液作細菌培養，並做胸部 X 光檢查，從 X 光片發現兩側肺部有發炎現象，給予第二代抗生素治療，死者一開始是置於急診室的治療區(重傷區)，檢查結束並給予抗生素治療後，將其置於急診室的觀察區。然死者於同日晚間十一時五十五分許，病況急遽惡化，昏迷指數急速下降，並大量嘔吐出咖啡狀液體，經接班醫師診斷，可能另肇因於腦中風，於七月三十日凌晨零時二十八分許，對死者作電腦斷層檢查，發現左大腦被殼核及腦室出血，遂立即會同神經外科醫師等人，於凌晨一時五十分許，開始施行腦室導水管引流手術，並於同日凌晨二時五十五分許結束手術，死者延至同年八月一日上午八時許，宣告不治死亡。

## (2) 實務見解

### (a) 地方法院<sup>2</sup>

本案曾經衛生署醫事審議委員會先後兩次鑑定被告有無醫療疏失，依初鑑定書報告，認為死者是陳舊性腦中風病史的老年人，飲食時較容易噎到而造成吸入性肺炎，若因此感染發燒，則有可能產生意識不清而摔倒，死者被送到急診室時，體溫高達攝氏三八·七度，胸部聽診有雜音，由胸部 X 光發現兩側肺部有發炎現象，經神經檢查除神智為嗜睡外，並無其他局部神經症狀，故被告先以吸入性肺炎做診斷治療，並留置患者於急診室觀察，應屬合理。在發現病患神經症狀惡化後，馬上給予電腦斷層檢查，結果為嚴重的左腦及腦室出血，此種型態應屬自發性腦出血，然無法預期其發生之時間、地點，目前又無特殊的治療方法，無論內科保守療法或外科手術，死亡率均相當高，以本案如此嚴重的腦出血，無論何種療法，幾乎無存活的可能。

然而，覆鑑定書卻指出，腦中風病發時，若新出現的臨床表現有吞嚥困

---

<sup>2</sup> 基隆地方法院 93 年醫訴字第 1 號。

難，伴隨意識改變、嘔吐等症狀，就容易導致吸入性肺炎，一般而言，吸入性肺炎會引起腦中風的機率微乎其微，除非患者出現極度呼吸急促，併發高血壓才會中風，只要控制症狀積極治療肺炎，就不會併發高血壓導致中風。

地方法院鑑於上述鑑定意見似有若干扞格之處，乃將本案送交財團法人中華民國消費者文教基金會醫療糾紛處理委員會再行鑑定，該委員會認為病患求醫有咳嗽、呼吸困難、體溫升高到攝氏三八·七度、呼吸每分鐘廿六次(正常人每分鐘十六次)，對曾經罹患中風，時有意識障礙病人，初步診斷為吸入性肺炎是合理的診斷，經胸部 X 光檢查後，證實有肺炎病灶，故做肺炎的治療處理，也合乎醫療常規，初至急診時，因無新出現腦神經症狀，故不做頭部電腦斷層檢查，並非不合理的醫療行為，等病人發生嘔吐並有意識變化，才能懷疑有腦出血，此時再施行頭部電腦斷層檢查，亦是合乎醫療常規的行為，因為出血部位屬重要部位，所以即使開腦清除部分血塊，但是仍然回天乏術，非因醫師疏失所致。

地方法院綜合各種證據認為死者送急診時，並無明顯可見之頭部外傷，自神經學觀察，其昏迷指數仍維持在十二分至十分之間，並未明顯屬外傷性腦中風或外傷性腦內出血，而必須立即施作頭部電腦斷層掃描之狀況，病患於醫師接班後，即使的確有左大腦被殼核併腦室出血之症狀，然以其痼疾之複雜且反覆而論，其確切死因仍有待解剖相驗方能論斷，並非得以外傷性腦中風或外傷性腦內出血之情況相類比，亦非如該等情況得以輕易判斷確切之死因。死者之死因實未能排除其本身痼疾引發更為嚴重而屬根本無從治療之腦室出血，即不論任何醫療行為介入，均無從阻斷死者死亡結果之發生可能性，則死者是否因天壽已盡而無從以人力挽回，即屬無可斷定，被告對死者之各項醫療舉措，尚未能發現任何醫療過失，且病患之死亡係根源於人力無可挽回之嚴重腦內出血，本案之相當因果關係亦未能建立，自應依法諭知無罪之判決。

(b) 高等法院<sup>3</sup>

高等法院認為醫學治療乃依病患臨床症狀判斷病患最有可能之病症，將各項診斷配合醫學知識，據以判別病患實際所罹疾病，予以醫學治療，因病症變化急速多變，於治療過程中仍應持續觀察其他可能原因或併發症，被告依死者入院時顯現的病症，初步診斷為急性肺炎，經抽血檢驗及細菌培養，胸部 X 光顯示有網狀結節狀浸潤，兩側肺部確實呈現有肺炎現象，有如前述，因而予以抗生素治療，並無不合；又依其子主訴病患吞嚥困難，該症狀亦屬吸入性肺炎之危險因子，且依事後檢驗報告，肺部確有肺炎現象，死者於被告診治期間之表徵，顯示其罹有肺炎之可能性相當高，嗣經各項檢驗亦確認有吸入性肺炎，被告之診治方向並無不妥，易言之，在被告診治期間，病患並無再度發生腦中風病情，死者既無高血壓再度引發腦中風之臨床表徵，被告未施行斷層掃描乃基於醫學合理判斷，尚難謂被告未施行斷層掃描即認定對患者缺乏積極治療，被告所為各項檢查、觀察及治療均係依患者當時情狀所為必要之醫療處置。

本件病患之病情急劇轉變，此由證人接班醫師於偵查中之證言觀之即明，且病患之腦室出血情形縱早期發現，其死亡結果亦不致因此而有所改變，蓋視丘或腦幹出血以不採開顱手術為原則，亦有文獻可參考，該急劇之變化縱早期發現，於醫療實務上亦非一定能挽救病患生命，是單以斷層掃描未施作，即認與病患之死因具因果關係，此聯結顯屬牽強。

就被告未施行斷層掃描於醫療上是否涉有疏失，其判準應以該斷層掃描之未施行是否有延誤醫療時機為論斷依據，不得遽謂斷層掃描未施行即屬有過失，被告依死者各種症狀所為之醫療處置均符合醫學原則，雖有被殼核、視丘及腦室出血等情，惟其病徵係於被告辦理交班後始急速惡化，不得依死者嗣後表徵倒果為因，即認倘被告事先為斷層掃描之施行，病患即可及早獲得醫治而不致生死亡結果，蓋依死者入院時之症狀，經檢查瞳孔兩側並無不等大之情，被告縱施予斷層掃描，亦無從察知病患嗣後將有腦室出血之情，

---

<sup>3</sup> 臺灣高等法院 94 年醫上訴第 2 號。

故若認為被告有應實施斷層掃瞄而未施行，致延誤治療時機，亦屬速斷。

(c) 最高法院

告訴人聲請上訴意旨所指各節，或為單純事實之爭執、或不影響全部事實之判斷而可認於原判決之主旨有影響、或原審已加審酌、論斷、或事實已臻明確，無庸再為調查，屬原審得本於職權裁量之事項，已於判決內詳述其證據取捨、判斷之理由，為其職權之適法行使，並無上訴意旨所指違背法令之情形，應予駁回。

### 3. 醫療行為之客觀注意義務

#### (1) 醫療行為之刑事意義

本案在進入焦點討論之前，首應究明之處在於，判決書中所提及的施以吸入性肺炎之治療、或進行腦部電腦斷層之檢查。醫學上的治療和檢查在刑法上的意義為何？又刑法如何對於醫療糾紛進行初判？

醫療行為係「凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健目的所為之診察及治療，或基於診察、診斷結果而以治療為目的所為之處分，或用藥等行為或一部之總稱」，<sup>4</sup>因此，醫療行為的種類與範圍相當廣泛，包含醫師的診斷、治療前之檢查、療法選擇、治療行為、處置後之管理與指導等行為，這些行為必須依據醫術規則，目的是為了預防、及早發現或治療疾病，即使是他人的輔助措施，只要是基於醫師的指示，且對此負責，亦屬之。

因為疾病是生理或心理處於違和狀態，導致需要醫師的治療，故依我國醫政實務上所肯定的醫療行為，尚包括給信徒服用摻有藥物的香灰、民間療法的刮痧與拔罐、為了治病的指壓與推拿、以祖傳的外用膏藥供他人敷治，為了正當用藥而替患者測量血壓，以及影響或改變人體結構及生理機能的美容業務等均屬之。<sup>5</sup>

<sup>4</sup> 行政院衛生署於 65 年衛署醫字第 10788 號函。

<sup>5</sup> 黃丁全(1995)，《醫事法》，月旦出版社，頁 77 以下。

醫療行為可能發生醫療瑕疵，而醫師的醫療瑕疵造成病患生命、身體健康上的侵害結果，通常不會是基於故意而為，因為醫療的本質在於讓病患恢復健康，醫師的一切處理行為是在幫忙病患，不會不在乎病患的生死，甚至認為病患即使死亡，也不違背本意，故醫療瑕疵行為原則上需要判斷的是過失刑責的有無。職是，醫療行為之刑事責任以過失犯最為典型，刑法第十二條第二項規定，過失行為之處罰，以有特別規定者，為限；依第十四條之規定，過失犯成立要件是注意義務之違反以及結果之發生，前者依客觀情形與個人義務與能力而定，並在主觀可預見下，經由注意義務之違反而導致結果之發生(無認識過失)或在可非難的自信下，認為一切沒問題，仍因注意義務之違反而令結果發生(有認識過失)。惟在醫療上並非只要處理失敗就有刑事責任，其有如一般過失行為，需要加以檢驗，俾確認行為是否成立過失犯。

本案依照醫療行為的定義，不論施以吸入性肺炎之診斷治療、或未施以腦部電腦斷層檢查，其行為均具有刑事上的意義，其在刑法上應負的責任為過失犯罪，本案有無成立過失犯，則需進一步檢驗。

## (2) 醫療行為之不作為的判斷

本案需檢驗之處，在於檢方認為死者送急診之初，依到院護理紀錄、詢問家屬有關其陳舊性腦中風後遺症為何、調閱舊病歷等途徑，被告應注意上述症狀可能係中風等腦血管疾病所起，又無不能注意之情形，當時就可以安排頭部斷層掃描檢查，僅因死者於同年三、四月間，已做過腦部電腦斷層檢查，並無異狀，而跌倒送醫當時，頭部並無外傷，即疏未注意死者中風宿疾所可能引起之腦血管疾病，並立即施予腦部電腦斷層檢查，致延誤治療時機，被告應負業務過失致人於死罪；只是，由於被告有施以吸入性肺炎之診斷治療，對於檢方將病患的死亡原因歸咎於被告未施予腦部電腦斷層檢查，致延誤治療時機，被告的行為應評價為作為或不作為？行為與結果之間的因果關係又應如何認定？上述問題關係到刑責成立之要件與有無，故有釐清的必要。

醫療上的過失行為可能基於醫師的積極作為或消極不作為，前者如給予



錯誤的藥物，直接導致病患死亡；後者如未及時指示住院治療，延誤就醫而死亡，由此可見，在大部分的情形中，區別作為與不作為可以容易地由外在現象加以區分，因果歷程若是經由能量的注入而開展、或能量的注入影響因果歷程的發展方向，則可以肯定是作為；反之，行為人對於事件放任不管，且行為人對於因果歷程的開展或發展有可能干預，卻不願為之，則是不作為，<sup>6</sup>此為學術上區別作為與不作為的「能量說」，<sup>7</sup>但能量說並無法完全解決兩者的區別，疑義之處在於，在具有多重意義的行為中，哪一種組成部分是刑法判斷的關鍵性重點，是否能夠僅僅憑藉行為的外在現象即可斷定作為或不作為？以下將針對此與醫療實務有關的特性加以說明。

(a) 含「不作為」要素的過失行為

在過失犯的領域中，有時作為本身即含有不作為要素，例如臺北榮民總醫院為多位病患進行超高速電腦斷層注射機顯影劑操作時，未將針筒導管依原廠一次使用，用後即丟之指示，而重複多次使用，導致一位奈及利亞的境外移入瘧疾感染者，因靜脈血液回流感染其他患者，造成死亡的嚴重後果，<sup>8</sup>行為人對病患使用遭感染的導管是積極作為，但未依用後即丟的指示是消極不作為，此為具多重意義的行為，因此，在檢驗過失的醫療瑕疵行為時，積極或消極的行為有可能互為重疊，對結果的實現到底是因為瑕疵的作為所導致？還是違反義務的不作為？事實上，此疑義其來有自，因為過失犯的本質即具有不作為的要素——未遵守誠命的注意義務，但卻不能因而認為不遵守注意義務即成立不作為犯，在理論上，任何一種注意義務的違反都是不作為，若將違反注意義務視為不作為犯，如此一來，任何一種過失犯都是不作為犯。

<sup>6</sup> 蘇俊雄(1998)，《刑法總論 II》，修正版，頁 576~583；林東茂(2005)，《刑法綜覽》，最新修訂版，一品文化出版社，頁 1-161~1-186；黃常仁(2001)，〈邏輯分析與體系論證〉《刑法總論》，增訂一版，漢興出版有限公司，頁 145~149；林鈺雄(2008)，《新刑法總則》，二版第一刷，元照出版有限公司，頁 524~542。

<sup>7</sup> 黃惠婷(2004)，〈作為與不作為之區別〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 57 期，頁 134。

<sup>8</sup> 蘇嘉宏、吳秀玲(2008)，《醫事護理法規概論》，增訂八版一刷，三民書局，頁 147。

需特別指出的是，醫師的過失醫療作為與不作為二者之間不同的地方在於，前者是行為人對於法益保護目的負有義務地應合理作為；後者反而是受誠命的行為人應有所作為，因而不是任何一種疏於注意義務的行為都歸類於不作為犯，區別二者的關鍵不是在於「事實」、而是在於「價值」問題，亦即不是從個案的外在現象下判斷，而是依行為的社會意義內涵，在規範評價下應該將重點置於何處而定。<sup>9</sup>

(b) 經由作為的不作為

區別作為與不作為另一種困難的情形是經由作為的不作為，例如醫師認為儀器的運作對於喪失意識的病患已無意義，雖然儀器對於病患可以延長數週或數月，在未經病患或家屬同意下仍提前中斷儀器運作，造成病患立即死亡，這種情形特別之處是一方面醫師對醫療處理的中斷是經由外在的作為，例如關閉儀器必須注入能量；另一方面則是醫師對於繼續延長或挽回病患生命的放棄，由於儀器的關閉導致病患健康情形更惡化，有主張醫師的關閉行為是積極作為，醫師透過自己或指示助理關閉儀器，此行為影響本來可以存活較久的生命，所以關閉的動作是對病患製造法所不容許的風險，在外表以及理論上是一種禁止的積極作為；<sup>10</sup>反對見解認為依社會的行為意義，醫師的關閉行為相對於拯救與維護病患生命的繼續努力而言，是一種不作為，理由是儀器的中斷操控在醫師手上，即便關閉動作需要注入能量，由事件的規範觀點判斷，刑法譴責的重點在於醫師不繼續對病患拯救的努力，故以不作為犯論，學理上稱為「經由作為的不作為」。<sup>11</sup>

本案被告以吸入性肺炎加以診斷治療，而未立即施予腦部電腦斷層檢查，對照死者左大腦被殼核及腦室出血之致死結果，未施予腦部電腦斷層檢查顯然係可能之原因，而未施予腦部電腦斷層檢查與以吸入性肺炎加以診斷

<sup>9</sup> Wessels and Beulke (2005), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 35.Aufl., Rn.700, C.F.Mueller; Fuehr (2006), *Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen im Strafrecht*, Jura, 266; 林山田(2005),《刑法通論(下冊)》，增訂九版，臺大法學院圖書部，頁 206 以下。

<sup>10</sup> Fuehr (2006)(同註 9), Jura, 269.

<sup>11</sup> Roxin (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, 2003, § 31 Rn.99, C.H.Beck; Wessels and Beulke(同註 9), Rn.703f.

治療兩種行為，可以用能量說加以區分，即被告對於腦部的病變放任不管，且腦部電腦斷層檢查的施作有可能有助於解決腦部病變的不幸結果，卻不為之，故係不作為；至於以吸入性肺炎加以診斷治療，是一種能量的注入，故肯定是作為。本案非難的重點在於未施作腦部電腦斷層檢查，並非多重意義的行為，經評價屬於不作為，以下探討過失之不純正不作為於本案之應用。

### (3) 過失不作為犯在醫療上的特別意義

本案的焦點在於未進行腦部電腦斷層檢查的不作為與左大腦被殼核及腦室出血的致死結果之因果關係，亦即不作為的行為不法與死亡的結果不法之因果關聯，今死亡既已發生，則需檢視不為腦部電腦斷層檢查的刑法評價，如果行為不法成立，則進一步檢視行為與結果之間的可避免性；惟進行本案焦點探討之前，尚需先行處理保證人地位問題。

#### (a) 醫療行為的保證人地位

##### (i) 保證人地位

刑法處罰的行為包括作為與不作為，作為因觸犯法條而需負刑責，道理甚明；至於不作為，依第十五條規定，「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止，與因積極行為發生結果者同」，所以不作為負有刑事責任的前提是在法律上有防止義務，此乃居於保證人地位衍生出的保證義務，這一項特別的法義務，說明了不作為的行為人對於受保證的被害人負有危害排除的義務。保證人地位是成立不作為犯不可或缺的條件，而且僅限於特定人才具有此項法義務，其內容包括因保護義務與因防害或監督義務而形成，<sup>12</sup>前者例如工廠消防安全設備之檢修申報，由公司指示其防火管理人接洽消防設備士檢修後，向消防機關為之，該工廠已自願承擔關於消防安全設備檢修申報方面防火管理人應盡之義務，而在相關義務範圍內具有保證人地位；<sup>13</sup>後者例如經營遊樂區，提供遊客從事水上活動，自具有防止遊客

---

<sup>12</sup> 林山田(同註9)，頁227以下。

<sup>13</sup> 臺灣高等法院97年上易字第366號。

發生危險之保證人地位，應負法律上防免遊客發生從事水上活動致生危險之防免義務。<sup>14</sup>此外，居於保證人地位的當事人也可能因為其他因素而造成不作為的不處罰，<sup>15</sup>理由在於要求作為義務係不可能之事，例如要求內科醫師進行外科手術、或難以期待有所作為，例如要求外科醫師進行手術，但缺乏應有的設備。

(ii) 醫師保證人地位形成的時點

經由上述的說明可以得知，醫師成立過失不作為犯應有所限制，依刑法第十五條規定，行為人必須對被害人居於保證地位，進而衍生負有排除危害的保證義務，醫師之不作為的刑責亦然，必須能證明有可能防止病患身體健康或生命上的危害，進而證明誠命行為能防止具體結果的發生，最後則是證明誠命的行為可以期待醫生做得到。然而，醫師對於病患的保證地位於何時形成？因為醫師並非對於所有的病患，甚至於對於醫院內所有部門的病患皆居於保證人地位，故保證人地位的要件對不作為過失犯的認定居於關鍵性的角色。

醫師對於結果排除的義務，並非取決於醫病之間是否訂定民法上有效的契約，而是當醫師事實上已經接手照料病患時，換言之，病人的保護功能確定由醫師開始介入，至於二者之間的醫療契約是否有效，則非所問，當一位醫師接受病患時，原則上，病患已信賴醫師將會基於醫學上的知識盡其所能加以診治，進而替病患排除疾病所帶來的威脅，即使醫師沒有能力處理時，必要時也會進行輔助措施，依醫療法第七十三條規定「醫院、診所因限於人員、設備及專長能力無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診。但危急病人應依第六十條第一項規定先予以適當之急救始可轉診。」病患在接受醫師照料時，已經將自己的身體健康託付於醫師，因此，事實上的接受是醫師負起保證義務的開始。<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> 最高法院 97 年臺上字第 3115 號。

<sup>15</sup> Seelmann (1987), Probleme der Unterscheidung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht, JuS, 33-36.

<sup>16</sup> Schroth (2007), "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Behandlungsfehlern," in

對於醫師而言，醫師的保證義務是對病人身體健康的惡化、或甚至死亡負有避免或排除的義務，易言之，病人發生生命或身體健康上的危害結果時，只有當醫師對於病人居於保證人地位時，對於自己的不作為方有刑事責任問題。本案被告業已接受病患，並施以吸入性肺炎之診斷治療，即對於其身體健康之惡化、死亡之發生負有避免或排除的義務，職是，病患因腦部病變發生死亡之危害結果，對於未進行腦部電腦斷層檢查一事，並非不可能為之、亦無難以期待之情境，故被告已因自願承擔保護義務而居於保證人地位。

#### (b) 醫療行為之客觀歸責與客觀注意義務

本案於地方法院及高等法院判決中，均提出「客觀歸責理論」，如上所述，這正是本案的焦點所在。客觀歸責理論在於解決因果關聯性的問題，包括製造法律所不容許的風險及風險實現兩大內容，<sup>17</sup>此兩大內容即過失犯的行為不法和結果不法，<sup>18</sup>後者之實現以前者之成立為前提，行為不法係客觀注意義務之別稱，亦有學者將客觀注意義務區分為預見結果義務和迴避結果義務，<sup>19</sup>茲將客觀歸責理論應用於本案之醫療行為分析如下：

##### (i) 「法律上之因果關聯」的認定困難

經由積極作為所造成的醫療瑕疵，判斷是否符合構成要件該當性時，尤其對因果關係的認定，完全排除假設性的結果原因，因而對於故意作為犯的因果關係認定，原則上並不困難；相對地，對於醫療上過失不作為犯的因果關係認定，雖然也是以事實發生的因果歷程為標準，但相異之處在於醫療瑕疵若是基於醫生的過失不作為而造成時，行為人除了實現過失的構成要件之外，其對於病患必須負保證義務，同時必須幾近可能地確定，醫師若採取誠

---

Roxin and Schroth (ed.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. Aufl., S.77f, Boorberg; Ulsenheimer (2002), "Die strafrechtliche Beurteilung aerztlicher Heilbehandlung," in Laufs (ed.), *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl., § 138 Rn.14, C.H.Beck; Ulsenheimer (2008), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl., § 1 Rn.34a, C.F.Mueller.

<sup>17</sup> 林山田(同註 9)，頁 216 以下。

<sup>18</sup> 林山田(同註 9)，頁 173 以下

<sup>19</sup> 黃丁全(同註 5)，頁 294 以下；曾淑瑜(2007)，〈醫療過失與因果關係〉，翰蘆圖書出版有限公司，再版，頁 117 以下。

命的行為，可以避免結果的發生；易言之，若是在符合義務的行為下也同樣會有結果的發生或無法避免結果的發生，則否定違反義務行為的原因，只不過，這不是自然科學上因果關係的問題，而是結果歸責的條件，<sup>20</sup>另有稱為「法律上的因果關聯」，<sup>21</sup>問題在於檢驗過失不作為犯之法律上的因果關聯，若以假設性的結果原因為基礎，評價不作為醫療瑕疵的刑事責任，則變得相對困難。

本案係左大腦被殼核及腦室出血而死亡，乃無庸置疑的結果，惟此種是否無法避免？其前提必須先行探究：被告未進行腦部電腦斷層檢查是否製造法律所不容許的風險？亦即是否違反客觀注意義務？

(ii) 違反客觀注意義務之認定標準

(α) 醫療實務上的「理性懷疑」

在醫療實務上沒有人會否認：風險愈高，違反注意義務的危險亦相對提高，但在確定醫療行為是否需負刑事或民事責任之前，應先瞭解人類在保障病患安全的能力上有其限制，能力越是受限，容忍度也相對越大，因此，在醫療實務上有所謂的「理性懷疑」，其係基於事件的發展過程中，存有許多不確定性與風險因素；詳言之，對某器官進行醫療干預的過程中，有可能會影響其他器官，其狀況與反應無法確定評估，不僅無法事先預見，而且事後難有一致性的確認，故在擬定假設命題——「醫生若有所作為將不至於發生結果」時，由於人體組織器官的隱密性與本身固有的規律性(Eigengesetzlichkeit)，其所產生的影響難以估量，以及組織器官的運作無法可靠支配，故不能因為瑕疵處理、手術失敗或意外，即理所當然地認為醫師負有刑事責任，尤其在判斷不作為的醫療瑕疵時，這些因素必須列入考慮。

另依刑法第十五條規定，醫師對病患身體健康或生命之不利結果的發生，必須是能防止而不防止，由此衍生出，一方面醫師的不作為必須在身體

---

<sup>20</sup> Lenckner and Eisele (2006), in Schoenke and Schroeder (ed.), Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., Vorbem. § § 13ff. Rn.81, C.H.Beck.

<sup>21</sup> Ulsenheimer(同註 16), § 140 Rn.26.

上有實現的可能性；另一方面在具體情形下可期待醫師做得到，故事實行為的可能性與可期待性是醫師對保護病患法益之保證義務的內部限制。綜上所述，醫師不作為的刑事責任除要求必須居於保證人的地位外，在醫療實務上卻也常受限於法律上因果關聯的證明，因此，對於不作為的醫療瑕疵之因果關係認定遠比積極的醫療瑕疵作為更加困難。<sup>22</sup>

本案依病患到院的症狀，頭部並無外傷，且沒有嘔吐，加上三個多月前才作過腦部斷層檢查，結果亦屬正常，而病患在家裡用晚餐時，突然自椅子滑落，欲解讀這種現象，腦部病變可能祇是一種原因，其他的諸多因素，例如年事已高動作遲緩、睡眠不足、精神不濟等不一而足，本案雖未進行腦部斷層檢查，惟為因肺炎症狀的明顯凸出，又自到院至腦部發生病變之間，其時間極短的情形下，大大降低不作為的可期待性和可能性。類似的案例如最高法院九十七年度臺上字第二九零五號判決，病患因腹部主動脈瘤破裂併發出血性休克，死於九十一年五月二十四日上午十一時十五分，卻於前一日，即五月二十三日晚上七時五十分因腹痛難耐被送至急診室就醫時，值班醫師誤診為急性心肌梗塞合併心因性休克，誤診之理由乃因病患到院時，血壓很低，且有盜汗、自律神經活化之情形，顯示係休克症狀，而心肌梗塞病人之臨床症狀有三，經心電圖檢查，病患符合其中的兩個條件，故強烈懷疑是心肌梗塞，尤其是心電圖 ST 波段上升情形，該案雖未診察出腹部主動脈破裂，地方法院、<sup>23</sup>高等法院<sup>24</sup>及最高法院仍判決無罪。

#### (β) 醫療標準作業程序的建立

醫師的瑕疵醫療行為成立過失犯之前提在於，其行為必須製造法律上所不容許的風險。醫療上的風險可能來自醫師的錯誤處理，包括無知或不夠充分的診斷所造成，依醫療法第八十二條第一項之規定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意」，可見醫療過失的核心問題是，醫生何時與如何

<sup>22</sup> Ulsenheimer(同註 16), § 1 Rn.16.

<sup>23</sup> 臺北地方法院 91 年度自第 634 號。

<sup>24</sup> 臺灣高等法院 93 年度醫上訴字第 1 號。

在客觀上應為的醫療措施。

應為的醫療措施必須有一套指導原則，具體而言，是依各專科領域而形成的有經驗之專業醫師的作業標準或醫術規則，這一套標準或規則係依據一般專業的專科醫師之認知與能力而定，一方面基於學術上已確定的知識與經驗，另一方面是建立在醫療實務已承認的認知標準，純粹只有學術的知識尚不足以形成標準或規則，而是透過學術知識與相關專科領域的接受，進而提升標準或規則。

標準或規則即為應遵守的客觀注意義務，此標準不是經由個人而導出，亦即不能以醫師自己主觀之醫學知識與經驗為判斷標準，而是一套客觀化和典型化的注意規則，其尺度與範圍除了考慮行為當時所面臨的不同危險外，相關醫療專業所期待的認知與能力亦扮演重要的角色，其不僅描述事實操作的醫療行為，也是實務所承認與視為必要行為的規範範疇，提供醫師如何區別容許的行為與不容許的行為，也是對醫師在形式上的期待，以及承擔刑事責任的保證；此外，醫療作業標準或規則也因預防、診斷、治療及處理後之照料或指示而相異，不同的專科領域也會各自發展出隨時改變的標準內容。<sup>25</sup>

然而醫療處理的危險程度若愈高，所要求的注意程度也愈高，這是因為醫師的醫療行為不僅關係病人的最高法益，涉及生命、身體不可侵犯性、自決權以及隱私權，同時病人在醫師的醫療處理下有如陷於無助的羔羊一樣，醫生或其助理的處理瑕疵往往是在罕見的例外中，才會及時被發現並採取補救措施，特別是高風險的器官移植手術，故原則上應有較高的注意義務要求。

本案依病患送急診室急救的情況，當時雖以肺炎症狀加以治療而未進行腦部電腦斷層檢查，以致於未發現左大腦被殼核及腦室出血，惟被告所處理的步驟及依三份鑑定書的意見，仍均符合醫療常規，因為病患未超出中風之後的既有後遺症，檢查瞳孔，並沒有不等大現象，沒有嘔吐，亦沒有出現腦神經症狀，且昏迷指數正常，故無法期待察覺左大腦被殼核及腦室出血。類似的案例為患者先被診斷為高血壓性心臟病及急性闌尾炎，又被斷定僅患有

---

<sup>25</sup> Schroth(同註 16), S.81f.; 黃丁全(同註 5), 頁 295 以下。



急性闌尾炎，需立即開刀切除，約 24 小時後，患者因主動脈剝離而右心房破裂，致心包鬱血死亡，此係馬凡氏症(Marfan Syndrome)典型的死因，一審綜合該醫院之設備及人力，認為被告醫師已盡當時當地醫療水平之品質而判決無罪，<sup>26</sup>該案歷經二、<sup>27</sup>三審<sup>28</sup>上訴，以及更一審<sup>29</sup>後，最高法院將上訴駁回。<sup>30</sup>

(γ) 當時(ex ante)觀點的判斷準則

在刑事責任的判斷上，只有當逾越容許的風險時，方有注意義務之違反，易言之，告知病患醫療風險後，醫師遵守實務上視為合理與必要的行為，方能解除刑事責任，故醫療行為所應遵守的注意義務是對一位有良心、謹慎與具責任意識的醫生，在具體個案中依其專科領域的職業觀點，法治社會期待其有所作為或不作為的要求，不同於一般性原則或建議，醫療作業標準或醫術規則係判斷是否違反注意義務時的關鍵，遵守醫術規則原則上排除注意義務之違反，但不代表背離醫術規則一定是違反注意義務，今天的標準，明天可能就會改變，故作業標準含有動態的部分，此部分受到專科領域發展與進步的影響而隨時修正，其可能是新知識與經驗的發現以及技術上的突破等，例如治療高血壓，以前使用交感神經抑制劑為主，加上利尿劑及血管擴張劑，後來則是以鈣離子拮抗劑為第一線藥物，近年則認為升壓素轉化酶抑制劑有明顯的降壓效果。<sup>31</sup>

法律所要求人際往來的必要注意是固定不變的，即判斷注意是否符合當時情況與危險而定，而專業作業標準卻是長期的發展、改變與進步，因此，判斷醫療行為是否符合標準作業應依當時的觀點，亦即作為與不作為的當下，一位有良心、有經驗的專業醫生處於相同情況下，也會採取相同的措施，

<sup>26</sup> 臺南地方法院 92 年度訴字第 18 號。

<sup>27</sup> 臺灣高等法院臺南分院 92 年度上訴字第 831 號。

<sup>28</sup> 最高法院 95 年度臺上字第 2778 號。

<sup>29</sup> 臺灣高等法院臺南分院 95 年度醫上更(一)字第 273 號。

<sup>30</sup> 最高法院 96 年度臺上字第 6946 號。

<sup>31</sup> Cramer and Sternberg-Lieben, in Schoenke and Schroeder (ed.) (同註 20), § 15 Rn.219; Ulsenheimer(同註 16), § 1 Rn.18f.; 黃丁全(同註 5), 頁 308。

因此，判斷醫療事實原則上不應以事後觀點(ex post)作出不利醫生的結論，因為法官不是對事實為事後的診斷，而是要求為客觀的事後預測，至於事後才了解的情況、新的醫療發展與經驗或醫學知識與研究成果，則非所問。<sup>32</sup>

本案雖然醫師未施予腦部斷層檢查，而且患者確實死於左大腦被殼核及腦室出血，但依死者被送到急診室急救的症狀，被告按照當時醫療常規所進行的專業診斷和治療，顯然並未逾越社會所容許的界限，而屬正常且正確的醫療行為，換言之，縱使不是被告、而是其他醫師遇到同樣的情形，通常都會做出同樣的反應，亦即被告並未製造法律上具有重要性的風險，即使結果發生，也不應歸責於被告。關於「當時」觀點的判斷，最高法院於病患因量厥至醫院急診室做完心電圖、生化檢查、肝功能、腎臟、白紅血球等檢查後，雖有陳舊性心肌梗塞，仍讓患者於同日出院，隨即於翌日上午九時二十七分猝死一案，認為醫療行為有其特殊性，自容許相當程度之風險，故以醫療當時臨床醫療實踐之醫療水準未違反注意義務，及其他相關有利於被告之理由，將檢察官之上訴駁回。<sup>33</sup>

#### 4. 判決評析——代結論

在本案中，三份鑑定報告及三個審級的法院判決均強調死者因為沒有出現新的腦神經症狀，醫師先以吸入性肺炎做診斷治療是基於醫學上合理的判斷，故合乎醫療常規，即使為頭部電腦斷層檢查，也因為嚴重的自發性腦出血，目前無特殊的治療方法，是故無論內科保守療法或外科手術，死亡率均相當高，幾乎無存活的可能，遂認為死者之病情急劇變化，縱使早期發現，於醫療實務上亦非一定能挽救病患生命，職是，單以斷層掃描未施作，即認為與病患之死因具有因果關係，此種聯結顯屬牽強，而否定醫師的不作為與病患的死亡結果之間不具相當因果關係。

---

<sup>32</sup> Ulsenheimer(同註 16), § 1 Rn.19a; 黃丁全(同註 5), 頁 295、299 以下。

<sup>33</sup> 最高法院 97 年度臺上字第 2346 號。

依本文立場，造成病患死亡需要釋疑的重點不在於因為醫師施以吸入性肺炎的治療所造成、也不在於即使進行電腦斷層掃描，亦無從阻斷死亡結果發生的可能性，前者顯而易見係答非所問、後者屬於結果歸責的不可避免性，乃風險實現，在尚未檢驗注意義務之前，即討論結果不可避免性，是一種跳躍式思維；相對地，本案檢方質疑的重點，在於將病患的死亡原因歸咎於醫師未施予腦部電腦斷層檢查，致延誤治療時機，意即醫師可能疏於注意死者到院的症狀，而未施予腦部電腦斷層檢查，故醫師是否應負過失致死罪的重點在於對死者不為腦部電腦斷層檢查上，造成病患死亡的譴責重點是醫師的不作為，又因為醫師事實上接受病患進行診療，顯然地，醫師對死者負有排除對生命或身體健康之任何危害的義務，而醫師當時依學術文獻已確定的知識與經驗，以及醫療實務所採行的認知標準而對病患診斷與處理，腦部病變的危險在診療當時並無預見的可能，因為醫師依照醫療常規予以檢查，無從得出有腦部病變發生的可能性，故未違反客觀注意義務，因而未施以腦部斷層掃描，並未製造法律上所不容許的風險，因為依病患當時到院的情況判斷，以及以任何一位謹慎細心負責的醫師，面對同樣具體的情況，通常都不會進行腦部斷層掃描，此點意見在鑑定報告亦有提及，因此，醫師在沒有製造法律所不容許的風險下，遑論違反注意義務行為是否與死亡結果之間具有可避險性的風險實現之探討。

最後，需進一步提出的意見有兩點，其一，本案雖不極具爭議性，醫師亦無需負刑法上的責任，然歷經三個審級的法院判決始告定讞，其問題在於不作為之客觀注意義務的焦點上，地方法院與高等法院亦強調，不得遽謂斷層掃描未施行即屬有過失，可惜對系爭的「不作為」核心概念隻字未提，正因為醫師未施予腦部斷層檢查，此一消極不作為是否製造法律所不容許的風險，關係到醫師是否成立業務過失致死罪；其二，醫師的醫療行為除已有醫師法、醫療法等法規外，臺灣醫界應依照科別、症狀建立醫術規則之類的標準作業程序(SOP)，此正如警察已有警械使用條例，仍需制定用槍標準作業程序一樣，這種讓醫療行為透明化的舉動不但可以保障病人，亦可保障醫生，可說是醫病關係的雙贏策略。

## 參考文獻

### 中文部分

- 林山田 (2005),《刑法通論(下冊)》,增訂九版,臺灣大學法學院圖書部。
- 林東茂 (2005),《刑法綜覽》,最新修訂版,臺北:一品文化出版社。
- 林鈺雄 (2008),《新刑法總則》,二版第一刷,臺北:元照出版有限公司。
- 黃丁全 (1995),《醫事法》,臺北:月旦出版社。
- 黃常仁 (2001),〈邏輯分析與體系論證〉,《刑法總論》,增訂一版,臺北:漢興出版有限公司。
- 黃惠婷 (2004),〈作為與不作為之區別〉,《臺灣本土法學雜誌》,57,頁134-139。
- 曾淑瑜 (2007),《醫療過失與因果關係》,再版,臺北:翰蘆圖書出版有限公司。
- 蘇俊雄 (1998),《刑法總論 II》,修正版,臺北:元照出版社。
- 蘇嘉宏、吳秀玲 (2008),《醫事護理法規概論》,增訂八版一刷,臺北:三民書局。

### 外文部分

- Cramer, P. and D. Sternberg-Lieben (2006), in Schoenke and Schroeder (ed.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl.,§15.,C.H.Beck.
- Fuehr, T. (2006), *Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen im Strafrecht*, Jura, 265-270.
- Lenckner, T. and J. Eisele (2006), in Schoenke and Schroeder (ed.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., Vorbem. §§13ff., C.H.Beck.
- Roxin, C. (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band II, C.H.Beck.
- Seelmann, K. (1987), *Probleme der Unterscheidung von Handeln und Unterlassen im Strafrecht*, JuS, 33-36.

探討醫療行為之客觀注意義務——以最高法院九七年臺上字第三四二八號判決為例

Schroth, U. (2007), “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Behandlungsfehlern,” in Roxin and Schroth (ed.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 3. Aufl., Boorberg.

Ulsenheimer, K. (2002), “Die strafrechtliche Beurteilung aertzlicher Heilbehandlung,” in Laufs (ed.), *Handbuch des Arztrechts*, 3. Aufl., C.H.Beck.

Ulsenheimer, K. (2008), *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl., C. F. Mueller.

Wessels, J. and W. Beulke (2005), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 35. Aufl., C. F. Mueller.

## **Comment on Objective Duty of Care in Medical Practice: Supreme Court Verdict No. 3428 in 2008 as an Instance**

Ying-Chung Chen<sup>\*</sup>

### **Abstract**

Legal issues caused by medical treatment involve administrative punishment, civil compensation and criminal liability. Among them, criminal liability is the most severe and most feared by the litigant, which can be known in the seminar on “Should Medical Malpractice Attract Criminal Liability?” held by Mackay Memorial Hospital on December, 2008. The premise of criminal liability here is that medical treatment may lead to social damage. According to criminal law, a doctor who commits malpractice will be found guilty of “occupational negligent bodily harm” or “occupational negligent killing.” The point of negligent crime is that the perpetrator breaches the duty of care. As for the doctor’s situation, the most common type of breach of duty of care is flawed medical treatment.

In order to discuss the objective duty of care in medical practice, Supreme Court verdict no. 3428 on 2008 will be taken as an example in this paper. Firstly, criminal meaning of medical malpractice will be illustrated. Secondly, the differentiation between positive commission and negative forbearance of an act also will be analyzed. It is indicated that the focus of this case is forbearance, whose special meaning in medical treatment will be then interpreted. Moreover, it will be pointed out that breach of duty of care in medical practice should be based on an objective guideline and

---

<sup>\*</sup> Professor of Law, Social Science Division, Center for General Education, Chang Gung University, E-mail: ycchen@mail.cgu.edu.tw.

探討醫療行為之客觀注意義務——以最高法院九七年臺上字第三四二八號判決為例

standard operating procedures, which are beneficial for both the patient and the doctor, and are able to reduce cases of medical dispute. Finally, comment on this verdict will be made.

**Keywords:** Forbearance, Objective Imputation, Status of Guarantor, Objective Duty of Care, Clinical Practice Guideline