

# 日本刑事醫療過失責任之實況<sup>1</sup>

彭南雄

## 壹、前言

## 貳、本文部分

- 一、刑事醫療過失案件激增的原因<sup>2</sup>
- 二、大學附屬醫院及國立醫院等大規模醫院之醫療事故件數增加的原因
- 三、檢察官對於刑事醫療過失案件的處理方式
- 四、刑事醫療過失案件範圍的確定
- 五、醫療行為的特質與刑事處罰的必要性
- 六、經告知後之同意 (Informed consent)<sup>3</sup> 與刑事處罰的可行性
- 七、醫療參與者的刑事責任的應然面
- 八、團隊醫療之刑事責任的應然面

## 九、護士診療補助行為的範圍及與醫師的責任關係

- 十、有關竄改病歷的問題
- 十一、醫療過失原因的鑑定問題
- 十二、醫療安全政策及刑事處罰的應然面

## 參、以建議代替結語

## 壹、前言

目前在臺灣醫學界人士，對於醫療過失行為之動輒遭起訴論處罪刑的現況，充滿不安甚至憤慨之情緒，並譏評刑事醫療過失案件之多，已成為「臺灣奇蹟」之趨勢矣<sup>4</sup>，故而，甚至於部分醫界人士主張醫療行為縱有疏失，但僅以民事損害賠償受害人即可解決問題，殊無再苛求醫師負擔

貳、當期企劃

1 飯田英男編輯【刑事醫療過失II】判例社、第6頁至第35頁。按飯田英男先生曾擔任和歌山、神戶、大阪等地檢事正、札幌高檢檢事長。平成13年福岡高檢檢事長退官。現已退休改任辯護士。

2 山中敬一著「刑法總論」第383頁，田中圭二著【法醫學と與刑事刑法】第184頁認為醫療事故案件之所以增加，主要有下列諸種原因：「(1) 醫療行為件數增加：國民健康保險制度之實施後，患者人數日益增加，醫療行為件數隨之增加，而醫療事故件數亦扶搖直上。(2) 危險醫療行為之增加：因醫療技術進步及發展，高危險性之醫療行為亦隨之增加。(3) 多樣化藥物之危險副作用的發生及欠缺完整之防止對策：例如抗生素之藥品開發及推出，但亦發現抗生素具有多樣化之危險副作用，但欠缺完整之防制對策以資因應。(4) 病人之醫療知識日漸提高：二次大戰後，病人因醫療知識普遍提升，對於醫師或醫療制度之批判乃有日益強烈之趨勢，且因大眾傳播媒體之散佈而廣為流傳。(5) 醫師與病人之關係稀薄化：因醫療現代化及高度醫療之概念之流行，醫療專門化為時代趨勢，亦即因各種醫療機器之使用，乃使病人與醫師間一對一之人際關係（尤其是信貸關係）日益淡薄。」

3 我國醫療法第63條第64條、醫師法第12條之1

4 林萍章「論醫療過失與刑事裁判」東吳大學在職專班法律專業組碩士論文。臺灣法界絕大部分人士主張基於法律平等原則、保護生命和身體法益，醫療過失應負刑事責任，他們認為雖然醫療行為有不確定性及高危險性，不能因為有民事賠償，就可以不論刑責，否則將衍生弊端，特別是醫療倫理不彰的地方，容易為少數醫匠所濫用，即使草菅人命之醫療商業行為都敢從事，然而從比較法之研究可知，外國的司法實務極少對於醫療過失追訴刑事責任。在美國，一百年來只有一件案例，在日本，50年來只有10件，在臺灣每年都有上100件案例，根據長庚大學醫管所之實證分析，在21世紀初期半年內，有15例被判有罪確定，平均每1個半月有1醫事人員被判刑，這項「臺灣奇蹟」使臺灣成為全世界經常以刑法嚴厲處罰醫事人員的「唯一文明國家」。

刑事責任的必要，即應將醫療過失除罪化（Decriminization）或除刑化<sup>5</sup>。但事實上，此種論調是否妥當？在我國及日本學界之見解，均眾說紛紜，莫衷一是<sup>6</sup>。而日本之國情民俗及法律文化背景大致與我國類似，而該國對於有關「醫療過失行為是否科處刑罰」、「團隊醫療的刑事責任分擔與否」、「刑事醫療過失鑑定」等諸多爭議性問題在學術上體系性研究探討，已有相當長久之歷史，著述專書內容十分豐富，惟我國對於醫事刑法的體系性研究發展比較遲緩，似尚在萌芽階段，故從比較法學觀點視之，若能體系性的探討日本學術界及實務界對於刑事醫療過失案件之研究成果，或可收他山之玉攻錯之效。本文主要係以日本醫療法律之理論界及實務界的見解實況做概述性報告，故用語遣詞，難免留有日本現行法律用語的痕跡，為便於讀者閱讀，乃盡量於註釋欄加以說明，但撰寫時間匆促、或礙於篇幅，文中說明未免失之簡略淺陋，且因思慮不週，繆誤疏漏之處恐仍繁多，造成諸多誤解，尚請讀者不吝指正。

## 貳、本文部分

### 一、刑事醫療過失案件激增的原因<sup>7</sup>

近年來，日本關於醫療過失事件引起社會矚目之新聞報導，層出不窮，根據過去五年間之刑事醫療過失判決約有 40 件之多。其中有些醫療過失案件給予該地區社會驚心動魄的衝擊，經過詳加報導後，更造成全國民眾非常重大的震撼。根據警察廳之調查顯示，在平成 5 年，向全國警察機關申報之醫療事故案件有 248 件（是前年之 235%）。依據申報機關分類，醫院申報者 194 件（78%），被害人申報者 38 件（15%）。但至年底移送檢察廳偵查之案件僅有 12 件。根據平成 16 年 4 月 30 日之日經新聞朝刊統計，移送檢察廳醫療過失案件，平成 14 年有 44 件（24%），13 年有 36 件（3%），12 年有 71 件（57%）。

上開調查顯示，警察機關之偵查及移送過程頗為費時，備極辛苦。最高裁判所之判決明確指出：醫師法第 21 條<sup>8</sup>所謂「死因不明屍體之申報」者，「該屍體

- 5 楊哲銘編「臨床案例醫療法律」第 83 頁 五南。比較法研究之重要性，請參考大木雅夫著「比較法講義」、高鴻鈞譯「比較法律文化」。
- 6 我國關於【醫事刑法】為名之專著，僅有蔡墩銘著【醫學刑法要論】一書。翰廬圖書。1995 年初版。但日本遠自 1985 年起，即有米田泰邦著【醫療行為刑法】。最近以【醫事刑法】為名之專著，則有加藤久雄著【醫事刑法入門】1996 年出版、2006 年新訂修訂版第三刷、齋藤誠二著【醫事刑法 基礎理論】1997 年，甲斐克則著【醫事刑法 旅】2004 年等等，如雨後春筍般地出版。至於醫事民事法之論著較諸「醫事刑法」論著更是汗牛充棟，難以罄數。我國醫事法學界之發展情況，亦復如此。例如台大附屬醫院婦產科主治醫師（東吳法學碩士）吳志正著「解讀醫病關係」I、II 等等。
- 7 山中敬一著「刑法總論」第 383 頁，田中圭二著【法醫學 與醫事刑法】第 184 頁認為醫療事故案件之所以增加，主要有下列諸種原因：「(1) 醫療行為件數增加：國民健康保險制度之實施後，患者人數日益增加，醫療行為件數隨之增加，而醫療事故件數亦扶搖直上。(2) 危險醫療行為之增加：因醫療技術進步及發展，高危險性之醫療行為亦隨之增加。(3) 多樣化藥物之危險副作用的發生及欠缺完整之防止對策：例如抗生素之藥品開發及推出，但亦發現抗生素具有多樣化之危險副作用，但欠缺完整之防止對策以資因應。(4) 病人之醫療知識日漸提高：二次大戰後，病人因醫療知識普遍提升，對於醫師或醫療制度之批判乃有日益強烈之趨勢，且因大眾傳播媒體之散佈而廣為流傳。(5) 醫師與病人之關係稀薄化：因醫療現代化及高度醫療之概念之流行，醫療專門化為時代趨勢，亦即因各種醫療機器之使用，乃使病人與醫師間一對一之人際關係（尤其是信託關係）日益淡薄。」
- 8 日本醫師法第 21 條：「医師は、死体又は妊娠 4 月以上の死産児を検査して異状があると認めるときは、24 時間以内に所轄警察署に届け出なければならない。」我國類似規定，例如：(一) 醫療法第 76 條第 2 項：「醫院、診所對於非病死或可疑為非病死者，應報請檢察機關依法相驗。」。(二) 醫師法第 16 條：「醫師檢驗屍體或死產兒，如為非病死或可疑為非病死者，應報請檢察機關依法相驗。」。

是否為該醫師所診療之病人，並非所問」，且「縱醫師可能遭以業務過失致死罪名追訴之危險，仍應負申報之義務，該規定並未違反憲法第 38 條第 1 項關於犯罪嫌疑人緘默權之規定。」。

醫療事故之被害人或訴訟代理人，大多認為難以期待僅提起民事訴訟即可解決問題，乃積極地轉向刑事司法偵查機關提起刑事告訴，希望警察的偵查能解開醫療過失的事實真相。惟實際上被害人是否能如願以償？尚有疑問，蓋因警察或檢察官不諳醫療專業知識者居多，故其偵辦醫療過失案件，難免曠日費時，且警方移送檢方偵辦案件之件數與檢方之起訴案件的件數頗有差距。職是之故，日後司法偵查機關應如何本諸重視被害人之立場，公平、妥當及迅速地偵查及追訴刑事醫療過失案件，乃亟待解決的課題。

## 二、大學附屬醫院及國立醫院等大規模醫院之醫療事故件數增加的原因

大學附屬醫院及國立醫院等大規模醫院，乃為其所在地之醫療中心。從而，在此等大規模醫院所發生醫療過失而成為刑事追訴處罰的案件，較為鮮見。其原因可能為：（一）現實上未曾發生醫療過失？（二）雖曾發生醫療過失，但未遭公開揭露？迄今因無法依據已公的資料予以確認。惟具規模的醫院之醫療過失事故之所以突然間增加的原因，極可能係因醫療從業人員對於上開醫師法第 21 條「異狀死亡之申報」規定已有深刻之認識，故而，醫療機關向警察申報之案件日益增加。

平成 16 年 10 月 1 日施行「醫療法施行細則」後，要求國立高度專門醫療中心、國醫院、國立療養所、大學醫院、特定機能醫院等醫療機關對於重大事故應負報告之義務。另一方面，自平成 15 年起，在都、道、

府、縣設置「醫療安全支援中心」提供醫療病患得以陳情及諮商之機會（平成 15 年 4 月 15 日發佈之「醫療事故事例情報檢討會」報告書參照）。又財團法人「日本醫療機構機能評價機構」受厚生勞動省之囑託，於平成 16 年設置「醫療事故防止中心」，開始展開「醫療安全網路事業」，並對於重大事故事例從事分析與檢討。隨著國家對於醫療安全對策的重視，醫院勢必需要公開醫療事故，此或許即為大規模醫療機構醫療事故件數遽增的原因，今後這種趨勢必然繼續不斷。

## 三、檢察官對於刑事醫療過失案件的處理方式

平成 11 年以後，檢察官起訴案件中，請求公判案件 20 件（25%、32%）、被告 36 人。略式命令案件 59 件、被告 76 人（75%、68%）。二次大戰結束後（1945 年）至平成 11 年 1 月為止，起訴案件總計 137 件，其中：（一）公判請求案件 73 件（53%）、（二）略式命令案件 64 件（47%），顯見略式命令案件的件數有大幅度增加之趨勢。

惟有研究醫療過失的學者指出：醫療過失案件之量刑不均衡。根據本件調查發現：法院認為略式命令不妥當，而將略式命令案件，改依正式裁判程序審判。亦有第一審判處罰金，而第二審則改判禁錮刑等不尋常之現象。

向來，醫療過失案件經正式起訴的件數不多，故略式起訴是否妥當？量刑是否均衡？均難據以判斷是否需要檢討改進！且醫療過失的犯人因受案件個別因素影響甚大，但略式判決文甚為簡略，故而尚無法據以判斷起訴是否妥當及量刑是否均衡。故而，日後應有一併將刑事記錄等資料從事綜合性調查研究的必要。

最高裁判所每年會對民事醫療過失事件為全國性之統計並予以公開發表（醫療關係民事訴訟事件統計），但對於刑事醫療過失案件之統計，則諸付闕如。但法務省自平成 16 年 2 月起，受厚生勞動省委託提供有關醫療關係人刑事處分之資料。

#### 四、刑事醫療過失案件範圍的確定

與民事醫療過失事件比較觀之，刑事醫療過失案件的起訴基準似較欠明確，故而，如何確定醫療過失確定為刑事處罰對象之要件基準及範圍，乃亟待努力之方向。當然，有學者認為偵查機關因不諳醫療專業知識，對於醫療過失案件的偵查作為較為生疏，故其偵查行動難免趨於消極甚至延宕，此乃肇因醫療專門知識，殊非每一偵查人員（包括檢察官在內）於一朝一夕間得以學習充實。但根據學者的調查，從起訴案件的件數逐漸增加的現狀觀之，可以發現偵查機關已經費盡苦思致力於醫療過失案件之偵查，其目的主要是為了符合國民對於發現醫療過失真相的期待，凡此努力及成效皆應予以肯定。

醫療過失的被害病人本於被害人應受救濟的立場，積極地向犯罪偵查機關提起刑事告訴，殆屬人情之常。至於依據上開醫師法第 21 條規定醫師負有申報之義務，故而醫師成為刑事案件的客體而遭偵查機關偵查追訴之風險增加，亦屬意料中事。然究竟醫

療行為與其他一般不法行為的性質不可同日而語，故其是否成為刑事醫療過失案件之範圍，自有予以限制之必要，從而，偵查機關對於有關判斷醫療過失行為是否成為之刑事處罰對象之實務上或學理上的法律見解，不得一概予以摒棄不顧，否則將貽人閉門造車之譏！

一般而言，刑事醫療過失訴訟，對於被害之病人相當不利，蓋因醫療行為多出於密室作業<sup>9</sup>，故而有關醫師醫療過失事證之蒐集，極為困難，惟此一單方面有利於醫療參與者，而不利於被害病人的現象，最近已有相當程度的變化，例如被害人縱使不經證據保全程序，亦得請求醫療機關揭示其病歷資料。日本醫師協會於平成 12 年 1 月制頒之「有關診療情報提供之指導方針」規定病人要求開示病歷，原則上皆應准許，且不以已經涉訟為請求開示病歷的前提要件，但事實仍有若干隱密而為外人所不知的部分。惟整體言之，因「個人情報保護法」制度的實施後，不問任何理由，醫療機關對於診療記錄之開示的請求均應准許，此乃診療情報透明化的一大進步。

#### 五、醫療行為的特質與刑事處罰的必要性

對於醫療過失案件應密切注意者，乃因為現代醫學之突飛猛進，進而醫療水準亦隨之發生劇烈的變化。又醫療行為因本

9 【醫療行為と刑法】米田泰邦 1985 年・昭和 60 年第 28 頁。有關【防衛性醫療】(Defensive medicine) Informed Consent and Clinician Accountability) The Ethics of Report Cards on Surgeon Performance, Edited by Steve Clarke and Justine Oakley Cambridge University Press.2007 P255 【醫療行為 與刑法】 米田泰邦 1985 年昭和 60 年第 268 頁稱之為『防衛、保身醫療』。吳正吉著「醫療與法律」：「體病可醫。雖行贏膏肓，猶可醫也心病難治，若病在識，剛愎自用，罔顧專業，不信醫師，寧信鬼神，孰可回天？一旦不治，不知自省，反而怪罪醫師救治不力，甚者，存心狡詐，意圖訛索，藉辭施暴卑劣至極。醫療糾紛自古有之，今日尤惡。醫師明哲保身，古有遺訓。近年來西洋醫師倡興醫師自衛，所謂『防衛醫學』(DEFENSIVE MEDICINE) 知者日眾，方法多端，或習太極拳法，更習鋸箭法，拖詞設備人員不足，拒絕重症與囉唆病患，或使及時轉診他方，免惹瘟神上門，或採機關槍法，多彈頭飛彈法，濫開所有檢驗申請單，越多、越新、越貴則越佳，動輒廣邀群醫會診，以杜患家口舌，費用不必醫師支付，反可博得詳細診斷美名，或者超額收費，有若保險然。醫學界因應日多之醫療糾紛。自衛方法不一而足，風氣潮流如此，良友以也！誠可嘆也。」

身經常具有高度的危險性，但醫療的目的在於治療疾病，以維護國民健康，絕不可能因為醫療行為具有高度的危險性而任意中止。不寧唯是，為了促進醫學之進步，甚至於有推行「人體實驗」(Human Experiment) 或實驗醫學 (Experimental medicine) 的必要，凡此具有高危險性的現象均屬醫療行為的特質。又如後述，應重視【告知後之同意】(informed consent)，蓋因醫療行為具有高度的危險性，故而在實施醫療行為之前，醫師應向病人充分說明醫療行為所具有的危險性，而病人於充分理解，並經縝密考慮後所為之同意，始具有效力。

然而，現在日本醫界對於刑事或民事醫療過失訴訟提出各種批判。窺其內容，大多充滿著對法律的無知或誤解。但之所以發生此一不合理的現象，主要肇因於醫師未必理解醫療行為所具有的危險性在法律上的意義，馴至於產生對民刑醫療過失訴訟的懷疑甚至愿懟，乃經常主張【醫療過失訴訟】頻繁係導致【萎縮性醫療】(按英美醫療界稱為「防衛性醫療」Defensive medicine) 窘境之主因，但檢察界出身的學者飯田英男之調查認為此種見解應屬偏頗之言，並非的論，蓋此言論乃為醫師遺忘其充當醫師之初，誓言將履行醫師的神聖義務所為的一種妄言謬論<sup>10</sup>。略式命令之案件已較往昔增加。醫界人士有主張對於能以略式命令迴避刑事責任之方式，固然比較容易接受，但對於處分之內容或多或少仍有不滿。然而對於醫

療過失案件予以聲請略式命令，乃為檢察官斟酌醫療行為之特質後，就其刑事處罰之「必要性」及「妥當性」予以慎重判斷後所必要採取的一種處理方式<sup>11</sup>。

## 六、經告知後之同意 (Informed consent)<sup>12</sup> 與刑事處罰的可行性

日本通說雖均認為醫師欠缺病人同意之治療行，學說上稱為【專斷的治療行為】為該當於刑法傷害罪之構成要件，但迄今尚無遭起訴之案例。(富士見病院事件經不起訴處分在案，而民事下級審判決對於未經病人同意之治療行為，則認定其應負損害賠償責任。)

美國判例法確立所謂【告知後之同意】<sup>13</sup>，係指實施治療行為時，病人經過醫師之充分說明，並理解其內容後所為之同意。在現實上，「充分說明及同意」之適用仍問題重重(平成2年1月日本醫師生命倫理懇談會【關於說明與同意問題之報告】、平成7年6月厚生勞動省關於【INFORMED CONSENT】應有狀態之檢討報告參照)

最近在民事醫療過失訴訟中，主張基於醫師之過失再加上未履行說明義務而訴請損害賠償之案例日益增加，且法院在一定範圍內有予以容許之傾向。關於INFORMED CONSENT之法律地位殊有再加檢討之必要，而最近最高裁判所就此亦有積極的見解出現(違反乳癌溫存療法之說明義務之案例：平成13年11月27日判例107號第198頁判例時報第1769號56頁、違反進行性末期癌症之告知義

10 西波克拉底誓詞「余謹宣誓，醫藥諸聖及一切神祉時鑒臨之，余必就余之能力與判斷，履行誓約。倘余信守不渝，神期許我聲名永著，事業常昌。如背誓言，願得反是。」吳正吉著「醫療與法律」醫療倫理第9頁

11 日本刑事訴訟法第6編「略式手續」與我國刑事訴訟法第7編「簡易程序」相仿。

12 我國醫療法第63條第64條、醫師法第12條之1

13 1957年美國加州上訴法院於 Salgo V. Leland Stanford 一案中首先提出「告知後同意原則」(Informed Consent)

務、同 14 年 9 月 24 日判例第 1106 號第 87 頁等)。為 INFORMED CONSENT 核心之【病人自己決定權】(patient's autonomy) 在法律上之地位，迄今尚未確定。最高裁判所對於【耶和華之證人拒絕輸血案】之判決(平成 12 年 2 月 11 日 9 日民集 54 卷 2 號 582 頁判例 1031 號第 158 頁)中揭示關於違反說明義務與承諾之有效性等問題，已成為今後應該詳加檢討之刑法上的問題。

### 七、醫療參與者的刑事責任的應然面

【橫濱市立大學病院手術搞錯患者案件】之聚訟焦點，乃為檢察官如何在複數之醫事人員中選擇追訴處罰之對象。本件事實經過：手術室值班護士從病房值班護理中接受兩位手術病患(分別為心臟病及肺癌)，但因為未充分確認而造成送錯手術室之事件。在該案第二審上訴中，6 名被告均被判處罰金。檢察官受理警察機關移送之醫療參與者 18 人，但僅起訴執刀醫師 2 名、麻醉醫師 2 名、護士 2 名。第一審裁判所僅就最初搞錯病患之手術室執勤護士判處禁錮。其中 1 名麻醉醫師在手術前，雖對於病患是否錯誤懷疑，但確認病房無誤，故裁判所認為並未違反注意義務，乃為無罪之諭知，其餘四名被告均遭量處罰金刑。第二審裁判所一方面表示理解檢察官對全體被告求處禁錮刑之意見，然而最適於確認患者為主治醫師，其次為麻醉醫師，竟被不起訴處分，若僅對本件被告論處重罰，有失衡平，故對全部被告論處罰金刑。(檢察官求刑，醫師：禁錮醫師各 1 年 6 月、護士禁錮各 1 年，檢察官對第一審判決無罪之麻醉醫師之上訴遭駁回)。

本案引人注意者，乃為在團隊治療中，擔任醫療者應分擔責任，殆屬現代醫療係為因應高度專門化，而能發揮醫療之效率化及圓滑化不可或缺之觀念，故若醫療團隊之成員互相推諉責任之歸屬，則勢必造成全體均無庸負責之危險矣，殊失公平。第一審判決認為執刀醫師對於病患並無確認之義務。惟控訴審判決則認為【患者同一性之確認】，乃為全體參與手術之人員均應負擔之初步及基本的注意義務，尤其執刀醫師為醫療團隊之最高最終之責任者，對於團對成員自應負監督及指導義務。故而為了符合病患之安全確認的需求，務必進行【雙重確認】(Double Check)之程序，而本件執刀醫師於對病患實施麻醉前，並未進行【病患同一性之確認】，自應負擔刑事過失責任，殆無疑義。

### 八、團隊醫療之刑事責任的應然面

#### (一)、複數醫師參與醫療<sup>14</sup>的情況

按所謂「監督過失」者，係指二以上具有從屬關係之人(即監督者與被監督者關係)，因為「被監督者」實施故意或過失而造成侵害法益之行為時，必須追究「監督者」之刑事過失責任。在【琦玉醫科大學投給抗癌藥過量案】中，即發生監督過失之問題該案之事實經過：「C 為琦玉醫科大學綜合醫療中心耳鼻喉科之主治醫師，因錯誤判讀，而製給過量抗癌藥物，B 為指導醫師，A 為該科科長對此亦有疏忽。以致病人因藥物重大副作用而死亡。

1、第一審之琦玉地方裁判所針對 A 之刑事責任，一方面認為：「科長對於主治醫師固然處於監督之地位，然僅限於為

14 監督過失 山中敬一第 392 頁至第 393 頁、【醫療事故の刑事責任】 神谷惠子第 133 頁

了維持主治醫師之醫療水準而負有指導監督之責任。惟科長對於所屬醫師之具體的醫療行為，並無逐一具體地予以確認及監視之義務。故而，縱使主治醫師應負醫療過失罪之刑事責任，亦與科長無涉。」，但另一方面又以本件病人所罹患的是尚無確定有效治療方法的疾病則另當別論，乃認為：「被告 A 對於所謂『滑膜肉腫』之病態、預後、及治療方法應充分檢討考慮，並應指導主治醫師做相同之檢討考慮，及選定治療方法。惟 A 因疏忽貿然對被告 C 錯誤的治療計畫予以承諾，自應負刑事責任。」（琦玉地判平 15. 3. 20 判 1147. 306）。檢察官及被告對於上開判決係基於：(1) A 及 B 對於 C 所為貿然錯誤之投藥計畫均予以承諾而造成過量投藥的過失。(2) A 及 B 事前就過量投藥之副作用並未對 C 予以指導過失之理由，聲明不服提起上訴。

- 2、控訴審（東京高等裁判所）判決就 A 及 B 應負過失責任，維持原第一審判決，但認定：(1) 第一審判決有關副作用之處置，於訴因內並未記載。(2) 僅認定有指導上的過失為錯誤認定，故廢棄原判決而自為判決。並認定 A 未善盡義務上之注意義務之過失。（東京高判平 15. 12. 24 刑集 59. 9. 1582）
- 3、最高裁判所維持東京高等裁判所之判決，認為：「觀之原判決判定被告 A 就副作用之處置的注意義務與主治醫師應掌握者並無軒輊之旨趣，不得不謂對於被告 A 課以過大之注意義務。自原判決內容觀之，上述包含事前指導之注意義務，即就副作用之處置，應事前對於主治醫師予以指導，且本身亦應有接受主治醫師之報告知悉其

的確已掌握發現副作用及事先防止結果發生之注意義務，該判決洵無違誤。」，綜上所述，最高裁判所認為科長之注意義務，僅為事前指導等管理、監督之義務，但對於掌握副作用之發生等狀況則無注意義務。

（最決平 17. 11. 15 刑集 59. 9. 1558）

## （二）、複數護士參與醫療的情況

醫院護士之執勤交替制度，一般分為日班、夜班、大夜班等三種，來配合主治醫師之醫療行為。每位護士接受一位病人之交代制度之團隊醫療體制。設若其中護士中一人有過失，但與交班時並未更正，繼續交班而發生傷亡事故，此際究竟何一護士應負刑事責任？【京都大學附屬醫院誤吸入消毒用 Athylakohol】一案，被告為新進護士，因拿錯添加人工呼吸器之消毒藥水及 Athylakohol，並將之加入加溫加濕器內，而接續交班的護士亦未察覺而繼續加入添補，經過約 53 小時後，病人因吸入 Athylakohol 產生急性中毒而死亡。最初本件僅起訴一名疏忽之新進護士。雖認為後接續交班之 4 位護士顯有違反安全確認義務之情事，亦即倘若其中任何一位護士及時發覺予以中止，或尚有挽救生命之可能性，亦未可知，但檢察官仍僅針對犯錯之新進護士提起公訴，而對其餘四名護士為不起訴處分。惟聲援本件被告之護士協會強烈地認為此舉極不公平，蓋認為若將護士全體均提起公訴，其責任分攤而僅科罰金刑即可，若僅起訴被告一人，形同背負他人之刑事責任，乃與論處禁錮刑毫無二致，殊失衡平矣。然按檢察官應儘量限定追訴處罰之範圍，亦即針對過失責任最嚴重之行為人予以起訴，始得認為是【追訴裁量權】之妥適運用。惟問題之爭點，乃在處於有組織之看護行為的狀況

下，如何追訴單一護士的個人刑事責任？頗為困難。以本件而言，檢察官之處理尚稱妥適。但與【橫濱市立大學醫院發生病人運送錯誤之案件】，高等裁判所基於與未經起訴醫療者之罪刑考量，而僅量處被告罰金刑，其問題點並無軒輊。其次【中央醫院異型血液案件】，X 護士將其他病患之交叉適合試驗報告書一份混入其中系爭醫療之三件之中，乃備妥其他病人血型之輸血血漿兩包欲供輸血之用，護士 Y 在交接上開報告書及血漿包時，竟未充分確認病人身分即將血漿移至處置台開始輸血。嗣後 Z 準護士本件所牽涉之犯罪態樣與上述【京大醫院案件】頗為類似。

### （三）、信賴原則適用於團隊醫療的可能性

按「信賴原則」者，係指參與醫療工作者，在分擔業務之前提下，醫師因信賴各業務之分擔者均能為適切之行動，亦即醫師因信賴護士、X 光技師、物理治療師等從事醫療輔助人員（Paramedical Staff）之判斷及行為，而實施醫療行為，殆屬當然之事，故而，除能預見該等醫療輔助人員之疏失外，醫師無庸就護士等人之疏失負共同責任也。【北大電器案件】即發生是否適用「信賴原則」之問題，札幌高等裁判所認為：本案肇因於護士手術刀誤接，因適用信賴原則，乃否定執刀醫師之過失責任。（札幌高判 51 年 3 月 18 日高刑集 29 卷 1 號 78 頁），學術界給予相當大好評。但學者認為有關「信賴原則」適用之問題，尚有相當大討論的空間。以本案而言，其對實務運作發生多大影響尚未明確，但護士之直接行為所發生之醫療過失案件，並非當然無法追究醫師之過失責任。惟在醫療實務，醫療團隊乃為已接受醫療教育之新進護士及實習醫師等具備各種醫療經驗及知識的醫療從業人員所組

成。縱使參加醫療團隊的人是新進護士或實習醫師，但其等與資深護士或醫師需要值班或執夜勤並無軒輊，故而新進護士或實習醫師發生醫療過失事故的頻率很高，此乃公眾皆知的事實，鑑於上述醫療實務之狀態，信賴原則適用於團隊醫療之充分要件為：（一）應確立醫療從業人員彼此間之業務分擔範圍；（二）每個成員對於危險結果之發生，具有相當程度的知識及能力。職是之故，將「信賴原則」輕易地適用在團隊醫療並非妥當，故而，基本上為了迴避危險結果的發生，「雙重確認」（Double Check），亦應為適用「信賴原則」不可或缺之條件。醫師本身對此亦有相當程度的認識，但在各種醫療現場均應有採取【雙重確認】（Double Check）之必要性。某著名國立大學附屬醫院之護理長曾說：「對於前手護士不能輕易過度信賴，護士每次接手時都應作安全確認的動作。」。但實際上，護士業務十分繁忙，若欲要求全部行為均須經過【雙重確認】，顯有困難。在護士研修等場合，尚有許多意見表示護士無論多麼忙碌，仍須不自量力地實行【雙重確認程序】，不無苛刻之嫌，但事實上如過度輕易地適用「信賴原則」，極可能動搖醫療安全對策。故而，醫療現場或醫療安全負責人之指導的應然狀態，乃為問題癥結所在。

### 九、護士診療補助行為的範圍及與醫師的責任關係

保健師助產師看護師法第 5 條規定：護士執行療養上照料之及診療之補助。第 37 條規定：未經醫師之指示，不得為醫療行為。然而【直接醫療行為】，除必須由醫師執行之診斷或手術等行為外，莫不由護士來執行。醫師指示醫療補助者之護士執行醫療行為，而護士本於醫療補助者之立場實施



具體之醫療行為，乃為目前實際之狀況。從而護士花費更多時間從事診療之補助工作，反而無法花費充分時間於從事其本來之業務【療養之照顧】，亦為醫療界的現況。從而，在追究護士之過失責任的案件中，肇因於「診療補助疏失」者遠超過因「療養照顧」之疏失。

然而，【絕對的醫療行為】（若非由醫師實施，即有發生衛生上之危害之行為）與護士本於【診療補助的相對行為】的界限並非十分明確。例如：「靜脈注射」，因藥劑注入血管對於身體影響甚大，且技術上頗為困難等理由，自應由醫師或牙醫師自行為之，亦即靜脈注射係逾越護士之業務範圍。因此靜脈注射，乃為該法第 37 條所規定適用範圍外之事項。（昭和 26 年 9 月 1 日醫取收 517 號醫務局長通知。然而，平成 14 年 9 月 30 日醫政局長通知略謂：護士所為之靜脈注射，即屬於本法第 5 條規定之診療之補助行為，顯見醫務局之前後見解迥異。須附帶說明者，上開昭和 26 年醫務局長通知，係於國立鯖江醫院護士靜脈注射疏失案件（名古屋高金澤支判昭和 27 年 6 月 13 日刑集 5 卷 9 號 1432 頁），厚生省針洵福井地方檢察廳之請求所為的答覆。但事隔 50 年後，基於客觀情勢改變，乃以片面之行政通知即改變【絕對醫療行為】之範圍，但【絕對醫療行為】之範圍迄今仍未臻明確。靜脈注射之危險性，固然攸關注射行為之技巧，其危險性程度亦因使用藥液之種類及容量而有差異。縱為醫師，其使用抗癌藥劑本即需要謹慎小心，現在僅憑一紙行政通知，即認為不問其藥劑種類為何及數量多寡，悉由護士當作【診療之補助行為】來實施。（按日本護士協會認為：「靜脈注射」，應視護士本身知識經驗來限定靜脈注射之範圍，但縱使違反該項基準，亦不違反保助看法。）然而護士因疏於注意靜脈注射之藥種或藥量而

導致病人之傷亡，經常僅單獨論處護士之過失，而對於醫師之監督責任，則恣置不論，殊失公允。故而，釐定醫療關係者之責任分擔的應然面為何？殊有再詳加檢討之必要。

#### 十、有關竄改病歷的問題

醫療過失訴訟上，發生竄改病歷及其他醫療記錄文件之案例不少。例如【東京女子醫科大病院人工心肺操作過失】及【竄改病歷案件】（東京地判平 16. 3. 22 證據隱滅事件），該案事實為：心臟手術中，使用人工肺裝置，因操作疏失，而引起腦循環不全，之重大腦障礙，病人不治死亡。人工肺操作擔當醫師遭以業務過失致死罪名起訴（第一審無罪，上訴審繫屬中），但本件被告係指導醫師為該大學附屬日本心臟血壓研究所長兼心研循環器小兒科主任教授，於系爭手術後，為隱匿醫療過失事故，乃指示護士竄改急診室（ICU: Intensive Care Unit）記錄，並指示臨床工學技士重新改寫人工心肺記錄用紙，遭檢察官以湮滅證據罪起訴，第一審有罪判決確定。本件被告身為醫療團隊之負責人，且為執刀醫師，為隱匿醫療團隊成員之疏失罪證，竟執意指示醫療人員竄改病歷。甚至表示：「更改病歷是為了維護醫院的利益著想！」云云。本案若非醫院內部人員將事故之真相內容寄發給醫院理事長及被害人遺族，勢必永遠成為羅生門，真相將無法大白。迄今究竟有多少大規模醫院已發生醫療過失之事故尚未遭發現，是否是因運用類似之手法來隱匿犯行，而得以脫免法律責任使然？亦僅止於揣測懷疑而已，並無實證資料可資佐證。

#### 十一、醫療過失原因的鑑定問題

醫療過失原因之鑑定，在醫療過失訴訟中，乃為非醫療專家之法律家亟待解決

之難題。例如【東邦大學大橋醫院嬰兒臥睡死亡案】<sup>15</sup>，按過去之同種案件經判決無罪者有二件，但本案則遭判決有罪，然以本案為例，6位醫學專家證言中，竟有一派支持解剖醫師，認為嬰兒之心肺停止之原因為窒息，而另一派則認為此為ALTE或原因不明，兩派之證言彼此對立，曩昔無罪判決中，檢察官基於解剖結果發現死因為吐奶窒息死亡而提起公訴，但裁判所則認為窒息死之看法頗有疑義，經送鑑定認為死因為乳幼兒猝死症候群，而以死因無法判定為由，諭知無罪。但昭和50年代SIDS之判定基準尚未明確，故給予鑑定人相當寬之認定尺度（附帶說明者為兩件經判定為SIDS之事件之鑑定人相同）嗣後日本全國關於SIDS診斷之民事訴訟，約有50件以上（平成17年4月3日朝日新聞朝刊）。其後復有醫學研究成果將SIDS及ALTE之診斷標準公開。又鑑定中立性公正性之確保經常遭人質疑，最近裁判所就民事醫療過失事件，採行請關係醫學會推薦複數鑑定人之制度。在刑事訴訟案件中，因不滿檢方所提出之鑑定結果，而辯護人再請求重新鑑定，裁判所均難以駁回其請求。但採行聘請關係學會選任鑑定人之方式應予以明文化，藉以避免形成鑑定之纏鬥，故對於醫療鑑定之對策，殊有檢討改進之必要。

## 十二、醫療安全政策及刑事處罰的應然面

最近醫療關係人主張刑事處罰對於醫療事故之防止毫無助益，其根據如下：(1)

在美國醫療過失，乃專屬民事問題，而非刑罰之對象，故非刑事問題。(2)現代刑事處罰，乃以追究個人責任，故而應不適用於組織型之醫療行為。(3)刑事處罰，乃以個人責任為追究之重心，醫療關係者為脫免責任，從而防止醫療事故不可缺原因之探討解明，困難重重。(4)偵查機關因欠缺醫療知識，殊難期待其能查明醫療過失之真相。(5)為調查醫療事故之原因，應仿照航空機事故調查委員會成立醫療事故調查委員會之必要。惟實務界出身之學者飯田英男針對上開見解持反對意見，乃認為：(1)上開主張肇因昧於日美法律體系之差異性。況且根據研究：過去20年間，美國亦有25件至30件之刑事追訴案件<sup>16</sup>。美國醫療事故原因一旦解明，即祭出吊銷醫師執照及再研修等嚴格之行政處分，但行政處分之科處是否能達成積極防止醫療事故之功能，目前無法評估，故而，尚難遽以行政處分存在為前提，即貿然否定刑事處罰之必要性。(2)個人責任之追究，固為刑事處罰本質，且對於組織性之故意或過失犯罪行為是否一體適用，雖有加以檢討之必要，但此並非醫療過失所獨有之問題（例如航空事故），故應加探索研究者，厥為醫療行為之特質。(3)醫療界對於未具備醫療知識的法律專家（指偵審人員）所處理醫療過失訴訟案件，甚表不滿，乃極力主張應以日本醫師會等為中心之醫療專家所組成之醫療專門特別裁判所來審理醫療過失案件，較為妥適，固非

15 【嬰兒猝死症候群】 一個外表看似健康的嬰兒在睡眠中突然意外死亡，雖經屍體解剖亦無疾病證據；嬰兒通常在2週至1歲間，其死亡的主要原因不明，但已經證實之危險因素包括：臥睡、早產、出生時體重過輕、男性、寒冬季節、產婦年紀過輕、吸煙或吸毒成癮、以及嬰兒罹患上呼吸道感染等是。亦稱Cot death, crib death。(Longman Concise Medical Dictionary) Sturat Ira Fox 著第九版人體生理學(Human Physiology)【辛普森法醫學】李俊毅編譯P144-145

16 英國 Medical Law and Ethics by Jonathan Herring Oxford University Press 2008 P.94 該書指出英國之醫療重大過失(Gross negligence manslaughter)1970-1990 間遭刑事起訴之案件僅有四件，1990-1999 年有 17 件，2000-2006 年間增加至 64 件

無見，然而，醫療過失之刑事責任之追究與醫療安全對策之目的迥異。

平成 14 年 4 月厚生勞動省制訂「醫療安全推進總合對策」，行政方面之醫療安全對策已逐漸就緒，即醫療事故之防止對策、醫療關係者之行政處分、教育研修等已成為重要課題。無論如何，以醫療安全對策為優先的理由，來抑制刑事責任之追究的合理性安在？殊難想像。又刑事責任之追究是否能達到防止醫療事故之效果？固應另當別論，但其對於醫療關係者而言，將可發揮防止其等重蹈覆轍發生同類事故的效果，殆無疑義。平成 16 年 4 月，內科學會、外科學會等四個學會共同提案設置調查醫療事故原因的【中立專門鑑定機關】，並已獲得厚生勞動省之支持。且已於 17 年在全國已成立數所醫療事故鑑定機關從事試驗。

綜上所述，「財團法人日本醫療機能評價機構」受厚生勞動省的委託成立「醫療安全對策網路事業」，開始蒐集、分析、提供醫療事故情報，但因所蒐集之資料並不能作為行政處分之依據，故與上述四學會提案之目的有別。總之，若醫療界對於醫療事故之原因能自行調查解明，而無庸假手於其他機關，必將有助於刑事醫療過失責任之應然面的形成。

### 參、以建議代替結語

茲綜合分析上述日本法學界及實務界有關「刑事醫療過失事故」的文獻資料，提出下列幾點粗淺的看法及建議供參考：

#### 一、各級檢察署應設醫療事故專組，由專股檢察官負責承辦刑事醫療過失案件之偵查、追訴工作

醫療法第 83 條既已明文規定應有醫療專庭的設置，實務上已設置，故而，各級法院檢察署亦應有設置專組以資因應，並遴選有承辦意願及能力之檢察官輪流擔任刑事醫療過失案件之偵查、追訴及實行公訴工作，以提升檢察官偵辦該類案件之效率，增加案件辦理之多樣化及擴大檢察官之視野。且能定期舉辦偵辦刑醫療案件的講習會，以強化檢察官辦案之能力，並邀請法官及醫界人士參加，以形成溝通及共識，避免彼此之誤解。若司法院舉辦類似研習活動時，亦應協調派遺專股檢察官參加，以吸取醫事法律專業知識及實務經驗。

#### 二、對於濫訴的刑事醫療過失案件的當事人應命其負擔醫療訴訟之費用：

按目前臺灣地區之刑事訴訟<sup>17</sup>，並無類似日本或德國之刑事訴訟法命濫訴之當事人負擔訴訟費用法的相關規定，故而，有當事人濫行提出刑事告訴或自訴，藉以達到催債或請求損害賠償之目的，即俗稱「以刑逼民」的現象，屢見不鮮，而醫療糾紛亦有類似現象的存在，故若能仿日本及德國刑事訴訟法有關訴訟費用之制度，在我國刑事訴訟法增訂刑事訴訟費用之專章規定，或能收到減少刑事醫療訴訟浮濫的功效。

#### 三、應強化醫療鑑定組織、程序及功能

醫療鑑定組織及程序應仿照民刑訴訟程序，應採取司法(Quasi-judicial)之常設的鑑定組織及程序模式，避免所謂【醫醫相護】之疑慮，

17 蔡墩銘編譯「德日刑事訴訟法」

庶幾能提升涉訟當事人及一般社會大眾對於醫療鑑定的信賴度<sup>18</sup>及刑事醫療過失案件之判決的公信力。

#### 四、宜仿照強制汽車責任保險制度制訂醫療事故強制保險制度

鑑於部分醫療行為確實具有高度危險性，與汽機車之危險性毫無軒輊，在刑法理論均屬於可容許的危險行為。故而，採取強制醫療事故保險亦屬合理之構想。如有健全之醫療事故保險制度，則病人雖不幸因醫療過失而導致死亡或遭受輕重傷害，但若皆能迅速獲得相當金額之補償，或將不致於動輒興訟（無論民事或刑事訴訟），導致醫師將因顧忌惹禍上身，乃因噎廢食而採取防衛性醫療（Defensive medicine）之消極態度，如此一來醫師與病人間均能雙贏獲益，非但能避免濫訴之造成及訴訟資源之浪費，且可提高醫療之水準。

#### 五、執法人員偵辦刑事醫療過失案件時應抱持謙抑的態度<sup>19</sup>

按日本醫療事故之法學界認為在醫療事故之法律因應制度可分成兩種類型<sup>20</sup>：（一）、「制裁型的法律責任制」及（二）、「支援型的法律責任制度」。前者，強調從事醫療者一旦有過失，一律追究其法律責任（民

事、刑事及行政責任），以資制裁，毫不寬待。而後者，則主張法律責任追究，應以提升醫療安全及水準為主要目的，並非專以制裁懲罰醫療人員為鵠的，上開兩種論調孰優孰劣，尚無定論，但頗值得吾人從事刑事偵查工作者於執法之際，深思熟慮之。又筆者認為刑事醫療過失犯罪應將「重大過失」及已發生病人「死亡」或「重傷害」列為不法構成要件，若欠缺此不法構成要件，即應認為欠缺可罰的違法性，而不予訴究。又醫療事故之法律學者亦有從事田野實證調查研究之必要（Evidence-Based Approach），否則理論歸理論，實際歸實際，難免貽人閉門造車之譏！而從事刑事醫療事故之偵查、追訴及審判工作等司法人員，應抱持謙遜的態度辦案，蓋因醫療專業知識畢竟非渠等所擅長，況且醫學突飛猛進分業細緻，一般醫療專家原已難以一一專精，尤非無醫療專業知識之偵審人員所能理解，故而偵審人員，除平日須對醫療知識勤加涉獵學習外，亦應抱持戒慎恐懼的謙抑態度辦理案件，否則一味墨守傳統的刑事法規或理論，如稍有疏失造成醫療人員之冤抑，影響其聲譽而使其遺憾終身，則其危害程度將恐將遠甚於病患遭所受

18 蔡振修著「醫療過失的刑事責任析論」臺灣彰化地方法院檢察署 81 年度研究發展項目研究報告第 297 頁主張應採取汽機車肇事鑑定制度之採二級制度。但筆者認為事實上尚無此必要。蓋因刑事訴訟法第 207 條既有增加鑑定人或請求他機關鑑定之可能性。且現已採交「互詰問制度」，若當事人對於鑑定機關之鑑定發生疑義，亦可聲請予以交互詰問，以釐清事實真相。張麗卿教授「醫療鑑定問題」。臺灣新竹地方法院 98 年度研究發展項目研究報告「審理刑事醫療糾紛案件之研究」第 87 頁至第 105 頁。張麗卿「呂潮澤、紀俊乾優遇：刑事證據法專題研討會」朱富美「論鑑定證據之調查及評價」蔡墩銘教授榮退感念專輯「當代刑事法學之理論與發展」第 401 頁

19 【醫療行為與刑法】 米田泰邦 1985 年昭和 60 年第 25 頁及第 271 頁

20 【特集．醫療安全の確立と法】 NO1396 2010.03.15 JURIST

之生命或身體之傷害矣，抑且醫療人員抱持【防衛醫療】的消極態度，則醫療及醫學水準恐均將難以提升，亦非社會之福。

（作者為臺灣高等法院高雄分院檢察署檢察官）

祇園精舎の鐘の聲、諸行無常の響きあり。  
沙羅雙樹の花の色、盛者必衰の理を顯す。  
奢れる人も久しからず、只春の夜の夢の如し。  
猛き者も遂には滅びぬ、偏に風の前の塵に同じ。

祇園精舎の鐘聲，  
有著諸行無常的響音。  
娑羅雙樹的花之色彩，  
顯現著盛者必衰的道理。  
奢侈浮華的人必不長久，  
宛如春天夜裡的夢一般。  
驕縱蠻橫的人終會滅亡，  
宛如風前之塵埃。

屏東萬金聖母教堂

