

【醫療刑事法】 睪丸壞死經切除手術案： 醫療刑法中的 客觀注意義務與審查基準

A Case about Testicular Necrosis after Resection: Objective Negligence and Its Evaluation Method in Medical Criminal Law

古承宗 Chen-Chung Ku*



摘要

違反客觀注意義務向來是醫療人員成立過失犯的關鍵。當代的過失犯理論仍有眾多爭議，不免產生相異的解釋結果。儘管如此，德國的實務與學說見解在醫療刑法的範疇發展出相對穩定的論理結構。本文以臺南地方法院的「睪丸切除手術案」作為分析基礎，說明醫療注意義務應有的內涵，並且依此提出一套完整的犯罪評價步驟。

Violation of objective duty of care has always been the basis for medical personnel to establish negligence. There are many controversies in contemporary negligence theories, which inevitably lead to different interpretations.

*國立成功大學法律學系教授 (Professor, Department of Law, National Cheng-Kung University)

關鍵詞：客觀注意義務 (objective duty of care)、過失 (negligence)、醫療刑法 (Medical Criminal Law)、醫療裁量 (medical discretion)

DOI : 10.53106/241553062022120074005

Nevertheless, German judgments and academics have developed relatively stable interpretations in the field of medical criminal law. This article uses the Tainan District Court's "Testicular Removal Case" as the analysis basis to explain the connotation of medical duty of care, and propose a complete set of review steps for the judgment of negligent crime.

壹、問題意識

「違反客觀注意義務」向來為醫療人員成立過失犯的關鍵。當代有關過失犯的理論建構至今仍有許多爭議，不免產生相異的解釋結果。儘管如此，德國的實務與學說見解至少在醫療刑法的範疇逐步發展出相對穩定的說理結構。相較之下，從臺灣近年的刑事判決來看，其實也可以看到法院針對醫療過失提出頗具參考價值的論證。尤其以數年前在臺南發生的「睪丸切除手術案」為例，歷審判決¹所爭執的議題明顯聚焦在「（術後）照顧義務」的解釋與適用。一般來說，所謂的「照顧義務」係屬客觀注意義務的下位類型，概念本身是指醫師採取醫療處置乃是為了避免病患接受醫療之後發生額外的損害結果，例如併發症、病患任意處理手術傷口等。又在採取此種醫療處置之前，醫師同樣負有說明義務，只不過重點側重於安全意義的說明，反而不是為了取得病患的有效承諾。因此，照顧義務亦可稱之為安全義務。當然，在醫學領域通常有多種避免擴大損害的處置方式可供醫師選擇，而且不論最後採取何種方式，均可達到同等的療效。可想像的是，醫師在術後

1 臺灣臺南地方法院107年度醫字第1號、臺灣高等法院臺南分院109年度醫上易字第533號刑事判決。

照顧階段同樣有多種醫療選擇，以避免病患發生併發症或其他損害結果。只不過容有疑問的是，所謂的醫療裁量是否有所限制，以及其與客觀注意義務是否具有規範上的證成關聯。

延續上述的問題意識，筆者嘗試以「睪丸切除手術案」為分析基礎，先行分析歷審判決的見解，緊接著彙整德國當代的實務與學說見解，針對術後照顧階段的醫療過失提出一套醫療注意義務的審查基準，作為我國法院未來審判類似案件時的參考。

貳、簡化的案例事實

甲醫師為A醫院之外科醫師，為病患乙執行右側腹股溝疝氣修補手術，並且以人工網膜協助修補。不過，此種手術可能導致靜脈血液回流受阻，使血栓引發動脈血液供應受阻，導致睪丸壞死（發生率為0.2%～1.1%）。基本上，只要在發生血栓後20小時內施行手術治療，打開疝氣手術傷口，並且將人工網膜放鬆或打開肌膜縫合處，即有恢復睪丸血液循環之可能。乙在術後發生陰囊疼痛現象，經由A醫院之泌尿科丙醫師診斷，乙之右側睪丸扭轉，便安排緊急手術預定作睪丸固定術。丙醫師於手術中發現乙之右側睪丸缺血，精索血管腫大充血，懷疑與先前的疝氣手術有關，因此與甲醫師會診，而其認為此與疝氣手術應無關聯。甲、丙醫師在共同討論後²，認為打開疝氣手術傷口進行處理存有風險，便由丙醫師將乙之睪丸切除。

2 系爭案例的事實乃是丙醫師與甲醫師進行會診，經評估之後，決定捨棄打開手術傷口之方式醫治病患之睪丸，而非檢察官所認定之丙醫師單方拒絕打開疝氣手術傷口。

參、歷審法院見解之重點與分析

一、臺灣臺南地方法院

作為一審的臺南地方法院先就「違反醫療上必要之注意義務」提出一般性的解釋。基本上，「醫療常規」係屬注意義務的核心要素，而具體評價取決於平均醫師的注意程度。也就是說，「即凡任何一個具有良知與理智而小心謹慎的醫師，在相同條件下，均會採取與保持之注意程度，其他醫師立於相同情況，皆會為同樣判斷與處置。所謂醫療常規係臨床醫療上由醫療習慣、條理或經驗等形成的常規，是作為正當業務行為之治療適法性要件。」值得注意的是，除了傳統的醫療常規之外，關於醫師違反醫療注意義務之判斷，地方法院認為仍有必要額外考量醫療法第82條修正後之第4項所列舉的合理臨床裁量基準。理由在於「因人、事、時、地、物之不同，醫療水準、設施及工作條件並非一成不變。在醫學中心、區域醫院、地區醫院或一般診所，因醫療設備、醫護人員等差異乃具浮動性，且寬、嚴亦有別。」就這點來說，法院基於法律規定之要件予以認事用法，本無太多爭議，而且針對修法原由的闡述亦屬正確。只是從立法論或解釋論的角度來看，值得進一步思考的是，經由現行醫療法第82條第3、4項之反面解釋，是否表示醫師的臨床裁量在舊法時期自始不在於醫療注意義務的範疇。至少從這號判決的說理來看，亦即「修正後之新法既將醫療刑事責任限縮於只有在違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量情況下，始負刑事責任，而非僅以違反注意義務作為行為不法之判斷」，答案顯然為肯定。然而，所謂的注意義務無非是強調行為人應當持續保有避免侵害他人法益的能力，至於其在個案中是否能夠注意，並且採取特定的避免手段以降低或排除法益侵害危險，規範上本有必要考量到行為當時的客觀情境條件，否則過度單一且制式化的注意要求，刑法不

僅難以發揮行為引導的功能，而且亦有可能導致非合乎比例的刑罰結果。換句話說，任何一種與避免侵害他人法益有關的義務履行，本質上均屬於一種廣義的行為裁量結果³。這項議題攸關過失犯之注意義務的理論建構，筆者將在下文提出完整的說明⁴。

其次，綜合醫審會三次的鑑定結果⁵，因為甲醫師在術後照顧階段並未發現血栓現象，所以沒有疏失。儘管系爭案例中的病例在醫療實務上係屬少見，而且少有此類醫療經驗的醫師，但是一方面，「依文獻報告，愈早打開原疝氣手術傷口，救治機率自然提高，於6小時內大部分可救回；於12小時內打開，則有百分之50%的機率；於24小時內打開僅餘10%的機率」；另一方面，「泌尿科丙醫師告知右睪丸缺血，精索血管腫大充血，可能與疝氣手術有關，惟甲醫師拒絕打開手術傷口，當時應打開原傷口，將血液循環之障礙去除，始能救治缺血之睪丸。故甲醫師決定不打開原傷口之處置，難謂無逾越合理臨床專業裁量」。整體而言，鑑定意見似乎是把醫師的術後照顧程序區分成兩個階段：一者為「病患住院期間」，二者則是從「醫師接收到併發症及可能與前手術有關等資訊」起算。前者階段在系爭案例中並無太大爭議，反而是在後者階段，倘若醫師未採取打開手術傷口之手段，藉此排除血液循環障礙，便有可能逾越合理臨床裁量而論為違反注意義務。對

3 舉例來說，甲駕駛汽車行經某鄉間道路。該路段設有相當特殊的限速要求，但限速標誌卻遭不明人士拆除。甲按照一般道路的限速要求行駛車輛，在該路段仍屬超速。即使如此，綜合行為時的情境條件，甲不具有認識（或應認識）該路段之特殊限速的事由，即不可論其駕駛行為係屬製造法所不容許的風險。換句話說，唯有在認識（或應認識）限速的條件下，甲始有可能採取避免侵害他人法益的手段。

4 見本文「伍、客觀注意義務與結果預見可能」之說明。

5 參閱衛生福利部108年6月3日衛部醫字第1081663號書函檢附之醫審會補充鑑定；衛生福利部109年3月2日衛部醫字第1091661317號書函檢附之醫審會第二次補充鑑定。

此，容待商榷的是，醫療程序通常可細分為檢查、診斷、治療、治療完成後的照顧，而此種程序結構同樣適用在術後併發症的診治。但對照之下，鑑定意見顯然是把違反注意義務直接鎖定在「治療階段」（打開疝氣手術傷口），反而沒有從「檢查階段」逐一釐清甲醫師基於何種理由形成不打開手術傷口的決定。換句話說，醫療領域的合理裁量乃是一套線性式的決策程序，醫師往往先就病患採取特定的檢查手段，藉此形成具體的診斷結果。當然，也唯有基於此等條件，醫師始有可能思考選擇何種具有醫學適應性的治療方式。

從上述說明來看，醫審會的鑑定意見略顯跳躍且果斷。相較之下，地方法院不僅沒有全然接受鑑定結果，甚至是正確地把評價重心拉回到「診斷階段」⁶，針對系爭案例的醫療合理裁量提出更為精準的說理，也就是系爭案例中的合理醫療裁量取決於下述條件：（一）「文獻報告固然可作為一般醫療常規之參考，然人體生理及病理現象，錯綜複雜，且因每位病患之身體狀況不同，文獻報告僅係供原則性的建議參考，倘若個別病患具有特殊情形，應容許醫師可作出有別於文獻報告所建議之診療行為，以謀求病患最佳及最大之健康利益，而非一概不顧個案有無特殊情形或其他醫學上風險，舉凡未依文獻報告所為之醫療行為，均一律以過失責任相繩」；（二）考量到打開原手術傷口可能產生其他風險，例如傷口感染、疝氣復發等，再加上病患逾16小時始就診，手術當時已逾21小時，在與泌尿科丙醫師共同會診之後，不僅救治患者睪丸之機率不高，而且還會增加感染及已修補之疝氣再度復發的風險，甲醫師依此排除打開原傷口的必要性。總結地說，地方法院一方面輔以醫療行為時的各項客觀情境條件判斷醫師能否履行醫療上

6 一審判決之所以沒有特別提及檢查階段，亦即「甲醫師未探究睪丸血循障礙與疝氣手術之間的關聯」。這部分事實在高等法院的判決中再次獲得確認。

的注意要求；另一方面，考慮到病患至急診時已經逾越術後之併發症的有效醫治時間，似乎是直接否認了醫師於術後照顧階段的注意義務。

二、臺灣高等法院臺南分院

總體來說，職司二審的高等法院與地方法院所持的見解大致相符，相異之處集中在補充事實認定，以及回應醫審會之鑑定意見的矛盾。以第一次的鑑定意見為例，醫審會指出負責急診的泌尿科丙醫師認定睪丸已無恢復血循之可能，建議應予切除。此項決定並無違反醫療常規。但是卻又認為，如果急診當時開啟疝氣手術傷口，應有使睪丸恢復血循的可能性，甲醫師拒絕打開傷口違反醫療常規。針對同一醫療處置是否違反醫療常規之判斷標準，鑑定本身似有不一致之處。或是依據第二次的鑑定意見，「發生血栓後20小時內施行手術治療，打開疝氣手術傷口，將人工網膜放鬆或打開肌膜縫合處理，有恢復睪丸血液循環之病例。」就此而言，臺南高分院認為過往病歷的研究無法與本案的實際狀況劃上等號。一方面，打開疝氣手術傷口施以救治以血循問題尚未導致睪丸壞死為前提；另一方面，依據泌尿科丙醫師的診斷結果（即專科醫師判斷），既然病患的右睪丸已經壞死，當然也就沒有回復睪丸血循之可能。值得注意的是，如同前述地方法院的見解，臺南高分院所採取的評價亦是納入了「個案中的各項客觀情境條件」，而不再只是形式性地直接套用所謂的平均醫師標準。所以，我們也可以說，「違反醫療注意義務」應當實質理解為：醫師綜合醫療行為時的各項情境條件，未能履行平均醫師應有的注意要求。

其次，臺南高分院同樣不採醫審會第三次的鑑定結果。理由在於，假設甲醫師未打開手術部位即判斷病人右側睪丸無救治之可能，不符合醫療常規，又泌尿科丙醫師判斷右睪丸僅

「至少部分壞死」而非全部壞死，表示其在睪丸仍有可能回復功能的條件下，建議家屬切除右睪丸。如此一來，醫審會認為泌尿科丙醫師並未違反醫療常規，但是參與會診的甲醫師卻是違反醫療常規，鑑定結果似有矛盾且未盡明瞭之處。另一方面，高等法院認為第四次鑑定意見立於錯誤的事實基礎，也就是甲醫師實際上既不是急診時的主治醫師，而且也沒有拒絕打開疝氣手術傷口。又系爭案例中的泌尿科丙醫師之所以切除病患的睪丸，乃是基於其與醫師的討論結果而來⁷。既然泌尿科丙醫師作為病患於急診時的主治醫師，甲醫師僅是參與會診的醫師，那麼丙醫師原本就保有權限自行決定如何醫治病患，甲醫師於會診時所表示的意見並無拘束力。

基本上，臺南高分院的結論誠屬可採，只不過部分的判決說理仍有可能引起誤解。假設切除睪丸的結果導因於甲醫師違反術後照顧義務，又泌尿科丙醫師得以自行決定如何醫治睪丸的話，是否就表示「後行為人基於自決而實施的行為必然可阻斷該結果與前行為的客觀可歸責性」⁸。相對地，倘若泌尿科丙醫師有權選擇特定之醫療手段，同時該項醫療亦是符合注意義務，那麼甲醫師之過失不法的歸責命題勢必導向於：「一個合法的後行為是否阻斷前行為的客觀！」就這點而言，除非甲醫師之醫療決定根本沒有違反注意義務，否則我們在規範上難以想像一個合法的後行為如何阻斷結果與前行為之間的客觀可歸責性⁹。換句話說，系爭案例的評價重點始終在於是：「病患對其術後的睪丸血循問題逾越有效醫治時間就診，以及甲醫

7 第四次鑑定意見與這部分事實不符，因此該鑑定結果不為高等法院所採。

8 問題意識，已見林書楷，刑法總則，元照，修訂第五版，2020年9月，101頁以下。

9 舉例來說，甲駕車不慎撞到路人乙，乙倒地血流不止。數分鐘後，由救護車將乙送往醫院。途中救護員丙合義務地對乙實施緊急醫療，但乙仍因失血過多而死亡。於此，合法的後行為（丙之緊急醫療）不會阻斷前行為（甲之過失碰撞）與死亡結果之間的客觀可歸責性。

師對此術後併發症是否仍負有術後的照顧義務。」若是此種併發症於術後發生的機率相當低，難以預見病症與前手術之間的關聯（即欠缺結果預見可能），或是病患就診時超過有效的醫治時間等，甲醫師似乎已經不負有打開疝氣傷口重建血循的行為義務。如此一來，關於泌尿科丙醫師自有權限決定如何醫治的命題，顯然就不再有犯罪評價上的重要意義。

肆、過失犯之歸責結構

不可否認，系爭案例的歷審判決皆已提出了相對完整的說理，不只邏輯清晰，而且在醫療刑法領域深具參考價值。即便如此，針對過失不法的闡述，似乎仍有部分不甚清楚之處，例如醫療注意義務、結果預見可能性、醫療裁量，以及這三者之間於規範上的意義關聯等。為此，筆者試著整理當前德國實務與學說見解的發展，針對醫療過失的犯罪評價提出一套更為明確的審查結構。

原則上，刑法上的過失是指，行為人依照行為當下所身處的情境條件及生活狀況（*persönliche Verhältnisse*），即便負有義務且有能力履行客觀上的注意要求，卻是疏於為之¹⁰。又在此種狀態下的注意義務違反，暫且不論行為人對結果是否在客觀上或主觀上可得預見，只要其未能事先預見的話，應論為無認識過失；相對地，如果換成其相信結果應當不會發生，則是構成有認識過失。然而，僅憑注意義務違反與結果發生等要件，還不足以說明行為疏失的可罰性，至少在客觀不法的層次仍有必要進一步評價其中的義務違反關聯¹¹。也就是說，行為人符合注意地實施行為，應可避免發生結果，而且現實上所發生的結果亦須落在規範保護目的之射程範圍。如此一來，刑法

¹⁰ Birnkmann, RDG 2011, S. 169-170.

¹¹ Hardtung, in: MK-StGB, 4. Aufl., 2021, § 222 Rn. 65.

上的禁命要求始能產生具有法益保護意義的避免效果。

更具體地說，行為人在客觀上必須是過失地招致他人的法益侵害結果，以及結果發生乃是源自於行為人違反特定社會領域所必要的注意，例如交通、建築、醫療等。除了結果與行為之間的自然因果，若是從規範性的歸責評價切入，行為人之行為（包括作為及不作為）亦須是違反法律規定或生活慣習（或慣例），由此製造法所不容許的風險，而且此項風險在因果進程下逐漸發展成法益侵害結果。換句話說，當特定結果係屬可歸責於行為人，或是理解為注意義務違反下所產生的效果，那麼結果發生以具有客觀可預見性與可避免性為必要。可想像的是，過失行為通常是行為人違反了特定的法律規定，或是違反某個社會領域所發展的生活慣習。考慮到法律規定與習慣往往內含了一般且抽象化的危險預設，只要行為人疏於注意而行為，便是直接對他人法益產生負向作用。所以，對於違反注意要求的行為人來說，結果發生不論在規範或經驗的意義均是客觀可預見與可避免。即便如此，純粹從侵害歷程的避免可能性還是無法充分證立結果的客觀可歸責，仍要實質考量到避免結果發生正是法規範課予個人的行為任務，例如行為人所製造的風險正好落在規範保護目的範圍，而且非屬被害人或第三人自己的負責領域。單就這點來說，針對結果發生最終是否客觀可歸責於行為人的判斷，即有必要個案檢驗是否存在異常的因果偏離、義務違反關聯，或是被害人自我危險等阻斷客觀歸責事由。

以刑法第276條為例，此罪的行為規範為「不應過失地招致他人之死亡結果」，或是理解為「應維持必要的注意，以避免引起他人死亡之原因」。考慮到過失在概念上是指違反社會交往上的必要注意，所以過失犯的行為規範得以定性為一種「注意規範」。但應注意的是，特定社會領域的注意規範（例如交通法規、醫療法規、醫療準則等）所預設的行為義務

不等於刑法各罪的注意義務¹²。違反此種注意規範頂多間接證明行為人未能遵守過失致死罪所預設的行為規範，以及行為本身帶有一定程度的法益侵害危險¹³。換句話說，基於牴觸個別領域的注意規範而確立的注意義務違反，實質上形同行為人降低或排除了原本能夠避免侵害他人生命法益的能力或機會，又此種能力或機會的降低或排除才是真正「刑法上」所不容許的風險¹⁴。除此之外，客觀注意義務違反與客觀不法之間的證成關聯必須經由「結果發生」回溯地進行確認。唯有透過一個具體的法益侵害結果，我們才能確實釐清客觀注意義務在個案中應有的內涵與範圍，尤其是「法益侵害危險」的部分，以及與此相關的結果可預見與可避免性。

最後，除了客觀注意義務違反、客觀之結果可預見及可避免之外，行為人在罪責範疇必須是主觀上可得注意，而且結果發生對其亦屬主觀可預見及可避免。理由在於，畢竟沒有人可以像電腦般精準地行為，受制於人類有限的智識能力與經驗，不可能要求任何人毫無缺陷地行為。以「醫師實施醫療」為例，即使是一個富有經驗且熟練的醫師，終究無法如機械設備精準執行醫療。正是因為如此，對於在醫療場域所可能產生的疏失，刑法的解釋與適用往往會形成一道寬容的界線。當然，只要注意義務的違反程度越大，由此產生的法益侵害危險也就越高，那麼相對能夠予以寬容的可能性就越低。然而，卻不因此隨之表示，只要醫療未達預期的成果，醫師所執行的醫療行為必定有疏失¹⁵。

¹² 基本的概念區辨，可參考Rostalski, JuS 2021, S. 827-828.

¹³ 類似思考，已見Kaspar, JuS 2012, S. 15.

¹⁴ 此處的思考邏輯為：「違反醫療法規或醫療準則＝違反客觀注意義務」→間接證明行為的危險性→「違反刑法上的注意規範（行為規範）」。

¹⁵ Birnkmann, a.a.O. (Fn. 10), S. 168.

伍、客觀注意義務與結果預見可能

從前述的說明來看，過失犯的可罰基礎在於結果（包括具體危險）與過失之間具有一定的歸責關聯，其中又以違反客觀注意義務、結果之可避免性、預見可能性作為核心的評價要素。一般來說，透過法律、行政命令（*Verordnung*）、或是契約約定等，得以推導出一定的注意義務¹⁶，而且這些規範形式正是以避免結果發生為目的，典型者為建築法規、道路法規、醫療法規等。於此，如果一個謹慎小心且具有辨識能力的社會參與者有確實遵守的話，便可避免發生法益侵害結果。除此之外，例如在執行業務的情形，經由謹慎小心且具有辨識能力的參與者就其所屬社會領域所共同形成的慣例，同樣具有行為引導的意義¹⁷。再次強調的是，這些不屬於刑法領域的注意規範僅具有間接證明法益侵害危險的功能。只要行為人違反了法律規定或慣例，形同確認行為對於他人法益製造了侵害可能性。又因為此等注意規範僅具有間接證明危險的功能，所以我們不排除在個案中，基於一定的條件而例外地否定其證明法益侵害危險的適格性，例如相關規定或慣例已經過時，就算行為人有確實遵守，不只無法確認行為本身是否製造了危險，甚至未能有效避免結果發生。無論如何，只要特定危險被確定為欠缺社會相當性，或是結果發生係屬可預見及可避免，仍然可論為有過失。相對地，如果具體的注意要求對於避免結果係屬多餘者，當然就無法論為過失。

不可否認，過失始終是一項相當抽象的概念。僅憑行為人違反客觀注意義務，便將其行為論為有過失，恐怕流於形式意義的評價。所以，除了借助多數見解所採納的平均人標準之

¹⁶ Kudlich, in: BeckOK-StGB, 52. Aufl., 2022, § 15 Rn. 38ff.; auch Beck, JA 2009, S. 110.

¹⁷ Kudlich, a.a.O., Rn. 41.

外，還要額外考量到行為人身處的「具體的行為情境」¹⁸。德國聯邦最高法院於2001年的一則判決中指出，行為人因為違反客觀注意義務而可論為過失的條件為：「依據行為人主觀的認識及能力而可避免違反此種注意義務，以及透過這個注意義務正好在客觀上及主觀上均可預見到結果發生¹⁹。」對此，Eschelbach認為，過失的客觀不法是以「與保護法益有關的注意義務違反」（objektive Sorgfaltspflichtverletzung in Bezug auf das beeinträchtigte Rechtsgute）²⁰為前提。除了客觀的注意義務違反之外，招致特定結果必須是客觀可預見的，又結果可預見性取決於一般性的「素行經驗」（Lebenserfahrung）即可，行為人無須明確預見到因果歷程的每個細節。至於罪責之成立則是取決於行為人依據自身之知識與能力狀態是否能夠履行注意義務、預見且避免結果發生等。

然而，針對前述德國聯邦最高法院的見解，Duttge卻是提出相異的解讀結果。也就是說，這套標準只不過強調了「主、客觀的注意義務違反」與「主、客觀的預見可能性」乃是無法分割處理的，特別是注意義務可以先是出自於行為人對於結果發生的可預見（即風險的可認識性），或是經由履行特定義務形成結果的預見可能。舉例來說，當麻醉科醫師知道執行麻醉手術具有死亡風險，那麼就會形成一定注意義務來控制風險。相反地，若是醫學專科上存在麻醉手術的具體指引，透過此種行為指引，醫師同樣可預見結果之發生。換句話說，行為人認識到行為違反注意規範，等同於對構成要件實現具有預見可能性，又「具體的行為情境」乃是其中判斷注意義務違反的關鍵²¹。例如甲、乙在廁所發生口角。甲出手推乙，乙

18 Duttge, NStZ 2006, S. 266.

19 BGHSt 64, 217 (222).

20 Eschelbach, in: BeckOK-StGB, 52. Aufl., 2022, § 229 Rn. 8.

21 BGH, NStZ 2002, S. 312.

跌倒且不慎撞到便斗，因此死亡。針對甲是否具有過失，首要判斷的重點在於，在特定的客觀情境條件下，這種口角衝突是否或在多大的範圍內會導致他人的死亡。為此，德國聯邦最高法院明確地指出，行為人自身的人格背景（persönliche Hintergründe）將會影響過失的評價，例如行為人的思考方式及行為係屬無知的、欠缺理解力的、選擇忽視與壓抑作為解決問題的策略，或是相當程度上是出於自私與輕忽的態度而疏忽、未注意等²²。

整體而言，前述的兩種見解分別代表了不同的過失評價體系²³，一者是所謂的「雙階段過失評價」，在構成要件層次的過失是以客觀化的平均人標準作為評價基礎，也就是客觀注意義務。至於罪責層次則是以行為人主觀上的注意義務違反與結果可避免性²⁴；另一者為所謂的「一階段過失評價」，不論是行為人能否注意，或是結果的可預見與可避免，全數集中在構成要件層次予以決斷。所以又被稱為個別化標準。當然，學理上的過失評價體系之爭，不是本文所關切的議題，這裡無非是為了強調這些見解於判斷過失時，實際上還是無法割捨「具體之行為情境」的要素。以平均人標準來說，針對行為人是否違反客觀注意義務（或是未達到平均人標準），不只是從平均化的行為標準出發，還需要考量到行為人身處的行為情境條件是否能夠履行該項平均化的標準。相對地，若是改採個別化理論的話，行為情境條件更是作為決定性的評價基礎，尤其是個案中是否存在足以讓行為人形成注意動機的促因。

²² Duttge, NStZ 2006, S. 268.

²³ 理論內容的簡要說明，可參考王效文，過失犯的一般化與個別化的標準，月旦法學教室，221期，2021年3月，53頁以下。

²⁴ Hardtung, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 10.

陸、所謂的醫療注意義務與犯罪評價

一、情境導向的義務內容

如前所述，只要行為人無法預見結果發生，也就表示我們無法期待其採取特定的避免措施，又透過注意義務所形塑的行為要求，行為人往往能夠預見結果是否發生²⁵。對此，一般性的預見可能即已足夠²⁶，例如某個事件歷程的發展及最終發生結果，只要沒有偏離通常的生活或執業經驗，便是滿足了預見可能性的要求。同理，醫學上的罕見疾病係屬嚴重偏離通常的醫療經驗，醫師即便已經盡了注意，還是無法預料到結果發生，即應論為客觀上不可預見。延續這樣的觀點，如果醫師實施醫療時只能預見到傷害結果，而非死亡結果，頂多承擔過失致傷之責，無法論為成立過失致死罪。行文至此，讓我們先回到開頭的「睪丸切除手術案」，根據醫學臨床實證，疝氣填補手術可能導致靜脈血液回流受阻，使血栓引發動脈血液供應受阻，導致睪丸壞死的發生率為0.2%～1.1%。不論是歷審法院或鑑定意見均未進一步探究此種發生率是否屬於偏離通常的醫療經驗。假設答案為肯定者，那麼甲醫師於術後照顧階段決定不打開病患的疝氣手術傷口，便是沒有違反注意義務。如此一來，當病患因罕見的血循及睪丸壞死問題而求診於泌尿科丙醫師，也就應當論為已經脫離先前的術後照顧階段，並且進入了新的醫療程序。又在後者的程序範疇，負責主治的丙醫師及參與會診的甲醫師將會適用獨立於前醫療階段的說明義務與注意義務。簡單地說，從丙醫師檢查病患的睪丸狀態開始，參與會診的甲醫師是否違反醫療注意義務，應以其會診時所為的醫療分擔（例如醫療意見）作為審查基礎。

²⁵ Kudlich, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 35-1.

²⁶ Knauer/Brose, in: Spickhoff-Medizinrecht, 3. Aufl., 2018, StGB § 222 Rn. 14.

其次，結果必須是客觀可避免的。規範上，結果可避免性作為一項「與預見可能性有關的補充標準」。如前所述，成立過失的首要條件為行為人違反客觀注意義務，又此種義務是以一個謹慎且具辨識能力的社會參與者能夠遵守作為形塑基礎。通常只要個案中的行為人能夠確實履行客觀注意義務，即可避免結果發生。換句話說，客觀注意義務之於避免結果發生的意義，如同要求行為人採取客觀上最低要求的必要行為。應注意是，個案中所適用的注意標準先是源自於特定的行為要求，特別是面對已經存在的危險狀態，又從行為時的角度來看，這樣的注意標準乃是指向一個謹慎（besonnen）且細心的（gewissenhaft）之人在具體情境及社會角色下所被賦予的行為期待²⁷。所以，既然客觀注意標準本身帶有強烈的規範性色彩，即使日常生活中大家都這麼做（便宜行事），也不會改變應有的注意要求，例如每個人都闖紅燈，不會改變停等紅燈的禁令。

回到醫療的領域，醫師通常僅在自有的專科內實施醫療行為，少有機會跨足到其他領域²⁸。如果醫師實施一個不屬於自己醫療專科的醫療行為，那麼注意標準應當以醫療本身所涉及的專科領域作為認定基礎，而非醫師自己所屬的科別。其中違反客觀注意義務的標準為：「一個謹慎且有經驗的專科醫師，在相同的情境下將會如何執行醫療措施」（簡稱專科醫師標準）²⁹，尤其必須綜合考量醫師於組織內的身分（如主任醫師、主治醫師、值班醫師）及醫療當下的環境條件（如教學醫

27 這裡的注意要求乃是依據客觀第三人的智識能力所發展而成。換句話說，其中明顯帶有規範性的色彩，使得個案的過失評價不免導向於平均標準人的思考。

28 應注意的是，德國醫界確實嚴格區分專科醫師，但是在臺灣仍可觀察到現時有為數不少的診所，醫師執行不同專科的醫療，例如耳鼻喉科與皮膚科。

29 BGH NStZ 2003, S. 657-658.

院、城鄉醫院、醫療機構的設備、執行醫療所能運用的設備及人員配置）等³⁰。簡單地說，客觀注意標準實屬情境導向的（situationsorientiert）³¹。當然，若是進一步考慮到醫療專科的差異，客觀注意義務的內容也會隨著有所調整，例如外科醫師與家醫科醫師於執行各自所屬專科的醫療時，適用相異的注意標準³²。正是因為不同專科適用不同的醫療標準，所以醫師在面對一個不屬於自己專業範圍的疾病時，便負有會診或轉院的義務。

最後，「選擇醫療手段」正是醫師固有的業務內容，其無需針對所有醫療個案採取最新的治療方法³³。所謂的診療選擇（Therapiewahl）係屬醫師的裁量權限。如果在醫療實務上存在同等價值的醫療方法，醫師即可針對個案的病症選擇所要採取的處置。然而，在選擇的過程，醫師同樣無須總是採取最保險且安全的診療方式，有時候會針對病情的特殊性，或是考量到更為有利的治癒可能，醫師可以採取高風險的醫療處置³⁴。相反地，若是某個醫療方法與其他所有的方式相比是特別有效的，而且適用上的優先性乃是受到普遍肯定，那麼醫師即有必要選擇特別有效的方法，裁量空間因而受有限制³⁵。一般而言，注意義務為個人從事社會交往的應然要求，又此種義務在人際的相互關係中表現出高度的利益衡量特徵。換句話說，任何一種注意義務的確立皆是權利主體之間面臨自由衝突時的利益衡量結果。另一方面，醫師選擇採取何種醫療乃是職業自由的具體表現。既然醫療行為同屬社會活動的類型之一，再加上

³⁰ Brinkmann, a.a.O. (Fn. 10), S. 170.

³¹ Brinkmann, a.a.O. (Fn. 10), S. 170.

³² 應強調的是，急診科不算是一個特定且自成領域的醫療專業，只不過是醫師在自己所屬的專科領域之外，額外的能力資格而已。見Knauer/Brose, a.a.O. (Fn. 26), Rn. 18.

³³ BGH NJW 1992, S. 754-755.

³⁴ BGH NJW 2007, S. 2774-2775.

³⁵ Knauer/Brose, a.a.O. (Fn. 26), Rn. 21.

注意義務本身帶有利益衡量的意義，那麼醫療選擇（或職業自由）與注意義務之間便有規範上的意義關聯性。所以，只要醫師基於合理的醫療裁量實施特定的醫療手段，便可論為符合醫療注意。於此，醫療法第82條第3項比舊法時期多了「合理臨床專業裁量」要件，並且在同條第4項規定注意義務與醫療裁量的具體範圍，例如醫療常規、醫療設施等。醫療過失之評價要素因此看似更加地完備，但是從立法論的角度來看，卻是一項錯誤的立法，因為其中不只是誤解合理醫療裁量本來就是醫療注意義務的組成內容，而且亦是忽略注意義務的情境導向特徵，也就是關於醫師執行醫療是否違反注意義務或合理醫療裁量，本來就應當綜合考量醫療當下的各項客觀情境條件，例如醫療領域當時當地之醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等。

二、醫療階段與過失類型

一般的醫療行為可區分為「檢查」、「診斷」、「治療」、「治療後照顧」等階段，又這些階段可以統稱為「診療」。如果將前述的專科醫師標準套用到診療程序時，那麼所謂的醫療疏失（Behandlungsfehler），可再進一步區分為診療疏失（Therapiefehler）、診斷疏失（Diagnosefehler）、檢查疏失（Befunderhebungsfehler）。

較無疑問的是，「診療疏失」包含了所有階段的過失問題，例如檢查程序、治療程序，以及治療後由醫師或病患自己處理的部分³⁶。至於「診斷疏失」則是存在於檢查程序與治

36 醫師應告知病患在治療後從事自我照顧行為時，應注意之事項：（1）病患提早離開而停止醫療或病院照顧所可能產生的風險；（2）自己服藥後的風險，例如血壓突然降低、不能安全駕駛等；（3）糖尿病患者（Diabetiker）需要如何自己每日使用胰島素治療的指示、自我量測血糖數值、控制飲食等，或是腿部骨折的病患需要重量訓練，以及如何照顧患部等。

療程序之間，但是也不排除至遲出現在治療後的照顧程序，例如病患於手術後發生併發症，醫師有必要為此進行診斷，決定是否採取進一步的醫療手段。一般來說，診斷疏失通常出自於醫師先前的檢查疏失。「檢查疏失」是指醫師應採取所屬專科領域所必要的檢查措施，卻是疏於為之，例如未檢視過往的病歷資料、病患出現高燒及呼吸困難的徵狀，醫師卻沒有採取血液抽樣分析、監控心律及呼吸狀況（Monitoring von Herzfrequenz und Atmung），或者至少透過測量血氧飽和度（Sauerstoffsättigung）的方式判斷病患當下的身體狀態；相對地，「診斷疏失」則是指醫師對於檢查結果作出錯誤的解讀。或可想像的是，只要醫師沒有實施檢查，便是無法產生具體的診斷結果，亦無可能實施符合醫學適應性的治療手段；另一種情形是，醫師確實對病患作了檢查，卻是錯誤解讀檢查報告的內容，或是沒有確認檢查報告是否正確等³⁷，凡是由此產生的診斷結果，以及基於此種診斷所決定的治療勢必無法符合醫學適應性的要求。除此之外，當醫師在診斷階段已經發現將要採取的醫療手段，不排除受限於專科背景而使自己的醫療能力處於不足的狀態，即負有義務安排病患轉診，或是找更有經驗（kundigerer Kollege）的醫師協同會診³⁸。若是不如此為之，便有可能構成超越承擔過失。

附帶一提，針對同一份檢查報告，不同的醫師從各自的觀察角度切入予以解讀，難免會產生相異的診斷結果。如同前述的醫療方法選擇，醫師對於檢查報告的解讀同樣具有一定的裁量空間。相反地，我們不排除醫師會對檢查報告作出獨特的解讀，唯有從醫療實務與當代醫學知識的角度來看，根本不存在其他解讀的空間時，才能認定醫師的診斷係屬疏失。總結地

³⁷ LG Bielefeld, Urt. v. 6.10.2017 – 4 O 272/12.

³⁸ Laufs, MedR 1986, S. 170.

說，基於錯誤解讀檢查報告而論為有過失的情形可略分為：

（一）醫師因為未注意或欠缺足夠的經驗，而無法指出病患確實罹患某種疾病；（二）沒有續行採取二檢以確定先前的檢查是否正確；（三）未針對初步的診斷結果予以充分且完整的檢視。

三、違反醫療注意義務之審查步驟

綜合前述說明，關於醫師是否違反客觀注意義務的過失評價，可略分成三階段的審查步驟：

（一）先就專科醫師標準來說，具體內容不限於「學院領域的科學知識」（Schulmedizin），只要在醫療過程中，醫師所選擇的醫療手段在該專科領域是可接受的，便不會是錯誤的醫療行為，例如醫師選擇的醫療方法具有壓制或排除病症惡化的效果，而且已經獲得學術研究結果或公開發表的支持。換句話說，任何一項醫療嘗試的醫學適應性有必要滿足以下要求：「符合當時的醫療標準、一般性及個別性的醫學可接受性，以及在行為時觀點下具有正向意義的效益衡量結果。」依此，醫師的注意義務有可能會隨之提高，而且既然要求實施醫療的條件之一為效益衡量，也就表示醫師決定採取何種醫療時，不免就要酌量那些雖然非屬立即，但是明顯的風險。無論如何，醫師必須使用所有已知的且醫學上所認可的確保手段，藉此擔保醫療成功及不會產生副作用，同時應更加小心地執行醫療，任何一種醫療疏失均有可能影響病患之生命、身體、健康³⁹。當然，隨著醫療行為的危險增加，醫師應有的注意也就會相對增加，例如在診斷不甚確定或沒有把握，或是極度危險的情形下，醫師應當立即將病患轉診至其他專科醫師。

³⁹ BGH NJW 2007, S. 2774.

（二）其次，醫師違反注意義務的判斷基礎通常為「具體的注意規範」，例如醫療法規、醫療常規等。針對法律規定與注意義務之間的評價連動關係，我們試著借用德國高等法院的見解為說明基礎。德國Karlsruhe高等法院曾在一則判決⁴⁰指出，貨車司機未依法律規定將貨車上的貨物以繩索固定。因為依據此種規定，只要司機將車上的貨物堆放好，並且加以確定穩固，那麼在一般的交通行進中即可排除危險。另外，司機出發前必須確定車上裝載作業均已完成，而且沒有其他人員在上面。如果行為人違反了此種注意義務，法院得以（間接）證明發生意外的可預見性，因為規定本身就是為了避免發生意外，而且也可以說，法律之所以如此規定，無非也是一種基於長期經驗及考慮而預想到意外發生的可能性⁴¹。如前所述，違反法律或法規命令之行為乃是結果可預見的證明基礎，除了相當罕見的因果發展之外，行為人基本上不得主張，在違反法律規定的情形下仍然無法預見結果發生。當然，個案中亦可輔以行為人自己的業務經驗作為判斷標準，例如基於長期的職業經驗相當清楚裝載貨物應當採取何種確保措施。不過，應強調的是，這裡的標準僅具有補充的意義，行為人不可反過來主張職業慣例應優先於法律規定。

（三）當欠缺具體的注意規範時，德國聯邦最高法院採取所謂的「履行注意具有無可辯駁的理由」（Trifitige Veranlassung zu besonderer Sorgfalt）作為判斷基準，或有論者將此理解為注意義務之慣有論證⁴²的補充⁴³。舉例來說，母親在長時間抽菸及酗酒之後把小孩留在家。雖然家中環境相當雜亂，但是個案中始終欠缺一項個別且具體的關聯基礎

40 OLG Karlsruhe, Urt. V. 16.12.1999 – 3. Ss. 43/99.

41 換句話說，任何注意規範的建構無法脫離客觀經驗。

42 例如前述的注意義務多由具體的注意規範（法律規定、職業領域的慣例）推導得出。

43 Kudlich, a.a.O. (Fn. 16), Rn. 37-1.

（individuell-konkreter Anhaltspunkt），以判斷母親是否具有避免火災發生的注意義務。換句話說，就算是家中留有大量菸蒂，或是許多人同時在室內抽菸，不必然就會引起火災。除非事實上存在一定的情境條件，能夠對外反映出有相當接近的可能性（naheliegende Möglichkeit）會發生火災，例如行為人以嗅覺或視覺的方式明確體覺到當下已有發生火災的危險。而就這點來說，學者Duttge提出一套實質的判斷標準，也就是注意義務違反不能夠只是一種流於形式的主張，至少在個案中應當判斷：「行為人應該可以想到什麼，或是個案的情境條件可以引起他的注意。」當然，對應到行為本身所帶有的危險程度與範圍（Ausmaß der Gefahr），注意義務的射程範圍也將會隨之調整。

總而言之，針對醫療領域的客觀注意義務違反，首要判斷的內容為具體的法律規定及專科領域所形成的慣例。緊接著，唯有在欠缺注意規範的情形，始有必要探詢個案中是否存在「醫師履行注意義務具有無可辯駁的理由」，藉此確定醫師應否承擔過失之責。

柒、結論

綜合本文的分析，以下僅列舉兩項重要的評釋：

一、倘若系爭案例中的甲醫師在術後照顧階段已經採取防止發生併發症及損害擴大的必要處置，例如經由醫療團隊的定時觀察與記錄、妥善用藥等，再加上術後發生血循環障礙係屬相當少見（發生率為0.2%~1.1%），甲醫師應是沒有違反醫療注意。除非病患產生明顯的身體變化，或是主訴下部出現疼痛感等情事，甲醫師因而有履行注意義務無可辯駁的理由，否則還是難以論其違反術後照顧義務。

二、病患事後因為陰囊疼痛而掛急診，並且由泌尿科丙醫

師負責主治。在此一新的醫療階段中，甲醫師的身分乃是協同會診的醫師，而在丙醫師之診斷結果的前提下，提供醫療專業上的意見。既然病患的睪丸經診斷已經壞死，再加上甲醫師於前次醫療的術後照顧並無任何違反注意義務之情事，那麼丙醫師以手術將病患之睪丸切除的結果，也就不可回溯地歸責於甲醫師。

 本文內容同步收錄於月旦醫事法網與      平臺，
部分內容收錄於月旦知識庫與月旦教學案例庫