

上訴人 臺灣臺北地方法院檢察署檢察官

上訴人

即 被 告 簡志弘

選任辯護人 陳德義

江仁成

薛松雨

右列上訴人因被告等殺人未遂等案件，不服臺灣台北地方法院八十七年度訴字第一五

六五號，中華民國八十八年九月九日第一審判決（起訴案號：臺灣台北地方法院檢察

署八十七年度偵續字第一九三號）提起上訴，判決後經最高法院發回更審，本院判決

如左：

主 文

原判決關於簡志弘殺人未遂部分撤銷。

簡志弘無罪。

理 由

一、公訴意旨略以：被告簡志弘為家醫科醫師，曾在台北、台中，於民國（下同）八十五年六月任嘉義榮民醫院家醫科醫師。緣簡志弘於七十五年間就讀陽明醫學院時，即與湯○○認識進而相戀，約至七十九年畢業在台北縣泰山鄉服役期間，即同居於台北市，至八十三年三月二十日公證結婚。被告簡志弘明知湯○○罹患類風溼性關節炎一直服用類固醇等藥物，簡志弘乃以兼為專業醫師之身分，決心照顧湯女並為其主治醫師之一，使湯○○得以在幸福戀愛中控制病情。詎簡志弘於八十四年與許舒茜密切來往後，深覺照顧湯○○好累，乃決心以消極不作為之犯意，刻意不施以救治；嗣於八十四年七月間，湯○○右乳房有不正常分泌物及出現硬塊，湯○○乃向其深愛及信任之丈夫兼醫師簡志弘求診；簡志弘卻答以：「不用擔心，我會隨時替你留意！」，使湯○○不疑有他，致延誤向其他醫生求診之時機。至八十五年初，湯○○右乳房流出血絲，乳頭湧出鮮血，簡志弘摸觸後，又故意不當一回事說：「無大礙，可能係你洗澡太用力所致，流血並不表示什麼，或只是女人內分泌失調或精神過度緊張所招致」，使湯○○再失去即時診治之時機。俟湯○○自覺不妥要去榮總看乳房專科時，簡志弘怕其他同事知悉他們是夫妻關係，而厲聲禁止，並表示：「伊就是家醫科醫師，再看別的醫師也是一樣！」，仍給予無關之類固醇藥物服用。拖至八十五年底，湯○○乳房疼痛頻率越來越近，疼痛之程度亦趨據烈。簡志弘卻公然在嘉義與許舒茜舉行訂婚儀式，而置其妻湯○○生死於不顧。直至八十六年三月間湯○○病倒經家人送至財團法人孫逸仙治癌中心醫院就醫急診，赫然發現已罹患乳癌第三期，其五年存

活率已自八十七月份發現第一期之百分之八十三降至第三期之百分之四十以下。而簡志弘卻只去探視過一次即不聞不問，致湯○○今已罹患癌症末期，體重驟降至三十公斤以下，只能以輪椅代步，命已危旦夕，簡志弘更有重大難治之疾病為由相逼而提出離婚要求，遂達簡志弘於八十五年六月間寫給不知情之許舒茜之信：「湯（指湯○○）之事一直是我心中最痛，但我一定料理妥當，在安定甜蜜下，求妳答應，但給我時間」之致湯○○於死之境之犯意，再完成簡、許二人公開結婚之目的。因認被告涉犯刑法第二百七十一條第二項、第一項之殺人未遂罪云云（通姦罪部分已於更審前判決確定）。

二、公訴人認被告涉犯刑法第二百七十一條第二項、第一項之殺人未遂罪，無非以：

被告簡志弘於八十三年認識被告許舒茜以前，皆本疼惜愛憐告訴人之初衷，告訴人受其妥善照顧，病情皆在藥物控制中，被告成為告訴人之夫兼醫師之身份，深為告訴人信任及倚重，業為被告供述屬實，並有告訴人之台北榮民總醫院病歷表在卷可考。被告現為嘉義榮民醫院家庭醫科主治醫師，在成為家科醫師前，曾受有外科、內科、婦科等訓練合格，才能執行該科醫師在綜合醫院第一線職務，而家庭醫師對於乳房有硬塊之求診病人，皆會建議或安排病人即時去做乳房攝影、抽吸、切片等檢查，以能即時掌握病情，對症下藥，除去病害；被告也於其所翻譯之「癌症的危險訊號」一文中稱：如有乳房腫塊，應請醫師安排進一步檢查；並非如被告之臆測所稱告訴人可能較年輕係良性或因服類固醇藥物，不必太緊張，甚或如無醫學常識之外行人所認為：可能係洗澡太用力所致，流血也不表示什麼！或只是女人內分泌失調或精神骯髒緊張所招致之不負責任等之說法，核與證人即台北榮民總區公所蔡瀛陽、孫逸仙醫院醫師楊博勝證述情節相符，並有被告上開譯文影本、婦女保健手冊、台北榮民總醫院家庭醫學科教學訓練計劃表、課程綱要等附卷可按，被告上開所為，顯係以其不作為達致人於死之不純正不作為犯。按夫妻係顯最近親屬，對於生命法益與身體法益，互居保證人地位，係國內法學者一致之看法（見林山田著：刑法通論，八十二年八月增訂第四版，第四○八頁），而被告簡志弘又兼為告訴人之醫師，自不可自行中斷其醫療行為，如未盡繼續治療之義務，致病人之病情惡或健康受損，抑或發生不應該發生之傷亡結果時，醫師自不能不負相當之責任（見蔡墩銘著：醫事刑法概論第七十五頁）。被告對告訴人之乳癌由第一期發現至八十六年三月之第三期，係在法律上負有防止之義務，其能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同，刑法第十五條第一項定有明文，被告未盡其保證人及醫師之責任，能防止告訴人乳癌之發生而不防止，反而使告訴人湯○○之生命危在旦夕，與積極之殺人犯行相同，又有和信治癌中心醫院診斷證明書病歷表在卷可參，故被告上開所辯，係畏罪塞責之詞，不可採信，為其主要之論據。惟訊之上訴人即被告簡志弘則堅決否認有殺人未遂或傷害之犯行，辯稱：告訴人指稱「被告於得知告訴人罹患乳癌後，即提出因其罹患不治之症為由，要求離婚」，顯

為不實；其一再以被告為台北榮總之主治醫師作為其具有不作為殺人故意之推定，實具移接嫁禍之用心；被告最多僅是台北榮總擔任家醫科之總醫師，從未具有主治醫師之身分，被告雖有至外科部實習，但只有三個月，即使跟診過乳房科權威醫師，實習醫師亦不可能跟診至特別門診，可知被告不僅未跟診至乳房科特別門診，亦不可能具乳房疾病專科知識；對乳房專科醫師而言，其具備之乳房專科知識一定遠高於被告，縱使其對一患者之乳房腫塊判斷錯誤，亦不能因該乳房專科醫師具有客觀專業知識，就認定是故意判斷錯誤，而推定其主觀上有欲置患者於死地之故意，遑論被告之知識遠不及於乳房專科醫師；況告訴人於八十六年七月因病危住進和信醫院時，緊急聯絡人仍填寫被告，此表明其心中知悉被告仍會照顧她，絕無殺告訴人之故意；且不純正不作為犯推論其可歸責性，必需採取限縮、謹慎之觀點，始不會人人自危，對於受醫生照顧之病人，醫生才負有醫病關係之保證人地位；本件告訴人雖為被告之妻，非被告之病人，不應將醫病關係之保證人地位類推至醫生對其家人、妻子上等語。

三、本件告訴人湯○○於八十六年三月十五日病倒經家人送至和信治癌中心醫院就醫，經楊博勝醫生觸診壓右乳房，乳頭有血水出來，並發現右乳房有七×六公分硬塊，當天用細針抽吸細胞檢查，發現已罹患乳癌第三期，併有腋下淋巴轉移，已屬於局部侵犯移轉轉移型乳癌開刀治癒率較低，其五年存活率不到百分之五十等情，固據證人楊博勝供證甚詳，並有和信治癌中心八十七年四月十五日診斷證明書在卷可稽（見八十六年度偵字第一五六二六號卷第七十七頁、第七十九頁、八十七年度偵續字第一九三號卷第一〇五頁、第二〇三頁至第二〇六頁）。另據被告簡志弘於檢察官偵查中之供述，亦得可得見被告於八十四年間已發現告訴人湯○○右乳房有硬塊、褐色分泌物及出血，並告知湯女不用太擔心云云（見八十六年度偵字第一五六二六號卷第五十頁、第五十二頁、第六十九頁，八十七年度偵續字第一九三號卷第六十頁至第六十四頁、第一八三頁、第二四九頁、第三二五頁）。惟：按告訴人之告訴，係以使被告受刑事訴追為目的，是其陳述是否與事實相符，仍應調查其他證據以資審認，最高法院五十二年臺上字第一三〇〇號著有判例。查，不同的醫師很可能會有不同的建議；有的醫師會建議馬上作切片檢查；有的醫師會建議先作乳房攝影及細針穿刺來相互印證；但是因為大多數的腫塊是良性的，有的醫師會建議可以再等待一段時間觀察（見上證二和信治癌中心醫院籌建人黃達夫院長著「用心聆聽」一書第三十九頁）；證人楊博勝醫師在檢察官偵查亦證稱：不能以觸診作為唯一依據，而是需要檢驗，因為要確定是否罹患乳癌，除了觸診外，尚需細胞學檢驗，超音波檢查，影像學檢查，這些檢查並非百分之百能夠確定，最後才決定切片檢查；……不可以光用肉眼來判斷，雖有些乳癌會有橘皮狀，及乳頭或皮膚凹陷情形，但她沒有橘皮及凹陷的現象等語（見偵字卷第八十七頁、偵續字卷第二〇三頁背面）。況，告訴人於十年前曾摸到右側乳房有腫塊，當時沒有分泌物且不痛，至臺中榮

總看醫師被診斷為纖維腺瘤，未作任何處置（見更審前上訴卷第三三七頁、第三三八頁告訴人主訴）。且被告簡志弘於八十五年五月九日即曾陪同告訴人至台北榮民總醫院住院檢查，並作胸部、頸部觸診，亦有被告提出之台北榮民總醫院護理紀錄在卷可證（見本院更審前上訴卷第二一七頁、第二一八頁）；因之，被告簡志弘於八十四年間發現告訴人湯○○右乳房有硬塊、褐色分泌物及出血時，告知湯○○。「伊覺得不是癌診、不用太擔心」云云；無論其本意係出於安慰或虛予應付，所為均難認有不合常理之處。至於，本案告訴人指述被告簡志弘向其訛稱：「無不礙，只是女人內分泌失調或精神過度緊張所招致，我會隨時替你留意！」、故意不當一回事說：「乳頭流血並不代表什麼！可能係你洗澡太用力所致」、厲聲禁止並表示：「伊就是家科醫師，再看別的醫師也是一樣！」等語，並未能提出相關之資料以供本院查證，揆諸首揭說明，自難以告訴人片面之指述，即遽認被告有故意隱瞞告訴人病情，以消極方法延遲告訴人就醫之犯意。次按，消極的犯罪，必以行為人在法律上具有積極的作為義務為前提，此種作為義務，雖不限於明文規定，要必就法律之精神觀察，有此義務，始能令負犯罪責任。又，刑法第十五條第一項所定對一定之結果能防止而不防止之責任，以對一定結果之發生，法律上有防止之義務者為限。最高法院三十一年上字第二三二四號、二十八年上字第3974號分別著有判例。查，觀諸我國法律，民法第一一一六條之一規定：夫妻互負扶養之義務....云云；徵諸學者見解，此扶養義務之內容分為：(1)生活保持義務，(2)生活扶助義務；均僅著重在經濟能力上之保持一定生活，亦即只要能保持生活維持下去即可；然「生活權」與「生命權」終究係屬不同之概念；就民法第一一一六條之一條文意義，尚無從導出夫妻之間之互負扶養義務亦包含有生命權保障義務之概念；且除此之外，並未見有其他法律就夫妻間之生命存續、身體健康應互負保證義務之相關規定。雖學者有認為最近親屬間，在刑法上對於生命法益或身體法益，有「相互居於保證人地位」之概念；然不作為若要與作為等價，必須有一危險之前行為，且以此危險之前行為為充分條件及必要條件，亦即除先前有一製造風險之作為以外，沒有任何其他事由可以使不作為與作為等價；至於是否為保證人，其決定標準並不在於有無契約或是否親屬，而係在於有無危險之前行為，亦即使不作為與作為可以等價之事由，乃不作為之前之另外一個作為，即是學說上所謂危險之前行為；除此而外，任何事實均不能使不作為與作為等價（參照黃榮堅先生著「論保證人地位」一文）。經查，本案被告簡志弘雖係榮民醫院家醫科醫師，然並未見有在榮民醫院以外或自宅開頁兼職執行醫師業務之情事，有臺北榮民總醫院八十九年三月二十四日（八九）北醫總家字第22570號函附在本院更審前上訴字卷第一七四頁可稽。被告雖具有醫師資格，然並未在家執業，其與告訴人間係基於夫妻情誼，就有關告訴人身體健康之事互為商談，並無醫師與就診病患間之「醫病關係」；告訴人癌症之病因，又非被告所致之；被告既未曾做任何導致告訴人罹患癌症之前危險行為，

自不得僅因被告具有醫師資格，即課以醫師之保證責任，並逕以被告未盡告知之責任，而遽認被告已著手消極殺人之犯行。關於告訴人右乳房腫塊之情形，據被告在檢察官偵查中供稱：（問：大小？），左下約三公分，圓形，三公分是直徑，那是八十四年摸的云云（見八十七年偵續字第一九三號卷六四頁反面）；而告訴人同一偵查庭在場，並無反對意見之表示。然其後告訴人於八十六年三月間經孫逸仙致癌中心醫院診斷出乳癌第三期，有七×六公分硬塊，該乳癌硬塊位置，係於右乳房正中央，有八十六年三月十五日、同年月二十八日、同年六月二日、同年月三十日該院病歷紀錄在卷可參（見上證六）。則被告於八十四年間所見告訴人右乳左下方腫塊，與嗣後診斷出乳癌第三期之腫塊，是否相同已容懷疑。再查，證人楊博勝於檢察官偵查中證稱：（問：在你診斷確定前，乳房硬塊會於何時出現？），因她有七、八公分大腫瘤，大約已是半年至一年的事等語（見八十六年度偵字第一五六二六號卷第七十八頁）。雖臺灣大學醫學院附設醫院教授張金堅博士所著「乳房醫學」一書中指出「發現乳癌至同側腋下淋巴轉移之時間，約需十五個月」云云；然該書中所謂「十五個月」之觀察結果，係早在十九世紀末之西元一八八〇年，由美國費城醫師克羅斯觀察一百位病患所提出（見偵續卷第一一二頁），距今有一百二十年之久，年代相去甚遠，其生活環境、社會背景、醫療技術等時日遷移，中、美國民體質亦非相同。況證人楊博勝醫師係告訴人於孫逸仙致癌中心之主治醫師，深知告訴人病情，其依具體診治結果供證：依告訴人情形，罹患癌症時間係半年至一年，即八十五年三月至八十五年九月間等語；與張金堅博士之著作係以多數病例統計而得之抽象平均數據為立論基礎，兩者相較當以楊博勝醫師之具體診斷較為真實可信。又查，告訴人既應指定係於八十五年三月至九月間方產生硬塊，嗣轉移為腋下淋巴結腫大，並確定為乳癌，有如前述；則被告在此之前，於八十四年七月間至八十五年初，自無從知悉告訴人已罹患癌症，而得以消極阻止就醫之手段遂行其殺害告訴人之目的。綜上所述，被告為榮民醫院家醫科醫生，對腫瘤、癌症本有專業之認識，對其配偶即告訴人湯○○乳房上發現不明腫塊、不正常出血及分泌物時，竟未積極安排告訴人就醫檢查；甚且至八十五年底，湯○○乳房疼痛頻率越來越近，疼痛之程度亦趨據烈之際，仍公然在嘉義與案外人許舒茜舉行訂婚儀式，置其妻湯○○生死於不顧，其在道德上雖可受非難，然所為究與不作為殺人之規定有間，而無從以殺人未遂罪相繩。

四、此外，又查無其他積極證據足認被告有公訴人所指之殺人未遂犯行，被告之犯罪尚屬不能證明。原審未及詳查，遽予論罪科刑，自有未當。被告之上訴意旨，指摘原判決不當，為有理由，應由本院將原判決關於被告簡志弘殺人未遂部分撤銷，改為被告簡志弘無罪之諭知。據上論斷，應依刑事訴訟法第三百六十八條、第三百六十四條、第三零一條第一項，判決如主文。本案經檢察官柯晴男到庭執行職務。

中 華 民 國 九 十 年 六 月 二 十 一 日

臺灣高等法院刑事第十二庭

審判長法官 劉 景 星

法官 陳 志 洋

法官 陳 博 志

右正本證明與原本無異。

如不服本判決應於收受送達後十日內向本院提出上訴書狀，其未敘述上訴之理由者並得於提起上訴後十日內向本院補提理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）。

書記官 陳 嘉 文

中 華 民 國 九 十 年 六 月 二 十 二 日