

出國報告（出國類別：訪問學者）

各國如何將假性財產犯罪（以刑逼民）案件排除或減少利用刑事訴訟程序之法制與實務研究

服務機關：高雄地方法院檢察署

姓名職稱：林芝郁檢察官

派赴國家：德國

出國期間：民國103年8月3日至104年8月2日

報告日期：民國104年10月20日

第一章、前言	5
第二章、現況概述及分析	6
壹、通案部分	6
貳、醫療案件部分	7
一、收案與終結情形	7
二、醫療糾紛案件不起訴率顯著為低可能原因分析	8
第三章、通案可能的應對方式	11
壹、徵收程序費用	11
一、相關規定及流程簡介	11
二、德國內的質疑與批評	17
貳、指示提起自訴	18
一、德國法規定	18
二、「公眾利益 (öffentliche Interesse)」的判斷基準	20
三、德國法上批評	28
參、行為人–被害人和解 (Täter-Opfer-Ausgleich)	30
一、法律規定	30
二、制度原則：	32
三、目標：	32
四、適用案件：	32
五、流程	35
六、與調解(Mediation)的比較	36
七、對行為人 – 被害人和解制度Täter-Opfer-Ausgleich 的批評：	37
八、德國 Täter-Opfer-Ausgleich 案件統計	38
第四章、醫療糾紛案件	49
壹、德國醫療糾紛案件的司法實務狀況	49
一、概況與趨勢	49
二、醫療糾紛案件增加的原因	50
三、偵查醫療案件來源：	51
四、德國醫事偵查案件之經過與結果	53
五、德國醫療糾紛案件，確認醫療程序流程及因果關係方法之選擇	65
六、有關醫療常規之違反(Verstoß gegen eine Richt- oder Leitlinie)	68
七、醫療糾紛案件民事程序與刑事程序間的選擇	69
貳、鑑定及調解程序	79
一、事務管轄範圍	79
二、鑑定及調解委員會之組成	80
三、程序進行原則	80

四、鑑定暨調解委員會所產生的法律問題	82
五、針對鑑定暨調解委員會的批評	84
六、鑑定及調解程序案件進行流程	86
七、鑑定及調解程序案件統計結果	88
第五章、結論	94
參考文獻	95
中文資料	95
德文資料	95
網站資料	96
中文網站	96
外文網站	96

第一章、前言

國家追訴原則下，檢察官似乎必定要處理民、刑事邊界模糊的案件，然而這些案件之處理往往曠日廢時，且當事人本身可能也無法釐清本身之歷來糾紛，處理結果必定造成一方不滿而又衍生出許多陳情、抗議等。處理這些案件之時間、精力，自然會排擠到檢察官偵辦重大案件如毒品、環境污染、民生案件如近來連環爆之食品安全等案件之心力。如何有效處理這些複雜又參雜當事人間恩怨情仇的案件，可以讓檢察機關的重心回歸危害國家法治重大的案件上，對檢察工作而言實屬要務。

而在這種民刑事責任界模糊的案件當中，最常出現的訴訟方法就是所謂「以刑逼民」的方式，也就是所謂的被害人向檢察機關或警察單位提出告訴，對所謂的加害人施予壓力，讓他們在可能面對刑事訴追的狀況下，較有意願與被害人達成和解，被害人也較有可能獲得較高的賠償或補償金額。

而經常出現「以刑逼民」訴訟手段的案件類型中，對檢察機關而言最棘手的莫過於醫療糾紛案件，一來隨著疾病的進展以及醫療行為細緻分工的情況下，一個病患在就醫過程中所接受到的醫療診斷、處置不計其數，要釐清整個醫療行為流程的順序已屬不易。二來，要如何在龐雜的醫療流程中，找出重要的問題點，並且釐清所涉及的處置是否妥當，即相當仰賴鑑定結果，而現行送交醫事審議委員會的鑑定流程，動輒半年以上，對面密集案件進行及未結案件管考的一審檢察同仁，無非是龐大的壓力。而醫療糾紛案件除了對檢察機關帶來壓力外，也帶給醫事從業人員沉重的負擔，從而降低醫事人員在易引發醫療糾紛之急重症專科執業之意願，或者在面對棘手的病情時，為了避免被告的風險，而採取防禦性醫療的措施。

面對此等困境，如何減輕檢察單位案件量的負擔，並且規劃合理的醫療糾紛處理模式，便是檢察實務上的重要問題。有鑑於此，本文擬就先我國檢察實務的現況，分別依通案及醫療糾紛案件之案件處理情形進行分析，並介紹臺中地區醫療糾紛試行方案執行結果。再就我國檢察機關所面臨的上述問題，參考外國立法例，提出可能的解決方式之建議。

第二章、現況概述及分析

壹、通案部分

依檢察統計，102年地方法院檢察署檢察官人數共計1010人、主任檢察官149人¹。另據102年度法務統計年報，近10年來各地方方法院檢察署偵查新收案件在民國99年達到1601454(偵查案件412553件、其他案件1188898)件的高峰，爾後略為下降，然102年的新收案件仍然有1550235件之多(偵查案件394348+其他案件1155887)，同(102)年的偵查終結案件數為393998件、其他案件1154422件；平均偵查終結天數自92年的63.76天下降至98年的最低偵查終結天數47.68天後，所須偵查時間又略為上升，至102年止平均偵查案件須51.82天進行；是102年平均每位檢察官年收新案為1800件(計算式： $1150235 \div (1010 - 149) = 1800$)、年終結案件數為1798件(計算式： $(393998 + 1154422) \div (1010 - 149) = 1798$ 件)²。在102年偵查終結人數中，起訴率為41.9%，不起訴處分率為34.9%，按不起訴原因再細分，95.6%為被告「應不起訴處分」，其中又以符合刑事訴訟法第252條第10款犯罪嫌疑不足者之112519人次最多、第二為同條第5款撤回告訴的35309人、第三為其他應不起訴處分者，以毒品危害防制條例所規定，對初次施用毒品及五年後再施用毒品者觀察勒戒後，無繼續施用傾向之被告為不起訴處分³。

德國檢察機關在2012年間新收案件共4564814件，其中未指明嫌疑人的案件有3322417件⁴。偵查終結案件為4,030,432件，起訴率為26%，處分率為63.3%，可再細分為因犯罪嫌疑不足的不起訴處分為32%、職權處分32%⁵。再以同年度德國檢察官人數共計5132.32個檢察官工作單位(Arbeitskraftanteilen，近似於我國的「股」的概念)來計算，亦即平均每一股檢

¹ <http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/gender/prost.pdf>

² 因缺乏偵查組檢察官人數與公訴組檢察官人數的詳細數據，上開計算僅得作估算值。

³ <http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=121842&ctNode=28166>

⁴ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Staatsanwaltschaft, 2013, S.13.
https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Staatsanwaltschaften2100260127004.pdf?__blob=publicationFile

⁵ Justiz auf einen Blick, Ausgabe 2015. https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/Querschnitt/BroschuereJustizBlick0100001159004.pdf?__blob=publicationFile。

察官一年偵查終結案件為785.3件⁶。而平均案件偵查期間為1.5個月，如果是起訴的案件，平均偵查案件為2.2個月⁷。

若以單一檢察署來觀察，依慕尼黑檢察署所公布之資料而觀，慕尼黑第一檢察署 (Staatsanwaltschaft München I) 檢察官人數為156人，2013年共辦理110127件偵查案件 (Ermittlungsverfahren/ Strafverfahren, Js-Verfahren)，67261件針對行為人不詳的調查案件 (Verfahren gegen unbekannte Täter, UJs-Verfahren)，10648件罰款程序 (Bußgeldverfahren, OWi-Verfahren)，偵結案件總計111074件，平均每位檢察官每年所處理的偵查階段案件是1205.35件，偵結712.01件案件；全署檢察官的蒞庭時間 (Sitzungsdienst) 共計27812小時，平均每一檢察官花費蒞庭時間為178.28小時。慕尼黑第二檢察署 (Staatsanwaltschaft München II) 檢察官人數為40人，2014年共辦理38599件偵查案件，23229件針對行為人不詳的調查案件，10648件罰款程序，偵結案件總計38316件，平均每位檢察官每年所處理的偵查階段案件是1811.9件，每年每位檢察官平均偵結957.9件案件；全署檢察官蒞庭時間為13785小時，平均每一檢察官花費蒞庭時間為362.76小時⁸。

然而須要強調的是，基於直接審理原則，德國檢察官甚少在偵查階段再訊問當事人。因此以北威邦為例，一年檢察官的蒞庭時間為19725小時，但檢察官自己在偵查期間傳訊被告僅160小時、傳訊證人1473小時、傳訊鑑定人27小時，與我國的偵查進行情形有很大的不同⁹。

貳、醫療案件部分

一、收案與終結情形

依法務部彙整所屬地檢署受理醫療糾紛案件自91年至101年6月底之偵結情形，醫師過失傷害案件共1,397件，過失致死案件1,165件，但是起訴件數分別為88件與125件，聲請簡易判決處刑件數分別為4件與3件，緩起訴處分件數分別為4件與30件；相較之下不起訴處分之件

⁶ Bundesamt für Justiz, die Gesamtstatistik der Anzahl der Richter, Richterinnen, Staatsanwälte, Staatsanwältinnen und Vertreter, Vertreterinnen des öffentlichen Interesses in der Rechtspflege am 31. Dezember 2012, https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Gesamtstatistik.pdf?__blob=publicationFile&v=5。

⁷ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Staatsanwaltschaft, 2013, S.44. https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Staatsanwaltschaften2100260127004.pdf?__blob=publicationFile

⁸ 資料來源：https://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/staatsanwaltschaften/staatsanwaltschaft/muencheni/statistik2013.pdf；<http://www.justiz.bayern.de/sta/sta/m2/daten/>。網站最後瀏覽日期：民國104年3月17日。

⁹ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Staatsanwaltschaft, 2013, S.118.

數分別為1,292件與984件¹⁰。依上開數據所示，醫師業務過失傷害偵查結果不起訴率達92.48%，業務過失致死案件偵查結果不起訴率為84.46%，與相同時期全部案件的終結情形之不起訴率為30.09%¹¹，以及同時期結案之過失傷害案件91.46%、過失致死案件不起訴率為54.95%¹²相較，醫療糾紛案件之不起訴率均高於平均值；而就法院審理結果，相對應時期之醫師被訴業務過失傷害一審有罪判決的比例為12.82%，業務過失致死有罪判決為26.76%¹³。

二、醫療糾紛案件不起訴率顯著為低可能原因分析

是以，接下來就該討論醫療糾紛案件不起訴率高於一般案件甚多之原因。對此，法務部研判認為其中告訴乃論之過失傷害罪部分，有相當比率的件數因和解而撤回告訴，且無論是過失傷害或過失致死案件，絕大多數經檢察官偵查後均認為罪嫌不足而不起訴處分¹⁴。除去撤回告訴的過失傷害案件不論，對於為何絕大部分的醫療糾紛案件偵查結果罪嫌不足的情形顯高於一般案件？其中一種可能的批評是「偵查不利」，果真如此，檢察機關即應當改善偵查技巧；另一種可能是，這些進入到檢察機關的醫療糾紛案件，成罪的可能性本來就很微小，實際上不適合以刑事追訴的方式來解決，如果是後者，那麼一個合理的處理醫療糾紛案件的管道，讓案件當事人可以得到救濟，而又能避免這些不適合以刑事司法程序來解決的醫療糾紛案件進入刑事司法程序中，減少有限的偵查資源的負擔。

1. 偵查不利？

檢察機關欠缺醫療專業知識，是以處理這種案件時即須藉助專家鑑定的方式來協助釐清責任問題，現行最常使用的醫療鑑定單位即是衛生福利部醫事司醫事審議委員會。而根據該單位統計資料結果，91年至101年間合計送鑑5095件，其中鑑定結果認為有疏失的共441件，鑑

¹⁰ 法務部民國101年8月1日新聞稿：<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/28116371153.pdf>

¹¹ 計算式： $1149594 \div 3820557 = 0.3009$ 。同期案件數據來源：94年法務統計年報：http://ebooks.lib.ntu.edu.tw/1_file/MOJ/23/611118371253.pdf；102年法務統計年報：http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/yearbook/Y01_Y3-01-Y3-24.xls；法務統計月報101年12月：<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/3271052154.pdf>。

¹² 過失傷害案件不起訴處分率： $114818 \div 125536 = 0.9146$ ；過失致死案件不起訴處分率： $13565 \div 24684 = 0.9146$ 。數據以檢察書類系統分別限定案由及書類名稱而得。

¹³ 限於資料庫使用限制，無從就所有案件逐一追蹤分析起訴後判決結果，而僅以相對應時間法院醫療糾紛案件判決結果為代表。數據來源參考姚念慈，醫界對於醫療訴訟的幾個迷思，收錄於：醫療糾紛處理之新思維(一)，元照出版社，2014年1月初版，第287頁以下。

¹⁴ 同註8，法務部民國101年8月1日新聞稿。

定結果有疏失之比例為8.656%¹⁵。是以，依該單位鑑定結果來看，檢察機關受理的醫療糾紛案件時，有較低的起訴率自然是必然的結果¹⁶。

這種低疏失率的鑑定結果自然可能遭質疑為醫醫相護，實則現行間接鑑定方式亦有其困難與極限：諸如未進行解剖，死因無法確定、疾病自然史與醫療過失孰為原因難以認定等原因¹⁷。針對此種未臻完備之鑑定方式，當然有改進之必要，以提昇鑑定結論的準確度及可信賴度。

2. 醫療糾紛案件不適合以刑事追訴方式解決

針對這個可能原因，首先要了解醫療糾紛案件當事人提起告訴的原因。醫療改革基金會96年所做的統計資料表示，提出醫療糾紛案件的當事人首要目的是「道歉與了解真相」佔23.7%，其次為「請求賠償」的21.7%¹⁸。而其他學者的研究亦顯示，高達82.2%的醫療糾紛訴訟案件係以刑事訴訟或民刑雙訴的方式進行。而選擇提出刑事告訴對病患或告訴人而言有其制度上的優勢，諸如：藉由檢察官發動搜索或扣押證物、以刑事附帶民事訴訟的方式提出可免繳裁判費等¹⁹。

然而在醫療糾紛高處分率之現況下，自然無法達成藉由刑事訴訟附帶民事訴訟以期免繳裁判費的目的。另外，就藉由檢察機關發動搜索以扣押證物之證據保全目的而言，也不足以成為非以刑事偵查手段來保全醫療糾紛案件不可的理由。在國家獨占刑事追訴權力的前提下，刑事追訴的目的是要發現真實、維護正義、維持法安定性，在現實上此種案件的起訴率偏低的現況下，是否必要使用有限的偵查資源，來達到保成證據的結果，亦有其合理性有無的質疑。

¹⁵ 數據來源：受理委託醫事鑑定案件數統計表，下載網頁：http://www.mohw.gov.tw/cht/DOMA/DM1_P.aspx?f_list_no=608&fod_list_no=762&doc_no=1791。該統計數字是以鑑定資數為計算標準，是以亦包含相同案件重覆鑑定之結果。

¹⁶ 當然還是有可能是因為偵查不利，無法蒐集因齊全資料交給鑑定機關作鑑定，才導致鑑定結果無疏失率偏高，這同時也就是雞生蛋、蛋生雞，互為因果的無限迴圈了。

¹⁷ 參考：吳俊穎、陳榮基、賴惠蓁，「醫療糾紛鑑定的未來」、「醫療糾紛重複鑑定之實證研究」，均收錄於『清官難斷醫務事？醫療過失責任與醫療糾紛鑑定』，元照出版社，2013年9月二版，第178頁、第189頁以下。

¹⁸ 數據來源：醫改會受理醫療糾紛諮詢統計表，http://www.thrf.org.tw/TC/Page_Show.asp?Page_ID=534。雖然醫改會公布此項數據時所作的解釋是，提出醫療糾紛訴訟的民眾出發點與一般所想像的「濫訴」不同，亦有實務界人事持相同看法：姚念慈，醫界對於醫療訴訟的幾個迷思，收錄於醫療糾紛處理之新思維(一)，第306頁以下，元照出版社，2014年1月初版。然而2個百分比在統計學上的差異不大。此外，該問卷將「道歉」與「了解真相」同時併列，已經隱藏醫療糾紛案件中必定有過失存在的暗示，然而實際上偵查案件終結結果卻無法證實確實有醫療糾紛的存在。

¹⁹ 參照吳俊穎、楊增暉、賴惠蓁、陳榮基，「醫療過失犯之刑罰理由及其構成要件」，收錄於『清官難斷醫務事？醫療過失責任與醫療糾紛鑑定』，元照出版社，2013年9月二版，第52頁以下。

醫改會101年10月31日召開記者會表示：關鍵證據取得難、溝通協商陷阱多、諮詢鑑定沒管道、專業資訊不對等這四大問題，是造成民眾求助無門，不得已走上法院，致使醫病雙輸的根本原因。在申請病歷上，有62.2%受訪民眾懷疑拿到的資料不齊全（遺失或懷疑被改過）、24.3%在申請病歷時遭到醫療機構拒絕。有民眾在訴訟後，才發現經由病歷室複印出來所謂的「全本病歷」竟不含保存在各單位關鍵病歷；更有人得請出衛生局幫忙，院方才肯交出完整病歷；甚至發現自己申請的病歷居然與衛生局取得的病歷差很大。民眾質疑病歷遭竄改，便只好被迫選擇告刑事靠檢察官取得屢要不到的關鍵病歷證據²⁰。然而實際上有調閱過病歷經驗的承辦檢察官亦應當有相同的經驗，即便是以搜索方式所扣得的病歷，也常會記載缺漏的情形，這究竟是醫療院所的故意隱瞞，或者是第一時間本來就沒做好病歷記錄及檔案管理，這可能就是要再另外研究的問題了。先就此問題不論，單就「取得病歷」的程序而論，本即不須限定由檢察機關以刑事訴追方式為之，而應考慮設計其他有強制力的程序的可能。

²⁰ http://www.thrf.org.tw/Page_Show.asp?Page_ID=1611

第三章、通案可能的應對方式

壹、徵收程序費用

一、相關規定及流程簡介

與我國僅於民事訴訟法中規定訴訟費用負擔之法制相較，德國於刑事訴訟法第464條以下亦規定有程序費用的負擔問題。

每個繫屬於法院的案件，法院均須在裁判中就程序費用負擔方式做出裁定 (Bestimmung)。而未繫屬法院的案件，或者是未經最終判決的案件¹，則由法院以獨立的費用裁定 (selbstständiger (isolierter) Kostenbeschluss) 來確認程序費用的多寡以及由誰負擔²。

(一) 費用內涵

刑事訴訟程序費用共分成兩種：費用 (Gebühr) 及代墊費用 (Auslagen)。

費用 (Gebühr) 係包括一切為審判期日為準備的程序中所產生的費用支出，以及執行所產生的費用³。費用的計算是以確定的犯罪刑度來作概括式的計算 (in pauschalierter Form)，像是被宣告有期徒刑18個月的案件，折合計算程序費用是360歐元⁴。

代墊費用 (Auslagen)，指實際支出的費用，如審理程序的義務辯護費用以及對證人造成的時間擔誤的賠償(Eintschädigung)。代墊費用僅在特定案件中才計算，

(二) 費用負擔之對象

德國法中程序費用負擔的原則如下：

1. 被告

¹ 德國法中，就微罪案件法院也有權以被告負一定條件的負擔而將案件停止進行的決定，取代用實體判決的方式來終結案件程序，§154 ff. StPO。

² Gieg, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Auflage 2013, §464 Rn. 1.

³ Roxin/ Schünemann, Strafverfahrensrecht 27. Auflage, § 59, Rn. 2

⁴ Vorbemerkung 3.1 Abs 1. GKG Anlage 1; Nr. 3112 GKG Anlage 1.

如果被告被判決有罪，就須要負擔程序費用 (§465 I 1. StPO) ⁵。

如果在調查證據程序中，針對被告可作有罪證據的調查或無罪事證的調查產生的特別調查費用，或者是為被告有利證據所作的調查的調查費用，法院可判定由國庫(Staatskasse)負擔全部費用，或者是部分費用。在調查費用特別昂貴的情形下，可判由被告共同負擔部分費用 (§465II)。上述情況通常出現在部分有罪部分無罪的判決中，此時法院須要就費用的負擔作出分配。

2.國庫

如果被告判決無罪，抑或中間程序中裁定不開起審理程序⁶、或是由法院裁定中止程序進行的案件，原則上均由國庫負擔程序費用 (§467 I)。然而如果上開案件的開啟是因為可歸責被告的事由，或者被告以詐術使人認為其應就某犯行負責而憑此提出公訴，則絕對例外地由被告負擔此程序之所有程序費用 (§467 II, III 1)。其他相對例外，可由被告負擔程序費用的情形有：1 被告就其重要免責情事為與事實相反的陳述，或者隱瞞該等情事 (§467 III 2 Nr. 1)。2 被告確有犯罪行為，僅係因程序障礙事由而未獲有罪判決 (§467 III 2 Nr. 2)。另外，在法院有裁量權限的案件中，諸如以微罪不舉等原因而裁定中止案件的情況下，法院

⁵ § 465 StPO

(1) Die Kosten des Verfahrens hat der Angeklagte insoweit zu tragen, als sie durch das Verfahren wegen einer Tat entstanden sind, wegen derer er verurteilt oder eine Maßregel der Besserung und Sicherung gegen ihn angeordnet wird. Eine Verurteilung im Sinne dieser Vorschrift liegt auch dann vor, wenn der Angeklagte mit Strafvorbehalt verwarnt wird oder das Gericht von Strafe absieht.

(2) Sind durch Untersuchungen zur Aufklärung bestimmter belastender oder entlastender Umstände besondere Auslagen entstanden und sind diese Untersuchungen zugunsten des Angeklagten ausgegangen, so hat das Gericht die entstandenen Auslagen teilweise oder auch ganz der Staatskasse aufzuerlegen, wenn es unbillig wäre, den Angeklagten damit zu belasten. Dies gilt namentlich dann, wenn der Angeklagte wegen einzelner abtrennbarer Teile einer Tat oder wegen einzelner von mehreren Gesetzesverletzungen nicht verurteilt wird. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für die notwendigen Auslagen des Angeklagten.

(3) Stirbt ein Verurteilter vor eingetretener Rechtskraft des Urteils, so haftet sein Nachlaß nicht für die Kosten.

⁶ §204 StPO, 類似我國刑事訴訟法第161條第2項，起訴審查程序之駁回起訴。

亦可決定免除國庫對必要程序費用的負擔 (§467 IV) ⁷。除此之外，撤回起訴的案件亦由國庫負擔程序費用 (§467a) ⁸。

3. 告發人 (Anzeigerstatter)

如果告發人故意或者草率 (Leichtfertigkeit) 提出悖於事實的告發而導致案件程序之進行，即使該案件未進入法院審理程序，法院在聽取告發人意見後，可裁定告發人應負擔該程序費用

⁷ § 467 StPO

(1) Soweit der Angeschuldigte freigesprochen, die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen ihn abgelehnt oder das Verfahren gegen ihn eingestellt wird, fallen die Auslagen der Staatskasse und die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten der Staatskasse zur Last.

(2) Die Kosten des Verfahrens, die der Angeschuldigte durch eine schuldhafte Säumnis verursacht hat, werden ihm auferlegt. Die ihm insoweit entstandenen Auslagen werden der Staatskasse nicht auferlegt.

(3) Die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten werden der Staatskasse nicht auferlegt, wenn der Angeschuldigte die Erhebung der öffentlichen Klage dadurch veranlaßt hat, daß er in einer Selbstanzeige vorgetäuscht hat, die ihm zur Last gelegte Tat begangen zu haben. Das Gericht kann davon absehen, die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten der Staatskasse aufzuerlegen, wenn er

1. die Erhebung der öffentlichen Klage dadurch veranlaßt hat, daß er sich selbst in wesentlichen Punkten wahrheitswidrig oder im Widerspruch zu seinen späteren Erklärungen belastet oder wesentliche entlastende Umstände verschwiegen hat, obwohl er sich zur Beschuldigung geäußert hat, oder

2. wegen einer Straftat nur deshalb nicht verurteilt wird, weil ein Verfahrenshindernis besteht.

(4) Stellt das Gericht das Verfahren nach einer Vorschrift ein, die dies nach seinem Ermessen zuläßt, so kann es davon absehen, die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten der Staatskasse aufzuerlegen.

(5) Die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten werden der Staatskasse nicht auferlegt, wenn das Verfahren nach vorangegangener vorläufiger Einstellung (§ 153a) endgültig eingestellt wird.

⁸ § 467a StPO

(1) Nimmt die Staatsanwaltschaft die öffentliche Klage zurück und stellt sie das Verfahren ein, so hat das Gericht, bei dem die öffentliche Klage erhoben war, auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Angeschuldigten die diesem erwachsenen notwendigen Auslagen der Staatskasse aufzuerlegen. § 467 Abs. 2 bis 5 gilt sinngemäß.

(2) Die einem Nebenbeteiligten (§ 431 Abs. 1 Satz 1, §§ 442, 444 Abs. 1 Satz 1) erwachsenen notwendigen Auslagen kann das Gericht in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Nebenbeteiligten der Staatskasse oder einem anderen Beteiligten auferlegen.

(3) Die Entscheidung nach den Absätzen 1 und 2 ist unanfechtbar.

及因該等告發被告所支出之必要費用 (§469 I) ，而告發人對此法院裁定不可提出異議 (§469III)⁹ 。

要求提出與事實相悖之告發人負擔程序費用之規範，其出發點不在於對該告發人施以處罰或與刑罰相當的制裁，而是費用法則上的責任原則 (Verschuldensprinzip)¹⁰ 。

針對告發人課予程序費用的要件，須告發人向有責調查機關陳述案情，陳述內容足以發動偵查作為，並且也的確導致調查作為被啟動¹¹。而告發人陳述的內容須證明客觀上確實與事實不符合，而該與事實不符合的部分須具有以下的重要性：當告發人依事實陳述時，偵查作為即不會展開。在告發人的指述只有部分不真實的情況下，如果告發人依真實狀況指述，僅須動用較少的費用支出，然而因為該不真實指述部分而有更多的花費時，此時亦有本條的適用¹²。不過如果是法院判決無罪，但仍存有犯罪嫌疑(fortbestehendem Tatverdacht) 時，尚不足以認為告發人陳述內容確實與事實不符¹³。

在主觀上，必須是告發人故意或者是草率地(重大過失)提出上開虛偽指訴。告發人的重大過失，可以透過以下方法排除：在提出指述時，有預防性的就其對事實的真實性的懷疑一併說明¹⁴。

⁹ § 469 StPO

(1) Ist ein, wenn auch nur außergerichtliches Verfahren durch eine vorsätzlich oder leichtfertig erstattete unwahre Anzeige veranlaßt worden, so hat das Gericht dem Anzeigenden, nachdem er gehört worden ist, die Kosten des Verfahrens und die dem Beschuldigten erwachsenen notwendigen Auslagen aufzuerlegen. Die einem Nebenbeteiligten (§ 431 Abs. 1 Satz 1, §§ 442, 444 Abs. 1 Satz 1) erwachsenen notwendigen Auslagen kann das Gericht dem Anzeigenden auferlegen.

(2) War noch kein Gericht mit der Sache befaßt, so ergeht die Entscheidung auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht, das für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständig gewesen wäre.

(3) Die Entscheidung nach den Absätzen 1 und 2 ist unanfechtbar.

¹⁰ KK-StPO/Gieg StPO § 469 Rn. 1.

¹¹ BeckOK StPO/Niesler StPO § 469 Rn. 2。另有認為，此處告發人的告發行為不必符合德國刑事訴訟法第158條的要式規定(書面告發，或者口頭告發並制作筆錄)，如果是在媒體上公開地指責犯罪行為，而其認知且出於未必故意(billigend in Kauf nehmen)指述會引起檢察機關的調查行為，亦符合本條的要件。另外，如果案件因為其他原因已經啟動調查，然係因告發人的告發或指訴讓案件之調查繼續進行下去，亦有本條的適用，而此時告發人所要負擔的程序費用僅只能限於程序繼續進行而產生的費用。KK-StPO/Gieg StPO § 469 Rn. 2；Löwe-Rosenberg StPO Online §469 Rn 4, 5.

¹² Löwe-Rosenberg StPO Online §469 Rn. 6

¹³ BeckOK StPO/Niesler StPO § 469 Rn. 1；Löwe-Rosenberg StPO Online §469 Rn.

¹⁴ Löwe-Rosenberg StPO Online §469 Rn. 7

另亦有論者認為，刑事訴訟法第469條的立法目的，除了要補償遭受非真實指控的被告其所支出費用的補償外，也要補償國庫因為虛偽指控而進行無用偵查的花費。因此即便是虛偽的自我指控行為(die falsche Selbstbezeichnung)，或者是頂替行為(die Vortäuschung einer Straftat)，因為都會造成國家偵查活動的無用花費，因此這些頂替、冒名、或冒名頂替的人皆依本條課予其負擔程序費用的責任¹⁵。

如果律師一開始即明知其當事人所提的指訴是虛偽的指訴，或者因為重大過失未注意到其所提指訴係為了要濫用檢察機關的幫助而提出虛偽指訴，該律師仍代表一方提出指訴之時，亦有依本條負擔程序費用的適用¹⁶。

提出不實指控的告發人所須負擔的程序費用內容包括有：

1. 法院費用(Gerichtskosten)

2. 被告所支出的必要費用(Notwendige Auslagen des Beschuldigten)

在告發人提出虛偽告發的情況下，被告因此所支出的必要費用應皆由告發人負擔，而不能裁定由告發人部分負擔¹⁷。

3. 程序參加人所支出的必要費用 (Notwendige Auslagen des Nebenbeteiligter)

與前兩項在虛偽告發案件中，由告發人負擔的費用項目相較，程序參加人所支出的必要費用，是法院在裁定提出虛偽指訴的告發人應當負擔的程序費用時，「可以」一併審酌是否由該告發人負擔的項目，以及其應當負擔的比例高低¹⁸。

裁定程序的開啟，若是在本案繫屬時，可以在法院依職權為之，或者依當事人之聲請而為之；如果案件經檢察機關為不起訴之處分，或是撤回起訴的情況，只能依檢察官之聲請而開啟裁定程序，由該案件若經繫屬時之負責審理之法院裁定，此時被告不得提出裁定告發人負擔訴訟費用之聲請。法院首先要先確定程序費用、被告因此支出之必要費用金額，或者在有第467條的情況下，其他程序參與者之必要支出金額；法院須分別聽取當事人之意見後，始能作出裁定¹⁹。

4. 告訴人 (Antragsteller)

¹⁵ Löwe-Rosenberg StPO Online §469 Rn. 8

¹⁶ Löwe-Rosenberg StPO Online §469 Rn. 9

¹⁷ Löwe-Rosenberg StPO Online §469 Rn. 12

¹⁸ Löwe-Rosenberg StPO Online §469 Rn. 13, 14

¹⁹ OLG Hamm NJW 1973, 1850; BeckOK StPO/Niesler StPO § 469 Rn. 1-3

在告訴人撤回告訴的案件中，應由告訴人負擔程序費用，以及被告和程序參與人 (Nebenbeteiligten) 所支出的必要費用。但在被告陳明負擔費用意願，或者費用龐大時，亦可裁定由被告或國庫負擔 (§470)²⁰。

撤回告訴之告訴人須負擔程序費用的前提，是告訴人的告訴而開始整個程序的進行。如果檢察官在案件的開始時，對同時具有部分告訴乃論案件與部分公訴案件 (Offizialdelikt) 之全部犯罪事實認定有公眾利益而進行偵查起訴，而就該公訴案件部分獲實體判決時，就算告訴人撤回告訴亦無本條之適用。反之，若在上訴程序中因為撤回告訴而導致整個案件之判決被撤銷時，撤回告訴之告訴人可能亦有負擔程序費用之責任。

倘若在偵查階段告訴人即撤回告訴，使案件終止進行時，有關程序費用負擔分配的決定，有認為應有刑事訴訟法第469條第2項規定的適用，由檢察機關向法院申請程序費用負擔的裁定²¹。

告訴人於此等情況中，所須負擔的程序費用種類計有²²：

1. 法院費用 (Gerichtsgebühren)

此費用只有在告訴乃論案件已經提起公訴，並且開啟審判程序後，告訴人才撤回告訴而停止案件審判的情況。如果在偵查階段即撤回告訴，或者起訴後旋即撤回告訴，經法院裁定不進入審判程序的情況皆不屬之。法院可以裁量減少此費用的徵收，或者放棄請求告訴人支付。

2. 國庫的代墊費用

此部分費用法院可酌減或者全部不予徵收，由國庫負擔。

3. 被告所支出的必要費用

4. 程序參加人所支出的必要費用

同條第2段規定，倘若被告陳明負擔費用意願，或者費用龐大時，亦可裁定由被告或國庫負擔，係未免被告與告訴人間達成協議，告訴人同意由被告負擔相關費用之前提下撤回告訴，然被告在告訴人撤回告訴後遲不繳納程序費用，故由法院就雙方間的合意為明確的裁定。另外值得注意的是，在此段規定中，告訴人可以減免的費用，不包括告訴人為提出告訴所花費

²⁰ § 470 StPO

Wird das Verfahren wegen Zurücknahme des Antrags, durch den es bedingt war, eingestellt, so hat der Antragsteller die Kosten sowie die dem Beschuldigten und einem Nebenbeteiligten (§ 431 Abs. 1 Satz 1, §§ 442, 444 Abs. 1 Satz 1) erwachsenen notwendigen Auslagen zu tragen. Sie können dem Angeklagten oder einem Nebenbeteiligten auferlegt werden, soweit er sich zur Übernahme bereit erklärt, der Staatskasse, soweit es unbillig wäre, die Beteiligten damit zu belasten.

²¹ Löwe-Rosenberg StPO Online §470 Rn. 3

²² Löwe-Rosenberg StPO Online §470 Rn. 4

的費用，亦即，告訴人自己提出告訴所產生的費用，應由告訴人自行承擔²³。又，本段的立法意旨係在鼓勵當事人在花費更多程序費用、消耗司法資源之前，由當事人就案件的紛爭以調解解決，雖有規定在程序費用過大時，亦可裁定由國庫負擔，然而此等由國庫負擔程序費用的機制，應僅限於少數例外²⁴。

如果有多數的告訴人，提出告訴後又撤回告訴，法院在裁定訴訟費用的負擔時，應該由明確區分各個告訴人所應當負擔的數額²⁵。

二、德國內的質疑與批評

然而就德國法中，針對收取程序費用及逮捕費用（Haftkost）的作法，會有危害被告再社會化的可能（Gefährdung der Resozialisierung），尤其相較於德國自由刑執行法中規定，對被告收取逮捕費用須限定在不危害被告社會復歸的情況下為之（um die Wiedereingliederung des Gefangenen in die Gemeinschaft nicht zu gefährden, §50I (5) StVollzG），而認為日後應該廢除此等危及被告再社會化的費用徵收的規定²⁶。

另外，在實效上，即便有罪判決時法院裁定被告應負擔訴訟費用，然而當被告無資力繳納該訴訟費用且因無資力而無從對之強制執行時，亦無法可管。是以在實務上，諸如證人旅費、鑑定人鑑定費用等代墊費用，實際上多半還是由國家支出²⁷。

²³ Löwe-Rosenberg StPO Online §470 Rn. 9

²⁴ Löwe-Rosenberg StPO Online §470 Rn. 13

²⁵ Löwe-Rosenberg StPO Online §470 Rn. 11

²⁶ Roxin/ Schünemann, a.a.O., Rn. 5

²⁷ Robert Pragst, Auf Bewährung: Mein Jahr als Staatsanwalt, Nov 2011, S. 83

貳、指示提起自訴

一、德國法規定

與我國相較，德國的自訴制度並不是輔助性的 (subsidiär)。德國刑事訴訟法德國刑事訴訟法在第374條首先限定得提起自訴的案件類型包括²⁸：破壞居家安全 (Hausfriedensbruch §123 StGB)、德國刑法第194條第4項所規定對政治團體的侮辱以外的其他侮辱行為 (Beleidigung §§185-189 StGB)、妨害通信祕密 (Verletzung des Briefgeheimnisses §202 StGB)、傷害 (§§223、229 StGB)、跟蹤 (§238 I StGB) 或威脅 (Bedrohung §241 StGB)²⁹、商業往來的行賄或收賄 (§299 StGB)、毀損物品 (§303 StGB)、依323a條規定自醉行為下所為的前揭行為、§16-19 UWG、§142 I PatG、§25 I GebrMG、§10 I HalblSchG、§39 I SortSchG、§§143 I, 143a I und 144 I, II MarkenG、§§51 I, 65 I DesignG、§§106-108, 108bI, II UrhG、

²⁸ § 374 StPO

(1) Im Wege der Privatklage können vom Verletzten verfolgt werden, ohne daß es einer vorgängigen Anrufung der Staatsanwaltschaft bedarf,

1.ein Hausfriedensbruch (§ 123 des Strafgesetzbuches),

2.eine Beleidigung (§§ 185 bis 189 des Strafgesetzbuches), wenn sie nicht gegen eine der in § 194 Abs. 4 des Strafgesetzbuches genannten politischen Körperschaften gerichtet ist,

2a.eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen (§ 201a Absatz 1 und 2 des Strafgesetzbuches),

3.eine Verletzung des Briefgeheimnisses (§ 202 des Strafgesetzbuches),

4.eine Körperverletzung (§§ 223 und 229 des Strafgesetzbuches),

5.eine Nachstellung (§ 238 Abs. 1 des Strafgesetzbuches) oder eine Bedrohung (§ 241 des Strafgesetzbuches),

5a.eine Bestechlichkeit oder Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 des Strafgesetzbuches),

6.eine Sachbeschädigung (§ 303 des Strafgesetzbuches),

6a.eine Straftat nach § 323a des Strafgesetzbuches, wenn die im Rausch begangene Tat ein in den Nummern 1 bis 6 genanntes Vergehen ist,

7.eine Straftat nach den §§ 16 bis 19 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb,

8.eine Straftat nach § 142 Abs. 1 des Patentgesetzes, § 25 Abs. 1 des Gebrauchsmustergesetzes, § 10 Abs. 1 des Halbleiterschutzgesetzes, § 39 Abs. 1 des Sortenschutzgesetzes, § 143 Abs. 1, § 143a Abs. 1 und § 144 Abs. 1 und 2 des Markengesetzes, § 51 Abs. 1 und § 65 Abs. 1 des Designgesetzes, den §§ 106 bis 108 sowie § 108b Abs. 1 und 2 des Urheberrechtsgesetzes und § 33 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie.

(2) Die Privatklage kann auch erheben, wer neben dem Verletzten oder an seiner Stelle berechtigt ist, Strafantrag zu stellen. Die in § 77 Abs. 2 des Strafgesetzbuches genannten Personen können die Privatklage auch dann erheben, wenn der vor ihnen Berechtigte den Strafantrag gestellt hat.

(3) Hat der Verletzte einen gesetzlichen Vertreter, so wird die Befugnis zur Erhebung der Privatklage durch diesen und, wenn Körperschaften, Gesellschaften und andere Personenvereine, die als solche in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten klagen können, die Verletzten sind, durch dieselben Personen wahrgenommen, durch die sie in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vertreten werden.

²⁹ 該罪非告訴乃論案件。

§33 KUG³⁰。第376條又規定，檢察機關若要對在德國刑事訴訟法第374條所列舉的可提出自訴案件的案件類型提起公訴，只限該案件內容事關公眾利益 (öffentliche Interesse) 時，才可為之³¹。

在輕罪案件 (Vergehen) 中，如果行為情節對被害人的生活圈未造成動盪，對社會公眾秩序幾乎不發生影響，那麼檢察機關可以依職權否定該等案件的在刑事追訴上的公益性，並且指示被害人自行提起自訴³²。

在德國法上，案件是否具有公眾利益的判斷是檢察官的職權也是義務。針對檢察官就有無公眾利益的決定，德國法沒有規定救濟途徑而無從審核，若檢察官認定該案件不具有公眾利益的要件，案件當事人也不能提起起訴強制程序 (Klageerzwingungsverfahren，相當於我國的交付審判)³³。若檢察官認定該案件具有公眾利益而提起公訴，法院亦不可對案件是否具有公眾利益的公訴前提為審理³⁴。相對的，當警方收到告發案件，認為該案件未符合公眾利益要件時，亦可以不為任何偵查作為逕將案件移交檢察機關³⁵。而檢察機關對案件是否具有公眾利益的認定，可以自行推翻：即便在起訴後進行審理程序，甚至是上訴審時，檢察機關亦可否認原先所作的案件具公眾利益的認定³⁶。

³⁰ 這些案件類型絕大部分都屬告訴乃論案件，Volk/ Engländer, Grundkurs StPO, §39, Rn. 3

³¹ § 376 StPO

Die öffentliche Klage wird wegen der in § 374 bezeichneten Straftaten von der Staatsanwaltschaft nur dann erhoben, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt.

³² Volk/ Engländer, Grundkurs StPO, §39, Rn. 3; BeckOK StPO/Kreiner RiStBV 86 Allgemeines Rn 1.

另外須補充說明的是，德國刑法依法定刑之輕重將犯罪類型初分為兩大類：重罪 (Verbrechen)，指法定刑一年以上的違法行為 (rechtswidreige Taten)；輕罪 (Vergehen)，最輕本刑為最低限度自由刑 (即6個月，§38 II StGB)，或者罰金刑之違法行為 (§12 StGB)。

³³ 例外是，如果自訴案件與公訴案件有事實上的統一關係 (tateinheitlichem Zusammentreffen)，而公訴案件部分業經檢察機關依刑事訴訟法第153條或第153條a為不起訴的決定，那麼基於案件判斷一致性的原則，自訴案件部分亦不得以指示提起自訴的方式為之。這個情況下，須由法院依刑事訴訟法第153條第1項後段所規定之法院同意要件之否決來作更正。參考KKStPO/Senge StPO § 376 Rn. 8.

³⁴ §172 II S3 StPO, BeckOK StPO/Valerius StPO § 376 Rn. 5.; KKStPO/Senge StPO § 376 Rn. 2, 3.

³⁵ 德國聯邦法務部所頒布的刑事程序及罰款程序準則 (Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren, RiStBV) 第87點第1項。

³⁶ KKStPO/Senge StPO § 376 Rn. 6.

二、「公眾利益 (öffentliche Interesse)」的判斷基準

因為刑事訴訟法已明確規定認定案件是否具有公益性是檢察機關的職權，檢察官就案件是否具有公眾利益的決定，在普通法律措施中沒有救濟途徑而無從審核，因此「公眾利益」的判斷標準的明確化，就成了這個制度的重點³⁷。

1. 總則性判斷標準

在法制上，為了更明確檢察機關認定案件是否具有公益性，德國聯邦法務部所頒布的刑事程序及罰款程序准則 (Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren, 簡稱 RiStBV, 其法律位階為行政規定) 第86點第2項規定：原則上，當被害人生活圈的法安定性 (Rechtsfrieden) 被干擾，且該刑事訴追又符合公眾迫切的關心 (ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit)，例如：犯罪行為的規模、行為的殘忍程度 (Roheit) 或者危險性、行為人的卑劣的犯罪理由、被害者在社會生活中的地位等。如果一個犯罪行為不屬於前述的破壞被害人生活圈的法安定性，但在被害人因為其自身與行為人間的關係而無法提出自訴，而該刑事訴追又符合公眾迫切的關心時，亦可認為此時有公眾利益的存在³⁸。

上述所謂被害人生活圈的法安定性的干擾，可以透過被告對不同被害人間的同手段犯罪行為而彰顯，或者是被告的行為可以被廣為周知，如在網路上的侮辱、或者是在公開場合的傷害行為。如果只是單一被告與單一被害人間的一次犯罪行為，通常不認為符合被害人生活圈被干擾的要件；雖被害人生活圈的法安定性未被干擾，但若被害人因為其自身與行為人間的關係而無法提出自訴，而該刑事訴追又符合公眾迫切的關心時，亦可能符合公眾利益的要件。此時被告與被害人間之親屬關係或職務關係即是考慮因素³⁹。

刑事訴追符合公眾迫切的關心的要件，除了該准則所舉之犯罪行為規模等例之外，若再搭配以下所述分則性判斷標準，則可發現，該准則就所謂刑事訴追是否符合公眾迫切關心的要件

³⁷ BeckOK StPO/Kreiner RiStBV 86 Allgemeines Rn 1.

³⁸ 86. Allgemeines

(1) Sobald der Staatsanwalt von einer Straftat erfährt, die mit der Privatklage verfolgt werden kann, prüft er, ob ein öffentliches Interesse an der Verfolgung von Amts wegen besteht.

(2) Ein öffentliches Interesse wird in der Regel vorliegen, wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist, z.B. wegen des Ausmaßes der Rechtsverletzung, wegen der Roheit oder Gefährlichkeit der Tat, der niedrigen Beweggründe des Täters oder der Stellung des Verletzten im öffentlichen Leben. 2Ist der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus nicht gestört worden, so kann ein öffentliches Interesse auch dann vorliegen, wenn dem Verletzten wegen seiner persönlichen Beziehung zum Täter nicht zugemutet werden kann, die Privatklage zu erheben, und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist.

(3) Der Staatsanwalt kann Ermittlungen darüber anstellen, ob ein öffentliches Interesse besteht.

³⁹ BeckOK StPO/Kreiner RiStBV 86 Allgemeines Rn. 5.

的比重比犯行是否干擾被害人生活圈法安定性還來得重要，若符合大規模法益侵害之要件，即可認為該案具有公眾利益而得提起公訴。

2. 分則性判斷標準

除了上述總則性的判斷標準外，還要與針對特定犯罪行為所設的標準合併觀察⁴⁰。

(1)妨害名譽

刑事程序及罰款程序准則第229點針對侮辱罪之公眾利益的判斷標準作出定義：在不存在重大名譽侵害(wesentliche Ehrenkränkung)的情況下，檢察官應該要放棄提起公訴，諸如：家庭爭執(Familienzwistigkeiten)、閒話(Hausklatsch)、飯店爭執(Wirthehausstreitigkeiten)。相反地如果案件是屬於德國刑法第188條所定，針對政治人物的誹謗(Üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens)，通常可以認為該案件具有公眾利益⁴¹。

在一般日常生活情境中，如果名譽侵害內容不夠可觀(erheblich)，即可認定不具公眾利益而不以提起公訴的方式進行，而指示告訴人提起自訴的方式來進行。侮辱罪公眾利益的有無可以依照具體的被害人與被告間的社會生活關係來認定，準則因此例示的三種不具公眾利益的侮辱類型。除此之外，亦有認為在道路交通所引發的侮辱(Beleidigung im Straßenverkehr)亦可認為該等名譽的侵害不具公眾利益⁴²。

如果公務人員(Amtsträger，不僅限於公務員)提出侮辱的告訴，並不當然認定該妨害名譽行為為具公眾利益，如果檢察官認為該案不具公眾利益，應該要給與所屬機關表示意見的機會。

⁴⁰ BeckOK StPO/Kreiner RiStBV 86 Allgemeines Rn. 4.

⁴¹ 229 Erhebung der öffentlichen Klage

(1) 1Von der Erhebung der öffentlichen Klage soll der Staatsanwalt regelmäßig absehen, wenn eine wesentliche Ehrenkränkung nicht vorliegt, wie es vielfach bei Familienzwistigkeiten, Hausklatsch, Wirtshausstreitigkeiten der Fall ist. 2Liegt dagegen eine wesentliche Ehrenkränkung oder ein Fall des § 188 StGB vor, so wird das öffentliche Interesse meist gegeben sein. 3Auf Nr. 86 wird verwiesen.

(2) 1Auch wenn ein Strafantrag nach § 194 Abs. 3 StGB gestellt ist, prüft der Staatsanwalt, ob ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. 2Will er es verneinen, so gibt er dem Antragsteller vor der abschließenden Verfügung Gelegenheit, sich hierzu zu äußern.

(3) 1Ist kein Strafantrag nach § 194 Abs. 3 StGB gestellt, so folgt daraus allein noch nicht, dass kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. 2Will der Staatsanwalt die öffentliche Klage erheben, gibt er dem nach § 194 Abs. 3 StGB Berechtigten Gelegenheit, einen Strafantrag zu stellen. 3Dies gilt sinngemäß, sofern eine Beleidigung nur mit Ermächtigung der betroffenen politischen Körperschaften (§ 194 Abs. 4 StGB) zu verfolgen ist.

⁴² BeckOK StPO/Kreiner RiStBV 229 Erhebung der öffentlichen Klage Rn. 2

若公務人員未提出告訴，亦不當然表示該案不具公眾利益，若檢察官認為該案有提起公訴的必要，亦要給予所屬機關提出告訴之機會⁴³。

(2)傷害

i. 告訴人提出告訴之案件

刑事程序及罰款程序准則第233點規定，傷害案件中，若涉及強暴(rohe Tat)、虐待(erhebliche Misshandlung)、或嚴重傷害(erhebliche Verletzung)時，即可認為該案的刑事訴追具有公眾利益；如果上開傷害案件發生在緊密生活關係中的人之間(enge Lebensgemeinschaft)時，亦是如此⁴⁴。

上開准則所指涉的傷害案件，不僅指故意之傷害案件，亦包括過失傷害。當然，就過失傷害而言，可能構成具有公眾利益的判斷標準僅侷限於嚴重傷害結果一項⁴⁵。而且只要傷害行為符合上開三種判斷要件之一，那麼同准則第86點第2項所規定的總則性判斷標準：被害人生活圈的法安定性是否被干擾，就不再適用。

因為傷害行為是否構成強暴或者虐待並不容易區分，因此有建議可以參酌德國刑法第225條第1項對虐待被保護人(Mißhandlung von Schutzbefohlenen)的判決實務來建立較明確的標

⁴³ Nr. 229 II S. 1; III. RiStBV

⁴⁴ 233 Erhebung der öffentlichen Klage

1Das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Körperverletzungen ist vor allem dann zu bejahen, wenn eine rohe Tat, eine erhebliche Misshandlung oder eine erhebliche Verletzung vorliegt (vgl. Nr. 86). 2Dies gilt auch, wenn die Körperverletzung in einer engen Lebensgemeinschaft begangen wurde; Nr. 235 Abs. 3 gilt entsprechend.

⁴⁵ BeckOK StPO/Kreiner RiStBV 233 Erhebung der öffentlichen Klage Rn. 1

準⁴⁶：當行為人無視被害人所受的痛苦，或是以可觀的行為結果(erhebliche Handlungsfolgen)展現出其以毫無感覺的態度(gefühlloser Gesinnung)對被害人所施予傷害行為時，應認為該行為人所為之傷害行為符合虐待的要件。在德國法院判決上，認為行為人對被害人的頭部以拳頭猛烈攻擊(BGH NStZ-RR 2009,239)，或是將被害人的頭部往牆壁撞擊的行為(BGH BeckRS 2012, 08370)，符合虐待的要件而有刑事追訴的公眾利益⁴⁷。

而在判斷傷害是否嚴重時，應要綜合傷害所衍生的相關後果，例如：必要治療的方式、範圍，以及因傷無法工作的時間，還有肉體上及精神上的後遺症等等。如果傷害行為後須要住院治療，或者因作無法工作的時間並非短暫，那麼應該要認為該等傷害結果係屬嚴重，而具有刑事訴追的公眾利益⁴⁸。

本點準則特別強調上開刑事追訴的公眾利益判斷標準，在被害人與被告之間有緊密生活關係時亦有適用，此點旨在補充上述第86點第2項的補充。

ii. 傷害人未提出告訴而得由國家職權介入的傷害案件

⁴⁶ 德國刑法第225條第1項規定：不滿18歲之人，或因殘疾、疾病而無防衛能力之人，而又有以下情況：(1)處於行為人的照顧之下、(2)屬於行為人的家庭成員、(3)被有義務照顧者將其照顧義務轉給行為人、(4)在職務或工作關係範圍內之下屬。行為人對上開等人實施虐待行為，或惡意地疏忽其照料義務，以致損害被害人健康者，處6個月以上，10年以下有期徒刑。

§ 225 Mißhandlung von Schutzbefohlenen

(1) Wer eine Person unter achtzehn Jahren oder eine wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlose Person, die

1.seiner Fürsorge oder Obhut untersteht,

2.seinem Hausstand angehört,

3.von dem Fürsorgepflichtigen seiner Gewalt überlassen worden oder

4.ihm im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist,quält oder roh

mißhandelt, oder wer durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für sie zu sorgen, sie an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter die schutzbefohlene Person durch die Tat in die Gefahr

1.des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung oder

2.einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt.

(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 3 auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

⁴⁷ BeckOK StPO/Kreiner RiStBV 233 Erhebung der öffentlichen Klage Rn. 3

⁴⁸ BeckOK StPO/Kreiner RiStBV 233 Erhebung der öffentlichen Klage Rn. 4. 這種判斷傷害是否嚴重的標準很值得我國參考，我國法的「重傷害」以最後的傷害結果，來論傷害行為是否嚴重。然而同樣一個傷害行為，被害人所能恢復程度如何，又與其是否投入時間精力進行復健等相關治療有關。如果因為被害人投入大量時間金錢進行治療，使其五官、四肢等功能恢復到一定程度，在已經修法加入「難治」的要件下，法院還是會傾向以普通作害罪來論斷。如此一來，被告是否會構成較嚴重的罪刑，反而取決於被害人是否有能力或者意願投入治療、復健而定；這樣的結果，不可謂不荒謬。

同準則第234點規定：德國刑法第230條所規定，傷害案件在未經被害人告訴之情況下，而仍得由國家職權介入進行訴追的具特別公眾利益情況，係指行為人已經有同案前科 (einschlägig vorbestraft)、強暴(roh)或特別輕率的行為方式(roh oder besonders leichtfertig gehandelt hat)，而透過行為人的行為致生嚴重傷害結果，或者因為被害人與被告間之私人關係而無法提出告訴，而該刑事訴追又符合公眾迫切的關心的情況。相反地，被害人在此等案件中之角色並不重要⁴⁹。

強暴的行為手段以及嚴重的傷害結果此二項標準，在同準則第233點中已有規定，因此在傷害人未提告訴而得由國家職權介入的傷害案件的「公眾利益」的判準中，較重要的即為：行為人具有同案前科此項。

特別輕率的行為方式主要適用在在過失傷害案件的判斷中，可以將之類比為民事法中的重大過失 (groben Fahrlässigkeit) 的概念⁵⁰。

準則中所提到的被害人因為其與行為間之私人關係而無法提出告訴，而該案件透過上述的其他標準衡量過後，認定該案具有刑事追訴的公眾利益，亦得由國家職權介入。就有關案件「是否具刑事追訴公益」與諸如刑事程序及罰款程序準則第86點所提的判斷要求，及本點的是否係強暴行為、嚴重作害結果的判斷，有循環論證的問題，因為符合這些要件的案件，自然符合刑事追訴公益的要件⁵¹。

iii. 虐待兒童案件 (Kindesmisshandlung)

⁴⁹ 234 Besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung (§ 230 Abs. 1 StGB)

(1) Ein besonderes öffentliches Interesse an der Verfolgung von Körperverletzungen (§ 230 Abs. 1 Satz 1 StGB) wird namentlich dann anzunehmen sein, wenn der Täter einschlägig vorbestraft ist, roh oder besonders leichtfertig gehandelt hat, durch die Tat eine erhebliche Verletzung verursacht wurde oder dem Opfer wegen seiner persönlichen Beziehung zum Täter nicht zugemutet werden kann, Strafantrag zu stellen, und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist. 2 Nummer 235 Abs. 3 gilt entsprechend. 3 Andererseits kann auch der Umstand beachtlich sein, dass der Verletzte auf Bestrafung keinen Wert legt.

(2) Ergibt sich in einem Verfahren wegen einer von Amts wegen zu verfolgenden Tat nach Anklageerhebung, dass möglicherweise nur eine Verurteilung wegen Körperverletzung (§ 230 Abs. 1 StGB) in Betracht kommt oder dass eine derartige Verurteilung nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zusätzlich dringend geboten erscheint, so erklärt der Staatsanwalt, ob er ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

(3) Bei im Straßenverkehr begangenen Körperverletzungen ist Nr. 243 Abs. 3 zu beachten.

⁵⁰ BeckOK StPO/Kreiner RiStBV 234 Besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung (§ 230 Abs. 1 StGB) Rn. 3.

⁵¹ BeckOK StPO/Kreiner RiStBV 234 Besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung (§ 230 Abs. 1 StGB) Rn. 4

刑事程序及罰款程序准則235點第2項規定：涉及對兒童的肢體虐待的案件，即肯定該等案件具有特別的公益性，因此原則上不指示告訴權人提起自訴。第3項另補充：倘若案件中已有社會教育(sozialpädagogisch)、家庭治療(familientherapeutische)或支持措施的介入，而該介入，而該等介入成效可期(erfolgversprechend)，可以減除案件刑事追訴的公益性⁵²。

就相關定義問題部分，首先，「虐待兒童」並沒有法律上的法條定義，但是從235點的規定來看，至少案件是涉及親屬範圍內的虐待，或至少是緊密社會生活關係之間的人所為的虐待行為。而所謂的「兒童」，有認為可以刑法第176條第1項對兒童性濫用的規範所示，以未滿14歲的人為兒童，但亦有認為站在受害者特別保護的出發點，並參考同準則第220條有關對性侵害案件被害人的照顧以及刑法第235條虐待被保護人的規範來說，應可適用到18歲以

⁵² 235 Kindesmisshandlung

(1) 1Auch namenlosen und vertraulichen Hinweisen geht der Staatsanwalt grundsätzlich nach; bei der Beweissicherung beachtet er insbesondere § 81c Abs. 3 Satz 3 StPO. 2Im übrigen gelten die Nr. 220, 221, 222 Abs. 1 und 2 sinngemäß.

(2) 1Bei einer Kindesmisshandlung ist das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung (§ 230 Abs. 1 Satz 1 StGB) grundsätzlich zu bejahen. 2Eine Verweisung auf den Privatklageweg gemäß § 374 StPO ist in der Regel nicht angezeigt.

(3) Sind sozialpädagogische, familientherapeutische oder andere unterstützende Maßnahmen eingeleitet worden und erscheinen diese erfolgversprechend, kann ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung entfallen.

下之被害人⁵³。而就「虐待」的定義，首先包含德國刑法第235條所列舉虐待被保護人的行為態樣，然而刑事程序及罰款程序准則第235點的章節體系而論，應該包含德國刑法第235條以外的傷害行為，而再依同點第3項的規範文字觀察，該傷害行為應該限於重要的(erheblich)或至少是有重覆性的傷害行為，倘若僅是一次性的或者非重大的，對兒童或青少年造成負面結果的行為，都有刑罰上的重要性⁵⁴。

iv. 交通事故造成的傷害案件

刑事程序及罰款程序准則第243點第1項規定：在交通行事事務(Verkehrsstrafsachen)中，若有必要(nötig)，檢察官須自行調查案件、勘驗現場、確保跡證，並且儘早(原則上在勘驗現場的同時)邀集適當的鑑定人到場，以便有請求專業鑑定意見來協助調查。除了調取中央登記冊(Zentralregister)的資料外，交通中央登記冊(Verkehrszentralregister)的資料亦應一併調

⁵³ BeckOK StPO/Kreiner RiStBV 235 Kindesmißhandlung Rn. 1, 2

另，德國刑法第235條規定：

(1)不滿18歲之人，或殘疾、疾病而無法防衛能力之人，他們

1.處於行為人的照料或保護之下、2.屬於行為人的家庭成員、3.被照料義務人將照料義務轉讓給行為人、4.在職務或工作範圍關係內之下屬。

行為人對這些人實施虐待行為，或惡意地疏忽其照料義務，以致損害被害人健康的，處6個月以上10年以下有期徒刑。

(2)本條的未遂犯，罰之。

(3)行為人因其行為導致被保護人有以下危險的，處1年以上有期徒刑：

1.死亡或嚴重的健康損害、或2.身體或心理發育上的嚴重損害。

(4)犯第1項之罪情節較輕的，處3個月以上5年以下有期徒刑。第3項之未遂犯，處6個月以上，5年以下有期徒。

§ 225 Mißhandlung von Schutzbefohlenen

(1) Wer eine Person unter achtzehn Jahren oder eine wegen Gebrechlichkeit oder Krankheit wehrlose Person, die

1. seiner Fürsorge oder Obhut untersteht,

2. seinem Hausstand angehört,

3. von dem Fürsorgepflichtigen seiner Gewalt überlassen worden oder

4. ihm im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist,

quält oder roh mißhandelt, oder wer durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für sie zu sorgen, sie an der Gesundheit schädigt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Der Versuch ist strafbar.

(3) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter die schutzbefohlene Person durch die Tat in die Gefahr

1. des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung oder

2. einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt.

(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 3 auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.

⁵⁴ BeckOK StPO/Kreiner RiStBV 235 Kindesmißhandlung Rn. 3

閱⁵⁵。第2項規定：如果存在有行為人係在酒精影響下行為的嫌疑，須立即抽血以鑑定行為人血液酒精濃度。第3項規定：交通刑事案件通常承認有刑事訴追的公眾利益的原則併不存在，而應依具體在個案的義務違反程度（特別是事前飲酒或使用致醉物質(berauschender Mittel)）、對被害人及行為人產生的行為結果、行為人有無相關前案(einschlägige Vorbelastungen)以及被害人與有過失的程度等要件來裁量決定⁵⁶。

本點第1項規定在特別重要的交通刑事案件，檢察官要親自並督同鑑定人到現場勘驗的規定，是為求該等案件調查的縝密性，然而有鑑於交通案件數量實在是非常龐大，僅有非常例外案件才會真的經由檢察官現場勘驗⁵⁷。

第2項在強調酒後駕車交通案件中，酒精濃度即時採證的措施。依德國刑事訴訟法第81條a規定，抽血的鑑定許可原則上應由法官書面簽發，但若在等待法官書面指示會害調查結果的例外情況下，亦可由檢察官或警察指示進行抽血檢查，但須將此等例外情況記載於檔案內⁵⁸。

交通刑事案件是否具有刑事訴追的公眾利益，係檢察機關的裁量權限，法院就此決定不得進行審查。單純有被害人受傷的事實並不足以認定該交通事件有刑事追訴的公益性，要考量本

⁵⁵ 中央登記局(Zentralregister)，是依德國聯邦中央登記法(Bundeszentralregistergesetz)，置於聯邦司法部(Bundesamt für Justiz)下的機關，負責紀錄個人刑事前案紀錄，類同我國的臺灣最高法院全國前案查詢系統。

⁵⁶ 243 Verkehrsstraftaten, Körperverletzungen im Straßenverkehr

(1) 1In Verkehrsstrafsachen wird der Staatsanwalt, wenn nötig (vgl. Nr. 3), die Ermittlungen selbst führen, den Tatort besichtigen, die Spuren sichern lassen und frühzeitig – in der Regel schon bei der Tatortbesichtigung – einen geeigneten Sachverständigen zuziehen, falls dies zur Begutachtung technischer Fragen notwendig ist. 2Neben einer Auskunft aus dem Zentralregister soll auch eine Auskunft aus dem Verkehrszentralregister eingeholt werden.

(2) Besteht der Verdacht, dass der Täter unter Alkoholeinwirkung gehandelt hat, so ist für eine unverzügliche Blutentnahme zur Bestimmung des Blutalkoholgehalts zu sorgen.

(3) 1Ein Grundsatz, dass bei einer im Straßenverkehr begangenen Körperverletzung das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung (§ 230 Abs. 1 Satz 1 StGB) stets oder in der Regel zu bejahen ist, besteht nicht. 2Bei der im Einzelfall zu treffenden Ermessensentscheidung sind das Maß der Pflichtwidrigkeit, insbesondere der vorangegangene Genuss von Alkohol oder anderer berauschender Mittel, die Tatfolgen für den Verletzten und den Täter, einschlägige Vorbelastungen des Täters sowie ein Mitverschulden des Verletzten von besonderem Gewicht.

⁵⁷ BeckOK StPO/Bartel RiStBV 243 Verkehrsstraftaten, Körperverletzungen im Straßenverkehr Rn. 1

⁵⁸ BeckOK StPO/Bartel RiStBV 243 Verkehrsstraftaten, Körperverletzungen im Straßenverkehr Rn. 3

點第3項所舉的行為人義務違反程度高低、對被害人及行為人產生的行為結果、行為人有無相關前案以及被害人與有過失的程度而定⁵⁹。

3. 案件是否具公眾利益的調查

案件是否具有提起公訴的公眾利益，除了著眼於資源有效運用以外，也呼應比例原則的要求，如果所涉案件明顯於將來不會提起公訴，自然不宜再採取可能侵害基本權的偵查手段。也因此該刑事程序及罰款程序准則第86條第1項規定，當檢察官收到得提起自訴的案件時，首要依職權檢查該案件是否具有公眾利益。第86點第1項、第3項分別規定：檢察官在接到可以依自訴程序提起自訴的案件時，首先要確認該案件是否存在刑事訴追的公眾利益。為此，檢察官可以就是否存在公眾利益的要件而展開調查。例如在傷害案件中，在發動偵查手段如傳訊證人之前，要先確認被害人所受的重要傷害結果，以及行為人的前科(Nr 233, 234I RiStBV)。這樣的規定與德國刑事訴訟法第152條第2項所規定的檢察機關的法定性義務並不相違悖，因為自訴本即是該同條第1項所定公訴原則的例外。

4. 例外

雖然檢察機關在判定案件不具公眾利益後即可停止偵查作為，然而刑事程序及罰款程序准則亦規定有例外狀況。該准則第87點第2項規定，如果被害人無法解釋澄清案件經過，或者被害人要澄清案件有極大困難，而無法提出自訴的情況下，檢察機關必須先進行必要偵查作為後，才能指示被害人提起自訴；例如：透過匿名文書而為的侮辱案件。在實務上透過匿名的電信通訊而為的犯罪行為亦屬之⁶⁰。之所以有如此規定，是因為此等案件如果不透過刑事訴訟法第100g條賦予偵查機關的偵查權限，即無從查證行為人究竟是誰。

但是對行為人的調查亦非漫無邊界，針對無意義的案件 (*unbedeutende Verfehlungen*)，如果透過調查仍無法確認行為人是誰，檢察機關亦無須進行偵查作為⁶¹。

三、德國法上批評

⁵⁹ BeckOK StPO/Bartel RiStBV 243 Verkehrsstraftaten, Körperverletzungen im Straßenverkehr Rn. 5,6

⁶⁰ BeckOK StPO/Kreiner RiStBV 87 Verweisung auf die Privatklage Rn. 2

⁶¹ Nr. 87 S. 2 RiStBV; BeckOK StPO/Kreiner a.a.O.

在統計上，被指示提起自訴的案件只有10%會真正進入自訴程序，而進入自訴程序案件中，只有6%是以實體判決終結⁶²。法院也可以經過庭訊後，以行為人罪責輕微，裁定中止自訴程序，自訴人可當場提出抗告。在這種情況下，自訴人要負擔大部分的程序費用 (Kosten)，以及被告因此程序的必要支出 (die notwendigen Auslagen)。總而言之，自訴程序對原告而言，不僅風險大而且負擔高，較沒希望，自訴程序中所承擔的痛苦經常比所控告的涉犯罪行本身造成的痛苦來得龐大⁶³。

⁶² Volk/ Engländer, a.a.O.

⁶³ Volk/ Engländer, a.a.O. Rn 3 & 4.

叁、行為人–被害人和解 (Täter-Opfer-Ausgleich)

德國在1994年10月28日通過主要針對組織犯罪、出於政治動機的犯罪所進行的包裹式修法**Verbrechenbekämpfungsgesetz**(對抗犯罪法)，然而在這套修法當中，亦增訂了行為人–被害人和解(即Täter-Opfer-Ausgleich)機制，增加以被害人的觀點參與刑事訴追程序的刑事政策轉型。

一、法律規定

有關行為人–被害人和解的制度條文，包括在刑法量刑章中增訂第46條a，行為人與被害人和解、損害賠償的機制，該條規定：「行為人具備下列情形之一，法院可以第49條第1款減輕其刑罰，或者，如果科處的刑罰不超過有期徒刑1年，或者不超過360單位日額金之罰之刑的，則免除其刑罰：1.行為人與被害人努力達成和解(行為人–被害人和解)，對其造成的損害全部或大部予以補償，或認真致力於對其行為造成的損害進行補償者；2.在行為人可以自主決定對損害進行補償或不提供補償的情形下，他對被害人的損害進行了全部或者大部分補償。⁶⁴」

另外刑事訴訟法第155條a亦規定：「檢察機官與法院應在程序的每一階段檢驗，促成被告與被害人的和解。在適當的案件中並應促成該和解。違反被害人明示意願的案件即和解不資格。」⁶⁵、第155條b規定：「(一)為被告與被害人衝突和解或修復損害的目的，檢察機關和法院可依職權或依他們所委託進行前述任務機關的申請，向該機關傳遞必要的涉及個人的數據。如果提供訊息可能需要不成比例的耗費，亦可向受託機關傳送案件卷宗檔案以供查閱。對於非國家機關應當指明，傳遞的數據只允許為被告與被害人衝突調處或修復損害目的使用。

⁶⁴ § 46a StGB (Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung)

Hat der Täter

1.in dem Bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen (Täter-Opfer-Ausgleich), seine Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wiedergutmacht oder deren Wiedergutmachung ernsthaft erstrebt oder

2.in einem Fall, in welchem die Schadenswiedergutmachung von ihm erhebliche persönliche Leistungen oder persönlichen Verzicht erfordert hat, das Opfer ganz oder zum überwiegenden Teil entschädigt,

so kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 mildern oder, wenn keine höhere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu dreihundertsechzig Tagessätzen verwirkt ist, von Strafe absehen.

⁶⁵ § 155a StPO

Die Staatsanwaltschaft und das Gericht sollen in jedem Stadium des Verfahrens die Möglichkeiten prüfen, einen Ausgleich zwischen Beschuldigtem und Verletztem zu erreichen. In geeigneten Fällen sollen sie darauf hinwirken. Gegen den ausdrücklichen Willen des Verletzten darf die Eignung nicht angenommen werden.

(二)僅當為進行被告與被害人衝突調處或修復損害所必要，且與所涉及的人值得保護的利益與此不相不抵觸時，受委託機關才能處理和使用依照第一項傳遞的、涉及個人的數據。僅當所涉及之人同意，且為進行被告與被害人衝突調解所必要時，受委託機關才能提取涉及個人的數據，以及處理和使用已提取的數據。在受委託機關工作完畢後應當向檢察機關或法院在必要的範圍內報告。(三)受委託機關非國家機關時，即使數據處理不在數據文件中或源於數據文件，亦適用《德國聯邦數據保護法》第三章的規定。(四)文件含有第二項第一句所稱涉及個人的數據，其應由受委託機關在刑事程序終結一年後銷毀。檢察機關或法院依職權應不遲延地向受託機關告知程序終結的時刻。」⁶⁶。

德國刑法理論基礎建立在應報理論跟預防理論上，國家透過刑法及刑度的規定，明確界定可罰行為的類型以及各該類型的不法性的高低，再透過獨占的刑事追訴權，來確保犯罪人可以得到相應的刑罰，令加害人因其所犯行為的輕重承受相比例的處罰，並以此確保法制序的和諧，重建法秩序的威信，以防止後續有其他人再犯相同的犯罪。然而這樣的司法制度，讓被害人在程序中很少有被觀照到的機會。因為預防理論是為了預防以後還有被害人的產生，但是在這個案件中，被害人的損害已經造成了。

因此逐漸發展出行為人-被害人和解的制度，讓被害人有機會參與程序，並且透過程儘可能得到補償，讓被害人的需求在情緒上和實質上可以得到滿足。

⁶⁶ § 155b StPO

(1) Die Staatsanwaltschaft und das Gericht können zum Zweck des Täter-Opfer-Ausgleichs oder der Schadenswiedergutmachung einer von ihnen mit der Durchführung beauftragten Stelle von Amts wegen oder auf deren Antrag die hierfür erforderlichen personenbezogenen Daten übermitteln. Die Akten können der beauftragten Stelle zur Einsichtnahme auch übersandt werden, soweit die Erteilung von Auskünften einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Eine nicht-öffentliche Stelle ist darauf hinzuweisen, dass sie die übermittelten Daten nur für Zwecke des Täter-Opfer-Ausgleichs oder der Schadenswiedergutmachung verwenden darf.

(2) Die beauftragte Stelle darf die nach Absatz 1 übermittelten personenbezogenen Daten nur verarbeiten und nutzen, soweit dies für die Durchführung des Täter-Opfer-Ausgleichs oder der Schadenswiedergutmachung erforderlich ist und schutzwürdige Interessen des Betroffenen nicht entgegenstehen. Sie darf personenbezogene Daten nur erheben sowie die erhobenen Daten verarbeiten und nutzen, soweit der Betroffene eingewilligt hat und dies für die Durchführung des Täter-Opfer-Ausgleichs oder der Schadenswiedergutmachung erforderlich ist. Nach Abschluss ihrer Tätigkeit berichtet sie in dem erforderlichen Umfang der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht.

(3) Ist die beauftragte Stelle eine nicht-öffentliche Stelle, finden die Vorschriften des Dritten Abschnitts des Bundesdatenschutzgesetzes auch Anwendung, wenn die Daten nicht in oder aus Dateien verarbeitet werden.

(4) Die Unterlagen mit den in Absatz 2 Satz 1 und 2 bezeichneten personenbezogenen Daten sind von der beauftragten Stelle nach Ablauf eines Jahres seit Abschluss des Strafverfahrens zu vernichten. Die Staatsanwaltschaft oder das Gericht teilt der beauftragten Stelle unverzüglich von Amts wegen den Zeitpunkt des Verfahrensabschlusses mit.

二、制度原則：

行為人–被害人和解最重要的原則就是行為人和被害人的自願性。只有被害人與行為人均願意參加此程序時，行為人–被害人和解的制度才會被啟動。透過行為人或被害人自由意志的參與決定，讓行為人與被害人不再只是被動地參與程序中，而是程序進行的主體。

因為行為人–被害人和解須要被害人與行為人就其意見進行交流與溝通，因此雙方至少須要有願意接收對方說詞的想法，所以被害人對於參與行為人–被害人和解程序的同意，不能是出於社會或者精神壓力下所為，其亦可以隨時終止程序的進行⁶⁷。

三、目標：

行為人–被害人和解Täter-Opfer-Ausgleich的制度設計，乃希望可以達到以下的目標⁶⁸：

1. 被害人與行為人間的關係可以達到一個和協的調整。
2. 程序參與者可以重新檢視及考量自己在此次事件中的關係。
3. 減少衝突，避免日後再有新的衝突發生。
4. 保障當事人的程序主體權。
5. 確保當事人關係調整的實踐。
6. 避免案件有不正義的結果產生。

另有認為行為人–被害人和解制度有以下的功能：

1. 行為人要促成自己所造成不正義結果的回復。
2. 透過行為人的自白，讓被害人可以得到一定程度的賠償。
3. 透過補償措施，讓被害人不用再透過一個兩造對立的程序來確認自己犯罪所受損害以及補償金額。
4. 透過與行為人的會談，可以幫助被害人減輕犯罪後的緊張及精神上的壓力。

四、適用案件：

1. 案件類型

德國刑事訴訟法第155條a規定法官、檢察官在遇到「適當的案件(geeigneten Fällen)」時應促成行為人–被害人和解的進行。然而，何謂「適當的案件」並未給與明確的立法定義。不

⁶⁷ TOA Standards, Servicebüro für TOA und Konfliktschlichtung, 6. Aufl., Köln 2009, ISSN 0947-5249, S. 7

⁶⁸ TOA Standards, Servicebüro für TOA und Konfliktschlichtung, 6. Aufl., Köln 2009, ISSN 0947-5249, S. 9

過如果參照其他涉及Täter-Opfer-Ausgleich制度的法條，諸如刑事訴訟法第155條b、第153條a第1項第5款，行為人-被害人和解成立與否均與被害人有關，因此可以推論，至少「無被害人」的犯罪類型，亦即沒有自然人受有實質損害的犯罪，被排除在此行為人-被害人和解程序之外⁶⁹。

除了犯罪類型以外，被害人人數多寡的問題也須考慮。譬如說在狹持游輪的案件中，自由遭限制的被害者眾多，除非被害人同意以共同委任代表的方式來進行行為人-被害人和解程序，否則此種被害者眾的案件在實踐上亦不適合進行此和解程序⁷⁰。

扣除掉上述的案件外，適合進行行為人-被害人和解的案件即剩：傷害、妨害名譽、妨害自由、強奪及恐嚇案件，因為這些案件會有特定少數的自然人會被害人。然而依德國刑法第46條第2項、第46條a的規定，倘若此等案件因其犯罪手段等原因而與重罪(Verbrechen)相競合的狀況，亦被排除在適用行為人-被害人和解程序適用的可能性⁷¹。

除上列案件類型外，聯邦最高法院亦承認就所涉為刑法第253條的恐嚇取財及情節較嚴重的恐嚇取財、第255條的搶奪性勒索(Räuberische Erpressung)、第177條強制性交(Vergewaltigung，然而情節較嚴重的強制性交僅在例外的情況下可被允許可依行為人-被害人和解程序終結)、第266條背信罪等案件所進行的行為人-被害人和解程序的處理結果。另外，在審酌案件是否可以進行行為人-被害人和解程序時，不須考慮被告是否有前科，以及被告是否曾在其他案件進行行為人-被害人和解程序等因素⁷²。

⁶⁹ Löwe-Rosenberg StPO Online, §155a, Rn. 7, 8.

⁷⁰ a.a.O. §155a, Rn. 9

⁷¹ a.a.O. §155a, Rn. 10

⁷² a.a.O. Fn. 71

此外，有論者亦認為，依刑事訴訟法第153條⁷³規定可以裁定程序不進行的微罪 (Geringfügigkeit)亦應排除在行為人–被害人和解程序之外，因為就此等微罪案件進行行為人–被害人和解，亦不符合程序效益⁷⁴。

在德國實務上，進行行為人–被害人和解的案件，以傷害行為占最大宗，2011年及2012年的統計結果，均占行為人–被害人和解程序的5成5以上。

2. 行為人類型

德國實務經驗而論，因疏忽而造成犯罪後果的被告是較有意願進行行為人–被害人和解的族群，未曾有過犯罪紀錄的行為人亦有高度的參與的意願。

德國統計資料顯示，參與行為人–被害人和解的被告(Beschuldigten)，以14歲到20歲，及21歲到40歲這兩個年齡群的人最多。二者在2011年及2012年均占行為人–被害人和解程序行為人的3成左右。

3. 案件明確性

進行行為人–被害人和解的案件，須是責任明確，或至少行為人(即被告)願意承擔本次事件責任的案件。和解程序進行的協調人不負有釐清事情真項的責任，亦無法調查證據。而且因為這個和解制度的主要一個目標是保護被害人，使被害人所受的損害能得到彌補，所以如果事件責任未清楚前即冒然進入行為人–被害人和解程序，那麼在協調過程中，被告可能會否認自己應當負有何責任，在這樣的對話下，被害人反而有可能因此受到二次傷害。

⁷³ § 153 StPO :

(1) Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung des Gerichtes bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind.

(2) Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht in jeder Lage des Verfahrens unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren einstellen. Der Zustimmung des Angeschuldigten bedarf es nicht, wenn die Hauptverhandlung aus den in § 205 angeführten Gründen nicht durchgeführt werden kann oder in den Fällen des § 231 Abs. 2 und der §§ 232 und 233 in seiner Abwesenheit durchgeführt wird. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß. Der Beschluß ist nicht anfechtbar. 即類似我國刑事訴訟法第253條的微罪職權不起訴規定。

⁷⁴ Löwe-Rosenberg StPO Online, §155a, Rn. 11

五、流程

(一)行為人-被害人和解程序的流程，依下列三項原則來進行：

1. 事件的處理 (Aufarbeitung der Tat)

此階段中事件的當事人均可以說出自己對整個事件的觀感、看法，並且聽聞對造就同一事件的觀感。通常被害人在事件後都會有無力感，但反之行為人會覺得自己受到社會的排擠而有孤獨感。在這個階段中，當事人可以讓自己的情緒盡情得抒發。在心理覺的觀點上，抒發自己的情緒及想法，以及理解對方的想法及感受，可以促成下一個階段衝突的解決。

2. 衝突的解決 (Befriedung des Konflikts)

在這個階段，須要的事兩造當事人間權力關係的平衡，也就是說，這個時候被害人須要較為強勢，而行為人須要有所退讓。行為人對被害人的道歉可以幫助這個權力平衡的達成。行為人對被害人道歉可以有很多象徵性的意義，接受行為人的道歉，可以讓被害人在行為人前不再一直處於弱勢，因為他們才有能力與資格決定是否接受行為人的道歉；反之，行為人亦可透過向被害人的道歉，感受自己被社會所重新接納。在這樣的基礎下，雙方就補償措施的調商才會有穩固的對話基礎。

3. 補償措施的調商 (Aushandlung der Wiedergutmachung)

補償的方式與內容隨當事人的協議而定，包括像是慰撫金、損害賠償金等都是，重點在於要尊重被害人的意願。而且須注意的是，協議的內容是雙方都同意受拘束，而且內容的實踐須要可以被檢視與控制。

(二) 流程進行方式

1. 程序的啟動

案件當事人可以主動向德國各地的行為人-被害人和解機構聲請進行此項和解，地檢署與法院在處理案件時亦可促成兩造同意進行和解。在德國實務上，行為人-被害人和解案件，多數是由檢察機關與警察、少年法院觀護人等機關商會後移送⁷⁵。為了促成行為人-被害人和解的成立，檢察機關可以視情況將此等進行程解中的案件暫時停止調查程序⁷⁶。

2. 各別談話 (Getrennte Vorgespräche)

和解人員會先各別與當事人進行會談，就其可以採取，或可能面對的其他手段(如民事求償)

⁷⁵ TOA Standards, Servicebüro für TOA und Konfliktschlichtung, 6. Aufl., Köln 2009, ISSN 0947-5249, S. 22

⁷⁶ <http://de.wikipedia.org/wiki/T%C3%A4ter-Opfer-Ausgleich>

等為說明。並且先由和解人員各別與當事人確認其對事件的原由、結果的觀點與看法。這個階段程序參與者均可以再確認是否有進行和解的意願，當事人亦可與和解人員討論其對面對被害人/加害人時的擔心。如果當事人缺乏進入下一個同時對談的意願，案件均可隨時回偵查程序，或者另外向被害人諮商師尋求幫助。

3. 平衡對談 (Ausgleichsgespräche)

第一次的平衡對談以和解人員說明對談要件開始，也就是要互相尊重，並要能夠讓對方完整表達其想要說的內容。接下來就由被害人及行為人各自就其對事件的認知、觀感等為陳述及情緒的渲洩。

平衡對談的最後，當事者間須要決定一個互相可以接受的補償方式。

4. 結案

確認補償方式後，該補償內容會以法律文字紀錄並經兩造簽名。負責的和解人員須要監督該補償方案有被落實。最後並將和解結果告知檢察機關，以利確認案件是否確定中止進行，或者在情節較嚴重的案件中，被告所為是否符合儘力補償被害人損失的減刑要件。

六、與調解(Mediation)的比較⁷⁷

調解與行為人-被害人和解程序，同屬司法判決外的紛爭處理機制，均重視當事人間的溝通與協調，取得各自均可接受的紛爭解決條件。不過在適用上，兩者仍有如下所述的區別。

1. 目標不同：

調解是「問題解決」導向的協商機制，而行為人-被害人和解則是強調損害的平衡與補償，而損害之平衡或補償方法，又決定於責任的分配，因此只有事情發生經過、責任歸屬明確，或至少行為人願意承擔責任的案件，才適合進行行為人-被害人和解程序。

2. 程序進行不同：

就調解程序與行為人-被害人和解程序的啟動而言，兩者無太大差別，在訴訟中的任何階段均可提出採用調解程序或行為人-被害人和解程序的意願，或者在案件沒有繫屬在法院時，獨立開始調解程序或行為人-被害人和解程序。

⁷⁷ Kaspar/Weiler/Schlickum, Der Täter-Opfer-Ausgleich, 2014, S. 55 ff.

這兩個程序較大的差別在於結案的階段。在調解程序雖然與行為人-被害人和解程序同樣須有當事人的自願參加而啟動，然而在最後調解內容擬定的階段，經驗上參與調解的雙方可能會在或多或少、勉為其難的情況下接受該條件。然而行為人-被害人和解程序中，強調對被害人意願的尊重，其意願不能拿來妥協。

七、對行為人 – 被害人和解制度Täter-Opfer-Ausgleich 的批評⁷⁸：

行為人-被害人和解制度提供被害人一個較不官僚的解決問題的方式，讓被害人儘可能快速地得到犯罪後果的補償。但是亦有人憂心，在尚未經由司法程序確定犯罪人之前，即進行此等和解，也有可能演變成被害人利用此程序對無辜者進行指控。

另一方面，行為人可能也只是想要借此制度來減輕自己全部或部分的刑責，這樣子跟行為人-被害人和解制度設計的本意：「行為人明確了解他的行為帶給被害人的傷害或痛苦後，藉由一定的舉動來彌平被害人的傷害」相違悖。

雖然行為人-被害人和解制度的出發意旨，是要設計一個讓被害人有參與感、可以抒發其看法及觀感的程序，但是要被害人參與這樣協商程序，尤其在最後和解不能成立時，反而也有可能造成對被害人的二次傷害。二次傷害也可能在特定犯罪當中發生，像是：家族間，或者是被害人與行為人同屬內部控制關係嚴密的團體的情況中。

另一個較大的問題是，在制度設計中行為人-被害人和解程序中的和解人員沒有拒絕證言權 (Zeugnisverweigerungsrecht)，也就是說，當案件在和解程序沒有達成和解共識，而又回歸法院審理時，法院可以傳喚該名和解人員，而該和解人員就被告在和解程序中之言行作證。如此一來，便不利在程序進行之初與被告建立互信關係，進而影響和解程序的進行。而和解人沒有拒絕證言權一事，在和解程序進行之前即應向當事人說明清楚⁷⁹。

最後一個問題是，和解成立後，和解條件是否有被履行，也是行為人-被害人和解是否能夠順利推行的重點。

⁷⁸ Kaspar/Weiler/Schlickum, Der Täter-Opfer-Ausgleich, 2014, S. 9, 10.

⁷⁹ Janke, M., Der Täter-Opfer-Ausgleich im Strafverfahren. Zugleich ein Beitrag zu einer kritischen Strafverfahrenstheorie, S. 234f

八、德國 Täter-Opfer-Ausgleich 案件統計

依所搜尋得最新的統計資料顯示，2011年間，全德有5500件申請進入Täter-Opfer-Ausgleich 行為人 – 被害人和解機制的案件，其中包含有6692位被害人，及6627位嫌疑人/被告。2012年間進入Täter-Opfer-Ausgleich 行為人 – 被害人和解機制的案件數略減，共計4998件案件進入此機制，包含6101位被害人、5834位嫌疑人/被告⁸⁰。

Tabelle 1: Umfang der Erhebungen 2011 / 2012

	Projektdate	Falldaten	Geschädigtendaten	Beschuldigtendaten
2011	42	5.500	6.692	6.627
2012	45	4.998	6.101	5.834

在分析案件當事人的年齡層在進入Täter-Opfer-Ausgleich 行為人 – 被害人和解機制的案件中，當事人為少年及甫成年人(Eranwchsende)⁸¹者，在2010年至2012年間，分別占42.4%、38.1%、40%，若再加計當事人有分別有少年、甫成年人及成年人者之案件比例(2010年至2012年間，分別為33.3%、40.5%、40%)，可以得知，德國Täter-Opfer-Ausgleich 行為人 – 被害人和解制度處理案件的大宗，係以涉及未成年人的犯罪行為為主流⁸²。

⁸⁰ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Berlin, 2014, S. 6.

⁸¹ 德國少年事件處理法(Jugendgerichtsgesetz, JGG)第一條第2項，行為時滿14歲但未滿18歲者為少年，甫成年人係指行為時滿18歲而未滿21歲之人。原文如下：

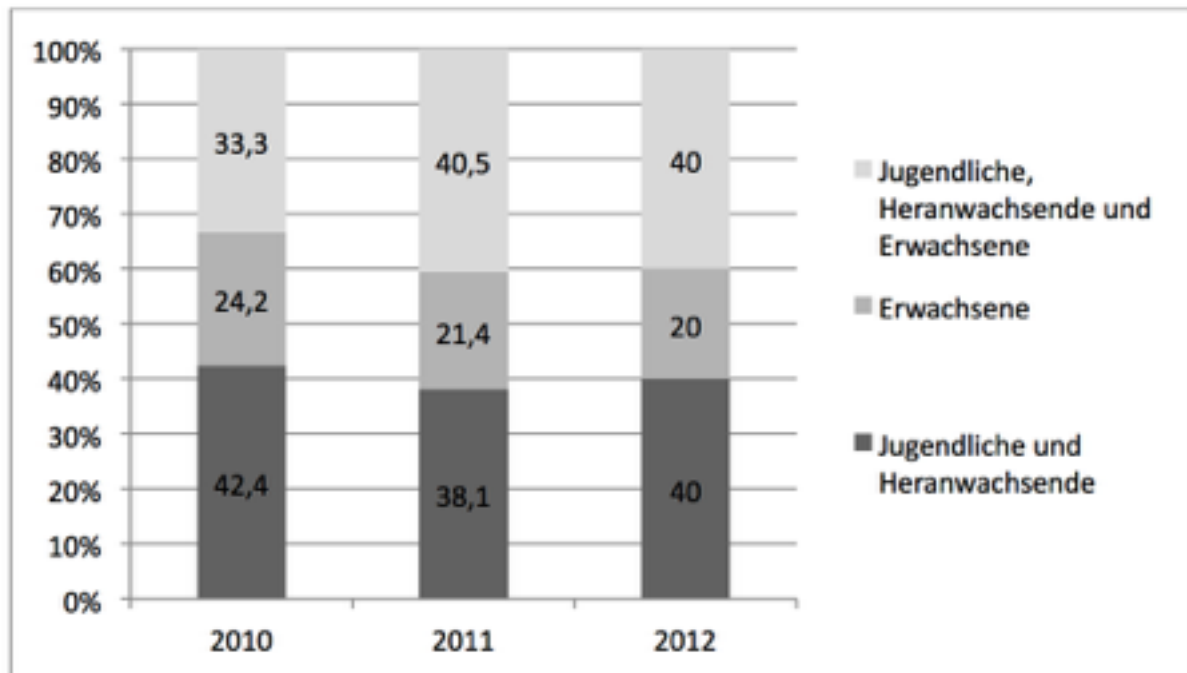
§ 1 Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt, wenn ein Jugendlicher oder ein Heranwachsender eine Verfehlung begeht, die nach den allgemeinen Vorschriften mit Strafe bedroht ist.

(2) Jugendlicher ist, wer zur Zeit der Tat vierzehn, aber noch nicht achtzehn, Heranwachsender, wer zur Zeit der Tat achtzehn, aber noch nicht einundzwanzig Jahre alt ist.

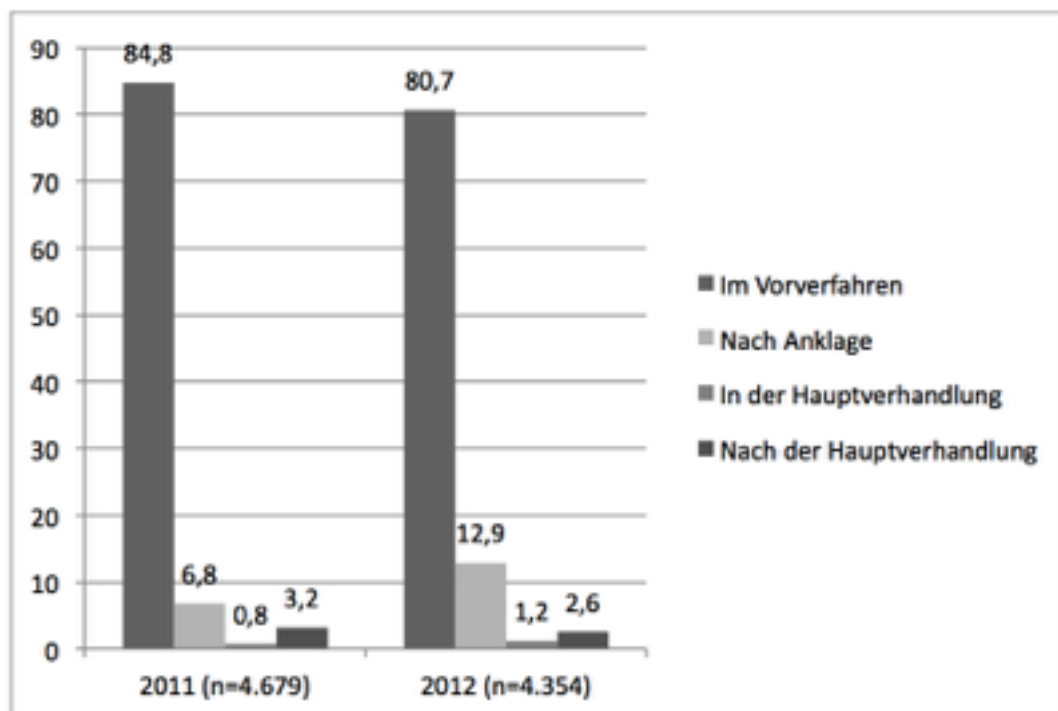
⁸² Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Berlin, 2014, S. 10

Abbildung 2: Zielgruppen der beteiligten Einrichtungen 2011 / 2012



而依案件被轉介到行為人 – 被害人和解機制的時間點來分析，可以發現，80%以上的案件都是在案件的前階段程序 (即偵查階段) 即轉介進入行為人被害人和解機制中⁸³。

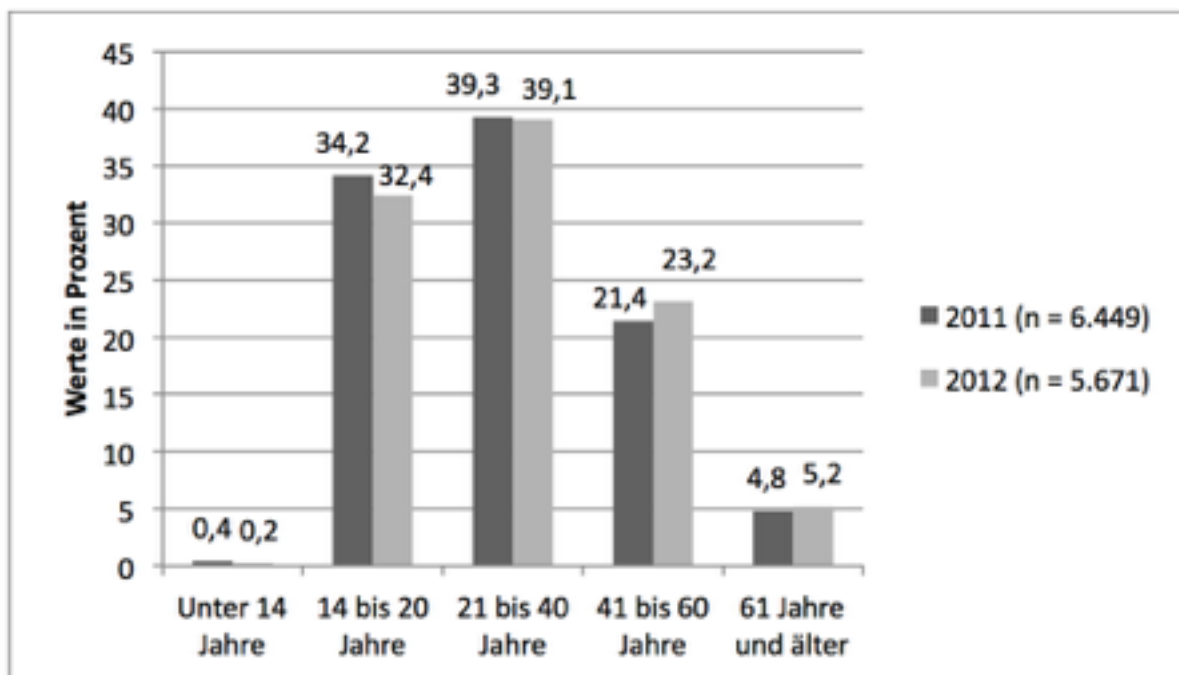
Abbildung 5: Einleitung der TOA-Versuche nach Verfahrensstadium 2011 / 2012



⁸³ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Berlin, 2014, S. 14.

單就行為人年齡層分佈而論，2011年間有34.2%的嫌犯/被告是少年及甫成年人，2012年間比例下降至32.4%，而占最大宗行為人年齡層，係21歲至40歲之間，2011年占39.3%，2012年占39.1%⁸⁴。

Abbildung 13: Alter der Beschuldigte 2011 / 2012

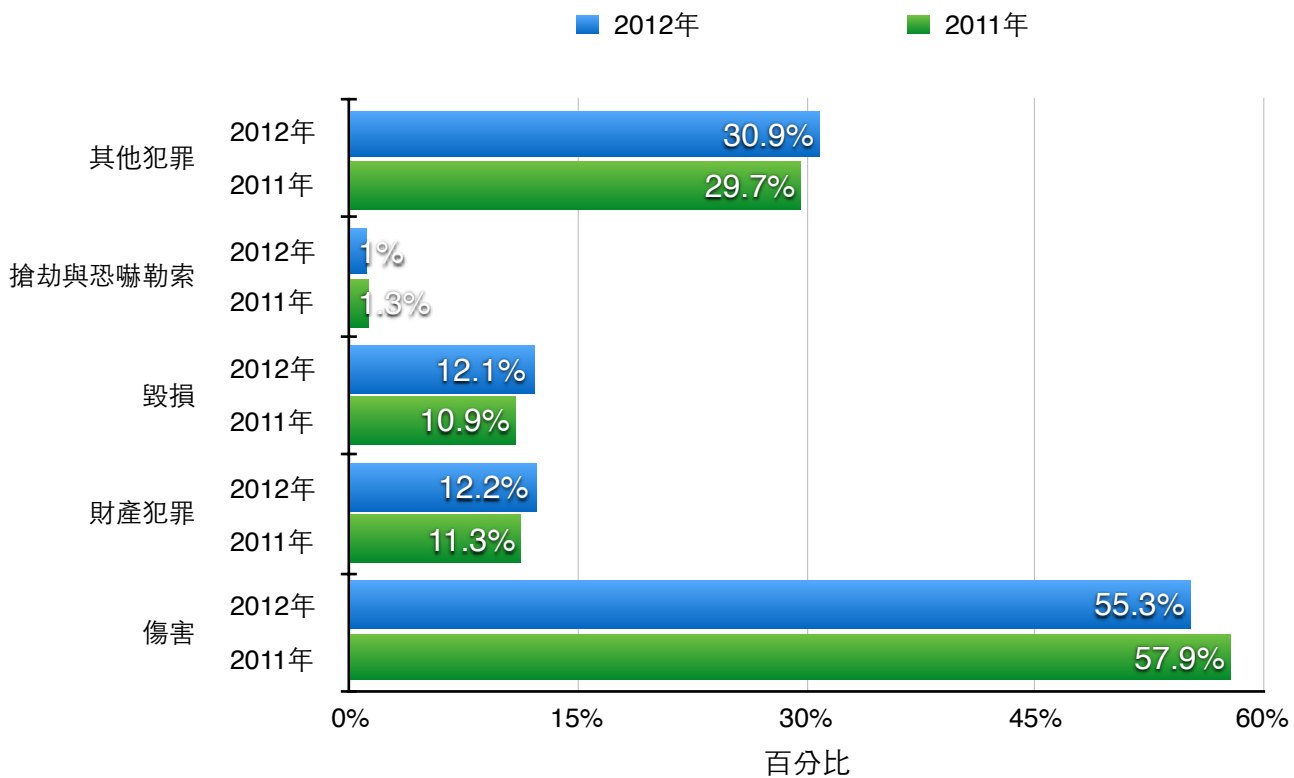
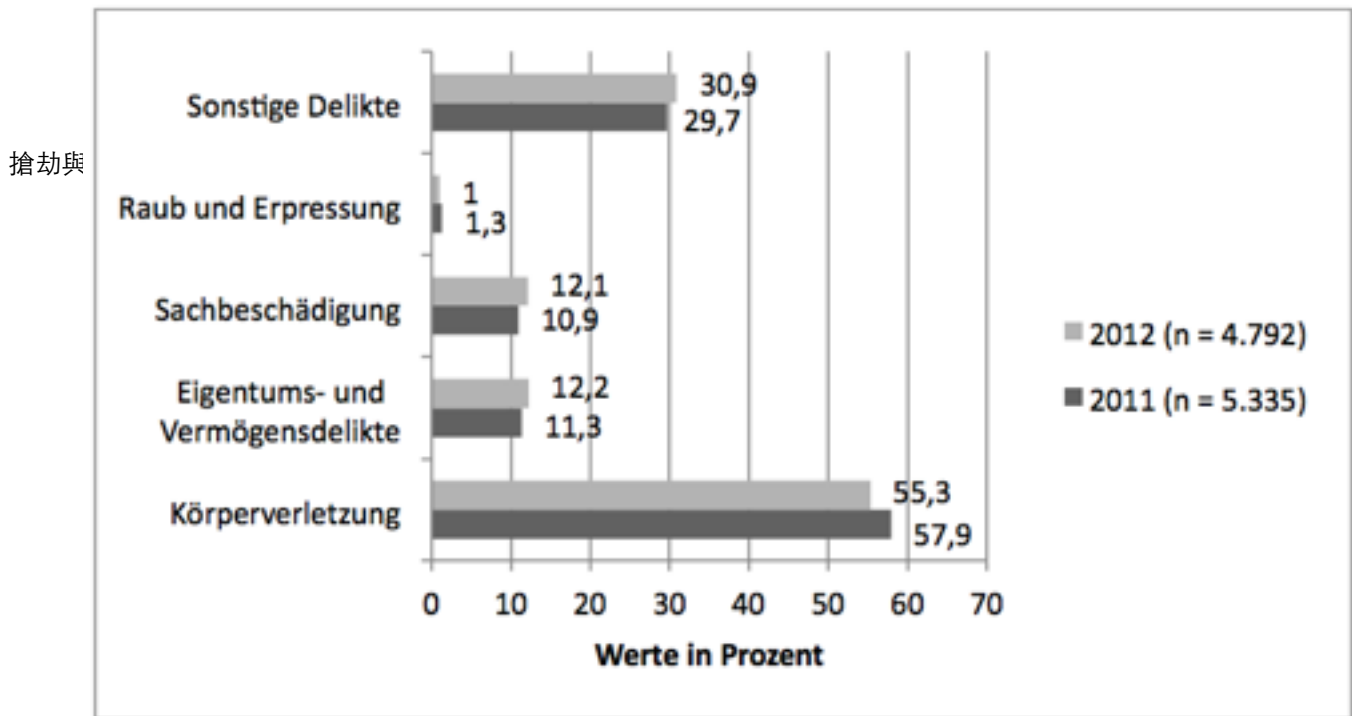


另外再觀察這些進入行為人 – 被害人和解制度的案件類型，仍以傷害案件之犯罪型占最大多數，2011年及2012年傷害案件均占有參與行為人 – 被害人和解機制案件過半數之多，2012年為55.3%，2011年為57.9%。而財產犯罪(Eigentums- und Vermögensdelikt)、毀損案件(Sachbeschädigung)則分別占10%左右的案件數。因此可以推估，使用此一新行為人與被害人間和解制度的案件，仍以一般社會生活中所常見的紛爭類型為主⁸⁵。

⁸⁴ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Berlin, 2014, S. 24

⁸⁵ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Berlin, 2014, S. 29

Abbildung 16: Deliktsstruktur der Ausgleichsfälle - zusammengefasste Deliktkategorien - alle Altersgruppen - 2011 / 2012



再就紛爭事件中，當事人間的關係來觀察，可以發現，鄰居衝突與家庭暴力案件亦占有一定的數量，其中鄰居衝突(Nachbarschaftskonflikt)約莫占20%左右，家庭暴力案件(häusliche Gewalt)則從2011年的16%持續上升至2012年的26.1%。占最大多數的案件以特別關係(sonstiger Beziehungskonflikt)衝突，約莫占50%左右⁸⁶。

Tabelle 5: Konflikttypen 2010 bis 2012

	2010		2011		2012	
	N	%	N	%	N	%
Nachbarschaftskonflikt	363	21,4	442	18,1	410	19,8
Häusliche Gewalt	273	16,1	565	23,1	540	26,1
Stalking	102	6,0	136	5,6	83	4,0
Sonstiger Beziehungskonflikt	959	56,5	1.304	53,3	1.033	50,0
Gesamt	1.697	100,0	2.447	100,0	2.066	100,0

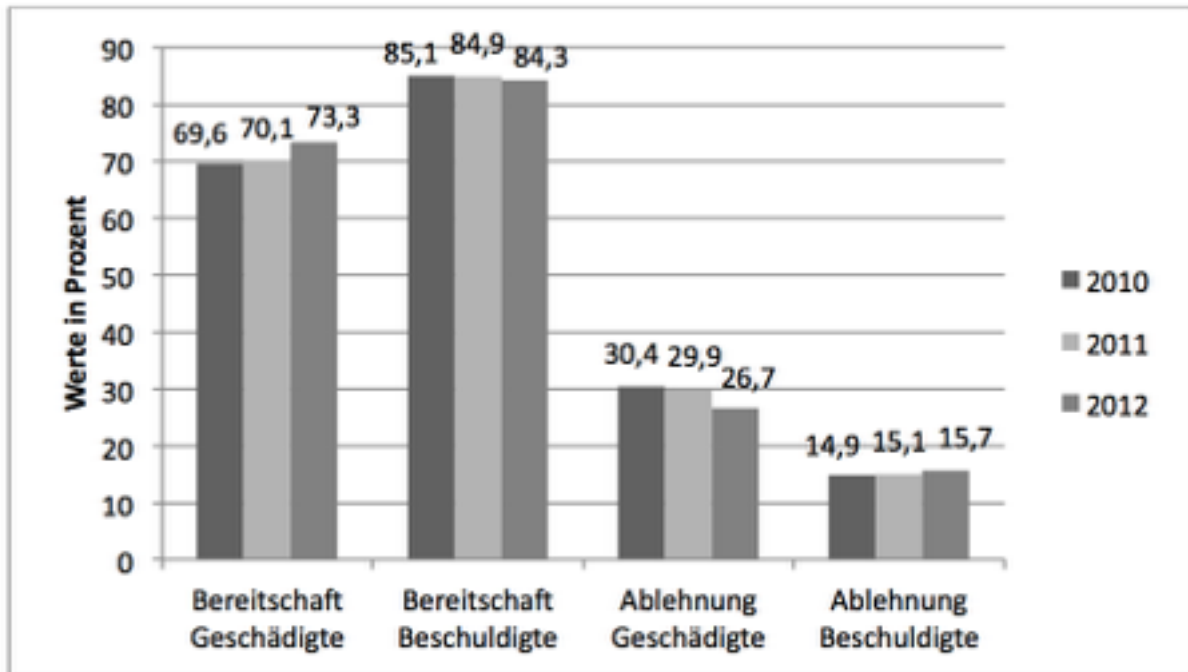
2010至2012年衝突類型						
	2010		2011		2012	
	案件數	%	案件數	%	案件數	%
鄰居衝突	363	21.4	442	18.1	410	19.8
家庭暴力	273	16.1	565	23.1	540	26.1
跟蹤案件	102	6.0	136	5.6	83	4.0
特別關係衝突	959	56.5	1304	53.3	1033	50.5
總合	1697	100.0	2447	100.0	2066	1

而就案件當事人參與行為人－被害人和解機制的意願來觀察，可以發現經相關機關(警察局、偵查單位)等選定適合進行此機制的案件當事人中，經調解負責機關成功聯絡到的案件當事人中，可以發現當事人均有高度的參與意願，就被害人方面而言，願意嚐試此機制的人均占69%以上的比例；相較之下，行為人一方願意嚐試的意願更高，約莫8成以上的行為人

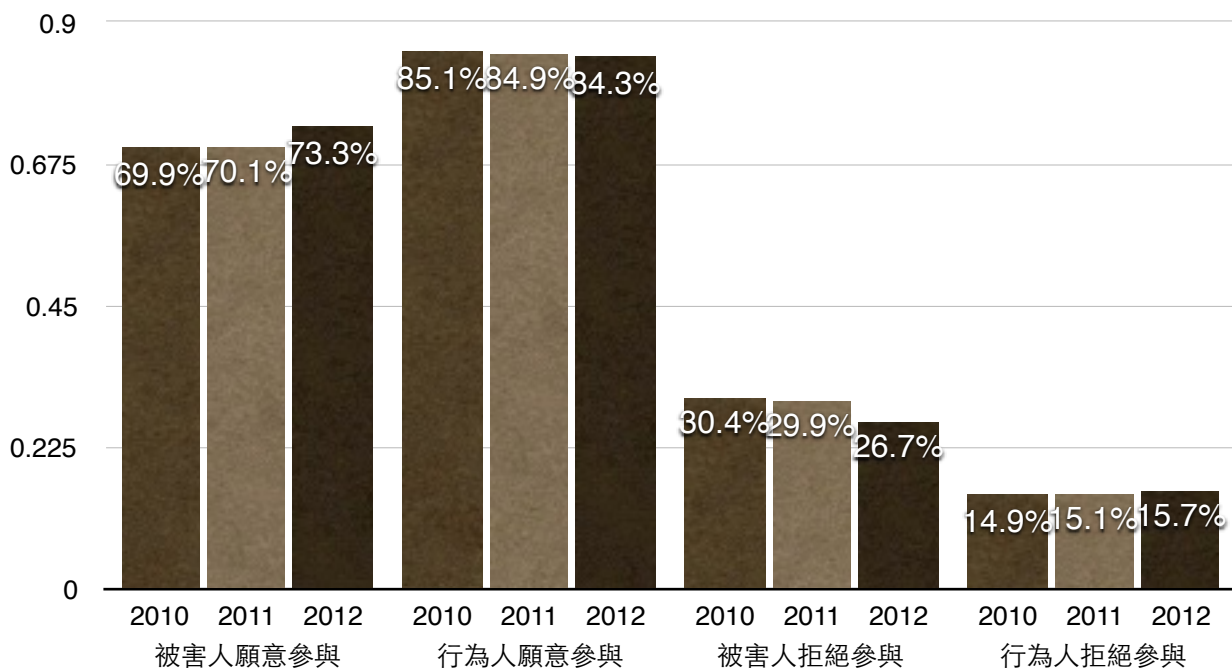
⁸⁶ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Berlin, 2014, S. 32

均願意嚐試此一司法外的和解機制⁸⁷。可見行為人一方還是更高的動機與意圖，將案件在司法程序外解決。

Abbildung 21: Bereitschaft zum TOA bei gelungener Kontaktaufnahme 2010 bis 2012



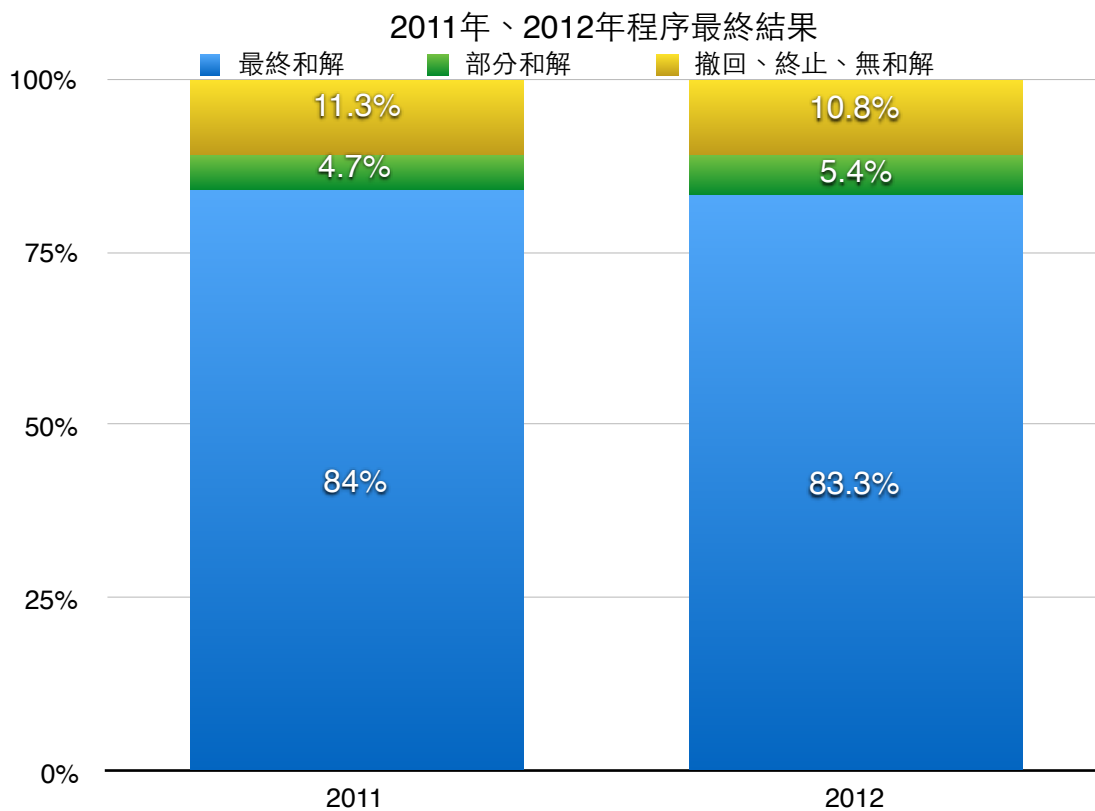
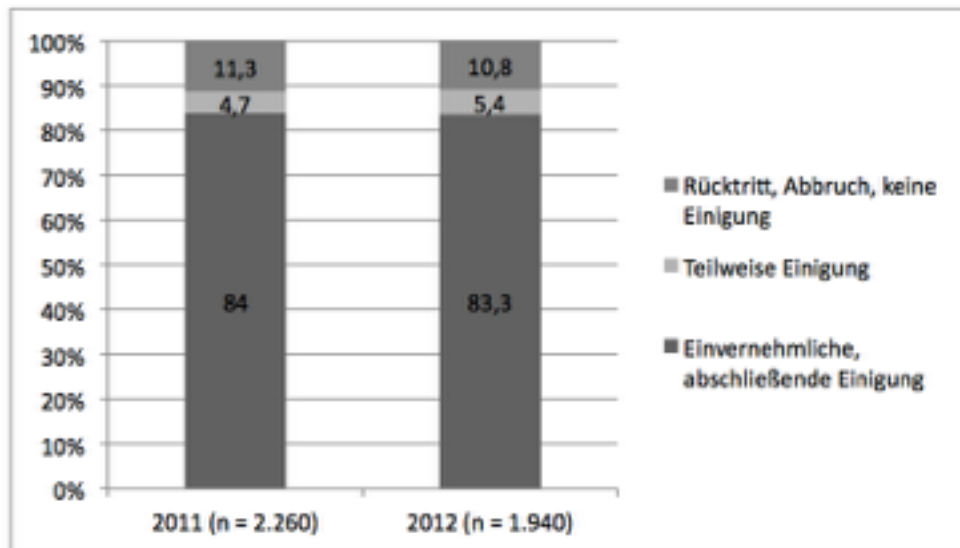
2010年至2012年間，成功聯絡之當事人參與「行為人－被害人和解制度」之意願



⁸⁷ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Berlin, 2014, S. 34, 36.

而就行為人－被害人和解制度機制進行結果而論，其成效可謂顯著。2011與2012年間，所有開啟此機制的案件，均有8成以上的和解率，並有約5%左右的部分和解成效⁸⁸。

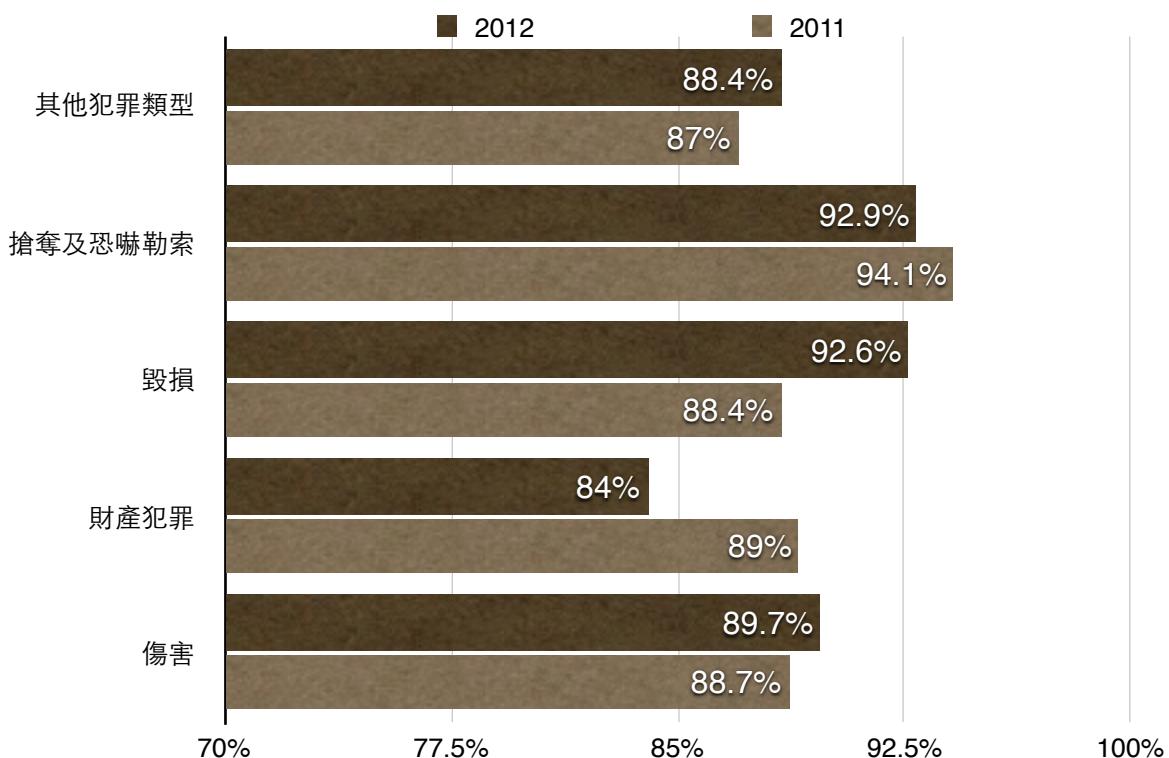
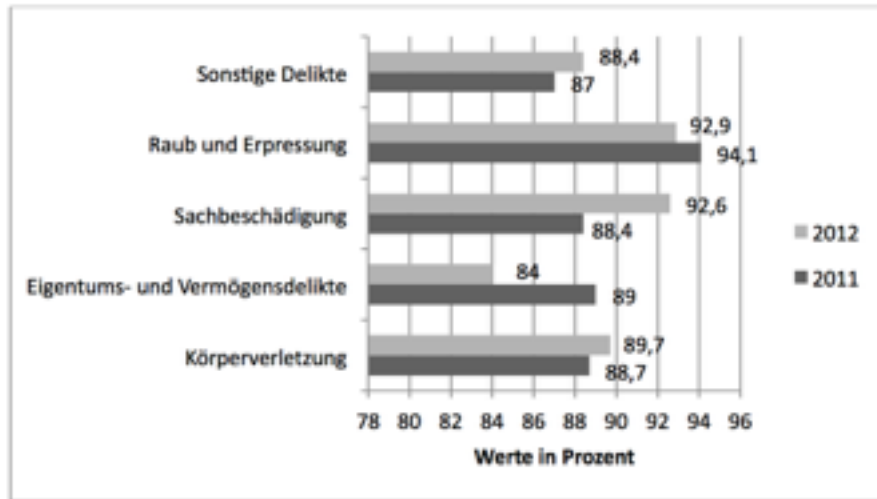
Abbildung 24: Ergebnis der Ausgleichsverfahren - Alle Ausgleichsverfahren - 2011 / 2012



⁸⁸ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Berlin, 2014, S. 48

此外，若以犯罪類型來觀察行為人－被害人和解機制成功結果，可以發現，搶奪及恐嚇取財案件的和解達成率最高2011年與2012年此等案件之和解成功率均在92%以上。毀損及傷害案件也均有88%以上的和解成功率。就財產犯罪的和解成功率，在2011年有89%，於2012年下降至84%，是比例變化最大的犯罪類型⁸⁹。

Abbildung 25: Erfolgreiche Ausgleichsverfahren nach Deliktgruppen 2011 / 2012



⁸⁹ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Berlin, 2014, S. 49

德國行為人－被害人和解制度的和解內容可謂十分多元化，除去道歉、損害賠償、慰撫金給付外，行為規範協商、替被害人完成工作績效、贈禮、回收已經無價值物品、行為人與被害人一起從事特定行為等，均可能是和解方案的內容。而和解方案亦不只限於一種補償形式，可以數種合併於一方案中⁹⁰。

Tabelle 7: Leistungsvereinbarungen zwischen Beschuldigten und Geschädigten, Werte in Prozent 2011 / 2012⁶⁵

	2011 (n=1.753)	2012 (n=1.521)
Entschuldigung	69,7	65,4
Verhaltensvereinbarung (neu seit 2010)	34,7	35,2
Schadensersatz	19,4	23,5
Schmerzensgeld	12,8	14,0
Arbeitsleistungen für den Geschädigten	3,6	4,1
Geschenk	2,3	2,2
Rückgabe einer entwendeten Sache	1,9	2,1
Gemeinsame Aktivität mit dem Geschädigten	1,9	1,8
Sonstige Leistungen	11,5	10,1
Keine explizite Leistungsvereinbarung	8,2	6,1
Gesamt ⁶⁶	166,0	164,5

行為人與被害人和解方案內容		
	2011 (案件數：1753)	2012 (案件數：1521)
道歉	69.7%	65.4%
行為規範協商	34.7%	35.2%
損害賠償	19.4%	23.5%
慰撫金	12.8%	10.4%
替被害人完成工作績效	3.6%	4.1%
贈禮	2.3%	2.2%
回收已經無價值物品	1.9%	2.1%
行為人與被害人一起從事特定行為	1.9%	1.8%
特別和解方案內容	11.5%	10.1%
無特別討論和解方案內容	8.2%	6.1%

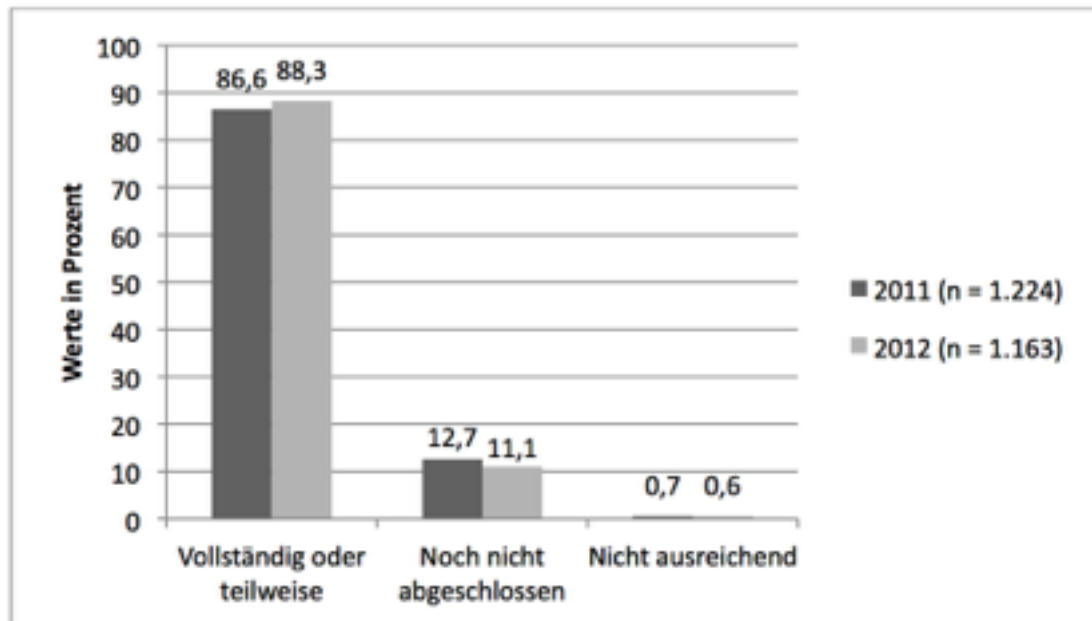
⁹⁰ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Berlin, 2014, S. 50.

行為人與被害人和解方案內容

總計	166%	164.5%
----	------	--------

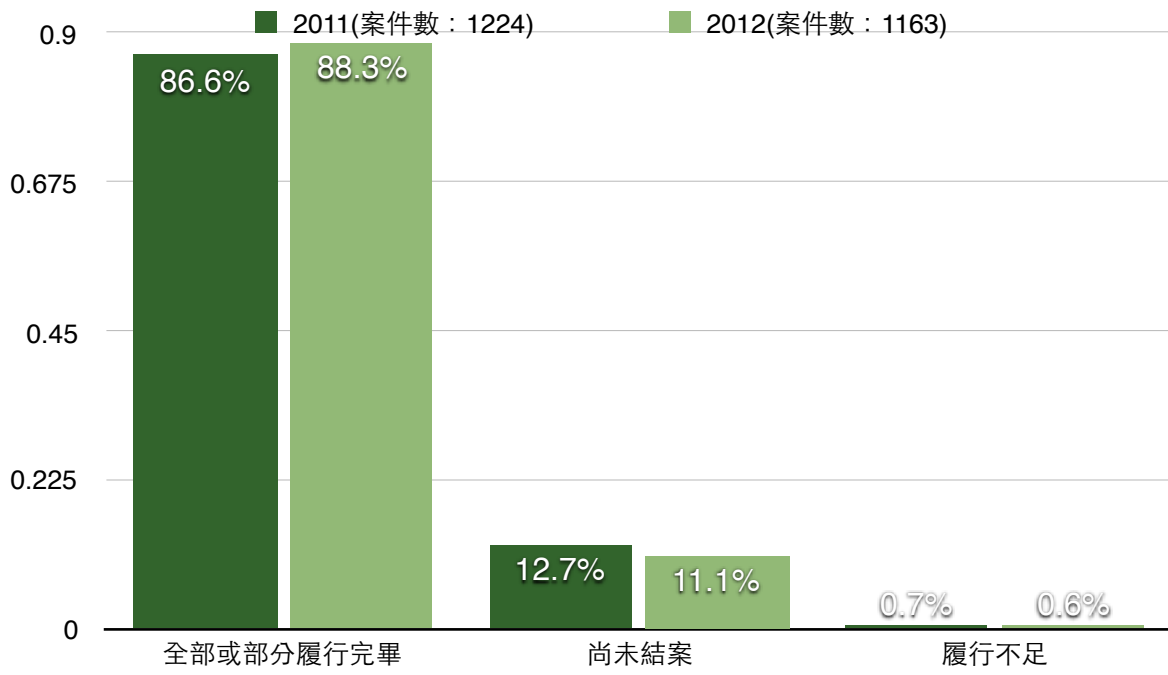
對受害者而言，最關心的可能是和解方案是否能確實被履行。根據德國統計，在2011年與2012年間，和解方案的執行率均在86%以上。這種高度的執行率，亦可能間接促成當事人願意採行司法程序外的和解程序。亦值得參考與借鏡⁹¹。

Abbildung 26: Erfüllung der vereinbarten Leistungen 2011 / 2012



⁹¹ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Berlin, 2014, S. 52

其中圖表中所示「部分履行」，係指對於利息計算的部分，經與負責執行行為人－被害人和解機制的機關確認結果，此部分利息計算的差異最終均有完成給付，因此可與全部履行完畢一併計算。



第四章、醫療糾紛案件

壹、德國醫療糾紛案件的司法實務狀況

一、概況與趨勢

醫療糾紛在德國不是一種新型態的案件糾紛類型，處置失當(Kunstfehler)的糾紛從過去就存在。有關德國每年有多少件醫療糾紛案件其實沒有明確的統計。Ulsenheimer教授在1998年估計每年約有1萬件左右因醫療過失而生的損害賠償及慰撫金請求案件，而於偵查機關中，每年約有3000件針對醫師人為過失案件的調查。Krumpaszky在1997年則評估每年，約百分之2到3的醫師被偵查，全德國每年約5000件到8500件針對醫師醫療責任的偵查案件。Rober Koch研究機構在2001年時則是估算德國每年約有4萬件針對醫療過失的指摘，約有1萬2千件被證明確實有醫療過失的存在¹。

而且可以預見的是，將來也會是法院繼續要處理的複雜案件。因為醫師不立於法律之外，亦受法規範的拘束，而且他們在執行其業務的時候，也跟一般人一樣，有其人性弱點及個人缺陷。不過德國在近30年內，就醫師責任領域，案件數量及案件內容皆出現驚人的成長。過去只有極少數的病患會對醫師提出損害賠償及請求慰撫金的訴訟，且刑事上對於醫師所提出的過失傷害案件也是例外。在德國對醫療糾紛案件一直沒有明確的統計數據，然而確切的統計數據因為不同統計方式而欠缺具體數據(因為如果是仍在調查中的舊案有以案件數或者病患人數二種不同的統計方式)。但可以確定的是，自1980年以來，對醫生提出的刑事追訴案件也是逐年增加，雖然增加的數量仍以民事訴訟較多。2004年有7659件對醫師或醫院提起的民事訴訟，2007年等種民事訴訟的案件量已成長到11521件。經估算，每年約有10000至12000項的請求是有理由的。責任保險的保險人則估算每年約有3萬到4萬件間的醫師責任保險新案，且有逐年增加的趨勢。而且根據所有的鑑定及調解委員會的統計，聲請醫師公會鑑定及調解的案件數亦有明顯增加的趨勢：在巴伐利亞醫師公會2001/2002年間處理704件鑑定及調解案件，到了2005/2006年間有870件；Nordrhein在2003年有1689件鑑定及調解案，到了2007/2008年統計年度有1925件；WestfalenLippe地區的鑑定及調解案從2001年的1452件到2004年間已有1777件；全國統計案件數由1997年間的8884件，到2008年間已成長到10967件。聯邦最高法院院長亦證實從1980年代開始，相關的上訴三審案件有不成比例的成長；鑑定人亦表示，處置失當的委託鑑定案件成長速度可與雪崩的速度相比擬。就刑事

¹ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, 2007, S. 10.

責任部分，亦估計每年約有3000件到3500件針對醫師的醫療過失、違反說明義務及違反組織責任的偵查案件在進行中²。

二、醫療糾紛案件增加的原因

1.醫病信賴關係的消失(Das schwindende Vertrauensverhältnis Arzt – Patient)

醫病信賴關係的消失是醫療糾紛案件增加最明顯及主要的原因。醫病關係在現在的社會只被視為單純業務上、契約上的關係，只被視為一種特別的私法契約即醫療契約關係，因此如同其他契約債務不履行或加害給付等損害賠償請求一般，經由損害賠償訴訟的提出，以期使用法律上強制執行達到損害賠償的救濟方式，自然會被越來越多人使用³。

2.過度請求、功效掛帥、醫療分工(Übermäßige Ansprüche, Leistungsexplosion und Arbeitsteilung)

過度請求與第一個理由有相同重要性。有德國學者認為，「我們處在一個過度請求的年代；而過度請求，只會帶來另人失望的結果，在醫療糾紛案件類型也是如此」⁴。諷刺的是，醫療技術的發展反而增加一種人類萬能及科技完美的假想像，因而對醫療過程有過高的期待與要求。隨之而來的便是一種毫無道理的傾向：遇到治療結果不成功、出現併發症致死、手術失敗等狀況時，即認為一定是有人為疏失的存在，而逕認為一定是醫師處置有誤而造成不利後果，完全不考慮事情的流程有時有其命運(Schicksal)的成份存在，而認為自己至少可以為了這些不利的後果得到實質上、金錢上的補償。現在的病患，已經沒有「不公正(Unrecht)」與「不幸(Unglück)」間、或是「罪責(Schuld)」與「命運(Schicksal)」的差異的概念。然而氾濫請求之後接下來對請求結果的失望，又會加深對醫療及司法的批評，而大型醫院裡「機構醫師(Apparatemedizin)的匿名性與不人性化醫療流程，亦加深了病患的不信任與懷疑，進而產生更多的偏見⁵。

除此之外，講求提高醫療效能的各種制式作業要求、作業標準，在現今日益複雜的醫療方法的背景下，面臨更大的風險。此外，現在連醫療衛生事業亦講求經濟效(Ökonomisierung)，醫師在面臨醫療資源、時間分配的壓力，而人手不足亦造成每名醫師負擔的增加，因此在診斷、處置、及住院照護各階段發生錯誤幾乎成為不可避免(fast zwangsläufig)的事情。再者，醫學專業分工越來越細緻，以致於就醫過程中，縱向的合作及橫向的合作越來越多，醫

² Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 112 Zivilrechtlicher Haftungsprozess und strafrechtliche Verantwortung, Rn 1, 2.; Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 10

³ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 112, Rn. 3.

⁴ 個人以為，如果這位德國學者瞭解台灣的狀況後，可能會有不同的解讀！？

⁵ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 112, Rn. 4.

療流程分割成多種階段，各部門間的合作過程中可能產生的誤會或缺乏溝通及協調不足，亦可能導致責任事故的發生⁶。

3. 媒體報導、競爭想法、法律保護險等(Presseberichte, Konkurrenzdenken, Rechtsschutzversicherungen, ua.)

病患權益保護團體(Patientenschutzbünde)或打擊醫療過失協會(Vereinigungen zur Bekämpfung ärztlicher Kunstfehler)，以及媒體上時常可以看到的片面報導，亦提供一個扭曲、負面的醫療從業人員形象。另外，就醫市場上的相互競爭、因應新法規下醫療收入的減少，亦使醫師團體內有不同的聲音，而使得醫師間亦不再「醫醫相護」。而律師(尤其是打著專門於醫療訴訟名號的律師)亦會鼓勵病患當事人提出訴訟，而且法律保護保險亦會分擔病患方提出有疑問的訴訟時的訴訟費用。病患自我權利意識的增加，以及願意提出訴訟意願的成長，亦導致醫療糾紛訴訟案件的成長。最後，醫療保險機構保險人依社會福利法律彙編第五冊第66條的規定，在醫療過失發生時，其負有輔助被保險人或要保人的責任⁷；訴訟費用救助團體(Prozessfinanzierungsgesellschaften)、司法實踐上對醫療糾紛案件舉證責任要求之減輕，抑或是有利於病患的舉證責任倒置、闡明要求的擴張(Überdehnung der Aufklärungsanforderungen)……等等，都是造成醫療糾紛案件量增加的原因⁸。

三、偵查醫療案件來源：

(一) 案件來源

1. 病患或其家屬提出告訴

被害人或有告訴權的家屬提出告訴，毫無疑問地是案件來源之一。

2. 死因調查程序

遇有死因不明的死亡案件時，檢察機關會有死因調查程序 (Todesermittlungsverfahren，即我國的相驗案件)。

⁶ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 112, Rn. 5.

⁷ § 66 SGB V Unterstützung der Versicherten bei Behandlungsfehlern

Die Krankenkassen sollen die Versicherten bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen, die bei der Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen aus Behandlungsfehlern entstanden sind und nicht nach § 116 des Zehnten Buches auf die Krankenkassen übergehen, unterstützen. 被保險人在醫療保險保險範圍內之醫療行為，而產生損害賠償請求權事由，且該請求權非屬社會福利法律彙編第十冊第116條所訂移轉由保險人承擔時，醫療保險保險人負有協助要保人完成權利救濟之義務。

⁸ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 112, Rn. 6.

如果家屬就死亡結果對醫師提出指訴的情況下，便會進行解剖驗屍。一些案件中法醫 (Rechtsmediziner) 會建議聘請專科醫師鑑定人，若鑑定意見認為醫療過程有過失，便會開始進行案件的調查。

根據估計，在德國有關醫療糾紛的偵查案件，約有三分之一是來自死因調查程序而來⁹。

3. 匿名檢舉

在Köln有越來越多匿名檢舉醫療過失案件的狀況，許多這種匿名檢舉依其檢舉內容來看，是出自該被檢舉醫師的工作場合相關的人士。在科隆會由負責醫事案件小組的負責人 (Oberstaatsanwalt) 先確認該檢舉是否有足夠的資料或線索可以進行調查，以及案件是否有進行調查的必要¹⁰。

(二) 案件來源的比例

在Christoph Herbert Venedey針對Bonn地區從1989年到2003年因醫療疏失（及看顧疏失）而生、經由Bonn大學法醫中心為解剖或鑑定，而由偵查機關為相關處理的210件案件中，有105件案件（50%）針對醫療過失的偵查案件是由死因調查程序而衍生而出、第二高的案件來源則是病患或其家屬提出刑事告訴（71件，占33.8%），後手醫師或者醫療同業提出的告發，亦有9件（佔4.3%）¹¹。

偵查案件來源統計

案件來源	案件數	案件比例
不明原因或非自然死亡案件報告 (Angabe der Todesart unbekannt / nicht-natürlich)	105	50%
家屬提出告發或告訴 (Vorwurf/Strafanzeige der Angehörigen)	71	33.8%
死亡證明書開立時，家屬提出告發或告訴 (Vorwurf/Strafanzeige der Angehörigen und Angabe in der Todesbescheinigung)	12	5.7%

⁹ Lillie/Orben: Zur Verfahrenswirklichkeit des Arztsstrafrechts, ZRP 2002, 154, Fn 19.

¹⁰ http://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/recht/article/830325/behandlungsfehler-nur-selten-prozess-kommt.html

¹¹ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S. 16, 17.

案件來源	案件數	案件比例
共同醫療或後續接手療程醫師之告發 (Anzeige eines mit- oder nachbehandelnden Arztes)	9	4.3%
病患在世時自己提出告訴 (Anzeige des Patienten noch zu Lebzeiten)	7	3.3%
其他來源 (Sonstiges)	3	1.4%
職權告發(von Amts wegen)	2	1.0%
匿名檢舉 (anonyme Strafanzeige)	1	0.5%
總計	210	100%

在105件的不明原因或非自然死亡案件報告中，有52.1%是來自診療程序或者接手醫療程序醫師的通報，29.1%是由急診醫師通報。9.4%的案件由戶政單位通報不明原因或非自然死亡案件、6.0%則是火葬前驗屍程序而發現有異、2.6%的案件因死者家屬對死亡原因記載的異議而由衛生單位通報。甚至有個案是殯葬業者在處理案件時，因死亡原因記載為非自然死，向警局通報而啟動偵查¹²。

四、德國醫事偵查案件之經過與結果

(一) 偵查時間

在這些210件醫療案件中，共計有236項的缺失的指控。在研究者Christoph Herbert Venedey統計期間，共有202件案件終結偵查，其中119件（58.9%）在1年內終結偵查程序，40件（19.8%）在一年到一年半間偵結，而43件（21.3%）偵查時間超過一年半¹³。

(二) 所涉罪名

Christoph Herbert Venedey 統計涉及醫療疏失而由偵查機關開案的210件案件中，有39件死因調查程序案件（不涉及特定犯罪行為或被告），及171件偵查案件¹⁴。在這171件案件

¹² Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S. 17.

¹³ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S. 15.

¹⁴ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.13.

中，共有183個犯罪行為被提出告訴，但是是170個案件在個別案件中，只指摘一種犯罪行為，在1個個案中，總告提告了13個犯罪行為。被提出的犯罪嫌疑種類如下¹⁵：

告訴罪名	指摘數	比例
過失致死 (fahrlässige Tötung)	144	78.7%
傷害(Körperverletzungsdelikte)	29	15.8%
遺棄(unterlassene Hilfeleistung)	9	5.0%
謀殺 (Mord)	1	0.5%
總計	183	100%

如果再將被指摘的罪名與案件來源相互勾稽，則可以得到以下結論¹⁶：

	過失致死	過失致死 + 過失傷害	傷害	遺棄	謀殺	總計
	案件數/比例	案件數/比例	案件數/比例	案件數/比例	案件數/比例	案件數
死因案件報告 (Angabe Todesart)	69 / 97.2%		1 / 1.4%	1 / 1.4%		71
家屬提告 (Vorwurf/ Strafanzeige der Angehörigen)	55 / 80.9%		9 / 13.2%	4 / 5.9%		68
死因案件+家屬提告 (Angabe Todesart + Vorwurf Angehörigen)	10 / 91.0%			1 / 9.0%		11
醫師提告 (Anzeige eines Arztes)	7 / 77.8%			1 / 11.1%	1 / 11.1%	9
病患提告 (Anzeige eines Patienten)			6 / 85.7%	1 / 14.3%		7
其他案源 (Sonsitges)			1 / 50%	1 / 50%		2
職權告發 (von Amts wegen)	1 / 50%	1 / 50%				2

¹⁵ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.19, 20.

¹⁶ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.21.

	過失致死	過失致死 + 過失傷害	傷害	遺棄	謀殺	總計
	案件數/比例	案件數/比例	案件數/比例	案件數/比例	案件數/比例	案件數
匿名檢舉 (anonyme Strafanzeige)	1 / 100%					1
總計	143 / 83.6%	1 / 0.6%	17 / 9.9%	9 / 5.3%	1 / 0.6%	171 / 100%

(三) 被指摘的醫療疏失類型

為方便統計，學者 Christoph Herbert Venedey 將被指摘的醫療疏失行為歸類為以下10種類型¹⁷：

(1) 錯誤治療行為 (Fehlbehandlung)：包括正確診斷下的錯誤醫療方式的決定、其他的錯誤治療（像是侵入性治療時所造成的組織結構上的錯誤傷害）、輸液錯誤 (Transfusionszwischenfall，像是搞錯血型)。

(2) 手術併發症 (Komplikationen bei bzw. nach operativen Eingriffen)：手術進行時發生的併發症 (intraoperative Komplikationen，像是鄰近組織或者結構的錯誤傷害)、手術檯上死亡或猝死 (Exitus in tabula bzw. mors in tabula，像是因可避免的腹部主動脈的傷害造成急性出血而死於手術檯上等)、術後併發症 (像是因縫合不足而造成的術後出血、未被發覺的腸壁損壞造成急性腹膜炎等)。可再細分為手術中缺乏細心、器官或血管損傷、麻醉問題、術後留下異物等¹⁸。

(3) 診斷錯誤 (Fehldiagnose)：像是未診斷出心肌梗塞，而僅針對肋間神經痛 (intercostal neuralgia) 或胃炎為治療、因錯誤診斷而為的無意手術 (nicht indizierte Operation)。

(4) 醫療行為不作為 (Unterlassen medizinisch indizierter Maßnahmen)：像是檢查或診斷行為的不足（像是對腦震盪病患未進行放射影像檢查、有心血管症狀而未進行心電圖檢查以致未診斷出心肌梗）、對術後併發症過遲的反應（像是過遲發現術後腹膜炎）、觀察不足 (unzureichende Überwachung)，或是轉院過遲 (verspätete Einweisung in ein Krankenhaus)。又可再細分為治療行為不足、未採取監測措施、治療行為過遲、監測措施不足、過遲發現有敗血症或腹膜炎的狀況及不夠細心¹⁹。

¹⁷ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.22-24.

¹⁸ a.a.O. S.26.

¹⁹ a.a.O. S. 26.

(5) 用藥錯誤 (Medikationsfehler)：開立不被允許的處方或者不被允許合併使用的處方、用藥錯誤（像是混淆藥物）、劑量錯誤（過量或是不足）、投藥方式錯誤（將分子標的治療藥物(Zytostatikums)注射在腦脊髓膜內而非靜脈內）。

(6) 說明錯誤 (Aufklärungsfehler)：在手術或者侵入性治療前，未就併發症或者可能替代治療方法為說明，或者是未充足說明。此外，像是未注意精神疾病患者欠缺醫療決定能力 (Psychatriepatient nicht entscheidungsfähig)的狀況亦包括在內²⁰。

(7) 未到場治療 (Nichterscheinen beim Patienten)：在緊急呼救後，醫師未到病床為處置。

(8) 照護疏失 (Pflegerfehler)：預防褥瘡措施不足、輸液或營養供給不足、預防血栓措施不足、危險運輸行為 (rsikanter Transport，例如未固定於擔架上而造成跌落)、備用品錯誤（手術中備用品錯誤造成損傷）。

(9) 未具體的醫療疏失 (Behandlungsfehler nicht konkretisiert)。

(10) 拒絕醫療 (Ablehnen einer Behandlung)：在病患的要求下，醫師拒絕進行必要的醫療行為。

而在Bonn地區的210件案件醫療糾紛偵查案件當中，被指摘的醫療過失行為統計結果如下表²¹：

醫療疏失類型	指摘數	百分比
未具體指摘 (nicht konkretisiert)	66	28.0%
不作為 (Unterlassen)	48	20.3%
手術併發症 (Komplikation bei/nach operativen Eingriff)	27	11.4%
錯誤治療行為 (Fehlbehandlung)	27	11.4%
用藥錯誤 (Medikationsfehler)	25	10.6%
照護疏失 (Pflegerfehler)	17	7.2%
診斷錯誤 (Fehldiagnose)	16	6.8%
說明錯誤 (Aufklärungsfehler)	5	2.1%
未到場治療 (Nichterscheinen beim Patienten)	4	1.7%
拒絕醫療 (Ablehnen einer Behandlung)	1	0.5%
總計	236	100%

²⁰ a.a.O. S. 29.

²¹ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.25.

(四) 鑑定機關鑑定結果

針對上述10種醫療疏失類型，Christoph Herbert Venedey再分別統計鑑定機關對於所指摘之行為，是否確實有過失之情形為統計，以及縱令有過失，而該過失與病患傷害或死亡結果有無因果關係之鑑定意見，其統計結果則如下表²²：

疏失類型	案件數	無疏失	可能有疏失	鑑定人未表示意見	有疏失	有疏失但無因果關係	有疏失亦有因果關係
未具體指摘	66	60 / 90.9%	2 / 3.0%	4 / 6.1%			
不作為	48	28 / 58.3%	3 / 6.3%	4 / 8.3%	13 / 27.1%	7 / 14.6%	6 / 12.5%
手術併發症	27	16 / 59.3%		8 / 29.6%	3 / 11.1%	1 / 3.7%	2 / 7.4%
錯誤治療行為	27	19 / 70.4%	1 / 3.7%	4 / 14.8%	3 / 11.1%	3 / 11.1%	
用藥錯誤	25	13 / 52%		5 / 20.0%	7 / 28.0%		7 / 28.0%
照護疏失	17	9 / 52.9%	4 / 23.5%	2 / 11.8%	2 / 11.8%	1 / 5.9%	1 / 5.9%
診斷錯誤	16	8 / 50.0%	1 / 6.2%	4 / 25%	3 / 18.8%	1 / 6.3%	2 / 12.5%
說明錯誤	5	3 / 60%		1 / 20.0%	1 / 20%		1 / 20.0%
未到場治療	4	1 / 25.0%		3 / 75%			
拒絕醫療	1	1 / 100%					

(五) 偵查作為

1. 扣押病歷資料

與臺灣作法相同，為求確認醫療流程經過，亦有保全病歷之須求。在統計的210件醫療案件當中，有172件（占81.9%）採取了扣押病歷資料的偵查作為²³。至於沒有扣押病歷的38件案件中，其中有的是在法醫解剖驗屍過後，發現死者已經病情已經到最末期的狀況，即便接受即時且適當的治療，病患也不會有存活的可能性，此例所謂末期的病情，像是完全塞住心血管的栓塞、過大的心臟撕裂傷等。在其他案件中，則是在法醫解剖或鑑定後，無法發現任何醫療行為與死者的死亡或損害有何因果關係的情形，像是在手術後所有應遵循的程序皆有被遵守，而最後仍發生病人死亡的結果的案件，此情況下，手術行為與病患的死亡或者損害二者之間，就會被認為沒有因果關係。另一個案例是，在死者體內毒物檢驗結果，驗出高單

²² Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.31.

²³ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.46.

位的毒物反應，證實死者有自殺意圖。又或者在詢問證人後案件即停止偵查，而無調閱病歷的必要²⁴。

2. 訊問當事人

在所有210件案件中，有97件（占46.2%）的案件有傳訊相關當事人。傳訊當事人的作用在釐清事件發展經過，因此有時也會由鑑定人對當事人為相關訊問。這些由鑑定人進行的訊問結果也會通知偵查機關，以確定該醫療疏失案件中有哪些特別的醫學問題須要釐清，或者病患的死亡結果可能與何行為有因果關係²⁵。

在210件案中，有149案件是因為死者或傷者的家屬的告訴而開啟偵查作為。其中包括家屬作為告訴人，或者經由檢察機關指定家屬為代行告訴人提出告訴的狀況。其中有44件案件（占29.5%）有對家屬為偵訊而進行相關案件情況之資訊搜集。而在26件尚生存病患的案件中，只有3位病患被偵訊（占11.5%）²⁶。

而在210件案件中的210被告中，亦僅52位被告（占24.8%）被偵訊。被偵訊的52位被告中，有31位被告（占被偵訊被告的59.6%）主張緘默權，也因此，在全數210案件當中，實際上有被訊問的被告只有21位，占有所有被告數的10%²⁷。

在210件案件中，有16件案件（占7.6%）在進行訊問程序後就被中止進行（亦即為不起訴處分）。這些案件在被告的陳述或者證人的證述之後，確定被告無庸負責而為不起訴確定。特別的是其中有一件案件，鑑定人的鑑定意見雖認為，在一件最後致死的腹膜炎案件中，醫師的介入治療與開刀太晚被進行，但訊問醫師時，醫師確實承認對腹膜炎的診斷有太晚被發現之事，但這是因為病人未發燒，而且腹部的觸診也沒有腹部緊繃的情事。這個案件最後還是

²⁴ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.46, 47.

²⁵ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.48

²⁶ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.49.

²⁷ a.a.O.

依德國刑事訴訟法第170條第2項為不起訴處分，因為沒有足夠的證據證明手術被太晚實施²⁸。其餘的案件中，證人的陳述則被認為是不利被告之證據²⁹。

3. 對被指控之醫療過失行為的醫學評價 (Medizinische Bewertung von Behandlungsfehlervorwürfen)

在210件案件中，有202件案件停止在偵查階段，而在其中有200件案件經過司法解剖或者確定的鑑定。

(1) 司法解剖 (Obduktionsgutachten)

²⁸ § 170 StPO (Entscheidung über eine Anklageerhebung)

(1) Bieten die Ermittlungen genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage, so erhebt die Staatsanwaltschaft sie durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem zuständigen Gericht.

(2) Andernfalls stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein. Hiervon setzt sie den Beschuldigten in Kenntnis, wenn er als solcher vernommen worden ist oder ein Haftbefehl gegen ihn erlassen war; dasselbe gilt, wenn er um einen Bescheid gebeten hat oder wenn ein besonderes Interesse an der Bekanntgabe ersichtlich ist.

第170條：提起公訴之決定

(1) 偵查提供提起公訴的理由充分時，檢察機關應向案件管轄法院遞交公訴書，提起公訴。

(2) 否則，檢察機關應停止程序。檢察機關應當就程序之停止，通知曾作為被告接受訊問或曾對其簽發逮捕令之被告；如果被告請求通知或顯然對於通知有特別利益，亦適用此規定。

²⁹ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.50.

在通報可疑非病死或者死因不明案件，或者在告訴人提出告訴後，偵查機關通常會依刑事訴訟法第87條以下的規定，進行司法解剖³⁰。其中有6個死亡案件，遺體已經由臨床病理醫師進行解剖(Sektion)，其中4件的解剖發現爾被法醫所採用。另外2件則由Bonn的法醫中心進行第二次解剖，然而因為先前的解剖程序，使得法醫鑑定更加困難³¹。

以指摘的罪名分類，醫療糾紛案件進行解剖的統計結果如下³²：

糾紛類型	案件數	進行解剖案件數	解剖案件比例
過失致死 (fahrlässige Tötung)	144	140	97.2%
傷害 (Körperverletzungsdelikte)	29	4	13.8%
遺棄 (unterlassene Hilfeleistung)	9	6	66.7%
謀殺 (Mord)	1	1	100.0%
總計	183	151	82.5%

³⁰ § 87 StPO Leichenschau, Leichenöffnung, Ausgrabung der Leiche

(1) Die Leichenschau wird von der Staatsanwaltschaft, auf Antrag der Staatsanwaltschaft auch vom Richter, unter Zuziehung eines Arztes vorgenommen. Ein Arzt wird nicht zugezogen, wenn dies zur Aufklärung des Sachverhalts offensichtlich entbehrlich ist.

(2) Die Leichenöffnung wird von zwei Ärzten vorgenommen. Einer der Ärzte muß Gerichtsarzt oder Leiter eines öffentlichen gerichtsmedizinischen oder pathologischen Instituts oder ein von diesem beauftragter Arzt des Instituts mit gerichtsmedizinischen Fachkenntnissen sein. Dem Arzt, welcher den Verstorbenen in der dem Tod unmittelbar vorausgegangenen Krankheit behandelt hat, ist die Leichenöffnung nicht zu übertragen. Er kann jedoch aufgefordert werden, der Leichenöffnung beizuwohnen, um aus der Krankheitsgeschichte Aufschlüsse zu geben. Die Staatsanwaltschaft kann an der Leichenöffnung teilnehmen. Auf ihren Antrag findet die Leichenöffnung im Beisein des Richters statt.

(3) Zur Besichtigung oder Öffnung einer schon beerdigten Leiche ist ihre Ausgrabung statthaft.

(4) Die Leichenöffnung und die Ausgrabung einer beerdigten Leiche werden vom Richter angeordnet; die Staatsanwaltschaft ist zu der Anordnung befugt, wenn der Untersuchungserfolg durch Verzögerung gefährdet würde. Wird die Ausgrabung angeordnet, so ist zugleich die Benachrichtigung eines Angehörigen des Toten anzuordnen, wenn der Angehörige ohne besondere Schwierigkeiten ermittelt werden kann und der Untersuchungszweck durch die Benachrichtigung nicht gefährdet wird.

第87條 驗屍、屍體解剖

(1) 驗屍由檢察機關或依檢察機關申請也可由法官，在延請醫師在場的條件下進行。如果查清案清顯然無須醫師參與，可以不延請醫師。

(2) 解剖屍體應當由兩名醫師執行。其中一名必須是法醫，或者是公立法醫或病理學研究院院長，或者是由此院長委託的、具有法醫知識的本院醫師。屍體解剖不得交與曾治療過死者死亡前最後病症的醫師進行。但是可以要求其解剖屍體時在場，從病歷的角度與以說明。檢察機關可以參與屍體解剖。依檢察機關申請，屍體解剖在法官在場的情況下進行。

(3) 為勘驗或解剖屍體，可將已埋葬的屍體掘出。

(4) 解剖屍體和掘出已埋葬的屍體，由法官命令；如果遲延就危及偵查結果，檢察機關亦有權命令。命令掘屍時，如果無特別困難即可找到死者親屬，且通知不危及偵查目的，應當同時命令通知死者的一名親屬。

³¹ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.51.

³² a.a.O.

有進行解剖的案件數共有183件，其中95件案件（占50.2%）中的死亡原因因為解剖程序而被調查，29件（占15.4%）因為解剖而否定醫療疏失的存在³³。

經解剖的有死亡 結果刑事案件與 死因調查件數	解剖結果					
	確認死亡原因、 否定醫療疏失	無確認死亡原因、 否定醫療疏失	確認死亡原因、 可能存在醫療疏失、 因果關係不存在	無確認死亡原因、 可能存在醫療疏失、 因果關係不存在	確認死亡原因 須進行其他 調查	無確認死亡原因 須進行其他 調查
過失致死：140	11 1.9%	3 2.1%	2 1.4%	1 0.8%	51 36.4%	72 51.4%
死因調查：38	10 26.3%	3 8%	0	0	14 36.8%	11 28.9%
傷害：4	0	0	0	0	1 25%	3 75%
遺棄：6	2 33.3%	0	1 16.7%	0	2 33.3%	1 16.7%
謀殺：1	0	0	0	0	1 100%	0
總計：189	23 12.2%	6 3.2%	3 1.5%	1 0.6%	69 36.5%	87 46%

在進行司法解剖後，有40案件因為解剖鑑定的結果而終止進行。其中有28件解剖鑑定認為沒有醫療疏失的存在；有4件雖然未排除醫療疏失的存在，但是依據解剖發現結果，認為該等醫療疏失與死亡原因沒有因果關係。另外有8件案件雖然法醫研究所有建議進行其他調查，案件仍被終止進行³⁴。

(2) 醫事鑑定 (Sachverständigengutachten)

在210件統計案件中，進行了245次的醫事鑑定，其中有177件的法醫鑑定，確認事件原因，包含因果關係鑑定。另外有48件由其他臨床醫師進行的鑑定，這些鑑定是經由告訴人或被告的請求，所做的私人鑑定。另外檢察機關還申請進行2次的覆鑑 (Obergutachten)，因為案件存在結論相互抵觸的鑑定結果。臨床醫院鑑定的平均鑑定天數是162.3天、Bonn法醫研究所

³³ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.52.

³⁴ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.53.

的平均鑑定天數是135.2天³⁵。再細步觀察，82件案件（占37.1%）的鑑定天數在3個月以下、75件案件（占33.9%）的鑑定天數在3到6個月間、33件案件（占15.1%）須時6到9個月、18件案件（占8.1%）鑑定耗時9到12個月、7件案件（占3.2%）鑑定時間為12到15個月、2件案件（占0.9%）花費15到18個月的時間來鑑定、有4件案件（占1.8%）的鑑定時間超過18個月³⁶。

在有經過鑑定，而偵查已經結案的160案件中，有112件鑑定結果認為不存在醫療疏失、有18件鑑定確認醫療疏失與因果關係存在、13件鑑定認為有醫療疏失但不存在因果關係、8件鑑定結果對醫療疏失的存在存疑，但否認有因果關係、6件案件鑑定人對醫療疏失無法表示意見，另有3件案件在即使鑑定結果建議送法醫研究所再行鑑定的情況下，案件仍被終止進行³⁷。

(3) 鑑定與解剖結果綜合比較

鑑定或解剖後案件結束偵查，鑑定或解剖結果	鑑定後結束偵查	解剖後結束偵查
不存在醫療疏失 140件，70%	28	112
存在醫療疏失、沒有因果關係 13件，6.5%		13
不確定是否有醫療疏失、確定沒有因果關係 12件，6%	4	8
存在醫療疏失、存在因果關係 18件，9%		18
建議進行臨床鑑定 3件，1.5%		3
建議進行其他調查 8件，4%	8	
不確定是否有醫療疏失、不確定有因果關係 6件，3%		6
總計 200件，100%	40	160

³⁵ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.54

³⁶ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.55.

³⁷ Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, S.57.

(六) 偵查結果

最終經過法院判決確定有醫療疏失的醫療糾紛案件，只佔醫療糾紛偵查案件數的5%，因為犯罪嫌疑不足而停止程序的案件(Einstellungen mangels hinreichenden Tatverdachts，相當於我國的不起訴處分)約佔醫療糾紛偵查案件的80%，被告支付一定金錢負擔而停止程序的案件(Einstellungen gegen Zahlung einer Geldauflage，相當於我國的緩起訴處分)約佔醫療糾紛偵查案件的15%，此等不起訴或緩起訴的比例遠比一般案件高出許多。經估算，經提出指控的醫療程序(Behandlung)不到所有醫療程序的1%，且這其中70%的指控並沒有根據³⁸。而且跟台灣不同的是，偵查程序中，如果案件決定不再進行追訴(Einstellung)，只有當被告在偵查程序中曾接受訊問、被逮捕的情況下必定會將案件不進行追訴的決定通知嫌疑人外，其他案件停止進行的決定不見得會主動告知嫌疑人，因此在德國很多醫療案件是在醫生也不知道的狀況下就結束了³⁹。

依據 Christoph Herbert Venedey 對Bonn地區210件醫療糾紛偵查案件的統計，其偵查結果統計結果如下⁴⁰：

偵查結果		案件數	比例
依刑事訴訟法第170條第2項，駁回或停止偵查		178	84.8%
緩起訴	附負擔 (§153a I)	11	5.2%
	不附負擔 (§153 I)	5	2.4%
起訴		8	3.8%
未結案		8	3.8%
總計		210	100%

如果將鑑定、解剖結果與檢察機關的結案結果相互比較，可以得到如下表所示之關聯性⁴¹：

³⁸ Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4. Aufl. S.4.

³⁹ 依Köln地區檢察長(Oberstaatsanwalt) Margarete Heymann的說法，德國檢察署也是會收到很多精神狀況不正常的人的告訴(Wir haben eine Vielzahl von Strafanzeigen von geistig verwirrten Patienten.)，對付這種告訴也是要小心處理。見：http://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/recht/article/830325/behandlungsfehler-nur-selten-prozess-kommt.html

⁴⁰ Christoph Herbert Venedey, *Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers*, S.59.

⁴¹ Christoph Herbert Venedey, *Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers*, S.65.

鑑定結果	偵查機關決定			
	依刑事訴訟法第170條第2項為不起訴	起訴、附負擔緩起訴(§153a I)、不附負擔緩起訴、聲請簡易判決處刑等	經傳訊證人或被告後，才依§170II為不起訴處分	未結案
否認醫療過失(96件)	90	2	4	
確認醫療疏失、否定因果關係(13件)	12	1		
不確認醫療疏失、否定因果關係(8件)	6	1	1	
確認醫療疏失、確認因果關係(18件)		16	2	
建議進行臨床鑑定(3件)	2	1		
不確認醫療疏失、不確認因果關係(3件)	1	1	1	
未給與結論(7件)				7
解剖結果	偵查機關決定			
確認死亡原因、否認醫療疏失(9件)	9			
未確認死亡原因、否認醫療疏失(2件)	2			
確認死亡原因、未排除醫療疏失、否定因果關係(3件)	2		1	
未確認死亡原因、未排除醫療疏失、否定因果關係(1件)	1			
確認死亡原因、建議其他調查(4件)	2	1	1	
未確認死亡原因、建議其他調查(3件)	1		1	1
總計 170件	128	23	11	8

五、德國醫療糾紛案件，確認醫療程序流程及因果關係方法之選擇

德國民法第630條g賦與當事人請求病歷紀錄的權利⁴²。影印費用須由當事人負擔，但該筆費用可以計入損害賠償的金額內。不過須注意的是，除了X光片以外，德國實務不承認病患請求病歷紀錄原本的權利，亦無權要求將病歷原本置於律師事務所內⁴³。

而病患取得病歷紀錄後，該如何主張醫療過程有疏失，便須要先依病歷內容作判讀，但有鑑於醫療流程有高度的專業性，病歷的解讀通常有必要求助於專家的幫助，而有專家鑑定的必要。德國實務上，有關醫事糾紛的醫療流程判讀的方式選擇有：

1. 醫療保險醫事鑑定單位的鑑定(Gutachten durch den Medizinischen Dienst der Krankenkassen, MDK)

1988年12月20日修正的Gesundheitsreformgesetz 要求法定醫療保險公司須對其投保人或要保人提供請求損害賠償時的支援。前提是要求確認的醫療手段或程序，本來即在其保險所涵蓋的範圍內。而請求損害賠償的提出，須明確表示該請求是出於法律規定上的醫療過失而生。保險公司為了減輕上述支持求償的成本壓力，導致其努力執行求償，間接也是病患和律師受益。也可以因此推定，保險公司會很感謝有提出醫療疏失請求的機會⁴⁴。

透過保險公司的醫療部門為鑑定的好處是，病患不用負擔鑑定費用，而且鑑定結果相對快速：通常是3個月到6個月之間。而且過去幾年保險業者也加強委外有相關醫療行為有實務經驗的

⁴² § 630g BGB, Einsichtnahme in die Patientenakte

(1) Dem Patienten ist auf Verlangen unverzüglich Einsicht in die vollständige, ihn betreffende Patientenakte zu gewähren, soweit der Einsichtnahme nicht erhebliche therapeutische Gründe oder sonstige erhebliche Rechte Dritter entgegenstehen. Die Ablehnung der Einsichtnahme ist zu begründen. § 811 ist entsprechend anzuwenden.

(2) Der Patient kann auch elektronische Abschriften von der Patientenakte verlangen. Er hat dem Behandelnden die entstandenen Kosten zu erstatten.

(3) Im Fall des Todes des Patienten stehen die Rechte aus den Absätzen 1 und 2 zur Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen seinen Erben zu. Gleiches gilt für die nächsten Angehörigen des Patienten, soweit sie immaterielle Interessen geltend machen. Die Rechte sind ausgeschlossen, soweit der Einsichtnahme der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des Patienten entgegensteht.

德國民法第630條f及第630條g規定對於醫療過程的記錄，醫方有義務在時間上密切跟隨治療行為完成紙質或者電子形式的病歷檔案。並且，對病歷檔案（包括電子檔案）登記內容的任何修正和更改，必須在原文旁清晰記錄修改時間。病歷檔案中必須記載所有根據專業觀點對於現在和將來的治療有關鍵意義的治療方案及其結果，尤其是既往病史、診斷、檢查、檢查結果、診斷結果、治療方法及其效果、手術及其效果、同意和告知。另外，出院報告也必須記入病歷檔案。病歷檔案的法定保管期限為十年。患者可以要求查看與其相關的完整的病歷檔案，除非其查閱顯著妨礙治療或者第三方的重要權利。醫方如果拒絕查閱，必須說明原因。患者也可以要求獲得電子病歷檔案的復本。在患者死亡的情況下，其繼承人及近親屬有權主張病歷檔案的查閱權。

⁴³ 因為拷背過後的X片不利內容的判讀。Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 96, 108, 109.

⁴⁴ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 134, 135.

醫師鑑定：退休醫師或者還在執業的醫師，以期提高鑑定品質⁴⁵。

這種鑑定的問題是，保險公司的鑑定人一般而言甚少考慮依處理此病患的醫生的意見，而單純以書面資料來作討論。而主責醫師的意見在補充鑑定時一定會被納入考量。另一方面病患及其律師無從選擇鑑定人。亦無從知悉該鑑定人是否對於所涉及的醫療行為有經驗。且醫師方亦批評這種保險公司所做的鑑定，立場傾向病患方，因為如果鑑定結果認為有過失的話，有利於委託鑑定人。而且一些主治醫師的醫療意見不會在病歷中顯現⁴⁶。

綜合上述的觀點，實務人士即建議，如果有意識到這些負面評價，進而採取像是雙方先行整理過爭點再送鑑定以避免問題不對焦的話，透過醫療保險公司醫事單位的鑑定來鑑定是較好的方法，因為病患方可以不用付費而又能較快速得到鑑定結果⁴⁷。為免時間的浪費，在請求MDK鑑定時，即須附上所有調取的證據資料，並且就法律上可能的爭點作出標記，請求MDK鑑定醫師在鑑定時能夠就該部分為說明⁴⁸。

2. 醫師公會之鑑定暨調解委員會(Güte- bzw. Schlichtungsstellen)

這是透過醫師公會在訴訟外為鑑定的方法。1975年首先在巴伐利亞邦設立。各邦名稱不儘相同，例如在Bayern 為Gutachterstelle，在Nordrhein稱為Gutachterkommission⁴⁹。

現在各區的醫師公會下均有此鑑定及調解委員會的單位，負責處理病患與醫師間醫療糾紛的調解鑑定事宜。病患可以就可能的醫療過失或人為疏失案件，病患可以在提出訴訟前，免費向醫師公會提出鑑定暨調解的聲請，或者逕可選擇以此醫師公會鑑定調解的方式來取代法院起訴。

流程通常由鑑定委員會先確認是否有案件是否有醫療過失的存在，鑑定委員會通常由該案所涉專科之專科醫師及一位主席(通常是一位法律人)而組成。調解會則負責適當賠償方案的調解，在這個階段中，責任險保險公司亦參與其中。整個流程的參與或進行，建立在當事人自願的基礎上，而且其流程結果對當事人亦無拘束力。

⁴⁵ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 138.

⁴⁶ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 136, 137,

⁴⁷ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 140

⁴⁸ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 142

⁴⁹ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 143

目前德國各地的鑑定暨調解委員會分處在：斯圖加特(Stuttgart)、慕尼黑(München)、法蘭克福(Frankfurt am Main)、漢諾威(Hannover)、杜塞多夫(Düsseldorf)、明斯特(Münster)、美茵茲(Mainz)、撒爾布魯克(Saarbrücken)及德列斯登(Dresden)。

3. 私人鑑定(Privatgutachten)

有鑑於醫療糾紛事件的增加，對醫療流程鑑定的需求日增，除了法定的保險機關以外，亦有越來越多的私人機構，提供多樣的鑑定服務。舉凡一次性醫療事件的鑑定，到醫療過失問題；或者從因果關係有無的鑑定，到可能損害結果的預測……等等，皆可能是其所能提供的鑑定範圍。此等機構一部分是由保險公司所建立，一部分是由獨立執業的醫師所組成，這些機構亦可提供律師及當事人在醫療過失訴訟中相關專業問題的鑑定。當然，這種機構的鑑定，即須要當事人自行付費⁵⁰。

另外一種私人鑑定的可能，是自行尋找鑑定人，並委託其進行鑑定。這些私人鑑定人可以是退休的專科醫師，或者大學醫院的主治醫師。然而這種私人鑑定的鑑定結果價值，可能會有極大的差異。這些私人鑑定人的鑑定報告詳盡與否，通常與其所收取的鑑定費用高寡有正相關⁵¹。

如果案件的爭執點，僅在於一片X光片的解讀，或者某次組織檢驗報告、或者實驗室報告結果判讀，那麼可以選擇使用此等私人鑑定的方式，請放射科醫師、將組織作第二次檢驗，或第二次判讀、請內科醫師就實驗室報告再做一次判讀，就案件的舉證的解度而言，即已足夠⁵²。

4. 自行評估(Eigene Beurteilung)

此種僅由律師自行分析醫療流程並指出錯誤所在的狀況，僅適用於案件所涉及的是「醫學入門知識(Mediziner-Einmaleins)」上的錯誤，而且所蒐集到的病歷紀錄已經可以明確證明該等錯誤的存在時。有的時候醫師處方(Arztbrief)內可以發現這些證據。像是，病患明確有骨折的狀況，或者病患的症狀符合骨折的症狀，但是卻沒有給病患做X光檢查等。或者在組織醫療責任明確有疏失的時候，亦不須一定要藉由鑑定人的鑑定，作為提出請求的說理。在這種案件中，會建議律師還是從最後處置、接手的醫師處，取得一份有關病患就醫流程簡要的

⁵⁰ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 173

⁵¹ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 174

⁵² Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 175

證明(Kurzattest)，以便日後說明病患接受的醫療流程之用⁵³。

不過是否要選擇此種不經專業鑑定的方式也要經過謹慎地評估，如果解讀病歷所須的專業知識越多，就越須要經過鑑定來加強己方的論證基礎。以免想要以自行評估的方式來節省費用及金錢，反而獲得反效果⁵⁴。

六、有關醫療常規之違反(Verstoß gegen eine Richt- oder Leitlinie)

在德國，常規(Leitlinien)是由「醫學專業科學協會聯合會 (Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften, AWMF)」所提訂，並且在網路上提供得下載的版本。依AWMF的定義，所謂的「常規」係指，醫師、牙醫的醫療判斷，以及針對病患臨床狀況提供適宜健康照護的系統性的確認步驟⁵⁵。常規定供一個現在的有效率及適當的健康照護方案的醫療知識水準，鑑於不可避免的科技及專業知識的進步'原因，這些指標須要時常更新與更正。常規所建議的方式，亦不能完全適用在所有的案件中，醫師在決定是否要依循本常規所建議的醫療措施時，須要考慮到病患在臨床上所呈現的症狀、當時可以使用到的醫療資源而定。也因此，所謂的「醫療常規」並非在所有診斷處置上可以一體適用的準則，毋寧是一種建議性(Empfehlungscharakter)的準則⁵⁶。且因為醫學知識的不斷進步，所謂的「醫療常規」很常常是過時的檢驗步驟，而且也與醫師的療斷自由(Therapiefreiheit)相抵觸。此外，亦非所有的疾病都有診療的醫療常規步驟可以依循⁵⁷。

也因此，在鑑定過程當中，有關醫師診斷流程與結果是否正確，除考慮醫療常規這個問題以外，還要兼顧診療當時最新的醫學發展，以及當時可利用的醫療資源而定。不能單以「醫療常規」一概而論⁵⁸。

⁵³ Ehlers/ Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 176

⁵⁴ Ehlers/ Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 177

⁵⁵ Medizinische Leitlinien sind systematisch entwickelte Feststellungen, um die Entscheidungen von Ärzten, Zahnärzten, Angehörigen anderer Gesundheitsberufe und Patienten über angemessene Gesundheitsversorgung für spezifische klinische Umstände zu unterstützen.

⁵⁶ https://de.wikipedia.org/wiki/Medizinische_Leitlinie#cite_note-1

⁵⁷ Ehlers/ Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 180

⁵⁸ Ehlers/ Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 181

七、醫療糾紛案件民事程序與刑事程序間的選擇

(一) 民刑事責任究責程序分離

醫療糾紛的民刑事責任究責程序相互獨立，因此同一事件在刑事程序中因為欠缺足夠事證依刑事訴訟法第170條第2項、第153條：「(1)程序標的為輕罪時，如果犯罪人罪責輕微，且不存在追訴的公共利益，經負責開啟審判程序的法院同意，檢察機關可以不追訴。對於不高於最低法定刑且犯罪行為造成的後果輕微的輕罪，無須經法院同意。(2)已經起訴時，在第一項的前提要件下，經檢察機關和被告同意，法院可以在程序的任何階段停止程序。如果法院審理出於第205條所述原因不能進行，或者在231條第2款、第232條和第233條情形中在被告缺席情況進行法院審理，停止程序無須經被告同意。裁決以裁定作出。對此裁定不得提出異議。」⁵⁹及第153條a：「(1)如果負擔與指示適於消除刑事追訴的公共利益，且罪責的嚴重性與此不相抵觸，經負責開啟審判程序的法院和被指控人同意，檢察機關可以對輕罪暫時不提起公訴，同時科處被指控人履行一定的負擔與指示。特別考慮以下所列作為負擔與指示：i. 履行一定給付，修復犯罪行為造成的損害。ii. 向某公益設施或國庫交付一筆款額。iii. 履行其他公益給付。iv. 承擔一定數額的撫養贍養義務。v. 真誠努力地與被害人達成衝突調處（犯罪人與被害人衝突調處），並修復其犯罪行為造成的全部或絕大部分損害，或者努力求修復損害。vi. 參加社會訓練課程。vii. 參加德國道路交通法第2條b第2款第2句規定的進修補習課程或該法第4條a規定的駕駛矯正課程。為履行負擔與指示，檢察機關對被指控人設定期限，在第2句第1款至第3款、第5款和第6款情形中期限最長6個月，第2句第4款情形中最長為一年。檢察機關可以事後撤銷負擔與指示，並可延長期限一次，延長期為三個月；經被指控人同意，檢察機關亦可事後科處和變更負擔與指示。如果被指控人履行負擔與指示，對犯罪行為不能再作輕罪追訴。如果被指控人不履行負擔與指示，其已經履行的給付，不退還。在第2句第1款至第5款情形中，相應適用第153條第1項第2句的規定。第246條第2項的規定相應適用。(2) 如果已經起訴，經檢察機關和被訴人同意，在最後一次對事實認定作審查的法庭審理結束前，法院可以暫時停止程序，同時科處被訴人第1項第1句和第2句所稱的負擔和指示。第1項第3句至第6句、第8句的規定相應適用。第1句的裁決以裁定作出。對此裁定不得

⁵⁹ 原文：§153 StPO

(1) Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung des Gerichtes bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind.

(2) Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht in jeder Lage des Verfahrens unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren einstellen. Der Zustimmung des Angeschuldigten bedarf es nicht, wenn die Hauptverhandlung aus den in § 205 angeführten Gründen nicht durchgeführt werden kann oder in den Fällen des § 231 Abs. 2 und der §§ 232 und 233 in seiner Abwesenheit durchgeführt wird. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß. Der Beschluß ist nicht anfechtbar. 又高於最低法定刑，係指依德國刑法第38條、第40條規定的一個月有期徒刑、5日日額的罰金刑。

提出異議。第4句的規定亦適用於對依照第1句科處的負擔與指示已經履行的確認。(4) 在本條第1項第2句第6款、該項亦結合第2項的情形中，第155條b相應適用並附指示，即來自刑事程序的、汲及個人的且無關指控人的數據，只有所涉及人員對此同意，才可傳遞於提供社會訓練課程的機構。如果所依照其他的刑法規定科處參加社會訓練課程的指示，第1句的規定相應適用⁶⁰。」被判決無罪，或者在偵查程序為中止程序進行的決定(即我國的不起訴處分)，在民事訴訟程序中，被告(醫師)被認定須就損害負賠償責任及給付慰撫金的狀況，並非少見；反之，民事訴訟認為被告(醫師)無須負擔賠償責任，但是刑事責任上被認定醫師過失

⁶⁰ §153a StPO

(1) Mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten kann die Staatsanwaltschaft bei einem Vergehen vorläufig von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und zugleich dem Beschuldigten Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht. Als Auflagen oder Weisungen kommen insbesondere in Betracht,

1. zur Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens eine bestimmte Leistung zu erbringen,
2. einen Geldbetrag zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse zu zahlen,
3. sonst gemeinnützige Leistungen zu erbringen,
4. Unterhaltspflichten in einer bestimmten Höhe nachzukommen,
5. sich ernsthaft zu bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen (Täter-Opfer-Ausgleich) und dabei seine Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wieder gut zu machen oder deren Wiedergutmachung zu erstreben,
6. an einem sozialen Trainingskurs teilzunehmen oder
7. an einem Aufbauseminar nach § 2b Abs. 2 Satz 2 oder an einem Fahreignungsseminar nach § 4a des Straßenverkehrsgesetzes teilzunehmen.

Zur Erfüllung der Auflagen und Weisungen setzt die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten eine Frist, die in den Fällen des Satzes 2 Nummer 1 bis 3, 5 und 7 höchstens sechs Monate, in den Fällen des Satzes 2 Nummer 4 und 6 höchstens ein Jahr beträgt. Die Staatsanwaltschaft kann Auflagen und Weisungen nachträglich aufheben und die Frist einmal für die Dauer von drei Monaten verlängern; mit Zustimmung des Beschuldigten kann sie auch Auflagen und Weisungen nachträglich auferlegen und ändern. Erfüllt der Beschuldigte die Auflagen und Weisungen, so kann die Tat nicht mehr als Vergehen verfolgt werden. Erfüllt der Beschuldigte die Auflagen und Weisungen nicht, so werden Leistungen, die er zu ihrer Erfüllung erbracht hat, nicht erstattet. § 153 Abs. 1 Satz 2 gilt in den Fällen des Satzes 2 Nummer 1 bis 6 entsprechend. § 246a Absatz 2 gilt entsprechend.

(2) Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren bis zum Ende der Hauptverhandlung, in der die tatsächlichen Feststellungen letztmals geprüft werden können, vorläufig einstellen und zugleich dem Angeschuldigten die in Absatz 1 Satz 1 und 2 bezeichneten Auflagen und Weisungen erteilen. Absatz 1 Satz 3 bis 6 und 8 gilt entsprechend. Die Entscheidung nach Satz 1 ergeht durch Beschluß. Der Beschluß ist nicht anfechtbar. Satz 4 gilt auch für eine Feststellung, daß gemäß Satz 1 erteilte Auflagen und Weisungen erfüllt worden sind.

(3) Während des Laufes der für die Erfüllung der Auflagen und Weisungen gesetzten Frist ruht die Verjährung.

(4) § 155b findet im Fall des Absatzes 1 Satz 2 Nummer 6, auch in Verbindung mit Absatz 2, entsprechende Anwendung mit der Maßgabe, dass personenbezogene Daten aus dem Strafverfahren, die nicht den Beschuldigten betreffen, an die mit der Durchführung des sozialen Trainingskurses befasste Stelle nur übermittelt werden dürfen, soweit die betroffenen Personen in die Übermittlung eingewilligt haben. Satz 1 gilt entsprechend, wenn nach sonstigen strafrechtlichen Vorschriften die Weisung erteilt wird, an einem sozialen Trainingskurs teilzunehmen.

傷害責任成立，極其少見，因為在醫師的刑事責任上，必須在其醫療措施決定不負責任，而有業務上不可卸責的疏失(Nachlässigkeit)、(Vergeßlichkeit)、(Verwegenheit)⁶¹。

德國醫療過失民事責任的判定上，採用prima-facie-Beweis證明力的要求，並且有舉證責任倒置的設計：在醫療過失(Behandlungsfehler)有無成立的判斷上，如果原告已經證明案件有可以控制的風險(voll beherrschbar Risiken)，像是儀器瑕疵等，則須由被告醫師證明該等風險與結果的發生沒有因果關係；如果在病歷紀錄對醫療程序記載不全的情況下，原告(病患)方通常會獲得舉證責任減輕的程序上決定，甚或有可能在個案中被認定有舉證責任倒置的適用⁶²。

(二) 將刑事程序作為民事程序的先程序(Vorspann des Zivilprozesses)

在選擇追究醫事責任的方法上，被拿來衡量的一邊是私法的、損害賠償導向的民事責任，另一邊是作為民事程序的先程序(Vorspann des Zivilprozesses)的刑事程序。刑事告訴的提出，同時也是病患方爭取損害賠償、慰撫金的戰爭的開始，也開始過失責任成立與否的爭論。

在刑事訴訟程序中適用職權主義(Offizialprinzip)，依德國刑事訴訟法第160條第2項、第244條第2項⁶³，在偵查階段由檢察機關、審理階段由法院負責調查所有有利、不利被告的事證，並且負有收集有喪失之虞的證據的責任。因此病患或者其繼承人，可以透過刑事告訴的手段，來避免民事訴訟程序可能面臨的敗訴時承擔訴訟費用的風險，並減輕其提出證據的費用負擔。

這樣的發展，隨著病患的要求閱覽及交付病歷紀錄權利的提出，以及醫師公會下鑑定及調解程序的制度設計，對於動輒提出刑事追訴的發展態樣，應可合理預測可以發'制止的作用⁶⁴。

⁶¹ arztlichen Maßstäben unverantwortliche und darum unentschuldbare berufliche Nachlässigkeit, Vergeßlichkeit oder gar Verwegenheit. siehe: Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 112, Rn. 8.

⁶² Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 112, Rn. 11.

⁶³ §160 II StPO

(2) Die Staatsanwaltschaft hat nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln und für die Erhebung der Beweise Sorge zu tragen, deren Verlust zu besorgen ist.

檢察機關不僅應當偵查對被指控人不利的情况，還應當偵查對其有利的情况，並且負責收集有喪失之虞的證據。

§244 II StPO

(2) Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

為調查真相，法院應依職權將證據調查涵蓋所有對裁判具有意義的事實和證據材料。

⁶⁴ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 112, Rn. 7.

(三) 中止民事程序，待刑事責任偵查程序結果之機制 (**Aussetzung des Zivilprozesses bei anhängigem Ermittlungsverfahren**)

僅管民事責任與刑事責任的事實認定各自獨立，德國民事訴訟法第149條規定，民事程序可以等待到已經開始的刑事程序經地檢署或者法院認定有理由時再開始進行⁶⁵？

之所以有如此程序設計的原因，一方面是，刑事程序因為採職權進行主義(刑事訴訟法第160條第2項、第244條第2項)，因此通常比採當事人進行主義較就「發現真實」上，更能釐清事實發生的經過；另一方面是，如此可以避免司法工作的重覆(Doppelarbeit)。同時，這也是儘可能要讓民刑事在事實的認定上儘可能趨於一致。在裁量訴訟是否中止進行時，必須同時注意可能的遲延問題，也就是說，要取得速審速決與事實發現間的平衡，有時刑事程序的執行也可能會為民事程序的結案帶來不利影響，像是訴訟外和解的拒絕，或者鑑定在人民事程序及刑事程序中做出重著點不同的鑑定陳述⁶⁶。

有鑑於此，許多邦高等法院均認為，在醫療過失的民事訴訟程序中，只有在例外的狀況下，才適合裁定中止審判，直到已經進行中的刑事審判或偵查程序結果後再開始審判。因為中止民事審判進行後，等到的可能不是對事件爭執有所釐清的結果，因為這些刑事案件很常會被依刑事訴訟法第153條、第153條a裁定為中止進行。再加上民事責任與刑事責任有不同的歸責要件與舉證責任要求，乃至於舉證責任轉換的設計，一些在民事責任上的爭點，在刑事程序中不見得會被討論。因此在經驗上，較適宜的作法是，民事審判在刑事程序之外，獨自進行民事責任的證據調查程序，並獨自做出民事上的證據評價⁶⁷。

相對於此，亦不能忽視支持民事程序應中止至刑事程序有結論前的理由：民事程序上的真實義務(德國民事訴訟法第138條第1項⁶⁸)與刑事訴訟上的被告不自證己罪原則

(nemo tenetur Grundsatz)間的衝突，為保障法治國原則相結合的不自證己罪原則的先行，法院裁量權應該限縮，而有中止訴訟的義務。如果民事程序與刑事程序同時進行的時候，有可

⁶⁵ §149 ZPO (Aussetzung bei Verdacht einer Straftat)

(1) Das Gericht kann, wenn sich im Laufe eines Rechtsstreits der Verdacht einer Straftat ergibt, deren Ermittlung auf die Entscheidung von Einfluss ist, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen.

(2) Das Gericht hat die Verhandlung auf Antrag einer Partei fortzusetzen, wenn seit der Aussetzung ein Jahr vergangen ist. Dies gilt nicht, wenn gewichtige Gründe für die Aufrechterhaltung der Aussetzung sprechen.

⁶⁶ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 112, Rn. 14

⁶⁷ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 112, Rn. 15

⁶⁸ § 138 ZPO (Erklärungspflicht über Tatsachen; Wahrheitspflicht)

(1) Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben.

能會發生，在刑事訴訟中被告可以只消極否認刑事責任即可，但在同時進行的民事程序中，因為真實義務的負擔，只消極否認責任的存在，而必須就事件做出陳述。而這樣的法治國家原則的破壞，可以透過中止民事程序的方式來避免。對於認為中止民事程序進行，待刑事程序結果後再續行的裁定有裁量暇疵的看法，實不足採⁶⁹。

(四) 刑事告訴及其後果

在前述的背景之下，代表損害的病患或者病患家屬的律師，便面臨到一個問題：在委任人提出損害賠償及慰撫金請求的同時，是否亦要提出刑事告訴。

提出刑事告訴的好處是，透過檢察機關的職權調查，病患可以不用負擔提出證據的成本，亦不用面對繳納訴訟費用的風險。所有在刑事調查程序中所取得的證據資料：透過證人作證義務取得的符合真實的證詞、鑑定人的客觀鑑定義務，在民事訴訟程序中均可適用。除此之外，除了在過失傷害案件中有「特別理由」(譬如：傷害行為產生嚴重的結果)要件要求外，告訴人亦可以透過刑事訴訟法第395條的規定：「德國刑事訴訟法第395條

(1)下列規定的違法行為被害人，可以通過附加訴訟參加已經提起的公訴或保安處分程序：

- 1.德國刑法第174條至第182條；
- 2.德國刑法第211條和第212條的未遂行為；
- 3.德國刑法第221條、第223條至第226條、第340條；
- 4.德國刑法第232條至第238條、第239條第3項、第239條a、第239條b和第240條第4項；
- 5.德國暴力受害保護法第4條；
- 6.德國專利法第142條、德國實用新式樣法第25條、德國半導體保護法第10條、德國植物品種權利保護法第39條、德國商標法第143條至第144條、德國外觀設計保護法第51條和第65條、德國著作權法第106條至第108條b、德國造型藝術及攝影作品著作權法第33條和德國反不正當競爭法第16條至第19條。

(2)下列人員享有同樣的權利：

- 1.違法行為死亡被害人的子女、父母、兄弟姊妹、配偶或生活伴侶，或者
- 2.因申請法院裁定(第172條)致使提起公訴的人。

(3)其他違法行為的被害人，尤其是德國刑法第185條至第189條、第229條、第244條第1項第3款、第249條至第255條和第316條a規定的違法行為所作害，如果基於特別理由，尤其是嚴重的行為後果，為維護其利益看起來有必要，可以通過附加訴訟，參加已經提起的公訴。

(4)准許在程序的任何階段參加訴訟。判決作出後亦可為提出法律救濟而參加訴訟。

(5)依照第154條a對追訴限制時，附加訴訟人參加已經提起的公訴之權利不受影響。如果准許附加訴訟人參加程序，在附加訴訟涉及的範圍內取消第154條a第1項或第2項的限

⁶⁹ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 112, Rn. 16

制。」，申請以被害者訴訟參加(Nebenkläger)的方式參與刑事程序，並藉此對程序結果產生影響⁷⁰。

然而提出刑事告訴亦有其缺點，一來必須等待檢察機關漫長的偵查程序時間，而民事訴訟程序可能因此而中止進行，而使得損害賠償及慰撫金請求權的執行亦受到拖延。且醫師方可能出於不願留下前科紀錄、因案件公開審理而造成的名譽損害等原因，對告訴的指摘有更強烈的反抗，使得案件的進程序更加緩慢；也因為此等醫師方不承認疏失情況下，亦會造成責任保險公司願意提供保險損害賠償給付的機會減少⁷¹。

(五) 附帶民事訴訟程序(Adhäsionsverfahren)

⁷⁰ § 395

(1) Der erhobenen öffentlichen Klage oder dem Antrag im Sicherungsverfahren kann sich mit der Nebenklage anschließen, wer verletzt ist durch eine rechtswidrige Tat nach

1. den §§ 174 bis 182 des Strafgesetzbuches,
2. den §§ 211 und 212 des Strafgesetzbuches, die versucht wurde,
3. den §§ 221, 223 bis 226a und 340 des Strafgesetzbuches,
4. den §§ 232 bis 238, 239 Absatz 3, §§ 239a, 239b und 240 Absatz 4 des Strafgesetzbuches,
5. § 4 des Gewaltschutzgesetzes,
6. § 142 des Patentgesetzes, § 25 des Gebrauchsmustergesetzes, § 10 des Halbleiterschutzgesetzes, § 39 des Sortenschutzgesetzes, den §§ 143 bis 144 des Markengesetzes, den §§ 51 und 65 des Designgesetzes, den §§ 106 bis 108b des Urheberrechtsgesetzes, § 33 des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie und den §§ 16 bis 19 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb.

(2) Die gleiche Befugnis steht Personen zu,

1. deren Kinder, Eltern, Geschwister, Ehegatten oder Lebenspartner durch eine rechtswidrige Tat getötet wurden oder
2. die durch einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§ 172) die Erhebung der öffentlichen Klage herbeigeführt haben.

(3) Wer durch eine andere rechtswidrige Tat, insbesondere nach den §§ 185 bis 189, 229, 244 Absatz 1 Nummer 3, §§ 249 bis 255 und 316a des Strafgesetzbuches, verletzt ist, kann sich der erhobenen öffentlichen Klage mit der Nebenklage anschließen, wenn dies aus besonderen Gründen, insbesondere wegen der schweren Folgen der Tat, zur Wahrnehmung seiner Interessen geboten erscheint.

(4) Der Anschluss ist in jeder Lage des Verfahrens zulässig. Er kann nach ergangenem Urteil auch zur Einlegung von Rechtsmitteln geschehen.

(5) Wird die Verfolgung nach § 154a beschränkt, so berührt dies nicht das Recht, sich der erhobenen öffentlichen Klage als Nebenkläger anzuschließen. Wird der Nebenkläger zum Verfahren zugelassen, entfällt eine Beschränkung nach § 154a Absatz 1 oder 2, soweit sie die Nebenklage betrifft.

⁷¹ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 112, Rn. 17

在德國刑事訴訟法第403條⁷²以下亦規定有被害人可在刑事審判中提起附帶民事訴訟的權利，然而因為附帶民事訴訟只在刑事採用「起訴」的方式為之，且若刑事上認定被告無責，法院通常會駁回審理附帶民事訴訟的請求。而獨立的民事訴訟的提出，因與刑事審判獨立，又有不同的舉證責任標準，所以不會在刑事判決被告無罪時即一定停止民事審判的進行。而且法院在認為附帶民事訴訟有拖延審判的情況時，亦可依刑事訴訟法第406條第1項第4句⁷³駁回附帶民事訴訟的請求，因此學者不建議以附帶民事訴訟的方式，作為損害賠償及慰撫金請求的主要救濟管道⁷⁴。

(六) 小結

德國學者認為，任何瞭解醫療訴訟醫師責任證明的困難性與複雜性的人，都會勸阻病患不要對醫師提出刑事告訴⁷⁵。這樣建議的也包括了其他的考慮：在一個醫療糾紛偵查案件中，如果受害病患或者死亡病患的家屬同時提出民事賠償請求，醫師的辯護人可以向檢察機關提出，依刑事訴訟法第154條d裁定停止偵查程序。該條規定：「如果對輕罪提起之公訴，取決於應當依照民法或行政法來評斷的問題時，檢察機關可以指定在民事或行政程序中解決該問題

⁷² § 403 StPO

Der Verletzte oder sein Erbe kann gegen den Beschuldigten einen aus der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruch, der zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehört und noch nicht anderweit gerichtlich anhängig gemacht ist, im Strafverfahren geltend machen, im Verfahren vor dem Amtsgericht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes.

被害人或其繼承人可以在刑事程序中，對被指控人主張由犯罪行為產生的、屬於普通法院管轄的且尚未在其他法院提起訴訟、財產權上的請求權，該請求權的提出與爭論標金額大小無涉。

⁷³ § 406 StPO

(1) Das Gericht gibt dem Antrag in dem Urteil statt, mit dem der Angeklagte wegen einer Straftat schuldig gesprochen oder gegen ihn eine Maßregel der Besserung und Sicherung angeordnet wird, soweit der Antrag wegen dieser Straftat begründet ist. Die Entscheidung kann sich auf den Grund oder einen Teil des geltend gemachten Anspruchs beschränken; § 318 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend. Das Gericht sieht von einer Entscheidung ab, wenn der Antrag unzulässig ist oder soweit er unbegründet erscheint. Im Übrigen kann das Gericht von einer Entscheidung nur absehen, wenn sich der Antrag auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange des Antragstellers zur Erledigung im Strafverfahren nicht eignet. Der Antrag ist insbesondere dann zur Erledigung im Strafverfahren nicht geeignet, wenn seine weitere Prüfung, auch soweit eine Entscheidung nur über den Grund oder einen Teil des Anspruchs in Betracht kommt, das Verfahren erheblich verzögern würde. Soweit der Antragsteller den Anspruch auf Zuerkennung eines Schmerzensgeldes (§ 253 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches) geltend macht, ist das Absehen von einer Entscheidung nur nach Satz 3 zulässig.

(1) 因犯罪行為對被告判處有罪或命令矯正及保安處分，而只要基於此犯罪行為的申請有理由，法院應當在判決中准予申請。判決可以限於所主張的請求權的理由，或該請求權的一部分；《德國民事訴訟法》第318條的規定相應適用。如果申請為不允許或只要看來無理由，法院可以不予判決。除此之外外，僅當鑑於申請人的正當利益，申請不適予在刑事訴訟中處理時，法院才可以不予判決。如果進一步審查申請，即使考慮僅就請求權的全部或部分理由作判決，仍然可能嚴重拖延程序，該申請特別地不適合在刑事程序中處理。如果申請人主張確認賠償金請求權(《德國民法》第253條第2款)，僅允許依照第三句不予判決。

⁷⁴ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 198, 199.

⁷⁵ 有學者即明稱，幫當事人提出醫療糾紛案件刑事告訴，都是沒經驗的律師才會做的事。siehe: Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 182.

的期限。就此應當通知告訴人。期限屆滿而無結果，檢機關可以停止程序⁷⁶。」該條規定的立法目的是，如果某些事證在民事或者行政程序第一審級中是法院必須認定的事實，那麼檢察機關不應該因為刑事告訴的發起，而花費太多的心力去就該等事實為蒐證。刑事程序不應該是作為恫嚇對造或者被利用來作為其他程序的準備階段。然而這種現象正是醫療糾紛刑事告訴提起的背後動機：無償得利用檢察機關蒐證的結果，作為日後提出民事請求時之佐證，並且利用被告告訴人為了避免會被判刑的心理壓力，而取得快速、條件對告訴人更佳的合解條件⁷⁷。

與臺灣狀況不同的是，上述不要提起刑事告訴的建議不僅是學者的觀點，實務上亦不乏專長處理醫療糾紛案件律師給與當事人相同的建議。在科隆執業的Isabel Bals即曾撰文指出，因為不同證舉法則適用的前提，通常並不建議病患提出刑事告訴；刑事告訴僅在例外的狀況下才有提出之必要⁷⁸。

具醫師與律師雙重執照、在Karlsruhe執業的Ulf Medicke 在其事務所網頁上亦指出，即便通常一個有理由的醫療糾紛損害賠償請求案件中，醫師方的作為可能會構成刑法上的過失傷害構成要件；且即便經過偵查程序，告訴人可以無償得利用檢察機關蒐集而來的證據，或者其依職權送鑑定的結果，來作為民事訴訟的材料，但是提出刑事告訴，卻會對民事的損害賠償請求造成更大的困擾。Medicke指出，即便經過偵查結果認定醫師之醫療程序有過失傷害之構成，該等案件可能因為被告責任輕微，而由被告支付一定金額而停止程序進行⁷⁹，或者頂多以處罰命令(Geldbefehl)的程序⁸⁰解決，而非經公開審理程序。相對的，刑事告訴的提出，更可能加深醫師與病患的對立，更不利和解/調解的達成，因為此時任何的給付都有可能會被解讀成是醫師方對過失的自白，且醫師方在有刑事指控的情況下，為免其陳述在刑事程序中有不利的結果，會更傾向於不再進行任何對談⁸¹。

其次，刑事告訴的提出亦可能反造成時間的拖延：在刑事告訴後，檢察機關通常會扣押相關醫療流程之病歷紀錄、X光照片、超音波照片等就醫資料，如果在提出刑事告訴前，病患方

⁷⁶ § 154d StPO

Hängt die Erhebung der öffentlichen Klage wegen eines Vergehens von der Beurteilung einer Frage ab, die nach bürgerlichem Recht oder nach Verwaltungsrecht zu beurteilen ist, so kann die Staatsanwaltschaft zur Austragung der Frage im bürgerlichen Streitverfahren oder im Verwaltungsstreitverfahren eine Frist bestimmen. Hiervon ist der Anzeigende zu benachrichtigen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren einstellen.

⁷⁷ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 112, Rn. 18

⁷⁸ Isabel Bals, Strafanzeige bei Behandlungsfehler? <http://www.ra-bals.de/downloads/strafanzeige-bei-behandlungsfehler.pdf>

⁷⁹ 類似我國的緩起訴。

⁸⁰ 類同我國的簡易判決處刑。

⁸¹ <http://www.anwaltundarzt.de/de/Strafanzeige.php?navid=59>

還沒有向醫院請求交付上開資料，那麼在偵查階段因為偵查保密等原因，告訴人亦難以閱覽卷宗，同樣的民事法院亦可能因審理所須資料皆在檢察機關保管中，而裁定停止民事案件之進行，如此一來，反而會更晚才會得到民事求償的結果。此外，德國檢察機關通常將醫療糾紛案件的鑑定交給與檢察機關有合作關係的法醫來鑑定，這些法医平常所熟稔的工作是可疑非病死死者死因的判定，然而現今醫療院所有30種以上的專科，更遑論專科以下的次專科，因此法医要對其他不熟悉的專科案件來作鑑定，有其難處。並且受限於檢察機關的鑑定預算的限制，檢察機關須要在不同案件中作出鑑定的優先順序，法医所提供的鑑定意見往往亦不深入，且亦少有重覆送不同鑑定人鑑定的可能⁸²。而如果檢察機關是與大學醫院簽訂鑑定契約的話，這些鑑定人員可能在治療的階段，間接參與過醫療決測的作成，亦可能使得鑑定結果偏向醫師方；況且，在有刑事訴追的壓力下，鑑定醫師往往會持更保留的態度，以免醫師同僚背負嚴重的刑事責任⁸³。

最重要的衝突點，還是出自於刑事與民事兩種不同責任要件的規定及證據證明度要求的不同，所造成的不同判斷結果。這在大醫院中，有不同醫師經手的醫療事件中更加如此。因為刑法要求的是個人責任，如果要判決被告經手的醫師有罪，必須證明每個醫師的各別行為及其主觀要件皆符合構成要件的要求。然而在民事責任中，因為醫療契約係病患與醫院達成，因此只要證明整個醫療流程中，客觀上有不符合專業醫療常規的疏失之存在即可，單一醫師的責任不是爭點的所在。因此如果醫療流程越長，在刑事責任的認定上就越加困難。根據統計，只有極少部分的醫療糾紛案件，醫師被認定有刑事責任，絕大多數的案件是在被告無須為任何給付的情況下即停止刑事程序的進行(即我國的不起訴處分)。然而，這些裁定停止進行的案件，在民事上可能有舉證責任減輕的適用；但是在刑事案件裁定停止進行的前提下，被告對其民事責任的抗辯亦會加強，而使得民事程序的進行亦更加困難。而且，在刑事程序已經為中止進行(不起訴處分)的情況下，要再取得法院程序外的損害賠償和解，更是不可可能。因此刑事責任的追究，可能只是徒增告訴人的失落而已⁸⁴。

唯一例外會建議提出刑事告訴的情況，限於律師強烈懷疑病歷紀錄被變造的情況下。是否有變造病歷的事實，可以經由刑事偵查手段來確認。如果有此等變造病歷的情事則行為人可能涉及程序詐欺(Prozessbetrug，亦可由德國刑法第263條的透過第三人的詐欺所涵攝)，且與醫療糾紛因果關係難斷不同，可以調查是否有變造病歷的證據方法較為固定且明確，例如筆跡鑑定、電腦資料判讀等，亦不涉及醫療糾紛因果關係舉證責任轉換等問題。且如果有此

⁸² 相同見解：Ehlers/ Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 184.

⁸³ Ehlers/ Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 185.

⁸⁴ Ulf Medicke, a.a.O.; Ehlers/ Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 189. 學者更建議，如果真的無法勸阻病患提出刑事告訴，那至少須要讓病患詳盡地列出其爭執點，並且說明該等爭執有哪些證據佐證，以求鑑定人在鑑定時，可能會對該等爭執作較詳細的說明。此種建議與我國實務中，告訴人及告訴代理人均無法說明其爭執事項的狀況，大相逕庭。

等變造病歷的情事存在，亦是損害賠償請求是否成立的判斷前提。因此在例外的涉及此等程序詐欺的情事下，可優先進行病歷變造的刑事告訴⁸⁵。

⁸⁵ Ehlers/ Broglie, *Arzthaftungsrecht*, Rn. 191.

貳、鑑定及調解程序

有鑑於針對醫療院所及醫師所提出的醫療糾紛相關案件增加，且該等案件訴訟程序耗時、相關醫療資料取得及分析困難，增加舉證難度，提起訴訟的告訴人或原告可能難以負擔相關費用等因素，在1975年到1978年間由各邦醫師公會建立5個醫事案件調解單位

(Schlichtungsstelle)及4個鑑定委員會(Gutachterkommision)，作為在司法救濟途徑以外，透過調解單位及鑑定單位的專業知識及客觀性，冀求尋得醫生及病患就案件一致同意的處理結果。一來可以將不可能成立的案件篩選掉，二來針對確有疑義的案件，提供一個經由居間人協調以求得兩造利益平衡的結果。根據統計，1975到1995年間，全德共有62368件申請調解、鑑定的案件，其中四分之一到三分之一的案件被認定醫師須付責任。案件數於1997年間上漲至8884件，2008年則有10967件⁸⁶。

鑑定委員會跟調解委員會各有不同的功能，鑑定委員會在確認申訴案件是否有導致傷害結果發生的醫療過失或違反說明義務的存在，調解委員會則提供案件當事人適當的調解方法的建議。除此等差異外，兩者可受理的案件對象亦有不同。調解委員會成立基礎係德國保險公司協會(HUK-Verband，即現今Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft之前身)與各醫師公會之間的契約，也因此只有各醫師公會成員的醫師同時與該保險公司協會成員有責任險契約時，才能始用此調解機制⁸⁷。

一、事務管轄範圍

鑑定及調解委員會所受理的案件，負面要件是：不處理已經經過鑑定及調解委員會受理並有最終確定結果的案件、案件非繫屬在司法程序中、距請求權基礎成立逾5年的案件。巴伐利亞鑑定人委員會暨調解會規定，如果所涉及的醫療流程長於5年，提出鑑定人委員會暨調解會聲請時如果沒有敘明理由，可以鑑定人委員會暨調解會可以將聲請駁回⁸⁸。另外，如果醫療糾紛所涉的健康損害，很明顯地是很細小的(ein geringfügigen Gesundheitsschaden beim Patienten)，鑑定人委員會暨調解會也不會繼續進行⁸⁹。

⁸⁶ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztsrechts, §113 Die ärztliche Schied- und Gutachtenstellen, Rn. 1

⁸⁷ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztsrechts, §113 Die ärztliche Schied- und Gutachtenstellen, Rn. 2

⁸⁸ Hessen邦也有類似規定，除非案件流程明確，否則不受理醫療流程回溯超過5年的案件。sicht: Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 149.

⁸⁹ Hessen §2 Abs. 6、Bayern §4 Abs. 1 Verfahrensordnung der Gutachterstelle für Arzthaftungsfragen 都有類似規定。sicht: Ehlers/ Broglie, a.a.O. Rn. 150.

正向要件是：病患基於醫療過失行為而請求損害賠償及慰撫金(Schadenersatz und Schmerzensgeldansprüchen)之案件。至於原本該屬法律爭議問題的未盡說明義務的醫療糾紛案件，鑑定及調解多半亦會受理⁹⁰。

二、鑑定及調解委員會之組成

鑑定委員會由1名主席，4名委員組成。主席須具備有長年全職審判經驗，委員則是不同領域的合格醫師。調解委員會最多有4名成員，由一位醫師作為主席，並由一名就該所受理案件醫療專科領域有特別經驗之人作為鑑定人，此二位人選由醫師公會所任命；另外再各自由案件醫病兩造分別指定具有醫師資格之人或全職法律工作者(Volljurist)作為其可信任之調解委員。該名鑑定醫師將來在司法程序中亦得以鑑定人的身份出庭陳述其鑑定意見，其先前在調解程序中所為的鑑定不構成迴避事由⁹¹。

不過須要注意的是，每個鑑定人委員會暨調解會，病患及律師可以參與的選定鑑定人及爭點整理的權限有多少不一。最值得參考的是Hannover的鑑定人委員會暨調解會，每個當事人均有權利排除鑑定人委員會暨調解會所建議的醫師⁹²。Sachsen邦鑑定及調解委員會則是會通知程序參與人，要向哪位鑑定人詢問哪些問題⁹³。

三、程序進行原則

1. 自願性 (Freiwilligkeit)

案件必須要醫病雙方均同意，才能進行鑑定程序或調解程序。案件若要進行調解程序，另外還要取得責任險公司的同意。各邦醫師公會的鑑定模式大致相同，基本上是一種自願參加的程序(freiwilliges Verfahren)，被申訴的對造醫師也可以自由決定，是否要參加醫師公會的鑑定調解，或者寧願案件直接進入司法程序。除了Baden-Württemberg的調解規定，若醫師或病患向醫師公會以紙本提出申訴，而對造經通知後在一個月內不予回應，即默示其同意參與鑑定人委員會暨調解會的程序外，其他邦的鑑定人委員會暨調解會均要求要有明示的意思表

⁹⁰ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn 3.

⁹¹ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn. 4.

⁹² Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 147.

⁹³ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 153.

示⁹⁴。依統計顯示，當病患向醫師公會請求進行案件鑑定或調解後，僅有2%的醫師會拒絕進行鑑定及調解程序⁹⁵。亦有研究發現，醫師同意進行醫師公會的鑑定及調解程序與否，與其工作部門有關：相較住院部門，門診部門較易拒絕進入鑑定人委員會暨調解會的調解。住院部門甚少拒絕參加鑑定人委員會暨調解會⁹⁶。

2. 無約束力 (Unverbindlichkeit)

這裡所指的無約束力，係指醫師公會的鑑定暨調解委員會的鑑定或調解效力，不具德國民事訴訟法第1025條以下的司法調解的約束效力，毋寧是一種對所涉案件的無拘束性的查證與建議。也就是說，病患方或者醫師方任一方，不認同鑑定及調解委員會所提出的鑑定結果、或者不認同調解委員會提出的調解方案建議、或者不同意責任保險所提出的調整給付建議 (Regulierungsangebot)，都可以再依司法途徑尋求救濟。除此之外，鑑定及調解委員會對事件經過的醫療事實認定 (medizinische Sachverhaltsfeststellung) 與評價結果，對於日後法院的民事或刑事責任認定不具拘束力，在法院審理中，法院還是要依審理中證據調查程序所提出之各項事證，及審理中送鑑定人鑑定之結果為事實認定的基礎。不過法院亦可選擇，以「書證」的證據調查程序，檢視鑑定暨調解委員會所提出的認定結果，讓該份鑑定結果有證據能力⁹⁷。

鑑定及調解委員會的鑑定結果與調解建議，亦不具事實上的約束力 (faktische Bindungswirkung)。其理由是一方面鑑定及調解委員會的意見通常太具高度專業性 (Fachkompetenz)，而且就其任務組成，毋寧是一種「私人鑑定」 (Parteigutachten) 的概念。OLG Koeln 認為，醫師公會鑑定會的結果，不等同於司法程序上的鑑定 (Gerichtsgutachten)，而應視為私人與司法鑑定的中間類型⁹⁸。然而這樣的鑑定性質並不能直接否認病患或醫師對鑑定結果的信賴，依統計結果，經過鑑定及調解委員會鑑定、調解後的案件，約莫只有10%至15%的案件會再進入司法程序⁹⁹。

3. 免費 (Die Gebührenfreiheit)

在醫師公會下的鑑定及調解委員會所進行的程序，不論是程序本身，或者是程序中必經的鑑定過程，都是免費的。不過一些程序外的費用 (außerverfahrensmäßigen Kosten) 諸如委任

⁹⁴ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 145.

⁹⁵ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn. 6.

⁹⁶ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 146

⁹⁷ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn. 7.

⁹⁸ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 165

⁹⁹ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn. 8.

律師代理或給與法律建議等¹⁰⁰。另外在BadenWürttemberg和Saarland 兩邦，會針對醫師或病患所申請的特別鑑定收費。之所以不將律師費用計入免費範圍內，理由是因為，在醫師公會進行的鑑定及調解程序，被視為是一種司法救濟程序前，為病患及醫師雙方取得澄清及合意的機制，因此在這個階段所產生的不論是病患或者是醫師的律師費用，都應該將之視為是一種「權利追究的審前必要費用(Kosten notwendiger vorprozessualer Rechtsverfolgung)」，而可計入契約上或侵權行為上損害賠償的賠償範圍內。而且考慮到鑑定及調解委員會的通知與建議對於將來可能產生的民事訴訟程序，甚或是刑事程序的意義，不論是病患方或者是醫師方在公會鑑定調解的階段就引入律師的輔助，均不可將之視為可有可無的支出，因為在這個階段就須要確保醫學上的判斷與評價的正確性，而非等到訴訟程序當中，在舉證責任角度才提出附加問題。而且有的時候公會鑑定及調解程序的結論，會被病患拿來作為對醫師提起刑事告訴的理由，因此就這個角度而言，在這個訴訟前階段的程序，有律師輔助，對於醫師而言，亦有其重要性¹⁰¹。

四、鑑定暨調解委員會所產生的法律問題

1. 時效問題(Die Verjährungsproblematik)

民法未修訂前，以雙方均同意調解作為時效中斷的理由，該「仲裁程序(Schiedsverfahren)」期間，因醫療過失而生的損害賠償或慰撫金請求權時效停止計算。此中斷時效事由亦被類推適用於因為違反告知義務而生的損害事故的3年時效期間¹⁰²。德國民法第204條第1項第4款(§204I (4) BGB)修定後，在調解會接到對造送達的願意進行調解的回覆時，時效停止計算，此次修法明確雙方均同意的時間點¹⁰³。

不過須要注意的是，這個中斷時效的事由有其相對性(inter partes)，只限於參與鑑定及調解的當事人間。如果有其他未加入鑑定及調解程序的請求權對造，諸如：醫院(Krankenhausträger)、其他醫師或者醫事輔助人員(ärztliches Hilfspersonal)，則仍須在民法第204條第1項第4款所訂的時效期間內提出請求¹⁰⁴。

¹⁰⁰ 在統計上，病患方在鑑定及調解程序中委任律師的比例逐年上升，至2013年約有一半的案件，病患方有委任律師；相較之下，醫師方通常都沒有委任律師。 Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn. 9.

¹⁰¹ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O.

¹⁰² Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn. 11.

¹⁰³ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 170.

¹⁰⁴ Ehlers/Broglie, a.a.O. Rn. 172; Laufs/Kern, a.a.O. Fn 12.

2. 訴訟繫屬(Rechtshängigkeit)

過去德國法律規定，損害賠償請求權只有在訴訟繫屬的條件下才可以被繼承，然而在鑑定及調解委員會進行中的案件，不符合「訴訟繫屬」的字面意義，因此若當事人一方過失，其繼承人即無法接續進行案件程序。然而此規定在1990年德國民法修正時，第847條第1項後段修法時被遺忘。然而現在也有越來越多的損害賠償調解的法律事務交往時，損害行為人(抑或是保險人)放棄其主張被害人方之興訟不具有訴訟繫屬的要件¹⁰⁵。

3. 刑事告訴期間(Strafantragsfrist)

依照德國刑法第77條b的規定，依刑法第229條、第230條規定過失傷害須告訴乃論，而告訴期間為3個月¹⁰⁶。因此可能的解決方法，可能是將調解程序的進行，可以排除刑事告訴期間的計算之外，或者是刑事告訴的提出，排除調解程序進行之外。但須注意的是，如果檢察機關認定案件具有依職權進行追訴的特別公共利益要件時，欠缺告訴或者告訴遲延，即不影響案件的追訴，亦不阻止被害人依刑事訴訟法第395條第3項規定，在公訴程序中提起附加訴訟(Nebenklage)的權利¹⁰⁷。

¹⁰⁵ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn. 13.

¹⁰⁶ § 77b StGB: Antragsfrist

(1) Eine Tat, die nur auf Antrag verfolgbar ist, wird nicht verfolgt, wenn der Antragsberechtigte es unterläßt, den Antrag bis zum Ablauf einer Frist von drei Monaten zu stellen. Fällt das Ende der Frist auf einen Sonntag, einen allgemeinen Feiertag oder einen Sonnabend, so endet die Frist mit Ablauf des nächsten Werktags.

行為須告訴乃論的，告訴權人在3個月的告訴期屆滿前未提告訴者，不得追訴。如告訴期的最後一天為星期日、國定假日或者星期六，則以下一個工作日結束時為期間的終止日。

§ 229 StGB: Fahrlässige Körperverletzung

Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung einer anderen Person verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

過失傷害他人身體者，處3年以下有期徒刑或罰金。

§ 230 StGB: Strafantrag

(1) Die vorsätzliche Körperverletzung nach § 223 und die fahrlässige Körperverletzung nach § 229 werden nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, daß die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Stirbt die verletzte Person, so geht bei vorsätzlicher Körperverletzung das Antragsrecht nach § 77 Abs. 2 auf die Angehörigen über.

(1)第223條的故意傷害罪與第229條的過失傷害須告訴乃論，但刑事追訴機關認為依職權進行追訴符合特別之公共利益者，不在此限。被害人死亡者，故意傷害罪的告訴權依第77條第2項的規定，由家屬行使。

¹⁰⁷ § 395 StPO

(3) Wer durch eine andere rechtswidrige Tat, insbesondere nach den §§ 185 bis 189, 229, 244 Absatz 1 Nummer 3, §§ 249 bis 255 und 316a des Strafgesetzbuches, verletzt ist, kann sich der erhobenen öffentlichen Klage mit der Nebenklage anschließen, wenn dies aus besonderen Gründen, insbesondere wegen der schweren Folgen der Tat, zur Wahrnehmung seiner Interessen geboten erscheint.

其他違法行為的被害人，尤其是德國刑法第185條至第189條、第229條、第244條第1項第3款、第249條至第255條和第316條a規定的違法行為所傷害，如果基於特別理由，尤其是嚴重的行為後果，為維護利益看來有其必要，可以通過附加訴訟，參加已經提起的公訴。

然而有些檢察機關在病患以鑑定委員會或者調解程序的文件作為提出告訴的理由時，會合理地拒絕依職權介入，因為這樣違反病患與醫師間的誠信原則。因為在調解程序的開始，醫師已經願意加入這個以取得兩造協議為目的的程序，而其在這個程序中就案件的表明 (Offenheit)，不應該透過國家機關為其帶來負面效果。這樣的結論是出於公認的公平審判原則¹⁰⁸。

五、針對鑑定暨調解委員會的批評

雖然鑑定暨調解委員會具有高度醫學專業、成員具有獨立且中立正直的特性、高度專業的鑑定意見，在民事程序上可能可以透過書證的方式而具有證據能力進而作為判決時的評斷基礎、程序簡單、審前欠缺證據時提供病患方無償的協助、針對參與鑑定及調解程序的醫師的請求權時效可以中斷計算等優點¹⁰⁹。

利益相衝突的醫病兩造經鑑定暨調解程序後，同意該解決方案的比例高達87% (Nordhein邦數據)；而醫病雙方對鑑定及調解委員會越來越高的支持度，也證明這個制度確實有大量減少民事訴訟或刑事訴訟程序的負擔的功能。然而亦有不少針對此制度的批評存在¹¹⁰。

鑑定及調解委員會案件的進行通常是不經過詢問證人及言詞審理的書面審查，鑑定人不會再就當事人再為檢查或者詢問，他們針對其所獲得的卷內資料：病歷等作判斷，同時審酌主治醫師的意見及病患方的事實陳述¹¹¹。且在程序的進行當中亦不提供資訊與程序當事人，對鑑定人的意見亦欠缺提出異議的機制，因此有認為，此等程序的設計違反德國基本法第103條第1項當事人的聽審權 (das rechtliche Gehör)¹¹²。針對此等批評，Baden-Wuerttemberg的鑑定會有當事人聆證 (Anhoerung der Parteien) 的制度，律師可以適當地使用這個機會，或許可以是一個值得參考的解決方式¹¹³。

¹⁰⁸ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn 14.

¹⁰⁹ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn 15.

¹¹⁰ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn 15, 16

¹¹¹ Ehlers/Brogli, a.a.O. Rn. 151.

¹¹² §103 I GG: Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.
法院訴訟中人人享有聽證權。

sieht: Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn 17.

¹¹³ Ehlers/Brogli, a.a.O. Rn. 159.

因為鑑定會只能針對單一個案(immer nur eine Einzelfallentscheidung)的內容為鑑定，無法對說明義務的責任或組織責任問題提出陳述(Aussage)。鑑定會有時也會對是否構成醫療過失的判斷迴避，因為這涉及到法律問題，而非單純是醫療問題。因此有認為鑑定人委員會及調解委員會的審查結果，對法律爭點的解決，尤其是重要的因果關係問題，往往不夠充足，甚至是未處理此等問題¹¹⁴。

鑑定會或調解委員會的成員，沒有取證的權限，因此在事實調查的過程中會有其困難性；相對的，程序當事人也沒有聲請調查證據的權利。而且至於醫療過失與健康損害間的因果關係問題是否有舉證責任倒置的問題，鑑定不會給出意見；舉證責任的問題在此階段很少處理¹¹⁵。

雖然如同在法院審理時一樣，在調解時也可以聲請鑑定人迴避；然而鑑定及調解委員會的程序設計機制，在作成鑑定結果及調解建議之前，欠缺給當事人先前提出異議的機會¹¹⁶。

此外，就時間效益的角度來觀察，醫師公會鑑定及調解程序所耗的時間亦非不短，平均約在8到14週之間¹¹⁷。

又因為德國各邦鑑定及調解委員會的組織及流程設計不同，而各地區的鑑定結果，認為案件有醫療過失的比例亦有差異，對其結果的可信性評價可能有所減損。

最後，即使鑑定及調解委員會的鑑定或者調解建議對日後的民事訴訟或者刑事訴訟沒有拘束力，但是在訴訟程序的進行時，這些鑑定結果或者調解建議仍有可能造成對病患或者醫師不利的預斷¹¹⁸。

即便有上述的批評存在，然而無論如何，依運作結果及統計結果而斷，醫師公會的鑑定暨調解委員會的組成，確實達到鬆綁醫病關係的效果，因此得到所有可能涉及到的單位：病患、醫師、醫師公會、保險公司、法院、地檢署、律師等單位的關注。在巴伐利亞的調解及鑑定委員會，責任保險直接與申請權及調解程序的聽審權相結合¹¹⁹。

¹¹⁴ Ehlers/Brogli, a.a.O. Rn. 157; Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn 17.

¹¹⁵ Ehlers/Brogli, a.a.O. Rn. 152, 154.

¹¹⁶ Ehlers/Brogli, a.a.O. Rn. 153

¹¹⁷ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn 17.

另有計算為整個鑑定暨調解程序通常須時12至18個月進行，siehe: Ehlers/Brogli, a.a.O. Rn. 146.

¹¹⁸ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn 17.

¹¹⁹ Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn 18.

因為鑑定及調解委員會的處理成效受到肯認，因此即便此鑑定及調解委員會的程序的先行，非提起訴訟的必要要件，但依現在的見解，若當事人請求訴訟救助(Prozesskostenhilfe)，而該醫療糾紛案件未經免費的、無風險的、且實務上證明有效的程序，即醫師公會鑑定會協助鑑定，而立即進入司法程序，會被認為是好興訴訟(bearbeitete Rechtsverfolgung mutwillig)的，而可依德國民事訴訟法第114條第1項予以駁回¹²⁰。

六、鑑定及調解程序案件進行流程

多數鑑定會採用「二階段 (zweistufige Begutachtungsprozess)」式的鑑定流程，以期讓鑑定結果有比較穩定的鑑定結論。如果第三責任保險人接受的程度越高，那麼調解成功的機會也就越高¹²¹。

I.申請(Antrag)

各邦的鑑定及調解委員會多半以不要式的書面申請(formlose schriftliche Antrag)為申請要件，多半是由病患方主動提出。鑑定及調解不強制一定要委任律師，不過程序參與者均可自費委任律師陪同程序的進行。雖然鑑定及調解程序不收取程序費用，但是參與者還是要負擔自己的成本。鑑定調解程序的費用來源，來自醫師所繳納的公會會費(die Kammerbeiträge der Ärzte)。德國保險公會與各邦醫師公會協商責任險負擔比例時，醫師也要負擔一定的費用。所以鑑定費用及程序花費，是總包式地含括在責任保險費用之中。

一些邦的醫師公會有提供制式的表格，以便申請者勾選。申請者提出申請時，至少要就事件發生過程及其所認為有醫療過失責任的理由，盡可能客觀且具體地陳述。如果有相關醫療文件，如病歷、處方、手術紀錄、X光片等資料，或者在提出鑑定調解申請前，雙方就此案的文書往來資料，在提出申請時須一併交付，不過亦應限於與鑑定及有爭議的部分即可，以免鑑定流程失焦。德國民法第630條f所規定的醫師紀錄義務及第630條g的病患閱覽病歷資料的權限，皆賦與病患方較佳的取得醫療資料的權利。但是當病患方請求時，醫院不應交付正本，而是在病患負擔費用的要件下交付影本¹²²。

¹²⁰ Ehlers/Brogie, a.a.O. Rn. 153.; Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 114 Verfahrensrechtliche Einzelfragen Rn. 23.

不過就此觀點，亦有反對見解的存在。有論者認為，國家訴訟救助的義務存在於憲法上的平等權與社會福利國家的義務，而人民有透過國家司法決定以得到其權利救濟的權利。更何況鑑定及調解會程序結果，對嗣後的民事訴訟程序沒有直接的法律效力，而且反而可能形成時間拖延而導致證據調查不利的後果。因此認為提起民事訴訟前，有無選擇使用鑑定暨及調解委員會程序，不能作為是否提供當事人訴訟救濟的考慮因素。若是因為鑑定及調解委員會的鑑定結果認為該案沒有導致損害結果發生的醫療過失的存在，也不能以此即否定訴訟救助的必要，因為病患方可能可以事實上的理由提出對鑑定結果的質疑。siehe: Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, a.a.O. Rn. 24.

¹²¹ Ehlers/ Brogie, Arzthaftungsrecht, Rn. 156.

¹²² Ehlers/ Brogie, Arzthaftungsrecht, Rn. 515.

鑑定及調解程序採用自願性原則，病患提出申請後，可以隨時撤回其申請；相對地，醫師也有一定的時間與責任險投保公司就案件作商量，但其仍須在一定時間內表明是否參與鑑定及調解程序(例如 Baden-Württemberg邦規定，醫師須在一個月內回覆其意願)。

另外要說明的是，病患在提出申請的時候，也要一併提出免除醫師保密義務的書面豁免聲明¹²³。

II. 程序障礙事由之審查 (Verfahrenshindernisse)

醫師公會收件後，先由委員會審查案件是否有程序障礙事由。程序障礙事由包括：案件已經有確定司法判決、案件所涉事件已經在法院或檢察機關審理調查中。另外，如果案件所涉醫療程序超過5年，或者申請方的對造遲未交付參與鑑定及調解的同意等¹²⁴。

III. 事實調查及評價 (Sachverhaltsermittlung und -bewertung)

為了釐清事實發生經過，調解會的主席可以要求雙方當事人交付相關資料。調解會也時常會要求較高層級的醫師表示意見，譬如說：如果涉案的是醫院醫師，通常會要求主治醫師提供意見。此外，亦可能透過涉案醫療流程前、後經手的醫師，要求其提供相關資料¹²⁵。

事實調查的過程通常是書面的(schriftlich)，然而依個案或者依程序規則，還是有口頭討論(mündlich Erörterung)的可能¹²⁶。只有Baden-Württemberg有將口頭討論訂為調查進行的原則，而非例外。經事實證明，在有第三人主導及鑑定人輔助的情況下，若當事人可以面對面就事情的流程進行直接的溝通，對於問題與分歧的解決會是比較有效的方法。

事實調查，會依據委員會手邊所有的資料及鑑定意見，作出法律上及醫療上的評價。在例外的情況下亦會參考當事人雙方在口頭討論時所陳述的意見。在事實調查的程序中，沒有固定的證據調查方法(kein förmliche Beweisaufnahme)，沒有一定的舉證法則、亦沒有有利病患方的舉證責任轉換的證據可茲遵循。委員會對事實的認定，毋寧全然依委員會成員的自由心證而定。

¹²³ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 517

¹²⁴ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 519

¹²⁵ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 520

¹²⁶ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 521

在評價過程中，鑑定意見占很重要的一部分。主席通常會推薦一名或者數名與案件有關的鑑定人，為醫療糾紛流程作出專家意見。一些邦的程序規定，要求該鑑定須委外鑑定，為求程序進行的方便，Baden-Württemberg便會將所涉案件交由該醫師所屬的專科醫師公會進行鑑定。如果當事人對鑑定人的資格有異議(例如認為有迴避事由等等)，亦須按時提出，期限依各邦規定不一而足，通常是三個月內。如果鑑定人被請求迴避，則該鑑定人只能就鑑定事項作有限的解釋，或者由委員會直接另找其他鑑定人¹²⁷。

IV. 程序終結

鑑定會的鑑定程序原則上在其附具體理由論說其結論：案件存在醫療疏失、不存在醫療疏失、或者無從確定。在鑑定結果作出後，雙方當事人即可依鑑定結果所認定的事實經過及評價來進行調解¹²⁸。

調解會的任務，在其提出具有醫學上及法律上理由的損害填補建議後即結束。損害填補的方式不見得均以財產上填補的方式為之。當事人若對調解會的建議無法取得同意，當事人亦可選擇司法救濟途徑，當事人在選擇採取司法救濟途徑前，不須對調解會的建議有何制式的反對意思表示始可無之¹²⁹。

七、鑑定及調解程序案件統計結果

依據德國聯邦醫師公會(Bundesärztekammer, BAK)在2015年6月15日公佈的統計數據，全德申請鑑定及調解程序案件總數自2012年起即連續下降，2014年全德共有12053年申請案，較2013年的12173件略減¹³⁰。

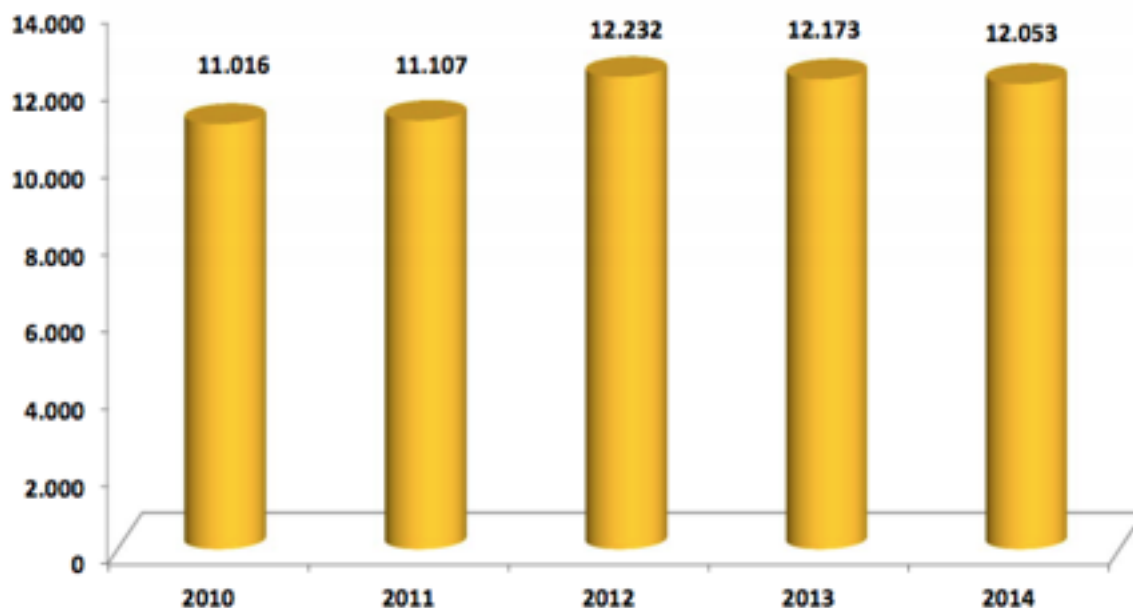
¹²⁷ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 523

¹²⁸ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 524

¹²⁹ Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht, Rn. 525

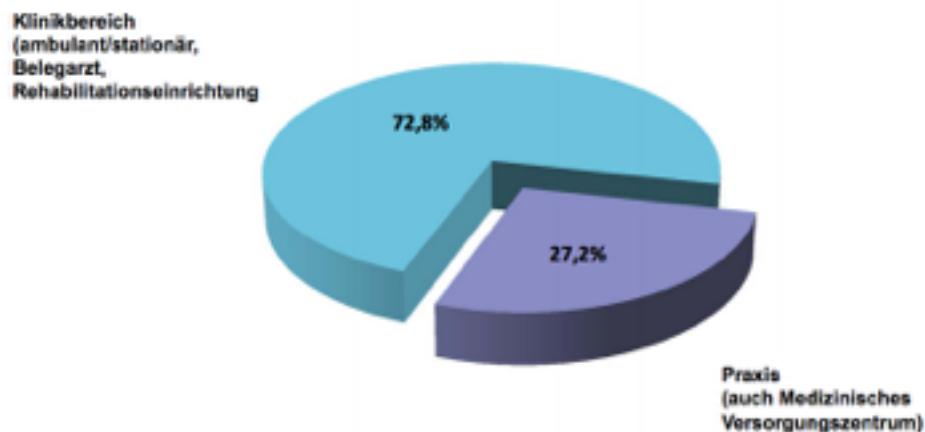
¹³⁰ Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 15. Juni 2015, S. 2, http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/Behandlungsfehler/Praesentation_Kols.pdf

Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen Anträge 2010 - 2014



如果從發生醫療糾紛，醫事行為被檢驗的事發地點來觀察，2014年間有72.8%的鑑定調解案件是發生在醫院（Klinikbereich, 包括門診、住院、協作醫師、復健單位），27.2%的案件發生在診所（Praxis, 亦包括其他提供醫療照護的中心）¹³¹。

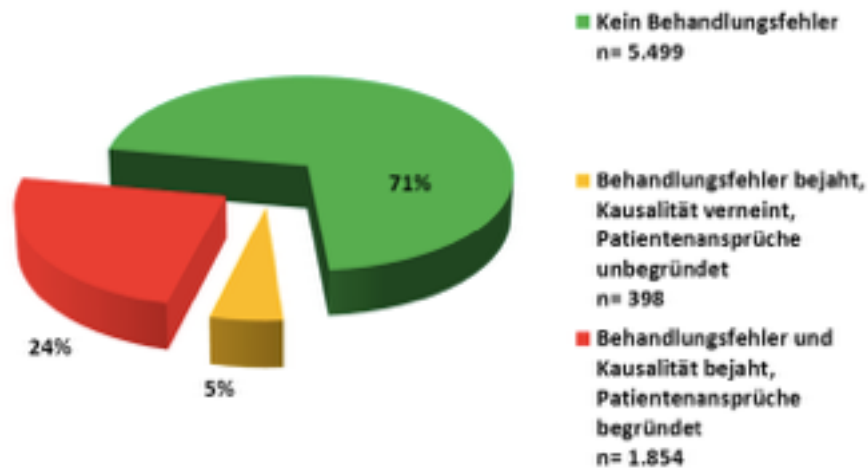
Versorgungsbereiche, in denen die Ärzte tätig waren, deren Behandlungsmaßnahmen im Jahre 2014 geprüft wurden



¹³¹ Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 15. Juni 2015, S. 3.

然而，2014年間，全德國醫師公會鑑定及調解程序受理且鑑定完畢的7751件案件結果，認為確實有醫療過失發生，且醫療過失與病患間的損害有因果關係的，換句話說，也就是病患方之請求有理由的案件，只佔了24%；另有5%的案件雖然鑑定結果認為有醫療疏失的存在，但是該醫療疏失與病患所受損害之間，沒有因果關係。71%的案件經過鑑定的結果，醫師的處置沒有醫療疏失¹³²。

Ergebnisse der 7.751 Entscheidungen im Jahre 2014

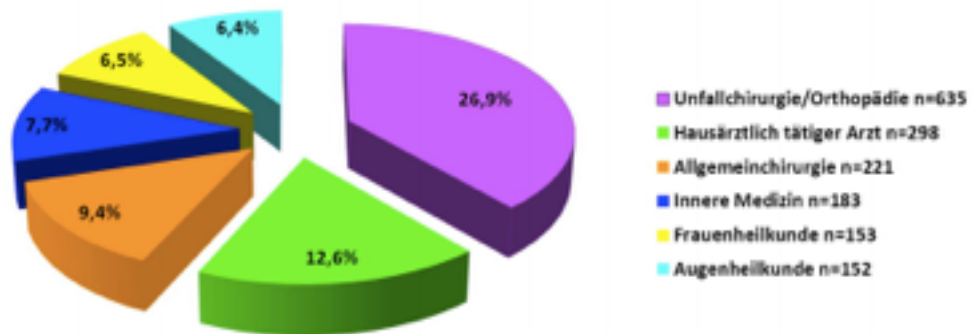


在德私人診所領域方面，發生醫療糾紛的專科，以事故外科 (Unfallchirurgie) 及骨科的糾紛案件在佔最大多數，為26.9%，第二高的是在台灣較難想像的家庭醫事科別 (Hausärztlich tätiger Arzt)，為12.6%。接下來依序是一般外科9.4%、內科7.7%、婦科 (Frauenheilkunde) 6.5%，最後則是眼科6.4%。這些案件，總共涉及2362位醫師，佔德國登記職業之醫師人數147,900之1.6%¹³³。

¹³² Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 15. Juni 2015, S. 4.

¹³³ Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 15. Juni 2015, S. 6.

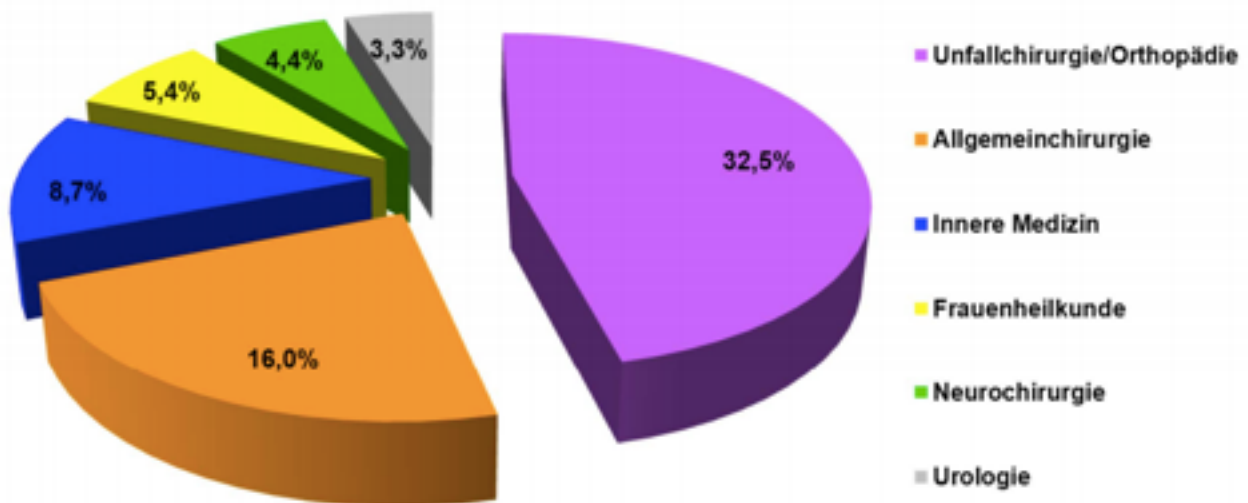
Die am häufigsten beteiligten Fachgebiete im niedergelassenen Bereich 2014



Gesamt: 2.362 Antragsgegner (Ärzte) (147.900 niedergelassene Ärzte insgesamt)

與上列私人診所相較，大型醫療院所(Klinikum)好發醫療糾紛的專科分別是事故外科/骨科 32.5%、一般外科16%、內科8.7%、婦科5.4%、神經外科4.4%、泌尿科3.3%¹³⁴。

Die am häufigsten beteiligten Fachgebiete im Klinikbereich (amb./stationär) 2014

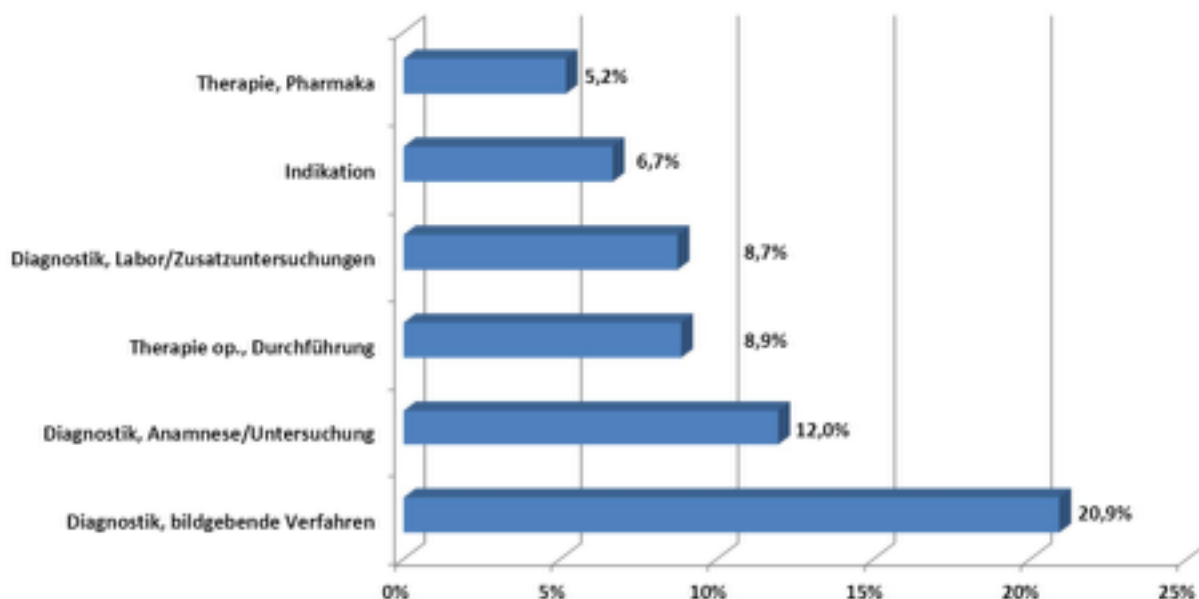


Gesamt: 6.334 Antragsgegner (Krankenhausabteilungen)

¹³⁴ Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 15. Juni 2015, S. 7.

至於醫療疏失發生的態樣，德國聯邦醫師公會的統計數據亦將私人診所與大型醫療院所作不同的統計。在私人診所方面，最常發生的醫療疏失是與影像醫學有關的診斷疏失，佔20.9%，其次是與病歷和問診(Anamnese, Untersuchung)有關的診斷疏失，佔12%。接下來依序為手術執行與治療的問題8.9%，實驗室與其他附加檢查有關的診斷錯誤8.7%，說明錯誤(Indikation) 6.7%，最後則是藥物治療的疏失，佔5.2%¹³⁵。

Die häufigsten Fehlerarten im Jahr 2014 im niedergelassenen Bereich

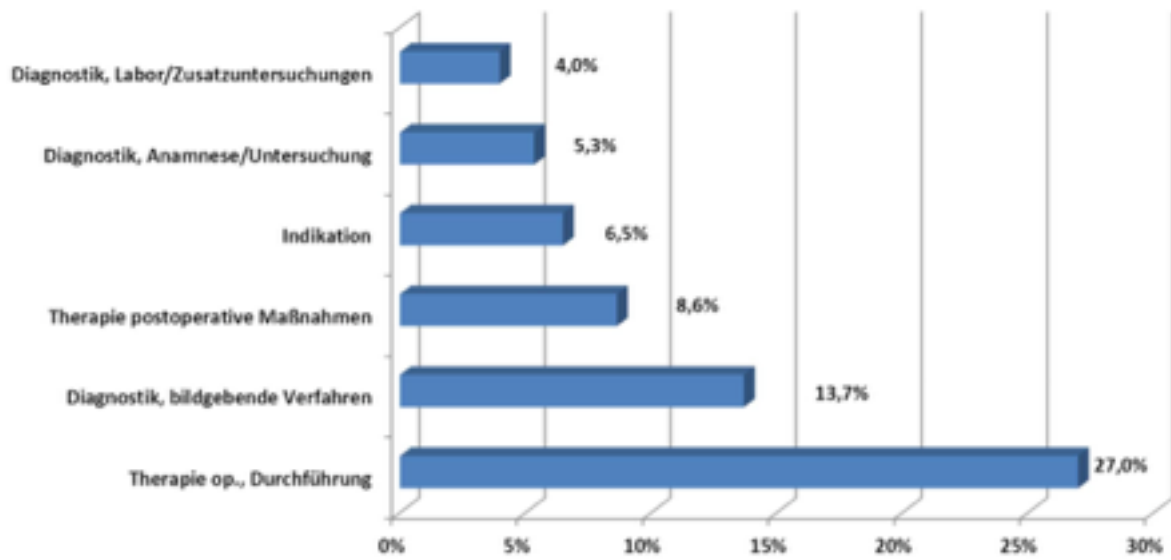


在大型醫療院所方面，最易發生的醫療疏失是手術執行的治療問題，佔27%。其次是與影像醫學有關的診斷疏失佔13.7%。第三是術後照顧的疏(Therapie postoperative Maßnahmen)，佔8.6%。接下來是說明錯誤6.5%、病歷問診相關的診斷疏失5.3%，最後則是實驗室與其他附加檢查有關的診斷錯誤4%¹³⁶。

¹³⁵ Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 15. Juni 2015, S. 10.

¹³⁶ Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 15. Juni 2015, S. 11.

Die häufigsten Fehlerarten im Jahr 2014 im Klinikbereich



第五章、結論

事實上，在與Schünemann教授討論有關這個非常實務性的問題時，教授回答了一句說，會有這樣不同的現象，應該是臺灣與德國人民之間「思想狀態 (Mentalität)」的差別。這實際上也是映證了兩個司法制度的極大差別。臺灣的法律雖然說是學自德國的立法系統，很多法律也是參考德國版本翻譯後再加上一些兄弟個人獨創之見解而成，然而在我們學習法法律的過程中，其實甚少去了解，到底書本裡的原理原則在德國實務運作上的樣貌是什麼。

在我們的想像中，德國是法律規定嚴謹的地方，但實際上，因為對於他人信任的整體社會氛圍，在一些像是管制訴訟行為的規定上，均不見我國現行實務有許多枝微末節的管制。譬如說，一審即起訴到邦法院 (Landesgericht) 的案件，審理過程中並沒有強制錄音，是法官可以自己決定該案件的審理是否要錄音，而且這些案件也不會有書記官繕打筆錄，證人在法庭上的證詞是由法官在聆訊的時候自行筆記下來，因此開庭的時候自然也不會有電腦螢幕給被訊問人觀看自己的陳述內容。這樣的作法雖然會造成日後彈劾法院聽取證人或當事人陳述內容正確與否的困難，但這種不靠工具一問一答的訊問過程，反而較符合一般自然談話的過程，不會有當事人藉著閱讀筆錄來重組自己證述內容的問題與機會。但這樣的審理程序規範方式，自然不適合強加於不信任司法的臺灣社會中。

德國的法律制度是在自己的土地上，經由自己的經驗不斷推衍出現代法律制度的架構，以及適用法律的原理原則，相較於此，我們則是在沒有這樣的歷史經驗中，直接把別國的架構搬來用，因此在操作許多原理原則時，反而只知道原則的皮毛。譬如說，現今訴訟程序保障被告人權、有疑惟利被告，這是臺灣的法律人在學刑事訴訟法時最先學到的原理，但這樣的原理也絕對不是無限上綱地為被告判處較輕的罪名與刑責¹。

執此之故，對於我國司法制度該如何讓其更健全的發展，問題還是會回到整個社會層面上。以上這些外國立法例可能可以作為參考，但問題真正的根本是，民眾欠缺健全的法治教育下，從以前的威權時代沒有權利可以申張，到現在是只知道自己有權利，但卻忽略了在群居社會當中，權利必會有互相衝突，因此必定有必須限縮自己權利的行使的時候。相對的，當我們要學習參考外國立法例的時候，還是必須先就該國整體法律制度結構，以及更重要的，實務操作結果先為瞭解，才不會發生一個制度在國外是好制度，搬到國內就變成悲劇的問題。

¹ 2007年發生在慕尼黑地鐵的惡少攻擊退休老人案件中，被害人受有枕骨骨折、顴骨骨折、蝶骨骨折、蜘蛛膜下腔出血、左腦幹受損、左小腦橋腦受損的傷害，最後判決結果慕尼黑邦法院 (Landesgericht) 是以謀殺未遂來論斷兩個行為人的行為，一個行為人被判有期徒刑12年，一個少年犯被判處有期徒刑8年6個月確定。這樣的刑度，在台灣的相類似案件中，根本難以想像！

https://de.wikipedia.org/wiki/Pr%C3%BCgelattacke_in_der_M%C3%BCchner_U-Bahn_2007

參考文獻

中文資料

1. 法務部，法務統計年報，103年12月23日出版。
2. 陳聰富主編，醫療糾紛處理之新思維(一)，元照出版社，2014年1月初版。
3. 吳俊穎、陳榮基、楊增暉、賴惠蓁、吳佳勳合著，『清官難斷醫務事？醫療過失責任與醫療糾紛鑑定』，元照出版社，2013年9月二版。
4. 宗玉琨譯注，德國刑事訴訟法典，知識產權出版社，

德文資料

1. Beck Online Kommentar StPO
2. Bundesamt für Justiz, die Gesamtstatistik der Anzahl der Richter, Richterinnen, Staatsanwälte, Staatsanwältinnen und Vertreter, Vertreterinnen des öffentlichen Interesses in der Rechtspflege am 31. Dezember 2012.
3. Bundesärztekammer, Statistische Erhebung der Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, 15. Juni 2015.
4. Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, Berlin, 2014.
5. Christoph Herbert Venedey, Ausgang strafrechtlicher Ermittlungsverfahren gegen Ärzte wegen Verdachts eines Behandlungsfehlers, 2007.
6. Ehlers/ Broglie, Arzthaftungsrecht.
7. Janke, M., Der Täter-Opfer-Ausgleich im Strafverfahren. Zugleich ein Beitrag zu einer kritischen Strafverfahrenstheorie.
8. Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Auflage 2013.
9. Kaspar/Weiler/Schlickum, Der Täter-Opfer-Ausgleich, 2014.
10. Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts.
11. Lilie/Orben: Zur Verfahrenswirklichkeit des Arztsstrafrechts, ZRP 2002, 154
12. Löwe-Rosenberg StPO Online

13. Robert Pragst, Auf Bewährung: Mein Jahr als Staatsanwalt, Nov 2011.
14. Roxin/ Schünemann, Strafverfahrensrecht 27. Auflage.
15. Servicebüro für TOA und Konfliktschlichtung, TOA Standards, 6. Aufl., Köln 2009.
16. Statistisches Bundesamt, Rechtspflege Staatsanwaltschaft, 2013.
17. Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2014.
18. Ulsenheimer, Klaus, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Auflage.
19. Volk/ Engländer, Grundkurs StPO, 8. Auflage.

網站資料

中文網站

1. 法務部：<http://www.moj.gov.tw/site/moj/public/MMO/moj/stat/gender/prost.pdf>
2. 衛生福利部醫事司：http://www.mohw.gov.tw/cht/DOMA/DM1_P.aspx?f_list_no=608&fod_list_no=762&doc_no=1791
3. 社團法人醫療改革基金會：http://www.thrf.org.tw/TC/Page_Show.asp?Page_ID=534

外文網站

1. 慕尼黑第一檢察署：<https://www.justiz.bayern.de/sta/sta/m1/>
2. 慕尼黑第二檢察署：<https://www.justiz.bayern.de/sta/sta/m2/>
3. <http://de.wikipedia.org/wiki/T%C3%A4ter-Opfer-Ausgleich>
4. http://www.aerztezeitung.de/praxis_wirtschaft/recht/article/830325/behandlungsfehler-nur-selten-prozess-kommt.html
5. <http://www.ra-bals.de/downloads/strafanzeige-bei-behandlungsfehler.pdf>
6. <http://www.anwaltundarzt.de/de/Strafanzeige.php?navid=59>