

醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應(上)、 (下)



編目：刑法

【論文導讀】

- 一、文章名稱：醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應(上)、(下)
- 二、作者：陳子平
- 三、出處：月旦法學雜誌第178期，頁227～245；第179期，頁248～271。

<目次>

壹、重點整理

- 一、「充分說明與同意(告知後同意、Informed Consent)」之法理
- 二、犯罪的成立與治療行為
 - (一)犯罪成立的三階層(或二階層)要件
 - (二)治療行為與犯罪成立的關聯
- 三、違反「充分說明與同意(告知後同意)」法理的刑法效果

貳、考題趨勢

參、參考文獻

肆、延伸閱讀

<摘要>

陳教授該文旨在探討醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應。該文內容分為兩大部分加以論述。首先是對於「充分說明與同意」法理(即「IC」法理)的論述，後半部的重心則放在醫師違反「充分說明與同意」法理的刑事責任問題之說明、檢討。在結論上，陳教授係採取「治療行為傷害說」立場，認為治療行為具有傷害罪的構成要件該當性；治療行為是否不構成傷害罪，重點在於是否得以阻卻違法性(違法性的判斷)。若該治療行為具有醫學的適應性、醫術的正當性以及「患者的承諾(同意)【「IC」法理】或推定的承諾」，則符合刑法第22條所規定的「業務上正當行為」，阻卻傷害罪的違法性而不具可罰性；惟若該治療行為違反「IC」法理，則將構成傷害罪而具可罰性(然是否確具可罰性，則兼以「可罰的違法性理論」判斷)。

而綜觀陳教授該文，內容廣及日本及德國法規、實務及學說見解的介紹，初學者恐難以消化，筆者慮及此點，加以國家考試多係以我國法規、實務及學說見解為出題導向，因此本篇論文導讀原則上係以整理我國法規、實務及學說見解為主，至於外國法規、實務及學說見解的詳細論述，則請讀者詳參陳教授原文，以更進一步深入研究相關議題(另關於詳細的引註，亦請詳參陳教授原文)。



關鍵詞：「充分說明與同意」法理(「IC」法理)、醫師說明義務與裁量權、病患自我決定權、治療行為、傷害、構成要件該當性、承諾、推定承諾、阻卻違法性、可罰的違法性

壹、重點整理

一、「充分說明與同意(告知後同意、Informed Consent)」之法理

(一)「充分說明與同意(Informed Consent)」(下稱 IC)法理之定義

所謂「**充分說明與同意(IC)**」之法理，是指「醫師對病患詳細說明其病情，並就因應之檢查或治療提供充分之資訊，病患在充分理解後做出承諾，在沒有受任何強制之自由立場下，選擇檢查或治療之方法，而醫師則根據此同意進行醫療」之原則。

換言之，即「醫師於診療上擬對病患之身體實施醫療上帶有侵襲性之治療行為時，必須事先就該治療行為之目的、方法、期間、預測之結果、其危險性以及不實施之後果等詳加說明，在獲得病患之同意後，始可進行治療」之法理；或謂「『**告知後同意法則**』(the Doctrine of Informed Consent)乃指醫師有法律上的義務，以病人得以瞭解的語言，主動告知病人病情、可能之治療方案、各方案可能之風險與利益，以及不治療之後果，以利病人做出合乎其生活形態的醫療選擇。」

(二)IC 法理之分析

陳教授認為，依上述定義可知，「IC」法理包括不可或缺的兩部分：一為**說明原則(醫師之說明義務)**，一為**同意原則(病患之自我決定權)**。

1. 說明原則

「IC」法理既然著眼於保障病患之自我決定權，因此醫師在進行醫療行為時，單純地獲得病患的同意(承諾)並不充分，因為為使病患的同意真正具有實質意義，須以病患充分瞭解其同意對象之醫療行為為必要。

然而一般病患通常不具備高度的醫學知識，尤其在現代高度專業化的醫療時代，我們實難以想像病患都能事先對各該醫療行為有所理解，在此情況下病患所為的同意，實在難說具有實質的意義。因此，為使病患就加諸自己身上的醫療行為能做出理性的意思決定，自然必須對醫師課予必要且充分的說明義務。而醫師所為的資訊提供(說明)，不但能減少病患對醫師或醫學的誤解，防止醫師與病患間的爭議；也會由於病患對醫師信賴感的增加，而能促使病患提供更多病情方面的訊息，供醫師實施更佳的醫療。

2. 同意原則

任何人只要不侵害他人權利、不對他人造成困擾，自應有其自主性(自律性)。因此為使醫師與病患關係人性化(具有人情味)，承認病患本身的自主性地位，實屬必要。固然往昔病患大多完全信任醫師是為病患的利益而為診療，但遺憾的是時至今日，醫師所謂的「為病患之利益」已逐漸不為病患所信賴，因此承認並保障病患的自我決定權實有必要。

畢竟就病患個人而言，病患本人終究是自身肉體與精神的主權者，醫療結果無論是好是壞，最後的承擔者是病患本身而非醫師。因此同意原則在我國很早即已被確立，例如屬於刑法第 22 條「業務上正當行為」的醫療行為，若未獲得病患的同意，則屬專斷的醫療行為，不能阻卻違法性。惟早期對於同意前提的醫師說明並沒有作太多的要求，因為當時醫師是醫療的主體，因而有相當大的裁量權。

(三)說明義務的主體與說明的對象



1. 相關法規

- (1)醫師法第 12 條之 1：「醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」
- (2)醫療法第 63 條：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。第一項手術同意書及麻醉同意書格式，由中央主管機關定之。」、第 64 條：「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限。前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。」、第 81 條：「醫療機構診治病人時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」

2. 說明義務的主體(告知義務的主體)

陳教授認為，既然「IC」之法理是在解決醫師與病患之間理解上的落差，而由醫師就即將實施的治療行為向病患做充分的說明後，以取得病患的理解並做出同意，則說明義務的主體當然是「醫師」。

然而在醫療現場，經常發生由醫護人員(如護士或醫師的助理等)向病患說明治療的方式、內容等，實際上此等人員僅可以對說明內容提供輔佐，並不能取代醫師而成為說明義務的主體。

因此，如果診治醫師並未對於治療內容加以說明，而僅由醫護人員說明，並不能因此免除醫師的說明義務。

雖然醫療法第 63、64、81 條之規定，似乎凡屬於該醫療機構的人員皆可以向病患說明治療內容，但是「該條之立法意旨在於規範醫療機構應為告知行為，具有告知義務，而非規定醫療機構得透過護理人員或社工人員代替醫師為告知行為」。護理人員或社工人員等並不具備充分專業的醫療知識、技術，因此不得成為說明義務的主體，乃當然之理，而國內因護理人員的說明所引發醫療糾紛的案例，司法實務亦認為醫師依然必須負擔說明的義務(士林地院 83 年度易字第 1484 號判決)。

3. 說明的對象(告知的對象)：

上開醫師法第 12 條之 1 的規定，說明(告知)的對象是「病人或其家屬」，醫療法第 63、64、81 條的規定則為「病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人」。由此可知，醫師法所規定的「說明的對象」與醫療法所規定者顯然有所不同。

二法皆以「病人」為對象，但是除此之外，醫師法還規定「其家屬」；而醫療法則規定為「其法定代理人、配偶、親屬或關係人」。其中，「配偶、親屬」或可以包含在「家屬」的概念裡，而「法定代理人」則並不一定屬於家屬，尤其「關係人」的範圍更超出「家屬」概念之外。二法何以會有此等的差異，並無法得知。不過總而言之，依照醫師法及醫療法的規定，說明義務的對象，除了「病人」之外，尚可以包含「家屬」、「法定代理人」、「配偶」、「親屬」、「關係人」。

對此，陳教授指出，醫師法及醫療法的此等規定，是否符合「IC」法理，甚有疑問。理由在於，此「IC」法理的形成，在於維護病患在醫療上的自我決定權，因此醫師僅對於「病



患本人具有說明的義務，對於其他的第三人並沒有說明的義務。醫師法及醫療法將「家屬」及「配偶」納入說明義務的對象，或許可說是為了符合我國「家屬父權主義」的實情，亦即在我國醫療現場，醫師告知的主要對象往往是病患的家屬而非病人。然而當醫師告知家屬而得到家屬的同意並進行治療，其結果該治療卻違反病患本人的意思時，醫師是否仍應負擔法律責任？更嚴重的是，當醫師告知的對象是關係更遠的「親屬」乃至於「關係人」的情況，又將如何？是否可以因醫師法及醫療法的規定而免除醫師的說明義務？

【案例思考】

一位年過 20 的年輕未婚女子，經醫師診斷後，確實罹患 3、4 公分大小的良性「卵巢瘤」，經醫師說明後，其同意進行手術切除；在切除手術進行途中，醫師判斷即便切除該「卵巢瘤」，不久之後也一定會再度罹患，應該直接切除卵巢整體。然而該病患經麻醉已經陷入昏迷，因此醫師則向手術房外的「家屬」說明，並得到「家屬」的同意而將卵巢整體切除；惟手術後病患醒來得知卵巢整體已經完全被切除，認為醫師未向其說明也未得其同意，因此以醫師為被告而提起告訴。問：醫師是否會因此而負擔法律責任？(註 1)

(四)說明義務的內容與判斷標準

1. 說明義務的內容(告知的內容)

依上開醫師法第 12 條之 1 以及醫療法第 81 條的規定，醫師在「診治病人」時的說明義務內容應包括「**病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應**」；至於醫療法第 63 條則規定「醫療機構」(即醫師)在進行手術時的說明義務內容應包括「**手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險**」。然除此之外的內容，醫師是否因此無說明的義務？關於此問題，我國司法實務與學說見解有不同的理解。

(1)我國實務見解

最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決認為：「……醫師應盡之說明義務，除過於專業或細部療法外，至少應包含：(1)診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果。(2)建議治療方案及其他可能之代替治療方案暨其利弊。(3)治療風險、常發生之併發症及副作用暨雖不常發生但可能發生嚴重後果之風險。(4)治療之成功率(死亡率)。(5)醫院之設備及醫師之專業能力等事項；亦即**在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務**；於此，……。」

陳教授指出，從此判決可知，目前最高法院部分刑庭所主張的說明義務內容已經超越醫師法、醫療法所規定的說明義務內容，亦即此判決所主張的說明義務內容(1)、(3)、(4)，可以包含在醫師法第 12 條之 1、醫療法第 81 條所規定的「病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應」，以及醫療法第 63 條所規定的「手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險」等說明義務內容之內；但**(2)建議治療方案及其他可能之代替治療方案暨其利弊、(5)醫院之設備及醫師之專業能力等事項等**，則為醫師法及醫療法所未規定的說明義務內容。

(2)我國學說見解

A. 盧映潔教授：

其似乎採取基本上否定醫師說明義務的主場，尤其對於前述最高法院判決，批判性地認為：「……本件最高法院判決最值得批評之處在於，它並沒有要求釐清心導管檢查及其後續治療對於該病患的疾病來說療效如何，是否屬適當的療法選擇，只是一味地要求醫師應該要在術前說明告知以利病人選擇治療方法，而且又提出了『如醫師曾說



明，病人即有拒絕醫療之可能，醫師即有說明之義務』的論點，但卻沒有考慮到如果病患拒絕治療之嚴重後果會如何。雖然最高法院有提到醫師亦應說明病患不接受治療之後果，但本文認為，醫師的說明告知，主要目的應該不是為了讓病患有意拒絕治療的機會，否則病患又何需就診求醫。因此，最高法院以『病人有拒絕醫療之可能』作為醫師說明義務的推論理由，並不足取。」

又認為：「……我國最高法院的見解，是美其名為尊重病患自主權，但是，對疾病嚴重的病人來說，給予病患拒絕治療的機會，無異是將病患推向病魔懷中，事實上是給予病患一張催命符。……本文認為，有關治療風險的告知未必是刑法要求履行的義務，蓋因即使是將風險或副作用全數詳盡地說明予病人得知，但這樣做難道就可以改變醫療行為的風險嗎？……既然醫師的說明對於風險的實現與否完全沒有影響，刑法又怎麼會將這種醫療行為的說明告知當作是必須履行的義務呢？……若過度強調病患擁有療法選擇權以及拒絕治療的權利，而不讓醫師依其專業判斷去採取最佳的療法，有時候可能會形成荒謬且嚴重的後果，……。」

並且強調：「倘若過度強調一定要取得病患同意才能進行醫療行為，會造成醫療者誤以為取得病人同意是醫療工作中的唯一重點，而在無法取得病患或家屬同意的情形下，醫師即採取防禦性醫療心態，拒卻救治病患，如此一來，實非病患之福，因而本文更深切期盼醫療實務工作者不要過度拘泥於病患同不同意之事，正確治療、挽救病患生命才是醫療的最終目的。」

B. 楊秀儀教授：

其認為：「至目前為止，已確立的應告知事項有：(1)診斷：包括診斷前之醫療步驟、檢驗、以及拒絕診斷的風險……都應告知；(2)醫師建議的治療方案：包括此治療方案之本質與目的；(3)治療方案的風險：但遙遠的風險則不必說明。至於如何界定『遙遠的風險』？則視該風險實現後結果的嚴重度而有異。舉例言之，有5%的復發率，這個風險可以不必告知，但是若有5%癱瘓率的風險，就當然要告知了。(4)治療方案之成功率；(5)其他可能之代替治療方案及其利弊。」

C. 王皇玉教授：

其原則上肯定前述最高法院判決所採的說明義務內容，對於其中「建議治療方案及其他可能之代替治療方案暨其利弊」部分，認為：「醫師對於有無其他可能的醫療代替方案，例如要接受放射線療法還是進行手術，以及代替的醫療手段或療程所帶來的風險與利益，與病人如果不接受治療所可能造成的風險與利益，本來就應該屬於醫師應說明的範圍之一。因為這些事項，對於病人是否同意醫療，還是要改採其他醫療手段，具有決定性的影響。」

又認為：「醫生的說明事項中，在法律上最為重要的，除了醫療行為本身的內容與性質外，就屬風險告知，尤其是死亡風險，與發生不可逆的身體損傷的風險。因為法律，尤其是刑法，最在意的就是生命與身體健康價值。……因此，對醫生而言，任何醫療行為或代替性方案會發死亡風險，或發生不可逆的身體損傷之風險愈高時，醫生愈應該告知，即使該風險發生可能性很小。」(同見解：陳聰富教授)

2. 說明義務的判斷標準

既然醫師為醫療行為時對於病患有應說明之事項，若違反此說明義務，則將受到法律責任的追究。然醫師就此等事項應有何種程度的說明，始不違反說明義務？換言之，其判斷標



準如何？

(1) 合理性醫師標準說

此說主張，凡合理性醫師都會作說明的資訊，各該醫師都須加以說明；換言之，就是以「醫師職業上之慣例(慣行)」作為判斷醫師說明義務的基準。也有學者稱為「理性醫師標準說」，「即告知內容應以一個謹慎而理性的醫師，在相同或類似情況下，應告知之資訊為標準」。

此說認為，應否說明的判斷屬於醫學上的問題，醫學上的判斷自然以醫師本身(即醫師職業上的慣例)為基準，因此相較之下，醫師的判斷優先於病患的意思(自我決定)(註2)。目前國內有論者認為，此說乃美國多數州所採的立場；並認為主要理由在於：(1) 維護醫療專業之自主性，應由醫療專業認定說明義務之範圍；(2) 採取病患標準，將使醫師花費不必要的時間說明一切風險，有礙於醫師替病患決定最佳治療的時機；(3) 醫師始為最佳精確評估醫療方法之人，醫療資訊過多反而對於病患產生不必要的心理衝擊與不當影響。

惟陳教授指出，此說存有下述幾項問題：

- A. 此說就醫師的說明義務，是要求醫師遵從職業上的慣例以作說明，然在大多數的醫療行為，所謂醫師職業上的慣例卻模糊不清，而病患知的權利也非依據專家的慣例即可決定。
- B. 縱使有專家基準存在，該基準仍嫌不足，未能滿足欲參與醫療決定之病患所需的資訊，也有違「IC」法理之目的。
- C. 若採此說，原告(病患或家屬)則須有專家的證言，也就是為證明擔當醫師的誤失，則必須獲得熟諳該醫療行為問題所在之醫師的證言，然而通常要求某位醫師證明其他醫師不利的事實，往往有相當的困難。

(2) 合理性病患標準說

此說主張，凡合理性病患行使最後決定權(自我決定權)時所需要之說明的資訊，醫師都須加以說明。也有學者稱為「理性病人標準說」或「理性病患標準說」，而認為「告知的範圍、程度應以『一般理性的病人，在系爭個案的情況下，都會想要知道的資訊』為準。」

此說是循著「IC」法理所要求的，不僅為單純的病患之同意，更重要的是病患在獲得醫師充分的說明後，能有接受與否的選擇權利。因此醫師說明義務的判斷基準是在於，在該當情況下於合理性病患(非具體現實的病患)判斷是否接受該治療行為時所必要；就說明義務的存在與違反的問題而言，由於無須醫學上的判斷，舉證上也不以專家(醫師)為必要(註3)。

惟陳教授指出，此說被認為所謂「合理性病患」是屬於抽象性概念，而非現實的、實際存在的病患，以此為基準就猶如對假定性的問題作推測性的解答。易言之，此說以一般抽象性的自然人為基準，不考量病患的個性或特別性，而造成以各個病患所具有的信念、價值觀及目的等所為的意思決定無法實現，結果導致自我決定權無法被充分實施。

(3) 具體性病患標準說

此說主張，醫師必須把應具體接受該當醫療行為的病患在行使最後決定權(自我決定權)時所必要的資訊加以說明。論者認為，一般對於在醫療技術上失誤的情況，已經由原



來被適用的合理性醫師說，逐漸改爲傾向以病患爲基準的學說，何況說明義務的意義既然是在於爲各個病患的自我決定提供判斷資料，自然應以此說爲妥適。換言之，醫療上病患意思決定的承諾(同意)，是涉及如何處理該病患本身的生命、身體等極屬個人的問題，因此，應就各個具體病患於意思決定時要以如何的資訊爲必要，以作爲其基準(註4)。

惟陳教授指出，此說雖然最能貫徹病患的自我決定權，惟如此一來，醫師必須掌握每位病患所有的特殊性及主觀的情況，也就是完全根據病患個人的主觀性作爲基準，以劃定醫師行爲規範的說明義務的範圍與程度，將因而剝奪醫師就該醫療行爲的預測可能性，造成醫師過度沉重不當的負擔。截至目前爲止，無論是國內、國外，採此立場的判決可說是寥寥無幾。

(4) 雙重標準說(折衷說)－陳教授所採取之立場

此說主張，**合理性醫師根據其所知或應知該當病患的整體狀況，在該具體性病患行使最後決定權(自我決定權)時，凡屬於必要且醫師也有認識可能的資訊，都應說明之。**易言之，從合理性醫師的立場而言，凡當作治療對象的具體病患於自我決定之際所認爲重要且必要的資訊，擔當醫師都應說明之。此說不僅重視病患的自我決定權，同時不加重擔當醫師的責任外，在醫師與病患進行相互信賴的對話中，使醫師更能掌握具體病患的整體狀況，以達成醫療的目的。因此依本文目前爲止的觀點，此說應屬較妥適的見解。

(五) 說明義務的免除與減輕

在「IC」法理下承認例外的情況，的確會侵害到該法理所欲保護的病患自我決定與合理的意思決定的價值。然而爲維持病患個人健康與社會其他成員健康的保護價值，在特定情況下，例外地承認說明義務的減輕或免除也有其必要。以下將分成客觀事由類型與主觀事由類型兩種情況加以探討。

1. 客觀事由類型

(1) 緊急事態的情況

此處係指於情況緊急時，病患喪失意識而無同意能力，且又無時間獲得近親或法定代理人同意的情況而言。由於在此緊急事態下是爲了病患自身的生命、健康的安全，因此病患的自我決定權會受到限制。此緊急事態又可分爲「侵襲行爲開始前的緊急事態」與「侵襲行爲開始後的緊急事態」兩種情況。

A. 侵襲行爲開始前的緊急事態：因具備危險的重大性與時間的迫切性，故可減免醫師的說明義務。

B. 侵襲行爲開始後的緊急事態：例如在獲得病患的承諾而進行一定的侵襲性醫療行爲(如手術等)時，發現有擴大或變更該醫療行爲的必要，卻又無法立刻獲得病患新的承諾，若要等候病患新的承諾，則又可能對病患造成重大危險，此種情況是否可減免說明義務？關於此問題，「醫師對於擴大或變更的可能性有無預見」，其法的效果也有不同：

(A) 醫師有預見之可能，卻因誤診而無預見，導致未就擴大或變更的可能性加以說明的情況：

此乃醫療失誤(過誤)或違反說明義務的問題。

(B) 醫師沒有擴大或變更的預見可能性的情況：



此際應否根據醫學適應性的程度中斷手術，以便再度說明後得到病患的承諾，成為問題的關鍵。對此，德國實務上提出必須具備以下三要件始有其適法性，並獲得不少學說支持：

- ① 在手術途中判斷出病患存有極高的可能性若不對其儘快治療將迅速招致死亡的疾病時；
- ② 因中斷手術將可能發生新的危險併發症時；
- ③ 較難想像病患就擴大手術會有真意的反對意思時(註 5)。

(2) 危險性程度非常輕微的情況

關於手術等侵襲性醫療行為的危險性或副作用的危險性，屬於病患要做出是否接受治療的自我決定時的重要事項，醫師本應加以說明，自無疑義。惟問題在於，在危險性或副作用發生程度極微小的情況下，是否得以此為由而減免說明義務？有認為此時若對病患說明，反將帶給病患不安，造成病患不需要的擔心，因此原則上無說明的必要。有認為僅以危險性程度輕微為由而減免說明義務實有疑問，應同時考慮危險的重大性與發現的可能性，以決定是否減免說明義務。

(3) 病患無判斷能力的情况

病患無判斷能力時，因欠缺自我決定權的前提要件，因此無須向該病患為說明，也無法從該病患獲得有效的承諾(同意)。然此又存在兩個問題，即在如何的情況病患無判斷能力？以及在病患被判定無判斷能力的情况下，應向何人說明而獲得其承諾？當然，有可代替無判斷能力的病患為承諾者時，向該有代為承諾權人說明並得其承諾即可，然此並不屬說明義務減免事由。

(4) 法律有特別規定的情况

基於公共衛生上等理由而接受強制性醫療行為時，接受該措施之病患的自我決定權是被否定，而不發生法的說明義務與取得承諾義務。例如我國傳染病防治條例第 29 條的強制就診，後天免疫缺乏症候群防治條例第 10 條的強制就診、檢查、隔離，以及精神衛生法第 22、23 條的強制就診、強制住院等。此等情況屬於行政上的強制措施。但在日本，卻又發生預防接種時(日本預防接種法第 8 條的強制性預防接種)，有關副作用的說明義務的爭議問題。

(5) 對病患不良影響的情况

此情況是指醫師若對病患說明診斷結果、治療的預測、危險性等，將可能會帶給病患的生命與健康重大危害，或者可能使病患、不安、精神動搖而影響治療時，醫師基於醫學上的判斷而不對於有判斷能力的病患說明治療的情形；此於美國、德國又稱為醫師「治療上的特權(therapeutic privilege)」，屬於醫師的裁量(權)範圍。固然不能僅形式上以對病患治療上有不良影響為理由而免除醫師的說明義務，但具體上應有如何程度之影響始可免除？

德國判例認為，必須僅在會造成病患重大且不可能回復健康的傷害時，始可免除。然而醫師的說明是為病患的自我決定而發生作用，原本就具有解決病患判斷上困擾的性質，因此醫師對於病患的自我決定必須提供必要不可缺的資訊，醫師若未提出因說明而產生不良影響的具體事實，將不能免責；再者，由於病患的不安可因醫療從事者或家屬的看護獲得緩和，故也須考量其可能性以判斷是否可免除說明義務。



因此，陳教授認為，此醫師醫療上的特權，屬「IC」法理適用上的例外，應不能輕易地被適用。當然，關於「癌症的告知」問題，在國外不斷地被討論。通常允許免除「癌症的告知」的理由在於，若告知病患將造成其極重大的精神上打擊，導致其無回復的意願。依此，可免除說明義務的情況應僅限於幾乎可確定會死亡的病症資訊；然而相對地，正由於確定會死亡，為了能讓病患有計畫地度過剩餘的人生，醫師更有說明的必要，醫師卻根據自己的判斷而剝奪病患自我決定如何度過餘生的機會，也有可議之處。從而有關「癌症的告知」問題，實有再深入探討的必要。

2. 主觀事由類型

(1) 病患對說明內容已有該當知識的情況

此情況，指病患就醫師應說明的危險性等內容已經具有一定的知識，該病患即使無醫師的說明也己能自我決定，故醫師無說明的必要。然所謂「已有該當知識的情況」是否包括病患「應知的情況」？即是否得以病患具有認識可能性作為減免醫師說明義務的依據？陳教授認為，此點應以否定立場為妥(註6)，理由在於說明義務是為了各個具體病患在行使自我決定權時所必備，故以該當具體病患實際已有認識的知識為必要。

(2) 病患本身放棄說明要求的情況

病患既然有知的權利，自然也可做放棄(不想知道)的選擇，因此病患以本身的意思放棄說明的要求，屬於行使自我決定權的一種型態而受法的保護。然問題在於，病患並無積極要求說明的情況，是否也可解釋為病患放棄說明要求？陳教授認為，基於下述的理由，應以否定立場為妥(註7)：

A. 從目前醫療現狀依舊屬於「權威醫師」與「從屬病患」的關係來看，將病患積極性的說明要求當作說明義務的當然前提，實有其困難。

B. 對於醫療知識不足的病患而言，提出醫療上的問題本身就有其障礙，屬於專家的醫師所負擔的說明義務，並非消極性的等待病患詢問的說明義務，而是醫師本身主動性的積極性說明義務，因此以無病患的詢問當作減免醫師說明義務的根據，實有商榷之處。另德國多數說認為，病患說明要求的放棄僅限於「危險的說明」，即有關因醫療行為所發生的併發症及副作用危險性的說明；並不包含「經過(對象)的說明」，即有關該當醫療行為的種類與重大性(內容、範圍)的說明。

(六) 醫師的說明義務與裁量(權)

1. 概說

關於醫師的裁量(權)問題，與前述說明義務的種類、範圍及減免事由具有密切的關係，自不待言。惟如前所述，於國外醫療訴訟上，就有關以自我決定權為前提的醫師說明義務與醫師對於「說明」有無裁量權及其範圍的問題，常成為訴訟的爭點。

從醫療行為的特殊性而言，醫療不僅是對人身體進行具有相當危險性的侵襲，而受侵襲的對象(即病變身體)本身及其反應都呈現出複雜性、多樣性，加以醫學本身也尚未臻於完善的境界，因此於醫療的判斷與處置上賦予醫師某種程度自由活動的空間，非但能減少醫師陷入進退兩難的困境，對病患的醫治及醫學的進步都有所助益，此乃醫師對醫療行為存有裁量(權)餘地的根據。

惟另一方面，若過於擴張醫師的裁量權，將大大減輕醫師的說明義務，導致病患在醫療行為上的最終決定權(自我決定權)流於形式，而喪失「IC」法理的功能。

故「IC」法理最為困難的問題，可說在於醫師的裁量與病患的自我決定權之關係；換言之，



即是醫師的說明於何種程度與範圍符合法的義務(醫師的說明義務與病患的自我決定權)、何種程度與範圍屬於醫師的自由裁量(醫師的裁量權)之問題。

若屬於醫師裁量權的範圍，也就是若屬於醫師能不做說明而以自己的裁量做處理的範圍，則為法所不應介入的範圍，醫師也無「法的責任」問題。日本醫師會生命倫理想談會在「『說明與同意』的報告」中也表示：「**醫師有說明義務的同時，也有裁量權；相對地，病患知道事實的權利與自我決定權。如何取得二者的平衡，在現實問題上極為困難。**」(註8)

2. 爭議問題

於說明義務的範圍及減免事由上，最易發生醫師裁量權爭議的，就是有關：(1)「除各該醫療行為外，是否有其他可代替的醫療行為，以及依該代替醫療行為所可能產生的結果(利弊得失)」(即存有數個醫療手段的情況)；(2)「對病患不良影響的情況」，茲分述如下：

(1) 存有數個醫療手段的情況

陳教授認為，於此存有複數可對應的治療方法時，雖也有認為此時須有醫療專業的判斷而肯定醫師的裁量權、否定其說明義務者，然此情況若由完全掌握當時醫療資訊的醫師做全權的決定(裁量)，則又與「IC」法理被提出前完全以醫師為醫療主體的醫療行為並無差異。

我們既然承認自我決定權是病患的權利，醫師就不應只以自己本身對某些醫療方法的好惡而完全排除病患參與意思決定的機會而做出處置，應就幾種醫療方法以自己的專業向病患充分說明各個利弊得失，並提出建議，以獲得病患的同意；而病患自然也應最大限度地尊重醫師的專業，此即**基於醫師與病患信賴關係之「共同的意思決定」意義之所在。**

(2) 對病患不良影響的情況

最有問題的是「癌症的告知」。如前所述，根據「IC」法理，醫師負有向病患說明病名與病情的義務。以往在日本或我國醫療現場，對於如癌症等難治病症，醫師通常以「告知將對病患醫療上產生不良影響」為由而做不告知的裁量。

時至今日，日本與我國採「告知」的醫師已逐年增加，尤其根據日本輿論調查，已有逾6成的民眾認為應「告知」，此顯示出民眾對於癌症觀念的轉變，已從不希望獲知真相轉向開始面對癌症。又從近年國內各大醫院普設「安寧病房」也可佐證之。

事實上，以時下一般人對醫療常識的理解，醫師與其隱瞞病名或病情而徒增病患猜疑，造成檢查與治療上的反效果，倒不如以醫師與病患的信賴關係為基礎，由醫師將真正的病名、病狀確實告知病患而共同面對與治療該病症，其所得的效果應更勝於不告知的情況而具有實益。

再者，即使是處於癌症末期的情況，病患若到人生最後的剎那為止仍無法獲知真正事實，則對於病患或家屬而言未必是幸福，況且或許依病患的社會地位，病患有多生前必須完成否則將造成重大損害的事務，卻因醫師的不告知而導致不良結果的發生。

又從保障病患的自我決定權之意義觀點而言，得知癌症後決定如何度過餘者，終究是病患本身而非醫師。因此，以告知將有不良影響為理由而不告知事實，被認為是「自以為是」的預先判斷，也屬於侵害病患的自我決定權。陳教授認為，**癌症的告知在原則上應加以肯定，然於判斷是否告知時，應斟酌病患的具體狀況後再作實質的考量，而非僅作類型性的判斷。**

二、犯罪的成立與治療行為(註9)

醫師違反說明原則或同意原則時，其法律效果如何，學說見解分歧。一般而言，對於違反醫師



「IC」法理而得以追究其民事責任，並無過多的疑義；然而是否因此構成犯罪而得以追究其刑事責任，則學說見解相當分歧，即便認為可以構成犯罪而負擔刑事責任，對於構成何種犯罪、負擔何種刑事責任，也存在分歧。

由於我國在刑法的犯罪論體系上，採取與德國、日本相同的犯罪成立3要件(或2要件)的階層體系，而治療行為究竟應在哪一階層處理、如何處理，牽涉到治療行為在刑法上的效果，不僅學說見解有重大分歧，司法實務也出現不同理解。因此陳教授先說明犯罪成立的三階層要件，之後再說明、檢討治療行為與犯罪成立3要件的關聯，尤其是與第1要件(構成要件該當性)與第2要件(違法性或不法)的關聯。

(一)犯罪成立的三階層(或二階層)要件

目前國內對於犯罪論的體系雖然有三階層體系與二階層體系的主張，但是以採三階層體系為多數，因此以多數說的三階層體系加以說明；即犯罪乃該當構成要件、違法且有責的行為，故犯罪的成立須具有第一階層要件的「構成要件該當性」、第二階層要件的「違法性(不法)」及第三階層要件的「有責性(罪責)」。

1. 構成要件該當性

所謂「構成要件」就是刑法所禁止之行為類型，亦即經過類型化、定型化的反社會之違法行為，而稱之為犯罪類型。

構成要件由各種構成要件要素所形成。當具備各個構成要件要素而使構成要件充足時，即該當於構成要件時，就是具有「構成要件該當性」。

構成要件該當性的判斷，具有將可構成犯罪的行為與不構成犯罪的行為加以區分的功能；構成要件所欲達成的重要任務，即罪刑法定主義的原則。

依此，即使實質上為違法且有害於社會的行為，若非屬構成要件的行為，也無法成為犯罪、成為處罰對象。**構成要件該當性的判斷，又可稱為定型性或類型性判斷；構成要件該當性的判斷，乃排除個別性、具體性、例外性情況，所為的形式判斷、抽象性判斷、原則性判斷。**從而儘管已具有構成要件該當性，猶未能稱之為犯罪。

2. 違法性

違法性，即具備不被整體法秩序所容許之該當構成要件行為的性質。在刑法上，首先從刑法的觀點以評價某行為是否符合價值性，並將非符合價值性的行為決定為違法行為。

而構成要件該當性的判斷與違法性的判斷，都屬對於行為的評價，但前者屬於抽象性判斷，後者則屬於具體性判斷。

構成要件該當性，意指對於通常情況下不存在價值衝突的法益侵害行為，所為的否定評價；換言之，構成要件該當性，是藉由宣示單方面的法益侵害行為通常屬於違法，而將其「抽象性的判斷」顯示出來。

相對地，於違法性阻卻事由(即違法性)的情況，則是在 A 法益與 B 法益相衝突或互為抗衡的具體事態上，從維持法秩序的觀點，對於一定的符合於社會價值性的法益侵害行為進行肯定的評價，而對於不具備違法性阻卻事由要件的行為，即對於不符合社會價值性的法益侵害行為，則視之為違法而進行否定的評價。

由於構成要件該當性與違法性階段都是對於「行為」加以評價，因此是以「一般人」為對象，而非以「具體行為人」為對象。換言之，**構成要件該當性階段，是對於「一般人」提示「抽象性的行為基準」；而違法性階段，則是對於「一般人」提示「具體性的行為基準」。**



3. 有責性

責任，即對於行為人個人的非難或非難可能性。違法性，是從法秩序的觀點，對於行為是否被允許而進行的實質且具體的價值判斷；責任(即有責性)，則是對於實施違法行為之人的意思形成的非難可能性。換言之，責任，就是對於能夠為合法行為的決意、且應該為合法行為的決意、而不為該決意的情況所進行的「否定的評價」。

4. 小結

總而言之，德、日大陸法系的犯罪階層體系，是從形式到實質、從一般到具體、從客觀到主觀、從原則到例外的判斷方式。也就是，首先為「構成要件該當性」之形式的、一般的、原則的判斷；其次為「違法性」之客觀的、實質的、具體的、個別的、例外的判斷；最後為「有責性(責任、罪責)」之主觀的、實質的、具體的、個別的判斷。依此三階段順序的判斷，乃最合經濟，最為合理，且出差錯的情況也少。

(二)治療行為與犯罪成立的關聯

在刑法上，與治療行為最有關聯的乃故意傷害罪與過失傷害罪。因此，以下即以傷害罪作為說明、檢討的重心。

1. 治療行為與傷害罪的構成要件該當性

治療行為究竟是該當傷害罪的構成要件？或是構成傷害罪以外之罪(強制罪等)？此問題在德國雖然長年受到檢討卻沒有定論。德國判例在傷害罪的構成要件範圍內掌握治療行為(治療行為傷害說)，德國學說則多數採不該當傷害罪之見解(治療行為非傷害說)。尤其在沒有病患承諾時，雖然有是否應設立獨自的「專斷治療行為」的構成要件之立法提案(1962年刑法草案)，但是沒有成案；反之，日本在司法實務上並無有關治療行為的刑事案例，學說見解卻呈現極為分歧的立場，目前則以治療行為傷害說居通說的地位。茲簡述我國學說見解如下：

(1)治療行為非傷害說(德國通說、日本少數說)

林山田教授認為：「學說上評價這種開刀的醫療行為並非將開刀手術細分為打針、麻醉、動刀、割除有病的器官或肢體等部分，逐一地加以評價，而是將各個階段當作用以醫治病體並恢復健康的整體行為。」

在如此的觀察方式下，一個成果良好的醫療行為，當然沒有傷害健康的結果，自非傷害身體的行為，假如醫療行為完全符合醫師的醫術規則，雖然開刀後果不良，縱使病人身體健康狀況惡化，醫生也因其醫療目的是要使病人恢復健康，並非使病人的健康情況惡化，而不具傷害罪的構成要件故意，致無傷害罪的構成要件該當性可言；……」。

(2)治療行為傷害說(日本通說、我國通說)

甘添貴教授認為：「治療行為，對人之生命或健康，本即含有高度之危險性，且有時不傷害身體即無法實施治療，或實施治療行為即當然伴隨有傷害之後遺症。倘以治療是否成功，作為認定傷害罪構成要件該當性之標準，顯無道理。治療行為，既在治療病患之疾病，維持或增進其健康，如以一般醫學上所承認之方法為之，且未違反公序良俗時，自得認其為正當行為而阻卻違法。」即認為：「治療行為，因可維持及回復病患之健康，係為達成國家所承認社會生活目的之一種適當手段，故雖有傷害罪之構成要件該當性，但可阻卻違法。」

2. 問題說明

有關治療行為是否該當傷害罪的構成要件，見解相當分歧。陳教授就下列問題點加以說明：



(1)治療行為是否該當傷害罪的客觀構成要件要素的傷害行為？

如前所述，構成要件即刑法所禁止之行為類型，亦即經過類型化、定型化的反社會違法行為，又稱為違法行為類型，因此，凡是符合該行為類型者，即應該當構成要件；而傷害罪的構成要件，就是刑法所禁止的傷害行為「類型」。

詳言之，凡對於人的身體或健康有傷害危險的行為類型，就是「傷害行為類型」，從而屬於傷害罪之客觀要素的「傷害行為」，就是指對於人的身體或健康有傷害危險的行為，而不用論及行為人的主觀意思如何，或治療後是否使病患恢復健康，因為病患是否因此恢復健康，是兩個不同層次的問題。

依此，治療行為即便具有醫療正當性，卻由於該行為或多或少對於人體之完整性或生理機能帶有侵襲性，因此其行為本身即為傷害罪之實行行為（傷害行為）。

(2)因治療行為所引起的結果，是否屬於傷害罪客觀要素的「傷害(結果)」？

A.「傷害」概念之理解

刑法第 277 條規定「傷害人身體或健康者」。即要求「身體」或「健康」的傷害(損害)。

不過，關於傷害的概念，向來有下列不同見解：

(A)生理機能障礙說：損害他人生理機能或健康狀態。

(B)完整性毀損說：損害他人身體的完整性。身體機能的完整性，通常包括身體外在的完整性(身體外觀的完整性)與身體內部的完整性。

(C)折衷說：損害人的生理機能與明顯改變身體外觀者。

例如：以暴力剃除毛髮的情況。採生理機能障礙說，不構成傷害；採完整性毀損說，構成傷害；採折衷說，須明顯改變被害人的外觀者始構成傷害罪。

★主張(A)生理機能障礙說的理由：

- ①將傷害理解為損害生理機能，不但符合「傷害」的字句，也符合社會上一般人所使用的「傷害」字句之意義。
- ②未達到損害生理機能程度，而僅損害身體外觀完整性的行為，並非嚴重的行為，以強制罪處罰為已足。
- ③所謂「損害生理機能」實際上與「明顯改變身體外觀」、「身體外在的完整性」有實質的不同，若將傷害概念擴張到性質上與傷害概念不同的部分，並非妥適。

★主張(B)完整性毀損說；(C)折衷說的理由：

- ①何以同樣損害身體的一部分，而傷害概念卻不能包含損害身體外觀之完整性，生理機能障礙說並未有充分說明。
- ②醫生不給病患藥吃、陷害人掉落坑裡等，皆屬於不以暴行當作手段的傷害行為，因此生理機能障礙說以強制罪處斷的理由並非妥適。
- ③刑法並無過失強制罪的規定，從而因過失的強制(暴行)而損害到人之身體外觀的完整性時，若採生理機能障礙說，將無法處罰。

B.治療行為的「傷害」

由於治療行為具有雙重構造，即具有「治療行為手段的侵襲」與「治療行為後發生的健康狀態」。前者，乃根據如外科手術等對於身體組織之傷害，其侵害內容，可稱為「第一次侵害結果」；後者，乃治療行為結果所發生之法益侵害，如手術結果所發生



之健康整體或一部分惡化，可稱為「第二次侵害結果」。

治療行為非傷害說似乎將重點置於「第二次的侵害結果」，而治療行為傷害說則將重點置於「第一次侵害結果」，如將重點置於「第一次侵害結果」，則得以肯定治療行為有傷害罪的客觀構成要件要素。

- (3) 實施治療行為的主體，是否有傷害罪主觀要素的「傷害故意」？
- 刑法第 13 條規定：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」依此第 2 項規定，乃採容認說立場，因此治療行為的主體似乎難以否定有傷害罪的「未必故意」（有稱為「間接故意」）。**行為人或許可以否定「第二次侵害結果」的故意，不過應該難以否定有「第一次侵害結果」的故意。因此，治療行為的行為人，亦有傷害罪的主觀構成要件要素。**
3. 治療行為與傷害罪的違法性(治療行為的合法性要件)
- 除了根據以上的檢討可知，治療行為應該符合傷害罪的構成要件該當性之外，**治療行為是否符合「充分說明與同意」法理的問題，並不是在構成要件該當性的類型性判斷的階段得以確定，而且站在為保護處於相對弱勢立場之病患利益的意義上，治療行為應該以該當傷害罪的構成要件，而在違法性階段進行實質、具體的判斷。**
- 因此，治療行為是否能排除犯罪的成立，則在於是否具有違法性阻卻事由的合法性要件；即治療行為得成為「**業務上正當行為**」而阻卻違法性者，必須具備以下之要件：

- (1) 醫學的適應性
- 由於治療行為對人身帶有危險性，因此必須是對於人的健康之保持及增進，具有必要且適合(相當)之屬性者。所謂「醫學的適應性」，是指醫療技術的適用所能被容許的性質。一般所承認的醫療型態有：疾病的治療或減輕、疾病的預防、畸形的矯正、助產、醫術性的墮胎、為醫療目的而對病患所為的試驗、為醫療技術上的進步所為的實驗等。
- (2) 醫療技術的正當性
- 醫療行為必須以醫學上所承認的方法實施。所謂「醫療技術的正當性」，是指醫療行為遵從醫療技術的性質而言。
- 醫療行為具有多種的態樣，如問診、打診、聽診、依各種檢查所為的診察或檢查、注射、用藥、塗藥、外科手術等治療、洗腎、人工呼吸等急救、為某些疾病的預防或公共衛生目的之醫療措施等。
- 醫療行為通常是對醫療對象之身體進行物理性或化學性作用的人體侵犯，因此，於診療上有使人體產生一定危險的醫療行為，就稱為「醫療侵襲」。
- (3) 病患的承諾(同意)或推定的承諾
- 若未獲得病患同意，則應如何處理的問題，即「專斷的治療行為」應如何處理之問題，有不同見解。以下重點，即以「專斷的治療行為」(亦即違反「IC」法理的治療行為)在刑法上的效果，加以檢討。

三、違反「充分說明與同意(告知後同意)」法理的刑法效果

(一) 我國學說見解

1. 採治療行為非傷害說者

林山田教授認為，並非將醫療行為的各階段行為做逐一的評價，而應將各個階段當作用以



醫治病體並恢復健康的整體行為，因此一個成果良好的醫療行為，當然沒有傷害健康的結果，自非傷害身體的行為；再者，縱使醫療行為使病人身體健康狀況惡化，醫生也因其醫療目的是要使病人恢復健康，並非使病人的健康情況惡化，而不具傷害罪的構成要件故意，致無傷害罪的構成要件該當性可言。

依此主張，醫師即便明確違反「IC」法理，亦由於醫師的治療在客觀上欠缺傷害罪的傷害行為(治療行為非傷害行為)，在主觀上欠缺傷害罪的故意，因此無傷害罪的構成要件該當性而不成立傷害罪。

2. 採治療行為傷害說者

(1) 構成傷害罪(普通傷害罪或重傷罪)之立場(通說見解)

A. 甘添貴教授：

其認為：「醫療行為，須符合醫療常規，始具有適法性。有否符合醫療常規，除須具有醫療的適應性、適正性及實踐性外，尚須具有醫療的倫理性，亦即醫療行為須符合醫療倫理規範的要求。……醫療行為本身原就有造成病人死亡或傷害結果的風險，醫師自須善盡說明的義務，並獲得病人的同意，始能認為符合醫療倫理規範的要求。因而，醫師未獲病人的同意或違反病人意思所實施的醫療行為，對病人的身體造成傷害時，應認為已違反醫療倫理規範的要求，違反醫療常規，而不具適法性」，而主張「如癌細胞尚未擴散，醫師基於其他原因，在未獲病人的同意下，即擅將其子宮或右側乳房一併摘除時，顯已違反醫療常規，不得認為係業務上正當行為，仍難解免傷害或重傷害的刑責」。

B. 林東茂教授：

其認為：「醫師的告知，在刑法上的意義，主要是為了取得有效的承諾，而阻卻構成要件的該當性(依通說，則是阻卻違法)。……如果醫師根本沒有告知，沒有得到承諾而手術，原則上都是破壞病患身體的完整性，成立傷害罪。例如：為病患切除盲腸，隨手割除一顆腎臟。……前述醫師切除子宮肌瘤的例子，如果病患的生命並不危急，這個專斷的醫療，由於未得到有效的承諾，成立重傷罪」，又「醫師如果違反病患的意思，獨斷的強為治療，治療結果又對於病患的身體有益，是否強制或傷害？例如：病患有特殊的宗教信仰，拒絕輸血，醫師強制輸血。或例如：截肢的傷患被送入醫院，為了獲得保險理賠，只希望醫師處理傷口，但拒絕縫合手術，醫師擅自將斷肢縫合。這兩個例子，醫師應該都不是傷害的構成要件該當，因為病患的身體完整性得到確保而不是破壞。但是病患的意思形成的自由確實受到妨害，所以應該是強制罪的構成要件該當性(第 304 條)。不過，基於緊急避難，醫師不違法。」

(2) 構成過失致傷罪之立場

王皇玉教授認為：「未經說明的同意(承諾)，將導致同意(承諾)的效力發生重大瑕疵而無法阻卻傷害罪的違法性」，「從解釋學的觀點來看，醫師事先未進行說明或告知醫療內容，即對病人進行手術，在刑法上可以評價為故意傷害行為。……在實際醫療場域中，醫師對於醫療行為完全未進行說明的情形，日益少見。常見的情形反而是以下二種情形：1. 醫師有說明，但是說明的不夠詳盡。……2. 醫師有說明，然而病人並未完全理解。……所謂醫師未盡說明義務，如果其情形是以上兩種狀況的話，可否直接率而認定病人的同意因醫師之未盡說明義務而無效，顯然有所疑問。因為這些狀況，畢竟與醫師故意不為說明，片面自行決定擅自為病人進行醫療行為之情形有別」，「基本上，說明事



項的踐行，應屬醫生應遵守的醫療準則之一，如果未確實踐行此一程序，在法律可以評價為未盡注意義務。此外，醫師應該可以預見，對於醫療的風險涉及有發生死亡之可能，病人極有可能選擇不接受該醫療行為之可能。換言之，對於死亡結果之產生，醫師本有以透過告知病人風險的方式，以迴避損害結果之發生，但醫師卻沒有盡到迴避結果發生之義務，因此，醫師的行為可論以未盡注意義務而有過失」。

(3)不構成犯罪(負擔民事責任)之立場

陳聰富教授認為：「因醫師業已善盡其注意義務，因而無須對病患死傷負責。但因其未予告知，剝奪病患放棄進行心導管檢查與治療，以避免固有風險發生之機會，則醫師侵害了病人的自主決定權，屬於妨害自由法益的犯罪。

就我國刑法第 304 條關於強制罪規定之構成要件而言，醫師侵害病人之自主決定權，是否屬於強暴、脅迫之手段，使人行無義務之事，而得以強制罪論處，尚有疑問。本文認為，就醫師侵害病人自主權而言，除非刑法另行立法處罰，否則醫師不應負擔刑事責任，而由醫師負擔民事賠償責任即可」。

(4)基本上不承認「IC」法理之立場

盧映潔教授認為，對於醫療行為應如何適用違法性阻卻事由，應以侵害身體結果輕重加以考量，即：

A.若該醫療行為本身所帶有的侵襲是僅造成身體的普通傷害結果，則以「被害人承諾」阻卻故意傷害的違法性。

B.若該侵襲是造成重傷結果(例如切除子宮或截肢)，由於無論是否有被害人的同意，刑法都禁止侵害此等法益，因此難以「被害人承諾」來阻卻該醫療行為的違法性。「所以，病患同意在這種醫療行為中並沒有太大的意義可言。」但是由於該醫療行為的目的在於治療疾病、挽救病患的生命，即以醫療行為帶來的重傷結果換取生命的維繫，因此該醫療行為乃為正當，得以「業務正當行為」阻卻其違法性。

C.若該醫療行為的目的明確在於治療疾病而挽救病人生命，則既然「是為了保護生命免於死亡，以人的生存目標而言，生命得以持續乃勝於其他，因而該醫療行為可追求的利益遠大於其所造成的身體侵害，以一般人的生活利益以及法律價值考量，都可以接受這樣的身體傷害，所以可以主張「推測承諾」或者「業務正當行為」來阻卻醫療行為之故意傷害罪責的違法性」，至於是否有病人的明示同意並不重要。再者，主張「倘若醫師依病人意願而沒有採取適當的醫療措施，恐怕才是違背醫師的義務，恐怕醫師會因延誤治療而有注意義務的違反，這才是刑事過失責任的指責所在」，例如因手臂組織嚴重損壞必需截肢，否則會敗血而危及生命，由於未獲同意，醫師沒有採取截肢手術導致病人敗血死亡的情形。

(二)我國實務見解(註 10)

1. 高等法院 90 年度上易字第 425 號判決：

認為侵害病患的自我決定權僅屬於民事責任問題，且僅以是否簽具同意書、告訴人對被告有信任下的手術、屬於有必要的手術等「形式上」認定被告已盡告知義務。

2. 高等法院臺中分院 90 年度上易字第 1561 號判決：

認為醫療行為縱有違反醫療原則，但該醫療行為亦非基於傷害的故意，因此不構成傷害罪。

3. 最高法院 91 年度台上字第 1701 號判決：

認為對於該擴大切除子宮卵巢的手術，若無必要性及急迫性，則應得到病患的同意始可阻



卻犯罪。

4. 嘉義地院 92 年度自字第 20 號判決：

認為醫師的說明義務是由「IC」法理而來，而未盡說明義務乃注意義務之疏失，並且認為「就刑事責任認定之範疇而言，其評價非難之重點不在於該未說明可能伴生之危險及副作用之不作為部分，而在於醫療行為本身不符合醫療常規之非價判斷」，即違反「IC」法理的說明義務，並不關係刑事責任問題，理由在於「醫療既係以人體治療、矯正、預防或保健為直接目的之行為，乃取向於患者利益之過程，自不能以醫師完全未為說明或說明不完全其處置暨後效，即遽認其所行之醫療行為具反社會性格」。

換言之，醫療行為可構成刑事責任者，乃在於該醫療行為違反醫療常規，並不在於醫師是否未盡說明義務。

5. 高等法院 93 年度上易字第 2118 號判決：

認為診斷及治療並非相同之概念，治療行為風險較高，因此可要求醫師盡詳細之告知義務；而診斷則除對於生命、身體健康有重大危害之侵入性檢查，醫師應詳為說明各項風險外，通常僅以告知診斷方式為已足。如不分各種診斷行為之風險高、低，率認醫師均須窮盡說明，致醫師、病人同受其擾，亦不合法定醫師告知義務之本旨。

6. 最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決、95 年度台上字第 3476 號判決、98 年台上字第 999 號民事判決：

認為「醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權」；說明義務之內容至少應包括「(1)診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果。(2)建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊。(3)治療風險、常發生之併發症及副作用暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險。(4)治療之成功率(死亡率)。(5)醫院之設備及醫師之專業能力等事項」，即「在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務」；「說明之義務，以實質上已予說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務」；說明義務之違反乃注意義務之違反，因此得構成過失致傷罪。

7. 最高法院 96 年度台上字第 2476 號民事判決：

認為「法條就醫師之危險說明義務，並未具體化其內容，能否漫無邊際或毫無限制的要求醫師負一切(含與施行手術無直接關聯)之危險說明義務？已非無疑」，並主張「患者『主訴』之病情，影響醫師對危險說明義務之範圍」。

(三)檢討

1. 我國學說見解的檢討

(1)構成傷害罪(普通傷害罪或重傷罪)之立場(通說見解)

陳教授認為，治療行為是否符合「IC」法理(說明義務與同意原則)的問題，並不是在構成要件該當性的類型性判斷的階段得以確定，而且站在為保護處於相對弱勢立場之病患利益的意義上，治療行為應該以該當傷害罪的構成要件，而在違法性階段進行實質的、具體的判斷；再者，若將病患的承諾(同意)認為是阻卻構成要件該當性的事由，則在構成要件該當性確定後的違法性判斷上，將無法對於病患的具體意思加以衡量，即在違法性階段不再評價病患的承諾、同意(自我決定權)，而純粹就客觀面加以評價、衡量。如此一來，將可能導致凡屬於成功的治療，亦可阻卻違法性的後果。

陳教授進一步指出，所謂「違法性」，乃指具備不被整體法秩序所容許之該當構成要件



行為之性質而言，而通說所認為的行為之所以不被法秩序所容許，乃由於該行為帶有「結果反價值(結果非價)」與「行為反價值(行為非價)」。

「結果反價值」乃對於行為所惹起的法益侵害或危險(惹起的結果)所下的否定價值判斷；「行為反價值」則對於行為的反道義性、反倫理性所下的否定價值判斷。

因此，僅有「結果反價值(結果非價)」並不具違法性，僅有「行為反價值(行為非價)」亦不具違法性。問題在於，發生法益與法益、利益與利益相衝突的情況下，行為是否具有「結果反價值」與「行為反價值」，就必須進行實質的、具體的、個別的判斷，始能加以確定，而醫師的治療行為正是具備此種性質，故應屬於違法性判斷的階段，而非構成要件該當性的問題。

(2) 構成過失致傷罪之立場

陳教授指出，此說的理解，實有值得傾聽之處。惟陳教授認為，治療行為得以符合「業務上正當行為」而阻卻傷害罪的違法性，除了具有醫學的適應性、醫術的正當性之外，就是具備「病患的承諾(同意)或推定的承諾」；而「病患的承諾(同意)或推定的承諾」要件，乃具備與否的問題，亦即有效的承諾則具備、無效的承諾則不具備的問題。

因此，無論是說明不夠詳盡、說明後病人未能理解或故意不說明，皆屬於如何判斷有效的承諾或無效的承諾問題。

另外，凡是符合故意犯的構成要件該當性(主要在客觀上有傷害行為、傷害結果與主觀上有傷害故意)的情況，若要排除故意犯的成立，則必須具有阻卻違法性的事由(正當防衛、業務上正當行為等)，或不具備第三階段「有責性」的要素時始可，若阻卻違法性事由皆不存在，且具備有責性要素，則自然無法排除故意犯的成立。

依此推論，違反說明義務而不具備病患承諾(同意)的治療行為，當然構成故意傷害罪，而無法成立過失致死或致傷罪。

(3) 不構成犯罪(負擔民事責任)之立場

陳教授指出，此見解似乎在傷害的認知上，係將「現在的侵害(傷害)」與「未來的侵害(傷害)」做整體的考量，因此認為在不違反注意義務的成功治療，並無傷害結果的發生；再者，將病患的身體、健康與病患的自我決定權(自由權)分離思考，因此在未得病患的同意下，僅侵害病患的自由權(自我決定權)，在不符合刑法的妨害自由罪的情況下，僅有構成民事責任的可能。

惟陳教授認為，治療行為具有雙重構造，即具有「治療行為手段之侵襲」與「治療行為後發生的健康狀態」。前者，乃根據如外科手術等對於身體組織之傷害，其侵害內容，可稱為「第一次侵害結果」；後者，乃治療行為結果所發生之法益侵害，如手術結果所發生之健康整體或一部分惡化，可稱為「第二次侵害結果」。

因此，不能事後將「第一次侵害的結果」與「事後的健康結果」當作判斷是否具有整體一個傷害結果，否則，若有行為人砍斷被害人的手臂之後，被害人立即前往醫院接上縫合，經過一段時日後，手臂功能復原八、九成，則該行為人是否就不構成重傷罪？

治療行為的合法性要件之所以要求「病患的同意」，其理由尚且在於病患是否願意(同意)接受第一次的傷害結果，以便換取身體痊癒、生命延續的利益，因此，「第一次侵害的結果」即為故意傷害罪的傷害結果；刑法第 277 條亦規定「傷害人之身體或健康者」，乃明文顯示無論是「身體」或「健康」，皆受到刑法的保護。



易言之，縱使事後恢復「健康」，但是只要是在行為當時，身體的完整性明顯受到侵害，即符合「傷害人之身體」的規定。

(4)基本上不承認「IC」法理之立場

陳教授認為，採此見解之論者對於生命價值的重視、對於醫師在醫療上專業的尊重以及病患在治療後的健康狀況的重視，都是值得傾聽，也可以理解。

然而在許多的醫療事件中，根據醫師的判斷認為是有利於病患的健康，就在未獲得病患的同意下實施侵襲性的醫療措施，其結果即便是屬於成功的治療，卻導致病患承受極大的身心痛苦，例如前述切除乳房或子宮等的情況；再進一步誇張地說，假若醫師認為對於病患的健康有利，就不顧病患強烈的反對，仍強行實施治療的行為，是否亦屬於「業務上之正當行為」而不構成犯罪？易言之，病患的自我決定的意思（自我決定權）是否可以完全加以漠視？

2. 我國實務見解的檢討

(1) 高等法院 90 年度上易字第 425 號判決：

陳教授指出，此判決似乎從民事事件的傷害概念較之刑事事件的傷害概念更廣的觀點，而認為醫師未盡告知義務所侵害的病患自我決定權，僅構成民事的損害賠償，而且以告訴人已簽具同意書、告訴人對被告有信任下的手術、屬於有必要的手術等，而認定被告應有告知告訴人。

此判決的疑義在於：

- A. 侵害病患的自我決定權僅屬於民事責任問題？
- B. 僅以告訴人已簽具同意書、告訴人對被告有信任下的手術、屬於有必要的手術等而認定被告已盡告知義務(說明義務)？實在值得商榷。

(2) 高等法院臺中分院 90 年度上易字第 1561 號判決：

陳教授指出，此判決的疑義在於：

- A. 將應採取何種醫療行為，認為僅屬於病患與牙醫間契約的問題，而僅關係民事責任？
- B. 該牙醫所為的治療，何以不存在傷害的故意？
- C. 若有違反醫療原則，何以得以阻卻刑事違法性(無論是過失致傷罪或故意傷害罪)？

(3) 最高法院 91 年度台上字第 1701 號判決：

陳教授指出，此判決似乎認為，對於該擴大切除子宮卵巢的手術，若無必要性及急迫性，則應得到病患的同意始可阻卻犯罪。在學說上，對於擴大手術範圍，若無緊急性，必須得到病患的同意，應無疑義，因此，此判決就該部分的主張，並無疑義。

(4) 嘉義地院 92 年度自字第 20 號判決：

陳教授指出，此判決的疑義在於：

- A. 將說明義務的違反視為注意義務的違反；
- B. 認為刑事責任的根據不在於說明義務的違反，而在於醫療常規的違反。

(5) 高等法院 93 年度上易字第 2118 號判決：

陳教授指出，此判決的疑義在於：

- A. 為了排除醫師的說明義務，而認為應將原本屬於治療行為一環的診斷與治療加以區別；
- B. 認為治療風險高而診斷風險低；
- C. 認為如果不分風險高低，醫師均須詳為說明，不合法定醫師告知義務之本旨。



陳教授認為，此判決不僅完全曲解「IC」法理的醫師說明義務與病患的同意（自我決定權），亦違反醫療法第 64 條「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應同病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。……，」以及同法第 81 條「醫療機構診治病人時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應」的規定。

(6)最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決、95 年度台上字第 3476 號判決、98 年台上字第 999 號民事判決：

陳教授指出，前開判決的疑義在於：

A.「醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務」的主張，應屬妥適，然主張「經病人或其家屬同意後為之」，即認為同意的主體除了患者本人之外，其家屬亦屬之，則有疑問。一般而言，除了不具同意能力的人得由家屬代為同意外，原則上應以患者本人的同意為有效，家屬的同意僅能作為「推定承諾」的判斷材料而已；

B.何以未盡說明義務即屬於注意義務之違反，而得成立過失致傷罪？並沒有說明理由。

(7)最高法院 96 年度台上字第 2476 號民事判決：

陳教授指出，此判決認為醫療法第 63 條規定之意旨在於「經由危險之說明，使患者得以知悉侵入性醫療行為之危險性而自由決定是否接受，以減少醫療糾紛」，惟亦認為「法條就醫師之危險說明義務，並未具體化其內容，能否漫無邊際或毫無限制的要求醫師負一切（含與施行手術無直接關聯）之危險說明義務？已非無疑」，並且主張「患者『主訴』之病情，影響醫師對危險，說明義務之範圍」。

此判決可能發生之疑問在於：直接肯定患者主訴之病情會對於醫師危險說明義務之範圍發生影響；但是卻未說明有如何之影響，以及其影響的範圍如何。

(8)小結

依據上述實務見解可以理解，2001 年以後的最近司法判決，尤其是地院或高院的判決，基本上對於違反「IC」法理的治療行為構成刑法上犯罪的可能性加以否定，而儘量傾向民事責任問題的考量；對於說明義務的範圍、程度，亦儘量予以限縮，甚至達到明顯違反醫療法第 64、81 條規定的程度；在認定是否有患者同意的問題上，亦根據形式上的情況加以判斷。

所幸從最近最高法院的判決可知，最高法院已將違反「IC」法理的治療行為視為過失的犯罪行為，在認定是否有患者同意的問題上，亦已採實質的判斷方式；然亦有該院判決，對於危險說明義務的範圍，採取某種限縮。

陳教授認為，最高法院所採的立場，基本上值得支持，而其對於說明義務範圍的限縮或擴張，乃顯現其對於醫師說明義務的負擔是否過重的考量；**惟其將違反「IC」法理的治療行為視為過失的犯罪行為，將家屬包含於同意主體之內，以及對於判決內的主張，缺乏說明理由，即欠缺論理依據**，乃最近最高法院判決尚有待商榷之處。

(四)陳子平教授採取的立場

1. 陳教授採「治療行為傷害說」立場。理由如下：

(1)從傷害罪構成要件該當性的客觀要素的「傷害行為」而言

所謂「傷害行為」，是指凡對於人的身體或健康有傷害危險的行為皆屬之，無論行為人



的主觀意思如何；由於治療行為縱使具有醫術正當性，對於人體之完整性或生理機能亦或多或少帶有侵襲性，因此治療行為本身即為傷害罪之實行行為，而不論及治療後因此使患者恢復健康(是否因此恢復健康，係兩個不同層次之問題)。

(2)從傷害罪構成要件該當性的客觀要素的「傷害結果」而言

所謂「傷害結果」，是指對於人的身體或健康造成傷害而言，即刑法第 277 條所規定「傷害人之身體或健康」。關於傷害罪的傷害結果，如前所述，學說上雖有不同解讀，但是依身體完整性侵害的折衷說，即除了造成生理機能的損傷之外，縱使沒有造成生理機能的損傷，卻明顯改變身體的外觀者，亦屬之。

陳教授不採取「治療當時的侵襲(侵害)」與「治療後的復原」整體考量的立場，而是將治療當時的侵襲結果，如外科手術等對於身體組織之傷害結果(第一次侵害結果)單獨視為傷害罪的傷害結果，因此治療行為的結果，亦符合傷害罪的傷害結果。

(3)從傷害罪構成要件該當性的主觀要素的「傷害故意」而言

所謂「故意」，乃對於犯罪事實的認識(知與意)，即對於客觀構成要件要素適時的認識，尤其對於實行行為與結果；由於醫師在實施治療行為之際，如實施外科手術之際，對於所實施的治療行為，是對於人的身體或健康有傷害危險的行為，以及實施治療行為時會造成侵襲性的傷害(第一次侵害結果)，有適切的認識，因此具有傷害罪的主觀構成要件要素的故意。

(4)雖然有見解認為，若有患者的同意(承諾)，則直接阻卻傷害罪的構成要件該當性，但陳教授認為治療行為是否符合「IC」法理(說明義務與同意原則)的問題，並不是在構成要件該當性的類型性判斷的階段得以確定，而且站在為保護處於相對弱勢立場之病患利益的意義上，治療行為應該以該當傷害罪的構成要件，而在違法性階段進行實質的、具體的判斷。根據上述理由，陳教授認為，治療行為是具有傷害罪的構成要件該當性。

2. 違反充分說明與同意法理(「IC」法理)將構成故意傷害罪

如上所述，治療行為雖然具有傷害罪的構成要件該當性，但是若該治療行為具有醫學的適應性、醫術的正當性以及「患者的承諾(同意)或推定的承諾」，則符合刑法第 22 條所規定的「業務上正當行為」，阻卻傷害罪的違法性而不具可罰性。

然而如果醫師違反(未盡)說明義務所導致的患者同意無效，或者雖然醫師已經盡了說明義務後並未獲得患者的同意，醫師所實施的治療行為皆違反「IC」法理，則將構成傷害罪而具可罰性。因此，治療行為是否不構成傷害罪，重點就在於是否得以阻卻違法性。

依通說立場，行為之所以具有違法性，乃由於該行為具有「結果反價值(結果非價)」——即法益的侵害或危險(惹起的結果)，與「行為反價值(行為非價)」——即脫離社會相當性或違反社會倫理規範而不被法秩序所允許之故。

而治療行為雖然具有「結果反價值」，但是若具有醫學的適應性、醫療的正當性以及「患者的承諾(同意)或推定的承諾」，則不具「行為反價值」，因此得以阻卻傷害罪的違法性。換言之，在判斷治療行為是否不具「行為反價值」而符合社會相當性或社會倫理規範，除了判斷該治療行為是否具有醫學的適應性、醫療的正當性之外，尚須判斷是否有病患的承諾(同意)或推定的承諾。

3. 如何界定治療行為已經具有病患的承諾或推定的承諾？

此不僅涉及承諾(同意)本身的問題，亦涉及其前提的醫師說明義務的問題，此亦為刑法與「IC」法理最直接的關聯核心議題。換言之，如果醫師違反(未盡)說明義務所導致的病患



同意無效，或者雖然醫師已經盡了說明義務後並未獲得病患的同意，則將無法阻卻傷害罪的違法性而具可罰性。其爭點即在於：

(1)如何之情況下可認為醫師違反（未盡）說明義務所導致的病患同意無效？

此涉及醫師說明義務的免除、減輕與說明義務的判斷基準等問題(詳如前述)：

- A.關於醫師說明義務的免除、減輕問題，陳教授認為有：**緊急事態之情況、危險性程度非常輕微之情況、病患無判斷能力（必須無代理承諾者）之情況、法律有特別規定之情況、對病患不良影響之情況、病患對說明內容已有該當知識之情況、病患本身放棄說明要求之情況等。**
- B.關於醫師說明義務的判斷標準，陳教授則認為應採**雙重標準說(折衷說)**立場，即理性醫師根據其所知或應知該當具體病患之整體狀況，於該具體病患行使最後決定權(自我決定權)時，凡屬於必要且醫師亦有認識可能之資訊，皆應說明之。

(2)如何之情況下可認為醫師已盡說明義務卻未獲病患的同意？

此涉及如何之情況下屬於有效的病患同意的問題。如果病患明確地表示不同意的情況下，除有其他違法性阻卻事由(尤其是緊急避難的情況)外，當然屬於未獲得病患有效的同意，若醫師專斷地實施治療行為，自然無法阻卻傷害罪的違法性而可構成傷害罪。

然而，問題在於：

A.在病患的意思並不明確的情況：

醫師可根據「病患的推定承諾」而阻卻傷害罪的違法性。所謂「病患的推定承諾」指**實際上雖無病患所為之承諾，然推定病患若認識該事態，亦當然會做出承諾之情況。**至於是否符合「病患的推定承諾」，則必須根據治療行為當時的整體事態、各種具體條件加以客觀、合理的判斷。在此並不以該當具體的病患是否會做出相同的承諾為依據。

陳教授認為，在「病患的推定承諾」問題上，由於並無具體病患的現實承諾，因此判斷是否有病患的推定承諾時，不得不根據行為當時(事前)該推定承諾是否符合社會相當性(或社會倫理規範、社會通念)而加以判斷，即一般理性之人站在具體病患的立場，是否亦會做出相同的承諾而加以判斷；雖然依醫師法及醫療法所規定之「同意主體」，除病患本人之外，尚可以包含「家屬」、「法定代理人」、「配偶」、「親屬」、「關係人」等，**但是其他人的同意，僅能作為是否具有「推定承諾」的判斷材料而已。**

如果該推定的承諾並不符合社會相當性，則屬於無效的推定承諾，而不得阻卻傷害罪的違法性。例如雖然未有病患的同意而根據推定的承諾切除左乳房的情況，由於**不符合社會通念**，無法成為有效的「推定承諾」，因此不能阻卻傷害罪的違法性。

然陳教授更進一步指出，即便不能依刑法第 22 條「業務上正當行為」阻卻傷害罪的違法性，但是依然可以適用「**可罰的違法性理論**」排除傷害罪的可罰的違法性，而不成立傷害罪。

詳言之，刑法具有強烈的制裁效果，刑法的發動要以適合處罰、值得處罰的違法行為為限，因此刑法上所要求之違法性即為「**可罰的違法性**」(註 11)，此亦為刑法之謙抑性(補充性，最後之手段)原則之體現。從而，**刑法上之違法性，應是具有值得處罰程度之違法性，亦即當作犯罪而應科處刑罰之違法性**，在量的方面，必須達到值得處罰的一定程度以上，在質的方面，必須是適合於刑罰的制裁始屬之。

關於「可罰的違法性理論」儘管有不同主張，陳教授認為，應綜合考量被害法益之輕



微性(結果輕微型、絕對的輕微型)與行為逾越社會相當性(違反社會倫理規範)程度之輕微性(相對的輕微型)，一旦違反整體法秩序之程度輕微，則應否定刑法上違法性之成立。

依此，在醫師根據不符合社會相當性(或社會倫理規範)之無效的推定承諾所實施的治療行為無法阻卻違法性的情況，倘若該無效的推定承諾脫離社會相當性(或違反社會倫理規範)的程度非常輕微，則可以因不具傷害罪的可罰的違法性而排除犯罪的成立。不過，縱使可以根據不具可罰的違法性而排除傷害罪的成立，卻由於侵害病患的自我決定權，而無法阻卻民法上的違法性，因此依然得以追究該治療行為的民事賠償責任。

B.病患對於醫師的說明有誤解而同意的情况：

陳教授認為，病患因錯誤所為的同意是否有效的問題，應根據該錯誤的發生，是由於醫師說明的疏失或由於病患本人的疏失，以當作判斷的標準。如果是醫師所造成，則該同意當然屬於無效的同意，該醫師不能依刑法第 22 條「業務上正當行為」阻卻傷害罪的違法性；反之，如果是病患本人所造成，則該同意屬於有效的同意，該醫師得以阻卻違法性。

C.事實上並未獲得病患的承諾，醫師卻誤以為有的情况：

此際發生「違法阻卻事由前提事實錯誤(或稱「容許構成要件錯誤」)的問題。有關「違法阻卻事由前提事實錯誤」的問題，例如「誤想防衛(錯覺防衛)」的情況，學說上有相當分歧的見解(註 12)。

依目前通說的立場，認為得以排除故意犯的成立，若行為人有過失而有處罰過失犯的規定，則成立過失犯。依此立場，醫師雖未獲得同意而誤以為有所實施的治療行為，雖然不成立故意傷害罪，卻得以成立過失致傷罪。另有少數見解認為，在該情況下，應根據該錯誤是否無法避免再加以決定，如果無法避免，則排除犯罪之有責性要件而不成立犯罪(無論是故意傷害罪或過失致傷罪)；若該錯誤可以避免，則直接成立故意傷害罪。

(五)結語

在醫師以治療的目的為病患實施治療(醫療)行為時，由於醫療行為本身屬於對於病患的生命、身體或多或少帶有危險性的行為，雖然是以治療病患為目的，但最終承受治療行為後果(無論是好或壞)的則是病患本身，而非醫師，因此尊重病患在醫療上的自我決定權，實有其必要；惟醫師在實施醫療行為的過程中，由於人體的複雜性而常發生不可預知的情況，從醫師的專家立場而言，一心一意為病患治療疾病，卻被課以說明義務，且治療行為又須獲得病患的同意，若因此違反醫師說明義務或病患同意之原則(自我決定權)，不僅將被追究民事責任，甚至亦可能被追究刑事責任，是否令醫師承受過大的負擔？

如此之疑惑，並非不能理解，然而醫療乃醫師與病患之關係，完全漠視病患的意思決定既不妥當，而過度限縮醫師對於醫療行為上的裁量權亦非妥適，因此如何取得平衡點，正是醫病關係上的最大難題。

換言之，**在醫師違反「IC」法理時，如何使醫師負擔其應有的責任，在於醫師的裁量權與病患的自我決定權如何衡量的核心問題上。**因此司法在判斷或認定醫師違反「IC」法理而可能構成犯罪時，更應慎重為之，以免因此造成病患或醫師無法挽回的傷害。

貳、考題趨勢



近期有關「醫療刑法」、「醫療訴訟」之相關議題，學者間多有撰文探討，因此在可預見的將來，相信有關於「醫療刑法」、「醫療訴訟」之考題應有高度的出題可能。

尤其是 100 年新制司法官及律師考試已將「刑法與刑事訴訟法」合併為一個科目，而透過觀察 99 年預試考題的第 3 題，也可以得知出題者在同一大題中，確實有可能就相關之刑法、刑事訴訟法考題，分別命題在各小題中，以測驗考生對整個實體法及訴訟法是否能融會貫通。

就此，筆者認為有關「醫療刑法」、「醫療訴訟」之相關議題，正好就是一個出題者蠻不錯的出題素材，實值讀者留意(當然「民法與民事訴訟法」一科也不能排除有命題可能)。

此外，社會上的醫療糾紛案件，層出不窮，出題者有無可能擷取其中的一個案例作為設計考題的發想，也值得讀者留意(註 13)；因此持續關注相關案例，勤加思考各案的爭點、法律關係，相信對於讀者應考，當有一定的助益。

參、參考文獻

- 一、王福邁，〈同意在醫療上之法律問題〉，《軍法專刊》，24 卷 2 期，1978 年。
- 二、王皇玉，〈醫療行為於刑法上之評價—以患者之自我決定權為中心〉，碩士論文（1995 年）。
- 三、楊秀儀，〈誰來同意？誰做決定？從『告知後同意法則』談病人自主權的理論與實際〉，《台灣法學會學報》，20 期，1999 年。
- 四、陳子平，〈醫療上『充分說明與同意 (Informed Consent)』之法理〉，東吳大學法律學報，12 卷 1 期，2000 年 6 月。
- 五、楊秀儀，〈美國「告知後同意」法則之考察分析〉，《月旦法學雜誌》，121 期，2005 年 6 月。
- 六、楊秀儀，〈告知後同意之倫理法律再思考：縮小理論與實務的落差〉，《月旦法學雜誌》，162 期，2008 年 11 月。
- 七、吳志正，〈解讀醫病關係 I 醫療契約篇〉、〈解讀醫病關係 II 醫療責任體系篇〉，元照，2006 年。（其中「醫療責任體系篇」，詳細介紹、說明並檢討「醫師說明義務與病患同意原則」）
- 八、陳聰富，〈醫療行為與犯罪行為—告知後同意的刑法上效果（上）（下）〉，《月旦法學教室》，69、70 期，2008 年 6 月、7 月。
- 九、陳聰富，〈告知後同意與醫師說明義務（上）（中）（下）〉，《月旦法學教室》，80、81、82 期，2009 年 5 月、6 月、7 月。
- 十、吳俊穎、賴惠蔡、陳榮基，〈告知義務的範圍〉，《當代醫學》，35 卷 9 期，2008 年 9 月；〈告知義務的審查方式〉，《當代醫學》，35 卷 10 期，2008 年 10 月；〈告知義務的因果關係〉，《當代醫學》，35 卷 11 期，2008 年 11 月；〈告知義務的主體〉，《當代醫學》，35 卷 12 期，2008 年 12 月。
- 十一、吳俊穎，〈醫師告知義務急速擴張的時代〉，《法學新論》，14 期，2009 年 9 月。
- 十二、盧映潔，〈患者自主權與醫師刑事過失責任〉，《台灣法學雜誌》，101 期，2007 年 12 月。
- 十三、王皇玉，〈醫師未盡說明義務之法律效果〉，《台灣本土法學雜誌》，75 期，2005 年 10 月。
- 十四、王皇玉，〈論醫師的說明義務與親自診察義務〉，《月旦法學雜誌》，137 期，2006 年 10 月。
- 十五、盧映潔、高忠漢、朱振國，〈患者同意與醫師刑事過失責任之辨正〉，《台灣法學雜誌》，112 期，2008 年 9 月。
- 十六、林萍章，〈知情同意法則之「見山不是山」〉，《月旦法學雜誌》，162 期，2008 年 11 月。
- 十七、甘添貴，〈醫療糾紛與法律適用〉，《月旦法學雜誌》，157 期，2008 年 5 月。
- 十八、林東茂，〈醫療上患者承諾的刑法問題〉，《月旦法學雜誌》，157 期，2008 年 5 月。
- 十九、蔡墩銘，《醫事刑法要論》，1995 年。



- 二十、林山田，《刑法各罪論（上冊）》，修訂五版，2005年9月。
- 二十一、甘添貴、謝庭晃合著，《捷徑刑法總論》，修訂二版，2006年6月。
- 二十二、甘添貴，〈治療行為與傷害〉，《月旦法學教室》，15期，2004年1月。
- 二十三、林東茂，《刑法綜覽》，一品，修訂五版，2007年9月。
- 二十四、林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2006年9月。
- 二十五、陳子平，《刑法總論》，增修版，元照，2008年9月。

肆、延伸閱讀

- 一、林東茂，〈刑事醫療過失探微—從一個案例說起〉，《月旦法學雜誌》，176期，2010年1月。
- 二、林萍章，〈醫療刑事訴訟認罪協商的實證研究—從台南地方法院93年度簡字第2351號刑事判決出發〉，《月旦法學雜誌》，185期，2010年10月。
- 三、林萍章，〈醫療常規與刑事責任—評最高法院96年度台上字第3084號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，175期，2009年12月。
- 四、鄭逸哲，〈告知義務和「術前評估義務」並非「注意義務」—台灣高等法院高雄分院98年醫上訴字第1號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，6期，2010年12月。
- 五、鄭逸哲，〈作為減輕構成要件要素的「無效承諾」及其於醫療上例外作為阻卻違法事由要素〉，《軍法專刊》，56卷6期，2010年12月。（鄭逸哲教授尚有許多關於「醫療刑法」的文章，請有興趣的讀者自行查詢參閱）
- 六、陳運財，〈醫療刑事訴訟之證明活動〉，《月旦法學雜誌》，183期，2010年8月。
- 七、陳聰富，〈醫療訴訟之舉證責任—最高法院98年度台上字第276號民事判決評釋〉，《法令月刊》，61卷4期，2010年4月。
- 八、許澤天，〈過失不作為犯之結果歸責—切除腫瘤成植物人案之評釋〉，《月旦法學雜誌》，183期，2010年8月。
- 九、陳子平，〈團隊醫療與刑事過失責任（上）〉，《月旦法學雜誌》，190期，2011年3月。
- 十、陳子平，〈團隊醫療與刑事過失責任（下）〉，《月旦法學雜誌》，191期，2011年4月。



【注釋】

- 註 1：陳教授指出，此疑問關係同意的主體（同意能力）、代理的同意等問題，由於涉及相關議題甚多，因此留待他日再行論述。
- 註 2：此見解可說是早期(1950 至 1960 年代)以來美國判例所採的立場，如 Natanson v. Kline (1960 年)的案例。另日本最高法院昭和 56(1981)年 6 月 19 日有關醫療訴訟的判決也採此立場。我國司法實務高等法院台中分院 95 年度醫上字第 3 號民事判決有關「兩腳麻木治療案」及高等法院 96 年度醫上字第 11 號民事判決有關「白內障開刀案」也採此說立場。此外，我國衛署舊版手術同意書即採用此說，由醫師決定應對病人說明的事項來告訴病人。
- 註 3：例如：美國 Canterbury v. Spence(1972 年)的判決。德國在 1962 年 10 月 16 日聯邦最高法院的判決後，此說大致上已成為其實務的立場。
- 註 4：例如：美國 Scott v. Bradford(1979 年)的判決。另有學者認為，我國司法實務 94 年度台上字第 2676 號判決也傾向此說。
- 註 5：惟至 1988 年，德國聯邦最高法院的判決卻變更上述立場而指出，即使在有擴大的預見可能性，且該擴大手術也非對於病患的救命不可欠缺的情況，就該擴大手術存有符合病患的推定承諾時，則具有適法性。對於聯邦最高法院立場的改變，也遭到不少學者的反對，學者認為將擴大手術容許要件中的預見可能性及為救命所不可欠缺的兩要件加以廢除，有不當過度重視醫師裁量之虞。我國也有相關實務判決論及緊急情況時醫師的說明義務，例如：台北地院 96 年度醫字第 4 號判決、高等法院 96 年度醫上字第 26 號判決。
- 註 6：惟日本札幌高等法院昭和 56 (1981)年 5 月 27 日及橫濱地方法院昭和 57 (1982)年 5 月 20 日的判決，就有關盲腸手術卻認為，關於脊椎麻醉的危險性及手術內容等，屬於一般社會人的常識、公眾周知的事實，醫師並無說明的義務。
- 註 7：惟日本東京地方法院平成元(1989)年 4 月 18 日的判決採肯定立場。
- 註 8：關於醫師裁量權的問題，日本目前也存有相當對立的見解(醫師裁量權【大多數是醫師】VS「IC」法理【大多為法學者或律師】)。請詳見陳教授文章內之論述，此處從略。
- 註 9：陳教授於該文所稱的「治療行為」或「醫療行為」皆係指對於人的生命、身體帶有侵襲性的醫療行為而言。
- 註 10：以下僅介紹各該判決之主要論點，至於各該判決之詳細判決要旨，請詳參陳教授該文，此處從略。
- 註 11：74 年台上字第 4225 號判例：「行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如無實質之違法性時，仍難成立犯罪。本件上訴人擅用他人之空白信紙一張，雖其行為適合刑法第 335 條第 1 項之侵占罪構成要件，但該信紙一張所值無幾，其侵害之法益及行為均極輕微，在一般社會倫理觀念上尚難認有科以刑罰之必要。且此項行為，不予追訴處罰，亦不違反社會共同生活之法律秩序，自得視為無實質之違法性，而不應繩之以法。」
- 註 12：請詳參陳子平，刑法總論，增修版，元照，2008 年 9 月，第 346 頁以下。
- 註 13：例如：林東茂教授曾以「當愛已成往事」為題，評臺北地院 87 年第 1565 號判決(詳見林東茂，一個知識論上的刑法學思考，五南，90.7 二版，第 69~83 頁)，而 90 年律師考題第 1 題，出題者即似以此案例為發想而設計考題(但不盡相同)，讀者可自行查閱比較。

