

「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



編目：刑法

【論文導讀】

- 一、文章名稱：「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
- 二、作者：鄭逸哲老師
- 三、出處：月旦裁判時報第五期，頁 94-99

<目次>

壹、本案事實

貳、爭點

參、評析

一、構成要件適用之釐清

二、「『告知義務』未履行」和「欠缺被害人『承諾』」均不可能作為「過失」的判斷標準

三、「未為術前評估」非屬「未履行『注意義務』」，而為「未履行『注意義務』」的原因

肆、延伸閱讀

<摘要>

醫療行為中醫師是否履行其注意義務，乃判斷其醫療行為有無過失之關鍵，此乃過失犯成立之要件之一。困難之處即在於如何闡釋注意義務之內涵及其認定時點。其次，醫師之告知義務(說明義務)與被害人承諾亦為目前實務與學說上之重要問題。涉及醫師與病患間風險負擔之問題，對於醫師過失行為應適用之構成要件亦有重要之影響。

關鍵詞：告知義務、注意義務、被害人承諾

壹、本案事實

骨科主治醫師甲未經充分術前評估，疏於注意病患乙(兩膝退化性關節炎)接受手術之壓力承受度較常人為低(高齡 87 歲)，心臟功能有缺血性問題等，亦未與之充分溝通，使乙了解手術之併發症、危險性及死亡率，即為乙施行兩側全人工膝改關節置換手術，致乙於手術完成後 2 小時，即因脂肪栓塞而血壓下降，施予各種急救均無效，復併發腦部脂肪栓塞，導致多重器官衰竭及廣泛血管內凝固病變，於手術七天後宣告不治死亡。



貳、爭點

- 一、欠缺「故意」，如何開始進行手術？
- 二、「『告知義務』未履行」和「欠缺被害人『承諾』」有可能作為「過失」的判斷標準嗎？
- 三、「未為術前評估」屬「未履行『注意義務』」嗎？

參、評析

一、構成要件適用之釐清

本件判決理由首先審查乙之死亡結果與手術間之因果關係，就過失犯之審查體系而言應屬無誤。惟本案判決並未釐清應適用之構成要件(註 1)。就生命法益和重大身體法益而言，法益持有人並無處分權，其「無效」的承諾，在刑法上僅得作為「減輕構成要件要素」。

以本案來說，甲以同一事實行為，同時實現重傷害、過失致死、重傷致死、得承諾使之重傷、得承諾使之重傷致死及業務過失致死等構成要件。由於現行刑法中並無「得承諾使之重傷而業務過失致死」之規定，此乃法律漏洞，於此情況下，只能捨「充分評價」而選擇「盡量充分評價」。依「法條競合」及「從重擇一關係」，應以「得承諾使之重傷致死」(刑 282)作為構成要件該當性(註 2)。

即使甲具有「得承諾使之重傷致死」構成要件該當性，且不得以得被害人承諾為由否定違法性，但仍得以「為第三人緊急避難」為由加以阻卻違法。因此，甲僅就「過失致死」的部分具有違法性，僅犯過失致死罪(刑 276)。

二、「『告知義務』未履行」和「欠缺被害人『承諾』」均不可能作為「過失」的判斷標準

刑法採「行為時主義」，是以行為人是否因未履行注意義務而有過失，應以其行為時為準。就醫療行為而言，「告知」必發生於「行為前」，因此，就過失行為而言，未履行注意義務，不可能係未履行「告知義務」。何況，即使履行「告知義務」，仍可能於行為時未履行「防止結果發生之注意義務」。判決中謂「被告手術前亦顯未善盡告知危險義務，以得病人乙真意之承諾甚明，被告猶否認其無過失，自無可採」，似將「事前」的「告知義務」和「事中」的「注意義務」混為一談。

此外，刑法上只問是否存在「承諾」，未規定承諾屬「要式要物行為」，即使甲未依醫療法的規定完成書面，只要有承諾即不會影響刑法上之判斷。同時，承諾僅能針對「故意構成要件該當行為」為之，判決中把承諾有無的問題與過失相連結，自始即屬錯誤。

綜上所述，「『告知義務』未履行」和「欠缺被害人的『承諾』」均不可作為「過失」的判斷標準。

三、「未為術前評估」非屬「未履行『注意義務』」，而為「未履行『注意義務』」的原因

甲之注意義務乃指「注意防止死亡結果發生之義務」，而啟動死亡因果進程者，乃該「手術行為」而非「未為術前評估」。判決中謂「在術前做更足夠之評估，以避免病患乙因脂肪栓塞併發症導致死亡之結果，且此事項亦非其不能注意，即貿然為其施行前開手術，自有過失」，乃將甲「未履行『注意義務』」的原因誤為其「未履行『注意義務』」。

最精確的說法應是：在術前做更足夠之評估，則應不為兩側全人工膝關節置換手術或僅為一側全人工膝關節置換手術，而避免病患乙因脂肪栓塞併發症導致死亡之結果，就此「不為」或「僅為」事項亦非其不能注意，即貿然為其施行前開手術，自有過失。

肆、延伸閱讀

- 一、陳子平(2011)，〈團隊醫療與刑事過失責任（上）（下）〉，《月旦法學雜誌》，第 190 期、191 期，



頁 147-157、160-176。

- 二、張麗卿(2010)，〈信賴原則在醫療分工之適用－以護士麻醉致死案為例〉，《東海大學法學研究》，第 33 期，頁 45-78。
- 三、鄭逸哲(2010)，〈「醫療行為」屬「攔截另一因果進程的行為」〉，《月旦法學雜誌》，第 184 期，頁 249-259。

※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】www.lawdata.com.tw
立即在線搜尋！

【注釋】

註 1：判決內容謂「被告手術前亦顯未善盡告知危險義務，以得病人乙真意之承諾甚明，被告由否認其無過失，自無可採」，顯未釐清本案應適用「重傷害而過失致死」(刑 278)抑或「(業務)過失致死」(刑 284 II)。倘若係後者，本質上即與被害人承諾無關，蓋被害人僅能針對「故意行為」為承諾。然判決復謂「被告由否認其無過失，自無可採」，令人難解究係指何過失。

註 2：本案應適用的構成要件應是「得承諾使之重傷致死」(刑 282)，理由如下：

(1)若甲於乙未承諾之情況下即為其開刀，則應適用「重傷害而過失致死」(刑 278 II)，並非「(業務)過失致死」(刑 284 II)。

(2)然事實上實難想像甲在未得乙的承諾下將之推入手術房，是以應適用者亦不該是「重傷害過失致死」，而係「得其承諾而傷害之使之成重傷而過失致死」(刑 282)。

(3)至於判決中謂「乙及其家屬等於手術前就被告究欲實施何種手術及麻醉並不清楚明瞭，遑論充分瞭解手術可能帶來之併發症、危險性與死亡率，被告手術前亦顯未善盡告知危險義務」，並不能否定乙就手術本身的重傷害行為有所承諾。蓋刑法第 282 條只問被害人有無重傷害承諾，並非「如何而給予重傷害承諾」。

