

## 重要論文導讀 ④

## 醫療行為之刑事過失責任判斷與病患或其家屬之同意無涉

—評析最高法院101年台上字第2637號刑事判決

編目：刑法

|      |  |  |
|------|--|--|
| 出處   | 月旦法學雜誌，第240期，頁5~18   |  |
| 作者   | 鄭逸哲教授  |  |
| 關鍵詞  | 告知後同意、事前事中、阻卻違法事由、專斷醫療行為、過失責任  |  |
| 摘要   | 「醫療行為」是「醫療行為」，「告知行為」是「告知行為」；前者屬「事中」，後者屬「事前」；前者涉及「醫療義務」，後者充其量屬「醫療義務」的「衍生義務」，而非「醫療義務」的一部分。就算故意或過失不履行「告知義務」或「說明義務」，而應負起民法和行政法上的責任，但終究不可能因而有刑事責任。何況，「同意」或「承諾」僅能就「故意構成要件該當行為」為之，故「同意」和「同意書」在刑法上根本不可能和醫療行為的刑事過失責任有關。 |  |
| 重點整理 | 案件事實   | 甲求診於醫師乙，經診斷為神經根有病變，乙乃投以三環抗憂鬱藥物治療。1個月後回診，因甲疼痛仍在，乙乃改以Tegretol（即Carbamazepine，下稱Tegretol，又稱癲通）之藥物治療；但未向甲說明該藥物有造成史蒂文強森症候群之嚴重危害可能副作用；亦未告知若該藥物使用於非核准適應症者，將不予藥害救濟之提示，即開立28日之藥量。<br>4週後回診時，甲主訴有發燒及畏寒、眼睛紅腫、乾咳及流鼻水等症狀，乙仍續開四週之藥量；至10餘日後甲全身皮膚紅疹、口腔潰瘍併膿樣分泌物及眼睛紅腫，並有持續發燒及畏寒、血尿及黃疸，而緊急回診住院治療；5日後呈現病危，經轉至臺中榮民總醫院治療，終因史蒂文強森症候群，於10日後死亡。 |
|      | 本案爭點   | 醫療行為之刑事過失責任判斷，是否與醫生之「告知行為」或病患及其家屬之「同意」有關？  |
|      | 解評   | 一、醫療法上的「同意」不等於刑法上的「承諾」<br>(一)「同意」和「承諾」同屬「處分」，兩者於法律上具有不同意義：就自由法益、名譽法益和財   |

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

|             |           |  |
|-------------|-----------|--|
| <p>重點整理</p> | <p>解評</p> | <p>產法益的「處分」，具有阻卻構成要件該當性的效力，故被稱為「阻卻構成要件（該當）同意」；而就輕傷害程度範圍內的身體法益所為的處分，因「傷害構成要件該當行為」具有阻卻違法的效力，而被稱為「阻卻違法的承諾」。</p> <p>(二)醫療法上的「同意」應屬刑法上的「承諾」，因其所涉及的法益不外身體法益和生命法益，而不可能是自由法益、名譽法益和財產法益。</p> <p>(三)而醫療法上的「同意」也不等於刑法上的「承諾」，因刑法上的「承諾」僅止於法益持有人對自己的身體法益和生命法益的「處分」。但醫療法上的「同意」，不僅包括病患本人的「承諾」，甚至包括一定範圍內親屬就病患身體法益和生命法益的「處分」。故醫療法上的「同意」，自始即不得作為「阻卻違法的承諾」或「減輕構成要件要素」。</p> <p><b>二、無論是病患或其一定範圍內的親屬有所醫療法上的「同意」，都不可能針對「(業務)過失構成要件該當行為」為之</b><br/>我們僅有可能對於「故意構成要件該當行為」，予以「同意」或「承諾」。</p> <p><b>三、即使病患或其一定範圍內的親屬有所醫療法上的「同意」，也不影響醫療行為是否具有「(業務)過失構成要件該當性」的判斷</b></p> <p>(一)「承諾」和「同意」均屬「事前」之事，而刑法就犯罪是否成立判斷，乃採「行為時主義」—亦即「事中主義」。</p> <p>(二)因此，行為人是否具有「(業務)過失構成要件該當性」，僅就「行為時」其是否在客觀上「未履行其所能履行」，以及在主觀上「應注意且能注意而不注意」進行判斷，即足以確定；根本不必也不可能考慮被害人是否有所「承諾」或「同意」的問題。</p> <p><b>四、醫療法上的「告知後同意」，在刑法上不僅涉及「承諾」，亦涉及「承諾的動機」</b><br/>醫療法上的「告知後同意」，乃在強調醫護人員對特定事項的「說明義務」，但這種「說明義務」是否履行，並非「同意」的一部分，而屬「同意前」</p> |
|-------------|-----------|--|

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

|             |           |  |
|-------------|-----------|--|
| <p>重點整理</p> | <p>解評</p> | <p>的事，醫療法乃希冀由此「說明義務」的履行而形成「同意」。</p> <p>因而，對「同意者」來說，「告知」並非「同意」，而是涉及形成「同意」的「動機」。</p> <p><b>五、於醫療行為是否具有「故意構成要件該當性」的判斷，「告知後同意原則」並無適用的餘地</b></p> <p>(一)即使於判斷醫療行為具有「故意構成要件該當性」時，或必須考慮是否存在被害人的「承諾」，但也僅止於「承諾」。現行刑法並未規定「承諾的動機」發生錯誤或有瑕疵，即視為「承諾」不存在或否定其作為「減輕構成要件要素」。</p> <p>(二)故若刑法適用者以「未（詳細）告知」或「未履行說明義務」為由，而無視於「承諾」的存在，排除應適用的「減輕構成要件」，而改依「普通構成要件」認定其「構成要件該當性」，不僅和「罪刑法定主義」有違，亦違反「法官應依據法律審判」的憲法義務。</p> <p><b>六、於「醫療刑法」領域，就「故意構成要件該當行為」適用「告知後同意原則」，違反「平等原則」而屬違憲</b></p> <p>(一)現行刑法除了於「詐欺構成要件」和「詐術性交構成要件」等極少數構成要件考量被害人的「同意的動機」（「例外」加以考慮），但都是涉及財產法益和自由法益的「同意」的「動機錯誤」，而非醫療行為所涉及的身體法益和生命法益。</p> <p>(二)故非屬醫療行為，僅須取得被害人「承諾」，即得適用減輕的「受其囑託或得其承諾而……構成要件」；但於醫療行為，卻必須適用「告知後同意原則」而取得「承諾」，方得適用減輕的「受其囑託或得其承諾而……構成要件」；這不啻意味著後者較前者具有較高的不法內涵—亦即「重罪輕罰，輕罪重罰」，亦使具有同樣「承諾」者，分別適用「減輕構成要件」和「普通構成要件」，而出現「等者，不等之」之現象，違反「平等原則」而屬違憲。</p> <p><b>七、於「醫療刑法」領域，就「故意構成要件該當行為」的「阻卻違法事由」，亦無適用「告知後同意原則</b></p> |
|-------------|-----------|--|

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

|             |           |  |
|-------------|-----------|--|
| <p>重點整理</p> | <p>解評</p> | <p>的餘地」—「確保病患的病況不致惡化」才是根本指導原理</p> <p>(一)刑法自始未將被害人的「承諾」列為「阻卻違法的緊急避難」成立要素；且於「情況緊急」時，醫療法亦排除所謂「告知後同意」的適用，因而「告知後同意」充其量只是一種「有前提的法律要件」，並非法律原則。</p> <p>(二)故涉及重傷害程度的身體法益和生命法益具有「故意構成要件該當性」的醫療行為，其阻卻違法事由的指導原理，也不可能是所謂「告知後同意原則」，而是「確保病患的病況不致惡化」。</p> <p><b>八、醫療行為之刑事過失責任判斷全然與病患或其家屬之「同意」無涉</b></p> <p>(一)「告知行為」必先於「同意」，而「同意」又屬「事前」之事，則「告知行為」絕不可能屬「事中」醫療行為的一部分，自始至終都不是刑法所得適用的對象，否則就違背刑法的「行為時主義」立場。</p> <p>(二)故「醫療行為」是「醫療行為」，「告知行為」是「告知行為」；前者屬「事中」，後者屬「事前」；前者涉及「醫療義務」，後者充其量屬「醫療義務」的「衍生義務」，而非「醫療義務」的一部分。就算故意或過失不履行「告知義務」或「說明義務」，而應負起民法和行政法上的責任，但終究不可能因而有刑事責任。</p> <p><b>九、判決評析</b></p> <p>(一)確立「醫療行為之刑事過失責任判斷全然與病患或其家屬之同意無涉」立場</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.判決明白肯認「告知同意」法則之立法，目的在維護病人之「醫療自主權」，但並未將之無限上綱，先行以「醫療因屬高度專業，診治病人向來倚賴醫師之判斷」，而未根本否定「專斷醫療行為」的必要性和正當性—即使「不可無視」於病患自律性之判斷。</li> <li>2.判決最關鍵之一句在於：「未依規定為告知，固然侵害病人之醫療自主權，但醫療自主權之侵害，非屬醫師過失責任之必然。」此乃謂：</li> </ol> |
|-------------|-----------|--|

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

|             |           |   |
|-------------|-----------|---|
| <p>重點整理</p> | <p>解評</p> | <p>即使侵害「醫療自主權」，而於民法或行政法上有所責任，但也「必然」不涉及醫師刑事過失責任判斷。</p> <p>3.判決亦謂：「醫療過失係於診斷與治療過程有無遵循醫療準則為斷。醫師於診療過程中，如未遵循醫療準則致生死傷之結果，事先縱已踐行告知同意程序，亦無以阻卻違法。」該判決明確切割「告知行為」和「醫療行為」分屬「事先（前）」和「事中」，而「事先縱已踐行告知同意程序」是一回事，但「事中」的「醫療行為」是否涉及過失，又是另一回事。即「告知同意程序」是否踐行，根本無關也不影響「醫療行為」是否具有刑事過失責任判斷。</p> <p>4.惟判決未能精確指出「同意」僅能就「故意行為」為之。</p> <p><b>(二)未能正確適用「醫療行為之刑事過失責任判斷全然與病患或其家屬之同意無涉」</b></p> <p>1.該判決謂：「觀乎醫事審議委員會意見迭次陳稱：史蒂文強森症候群，其症候之發生應與特殊體質有關，無法預防，亦無法藉由檢查而預測；告知並無法避免史蒂文強森症候群之發生等語。史蒂文強森症候群既無法預防、預測，自無從苛責被告善盡告知之責。告知既無助於危害之防止，或影響危害之發生，自與被害人所患史蒂文強森症候群間，無必然之因果關係，難責被告負過失責任。以上已據原判決於理由欄敘述明確，檢察官認被告未踐行告知義務而有疏失，自屬誤會。」</p> <p>2.該段論述將被告的醫療行為與告知及同意相牽扯，且因果關係論述亦有違誤，正確論述為：「醫療行為之刑事過失責任判斷全然與病患或其家屬之同意無涉，故無庸探究被告是否踐行告知同意程序，即使被告未踐行告知義務而有疏失，而有民法或行政法上之責任，但究非刑法所得置喙。被害人死於史蒂文強森症候群，雖與被告開立 Tegretol 藥物在客觀上具有因果關係，但醫事審議委員會意見迭次陳稱：史蒂文強森症候群，其症候之發生應與特殊體</p> |
|-------------|-----------|---|

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

|             |  |  |
|-------------|--|--|
| <p>重點整理</p> | <p>解評</p>  | <p>質有關，無法預防，亦無法藉由檢查而預測，因而史蒂文強森症候群之發生不具有『可預見性』，既然其不具有『可預見性』，則其發生自始屬事變，非得科任何人以醫療預防義務。況且，Tegretol 並非禁用藥物，就此開立醫療行為，並未違反醫療義務，自無則以過失之可能，而告知義務雖屬醫療義務之衍生義務，被告加以違反，仍非屬醫療義務之違反，更無科以刑事過失責任之可能。」</p> |
| <p>考題趨勢</p> | <p>一、醫療行為是否有「告知後同意原則」之適用？若有，是否符合憲法原則之要求？<br/>二、醫生為醫療行為前如已履行告知義務，是否即得阻卻構成要件該當性？</p>   |  |
| <p>延伸閱讀</p> | <p>一、張麗卿，〈醫療刑事責任認定與相關醫療法修正之探討〉，《月旦法學雜誌》，第223期，頁54-78。<br/>二、劉柏江，〈「因果關係」應作為最優先判斷—以醫療案件為例兼評臺灣嘉義地方法院91年度訴字第183號等相關刑事〉，《法學新論》，第42期，頁107-131。<br/>※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】<br/><a href="http://www.lawdata.com.tw">www.lawdata.com.tw</a>立即在線搜尋！</p> |  |

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！