

【醫療刑事法】
未經同意變更術式案：
欠缺同意之
侵入性醫療行為刑法評價

Case of Change of the Surgical Treatment without Consent:
Criminal Laws Evaluation of
Invasive Medical Behavior without Consent

廖建瑜 Chien-Yu Liao *

裁判字號 臺灣高等法院臺南分院106年度醫上易字
第427號刑事判決



摘要

告知後同意理論在刑法犯罪論中所扮演的角色眾說紛云，本件案例係完全欠缺病人同意之侵入性醫療行為的典型，法院完全忽略專斷醫療行為是否該當故意傷害構成要件，更甚者逕將醫師臨床裁量空間無限放大，利益衡量成為阻卻違法之唯一考量，而此利益卻完全毋庸考量病人自主決定之想法，更扭曲告知後同

*臺灣高等法院刑事庭法官（Judge, Criminal Court of Taiwan High Court）；成功大學法律學系博士（Ph.D., Department of Law, Cheng Kung University）

關鍵詞：防禦性醫療（defensive medical treatment）、告知後同意（informed consent）、病人自主權利法（Patient Autonomy Act）、臨床專業裁量（clinical discretion）、醫療常規（medical guideline）

DOI：10.3966/241553062019050031006

Angle

意理論對於醫師防禦性醫療之正面效益，有悖於病人自主權利法之立法精神及世界潮流，應更審慎思考。

The role of informed consent theory has always been a controversial issue by the theory of Criminal Law. This case is typical of the invasive medical behavior fully without the patient's consent. The practice of the court completely ignores whether the arbitrary medical behavior would be the element of intentional injury. What's more, is the scope of the physician's clinical discretion infinitely magnified, and the measure of interest becomes the only consideration to affirmative defense. This kind of interest doesn't take the idea of the patient's self-determination into account, and even distorts the positive benefit of the informed consent theory in the physician's defensive medical treatment. This practice is contrary to the spirit of the patient's autonomy law and the world trend, and should be considered more carefully.

壹、案例與問題提出

一、案例事實與法院見解

(一) 案例事實

告訴人於2013年3月9日11時15分許，因尿滯留、血尿等症狀前往A醫院求診，經急診室醫師診視後，診斷為急性尿滯留及泌尿道感染，遂在腎臟科病房住院接受藥物治療，並於同年3月12日會診泌尿科安排告訴人進行尿路動力學檢查，結果為膀胱出口阻塞、升高之膀胱收縮力及較多之殘尿量，經治療後，於同年3月14日出院，出院診斷為大腸桿菌泌尿道感染、攝護腺肥大及糖尿病。告訴人復於同年3月22日13時25分許，因排尿困難、血尿等症狀，再至A醫院泌尿科被告門診就診，

Angle

當日由被告醫師進行診視及安排告訴人進行超音波檢查，告訴人於同年3月25日9時33分許回診，被告判讀告訴人超音波檢查結果，診斷告訴人罹患膀胱腫瘤，被告遂建議進行手術，嗣告訴人及告訴人家屬同意接受手術，並於同年3月26日16時2分許，由告訴人之女簽署「膀胱腫瘤手術同意書」、「膀胱腫瘤手術說明書」及「麻醉同意書」，約定於同年3月28日13時許在A醫院由被告實施膀胱腫瘤之切除手術，告訴人於2013年3月27日住院並進行電腦斷層檢查。嗣於2013年3月28日施行手術時，被告經由內視鏡檢查確認未發現膀胱腫瘤，而係攝護腺肥大，被告遂為告訴人實施「攝護腺刮除手術」，手術中被告刮除告訴人之攝護腺組織9公克。告訴人手術後因無法自行排尿，復因發炎導致敗血症及泌尿道感染等併發症，嗣於同年5月16日經A醫院另名醫師為告訴人進行膀胱鏡及攝護腺切片等檢查，結果為尿道狹窄且攝護腺病理報告顯示並無惡性腫瘤，經進行尿道狹窄合併膀胱頸狹窄切開手術後，病情始告改善。起訴意旨因認被告涉犯刑法第284條第2項前段之業務過失傷害罪嫌。

（二）法院見解

一審法院¹認為本件爭點有三：

- 1.本件手術前為病人所進行之診視、檢查與判斷，是否符合醫療常規？
- 2.被告實際為病人進行之手術為經尿道攝護腺刮除手術，是否有違反告知義務？
- 3.病人在被告進行上開手術後，發生尿道狹窄之情形，此既為上開手術可能發生之併發症，則被告在手術中，以內視鏡確認告訴人非膀胱腫瘤後，改進行攝護腺刮除手術，是否符合

1 臺灣嘉義地方法院105年度易字第88號刑事判決。

Angle

醫療常規？

法院認定被告確有違反告知說明義務，但同時亦認為醫師違反告知說明義務不必然導致其醫療行為違背醫療常規而有過失之結果，所謂醫療行為包括診斷、治療前之檢查、治療方法之選擇、實際之治療行為、處置後之管理等，上述各醫療行為均可能為病人帶來危險。醫師是否採取一般認為最有效之醫療行為，考量疾病變化無窮、臨床表徵因人而異，加以治療方法之複雜性、診斷及效果之不確定性等因素，應承認醫師在實施治療時，若未違反當時之醫學知識，復屬醫界公認為合理之治療方法時，如未有違背醫療常規之情形，自難認有成立刑法上過失犯罪之餘地，而上開爭點第1、3點醫師處置均符合醫療常規，故為無罪之諭知。

二審法院認為本件爭點相同，但法律適用上參酌新修正醫療法第82條第3項規定，被告事先雖未踐行告知同意法則，惟是否應負業務過失傷害之責，仍應視其對於告訴人所進行之醫療處置是否已盡醫療上必要之注意義務且未逾越合理臨床專業裁量。而上開爭點第1、3點部分，檢察官所提證據並無法證明醫師有何未盡醫療上必要之注意義務且已逾越合理臨床專業裁量，自不負業務過失之罪責，故維持一審無罪之判決。

二、問題提出

本件於欠缺病人或家屬同意之情況下進行之尿道攝護腺刮除手術，係明顯欠缺同意而為侵入性手術，並非係單純的告知說明義務違反之情形，何以檢察官未以故意傷害罪起訴？又醫師為病人利益而所為臨床專業裁量，是否應以已向病人善盡告知說明而取得同意作為前提，方符合醫療常規？本文以下將針對上開問題作說明。

貳、告知後同意理論在刑法上之定位

在醫療刑法領域，部分學者就告知後同意理論有認為毫無適用者²，也有實務直接引為業務過失之注意義務內容³，然而告知後同意之法理究竟應如何適用在臺灣之民、刑事責任領域，即曾引起眾多學者競相發表相關論文⁴。告知後同意理論所牽涉之議題眾多，諸如告知說明義務之內容及其標準、履行主體、說明對象、免除情形、同意權行使主體、告知說明義務違反、未經同意之法律效果等，由於本件牽涉偏重於未取得病人同意之議題，故本文分析之重點在於未經告知說明且未得病人同意之法律效果⁵。

一、醫療行為是否為故意傷害行為

(一) 肯定說

肯認醫療行為係屬故意傷害行為之實務案例，可從1894年德意志帝國最高法院關於骨癌截肢事件⁶開始談起，該案例事實是一名7歲女童，其腳踝骨罹患結核性骨髓癌，為避免感染面積擴大所造成之生命危險，醫師遂建議採取外科手術之治療方式，但儘管病人之父親並不同意進行，醫師仍不理會其意願

2 鄭逸哲，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年度台上字第2637號刑事判決，月旦法學雜誌，240期，2015年5月，5-18頁；鄭逸哲，「告知後同意原則」不適用於「醫療刑法」領域，軍法專刊，58卷2期，2012年4月，146-153頁。

3 最高法院94年度台上字第2676號刑事判決。

4 陳子平，醫療上充分說明與同意之法理在刑法上的效應（上），月旦法學雜誌，178期，2010年3月，227頁。

5 理論上，告知後同意之違反類型可區分為：一、未經告知說明（包括未完全履行）但取得同意；二、已經告知說明但未經同意（包括病人本人及家屬）；三、未經告知說明（包括未完全履行）且未得同意（包括病人本人及家屬）。

6 RGSt 25, 375 ff.

Angle

而逕行切除腳踝骨之手術，術後病人身體復原良好，惟該醫師仍以傷害罪被起訴，原審法院認為病人並未因手術而惡化，反而獲得改善，以手術作為侵襲手段，合於目的且為必要，因此不認為醫師所施加之醫療行為構成刑法上傷害之意義，德意志帝國最高法院經檢察官上訴認為所謂傷害是指直接的、物理施加於身體組織上之侵害，因此外科手術亦屬於上開傷害概念的，為了阻卻傷害行為之違法性，單純基於醫師之身分業務權是不夠的，醫師治療阻卻違法之基礎，即病人之同意⁷，依上開內容觀之，未經病人同意之醫療行為並不阻卻其傷害行為之違法性。惟肯定說中又將醫療行為之定義限定於侵入性醫療行為⁸（或稱治療行為），故不包括藥物治療⁹。

（二）否定說

與德國實務見解不同的是，德國學界有認為從行為人即醫師之主觀面來看，根本無加害之意思可言，即難評價醫療行為係屬傷害行為，學者並舉出修繕屋頂時有部分毀損屋頂之行為，絕不會被認為是毀損行為。也有從客觀面應就病人全體器官統一來看，對於醫療行為中切開皮膚引起痛苦之中間結果，不能認為是傷害。傷害罪之構成要件所保護之法益為身體利益，而非單純區分為侵害身體或損害健康，醫療行為在客觀上對於身體利益有正面促進效果，因此並不該當傷害之

-
- 7 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，臺灣大學法律學研究所碩士論文，1995年，142-145頁。
 - 8 衛生署2004年8月27日衛署醫字第0930022696號函示「侵入性醫療行為」係指醫療行為步驟中，採用穿刺（puncture）；或採用皮膚切開術（incision of skin）；或將器械、外來物置入人體來從事診斷或治療之行為，均屬之。
 - 9 陳子平，治療行為與病人之同意（承諾）之關聯性——從刑法觀點之思考，月旦法學雜誌，240期，2015年5月，23頁。文中註解表示日本學界多數見解與衛生署函示不同，認用藥行為亦屬侵襲性治療，但臺灣高等法院臺中分院95年度醫上字第3號民事判決表示用藥行為非侵入性醫療行為。

Angle

構成要件。醫療行為除了是增進身體利益外，為了維護優越身體利益之治療，即使侵害其他下位利益，從全體而言，其最終結果亦不能認為是對身體利益之侵害。或者有從醫療實務角度出發，認為拯救病人生命之結果，竟被認為是意圖違法之傷害，令人無法接受。再從醫療行為的社會意義著眼，有認為所謂「行為」必須藉由社會觀點，以決定人之行為在社會或社會存在之意義，是否為刑法所欲規範之行為，在醫療行為當中單獨抽出手術或麻醉等片斷加以探討，並無意義，應以全部整體醫療行為作評價基礎，若醫療行為不成功，客觀上雖構成傷害，但欠缺主觀要件之故意、過失，仍非該當於傷害罪。因此有認為擅行醫療行為雖是違法，但並非傷害病人之身體，而係對病人人格自由權之侵害，充其量只能成立強制罪或妨害自由罪，而非傷害罪¹⁰。在未取得病人同意之醫療行為（或專斷醫療行為）情形，早於1911年的預備草案中即將第279條之處罰獨立與傷害罪作成區別，其後在1919年刑法小委員會草案中的第313條亦設有相同規範，續至1962年西德刑法草案於第162條¹¹亦有明文¹²。儘管最後雖未立法完成，但從上開歷程可看出支持否定說者亦不在少數。

（三）實務看法

最高法院在未取得病人及其配偶同意而切除子宮與卵巢案中¹³，自訴人主張被告醫師乃基於重傷害之故意，將上訴人健康之子宮及兩側卵巢予以切除，使其喪失生育之機能，因認被

¹⁰ 王皇玉，同註7，147-164頁。

¹¹ Entwurf eines Strafgesetzbuchs (E. 1962) 第162條第1項未得他人之承諾，為預防、診斷、治療或減輕疾病、痛苦、身體損傷、肉身上之痛苦或精神上之障礙，而實施的侵襲或其他治療行為者，處3年以下輕懲役、拘役或罰鍰刑

¹² 町野朔，患者の自己決定權と法，東京大学出版会，1986年1月，51-55、74-76頁。

¹³ 最高法院91年度台上字第1701號刑事判決。