

【醫療民事法】 自體脂肪隆乳手術案 告知說明義務 保護權利客體之定位

Case of Autologous Fat Graft Breast Augmentation Surgery :
Orientation for the Object of the Right in Informing Duty

廖建瑜 Chien-Yu Liao *



摘要

最高法院94年度台上字第2676號判決指出，醫師如未盡說明義務，除有正當理由外，難謂已盡注意，並認醫師之說明係生命、身體權之注意義務。最高法院99年度台上字第2428號判決復從醫療契約的角度出發，重新建構說明義務之內涵與功能。本文認為，說明義務取道於契約有諸多優點，殊值參考。至於醫療法第82條於日前歷經修正後，醫師之臨床專業裁量則應以病人係經告知風險而願意承擔為其前提，否則縱使醫

*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：自體脂肪隆乳（autologous fat graft breast augmentation）、告知後同意（informed consent）、身體權（the right of body）、非財產上損害（injury of non-property）、病人自主權（autonomy of patient）

DOI：10.3966/241553062018080022007



療處置符合醫療常規，仍非屬容許之風險。

It is said in the Judgement of the supreme court No. 2676 in 2005 that due diligence couldn't be fulfilled, if the physician didn't do informing duty except any reasonable reason; informing duty is furthermore to guarantee the autonomy of patient. The content and the function of informing duty was reconstructed with the viewpoint of the medical contract in the judgement of the supreme court No. 2428 in 2010. In the opinion of this article, it would be worth that the informing duty takes the contract as the reason. After the amendment of paragraph 82 of Medical Care Act, it is hypothesized for the clinical discretion of physicians that the patients are informed the risks and are willing to afford them. Otherwise, it could be an intolerable risk even though the medical treatment corresponded with the medical standards.

壹、案例事實與問題提出

一、案例事實與一、二審法院判決結果

病人在美醫診所進行第三次自體脂肪隆乳手術，預計使用大腿內側脂肪或後方靠近臀部處之脂肪，手術結果未經同意使用病人大腿內側、外側、後方、腹股溝，甚至腹部等近30處地方抽取脂肪，並且於術後發生乳房化膿、左、右乳房大小不一及乳腺炎，因此請求侵權行為及契約不履行之損害賠償。一審法院¹以手術採取方式及術後處置之整體醫療行為並未違反醫療常規；違反說明義務部分則以病人前已接受過兩次相同手術，足認對於其所欲進行之手術之原因、過程、效用已有所認

1 臺灣臺中地方法院103年度醫字第12號民事判決。

Angle

知。縱使療程同意書雖未提及治療風險、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，亦未令病人簽署麻醉同意書，而未盡告知之義務。然手術後發生感染之可能風險，依一般具理性智識之人所應有之判斷能力應屬可預見，上開說明告知義務之未踐行，並不能直接反應或導致醫療行為本身之可非難性，本件被告醫療行為本身不能證明有何違反醫療常規之處，亦無其他足以認定具有故意或過失之處，縱被告未善盡告知術後合併症（如感染），仍不得因此即逕認被告就本件術後合併症之發生有過失責任及相當因果關係存在。

二審法院²對於本件整形手術之醫療行為認符合醫療常規，就告知義務違反部分認為告知義務之「告知內容及範圍」，係基於「尊重病人自主權」之倫理要求而成為之「行為規範」，應由醫療機構或醫師視個案醫療行為目的（如以「治療」或「預防疾病、非治療」為目的），將經常性或可預見之嚴重醫療風險，視病人個案情形提供醫療資訊告知病人，由病人自主決定醫療決策。本件病人接受過多次相同手術，因每次手術之醫療風險程度均有不同，醫療機構或醫師於每次手術均負有針對該次手術相關醫療風險資訊之告知義務。又，「告知義務履行責任」與「醫療行為責任」並未等同，而「告知義務」與「告知後同意」理論之發展，必須基於尊重病人自主權之倫理要求，真正向病人踐行說明相關醫療風險資訊之說明，非形式上利用相關同意書將大量醫療資訊單方傳輸給病人，如此反而導致病人無從抉擇之結果，故醫療機構或醫師違反告知義務是否足以構成醫療行為責任？其侵害客體除病人自主權外，是否亦侵害病人之身體權？

以上疑問從事後評價規範而言，仍應由個案醫療事實具體

2 臺灣高等法院104年度醫上易字第4號民事判決。



審慎認定。如告知義務之違反尚不足構成醫療行為責任，且與病人身體權損害之因果關係並不相當，應認僅屬侵害病人自主權。又，違反告知義務所侵害病人自主權之損害賠償，其因果關係如何認定及損害賠償範圍如何認定，仍殘留研究之課題，相較於英美法從侵權行為法或如德國從契約法及侵權行為出發作為討論之基礎，法國則於2002年間修法，依其法院實務見解，不論是利用非財產上損害賠償彌補病人醫療選擇機會喪失之突襲損害或將「避免風險發生機會喪失」視為獨立損害賠償要件，讓違反告知義務之損害賠償責任不再陷於「風險發生之損害結果」與「違反告知義務」間之因果關係認定困難之泥沼中，頗值注意。

二審法院參酌前揭外國例，認病人自主權應屬病人決定醫療決策之自由權或重大人格法益，病人自主權受侵害是否因機會喪失而受有財產上之損害賠償，雖應於個案事實審慎認定，然依前揭說明，至少依民法第195條第1項前段規定，病人所受非財產上損害，得請求損害賠償。被告未履行告知義務，病人於系爭手術後，確實發生感染、乳房脂肪壞死、纖維化等併發症，審酌本件個案中因病人欲接受隆乳之意志甚堅，病人所稱「義乳隆乳」與「自體脂肪隆乳」之風險尚難認有優劣，故被告雖違反告知義務，然若以被告違反告知義務而逕予推認病人之同意權有瑕疵，據此課予被告醫療行為責任顯屬過苛，再審酌併發症所受身體傷害並無法防免，故認定被告並無醫療行為責任。

二審法院基於前述理由，認醫師雖違反告知義務，然與前揭併發症風險之發生，並無相當因果關係，尚難認病人前揭併發症發生所受之身體損害，為被上訴人違反告知義務所致，故病人請求身體受損之損害賠償即三次隆乳費用35萬元、乳房重建費用20萬元及術後照顧費用5萬元，共計60萬元，尚難准許。病人所受併發症之損害，雖難認與被告違反告知義務有相



當因果關係，然被上訴人前揭告知義務之違反仍侵害病人之醫療決定自主權，依前揭法律規定及說明，病人仍得請求被告給付非財產上之損害賠償。審酌病人前揭感染併發症先後接受治療，且乳房脂肪壞死、纖維化之併發症，重建方式在外觀上可以接近但無法回復原本正常胸型，兩種重建方式目前之收費均約新臺幣16～25萬元（雙側）等情，認病人於前揭感染治療及乳房重建過程，精神上所受損害程度非小，此精神上之損害應寬認為等同於違反告知義務侵害病人醫療自主權所致之非財產上損害，故認請求被告給付非財產上損害20萬元，堪認適當，應予准許。

二、判決主要爭點

細觀一、二審判決之差異，主要在於告知說明義務之違反，究竟所保護之客體是身體權抑或病人自主決定權？因果關係如何判斷？而病人自主決定權損害範圍又該如何界定？

貳、告知說明義務之定位與其所保護之客體

一、傳統理論

（一）侵入性醫療行為即為傷害行為

一般醫療行為在法規範評價，特別是對於有負面醫療結果發生時，往往是機械性操作，亦即是依序針對診斷、檢查、開刀、投藥、術後照護等各客觀上可區分之動作來加以檢視。在刑法之行為理論中，若以「因果行為理論」來說，所謂行為與行為人內在意思無關係，亦即在構成要件上強調受意思之客觀身體動作所產生之結果，行為人主觀上之意思乃在罪責中討論，以此說檢視醫療行為，在構成要件上所應考量者自僅醫師所為之醫療行為是否係出於意思支配以及產生何種結果。就侵入性醫療行為而言，自應該當傷害罪之構成要件，在罪責部分

再以醫療結果並非醫師所欲發生為由，歸類到過失；就「目的行為論」而言，行為是指有目的活動實施，因此，目的意識成為構成要件判斷要素。以截肢之醫療行為而言，若單就其行為目的觀察，的確是以傷害患者四肢為目的，自應該當故意傷害罪之構成要件；就「社會行為論」而言，若單純以醫師截肢行為為評價，醫師為截肢行為，確為受其支配之社會重要之動作，亦應該當故意傷害罪之構成要件。德國從骨癌截肢案以來，醫療行為以拆解式被評價為刑法傷害罪上構成要件故意行為，特別是所謂專斷醫療行為，但是臺灣在談論專斷之醫療行為往往又與醫療過失犯產生連結³。因此，究竟醫療行為之本質是否確屬傷害罪之構成要件該當，或者所謂醫療行為在刑法上應採片段式評價或整體性評價，有時容易讓人產生困惑。

（二）醫師說明義務之定位是否在於取得阻卻違法之病人同意前提要件

若將醫療行為本質認為係該當傷害行為，在描述性構成要件該當表徵違法之情況下，如何讓醫療行為阻卻違法？如此情形通常是從業務上之正當行為、得被害人之同意、緊急避難著眼⁴，而其中均提及醫療行為若欲被認定為業務上之正當行為，則須以醫師已盡說明義務及取得病人同意為前提。因此，醫師之說明乃係阻卻違法事由之前提要件，如同不法侵害為正當防衛之前提般，故若醫師未盡說明義務誤以為已說明，或誤以其毋庸說明而未說明（此為違反醫師說明義務最主

3 甘添貴，醫療糾紛與法律適用——論專斷醫療行為的刑事責任，刑事醫療糾紛學術研討會，中華民國醫師公會全國聯合會、臺大醫院、台灣法學會刑事法委員會、台灣刑事法學會，2008年1月19日，9頁；翁玉榮，從法律觀點談病患之自己決定權及醫師之說明義務，法律評論，66卷1-3期合刊，2000年3月，14頁。

4 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2月，72頁；劉永弘，醫師說明、病患承諾與阻卻違法，醫事法學，7卷1期，1999年3月，27-29頁。

要之兩種類型），即屬於容許構成要件錯誤，而應評價為法律效果限制責任，亦即在構成要件層次應評價為傷害罪該當，但在責任層次則評價為過失準用過失犯之法律效果⁵，所以違反說明義務應適用過失傷害罪。然而，多數學者均未以此論述，反而以醫師未盡說明義務取得病人之同意為無效，故無法適用業務上正當行為來阻卻違法，仍成立傷害罪⁶；在民事上即將侵入行為所造成之結果均認為應由醫師負責，而毋庸再論述所謂損害與醫療行為間之因果關係。本文在此強調說明義務所保護之權利客體即身體完整性，最高法院亦曾表示相類似看法⁷。以本案例而言，若認為手術未曾履行告知說明，甚至未取得同意，均屬未經同意而進行侵入隆乳手術，即毋庸再論手術過程是否符合醫療常規，當然構成身體權之侵害，直接就有無損害討論即可。

二、醫師說明義務獨立構成過失侵害身體權之注意義務內容

最高法院94年度台上字第2676號刑事判決指出：「醫師若未盡上開說明之義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務」，惟最高法院論述並不完整，僅能以推想方式去建構其所依據之基礎。首先，最高法院將說明義務與過失犯相連結，故有注意義務之產生，為什麼會有過失犯，想必最高法院是以最終醫療結果作為評價對象，以醫師就其醫療行為之進行，雖知

5 林東茂，刑法綜覽，學林，2003年1月，183頁。

6 甘添貴，同註3，16頁；翁玉榮，同註3，14頁；陳子平，同註4，73頁。

7 最高法院105年度台上字第89號民事判決：「是凡醫療行為，本質上係侵害病人『身體權』之行為，醫師為醫療行為時，除本於其倫理價值之考量，為維持病患之生命，有絕對實施之必要者外，應得病患同意（包括明示同意、默示同意、推定同意、意思實現等）或其他阻卻違法事由（如緊急避難或依當時之醫療水準所建立之醫療專業準則所為之業務上正當行為），始得阻卻違法。」臺灣高等法院101年度醫上字第3號民事判決亦有相似見解。

道可能存有醫療風險，但並無意欲其風險結果發生，遂落入過失犯之審查，並非拆解醫療行為各階段而獨立判斷之，否則違反說明義務，對於病人同意侵入性心導管檢查，即屬該當故意傷害罪之構成要件才對。再者，最高法院認為說明義務之踐行，實有助於降低醫療行為之風險，若不作此解釋，要構成過失犯中所謂注意義務內容，前提是必須為避免損害發生有關之事物，若與損害發生無關，何須注意？民事損害賠償判決援引上開刑事案件見解，將違反告知義務過失和醫療行為本身之過失，混為一談，均著重於身體權之保護，故導致只要醫療行為本身無過失，對於違反告知義務過失，即認為與身體權之侵害無關，特別在因果關係上最容易被排除，如同本案例一審法院的見解。

三、醫師說明義務保護之權利為病人自主決定權屬於自由權之法益

說明義務背後所保護之權利或利益，是否僅止於身體權？由於個人自由並非受法律之絕對保障，須符合一定價值判斷⁸，因此對於醫師說明義務背後的權利基礎即有深究之必要性。以臺灣為例，從大法官會議所揭櫫之對人性尊嚴的尊重，亦為憲法的基礎價值，再從人性尊嚴之積極面而導引基於自己的決定去意識自我、決定自我及形成自我。套用在社會活動上，國家即應避免人成為國家或他人純粹的行為之行為客體。在醫病關係中，病人不因疾病而喪失其人性尊嚴，病人基於人性尊嚴所導出之自主人格發展，自非僅成為醫師醫療處置下之客體而已，在必須承認病人之主體性下，病人之自主決定權即自然為之產生。而病人自主決定權並非盲目決定，即要求醫師必須提供病人在作決定前應有充足醫療資訊之說明，此即

⁸ 黃榮堅，財產犯罪與不法所有意圖，台灣本土法學雜誌，25期，2001年8月，113頁。