

【醫療刑事法】

未經同意變更術式案： 醫療刑法中的假設同意

Case of Change of the Surgical Treatment without Consent:
The Hypothetical Consent in Medical Criminal Law

王皇玉 Huang-Yu Wang *

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

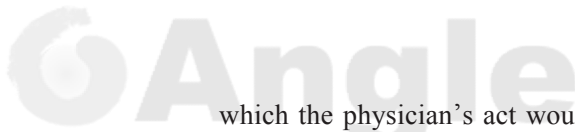
醫師在進行侵入性醫療行為之前，必須向病人進行「告知後同意」。如果醫師沒有完整告知病情或併發症，根據德國刑法學說上較新發展出來的「假設同意」概念，假設醫師於術前充分告知，病人必會同意此一手術，此時仍應認定醫師之醫療行為不具有違法性而不成立犯罪。

Before performing any invasive medical treatment to the patient, the physician must fully fulfill the duty of disclosure. However, the German criminal law doctrine brought up the concept of “hypothetical consent,” under

*臺灣大學法律學院教授（Professor, College of Law, Taiwan University）

關鍵詞：告知後同意（informed consent）、假設同意（hypothetical consent）、醫療傷害（medical injuries）

DOI：10.3966/241553062019050031005



which the physician's act would not be illegal as long as the patient would have permitted the medical treatment when the physician properly informs the conditions and complications beforehand. Under such circumstances, even if not having fulfilled the duty of full disclosure, the physician's behavior would not constitute a criminal offense.

壹、判決摘要

一、起訴事實

2013年3月9日11時許，告訴人因尿滯留、血尿等症狀前往A醫院求診，經醫師診斷認係急性尿滯留及泌尿道感染，遂住院接受藥物治療，並於同年3月12日安排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。嗣於同年3月22日13時，告訴人復因排尿困難、血尿等症狀前往A醫院求診，經被告診視及進行超音波檢查後，未經病理切片即診斷係罹患「膀胱惡性腫瘤」，告訴人及其家屬接受被告建議，於同年3月26日16時許，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時許在該醫院由被告為告訴人實施「膀胱惡性腫瘤手術」。詎被告於手術中，經由內視鏡檢查未發現膀胱腫瘤，而僅係攝護腺肥大，被告原應注意攝護腺肥大之診斷除應依國際前列腺症狀評分（International Prostate Symptom Score, IPSS）、血液PSA檢查、肛門指診、超音波與尿流動力學檢查等方式加以評估，且攝護腺刮除手術僅為治療攝護腺肥大的選項之一，被告應向告訴人或其家屬說明攝護腺肥大之治療選項及攝護腺肥大



刮除手術之效益及風險等細節，竟未經告訴人或其家屬同意並簽署手術部位變更為「攝護腺」之「手術同意書」，即逕自為告訴人實施「攝護腺刮除手術」，擅自將告訴人之攝護腺刮除9公克，手術後亦未告知告訴人已更改手術部位。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，因認被告犯刑法第284條第2項前段之業務過失傷害罪嫌。

二、判決要旨

（一）被告對於告訴人主訴血尿、排尿困難與曾經尿滯留等症狀之原因，在經過二次門診及相關檢查後，被告主要認定係膀胱腫瘤所致，亦不排除係攝護腺肥大之緣故，除建議告訴人先手術切除腫瘤治療外，亦針對攝護腺擬有後續追蹤治療之計畫，應可認定。此外，被告在預定為告訴人實施經尿道膀胱腫瘤切除手術後，尚安排手術前進行電腦斷層檢查，此係因依超音波檢查結果，雖判讀為膀胱腫瘤，然腫瘤臨床分期之認定上，是早期、中期或晚期仍須透過電腦斷層檢查始可判斷，足見被告在告訴人未進行電腦斷層檢查前，仍認為告訴人反覆求診之主要原因在於膀胱腫瘤。

（二）被告在實際進行手術前，透過告訴人過往就醫病史，已知告訴人係攝護腺肥大之病人，而其於2013年3月22日門診後對告訴人所診斷之病症，亦提及攝護腺肥大，更遑論被告於2013年3月22日、同年月25日之二次門診，確實對告訴人已進行過IPSS評估、血液PSA檢查、超音波及尿路動力學等檢查，均已確認告訴人為攝護腺肥大之病人，僅係當時被告診斷告訴人尚有更急迫之膀胱腫瘤問題，故採取膀胱方面優先手術



處理，攝護腺方面先以切片送病理檢查之方式，進行術後追蹤。本件被告原先預定為告訴人實施之手術為膀胱腫瘤切除手術，手術部位為告訴人之膀胱，手術方式為TUR-BT，亦即以內視鏡經尿道進行膀胱腫瘤之切除，被告係於取得告訴人同意後復行上開手術之安排，然因2013年3月28日當天被告實際所為手術係TURP，即以內視鏡經尿道進行攝護腺之刮除，縱然手術原理相同，手術室內護理人員所需準備之器械亦無二致，但手術部位既不相同，已由膀胱變更為攝護腺，基於告知義務內容包括手術難易度、預期治療效果、可能之不良反應及併發症等大多數病人及其家屬重視之問題，且告訴人於手術前即2013年3月27日曾進行電腦斷層檢查，惟結果卻顯示無膀胱腫瘤乙情，則被告既於手術前，已知悉告訴人之血尿症狀可能並非膀胱腫瘤而係其他疾病所引起，則不論在手術前或手術中，除有免除告知之情況外，應認被告仍負有變更手術之告知義務。而被告始終供認並未再讓告訴人或其家屬簽署攝護腺刮除手術之相關同意書、說明書與麻醉同意書乙情，惟誠如前述，本院認為醫師僅以口頭方式履行醫師法第12條之1之告知義務並無不可。實則，不論以書面或口頭方式，重點應在於告知者究竟有無將前開醫師法、醫療法所規範之內容¹確實傳遞予病人或其家屬知悉。

（三）依證人之證述，非但無法確認被告曾向告訴人及家屬明確表示手術將變更為「攝護腺刮除術」之可能，甚且被告於手術前一晚巡房時，對告訴人所為之說明，僅有病情、治療方式、處置之變化，就預期治療效果、可能之不良反應及併發症等重要事項，亦均未提及，則被告縱使於術前向告訴人說明手術可能變更，亦難謂已盡醫師法、醫療法所規範之告知義務

1 現行法有關醫師之告知義務，規定於醫師法第12條之1、醫療法第81條、第63條及第64條。



內涵。再者，依醫院製作之手術紀錄單、手術護理紀錄單，內容中有多項手術前或手術當下應予確認之欄位，均顯示被告預定手術之部位為膀胱，而未有修改或增加，被告並未盡到現行法有關醫師之告知義務，當可認定。

（四）關於醫師未善盡告知義務，雖屬注意義務之疏失，然就刑事責任認定之範疇，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为部分，而在於醫療行為本身不符合醫療常規之非價判斷。因刑法上過失責任之認定不同於民事過失責任，並無民法第184條第2項關於推定過失之規定，須慮及過失行為與結果間是否具備相當因果關係之構成要件。是以，醫師告知義務之違反及醫療常規違背與否，兩者範疇、判斷標準尚非一致，醫師違反告知義務不必然導致其醫療行為違背醫療常規之有過失結果；反之，醫師恪遵告知義務不必然導致其醫療行為均符合醫療常規之無過失結果，仍須就醫師所從事之實際、個別醫療行為綜合分析研判之。是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。

被告依據告訴人過往病史、各項檢查結果，本於其醫學上判斷，認定其他替代療法均無法改善告訴人之症狀下，並藉由內視鏡檢查之視野觀察後，確認出血處應在攝護腺，且告訴人攝護腺已嚴重肥大，遂而以大支內視鏡進行刮除，其所為之處置確有所本，除告知義務方面未能善盡外，就其醫療行為而言，並無明顯輕率疏忽之處。

（五）告訴人雖一再指稱：被告未先以藥物處理血尿問題，就認為藥物治療無效，另發現告訴人無膀胱腫瘤之問題後，告訴人並無生命安全之危急，被告理應停止手術，再與告訴人就攝護腺肥大之醫療行為進行溝通等語。告訴人之意見無非是對於治療方式之各自表述，惟何種治療方式係最有利於



病人，在專科醫師之間，可能各自存有不同想法，以本件而言，手術後告訴人可能會發生術後感染與尿道狹窄，惟倘若選擇再以藥物治療，以告訴人之病史來看，無法改善之機率偏高，告訴人依舊得反覆求診，最終不免仍須再經由手術治療。故治療方式之選擇，最終仍須回到病人求診之目的上加以思考，醫師亦係為解決病人主訴之症狀，始進行診視、檢查，以決定最佳治療方式。更何況，依照告訴人之病史，其攝護腺肥大之病症確實曾在一般診所治療過，甚至在醫院亦曾有藥物治療之紀錄，可見被告判斷告訴人應進行手術治療，實際上尚無告訴人所稱直接略過保守治療方法之狀況，難謂被告有明顯懈怠或疏虞，而為錯誤治療之過失。

（六）不論民事案件或刑事案件，醫療事故糾紛日漸增多，醫方人員倘均為求自保，每遇具有難度、風險性高之病情，即傾向採取防禦性、保守性之醫療方式，長遠來看，亦非全民之福。尤其在刑事案件上認定醫療行為之過失有無，因醫師醫療行為係以治療健康、救助生命為目的，始對病人之身體、生命施以風險性行為，本於刑法謙抑性原則，如何公正辨明責任之有無，當是法院應嚴肅面對之課題。而醫療行為包括診斷、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，不能因醫師採擇其一，摒除其他，即謂其有違反醫療常規之判斷錯誤情事。告訴人所罹患之攝護腺肥大，雖有藥物及手術兩種治療方式，惟手術既為較合適之治療方式，已如前述，縱使告訴人於手術後出現尿道狹窄之併發症，亦難據此推認被告所為之手術處置，並未盡醫療上必要之注意義務且已逾越合理臨床專業裁量。