

# 行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告

醫療行為中醫師說明告知與病患同意在刑事過失責任上的定位探討

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC 96-2414-H -194 -010-

執行期間：2007年8月1日至2007年7月31日

計畫主持人：盧映潔

計畫參與人員：雲惠玲

成果報告類型(依經費核定清單規定繳交)：精簡報告

處理方式：得立即公開查詢

執行單位：國立中正大學

中華民國 97 年 9 月 10 日

## 大綱

- 一、研究目的
- 二、文獻探討
- 三、研究內容
- 四、結論與建議
- 五、成果自評

## 參考文獻

附錄：已發表之本研究相關著作

關鍵字：醫療糾紛、醫師說明告知、病患同意、刑事過失責任

## 摘要

經醫師說明告知後而取得病患同意的醫療行為，並不代表病患的決定就是最佳的選擇，更不能担保醫師在醫療行為的施作過程就不會有疏失存在。而病患的同意與刑事過失責任的成立與否基本上是兩回事，醫師未加以說明，而沒有取得病患的同意，也不是意味著醫師醫療行為的施作就有問題，也不見得是刑事過失責任成立上的判斷要件。若錯誤宣揚病患自主決定權而導出醫師加以說明而未取得病患的同意就要負擔刑事責任，後果將是使得醫師寧可等待那一只同意書而錯失必要醫療的時機，此乃防禦性醫療的做法。實則，對病患正確的診斷與治療才是醫師的責任所在，醫師應以救助病患生命健康為最大目標，勇於採取適當的醫療措施，如此一來才能真正發揮醫療的功能。

## 一、前言--研究目的

有關醫師的說明義務以及病患同意的議題，在我國不論民事法文獻<sup>1</sup>乃至於刑事法文獻<sup>2</sup>，多以「告知後同意」或「充分說明與同意」的論點來敘述，也就是將醫師對病人的說明告知與病患的同意治療兩者連結，主張為了保障病患之充分自主決定權，為了使病患之同意真正具有實質意義，須以病患充分了解其同意對象(該醫療行為)為前提，但因一般病患通常欠缺高度醫學知識，自須對醫師課予必要且充分的說明義務，才能使病患就加諸於己身的醫療行為做出理性的意思決定，因而醫師的充分說明是為獲得病患有效同意。而且民事文獻多主張，倘若醫師沒有告知、沒有病患有效同意，醫師則有民事過失責任。然而，就刑法觀點看來，即使充分告知後取得了病患的同意，並不能代表病患的決定就一定是最佳選擇，更不能担保醫師在醫療行為的施作過程就不會有疏失存在，也就是說，病患的同意與刑事過失責任的成立與否基本上是兩回事。反之，即使沒有告知、沒有取得病患的同意，也不是意味著醫師醫療行為的施作就有問題，也不見得是刑事過失責任成立上的判斷要件。但醫師的說明告知與病患的同意有時是兩件不同的事物，需以刑法的角度來對之分別看待，而不是像民事文獻，係以病患自主決定權為軸將兩者串連。是故，本研究以下將就醫師未告知而未得病患同意下的醫療行為之刑法評價，來探討醫師是否因而有刑事過失責任。

## 二、文獻探討

我國有關談論醫師說明義務及病患同意的文獻，首先是我國民事法文獻上有提出所謂「告知後同意」法則<sup>3</sup>，醫師是否履行說明義務牽涉到病患同意權的行使是否有效，亦即在醫療行為的本質屬於傷害身體之侵權行為的觀點下，基於保護病患的身體權，主張凡是侵入性醫療行

---

<sup>1</sup> 諸如楊秀儀，論病人自主權之法律地位 - 兼論我國告知後同意法則之請求權基礎，發表於醫學倫理與法律科際整合學術研討會，2005年6月14日；廖建瑜，論醫師說明義務之建構與發展 - 兼評最高法院94年台上字第2676號判決，成大法學第10期，頁231-293。

<sup>2</sup> 諸如陳子平，醫療上「充分說明與同意」(Informed Consent)之法理，東吳大學法律學報第十二卷第一期，頁47-84；王皇玉，醫師未盡說明義務之法律效果—簡評九四年台上字第2676號判決，台灣本土法學雜誌第75期，2005年10月，頁224-226；王皇玉，醫師的說明義務與親自診察義務--評九四年台上字第2676號判決，月旦法學雜誌第137期，2006年10月，頁265-280。

<sup>3</sup> 楊秀儀，論病人自主權之法律地位 - 兼論我國告知後同意法則之請求權基礎，發表於醫學倫理與法律科際整合學術研討會，2005年6月14日。

為能夠阻卻不法的前提在於取得病患的同意，惟為了要取得病患的有效同意，必需讓病患明瞭同意對象即醫療行為的內容與後果，由於醫療者具有高度醫學知識，故要求醫療者應就預定採取的醫療行為之內容及風險等向病患說明，使其充分了解後所做出的決定，始屬有效同意<sup>4</sup>。然而，如此說法的缺點及批評在於，此際醫師的說明義務係來自於為了合法化病患的身體侵害而必需取得有效同意的要求，所以不是醫療行為中的獨立義務，因此倘若醫師未說明或未充足說明，只能主張醫師未取得病患的有效同意而迂迴以侵害身體權之侵權行為請求損害賠償。但是這樣的主張很難被法院接受，蓋因醫療行為通常是一個整體過程，而不是個別切割的動作，因而經過整體醫療行為後若是有益於病患，即不易主張身體權受有侵害，況且如果是沒有身體侵入性的治療行為，更無法從病患的身體權保護導出醫師說明義務<sup>5</sup>。

其次，有強調病患的自主決定權利，認為人性尊嚴乃憲法的基本價值，而人性尊嚴的中心思想在於人的自我決定，人不應該被當作行為的客體。在醫療行為的關係中病患不應只是醫療客體，病患不因疾病而喪失人性尊嚴保障下的自主決定權，但是病患對醫療行為的自主決定並非任意或盲目的，所以為了保障自主決定此一抽象的人格權，即要求醫師必需在病患作決定前提供充足的醫療資訊，故醫師有說明之義務。以維護病患自主決定權所產生的醫師說明義務，係著重在涉及病患對醫療行為是否接受的相關資訊需加以揭露，若醫師違反說明義務乃侵害病患的自主決定權，而與病患的身體權無涉<sup>6</sup>。惟獨，基於尊重病患自主決定權所產生的醫師說明義務，其實是要要求醫師將醫療行為的風險告知病患，提供資訊予病患以選擇是否接受此風險，目的僅在於避免侵害病患的自主決定權，卻與醫療行為本身既存的風險無關，也就是醫師的說明並無法改變醫療行為施作時的風險<sup>7</sup>。

再者，有從契約關係主張，由於社會各行各業的分工日益精細而有專業上的隔閡，故商品或服務的內容也日趨複雜，因而倘若在契約履行時沒有充分的說明，契約相對人將無法使用他方所提供的商品或服務，契約的履行目的乃無法達成。尤其是契約的履行具有已存在或可預

---

<sup>4</sup> 廖建瑜，前揭文，頁 240。

<sup>5</sup> 廖建瑜，前揭文，頁 241。

<sup>6</sup> 廖建瑜，前揭文，頁 243。

<sup>7</sup> 侯英冷，論消保法上醫師之安全說明義務 - 台灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋，刊於台灣本土法學雜誌第 37 期，2002 年 8 月，頁 63-77。

見的風險，或者標的物內含危險，而契約雙方當事人之間對此專業知識落差較大時，就必需由資訊強勢的一方向資訊弱勢的一方提出說明，以確保契約履行時帶來的利益，此稱為安全說明義務<sup>8</sup>。醫療契約關係中，醫師與病患對醫療知識通常是極度不對等，而以醫療契約這種債之關係而言，醫師履行醫療行為以滿足病患的利益是債之主要內容，特別是，當醫師在治療行為上必需透過說明始獲得病患疾病訊息的告知或者是使病患配合，以降低醫療行為的風險而達到治療目的，此時醫師的安全說明義務已經不是純粹為保護債權人固有利益之附隨義務中的保護義務，而是已涉及給付利益的履行，即醫療行為本身與醫師的安全說明已結合為一體，因而有主張，為了醫療契約履行目的之達成所產生的醫師說明義務乃醫療行為的一部份，乃主要給付義務的一環<sup>9</sup>。所以，若違反安全說明義務則有債務不履行的問題。

此外，我國最高法院有援引（舊）醫療法第 46 條有關醫師說明事項的規定<sup>10</sup>，認為其係為保護病患知的權利，符合民法第 184 條第 2 項保護他人之法律概念，故醫師違反醫療法的規定，可適用民法第 184 條第 2 項，在舉証責任上先推定醫師有過失，進而負擔損害賠償責任。但是如此請求權基礎所建構出的醫師說明義務，說明的內容僅限於醫療法所規定者，即病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應，或手術原因、手術成功率、可能發生之併發症及危險等等。至於替代性治療或拒絕治療的後果則非法律保護的範圍，縱醫師對此未加說明，亦無損害賠償責任可言。不過，有文獻舉最近的最高法院判決，認為雖然仍引用民法第 184 條第 2 項保護他人之法律而以（舊）醫療法第 46 條為醫師說明義務的依據，但是最高法院在判決中又肯認病患身體自主權，據此所導出的醫師說明義務的內容範圍又超過（舊）醫療法第 46 條的規定，惟最高法院是否已確立身體自主權為獨立的權利類型，而醫師違反說明義務是否可依民法第 184 條第 1 項為損害賠償請求權基礎，文獻上認為法院態度尚未明朗化<sup>11</sup>。

還有，引發醫療行為是否適用消費者保護法之肩難產案，台灣高等法院在該案表明消費者保護法適用於醫療行為<sup>12</sup>，但該案之另一重點是法院認為醫師違反說明義務，縱使肩難產的發生

<sup>8</sup> 廖建瑜，前揭文，頁 247。

<sup>9</sup> 廖建瑜，前揭文，頁 248-251。

<sup>10</sup> 最高法院 86 年度台上字第 56 號判決。

<sup>11</sup> 廖建瑜，前揭文，頁 251。

<sup>12</sup> 台灣高等法院 87 年上字第 151 號判決。在該案中法院表示，雖然立法者對於消費者保護法所稱「服務」沒有定

是醫學上無法避免的風險，但因醫師說明義務的違反，使得醫療行為不具合理可期待之安全性，從而醫師仍應負損害賠償責任。不過，由於消費者保護法的無過失責任原則，肩難產案使醫界恐慌是在於醫療行為是否因此要負擔無過失責任，況且若因而產生「防禦性醫療」的做法<sup>13</sup>，更不利於病患及大眾。故而在民國 94 年修正通過的醫療法第 82 條第 2 項，明文規定醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。使得醫療行為是否適用消費者保護法的爭議告一段落<sup>14</sup>。至於有文獻批評高等法院在該案中對於來自病患自主權的醫師說明義務以及屬於醫療行為一部份的安全說明義務，將兩者混淆以致於錯誤將醫療行為的可期待安全性建立在病患的自主選擇上<sup>15</sup>，是值得贊同的見解。但是否會為判決實務所理解且接納，有待觀察。

至於刑事文獻，就醫師的說明告知及病患同意一事，有文獻表示，醫師對於有無其他可能的醫療替代方案，例如要接受放射線療法還是進行手術，以及替代的醫療手段或療程所帶來的風險與利益，與病人如果不接受治療所可能造成的風險與利益，本來就應該屬於醫師應說明的範圍之一。因為這些事項，對於病人是否同意醫療，還是要改採其他醫療手段，具有決定性影響<sup>16</sup>；在醫師違反說明義務之情形，其所可能出現的法律效果，應該分別情況判斷，如果醫師對於醫療行為的內容與方式及其可能發生的風險並未一一充分說明，此時不能率而認定醫師的未為說明就是意圖導致病人做出錯誤決定而來。因為關於風險事項與複數療法事項的告知，醫師根據其專業判斷，與對於病人個案的接觸與瞭解，本身應該有某程度的醫療裁量權。因此，所謂的風險告知，並非任何想像得到的大小風險，包括打針會有針頭斷裂、手術會有感染等風險，均一一告知。刑法上認為足以影響病人決定是否接受醫療行為的風險，應該是醫療行為所可能具有的典型風險，例如，手術後會發生傷口疼痛或器官功能喪失、放射

---

義，但人的一生幾乎無可免於接受醫療服務，醫療服務行為既與生命、身體、健康息息相關，為達消費者保護法之立法目的，自應受消費者保護法的規範。

<sup>13</sup> 據悉肩難產案原告(小孩)的法定代理人(產婦)是一女性法官，在該案判決後，婦產科醫學會內部曾行文給所有會員，可拒絕對從事法律專業工作之女性的接生事宜。

<sup>14</sup> 嗣後最高法院也在 94 年台上 1156 號民事判決中，明確表示醫療行為不適用消保法，判決理由指出，消保法是採無過失責任，若醫療行為適用消保法，醫師基於自保的心理，將寧可選擇性的採取「防禦性醫療」，以消極的、安全的醫療措施，爭取百分之百的醫療安全，以避免一時疏忽，受訴訟之煩累。

<sup>15</sup> 侯英泠，前揭文，頁 75。

<sup>16</sup> 王皇玉，前揭文，頁 271。

線治療會發生之身體嚴重不適或掉髮。這些均是醫師在醫療行為之前可以預見與預期的風險，應該進行說明。此外，某些風險並非醫療行為的典型風險，且發生率極低，但危險一旦發生，卻會造成死亡或重傷害的風險，且不容易迴避，例如，全身麻醉有可能導致死亡、進行抽脂手術有可能導致脂肪栓塞而死亡，或是醫療行為有關的併發症。由於這些非典型風險，有導致病人最後死亡或重傷害的可能，其有無說明，深刻影響病人進行醫療行為的意願，因此，醫師未予說明，在刑法上即不能不為結果的發生負責<sup>17</sup>。該文獻又表示，醫師未盡說明義務，然而如此何以可以說是過失？基本上，說明事項的踐行，應屬醫生應遵守的醫療準則之一，如果未確實踐行此一程序，在法律可以評價為未盡注意義務。此外，醫師應該可以預見，對於醫療的風險涉及有發生死亡之可能，病人極有可能選擇不接受該醫療行為之可能。換言之，對於死亡結果之產生，醫師本有以透過告知病人風險的方式，以迴避損害結果之發生，但醫師卻沒有盡到迴避結果發生之義務，因此，醫師之行為可論以未盡注意義務而有過失。

### 三、研究內容

如上述，我國亦有刑事法文獻認為，從病患身體自主權的保障而言，如果醫師沒有實質的說明告知，就無病患的真意同意，而若無病患的同意，醫師就有刑事過失責的加諸。然而，以我國的刑事責任體系來說，病患的同意與否，應該不是用來論斷刑事過失責任的基礎，所以，下述先說明病患同意在刑事責任評價上的角色功能，再論述刑事過失責任的非難重點與醫師的說明與否以及病患的同意或不同意應無所關連。

#### (一)病患同意乃阻卻故意傷害刑責之違法性的事由

我國一般學說見解<sup>18</sup>認為，醫療行為即使是醫師為治療疾病所為，但因醫療行為本身帶有對病患身體或生理機能的侵襲性，也就是對人的身體法益造成侵害或危險，故醫療行為本身具有

---

<sup>17</sup> 王皇玉，前揭文，頁 274。

<sup>18</sup> 陳子平，醫療上「充分說明與同意」(Informed Consent)之法理，東吳大學法律學報第十二卷第一期，頁 47-84；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，國立台灣大學法律研究所碩士論文，民國 84 年 6 月，頁 125。

故意傷害罪(我國刑法第 277 條)或故意重傷罪(我國刑法第 278 條)的構成要件該當<sup>19</sup>。但是醫療行為卻可以不具違法性，阻卻違法的理由大多主張<sup>20</sup>：倘若有病患的明示同意，則以「被害人承諾」之超法規阻卻違法事由作為醫療行為正當化之理由，或者若是出於醫療目的，而且該醫療行為係在當今醫療水準可控制的風險範圍，則醫療行為具正當性，可依刑法第 22 條「業務上正當行為」之規定阻卻違法。即使無明示同意，亦可能主張「推測承諾」，另外在緊急情形也可能主張刑法第 24 條之緊急避難。

因此，病患的同意基本上是與行為人(醫師)的故意刑責有所關連。病患同意即所謂「被害人承諾」是指，行為人的行為雖然是犯罪構成要件該當，但是只要該行為是經過受法益侵害者(即被害人)的同意，則此行為之違法性即被排除。此一事由可以阻卻故意責任的違法性理由在於，基於被害人的利害關係考量，換句話說，此一侵害行為的不利於己，只是單一角度的考量，而不是所謂被害人的利害關係的全面考量，就被害者的利害關係的全面考量而言，其實就是用局部的利益犧牲去換取一個自己想要得到的利益。例如病人同意醫生動整型手術，是為了自己希望擁有的美麗而寧可接受一時的傷痛，被害人的承諾極可能代表著對於個體的最後有利選擇<sup>21</sup>。因此，所謂尊重病患的自主決定權，是在於尊重個人(病患)自願承受他人(醫師)加諸在其身體上的傷害，由於病患有另一利益的追求，所以這樣的身體傷害不會被認為具有刑法上的可非難性，故欠缺違法性。

## (二)病患是否同意與刑事過失責任之判斷無甚關連

前已論及病患同意的功能在於阻卻故意責任，惟獨，倘若醫療行為欠缺病患同意，是否醫師亦需負刑事過失責任，以下即以刑事過失的概念加以探究。

刑法上所謂過失是指，行為人從事了一個破壞注意義務之行為，因而引致法規範欲保護的法益之侵害結果，而這樣的結果引致是可以預見以及可以避免的，並且行為人依照其個人主觀

---

<sup>19</sup> 當然，如果是得承諾或受囑託而為重傷行為時，適用的條文應是我國刑法第 282 條加工重傷罪。

<sup>20</sup> 王皇玉，前揭論文，頁 126。

<sup>21</sup> 黃榮堅，刑法基礎思考(下)，頁 250。



能力，亦即以個人的生理能力以及到目前為止的個人經驗，是有能力履行規範所要求的注意義務，也有能力預見且避免上揭結果的發生<sup>22</sup>。所以，刑法上過失責任的成立要件指出，行為人有注意義務的違反，以及對於造成法益侵害結果具有預見可能以及迴避可能，這兩個成立要件其實是一體兩面、相互反映。換言之，行為人應該履行何等內容的注意義務，端視採取什麼措施才能有效防止法益被侵害，凡是對事件的發展能夠阻止其走向法益侵害結果(例如死亡)的有效措施，才是刑法上關切而要求行為人應履行的注意義務內容；反之，倘若某事項的遵守或違反無助於防止法益侵害的發生，或者無所影響，則該事項自然不可能成為刑事過失責任的注意義務內容。

基此，取得病患同意一事是否真的是判斷醫師有無刑事過失責任所應關切的注意義務嗎？實不無疑義。就醫療領域而言，吾人對醫師的期盼應該是要求其能夠採取有效阻止病患因疾病而走向死亡的措施，此即醫師的注意義務內容，也就是說，醫師是否需論以過失刑責，是否有注意義務的違反，重點是在於他有沒有針對病患的疾病採取有用且適當的醫療措施，而且在醫療處置過程中有遵守常規流程，以避免病人因疾病走向死亡結果。而病患同意一事根本沒有這樣的功能，換言之，病患同意某項醫療行為的施作，也不保證該醫療行為對病患的疾病是正確的措施，更不能保證在醫療行為施作的過程，醫師就不會有任何的失誤或錯誤處置；反之，即使病患不同意，但是若醫師採取適當的治療方法，並且進行了符合常規、客觀上足以阻止病患因疾病而死亡的一切措施，醫師自無過失可言。所以，取得病患同意並不是一個足以防止病人因疾病走向死亡的措施，正確醫療行為的施作才是足以防止病人因疾病走向死亡的措施，病患的不同意根本與醫師的注意義務違反沒有關連。

若高舉保障病患自主權的旗幟，錯誤將醫師說明告知勿病患同意定位於醫師從事醫療行為之刑事層次要求的注意義務的一環，誤用民事法文獻有關「醫師欠缺說明告知 = 欠缺病患有效同意 = 醫師的醫療行為有疏失 = 醫師應負民事損害賠償責任」的論點，使這種想法逐漸侵蝕刑事法領域，造成「醫師欠缺說明告知 = 欠缺病患有效同意 = 醫師應負刑事過失責任」之不正確見解。

---

<sup>22</sup> 林山田，刑法通論(下)，增訂9版，頁147以下。

#### 四、結論與建議

以刑法觀點而言，經醫師說明告知而取得病患同意的醫療行為，並不代表病患的決定就是最佳的選擇，更不能担保醫師在醫療行為的施作過程就不會有疏失存在。而醫師說明告知以及病患的同意與刑事過失責任的成立與否基本上是兩回事，沒有取得病患的同意，也不是意味著醫師醫療行為的施作就有問題，也不見得是刑事過失責任成立上的判斷要件。若錯誤宣揚病患自主決定權而導出醫師未取得病患的同意就要負擔刑事責任，後果將是使得醫師寧可等待那一只同意書而錯失必要醫療的時機，此乃防禦性醫療的做法。實則，對病患正確的診斷與治療才是醫師的責任所在，醫師應以救助病患生命健康為最大目標，勇於採取適當的醫療措施；刑事法學界也不應拘泥於無謂的病患同意，而錯誤地以此為判斷醫師刑事過失責任的要件，形成法律規範價值的誤導。如此一來才能真正發揮醫療的功能。

#### 五、成果自評

我國目前不論醫療界不論是法令面<sup>23</sup>或者是實務操作面<sup>24</sup>，都不斷地強調醫師一定要取得病患(或家屬)的同意，彷彿惟有取得病患(或家屬)的同意，才是擁有不會成為被告的免死金牌。更在諸多醫療糾紛中，常見到病患或家屬將「醫師沒有得到病患或家屬的真意同意」當作控訴的焦點。本研究以為，倘若醫師採取醫療行為之前，能對病患或家屬詳細說明醫療行為的內容及其風險，能夠取得病患或家屬的理解與同意，自然是圓滿而能減少無謂的醫療糾紛，提昇醫療品質；不過，倘若過度強調一定要取得病患同意才能進行醫療行為，會造成醫療者誤以為取得病人同意是醫療工作中的惟一重點，而在無法取得病患或家屬同意的情形下<sup>25</sup>，醫

---

<sup>23</sup> 例如較新修正的醫療法，其第 63 條前段即規定：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之」。第 64 條規定：「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之」。

<sup>24</sup> 例如衛生署曾於民國 94 年 5 月公告新版的麻醉同意書，內容包括擬實施的麻醉、醫師之聲明、病人之聲明三部分，應簽署一式兩份，一份由醫療機構連同病歷保存，另一份交由病人收執。新版麻醉同意書並要求病患聲明已了解附註之麻醉說明書，並簽名為憑。

<sup>25</sup> 事實上有許多情形是難以取得病患或家屬同意，諸如病患本身意識不清或者不懂表達，又沒有家屬或家屬連繫不上或家屬在遠地等等。而醫療法第 63 條前段，雖然規定了手術前應得病患或家屬的同意，但同條後段亦規

師即採取防禦性醫療心態<sup>26</sup>，拒卻救治病患<sup>27</sup>。如此一來，實非病患之福，因而本研究之成果在於釐清並點醒醫療實務界不要過度拘泥於病患同不同意之事，畢竟正確治療、挽救病患生命才是醫療的最終目的。

#### 參考文獻(依姓氏筆劃排列)

1. 王皇玉，醫師未盡說明義務之法律效果—簡評九四年台上字第二六七六號判決，台灣本土法學雜誌第 75 期，2005 年 10 月，頁 224-226。

---

定有緊急情況不在此限。又如曾經引起喧然大波的醫療人球事件，一般人不知的是，後來邱小妹的腦部手術是由社工人員簽署手術同意書的。由此可知，執著於病患或家屬應簽立手術同意書才能進行手術，根本是不正確的看法。

<sup>26</sup>例如今年(民國 96 年)年初，有媒體報導：「某署立xx醫院急診室主任遭以前病患的家屬持刀砍傷。起因於九十歲的孫姓女病患是在前年十一月卅日，經救護車轉送xx醫院，由急診室主任李○○主治。到院時李○○發現病人呼吸困難、嘴唇四肢末稍發紺，指端測血氧飽和度不足，臨床表徵均顯示病患呼吸衰竭。為維持病患呼吸，李○○依據多年工作經驗及專業知識先以口頭告知家屬給予緊急插管處置，隨即在同日讓家屬簽病危通知書，病人在醫院診治三天後，轉到台北榮總醫院呼吸照顧病房，約一個多月後往生。孫姓病患的兒子即砍人的盧○後來對李○○提出控告，指責李○○替母親插管時，未先告知且未得同意，基隆地檢署偵查後，以強制罪將李○○提起公訴，目前全案在基隆地方法院審理。該案引發該署立xx醫院憂心，擔心會影響醫師對急救病人的信心，院方為此開了好幾次會討論，決定以後即使是危急病人，一定要讓家屬簽字後才插管」(請見民國 96 年 2 月 17 日各大媒體報導)。

筆者以為，由這樣的事件可知，不論是病患(或家屬)、法界人士、醫界人士都過度解讀病患同意一事在醫療行為上扮演的功能角度，尤其若檢方是因為醫師未得病患同意而插管，對此以強制罪提起公訴，令人感到詫異且不解，蓋因正如報載檢方並不認為整個過程有醫療疏失，也就是插管很明顯是基於治療目的所為之醫療措施的一環，即屬業務上正當行為，就算是未得病患同意也一樣可阻卻其行為的故意責任之違法性，實不知檢方為何如此做法。至於醫院後來決定，即使病患危急也要得家屬同意才插管，正是防禦性醫療的做法，這種結果相當不利於病患，因為若緊急的處置也要等到家屬趕來同意後才進行，那恐怕有許多沒有家屬或家屬連繫不上或家屬在遠地的病患，就死定了。這個事件真是三輸的局面。

<sup>27</sup> 實則，筆者之一對此就有深刻感慨。筆者甫執教鞭，有學生在新竹地區騎機車不慎跌倒，因安全帽脫落致頭撞地，腦部受創，經路人招救護車送新竹某醫院。後來學生之母親告訴筆者，該醫院在她從南部趕來之前，醫院並沒有為學生進行腦部手術，而她到醫院之後，醫院一直要她簽一份書面，因她不識字她不敢隨便簽，但醫院表示不簽就不開刀，後來她只好再找在台北的學生之兄，待哥哥趕來簽了此手術同意書，從學生送到醫院已經過了近十個小時才動腦部手術，即使開刀了還是成了植物人。筆者對醫院的做法不能苟同，與其爭辯，但醫院的醫師一再堅持「沒有簽手術同意書就不能開刀」，真令人氣結。

2. 王皇玉，醫師的說明義務與親自診察義務——評九四年台上字第二六七六號判決，月旦法學雜誌第 137 期，2006 年 10 月，頁 265-280。
4. 林山田，刑法通論(下冊)，增訂七版。
5. 陳子平，醫療上「充分說明與同意」(Informed Consent)之法理，東吳大學法律學報第十二卷第一期，頁 47-84。
6. 黃榮堅，基礎刑法學(下)，元照出版社，2003 年。
7. 侯英冷，論消保法上醫師之安全說明義務 - 台灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋，刊於台灣本土法學雜誌第 37 期，2002 年 8 月，頁 63-77。
8. 楊秀儀，論病人自主權之法律地位 - 兼論我國告知後同意法則之請求權基礎，發表於醫學倫理與法律科際整合學術研討會，2005 年 6 月 14 日。
9. 廖建瑜，論醫師說明義務之建構與發展 - 兼評最高法院 94 年台上字第 2676 號判決，成大法學第 10 期，頁 231-293。

附錄：已發表之本研究相關著作

1. 盧映潔，2007，病患自主權與醫師刑事過失責任，台灣本土法學雜誌第 101 期，頁 124-136。
2. 盧映潔、高忠漢、朱振國，2008，病患同意與醫師刑事過失責任之辨正——評台北地方法院 91 年度訴字 730 號判決，將刊登於台灣本土法學雜誌 2008 年 9 月號。