

「告知」並非萬能－醫療行為有關 「告知後同意」法則之再定位*

劉邦揚**

壹、前言

近十年內，英美法系中針對醫病關係所發展出的「告知後同意」法則（informed consent）幾乎可說是風靡了我國的醫療法學領域，這個現象對於醫療實務工作者影響尤深。由於告知後同意法則之內涵強調：醫師之醫療行為應取得病人之同意，否則極可能成侵害病人身體權之侵權行為，在取得病人之同意前，亦應盡一定之告知義務，否則即會構成侵害病人之自主權¹。告知後同意法則揭櫫的是「尊重病患選擇治療方案的自主權」之原則，因而在實行一個醫療行為的當下，病患是否對於醫師即將於其身上進行的治療方案予以「同意」就變得極為重要。為了取得病患的「同意」，各式各樣的同意書於焉產生，實務上甚至曾經出現簽署同意書優先於急救患者的本末倒置現象。

晚近以來醫療糾紛事故層出不窮，但受限於醫療行為的高度不確定性，有時並非僅是要執業醫師小心、謹慎即可以避免醫療糾紛的發生，加以醫療糾紛往往耗時冗長，且令人身心俱疲，若不慎捲入醫療糾紛的漩渦，通常都會帶給執業醫師莫大的困擾與打擊。

90年代後期出現的告知後同意法則，無疑是替前述醫療糾紛盛行的現象找到一個紓解的出口，因為告知後同意法則的核心思想強調了醫師與患者間妥善的溝通、以及協助病患尋找最適合其個人的治療方案，這種醫病緊密互動，共同尋求診治方案的溝通態樣確實有紓解緊張的醫病關係之可能。但在實務上，有時過度的強調「形式上」的告知與同意，其實只是如同行禮如儀的大拜拜，徒具形式意義而無實質效果。更重要的是，即便醫療實務上近來總是強調醫療行為應當踐行告知後同意程序，但在法律的適用上與論理上，這樣的作為亦無法「完全免除」醫師在發生醫療糾紛時的法律責任－特別是令人望之生畏的「刑事責任」。

有鑒於前述醫療實務界對於告知後同意法則的適用狀況與存有些許錯認之可能性，本文嘗試先回顧告知後同意法則於民事法學下的架構與定位，後擷取該理論之核心概念與思想，嘗試將其置入刑事法學的脈絡當中，並客觀的評價其在刑事法學領域中的角色與定位，最後綜合分析若執業醫師在踐行告知後同意法則後，卻仍不幸發生醫療糾紛事故後可能的法律效果。

* 感謝二位匿名審查人提供寶貴意見。

** 劉邦揚，國立陽明大學公共衛生研究所碩士、國立臺北大學法律學系學士。

¹ 楊秀儀，〈論我國法上「告知後同意」法則之請求權基礎〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第36卷第2期，2007年6月，頁229以下。



貳、淺論「告知後同意」法則（Informed Consent）

綜觀我國目前對於「告知後同意」法則（Informed Consent）最清楚的定義與介紹，當屬學者楊秀儀氏所主張的²：告知後同意法則乃是規範醫病關係中醫師之說明義務，係指「醫師有法律上的義務，以病人得以瞭解的語言，主動告知病人：病情，可能之治療方案、各方案之風險與利益，以及不治療的效果，以利病人做出醫療選擇。」

前述文字雖看來寥寥數言，但卻寓義頗深，學者曾針對前述定義進行解構，並且將告知後同意法則的元素進行分析，其主張的內涵約略摘要如下：

- 一、告知義務的主題為醫師
- 二、告知義務屬法律性質
- 三、應以病人得以瞭解的語言進行告知
- 四、醫師應主動進行告知
- 五、醫師應對於病人本身進行告知
- 六、告知的內容應該包括：

(一)告知資訊的選擇，是以「理性醫師標準」進行判斷。換言之，對於應該告知何類資訊的抉擇，應該以「一個理性醫師，在系爭個案情況下，均會告知病患的資訊。」

(二)告知的範圍包括：

1. 診斷前醫療步驟、檢驗以及拒絕檢驗之風險
2. 醫師建議的治療方案，與該方案的本質與目的
3. 治療之風險
4. 治療之成功率
5. 有無其他可能之替代治療方案與其利弊

七、告知的目的是為了幫助病人做出決定

前述告知後同意法則的定位，學者楊秀儀氏將其置於民事法學中以「侵權行為」為請求權基礎的態樣之下³，換言之，告知後同意法則原為民事法學系統中的理論，如果醫師在進行醫療行為時，漏未履行告知後同意程序，則可能依據民法第 184 條侵權行為之規定，出現以下兩類請求損害賠償之可能：

一、未取得病患同意的醫療行為，侵害病患的身體權

未取得病患同意的醫療行為將侵害病患的「身體權」，依民法第 195 條第 1 項前段規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。」足見「身體權」的概念已經在我國民法中被確認存在，在進行醫療行為之前，如果無法先取得病患的同意再進

² 同前註。

³ 前揭（註1）文。

行，則有侵害病患之身體權之虞也，因其並未取得病患之同意而阻卻違法之故也。

值得強調的是，此處提及的「阻卻違法」概念並不是指可能違反「刑法」規定；而是「民法」中有關侵權行為⁴之規定。依學者之見解⁵，侵權行為的體系結構可以區分為：構成要件（*Tatbestand*）、違法性（*Rechtswidrigkeit*）、故意及過失（*Verschulden*）。此架構系統來自於刑法對於犯罪行為的三階層判斷理論，換言之，在侵權行為的認定上亦復如此，若醫療行為的本質雖該當侵權行為的構成要件，但若可以取得阻卻違法事由（例如：病患的承諾），亦可以不違背民法中有關侵權行為之規定，精確的來講，取得病患同意的醫療行為儘管在構成要件上可能該當侵犯身體權之構成要件，但還是可以因為取得病患承諾而阻卻違法，從而不屬侵權行為。本文在此想要強調的是，此處的阻卻違「法」事由乃專指「民法」中有關侵權行為之規定，雖用語及邏輯均與刑法相類似，但本質並不相同，應予釐清。

二、雖取得病患同意，但非踐行告知後同意，將侵害病患的自主權

告知後同意法則精髓之所在即在於：告知的目的是為了幫助病人做出決定，選擇一個最合適於病人的治療方案，也因此學者主張「告知」與「同意」應該同等的重要⁶，病患因為醫師的告知而得到充分的資訊，故可以使用這些資訊來做成決定，病患的「同意」與醫師的「告知行為」之間具有因果關係。

在賦予醫師做成醫療行為前，治療方案的選擇必需仰賴「醫師的告知」、「患者的同意」二者共同結合的前提要件下，如果該項治療方案的出現並不是由醫師與病患共同協力做成，而是建立在不完全的告知甚或片面的同意，此時就會侵害病患的自主權—因為在那樣的決策過程中，病患並沒有「自主選擇」他想要接受的治療方案之可能。

而前述的狀況，也正是「告知後同意」法則所欲落實與實現的醫療常規與醫療環境。

參、阻卻違法的醫療傷害行為

在討論醫療行為與刑事訴訟的關係之前，應先釐清醫療行為可能觸犯刑法的犯罪態樣，本文以為，可能的犯罪態樣有屬於故意犯罪類型的：傷害罪⁷、重傷害罪⁸以及過失犯罪類型的：業務過失致人於死罪⁹、業務過失致人成重傷罪¹⁰、業務過失致人成傷罪¹¹。針對前述較可能出現的二種犯罪類型，本文以下將分別加以描述之，並且針對各類情況予以討論。

一、故意犯罪類型

⁴ 參閱民法第 184 條以下規定。

⁵ 王澤鑑，《債法原理（三）侵權行為法第一冊—基本理論一般侵權行為》，2005 年 1 月，頁 99。

⁶ 參閱前揭（註 1）文中註釋 4 之說明。

⁷ 刑法第 277 條。

⁸ 刑法第 278 條。

⁹ 刑法第 276 條第 2 項。

¹⁰ 刑法第 284 條第 2 項後段。

¹¹ 刑法第 284 條第 2 項前段。



從犯罪三階理論進行觀察¹²，一個行為必須要具備構成要件該當性（Tatbestandsmäßigkeit）、違法性（Rechtswidrigkeit）、罪責（Schuld）等三個要是指一個構成要件該當，而違法且有罪責的行為。值得注意的是，構成要件該當行為，假如不具備違法性與罪責者，固不為犯罪行為；但若僅是不具罪責之行為，亦不可以稱之為犯罪行為，至多稱之為「刑事違法行為」。

在犯罪三階理論的判斷上，前述的「構成要件該當性」、「違法性」、「罪責」等三個要件間符合具有順序上的、且缺一不可的判斷標準。質言之，判斷一行為是否屬於犯罪行為應自是否該當犯罪行為的構成要件起進行審查，直至罪責，只有在三個要件均具備時，方認為該行為屬犯罪行為；此為判斷之順序也。其次，在要件的認定上也唯有在構成要件該當性、違法性、罪責均同時具備時，一個客觀的行為才會被判定成為犯罪行為，進一步的說，若行為根本不該當犯罪行為構成要件時，自然不會符合「該當構成要件」的這個判斷；又符合構成要件該當性的行為，但卻具有阻卻違法事由，也會因為阻卻違法從而不具違法性，因而不屬犯罪行為，此時，自然也無庸再進行罪責的考量了。又具有構成要件該當性、違法性的行為，卻因為不具備罪責，亦不屬於犯罪行為。

綜合前段的論述，我們可以發現在犯罪三階理論的架構之下，構成要件該當性、違法性、罪責三者是屬於「原則」性的三要件；相對的，例外情況就是：行為並不該當構成要件、行為存在阻卻違法事由、行為不具罪責等三種情況，其中本文所欲強調的就是：阻卻違法事由

阻卻違法事由，是指某些特定事由因為足以阻卻構成要件該當行為的違法性，故稱作阻卻違法事由¹³。阻卻違法的事由可分做兩種類型，一類為法定阻卻違法事由；另一類稱作超法規阻卻違法事由，其內涵分述如下：

（一）法定阻卻違法事由

法定阻卻違法事由就是依刑法明文規定的阻卻違法事由，其內容包括了下述五種，本文列舉如下：

1. 正當防衛¹⁴

有關正當防衛之規定，明定於刑法第 23 條：「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰。但防衛行為過當者，得減輕或免除其刑」

依該條之規定，對於「正當防衛」的狀態應理解成：行為人為了防衛自己或他人之權利，對於「正在進行的」且「不法的」侵害行為或攻擊所進行的必要防衛手段（反擊）。而此種基於防衛自身或他人權利的反擊行為，在程度與手段皆屬合理之範圍內時，則會被評價為阻卻違法事由，故縱該行為在「客觀上」具有違法性，但是因為其動機與目的均屬合法，故可阻卻違法，從而並不違背刑法之規定。

2. 緊急避難

依刑法第 24 條第 1 項規定：「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而

¹² 林山田，《刑法通論（上）》，增訂十版，2008 年 1 月，頁 263。

¹³ 同前註，頁 312。

¹⁴ 前揭（註 12）書，頁 316。

出於不得已之行為，不罰。但避難行為過當者，得減輕或免除其刑。」緊急避難的內涵與正當防衛存在些許落差，儘管客觀情況都是發生於一個「緊急危險的情況下」。不同之處在於，正當防衛的「攻擊對象」（當然，此處的「攻擊」行為在本質上是阻卻違法的）是引起危險的發動者；而緊急避難的「攻擊對象」卻是與此危險狀態無關的第三人法益。

對於這種規定，學者認為¹⁵，刑法之所以承認緊急避難可以成為阻卻違法事由之一的原因在於社會成員彼此之間參與社會共同生活的「社會連帶義務」，生活在社會中的每個成員均有義務犧牲自己少許利益用以拯救正陷入危難的社會其他成員。然而此種「容忍義務」並非是毫無限制的，僅有在避難者所欲拯救、保護的法益明顯的高於所犧牲的法益時，方可以賦予避難者侵犯他人法益的權利，也僅有在此時，他人才有容忍的義務；否則在所侵害的法益等於或大於所欲保全的法益時，僅構成減免罪責的緊急避難，而非阻卻違法。

3. 依法令所為之行為

依刑法第 21 條第 1 項規定：「依法令之行為，不罰。」此處「法令」的意思包括了：法律、行政規章或命令。本條規定的意思是指儘管某行為該當刑法分則某一犯罪類型的構成要件，但若該行為從刑法「以外」的法律體系觀察，是依法行事，則行為人的行為並非不法行為¹⁶。

4. 公務員依上級命令所為職務行為

刑法第 21 條第 1 項規定：「依所屬上級公務員命令之職務上行為，不罰。但明知命令違法者，不在此限。」學者認為，公務員依上級公務員的命令而為的職務行為屬於「間接依法令的行為」，故能阻卻違法¹⁷。

5. 業務上正當行為

此類阻卻違法事由具體規定在刑法第 22 條，該條規定：「業務上正當行為，不罰。」而此處的「依業務而為的正當行為」即是吾人在討論刑事醫療糾紛問題時重要的關鍵之一。學者認為，執行醫療業務的醫師（特別是需要進行手術的外科醫師）從事的行為在客觀上雖然該當傷害構成要件，但是因為這個行為屬於其業務上正當行為，故得以阻卻違法。

本文所要強調的是：在故意犯罪理論的架構之下，阻卻違法事由是用以阻卻行為人的行為為該當故意犯罪要件。質言之，屬於阻卻違法事由之一的「依業務上所為正當行為」所「阻卻」的，是行為人（醫師）的行為（醫療行為）並不該當刑法分則中的故意犯罪構成要件（例如：重傷害罪、傷害罪）。

(二) 超法規阻卻違法事由

對於刑法中並未明定的阻卻違法事由，學說上稱之為超法規的阻卻違法事由（*übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*），即是法律並未明文規定的阻卻違法事由。學說上肯認的超法規阻卻違法事由包括了：被害人的同意或承諾與義務衝突等。其中關於被害人的同意或承諾是本文

¹⁵ 前揭（註 12）書，頁 334 以下。

¹⁶ 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，2006 年 9 月，3 版，頁 236。

¹⁷ 前揭（註 12）書，頁 363。



所欲討論的重點，對於「承諾」的狀態，又可以區分為「明示承諾」與「可推測承諾」內容如下所述：

1. 明示承諾

在某些情況下，被害人承諾將可以阻卻違法的原因在於，有些不法構成要件所欲保護的法益被害人具有處分權，當被害人同意行為人以其行為侵害法益時，雖然該侵害行為在客觀上雖符合構成要件該當性，但這種承諾卻足以排除該行為的違法性，故稱做「阻卻違法的承諾」（Die rechtfertigende Einwilligung）。

而被害人的承諾如欲具有阻卻違法的效果則應具備下列要件¹⁸：

(1) 被害人的承諾屬於有權承諾

A. 處分的法益必須是法律所允許的

被害人捨棄的法益必須是法律所允許，才有阻卻違法的可能。在各式各樣的法益類型當中，國家法益與社會法益不屬於個人法益，所以自無從處分，亦無捨棄之可能。其餘一身專屬於個人的法益，例如：生命法益、重大身體法益¹⁹、或輕傷害程度範圍的身體法益²⁰，則並非完全不可捨棄。對於生命法益的處分，依據目前學說之見解，仍然大多認為個人並無處分權。其次，對於身體法益的處分權，亦並非全然的以「重大／非重大」的二分法進行觀察，重大身體法益固然不得輕易拋棄，但學者亦同時認為，對於此類得被害人承諾而進行的重傷害行為，實無必要「毫無例外的」全部認定為具有應刑罰性，而將之犯罪化，應僅限定在「有違善良風俗」的情況下，才屬於犯罪行為。

舉例而言，外科醫師執行手術摘除胃癌末期患者的整個胃部，以求徹底清除患者胃部的癌細胞並延長患者的生命，前述的行為在取得患者同意的前提下，雖然客觀上符合了重傷害構成要件（刑法第 10 條第 4 項第四款中「重大不治或難治之傷害」），且重大身體法益在原則上亦不得隨意處分；然而，在本案的狀態下，執行手術的外科醫師除了可以利用本文曾經提及的：「緊急避難」、「執行業務上正當行為」阻卻違法之外，更重要的是，患者的承諾在此處是不違背善良風俗的，故此時患者的承諾亦具有阻卻違法的效力，從而成為本案可資選擇的第三個阻卻違法事由－「超法規阻卻違法事由之被害人（患者）同意」。

B. 被害人應具備承諾能力

對於「承諾能力」的定義，學者認為應符合「依其心智成熟度而有能力認知捨棄法益的意義及其效果，且有能力加以判斷者，始具承諾能力。²¹」對於被害人的年齡是否應該如同民法中「完全行為能力人」一般精確的規定，學者則以為民法與刑法有著完全不同的規範目標，故刑法內容斷無類推適用民法規定之必要。此處被害人的承諾能力有無的判斷，應該單純決定於被害人有無具備個人的決定自由已足。這種不以具體年齡做為限制承諾能力標準的見解

¹⁸ 前揭（註 16）書，頁 354-356；前揭（註 12）書，頁 370-372。

¹⁹ 參刑法第 10 條第 4 項 1 至 6 款之規定。

²⁰ 除刑法第 10 條第 4 項 1 至 6 款之規定範圍以外的傷害行為，均屬於輕傷害程度的身體法益。

²¹ 前揭（註 12）書，頁 370。

亦有其他學者贊同之²²，客觀的年齡固然是一種能力的參考指標，但若細加追究，被害人的智商、是否給予了一個理性的承諾？都應該再列入考量的範圍之內，是此，為了使承諾能力可以簡單的發揮出其過濾功能，承諾能力的概念不宜設定太過細膩思考的標準。

(2)承諾的做成必須出於真摯

此處的「真摯」應該可以再分成兩個面向進行觀察。一是被害人主觀面向，亦即其意思表示應該明確並與其內心意願達到一致，故若被害人的承諾僅是玩笑性質，自然不是有效的承諾。其次，則是被害人「被動的」接受訊息的狀態，若被害人在受到威脅的情況下而做出承諾，或是受到行為人的欺騙或詐欺而做出承諾，此時的承諾亦當然不具阻卻違法的效力。

2.可推測承諾

學說上對於可推測承諾的定義²³，是指被害人或其親屬因為某些現實因素無法立即給予承諾的意思表示，但若從第三人的角度觀察，若被害人自行為意思表示，亦會同意行為人對其自身進行侵害行為的情況。

可推測承諾的例子最常受到引用的就是醫療行為中緊急治療的狀況，若更精確的說，就是各大醫院的急診部門業務。在急診的業務範圍之內，診治的病患通常具有立即性的危險，而此時若患者又正巧陷於昏迷狀態，則亦無從取得患者本人的同意，而阻卻違法；超法規阻卻違法事由中的「可推測承諾」(Mutmaßliche Einwilligung)正巧可以填補這個漏洞，在病患的生命法益陷於危險的狀態底下，醫師以其專業知識進行客觀判斷，在掌握法益權衡原則與病患最大利益的考量下，為病患進行陷於昏迷中，且未經病患本人同意的醫療行為，此種行為在客觀上雖然可能該當犯罪構成要件，但是具有超法規阻卻違法事由的「可推測承諾」從而不具構成要件該當性。

(三)小結

在故意犯罪的前提要件之下，醫療行為觸犯刑法的可能性與解釋脈絡如前所述，在搭配刑事法學理論的要件後，我們不妨重新思考醫療行為在刑法故意犯罪類型中所可以扮演的角色。對此，本文試圖做出一些理解：

1.醫療行為不致輕易觸犯故意犯罪規定

在故意犯罪類型當中，如果存在阻卻違法事由即可以阻卻行為的構成要件該當性，從而令該行為不致觸犯刑罰。在我們把行為的類型限縮至醫療行為時，可能使用的阻卻違法事由類型會有：緊急避難、業務上正當行為與患者同意(超法規阻卻違法事由)等三種可能。這三個阻卻違法事由雖不必然同時存在，但僅具備其中之一，即可以阻卻違法。再者，如果從患者的意識狀態進行觀察，對於意識清醒前來接受治療的患者，吾人通常使用超法規阻卻違法事由的「同意」即可阻卻違法，論理上較清晰亦少有爭論；但若患者接受治療時意識不清，進行診治的醫師亦至少可以適用緊急避難的規定來阻卻違法；更何況在大多數的情況下，對於意識不清的患者，刑法也賦予具有專業醫療知識的醫師有決定治療方案的空間，允許醫師

²² 前揭(註16)書，頁356。

²³ 前揭(註16)書，頁357。



在考量患者的最大利益底下進行醫療行為，此時就可以適用「可推測的承諾」用以阻卻違法，總而言之，在故意犯罪的架構下，醫療行為並不會動輒就受到刑法的牽絆。

2. 病患的同意只是阻卻違法類型中的一類，不是唯一

如前段所述，阻卻醫療行為該當故意犯罪構成要件的事由共計有四種，分別是：緊急避難（Der rechtfertigende Notstand）、業務上正當行為、患者承諾（Die rechtfertigende Einwilligung）、可推測承諾（Mutmaßliche Einwilligung）。其中，患者的明示承諾僅是其中的一類而已，不是唯一；質言之，一個在緊急狀態下進行的醫療行為並不會因為沒有取得患者或其家屬²⁴的同意就該當故意犯罪的構成要件，即使未能夠在「承諾」取得阻卻違法事由，但是若依據緊急避難、甚或業務上正當行為、可推測承諾等事由，亦同樣的可能阻卻違法。

本文以為，在告知後同意法則（informed consent）引進我國後的這十餘年間，我國的醫療法學界在討論及刑事醫療糾紛問題時經常陷入一些莫名的迷思而無法自拔，把故意犯罪與過失犯罪問題混合討論即是一類；其次則是太過仰賴「形式上的」告知後同意，反而顧此失彼。本文在此段首欲釐清的是刑事醫療糾紛問題中，將故意犯罪類型與過失犯罪類型混同討論的現象。應予強調的是，在故意犯罪類型的框架之下，包含刑法分則所適用的法條（傷害罪、重傷害罪），並沒有這麼容易就可以陷執業醫師入罪，相反的，犯罪三階理論中的「阻卻違法事由」反而提供了四種不同的狀態（甚至有些時候這些狀態是並存的，並形成所謂的「阻卻違法事由競合²⁵」的情況）令執業醫師可以脫免於故意犯罪的拘束，因此，醫療行為在刑事法學中故意犯罪理論的框架之下，並非毫無彈性的受到約束，反而有相當程度的空間可以讓站在急救醫療第一線的醫師進行揮灑。

二、過失犯罪類型

本文以為，刑事醫療法學中真正的問題應出在過失犯罪類型，絕大多數的醫療糾紛案件全部集中在此類別，亦即刑法第 276 條第 1 項所規定的業務過失致死罪、同法第 284 條第 2 項規定的業務過失致重傷與傷害罪。

過失犯罪所欲處罰者為：對於刑罰規定疏忽未予注意而觸犯的人。此種犯罪類型與「故意犯罪」的差別在於，故意犯的行為人對於所有的客觀構成犯罪事實均有所認識，並且具有實踐構成要件的意欲。而過失犯罪的行為人則是在「不知」與「不欲」的心態下，實現不法構成要件²⁶。質言之，故意犯罪行為人乃是「有意的」進行並且實現犯罪構成要件；而過失犯罪行為人僅是因為疏忽不注意而觸犯刑法的規定。

依刑法第 14 條第 1 項規定：「行為人雖非故意。但按情節應注意，並能注意，而不注意

²⁴ 此處必須對於學說與實務界經常提及的：取得「家屬」同意的態度提出不同意見，依據告知後同意原則或是更上位的病人自主權原則，取得同意的目的都是在於讓病患「自己做出決定」，自主權僅有權利主體一也就是一個活生生的「人」，才能夠行使，何以有令家屬代其行使自主權的理由存在？

²⁵ 鄭逸哲，〈「阻卻違法事由競合」和「阻卻違法事由接力」一併述適用阻卻違法事由的若干必要理解〉，《法令月刊》，第 58 卷第 1 期，2007 年 1 月，頁 46 以下。

²⁶ 林山田，《刑法通論（下冊）》，增訂 8 版，2003 年 11 月，頁 162。

者，為過失。」同條第 2 項規定：「行為人對構成犯罪之事實，雖預見其能發生而確信不發生者，以過失論。」對於前述刑法總則中有關過失犯的構成要件，學說將其整理成為四個要件²⁷，就是在注意義務層面的：主觀注意義務違反性、客觀義務違法性；以及在預見可能性層面的：主觀預見可能性、客觀預見可能性。行為人必須具備上述四個要件，才有可能構成過失犯罪。

過失犯罪在刑法分則條文中，與本文所欲討論議題最為相關的規定就是業務過失犯罪類型，這類型的犯罪包括了刑法第 276 條第 2 項的業務過失致死罪、同法第 284 條第 2 項的業務過失致傷害罪與業務過失致重傷害罪。

回到犯罪三階理論的論理邏輯，依學者之見解，過失犯罪的判斷標準與故意犯罪亦無二致，還是要經過構成要件該當性、違法性、罪責等三個要件的考量之後，才會被評定成一個犯罪行為。更進一步的說，前文在故意犯罪處曾經提及的「阻卻違法事由」，在過失犯罪的情況下仍舊可能存在。學者亦列舉出四類的阻卻違法事由：正當防衛、緊急避難、業務上正當行為與得被害人承諾。乍看之下與故意犯罪並無二致，那麼在醫療糾紛事故當中，我們是否仍舊得以援引故意犯罪之邏輯，把「得被害人承諾」當作處理「業務過失犯罪」的阻卻違法事由呢？本文以為，恐無法驟為如此之論斷，原因在於：病患的「承諾」內容。

吾人應謹記的是，實務上出現令人眼花撩亂的各式同意書內容，其實僅是要求病患「同意」即將進行的醫療行為，而不會是要求病患「同意」這個醫療行為將會出現「負面醫療結果²⁸」。換言之，病患同意阻卻違法的這個「法」（刑法規定）是故意犯罪中的重傷害罪或傷害罪；而非業務過失犯罪的業務過失致死、業務過失致重傷害、業務過失傷害罪。病患在接受治療前所簽署的同意書，只能免去醫師受到故意犯罪的追究－實際上也沒有追究故意犯罪的必要與可能，至於業務過失犯罪類型，儘管在理論上仍舊可能存在各類的阻卻違法事由，但至少這些阻卻違法事由，絕對不會是病患所簽署的那紙同意書；醫療行為到最後若發生了負面醫療結果，執業醫師還是有可能在事後受到業務過失犯罪的追究²⁹。

肆、履行「告知後同意」法則的法律效果

一、民事責任部份

由於告知後同意法則（informed consent）所強調的上位概念是病患的自主權，因此在承認告知後同意法保障的病人自主權屬於請求權基礎的一類時，醫師進行醫療行為若未履行告知後同意法則，便有可能侵害病人的自主權（patient's autonomy），相對地，完整履行告知後同意法則的效果，將可能在民事責任中，當事人以侵權責任為請求權基礎時阻卻違法，從而不

²⁷ 前揭（註 16）書，頁 394。

²⁸ 楊秀儀，〈醫療糾紛之公共衛生思維〉，《公共衛生學（上）》，2007 年 9 月，頁 324-325。

²⁹ 失敗的醫療行為究竟有沒有必要使用刑法對其加以約束？這個問題一直以來都是醫界人士最關切的議題之一，本文在此對於這個假設並沒有任何的既定立場與意見，僅是純粹的從法釋義學角度加以推演，主張實務上過度的強調「同意書」的態度，其實無助於醫師們脫免刑事責任的拘束而已。



構成侵權行為。但是依照我國學者將請求權基礎分為：契約關係、類似契約關係、無因管理、物權行為、不當得利、侵權行為、其他等七類的見解³⁰，醫療糾紛問題可能牽涉的請求權基礎約有：契約關係與侵權行為。

實務上嚴格踐行告知後同意法則的作法固然可以免去醫師在做成醫療行為時（甚或做成醫療行為的「決定」當下）有侵害病人自主權的可能，但是病人基本權利的樣態並不僅只有自主權一種，身體權、健康權等都是我國民法明文規定的權利³¹，發生負面的醫療結果後，病患或其家屬還是可以依據前述民法規定，以健康權、身體權受到侵害為由，向醫師請求損害賠償。本文甚至以為，過度強調「告知」的功能亦無助醫師規避以其他類型的請求權基礎進行的民事訴訟，例如契約關係。

二、刑事責任部分

在刑法上，病患的同意雖然阻卻違法，但是進行醫療行為前病患所給予的「同意」內涵是「同意為醫療行為」的意思表示，而非「同意醫療行為發生負面結果」。實際上，後者的這種同意內涵也殊難想像。故失敗的醫療行為儘管曾經在治療前就取得病患的同意，卻仍可能在負面醫療結果發生後受到業務過失犯罪的追究。

如果醫療實務界在進行醫療行為前，大量的使用告知後同意法則是為了規避醫療糾紛的發生（甚至特別是刑事問題），則本文以為，此類多如牛毛的同意書並不能夠阻止這類現象的發生，因為這樣並沒有根本的處理問題－真正的問題是，患者的同意無法阻卻業務過失行為的違法性。

伍、代結論－嚴格踐行「告知後同意」法則並無助於醫師規避刑事責任之風險

本文寫作的目的在於釐清近年來我國醫療法學領域在討論醫療過失行為時，過度迷信「告知」所能帶來的效果。從前文可知，所謂的告知後同意法則（informed consent）其實源自於美國法系的侵權行為法，質言之，告知後同意所強調的上位概念－病人自主權，將被置於我國民事請求權基礎中「侵權行為」的架構之下，甚至僅是一種侵權行為的態樣而已。

我國學者自 90 年代末期引進告知後同意法則後，固然有其深遠的寓意以及期待，然而在醫療糾紛事件層出不窮的今日，告知後同意法則似乎成為廣大執業醫師在面對未知的法律訴訟可能的一個保命符，醫療實務上繁瑣的告知程序固然在形式上可能完備，但是是否已經確實執行仍不無疑問。其次，這些繁瑣的程序是否果真有助於醫療行為的進行與目的之達成，也是另一個值得我們關切的問題。

本文認為，醫療實務上過度地強調在進行醫療行為前，應取得病患同意的操作程序並無

³⁰ 王澤鑑，《法律思維與民法實例》，2006 年 2 月，頁 85-86。

³¹ 參民法第 195 條第 1 項規定：「不法侵害他人身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」

助於醫師規避失敗醫療行為的法律責任—在民事或刑事皆然。在民事層面，完整的³²履行告知後同意程序僅可能免去醫師負「侵害病人自主權」的追訴，其他情況下，如果病患或其家屬以侵害病人之身體權、健康權，甚或以契約關係為請求權基礎時，醫師仍有受到民事訴訟追訴之可能。在刑事訴訟層面，病人的承諾固然可以免去醫師受到「故意犯罪」的追訴，因為病人的承諾屬於刑法三階理論下阻卻違法事由的其中一類，然而病人簽署的同意書僅是同意「進行醫療行為」的意思，換言之，同意書要給予承諾的客體是「執行醫療行為」這件事情，而非「失敗醫療行為（負面醫療結果）」。³³當醫療行為失敗之後，病患預先簽立的同意書並不能夠作為業務過失犯罪的阻卻違法事由。

醫療糾紛數目逐年增加的客觀現象³³的確是吾人應該關切的問題，逐年攀升的數字也的確會對於第一線工作的醫事人員造成莫大的心理壓力，然而，如果期待緩解這種醫病關係緊張、對立的現象，使用冷冰冰、充滿繁瑣程序、專業術語的治療同意書終究不會是一個理想的辦法，本文甚至以為，過度期待「同意書」效力的心態不僅無法緩解醫療糾紛盛行的現象，反而也無法達到規避法律責任的目的。

³² 本文在此處強調的是「完整地」實踐告知後同意法則，是指在實質上或程序上皆完整執行，這包括了是否由醫師主動進行告知？是否以病人得以瞭解的語言進行？是否協助病人做成決定等等實質要件；以及是否使用了要式化（書面同意書）的程序要件。

³³ 從衛生署醫事審議委員會受委託鑑定的案件數目觀察便可發現：在 1987 年至 2002 年間該單位受委託鑑定案件數目共有 3,782 件，在 1991 年時，受委託案件僅有 129 件，但到了 1996 年時便增加到 238 件，至 2002 年時已達 455 件，顯見衛生署醫事審議委員會受委託鑑定醫療糾紛案件數目逐年增加的狀況。吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基合著，〈臺灣的醫療糾紛狀況〉，《臺灣醫學》，2009 年 1 月。