

刑事醫療判決關於告知義務變遷之研究

張麗卿^{*}

目 次

壹、前言	二、違反告知義務幾近於違反注意義務
貳、告知義務的意義及理由	伍、告知義務的修正期
一、告知義務的法律規定	一、告知義務程度的深化
二、告知義務的核心法理--病人自主決定權	二、違反告知義務未必即有過失
三、告知義務的標準與範圍	陸、告知義務的正辨
四、告知義務的履行及其違反的法律效果	一、違反告知義務法律效果的再釐清
參、告知義務的萌芽期	二、告知義務說明範圍的層級化審查
一、以書面簽署替代告知義務	柒、結論
二、違反告知義務僅與民事責任有關聯	附錄：「告知義務」影響醫療刑事判決之軌跡
肆、告知義務的發展期	
一、實質告知義務的落實	

中文關鍵詞：告知義務、注意義務、病人自主決定權、醫療過失

Key Words: Inform obligation, Attention obligation, Patients autonomy, Medical negligence

^{*} 德國慕尼黑大學法學博士、臺灣大學法學博士；國立高雄大學財經法律學系教授兼法學院院長、東海大學法律學系合聘教授。

投稿日期：101年12月15日；審查通過日期：102年1月12日。

中文摘要

告知義務是指，醫師在進行醫療行為前，有義務對病人說明病情、可能診斷方式的選擇及其風險等事項，賦予病人充分自主空間，讓病人得以接受、選擇或拒絕醫療方案的義務。近年來，隨著醫療普及與國民權利意識抬頭，醫師疏於告知義務的履行，時常是引發醫療糾紛的主要原因。值得觀察的是，刑事醫療訴訟中，告知義務是否如同醫師應盡的注意義務，醫師一旦疏於告知義務的履行，是否就會導引出刑事過失的歸責效果，都涉及到實務判決對告知義務本身的看法與態度。

本文以司法實務開始關注有關告知義務的刑事判決為主，將告知義務分為三個遞嬗的時期，包括：早期於 2001 年至 2004 年間，尚未著重醫師告知義務履行的「萌芽期」；從 2005 年最高法院作成 94 年度台上字第 2676 號判決後，邁入重視實質告知義務與強調結合過失責任的「發展期」；以及近年來，更進一步深化告知義務內涵，並且反思告知義務與刑事過失責任之間效果關聯的「修正期」，希冀藉由實務判決意見的轉變，勾勒出台灣近年來告知義務的脈絡與軌跡，並澄清告知義務違反與刑事責任成立的關連性。

Abstract

“Inform obligation” is a physicians’ obligation to the patient. It requires physicians to inform patients the description of the disease, the choice of diagnostic methods, the risk issues. Furthermore, “Inform obligation” is to give patients more space and ability to decide how to accept, select or reject the physicians’ medical program. Recently, with the rise of medical disputes and popularity

of the medical awareness, Physicians' neglect to inform obligation is often the main cause to medical disputes. It should be observed if the inform obligation is the physicians' additional medical care? If the physicians do not perform this kind of "inform obligation", is it a criminal case of negligence? These problems are related between the judgments and inform obligation.

This article is based on the judgments of different courts in Taiwan in the past ten years. In order to clarify the related concepts, this article is divided into three periods according to the criminal judgments. The early one is from 2001 to 2004, a time to germinate. The second one is from 2005 to 2008, a time to develop. The third one is from 2009 to now, a time to adjust.

This article not only focuses on what the concept "inform obligation" is, but also discusses its development in the Supreme Court in Taiwan.

壹、前言

隨著醫療普及和全民健保落實，醫療方便之門已經大開。於此同時，國民權利意識抬頭，面對醫療上的侵害多已知曉透過法律途徑主張自身權利。因此，醫療糾紛逐年增加，醫病雙方的緊張關係也日益升高。醫療行為存有一定程度的風險，醫療本身的不確定性造成許多不盡人意與無法預見的醫療事故。當醫療爭訟進入刑事審判程序中，法官面對專業又複雜的醫療案件，在隔行如隔山的情況下，該如何審慎的認事用法，對個案作出合理判斷就顯得相當重要。

刑事醫療糾紛的爭執，涉及醫師於實施醫療行為過程中，是

否對病人造成不當的侵害。一般而言，醫師秉持醫療的專業倫理與信念，對病人所為的各種醫療處置，都是以恢復病人健康或挽救其生命為目的，殊難想像醫師會故意對病人做出不法的侵害。因此，刑事醫療糾紛所爭執者，多為醫療過程中，醫師因疏失而造成病人身體傷害或死亡時，應否承擔過失傷害或致死的刑責。

所謂的告知義務，重視醫師對病人的說明與溝通，幫助病人找到符合自身利益的處置形式。尤其，當醫療行為具有侵入性時，對病人身體必然造成重大改變，若不謹慎，恐怕將會不當侵害病人的身體健康，甚至對生命形成威脅。近年來，由於病人權利意識抬頭，病人的醫療決定、參與及知情權日益受到關心，一旦醫師漠視病人此項權利意識，往往就會引發醫療糾紛。值得觀察的是，是否履行告知義務，對於醫療過失的判斷，究竟會形成何種影響，這也牽涉到實務判決對於告知義務本身的態度。

本文探討醫療訴訟中，逐漸受到重視的告知義務認定與轉變，以及其與實務判決認定有無過失的關連性¹。首先，扼要說明告知義務的內涵及理由，作為觀察實務判決的基礎。接著，以時間軸為主線掌握告知義務的內涵、方式與刑事過失責任判斷間的關聯。本文除了將觀察重點置於最高法院的態度立場外，亦揀選下級審中較富研究價值的判決，以進行對照分析。希冀藉由實務判決意見的轉變，勾勒出近年來告知義務的脈絡與軌跡，並正辨告知義務應有的內容與範疇與刑事過失責任的關連。

¹ 關於告知義務的內涵與效果，近年來，已是學界、醫界及實務的熱門議題，相關著作豐富且深具參考價值。本文的論述，主要著重於刑事判決中「告知義務」的觀察，試圖掌握實務告知義務的思維脈動軌跡；因此，就告知義務在學理上的概念與探討，本文僅擇精要介紹，若欲進一步理解告知義務的相關內容，可延伸閱讀本文相關引註的重要文獻。

貳、告知義務的意義及理由

告知義務（學說或稱說明義務、告知後同意法則），是指醫師有法律上的義務，透過各種手段與方式，主動將診療過程中的一切醫療資訊，包括病情、治療方案與選擇、背後的利益與風險衡量以及拒絕治療的後果等，對病人進行告知與說明²。

經過醫療資訊的告知，病人在充分理解醫療資訊的前提下，再藉由醫師與病人進一步的溝通與討論，得向醫師提出醫療上的要求，並選擇所期望的醫療方案；病人基於醫師告知病況後的初步認知，也能回饋醫師，作為醫師對病情診斷的重要醫療情報，協助醫師迴避醫療失敗的風險。典型者如，醫師開立藥方前，應事先詢問病人對藥物是否曾有特殊過敏歷史，此項藥物副作用的告知，就是避免引發不良結果的關鍵。因而，醫師的告知義務³，目的是幫助病人深切理解自身病情，以利病人同意或選擇接受醫師提出的各項醫療方案與處置。

賦予醫師告知義務的意義與理由，可能涉及病人接受的診療方案，是否就能獲得自己設想中的利益；同時，在特殊情況下，也會成為操控整體醫療行為結果成敗的關鍵因子。總之，從醫師

² 關於告知義務的詳細說明，參陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（上），月旦法學雜誌第178期，2010年3月，頁229；吳志正，解讀醫病關係II—醫療責任體系篇，元照，2006年9月，頁91以下；劉文瑤，醫事法要義，合記圖書，1999年11月，頁212以下；黃丁全，醫事法，元照，1995年11月，頁243以下；楊秀儀，美國「告知後同意」法則之考察分析，月旦法學雜誌第121期，2005年6月，頁138以下；曾淑瑜，醫療倫理與法律15講，元照，2010年4月，頁34以下。

³ 要強調的是，告知義務的主要說明人是醫師；護士僅是醫療輔助人，雖能補充說明，但其效力不能替代進行醫療行為的醫師。參Schönke/ Schröder/ Eser, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., 2010, §223, Rn. 40.; 王皇玉，論醫師的說明義務與親自診察義務—評九十四年度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269-270。

的告知到病人同意，就是要求醫病關係必須緊密溝通，才能在醫療過程中，找出病人追求的價值利益。從法律制度的觀點，儘管各國法律規定有所差異，但以知情同意為核心內容，是大致相同的：「有決定能力的病人在被告知有關自己病情、治療的足夠資訊的前提下，有權自己決定是否接受治療、在哪治療、選擇治療方案、拒絕治療等⁴。」

以下，先就告知義務的法律規定進行介紹，再依序說明其法理、範圍以及法律效果。

一、告知義務的法律規定

早於 1986 年，我國醫療法訂定之初，第 46 條就規定「醫院」實施手術時，應讓病人簽具手術同意書及麻醉同意書；簽具前，應說明手術原因，手術成功率或可能發生之併發症及危險。另外，同法第 58 條規定，醫療機構診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針及預後情形。從這兩條雖可看出告知義務若隱若現的身影。不過，由於規範主體仍設定為「醫院及醫療機構」而非醫師，當時並未引起醫師或司法實務的關注。

直到 2002 年開始，醫師告知義務的履行逐漸受到各界重視，反映在法律上的樣態也呈現較為多樣⁵，如醫師法第 12 條之 1 修正規定「醫師」診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治

⁴ 侯英冷，醫療機構、外科醫師與麻醉科醫師之說明義務—最高法院九六年台上字二四七六號判決簡評，台灣法學雜誌第 107 期，2008 年 6 月，頁 292 以下。

⁵ 有論者細微觀察指出，台灣告知義務的發展有獨特的脈絡，與西方國家先存於醫療倫理，然後體現在法律上不同，台灣是從醫療糾紛出發及有法律規範後，幾乎全盤接受「告知後同意法則」再推動醫療倫理的提升。可參楊秀儀，告知後同意之倫理法律再思考：縮小理論與實務的落差，月旦法學雜誌第 162 期，2008 年 11 月，頁 15。

療方針、處置、用藥、預後情形及可能的不良反應。緊接著，於 2004 年為了進一步深化告知義務的履行效能，修正醫療法第 81 條（原第 58 條），要求醫療機構診治病人時，除向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針外，為使病人對病情及醫療更為瞭解，更加配合治療計畫，達到治療效果，關於「處置、用藥及可能之不良反應」等事項亦須告知。本規定與醫師法第 12 條之 1 同為通則性規定。臨床上，凡涉及醫師（醫療機構）對病人的診療行為，原則皆須遵守該等規範要求。

除了上述的通則性規定，對於身體健康具有侵入性的醫療行為，最主要是醫療法第 63 條的規定，要求醫療機構實施外科手術前，應向病人與親屬、配偶等關係人說明手術內容，獲其同意並簽具手術同意書及麻醉同意書後，始得為之；且針對侵入性身體檢查，依醫療法第 64 條規定，亦須先向病人說明檢查內容，並獲得同意後始得進行。此等同意書的簽具與說明，目的是要求醫師必須採取更慎重的態度來對病人進行告知。這是因為侵入性的醫療，必然會改變病人身體外觀，形成身體完整性的損害；實施後的各項併發潛在風險也遠高於一般醫療行為。因此，為維護病人權益，法律必須要求醫師在進行這類醫療行為時，更詳細的告知病人必須承受的侵襲損害與可能負擔的潛在風險。

此外，我國法律也針對個別情況的侵入性醫療處置，衡量其特殊性，設計不同的告知內容與方式；例如，關於非傳統治癒性質的醫療援助行為者，如器官摘取行為，於人體器官移植條例第 9 條第 1 項特別規定，要求醫師在手術前必須針對摘取器官的範圍、過程、可能的併發症與危險做出告知說明，藉此確保捐贈者是在充分理解捐贈意義的情形下，自願同意移植手術的進行。對於結紮或人工流產等促進家庭健康與幸福生活的醫療行為，優生保健法第 11 條規定，醫師發現有妨害病人優生的遺傳性、傳染

性疾病或精神疾病病人，應將實情告知病人或其法定代理人，並勸其接受治療。但對無法治癒者，認為有實行結紮手術之必要時，應勸其施行結紮手術；孕婦施行產前檢查，醫師如發現有胎兒不正常者，應將實情告知本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產。這是目前醫療法規中，對於醫師進行侵入性醫療行為時，賦予告知義務的典型規定。

最後，醫師為了研究新知者，時常進行如探查藥物效果反應的人體實驗，依醫療法第 79 條規定，醫療機構施行人體試驗時，應告知試驗目的及方法、可預期風險副作用及效果、其他治療方式等，必須取得接受試驗者的書面同意。安寧緩和條例第 8 條則規定，醫師於末期病人實施安寧緩和醫療時，應將治療方針告知病人或其他家屬等等。這些牽涉病人生命或身體造成權益危害的醫療行為，也同樣需要醫師履行審慎詳盡的告知義務。

二、告知義務的核心法理--病人自主決定權

一般認為，當代臨床醫學倫理的原則是：尊重自主原則、行善原則、不傷害原則，以及公平正義原則⁶，而病人知情同意的倫理上期待，係來自於尊重自主原則。從法律的規範精神觀察，法律明文要求醫師須履行告知義務後的法理依據，究其背後的核心法理，乃在於病人自主決定權的展現⁷

⁶ 參曾育裕，醫護法規，五南，2010年9月，頁277-278。

⁷ 參立山龍彥，自己決定權と死ぬ権利，東海大學出版會，2005年10月，頁8；另外，日本學者認為，自己決定自由是日本憲法中，包括思想保障、良心的自由、宗教自由、集會、結社、表達自由，居住、遷徙、選擇職業自由等各種權利的核心。亦即，這些基本自由的前提，就是作為基礎的是自我決定權，如果說個人所信仰的宗教、思想以及個人所選擇的職業或遷徙的地方，都是自我決定權的結果，也就是說，自己決定權是上述自由權的上位概念。參曾根威彥，刑法学の基礎，成文堂，2008年3月，頁51以下。

病人自主（Patient Autonomy）和醫主原則（Medical Paternalism，或譯為父權式醫療），是醫病關係的兩種模式⁸。「病人自主」於 1950 年代之後被提出，成為和「醫主原則」相抗衡的醫療倫理觀。醫界及法界所普遍承認的「告知後同意法則」，就是在賦予病人得以自主地依照其生活型態自由選擇「治療、如何治療」或「不治療」的權利。任何醫療行為都應該取得病人的告知後同意⁹。尤其，透過告知後同意法則，將病人自主決定權體現現在法律上¹⁰，才得以確保病人的自主決定權；至於自主權的進一步落實，則是衡量國情與不同醫療領域的特色，進行更精準的立法設計。

以我國上述相關法律規定為例，都是病人自主決定權在法律層面的具體化，其背後的思考脈絡，除源自對傳統父權醫療決策模式的反動外，最重要的精神內涵則是充分尊重病人對身體、生命及人格尊嚴伸展的自主權利，這些都是源於人性尊嚴的法理¹¹。

按病人自主決定權的精神，體現醫師不再扮演主導醫療行為的角色；取而代之者，是「病人自身」應當有權透過醫師對各種

⁸ 由於醫師和病人的關係類似父親與子女，許多醫療的模式多是醫師主導，病人遵從，故稱為「醫療父權」或稱為「醫主」。因而如果在醫病互動過程中，醫師有完全主動的權威，病人只是被動的遵守醫師的處置，便與古時候的父權主義類似。不過，此種互動模式於急診治療狀況下，例如，嚴重外傷、昏迷以及手術中或麻醉中病人之意外狀況時，就必須採取「極端的醫主」，此種治療上的特權，也稱為「專斷的醫療行為」。可參楊秀儀，同前註 2，頁 141-142。

⁹ 參楊秀儀，誰來同意？誰作決定？從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察，台灣法學會學報第 20 期，1999 年 11 月，頁 367-406。

¹⁰ 參植木哲，医療の法律学，2 版，有斐閣，2003 年 9 月，頁 125-126。

¹¹ 要求病人對侵入性醫療行為的同意，乃立基於德國基本法第 1 條人性尊嚴及第 2 條第 1 項的自己決定權的保護法理。Vgl. BGH, NJW 1989, S.1535; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2 Aufl., 2010 S.199, Rn.7; 山中敬一，医師の説明義務（1），關西大學法學論集第 61 卷第 6 号，2012 年 12 月，頁 8。

治療計畫的充分說明來共享醫療資訊，並能選擇符合自己最佳利益的醫療方案，當然也有權拒絕接受任何治療。因此，在施行一切醫療行為前，醫師以專家身分，視病人為獨立自主的個體，而病人也尊重醫師的專業權威，彼此互相尊重彼此的人格及價值觀。有關病人的醫療決策，係由醫師與病人共同討論後決定，其互動模式就如理性成人間的對待關係，是一種尊重自主權的共同參與模式的醫療過程。

誠然，醫師履行告知義務的主要目的，是確保病人能經由同意以維護自主決定權，因此，同意的「真摯性」就顯得十分重要。至於該如何確保醫療行為前，病人同意是出自於內心真摯的意思表示，就必須透過告知同意原則內涵中，「醫師告知義務」的規範制度設計達成，故在告知同意法則中，要確保病人能有效同意，醫師告知義務的履行，成為本原則中的核心概念¹²。

進一步來說，是否接受醫療行為的決定，在於醫師的充分告知，因為病人本身囿於資訊落差的緣故，一旦醫師的告知說明沒有明確或過於簡略，就可能因錯誤解讀而做出非真摯性的承諾或選擇。此時，從刑法保護法益的立場言，醫師可能會因此被評價為傷害¹³。由此可知，醫師告知義務的確實履行，才能確保病人

¹² Fischer/ Schwarz/ Dreher/ Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl., 2011, §223, Rn. 9.

¹³ 參陳子平，刑法總論，元照，2008年9月，頁278；山口厚，刑法總論，有斐閣，2007年4月，頁108；山中敬一，刑法總論，成文堂，2008年3月，頁561-562。另外德國實務見解，從早期（etwa BGH, Urteil vom 28.11.1957 - 4 StR 525/57; BGH, Urteil vom 01.02.1961, 2 StR 457/60）至近期（etwa BGH, Urteil vom 20.01.2004 - 1 StR 319/03; BGH, Urteil vom 05.07.2007 - 4 StR 549/06）皆認為，任何醫生的醫療行為，不論是否依照醫事法規，亦不論結果是否成功，皆該當德國刑法第223身體傷害的構成要件，有病人的承諾才能阻卻違法，因此在不能獲得病人的同意時（例如失去意識，並且情況緊急），則可適用推測的承諾（mutmaßliche Einwilligung） dazu BGH, Beschluss vom 25.03.1988 - 2 StR 93/88。不過，德國學術界也有不同看法，認為決定的重點，不在治療的個別行為（開刀、注射等），而應該由整體結果觀察，認

的真摯承諾。當然，醫師告知義務的背後，也能理解是一種專業資訊衡平性的要求；否則在醫療資訊不對等的情况下，很有可能導致醫療行為走向傷害病人、失敗醫療或違反病人意志的不幸結果。

三、告知義務的標準與範圍

醫師的告知義務既然已在實定法中確立，醫師實施各種醫療行為前，就有義務針對病人進行告知。至於何者應告知，何者不需告知，如何清楚劃分醫師告知義務範圍，以下先說明學說嘗試提出的各項醫師告知義務標準，作為判斷醫師告知程度與範圍時的依據。之後，再對建構告知義務範圍的重要部分進行說明。

(一)告知義務的標準

有關醫師告知義務的標準，目前普遍受到探討與提出的，分別為：「理性醫師標準說」(reasonable doctor)、「理性病人標準說」(reasonable patient)、「具體病人標準說」(concretely patient)以及「折衷說」(compromise)等四種標準¹⁴。這些不同的標準，主要差異在於醫師告知義務的程度與範圍，背後體現的則是醫師專業父權主義與病人自主決定權的拉扯。

為醫生致力於病人身體健康的再造，最起碼減少了身體的負擔，而不該當傷害罪的構成要件。Fischer/ Schwarz/ Dreher/ Tröndle, a.a.O. (Fn.12), § 223, Rn.11; Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praixkommentar, 4. Aufl., 2009, § 223, Rn.9 ff.; Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2011, § 223, Rn.8.

¹⁴ 參陳子平，同前註2，頁235以下；王皇玉，同前註3，頁269以下；吳俊穎，醫師告知義務急速擴張的時代—法界的期待與醫界的臨床實務之間的鴻溝，法學新論雜誌第14期，2009年9月，頁92以下；楊秀儀，同前註2，頁144以下。

「理性醫師標準說」是指醫生的說明程度與範圍，應由醫師考量專業與合理來決定。依據專業，凡一般理性的醫師，在具體的醫療範圍內，於合理判斷下應對病人說明的事項，就應加以說明。本說主要認為，醫師該對病人說明何種醫療資訊，或省略不說明，皆由醫師自行判斷，這是偏重醫療父權主義的論述。依照這個說法，病人的意見往往受到忽略，醫生成為病人獲得醫療資訊的唯一判斷者。適用此標準時，檢驗醫師是否履行告知義務，病人必須尋求其他醫師的「專家證詞」，證明在相同情況下，醫師是否沒有提供一位專業醫師所應提供的充足資訊¹⁵。

相較於理性醫師標準說，「理性病人標準說」則是強調，一個理性病人作出醫療決定前，會需要何種重要資訊。亦即，從病人的觀點出發，凡在醫療過程中一般理性病人，所視為重要的醫療事項，就應說明之。換言之，為了讓病人真摯同意醫療行為的施行，病人有權透過醫師的告知來獲取一切相關的重要資訊，醫師應該說明各種建議方案固有的潛在風險、有無其他更新或成功率更高的醫療技術，為何未使用或哪些醫院或醫師曾經使用過，病人一旦拒絕治療的可能後果等，只要與病人的「自我決定權」息息相關的醫療資訊，即應告知¹⁶。必須注意的是，本說仍是一種客觀化的標準，病人基於自主決定權所要求醫師的告知事項，必須是一般理性病人都會做出同樣的要求¹⁷。

在理性病人標準說偏重病人自主決定權的思維發展下，有所謂的「具體病人標準說」。本說認為，醫師告知義務的內容，應

¹⁵ 參陳子平，同前註2，頁235。

¹⁶ 參許辰舟，醫療過失刑事審判實務動向與理論之對照觀察，法官協會雜誌第9卷第1期，2007年6月，頁89以下。有關違反說明同意原則之民事責任之新思維，係重新檢討醫療過失中之固有侵權責任，並強調應重視醫療無因管理並擴大其適用範圍。詳細說明，參吳志正，同前註2，頁423以下。

¹⁷ 參楊秀儀，同前註2，頁145。

該從個案具體情況中，考量當下病人的獨特價值觀的需要來做決定。亦即，就病人的個別差異，就其醫療處置的具體事項，凡病人本人所視為重要的事項，就應說明。醫生要告知的內容，就是具體個案病人應該重視、希望瞭解的情報，而非用一般性的角度來思考病人理性的需求¹⁸。本說雖最為尊重病人的自主權，但也造成醫師很大的負擔，因為醫師必須依據病人的主觀標準來劃定告知義務的範圍及程度，實屬過於沈重。

從保護病人自主決定權的角度來說，無論是理性病人標準說或具體病人標準說，都是以病人為中心的思考，對病人應較為有利。但是，理性醫師標準說的立意，亦非無理，很多情況下，過度偏向病人的自主決定，可能會因醫師費心說明而妨礙醫療效率、錯失治療的最佳時機。因此，學說上又提出了「折衷說」（亦稱雙重標準說）的看法，認為應同時考慮醫師與病人雙方立場，除了一般理性病人所視為重要的醫療處置事項應加以說明外，還應在醫師可預見的範圍內，說明具體的個別病人視為重要的事項。在個別診療過程中，醫師若能預見有關病人自主決定權的所有重視資訊，醫生對這類資訊就有告知義務¹⁹。因而本說重視病人的自主決定權與醫病雙方之溝通及協調，係較為合理的看法。

（二）告知義務的範圍

必須注意的是，學理針對告知義務所提出的各項標準，實際操作上，仍舊難以建立一個明確的告知範圍。畢竟，縱使採取「折衷說」的看法，仍會要求醫師必須在可預見的範圍內，告知一切攸關病人自主決定權的重要資訊。如此一來，一旦預見範圍的解

¹⁸ 參吳志正，同前註2，頁46；王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第36卷第2期，2007年6月，頁70；陳子平，同前註2，頁236。

¹⁹ 參吳志正，同前註2，頁45。

釋角度過於偏向病人，告知義務的範圍就會漫無邊際，甚至變成沒有意義。例如，蛀牙拔除可能會影響美觀，是否為醫師應告知的範圍。站在病人的立場觀之，很可能就是影響病人是否選擇進行拔除的重要資訊，但回歸醫師的立場，蛀牙拔除與美觀與否，恐怕很難說是牙科醫師基於專業必須預先設想應該告知的事項。

因此，告知範圍的確立，除了藉由學理提出的折中標準為基礎外，仍須透過臨床醫療經驗與集合個案後的類型化，從中找出告知範圍的外延輪廓。換言之，若從病人自我決定權的精神出發，醫師應當「預見」且攸關病人自主決定權的告知事項；這些事項²⁰，首先是「醫療診斷的說明」，指醫師必須告知一切診斷結果所獲得的醫療資訊。尤其，診斷資訊若是病人決定後續是否繼續接受醫療行為的重要基石，醫師就有義務詳細說明。其次，是「醫療過程與效果的說明」，係指接受醫療行為步驟與過程的說明，以及不接受治療風險的告知。例如，侵入性醫療行為的說明，範圍必須包括手段種類、難易度、創傷範圍、實施方式與疼痛程度以及可能出現的副作用等結果。最後，醫師必須就病人允諾接受的醫療行為，詳盡告知各項的風險評估，是為「醫療風險的說明」。必須注意的是，該風險的告知須是必然形成的損害或幾盡發生的風險，例如，具有很高機率或普遍性的手術併發症等。

誠然，我國實定法也有設法對於告知義務的範圍進行規範，相關規定認為醫師告知義務的範圍，基本應該包括：病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能的不良反應等（參照醫療法 81 條、醫師法第 12 之 1 條）。然而，此等要求屬於原則性的例示，並不表示可以排除其他告知內容。因此，告知的內容及範圍

²⁰ 這些說明義務的內容與德國及日本學說的見解大致相同。參 Fischer/ Schwarz/ Dreher/ Tröndle, a.a.O. (Fn.12), § 228, Rn. 13; 金川塚雄，医療における説明と承諾の問題状況-醫師の説明義務を中心として，医事法學叢書（3）：医事紛争・医療過誤，日本評論社，1986年8月，頁227。

為何，該達到何種程度才能視為告知義務的確實履行，由於醫療行為的多樣與複雜，很難透過相關的法律或醫療準則，來界定個別醫療行為的告知內容與程度。不過，若從病人自主決定權的觀點出發，且從醫師的醫療診斷、行為過程、醫療危險等三大方向持續探究²¹，想必應當能獲得較為穩固且明確的告知範圍。

四、告知義務的履行及其違反的法律效果

告知義務的履行，有形式上與實質上的兩種情況。早期的告知程序傾向形式上的告知，有如手術同意書的簽署。實務上往往也只要求醫師取得病人或家屬的手術同意書或麻醉同意書，在法律上就逕認已得病人同意²²。但是，實質的告知，以實質上已予說明為必要，且要求主治醫師親自說明²³。由於病人有效同意的基礎，是醫師詳細的說明。亦即，除了原有的特定醫療處置外，醫師仍須提供病人不實施該醫療處置，或其他可替代方案的選擇等醫療意見²⁴。如果只是向病人提出標準化、定型化的病人同意書，並得到簽名，並不能因此而使病人的同意生效²⁵。因而若僅

²¹ 相關學說及文獻，除了本文註 2 所引之資料外，亦可參 Schöch, Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen, in: Roxin/ Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., 2010, S. 67 ff.; Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztstrafrechts, §139, Rn. 38.; Schönke/ Schröder/ Eser, a.a.O. (Fn.3), § 223, Rn. 40 ff.; 山中敬一, 同前註 11, 頁 13。

²² 參張家琦, 醫療糾紛民事責任與訴訟實務, 法官協會雜誌第 9 卷第 1 期, 2007 年 6 月, 頁 44。

²³ Schönke/ Schröder/ Eser, a.a.O. (Fn. 3), § 223, Rn. 40.

²⁴ 因若病人未被詳細告知治療方法、過程、結果、風險及可能的替代方案，會產生意識的錯誤，即便已為同意，亦可能失效，病人同意的有效性，取決於醫師是否已善盡告知義務。Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 11. Aufl., 2010, S.103, Rn.15.

²⁵ 同意，只能是自願、認真、並且對於情狀有認識所為清楚的承諾。vgl. Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 52 Aufl., 2009, §81c, Rn.3; 類似看法，參

令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務（參照最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決）。

實質告知義務之目的，在於使病人明瞭身體健康狀況、不治療之後果、其他治療選擇、治療可能預見的後遺症及危險性、以及治癒的或然率等，讓病人及其家屬做最後的決定，並對一定的處理措施表示同意。因此，在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務，這就是「理性病人標準說」的實踐。

簡言之，告知義務的履行，是指醫師應將屬於告知事項範圍的所有內容，對病人進行說明。不過，某些情況下，因醫師說明不夠充分，造成病人的資訊不足，無法適切判斷醫療行為是否妥當，若事後發生意外，醫師可能因此負擔法律責任。因此，法律必須提供一個標準來劃定責任範圍，用以判斷醫師是否向病人提供了足夠資訊。醫師因違反相關告知義務的法律，所衍生的法律效果，除了行政懲處、民事責任外²⁶，還有可能構成刑法上的犯罪²⁷；特別是，若將告知義務視為醫師應遵守的醫療準則時，未盡告知義務將可能被視為未盡注意義務，而有可能成立過失犯罪²⁸。以下針對是否應該負擔刑責，加以說明。

一般而言，當醫師履行實質的告知義務後，也得到病人的有

黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2012 年 3 月，頁 313-314。

²⁶ 主要是指，若醫師違反說明義務，不論屬於締約過失之說明義務或積極侵害債權之說明義務，或者係違反安全說明義務而成立不良給付或保護義務之違反，醫師都會成立積極侵害債權之責任，從而有類似我國民法第 227 條以及 227 條之 1 的適用。參李伯章、曾平杉，醫療紛爭在臨床醫學與法律實務的探討，新學林，2010 年 1 月，頁 208 以下。

²⁷ 有學者認為醫師侵害病人自主權時，醫師宜應只負民事責任。參陳聰富，醫療行為與犯罪行為，告知後同意的刑法上效果（下）月旦法學教室第 76 期，2008 年 7 月，頁 75。

²⁸ 參松宮孝明，過失犯論の現代的課題，成文堂，2004 年 2 月，頁 154 以下。

效同意，這將使得醫療行為取得合法化的依據，而屬於刑法第 22 條的業務上正當行為²⁹。這屬於病人以其有效的承諾，放棄刑法對其身體法益侵害保障的法理³⁰；換言之，有效的承諾（同意），建立在充分告知醫療內容與風險的前提。因為醫療行為正當性的基礎，必須主觀上出於醫療目的，客觀上遵守醫療準則，且行為上達到符合具有醫學指標（medizinischen Indikation）之行為³¹。

以「侵入性醫療行為」來說，醫師雖然對病人進行說明，但根本未取得病人同意，或實施的醫療行為與告知病人的內容完全不同，或超越病人同意的醫療範圍時，縱然醫師是出於醫療目的，其行為也符合醫療技術正當性，仍不得認為病人有真摯承諾放棄刑法對其身體法益的保障，如發生醫療所導致的傷害，就不得依據業務正當行為來阻卻違法³²。畢竟病人會同意接受醫療行為的初衷，是建立在信賴醫師專業醫療行為能合乎醫療常規，並經理性衡量後認為，接受醫療行為有助於自身健康利益³³。

但是，醫療過程瞬息萬變，法律仍必須賦予醫師醫療裁量與決定的權限，而得以免除告知義務。因此在特殊情況下，法律規定醫師得逕行實施醫療，如醫療法第 63 條第 1 項但書規定，在緊急情況下，可以免除醫師的告知義務。有關於此，實務也曾清

²⁹ 參甘添貴，治療行為與傷害，月旦法學教室第 15 期，2004 年 1 月，頁 18-19；甘添貴，刑法總論講義，瑞興，1992 年 9 月，頁 130、140；張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2012 年 9 月，頁 218 以下；陳子平，同前註 13，頁 277-278。

³⁰ 參アルピン エーザー 著，上田健二、淺田和茂編，先端医療と刑法，成文堂，1990 年 6 月，頁 18。

³¹ Vgl. Fischer/ Schwarz/ Dreher/ Tröndle, a.a.O. (Fn.12), § 223, Rn. 13; Schönke/ Schröder/ Eser, a.a.O. (Fn.3), § 223, Rn. 34f.00.

³² 參山中敬一，医療侵襲に対する患者の同意，關西大學法學論集第 61 卷第 5 號，2012 年 10 月，頁 24 以下；蔡振修，醫事過失犯罪析論，醫事法律學會，1996 年 6 月，頁 122-123；王皇玉，同前註 3，頁 266 以下。

³³ Vgl. Fischer/ Schwarz/ Dreher/ Tröndle, a.a.O. (Fn.12), § 223, Rn. 13.

楚說明「……在緊急情況下就多重療法之選擇；根據醫學上知識與經驗，為防止病患面臨死亡危險或身體健康上重大危害者；完全說明，對病患精神造成重大負擔，而得以預測治療結果將蒙受鉅大損傷者……等。」³⁴，可以選擇不告知。

更具體的說，具有醫療情況急迫性，可以不告知。因為如果花費太多時間解釋病情或是讓病人及其家屬陷於猶豫，恐有延誤病情之虞時，得免除告知義務³⁵。因為緊急的醫療救助，是推定一般人在這種情況下都會同意醫師先作緊急救治³⁶。不過，此種緊急的醫療救助，必須是病人有顯然、而且立即的生命或身體的威脅，若要得病人同意，將會嚴重損及病人康復的希望，在病人明顯無法行使同意權等例外緊急情況時，才能以「推測的承諾」阻卻違法³⁷。

值得注意的是，近來，德國實務為緩解醫師違反告知義務認定過苛的態勢，聯邦最高法院提出「假定承諾」的概念³⁸，希望合理節制告知義務與刑事責任彼此間的關聯。「假定承諾」是指，醫師未充分履行告知義務時，病人的承諾將是一個欠缺真摯性的無效表示。但是，若從事後客觀的角度觀察，假如經過醫師適當且充分的告知，病人必定也會應允時，該承諾瑕疵將會得到治

³⁴ 參最高法院 99 年台上字第 558 號判決。

³⁵ 惟需注意，此時因急迫所進行之醫療行為，不能逾越必要的範疇。vgl. Mitsch, Die mutmaßliche Einwilligung, ZJS 2012, S.41.

³⁶ 參曾淑瑜，醫師之說明義務與病人之同意，法官協會雜誌第 9 卷第 1 期，2007 年 6 月，頁 75；楊秀儀，告知後同意法則之司法實務發展—最高法院 94 年台上 2676 號判決評釋，台灣本土法學雜誌第 73 期，2005 年 8 月，頁 214；飯塚和之，說明義務の減輕・免除年報，医事法學第 8 号，1993 年 9 月，頁 99 以下。

³⁷ 參佐久間修，刑法總論，成文堂，2009 年 8 月，頁 198-199。auch vgl. Rudolphi, Fälle zum Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2000, S.68.

³⁸ 有關假定承諾在德國法上發展的過程，參 Albrecht, Die “hypothetische Einwilligung” im Strafrecht, 2010, S. 33 ff.

癒，得以阻卻違法³⁹。

必須說明的是，推測承諾與假定承諾兩者不同⁴⁰。前者的具體情狀是，病人意識不清，「客觀」無法承諾時，才會交由專業醫師來形塑與推測病人的醫療利益。相對的，假定承諾的處裡者，則是正常狀況下的病人，醫師因瑕疵告知所導出的瑕疵承諾，基於假定回溯而視為有效，完全是一種出自平衡醫師告知義務與刑事責任兩者緊張關係的合目定性思考⁴¹。本文認為，假定承諾並無推測承諾般，已受刑法學理長久的深化與肯定。為求審慎，考量醫療活動的特殊性，假定承諾的適用，目前限縮於告知義務與病人承諾的情況，應較適宜。

若對病人有不良影響，也可以選擇不告知：基於醫事人員的專業，醫師認有告知病人一部或全部資訊，將有害病人整體利益時，亦可不告知。此情況是指醫師預料若對病人告知診斷的結果，可能使病人受到精神上打擊而影響治療，甚至會帶給病人的生命與健康重大危害，醫師基於醫學上的判斷而選擇不對病人說明治療的情形⁴²；此種治療上的特權稱為「專斷的醫療行為」，屬於醫師裁量的範圍，但也只有在可能造成病人重大且不能回復的健康傷害時，始可免除告知義務。如果過度擴張醫師的裁量權，將使醫師的說明義務成為具文，病人的最終決定權也被剝奪⁴³。

³⁹ 假定承諾的概念是否妥適，德國學界也有爭議，學者及文獻多持反對意見。

Schönke/ Schröder/ Eser, a.a.O. (Fn.3), § 32, Rn.54.

⁴⁰ 就推測承諾的情形，病人完全沒有被詢問的可能性；與之相反，假定承諾則沒有急迫性。vgl. Kindhäuser, a.a.O. (Fn.13), § 19, Rn. 15.

⁴¹ 例如：醫師為病人執行手術時，發生了醫療疏失，為了對此隱瞞並做出補救，在沒有陳述真實理由之下，獲得病人的同意，進行第二次的手術；病人之後對此表示，他如果被告知事實的情況，也會對該手術同意。vgl. Rengier, a.a.O. (Fn.24), S.104, Rn. 19.

⁴² 參久々湊晴夫，やさしい医事法學，成文堂，2007年5月，頁110以下。

⁴³ 參甘添貴，專斷醫療與承諾，月旦法學教室第17期，2004年3月，頁20；陳子平，醫療上「充分說明與承諾（Informed Consent）」之法理，東吳大學

此外，基於公共利益的理由，病人必須接受法律所規定的強制性醫療行為，此時病人的自我決定權已被否定，醫師得以免除告知義務，如病人罹患傳染性疾病，為避免其他人被感染，不能依病人意願決定是否接受治療、罹患 SARS 的病人，有限制行使自主權的必要等。此外，如傳染病防治條例第 29 條的強制就診、檢查、隔離，及精神衛生法第 22、23 條的強制就診、強制住院等，均屬行政上的強制措施，此時的醫師便得以免除告知義務。

總之，告知義務的重要性日益重要，反映在訴訟上就是，對醫療行為有爭議的病人或家屬，越來越傾向以醫師告知義務的違反提起訴訟。因為，對於醫療行為是否疏失或違反醫療常規，不是病人所能掌握，也很難舉證，故在訴訟策略上，病人改以醫師未盡告知義務當作訴訟武器的情形也就越來越普遍⁴⁴。台灣於 2000 年前後開始，醫療糾紛的司法實務中呈現許多這種現象。以下分析告知義務在刑事醫療判決中的角色變化。

參、告知義務的萌芽期

大約 2001 年至 2004 年左右，屬於司法實務有關告知義務的萌芽期。這段時期的審判實務，開始針對醫師是否履行告知義務，表達判決的看法。不過，整體來說，法院仍不重視醫師有否對病人說明病情，忽略告知義務在醫療糾紛上的重要性，對於醫師究竟有無善盡告知義務，採取形式的判斷，且較輕忽告知義務

法律學報第 12 卷 1 期，2000 年 2 月，頁 65；Vgl. Fischer/Schwarz/Dreher/Tröndle, a.a.O. (Fn12), § 223, Rn. 11；町野 朔，患者の自己決定權，医事法學叢書（1）：醫師・患者の關係，日本評論社，1986 年 8 月，頁 48-49。

⁴⁴ 在德國也呈現這種醫療糾紛的訴訟策略，vgl. Tröndle, Selbstbestimmungsrecht des Patienten-Wohltat Plage? MDR 1983, S. 882; auch Lilie/Orben, Zur Verfahrenswirklichkeit des Arztstrafrechts, ZRP 2002, S. 156.

與醫療過失刑事責任之間的關係。

告知義務的概念於此時期的判決中，雖已屢次被提及，不過，告知義務在萌芽期中仍究僅是邊緣角色，法院往往將其與過失責任的判斷核心脫鉤處理。此由最高法院 92 年度台上字第 1423 號判決的「切除子宮卵巢案」，可以看出當時實務判決的態度。

1993 年，A 女曾因腹痛，至某醫院檢查身體，超音波掃描診查發現係子宮頸發炎，經由電燒而痊癒。之後，同年 6 月 A 女又至該醫院門診，B 醫師診斷 A 的輸卵管積水，並表示可以開刀診治，A 乃「同意」B 醫師施行手術將積水導出輸卵管。翌月進行手術，B 醫師將 A 的子宮與兩側卵巢均予以切除，造成 A 喪失生育機能，遂生爭端，對 B 醫師提起自訴。

該案被告醫師 B 的醫療行為，經醫事審議委員會、婦產醫學會等鑑定，均認為醫療行為並無疏失，為合法治療的必須手段。主要爭議在於「醫師的告知與病人的同意」。對此，最高法院認為，「手術及麻醉同意書上，明確載明日期為八十二年七月三日，並有上訴人、○○○（按：上訴人的配偶）之簽名署押……，足徵同意書係上訴人手術前，即由醫院交給病人及家屬簽署完成。」並由此推論，醫師已盡告知義務，且獲得病人的手術同意。

惟應注意的是，當時的手術同意書並無記載病名或術式，但是最高法院認為「同意書上未記載病名與術式，要係○○醫院行政管理作業之疏失，尚難執該同意書記載簡略，即推論被告於手術前，並未徵得上訴人同意。」也就是說，手術同意書雖然沒有記載清楚，但與醫師是否告知無關，純係醫院行政作業的疏漏；且既然病人已經在手術同意書上簽署同意，當然表示理解同意書內容並表示同意。這個時期的判決特色有二：一是「只要有病人簽署同意的形式，就推斷醫師就已履行告知義務」；二是「不重

視告知義務與刑事責任的關連，認為違反告知義務僅與民事責任有關」。

一、以書面簽署替代告知義務

由「切除子宮卵巢案」的最高法院判決不難發現，當時實務對於醫師是否告知，係採取形式認定，只要同意書上具有「被告簽署同意的形式」，就推斷醫師就已履行告知義務。如此一來，等於認同醫師只要拿出手術同意書，給病人簽具後，就視為病人是在理解書面內容的情況下同意進行相關醫療手術或檢查。

偏重形式告知的說明程序，可能是為衡平醫師在醫療活動中所扮演的吃重腳色，若強求醫師對於醫療行為都要進行詳細告知，恐怕會另外造成醫師繁重業務上的過分負擔，同時在訴訟證明中，只要提出同意書來進行證明，也能緩解醫師的舉證壓力。但是，這種認定方式忽略病人的自主權利，病人通常沒有任何醫療知識，都是懷抱著緊張或恐懼的心情進入醫院，必須仰賴醫師的實質告知，才能獲悉自身病況，並進一步參與決定。倘若只有書面的簽具，對病人而言，並沒有任何的實質助益。

在醫師告知義務的萌芽期間，這種形式的告知義務，似屬於實務判決的常態意見。實務判決普遍認為，只要病人簽具手術同意書或麻醉同意書，即可認定醫師已經盡到告知說明的義務。例如，台灣高等法院 90 年度上易字第 425 號判決，「惟本院認告訴人已簽具手術同意書，被告之前既已為被害人○○○施行其他手術，告訴人亦是對被告有信任之情形下始進行本件之手術，且被害人進行之手術亦有必要等原因，認定被告應有告知告訴人手術……。」該判決實際上沒對是否告知進行詳斷，而是因「已簽具手術同意書」且「進行之手術亦有必要」，認定被告醫師已盡

告知義務。

又如，台灣高等法院 90 年度上訴字第 767 號判決更指明，如果對於手術同意書「有任何疑慮或不瞭解，病人或家屬有權要求醫院醫師詳細說明，如果病人或家屬簽署同意書，自然表示對同意書所列載事項瞭解，並同意，才可簽署。」此判決意味著，病人及其家屬當然是對醫師的告知內容，以及同意書的內容均瞭解之後，方才簽署同意書。換言之，病人或家屬簽署同意書，「自然表示對同意書所列載事項瞭解，並同意」，成為醫師是否已盡告知義務的判斷標準，並影響地方法院的見解，如基隆地方法院 91 年度自字第 68 號判決，「若被告未曾於手術前告知自訴人與其妻手術的原因與可能的併發症等事項，自訴人與其妻豈會貿然在『○○醫院手術同意書』上簽名。」又如，新竹地方法院 92 年度聲判字第 23 號裁定，肯定檢察官不起訴處分書的認定，「被害人家屬○○○已於手術前在載明『病人○○○，……』之手術同意書上簽名，……對此關係親人生命安危之重要事項，焉有不詳加探究即任意簽字之理？是尚難僅憑證人○○○之證詞即認被告○○○未盡告知家屬義務。」亦認為既經家屬簽署，醫師即盡告知義務，而裁定駁回聲請人之聲請交付審判。

二、違反告知義務僅與民事責任有關聯

以形式認定的告知義務，反映在未履行告知義務的效果上，也顯得消極。這個時期的醫療實務，雖然奉行「告知後同意」的醫療準則，在醫療法中也有規定（2004 年 4 月醫療法修正前，規定於醫療法第 46 條），但司法實務上，並不重視告知義務與刑事責任之間的關聯。此由「切除子宮卵巢案」的最高法院判決即可發現，醫師告知的模糊或醫療行為同意書的疏漏，皆與醫師的

刑責無關。

當時實務判決的立場，普遍地不重視「告知義務與刑事責任的關連」。這個現象在台灣高等法院台中分院 **90** 年度上易字 **1561** 號判決可以清楚察覺。該判決表示，醫師未對病人進行告知的醫療行為，雖然違反醫療原則與醫療法規，但是「醫學上應採取何種醫療行為，得請領多寡之健保費用，均屬自訴人與被告間及被告與健保局間契約約定之範疇，縱使被告有違反醫療契約之約定，乃其是否構成民事上之瑕疵給付，是否應負債務不履行之損害賠償責任，有無違反醫病間倫理準則之問題，要與被告是否應負傷害刑責之認定無關。……刑法第二百七十七條第一項之傷害罪，須行為人主觀上基於傷害他人之身體或健康為構成要件，被告所為本件醫療行為，縱有違反醫療原則，亦非基於傷害自訴人身體或健康之主觀上故意所為。」據此，本判決認為沒有履行告知義務的醫療行為，縱使出現傷害結果，也會因主觀上欠缺傷害故意而不會有傷害罪的該當問題。同時，表明未履行告知義務的效果，應該屬於民事契約瑕疵給付的賠償責任，與刑事責任的成立無關。

相同看法，較為清晰者，如台灣高等法院 **90** 年度上易字第 **425** 號判決，「過失傷害罪，係指對傷害造成之原因有過失，醫師未告知病人手術之內容並不必然發生傷害（並非損害之評估），故民事判決中認定被告未告知一節，縱係實情（與本院之認定不同），亦不能據以認定被告對手術之結果致生傷害一節有過失。」雲林地方法院 **92** 年度訴字第 **185** 號判決更直接表示，「即使被告手術前未予說明，亦僅構成行政處罰，與其罪責無涉」，顯見醫師未履行告知義務的結果，也不必然就會遭受刑事醫療過失傷害責任的追究。台北地方法院 **92** 年度易字第 **2462** 號判決也曾明白表示「醫師未盡說明義務而直接進行醫療行為，與其醫療行為是

否產生傷害結果無涉，是以，就令被告未向告訴人詳細解釋內診之方式及器械，於告知義務上容有疏失，亦難認與本件起訴之傷害結果有何因果關係，難以刑責相繩。公訴人據此認為被告涉有業務過失傷害罪嫌，容有誤解。」

總之，這個時期的實務判決對於醫師違反告知義務所實施的醫療行為，一旦造成病人身體的傷害結果，通常均直接否定醫師有傷害病人身體健康的故意不法；同時認為違反告知義務的效果，僅是民事損害賠償責任問題，與刑責無涉。

不過，忽略告知義務與刑事責任間的判斷，也慢慢有些改變跡象，例如，最高法院 91 年度台上字第 1701 號判決指出，「器官之切除手術，究竟有無經醫院同意？由手術同意書之日期觀察，是否在被告說明根除手術內容之後，經上訴人及其配偶同意之後填載？均非無疑。此與被告是否已盡其實施醫療行為之注意義務至有關係。」表示病人同意否，與醫師是否已盡其實施醫療行為之注意義務有關。亦即，開始考量病人同意與醫師的注意義務有關係，似乎有導引出倘若醫師有未盡告知義務時，也與注意義務有關。之後，告知義務的內涵與效果，隨著實務配合學理調整腳步，而進入發展期。

肆、告知義務的發展期

時間進展到 2005 年，實務終於藉由最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決中的「心導管檢查案」為契機，拋開以往消極態度，對醫師告知義務的履行內容與效果作出明確的論述與定位。約從 2005 年開始到 2008 年，可以說是告知義務的發展期。主要是以本判決的內容為指標，無論有關告知義務的內涵、履行方式或在刑法責任判斷中的定位，都在該本判決催動下，逐漸受到司

法實務的重視。

本案發生於 1996 年，病人 P 在醫院接受心導管檢查，醫師 Q 未告知 P 及其家屬實施心導管檢查的危險性，導致病人因心導管檢查併發症而死亡。Q 辯稱實施前已有告知家屬，病歷中附有「心導管檢查說明書」，說明書上已詳載心導管檢查可能導致的合併症，且 P 的丈夫已於見證人欄內簽名，關於 Q 有無告知危險以及簽名是否就能視同告知義務的履行，遂成本案爭執之點。

對此，最高法院從醫療法第 46 條第 1 項（現修改為醫療法第 63 條第 1 項）關於病人手術同意書簽具規定的立法精神履行告知義務的目的是因為：「...醫療乃為高度專業及危險之行為，直接涉及病人之身體健康或生命，病人本人或其家屬通常須賴醫師之說明，方得明瞭醫療行為之必要、風險及效果，故醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權」

同時，對於 Q 進行心導管手術前，應當告知說明的內容，除過於專業或細部療法外，「至少應包含：（一）診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果。（二）建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊。（三）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。（四）治療之成功率（死亡率）。（五）醫院之設備及醫師之專業能力等事項。亦即在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務；於此，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」

就 Q 僅僅提出手術同意書簽具來證明告知義務的履行，最高法院則認為說明義務應：「以實質上已予說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務。」因此，本案中，法院實際調查的情形是，同意書

是護士交由 P 來簽具，最高法院認定如此難謂 Q 有確實履行告知說明的義務，因而有成立過失犯罪之可能。

從醫病關係的角度觀察，在早期醫師父權主義的主導下，對病人進行的醫療診斷與療法，都由醫師單方片面決定，病人通常沒有置喙餘地。醫師的處置雖然都是專業考慮，是為了幫助恢復病人健康，脫離病痛折磨，但是，侵入性之類的醫療，一旦施加於病人，必然改變身體外觀，對於病人往後的生活安排也會形成重大影響。

因此，醫師從專業考量所形成的醫療決定，若與病人所欲獲取的治療利益不盡相符時，就必須藉由告知義務的履行，讓醫病雙方能有所溝通，才不至於形成醫師與病人間的關係緊張，並導致醫療糾紛，這就是實質告知義務形成的背景。這個時期的判決特色有二：一是「確認告知義務的履行，必須實際為之」；二是「認為違反告知義務幾近於違反注意義務，並極有可能成立過失犯罪」。

一、實質告知義務的落實

(一) 實質告知義務的內涵

針對本判決事實部分，以告知義務的精神來看，心導管檢查具有侵入性質，依現行醫療法第 64 條規定，實施前必須先向病人說明，獲得同意才能進行。不過，是否病人與家屬一旦簽具同意書後，就代表醫師已向病人完整說明，自始免除告知義務，以及告知義務的說明範圍究竟為何，醫師該對病人進行何項告知，本判決均依序明確說明。爾後，本案發回下級審，經審理作成台灣高等法院台南分院 94 年度重上更 (一) 字第 278 號判決，該本判決對於最高法院認為前審未調查釐清醫師是否有盡實質告知義

務的指摘，回應：「衡諸常情，心導管檢查乃對人體之侵襲性檢查，一般民眾對於其自身或家屬欲進行此類需經麻醉之檢查，應會慎重其事」因此，本判決認為 P 既於檢查說明書上簽名，依經驗法則，當可認定 P 簽具時已能理解檢查時可能引發的風險，P 指稱 Q 於檢查前未盡告知義務，並無積極證據可佐，自難僅憑其片面之詞而認定 Q 未盡告知義務有過失。之後本案又經上訴至最高法院，做出最高法院 95 年度台上字第 3467 號判決，該判決除了重申最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決對告知義務所劃定的範圍內涵外（如病名、建議治療方案、風險、成功率、醫院設備及醫師專業能力、一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務等），最高法院同時指摘下級審法院所持的經驗法則等推論，並強調實質告知義務的重要性，並再次將本案發回原審調查，釐清 Q 究竟有無對 P 進行實質告知義務的履行。

本判決認為，醫師的告知義務除了對病人進行病情說明外，亦應關心「說明程度」的內容，也就是醫師的告知內容、告知方式，是否能成功無誤傳達至病人內心。告知義務的履行，主要目的是為求病人同意醫療行為的進行。而病人同意與否，則是自主決定權的體現。本判決對於說明程度與內容，具體提出了包括，診斷狀況、治療或替代方案、治療風險與成功率、醫師專業能力，以及在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療可能時，就有說明義務等標準。這些標準，建立了醫師告知義務的內容，同時提供作為往後司法實務認定該案醫師有無履行告知義務的重要參考。

另外，對於告知義務的履行與否，本判決也強調了實質認定的重要性，臨床醫療現場若僅單純出具手術同意書要求病人簽名，及非能視為告知義務的履行。如醫師隨意請求護士轉述病人

應該告知事項，或是口頭草率說明手術內容等，都無法有效幫助病人理解自身處境，以及計算接受醫療措施後的利弊得失。說明程度牽涉的就是實現告知義務，落實病人自主決定權的核心機制，一旦醫師隨意草率說明，病人有聽沒懂，就如同未履行告知義務一般，沒有意義。因此，對告知說明程度的要求，就是確保病人主張自主決定權的重要前提，也是本判決的論述核心。

雖然，最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決的作成，重新定位了告知義務在刑事醫療判決訴訟中的內涵，可稱為具有劃時代的重要意義，本判決除了肯定醫師告知義務的履行，法理精神是源於自主決定權的體現外；更重要的是，對於實質告知與說明程度的重視，幾乎成為之後刑事醫療判決的主要指引。不過，也可能成為許多醫師執行醫療行為時的夢魘，因為如此寬泛的說明義務範圍，恐怕太過嚴格⁴⁵，也不夠明確，使得醫師在執行告知義務時，多感困惑。

(二) 實質告知義務影響後續實務的態度

醫師告知義務的說明與程度，本判決強調的是實質告知義務的履行，若是形式同意書的簽具，並非認定醫師有無盡到告知義務的唯一標準。本判決在實務上頗具指標性，直接影響下級審對

⁴⁵ 有論者對最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決的告知義務認定，以民事判決的角度提出批判；認為說明義務的主體應由主治醫師擴張至住院醫師與護士，說明內容包含醫院所提供的各種資訊，但以病人的病情為限，尤其是「雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險」的標準，對刑事判決的告知義務範圍言，過大且浮動。根據本文觀察，民事判決之所以緊縮告知義務的範圍，是有道理的；因為民事訴訟的因果關係認定不如刑事訴訟嚴格，如果告知義務範圍過寬，對醫師極其不利，因而形成有 74% 判決否定 94 年台上字第 2676 號告知說明的見解；不過，刑事判決因果關係認定較為嚴格，即使醫師告知義務範圍或許較寬，但告知義務的違反並非必然成立過失，所以也不會因而讓醫師陷於容易犯罪的境地。參林萍章，知情同意法則之「見山不是山」—法院近來裁判評釋，月旦法學雜誌第 162 期，2008 年 11 月，頁 35。

告知義務的認知與態度。相類似看法的判決，如台灣高等法院 97 年度醫上易字第 2 號判決對於侵入性醫療手術的告知做出如下闡述：「……醫師要詳盡告知病人或其家屬為何要做該手術、手術風險及優缺點，及不做該手術有無其他選擇，術後的告知義務要告訴病人手術後的狀況如何，及後續應如何追蹤治療，病人要如何配合治療等事項。」明顯是遵從本判決的意旨，希望醫師的說明能做到周全詳盡。其他相同看法者，如台中地方法院 94 年度醫訴字第 5 號、台北地方法院 98 年度醫自字第 3 號、高雄地方法院 99 年度醫訴字第 7 號等判決，都是直接引用本判決看法，一再重申提醒臨床活動中，醫師履行實質告知義務的重要。

值得說明的是，究竟應對病人告知哪些內容，最高法院 94 年度台上字第 2767 號判決分別列舉的五點告知內容，應屬醫師從事各類侵入性醫療行為時，最低度的告知事項，醫師應視個別病人診療情況，進一步擴大告知事項。同樣看法也出現在同年台灣高等法院 93 年度上易字第 2118 號判決當中，該判決認為最高法院 94 年度台上字第 2767 號判決所提出的說明內容，前列的五項基本內容「……仍未將醫師應告知之事項予以窮盡，是則，至何程度始謂已盡告知義務，因具體醫療行為之不同而有不同」

另外，在本判決之後，亦可隱約發現下級法院所受到的影響，開始針對醫師告知義務的內容做出更細緻化的說明，以台灣高等法院台南分院 96 年度重醫上更(一)字第 381 號判決為例，本判決事實是，罹患心臟疾病的病人，昏倒後送醫急診，急診室醫師完成各項檢查後，病人回家即心因性猝死。本案主要爭點，在於醫師是否有盡到告知病人盡快回診深入檢查的說明義務。法院的態度是：「所謂告知『病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應』，須至何種程度，始能謂已盡告知義務，因醫療行為之種類繁多，對於各種醫療行為尚難劃定統一之告知

內容，亦難訂定一抽象標準以作為各種不同醫療行為之告知準則。」]

前開台灣高等法院台南分院判決認為，對於告知義務的內容，很難透過抽象的規範設計來建構醫療常規，劃分統一說明標準。因此，本案判決對於告知義務的程度有進一步區分說明：「診斷與治療既為二不同概念，治療行為如開刀、麻醉、侵入性之治療，對於病人之健康、生命，又常伴隨一定之風險，此一風險又常較診斷行為為高，是就治療行為固可要求醫師盡詳細之告知義務，惟於診斷行為，即不能以同一標準相要求。又醫師診斷過程，依其必要，...除對於生命、身體健康有重大危害之侵入性檢查，醫師應詳為說明各項風險外，如無此種情形，通常僅以告知診斷方式為已足，如不分各種診斷行為之風險高、低，率認醫師均須窮盡說明，致醫師、病人同受其擾，亦不合法定醫師告知義務之本旨。」本判決更是將醫療行為區分為「診斷」與「治療」兩種不同態樣，對於侵入式治療行為賦予醫師詳盡的實質告知義務，告知程度則是透過醫療行為風險的高低進行適度調整。由於本案法官認定醫師已按上述標準，盡到應有程度的告知，故判決被告醫師無罪，本案判決在論理上更精緻些，實屬難得。

總之，此時期的實務認為醫師說明義務，應該注重是否能夠驗證之說明義務的實踐。這是實質告知說明義務的精神，其說明程度上，至少要求醫師對具有侵害身體或生命重大風險的醫療行為，必須親自且充分詳盡的說明各項醫療細節與風險⁴⁶，例如，病人可以因為醫師詳細的告知得以迴避原先較大的風險，如果醫師沒有詳盡的告知以致違反風險迴避的注意義務，這時候告知義務的違反才是刑法上所要譴責的對象，這也是該判決所謂「一般

⁴⁶ 此種看法與德國見解，似乎不謀而合，vgl. Schönke/ Schröder/ Eser, a.a.O. (Fn.3), § 223, Rn. 40.

情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療的可能」的真意。

二、違反告知義務幾近於違反注意義務

在告知義務的萌芽時期，雖然判決出現告知義務的概念，但是否定其與醫療過失責任間關聯的關係。不過，最高法院作出 94 年度台上字第 2676 號判決後，違反告知義務，即可能有過失：「……醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權」；同時，強調「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。」表明一旦醫療行為的內容涉及到病人身體的重大侵害，未履行告知義務的效果，就如同醫療過失判斷中，未遵守注意義務，可能因此有刑事責任。

從上述判決的軌跡可知，醫師未履行告知義務，是醫療注意義務的違反，就有成立過失的可能性；因為醫師未盡說明義務，屬於過失違反醫療所應遵守的準則，因而認定成立過失傷害罪⁴⁷。雖然早期實務仍傾向否定告知義務與刑事責任間的關聯，盡力緩解醫師違反告知義務而負擔刑事責任的風險，不過，判決肯定告知義務就是注意義務，不全然否定違反告知義務將有刑事醫療過失的可能性。

本判決見解，由於加重醫師未來的說明負擔。可能造成的問題是，醫界將會普遍擔憂，是否一旦未符合實質說明的要求，就形成注意義務的違反而可能擔負刑責。這樣的擔憂不是沒有道理。

據本文觀察，這樣的效應，逐漸影響本時期下級審的態度。

⁴⁷ 在德國，實務上有認為醫師未盡告知義務，因而成立過失犯罪的案例。Vgl. Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., 2008, §1 Rn.34 ff.

較為明顯者，如台灣高等法院 97 年度醫上易字第 2 號判決中，R 醫師對病人 S 的頭部實施清創手術時，未將埋入 S 體內之異物全數取出，造成之後發生感染現象。該判決稱 R 對 S 實施清創手術時，已盡到說明義務，故法院認為「被告就此部分亦無過失。」此語似乎直接認定，是否履行告知義務與過失成立間關聯緊密。另外，台北地方法院 98 年度醫自字第 3 號判決則是病人 M 接受醫師 O 以腋下為主刀口的胸部手術，於手術過程中，O 取出原置於 M 雙乳中之果凍矽膠，過程中造成 M 嚴重失血，低血壓無法起身。本判決認為，M 雖無法提出手術前簽署的手術同意書、麻醉同意書，「惟上開文件之目的係在證明接受手術者已了解所欲進行之手術內容、風險，並同意麻醉之意思，非謂無上開文件，即均一概認定接受手術者對於手術之內容、風險無所知悉，且未同意進行手術。」是為實質告知義務認定方式的展現。另外，本判決除了認定 M 主張 O 未履行告知義務，顯屬違反醫療常規之行為云云，尚無足取」外，「被告於手術進行前，已盡其醫療內容、風險說明之義務，而得自訴人之同意始進行手術，...均屬本於醫療專業判斷所為之合理作為，施行手術過程中亦無不合醫療常規或疏失之處，此一正當之醫療業務行為。」從本判決反面推知，告知義務的違反就是醫療常規的違反，與過失的成立就甚有關聯。

如高雄地方法院 96 年度醫訴字第 7 號判決，該案中，由於手術同意書與麻醉同意的簽具皆未完備，法院據此認定：「○○○人及其家屬等於手術前就被告究欲實施何種手術及麻醉並不清楚明瞭，遑論充分了解手術可能帶來之併發症、危險性與死亡率，被告○○○手術前亦顯未善盡告知危險義務，以得病人○○○真意之承諾甚明，被告猶否認其無過失，自無可採。」由此可知，該判決似將醫師未確實履行告知義務的法律效果，視為一種

注意義務的違反，存在成立過失責任的問題。

伍、告知義務的修正期

2005年最高法院 94 年台上字第 2676 號判決的出現，讓台灣司法實務對醫師告知義務的重視，取得重大突破，並且受到醫界很大關注。但是，發展期間的告知義務內涵，仍讓人擔憂與質疑；近年發現法院對告知義務的內涵有著加以修正的軌跡，可說是進入告知義務的修正期。整體來說，修正期是針對發展期中，實務過度詮釋告知義務內涵與效果的反向省思，主要的修正方向有二：其一是醫師說明義務的內容，走向精緻化；其二是強調告知義務的違反與結果發生之間，應當具有相當因果關係。關於這樣的轉變，以最高法院的「史蒂文強森症候群案」最為典型。

千禧年時，X 因雙腳感覺麻木而前往醫院檢查，Y 醫師認為 X 的神經根可能產生病變，持續藥物治療，但未見好轉。2001 年 Y 醫師改以 Tegretol 藥物（下稱 T 藥）治療，但 T 藥若多次施用，可能會導致史蒂文強森症候群（Stevens-Johnson Syndrome），如非衛生署藥政處核准的適應症，不能使用該藥治療。Y 醫師開立 T 藥時，告知 X 服藥的一般副作用，如有不適應立刻回診等語，但未告知服用 T 藥可能會導致史蒂文強森症候群，甚至致死的風險⁴⁸。Y 稱，史蒂文強森症候群並不常發生（鑑定報告指出，實

⁴⁸ 必須說明的是，本案系爭的 Tegretol 藥物，在衛生署核准的各種適應症中，並無治療本案病人周邊神經病變疼痛的功效，只是在實際臨床運用上，曾有醫師利用本藥物治療，事後也頗具療效。本案醫師用藥方式，稱為「藥物許可適應症以外之使用方式」，或「仿單核准適應症以外之使用方式」off label use），是指醫師並非透過藥物的主要療效進行治療，而是藉由藥物副作用或其他許可外之效果來達成目的。Off label use 在目前台灣臨床醫療投藥活動中，可謂十分普遍，不過，使用時除須審慎考量 off label use 的必要性外，更重要的是，醫師應當更慎重的履行告知義務，對病人說明藉由該藥物適應

證統計史蒂文強森症候群的發生率是萬分之 1.4，發生率低且不可預測)，且為避免病人恐慌而無告知。本案的爭點之一便在於，Y 醫師有無違反告知義務。

本案纏訟多時，最高法院 100 年度台上字第 5381 號判決指出，「Tegretol 藥物引起史蒂文強森症候群之發生率既僅約萬分之一點四，發生率低又不可預測，且告知並無法避免其產生，則上訴人未善盡其告知 Tegretol 副作用之義務，與蔡連壽罹患史蒂文強森症候群是否仍有相當之因果關係？……原判決未予勾稽釐清，逕謂上訴人未善盡其告知 Tegretol 副作用之義務，而為不利上訴人之認定，即有證據調查未盡及理由不備之違法。」遂第二次發回更審。最高法院指出的重要內容是，告知義務的範圍應配合個案的病症需要，且未告知與結果發生之間是否有相當因果關係，不得僅因未告知而為不利於被告醫師的認定。

一、告知義務程度的深化

「史蒂文強森症候群案」經最高法院發回第二次更審，台灣高等法院台中分院 100 年度重醫上更(字)第 64 號判決作出反應，對於告知義務的範圍，立於最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決的基礎上，有更深入的說明，「『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、死亡率』應包括在醫師告知義務之範疇當中，以一般理性病人而言，就算

症外的效果，能獲得的療效（好處）與副作用（壞處），並獲得病人同意。關於 off label use 的說明，參王皇玉，論醫師對藥物副作用之說明-從 99 年台上字 558 號判決談起，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上冊），承法，2012 年 4 月，頁 154 以下；廖建瑜，藥品 OFF-LABEL USE 之管制（上），法學新論第 31 期，2011 年 8 月，頁 37 以下；廖建瑜，藥品 OFF-LABEL USE 之管制—以美國與台灣為例（下），法學新論第 32 期，2011 年 10 月，頁 45 以下。

一般人對於各種風險的忍受度，個案上有所差異，但是通常情況，一般人都會相當重視死亡風險、殘障風險，因為這個風險一旦實現，對於病人發生無可回復的損害，而且死亡率、殘障率越高，一般病人越是會謹慎小心，除非病人受有重大立即的死亡或其他嚴重損害的威脅，否則這些風險實現可能性縱使再低，一般人仍會認為是一個影響決定的重要資訊，醫師仍應告知，而且，對於醫師而言，進行任何有關此風險的揭露，並不會增加其過高的成本。」該判決並認為，這是醫師法第 12 條之 1 規定醫師告知義務所指的「可能之不良反應」涵攝範疇。是故，「『雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險及死亡風險』之可能不良反應，被告仍應告知。」在「史蒂文強森症候群案」中，Y 醫師不能因為併發症等潛在風險發生率低就不告知，所以違反告知義務，這是強化醫師說明義務的深度。

告知義務程度的精緻化，究竟應站在醫師或病人的立場，如前所述，這個攸關到告知義務的標準，也就是醫師告知義務的程度與範圍，學理上雖有理性醫師標準說、理性病人標準說、具體病人標準說及折衷說等不同的見解。然而，核心重點在於凡是關係病人自主決定時，認為重要的事項，醫師皆應說明。

告知義務的核心是病人自主決定，病人必須與醫師的專業進行調和，才能創造醫病雙贏。基本上為使醫療順暢，告知說明的程度仍取決於醫師專業，但若涉及病人自主決定的事項，醫師告知程度的裁量便需加以限縮⁴⁹。因為涉及病人自主決定的事項，大抵是死亡率、殘障率，以及若有多個手術方式可供選擇時，每種手術的利弊得失，這些都是當病人在做自主決定時，認為重要

⁴⁹ 也可參許辰舟，同前註 16，頁 89 以下。有關違反說明同意原則之民事責任之新思維，係重新檢討醫療過失中之固有侵權責任，並強調應重視醫療無因管理並擴大其適用範圍。詳細說明，參吳志正，同前註 2。

的事項，所以理性醫師皆應說明，這是折衷說的立場，也是比較妥當的方向。不然，純就醫師立場出發，可能容易忽略病人權益；若從病人立場出發，則可能背於現實，畢竟絕大多數的病人都沒有醫學知識，並無助於醫師告知程度的釐清，反而可能虛耗有限的醫療資源，或延誤診療的機會。

同樣的看法，以最高法院 99 年度台上字第 8005 號判決為例，醫師行冠狀動脈繞道手術，夾斷血管分支的方式有三種，分別為施以血管夾、縫線結紮或縫線縫合等。該案被告醫師所採行的是血管夾夾斷方式，風險高於其他二種方式，針對這一點，判決表示質疑：「原判決徒以○○○簽具手術同意書及麻醉同意書前，被告已依醫療法第六十三條第一項前段規定，向○○○及上訴人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，即認以何方式夾斷分枝血管乃『手術步驟之細節』，無再予以說明之必要，而就被告有無違反同法第八十一條之告知義務，及上訴人等何以不能選擇接受較低風險之醫療手術，則棄置不論，理由自嫌欠備。」本案的手術方式有二種以上，醫師應顧及關乎病人評估手術風險的選擇權益，以及對侵入性醫療行為接受與否的自主決定，只要可能涉及病人同意或拒絕手術的資訊，就非僅屬於醫療內部技術問題，醫師必須進行必要的告知。

然而，要說明的是，強化醫師說明義務的深度，立意固然甚好。但是司法實務對於說明程度，並未具體區分何種醫療行為的說明程度應當詳盡，何種程度可以簡化，當然這是受限於司法專業能力的有限性；但若一律適用現行實務判決提出的說明程度標準，對於醫師而言似乎頗為嚴苛⁵⁰。因此，本文認為，往後必須要關注者，是在刑事醫療判決中，法院是否有繼續嘗試透過類型

⁵⁰ 參甘添貴，醫療糾紛與法律適用—論專斷醫療行為的刑事責任，月旦法學雜誌第 157 期，2008 年 6 月，頁 35。

化的區分⁵¹，建構一套於不同醫療行為，能有不同告知程度的合理標準可供醫師遵循，以適度減輕臨床醫師的負擔，並確實維護病人的醫療自主決定權。

二、違反告知義務未必即有過失

「史蒂文強森症候群案」的另外一個重點是，最高法院指出，醫師雖然未盡告知義務，但不可逕自以此作為不利於被告的認定。秉持最高法院的看法，該案的更二審判決，即台灣高等法院台中分院 100 年度重醫上更(一)字第 64 號判決：「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而言，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為部分，而在於醫療行為本身不符合醫療常規之非價判斷。……換言之，被告雖未盡告知之義務，然被告有無盡此告知義務，與被告於執行醫療行為中有無過失，仍屬二事，並無必然關聯。亦即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，告知義務之履行與否，與醫療行為之結果並不必然存有相當因果關係，醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價為犯罪行為之可能。」本判決指出，評價非難的重點不在未盡告知義務，而在醫療行為本身違反醫療常規所生的危害，才有可能成立刑責。因而，醫師雖未盡告知義務，然有無盡此告知義務，與於執行醫療行為中有無過失，仍屬二事，並無必然關聯。認為告知義務的違反，雖屬注意義務的疏失，但並非必然就是過失⁵²。

⁵¹ 相同的看法，參楊秀儀，同前註 5，頁 15。

⁵² 此與德國觀點不謀而合，原意為注意義務的違反，不因為已得到病人的醫療同意而阻卻違法，可知德國也是將注意義務及告知義務就刑法評價上作切割。Fischer/ Schwarz/ Dreher/ Tröndle, a.a.O. (Fn.12), § 223, Rn. 9; 實務見解

換言之，本案雖強化醫師說明義務的深度，但強調醫師有無構成過失醫療行為，取決於醫療行為是否有違反客觀上的注意義務（例如醫療常規、相關法令等），及其與結果間的相當因果關係，並非醫師疏忽告知義務的履行，就會與醫療過失劃上等號。以侵入性醫療為例，醫師在術前未告知，或醫師告知但病人不同意時，原則不生阻卻違法的可能，除非存有緊急情況；僅有在醫師未善盡告知時，告知義務本身是否為注意義務，才是構成要件判斷的問題，評價的重點在於，告知義務與結果發生之間是否具有相當因果關係⁵³。當醫師違反告知義務時，是醫療的疏失，但不能直接被評價為刑法上的過失。必須進一步觀察違反告知義務的疏失，與病人損害結果間是否有相當因果關係。如果彼此之間存有相當因果關係，方有刑法評價上的過失歸咎問題。

其實，高雄地方法院於 88 年度自字第 476 號判決就已經有這樣的觀念，「被告縱真未告知家屬開刀之風險，此等疏失，仍祇屬結果發生之偶然條件，要難謂被告未通知家屬告知開刀風險之行為間，與○○○死亡之間，有何刑法上之相當因果關係。」嘉義地方法院 92 年度自字第 20 號判決更清楚說明，「就刑事責任認定之範疇而言，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為部分，而在於醫療行為本身不符合醫療常規之非價判斷。……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，醫療行為本身違反醫療常規生危害者，始有被評價為犯罪行為之可能。」只是當年醫療訴訟稀少，似未被重視，爾後關鍵的最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決又強調，醫師若未盡告知說明義務，「除有正當理由外，

亦同，etwa BGH, Urteil vom 19.11.1997 - 3 StR 271/97.

⁵³ 相似的看法，參鄭逸哲，「告知義務」和「術前評估義務」並非「注意義務」——台灣高等法院高雄分院九十八年醫上訴字第一號刑事判決，月旦裁判時報第 5 期，2010 年 12 月，頁 99。

難謂已盡注意之義務。」造成發展期階段，易將告知義務的未盡，與過失的評價混淆。

不過，進入修正期後，實務多以釐清告知義務的違反僅是醫療行為上的疏失，須與結果的發生之間有相當因果關係，才被評價為過失。這個看法在台北地方法院 97 年度醫自字第 4 號判決得到印證，本判決謂：「醫師之治療符合醫療常規，並無疏失，業如前述，故醫師有否盡告知之義務或有無詳盡告知，與日後之醫療處置行為並無影響，顯與被害人死亡並無關聯，是本案自訴人一再爭執醫師並未告知云云，顯與本案認定被告等人所為有無違反醫療常規之行為無影響」。此外，台灣高等法院刑事判決 100 年度醫上訴字第 3 號也認為：「被害人同時出現腎衰竭與肺部出血，懷疑肺腎症候群，爾後出現心內膜炎與顱內出血，醫師之治療符合醫療常規，並無疏失，業如前述，故醫師有否盡告知之義務或有無詳盡告知，與日後之醫療處置行為並無影響，顯與被害人死亡並無關聯。」上述兩個判決均認為醫師有否盡告知義務或有無詳盡告知，與日後之醫療行為並無影響，也與病人死亡不一定有關聯。

同樣的看法，亦在台灣高等法院刑事判決 98 年度醫上訴字第 1 號判決中，展露無遺。本案病人因麻醉引發惡性高熱症而死亡，家屬認為醫師違反「麻醉前訪視」後再填寫麻醉同意書之醫療常規，應有過失。不過，本判決認為：「惟因麻醉引發惡性高熱症並因而致死發生之機率極低，且亦無任何符合經濟效益之事前檢測方式存在（詳見前述），尚難以事後發生被害人死亡之結果，而認被害人家屬於事前會作出拒絕施行手術或拒絕接受麻醉之決定」因此，認定醫師縱然違反實質告知義務的醫療常規，亦難以認定與被害人死亡之結果間有相當因果關係。本判決認為，醫師若已盡其醫療客觀上的注意義務（符合醫療常規），醫療行

為並無疏失，就不會有醫療過失的問題。縱使未盡說明義務取得病人同意，若與結果沒有因果關係，也很難要求其負醫療過失的刑事責任。

總之，醫師未盡告知義務，並不必然就是過失。醫師在具體個案中，若履行告知義務，病人將有迴避死傷風險的可能性時，也就是「醫師若曾說明，病人即有拒絕醫療的可能」時，醫師若無告知就會成立過失罪責。在此可以發現，醫師未履行告知義務與病人的死傷結果間，必須具有相當因果關係，才能對被告醫師以過失罪責相繩。

陸、告知義務的正辨

告知義務經過論理發展、醫療臨床及法令的逐年落實，病人自主決定權也受到社會的普遍重視。不過，這同時也引發了新的問題。醫師有無履行告知義務，成為病人不斷興訟的箭靶。由於告知義務在刑事責任上的意義，是確立有無醫療過失犯罪的要件之一，因此必須嚴謹審慎。尤其如何調整司法實務與臨床醫界彼此間的歧見，是雙方必須深切思考，攜手解決的重要問題。

一、違反告知義務法律效果的再釐清

醫師違反告知義務，可能發生的情況是，完全未履行告知義務；或者告知不完全或未履行實質告知義務。觀察近年刑事判決的軌跡（修正期），一再重伸告知義務的違反與刑事過失責任之間，仍有一段不小距離，換言之，必須釐清告知義務、注意義務以及刑事過失責任成立間的關係。

顯然最高法院 94 年台上字第 2676 號判決，實際上是將告知義務的違反與注意義務的違反畫上等號，有偏重結果責任的傾向，但是，從病人的死傷結果回溯推至醫師的過失罪責，實有不當擴張刑事責任範圍之嫌，合宜的作法，是節制過失責任的範圍。在結果非價的基礎上，加入行為非價的考量。行為非價的考量，才是過失評價的重心，除了行為應當遵守的標準之外，更重要的是，行為本身能否有效「迴避」與「防止」不幸結果的發生。

精確地說，若從法益侵害的預防觀點，有無刑事過失的成立，應當注意創造風險與風險實現的歸責模式⁵⁴；亦即，「結果迴避可能性」的概念，有無迴避可能是揭示刑法追究過失責任的標準，也是建立在風險控制的思維上。因為醫療活動中，醫師的注意義務是醫療體系運作下的風險控制者，醫師必須遵守的是，降低或防止醫療行為發生不幸結果的風險管控措施⁵⁵。

申言之，注意義務的本質，就是「可避免風險」的防範裝置。若醫師未能確實履行告知義務，只有在醫師有能力迴避醫療風險的條件下，才有注意義務的違反。以「史蒂文強森症候群案」為例，萬分之一點四的藥害風險，雖然醫師可以預見，惟按現今的醫療水準，終究欠缺避免可能性。因此，只要醫師投藥步驟符合醫療常規，做好自身控制風險的工作，副作用就應歸於人類追求醫療利益下所容許的風險範疇，不該由醫師來負擔過失責任。近年實務判決一再強調：「醫療行為本身是否符合醫療常規的非價判斷才是重要之點」，其理相同。因而，告知義務雖是近代醫療

⁵⁴ 參林東茂，刑法綜覽，一品，2012年8月，頁1-80。

⁵⁵ 醫療準則能作為法院判斷醫師注意義務的一環，必然源於背後的風險衡量。目前普遍作為醫療注意義務的參考依據，法令規定、醫療常規或是醫學文獻等，醫療環境與醫療水準等，都是決定注意義務的標準，整體來說都是將防止風險實現作為主要考量。

倫理的普遍要求⁵⁶，但也必須建立在風險能夠預防的基礎上，故刑法評價告知義務與注意義務二者是否合致，必須同時兼顧「創造利益」與「風險控制」的角度來思考，而非囿於醫療事故的渲染，恣意要求醫師一旦違反告知義務，就有注意義務的違反，進而必須承擔刑事過失的結果責任。

二、告知義務說明範圍的層級化審查

早期醫療父權時代，醫療行為的告知範圍，是由醫生單方衡量病人狀況，獨斷裁量是否告知，這稱為理性醫師標準說。但本說忽略病人的自主決定權。近年透過告知同意法則的導入，無論實務與學說都有採理性或具體病人標準的取向，希望醫師的告知能符合病人的需求與真意。可惜的是，無論是理性或具體病人標準說都存有缺陷，在判斷上過於籠統，實際運用上，產生醫師無所適從的困擾。

司法實務如果單從病人的立場來建構告知義務的範圍，醫師臨床的負擔勢必過重，恐會癱瘓醫療體系。換言之，雖然告知同意是從病人自主決定權的理念出發，但其發展必須藉由醫療臨床所累積的經驗法則，嘗試劃分各項醫療的更為細緻的告知義務範圍。亦即，告知義務的內涵，必須對應告知義務的層級，凡涉及生命與身體的高風險醫療行為，必須履行實質的告知義務，不能僅止於書面的形式告知；至於其他低風險或非侵入性的醫療，甚至更簡單的醫療行為的處理或用藥，形式的告知義務，即為已足。

⁵⁶ 在法國，早年有關告知義務的規定，是在醫療倫理法第 35 條：「醫師診斷、治療、諮詢病患時，應詳實、清楚及適當的告知病患其病情...」。參許曉芬，告知說明義務之重新審思：以法國法上醫療責任之「機會喪失」理論為中心，東海大學法學研究第 36 期，2012 年 4 月，頁 123-124。

詳言之，有關侵入性的外科手術或治療、化學治療、放射性治療或檢查、醫學或人體研究等，必需確實履行危險告知義務，並取得正式的同同意書。因為這類高風險醫療行為多數帶有附隨傷害，醫師的告知義務就須審慎嚴謹，所以這部分的醫療活動若能從理性或具體病人標準說作為審查標準，配合醫師實質上的告知及病人同意，是必須審慎履行的當然之理。此類醫療活動的告知範圍應包括治療風險、常發生的併發症、可能偶然發生的嚴重後果、高機率且嚴重的藥物副作用、治療成功率（死亡率）等等，凡密切與生命身體健康相關的事項，均應告知⁵⁷。

當然，面對改變人體或危及生命的醫療行為，司法實務不斷深化其告知義務的看法，要求較高的告知義務標準，應屬正確。但不能忽略的是，從告知說明到病人同意的診療過程中，僅要求醫師不斷擴大告知義務的範圍，除了增添醫療成本外⁵⁸，醫師所受到的心理負擔也隨之加重。因而除了針對生命與身體的高風險醫療行為，必須確實履行告知義務外，對於風險相對較低的醫療行為，告知義務法則的運用，司法實務應有從嚴謹到寬鬆不同層級義務審查的區分思維，才能適度減輕醫界的壓力及精確判斷違反說明義務的刑責⁵⁹。有關於此，最高法院 99 年台上字第 558 號

⁵⁷ 「危險告知」已經是近年來刑事法院最為關心的重點，這個可從最高法院 94 年台上字第 2676 號判決獲得印證，之後如台灣高等法院台中分院 100 年度重醫上更（二）字第 64 號判決、最高法院 99 年度台上字第 8005 號判決等，亦不斷將危險告知的範圍及標準精緻化。

⁵⁸ 有論者認為，告知義務範圍的界定，除了醫療目的與帶來的相關利益外，醫師進行告知風險的醫療成本也是判斷的標準之一。參吳俊穎，同前註 14，頁 100 以下。

⁵⁹ 論者更提出除應該考慮醫療行為的目的性及相關可能帶來的利益之外，同時應考量併發症或副作用的發生機率及其嚴重程度，進而與醫師進行告知該風險的成本相比較，藉以判斷是否屬於告知義務的範圍。提出應用漢德公式於告知義務，可以同時考量併發症或者副作用發生的機會、其發生後的損害數額，以及醫師進行風險告知所需的成本，來評估告知義務範圍的妥適性。更

判決亦有相似看法，其謂「……當病人對於治療內容有充分知識者；病患表示不須說明或對醫師之診斷、治療、在醫療過程中於一定侵襲程度內，依社會一般人通常智識、經驗已可預見者；輕微侵襲之傷害，如風險輕微的投藥與微弱侵入性的注射行為等」，均無須加重醫師的告知義務。

例如，對於糖尿病患者的服藥規則，醫師必須告知病狀改善後應減少服藥，這涉及病人生命與身體安全的告知，必須嚴格審查醫師有無說明，所以屬於實質告知的範疇⁶⁰。相對的，低風險的用藥規則，屬於低密度的審查範疇，僅需形式告知。如通常情況下，藥袋上所標示的每日服藥次數等，甚至可以交由藥劑師來代勞。

總之，重新省思醫病的溝通，司法實務不要無限上綱告知義務的範圍才是正辦⁶¹。從醫療行為可能對人體帶來的損害程度為劃分標準，對於病人生命與身體危害風險越高的醫療行為，就需深化其告知義務的內容，法院也須進行高密度的司法審查。相對的，對於風險較低的醫療行為，醫師不須親自履行告知義務，而可透過形式書面的簽具或醫療輔助人員的說明來減輕工作負擔，以利整體臨床診療效率的提升。

柒、結論

告知義務是指，依據相關醫療法規，醫師有義務在進行重大高風險醫療行為前，對病人說明病情、可能診斷方式的選擇及其風險等事項，並進而賦予病人充分自主，得以接受、選擇或拒絕

詳細內容，參吳俊穎，同前註 14，頁 90-101。

⁶⁰ 實務案例可參台北士林地院 83 年度易字第 1484 號判決，亦持相同見解

⁶¹ 有學者提出類似觀點，認為應當「情境化並類型化告知後同意的範圍」，參楊秀儀，同前註 5，頁 10-11。

醫師的醫療方案。告知義務是調和父權式醫病緊張關係的潤滑劑，於臨床醫療中，告知義務若能適切合宜的落實履行，經過互相的溝通與理解，衍生醫療糾紛的機率理論上必然將會降低。

醫師是否違反告知義務，司法實務比較早期（大約 2005 年以前）的看法是，只要醫師已經讓病人在醫療同意書上簽名，即已盡了告知義務。既然盡了告知義務，就沒有醫療上的過失問題。這時期的法院見解有利於醫師，屬於形式上告知的階段。

但是，隨著病人自主權持續升高，以及學理對於告知義務的深入探求，實務判決的意見發生關鍵性轉變——最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決，推翻形式告知義務，改採實質告知義務。該判決認為，只有令病人或其家屬在醫療同意書上簽名，不表示醫師已盡告知義務。醫師必須親自向病人告知，且詳盡說明有關醫療的內容；如有未盡之處，就可能被認定違反注意義務，而有過失。這個判決顯然不利於醫師，因為告知內容繁多，稍有遺漏便可能被認為違反注意義務；又醫師進行侵入性檢查或治療時，一旦對病人的身體外觀有所改變，或對於健康狀況沒有正面的改善，只因遺漏某項告知內容，就可能因為違反告知義務而成為刑法上的罪犯。

針對告知義務，實務判決的意見，後來又有微妙的轉變。較新的實務判決，對於醫師告知義務的認定，除了維持最高法院 94 年度台上字第 2676 號刑事判決的看法外，特別是對於「雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險」有更精確的認定，亦即：（1）風險一旦實現，對病人將產生無可回復的損害，尤其是死亡率、殘障率（參照台灣高等法院台中分院 100 年度重醫上更二字第 64 號判決）；（2）當醫療行為二種以上，且涉及手術成功率（參照最高法院 99 年度台上字第 8005 號判決），若有上述情形之一時，必然要進行告知。

乍看之下，雖然較新的實務判決，似乎課予醫師更高、更明確的告知義務，但這並非要使醫師更易入罪，因為判決同時也強調，告知義務的違反，不代表刑法上注意義務的違反；即使違反某項重要的告知項目，但若病人所不樂見的損傷，實在無關這項告知的遺漏時，醫師依然沒有違反注意義務。更精確的說，「告知義務的違反」與「不幸的結果」之間，必須具備相當的因果關係，醫師才有過失。較新的實務判決似乎採取折衷意見，企圖取得病人與醫師雙方權益的平衡。

將來的實務判決，意見是否仍會改變，尚待觀察。任何意見的形成，都有其基礎與背景，法院的意見自然不會例外。法院意見的形成不可能獨立於整體社會脈動。在醫師父權主義高漲的時代，除非有極其特殊的個案發生，否則法院的判決很難維護病人權益；但病人權益日漸高漲，並且受到各個部門的注意，法院不可能不加以回應。這也許就是最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決的形成背景。然而，如果法院意見過度向病人權益傾斜，難免引發令醫師憂慮的後果，而破壞醫病關係的和諧，法院自然要有反省與因應，這或許是較新實務判決（所謂修正期）的形成背景。惟可以確定的是，台灣刑事醫療判決有關告知義務的認定，將來可能有賴透過從嚴謹到寬鬆的司法審查的內涵，加以厚實，並同時劃清告知義務的界線。

附錄：「告知義務」影響刑事醫療判決之軌跡⁶²

一、萌芽期

字號	事實概要	有無違反告知義務	是否違反注意義務	判決結果
最高 92, 台上, 1423	A 女腹痛，經 B 醫師診斷係輸卵管積水，並表示可以開刀診治，A 乃同意 B 醫師施行手術將積水導出輸卵管。翌月進行手術，B 醫師將 A 的子宮與兩側卵巢均予以切除，造成 A 喪失生育機能。	無違反告知義務。因為 A 有簽署手術及麻醉同意書。 (形式認定)	判決未提及	無罪判決 (本判決駁回上訴) 判決未重視告知義務，與被告是否成立犯罪之間的關聯。反而著重在，摘除子宮等部分，「應視為適應症之一」，「係有利上訴人之

⁶² 為方便後續研究者參考，特製附表說明判決之軌跡，然本表不依時間序，而以本文所述案號之先後排序；我的研究助理東海大學法研所博士生韓政道、碩士生陳旻甫、高雄大學法研所碩士生廖紫喬及莊琬婷，協助整理分析相關判決及分類，備極辛勞，特此致謝；當然所有文責，均由本人自負。

				醫療行為」，難謂有重傷害故意，近而判斷被告無罪。
高等 90, 上易, 425	C 病人因右腳外翻畸形，考慮外觀美容，接受 D 醫師實行右側脛骨近端切骨矯正手術，致 C 手術後「右小腿前室肌肉壞死及總腓神經部分麻痺」，無法正常行走。	無違反告知義務。因為 C 有簽署手術同意書。 (形式認定)	無違反注意義務。惟該判決指出，刑事庭以病人簽署手術同意書，即認定未違反注意義務；雖然民事庭認為「醫師『未善盡』告知義務」，有侵害患者自己決定權之虞，而有民事過失，但不會影響刑事有無違反注意義務的認定。	無罪判決 (本判決駁回上訴) 判決稱「無其他直接證據可證明 C 之傷口惡化與被告 D 未交待醫療方式有直接之因果關係」，似有斟酌告知義務與結果發生之間因果關係的有無。

<p>基隆, 91, 自, 68</p>	<p>E 病人因痔瘡前往醫院治療，接受 F 醫師的診療。E 自費購買 F 所推薦的「肛門環狀切割縫合器」，並由 F 進行手術；但術後，E 的部分直腸損壞引發腹膜炎，不得已將之切除，只能依靠人工肛門，造成 E 的身心受創。</p>	<p>無違反告知義務。因為 E 病人有簽署手術同意書。 (形式認定)</p>	<p>未討論告知義務與注意義務之間的關係；判決只有關心手術行為有無違反手術的注意義務。</p>	<p>無罪判決 (本判決經上訴台灣高等法院，經 93 年度醫上易字第 3 號判決駁回) 一二審判決均將重心放置在，實施手術過程有無盡注意義務。</p>
<p>高中, 90, 上易, 1561</p>	<p>G 病人因齒痛，前往牙醫診所接受 H 醫師的治療。初診時先以止痛藥為之，復診時，H 未向 G 說明治療方針，亦未徵詢 G 的意見，擅自於麻醉後抽取 G 三顆牙齒中的神經。</p>	<p>有違反告知義務。因為 H 醫師並未告知 G 手術的內容亦未徵詢 G 的意見。 (形式認定)</p>	<p>判決未提及。該判決僅謂縱使醫師違反醫療準則，亦與是否負傷害刑責無關。</p>	<p>無罪判決 (本判決駁回上訴) 本判決謂： 「傷害罪，須行為人主觀上基於傷害他人之身體或健康為構成要件」；「醫療</p>

				行為，縱有違反醫療原則，亦非基於傷害自訴人身體或健康之主觀上故意所為。」因此，可知本判決並不認為違反告知醫務即構成注意義務違反，而成立刑事責任。
雲林， 92， 訴， 185	I 為孕婦，因陰部出血、下腹部微痛而至 J 醫師所開設的診所就診。經 J 診斷後發現子宮頸外長有 1.5 公分的瘰肉，在未告知 I 及家屬等手術事宜，逕自為瘰肉扭轉摘除手術。惟術後 I 仍因發燒、陰道出血、腹	有違反告知義務。因為 I 未簽署手術同意書。 (形式認定)	判決認為，醫師未違反注意義務。其認為，醫療法第 46 條告知義務的規定屬於行政處罰，並非課與行為人客觀必要的注意義務。	無罪判決。 (本判決經上訴台灣高等法院臺南分院 93 年度上訴字第 168 號駁回) 本判決認為醫療法第 46 條的規

	<p>痛等病因，數度到 J 醫師所開設的診所就診。最終 I 因為妊娠二十五週早期破水而早產，雖順利產下胎兒，但因為極度早產而死亡。</p>			<p>定為行政處罰，即便醫師未履行告知義務，仍非具有過失。</p>
<p>台北， 92， 易， 2462</p>	<p>K 醫師明知 L 女並無性經驗，竟疏於告知 L 內診過程是以擴陰器撐開陰道檢查，即貿然以鴨嘴器伸入 L 陰道內進行內診，不慎造成 L 處女膜破裂流血之傷害。</p>	<p>醫師未盡說明義務。 L 女主張 K 醫師僅稱：要進行內診等語，卻疏未詳細解釋內診之方式及所用器械，堪認 K 醫師與 L 間之溝通說明不盡完備，或有違反前開醫師法第 12 之 1 條之規定，本判決認為情理上難認妥</p>	<p>無違反注意義務。</p>	<p>無罪判決。後上訴至台灣高等法院，作成 93 年度上易字第 2118 號判決駁回。 本判決稱： 「醫師未盡說明義務而直接進行醫療行為，與其醫療行為是否產生傷害結果無涉，是以，就令被告未向告訴人詳</p>

		適。		細解釋內診之方式及器械，於告知義務上容有疏失，亦難認與本件起訴之傷害結果有何因果關係，難以刑責相繩。」
最高， 91， 台上， 1701	M 病人腹痛，經超音波掃描，認為子宮頸發炎。N 醫師認 M 的病況為輸卵管積水，可開刀診治，M 乃同意被告施行手術將積水導出，惟 N 醫師竟切除 M 健康的子宮及兩側卵巢，使 M 喪失生育之機能。	無違反告知義務。因為 M 有簽署手術同意書。 (形式認定)	本判決認為，病人的手術同意書與醫院的手術通知書，兩者的順序與醫療行為是否已盡注意義務有關。	原判決撤銷發回。(該案經最高法院 92 年度台上字 1423 號判決再度駁回上訴) 本判決稱器官切除手術應經醫院同意，而在此之前醫師應先盡告知義務。 然而，該案手術同意書

				<p>(病人同意時點) 與手術通知書</p> <p>(醫院同意時點) 皆為同一日, 兩者的順序尚有疑義。據此, 本判決認為: 「此與被告是否已盡其實施醫療行為之注意義務至有關係」</p>
--	--	--	--	---

二、發展期

字號	事實概要	有無違反告知義務	是否違反注意義務	判決結果
最高, 94, 台上, 2676	A 病人接受心導管檢查, B 醫師未告知 A 及其家屬實施心導管檢查的危險性, 導致病人因心導管檢查併發症而死亡。B 醫	<p>有違反告知義務之疑。</p> <p>雖然 A 的丈夫已於手術同意書上簽名, 但是 B</p>	<p>違反注意義務。</p> <p>判決謂: 「醫師若未盡上開說明之義務, 除有正</p>	<p>原判決撤銷發回。</p> <p>本判決稱: 「醫師若未盡上開說明之義務, 除</p>

	<p>師稱實施前已有告知家屬，病歷中附有「心導管檢查說明書」，說明書上已詳載心導管檢查可能導致的合併症，且A的丈夫已於見證人欄內簽名。</p>	<p>仍未實質上說明手術的風險與相關事項，並不符合告知義務的內涵。 (實質認定)</p>	<p>當理由外，難謂已盡注意之義務。」</p>	<p>有正當理由外，難謂已盡注意之義務；又上開說明之義務，以實質上已予說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務。」 據此可知，即便有「心導管檢查說明書」與「手術同意書」，醫師仍須進行實質上告知的動作。</p>
<p>最高, 95,</p>	<p>同最高,94, 台上,2676 事實</p>	<p>有違反告知義務之疑。</p>	<p>違反注意義務。</p>	<p>原判決撤銷發回。</p>

<p>台上, 3467</p>		<p>本判決稱： 「本院上次發回意旨並已指明，主治醫師蔡坤炎已否確實盡告知義務，上訴人及郭王月春於簽署同意書時是否瞭解其內容，應予深入審究。」 由此可知，經最高法院 94 台上 2676 號判決發回調查後，下級審法院（高等法院台南分院 94 年度重上更(二)字第 278 號判決）中，利用經</p>	<p>判決謂：「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。」</p>	
---------------------	--	---	--	--

		驗法則的推論仍受最高法院的指摘，認為並未澄清本家中 B 醫師究竟有無善盡實質告知義務的疑義。		
高等， 97， 醫上 易， 2	D 醫師對 C 病人頭部實施清創手術時，未將埋入 C 體內之異物全數取出，造成之後發生感染現象。	無違反告知義務。 有簽具手術同意書，且家屬中有專業醫師協助簽具。 (實質認定)	無違反注意義務。	無罪判決 本判決稱 D 醫師對 C 病人實施清創手術時，已盡到說明義務，「故被告就此部分亦無過失。」 此語似乎直接認定，是否履行告知義務與過失成立間關聯緊密。至於是否尚須討論因果關

				係，本判決則未著墨說明。
台北, 98, 醫自, 3	E 病人接受 F 醫師以腋下為主刀口的胸部手術，於手術過程中，F 醫師取出原置於 E 病人雙乳中之果凍矽膠，過程中造成 E 嚴重失血，低血壓無法起身。	無違反告知義務。 本判決認為，F 醫師雖無法提出手術前簽署的手術同意書、麻醉同意書，「惟上開文件之目的係在證明接受手術者已了解所欲進行之手術內容、風險，並同意麻醉之意思，非謂無上開文件，即均一概認定接受手術者對於手術之內容、風	無違反注意義務。 本判決認為：「被告實質上已盡其說明義務，對於自訴人知的權利、身體自主決定權，均已無妨害，而充分保障自訴人權益。」故 E 病人主張 F 醫師未履行告知義務，「顯屬違反醫療常規之行為云云，尚無足取。」	無罪判決。 本判決稱「被告於手術進行前，已盡其醫療內容、風險說明之義務，而得自訴人之同意始進行手術，...均屬本於醫療專業判斷所為之合理作為，施行手術過程中亦無不合醫療常規或疏失之處，此一正當之醫療業務行為」從本判決反面推知，告

		險無所知悉，且未同意進行手術。」 （實質認定）		知義務的違反就是醫療常規的違反，與過失的成立就甚有關聯，不過，是否須進一步判斷相當因果關係，本判決並未繼續說明。
高雄， 99， 醫訴， 7	G 病人上腹痛及未排便，H 醫師於剖腹探查術時，發現 G 小腸部分已壞死，遂進行疝氣修補及部分腸切除及腸吻合手術。術後，G 的病況不見好轉，H 醫師再次於剖腹探查術時，發現 G 腹內糞便漏液且感染，未告知 G 得採取腸造口手術下，直接切除小腸，並進行	無違反告知義務。 本判決認為，除了醫師具有告知義務外，病人亦有接受說明與表示同意與否的義務。然而，本件第二次手術時 H 醫師雖未得到 G 病人	無違反注意義務。 本判決認為，H 醫師曾中斷手術說明相關病情，然 G 病人的家屬已離開醫院，在緊急狀況下，採取不破壞身體手術的腸吻合手術是合理	無罪判決 本判決首先表示 G 病人家屬未盡接受說明並表示同意的義務，其謂：「被告認為有再對病人家屬說明並徵求同意之需要時，簽署手術同意書之告訴人

	<p>腸吻合手術。</p>	<p>家屬的同意，然而探究家屬的態度（不滿而離開醫院）與當時的緊急情況，輔以H醫師曾經中斷手術欲告知家屬病況，即可得知H醫師並無違反告知義務。 （實質認定）</p>	<p>的作法，難謂有違注意義務。</p>	<p>之夫當時已離開醫院而不在場，對被告所選擇手術方式自有影響，亦即在前揭鑑定報告所認為應施以腸造口手術之醫療常規要件具備時，難謂告訴人之夫已盡其接受醫師說明並表示同意與否之義務。」因此，法院考量G病人家屬的態度及G的緊急病況，認為在當下未採取腸造口手術並不違背注意義務。其謂：</p>
--	---------------	--	----------------------	---

				「尚難謂被告選擇仍施以腸吻合手術係違背醫療常規而有違反危險結果迴避義務」
高等, 93, 上易, 2118	I 醫師明知 J 女並無性經驗, 竟疏於告知 J 女內診過程是以擴陰器撐開陰道檢查, 即貿然以鴨嘴器伸入 J 女陰道內進行內診, 不慎造成 J 女處女膜破裂流血之傷害。	無違反告知義務。 本判決認為 I 醫師進行內診前, 對 J 女應盡告知義務, 其詳細程度相較於其他重大侵入性手術來說, 應相對較低。 故「被告既對告訴人稱要內診進一步確定病因, 並獲告訴人同意,	無違反注意義務。	無罪判決。 本判決認為, I 醫師既已盡告知義務, 並符合業務上要求, 自屬業務上之正當行為, 而得阻卻違法。換言之, 有無履行告知義務, 本判決是作為判斷阻卻醫療傷害行為違法性的標準之一。

		審諸被告前述檢查方式，應認已盡告知義務。」 (實質認定)		
高南， 96， 重醫 上更 (一)， 381	K 病人罹患心臟疾病，昏倒後送醫急診，急診室 L 醫師完成各項檢查後，K 回家即因心性猝死。	無違反告知義務。 (實質認定)	無違反注意義務。	無罪判決 本判決稱： 「被告就病人所為之醫療行為符合一般醫療常規，且被告已盡醫療上之告知義務」故論處 L 醫師過失則顯無道理。
高雄， 96， 醫訴， 7	M 病人罹患兩膝退化性關節炎，求診於 N 醫師。N 醫師對 M 進行兩側全人工膝蓋關節置換手術，惟 N 醫師在術前應做足	有違反告知義務。 本判決謂： 「本件有未填載完成之手術同意	未實際說明是否違反注意義務。	有罪判決。 (本判決上訴至台灣高等法院高雄分院 98 年度醫上訴字第 1 號，其判決

	<p>夠的評估，再與 M 病人充分溝通，使 M 充分了解手術可能帶來之併發症、危險性與死亡率，惟 N 並未進行詳細的告知。</p>	<p>書、麻醉同意書（僅載有被害人家屬之簽章及年籍資料，而手術及麻醉等可能發生之併發症及危險應經由何位醫師詳細說明部分，則為空白」（實質認定）</p>		<p>結果仍為上訴駁回）</p> <p>本判決認為，M 病人高齡 87 歲，N 醫師進行兩側全人工膝蓋關節置換手術時，應考量個案情況，詳細告知醫療流程與效果。惟觀察手術同意書、麻醉同意書，何位醫師應說明手術及麻醉可能發生的併發症呈現空白。因此，病人無法在手術前充分了解手術可能帶來之併發</p>
--	---	---	--	---

				症、危險性與死亡率，顯見醫師 N 未善盡告知危險義務。
--	--	--	--	-----------------------------

三、修正期

字號	事實概要	有無違反告知義務	是否違反注意義務	判決結果
最高， 100， 台上， 5381； 高中， 100， 重醫上 更（二）， 64	A 病人因雙腳感覺麻木而前往醫院檢查，B 醫師認為 A 的神經根可能產生病變，持續藥物治療，但未見好轉；後來 B 醫師改以 t 藥物治療，但 t 藥若多次施用，可能會導致 s 症候群，如非衛生署藥政處核准的適應症，不能使用該藥治療。B 開立 t 藥時，告知 A 服藥的一	「告知之內容仍有不足」，違反告知義務。 （實質認定） 法院採一般理性病人的立場，涉及死亡率、殘障率等重要事項，醫師應向病人說明。 使用 t 藥，	雖未完全告知，但無違反注意義務。 法院認為，B 醫師開立 t 藥的醫療行為，非屬侵入性的醫療行為；且在開立 t 藥前，已經有使用其他藥物，因致療無效果方才改用 t 藥，應	無罪判決。 未完全告知，與結果發生之間無相當因果關係；且醫療行為（開立 t 藥）本身合乎醫療常規。 法院認為，「告知義務之未

	<p>般副作用，如有不適應立刻回診等語，但未告知服用 t 藥可能會導致 s 症候群，甚至致死的風險。B 稱，s 症候群並不常發生（發生率是萬分之 1.4，且不可預測），又為避免病人恐慌而無告知。</p>	<p>有導致 s 症候群，甚至致死的風險，係屬重要事項，『雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險及死亡風險』之可能不良反應』，醫師仍不可以擅自忽略。</p>	<p>符合醫療常規。是故，「難強課醫師於執行醫療行為時需徵得病人同意使得為之注意義務」。</p>	<p>踐行，並不能直接反應或導致醫療行為本身之可非難性，告知義務之履行與否，與醫療行為之結果並不一定存有相當因果關係，醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價為犯罪行為之可能。」是故，醫師縱未善盡告知，是否應負擔刑責，仍應考量個案情</p>
--	---	---	--	---

				<p>況。</p> <p>B 醫師因原藥無療效，而更換用藥，係合乎醫療常規，且對 A 死亡結果沒有預見可能，又後來的轉院治療並無延誤，實不能僅因告知未足而認定具過失罪責。</p>
<p>最高， 99， 台上， 8005</p>	<p>C 病人因冠狀動脈心臟病，接受 D 醫師的冠狀動脈繞道手術，D 應於手術前應向病人或家屬詳細說明開刀方法共有設置血管夾、縫線結紮及縫線</p>	<p>違反告知義務。</p> <p>夾斷分支血管的手術方法有三種以上，且各方法的風險均有不同，理</p>	<p>是否違反注意義務，有待查明。</p> <p>最高法院認為，本案尚有其他疑點：(一) D 醫師未到場</p>	<p>原判決撤銷，發回台灣高等法院台南分院。</p> <p>由判決可知，雖然醫師違反告</p>

	<p>縫合等三種方法，以提供病人或家屬選擇，卻未為之；又首手術進行中，因未能夾住 C 被繞道的阻塞血管，造成大量出血，心臟衰竭合併休克而死亡。</p>	<p>應由醫師說明每種方法的差異及風險，供病人選擇。</p> <p>原判決（台灣高等法院台南分院 98 年度醫上訴字第 115 號判決）認為，夾斷分支血管的方式是手術步驟細節，醫師無庸另行說明，最高法院並不認同。</p>	<p>親自診察，即開給嗎啡止痛方劑，是否符合醫師法第 11 條的醫師親自診療義務？</p> <p>（二）血管夾脫落的原因不明。究竟是血管夾脫落失血，血液流至腦部不足才會躁動？或是躁動引起血壓高，始導致血管夾脫落？</p> <p>（三）D 醫師若接到護士通知後，立刻到場診察，是否即可發現 C 因血管夾脫落而出血，並予以</p>	<p>知義務，仍不能逕自認為有過失，必須釐清其他事項，方能發覺與結果發生之間，有無相當因果關係。</p>
--	---	--	---	--

			適時之救治而免於死亡？	
高雄, 88, 自, 476	E 病人因病住院, F 醫師於未經 E 的家屬同意, 即決定為 E 進行攝護腺腫大開刀。術後, 造成 E 死亡。	無違反告知義務。因為 E 有簽署手術同意書。 (形式認定)	無注意義務違反的問題。 判決認為, 手術的前置作業及術後急救, 皆無違反醫療常規。是故, 縱然 F 醫師真的未向 E 病人的家屬履行告知, 「此等疏失, 仍祇屬結果發生之偶然條件, 要難謂被告未通知家屬告知開刀風險之行為間, 與 E 死亡之間, 有	無罪判決。 本判決係早期判決, 對於告知義務是否履行, 尚採形式認定, 但本判決清楚表明, 未盡告知義務與結果發生之間必須存有相當因果關係時, 方可認為未告知屬於注意義務的違反, 而得歸責。

			何刑法上之相當因果關係。」	
嘉義, 90, 自, 20	<p>G 病人因痛風宿疾，前往 H 醫師的診所就醫，經 H 醫師診察後於右上臂肌肉注射針劑一劑，隨即麻痛不已，返家後發現注射部位瘀血不適，遂於當日再次回診，然 H 察看後僅交付藥布貼用，但疼痛未減。後來 H 建議 G 轉診至高雄榮民總醫院就診，經高雄榮民總醫院診斷才發現，G 的右上臂多處皮膚壞死，因而於是日住院並接受多次清創及植皮手術。</p>	<p>未針對本案的告知義務進行實質討論。</p> <p>本判決清楚說明，「醫師違反說明告知義務非刑事非難之重點」，因為醫療行為違反醫療常規，才是被評價的重點。本案判斷的關鍵，在於 H 醫師的轉診建議。</p>	<p>無注意義務違反的問題。</p> <p>H 醫師建議 G 病人轉診，「就病人本身而言，目的在於使其接受更適當之醫療照護」。又 G 診療期間，曾至其他皮膚專科診所或大型醫院就醫，可見病情的發展，與 H 醫師有無建議轉診無關。</p>	<p>無罪判決。（案經上訴台灣高等法院台南分院 92 年度上易字第 516 號判決）</p> <p>告知義務有無違反並非刑事非難的重點，因行為與結果之間有無相當因果關係為斷。然而，「因人體反應之不確定性，對症下藥之療效如</p>

				<p>何，容需進一步之觀察時間，縱療效不如預期，而病情猶持續惡化，亦屬可忍受之醫療失敗，整體觀察，被告H之處理過程，復未低於所預期一般醫師醫療標準，是不能以失敗之結果，否定前行之醫療作為，遽謂被告未能提供完整治療及早提供轉診建議，核有延</p>
--	--	--	--	--

				誤病情之疏失。]
台北, 97, 醫自, 4; 高等, 100, 醫上訴, 3	<p>I 病人因身體不適住院, 接受 J、K 及 L 等醫師的檢查診斷治療, 因疑似肺腎症候群, 由家屬 M 簽署手術同意書, 同意由醫師作腎臟穿刺切片手術檢查, 以確定原因; 後因急性腎衰竭, 由 M 簽署手術同意書, 同意由醫師進行治療。I 病人於住院檢查診斷治療期間, J 醫師等人於檢查診斷治療時, 發現 I 疑有肺炎, 但爾後發炎指標正常, 即命 I 轉門診。</p> <p>爾後, I 又住院, 由 K 與 N 醫師診</p>	<p>無違反告知義務的「形式要件」。因為 I 的家屬 M 有簽署相關同意書。</p> <p>既曰形式要件, 理應有「實質要件」與之對應。惟本判決未多言告知義務的實質要件, 因為判決著眼的重點在於醫師的醫療行為與結果發生之間有無相當因果關係。</p>	<p>無注意義務違反的問題。</p> <p>法院認為, 醫師的醫療行為符合醫療常規, 並無疏失, 「醫師有否盡告知之義務或有無詳盡告知, 與日後之醫療處置行為並無影響, 顯與被害人死亡並無關聯。」</p>	<p>上訴駁回, 維持無罪判決(是否定讞, 並未知悉)。</p> <p>醫師有無盡告知, 與是否成立過失犯罪, 並無相關因果關係; 其關鍵仍在於醫療行為是否符合醫療常規, 若符合醫療常規, 則行為與結果之間沒有相當因果關係。</p>

	<p>療，後發現 I 心內膜炎，又造成腦部出血，成植物人，數月後，宣告不治。</p>			
<p>高等， 98， 醫上訴， 1</p>	<p>○ 病人因手術需要進行進行全身麻醉，由 P 麻醉醫師進行；但進行麻醉後，○ 卻發生惡性高熱症，造成心跳急速下降的現象，後轉院治療仍不治死亡。</p>	<p>違反告知義務。 P 醫師先請病人家屬簽署麻醉同意書，方才進行麻醉前訪視，「與台灣麻醉醫學會所述麻醉前應有『麻醉前訪視』，再填寫麻醉同意書之醫療常規不符。」</p>	<p>無注意義務違反的問題。 惟查本件 ○ 病人的死亡是因麻醉引發惡性高熱症導致；惡性高熱症的發生率與致死率不僅極低，目前更無有效益的檢測方法，故不能事後的死亡結果發生，認定被害人家屬會事先拒絕麻醉。</p>	<p>上訴駁回，維持無罪判決。 麻醉手術行為符合醫療常規，醫師是否盡告知義務與死亡結果之間並無相當因果關係。</p>

			又 P 麻醉醫師的醫療行為並未違反醫療常規，醫療行為與結果之間亦無相當因果關係。	
--	--	--	--	--

參考文獻

一、中文部分

1. 王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，臺大法學論叢第 36 卷第 2 期，2007 年 6 月，頁 41-91。(Huang-Yu Wang, On Medical Treatment and Proper Behavior of Occupation, National Taiwan University Law Journal, 36[2], Jun. 2007, pp. 41-91.)
2. 王皇玉，論醫師的說明義務與親自診察義務—評九十四年度台上字第 2676 號判決，月旦法學雜誌第 137 期，2006 年 10 月，頁 265-280。(Huang-Yu Wang, A discussion of the obligations of physicians' instruction and personal examination-review of Taiwan's Supreme Court 2005-2676 civil judgment, The Taiwan Law Review, [137], Oct. 2006, pp. 265-280.)
3. 王皇玉，論醫師對藥物副作用之說明—從 99 年台上字 558 號判決談起，甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（上冊），承法，2012 年 4 月，頁 153-174。(Huang-Yu Wang, A discussion of the obligations of physicians' instructions of side effects, a starting point from Taiwan's Supreme Court 2000-558 civil judgment; Professor Tian-Gui Gan's 70th birthday article blessing collection (volume 1), Chengfa, Apr. 2012, pp. 153-174.)
4. 甘添貴，刑法總論講義，瑞興，1992 年 9 月。(Tian-Gui Gan, Criminal law: general discussion, Ruixing, Sep. 1992.)
5. 甘添貴，治療行為與傷害，月旦法學教室第 15 期，2004 年 1 月，頁 18-19。(Tian-Gui Gan, Treatment behavior and injury, Taiwan Jurist, [15], Jan. 2004, pp. 18-19.)
6. 甘添貴，專斷醫療與承諾，月旦法學教室第 17 期，2004 年 3

- 月，頁 20-21。(Tian-Gui Gan, *Arbitrary medical service and commitment*, *Taiwan Jurist*, [17], Mar. 2004, pp. 20-21.)
7. 甘添貴，醫療糾紛與法律適用—論專斷醫療行為的刑事責任，*月旦法學雜誌*第 157 期，2008 年 6 月，頁 31-44。(Tian-Gui Gan, *Medical malpractice and law applies -- a discussion of arbitrary medical practice and criminal liability*, *The Taiwan Law Review*, [157], Jun. 2008, pp. 31-44.)
 8. 吳志正，解讀醫病關係Ⅱ—醫療責任體系篇，元照，2006 年 9 月。(Chih-Cheng Wu, *Interpret doctor-patient relationship II --- medical liability system*, Angle, Sep. 2006.)
 9. 吳俊穎，醫師告知義務急速擴張的時代—法界的期待與醫界的臨床實務之間的鴻溝，*法學新論雜誌*第 14 期，2009 年 9 月，頁 87-111。(Chun-Ying Wu, *A rapid expansion era: The physicians' obligation of inform – the gap between the law profession's anticipation and medical practice*, *Journal of New Perspectives on Law*, [14], Sep. 2009, pp. 87-111.)
 10. 李伯章、曾平杉，醫療紛爭在臨床醫學與法律實務的探討，*新學林*，2010 年 1 月。(Bo-Zhang Li & Ping-Shan Zeng, *A discussion between medical disputes in clinic practice and law applies*, Sharing, Jan. 2010.)
 11. 林東茂，*刑法綜覽*，一品，2012 年 8 月。(Dong-Mao Lin, *Criminal law: a whole view*, Yipin, Aug. 2012.)
 12. 林萍章，知情同意法則之「見山不是山」—法院近來裁判評釋，*月旦法學雜誌*第 162 期，2008 年 11 月，頁 17-40。(Ping-Zhang Lin, *A vague point of informed consent: a discussion of recent judgment in Taiwan's courts*, *The Taiwan Law Review*, [162], Nov. 2008, pp. 17-40.)

13. 侯英冷，醫療機構、外科醫師與麻醉科醫師之說明義務—最高法院九六年台上字第二四七六號判決簡評，台灣法學雜誌第 107 期，2008 年 6 月，頁 291-297。(Ing-Ling Hou, A discussion of description's obligations by medical institutions, surgeons and anesthesiologists: a starting point from Taiwan's Supreme Court 2007-2476 civil judgment, Taiwan Law Journal, [107], Jun. 2008, pp. 291-297.)
14. 張家琦，醫療糾紛民事責任與訴訟實務，法官協會雜誌第 9 卷 1 期，2007 年 6 月，頁 41-53。(Jia-Qi Zhang, Medical malpractice dispute from private law and lawsuit, The Law Review, 9[1], Jun. 2007, pp. 41-53.)
15. 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2012 年 9 月。(Li-Ching Chang, Criminal Law: General Principles – Theory and Practice, Wunan, Sep. 2012.)
16. 許辰舟，醫療過失刑事審判實務動向與理論之對照觀察，法官協會雜誌第 9 卷第 1 期，2007 年 6 月，頁 77-93。(Chen-Zhou Xu, Medical malpractice on criminal judgment: A theoretical and practical observation, The Law Review, 9[1], Jun. 2007, pp. 77-93.)
17. 許曉芬，告知說明義務之重新審思：以法國法上醫療責任之「機會喪失」理論為中心，東海大學法學研究第 36 期，2012 年 4 月，頁 115-152。(Hsiao-Fen Hsu, Informed Consent and Loss of Chance: Medical Liability in French Law, Tunghai University Law Review, [36], Apr. 2012, pp. 115-152.)
18. 陳子平，醫療上「充分說明與承諾 (Informed Consent)」之法理，東吳大學法律學報第 12 卷第 1 期，2000 年 2 月，頁 47-84。(Tz-Ping Chen, The Legal Theory of Informed Consent ,

- Soochow Law Review, 12[1], Feb. 2000, pp. 47-84.)
19. 陳子平, 刑法總論, 元照, 2008年9月。(Tz-Ping Chen, *Criminal law: general introduction*, Angle, Sep. 2008.)
 20. 陳子平, 醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應(上), 月旦法學雜誌第178期, 2010年3月, 頁227-245。
(Tz-Ping Chen, *Informed consent and commitment in the law reasoning and the effect on the criminal law (1)*, *The Taiwan Law Review*, [178], Mar. 2010, pp. 227-245.)
 21. 陳聰富, 醫療行為與犯罪行為, 告知後同意的刑法上效果(下), 月旦法學教室第76期, 2008年7月, 頁73-84。
(Tsung-Fu Chen, *Medial behavior and criminal behavior: Informed consent's effect on the criminal law (2)*, *Taiwan Jurist*, [76], Jul. 2008, pp. 73-84.)
 22. 曾育裕, 醫護法規, 五南, 2010年9月。(Yu-Yu Tseng, *Medical law*, Wunan, Sep. 2010.)
 23. 曾淑瑜, 醫師之說明義務與病人之同意, 法官協會雜誌第9卷1期, 2007年6月, 頁71-76。(Shu-Yu Zeng, *The obligation of physicians' instruction and informed consent by the patients*, *The Law Review*, 9[1], Jun. 2007, pp. 71-76.)
 24. 曾淑瑜, 醫療倫理與法律15講, 元照, 2010年4月。(Shu-Yu Zeng, *Medical ethics and law (15 chapters)*, Angle, Apr. 2010.)
 25. 黃丁全, 醫事法, 元照, 1995年11月。(Ding-Quan Huang, *Medical law*, Angle, Nov. 1995.)
 26. 黃榮堅, 基礎刑法學(上), 元照, 2012年3月。(Jung-Chien Huang, *Basic criminal law (1)*, Angle, Mar. 2012.)
 27. 楊秀儀, 誰來同意? 誰作決定? 從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際: 美國經驗之考察, 台灣法學會學報

- 第 20 期, 1999 年 11 月, 頁 367-406。(Hsiu-I Yang, Who consents? who makes decisions? A point of view from USA of informed consent and patients' autonomy, theoretically and practically, Taiwan Law Society Review, [20], Nov. 1999, pp. 367-406.)
28. 楊秀儀, 美國「告知後同意」法則之考察分析, 月旦法學雜誌第 121 期, 2005 年 6 月, 頁 138-152。(Hsiu-I Yang, The principle of informed consent from the point of view of USA, The Taiwan Law Review, [121], Jun. 2005, pp. 138-152.)
29. 楊秀儀, 告知後同意法則之司法實務發展—最高法院 94 年台上 2676 號判決評釋, 台灣法學第 73 期, 2005 年 8 月, 頁 212-214。(Hsiu-I Yang, The principle of informed consent on the law practice: A starting point from Taiwan's Supreme Court 2005-2676 civil judgment, Taiwan Law Journal, [73], Aug. 2005, pp. 212-214.)
30. 楊秀儀, 告知後同意之倫理法律再思考: 縮小理論與實務的落差, 月旦法學雜誌第 162 期, 2008 年 11 月, 頁 5-16。(Hsiu-I Yang, A rethink of law ethics on informed consent: Narrow the gap of theory and practice, The Taiwan Law Review, [162], Nov. 2008, pp. 5-16.)
31. 廖建瑜, 藥品 OFF-LABEL USE 之管制 (上), 法學新論第 31 期, 2011 年 8 月, 頁 37-64。(Jian-Yu Liao, Medicine control on OFF-LABEL USE (1), Journal of New Perspectives on Law, [31], Aug. 2011, pp. 37-64.)
32. 廖建瑜, 藥品 OFF-LABEL USE 之管制—以美國與台灣為例 (下), 法學新論第 32 期, 2011 年 10 月, 頁 45-71。(Jian-Yu Liao, Medicine control on OFF-LABEL USE: An example of

- USA and Taiwan (2), *Journal of New Perspectives on Law*, [32], Oct. 2011, pp. 45-71.)
33. 劉文瑤，醫事法要義，合記圖書，1999年11月。(Wen-Rong Liu, Important view of medical law, Hochtiv, Nov.1999.)
 34. 蔡振修，醫事過失犯罪析論，醫事法律學會，1996年6月。(Zhen-Xiu Cai, A discussion of medical malpractice from negligent view, Society of Law and Medicine, Jun. 1996.)
 35. 鄭逸哲，「告知義務」和「術前評估義務」並非「注意義務」—台灣高等法院高雄分院九十八年醫上訴字第一號刑事判決，月旦裁判時報第5期，2010年12月，頁94-99。(Yat-Che Cheng, Obligations of inform and obligations on risk assessment before the operation is not a duty of care: A starting point from Kaohsiung High Court of Taiwan medical appeal 2009-1 judgment, *Court Case Times*, [5], Dec, 2010, pp. 94-99.)

二、外文部分

1. アルビン エーザー著，上田健二、浅田和茂編，先端医療と刑法，成文堂，1990年6月。
2. 久々湊晴夫，やさしい医事法學，成文堂，2007年5月。
3. 山口厚，刑法總論，有斐閣，2007年4月。
4. 山中敬一，刑法總論，成文堂，2008年3月。
5. 山中敬一，医療侵襲に対する患者の同意，關西大學法學論集第61卷第5號，2012年10月，頁1-112。
6. 山中敬一，医師の説明義務（1），關西大學法學論集，第61卷第6號，2012年12月，頁1-51。
7. 立山龍彦，自己決定権と死ぬ権利，東海大学出版会，2005年10月。

8. 町野 朔, 患者の自己決定權, 医事法學叢書 (1): 醫師・患者の關係, 日本評論社, 1986年8月, 頁39-72。
9. 佐久間修, 刑法總論, 成文堂, 2009年8月。
10. 金川塚雄, 医療における説明と承諾の問題状況-醫師の説明義務を中心として, 医事法學叢書 (3): 医事紛争・医療過誤, 日本評論社, 1986年8月, 頁225-250。
11. 松宮孝明, 過失犯論の現代的課題, 成文堂, 2004年2月。
12. 植木哲, 医療の法律学, 有斐閣, 2003年9月。
13. 曾根威彦, 刑法学の基礎, 成文堂, 2008年3月。
14. 飯塚和之, 説明義務の減輕・免除年報, 医事法學第8号, 1993年9月, 頁92-102。
15. Albrecht, Die “hypothetische Einwilligung” im Strafrecht, 2010.
16. Fischer/ Schwarz/ Dreher/ Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Aufl., 2011.
17. Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praixkommentar, 4. Aufl., 2009.
18. Lackner/ Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2011.
19. Laufs/ Uhlenbruck, Handbuch des Arztstrafrechts, 4. Aufl., 2010.
20. Lilie/ Orben, Zur Verfahrenswirklichkeit des Arztstrafrechts, ZRP 2002, S. 154-159.
21. Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 52 Aufl., 2009.
22. Mitsch, Die mutmaßliche Einwilligung, ZJS 2012, S. 38-43.
23. Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2 Aufl., 2010.
24. Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 11. Aufl., 2010.
25. Rudolphi, Fälle zum Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2000, S.68.

26. Schöch, Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen, in: Roxin/ Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., 2010.
27. Schönke/ Schröder/ Eser, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., 2010.
28. Tröndle, Selbstbestimmungsrecht des Patienten-Wohltat Plage? MDR 1983, S. 881-887.
29. Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl., 2008.