

【刑法】補充資料

廖震 老師提供

一、甲於身體檢查時，發現子宮有肌瘤，與醫師乙商議後，決定開刀割除子宮。惟乙在開刀時發現甲的盲腸亦有潰爛現象，乙未經甲同意，在割除子宮時，逕行將盲腸一併切除。甲事後經乙告知，始知盲腸亦被割除。甲對乙割除盲腸一事，提出告訴。問乙的刑責為何？（25分，101年地特四等法律廉政刑法概要第四題）

【解題思維】

行為人乃醫師乙。題目是問乙的刑責，故就乙所實行之全部行為均應加以檢討，以確立是否構成犯罪。從乙事實上實行的行為來看，乃包括對甲摘除子宮的行為以及「未經與病人甲商量，便切除甲潰爛的盲腸的行為」。解題的重點在於，這兩個行為必須要分別討論，最後再整合出行為人乙的罪責。那麼，醫師乙有沒有可能無刑事責任？或者於切除盲腸此一行為，因為未經病人甲同意，即不能主張業務上正當行為？那麼，本題是不是包裝成假裝要考告知義務，但其實是要考注意義務的試題？

【相關實務見解】

（一）醫療業務之執行

依據臺灣高等法院 102 年度醫上訴字第 14 號刑事判決之見解：

1. 「醫療業務」之界定：按未取得合法醫師資格不得擅自執行醫療業務，醫師法第 28 條前段定有明文。所稱「醫療業務」係指以醫療行為為職業，不問是主要或附屬業務，職業上予以機會，為非特定人之醫療行為均屬之。且醫療業務之認定不以收取報酬為其要件。上述醫療行為是指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果以治療為目的所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的所為的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部的總稱，有行政院衛生福利部（由行政院衛生署改制，下均稱行政院衛生福利部）83 年 11 月 28 日衛署醫字第 00000000 號函明確釋義。
2. 按醫師法第 28 條所稱醫療業務之行為，係指以醫療行為為職業，不問係主要業務或附隨業務，凡職業上予以機會，為非特定多數人之醫療行為均屬之，又所謂醫療行為，則凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療行為，或基於診察、診斷結果，以治療為目的所為之處方、用藥、施術或處置行為均屬之。次按刑法第 339 條第 1 項詐欺取財罪之成立，乃行為人意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付為要件。所謂詐術，係指傳遞與事實不符之資訊行為，包括虛構事實、歪曲或掩飾事實等手段，凡足以使人陷於錯誤之一切方法，均足當之，其詐術之內容，無論係有關事實之表示，抑或有關價值判斷或其他意見之表示，凡足以使人陷於錯誤者，均屬之。復按普通傷害罪係以傷害故意致生傷害結果為要件，而



以燒燙傷自屬傷害結果。又醫療行為之實施，固以治療為目的，然本質上對於病患之身體或生理機能常具侵襲性，須得病患之承諾或可推測之承諾以阻卻其違法性。倘病患並無承諾或可推測之承諾，或其承諾係受行為人之詐欺致陷於錯誤所為，仍不能阻卻傷害行為之違法性。

(二) 推測之承諾的意義

依據臺灣雲林地方法院 108 年度訴字第 199 號刑事判決之見解：

所謂推測之承諾，係指法益持有者未在现场，或者未能及時趕到現場，或昏迷不醒，致不能取得其承諾或未能及時取得其承諾，但因為情況急迫，在法益或利益權衡下，應就有利於法益持有人的觀點，假設如果法益持有人在場或清醒，也會為承諾。（參閱林山田，刑法通論【上冊】，97 年 1 月，第 373 頁）

【學習要點】

(一) 實務或學說通常又把「推測之承諾」稱為「得被害人推測之承諾」。在解釋上，既然推測之承諾之性質屬於超法規阻卻違法事由，那麼在適用此一事由時，通常會要求比法定阻卻違法事由更精準且更穩健之要件檢討與論述，才能阻卻行為人侵害法益行為之實質違法性。按上開實務見解，行為人欲主張得被害人推測之承諾者，由於其內容之本質為假設性之承諾，故其客觀上應具備之要素如下：

- 1.客觀上存在急迫情形，不能等待被害人或權利人清醒或到場後方為承諾，必須立刻採取積極作為，方能阻止法益受侵害而得保全；
- 2.實行行為之目的，在於保護法益持有人之健全，故應就有利於法益持有人之觀點為考量；
- 3.假設法益持有人於知悉、掌握該等急迫情形存在，亦會明確承諾而要求或容許實行該等行為。

(二) 通常的檢討口訣是：「有急迫情形、有利被害人、假設之承諾。」

【試題詳解】

(一) 醫師甲對病人乙開刀摘除子宮之行為，不成立刑法第 278 條第 1 項之重傷既遂罪

- 1.依據刑法第 10 條第 4 項第 5 款之規定，重傷之傷害，乃包括行為人對於被害人實行毀敗或嚴重減損生殖之機能之行為。
- 2.另按同法第 278 條第 1 項之規定：「使人受重傷者，處 5 年以上 12 年以下有期徒刑。」
- 3.乙對甲施行子宮摘除手術，客觀上屬於女性生殖器官之摘取行為，主觀上亦有此等毀壞生殖機能之故意，其摘除手術行為，乃該當上開刑法第 10 條第 4 項第 5 款、第 278 條第 1 項重傷既遂罪之構成要件該當。

4.然此等摘除手術之施行，事先既經醫師乙與病患甲之間妥加溝通，並得到病患乙之同意而進行，依據最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決要旨：「經查，醫療法之制定目的在於促進醫療事業之健全發展，並合理分布醫療資源、提高醫療品質、保障病人權利、增進國民健康，按該法第 46 條第 1 項（現為醫療法第 63 條）：『醫院實施手術時，應取得病人或其配偶、親屬或關係人之同意，簽具手術同意書及麻醉同意書；在簽具之前，醫師應向其本人或配偶、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病及危險，在其同意下，始得為之，但如情況緊急，不在此限。』參考立法意旨，醫療係高度專業及危險之行為，直接涉及病人之身體健康或生命，病人或其家屬通常須仰賴醫師之說明，始能了解醫療行為之必要、風險及效果，故醫師施行醫療行為時，應詳盡相當之說明義務。上開說明義務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，即有說明義務；於此，若醫師未盡上開說明義務，除有正當理由外，難謂已盡注意義務；又上開說明義務以實質說明為必要，難據貿然之簽名逕認已盡說明之義務。」亦即，就此子宮摘除手術而言，醫師乙已盡告知義務，且已盡實質說明之注意義務。則依據刑法第 22 條之規定：「業務上之正當行為，不罰。」醫師乙就此子宮摘除手術，顯符合醫療業務上之正當行為，故醫師乙就子宮摘除之手術行為，不成立刑法第 278 條第 1 項之重傷既遂罪。

（二）醫師乙切除病患甲盲腸之行為，是否違反其醫療專業之注意義務，宜檢討之

1.就本件事實而言，醫師乙於施行子宮摘除手術中，發現病患甲之盲腸已經潰爛，則按臺灣臺中地方法院 101 年度聲判字第 25 號刑事裁定所採之醫療實務見解：「謝奇勳（涉案醫師）辯稱：伊於 98 年 5 月 26 日下午與張耀田討論病情後，二人都認為王昱奇可能是腹膜炎引起敗血症；所以伊與家屬解釋後，於同日下午 6、7 時進行第一次剖腹手術，發現大腸有輕微發炎；因王昱奇大腸尚未潰爛，且當時才剛急救完，血壓不穩定，短時間內如再進行切除手術，風險較高，所以伊決定不切除，用抗生素治療，應對王昱奇最有利；但後來觀察了 4、5 小時，因對王昱奇所進行的藥物治療無效，伊就決定切除乙狀結腸，切除後，王昱奇的生命跡象就穩定；所以伊認為二次手術是必要的等語。」可見醫療實務專業認為「發炎」與「潰爛」所用基礎治療方式不同，如僅為發炎，則得採取較為緩和而非侵入性之治療方式，如投用抗生素；而若腸道已經潰爛，則宜採取切除方式，避免形成感染重症，引發敗血症等嚴重併發症。

2.復依據最高法院 101 年台上 2637 號刑事判決要旨：

醫療係高度之專業，病人診治向來倚賴醫師專斷，但因醫療所生之危險，均由患者承受，故侵入性之檢查或治療，不可無視病患自律性之判斷，遂有「告知同意」法則之立法，以維護病人醫療自主權。按我國醫師法第 12 條之 1，固然規定醫師診治病人時，應向



病人或其家屬告知病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應，醫療法第 81 條亦有應為告知之規定。被告自承於診療過程未為上開告知，故醫審會認有未善盡告知之疏失，然而被告未依規定告知，固然侵害病人之醫療自主權，但醫療自主權之侵害，非屬成立醫師過失責任之必然。醫療過失繫於診斷與治療過程有無遵循醫療準則為斷，醫師於診療過程中，如未遵循醫療準則致生死傷結果，縱然事先已踐行告知同意，亦無阻卻違法；反之，如醫師事先未踐行告知同意法則，但對於醫療行為已善盡注意義務，仍難謂與病人死傷之結果，有必然之因果關係。「檢察官認被告未踐行告知義務而有疏失，自有誤會。」亦即，如僅以單純未盡告知義務，即認有疏失而非屬正當醫療業務之執行，顯然誤解醫療專業對於注意義務與遵循醫療準則兩者之間之重要關聯。

- 3.承上開見解，既然病患主要之手術內容為子宮摘除，且醫師乙於子宮摘除之過程中發現病患乙之盲腸已經潰爛而非發炎；自客觀上而言，盲腸處於人體腸道之末端，與摘除子宮所遺留之體內傷口甚為接近，有無感染或引發併發症之風險，於醫療準則上仍容許醫師憑藉其專業判斷而為切除與否之考量，亦即，縱按最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決之意旨，亦得反面推知如有正當理由，則縱使未盡告知義務，仍得認醫師已盡醫療行為之注意義務。就刑法第 22 條而言，仍屬業務上之正當行為，而不構成犯罪。
- 4.換言之，就本件而言，醫師乙若發現盲腸潰爛而仍僅摘除子宮，進行下腹部縫合後，待病患清醒方為告知，不僅反於醫療專業之經驗法則，且更可能將病患暴露於感染與併發症之風險中，反而屬於違反醫療準則之行為。因此，承上開說明，醫師乙既已盡其醫療專業之注意義務，則仍得解為醫療業務之正當行使，就該切除盲腸之手術行為，仍不構成刑法第 278 條第 1 項之重傷罪。

3people

三民輔考