

告知義務與詐欺罪之關聯性

本文

壹、案例事實：

- 一、甲醫師為 A 醫院之醫師，病人於某年某月某日下午約 5 時前往 A 醫院就診，然後於隔日上午約 8 時送至手術室，經由家屬簽具病患暨家屬同意住院書、手術同意書並支付自費之手術費用後，由甲醫師為病人施作線圈栓塞手術等(下稱栓塞手術)治療。但於栓塞手術過程中，病人因動脈瘤破裂出血並導致死亡。
- 二、病人家屬於病人死亡後，除對 A 醫院及甲醫師提起民事損害賠償請求訴訟外，另主張甲醫師未告知開刀夾除術與栓塞術對於破裂之動脈瘤具相近之治療效果，栓塞手術比健保給付之開刀夾除手術高出近 2.5 倍的出血風險，且甲醫師未誠實告知其施作栓塞手術之成功率僅 6 成，反以語意上幾近相同之從未失敗與幾乎沒有失敗之用語，傳達給家屬以表示其施作栓塞手術不會失敗。故甲醫師有不實告知手術風險、且未提供可替代之醫療選項之施用詐術行為，並因此使病人及其家屬陷於錯誤而同意自費之栓塞手術而接受甲醫師施作栓塞手術，亦因而使甲醫師得向 A 醫院申請取得手術費用之提成與獎金，並認甲醫師未誠實履行告知說明義務之行為已構成詐欺之犯行，病人家屬遂因此對甲醫師提起刑事詐欺取財之刑事告訴。

貳、說明討論

一、「告知說明義務」與「知情同意」

(一)我國之相關法源基礎：關於知情同意之說明告知義務，分別於醫師法、醫療法及病人自主權利法中規定，分列說明如下：

- 1、醫師法：第十二條之一規定，醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良

反應。故醫療法之告知說明義務主要事項在於病情、醫療處置及處置之影響，並未提到手術成功率。其次，醫師法第十二條之一在九十一年增訂時，其立法理由說明係為保障病人及其家屬「知」的權利，規定醫師有告知病情等事項之義務。因此，參照該條在立法時之目的可知，主要是在保障病人與家屬知的權利，但尚非在保障患者之自主決定權(知情同意權)。

2、醫療法方面：

- (1)第八十一條規定，醫療機構診治病人時，應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、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」。此為醫療法關於知情同意之一般概括性規定，其規定之內容與前述醫師法第十二條之一相同，亦未提及手術成功率。
- (2)除醫療法第八十一條關於知情同意之一般概括性規定外，醫療法第六十三條、第六十四條及第六十五條，也有在某些具體情形下應負告知並取得病人同意義務之其他規定。例如：第六十三條規定：「醫療機構在實施「手術」前，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。」。又如醫療法第六十四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」，也應該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；以及第六十五條規定，醫療機構對「採取之組織檢體或手術切取之器官」，不僅應送請病理檢查，之後也應將結果告知病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人。因此，醫療法除就病情與醫療處置、影響之說明告知義務外，尚有關於手術方面、侵入性檢查或治療之知情同意，以及病理檢查結果之告知義務。其中醫療法第

六十三條規定，即係與本案例相關之手術告知義務與取得同意之義務。但無論是醫療法或醫師法對於告知與取得知情同意之義務，均僅在於告知說明預定採取之醫療處置，尚不包括可能之其他替代或可供選擇之醫療處置選項。

(3)綜上所述可知，告知說明義務有單純告知之義務，如病情、處置、治療方針、病理檢查結果等，亦有在告知說明後應取得病人或家屬同意之義務(即「知情同意」)。前者在於著重醫師或醫療機構之告知義務，知情同意則是除了醫師或醫療機構應負告知義務外，亦有取得病人或家屬知情同意之義務，而病人或家屬之同意則是在保障病人對身體健康之自主權利。

3、病人自主權利法：

(1)於病人自主權利法通過公布後(該法於105年1月6日公布、108年1月6日生效實施)，有關病人自主決定權之知情同意，便規定在此法第四條第1項規定：「病人對於病情、醫療選項及各選項之可能成效與風險預後，有知情之權利。對於醫師提供之醫療選項有選擇與決定之權利。」，自此便於該法中明確建立病人除對於病情、醫療選項及各選項之可能成效與風險預後有「知情」之權利外，尚有對於醫師提供之醫療選項有「選擇」與「決定」之權利，並因而完善病人自主決定權之保障。

(2)因此，醫師有無其他「醫療選項」之說明告知義務，以供病人選擇並且完善地實踐自主決定權，係於病人自主權立法公布後，始予以保障。

(二)說明告知義務之法律性質與司法實務見解說明

1、民事方面：

(1)首先簡要說明一下關於我國民法上因契約所負之義務，有主給付

義務、從給付義務、附隨義務與後契約義務。主給付義務所指乃依契約本旨所應履行之行為，於常見的買賣商品契約中，對出賣人而言之主給付義務為交付商品與移轉商品之所有權，對買受人而言，主給付義務則是給付價金。因此，在醫療契約中，主給付義務所指，對醫師而言即是給予醫療診斷、處置或手術等醫療行為，對病人而言則是給付醫療費用。至於契約其他之從給付義務、附隨義務與後契約義務等，則是主給付義務以外、其他視契約履行階段與特性所應負之義務。於醫療契約中，常見之契約從給付義務即是「告知說明」義務。

(2)依照最高法院 109 年度台上字第 2278 號民事判決之司法實務見解，其判決理由即認為有關「告知後同意法則」之規範，其主旨 在經由危險之說明，使病人得以知悉侵入性醫療行為之危險性而自由決定是否接受，以減少醫療糾紛之發生，並展現病人身體及健康之自主權。因此，醫療機構由其使用人或受雇用之醫師對病人之說明告知，乃醫療機構依醫療契約提供醫療服務過程中，為準備、確定、支持及完全履行主給付義務而應對病人所負之「從給付義務」。倘醫療機構未就依醫療常規可得預見足以影響病患決定是否施行該醫療行為之事項，對病患盡告知說明義務，即有侵害病人之自主決定權，病人身體健康如因此受有損害，亦有侵害病人之身體健康權。

2、刑事方面：

(1)在前述所提及之最高法院 109 年度台上字第 2278 號判決理由中，法院也闡明，醫師踐行告知後同意之義務，在醫療處置對病人身體健康造成損害時，也可以作為醫師或醫療機構主張醫療行為不具違法性之阻卻違法事由。

(2)所謂「阻卻違法」之意義在於，若是告知後取得同意始為醫療行

為並因此發生損害於病人，亦應認為醫療行為並無疏失。亦即，在刑事上，「知情同意」亦可就醫療行為造成病人損害時，發生刑法上阻卻違法之法律效果並因此認定醫療行為無疏失。此外，最高法院在 108 年度台上字第 2607 號民事判決意旨中，也認為醫院或醫師在實施手術時，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，醫院或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症及危險，並在得到病人或家屬同意下，始得實行該醫療手術。因此，侵害病人身體之醫療行為，會因病人之知情同意後，令後續發生危害或損害之醫療行為產生阻卻違法效果，並因此不構成對病人產生過失傷害或過失致死之刑事責任。

3、告知說明義務之範圍：

- (1)至於告知說明義務之事項與範圍，除自前述醫師法、醫療法與病人自主權利法規定可知外，司法實務上，最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決也曾說明告知義務之範圍至少應包括下列五項，以作為參考：A、診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果。B、建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊。C、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。D、治療之成功率（死亡率）。E、醫院之設備及醫師之專業能力等事項。
- (2)然而，上開司法實務見解所揭示之說明告知義務事項與範圍，對照前述醫師法、醫療法與病人自主權利法規定，可知，有關於醫師說明義務之內容，顯然已在法律規定之內容外，另增加「替代性治療」或「拒絕治療之風險」二項之說明內容。但我國乃成文法國家，並不允許法官造法。故雖某些案例於民事訴訟中在認定醫師有無醫療選項等「替代性治療」之告知義務時，可由法官依

據民法第1條規定，在法律無規定時依法理將此等源於美國法之「知情同意法則」予以援引；但在刑事責任方面，則因為刑事罪刑法定原則之要求，故在刑事責任認定時，不應將法律明文未規定之告知事項義務(即應告知「替代性治療」或「拒絕治療之風險」之義務)，亦列入在認定醫師有無違法性時所應負之義務事項或範圍內。

二、本案例討論

(一)刑法上詐欺取財之構成要件

1、刑法第339條第1項及第2項分別規定：「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者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。」、「以前項方法得財產上不法之利益或使第三人得之者，亦同。」。

2、因此，構成詐欺取財或得利罪，除必須主觀上須有為自己或第三人不法之所有之意圖，且在客觀上亦必須行為人「施用詐術」，並因而致本人或第三人將物交付，或因而得財產上不法之利益或使第三人得之。故只要其中一項要件欠缺，即不構成詐欺罪。

(二)本案例法院之認定結果：

1、關於甲醫師未告知病人臚內動脈瘤術式另有夾除術之醫療選項，本案法院持以下理由認為甲醫師並無違反當時之告知同意原則：

(1)因本案發生之時點係在病人自主權利法通過前，故對於是否有其他替代性治療如開刀夾除術，並不須加以說明及提供由病人或家屬選擇，亦毋庸說明並取得同意。故僅須依據本件手術當時之法規規定(即前述醫師法與醫療法規定)決定告知說明之事項範圍。因此，本案例甲醫師只須就病人將採取之預定醫療處置，即栓塞手術，加以說明並取得同意即可。

(2)所謂替代性治療是指相對醫師所欲採取之治療方針而言，此項說明之意義在於病患有權參與決定採取何種治療之決策，就其身體及經濟其他考量而言，係最佳醫療處置，亦可避免醫師進行所謂「防禦性醫療」來避免醫療糾紛，但對於患者之治療卻非必然屬於最佳方案。然而，是否存在替代性治療是處於浮動狀態，並非固定不變，例如自然產與剖腹產，正常孕婦生產時剖腹產並非屬於應告知生育方式之替代方案，但隨孕婦及胎兒之變化，自然陰道生產與剖腹產均構成醫學上可能之療法。特別是治療方式對病人致死風險有高低且效益有差異時，是否存在應告知之替代治療方案並非無疑。

(3)本案例衛生福利部醫事審議委員會(下稱醫審會)鑑定意見亦認為：參考醫學文獻，本案例病人入院時，可接受夾除術或栓塞術。於 1063 位接受栓塞術之病人，250 位 (23.5%) 於一年內死亡或殘障。而 1055 位接受夾除術之病人中，326 位 (30.9%)，於一年內死亡或顯著殘障。因此，依照研究結果二者皆是可施行之術式，具相近之治療效果，且以栓塞術較佳，夾除術術後死亡或顯者殘障比率 (30.9%) 明顯高於栓塞術 (23.5%)，栓塞術絕對風險降低了 7.4%。另外參照本案例病人年紀及身體具有高血壓、冠狀動脈性心臟病之健康狀況，是否存在開刀夾除術之替代性治療，亦非無疑。

2、關於甲醫師個人之栓塞手術成功率，本案例法院認為並不在說明告知義務事項與範圍內，其理由係依據醫審會鑑定意見，認為醫療常規上並無要求醫師須將個人施作相同手術之案例數及失敗案例數一併告知。故甲醫師未告知病人家屬其施作栓塞手術之案例數及失敗案例數，並無違反醫療常規。

3、由於本案例法院認為，除本案例是否存在夾除術之替代性治療，

已有疑問，且依據當時法規並無規範甲醫師應就替代性治療為告知說明，因此，甲醫師並無告知醫療選項之義務。且就甲醫師個人手術成功率方面，亦認為醫療常規上亦無要求此等事項之說明告知義務，因此進而認為甲醫師並無施用「應告知而未告知」之不作為詐術，自不構成詐欺罪。亦即，本案例在詐欺罪之認定上，已因欠缺施用詐術之構成要件該當而不成立。

參、結語

- 一、自前述本案例法院之理由與認定結果，可知，本案例法院並未否認不實告知說明導致錯誤決定接受手術，是一種詐術之施用；其僅係認為是否有無不實告知說明，應以法規當時內容與醫療常規決定說明告知之事項範圍，來認定甲醫師有無不實告知說明而違反告知說明之作為義務。亦即，本案例之法院認為，如手術當時之法規與醫療常規均規範醫師具有某事項之說明告知義務，若違反而未誠實告知時，則係有可能會構成刑法上詐欺罪之施用詐術行為。當然，如前所述，有施用詐術並非一定構成詐欺罪，仍須視是否同時具有主觀上之不法意圖並得財產上利益或獲得財物。
- 二、因此，在病人自主權利法第四條第1項規定：「病人對於病情、醫療選項及各選項之可能成效與風險預後，有知情之權利。對於醫師提供之醫療選項有選擇與決定之權利。」通過後，病人對於醫療選項及各選項之可能成效與風險預後不僅有「知情」之權利，亦有對於醫師提供之醫療選項有「選擇」與「決定」之權利。則若醫師未誠實告知醫療選項後始經病人同意選擇與決定醫療處置，是可能違反告知說明之作為義務，進而有可能構成施用「應告知而未告知」之不作為詐術，值得注意。惟是否確實存在替代性治療之醫療選項，依據本案例法院見解，則屬事實認定，在醫療過程中是一種浮動狀態，也非必然存在的。

題目

一、下列何項法律之立法目的始在妥善完整確保病人之知情同意權？

- A、醫師法。
- B、醫療法。
- C、病人自主權利法。
- D、刑法。

二、下列何項並非刑法詐欺罪之構成要件？

- A、必須施用詐術。
- B、必須具備為自己或第三人不法之所有之意圖。
- C、必須致本人或第三人將物交付或因而得財產上不法之利益或使第三人得之。
- D、必須被施用詐術者直接受有損害。

三、醫師法及醫療法就告知說明義務在民法上之性質屬於下列何種？

- A、主給付義務。
- B、從給付義務。
- C、附隨義務。
- D、後契約義務。

四、下列何項法律規定始就醫療選項作為告知說明義務之事項範圍？

- A、醫師法第十二條之一。
- B、醫療法第八十一條。
- C、醫療法第六十五條。
- D、病人自主權利法第四條第1項規定。

五、醫療機構對「採取之組織檢體或手術切取之器官」，依據醫療法第六十五條規定，應如何處理？

- A、 應送請病理檢查，之後也應將結果告知病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人。
- B、 只需送請病理檢查，如有異常方須告知病人或其家屬等。
- C、 應送請病理檢查，但僅在病人自費請求下方須將結果告知病人或其家屬等。
- D、 在病人及家屬同意並自費下才須送請病理檢查，如有異常再告知病人或其家屬等。

六、手術成功率為告知說明義務事項範圍之法律規定依據為下列何項？

- A、 醫師法第十二條之一。
- B、 醫療法第六十三條。
- C、 醫療法第六十五條。
- D、 醫療法第八十一條。

七、依據本文所提案例說明之醫審會鑑定意見，其認為醫療常規上是否要求醫師須將個人施作相同手術之案例數及失敗案例數一併對病人或家屬說明告知？

- A、 並無要求醫師須將個人施作相同手術之案例數及失敗案例數一併對病人或家屬說明告知。
- B、 有要求醫師須將個人施作相同手術之案例數及失敗案例數一併對病人或家屬說明告知。
- C、 如屬自費手術，則有要求醫師須將個人施作相同手術之案例數及失敗案例數一併對病人或家屬說明告知。
- D、 視情況而定。

八、依據本文說明，在病人自主權利法公布實施前，替代性治療之醫療選項，是否可屬於告知說明義務之事項範圍？下列何項說明為是？

- A、我國並非成文法國家，故法官可以造法，因此，最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決既已揭示見解，認為醫療選項之替代性

治療可作為說明告知之事項範圍，則在民、刑事法方面，均可作為告知說明義務範圍之認定依據。

- B、礙於刑法上罪刑法定原則，雖最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決之見解，認為醫療選項之替代性治療為說明告知之事項範圍，但此僅可作為民事法上之義務範圍認定依據。
- C、鑑於我國為成文法國家，法官不得造法，故而，縱使最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決已揭示見解，認為醫療選項之替代性治療可作為說明告知之事項範圍，但均不可作為告知說明義務範圍之認定依據。
- D、最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決既已揭示見解，認為醫療選項之替代性治療可作為說明告知之事項範圍，則在民事法或刑事法上，均可作為告知說明義務範圍之認定依據。

九、依據本文說明，在無違反告知說明義務並取得病人或家屬之知情同意後，對病人進行手術後失敗，為何不構成對病人身體之傷害刑責？

- A、因為無傷害病人身體之主觀故意。
- B、因為手術在治療病人並無非傷害身體。
- C、因為取得病人或家屬之知情同意而阻卻違法。
- D、因為手術本來就有失敗可能之風險。

十、醫療契約中，病人所應負之契約主給付義務，應為下列何者？

- A、給付醫療費用。
- B、同意接受醫療處置。
- C、病情據實說明。
- D、以上皆是。

題目解析

- 一、C、見本文第貳之一之(一)之 3 之(1)項說明。
- 二、D、見本文第貳之二之(一)項說明。

三、B、見本文第貳之一之(二)之1之(1)項說明。

四、D、見本文第貳之一之(一)之3項說明。

五、A、見本文第貳之一之(一)之2之(2)項說明。

六、B、見本文第貳之一之(一)之2之(2)項說明。

七、A、見本文第貳之二之(二)之2項說明。

八、B、見本文第貳之一之(二)之3之(2)項說明。

九、C、見本文第貳之一之(二)之2之(2)項說明。

十、A、見本文第貳之一之(二)之1之(1)項說明。