

東海大學法律學系

博士論文

Tunghai University Department of Law

Doctoral dissertation

特殊醫療的病人自主及其刑法爭議

The Criminal Law Disputes about  
Patient Autonomy in the Special Medical Treatment

韓政道

CHENG-TAO HAN

指導教授：張麗卿 博士

Advisor : LI-CHING CHANG, Ph,D

中華民國 108 年 6 月

June 2019



博士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

博士班研究生 韓政道 君所提之論文：

特殊醫療的病人自主及其刑法爭議

經本委員會審查並舉行口試，認為符合  
博士學位標準。

考試委員簽名處

林秉彥

劉秉鈞

柯耀程

張亞卿

伍開遠

108 年 5 月 27 日



## 誌謝辭

學術，是趟貌似無止無盡的旅程

有幸能繼續向前，必須感謝我的指導教授與啟蒙恩師 張麗卿老師

無常與困境，是人生這學問的必修課題，恩師是我這堂課的導師。面對無常，恩師提醒我不須恐懼；面對困境，恩師鼓勵我勇往之前。

在恩師膝下學習已逾十載，但每認有所得時，卻又感師之道與學，如山似海，而自己依然是大學初受教於恩師的年幼學子。所謂師恩大過天，此刻已著實體認。

此本不成熟的博士論文得以順利完成

學生在此誠摯的與四位口試委員表達感謝之意

感謝東吳大學法律學系教授 林東茂老師，有幸能有幾次從旁與老師學習的機緣，每每皆能感受老師待人所散發的哲人智慧與溫暖光芒，老師的身教讓學生理解到，為人師與做學問的使命與道理。

感謝東海大學法律系教授 柯耀程老師，拙文能自草創到精進，最終達到學術論文的水平，謝謝老師不吝於鞭辟入理，一針見血的精闢指點；感謝銘傳大學財經法律學系教授 劉秉鈞老師，謝謝老師在公務繁忙之餘，依然願意耗費心力，給予學生論文許多寶貴建議；感謝東海大學法律學系教授 伍開遠老師，老師對於學生論文極為細膩的指正與提醒，讓學生深感惶恐與感激。

感謝日本關西大學 山中敬一名譽教授，老師幾次來台交流，有幸能伴隨身旁就近請益，也曾協助學生赴日進行短期交流與研究，山中老師嚴謹豐富的學術能量，拓展了我的研究視野，滋養本文茁壯。

一路走來，學術路途艱辛無盡，如同一場華麗的冒險。

感謝文化大學法律學系教授，我的學長兼戰友 王紀軒老師（大波），學術路途的酸甜苦辣，能有您的陪伴與扶持，實為萬幸。

感謝凡是出現在這段旅程中，陪伴我勇往之前的師長、友人。感謝東海大學法律學系院的全體師長，尤其在我博士班時期，講授法學日文的蕭淑芬 教授、高德潤 教授，謝謝兩位老師對我日文學習的啟發，感謝林院

長更盛的鼓勵與協助，讓我順利完成博士學位。感謝學姊芳瑜、學長秉勳、禾里、學弟閔甫、睿祥、文瑜，有你們的日子，從來不曾感到孤單。

感謝現職服務單位僑光科技大學的同事，惠汝、嘉君，人事室和財法系的長官，邱主任奕賢、徐主任志明，工作之餘能有辦法兼顧學業，必須感謝您們的支持與提攜。

### 家人，永遠都是我的根本與基石

自取得碩士後，有幸從事教職工作，至今能再順利完成博士學位，如能稱上是一種成就與榮耀，必須獻給我的父母。父親曾任大學教職到退休，永遠都是我人生的方向與榜樣，母親肩負我人格養育的責任，外界如有絲毫的讚賞與肯定，都應歸功母親的關愛與教誨。

在我完成學位期間，有幸建立自己的家庭，感謝我的太太藝娜，除了面對自己忙碌的審判工作，也需協助我撐起整個家。感謝我的岳父、岳母，沒有您們從旁的支持與付出，必然無法兼得學業、工作與家庭。感謝我的長女忻霏，妳的笑容讓我瞭解為人父母的意義與使命，感到艱辛之餘，是妳給我絕不放棄的勇氣。

最後，感謝我所有的家人、與曾經幫助我、關照我的友人，大恩不言謝，原諒我不再一一言明，謝謝大家，我愛你們。

台中頤湖苑·未時

2019.06.03

## 摘要

本文以特殊醫療為題，由病人自主決定權開展，從刑法評價衍生的爭議為角度，思索我國現行醫療相關法制度就特殊醫療情境中的病人權益，是否已有完善的規範與保障。對於特殊醫療，本文是從一般醫療中，劃定四向具體的醫療情境，分別從中探究病人自主決定權與所面臨的刑法爭議。

首先，關於人體器官捐贈，本文將其視為一種特殊醫療的原因是，不同於醫學的本質是以追求回復健康為目的，器官捐贈手術本身僅僅是對受術者造成純粹傷害的惡害影響，以此種利他型的醫療行為，除了顛覆了醫療行為的本質與目的，關於捐贈者的自主權益與保障，就有必要進一步的思索與探討。

其次，關於人體臨床試驗的特殊性是，臨床試驗在無法確切預知與掌握風險的情況下，受試者是否願承擔這項風險，應取得受試者本人同意，相較於一般醫療，臨床試驗更應重視病人自主決定權的保障。諸如，試驗前應取得受驗者的真摯同意，其中有關醫師的告知說明義務與取得病人同意等要件與程序，無論在法規範或解釋上都應更加嚴謹。

再者，談到重症新生兒醫療的爭議問題，主要聚焦於這些特殊醫療的決策與衝突上。而重症新生兒的醫療特殊性在於，新生兒自始欠缺自主權利，也無法藉由他人推測釐清其意願，是以，當發生父母拒絕重症新生兒接受常規性治療的情況下，該如何保障其最佳利益。應從刑法理論探討醫師治療義務的界線，並從中尋求醫師或第三方等意見來共同維護新生兒病人的醫療權益。

最後，末期尊嚴醫療的病人自主直接挑戰的是刑法規範的容許性。隨著社會價值觀念的轉變，人類借助醫療科技無限度的延長生命，反倒促使人民省思，毫無意義的延長痛苦的生命，是否符合醫療倫理中的行善要求。在此特殊情境下，人民是否享有拒絕醫療的自主決定權利，本文將會從我國目前立法現況來觀察，檢討末期醫療於刑法評價上的容許性與合法空間。

## 關鍵字

特殊醫療、病人自主決定權、人體器官捐贈、重症新生兒、人體臨床試驗、末期病人、被害人承諾



## Abstract

This thesis takes special medical treatment as the topic, and the patient decides to carry out the right, from the perspective of the disputes derived from the criminal law evaluation, and considers whether the current medical related legal system in China has perfect norms and guarantees for the patient rights in special medical situations. For special medical treatment, this article delineates the four-way specific medical situation from general medical treatment, and separately explores the patient's discretion and the criminal law disputes.

First of all, regarding the donation of human organs, the reason why this article regards it as a special medical treatment is that, unlike the essence of medicine, the purpose of pursuing recovery of health is that the organ donation surgery itself is only a harmful effect on the pure injury caused by the subject. In order to use this kind of altruistic medical behavior, in addition to subverting the nature and purpose of medical behavior, it is necessary to further think and discuss about the independent rights and protection of donors.

Secondly, the specificity of human clinical trials is that if the clinical trial is unable to accurately predict and grasp the risk, if the subject is willing to bear the risk, the subject should obtain the consent of the subject, compared to general medical, clinical trials. More attention should be paid to the protection of patients' discretion. For example, the true consent of the subject should be obtained before the trial, and the requirements and procedures for the notification of the physician and the consent of the patient should be more rigorous in terms of legal norms or interpretations.

Furthermore, when it comes to the controversy of severe neonatal care, it focuses on the decision-making and conflicts of these special medical treatments. The medical speciality of severely ill newborns is that newborns lack autonomy at the beginning and cannot clarify their wishes by others. Therefore, how to protect their parents when they refuse to receive routine treatment from critically ill newborns? Best interest. The boundaries of physicians' treatment obligations should be explored from the theory of criminal law, and opinions from physicians or third parties should be sought to jointly safeguard the medical rights of neonatal patients.

Finally, the patient's autonomy in the final dignity of medical care directly challenges the permissibility of the criminal law. With the change of social values, human beings use medical technology to prolong life indefinitely, which in turn encourages people to think about it, and it is meaningless to prolong the painful life, and it is in line with the requirements of doing good in medical ethics. In this special

situation, whether the people have the right to decide on the right to refuse medical treatment, this article will observe from the current state of legislation in China, and review the admissibility and legal space of the final medical treatment in the evaluation of criminal law.

## **Keywords**

Special medical treatment ; Patient right of autonomy ; Organ transplantation ; Critically ill neonates ; Human clinical trial ; Terminal illness patients ; Victim's promise



# 簡目

## 第一章 緒論

第一節	研究動機 .....	2
第二節	研究目的 .....	6
第三節	研究方法 .....	11
第四節	本文架構 .....	12

## 第二章 特殊醫療與病人自主

第一節	引言 .....	15
第二節	特殊醫療的意義與刑法保障 .....	16
第三節	特殊醫療與病人自主的刑法爭議 .....	38
第四節	小結 .....	64

## 第三章 人體器官捐贈與特殊醫療

第一節	引言 .....	65
第二節	人體器官捐贈的意義與類型 .....	66
第三節	人體器官捐贈的現況 .....	70
第四節	活體器官捐贈手術的同意與刑法判斷 .....	73
第五節	屍體器官捐贈手術的同意與刑法判斷 .....	94
第六節	小結 .....	121

## 第四章 人體臨床試驗與特殊醫療

第一節	引言 .....	125
第二節	人體臨床試驗的意義 .....	126
第三節	我國人體臨床試驗之法制法現況 .....	130
第四節	人體臨床試驗的刑事合法化事由 .....	135
第五節	人體臨床試驗受試病人的同意能力 .....	148
第六節	小結 .....	202

## 第五章 重症新生兒醫療與病人自主

第一節	引言.....	205
第二節	重症新生兒的醫療現況與困境.....	206
第三節	臨床上重症新生兒的醫療決策.....	210
第四節	重症新生兒醫療的第三人同意與刑法評價.....	215
第五節	從刑法評價制約法定代理人的權利濫用.....	243
第六節	小結.....	243

## 第六章 末期病人尊嚴醫療的病人自主

第一節	引言.....	261
第二節	末期病人與尊嚴醫療的意義.....	262
第三節	尊嚴醫療相關措施及其刑責探討.....	275
第四節	尊嚴醫療刑事正當化的法理.....	283
第五節	現行我國尊嚴醫療法規範之檢討.....	306
第六節	小結.....	329

## 第七章 結論與建議

第一節	結論.....	333
第二節	建議.....	337

## 參考文獻

# 目錄

## 第一章 緒論

第一節 研究動機 .....	2
第二節 研究目的 .....	6
第三節 研究方法 .....	11
第四節 本文架構 .....	12

## 第二章 特殊醫療與病人自主

第一節 引言 .....	15
第二節 特殊醫療的意義與刑法保障 .....	16
第一項 侵入性醫療與刑法規範的詮釋 .....	17
第二項 侵入性醫療的刑事合法化事由 .....	18
第一款 侵入性醫療行為與傷害 .....	19
第二款 抽離規範價值色彩的傷害詮釋 .....	20
第三款 納入規範價值色彩的傷害詮釋 .....	22
第三項 刑法對醫療傷害結果的合法化指導機能 .....	25
第一款 法益持有者的內在價值衝突 .....	26
第二款 以人為本的自主利益 .....	27
第三款 本文見解 .....	28
第四項 特殊醫療的意義 .....	33
第一款 特殊醫療的意義 .....	35
第二款 特殊醫療的類型 .....	36
第三節 特殊醫療與病人自主的刑法爭議 .....	38
第一項 一般醫療與病人同意 .....	39
第一款 病人同意與民事法的關係 .....	40
第二款 病人同意的具體內涵 .....	52
第三款 欠缺病人同意的法律效果 .....	55
第二項 特殊醫療與病人自主 .....	59
第一款 人體器官捐贈與病人自主 .....	60
第二款 臨床試驗醫療與病人自主 .....	61
第三款 小兒重症醫療與病人自主 .....	62
第四款 尊嚴醫療行為與病人自主 .....	63
第四節 小結 .....	64

### 第三章 人體器官捐贈與特殊醫療

第一節 引言.....	65
第二節 人體器官捐贈的意義與類型.....	66
第一項 活體器官捐贈.....	67
第二項 屍體器官捐贈.....	68
第一款 腦死器官捐贈.....	68
第二款 無心跳器官捐贈.....	69
第三節 人體器官捐贈的現況.....	70
第一項 人體器官捐贈來源不足.....	70
第二項 人體器官捐贈衍生弊端.....	71
第四節 活體器官捐贈手術的同意與刑法判斷.....	73
第一項 活體器官捐贈手術涉及的刑事犯罪.....	74
第一款 活體捐贈手術是利他性醫療.....	74
第二款 活體捐贈手術與（重）傷害不法構成要件.....	75
第三款 活體器官捐贈程序應採「自願捐獻制」.....	76
第二項 活體器官摘取同意於刑法判斷的定位.....	77
第一款 被害人承諾的意義與界限.....	77
第二款 活體器官捐贈同意與被害人承諾.....	87
第三項 活體器官捐贈同意的認定.....	92
第四項 本文看法.....	93
第五節 屍體器官捐贈手術的同意與刑法判斷.....	94
第一項 各國立法例.....	95
第一款 親屬同意制.....	95
第二款 預設默許制.....	98
第二項 屍體器官捐贈的刑法爭議.....	99
第一款 傳統死亡時點的認定.....	99
第二款 無心跳捐贈的明文化.....	100
第三款 摘除屍體器官的犯罪判斷.....	102
第三項 腦死器官捐贈的刑法爭議.....	109
第一款 採取腦死選擇說的功利性.....	110
第二款 維持傳統死亡標準的必要性.....	113
第三款 腦死非死亡的器官捐贈與刑法評價.....	115
第六節 小結.....	121

## 第四章 人體臨床試驗與特殊醫療

第一節 引言.....	125
第二節 人體臨床試驗的意義 .....	126
第一項 廣義的人體試驗.....	127
第一款 軍事的、政策性的人體試驗 .....	127
第二款 研究為目的之人體試驗.....	128
第二項 具治療目的之人體臨床試驗 .....	128
第一款 人體臨床試驗的意義.....	128
第二款 人體臨床試驗四階段.....	129
第三節 我國人體臨床試驗之法制法現況 .....	130
第一項 人體臨床研究的重要倫理規範 .....	131
第一款 紐倫堡法則（Nuremberg code） .....	131
第二款 赫爾辛基宣言（Helsinki Declaration） .....	131
第二項 我國人體臨床試驗法制概述 .....	133
第一款 規範對象.....	133
第二款 醫療法之規範重點.....	134
第三款 藥品優良臨床試驗準則（GCP） .....	134
第四節 人體臨床試驗的刑事合法化事由 .....	135
第一項 基本思考.....	137
第二項 人體臨床試驗的告知同意法則 .....	138
第一款 說明的內容.....	139
第二款 實務具體案例的探討.....	142
第三項 臨床試驗的正當法律程序 .....	147
第五節 人體臨床試驗受試病人的同意能力 .....	148
第一項 判斷受試者病人同意能力的重要性 .....	149
第一款 尊重受試者的人格尊嚴.....	150
第二款 阻卻試驗者刑事不法的基礎 .....	150
第三款 確保試驗正義原則的實踐.....	150
第二項 病人同意能力內涵的探索 .....	151
第一款 建構同意能力的基礎-意思能力 .....	152
第二款 病人同意能力與行為能力.....	154
第三款 病人同意能力與辨識能力.....	156
第三項 病人同意能力基準的外國經驗 .....	157
第一款 德國的識別能力說.....	158
第二款 日本裁判例之論述.....	163
第三款 美國各項途徑的建立.....	168

第四款 英國《意思決定保障法》 .....	181
第四項 未成年者有無同意能力的認定 .....	186
第一款 類型化的基準 .....	187
第二款 未成年者認定有同意能力的判例 .....	189
第三款 綜合探討 .....	194
第五項 現行法人體試驗受試者同意規範的檢討 .....	195
第一款 現行法規範之缺失 .....	195
第二款 現行立法調整的具體建議 .....	198
第六節 小結 .....	202

## 第五章 重症新生兒醫療與病人自主

第一節 引言 .....	205
第二節 重症新生兒的醫療現況與困境 .....	206
第一項 重症新生兒的醫療忽略 .....	207
第二項 醫療決策的衝突與困境 .....	208
第三項 刑法評價的問題與爭議 .....	209
第三節 臨床上重症新生兒的醫療決策 .....	210
第一項 重症新生兒臨床醫療指引 .....	210
第一款 各別醫療院所的臨床指引 .....	211
第二款 家族暨醫療團隊協商指引 .....	212
第二項 重症新生兒權利規範擔保的必要性 .....	214
第四節 重症新生兒醫療的第三人同意與刑法評價 .....	215
第一項 各國醫療行為第三人同意機制的探討 .....	216
第一款 日本的情況 .....	217
第二款 德國的情況 .....	225
第三款 澳大利亞的情況 .....	233
第二項 刑法推測承諾的理論與運用 .....	237
第一款 從刑法規範界定第三人同意的本質 .....	238
第二款 刑法推測承諾的操作 .....	239
第三款 推測承諾得阻卻違法的學理依據 .....	243
第三項 本文看法—理性醫師的客觀利益擔保說 .....	243
第一款 代行同意的三階段判斷 .....	243
第二款 代行同意的合理判斷與基準 .....	243
第三款 無法推測本人意願時的判斷 .....	243
第五節 從刑法評價制約法定代理人的權利濫用 .....	243
第一項 早期日本學說的論述 .....	243

第二項 以治療義務有無為判斷基準 .....	243
第三項 法定代理人權利濫用的制約 .....	243
<b>第六節 小結.....</b>	<b>243</b>

## 第六章 末期病人尊嚴醫療的病人自主

<b>第一節 引言 .....</b>	<b>261</b>
<b>第二節 末期病人與尊嚴醫療的意義 .....</b>	<b>262</b>
<b>第一項 末期病人與尊嚴醫療 .....</b>	<b>263</b>
第一款 末期病人的意義.....	263
第二款 尊嚴醫療的意義.....	265
第三款 各國立法概況.....	268
<b>第二項 《安寧緩和醫療條例》的末期病人 .....</b>	<b>269</b>
第一款 我國實定法的規定.....	270
第二款 輔以無效醫療的判斷.....	271
<b>第三項 《病人自主權利法》的末期病人 .....</b>	<b>272</b>
第一款 末期範圍擴張.....	273
第二款 五種臨床條件.....	274
<b>第三節 尊嚴醫療相關措施及其刑責探討 .....</b>	<b>275</b>
<b>第一項 尊嚴醫療與死亡協助 .....</b>	<b>276</b>
<b>第二項 刑法死亡協助的類型 .....</b>	<b>277</b>
第一款 常規型的死亡協助.....	277
第二款 具爭議的死亡協助.....	278
<b>第三項 死亡協助的刑責探討 .....</b>	<b>279</b>
第一款 從旁提供致命藥物的協助.....	279
第二款 直接注射致命藥劑的協助.....	279
第三款 不予維生醫療措施的協助.....	280
第四款 中止維生醫療處置的協助.....	281
<b>第四項 本文看法.....</b>	<b>282</b>
<b>第四節 尊嚴醫療刑事正當化的法理 .....</b>	<b>283</b>
<b>第一項 從治療義務的觀點出發 .....</b>	<b>283</b>
第一款 末期醫療的不確定性.....	283
第二款 治療義務界限理論.....	284
<b>第二項 從病人自主的觀點出發 .....</b>	<b>286</b>
第一款 傳統被害人承諾的客觀限制 .....	286
第二款 生命法益保障的相對化.....	288
<b>第三項 從第三人決定的觀點出發 .....</b>	<b>289</b>

第一款 德國司法實務判決的考察.....	290
第二款 推測承諾與緊急避難的適用.....	295
第三款 關於推測承諾的運用.....	298
第四款 關於緊急避難的運用.....	300
第四項 綜合探討.....	304
<b>第五節 現行我國尊嚴醫療法規範之檢討.....</b>	<b>306</b>
第一項 我國尊嚴醫療法規範體系.....	306
第一款 安寧緩和醫療條例.....	307
第二款 病人自主權利法.....	308
第三款 兩法差異與適用關係.....	309
第二項 「維生醫療抉擇」於刑法上之評價與檢討.....	310
第一款 末期病人簽署意願書的刑法評價.....	311
第二款 近親簽署同意書的刑法評價.....	315
第三款 醫師出具醫囑的刑法評價.....	319
第三項 「預立醫療決定」於刑法上的評價與檢討.....	320
第一款 外國的立法動向.....	321
第二款 從刑法探討預立醫療決定的疑義.....	325
<b>第六節 小結.....</b>	<b>329</b>

## 第七章 結論與建議

第一節 結論.....	333
第二節 建議.....	337

## 參考文獻

# 第一章 緒論

所謂病人同意是指，醫病關係的進展中，面臨每一個醫療處置與診療前，應該由何者來進行決策，或是何者能夠從多項方案中就其中的治療方案進行選擇。早期，一般對於醫病關係的建立與診療過程的想像，多是認為透過病人的主動請託（求診），再由醫師允諾診治後，分別建立起個別不同的醫病關係。

每次的醫療診治過程，都可比擬為一項複雜的建築工程，從病情的評估到病理判斷，甚至要輔以其他額外的精密檢查結果，傳統上，病人囿於專業知識的缺乏，醫療處置往往都是交由醫師單獨決策，病人難為置喙。但是，時至今日，隨著病人自主權利的深化，醫界也逐漸意識到，從醫療決策到執行所涉及者，除了醫師個人的專業能力外，有於過程中對於病人可能造成的直接侵害或風險等，如果相關的決策機制欠缺法律為依循，後續可能就要面對病人或家屬的責難，形成醫療糾紛。

目前學理通說普遍看法認為，醫療決策最終應當交由病人為之，也就是病人必須同意此項醫療行為後方能實施。一旦違反此項原則，醫師可能會遭受刑事或民事等法律責任的追究。舉例來說，醫師開刀前未履行手術風險的告知義務，病人送至麻醉到手術結束，過程中所伴隨的身體傷害屬實，同時因未於事先知會病人並取得同意，可能就會受到刑法傷害罪責的追究；而在民事責任上，日本也曾有民事判例中認定醫師此舉係屬侵害病人自主決定權的侵權行為，必須承擔損害賠償責任的見解。

由此可知，對於醫療決策本身，就臨床實務上來說，照理應當著眼於病人本身的參與，協助醫師做出最佳的決策，基本上也就是一種普遍通案會期待的決策。畢竟，基於專業地位的懸殊，難以想像病人能有單獨決策的可能性。但是，若從法規範的觀點來說，醫療本身的目的是為拯救生命與維護健康，但近代隨著醫學科技的發展，生命可以被受醫療強制的延續，各種特殊的醫療處置，客觀上看似對病人有利，但是否有必要施加於病人身上，仍應回歸病人本身的意願。

久而久之，社會也開始慢慢反省與逐漸努力的形成共識，醫療除了能

夠拯救人民的生命與回復健康外，是否是必須與值得投入的前提，仍應建構人民自認的生活品質與生命尊嚴等基礎上。換言之，醫療決策不再單純客觀，某程度上，必然需要依循於病人主觀價值的抉擇。基於這樣的思維，近年來，學理上越來越多的學者專家主張透過病人自主決定權的保障，從告知同意法則的規範化來調整傳統醫病關係的醫師單向決策模式。

然而，病人的自主決定權能否直接轉化為一種具有強制性與規範道德性的法律規訓，其實不無疑問。告知同意法則在我國深化已久，無論醫界、法界或病人三方，該原則所衍生的權利與義務關係，應有必要重新檢討。換言之，創造法律制度的目的與理想，於實際運作時，除了容易出現落差外，更要的是，也不能偏廢我國特有的醫病文化，以及不同的特殊醫療情境的不同需求。總之，持續不斷的研究與檢討，都是制度能否確實落實與妥當運作的關鍵。

## 第一節 研究動機

自醫學發展以來，病人與醫師間的糾紛一直以來就持續存在於人類的社會當中。儘管如此，早期病人較於傾向於盲目的信賴醫師，也甘心接受認為一般醫療疏失屬於難以迴避的醫療風險。不過就在這近二、三十年之間，醫師與病人間的關係逐漸的在進行法制化與標準化的立法工程。也就是病人從一開始接受醫師的說明，對於是否接受醫療行為的侵襲，或是接受何種程度的侵襲，想要能夠憑藉病人自己的判斷來進行決定。學理上稱之為告知後同意的法理。

為了能夠敦促醫師確實的履行這項義務，額外尚須附加刑法這項制裁措施作為威嚇之用。這樣的看法已經不是僅僅於紙上的論點，無論是在各國實務判決、判例或是醫師職務有關的法規範等當中，都不難發現嘗試於醫師和病人之間創設出一種「特殊」法律關係。

這項特殊性是來自於，跳脫來自於民事契約法律的權利義務關係，而是一種涉及病人生命、身體與人格形塑等有關的一身專屬利益。從而告知同意法則的運作，主要是形成於醫師法此獨立的法領域，在這些領域當中，與其他法規範產生聯繫，形成某些必須進一步解釋與協力的空間，

在此背景之下可知，醫師與病人間所形成的法律關係可謂是極為錯綜

複雜，但隨著社會意識形態的變化當中，特別是為努力尋求從現代社會公民受到不斷強化的自主意識，以及與此有關的社會階層構造當中解放，同時應當重新的思索，醫學發展與醫病關係等在此浪潮當中，需要進行哪些的調整與省思。本研究之動機大體上，主要依循著以下三項醫療的現況背景與思維脈絡為來展開。

**1.面對高速發展的先端醫療技術與觀念**，隨著醫學不斷進步，醫療介入與操作生命的可行性與可能性皆大幅度的提升，醫療法領域當中也出現了法律必須進行特別規制的聲音。在這些醫學領域中，諸如生殖醫學當中，為不孕症求得子女的代理孕母與試管嬰兒；基因工程領域中，事前隔絕遺傳疾病的風險，或是再生醫療的研究中製作具有功能與生命質性的器官組織，作為修復或是替換病人老化、生病受的器官與組織。

這些醫療領域的研究與發展，有些符合傳統回覆健康的治療目的，有些則顯然是基於滿足人類對生命或生活的慾望，重新界定了「疾病」的意義，作為持續發展的理由。對於這些醫療方式，可能已非傳統的醫事法的規範與研究就能充分的探討與對應。

在此醫學的發展背景之下，醫學正是人類對於生命與健康慾望的承載體。醫療法領域的應對中，必須努力的管制人類對於這項本質慾望追求的風險，以及嘗試著衡平與回應社會對於這些醫療領域積極發展的期待。例如，傳統的醫療領域當中，無論是風險性極低的內科用藥，或是高風險的侵襲性手術治療，這些醫療行為都是為了拯救病人生命或是回復病人健康，醫師從前都是竭盡所能的來延續病人生命，但隨著集中治療與現代生命維持醫療設備的高速發達，不僅僅保障了病人的生命，甚至在某些醫療情況中，形成了超越自然死的界限，引發是否有保護這類過剩延命醫療的討論。

此外，器官移植在醫學領域當中，已經不能稱得上是一種先端醫療，凡是醫學發展成熟的國家，都有十分充分的醫學臨床經驗。器官移植，無論來自於活體或屍體，勢必都會面臨到第一到難題，取得器官前如何確保捐贈者的同意？在屍體器官的問題上，腦死是否為人類死亡的死點，在死亡二元論的國家，是否能夠允許人民得以進行選擇？這些倫理上的爭端，都需要進一步的來釐清與解決。

至於，並非先端醫療在現代才會面臨法規倫理的困境，在針對新生兒的治療情況，長期以來的醫療忽略，讓父母代理新生兒的醫療決策，已

經不再是理所當然的處理方式，新生兒尚未具有個別人格，除了旁人無法推估新生兒的意願外，當父母因病情重症而選擇放棄治療時，法規範又該如何保障？最後，人體實驗醫療是開創醫療新局不可或缺的醫療領域，然而歷史上上濫用人體試驗作為滿足私慾或濫殺無辜、發展武器的殷鑑不遠，該如何維護人體臨床試驗的正當性，背後也牽引著目前各種先端醫療措施的發展可能性。

**2.面對病人同意的醫療倫理與困境**，從上述的特殊醫療情狀的挑戰可知，追求可能的解決對策，在各國家內部中，勢必形成十足的刺激，但無論是何項醫療行為或處置，往往影響與涉及到病人的人格精神與發展，身體完整性的圓缺，甚至主導生命走向的延續或終止，當這類醫療行為準備開始對病人開始進行干預前，應當取得病人的同意。這項同意，無論在醫學倫理上或是法規範的層面上都蘊含著極為重大的意義。例如，於末期醫療的情況下，現行的醫學發達，雖能憑藉人工呼吸等生命維持設備來延續生命，但當這些設備介入前，已經無法確切地傳達本身的意願時，除了可能引發倫理上的爭議，在刑法規範檢驗下可能也有違法疑慮。

於醫病關係當中，病人同意的困境是，當病人沒有能力表達自身意願的情況時，有極大部分的家屬或醫療從業人員和病人的意思溝通發生困難。這樣的情況下，為了實施符合病人期望的治療，事先確認病人的意思或是能否從身旁家屬口中確認病人的意願，就是非常重要的前提。

然而，當病人無法決定，或是當家屬面對精神上的打擊與悲痛中，對於是否要持續積極治療，或是維持目前的治療方案？甚至直接終止治療，或是如何節制目前的延命處置等，接連不斷問題可能也非病人身旁的親人能夠立即反映。簡單來說，臨床上，該如何釐清病人是否具有判斷能力，或是針對未來可能實施的醫療行為，如何事先確保病人的決定？家屬所為之決定，是否就是一種尊重患者意思的最佳決定？在當前病人權益高漲的社會下，若無法確切的釐清上述問題，並於法規範中給予一定的指引，恐怕會興起另一波的醫療倫理上之糾紛與困境。

**3.面對當前病人之權利意識高漲的時空背景下**，我國近年來也逐漸地迎向了超高齡的社會，政府除了大量的人力必須投入長照產業外，照護的內容與其中的權利義務關係，必然逐漸受到政府與相關單位的關注。高齡化雖然並非意味著隨即死亡，但卻是人的意志逐漸衰退；智力逐漸衰弱，無法否認的是，未來高齡化的醫療，如何尋求病人的真摯意思，將是首要

的任務。另外，當前社會人民對於醫療的意義與本質逐漸分流了兩種極端立場，亦即，追求尊嚴與生活品質的末期緩和醫療，以及強求生命延續的先端醫療（器官移植以及臨床實驗性治療）等醫療議題。

這些特殊的醫療情境或治療行為，本身是否毫無懸念的能讓病人照單全收，除了醫療行為本身的風險控制外，如何確保病人的真摯意願也是最基本與最重要的先決條件。從病人自主性的角度來看，醫師告知與病人同意可以說是醫療人權的具體展現，但若從刑法的觀點來說，更重要的是我們透過刑法維護人民重大法益的立場觀之，更不能忽略的是上述醫療行為可能伴隨著隱藏風險與必然損害。因此，在這些特殊醫療行為的決策上，該如何建構取得病人同意的正當程序與確保同意內容的真摯性，就是一道非常重要的研究課題。

此外，高齡化醫療的另一個問題是，無論是醫療、照護的需求也隨之增加，療養的現場持續的從病院移到了照護機構或自宅。對於治療、療養的價值觀、療養場所也形成了多樣化、同時也增加了高齡病人同意（決策）的機會。但是，這也容易衍生出臨床上面對高齡者的變化與對認知症病人的理解不足與判斷能力低下等問題。

**4.整體而言**，我國醫療法學界非常積極的針對醫病關係之調整做出努力。其中，伴隨著醫療爭訟的不斷升溫，告知同意法則被導入後，只重視醫師應該告知的內容與範圍，卻著實鮮少有人思考病人同意的內容與能力，又該為何。醫師的告知是否有效，醫療行為本身是否符合規範與倫理，一切的根源依然在於病人同意的問題上。自從病人的自主決定權逐漸受到我國各界的重視，面對一般病人，或許只要遵循既有的 SOP 就能符合法理與規範上的期待。

但是，相對於具有特殊情況的病人，如高齡者、精神障礙者、無意思能力者、甚至是未成年者或嬰兒幼童等，面對這類或許不了解、或無法理性消化、甚或無法接收這些告知內容中的醫療資訊，又該如何保障該者之相關權益？尤其，近年正值為我國病人權利史上的一大進展時期，我國頒布的病人自主權利法，除了再次強調病人的自主決定權利需要受到立法保障外，更對於五種病情臨床條件，賦予其拒絕同意治療的善終權益，從本次立法中也能窺知，未來當本法實施後，**病人是否同意本身將會成為臨床實務與司法審判之主要戰場**，為了化解爭議，必然需要針對病人同意的內涵與實際判斷等問題更加深入的研究。

總之，可以預見的是，在未來的臨床醫療中，隨著病人權利意識的高漲、高齡化病人比例的提升，醫療行為的前端作業中，最重要的可能就是病人真意的探求。醫療本身基於各種特殊情況，往往容易牽涉各種不同價值觀念的衝突，同時也是極為細緻並深具風險的專業技術，病人的意願與選擇除了可能違反客觀上的最佳利益，更有可能抵觸重統的醫療倫理與精神。是故，病人的自主決定權，是否於某程度上仍需在合乎醫療常規或社會共識的價值框架下來探討與選擇，或是在基於自主尊重極大化的考量下，病人同意將會引領醫療或社會常態價值的變革，以上將是本論文開展研究的主要思考與動機。

## 第二節 研究目的

承上述研究動機，觀察近年來醫病關係的劇烈轉變，在病人自主意識抬頭的背景下，醫法各界皆努力深化醫師告知義務內涵，以及致力於臨床操作時的合理化與明確化，但相對於病人同意的認識，似乎甚少有人深度著墨。誠然，從刑法保障法益的觀點來談，凡是涉及病人身體法益侵害的醫療行為，合法化的關鍵原則在於病人有無真摯的同意這項侵襲結果，換言之，臨床上醫師的告知內容，雖能說是提供病人理解自身病情與治療方案的重要資訊，但醫師是否詳盡告知，也不盡然會對病人的同意造成決定性的影響（例如，病人本身就是醫療從業人員）。

此外，縱然醫師已經詳盡告知，但病人卻沒有能力理解該等內容，或是無法表達自己從告知的資訊中來做出判斷時，也很難認定病人已經同意此項治療行為。是以，本研究的首要目的就是希望能從刑法的觀點，思索病人同意的具體內涵，其與被害人承諾的概念是否等同？或是在醫療法領域當中，對於本質上屬於一種被害人承諾的狀況（侵入性醫療的場合），具體要件必須仍須進一步來做出調整。

一般醫療臨床上，不太可能有醫師基於惡意透過詐欺或強暴脅迫等方式來換取病人同意某項醫療行為，縱然真有此情況，於犯罪構成的判斷上也不會有所爭議。因此，另一個較為棘手的問題是，對於高年齡、未成年或是陷入無意識狀態的病人，該如何精確判斷，該者有無上述的同意能力？是否允許其陷入無意識狀態前，預先擬定治療方案？甚至當欠缺同意能力時，醫師依其專業執行符合病人最佳利益的醫療行為，此種專斷醫療行為

的刑事正當化依據，從傳統的業務權說的思考，在目前病人自主決定權的導入後，當中的論理基礎，也勢必需要從新的檢驗與調整。

最後，本研究所設定特殊醫療，並非全然針對先端醫療行為的探討，其等區分與不同於一般醫療的界限與探討實義在於，一般醫療往往對於病人同意的部分就刑事合法性的判斷上，不會有太大的爭議，縱然是判斷能力降低的高年齡病人，或是已經陷入昏迷的病人等，原則都能運用現有的法理依據來處理。然而，所謂的特殊醫療不同於一般醫療的特殊性在於，從病人同意問題的處理上，以及該者治療行為的正當化要件等，由於可能涉及各種不同特殊情境與前提，很難仰賴既有的法則或理論等來進行判斷。綜上，本研究基於上述的初步思維，進一步的將本研究之目的依序分列為四點說明。

### **1.建構病人同意的標準與尺度**

近年來，告知同意法則已經陸續深入學界與醫界，無論是醫師或司法實務工作者都非重視此原則實踐於臨床醫療中，對於病人與醫師間的分際產生何種新的互動模式與關係。

至今，我國的臨床醫療中，廣泛的認同病人自主決定權的重要性，當實施醫療行為之際，思維上應該盡最大的努力來尊重當事人的意思。對於伴隨著侵襲的治療行為，在刑法進行評價之際，儘管存在有直接否定醫師傷害罪構成要件該當性，以及在承認該當傷害罪構成要件但是得以阻卻違法等兩種說法的對立，但對於醫療行為的正當化結果來說，必須經過病人的同意，可以說是此兩項截然不同論點的基本共識。

同時，告知同意法則存在之目的，如果就是聚焦於病人自主權利的保障，醫師告知的內容與範圍，似乎就要牽動於病人能否做出有效同意的基礎上。換言之，何謂病人的同意？應當要運用何種理論基礎與思維，或是掌握何種標準與脈絡，方能在個案中斷定病人有能力同意醫師的醫療處置。

然而，由於目前無論在學理或實務上，有關於病人同意的內容、判斷方式與範圍等問題，一直都沒有太多的探討。不過，為了讓這樣的同意有效，病人必須具備何種能力？如果對於治療行為的正當化，病人的同意是成為必要的話，在這之中能夠明確的事情是，刑法學上也是極為重要的工作。

綜上可知，本研究希望能夠更加細緻病人同意的內涵、要件與基準。畢竟。病人同意不能僅止於抽象的觀念理論，未來實際爭議發生後，醫療委任代理人的介入時點、病人的醫療決定等，實際上都有賴於廣義病人能夠對於醫療的同意與拒絕等能力的判斷。

從刑法的觀點來看，病人同意作為醫療行為正當化的要件，於其中佔有非常重要的地位，儘管目前學說上雖然普遍看法皆認為對於醫療行為的同意，並不同於民事締結醫療契約中所謂意思表示的合致，但有關於同意的內涵與病人有無同意能力的具體判斷，除了借助刑法被害人承諾的理論來填充外，卻沒有進一步搭配醫療等特殊情況來做細緻的發展與論述，本研究將對上述的問題一一釐清後，希望能建構一套保障病人權利與維護醫病關係和諧的同意內容。

## 2.借鏡第三人同意機制的立法經驗

病人是否具有同意能力，是同意有效與否的關鍵。實際來說，臨床上病人若僅屬於同意能力的降低，除非有緊急情況，依然希望能夠透過各種機構或人力資源的輔助，從旁協助病人做出最符合自身利益的醫療決策。

例如，英國的意思決定能力法（MCA）中的核心價值是，無論是代理、代行決定，本質上都是對於本人主體領域的侵犯，因此，對於病人同意的相關立法工作上，應當從無論何人皆有醫療同意能力的觀點出發，法律應當給予病人本人意思決定最大限度的協助與支援。

另外，對於病人欠缺同意能力，視為必須代理、代行決定的情況下，也制定了代理本人意思（獨立意思代理人 IMCA）的制度化機制，對於本人意思決定的支援做了詳盡的規劃。而在澳洲，2008 年藉由精神障礙者權利條約的批准，南澳洲開始實施意思決定支援（SDM）實驗計畫，計畫模型中，雖然僅有六個月短期間的運作，卻讓個案回復了自信，能夠表明自己的意思，並且能夠自己進行醫療決定。

以往我國談到病人的同意能力時，僅僅思考完全欠缺能力的情況下，如何尋求例外的合法化依據。雖然這樣的探討，對於醫師執行醫療業務免於觸法能有很大的幫助，但就病人來說，當沒有家屬或任何親友在場時，國家又該提供何種機制來進一步確保病人的意願與維護其最佳利益。誠然，刑法的任務應該是要保護法益，在醫病關係中，刑法除了要求醫師執行醫

療業務必須審慎，不要過度或不甚侵犯病人相關的身體利益，基於保護目的之延展性，刑法也應該要嚴格為病人能否獲得符合其自身期待的治療利益進行把關，此時，從刑法保護法益來建構一套意思支援機制，應有其必要性<sup>1</sup>。

近年來，無論是英美、德國法、日本法都積極的在思考與調整意思支援機制的內容，尤其在日本，屬於成熟的高齡化社會，對於老年人的終末期看顧和醫療處置等，都有賴於進一步來思索如何取得當事人的同意與支持。

然而，病人意願當然是為首要，但醫療院所或相關事業機構等，能否確保得以判斷這類已經並非理性、表達意願困難、甚至完全陷入昏迷的病人等之真摯意願？日本於 2000 年 4 月開始實施嶄新的成年監護制度，主要是揭示於國家對於人民自主決定權的尊重，以維繫正常化等原則（指盡可能創造條件使殘障人士日常生活與普通人無異的原則等），利用承認成年監護人的概括代理權、保佐類型中，關於一定行為賦予取消權等、承認概括性的代理、代行決定等制度設計。

然而，關於本人的意思決定，日本民法僅規定了基於對成年監護權限的尊重，必須照料其身心狀態與生活狀況（日本民法 858 條）。故具體的照料方式，完全委由後見人來裁量。長期以來，雖然監護制度作為民事法上的財產處分之協力與補充制度，運用的範圍非常廣泛且具正當性，但是，對於欠缺同意能力人的意思支援，並不僅僅限於財產上的處分行為，對於醫療行為的輔助或代行，是否就能直接交由監護人來執行，不無疑問。

從刑法的立場來說，醫療行為普遍具有侵襲性或傷害性，對於病人身體與生命可能皆會造成一定程度的實害與風險，關於意思支援制度的建構，舉凡監護制度的調整等思考，都應該從刑法保護法益的觀點來釐清或設計，而非直覺上能從民事法律的觀點來進行保護。總之，可以確定的是，一旦可能屬於同意能力的病人時，關於病人同意的代行機制，應當須從刑法法理的觀點來探討。最簡單的原因是，醫療行為涉及人的生死與病人對於自

---

<sup>1</sup> 例如，關於高齡化治療與療養生活，經常是實施親屬與醫師等之決定、高齡者不在的意思決定。因為非癌病人等、疾病的種類等，預後的預測困難，很容易失去掌握高齡者意思決定的機會。就認知症病人的高齡者來說，因為判斷能力不充分和存在不少對於高齡者意思不尊重的案例。另外，居家照顧中，治療的內容和是否持續生活，高齡者與家族的想法強力的作用和伴隨不同機關對於所屬個別機關實施支援的特徵。有基於此，即容易衍生出什麼是最善的照顧？誰的意思必須優先尊重等糾結就形成了一個真實的社會價值觀念與法的衝突困境。

己身體的安排，不是商業交易行為，人對於自身的人格利益，諸如身體法益；生命利益等，皆應屬專屬於自身，原則不得交由他人決定的事項。

病人同意支援與代行的機制日漸重要，也反映在近年來我國的法律變革與脈動上。2015 年底，我國立院三讀通過了病人自主權利法。本法效仿美、德等先進國家，針對特定之病人與病情，賦予撤除維生醫療設備或自始不實施積極醫療處置的自主決定權（善終權），同時允許病人在尚具同意能力時，預先委任醫療代理人，協助病人執行預先之醫療決定。本研究預計將觀察各國相關法制的規劃與設計，期望能提出一套符合我國醫療文化的第三人同意之機制。

### 3. 創造醫師專斷醫療行為的彈性空間

我國近年針對告知同意法則不斷的深化於臨床醫療與司法實務中。在這樣一套嶄新的醫療規範系統下，應當要進一步來省思對於醫病關係或是醫療執業環境是否帶來了負面的變化。簡單來說，要求醫師履行告知與說明的義務，不應該有矯枉過正，破壞醫病關係與引發醫療糾紛的不良現象。雖然，普遍的觀點是，告知同意法則是來自於對病人自主決定權利的擁護而來，其所追求的是病人主觀價值與創造醫師客觀醫療效益的最大利益。

然而，在病人同意的要求下，作為侵入性醫療行為正當化的重要依據，告知同意法則慢慢演變成病人提告醫師的武器，一旦容許病人高舉無限上綱的權利旗幟，同時司法審判系統又欠缺充分理解臨床醫療的困境時，心證上就往往就容易受到所謂「擁護病人人權」左右，恐怕對醫方大為不利。

本研究希望從刑法的觀點出發，除了思考如何確切判斷病人的同意能力，以及病人之同意是否符合其真摯心意外，另一方面，在病人自主光譜的另一端，本研究將嘗試進一步思索醫師實施專斷醫療的合宜空間，諸如臨床上無法告知、病人無法同意、或是經告知後，卻誤解病人的真意，甚至當同意代行者權利濫用時，醫師逕自決定與判斷等，若過於強調病人自主的重要性，自然就容易忽略了在瞬息萬變的臨床醫療中，若給予醫師過度的法律規訓，這項牽制力恐會形成醫師不願冒險或嘗試的阻力，最終對於上述情況的不利益依然回歸病人來承擔。

綜上，假定意思支援機制無法發揮效用，醫師在無法尋求第三方意見的情況下，是否能在未取得病人同意的情況下實施對病人身體法益具有侵

襲性，甚至對生命可能產生危害的醫療行為，基於此項專斷醫療行為的判斷，刑法上必須給予更加清楚明確的理論說明與指引。

#### 4 特殊醫療行為的病人同意與最佳利益

關於病人無法同意的情況下，原則應先確認病人事先有無對於各項醫療方案曾有表達過特定意願，同時病人若事先曾表達過與治療相關的特殊需求時，就必須同時考量病人的該等，從這尋求對病人來說最為適當的醫療決策。至於無法理解病人的意願時，基本原則應是，何者曾經知悉病人的確切決定者，竟應當優先尊重，但在無法循求病人實際真義的情況，則需額外透過客觀利益的權衡來為病人尋求其最佳的醫療利益。另外，一旦病人事先或家屬事的醫療決定內容，偏離了社會理性，此時基於醫療公益性之色彩，不能要求醫師完全尊重其該意思或決定，此時應當給與醫師保有專斷醫療特權的彈性。

原則來說，一般性的醫療行為，對病人來說往往都是純粹利大於弊的正當行為，關於病人同意的判斷與實際上無法同意情況的替代方案等，都能透過一般的規範指引的建構來有所依循，但就以本研究特殊醫療之主題可知，在某些特殊的情況下，關於病人自主權利的保障，如果僅依循上述原則，恐怕稍嫌不足。

諸如，對於末期病人的拒絕醫療，或是祈求醫師實施不符常規的積極治療等請求，前者是與同意一體兩面的病人是否享有拒絕醫療此權利的問題，同時涉及到處分生命法益是否合法的爭議；又如，就新生兒的醫療決策上，新生兒人格特質尚未養成，此與成年意識不清病人不同的是，後者家屬依然有機會從其平時的生活習慣或價值觀來推測病人的決定，但是前者確是一種自始無法推測其意願的特殊狀況，在此情況下，誰能同意新生兒的醫療行為，如何避免同意權人權利濫用？

再者，臨床實驗醫療的醫療情境中，由於該等醫療相較常規性醫療的風險更高，應由誰加入這項實驗計畫？同意治療的要件與程序是否理當相較一般醫療更加審慎嚴謹？這些都必須從刑法保護法益的觀點下做進一步的研究與探討。

### 第三節 研究方法

傳統的法學研究多屬於現實經驗上思考如何附加正確的規範價值，或是檢驗事實爭議如何於現有秩序中來解決。故於研究方法上多是借助既有文獻的回顧探討以及外國比較法研究等方式，進行理性的歸納整理與分析，進一步提出研究者自身對於起初設定的問題意識，提出解決之道。

本文研究題目設定為「特殊醫療的病人同意及其刑法上問題之研究」，同樣是以傳統的法學研究方法為主軸，從與本研究題目相關的國內外文獻資料中尋找思維能量與靈感；同時，就與本研究主題相關的外國法制的介紹比較與分析，也是本文獲得研究成果的重要途徑。

本文的研究方法是根植於文獻上之概念分析研究（concept analysis study），經由刑事基礎法學、醫療法學與刑事醫療法學等相關等研究資料之閱讀後，從中取材於本研究主題有關的精華（諸如對於問題的解決理論與解決問題的思維模式等）。

同時，針對本研究有關者，例如同意的判斷標準、第三人同意代行的機制等，由於國內所累積的文獻資料與實務見解較少，本研究途徑主要是從外國比較法的研究方式（comparative study），參照美國、日本等相關裁判例，以及整理德國、日本、美國等國家的相關法制等進行比較與分析。

具體來說，本研究希望能從以下二種途徑作為獲得研究成果的方式

- 1. 發揮刑法規範導的指導與強化機能：**病人同意與被害人承諾的概念，是否能夠等同看待，學理上並非沒有爭議。然而，本題目的探討主軸是圍繞於探索病人同意的概念與內涵，並就特殊的醫療情況下，如何確保病人權益能受到確實的保障。是以，基於刑法本身的法益保護的任務取向，刑法相關的理念與目的，應當可以仰賴做為探討這些問題的主要基礎。換言之，凡是醫療行為的正當性與妥適性，由於可能涉及病人身體或生命法益等之侵害，刑法必須發揮必要的規範與指導功能，甚至當作現行醫療相關法制規範的後盾，做為強化機能之存在。因此，本研究主體設定為刑法問題上之研究，主要的原因正是體現在刑事法學之理論與基礎，將會如同本研究之主幹，作為研究的基本架構，貫串通篇論文。

2. 從比較法之研究作為問題解決的途徑：比較法研究是當對某項法學問題或法律實務爭議，於本國內鮮少有學理上的探討、欠缺相關法制的建設或處理經驗時，就有必較借鏡於外國法的經驗，予以分析消化後，試圖尋求符合我國法的最佳問題解決模式。本文所探討有關於病人同意能力的標準、欠缺同意時的配套措施，於特殊醫療情況下，如新生兒醫療的決策模式等，目前於我國無論是實際曾發生的實務案例之處理或具體的立法或政策等，皆是少之又少。是故，本研究預計將會透過外國相關法制或裁判例等實務經驗的介紹，經由理性的歸納與分析，希望得以從中尋求符合我國醫療文化的處理方式。

## 第四節 本文架構

本文以特殊醫療的主題，探討範圍則是以病人自主決定權來開展，並從刑法評價可能衍生爭議的角度，思索我國現行醫療相關法制度就特殊醫療情境中的病人權益，是否已有完善的規範與保障。第一章〈緒論〉主要說明了本研究的動機、背景與目的外，具體的論述是自第二章開始，最後第七章為結論與建議。以下依序針對第二章開始到第六章等實質探討的內容為初步的說明與介紹。

第二章為〈特殊醫療與病人自主〉。本章具體劃定了論文的研究主軸與範圍，闡明一般侵入性醫療與特殊醫療，無論在病人自主決定的保障或刑法評價上，顯然都有不同與值得探討之處。而本文對於特殊醫療的類型區分，就方法論上，可視為一種類型化的個別研究法。與日本現行法學界對於醫療法領域的研究早已形成此項各論（類型化）的細緻研究。本文亦將以此論述導向之架構，從一般醫療中，劃分出四種具體特殊的醫療情境，分別從中探究對於病人自主決定權的影響與所衍生的刑法爭議。

首先，第三章為〈人體器官捐贈的病人自主〉。本章探討的是人體器官移植當中，所謂人體器官的捐贈與摘取行為。將其視為一種特殊醫療行為的原因是，不同於醫療的本質是在追求病人之健康，器官摘除行為本身對受術者僅會造成純粹傷害的惡之影響（尤其在活體移植手術中）。是以此種利他型的醫療援助行為，除了顛覆了醫療行為的本質外，更重要的是，隨著器官移植成為越多病人的救命途徑，諸如無心跳捐贈、腦死器官捐贈等，於刑法評價上是否已經死亡，是否能夠在病人同意的前提下為之？抑

或自始就應限制該項同意權能，皆有必要為進一步的討論。

其次，第四章為〈人體臨床試驗的病人自主〉。關於非具常規與欠缺醫療技術正當性擔保的人體臨床試驗治療行為，由於該項治療的風險未有實際的影響評估，受試者本身是否同意，在何種前提下做出的同意，相較於一般醫療行為來說，更加突顯出病人自主決定權在當中的優越性與絕對性。是以，依據紐倫堡協議與赫爾辛基宣言等明示，人體試驗本身必須取得受驗者的真摯同意，必須完全尊重病人的自由意志，包含醫師告知說明與病人同意等要件與程序，無論在法規範或解釋上也需更加嚴謹。本章將從病人自主決定權的觀點出發，輔以刑法理論探討病人同意能力的判斷，希冀能確保受驗病人皆能在完整理解試驗內容的基礎上自主決定。

再者，第五章為〈重症新生兒醫療的病人自主〉。本章主要探討重症新生兒的醫療決策。重症新生兒的醫療特殊性在於，新生兒自始欠缺自主性的權利，也無法藉由推測來保護該者之利益，是以，當發生父母拒絕重症新生兒接受常規性治療的情況下，該如何保障其最佳利益。本章將從刑法理論探討醫師治療義務的界限，並從中尋求醫師或第三方等意見來共同維護新生兒病人的醫療權益。

最後，第六章為〈末期尊嚴醫療的病人自主〉。隨著社會價值觀念的轉變，拜醫療科技所賜，人類借助醫療科技無限度的延長生命，反倒是促使人民省思，無謂的生命延長或是堅持治療無法消滅的疾病，是否符合醫療所謂行善原則的要求。換言之，對於末期病人的尊嚴醫療處置，諸如，不再積極治療而改為安寧療護，甚至在緊急狀態下，反而撤除其維生醫療設備等不作為之處置，此種特殊情狀下的醫療作為，顯然並非傳統一般以救人為目的的醫療行為。在此特殊情境下，能否賦予人民享受這項自主決定權利（拒絕醫療權），這些問題的背後，同時也正在挑戰刑法對於生命法益秉持絕對保護原則的基本理念與態度，我國目前透過立法（病人自主權利法與安寧醫療緩和條例等）來建構合法化的依據是否妥適。

## 第二章 特殊醫療與病人自主

### 第一節 引言

醫學的發展日新月異，所謂的醫療，自始以來就意味著人體健康產生異狀的疾病治療，從醫療手術與投藥的內外科治療可以視為典型的醫療形式。不過，隨著人民對於醫療技術需求的多要化，先端醫療的陸續發展，諸如生殖醫學、遺傳基因醫學，醫療介入、操作基因的可能性等，朝向現實化邁進的成果，正在挑戰傳統倫理道德的底線。

雖然，醫學的進步可謂是人類為求生存發展的最佳印證，但隨著以改善人民健康為目標的傳統醫療逐漸穩定，人類對於醫療技術本身的運用更趨多元，諸如非傳統治療的美容醫療、移植醫學中的器官摘取手術、為求維繫末期病人生存品質的緩和醫療，甚至是在病情尚未發展前，透過基因遺傳操作，事前預防疾病發生的遺傳醫療等，正是顯示了，本來以治癒疾病為目標的醫療行為，在這些醫療行為不斷進行開發與產生革命進展的情況下，醫療內涵也受到了不同於傳統醫療觀念的顛覆，而相較於傳統醫療，上述的先端醫療的開發或既有醫療技術的多元運用，這些相對特殊性的存在，本文將其定義為「特殊醫療行為」來進行探討。

誠然，從傳統一般醫療到特殊醫療的轉變，本質上是一種過渡性的現象表現，尤其是在對應的法規範體系當中，必須要持續的觀察與研究這些嶄新的醫療技術或處置，對於醫療倫理與人民權益之保障等可能造成的影響。

例如，對於末期病人的緩和醫療，或是消極不作為等治療，直接挑戰的是刑法絕對禁止生命法益遭受侵犯的立場與態度，又如臨床實驗醫療中，欠缺穩固實證的風險數據，對於未知的風險，規範上可否允許病人自行選擇並承擔無法預知的潛在風險，在這當中，除了是否透過法規範直接排除或禁止某項特殊醫療的倫理容許性的問題探討外，該允許何種可形式或程度的特殊醫療，此立法論的問題也是非常重要的問題。

不過，本篇論文更加關注的是，現今已經相對成熟於實際操作的特殊醫療行為與情境，並且希望能從病人自主決定權與可能衍生的刑法爭議為主軸，探討目前相關法規範的合理性與妥當性。

## 第二節 特殊醫療的意義與刑法保障

醫療行為可能為病人招致無法預期的醫療風險與結果，而對於此項難以避免的特殊情況，儘管普遍認為必須受到刑法規範功能的保護，但該如何進一步的定位刑法與其中所扮演的角色，不無疑問。自醫學發達以來，陸續建構的臨床規則或醫事法規，努力的確保醫療行為的水準，以及強化要求醫師告知說明義務的履行等，都是為了確保醫療行為的合理性與正當性。

而在醫療領域中，不僅存有醫師的職業或倫理守則，也存有民事賠償、行政制裁以及刑事責任等追究來共同作為醫療安全的維護體系。其中，基於刑法謙抑性的性格，發動刑法必須受到最後手段性的約束，是以，刑罰絕非處理醫事糾紛或完善醫療安全體系的首要選擇。

但是，純粹透過民事的賠償或行政規範來確保醫療體系的安全性，似乎稍嫌不足。因此有關於超越具體法益保護的一般預防理念以及自我負責意識的強化等，特別可以從刑事程序與後續效果對於醫療體系本身帶來的威嚇性來觀察可以發現，相對於民事損害賠償程序，反倒對於醫療參與人員更具有約束力，就不法行為的預防與控管機能而言，刑法更能發揮其控管的效益。

現在刑法存在的基本價值是在於法益之保障，藉由刑法保護法益的規範事實狀態下，當法益的保障受到特別的強調時，這種保護效力，並非從刑事司法實務的判決來做判斷，而是本身就會形成穩定法規範的效力，而這項抽象的強化機能本身，也可視為醫療活動的指導機能。尤其是隨著不斷推陳出新的醫療行為，關於醫療倫理的內在價值秩序的變革與應對，如能透過刑法規範意旨的檢驗，必然能夠尋求較為穩當的改革方向。

簡言之，從刑法具備的法益保障機能，對於醫病雙方都會具備一定程度的倫理形成力。是以，在醫療行為中，如何借助刑法強化病人的主體性與維護其身體相關之利益，同時又該如何發揮其指導的效力，以下先將依

序說明探討之。

## 第一項 侵入性醫療與刑法規範的詮釋

所謂的醫療行為，意義非常的廣泛，很難透過具體明確的定義來給予描述。嘗試掌握醫療行為的概念輪廓，可以說是一種回復病人健康或維持病狀不要持續惡化的處置。諸如，小至一般感冒服藥，外傷縫合，大至侵入性的醫療檢查或手術等。

這些治療處置，難免會侵犯到病人的身體完整性，在刑法的評價上，就會形成是否該當傷害罪不法構成要件的爭論。然而，如果單從治療行為與刑法處罰犯罪的目的比較，前者是透過醫療行為，在現實上維持與回復病人的生命或健康，後者則是透過抽象的法律規範與規制效用（刑事制裁），作為保障生命、身體健康法益的目的。因此，無論是一般的醫療行為或是刑法規範本身，兩者所追求的目的，在保持病人生命與維護身體健康等利益的方向上是具有一致性的。

對於某些會伴隨對病人身體完整性侵害的醫療行為，所衍生的侵害結果的代價是回復了病人的健康，但該等結果於刑法規範的立場上，卻同時落入了刑法傷害罪不法構成要件的涵攝範圍，也產生了醫界與法界溝通問題上的第一道鴻溝。

從醫方的立場來看，醫療行為作為改善病人健康的手段，縱然在過程中可能對病人的身體引發不良反應或留下損害的痕跡，但這都是為了回復病人健康的必要作為。如果形式上宣告上開醫療行為可能也是一種傷害不法行為，這對於透過醫療行為保護病人身體或生命法益目的之達成間，顯然就會形成很大的矛盾。

相對者，從法界的觀點來看，實際上是一種概念上的犯罪評價與方法論所引發的問題，實際上就結果論之，並不會如同醫界所擔憂者，凡是幫助病人開刀動手術的醫師都可能成為罪犯。換言之，針對侵入性的醫療行為，刑法基於不法構成要件的抽象涵攝功能，必然會對該等侵襲結果進行評價，但並不代表最後會成立犯罪。換言之，醫事刑法領域當中，長期以來對侵入性醫療行為的刑事正當化事由都有非常豐富的研究與探討。除了有自始否定屬於傷害行為的醫療非傷害說外，多數學說都是在肯定醫療行

為依然可能伴隨傷害結果的基礎上，進一步開展醫療的刑事正當化要件。

早期對於這些要件僅僅止於觀念論的探討下，往往會從醫師的業務權限與行為非具結果無價值的立場，直接斷定醫師不需承擔刑事責任。不過，隨著社會對於病人自主權利的重視，對於侵入性醫療行為的刑事正當化理論的探討，也跳脫了過於抽象的社會價值利益等衡量模式，進一步從病人的主觀意志來尋求正當化的基礎要素，也就是所謂「病人同意」的正當化要件。

總之，從病人法益保障的觀點出發，伴隨有法益侵害結果的醫療行為，其正當性應當同樣來自於對於病人自主權利的保障，至於這項權利之維護，若納入現行的刑事規範評價體系當中，應當賦予其何種定位，現有的刑法規範當中是否有相似的概念可供依循，以下本章先就一般醫療行為是否涉及傷害或其他不法結果來進行探討，並以此為開展進行更深入的探討。

## 第二項 侵入性醫療的刑事合法化事由

對病人身體具有侵襲性特徵的醫療行為，是否會成立刑法傷害罪的構成要件，該行為的正當化依據所指為何，在相關的學理探討歷史發展初期，並非直接即從病人同意作為合法化的解釋途徑，反而是先從刑法對於傷害構成要件範圍的詮釋以及醫療行為本身是否屬於業務正當行為來阻卻違法等觀點來展開。

詳言之，一般具有侵襲性的醫療行為，本身是否會成立傷害罪的問題，首先有主張認為，醫療行為終究是以治療能讓疾病痊癒為目的，在病人有效同意的範圍內，傷害罪的構成要件該當性就會直接受到否定<sup>1</sup>；另外則有認為，傷害的構成要件依舊該當，主要是在違法性層次中思考正當化的依據<sup>2</sup>。縱然一直以來都有這兩種說法的爭辯，但結論上，兩者的共識皆同，凡是醫師依循一定的程序與規定，縱然醫療行為本身帶有傷害病人身體完

<sup>1</sup> 恩施特·貝林著、王安生譯，構成要件理論，2006年9月，15頁以下。

<sup>2</sup> 甘添貴，治療行為與傷害，月旦法學教室，第15期，2004年1月，265頁；佐久間修，刑法總論，成文堂，2009年8月，頁150以下；西田典之，刑法總論，弘文堂，2010年3月，頁185以下；大嶋一泰，治療行為—說明義務を中心して，刑法基本講座第3卷（阿部純二、內田文昭、川端博、曾根威彥編，1994年2月，116頁以下；小林公夫，治療行為の正当化原理，日本評論社，2007年10月，37頁以下。

整性的侵襲特性，該行為終究不會是刑法必須處罰的行為。

簡言之，目前對於一般醫療行為所帶有的侵襲結果，其正當性除了需要審酌該行為是否具有醫學的適應性與技術正當性等正當化事由外，病人是否同意本身也逐漸配合病人自主決定權的發展而越發具有其重要性，成為了第三項必須審查的重要正當化事由。然而，從歷史上來回顧醫療行為正當化事由演進的過程，病人同意一開始並非屬於醫療侵襲行為正當化的必要條件。但為何現今卻成了通說主流的看法，以下將進一步說明之。

## 第一款 侵入性醫療行為與傷害

早期，關於醫療侵襲的正當化根據主要從醫師職業圖像的正當性受到提倡。一般稱為業務權說。所謂的業務權說，是將病人具有接受治療的義務直接是為國家社會必須維護與享有的公共利益，從而，透過國家所管理與核發證照的醫師行業別，所為的醫療行為自當能夠阻卻傷害罪的構成要件該當性或以阻卻違法。隨著醫療與法規範的發展腳程步入 20 世紀，僅僅因為國家認可醫師的治療行為，就應當連同肯定醫師對於病人的生命和健康所為各項決定權的正當性開始遭到質疑，也逐漸不再受到主流看法的支持<sup>3</sup>。

德國學理上曾有認為，醫師實施外科手術其實並非是侵害身體或危害健康的傷害，而將手術解釋為傷害行為，也違反了日常用語與德文字義的精神，實際這項看法背後是認為，醫療的侵襲既然是為了回復病人身體健康的必要處置，自然應當和單純侵害健康的不法傷害結果間來嚴加區別。不過，直到現今，這項觀點並非受到德國實務或其他國家學說上的廣泛支持。其中最重要的原因正是在於，從病人自主決定權的觀點來看，違反病人意願的治療行為，過程中所形成侵害的既定事實，很難僅僅藉由價值詮釋來無視傷害結果的存在<sup>4</sup>。

此外，關於醫療侵襲非傷害說法的回應則是，未得病人同意的侵襲性治療並非傷害行為，從病人自主權利的侵害而言，較為合理的評價應是選擇同屬自由法益侵害的強制罪，但是，這項看法依然忽略了，如何保障已

<sup>3</sup> 川端博，刑法總論講義，成文堂，2013 年 4 月，頁 315 以下；生田勝義，行為原理と刑事違法論，信山社，2002 年 7 月，230 頁。

<sup>4</sup> 山中敬一，医事刑法概論I（序論 医療過誤），成文堂，2014 年 8 月，頁 122 以下。

經陷入昏迷或是故欠缺同意能力病人的權益。不過，德國曾經有針對專斷醫療行為進行立法上的嘗試，該草案就是以專斷醫療行為可能侵害病人意思決定自由作為犯罪行為的不法核心，也就是說，對於欠缺病人同意的醫療侵襲行為並非傷害行為，而是一種自由法益侵害犯罪的不法類型來進行理解<sup>5</sup>，不過，這樣的草案並未實現於實定法中。

目前，有關於侵入性醫療行為的評價，依然是從傷害不法構成要件的觀點來推導出各種合法化的根據。本文以下將繼續說明如何透過刑法釋義來詮釋侵入性醫療行為與傷害罪間的評價關係。

## 第二款 抽離規範價值色彩的傷害詮釋

在德國刑法傷害罪的構成要件當中，所謂虐待身體的定義是指，行為導致對方身體不適感或不適當對待等情況，又或者是對於身體的健康與完整性形成嚴重不妥當的對待。談到毆打，這種具有嚴重讓人感到不適的行為，也同樣被規範在日本刑法暴行罪中<sup>6</sup>。所謂虐待，是一種不當對待的意思。因此，即使病人健康狀態已經轉好，然而醫療的侵襲結果，通常都會伴隨著痛苦，如果會讓病人產生不適感，此項痛苦就會被解釋該當於身體健康的侵害。

相對者，所謂的危害健康是指，從身體、精神機能的正常狀態引發或增加了不利益的狀態。所謂的健康，則是指未發現疾病或病情的變更的狀態。危害健康即指惹起疾病狀態乃至於惡化狀態。例如，人體內部器官或是外部身體部位之疾病、骨折、感染等，又如 X 光照射也有可能危害病人的身體健康。因此，即使是成功的醫療，依上述解釋，也有可能被認定構成虐待或是損害健康的情況<sup>7</sup>。

是以，從傷害的意義來詮釋，縱然經過病人的同意，但伴隨著病情狀態所進行的治療一旦也有加害病人身體的情況，依然會被視為一種傷害。這要的理解是單純運用客觀文義解釋，未將病人的主觀想法或規範價值等

<sup>5</sup> 王皇玉，刑法上的生命、死亡與醫療，承法，2011年12月，頁292-293以下。

<sup>6</sup> 井田良，新・論点講義シリーズ2 刑法各論，弘文堂，2017年2月，頁30以下；伊東研祐、松宮孝明編，新・コンメンタール刑法，日本評論社，2013年3月，頁349以下

<sup>7</sup> 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，一品文化，2018年9月，頁429以下；山中敬一，註4書，頁123。

放入傷害概念的評價當中，可以說是一種跳脫、抽離價值判斷的詮釋模式<sup>8</sup>。依循此項觀點，病人同意本身自然無法阻卻構成要件該當性，最多只會成為傷害罪正當化事由之考量之一。

根據此種純粹客觀的解釋，有關於醫療行為的侵害結果將被視為該當傷害罪構成要件的看法，同時將病人同意視為後續正當化事由的看法，於德國民法有同樣的看法。德國聯邦民事判例曾有如下的說明：「從以往判例中，為了針對身體完整性的侵襲行為予以正當化，治療行為中，病人有無同意此點勢必將成為重要的條件。

這樣的思維，主要是從基本法第 2 條第 2 項，對於人民身體完整性，以及基本法第 1 條有關於人性尊嚴等權利所派生導出的自主決定權所要求而來，而基本法所欲保護者則是凡事病人皆應對於自身的身體完全性擁有完整的決定與選擇自由，在此理念下，醫師自當不能恣意的無視病人其於自主同意下所表達的醫療需求<sup>9</sup>。

總之，對於醫師治療侵襲結果的同意結構中可以發現，同意本身意味著病人對於侵襲後所連結到的身體侵害，關於此侵害放棄了刑法規範的保護，同時，這項同意也有自願承受治療副作用和各種可能併發症所衍生風險等之意義。在此意義下，由於醫師執行醫療行為對於病人身體健康所形成的侵害問題與種類是非常廣泛的，因此就有必要從病人主觀的願望中來觀察並制定界限。

換言之，醫師實施的治療過程中，病人等同是在此治療框架內，對於其身體健康等法益之處分委託於醫師處置，因此，病人的自主決定權（病人同意）就會成醫療行為能否獲得允許，後續是否得以正當化的重要問題。對於醫療過程中賦予醫師的各項職務準則中，不僅僅是遵循醫療準則與常規等注意義務，也需要醫師事先確保病人同意此項醫療處置，也就是確保病人能夠實踐自主決定權的告知同意義務。換言之，如果欠缺病人有效的同意，醫師對於病人身體完整性形成侵害的醫療行為，原則上將被視為不法傷害行為<sup>10</sup>。

<sup>8</sup> 大塚仁，刑法概說（各論），有斐閣，2008 年 4 月，頁 25-26。

<sup>9</sup> 山中敬一，註 4 書，頁 124；王皇玉，註 5 書，頁 300 以下。

<sup>10</sup> 針對醫療傷害行為的違法性判斷，學說上相當普遍的看法是以業務上正當行為應是優先適用的阻卻違法事由，而病人同意與否，則是支撐該事由合理正當的重要內容。參照：林東茂，專斷醫療行為的刑法問題，月旦法學教室，第 67 期，2008 年 5 月，頁 16。

我國對於侵入醫療行為的刑法評價上，多數學說也同樣認為，既然行為已經變更了病人身體外型或是身體機能的現狀，應會先行成立傷害罪的不法構成要件<sup>11</sup>，必須進一步判斷個案中，該行為被推定的違法性能否受到阻卻，也就是說，在持續肯定傷害罪的構成要件該當性後，並於違法性層次中的利益衡量判斷下，確認病人有無同意，而只有當病人同意的情況，才能阻卻醫療行為的不法。此項見解是從利益衡量說作為阻卻違法事由（違法性）的上位原理而受到提倡。

不過，普遍的想法依然是認為，基於醫療行為本身回復病人健康為目的的正向性格，在刑法學說評價上，並非完全將合法化的任務交由病人個人來決定，諸如秉持社會相當性說與目的說的觀點下，反倒更能符合臨床醫療的現況，亦即病人同意僅是正當化事由要件之一，並非絕對。關於醫療正當化事由的問題，本文將進一步在特殊醫療的類型下依序進行探討。

### 第三款 納入規範價值色彩的傷害詮釋

關於侵入性醫療行為至少初步會被納入傷害構成要件的評價範圍，這是上述對於傷害構成要件的詮釋，傾向於純粹客觀現象的觀察，認為不法構成要件的本質僅僅是在描繪一種抽象不法侵害事實狀態的看法，與此相較下，學說上也有主張對於傷害構成要件的評價，必須進一步思索傷害的概念與規範價值與目的間的連結。

#### 第一目 整體的價值評價

首先，有認為必須從醫療行為的整體觀察與考量，所謂的是傷害是指因虐待或侵害身體健康而造成身體傷害，這並非是指身體某一部分的侵害，而是必須從身體整體來觀察是否具有侵害<sup>12</sup>。詳言之，由於一般醫療行為本身在整體上對於病人的身體會有利大於弊的正面效益，自然就不能被認定為是一種傷害行為。醫療的侵入性特徵，主要的目的是為了能夠換取病人回復身體健康的結果，這和在自始自終僅有侵害身體健康的傷害意義，

<sup>11</sup> 鄭逸哲，醫療刑法—從法律「動物」到法律人系列—刑事法學及其方法（五），2009年10月，6頁以下。

<sup>12</sup> 林山田，刑法各罪論（上），自版，2006年10月，156-158頁。

應當屬於截然不同的兩種概念。

從這樣的思維脈絡下可知，如果執意認定侵入醫療屬於一種傷害行為，這等同是將侵襲的結果單獨擷取出來進行觀察與評價；但是，所謂的醫療是一個整體過程，侵害也僅僅是治癒病人過程的部分面向，從整體上來觀察，論以傷害實際而言並非恰當。直言之，透過一時性與部分性的觀察，縱然能夠看見侵害病人身體的結果，但從整理與終局性的觀察，這無非就是救助病人生命與身體的正向行為，無論從傷害構成要件所預設的不法立場，或從社會規範價值觀等角度觀之，應當有所差異，依此看法，侵入性醫療行為由於成功的回復與增進病人的身體健康，不能被解釋為一種身體法益侵害的行為<sup>13</sup>。

此外，另有看法認為<sup>14</sup>，對於病人身體組織部分的侵害，相較於整體身體健康的回復，後者所帶來的利益顯然更大。基於這樣的優越性格，將一部分的侵害視為傷害並非恰當。此項主張是較具特色的論點在於，並非如同傳統違法性的操作，是在不同法益主體間的利益相互衡量，反而是在同一主體內部所持有的不同利益間進行衡量。例如，醫療手術中，手術刀切入皮膚的動作與造成侵入性損傷的結果，在增進病人健康的整體性脈絡中的利益上就會受到中立化，進而從法益保護的優越利益之考量下，不會該當傷害罪的構成要件。

## 第二目 三種立場的詮釋

無論是從整體醫療行為或是從醫療行為的整體利弊的得失來判斷，此種並非部分個別與暫時性或是從整體來衡量等之角度，最終認為侵襲性醫療行為不會該當傷害概念的立場，可以說是從醫療行為的整體來進行觀察。針對此項觀察的角柱，又可以進一步來細分出三種不同的觀點，分別為行為說、結果說與目的說。所謂「行為說」強調，凡是符合醫學適應性與技術正當性的醫療行為，無論醫療結果是否成功，過程中所造成的侵入性損害就不會成立傷害罪之構成要件。換言之，本說非常重視醫療行為本身的客觀正當性與適應性，從事前來觀察，醫療行為是否依循常規性的治療目的，並且在實施前就能確定醫療行為本身會伴隨有侵入性的損害結果，該

<sup>13</sup> 相關德國學界採取整體評價說的可法，可參照：陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（下），月旦法學第 179 期，2010 年 4 月，248-249 頁。

<sup>14</sup> 山中敬一，註 4 書，頁 125-126。

結果就是一種不可避免的附隨現象。其中最重要的是，事前對於侵襲結果的認知可能性，而非事實上有無侵害結果的發生<sup>15</sup>。

此外，「結果說」則認為，相較於治療行為前，當有治療效果時病人健康狀態已經好轉，自然能阻卻傷害罪的構成要件，因此，從事後結果進行整體性的觀察後，可以得到阻卻構成要件成立的理由<sup>16</sup>。進一步，相對於成功的治療是從病人回復健康來否定傷害罪的構成要件該當性，若在失敗的情況下，如果符合醫學適應性與技術正當性，當行為具有社會相當性時，也能藉此阻卻傷害的不法構成要件<sup>17</sup>。最後，所謂的「目的說」，透過醫師積極治療所追求的正當目的為判斷基準，認定醫師欠缺傷害構成要件的主觀不法故意。

### 第三目 本文見解

實際上，整體觀察與評價的主張受到矚目的論點是，縱然未取得病人同意，但凡是以前述為目的，且醫療之手段、方法在一般醫學上能受到廣泛的承認，以及獲得社會通念的認可（治療具有公益利益），該行為就不能被理解為對病人的身體外觀或是身體機能形成不良的反應或改變，也就是直接在不法構成要件層次中，認定行為不該當傷害的構成要件<sup>18</sup>。而這項見解，因為是求諸於社會相當性此種違法性的一般性原理，可以說是考量目的說與社會相當性的「行為說」。

關於上述從客觀利益面相所詮釋的傷害概念可知，醫療侵入性特徵的正當性是來自於行為本身的施予是以回復病人健康為目的，自然難以想像醫療行為的正面價值秩序又該如何與刻意導致他人身體狀態形成不良反應或損害的傷害概念相互調和，而以此看法為基準，現階段所探討未經病人同意所實施的專斷醫療行為，其伴隨的侵害結果也不會該當傷害罪的看

<sup>15</sup> 參照：アルビン エーザー 著，上田健二，淺田和茂編，先端医療と刑法，1990年6月，16頁以下；黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，2009年1月，74-75頁；齊藤誠二，医事刑法の基礎理論，多賀出版，1997年2月，頁22以下。

<sup>16</sup> 這項來自於貝林對於醫療行為非傷害說的立論基礎，是基於結果非價，從醫療行為整體結果來評價行為的違法性。這也讓貝林進一步說明醫療行為一旦失敗，就會構成傷害行為而無法自圓其說的看法，遭遇不少批評。參照：王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學第170期，2009年7月，124頁；齊藤誠二，註15，頁22-23。

<sup>17</sup> 陳子平，註13文，248-249頁；上田健二，診斷行為と過失，收於：中山研一、泉正夫編，《医療事故の刑事判例》，成文堂，1993年5月，頁29以下。

<sup>18</sup> 大谷實，刑法講義總論，成文堂，2012年5月，頁259以下。

法也被視為理所當然。從而，此中純粹客觀衡量醫療行為的利弊得失，將客觀利大於弊的侵入性治療視為一種善行，顯在是一種未充分尊重病人自主決定權，以醫療父權主義為背景的思考。

然而，這項見解對於醫療行為正當化事由的建構也有重要的貢獻，也就是為了從醫療行為的正當性來導出不成立傷害不法構成要件的結論，醫療行為本身的醫學適應性與技術正當性等就成為判斷正當化事由的不可欠缺的要件。諸如，縱然是美容醫療手術，雖然行為先天上欠缺了傳統醫療是以回復病人健康為目的的性格特質，故須更加尊重病人的自主決定權，不過，醫師依然需要在醫學適應性與技術正當性的框架下進行手術方能阻卻違法<sup>19</sup>。

### 第三項 刑法對醫療傷害結果的合法化指導機能

一般來說，醫療行為凡是涉及到病人身體健康法益的侵害，基於刑法的主要機能就是在於法益保障為目的，從該等行為可能成立刑法之傷害罪等理由中來思索行為合法正當化的可能性與事由，等同就是藉由刑法的原理原則與理念作為醫師於一般醫療臨床上，從事侵入性治療行為所應當依循的指導規則，此種刑法的指導機能，於醫病關係中將有利與病人地位的提升與權益的保障。

從上述可知，早起基於業務高權的思維，對於伴隨著身體侵襲性的醫療行為，該身體傷害結果，通常會以業務上正當行為來阻卻刑法傷害罪的不法。近期關於傷害概念的解釋，則有從抽離規範價值色彩的觀點以及整體行為與利益衡量之不同觀點，分別可謂是醫療行為的傷害說與非傷害說此兩種看法。

根據傷害說的主張，侵入性醫療行為的正當性是來自於刑法阻卻違法事由的建立，除了要符合醫療常規外，也須取得病人真摯同意，方能阻卻醫師傷害罪的違法行為。從此點觀察，所謂醫療行為的正當化事由所欲達到的，正是一種透過刑法規範機能來指引醫師執行醫療業務，藉此維護病

<sup>19</sup> 甚至有學者直言，單純透過被害人承諾來直接阻卻違法的情況，應該是很少見的，個案中依然需要考量很多其他的具體因素。參照：曾根威彥，*刑法学の基礎*，成文堂，2008年5月，頁54。

人醫療權益的重要目的<sup>20</sup>。

透過病人同意的概念作為刑法保障病人身體法益的途徑，也有認為同意本身可能涉及到傷害罪構成要件該當與否的判斷。從上述的探討可知，從醫療行為傷害說的立場，是將病人同意導入被害人承諾的法理，認為這是病人自己對於身體法益的處分與放棄，此時刑法就毋庸介入。不過，將病人同意置入被害人承諾的內涵中，作為侵入性醫療傷害的不法正當化事由的看法也有受到質疑。以下將先針對病人同意做為一種刑事正當化事由觀點的批判進行說明。

## 第一款 法益持有者的內在價值衝突

學說將被害人承諾視為一種阻卻違法事由的原因之一，是根據經被害人承諾後，刑法所欲維護的利益即不存在的理由來說明。然而，當刑法所欲保護的利益不存在時，若評價上依然認為會先成立不法構成要件，再來從違法性的層次來阻卻犯罪的成立，似會就會有所矛盾。此外，假設依據優越利益衡量原則來思考，與其他利益衡量的情況不同的是，被害人承諾是在同一法益主體中所形成內部的利益衝突，而非不同法益主體間的不同利益相互權衡，如此能否依據違法性的操作來處理，也非毫無疑問<sup>21</sup>。

例如，病人是否同意醫師的侵入性醫療，背後等同是就刑法針對病人身體法益的保障與維持，以及基於自主決定權來處分法益所獲得的利益相互對立與權衡。而當同一法益主體內部的利益衝突，應當視為不法構成要件評價層次的問題會較為妥適。換言之，在是否允許侵入性的醫療傷害的問題上，將會成為刑法對於身體侵害的保護以及關於病人自主決定權保護的問題。

<sup>20</sup> 但也有學者認為，大部分臨床醫療現場中，醫師基於專業，凡是醫療行為具有適應性與技術正當性等前提，對病人享有客觀利益上的「理性的高權」，病人反對的意思不一定會受到重視，例如強制治療的場合就是典型。參照：アルビン エーザー 著，上田健二，淺田和茂編，註 15 書，16 頁以下。

<sup>21</sup> 曾根威彥，刑法總論（法律學講義シリーズ），弘文堂，2008 年 4 月，頁 125 以下。

## 第二款 以人為本的自主利益

德國學理上曾有主張，對於醫師專斷醫療的侵入性傷害結果，評價上應先區分個別客體的保護與客體意思的保護，也就是將病人的身體法益以及對於身體的處分權區分為兩種相互獨立的法益侵害，有稱此為「二元化的解決模式」或是「衝突模型<sup>22</sup>」。本說認為，醫師實施違反病人意思（欠缺病人同意）的醫療侵襲行為並非構成傷害罪，而是僅侵犯了病人身體的自主決定權，類似於將性自主法益從傳統自由法益的類型中抽離後，設計額外的章節與不法構成要件模式來個別處理，也就是關於專斷醫療行為來制定特別的處罰規定。

此外，關於傷害罪不法構成要件內涵的詮釋，將自主決定權納入身體健康法益內涵的見解，近年來也成為極為有力的說法<sup>23</sup>。這項主張是將身體完整性和身體完整性有關的自主決定權融合為單一法益，也可稱為「統合模型<sup>24</sup>」。

所謂的身體健康法益並非屬於一種單方面、全然靜態的存在，相對的應該著重於法益持有者依循著自身的人格特質來支配或運用此利益的自由性。而根據此種重視透過刑法規範來實現或達個人利益的觀念，所謂的法益應當是一種「刑法所欲保護的人類利益」。因此，法益本身所形成的核心價值應是有權衡量利弊和欲求的具體法益持有人。換言之，法益是從個人思維推導出來的，保護法益的價值則彰顯於利益本身以及得以處分此項利益者間，兩者所呈現的一體性關係，也就是歸屬於個人的具體價值。

<sup>22</sup> 山中敬一，註4書，頁128-129；吉田敏雄，被害者の承諾（刑法理論の基礎VI），成文堂，2018年10月，頁28以下。

<sup>23</sup> 如果所有權人自由決定，承諾或甚至是懇求他人可以毀壞所有權人之物，這個得到承諾的人，就沒有侵害所有權，而是參與所有權人的自由負責的活動，同時，依據德國基本法第2條第1項的規定：「於不侵害他人權利與不違反合憲秩序或不違背善良風俗之情況下，任何人有權自由伸展其人格。」既然憲法上給予行為自由，承諾者容許自己擁有的法益被侵犯，自然就沒有構成要件該當的問題。參照：林東茂，醫療上病人承諾的刑法問題，月旦法學第157期，2008年6月，49-50頁；另外，日本學者齊藤誠教授也主張被害者在傷害罪中的法益處分權，應當全面否定一切限制，齊藤教授也是從承諾阻卻構成要件該當性的立場出發，認為同意傷害性質的處罰，應屬法律特別規定，原則上，被害人個人持有的法益，都有內涵自由處分的意思概念，若未違反其意願，就沒有法益侵害的問題產生。參照：齊藤誠二，刑法講義各論I，1982年2月，192頁。

<sup>24</sup> 山中敬一，註4書，頁129；吉田敏雄，被害者の承諾（刑法理論の基礎VI），成文堂，2018年10月，頁30以下。

從傷害罪的法益保護來思考，當傷害罪所保護的法益本質上被認定為一種身體上的利益後，進一步將此利益分作為具有人格依存性與屬於個人基本利益等兩種基本思考。據此，傷害罪所保障的法益，具體而言就形成了身體完整性以及不可侵犯性的身體利益，其中自然也包含了法益持有者所應持有的自主決定權。因此，基於同意之侵害行為，可以否定身體法益的侵害，並能阻卻傷害罪的構成要件該當性。

依本見解，病人同意可以視為一種傷害罪的消極構成要件要素，於德國刑法第 223 條規定的解釋，第 1 項規定「身體虐待」的傷害要件，即是指當醫師未得病人實際同意的情況下來侵襲病人身體時，由於病人的自主決定權遭到侵害，故該當傷害。此外，針對「有害健康」的規定，則僅在判斷客觀上是否有身體上的實際侵害此二元論的見解。

### 第三款 本文見解

在以人為本的身體健康法益觀中，是以自主決定權作為法益存在與其價值的立基點。既然醫療行為本身的效果終究是歸屬於病人本身，於身體法益的保護或處分此點而言，於侵入性醫療的場合中，似乎應當更加重視個人自由意志與其抉擇。如果將身體法益的內涵初步理解為事一種以人為本的自主利益，從此向來解釋，可能更加具有正當性。

不過，本文認為，病人同意並非直接被解讀為不法構成要件的同意，或是阻卻違法性承諾。當嘗試將刑法的規範體系與價值秩序注入，成為病人同意的內涵與依據前，應有必要先行思索，醫療行為對於病人身體法益所形成侵害的輕重結果，並且透過何種理由來賦予其正當化的結果。根據上述人的法益概念說明可知，刑法傷害罪中，所謂身體完整性的利益，應當屬於一種與病人意思相互結合而具體創設而成的價值利益，自然就能導出具備自主意志的病人，應當有權拒絕刑法履行保護身體完整性法益的任務。

因此，初步來說，對於侵襲性治療當下，對於病人身體侵害的程度極為輕微且無其他風險時，病人的同意，應當得以直接阻卻傷害罪構成要件該當性，這要的思維是來自於法規範不能抵觸憲法保障人性尊嚴的理念下，縱然是刑法也應盡最大的可能來優先尊重病人的自主性，這與所謂醫學適應性與技術正當性、甚至是醫療以治療為目標的目的正當性等都無關，完

全是自憲法與刑法賦予被害者於合理的法益處分權限範圍內，因病人自願放棄刑法對法益保護的情況下，解釋上自始不會該當傷害罪的不法構成要件。是以，從人的法益觀來思考刑法傷害罪對侵入性醫療行為與傷害結果的評價時，應當進行以下更加細緻化的思考與處理。

## 第一目 基本思考

首先，病人同意本身可以作為一種放棄刑法保護法益的表示。但是，如果從客觀外在世界變動觀之，病人同意是否同意，並無法抹滅侵入性醫療行為所造成身體完整性損害結果，因此，從上述以人的自主性來構築身體健康法益的想法，才有辦法導出在輕微破壞身體完整性的情況下（如抽血，服用感冒藥的副作用），無關乎有無治療目的或是否具備醫學適應性、技術正當性，只要有取得病人真摯同意，依然能夠藉由該項同意來阻卻傷害罪不法構成要件的該當性，這正是一種放棄刑法保護後，當下刑法所欲受到保護的法益也隨之消滅的思考。

另外，依據上述通說普遍的看法則是認為，醫療的侵襲性如會造成病人身體完整性改變或生理機能的損害，該醫療行為就需在特定的要件與框架中實施，並據此阻卻傷害罪的違法性。而阻卻違法的關鍵則在於，醫療技術必須符合醫學適應性與技術正當性，同時在醫師的告知說明後取得病人同意來阻卻違法。病人同意的意義是在放棄刑法保護身體健康法益的意思。換言之，此處的病人同意就等同是一種被害人承諾的概念，並從被害人承諾的法理中來建構病人同意有效性的充分條件與必要條件<sup>25</sup>。

若從病人權益保障的角度，以阻卻違法性承諾來開展刑法評價醫療傷害行為適法性的立場，似乎較為妥適。然而，從上述以人為本的法益觀來思考，如果要在身體法益內涵中注入所謂人類自主發展人格的自由價值，應當就應有範圍的允許某些雖帶有侵襲性，卻較輕微的醫療處置，依據病人是否同意來阻卻構成要件的成立，同時由於構成要件同意本身，依現行刑法通說主張，縱然屬於詐欺同意或容有瑕疵，依然能視為有效之同意。

不過，如果醫療的侵襲結果將會給予病人身體不可逆的重大傷害，甚至容有死亡風險時，病人同意本身就無法直接得出不成立傷害罪不法構成

<sup>25</sup> 前田雅英，刑法總論講義，東京大學出版會，2015年2月，頁237以下。

要件的結論，此時反倒應該從違法性層次中，透過被害人承諾的法理來判斷醫師的行為是否妥當。初步觀之，透過病人同意得以減少行為的違法性，但要完全阻卻傷害不法，醫療的適應性與技術正當性等要件也是必要的條件之一。以下本文進一步就醫療行為同意的內涵，於刑法理論的架構下，嘗試做進一步的區分與探討。

## 第二目 法益侵害輕重的界定

從人的法益觀出發，傷害若被理解為一種生理機能障礙的立場，被害人對於身體之生理機能受損表達同意時，基於自主決定權的行使而放棄了刑法身體法益的保護，等同欠缺了構成要件保護的對象，進而就能否定傷害罪的構成要件該當性。不過，在一般通常傷害結果上運用上述詮釋，並無疑問。但相對於重大身體健康法益的侵害，例如，可能永久性改變身體機能的醫療手術，是否能用同樣的思維來處理，可能就會產生疑問<sup>26</sup>。

原則上，仰賴病人同意而無其他「條件」下，即可放棄法益保護與刑事處罰的前提，至少應當限定在醫療行為本身對病人不會形成重大生理機能障礙的情況。雖然與自殺相同的，刑法並未處罰自傷行為，也未處罰得到他人同意實施的輕傷行為。但依據我國刑法第 282 條規定，受其囑託或得其承諾之傷害行為，成重傷者，處三年以下有期徒刑。因而致死者，處六月以上五年以下有期徒刑。本條規定原則係在揭示重大身體健康法益不得任由被害人承諾處分而阻卻不法。

因此，基於輕傷的情況，在仰賴本人自由意志的決定下，醫師的侵入性治療行為自始就能透過病人同意阻卻傷害罪的構成要件該當性，也不會違法性的問題<sup>27</sup>。但，重大傷害本身由於可能附帶功能性與永久性的損害，在此情況下，就難以透過欠缺法益侵害的事實阻卻構成要件的成立，尤其我國在刑事立法上又特別禁止這項處分權限。換言之，理論上，縱然醫療

<sup>26</sup> 如果解釋上形成一種重傷結果，由於我國目前尚有得其囑託或承諾之重傷行為的處罰，如果可以直接藉由病人同意來阻卻不法構成要件的成立，恐怕會削減刑法警戒與諭示的效力。

<sup>27</sup> 這項看法從實務曾經說明關於告知義務免除的範圍中，也能得到印證。例如，最高法院 99 年台上字第 558 號判決對於免除告知的事項，有謂「例如法律所定之強制醫療；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；病患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；輕微侵襲之傷害等。」

行為在人類的的生活領域中有其特殊性與必要性，但衡酌刑法對於重大身體法益保障的重視，凡是可能導出重大傷害結果的醫療行為，仍應在違法性層次當中思考其正當化的理由。

### 第三目 區分標準的建構

基於上述可知，醫療行為中，凡是涉及到病人身體完整性或生理機能的侵害，凡係屬**重大傷害的範圍**，就應在違法性層次中來建構醫療侵害行為的正當化事由。在此我們可以透過類型化的區分來建立具體的標準。首先，所謂必須置於違法性層次中，將病人同意視為阻卻違法性承諾的具體內涵，同時思考是否應當具備額外合法化要件的情況下方能阻卻違法者，主要應是針對該醫療行為可能招致重大傷害的情況。

所謂的重大傷害，除了可以依據我國刑法重傷罪的定義來理解外，醫療行為中如器官移植、對身體完整性形成不可逆轉的重大變更，如乳房摘除，或是對身體機能造成重大且不可逆的損害，如切除腦前額葉手術等，都可視為一種具有重大傷害結果的侵襲性醫療行為<sup>28</sup>。

其次，凡屬**對生命形成重大風險的傷害行為**，僅僅在病人同意的情況下，也不能對此種形成生命法益風險或實害的醫療行為賦予犯罪正當化的效果。例如，假定安樂死本身是一種治療行為，但行為本身涉及的爭議在於，這項造成生命法益侵害風險實現的病人同意，基於生命法益絕對保護原則的立場，僅僅發生構成要件轉換適用的效果，亦即，經病人同意後，該侵害生命法益的醫療行為將從刑法 271 條殺人罪轉換為刑法第 275 條囑託殺人罪的適用，如果要進一步思考類似行為的正當化事由，也無法單憑病人同意本身來達到目的。簡言之，對於死亡結果或危險的同意，僅不過是帶來構成要件該當性的變換而已。

不過，如同上述，如果並非危及生命法益的重大傷害，單憑病人同意也無法阻卻傷害罪的構成要件該當性。這樣的情況是，確實的是會減少該行為的違法性，但不能否定構成要件的該當性，在對於治療目的、醫學的適應性與技術的正當性等要件以及同意的有效性等為利益衡量後，必須於違法性階段中來判斷是否具備阻卻違法事由。在此思考下，如果醫療行為

---

<sup>28</sup> 山中敬一，註 4 書，頁 132。

本身對於生命法益雖然容有風險，但同時也是拯救病人生命唯一的手段，或是基於病人特殊的價值觀，縱然有生命危險，還是希望醫師實施該項醫療行為時，雖然病人同意本身在欠缺完全正當化力道的情況下，由於僅能視為利益衡量的要素之一，當有其他要素能於該案相輔相成時，也有機會賦予醫療行為正當化的依據。

從而，上述概略所稱之醫療行為必須符合醫學適應性與技術正當性等額外需求。這兩項要求以及對病人同意本身的理解等，往往就會成為這類特殊醫療情境下，醫師能否阻卻違法的重要理由。

例如，病人因恐懼不願接受傳統的器官移植手術，反而請求醫師為其進行尚於臨床試驗階段的再生醫療行為，醫師於手術前告知病人手術過程有死亡的風險，經病人同意後實施該手術，最終導致病人死亡的結果。至於。醫師是否要為病人的死亡負責，先前的手術帶來的實際損害是否會成立傷害罪等問題，關鍵就不僅僅在於病人有無同意，而要進一步檢討這項手術的適應性、必要性與技術上是否正當等問題。

最後，非重大傷害或無生命危險的傷害行為，基於法益保護放棄的有效性，單憑病人的有效同意就能否定傷害罪的構成要件該當性。值得注意的是，所謂的非重大傷害是指對於生命法益侵害無風險，且身體機能的改變也不會影響到生活起居的情況，縱使該傷害可能殘留一般性的傷痕，也不會被視為一種重大傷害。例如，外傷的縫合手術、拔牙、採集血液或眼睛視網膜雷射手術等。又如美容醫療手術中，割雙眼皮、抽脂等美容手術，也能透過病人同意來直接阻卻構成要件的該當性<sup>29</sup>。

#### 第四目 病人同意與刑法保障

當欠缺病人有效同意所為的侵入性治療行為屬於刑法上的傷害行為，這是著眼於行為交會直接導致現實上的傷害結果，例如外科手術，手術刀劃破病人身體肌膚本身就會進入傷害罪的處罰範圍。然而，手術完成後，未來可能引發的副作用，也會連帶形成病人身體健康的侵害。因此，根據醫療行為對病人身體造成的傷害或風險的高低，最為區分病人同意在犯罪評價的位置（構成要件同意或阻卻違法性承諾），本文認為主要的理由是，

---

<sup>29</sup> 山中敬一，註4書，頁132。

面對具有高度風險的侵入性醫療，機於病人權利的保障，有權在經由醫師的告知醫療相關資訊後，充分理解自身的情境，方能親自權衡判斷是否接受醫療行為的利弊得失。

由於此項權衡操作，對於病人的未來與人生可能非常關鍵。是故，對於重大侵入性治療行為的同意，就可以分為兩個不同層次來理解。其一，針對手術過程的必然侵襲結果，屬於輕微傷害，取得病人同意的意義可以視為一種構成要件同意；其二，對於手術結果的雙效性，一旦手術導致不良的失敗結果，或是正常手術成功下所伴隨的必然風險所造成的附隨傷害結果時，針對這些留置在病人身上的負面效應，都須依據違法性層次中，進一步考量阻卻違法性承諾與其他要件的相互援用，思考該者醫療行為的正當化依據。

值得說明的是，針對這類重大侵入性醫療行為的實施，凡是取得病人同意，原則在面對第一層次的輕傷結果，就得依據構成要件同意來阻卻構成要件的該當性，是以，本文後續探討的特殊醫療，自然會將焦點置於第二層次的問題，也就是當醫師必須遵守何種規範或要求，或是必須採取何種方式來取得病人同意後，方能阻卻手術行為後續風險或實害結果等之違法性。

本文依循此項思維脈絡，之後將會陸續於各章節中，探討不同的特殊醫療情境，關於病人同意的定位與功能，是否可以視為單純的構成要件同意，當取得同意後就能阻卻犯罪的成立，或是必須視為一種特殊阻卻違法性承諾（被害人承諾），同時附帶具備其他的條件下方能阻卻違法。

## 第四項 特殊醫療的意義

一般醫療行為，縱然沒有病人的同意，只要醫療從業人員依循專業的指引與經驗之累積，都能順利救治病人。不過，部分醫療行為具有雙效性，過程中可能會傷害病人身體，而於結果來換取最終的健康。例如，藥品本身對病人身體伴隨的副作用。隨著醫學技術的發展，外科手術的出現，使得醫療對病人的侵入性特徵，更加受到法界的重視。

是故，醫學倫理中所謂的不傷害原則（Do No Harm），從現代醫療的觀點詮釋，主要是要求醫師需有足夠的臨床專業技術；不得給予病人過度

或不足之治療，治療過程中不再增加病人多於傷害。換言之，不傷害原則並非要求醫療行為不能傷害病人，而是在行善原則的框架下(Beneficence)，要求該等傷害不應大於其所帶來的好處。因此，當傷害是無可避免的時候，符合醫學倫理的行為必須是「兩權相害取其輕」<sup>30</sup>。

尊重自主原則(Autonomy)也是現代醫療倫理十分重視的倫理原則，也是病人自主權利所延伸的倫理原則<sup>31</sup>。凡是具有辨別事理能力並且保有理性的病人，皆有權利來選擇對己有利的醫療措施，拒絕自己不用接受的醫療處置。為了讓病人能夠做出選擇，必須是以病人的「知情同意」為基礎。換言之，為了落實本原則，一般規範上都會額外賦予醫師須對病人本人確實履行醫療資訊的告知義務<sup>32</sup>。

如同前文所述，無論是學理通說或外國實務的判決經驗，一般對於病人具有侵入性特徵的醫療行為，由於過程中傷害到病人的身體健康，取得病人同意(落實尊重自主原則)普遍是法院審酌醫療行為是否得以阻卻傷害違法的重要標準。

不過，衡酌臨床醫療瞬息萬變，很多情況是病人並非理性，或是陷入昏迷而無法表達意見時，於緊急情況下，依照目前我國病人自主權利法或醫療法之規定，醫師取得病人以外之第三人之同意來實施侵入性的醫療手術或檢查，而第三人之同意能夠滿足該醫療合法化需求的原因可能是源自於醫師的專斷特權，直接依據業務上正當行為阻卻違法，或是透過刑法超法規阻卻違法事由之推測同意(推測承諾)額外賦予刑事正當化的效果<sup>33</sup>。因此，此種原則與例外的關係，在一般常規性的醫療處置上，可謂是非常清楚穩定的判斷標準<sup>34</sup>。

但是，並非所有侵入性的醫療行為都能仰賴上述的規則來處理，有些

<sup>30</sup> 醫學倫理的內涵，可參照：曾育裕，醫護法規，五南，2010年9月，頁277-278。

<sup>31</sup> 關於自主概念的說明，詳可參照：莊曉平，康德的自主理論：能否成為生命倫理學的自主原則，學術研究第8期，2011年8月，頁43以下；蔡維音，人性尊嚴作為法概念之出路，法律與生命科學第3卷第3期，2009年7月，頁11-12。

<sup>32</sup> 參照：張麗卿，刑事醫療判決關於告知義務變遷之研究，東海大學法學研究第三十九期，2013年4月，頁103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；王皇玉，論醫師的說明義務與親自診察義務一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。

<sup>33</sup> 不過，值得注意的是，上述法令依然保有醫師得告知對象得選擇病人或家屬擇一告知，縱然在較晚出台的病人自主權利法中依然保有類似規定。但就目前通說的觀點還是希望採取以病人為主的告知同意原則。

<sup>34</sup> 何建志，醫療法律與醫學倫理，元照，2013年9月，頁87以下。

類似醫療行為的處置，例如，非以治癒人體生理健康的美容手術，必然需要取得受術者的明確同意，甚至可以說該項同意的本質是一種主動的請求。假若醫師在未經受術者明確請求（同意）的情況下動用美容手術，必然就是一種違法的傷害行為<sup>35</sup>。以下先就所謂的特殊醫療此操作性的概念進行定義，清楚劃定本文研究的範圍。

## 第一款 特殊醫療的意義

如同上述可知，特殊醫療的情境不同於一般醫療，但其合理性與容許性仍應建立在行善原則的框架下（**Beneficence**）。所謂的行善原則不僅是醫療行為存在於社會的根基，該原則中所謂行善是指「仁慈」或「善良」的德行，則是一種建構醫療本質的說明。是故，縱然是特殊的醫療行為，也應當是一種致力於提昇病人福祉的舉止<sup>36</sup>。

在病人自主原則（自主決定權）越發受到重視的背景下，加上醫療技術不斷的推陳出新，社會民眾對於生命、身體健康所持有的價值觀念之轉變，現今對於醫療行為的正當化要求，不再屬於一種客觀利益加減的結算，而更加重視病人對於醫療的期望與看法。在此情況下，一般醫療與特殊醫療的區別實益正是在於，病人自主決定本身與其中定位。如同前述，這項主軸就是建立在特殊醫療本身對於何謂為善？並非如同一般醫療直接採取原則病人同意與例外由第三人推測的處理模式，而更加需制定特殊程序規範或要求來確保病人的相關權益。

簡單來說，一般醫療由於普遍具有社會之共識，個案中醫師縱然沒有取得病人之同意，也不見得會有違法的問題。尤其如同日本通說，取得病人同意僅僅是侵入性醫療行為的合法化的條件之一，而絕非毫無例外的必要存在。換言之，何時病人自主權利會絕對優於醫師的專業裁量？如果欠缺病人同意，必然就是違法的專斷醫療，這要的思考應當只在特殊的醫療

---

<sup>35</sup> 必須說明的是，美容手術雖非屬醫療行為，原因在於美容手術類似刺青等行為，雖然可能為求行政上管理方便，故有必要將其納入醫療行為的範圍，但畢竟受術者本身並不能被認定為一種病人，與醫療回復病人身體健康的本質目的不相符合，而於手術本身的適法性問題上，也無爭議的需要取得病人明確的同意方能實施，剩下面臨的問題僅僅在於主管機管如何確保相關手術的醫學適應性與技術之正當性，這與本文所欲探討特殊醫療與病人實施自主權利的問題並無關係。

<sup>36</sup> 參照：何建志，註 34 書，頁 27 以下。

情境中才有可能得到此項結論。

綜上，所謂的特殊醫療，本文所下的操作性概念與內涵即為，病人自主決定權可能受到限制、強調或是無法主張該權利，是否能夠進行治療等特殊醫療情境。以下進一步本文說明所欲探討的具體類型。

## 第二款 特殊醫療的類型

本文所欲探討的特殊醫療，主要是從病人自主決定權的保障出發，觀察顯然不同於一般醫療之處，藉此劃定四種類型。

### 1.非具療效的與援助醫療—人體器官捐贈

首先，特殊醫療往往蘊含高度倫理道德上的爭議，尤其某些為具療效的醫療處置。例如，器官移植手術中，器官植入手術是具有穩定常規且沒有太大爭議的醫療行為，病人為了挽回自己的生命，經驗上必然較為容易同意此項手術。如果病人意識陷入昏迷無法同意，也能仰賴第三人來推測病人應當會同意實施手術的意願。

不過，相對來說，器官摘除手術的道德風險就提高不少，現今世界各國不乏出現人體器官販賣或強行摘取他人器官等新聞報導，這無非是反映出人類為求生命延續而不擇手段的原始慾望。因此，一方面對於遭摘除器官者來說，該項手術純粹侵害了人類身體健康，而此種特殊的醫療援助行為，就應當完全尊重器官提供者的意願，原則無法透過第三人同意來取得合法化的資格。

### 2.容有風險的新興醫療技術—人體臨床試驗

其次，特殊醫療本身可能是一種未知風險的先端醫療技術。先端醫療本身投入實際運用前，必須經由臨床測試與人體試驗，而在人體試驗階段，這些先端醫療尚未具有穩固的常規指引，接受試驗的病人必然將會面臨到

的許多未知風險，受測者本身是否同意接受這項試驗，而這項同意又該依循那些作業流程才能確保其同意的真摯性，諸如必須擬定完整的實驗計畫，確實履行告知義務、組成醫學倫理委員會進行必要的審查與風險控管等，這都不同於一般醫療行為的處理方式。

### 3.第三方形塑病人最佳利益—重症新生兒醫療

再者，所謂病人自主決定的消失是指，從病人本身狀態出發所觀察歸納出的特殊治療情境。在此情境下，是否實施侵入性的醫療行為，可能只能仰賴醫師或其他第三方專業人士的評估與判斷方具有合法性。例如，關於新生兒的治療決策，傳統都會認為，由於新生兒欠缺辨別事理的同意能力，故應交由其父母或其他家屬來代為決定<sup>37</sup>。

看似與一般處理陷入昏迷等欠缺同意能力的處理模式沒有太大差異，但兩者實際上卻是截然不同的情況。由於剛出生的新生兒尚未發展獨有的人格特質，沒有人能推估其醫療上的選擇；但相對於一般欠缺同意能力的病人，則較容易推知其可能的決定。是故，完全欠缺自主決定可能性同時又無法推測其可能之決定時，如何尋找其治療的最佳利益，正式在此特殊的醫療情狀下，必須要審慎思考的問題。

### 4.病人生命與尊嚴的抉擇—末期病人尊嚴醫療

最後，隨著醫療快速的進展，醫學為了挽救病人生命，也逐漸發展了各種延命處置。這些延命處置可以是專指任何可能延長病人生命之必要醫療維生治療，諸如心肺復甦術、機械式維生系統、血液製品、為特定疾病而設之專門治療等，也可說是透過導管或其他侵入性措施餵養食物與水分的人工營養及流體餵養。所謂的末期病人的尊嚴醫療涉及的是，對於上述維生醫療設備的中止或不實施，可否以病人自主決定為由，阻卻刑法囑託殺人罪的法律責任？而對於末期尊嚴醫療的容許性與正當性，顯然具有不

<sup>37</sup> 保条成宏，子どもの医療ネグレクトと一時保護による対応——刑法・民法・児童福祉法の協働による「総合的医事法」の観点に立脚して，中京法学 49 卷 3・4 号，2015 年 3 月，頁 230 以下。

同與一般醫療的特殊性。

### 第三節 特殊醫療與病人自主的刑法爭議

病人的同意是病人自主決定權的實踐。對於侵入性的醫療行為而言，同時也是原則必須具備的正當化事由（被害人承諾）。因此，同意本身必須要是有效的同意。同意是否有效，從刑法理論上來理解，是指基於病人自主的意思放棄刑法對於法益的保護。從而，有效的同意包含病人必須具備同意能力、意思自由未受壓迫，也沒有對於醫療的重要意義產生錯誤等，和一般被害人的阻卻違法性承諾理論的要求並無二致<sup>38</sup>。

但是，就醫療領域當中，病人同意涉及到的是病人對於本身病情的了解，以及何種醫療處置能符合自身的最佳利益，因此在病人同意某項醫療行為時，必須要求醫師的充分告知與說明，基於此項說明而取得的同意方式有效的同意。主要原因在於，涉及到病人自主決定權的實踐，病人必須對於侵襲性醫療的意義、程度、效果、危險性與副作用、替代療法存在與否等事項有正確的認識。畢竟，就醫療來說，醫師和病人專業知識水平的差異過大，醫師的告知就是保障病人意思自由的實質基礎<sup>39</sup>。

但是，在醫療行為的正當化事由中，一般的侵入性醫療，其刑事合法化狀態是穩固的建立在利益衡量中的優越利益則之基礎上，換言之，一般的醫療手術可以很明確地得出利（拯救生命、回復健康）大於弊（傷害、副作用）的結論，也就是，該等優越利益的判斷，是來自於普遍常規治療的適應性與技術正當性等結果。縱然欠缺病人同意的可能性，也可以很輕易的透過第三人的推測而合法<sup>40</sup>。

值得注意的是，在特殊醫療的情況下，可能非以典型回復病人健康的治療目的為取向，或是伴隨的未知風險遠遠高於一般的醫療行為時，該特殊的治療是否得以阻卻違法，可能就要進一步思索兩個問題，其一，是否能夠允許這類醫療行為的實施？其二，如果這類醫療行為是有必要者，必

<sup>38</sup> 井田良，刑法總論の理論構造，成文堂，2005年6月，頁191以下。

<sup>39</sup> 田坂晶，治療行為とインフォームド・コンセント（刑事法的側面），收於：甲斐克則 編《インフォームド・コンセントと医事法【医事法講座2】》，信山社，2011年1月，頁53以下。

<sup>40</sup> 不過，也有學者批評，若直接採取利益衡量說的立場理解醫療行為的正當化依據，實質阻卻犯罪的效果就是出自於「對個人自主決定權的尊重」。參照：塩谷毅，被害者の承諾と自己答責性，法律文化社，2004年2月，頁153。

要性為何？此時，病人自主決定於其中的定位為何？例如，撤除末期病人的維生醫療設備會提前終結病人生命，縱然已經過病人同意，但刑法基本上對於生命保護放棄的同意會形成一種「客觀性制約」，此時如果我們認為容許的必要性存在時，此時病人同意與否又在其中扮演何種角色？

以下本文先從一般醫療與病人自主決定權的關係為開展，初步說明特殊醫療情境下，對於病人自主決定權的影響與重要性，以及可能衍生的刑法爭議。

## 第一項 一般醫療與病人同意

病人同意是病人自主落實與規範保障的用語，病人同意的重要性，主要是受到近年自主決定權的影響，於醫事法領域中逐漸受到重視。病人同意本身有許多不同面向的意涵，單從字面上來解釋，似乎是在說明病人被動接受醫師提出的醫療方案。但隨著醫療資訊的普及與透面，諸如美容或特殊的醫療手術等，病人也得主動向醫師提出符合自身理想的治療行為。病人同意的本質就是一種主體性地位的確認與發揮，病人同意是在提醒醫療從業人員，必須將病人視為醫療過程的共同參與者<sup>41</sup>。

再者，病人同意不是發動醫療行為的唯一條件，也非必要條件。在一般情況下，醫療行為取得病人同意後，後續的行為本身仍應具備醫學的適應性與技術正當性等額外的要件。同時，在特殊情況下，諸如病人無法同意時，醫師基於相關法理依據，依然能跨越病人同意的要求，逕行實施醫療行為。

由此可知，所謂的病人同意在現今除了是改善醫病關係的關鍵外，更重要的是所謂的病人同意，顯然不能採用一種單一、平面或純粹字義上的思維來理解，病人同意在法界與實務界的努力下，已經逐漸深化為一種價值判斷與型塑倫理觀念的重要媒介，在何種醫療情況下，是否應當取得病人的同意，該如何取得同意等，這些都是必須進一步探討的問題。

以病人的自主決定權為例，自主決定權本身如果無法為病人創造更多利益，透過刑法來保障這項自主價值就沒有太大意義。自主利益本身雖為

<sup>41</sup> 參照：張麗卿，註 32 文，頁 104 下

近代自由主義與個人主義下的必然產物<sup>42</sup>。但自由並非無限上綱，在醫療過程中，病人的自主依然必須仰賴醫師的專業經驗。是故，病人同意的內涵與界限，就是首要必須釐清與探討的問題。

病人同意於臨床醫療與法理上都肩負著十分重要的任務。在臨床現實上，醫師為了取得病人同意，必須詳盡告知各項治療方案，並與病人討論何者是最佳的醫療方案（同時在法理上衍生出所謂告知義務的原則）。從此以觀，取得病人同意的過程中，反能有益於診療的結果；而在法理研究上，例如，自病人同意的探討持續深化後，也衍生出一體兩面的權益關係，亦即，是否允許病人享有拒絕治療權的問題。無論是醫師的告知義務到病人同意、甚或是病人的囑託到拒絕，涉及這些議題的探討，皆必須將病人同意視為一項重要的指標與要件，當我國社會逐漸高齡化的同意，臨終安寧緩和治療的囑託或同意等，將會成為行為正當性的重要依據。

總之，病人同意在法領域的探討中，看似具體，但實然已經成為一種十分抽象化的概念用語，法規範功能在於建構社會秩序，分配人類社會間的利益與價值衝突，但無論是何種法規範系統與其內部形成的價值機能，最終皆會以維繫人性尊嚴為依歸。病人同意作為一種法學論述的概念媒介，其所肩負的任務，範圍可謂是無邊無際，也能謂為十分具體。

病人同意於醫療處置中，除了作為一種促成醫病關係和諧與有效的達到醫療的目的外，更重要的是，病人同意也可說是維護病人權益與尊重自主的重要機制，從法規範的觀點，如何在醫事法領域中應對於各種特殊情況來建構一套合理的病人同意機制，本文以下先就權利保障的觀點來思考病人同意的具體內涵。

## 第一款 病人同意與民事法的關係

界定病人同意於法規範的內涵，必須先從醫療行為本身可能涉及不法侵害或成立犯罪的可能性為探討前提。當醫療行為本身具有侵襲性，或是對於病人生命法益形成風險時，是否能阻卻該醫療行為的違法？在民事法領域中，通說認為病人同意會是當中的一項考量<sup>43</sup>。但是，被害者的承諾，

<sup>42</sup> 陳瑤華，自主與民主，人文及社會科學集刊第 15 卷 2 期，2003 年 6 月，頁 140 以下。

<sup>43</sup> 錢偉榮，成年後見人の医療同意権，高岡法学第 29 号，2011 年 3 月，頁 42 以下；加藤雅信，新民法大系 V 事務管理・不当利得・不法行為，有斐閣，2005 年 4 月，307 頁；吉村良一，

終究僅是將純粹受害者所受之傷害與獲得的利益，兩者相互權衡後，由於傷害是受害者自己同意的，於是將獲得的利益優先界定為較高的利益價值，基於此項理由而希望通過利益優越原則的檢驗而符合阻卻違法的要求。

不過，從醫療行為的評價上，由於醫療行為與一般生活中的行為不同，醫療本身就具有某種程度的價值利益，假定凡是醫療行為都要通過病人的同意方能阻卻違法，諸如無法同意者，或是同意能力欠缺者等病人，醫師自然就會擔心無法取得該者同意，而所實施醫療行為可能會有觸法的風險與疑慮。因此，早期多數的學說雖然認為病人同意屬於醫療行為正當化事由的要件之一，但其重要性反倒不如業務上正當行為等其他要求<sup>44</sup>。

相對於此，近年來，各界對於病人自主決定權的重視，於醫療行為的正當化事由中，病人同意與否受到了前所未有的關注與重視<sup>45</sup>。例如，於學說上就曾直言，忽略病人同意與否的判斷，直接採用業務上正當行為的理由來否定醫師的不法責任，顯然輕視了病人的自主決定權。

因此，將病人自主決定權的價值秩序正式納入，成為病人同意的重要內涵之一，對於病人同意的內容本身也會形成相對應的轉變。例如，從實質違法性的觀點來談，病人同意的功能，一般都是置放在探討醫療行為所導致身體侵襲性的結果，對於此項結果是否得以透過病人同意來阻卻違法。換言之，對於侵害的對象依然附著於身體人格權的侵害上。但近年來，有關於病人未確實履行告知義務，或是未得病人同意逕行實施專斷醫療行為的情況，已經開始有實務判決和學理上的主張認為應當將病人意思決定自由視為可獨立受侵害的對象，亦即醫療行為伴隨著侵害，如果事先沒有得到病人同意，將會被視為一種自主決定權的侵犯<sup>46</sup>。

將病人自主決定權視為一種獨立的自由利益給予保障，在刑法領域中的思考，就非如民法侵權行為的探討般之單純。原則上，犯罪的成立與否，必須符合立法者所設定的構成要件，如果醫師執行業務的過程中或有可能成立如強制罪等妨礙自由法益的犯罪要件，也必需限於病人意思清醒時，

---

不法行為，有斐閣，2017年2月，頁64以下；村山淳子，醫療契約論—その典型的なるもの，日本評論社，2015年2月，頁42以下。

<sup>44</sup> 平野裕之，不法行為法，信山社，2013年6月，頁193以下。

<sup>45</sup> 窪田充見，不法行為法—民法を学ぶ，有斐閣，2007年4月，257頁；潮見佳男，不法行為法I，信山社，2011年4月，438頁。

<sup>46</sup> 日本曾有實務判決認為，關於作為臨床試驗對象的病人，在沒有取得其明確同意時，該試驗的治療行為即是一種侵害病人自主決定權的不法行為。參照：金沢地判平15・2・17判時，1841号，頁123；近江幸治，民法講義V契約法，成文堂，2006年10月，342頁以下。

醫師確有透過物理的強制力來干擾病人的意思或行動自由。因此，若病人意識不清，或本身已經沒有辦法理解醫師在進行何種處置時，醫師未經病人同意所實施的醫療行為不能直接解釋為一種干涉病人意思決定自由的強制罪<sup>47</sup>。相對者，在未具有緊急情況下，醫師如果欲對病人實施侵入性治療行為，理應等待病人轉醒後，取得其同意方能為之，否則醫師未經病人同意所實施的侵入性治療行為，所伴隨的傷害結果，可能將要承擔傷害罪責。

從上述可知，病人同意在民事法領域與刑事法領域中究竟扮演何種角色，或是有何項具體的功能，有關於民事法理論所建構的同意內涵，對於現今所強調的病人自主決定權的保障有無幫助？不無疑問。同樣的，如果從刑事法理論為建構病人同意的內涵，是否合理妥當，本文以下將分別探討說明之。

## 第一目 醫療契約與病人同意

締結民事醫療契約是由醫師接受病人方面的診療邀約，根據這項邀約的承諾而締結，藉由此契約，醫院所述之醫師衍生了對病人的診療義務，相對病人方面則衍生了支付報酬的義務此法律效果<sup>48</sup>。有關醫療契約的法律性質，學說上有諸多看法，如日本通說一般採取的看法是「準委任契約說<sup>49</sup>」，而我國通說也是秉持類似觀點，認為是近似於委任的非典型契約<sup>50</sup>。對於委任人所請求有關於受任人履行醫療事務有關的診療契約，其意思表示的內容，主要目的就是為了要發生上述的法律效果。

相對而言，對於個別具侵入性的醫療行為，病人同意的內涵，直接表明的是則是病人容忍對於醫師朝向自己身體利益的醫療侵襲與損害等意願，如同前述，這項同意，無論在民法侵權行為領域或刑法上之傷害罪等

<sup>47</sup> 但現實上，如果在病人意識清醒時，透過強制力來進行治療，除非有緊急情況與配合法令之規範，否則就有成罪的空間。詳細的實務案例與評析，請參照：王志嘉，病人自主之刑法實例剖析，元照，2014年9月，頁198以下。

<sup>48</sup> 例如，因交通事故導致意識不清的病人，緊急送院急救的情況，由於醫師無法與病人或其近親締結醫療契約，而在民事法中，是根據何種法律規定或關係來允許醫師當下的緊急醫療處置？有見解認為屬於一種無因管理。參照：錢偉榮，註43文，頁42以下；關於醫療無因管理的法律效果，詳請參照：吳志正，解讀醫病關係II—醫療責任體系篇，2006年9月，頁243以下。

<sup>49</sup> 內田貴，民法II債權各論，東京大學出版會，2011年2月，281頁以下。

<sup>50</sup> 吳志正，解讀醫病關係I—醫療契約篇，2006年9月，頁282以下。

評價，都會指向於發生阻卻違法的效力。於此意義下，病人對於該項同意與締結診療契約意思表示兩者相較下，於本質上有顯然不是相同概念<sup>51</sup>。

根據醫療契約的內容，在視為醫方所衍生出的診療義務範圍內，相對於病人所請求的醫療事務內容合致時，雖可將病人這項契約的合意，理解為一種包括同意，將治癒病人身體疾病為目的之醫療行為也包含於此項同意當中。但有疑慮的是，這項基於契約解釋而生的包括同意的內涵與範圍所指為何？

詳言之，基於醫療契約關係，醫師應當隨時對應病人生理機能的變化，觀察與判斷有無需要進行相對應的治療處置或在必要的情況下，選擇相對應的適切療法。由於醫師基於契約債之本旨，負擔了履行該等內容之債務，在實施適當的醫療行為之限度內，也曾有學說主張在醫療過程中，醫療行為所伴隨的各種侵襲性處置，早已於締約生效階段中形成一種事先包括性同意的看法<sup>52</sup>，不過多數學說也非常審慎地認為，關於包括同意的內容與範圍，是否能包含於侵入性治療的同意，依然要在充分的條件與限制下來探討。

### 一、重大侵襲例外說與原則除外說

所謂「重大侵襲例外說」是指，基於契約衍生的包括同意，原則應能擴及到整體醫療過程的個別細緻處置的同意，但如果涉及到重大的侵襲性治療行為，在解釋上，醫師就有必要先行取得病人對於該等侵入性治療的個別同意<sup>53</sup>。例如，重大改變身體外觀的手術、實施伴隨有對生命形成相當副作用的藥劑、麻醉、輸血等病人，實施對於病人生命或身體狀況形成相當危險的治療行為，以及相應於病情進展，從通常性的治療過程移轉為個別治療行為等，就此情況等即有必要再一次取得病人的個別同意。

另外，所謂的「原則除外說」是指，對於個別侵入性醫療行為的病人同意，原則並未包含在病人與醫師締結醫療契約時的合意範圍內。根據這項說法，醫師初始執行醫療契約時，縱然同時已從病人或其法定代理人等

<sup>51</sup> 錢偉榮，註43文，頁44以下。

<sup>52</sup> 宗宮信次，不法行為論，有斐閣，1968年2月，270頁。

<sup>53</sup> 高橋正春，醫療行為と法律—医事紛争防止の手引き—，医歯薬出版，1980年9月，24頁以下；菅野耕毅，新版医事法の研究I：医療過誤責任の理論，信山社，2001年12月，188頁。

方面取得實施醫療行為的包括同意（契約的效力），但這項同意，原則不會將個別侵襲性醫療行為的病人同意包含在內<sup>54</sup>。

如果醫師在履行醫療契約的過程中，有必要實施特定的侵入性醫療行為時，原則上就須在每次實行前，再次個別取得病人同意。此外，相較於必須得到病人個別同意的侵入性醫療選擇，基於醫療業務執行的順暢，根據契約合意的內容，也有例外得以透過包括同意來處理。諸如，對診察病人的方法，通常之聽診、觸診和體溫計測量體溫等，普遍不具侵害性質的疾病治療方式，或是對於病人生命、身體侵害的風險屬於輕微者<sup>55</sup>。

從上述可知，「重大侵襲行為除外說」若試圖擴大醫療重大侵襲行為的解釋範圍，就能接近「原則除外說」的主張；相對者，「原則除外說」如果透過解釋擴大包括同意所涵蓋的侵襲性醫療行為，就能夠接近「重大侵襲行為除外說」。從而，就結論言之，兩者說法並無大太差異，會有程度上的差異也僅僅針對於侵入性治療行為風險高低與輕重的理解。

綜上，本文認為，由於「**初期病人同意接受醫師診治的時點中，並無法特定後續醫療的內容與範圍，因為，醫師掌握病人相應症狀的診斷，時時刻刻都會隨著病情不斷變動而難以確定**」，換言之，通常於醫病雙方締結醫療契約時，醫師所負擔診療義務的內容，例如為了治療目的，應當採取何種治療方針？或是各種治療手段本身的具體實害或風險程度等為何？皆無法在締約時能具體確定，難以想像病人在締結治療契約的階段就能預先針對尚未具體確定的治療行為給予包括同意。因此，醫師因債之本旨所原生的給付內容，解釋上就僅能被理解為「**醫師負有應當給予符合醫療水準並為適切治療的抽象給付義務。**」

此外，從病人自主決定權與知同意法則的法理觀之，我國目前醫療法第 63 條等也明白賦予醫師有簽具手術同意書的行政義務，但若醫師違反此項義務，除了行政責任外，是否連帶會衍生出民事或刑事上的責任，這問題依然須從個別法領域的目的以及病人同意的內涵等來深入探討，以下繼續就日本司法實務的看法進行介紹。

<sup>54</sup> 町野朔，患者の自己決定権と法，東京大学出版会，1986年2月，頁98以下；手嶋豊，医師の責任，收於：山田卓生、加藤雅信編，《新・現代損害賠償法講座(3)製造物責任・専門家責任》，日本評論社，1997年11月，321頁。

<sup>55</sup> 上山泰，患者の同意に関する法的問題点，收於：新井誠、西山詮編，《成年後見と意思能力》，日本評論社，2002年2月，122頁。

## 二、日本司法實務的觀點

日本司法實務曾經於判決中，曾採取「原則例外說」的立場進行說明<sup>56</sup>。該判決認為，醫師實施的醫療手術具有維持或回復病人健康等目的，並非純粹造成病人身體上的損害。不過，正因為手術本身依然會給予病人肉體上的苦痛，儘管病人事先已同意接受治療的協助，但並非理所當然等同於同意了醫師的手術處置。所謂病人（包含病人欠缺同意能力的情況下，能夠得到代為同意者）的治療邀約，應該須不能包含於手術之同意。換言之，醫師原則必須得到病人就個別手術實施的同意時方能為之，而在未得同意的情況下，手術的損害應被理解為對病人身體法益的違法侵害。

不過，本判決也認為，如果屬於相對輕微的手術，就病人身體的損害或肉體上造成的痛苦等，在通常並非嚴重的情況下，病人對於手術的同意，就能包含於先前雙方締結的治療契約之邀約中。這主要考量到，有關於治療的邀約被同時理解為病人已經同意手術的種情況並非少數，故醫師在臨床上，不論手術的輕重，並非經常性的需要重新確認病人有無個別同意。

但是，至少在進行重大侵襲性的手術前，諸如截肢或切除一部器官者，身體的機能或於外觀上有衍生極為重大的變化結果之手術，本判決強調於實施這類手術時，縱然病人事先於邀約中已經同意了相關的治療流程，但無論如何不能視為等同給予醫師對於後續實行重大手術的承諾。除非病情對於病人生命的緊迫的危險，而在欠缺徵求同意的時間餘裕等特殊情況，否則，醫師每次進行手術時，應該都要確認病人有無具體同意，在欠缺同意的情況下實施手術，不能免除手術對於病人身體違法侵害的非難<sup>57</sup>。」

本判決是在日本戰後，一般學說都會將這項判決定位是首次觸及醫療行為與病人同意的必要性之先驅位置<sup>58</sup>。這項判決明確的揭示了三項重點：**「其一，關於手術，包括同意中為有提到者，原則上必須取得病人的個別同意；其二，關於相對輕微的手術，包括同意將可涵蓋於病人對手術的同意表示；其三，關於重大手術，原則上應該要有個別病人的同意，但當迫**

<sup>56</sup> 乳腺症手術事件，參照：東京地判昭 46・5・19，下民集 22 卷 5=6 号，626 頁。

<sup>57</sup> 菅野耕毅，新版医事法の研究I医療過誤責任の理論，信山社，2001 年，189 頁。對於過於擴張包括同意的範圍，本判決是持反對的立場，所謂手術的重大與否似乎仍有進一步解釋的空間。

<sup>58</sup> 宇都木伸、木原章子，承諾なき乳腺全摘手術，医事法判例百選〔別冊ジュリスト№183〕，有斐閣，2006 年 9 月，頁 117 頁以下。

及病人的生命危險時，沒有獲得同意的時間餘裕等情況下，沒有必要得到同意。」此後，日本相關司法實務，基本上就是依循上述判決的立場來開展<sup>59</sup>，試圖具體明確包括同意所涵蓋的範圍。例如，東京地方法院曾有判決將手術的選擇與治療方式等作為醫療契約內容的一部分<sup>60</sup>

此外，關於醫師實行重大侵入性治療手術時，原則是以前述病人個別同意為必要。判斷標準如，截肢手術等對病人身體機能或是外觀上造成極為重大改變的手術或是對於病人身體和功能有造成影響的侵襲性為基準<sup>61</sup>。而可以視為重大侵襲行為的曾經經過判決確認的具體案例，如乳房全部摘除或是子宮摘除等手術等<sup>62</sup>。不過，即使是重大的侵入性手術，也有些情況是不需得到病人同意者。例如，病人的生命或身體健康顯然陷入緊急情況時，如果醫師嘗試透過說明來獲取病人同意，將會對其造成極大的精神負擔時，或是會因取得同意後，推測反倒會產生更多惡害等情況時，也有判決認為不需取得病人之同意<sup>63</sup>。

### 三、本文看法

從上述可知，嘗試從民事契約法的觀點，將病人同意對於具有侵入性或風險性的醫療行為納入締約雙方當事人的合意範圍，試圖免除醫師後續取得病人個別同意的義務，這無論在司法實務或學理上都是採取明確反對的看法。不過，醫療契約雖是一種私法關係，但囿於醫師本身具有專業性，以及醫療本質上所帶有的道德價值，自當無法免除本身具有國家公益性的色彩與考量。

公益價值主要可從國家賦予醫師的緊急救助義務、對於病人具有保密義務，以及診療紀錄做成的保存等義務等可知，醫師與病人間的醫病關係，除了私法間互負履約義務外，醫師本身的治療任務，依然受到國家基於公共利益與人民福祉等考量，額外帶有強制的給付或誠命義務<sup>64</sup>。

<sup>59</sup> 広島高判昭 52・4・13，判時 863 号，62 頁；広島地判平元・5・29，判時 1343 号，89 頁。

<sup>60</sup> 東京地判昭 56・9・28，判時 459 号，120 頁。

<sup>61</sup> 東京地判平元・4・18，判時 1347 号，62 頁。

<sup>62</sup> 広島地判平元・5・29，判時 1343 号，89 頁。

<sup>63</sup> 札幌地判昭 53・9・29，判時 914 号，85 頁。

<sup>64</sup> 也可說是一種強制締約的類型。相關探討可參照：陳子平，醫師違反緊急救治義務之刑事責任—與日本法之比較，月旦法學雜誌第 158 期，2008 年 7 月，頁 134-149；吳志正，註 50 書，頁

就上述緊急救助義務可知，私法契約的締結，基於私法自治的精神與契約自由原則，醫療服務的提供者本應具有締約與否的自由。但依據我國醫療法第 60 條規定：「醫院、診所遇有危急病人，應先予適當之急救，並即依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」，醫師法第 21 條也規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」以此為據，醫療機構或醫師對於危急病人就具有緊急醫療的義務。

醫療法與醫師法上的緊急診治義務，性質上屬於國家課予醫師的公法上義務，違反者除了可能會有刑事責任的追究外，自然也須負擔行政責任，並非依民事契約，透過債務不履行來處理。因此，從緊急救治義務的規範脈絡可循，國家考量人民的福祉，醫療本身顯然是對人民生命與健康等之最後一道防線，在某些特殊情況下，醫師與病人間的法律關係，自然無法純粹交由私法自治為基礎的契約自由來定奪。例如，非理性之精神病患，國家制定強制就醫機制，顯然就存在著社會整體公益之考量。

從上可知，病人同意的內涵並非完全依循民事契約所建構的法律關係來理解，簡單而言，醫師與病人間所建立的醫療契約只能說明一般性的醫病關係，從醫療屬一種服務的角度來處理可能發生的醫病糾紛，而從此點來做進一步思考，醫療本身具有公益性質，也適度的反應在某些情況下，必須優先尊重醫師的治療特權，也就是說，醫療依然須從國家公益與照顧人民的角​​度來限縮醫病雙方對於醫療服務的自由合意範圍<sup>65</sup>。

本文認為，依循醫療具有達成公益目的之根本思考，可分為兩大面向來說明形成醫師與病人間權利義務的基本關係與架構，這項思考必須建立在醫療本身可能會造成病人之人格干預、身體完整性侵害，甚至對於生命法益形成風險或實害的結果之上。

其一，基於病人自主決定權的精神，人格權與身體完整性、甚至是生命有關的醫療侵襲，應當從刑法保護法益的觀點來探討醫師與病人間的權利義務關係，而非直接由私法契約所形成的各項權利義務關係來解釋。是以，病人是否同意醫師對於自己身體或生命等利益侵害，必定不是仰賴私

---

243。

<sup>65</sup> 就如同我國勞動基準法透過最低薪資下限的樓地板規範，對於勞動契約基於私法自治與契約自由下的內容進行限縮，目的就在避免勞資雙方締約前商談薪資時，因勞資雙方地位不對等所衍生對薪資條件的實質剝奪，進而衍生有損普遍勞工權益的外溢效應。是故，就醫療契約的締結本身，也必須適時的接受其他公法或刑事法規範等之調整與限縮。

法契約關係的規則，應當不能承認此種概括與包裹式的同意模式。其二，相對於病人自主決定權的保障與要求，衡酌醫療本身對整體社會所創造的正向價值與利益，基於特殊情況下，醫師應當享有更為充分的醫療特權。例如，無論依據公法或私法關係所形成的醫病關係，縱然欠缺病人的同意，依然能夠合法的執行醫療行為。

綜上，關於病人同意內涵的探討，從保護病人自主決定權以及身體或生命法益等觀點思考，並非純粹交由民事契約法的思維來建構，從這層現實上所引發的具體風險或實害等來考量，病人本身同意與否以及同意的內涵為何，似應從刑法保護法益的觀點來思考，或許會更加妥適。本文以下繼續就病人同意的性質與定位來進行說明與探討。

## 第二目 病人同意與意思表示

從上述可知，基於病人權益之保障，談到病人同意內涵時，不能直接仰賴民事契約法的觀點來理解。也就是說，將醫療契約締約初期雙方的合意理解為病人已對於往後一切醫療行為都已經概括同意的解釋，至少對於具有侵害病人身體法益或具生命風險性之醫療行為，當然不能有此項認知。此外，如果從個別觀點來思考病人同意時，關於同意的內涵，應從何種法理念與立場來說明，以下本文將繼續說明之。

### 一、病人同意非民法意思表示

當要探討與說明醫療行為中所謂病人同意的意義前，應有必要先行釐清與同意內涵具有相似意義，但實際卻不能直接適用的法律概念，也就是民法的意思表示，如果本身作為建構病人同意內涵與作為判斷有無同意的標準依據，是否具有合理性的問題。

從歷史演進的脈絡來觀察，如果將病人同意定性為一種個別的，對於人類身體或生命法益侵害的容許性之問題，而作為這種同意的外觀，普遍會從刑法的觀點出發。但是，關於刑法同意的法律性質，於早期也是直接仰賴其他法理論的補充。例如，德國圍繞於刑法同意的法律性質的理解，基本上，是以民法為發點。大致上依序有四種不同的說法，分別為 1.法律

行為說；2.法律行為類似說；3.事實行為說；4.意思方向說，而目前通說是以事實行為說為主<sup>66</sup>。

所謂的法律行為說，是指該行為是一種會發生法律效果為前提的行為，關於法律行為本身也會衍生出民法上的代理制度以及如何判斷行為人有無能力履行法律行為的行為能力等規定。而將此種同意直接視為組成法律行為要素之意思表示的見解，直到了 20 世紀初期依然受到德國學說的提倡。在此想法下，同意是屬於一種自願接受權利或是容忍義務負擔的表示，而這樣的見解，也被直接沿用於刑法上同意的概念當中。

直到德國 1950 年代末期，對於此種將同意是為一種法律行為的意思表示，於判例中也成為了通說，並且認為如果本人無法同意時，可以直接適用民法有關於代理等之相關規定<sup>67</sup>。不過，顯然到了現代，基於病人自主權影響，醫療行為是否能代為同意，可能已經不能在直接透過代理的方式來處理，代理本身的合理性與目的，很難直接與涉及改變一身專屬性格的醫療行為相互連結。

其次，所謂的法律行為類似說，是一種傾向於同意或拒絕事實上結果的意思表示。概念因與法律行為類似，原則上可以類推適用有關於法律行為的適用規則。

德國聯邦法院曾經依據這項見解而作出如下說明：「對於身體完整性侵害的同意，依民法 183 條規定是指，並非屬於法律行為的問題，而是針對被害人所享有之一身專屬權利範圍內實施侵襲行為等之現實上的問題，從而，有關於德國法律行為以及依民法 107 條以下的代理規定，自然不得適用於醫師之於病人的侵襲同意。」德國聯邦法院的理念是，對於人類身體的各項決定，不能當作法律行為來理解，法律行為是一種針對社會經濟商品等交易等制定的運作規則，但醫療行為與其同意的本質，則是直接涉及到人類生存與身體完整性的取捨<sup>68</sup>。

在上述的思維脈絡下，事實行為說也逐漸受到了提倡，換言之，所謂的病人同意僅被視為一種權利放棄，不得直接適用有關於法律行為的相關規定。同意本身就是一種病人認同或允許事情朝向某種事實情況或結果發展的意思活動，這與法律行為本身希望發生某項社會交易的法律效果等毫

<sup>66</sup> 山中敬一，註 4 書，頁 108。

<sup>67</sup> 山中敬一，註 4 書，頁 108。

<sup>68</sup> 山中敬一，註 4 書，頁 108-109。

無關係。這樣的思考，除了讓病人同意的效果，屏除了法律行為說的箝制外，進一步也強調了病人同意本身的目標是在產生一種事實結果，也就是表明自己願意放棄刑法對於身體部分法益的保護來換取整體身體的康復<sup>69</sup>。

## 二、超脫於民法意思表示的框架

從上述可知，意思表示本身是在表達表意人的內心意願，因此同樣是在表達醫療意願的病人同意，兩者自然就很容易建立某種相通性與連結。不過，除了民法的意思表示外，病人同意也可以被理解為相同於刑法上被害人承諾的法理。無論是意思表示或被害人承諾，兩者是否有所關聯？主要是在探究病人同意的內涵，必須圍繞於何種法理與思考來進行理解。

例如，如同前述，在民法領域中，意思表示是構成法律行為的基本要素，而法律行為則是將社會複雜的經濟交易活動抽象化後，作為建構私法遊戲規則的重要媒介<sup>70</sup>。換言之，如果將病人同意視為一種意思表示，那進而衍生的問題就會變成，病人同意是否有效、如何判斷病人有無同意，病人同意能否受到契約法理之規訓等，都須依循相關法理與規則來判斷。因此，假定我們直接將刑法的被害人承諾與民法之意思表示視為同等概念，可能就會形成很大的疑慮。

首先，若將被害人承諾視為一種賦予行為人權利去侵害他人利益的法律行為，但法律行為屬於考量私法關係下所為的制度設計，無論是成立或生效要件，就須遵循民法法理與規則來判斷。例如，被害者承諾中，有無承諾的能力，就須藉由民法行為能力制度等相關之規定來判斷，同時，由於被害者本身的錯誤或基於行為人的脅迫或詐欺等所衍生的瑕疵承諾，該行為的有效性也須仰賴民法意思表示錯誤所建立規則處理。

其次，為了讓被害者承諾發生效力，該項承諾是否需要確實的表達於外部？換言之，即使將被害者的囑託或承諾，比擬於民事契約下邀約與承諾合致，方屬生效的契約一方的意思表示來掌握，甚至假設被害人承諾屬於一種單獨行為，但通說普遍認為如果僅僅只存乎於內心的意思表示是不足夠的，縱然可能容有默示同意的解釋空間，但衡量醫療行為本身對於法

<sup>69</sup> 山中敬一，註4書，頁109。

<sup>70</sup> 陳聰富，民法總則，元照，2016年2月，頁184以下。

益侵害的現實考量，多數的看法依然認為病人同意必須透過外部的表示這項要件是不可欠缺的<sup>71</sup>。

然而，如果將病人同意視為一種民法上的意思表示，倘若表明意思後，但為了取消該意思而解除法律行為的效力，基於交易安全的維護，除非表意人能夠滿足一定條件，否則不能撤回；相對於被害者承諾而言，由於沒有交易安全維護的必要性，被害人應當擁有無論何時都能任意撤回該項承諾的權利，且不需要任何特殊理由或限制<sup>72</sup>。

詳言之，刑法的承諾與民法的意思表示，在基本的性質上應當就有所差異，而從這些差異的比較，就能明顯的看出兩者係屬不同的概念。民法的意思表示是連結當事人將來形成某種法律效力的期待（如雙方締結買賣契約的意思表示），表意者會受到自己已經表示並傳達供他人知悉的意思所拘束。因此，為了要保障交易安全與對方的權益，意思表示若有瑕疵，民法不會直接給予表意人取消或撤回該項表示的機會，而是盡量地來限制，需在有條件的情況下方能為之。

相對於此，刑法的被害人承諾，並非在保障當事人對於將來一旦發生法律效果的期待利益，承諾本身僅不過是被害人向對方傳達不需刑法來維護該項法益的意思。因此，承諾者不會受到過去自己所做的承諾拘束，無論何時都能自由撤回該項表示<sup>73</sup>。換言之，如果根據民法意思表示理論的規則來建構刑法承諾的有效性，可能會因上述問題而產生不小的矛盾與衝突，因此被害人承諾應當要有獨立的基準存在較為妥當<sup>74</sup>。

總之，關於被害者承諾有效性討論的開展，應是被害者自行處分法益的容許性問題，是一種獨立於民法規範體系，而存在於刑法中之法理概念，並非是一種私法關係下的法律行為。在此理解下，無論是病人的同意能力或是有瑕疵承諾的有效性等判斷要件或基準，自然不能受到民法意思表示理論的拘束。

<sup>71</sup> 例如，去年我國通過的《病人自主權利法》，有關於預立醫療決定要求透過書面，或是醫療法 63 條規定，醫師實施手術前必須要求病人簽具手術同意書等，這些要求都是強調病人同意表示不容許默示，必須表現於外部方會成立。

<sup>72</sup> 塩谷毅，註 40 書，頁 60 以下。

<sup>73</sup> 佐藤陽子，被害者の承諾—各論的考察による再構成，成文堂，2011 年 3 月，頁 243 以下。

<sup>74</sup> 塩谷毅，註 40 書，頁 61 以下。

## 第二款 病人同意的具體內涵

早期於在日本昭和 40 以來，於民事判例中就已經開始談及並察覺到病人同意和醫師之告知義務，具有非常重要的意義，其中，在上述日本東京地方法院的昭和 46 年「乳腺癌手術案」之判決，則具有十足的代表性<sup>75</sup>。本判決的事實是，電影明星 A 原本同意醫師進行右乳房摘除手術，但手術過程中基於發現 A 左乳房未來將有癌細胞擴散的風險為理由，在未得 A 同意的情況下，連帶摘除了左乳房。本案法院認為，醫師實施手術前，原則應得到病人事先的理解與同意後方能實施，未得病人同意的手術，將被視為病人身體所實施的違法侵害。

本判決進一步說明，衡量醫療行為的輕重緩急，並非所有醫療行為都須慎重得到病人同意，但至少在如同截肢等對身體機能或外觀形成極大變化的手術實施之際，必須取得病人同意，除非個案中對病人形成急迫的生命危險，而沒有徵求同意等餘裕之特別情況，否則當醫師未經病人同意，就不能免除法律責任。此外，當尋求病人同意前，關於病症以及手術必要性等，醫師理所當然必須進行詳盡的說明。從本判決主張可知，病人同意是否有效，有無取得病人同意的前提，醫師的告知義務也會扮演十分重要的角色。

總歸，自日本早期民事判例觀察，醫療行為本身除了必須具有醫學的適應性與技術正當性外，原則尚須得到病人的同意。在未取得病人同意的前提下，所為之侵襲性的醫療行為顯然會被法院認定違法。此後，日本也逐漸將醫師告知說明義務視為一種病人自主決定權的實踐，同時成為醫療侵襲行為正當化不可欠缺的條件，並且持續的影響後續作出的判例與學說之討論當中，連帶於刑事法領域中的探討也受到了很大的影響<sup>76</sup>。

而這項影響，除了前文提到關於病人同意本身普遍已經揚棄透過民法學理或法規範等模式來進行價值的填充與建構，正因病人同意本身受到法學界關心與重視的，就是醫療行為可能對病人身體或社會道德價值觀等所帶來的負面效果，是以，以刑法觀點，所謂的病人同意就會在聚焦於病人對於法益保護放棄的容許性與可行性的探討上。因此，以下本文就先從兩

<sup>75</sup> 詳細的說明與評析可參照：宇都木伸、木原章子，註 58 文，頁 117 以下。

<sup>76</sup> 田坂晶，治療行為に対する患者の同意能力に関する一考察—アメリカ合衆国との比較法的考察—，同志社法学 60 卷 4 号，2008 年 9 月，頁 220 以下。

個角度來初步思考與說明病人同意的具體內涵，至於在特殊醫療中有關於病人同意的對應內容，則會再做更進一步的探討。

## 第一目 從病人自主決定權的觀點

自古以來，所謂的醫療就是一種醫師對於病人的施予。在診療過程中，病人屬於整體療程的客體。不過隨著時代的演進，個人主義逐漸落實到公民社會當中，各國的憲法往往都會以個人自主尊嚴的強調作為立憲基礎。當社會開始意識到自主權利深化作用帶來的好處後，就醫病關係中，有關於病人自己的生命、身體，也必須要交由病人自主決定的觀點也逐漸的開始普及。具體而言，病人是否接受治療，接受何種治療，都應當以保有主體性來自主決定<sup>77</sup>。自各國開始接受這種嶄新的醫療思維後，醫療中病人自主決定權的具體輪廓也逐漸成形。

從病人自主決定權的思潮也可直接連結到病人與醫師必須就醫療事項共同討論與決定的理想上。例如，在德國，病人自主決定權是作為一種有關於治療本身，納入病方來進行共同決策的概念來掌握，「個人化的醫療」或可說是「醫療的個人化」等概念成為了醫病關係中所被強調的事項。同時自 21 世紀初期開始，醫療的任務，已經從現代醫學純粹的科學實證觀轉移至個人病人價值觀時，個人化的醫療就成為一種追求具體病人最佳利益與福祉的嶄新結合目標<sup>78</sup>。

相對者，一旦出現未經病人同意而實施的醫療行為，此種專斷醫療行為，精確地說，就是徒具醫學適應性與技術正當性，但卻侵害了病人自主決定權。此種專斷行為除了被視為一種無法追求個人利益的醫療外，甚至可能會被追究法律責任。換言之，如果從身體侵襲性的治療行為的正當化事由來思考病人同意的意義時，病人有無自主性此等自主決定權的實踐，就會成為判斷的重要基準，而根據這樣的思維脈絡，對於保障實現個人化的醫療處置，結合醫療進步的醫療多樣性，將病人的自主決定權做為論述基礎來闡明病人同意的具體內涵，以及如何融合於醫療刑法中，就成為極

<sup>77</sup> 重視病人的醫療選擇權，參照：王皇玉，註 9 書，頁 173 以下。

<sup>78</sup> 也可以說是一種強調病人應當要參加醫療活動的思考。參照：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 61 卷 5 期，2012 年 1 月，頁 9 以下。

為重要的課題<sup>79</sup>。

總之，在現代醫學中，醫療中的病人同意可被視為實現個人化醫療的基本條件。當刑法談論到醫療行為正當化的問題之際，對於病人而言，除了是在判斷有無保障病人容有醫療共同決定權的空間外，醫療過程中對於可能形成的傷害結果，是否能夠賦予其正當性，以下將進一步從刑法被害人承諾的觀點來說明之。

## 第二目 從刑法被害人承諾的觀點

初步以觀，通說普遍認為，個人法益原則承認法益持有人可以自主處分。從而，關於刑法身體法益保護的態度上，法益持有者（個人）是基於個人意志放棄刑法對於該法益之保障，由於法益持有人願意容忍此項侵襲之結果，刑法基於個人自由之保護，就沒有必要再為處罰實施侵襲之人。但是，這種法益放棄的意思表示，必須是以個人自主的意思為基礎，也可以說是一種在自主決定權限範圍內所得享有的自由意志。換言之，個人自己決定權的行使，從刑法被害人承諾概念操作下，可能會相應於不同的社會或文化運作基盤和現狀，推導出不同的原則與界限<sup>80</sup>。

詳言之，個人放棄刑法對法益的保護，從第三人的立場觀之，可能看似為一種不利於己的決定。因此，對於此項不利益，當事人就有必要能夠充分的認識，亦即有能力「**正確做出最有利與己之決定**<sup>81</sup>」，在此情況下才有資格放棄刑法的保護。據此，自我決定的內容，縱使客觀上看似毫無利益可言，但只要個人主觀上認為對己有利，原則就是個人自由<sup>82</sup>。

如果這項決定是出於無知、對於事物理解錯誤、或是在備感壓力的情

<sup>79</sup> 小林公夫，註 2 書，頁 37 以下；金沢文雄，*医療と刑法——專斷的治療行為をめぐって*，收於：中山研一編《現代刑法講座(2)違法と責任》，成文堂，1979 年 3 月，136 頁以下；松宮孝明，*ハイブリッド刑法総論*，法律文化社，2015 年 5 月，頁 189 以下。

<sup>80</sup> 此處雖然沒有很清楚的脈絡可以得知究竟是自主決定權的概念建構起刑法被害人承諾的法理基礎，或是兩者是在某些領域中，基於立法政策考量與論理釋義等必要而有所交集。根據本文之觀察，醫療侵害行為必須尊重病人自主的觀點，是普遍於近代實務與學者的討論，而被害人承諾則是在早期刑法學理中就逐漸形成的超法規阻卻違法事由，因此，兩者的關係應當是傾向於後者，尤其是在醫療法學領域當中，近年來由於病人自主決定權的法理受到了十分的重視，兩者呈現一種互相影響與補充的關係。

<sup>81</sup> 田坂晶，註 76 文，頁 218 以下。

<sup>82</sup> 陳志龍，*法益與刑事立法*，自版，1992 年，頁 160 以下；林書楷，*刑法總則*，五南，2010 年 3 月，頁 167 以下。

況下等，可能會在一定範圍內被認定該決定無效，在此情況下，刑法依然有保護被害人法益的必要性，也可以說是一種「間接式的家長式主義<sup>83</sup>」。例如，親子相互間的器官移植，如果小孩對於父母捐贈器官表達捐贈器官的意願，這可以被視為是一種自然親情發展下的當然之理，相反的，也有可能被認定是，在親情、社會輿論（子女應盡孝道）的壓力下，子女不得已所做的同意，或是，如果不同意可能導致社會道德非難，而經過仔細斟酌與思考後所為之同意，針對上述三種情況，國家就有必要以立法的方式，基於確保子女身體健康與意思決定自由的保護，跨越文化習俗等來劃定子女捐贈器官的客觀界限。

此外，被害人承諾也可能會起因於不法構成要件行為的特性，在解釋上直接得出欠缺法益侵害，而阻卻不構成要件該當性的結論<sup>84</sup>。例如，在侵入住宅罪中，如有取得居住權人同意，構成要件解釋上就不能被認為會該當「侵入」此要件。大致看來，似乎簡單明瞭，並不會對同意的本質造成衝擊。也就是說，當行為人事先知情被害者有同意，且行為人在知悉同意存在的同時，進入其住居所的通常情況。

相對的，假如行為人先前並不知悉被害者同意，行為人基於侵入的認識而進入他人住居所，縱然碰巧被害人事先已知悉，且實際上並不反對，但該行為並非能夠排除其構成要件之該當性。典型的事例中，諸如不知道店員已同意的行為人，從商店中順手牽羊商品的行為不能夠自始排除竊取的事實。從而，關於行為態樣，所謂藉由同意來否定侵入或竊取的事實，原則上是指「行為人事先知悉被害人同意的情況」，並非能夠說明包括被害者同意的全部情況<sup>85</sup>。

### 第三款 欠缺病人同意的法律效果

一般醫療如果涉及到病人生命或身體的侵犯，後續可能就會衍生出刑事責任的問題。主要的問題有二，其一，醫師雖然取得病人同意，但因醫療疏失導致了非預期的傷害或死亡結果，這部分是屬於刑事醫療過失責任

<sup>83</sup> 所謂の間接父權主義，相對於直接父權主義。後者例如，為了保護本人利益而處罰自殺，直接對行為人為原因進行處罰；前者則指，勸誘他人自殺的行為，處罰關乎於想欲放棄自己法益者的行為，是對自殺者之保護。

<sup>84</sup> 佐藤陽子，註 73 書，頁 23 以下。

<sup>85</sup> 佐藤陽子，註 73 書，頁 23 以下。

的評價問題。而如何限縮醫療過失責任的範圍，這是一種刑事政策的考量，因為醫師並未嚴重偏離職務規範的指引導致不幸結果，主觀上並未有與法秩序敵對的意念，換言之，這項疏失是否會進一步構成過失，實際上也跟病人有無同意沒有關係。相對者，其二為，當醫師未經病人同意而實施醫療行為，最後也成功治癒病人，但過程中可能伴隨著病人身體法益的暫時性或永久侵害，如開刀劃破皮膚、手術截肢失去一肢、手術留下傷疤、身體機能不如以往等後遺症等，是否能阻卻違法？

近年來，在病人自主決定權逐漸受到重視的背景下，治療的結果最終是否有利？逐漸從「客觀」走向「主觀」。換言之，傳統醫療只要符合醫學適應性與技術正當性，就保證是一種符合客觀利益的醫療行為，但如同上述所謂的截肢手術，雖然結果上能夠保全病人生命，應當是一種追求客觀利益的當然選擇，惟假若病人寧願犧牲性命，也不願失去一肢，基於現代醫事法之主流看法，某程度下就應當尊重病人的這項意願，協助病人追求主觀之利益。

因此，這項主觀利益的追求，也體現於刑法被害人承諾的操作上，也就是說，原則上採取醫療行為傷害說，凡是涉及到身體法益侵害的醫療行為，縱然符合醫學適應性與技術正當性，但依然極有可能因為欠缺病人同意（承諾），而成立傷害罪<sup>86</sup>。

是故，醫療行為是否得到病人同意，某些學說上甚至已經提出此應納入醫療常規的一環<sup>87</sup>，但實際上，本文認為基於自主決定權的保障，應當獨立於醫療常規的概念，獨自建構為獨立的侵入性醫療之合法化要件。只是該要件在某些醫療情境中是否應當受到緩和，或是自始就不需要此項要件的制約，這將會在本文於特殊醫療的部分做進一步探討。以下先就日本相關判例，說明對於欠缺病人同意的醫療行為其所應當負擔的法律責任<sup>88</sup>。

<sup>86</sup> Albin Eser 著，上田健二、淺田和茂翻譯，*医事刑法から統合的医事法へ*，成文堂，2011年3月，頁18-18。

<sup>87</sup> 本文認為這也不能一概而論。例如，從告知同意法則的操作可知，醫師的告知義務如果涉及到的是病人人身安全與整體醫療行為是否成功的環節時，醫師假若不告知，除了對於侵入性治療的部分成立傷害罪，對於過失所造成的不良結果，依然會被追究過失責任。相對的，是否告知或取得病人同意並不會影響到療程的實施，則未告知可能純粹就是探討傷害罪的問題。例如，某些藥物可能有導致過敏死亡的風險時，醫師就應告知病人並取得病人同意。

<sup>88</sup> 如同我國，雖然自日本，對於醫師未取得病人同意或同意本身容有瑕疵導致醫療行為有違法之疑慮之案例，較為普遍的情況都是出現在民事醫療糾紛之案例當中。故以下所舉出的部分判決是整理自民事法院之判決。但衡酌對於事物本質的探討，皆是立基於欠缺病人同意的基礎之上，故仍有值得觀察與探討之處。參照：錢偉榮，註43文，頁45以下。

首先，**A.違反病人意思的醫療行為**，原則上應具有違法性。不過，如果對於自殺未遂者進行治療，雖然醫師當下違反病人的意願，但日本實務上也曾有認定能夠依據業務上之正當行為來阻卻違法<sup>89</sup>。不過，日本早期實務曾有著名的舌癌手術事件<sup>90</sup>，事件背景是病人因罹患舌癌，醫師判斷只能將舌摘除方能康復，而在未明確告知是罹患舌癌的情況下，建議病人將舌頭摘除，於是病人拒絕本件手術。最終，醫師以病因為舌頭潰瘍等理由對病人說明，並得其同意後，將其舌頭約三分之一部分切除。本判決認為，醫師未得病人同意所實施的切除手術已經違法，故醫師的不法行為必須就損害賠償（慰撫金）。雖然，根據病人拒絕舌頭切除手術的意思觀之，或許從維持與增進生命、身體健康的醫療立場來看是不合理的，但本案病人已經拒絕了該項手術，就不容許強調上述的醫療立場。

其次是，所謂**B.儘管病人能夠同意，但卻沒有得到病人同意醫療行為**。日本實務上也認為原則是違法的醫療行為。例如，實務上曾有認為既然本人具有同意能力，因同意權人原應以本人為主，醫師沒有必要得到其他家屬的同意<sup>91</sup>。換言之，日本實務一直以來都共識是，病人家屬不能替代病人本人來對侵入性的醫療行為進行同意。不過，實務上也曾認為，即使是有同意能力的病人，如果告知病人本身被認為並非適當時，例如，告知病情可能引發病情惡化的影響，或是遭致醫療上的不利結果時，也有認為醫師可以取得家屬之同意就能阻卻違法的案例<sup>92</sup>。

再者是**C.超出病人同意範圍的醫療行為**。日本實務原則也是採取違法的立場。例如，對於手術前全身麻醉的病人，除非於手術中有緊急狀況需要，或是依當時的情況沒有徵求病人本人同意可能性的情況，或是向病人本人說明後，徵求病人同意除是不洽當的情況或其他特殊場合外，否則如果當下手術預期將會超出原本告知的範圍時，重新獲得病人同意是必要的。

例如，曾有子宮全摘術事件中<sup>93</sup>，被診斷為卵巢囊腫的病人，本來只有同意醫師摘除左右卵巢，但於開腹手術進行的階段，除了左卵巢有囊腫外，也連帶發現子宮有腫瘤。在病人全身麻醉的情況下，醫師在得到其妹妹同意後，實施子宮全部摘除手術。該判決認為，醫師的醫療行為是在未得病人同意的情況下為之，應為違法醫療行為。畢竟全部子宮的摘除，從本案

<sup>89</sup> 加藤雅信，新民法大系 V 事務管理・不当利得・不法行為，有斐閣，2005 年，307 頁以下。

<sup>90</sup> 舌癌手術事件，參照：秋田地大曲支判昭 48・3・27，判時 718 号，頁 98 以下。

<sup>91</sup> 名古屋地判昭 56・3・6，判時 1013 号，81 頁。

<sup>92</sup> 東京地判平元・4・18，判時 1347 号，62 頁。

<sup>93</sup> 広島地判平元・5・29，判時 1343 号 89 頁。

的醫療契約觀之，終究不是理所當然能被預測，且風險輕微的侵襲治療行為。並且，摘除子宮腫瘤，並非緊急必要手術，醫師可在暫時性縫合腹腔後設法告知病人取得同意後自在為實施。

此外，**D.基於無效同意所實施的醫療行為**。從告知同意法理可知，未履行說明義務的前提下，得到的病人同意原則是無效的。例如，關於手術有複數方案存在的情況下，醫師未充分說明提供病人選擇，即使事後是取得病人同意，該同意也會被視為無效。在民法上被認為是基於無效同意所實施的醫療行為，以說明義務的違反或是病人自主決定權的侵害，衍生出債務不履行責任乃至於不法行為責任。自然在刑事責任上，也有可能因為病人（被害人）欠缺承諾能力而無法阻卻侵入性醫療行為導致傷害結果的違法性。

另外，於經膾分娩事件中<sup>94</sup>，孕婦因胎位不正，強烈希望生產時能採取帝王切開術（剖腹產），主治醫師得知後仍以產婦有自然生產的可能，並告知如果生產中有發生問題，隨時都能夠改為剖腹產。但最終產婦仍於自然生產階段，因難產而造成胎兒重度假死狀態，並於四小時後死亡。本案法院認為，醫師對病人的自主決定權已有侵害，但也認為臨床上醫師並非完全須受病人選擇拘束，同時，不能違反病人意思也不是等同於法律賦予醫師能在病人不理性的期望下，實施有違自身專業認知，欠缺醫學適應性的醫療義務。

無效同意的另一種類型是，**E.病人欠缺同意能力狀態時所實施的醫療行為**。關於此種情況，原則上必須得到具有同意權人同意。如未得同意，則是違法的專斷醫療行為。曾有判決指出，當病人欠缺同意能力，也無其他法律上允許的代理人存在，或雖有本人以外的同意權人，但當迫近於病人生命危險，沒有等待同意時間等特殊情況時，醫師專斷的治療行為，可以根據正當業務行為或是推定病人同意來阻卻違法<sup>95</sup>。

最後的一種情況是指 **F.病人暫時性欠缺同意能力狀態下的醫療行為**。例如，因交通事故形成意識不明的情況時而陷入暫時性無法同意的狀態。對於此項治療行為，實務上曾有根據業務上正當行為來阻卻違法的主張。縱然是涉及到重大的侵襲性醫療行為，且瀕臨病人生命危險的狀態下，也要在無法徵得從病人以外同意權人同意的時間此特殊狀況時，醫師方能實

<sup>94</sup> 最判平 17・9・18，判時 1912 号，16 頁。

<sup>95</sup> 前田雅英，刑法總論講義，東京大學出版會，2006 年，310 頁。

施專斷醫療行為，否則仍應徵求病人以外同意權人的同意。曾有頭部受到重擊後意識不明的病人，有引發腦瘀血或腫傷的可能性，且有必要接受腦波和腦血管攝影等檢查。但由於病人對於腦血管攝影判斷能力不足，在得到病人女兒同意後，對於病人實施該項檢查，造成腦部左片麻痺等後遺症的案例<sup>96</sup>。

關於本案，法院認為，病人對於該項檢查必要性是判斷與決定能力不足的，對於醫療檢查若有可能造成病人不安和精神上緊張等合併症狀，或其他惡劣影響等的可能性時，醫師必須對於成年人且具備通常的判斷能力，並與病人間有很深的羈絆或親密關係等之人士進行說明。此外，如果無法得到第三人的同意，依然要以業務正當行為與病人推定同意作為共同的阻卻違法依據。所謂的推定同意是指，進行與法益主體意思高度合致可能性的判斷，盡可能實施與病人意思相近的醫療行為。

## 第二項 特殊醫療與病人自主

如同上述，病人自主本身於醫療活動中所涉及到最重要的問題就是對於侵入性、干預病人身體甚至具有危及生命風險等之醫療行為，病人同意本身在當中的份量與定位為何？從刑法之法理念觀之，這涉及的是被害人本身對於傷害行為所侵害的身體利益，是否容許其透過承諾而放棄，進而免除刑法過問責任的義務；從病人自主決定權的立場思考，如果本身就是一項重要權能，無論是醫療臨床或是司法實務，都要有一項重要的共識：「侵入性醫療行為，原則必須取得有同意能力之病人的同意方能為之。」

換言之，醫療行為的正當化事由，除了具備醫學的適應性與技術之正當性外，更重要的是必須得病人的同意。其實，自西方工業革命與個人主義思潮的帶動下，自主決定權深化於各項社會活動領域中，並非新鮮之事，但唯獨在醫療活動當中，是否能用齊頭劃一的模式，要求醫師完全尊重病人的自主決定權，或是某項醫療行為是否完全能夠仰賴病人的意願而實施？其實並非簡單的問題。

是故，雖然取得病人同意是原則，但臨床實務上所面臨的應是在何種例外的情況下，病人自主權利必須有所退讓，刑法被害人承諾所允許法益

<sup>96</sup> 東京地判平元・4・18，判時 1347 号，62 頁

持有人處分放棄法益的情況，何種情況必須要受到禁止與限制，這些問題本文認為無法使用單純區分原則與例外法規設計來處理，而應有必要藉由醫療行為類型化，來審慎探討各類型中，醫療行為的合法化事由。針對本文所欲探討的醫療類型，將統稱為特殊醫療，並於以下依序說明特殊醫療與病人自主的關係，並初步闡述值得探討與研究的之處。

## 第一款 人體器官捐贈與病人自主

一般的醫療都是以除去疾病，改善健康，透過醫療對人體內部或外部作用，緩和病人痛苦或挽救病人生命的處置。對於這些醫療處置中，有所謂具有侵入性質的醫療行為，過程中可能涉及到傷害病人身體，甚至可能引發危及生命的具體風險，醫師因而可能構成相關的刑事責任。是故，對於這類醫療行為，必須具備醫學的適應性、技術正當性以及經醫師說明後取得病人同意等正當化事由，方能阻卻刑事不法。但現實而言，並非以上三項要件並非絕對，例如雖然欠缺病人同意，但如果有其餘同意權人代為同意（並非病人自主決定權的同意），也有阻卻違法的可能。

不過，有疑慮的地方在於，一般而言，具備醫學適應性與技術正當性，但卻欠缺病人同意的侵襲手術，通常稱為專斷醫療行為，原則上會成立犯罪。相對的，如果是在具有病人同意，但卻欠缺醫學適應性的情況，醫師的侵入性醫療處置難道就會毫無疑問的構成刑法上的傷害罪嗎？

如同上述，如果傷害沒有造成重大無法逆轉的身體變更，在病人同意的範圍內，縱然沒有醫學適應性之侵襲性醫療處置，仍可能依據刑法被害人承諾的法理，視為被害人放棄法益的保護，自然就能得出阻卻傷害罪之違法性，或是自始不成立傷害罪之構成要件的結論。不過，如果醫療行為本身的侵襲結果將會導致病人重大不可逆轉的外型變更，此時如果沒有醫學適應性的支持，該同意可能就會被視為一種無效的同意（同意的客觀限制）。

現實社會中，這類不具有醫學適應性特徵的醫療行為，一直都存在於臨床醫療領域中。例如，前述的純粹美容整形手術、捐血或沒有非治療必要性的人工生殖等等，這些都非典型拯救自己生命或回復健康等具備醫學適應性容的醫療處置。在這情況下，如果解釋上認為欠缺醫學適應性就無法阻卻醫療伴隨傷害結果的刑事責任，或者同意無效，又該如何從中思索

出合宜的詮釋來允許這類療程或處置的正當性？

人體器官移植中，所謂的器官捐贈手術是從活體或死體的身體中取出可供使用的器官組織。對於捐贈者而言，手術並非對己有利，而是要去造福他人，此種類似捐血的醫療援助行為，雖然已是非常普遍的常規性手術，但仔細觀之，器官摘除手術正是欠缺醫學適應性的侵入性醫療行為。

長期以來並未見到學說上深入的討論，諸如，在器官捐贈手術的容許性上，是否能找出與醫學適應性相當程度的利益來進行阻卻違法可能性的權衡，或者是否應當嘗試從捐贈者（廣義的病人）自主決定（主觀利益）與其內部之身體完整性等此項利益來相互衡量？此時，病人的自主決定的保障，也就是所謂病人同意於器官捐贈手術中的定位為何？其與刑法被害人承諾間又會形成何種關係，這都值得我們進一步來研究探討。

## 第二款 臨床試驗醫療與病人自主

一般的醫療行為，只有為了維持病人生命或回復病人身體健康（醫學的適應性），依循醫學上一般承認的醫療準則（技術正當性），同時得到病人的承諾後，就得被賦予正當化的效果。但是，將醫療院所或研究機構，以人為試驗對象的臨床試驗（也可稱為人體試驗），與一般的醫療行為就有顯然的不同。臨床試驗的目的是為了觀察新式的治療方式、開發之藥品、與醫療器材等實際應用於人體的狀況，由於新的治療方式運用在人體的情形並非清楚，因此廣泛運用之前，必須收集相關資訊，特別是有效性與安全性，如此才能理解該治療是否適合病人<sup>97</sup>。

而將醫學適應性未明時，也無法滿足醫術正當性的治療方式，於健康的人體身上進行嘗試，是否能夠阻卻違法，僅能根據被害人承諾的法理，於有條件的狹隘範圍內被承認具有適法性。但是，如果試驗的內容對於被試驗者的生命招致了具體的危險，或是顯著改變了其人格或特質或身體外觀等情況，將有可能直接牴觸了刑法賦予被試驗者法益處分權的界限，進而解釋為試驗者接受實驗的同意是無效的。

<sup>97</sup> 參照：成大醫院臨床試驗中心，[http://ctc.hosp.ncku.edu.tw/volunteer\\_health](http://ctc.hosp.ncku.edu.tw/volunteer_health)（最後瀏覽日期：2019年3月4日）

不過，也有可能的情況是，在現有治療都已無效的情況下，如有試驗中的新藥，縱然同樣具有風險，但應當可以基於病人同意而投入實驗用藥。因此，縱然欠缺醫學的適應與技術之正當性，但基於實驗目的之價值、侵襲程度與所伴隨的風險等利害關係間進行權衡，在此基礎上，於社會相當的範圍內也會被認定具有正當性<sup>98</sup>。

此外，依據紐倫堡協議的宣示，人體試驗本身必須取得受驗者的真摯同意，必須完全尊重病人的自由意志，正是認為普遍缺乏醫學適應性與技術正當性的醫療試驗，病人自主決定權就會優先於試驗目的下所帶了的各種利益。同時說明與同意的要件，在立場上或解釋也必須更加審慎嚴謹。

### 第三款 小兒重症醫療與病人自主

從早期醫療行為採取的是理性醫師高權說與業務權說，而在此種家父主義的醫病關係互動文化中，客觀治療效益支配著醫師行醫的準則與慣行。但隨著病人自主權利的鼓吹，病人主觀的價值也逐漸受到了重視，醫療利益不再客觀純粹，醫病間的關係也開始衍生出法律上的爭端與衝突。這些衝突中，應當在刑法重視法益保護的立場下，適度的調和醫師執行業務所追求的客觀利益與病人所期盼的主觀利益。

此外，相較於不傷害原則，病人自主決定權應當要優先受到尊重。站在尊重病人的立場下，醫師的理性高權以及醫師的治療特權應當受到嚴格的限縮。縱然，從醫師的立場，或從一般醫學客觀的角度觀之，「病人的拒絕」是違反理性且不合理的，但如果沒有病人同意，醫師依然不能自作主張。

德國實務上曾有認為，醫師縱然是經由醫學上的正確評估，而片面在未經病人允許的前提下，對具有同意能力的病人實施招致重大傷害結果的醫療手術，這是一種對於人類人格自由與尊嚴等具有違法性的侵犯。因為，取得病人同意是一種對於人類尊嚴的尊重。換言之，病人的自主決定權是在病人具有同意能力與具有表達能力的前提下，將會優於同屬醫學倫理的不傷害原則。

<sup>98</sup> Albin Eser 著，上田健二、淺田和茂翻譯，註 86 書，頁 14 以下

但是，容有疑問的是，甫出生的新生兒，如果罹患重症，由於新生兒自始欠缺同意能力，假若父母可能因為經濟因素或各方壓力而代為拒絕醫師的醫療行為，或是因為不願負擔過多醫療費用而選擇效果較差的醫療方案，此時這項決定本身如果侵害到新生兒的身體健康，甚至喪命時，應當是由父母或醫師來負擔後續的刑事責任？換言之，自始欠缺自主能力的重症新生兒，應當有誰來扮演醫療上的決策者？有必要進一步來深入探討。

#### 第四款 尊嚴醫療行為與病人自主

在特殊的醫療情境中，往往容易形成病人自主決定和醫學適應間的對立關係，也就是在醫療倫理的原則中，陷入病人自主性尊重原則和醫師不傷害原則相互矛盾的情況，此時就會發生如何考量其優先順序的問題。原則上，刑法基於法益之保護，可以與不傷害原則視為一體兩面，這也是一種醫療倫理價值重疊的價值秩序。

從而，不傷害原則也是侵入性醫療行為的指導原則。從著名的《希波克拉底誓詞》<sup>99</sup>，是西方自古流長的倫理守則，其精神要求醫師須以良心與善意從事醫療事業，病人的健康與生命更是醫師的首要顧念。要求醫師必須基於最善的知識和能力，為了病人的治療，必須運用該等技術，並且絕對不能基於病人的死亡或損傷之所用。

從本理念可知，醫師基於專業裁量衍生的「行善原則（principle of beneficence）」是治療病患的首要指標，其所彰顯的價值就是醫師必須負責形塑病人的醫療利益。換言之，從醫學專業的觀點，醫療行為的正當性正是來自於拯救病人生命，恢復健康，為病人謀求最大的利益。相對於此，從醫師的立場而言，病人應當不會做出違反傷害自己健康或生命的決定。

不過，在末期病人的治療情境中，有所謂的緩和醫療屬於一種非積極救治病情回復病人健康的消極緩和病痛的醫療行為，或是在情況危急時，不積極的接入治療來挽回病人生命。這些無論是作為或不作為的處置，首

<sup>99</sup> 希波克拉底誓詞，俗稱醫師誓詞，是西方醫生傳統上行醫前的誓言，希波克拉底乃古希臘醫者，被譽為西方「醫學之父」，在希波克拉底所立的這份誓詞中，列出了一些特定的倫理上的規範。不過希波克拉底本人可能並不是這份誓詞的原作者。參照：蓮沼正明，医療における社会性—その実態と法理論の世界，收於《医事法學叢書第1卷—醫師·患者的關係》，日本医事法學會，1986年7月，頁155以下。

先要面對的質疑就是可能違反了醫師必須遵守的不傷害原則的倫理要求。

然而，隨著社會價值觀念的轉變，當病情邁入末期間段時，我國現有法律已經充分的允許醫師在病人同意的前提下，對其施以緩和醫療，解釋上可說是一種病人自主優先於不傷害原則的基本態度。不過，如從刑法觀點來談，此處涉及的是醫師的醫療處置直接導致了病人提前死亡的結果，可能會有成立殺人罪的問題（日本俗稱尊嚴死）。這時候，病人有無同意，屬於一種處分生命法益的特殊承諾，也會成為醫師阻卻罪責的關鍵要素。至於，我國是否有將上述思維落實於實定法中，應有必要進一步來檢驗探討。

## 第四節 小結

綜上所述，本文所欲探討的特殊醫療，並非純粹觀察醫療行為本身的特殊性。而是納入病人自主決定權來一併思考。原則來說，一般醫療與病人自主權利的保障間的原則與例外關係，無論實務與學理都有穩固的見解。但是，在某些特殊的醫療情境中，可能必須特別考量病人的身分資格、生理狀態或醫療技術本身等之特殊性，關於病人自主權利的保障，可能需要進一步的探討與思索。

病人自主決定權於臨床醫療的實踐，必須借用告知同意法則、醫師的說明與病人同意等這規範用語來進行具體的立法論述。本文特別從病人同意的觀點為做為通篇論文的論述開展與主軸，主要原因是，醫療行為是否必須取得病人同意，何種情況例外可由第三人來同意等，思索這些標準與制度等目的，都是為了維護病人自主決定權為目的。因此，如何從刑法評價的觀點，檢視上述於醫事法領域中的特殊醫療情況，進一步解決相對應而可能衍生的刑法爭議，且同時提出相關具體建議，以下將分別於各章進行深入的探討與說明。

## 第三章 人體器官捐贈的病人自主

### 第一節 引言

醫療科技精進與先端醫療處置的推陳出新，對人類生命與身體健康保障有著不可忽略的貢獻。尤其，進入 20 世紀的醫療中，人體器官移植手術與抗生素的發明等，被認為是醫學史上的兩大重要貢獻。移植手術發展以來，已經帶給許多有病人與其家屬珍貴的希望。同時，隨著器官和細胞保存技術與移植免疫基礎醫學的發展，移植手術都已被視為普遍具有效果的常規性的醫療手術。

尤其，器官移植手術中，關於器官的植入手術，雖然過程中伴隨著病人生命與身體等利益之不小傷害，但最終手術成功換取的是病人生命與身體健康的保全。就此面相而言，已被公認是具有醫學適應性與技術正當性的常規治療手段。

不同於器官的植入，摘取器官捐贈者身上的器官，卻對捐贈者本身未有帶來任何效益，就此點而言，顯然難透過一般常規性醫療的處理模式，直接賦予其正當化的效果。人體器官捐贈除了涉及到捐贈者對於本身的健康或死後屍體殘餘信仰與人格價值，或是家屬情感與社會觀感等利益外，從價值詮釋的觀點，人體器官捐贈是一種純粹協助他人回復健康而非自己的醫療行為，捐贈者本身也非傳統醫療詮釋下的「病人」。

本章特別以人體器官捐贈手術視為一種特殊醫療情境，主要的原因就在於，有關於捐贈者的自主決定，對於其內涵與概念的理解，必然會與傳統一般醫療的病人自主決定權不同，有必要藉由刑法評價基準與方法論等來進行探討。從現行各國的人體器官移植法令觀察，為了解決器官不足的問題，積極的器官勸募也逐漸成為重要的法令內容。而當保障人民權益以及擴大器官捐贈日間陷入難以抉擇的窘境時，可能就會引發刑事犯罪的問題。例如，早期日本在器官移植法令尚未鬆綁前，就曾發生醫師從未經腦

死判定的病人身體摘取心臟<sup>1</sup>。

綜上，人體器官捐贈手術的刑事正當化事由究竟為何？現行法令中，是否能從刑法獲得之正當化基礎來建構合法性與行政風險控管的準則與依據。背後的思考都是緣起於平衡與避免立法政策上過度偏向器官勸募，反倒犧牲了捐贈者的權益。

以下，本文將從人體器官捐贈的意義與類型為開展，分別介紹目前兩大捐贈類型與現實面臨的來源不足的困境，最後就刑法評價的觀點，探討捐贈者自主決定的意義與保障的問題。

## 第二節 人體器官捐贈的意義與類型

現代醫學領域中，人體器官移植是經由不斷試驗嘗試演進而來。簡言之，所謂的「移植」就是專指「器官移植」<sup>2</sup>。是將透過醫療手術的方式摘取某人身上的器官後，另外植入他人體內的醫療手術。而當今移植醫學的研究與運用中，除了器官移植外，廣義的也包含了人體細胞、組織移植等等在內。

自 1987 年，我國針對人體器官移植醫療手術制定了《人體器官移植條例》。而為配合移植條例的實施，主管機關衛生福利部同時依照本條例第 24 條公告了「人體器官移植條例實行細則」與「腦死判定準則」等作為本法的配套措施<sup>3</sup>。

廣義的器官移植，如從器官移植的供體來源的不同，可分為自身體器官摘取後植入自己身體內的同一人體間之「自體移植」，或植入同種類而不同個體的「同種異體移植」，或是不同種的個體相同部位或不同部位的「異體移植」。此外，也有利用科技仿造人體器官功能所製作的人工器官，移植

<sup>1</sup> 這也讓我們深刻省思，當醫師在積極拯救生命的同時，竟然會有觸犯刑法殺人罪的風險，這樣的情景看似荒謬，但實際上卻仍是目前學理實務關注討論的重要議題。例如，昭和 48 年 8 月，札幌醫大附屬病院有醫師從腦死年輕人身上摘取心臟並且進行移植手術，當時在國內引發很大爭議，爭議點正是關於腦死者，這事件也讓國內人民普遍的對腦死心臟移植形成不信任觀感（和田心臟移植事件）。大谷實，新しいのちの法律学—生命の誕生から死まで，悠悠社，2011 年 12 月，頁 198。

<sup>2</sup> 劉長秋，器官移植法研究，法律出版社，2005 年 12 月，頁 181 以下。

<sup>3</sup> 邱慧洳，人體器官移植之法律現況，護理雜誌 61 卷 4 期，2014 年 8 月，頁 5 以下。

至受體的「人工器官移植」<sup>4</sup>。在廣義的移植形態中，針對人體器官進行移植，已是目前移植醫學普遍純熟與形成高度應用的移植模式，同時在各國也陸續的有相應的專法與管制規範予以應對<sup>5</sup>。

人體器官移植目前已是常規性的移植手術<sup>6</sup>，諸如，對於末期肺部疾病但無法治癒者，就考慮以肺移植手術來改善身體狀況；面對心臟衰竭的病人，心臟移植則是唯一的治療手段；當腎臟因各種疾病造成損害，導致腎臟不能發揮正常生理功能時，挽救病人生命的方法除了透析外就屬腎臟移植。

總之，相較於自體移植或人工器官移植，人類的異體器官移植的手術，由於涉及的是捐贈者（第三人）的自主決定權與身體法益等侵害，同時也非常容易發生社會道德觀等價值秩序的爭議與衝突，甚至形成買賣或強摘器官等不法行為，衍生犯罪與刑事責任追究等的問題。是以，由於人體器官移植所涉及的最大爭議與道德難題就在於器官捐贈手術的部分，也是本文所欲探討的主要問題。

## 第一項 活體器官捐贈

活體器官捐贈，是指因病人的身體器官或組織因疾病侵害，造成功能無法正常運作時，藉由器官移植技術，將擁有健康身體的第三人（捐贈者）的器官取出，移植於病人體內，藉以挽回其生命<sup>7</sup>。諸如，捐贈者本有兩個腎臟或肝臟，前者摘除其一，或是於後者上摘除部分，而在整體上不影響捐贈的生命或生活等情況。然而，正因為活體器官移植的底線是，不能危及捐贈者本身生命或是對其身體健康導致極為重大的不便或影響。因此，一般人民往往都會考量到活體移植本身會為健全捐贈者的健康帶來必然損害，現實面上，除非是親屬間擁有特殊的情感聯繫，否則很尋找到自願

<sup>4</sup> 劉長秋，前揭書，頁 3-4。

<sup>5</sup> 劉長秋，刑法視野下的器官移植，現代法學第 30 卷 6 期，2008 年 11 月，頁 181 以下；湯惠斐，探討 PRA 預測國人移植後排斥反應、移植器官存活率的相關性，台北醫學大學醫學檢驗生物技術暨研究所碩士論文，2006 年，頁 7 以下。

<sup>6</sup> 參照：拙文，人體器官移植行為及其刑法評價，東海大學法律研究所碩士論文，2012 年，頁 16 以下。

<sup>7</sup> 曾淑瑜，論人體利用—器官移植與法律之衝突與調和，律師雜誌，308 期，2005 年 5 月，18 頁。

捐獻者。因此，這類器官移植的來源目前依然是十分短缺<sup>8</sup>。

例如，小腸移植手術於移植後 1 年存活率達 9 成、5 年存活率也可達 6 成，可見該項手術確實可以挽救末期小腸衰竭病人的生命<sup>9</sup>。不過，正因小腸本身，若從活體身上摘除，勢必會帶給捐贈者於生活中很多不便，也會形成嚴重的後遺症。因此，目前摘取小腸的來源依然是以腦死病人的捐贈為主。從此也可看出活體器官捐贈的來源確實面臨嚴峻的考驗。

## 第二項 屍體器官捐贈

所謂的屍體器官捐贈是指，器官的來源主要是取出已死亡的屍體中，仍可利用與發揮功效的相關器官，例如，心臟、眼角膜或肝腎等<sup>10</sup>。屍體移植本身，由於利基於捐贈者已經沒有生命跡象，倫理爭議與侵害的相關利益，並非活體移植般的嚴重，除了某些國家的社會文化尚為保守，面對亡者身體，生者依然秉持特殊情感尊重與敬意而無法接受外，目前屍體移植本身較低的利益衝突與道德爭議等特色，自然無疑成為目前人體器官移植勸募來源的重要管道。

多數積極與長期發展移植醫學的國家，社會對於死亡的定義與生命界限等也會有所共識，進而建立所謂的「腦死亡」的判別標準，主要的目的就是為了在提前死亡時點，與人死後心肺血液循環機能尚未完全喪失前，從中摘取可供移植的組織或器官，為器官移植手術的應用與可能性，尋求更多的機會與空間<sup>11</sup>。

### 第一款 腦死器官捐贈

各國立法例上，是從嘗試擴大器官來源管道的觀點，基於目前屍體器官的運用，較活體來的廣泛及較易取得等因素為前提，首先討論者，就是

<sup>8</sup> 賴秀昀、蔡甫昌、陳慶餘，器官移植倫理：活體肝臟捐贈與移植，當代醫學 32 期，2005 年 1 月，頁 57-58。

<sup>9</sup> 參照：超難小腸移植手術實驗成功正式成為器官捐贈項目，優活健康網，<http://www.uho.com.tw/hotnews.asp?aid=13283>（最後瀏覽日期：2018 年 1 月 5 日）

<sup>10</sup> 米村滋人，医事法講義，日本評論社，2016 年 6 月，195 頁。

<sup>11</sup> 吳弘達，器官移植適法性要件之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1999 年，頁 20。

醫學領域長期希望採取「腦死」作為死亡標準，目的是為擴張器官移植的來源與效益<sup>12</sup>。

1967年，在南非就曾有醫師完成了第一次心臟移植手術，此刻，腦死與器官移植手術間的目的與關聯才著實受到了國際醫學界的矚目。換言之，腦死與人體器官移植本是不同領域的研究議題，兩者關係變得相當密切，主要就是醫學就發現了若能以屍體作為提供器官捐贈的主要來源，恰好透過下述兩點理由，可以幫助人體器官移植獲得更好的發展<sup>13</sup>。

**其一，提升人體器官來源的供給：**就臨床醫學觀點來說，採取傳統心臟死的死亡判定方式，是在病人心跳與全身血流停止循環後，作為死亡時點，此時病人體內的器官很快就會壞死而不適合移植，即使死者生前有捐贈器官的遺願，也失去器官移植的意義。

**其二，提升人體移植器官的質量：**腦死者不可逆地進入心肺死亡時，因短時間內仍有心跳，此時給予人工呼吸器使各器官得以暫時維持血液供應，腦死者的各項器官因而維持基本品質，若將其作為供體則為器官移植手術提供了成功的先決條件，有助於提高移植器官之質量，進而提高受贈者獲得重生的機會。

## 第二款 無心跳器官捐贈

相較於「腦死器捐」是指「將通過腦死判定的死者當作器官供體，從中摘取器官進行移植」，由於經腦死判定者仍會保有自主呼吸與心跳，因此在進行器官摘取過程中，器官因仍血液持續循環而能保有品質；但是，所謂的無心跳捐贈則是指心臟停止後的器官捐贈（DCD），世界各國都有相類的研究與臨床經驗，主要原因在於，親屬間活體捐贈的限制、腦死判定嚴格與過程攏長，或是一些特定末期病人無法進行腦死判定（如嚴重車禍，生命已經陷入緊急狀況），此時腦死反而就非保有器官品質的最佳途徑。

因此，臨床上即另闢蹊徑，將無心跳視為死亡的時點並開啟器官的捐

<sup>12</sup> 例如，需要小腸移植的病人60%是兒童，早期依據我國相關法令，3歲以下幼童無法進行腦死判定，因此在沒有腦死判定的可能性下就形成無法捐贈，阻斷來源的問題，導致許多幼童等不到合適的小腸而死亡，留下遺憾。

<sup>13</sup> 參照：拙文，註6文，頁44以下。

贈程序。然而，臨床上並非心跳一經停止就無法回復生命象徵，尤其在台灣東方傳統醫療文化中，醫師往往都會積極使用 CPR 或打強心劑等方式來嘗試挽救已無心跳的病人生命。因此，無心跳捐贈的爭議就是在於，為了維持器官品質，能否在心臟停止後立即摘取器官，或是依然要等待急救無效後方能摘取，兩者間的主要差異即在於，後者的情況病人心臟跳動已經停止一段時間，移植效益也已大幅降低<sup>14</sup>。

此外，無心跳捐贈的另一項法律難題是，臨床上為了維持心臟停止跳動後的器官品質，能否透過醫療技術來控管或預期心臟將會停止的時點，這部分的爭議是出自於，如果透過葉克膜或其他藥物來延後病人死亡時點，實際上就有可能導致病人死亡的因果關係並非純粹來自於疾病本身，進一步形成了醫師是否可能成立囑託殺人罪的問題。目前，我國衛生福利部頒佈的《心臟停止死亡後器官捐贈作業參考指引》已正式宣示無心跳捐贈的合法性，但依然須限制於未經控管的類型，亦即，須要進入自然心臟停止的狀態，且不准使用葉克膜等循環設備介入控制。

### 第三節 人體器官捐贈的現況

關於人體器官捐贈的現況，主要是從困境與衍生出的現實弊端來為介紹，藉此作為說明人體器官捐贈與刑法評價的探討依據。

#### 第一項 人體器官捐贈來源不足

尖端醫療技術的施展，猶如開啟潘朵拉的盒子。在各國現實醫療移植現場中，無論是活體器官或屍體器官移植手術，都會遇到一個難以克服的困境，就是嚴重缺乏器官捐贈的意願者。例如，以先進國家與移植手術大國的觀察，依據美國專門管理國家器官移植資料機構 UNOS 統計，截至 2018 年為止，這份名單上的人名多達 107,729 人，其中有四分之三需要的是腎臟，每個人至少需要等候 8 年以上才能等到<sup>15</sup>。

<sup>14</sup> 柯文哲、李志元，無心跳者器官捐贈的法律倫理問題，澄清醫護管理雜誌 4 卷 2 期，2008 年 4 月，頁 4 以下。

<sup>15</sup> UNOS (United Network of Organ Sharing) : <http://www.unos.org/donation/index.php?topc=data> (最

簡單來說，器官捐贈者無論是活體或屍體，本質上都須藉由第三者的犧牲與同意，才有機會取得。但是，願意提供器官者往往少之又少，而隨著移植醫學的進步，卻又不斷的重新喚起病人的求生願望。此時，隨著期待受贈者的人數逐年增加，願意與容許提供器官的捐贈者早已遠遠無法滿足該者的迫切需求，導致病人在漫長等待合適器官的漫長痛苦中不幸生亡。

就我國來說，關於國內捐贈器官的人數，就如同上述國際普遍的情況，遠遠不如等待器官移植的病人人數，根據統計，目前國內每年平均自 2012 年開始，經過約五年的時間，有效等候器官移植的病人已從 7000 人左右爬升至 9647 人以恢復病情。然而捐贈器官的人數，每年卻只有 100 餘人左右，捐贈率是每百萬人口 7.2 人，與歐美的每百萬人口 20 人以上相比相差甚遠。捐贈來源有限，只有約 600 人可以幸運獲得器官捐贈而活命，使得許多人在等待中抱憾死亡。

直到 2018 年 3 月初，我國有效等候接受器官移植病人總數 9647 人當中，包括心臟 170 人、肺臟 48 人、肝臟 1125 人、腎臟 7452 人、胰臟 105 人、眼角膜 829 人等。由此可知，人體器官來源不足是全世界移植醫學面臨的共通問題與困境。對人體器官需求遠遠大於供給的情形也造成了一些不良的社會現象，如器官買賣、器官黑市等醜陋事件等<sup>16</sup>。

## 第二項 人體器官捐贈衍生弊端

人體器官供體不足的問題，除了對於醫界試圖透過移植手術拯救更多病人的目的造成阻礙，由於器官的來源目前仍以人體器官為首要，在供不應求的情況下，多數病人藉由移植手術挽回生命與健康的渴望，導致了許多倫理上的爭議與涉及刑事不法的問題<sup>17</sup>。

首先，有所謂的器官移植旅遊，是器官供體不足所衍生的特殊現象。我國近年來，雖然政府也曾不斷宣導器官移植旅遊有違法與過大風險的問題，但對於某些病人來說，有甚是需要長期藉由洗腎輔助維繫生命的病人，前往對岸尋求合適腎臟的誘因強烈，意願依然非常踴躍。我國目前每年平

---

後瀏覽日期：2018 年 12 月 31 日)

<sup>16</sup> 詳細統計資料，請參照：財團法人器官移植捐贈中心，<http://www.torsc.org.tw/> (最後瀏覽日期：2012 年 1 月 9 日)

<sup>17</sup> 參照：拙文，註 6 文，頁 24-33。

均就有數百位洗腎病人前往對岸進行腎臟移植<sup>18</sup>。

此外，在亞洲先進國家中，日本也曾是器官旅遊的大國。由於日本法令對於器官移植的態度非常審慎，雖然近年有修法逐漸鬆綁以求擴大國內器官來源的管道，試圖降低國民境外器官移植旅遊的意圖，但依然無法完全阻擋境外移植的便利與效率所帶來的誘因。

然而，器官移植旅遊的背後，必然潛藏很多倫理道德的爭議及不法風險。例如，旅遊國家的醫療品質若是較為落後，加上器官來源可能不明，未經檢驗品質等因素，往往造成手術結果失敗，可能對於病情更是雪上加霜<sup>19</sup>。另外，關於耗費上，包括醫療費用與器官取得等仲介費用等，都是一筆龐大的金額，這也同時代表了移植器官的取得，必然潛在著非法買賣交易的可能性。

詳言之，器官買賣是基於人類求生的天性與市場供需失衡的兩大因素下所形成的問題。當不肖業者掌握病人人性弱點，將器官的提供做為誘因，藉此換取大量金錢利益，這就是一個典型的器官交易市場的誕生過程<sup>20</sup>。而所謂的器官買賣，一方是仰賴器官救命的買方，在無法從合法器官取得途徑的管道，受死亡恐懼左右，遂欲透過金錢換取他人器官延續生命<sup>21</sup>；賣方所販賣的器官和身體組織，包括腎、肝、心、肺、眼角膜、骨骼、肌腱、皮膚、心瓣膜等，這些器官和金錢成了富人與窮人彼此交換的為一機會<sup>22</sup>。

事實上，這些器官提供者往往都是來自於貧窮、弱勢或失去自主能力之人，在不幸、不利的境遇中受到拐騙、威脅、操控、殺害或利誘，出於自願或非自願而被摘取器官，目前除器官買賣在各國多非合法，甚至於條文中明文禁止，但遺憾的是，在器官來源依然稀少的情況下，器官買賣依然會是國際上的重大犯罪問題<sup>23</sup>。總之，在上述的問題背景下，正好也顯示出人體器官移植高速發展的背景下，若政府相關法令潛沒有給予嚴謹的

<sup>18</sup> 許文章，台灣器官移植困境及其因應之道，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2010年，頁15以下。

<sup>19</sup> 王嘉琦，身體各部份“價值”多少？美國器官組織黑市市場商機無限，健康世界第263期，2007年11月，頁76以下。

<sup>20</sup> 郭自力，生物醫學的法律和倫理問題，北京大學出版社，2002年，頁141-144。

<sup>21</sup> Albin Eser，上田健二、淺田和茂訊，医事刑法から統合の医事法へ，2011年3月，頁236以下。

<sup>22</sup> 張瑞倫，人體器官移植或成重建之商品責任，國立清華大學科技法律研究所碩士學位論文，2005年，頁43；甲斐克則，器移植と刑法，成文堂，2016年11月，頁120。

<sup>23</sup> 參照：境外移植器官 台灣禁醫師媒介，聯合新聞網：<http://udn.com/NEWS/mainpage.shtml>（最後瀏覽日期：2018年7月25日）

配套與規制，潛藏的巨大犯罪風險與危機將會更加嚴重<sup>24</sup>。

## 第四節 活體器官捐贈手術的同意與刑

### 法判斷

病人自主權定權於醫療領域的具體化落實，早期的目的是為緩解臨床診療過度偏向父權醫療模式的態度，設法更過各種圍繞自主決定權為核心的制度建立，幫助病人在整體醫病關係中，重新站上主導地位，能為自己的最佳利益進行設想與探詢。時至今日，病人自主決定權本身已與不傷害、良善與正義原則等並列，普遍成為醫學領域的重要倫理守則。就侵入性的醫療行為的合法化事由中，自主決定權本身也形成了判斷上的重要標準。

但是，必須進一步思考的是，當醫療手術本身並非運用在傳統定義下的病人身上，是否依然能從醫學的倫理原則與病人自主決定權等法理來論述其構成合法化的依據？換言之，自主決定權本身，可能會在不同的價值領域中，形成於內部價值的不同與限制等前提條件。這項共同的思維就是建立在，凡是權利都會有落實與受到限制的一面，並非得以一體適用。

諸如，在臨床醫療中，雖然病人自主決定權的實現日益受到重視，但該權利無疑仍是一種面臨利益衝突時必須受到額外限制的權利。例如，病人欠缺同意能力，或緊急強況下無法表達意願，行使其自主權時，法律必然會有相應的第三人代為決定等機制，無論直接為病人進行決策（如醫師依據最佳利益協助病人進行決定）或是做為病人意願的載體，替代病人做出抉擇（如預立醫療決定後委任之醫療代理人）等，都是一種基於醫療的公益性所追求的客觀利益。

然而，關於活體器官捐贈的情況，由於捐贈者並非病人，本身並無法享有任何關於器官捐贈後的身體利益，除了知情同意程序是法理上應當遵循的基本原則外，更重要的是，就刑法評價的角度，一般醫療行為得以允許第三人同意的背後想法是，無論第三人的推測或純粹客觀利益的判斷與

<sup>24</sup> 在大陸的器官移植問題上，也經常會因供體器官來源的需求而引發一些損害人民法益的刑事犯罪，如北京的「眼球丟失案」、瀋陽的「竊取骨髓案」，以及河北的「行唐案件」等等。這些案件的發生已對該國刑事法帶來了新的挑戰。參照：劉長秋，註5文，頁182-183。

追求，對於病人而言可謂是百利無害，但針對器官捐贈的特殊情境，移植手術對捐贈者的身體健康而言反倒是百害無利，此項純粹協助「他人」回復健康的醫療行為<sup>25</sup>，可否建構第三人的代理機制，恐怕仍須從刑法評價的觀點來進一步的說明與探討。

## 第一項 活體器官捐贈手術涉及的刑事犯罪

### 第一款 活體捐贈手術是利他性醫療

依據衛生福利部曾經的函示，所謂的醫療行為是指：「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，所為的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部的總稱<sup>26</sup>。因此，醫療行為原則上，指以治療病人為中心的一切醫療措施<sup>27</sup>」。

不過，由於人體器官移植手術較具特殊性的地方在於，醫療團隊必須針對捐受贈者二人分別進行兩種不同的醫療手術。亦即，先從捐贈者的身體摘取健康器官，再對受贈者進行器官進行替換。後者手術的成果，由於能讓替換的健康器官繼續維繫受贈者的身體健康與生命，故移植手術在此部分理所當然符合上述衛生福利部論以醫療為目的的醫療行為此定義。

如同前述，較為特殊的部分在於，人體器官捐贈的摘取手術。本項手術並未對捐贈者的身體帶來任何實質好處，反倒對其健康必然會形成一定程度的損害，對於此種不以治癒為目的之手術行為。因此，縱然是活體器官贈手術，對於捐贈者的身體百害無利，依然仍屬我國目前行政法令解釋下的醫療行為類型<sup>28</sup>。

再者，本文認為，對於此種完全利他害己的醫療措施，無論在事前法規範上的告知義務或取得同意的程序，以及未經同意於事後可能衍生的刑事責任等判斷，解釋上理應嚴格高於一般具有治療目的的侵入性醫療行為

<sup>25</sup> 參照：康均心，生命刑法原理，元照，2009年3月，頁640以下。

<sup>26</sup> 參照衛生署（81）年衛署醫字第8156514號函。

<sup>27</sup> 請參照本論文第二章對醫療行為概念的說明。

<sup>28</sup> 參照：拙文，註6文，頁135以下。

方為妥當<sup>29</sup>。

## 第二款 活體捐贈手術與（重）傷害不法構成要件

從犯罪判斷的評價，透過醫療手術摘取捐贈者身體內部器官組織等之行為，本身就會涉及到身體健康法益的侵害。而觀察我國刑法對於個人身體法益處分的態度，基本上會審重考量社會相當性、倫理性以及法益保障輕重的要求來判斷，並非所有身體法益持有者的處分與同意都能獲得阻卻違法的結果。

就傷害罪的規範來說，我國傷害罪是以傷害輕重程度來進行區分，原則輕傷結果，如取得法益持有者對於法益放棄處分的表示（同意），即得依據阻卻違法性承諾來阻卻刑法第 277 條輕傷罪的不法；但假若傷害已達身體四肢機能嚴重減損等之重傷程度，依據我國刑法第 282 條的加工致重傷罪之規定，明文處罰行為人幫助或受他人囑託傷害自己演變為「重傷」的結果<sup>30</sup>。此時，不論法益持有者的處分權是受到刑法嚴格禁止。換言之，人民對於自己的重大身體法益原則並無任意處分的權利。

從而，依據刑法被害人承諾法理客觀性外部限制，活體器官捐贈者得以捐贈器官的範圍，應僅限於具有再生能力或不會導致捐贈者身體重大機能喪失並可持續正常生活的器官類型，例如部分的肝、取其中之一的腎臟等器官。因此，在一步來探討活體器官捐贈的合法化事由前，應當能先確認的是，活體器官摘取手術，構成的是應是普通傷害罪的不法構成要件<sup>31</sup>，至於此項思考的原因，本文將於後續探討活體器官摘取同意的刑法評價與定位的內容中，進一步為詳細的說明與分析。

<sup>29</sup> 學者認為應區分被害人承諾與接受治癒性醫療行為的病人承諾，參照：余振華，得被害人承諾之行為評價，收於：《刑與思林山田教授紀念論文集》，元照，2008 年 11 月，頁 148。

<sup>30</sup> 靳宗立，刑法重傷解釋之難題與嘗試，法學叢刊第 215 期，2009 年 7 月，頁 90 以下。

<sup>31</sup> 林東茂，刑法分則，一品文化，2018 年 9 月，頁 43 以下；有學者則認為：「為了保護生命免於死亡，以人的生存目標而言，生命得以持續乃勝於其他，因而該醫療行為可追求的利益遠大於其所造成的身體損害，以一般人生活利益以及法律價值考量，都可以接受這樣的身體傷害，所以可以主張『推定承諾』或『業務上正當行為』來阻卻醫療行為之故意傷害罪責的違法性」。參照：盧映潔、高忠漢、朱振國，病人同意與醫師刑事過失責任之辯證，台灣法學 112 期，2008 年 9 月，頁 45 以下。

### 第三款 活體器官捐贈程序應採「自願捐獻制」

關於促成活體器官來源的法規範制度，普遍採取的是所謂的自願捐獻制。主要是為了確保器官捐獻的決定本身，必須透過各項法定程序的檢驗，確保是出自於捐贈者基於自由意志下所做出的選擇。自願捐獻的法制理念，是在強調活體器官來源，必須完全出自捐贈者的「知情同意」，這也是目前國際上普遍對於取得器官來源所強調的基本原則。這項原則所欲宣示的一項明確態度，國家不得設定任何例外允許等機制來摘除他人之器官<sup>32</sup>。

換言之，自願捐獻制的立法精神，就是指生活中每個人，無論生前或生後是否願意捐贈器官，法律不會預設立場或去做任何推定。相反的，為了移植手術所需取得他人器官前，法律必須設計各項風險控管機制，用以確保器官的提供，是出確實源自提供者的自願同意。

例如，德國的器官移植法第 8 條地 1 項第 1 款 b 就明文規定，活體器官捐贈，必須取得捐贈者本人同意，同時為確保同意的真摯性，依同條第 2 項規定，醫師必須明確告知捐贈者手術的目的與方式、檢查資訊與結果、有助於保護捐贈者的措施、器官組織摘取對於捐贈者健康的範圍、可能發生的直接或間接之後遺症。

這些規定都是體現出告知同意原則的落實，確保個人自主意願，不受外界不當壓力或脅迫<sup>33</sup>。又如英國的《人體器官移植法案》<sup>34</sup>，活體器官捐贈必須符合，其一，醫生必須針對捐獻的風險和法定程式向捐獻者作出詳細的告知說明與解釋；其二，必須確保捐獻者理解前述的說明內容；其三，捐贈者的同意，不是出於強制或物質誘惑取得；其四，捐贈者知悉自己得以隨時撤回器官捐獻的權利等。

另外，考量未成年者身體與身心狀態尚未成熟，很難理解摘取器官的利弊得失，多數國家的立法例都透過明文推定未成年人並無充分的判斷與認識能力得以理解捐贈器官的意義，自然無法衡量利弊得失來同意捐贈，進而限制未成年者作為活體器官捐贈者的適格身分。例如，德國器官移植

<sup>32</sup> 參照：拙文，註 6 文，頁 60 以下。

<sup>33</sup> 參照：拙文，註 6 文，頁 52 以下。

<sup>34</sup> 參照：拙文，註 6 文，頁 52 以下。

法第 8 條地 1 項第 1 款 a 規定「捐贈者須為成年有同意能力者之人<sup>35</sup>」。而此項背後所做的思考依然是出自於自願捐獻制所強調的知情同意此精神。

## 第二項 活體器官摘取同意於刑法判斷的定位

如同前述，由於各國對於活體器官的獲得方式，必定採取所謂「自願捐獻制」的立法模式，因此捐贈者是否同意醫師摘取自己健康器官來救助病人，是器官摘取手術進行的絕對合法化要件。我國人體器官移植條例第 8 條也有明確規定，醫師醫院自活體摘取器官施行移植手術，捐贈者應為二十歲以上，且有意思能力。如同前述，活體器官捐贈者所承擔的，除了手術副作用外，器官遭受摘除本身就是一種侵襲身體完整性的傷害結果。

因此，捐贈者的器官捐贈決定權能否在上述法定程序中獲得確保，實質上竟是在判斷捐贈者的身體健康法益是否受到刑法規範的有效保障。換完之，現行法規範上對於捐贈者的告知同意的實踐以及意思能力的判斷，應當都有其法理基礎上的思維脈絡。以下將進一步的分析說明之。

### 第一款 被害人承諾的意義與界限

被害人承諾本質上的意義是，將個人主觀的意思溶於純粹具有公法性質的刑法領域中，並探討這項承諾對於國家刑罰權可能形成的影響。被害者承諾出現於實定法的探討中，並且明確肯定其效力的立法進程中，可以追溯到古代羅馬時代的一句「同意者沒有不法」的法諺，也可說是一種「自承風險原則（*volenti non fit injuria*）<sup>36</sup>」，凡是同意損害，等同沒有損害，不能請求他人賠償。這項來自羅馬的法原理精神，也逐步落實到了當今的刑事法領域中。

簡單來說，被害人承諾的基本理念是，刑法評價上儘管客觀已有行為人侵害法益的事實，但法益持有者（被害者）事先同意了這項侵害，實質上可評價為自始沒有法益侵害的發生。被害人承諾思維，目前已經普遍受

<sup>35</sup> 蔡念健，活體器官移植之法制與刑法制裁之必要性—德國法的比較與啟發，國立成功大學法律研究所碩士論文，2011 年，頁 128 以下。

<sup>36</sup> 山口厚，刑法總論，有斐閣，2016 年 3 月，頁 125。

到世界先進國家所承認，以下進一步就其內涵進行說明。

## 第一目 從主觀權利保障的觀點出發

英美普遍採取的判例法體系中，將權利分為能讓渡的權利與不能讓渡的權利，關於前者，同意讓渡的原則是被視為有效的。至於德國學說與實務的最初共識則是，會對侵害表示同意者，應該可以合理推估該者的精神並非健全，或是主張在公法性質下的刑罰威嚇效果，是不得受到被害人意思的干涉或影響，而基於這兩項理由，原則會將被害人的承諾視為無效的表示<sup>37</sup>。

同樣的，根據歷史法學派的見解<sup>38</sup>，因為刑法的功能僅僅於社會的服務，原則上必須要否定有效同意的容許性。相對的，也有認為，由於被害人承諾等同是揚棄了權利侵害的犯罪保護，原則上應當被認為有效。這項看法是指，將犯罪的懲罰看待為一種主觀權利侵害保護的概念法學方法論，這項觀點特別會對立於自然法學的犯罪觀念。

不過，基於主觀權利保護的思維脈絡，整體法秩序中，應該給予被害者某種程度的權利來放棄刑法保護的範圍已經充分取得解決的共識，正如同上述於英美法中所謂「能讓渡的權利」以及所謂同意有效為原則。相對於非實證主義的想法頗具形而上學的特性，有關於同意的有效範圍等問題，實證法主義所主張可罰行為的本質是來自於客觀利益的侵害此點，基於此原因，主張權利讓渡的看法者，就會以當被害人不存在於利益侵害時，進而取得否定違法性的根據<sup>39</sup>。

綜上，所謂被害人承諾的內涵，基本上就導引出幾項重要的要求，並且進一步形成了學理通說對於被害人承諾本身要件構成的普遍觀點。其一，被害人承諾必須出於被害人得以處分的法益；其二，僅限於同意者的個人利益受侵害；其三，對於各種犯罪性質能夠進行同意的能力。

<sup>37</sup> 宮內裕，被害者の同意-その問題史的展望，法と經濟 105 號，1984 年 5 月，頁 50 以下。

<sup>38</sup> 宮內裕，前掲文，頁 51 以下。

<sup>39</sup> 須之内克彦，刑法における被害者の同意，成文堂，2004 年 3 月，頁 23 以下。

## 第二目 個人主義與公益價值之辨證

如同上述，曾有反對被害人承諾此項概念的批評者認為，被害人承諾屬於一種人的意志，與公法屬性下之刑法規範不同，應當不得作為犯罪判斷體系的考量標準。例如，日本學說上就曾有學者主張，重視個人意思是基於羅馬法之影響，積極發展出承認個人意思效力的意思主義法制。

近代的自然法論者則持續的將此法理精神發揚光大。直到現今，儼然變成一種具有普世價值的個人主義、人格主義。透過承諾來阻卻不法的思考就是基於此項價值主義，但是，姑且不論民法領域，在具有公益性質且屬公法領域的刑法規範，不應承認具有這種個人主義性質的思維模式。是以，在刑法領域中，無論是任何人的承諾，都不應當形成阻卻不法等影響犯罪判斷體系的效果<sup>40</sup>。

儘管如此，日本在二次世紀大戰後，戰後的文化與政經思潮等都有了很大的轉變，從戰前國家被視為一種超越個人目的之存在的價值觀，轉換為尊重全體國民乃至於個人的個人主義世界觀（日憲法十三條）。此處談到的個人，並非是在形容抽象的人類，而是具體存活於社會的每一個人。所謂尊重個人也就是指尊重每個人的個別特性，基於這項理由，個人主義的價值觀的基礎是，將個人的意思是視為一種個人人格的主張，應該被認為對於個人自身具有重要的價值，而這項旨趣也被認定是在刑法當中，賦予被害人承諾得以阻卻違法的重要原理<sup>41</sup>。

不過，也有認為，被害人承諾本身的是正當性應需仰賴社會倫理的觀點，諸如社會相當性或公序良俗等理由來獲得認可。換言之，刑法於公法中的獨立性是指，刑法並非為了保護個別人民的個人法益為目的，刑法與實現特定社會倫理價值秩序有很深層的聯結與羈絆<sup>42</sup>。

也有學說主張，強調刑法身為公法的獨立性，否定於刑法中被害人承諾的價值，或是予以輕視的見解並非妥當。刑法是利用國家刑罰權等強制力來達成該項目的，必須時時刻刻的反省是否有權力濫用的風險。國家的任

<sup>40</sup> 須之內克彥，前揭書，頁 23-24。

<sup>41</sup> 赤羽崇志，同意傷害の違法性阻却の限界について—判例のいう「社会的相当性」の範囲内とは—立命館法政論集第 1 号，2003 年 7 月，頁 3 以下。

<sup>42</sup> 塩谷毅，被害者の承諾と自己答責性，法律文化社，2004 年 2 月，頁 5 以下。

務既然是保障人民生活的利益，於價值多元主義的社會中，國家刑法權的運用僅基於單一價值觀就能強制市民，正當性恐怕稍嫌不足。被害人承諾得以阻卻違法性的根據與正當性，本質上依然必須回歸到利益衡量的操作<sup>43</sup>。而此處所談到的利益衡量是指，被害人承諾具有犯罪阻卻效果於實質上的根本思想，正是對於個人自己決定權的尊重。於日本憲法第十三條規定中，個人是被視為一種個人的尊重，從這身為人而受到尊重的理念派生的所謂個人個性尊重的理念。個人自主決定意味著個人性格的主張，因此在個人主義世界觀的基礎下，認為對於這項理念本身就具有十分的重要性<sup>44</sup>。

對於無關於他人事項，因為自己就有決定權，如果只會危害到自己的話，於自己的責任範圍內，當然能夠實施該行為。人擁有排除他人干涉、一定的自由領域，也可說是一種私領域。具備判斷能力的成年人，應當能夠給予相互間自由領域的最大尊重。關於專屬於自身的法益，允許他人來處分的情況，即使行為人侵害了該項法益，也是與法益主體意思相符合的行為。所謂法益侵害的負面效應在根據合乎法益主體意思的正面效應受到填補後，形成刑事違法正當化的狀態。基於被害人承諾的法益侵害行為就是這樣阻卻犯罪成立的。

### 第三目 承諾於刑法犯罪評價上的類型

如同前述，稱為犯罪者，連帶著處分犯罪的目的本身都有極強烈道德與公益色彩，被害人對於犯罪本身是否曾有請求或同意，如果可能會對犯罪本身形成影響，則是一種基於主觀性，從被害人個人意志角度出發的思考。這對於刑法存在於社會中的角色與功能等問題，以及該如何處理被害人個人於犯罪中所存乎的特殊意志等，長久以來刑法學已經形成了「被害人承諾」此項較為具體與穩固的法理概念。目前，被害人承諾之概念，在個人法益的犯罪判斷結構當中，究竟代表何種意義，並且發揮何種效果，大致能相對應歸納出以下四種類型<sup>45</sup>。

<sup>43</sup> 佐久間修，醫療行為における「被害者の承諾」-特に生命の処分について-，阪大法学 44 卷 2-3 號，1994 年 2 月，頁 355 以下。

<sup>44</sup> 塩谷毅，註 42 書，頁 6 以下。

<sup>45</sup> 山中敬一，医療侵襲に対する病人の同意，関西大学法学論集 61 卷 5 号，2012 年 1 月，頁 27-28；前田雅英，刑法総論講義，東京大学出版会，2015 年 2 月，頁 74 以下；塩谷毅，註 42 書，頁 13 以下；黃仲夫，刑法精義，元照，2016 年 9 月，頁 125 以下。

首先，在刑法第 227 條之與未成年者合意性交或猥褻罪中，直接將被害人擬制為無承諾能力者，被害者有無承諾對於犯罪是否成立完全沒有影響，即使現實上有清楚的承諾，也會被視為沒有承諾來處理。其次，在刑法 274 條的受囑託承諾殺人罪，或是同意墮胎罪等當中，即使有被害人明確的承諾，依然無法阻卻犯罪，只不過相較於沒有承諾的情況，得承諾後為之者，法律效果較輕。對於這種情況來說，被害人承諾可以視為一種減輕違法性的構成要件要素。

再者，於竊盜罪或侵入住宅罪當中，普遍認為被害人承諾可以阻卻構成要件的成立。也就是說如果有被害人的承諾，行為就不會符合竊取或是侵入等構成要件要素的解釋。最後，就是在一般輕傷罪或是財產法益的毀損罪等情況，透過被害人的承諾來阻卻犯罪之違法性，是一種超法規阻卻違法事由<sup>46</sup>。

#### 第四目 被害人承諾的界限

刑法中所謂的被害人承諾，是藉由法益保護的放棄，否定法益和法益主體間的內部連結關係，一般將其成立分為主觀要件和客觀要件<sup>47</sup>。

其一，所謂主觀要件是指，被害者之意思表示此項主觀的形式要件。諸如，同意不是受到強制的狀態，不是基於無知、且沒有瑕疵等是否為真摯意思等為要件，自始就是一種個別意思表示者的主觀、心理能力的狀態問題。但是，這項前提也必須建構在於人類原則上能自主、合理的、合目的性的進行判斷。其二，與意思表示者主觀心理狀態個別獨立的，從別個觀點來看，同意必須在客觀上受到限制。例如，同意是因違反第三者利益或違反公序良俗的情況，或是違反公共利益等理由，客觀上必須受到限制的情況。

此外，尚有一種客觀要件是從間接家長式領導主義觀點來談，必須優先於主觀要件來做考量，目的是為保護同意者本身的客觀實質利益。例如，對於醫療的侵襲，為了實質保障病人的自由判斷基礎的「知之基盤」對於

<sup>46</sup> 參照：林山田，刑法通論(上冊)，2008年1月，369頁；許澤天，刑總要論，元照，2009年2月，頁140；黃榮堅，基礎刑法學(上)，元照，2012年3月，頁347；林鈺雄，新刑法總則，元照，2018年9月，頁283。

<sup>47</sup> 山中敬一，註45文，頁28。

醫療侵襲同意的前提，醫師的說明意義將被認定是實質上為彌補同意方面（病人）專門知識不足的國家照顧義務，從而，醫師說明義務是病人同意的前提要件（主觀要件），也屬於為了同意有效性的實質要件<sup>48</sup>。

關於第二項客觀限制，從實質上的角度觀之，也是一種對於法益處分權人意思保護的要求。例如，同意的主觀心理要件是，對於有保障法益處分權人的自主決定者，如果該等同意無法看是出於同意人「自主決定的展現」時，如同意內容是不合理會非理性的情況時，這將會被視為一種為無效同意。但是，這種基於國家照顧義務所衍生獨立於主觀意思的客觀限制，如果沒有一套穩定的操作標準，恐怕會有過度侵犯個人自主的問題存在。所謂同意內容是否合理？何種情況才是合理？實際上並無法找出一條清楚的判斷路徑<sup>49</sup>。

被害人承諾是否能發揮阻卻犯罪的功能，從上述可知，同意本身可能基於很多不同的因素與考量，或是對應於不同的犯罪事實而在所要求的要件中也會有所差異。整體來說，被害人承諾的效果，由於可能直接導引出犯罪受到阻卻的結果，能否允許被害人來承諾，必須考量的問題必然也會更加的嚴謹。

大致上，先前文中所探討的，同意向外部的表示、相對人主觀的認識、有無同意判斷能力，詐欺而來之同意等是否有效等，這些標準可以稱為被害人承諾的內在要件，主要建構出被害人承諾的概念與內涵。另外，個案中，並非具備了這些要件後，就能斷定犯罪的不法得以受到阻卻。

雖然近代刑法逐漸強調回歸個人權益維護的理念<sup>50</sup>，被害人承諾本身所代表的就是一種向立法者宣示放棄刑法對其個人權益，但必須進一步思索的是，當人民放棄的結果僅僅涉及本身的價值思想，或是能會為自己創造更大的利益時，國家基本上不應干涉人民個人對自己的生活安排，這也是被害人承諾得以阻卻犯罪成立的核心價值之所在。

然而，這種自主決定權的價值，並非自始是形成被害人承諾的法理脈絡，傳統上，反倒是「社會相當性說」與「目的說」等是最早成就被害人

<sup>48</sup> 山中敬一，註 45 文，頁 28-29。

<sup>49</sup> 山中敬一，註 45 文，頁 29。

<sup>50</sup> 有學者強調，所有國家或社會法益的論述，終究要回歸到以人為本，也就是個人法益的保障，這方符合刑法保證人權的機能意旨。換言之，假若立法者嘗試立法建構抽象的社會法益之保障，但卻無法說明該法益究竟對社會人民個人而言會帶來何種好處，那這種刑法規範初步來說就難謂正當。參照：黃榮堅，註 46 書，頁 26-27。

承諾的法理依據<sup>51</sup>。該說認為，究竟個案中是否有被害人承諾的可能性，由於刑法終究必須穩定社會秩序，公法色彩濃厚，個人的承諾如果牴觸了社會的價值與道德等公共意識，縱然該承諾滿足了被害人的利益，依然可能受到禁止。簡單來說，相對於內在要件的限制，被害人承諾是否違反社會的價值秩序，這可以稱是一種「外在限制」。因此，有關於被害人承諾的外部限制，大致上可以分從以下兩個角度來探討<sup>52</sup>。

### 一、德國對於善良風俗的解釋

這種客觀的限制，在德國的刑法中有明文依據。依德國刑法第 228 條規定：「得到被害者承諾後實施的傷害行為者，儘管承諾，只有在行為在違反善良風俗時，是實施違法的行為。」在此所揭示的是，是否違反善良風俗被視為是否於客觀上無效的基準。一般民事法院所指稱善良風俗的違反是指，所謂以公正，著重於正義為思考的人民之禮節情感之違反行為。聯邦法院判例中則認為，文化國民的共通法確信、羞恥心、風俗以及禮節的民族既存之觀念、公共平均普遍的羞恥和倫理感情等之解釋當中，考量到戰後法治國家的解釋重要性，毫無疑問要納入犯罪的不法與應罰性等情況來做解釋<sup>53</sup>。

不過，自 1960 年代以來，將此容易陷入倫理性等純粹主觀判斷的良俗違反觀念與基準<sup>54</sup>，由於過於曖昧而受到了批判<sup>55</sup>。因此，當本項規定被認

<sup>51</sup> 社會相當性一詞的概念，在刑法學上的意義多變，其最初是由德國學者魏采爾所提出。其所提倡的是從行為無價值一元論的觀點，進行違法性的內涵建構。魏采爾主張，所謂的行為無價值，就是針對行為人「行為」的反倫理性，從事否定價值判斷，縱然無法益的侵害性或危險，僅有違反社會倫理性的行為，亦可加以處罰（反之，僅以法益的侵害或危險性來從事違法行為，則是結果無價值一元論）。在此思考觀念上，社會相當性的概念就是超脫社會相當性的法益侵害。才具有違法性。參照：余振華，刑法總論，三民，2017 年 9 月，頁 221 以下；塩谷毅，註 42 書，頁 5 以下。

<sup>52</sup> 山中敬一，医事刑法概論I（序論 医療過誤），成文堂，2014 年 8 月，頁 137 以下。

<sup>53</sup> 山中敬一，註 45 文，頁 29-30；松宮孝明，ハイブリッド刑法總論，2015 年 5 月，頁 188-189 以下。

<sup>54</sup> 這樣的規定是並非受到全部學說上的支持。多數的批判都是集中在一般條款的多義性。其實，違反公序良俗的行為，關於身體傷害罪，同意之效果早在 1933 年的德國刑法 226 條 a 就已經規定。所謂公序良俗違反的包括性概念，由於能給予司法審查者發揮很大評價空間的餘地，但通說卻認為這是一種妥當的規定。在這當中，必須探求該者的解釋與適用領域，關於公序良俗違反的不明確概念的解釋，因為無法給予任何的標準，這項規定的適用領域就必須盡可能的在有限的範圍內予以限定。參照：須之內克彦，註 39 書，頁 66 以下。

<sup>55</sup> 在德國刑法中，關於 228 條規定中規定，得到被害者同意之傷害者，行為儘管有被害人之同意，但在違反善良風俗的範圍內，依然視為違法行為。對於這規定有不少的批判，大致上有兩種論點，其一，於罪刑法定原則的關係，這項規定具有所謂的一般條項的多義性與曖昧性，可

定違反了德國基本法 103 條 2 項之道路後，透過合憲性解釋賦予良俗違反新的解釋途徑。延續著後者的途徑，合憲性的解釋這項規定的方法有二。也就是所謂的「重大性說」與「目的說<sup>56</sup>」。

首先，所謂的「重大性說」嘗試將良俗違反概念具體化，將不法構成要件的法益侵害作為是否具重大性的基準。例如，廣受學說提倡的重大的健康侵害，對於具體生命的危險等為基準。換言之，輕微傷害就容易被視為並非良俗違反的情況。至於何謂輕微或重大？則以「發生危險的程度和該行為之目的」為基準。此外，也有所謂「被害人忍受的身體虐待或健康侵害的範圍和與該者相連結的身體和生命的危險程度」的基準<sup>57</sup>。

第二，「目的說」則是以侵害的目的為基準。特別是行為人所為的傷害行為，有犯罪的目的性與動機時，就須否定同意的有效性。另有學說提倡，一方面應當以「重大說」為基準，或是在「目的說」的前提下，即使有重大傷害，當下如有衍生特別利益的情況，乃至於具有積極的目的，為了將同意視為有效，試圖提出所謂補充「良俗違反補充之目的說」的說法。這項說法，更進一步針對於生命有衍生具體危險的重大傷害，透過得以「維持生命」之目的做為正當化的功能<sup>58</sup>。

不過，相對於我國並未明確使用公序良俗等概念來限制被害人對自身法益的處分權限，而在日本學說時常採用的則是社會相當性的論點，但也普遍被認為與所謂的善良風俗於概念內涵上具有相當高程度的類似性。也就是說，凡是行為於社會上具有相當性，透過與侵害法益相關聯的行為（目的、手段）的相當性來判斷，具體的說法是，依循有關於違法性的一般原則，根據有承諾的侵害，是否有違反公共秩序與善良風俗作為標準，這也是在我國雖然沒有德國的明文限制，但也如同日本學說相同者，仰賴上述的法理來限縮被害人處分法益的空間。

此外，被認為是和傷害罪在德國刑法 228 條的問題當中，將公序良俗的問題進行規定具有相同的意旨。於是，為了表示這樣社會相當性之概念

---

能違反法律明確性原則；其二，抹煞法和道德的界限，直接依循社會倫理此不穩定的價值標準來進行法律的詮釋與論述。也就是說，德國刑法第 228 條之規定是一種不被允許的一般條項的例示規定，被認為有不明確的部分。在這之中，立法者明確獲得根據的一般受到承認的倫理原理等並不存在。例如，根據優生學上的適應性而自發性的接受避孕手術是否有違反公序良俗？相關看法可以說是眾說紛紜。參照：赤羽崇志，註 41 文，頁 5-6 下。

<sup>56</sup> 佐藤陽子，被害者の承諾—各論の考察による再構成，成文堂，2011 年 3 月，頁 67 以下。

<sup>57</sup> 山中敬一，註 52 書，頁 138 以下

<sup>58</sup> 山中敬一，註 45 文，頁 31-32。

的正當性（另一方面，為了表示法益衡量說的利益不存在原則不具有正當性的具體事例），經常將傷害罪的案例作為問題。例如，即使有被害人的承諾，為了免除債務而切斷小指的行為是違法的情況，關於此點應當沒有疑問，這是因為切斷行為是欠缺社會相當性的原因，但同樣是切斷小拇指，但如果是基於治療病人的緣故，基於病人之承諾，又會被認為行為具有社會相當性而合法<sup>59</sup>。

## 二、客觀限制的基準

從圍繞於客觀的限制基準的討論，在德國學說上的見解認為，構成要件該當性的判斷中，基於重大性說，關於輕微傷害，病人同意是透過法益侵害的法律保護放棄來阻卻構成要件該當性，但重大傷害中，僅有病人同意無法正當化，也需應該在考慮利益衡量和醫療目的等其他要素後再為判斷。因此，以下將基於上述立場來探討一般害人同意的正當化根據界限，也就是其客觀上對被害人自由處分權的限制根據和要件<sup>60</sup>。

依據前述，所謂同意的客觀限制，是獨立於被害人主觀意志外，作為限制同意效果的情況，可說是一種規範的預設界限<sup>61</sup>。因此，也有稱為同意的規範限制。其一，法規範有禁止處分法益的情況；第二，法規範有限制法益處分的情況。

關於法益的禁止處分，就醫師治療行為同意的有效條件而言，在這之中是有關於法益處分可能性的問題。個案中，如果並非個人法益的情況，例如病人死後，如果私下同意醫師摘取其器官販賣，因刑法毀損、侮辱屍體罪本身，並非個人法益性質，而是有關於對先人尊敬的良善風俗此社會法益，故，醫師縱然經過病人生前允許，但由於病人本身並無處分社會法益的權利，故醫師不能因該同意而阻卻責任<sup>62</sup>。

<sup>59</sup> 赤羽崇志，註 41 文，頁 24 以下。

<sup>60</sup> 山中敬一，註 52 書，頁 139 以下。

<sup>61</sup> 陳志龍，法益持有者之法益保護放棄處份權（上），國立臺灣大學法學論叢第 19 卷 1 期，1989 年 12 月，15 以下。

<sup>62</sup> 關於死後屍體的處分與同意，在人體器官移植法令的容許性上（屍體器官捐贈），可能會有不同的看法，本文將於本章第五節《屍體器官捐贈手術的同意與刑法評價》中做進一步的說明與探討。

進一步來說，刑法上有所謂的生命法益之不可處分的基本態度<sup>63</sup>。例如，於實體法中，無論是德國、日本或我國，於殺人罪章中皆有規定囑託殺人罪（德國刑法 216 條與日本刑法 202 條）。不僅有故意殺人罪，於過失致死或傷害致死罪的情況下，關於伴隨有死亡結果的犯罪中，對於該等結果的同意，原則上該同意對於同意對象的該當行為是無效的。但是，這項同意依然可作為減輕不法與責任的構成要件要素。其次，關於伴隨有死亡風險的情況下，也不得處分其身體法益<sup>64</sup>。對於身體傷害的同意，有必要為三個階段的思考。

第一階段是，有輕微的傷害，身體機能上有回覆可能的傷害之同意。關於此項同意，承認被害人有處分權限，且有任意處分可能性，在同意有具備這項要件的前提下，是有效的。

第二階段是，重要的身體部分以及身體機能侵害之同意。這意味的伴隨著有不可逆轉的外型變更。將其簡單的稱為「重大的傷害」。此情況下，如果僅有同意，不能阻卻傷害罪的構成要件該當性。但是，這項同意從一般人的觀點來看是合理的判斷，具備有其他一定要件者，得作為其中之一的正當化事由，也就是成為利益衡量的要素之一。關於此，在其次的項目中有採取同樣的觀點。

第三階段是，對於擴及於生命的具體危險的身體傷害之同意，在這之中，同意是非常重要的。關於此項同意，原則上法益持有者無法處分，並同意原則上無效的。為了正當化，即使沒有同意，也必須要該當緊急避難等正當化事由，也就是單純同意並非正當化事由，而必須要有其他的標準一併衡量。

從而，根據德國判例所承認將「法益的侵害與從法益侵害相連結衍生出對生命或身體法益的危險」作為被害人同意有效性的基準，而從傷害衍生的是具體死亡的危險時，單純同意是無效的。這樣見解是因為將不明確的良俗概念解釋為具體的死亡危險，從道義的、價值的觀念轉化為客觀的概念。反倒是僅有殘存概念的架構，變更了實質的內容。運用條文上的良俗概念於德國之解釋來說，在沒有被認定為違憲的情況下，被認定為是一

<sup>63</sup> 張麗卿，莎士比亞《威尼斯商人》—借債割肉「得被害人承諾乎？」，法律與文學—文學視野中的法律正義，元照，2010年11月，頁78以下；伍開遠，刑法規範之發展趨勢，東海大學法律學院，2016年12月，頁78以下。

<sup>64</sup> 山中敬一，註45文，頁33。

種客觀的界限<sup>65</sup>。

## 第二款 活體器官捐贈同意與被害人承諾

病人同意與刑法被害人承諾，兩者在概念上有無不同，或是被害者承諾本質上就是在處理病人同意的問題？如同前述，病人同意背後所代表的角色與其功能上的意義，頗具多面性。刑法意義下的病人同意，是否就等同被害人承諾，實際上就是在思索醫師的診斷與治療本身是否能夠適切的回應病人的需求，在達到醫療目的的過程當中，現實上可能觸及犯罪的追究時，又該如何透過論理達到規範衝突後的和諧境界。這些可能都須仰賴刑法長期以來對於被害人承諾之相關理論之闡述，來做出進一步的解釋與說明。

實際來說，被害人同意或承諾，面臨到最重要的問題應當是，不同情境中，能否讓被害人自行放棄國家對於個人法益的保護，例如，當個人法益的保護依然會存有公益性的考量時，被害人的同意是否依然能夠發揮阻卻犯罪成立的效果。這些問題都應該從個案當中不同的情況來思考。因此，採取不區分說立場之學者，想必在某程度上已經發現了，純粹區分阻卻違法性承諾與構成要件同意之概念，並且分別賦予各自不能之內涵與所需遵循的要件，這樣的論述是無法滿足與涵蓋所有涉及被害人承諾的客觀事實者。

最後，應當根據什麼樣的根據作為建構被害人同意得以阻卻違法的根據，這項探討，如果說是學術界長期以來作為探討阻卻違法性原理的試金石也不為過。被害人的承諾得以阻卻違法的根據，一般會將其構成於實質違法性之阻卻事由中。這項思考背後，正存有所謂的行為無價值與結果無價值的理論對立，而在這的意義底下，被害者承諾的問題等同也是在探索違法性正當化事由的本質領域。

以下將會進一步探討活體器官捐贈同意本身究竟於被害人承諾的法領域中的定位為何。

<sup>65</sup> 山中敬一，註 52 書，頁 143 以下。

## 第一目 捐贈同意是阻卻違法性承諾

如同前述，一般醫療行為處置本身涉及身體健康侵害或身體外觀重大改變，甚導致生命法益侵害的風險時，病人同意本身並非必要的阻卻違法要件，特殊情況下，可以透過推測承諾或是緊急避難的方式來賦予醫師專斷醫療的合法化效果。這可以說是一種基於國家家長式照顧與領導主義而來的思維。

相對的，活體器官摘取手術並非典型的醫療行為，它的特殊性在於手術本身純粹就是一種侵害身體完整性的傷害行為，不會為自己帶來任何利益或好處，顯然的，對照醫療行為，病人即使面對成功率低的手術，為了求得回復健康，對於這項手術同意的也不能夠評價為放棄了自己身體利益的保護，對於重大手術傷害，如截肢或整形等，縱然可能抵觸囑託重傷罪，但依然得以阻卻違法。

換言之，如果與要求醫學適應性與技術正當性同時納入，共同作為醫師執行侵入性醫療行為的刑事合法化事由的話，純粹將病人同意視為被害人承諾的觀點並非妥當。因此，此種特殊醫療行為的同意，本文認為並非病人同意，而應當將其理解為被害人承諾，縱然摘取手術符合醫學的適應性與技術正當性，但凡是捐贈者沒有明示同意，就不得阻卻違法。

進一步來說，在活體器官捐贈的情況中，捐贈者此被害人表示同意而能發揮刑法像效力的評價位置，應該可以定性為一種阻卻違法性承諾，但如果被害人承諾本身得以阻卻不法構成要件的成立，學說上一般會用「阻卻構成要件同意」來說明。換言之，兩者雖然都是依循被害人本身的意願下做出的表示，但早期在西德時代，就曾有學者主張將會引導出構成要件不當的同意以及發揮阻卻違法性效果的承諾進行區分，這正因在犯罪階層理論中，阻卻犯罪成立的位置不同<sup>66</sup>。

根據這項區分，連帶的關於被害者承諾能力的程度、承諾的方式（是否有必要表明於外），對方是否要認識到你有承諾，以及承諾內容有瑕疵或錯誤時的處理方式等，都會有不同的差異。但是，大多數的見解雖然承認了兩者是不同於彼此的存在，但也並非贊同將兩者於理論上與實際上劃分

<sup>66</sup> 須之內克彥，註 39 書，頁 10 以下。

出明確與嚴格的區別<sup>67</sup>。

本文認為，將被害人承諾區分為阻卻構成要件同意與阻卻違法性承諾者，是否有其必要，應當觀察的是，刑法在對於這兩項概念的內涵與建構的適用規則與條件限制等是否相同？若兩者容有不盡相同之處<sup>68</sup>，基本上依然要對這兩種概念嚴加區別。

不過，被害人承諾無論是在犯罪階層理論中，扮演何種角色或是具被何種機能，應當皆有共同的法理基礎，是故，在以下探討被害人承諾與病人同意間的關聯性前，必須先行探討的是，支持被害人承諾得以阻卻犯罪成立的根本思考為何，是藉由什麼樣的原理來適當說明？在刑法領域中，被害者承諾在現今，無論是實務或學說皆已廣泛的承認了具有阻卻犯罪成立的效果。

## 第二目 阻卻違法性承諾的法理基礎

從日本學說上的探討可知，被害人承諾是否得以阻卻傷害罪的違法性時（又稱為阻卻違法性承諾），基本上也是圍繞在違法性本質為討論的軸心，可分為「法益衡量說」與「目的說」、「社會相當性說」等對立<sup>69</sup>。

首先，「法益衡量說」是指，法益持有者自身放棄了利益，且既然已經對侵害為承諾，就沒有依據保護該法益的刑法規範來處罰行為人的必要性，本理論也就是以利益不存在原則來闡述<sup>70</sup>。本說認為，行為欠缺了實質上違法行為的資格，在這當中早就不存有價值應當受到否定的法益侵害或是

<sup>67</sup> 參照：近年來，陸續有越來越多的有力學說主張被害人承諾應當都是阻卻構成要件的問題。換言之，最終都是屬於一種構成要件的解釋問題，也可以說，對於立法者制定構成要件時，都須為其設定一個基本的內在前提，所有的犯罪行為都是在違反他人意願下成立的。參照：林東茂，醫療上病患承諾的刑法問題，月旦法學第 157 期，2008 年 6 月，頁 49。

<sup>68</sup> 典型的例子是，竊盜罪的構成要件中，所謂的竊取代表的是未經他人同意取得他人之動產，因此，如果竊賊是透過詐術的方式來取的他人同意，雖然被害人同意本身是來自於錯誤資訊所導致，但這項同意依然有效，解釋上就不能認定為竊取，但竊賊依然可能成詐欺取財罪。另外，這項同意就是一種阻卻竊盜罪成立構成要件同意，同意本身縱然不具真摯性，依然有效。相對於阻卻違法性承諾來說，行為人若透過詐術取得之被害人承諾，這項承諾非具真摯性，通說普遍認為是一種無效的承諾。

<sup>69</sup> 山口厚，註 36 書，頁 151 以下；松宮孝明，ハイブリッド刑法總論，法律文化社，2015 年 5 月，頁 187 以下。

<sup>70</sup> 須之內克彥，註 39 書，頁 13 以下。

威脅。

以下舉出兩種欠缺此種喪失法益性的情況，其一，由於該法益主體的放棄，不存在有應該受到保護法益的情況；其次，複數法益競合的情況，該行為是為了維護優越的利益而犧牲了劣位法益的情況。前者是屬於利益不存在原則（*Prinzip des mangelnden Interesses*）所支配的阻卻違法類型；後者則是優越的利益保護原則所支配的阻卻違法類型。這兩者就現象面來說是不同的，但從法益侵害的觀點來說，能夠統一依據法益衡量說來統一的說明。因此，被害者同意來阻卻違法也就是被認歸類於前者所謂利益不存在原則的支配範圍內<sup>71</sup>。

「目的說」則認為，應從違反承認國家性質的實質違法性概念之「共同生活目的」之思想出發，承諾本身必須是為了達成人民於國家內共同生活的福祉與目的之手段，以及依循法律的理念有所謂社會相當性行為等看法來闡述被害人承諾阻卻違法的根據。也就是說，行為是為了達成國家所規律的共同生活目的之適當手段，這被認為是一種阻卻違法一般原理。從而，被害者承諾得阻卻違法的根據是，法對於個人法益處分權的保護，而為了達成被國家承認的共同生活目的之適當手段，基於此原因應該被解釋為違法性能受到阻卻<sup>72</sup>。

此外，也有學者提出阻卻違法性的根據是來自於「社會相當性」的想法<sup>73</sup>。根據此主張，阻卻違法的根據是一種行為的社會相當性，也就是透過歷史塑造而成的共同生活秩序的架構內，透過該社會倫理秩序而被容許的觀點。不過，這種社會相當性的概念和目的說的內容實質上是相當一致的。法益衡量說創造的利益優越原則支配下，凡是業務正當行為或緊急避難等情況，也能積極的援用目的正當性的想法。

不過，本文一貫認為，由於近年來強調自我決定權此項自由利益，而將所謂放棄刑法保護法益的被害人自主決定此價值，以及受到侵害法益價值間的相互比較衡量，當前者利益大於後者時，被害人的承諾就能阻卻違法。自主決定的本質就是一種自由利益，而被害者承諾正是一種賦予個人自行處分自己法益的此項自由利益，同時也會對立於受到刑法規範保障的法益與秩序。

<sup>71</sup> 島伸一，たのしい刑法，弘文堂，2008年5月，頁158-159。

<sup>72</sup> 吉田敏雄，被害者の承諾（刑法理論の基礎VI），成文堂，2018年10月，頁34以下。

<sup>73</sup> 吉田敏雄，前掲書，頁35以下。

因此，被害者承諾的正當性與效力是源自於個人自由價值與利益的實現。也就是說，將被害者承諾阻卻違法的效力歸於無效，等同於為個人的自由利益進行限制的理由是，當透過法益的處分（放棄）而換取的利益，如果低於該等法益的損害時，這種客觀上的權衡結果，就得以限制個人處分法益的自由。

換言之，對於自由價值的實踐上，終究是加害行為本身的結果無價值與行為無價值間的相互對立，而被害人承諾是在不侵害被害人自由的前提下，反倒成為一種實現自由價值的指導原則<sup>74</sup>，自然的當自主決定權納入成為阻卻違法性承諾的具體內涵後，本身雖然依然必須受到上述客觀性的限制，但同時也需特別關注於捐贈者本身的自主意願。

### 第三目 活體器官捐贈同意的界限

自我決定本身的論述是主張，法益的侵害是受到被害者的意思所庇護，確實是一種和自我決定調和。不過，所謂被害者固有利益必須受到保護，只不過是指個人處分在一定限度內必須受到法所承認，是一種非常父權色彩理論。因此，被害人承諾的正當化界限，並非是從個人自由意志的範圍來設定，反倒是為了實現個人自由，並且保護個人自由，對於和個人自由相互矛盾的被害者意思加以限制的想法<sup>75</sup>。這些限制可能來自於上述所謂的公序良俗的抽象要件，或是立法明文的禁止。

談到活體器官贈同意的界限，如果將其同意理解為具有阻卻違法性質的被害人承諾，一般來說，必須限於摘取行為不會發生具體死亡的風險。並且，同意本身與其他手術的適應性與技術正當性要件本身，並非得以相互權衡，該承諾具有絕對與排他性存在。詳言之，**關於活體捐贈同意的規範界限是指**，於人的身體之法益，限定於其未伴隨或擴及至生命危險的情況下，原則上是有處分自己器官的可能性。但是，在捐贈器官的情況下，

<sup>74</sup> 高橋則夫、杉本一敏、仲道祐樹，理論刑法學入門—刑法理論の味わい方，日本評論社，2014年5月，頁312以下。

<sup>75</sup> 個人依照常理應該會做的事情，但卻沒去做，縱然形式上這來自於該個人的意願，但這樣做卻無助於自由的表現，法律就需要禁止這樣的處理方式。舉例來說，自殺形式上是自由決定，但一般人不可能會自主的剝奪生命，因為剝奪生命是會連帶剝奪了個人在世上各項自由的伸展，故若國家不給予限制，等同是放縱人民剝奪自己的自由。相對來說，如果生命本身已經無法為個人來自由的幸福感受，是否應該作為一種可以處分的生命？本文將會在《第六章 末期尊嚴醫療的病人自主與刑法爭議》進一步來探討。

法秩序相較於個人自主決定權，如有優先保護其他價值的情況，對於同意本身依然會課與相當的制約，例如未成年捐贈頗具道德風險與無法斷定其是否具有同意能力時，基於國家照顧義務，可直接限制其同意的效力。據此，法秩序基於同意本身可能會引生出以下兩項界限。

首先，是所謂的**實體規範的界限**。這是從法體系的一般性上位原則所導出的界限。透過原來稱為公序良俗違反的限定要件所揭示的界限。這項觀點是從德國基本法之法規範指導原則演繹而來。例如，德國基本法第 1 條第 1 項規定人性尊嚴的不可侵犯性。例如，關於器官捐贈如果會導致重大的身體傷害，因為處分權受到限制，僅有同意的話，伴隨著重大傷害的醫療行為就沒有正當性。同意之外，醫學的適應性與技術的正當性的，也是必要的，這是基於醫師說明義務而有病人同意的情況下，因為稱為治療的優越利益受到了正當化。

其次，**關於程序規範的界限**，該法益的放棄，即使對於個人或是對於社會是有益的，認定對於同意的方式添加法限定的情況。例如，在器官捐贈手術中，醫學的適應性與技術的正當性以及基於說明而同意後，這項同意才能成為有效的情况。同樣情况也在新興先端醫療領域中發現。例如，代理孕母、變性等美容手術，甚至是尊嚴死與安樂死等情況下，法秩序中，並無法完全委由當事主者對於法益保護處分來為同意。這樣的醫療侵襲之同意，除了要有法之有效要件之充足外，也會被要求須有倫理委員會之許可等相關手續。

### 第三項 活體器官捐贈同意的認定

基於上述，活體器官移植手術中，器官捐贈手術，依據我國人體器官移植條例的規定，必須獲得捐贈者的同意，而此同意的本質就是「被害人承諾」。解釋上該等同意是否有效，應與被害人承諾的認定方式一致。亦即，依據本條例第 8 條第 1 項第 1 款規定，捐贈活體器官的同意，必須是捐贈者自願處分放棄所持有的身體健康法益，並有向外表明承諾放棄的意思表示。

承諾是否合法有效，首先須判斷承諾主體的識別能力。如同上述，識別能力是指捐贈者能夠充分的認識與理解，承諾醫師摘取器官時，放棄身體法益所代表的意義、效果以及放棄後的影響。其次，捐贈者能夠理解上

述涵義後，尚須判斷該承諾有無遭受外力的不當干擾，進而影響其承諾的任意性<sup>76</sup>，目前我國活體器官捐贈規定捐贈者須為滿 20 歲之成年人，主要原因就在於捐贈屬於單純利他的醫療行為，應當審慎嚴格的限縮個案判斷的空間方為妥當。

另外，阻卻違法性承諾必須確保其意思表示的真摯性，若有受到第三人的強暴、脅迫或是詐術等外力侵犯，捐贈者的承諾，就不得認為符合本條例第 8 條第 1 項第 1 款的同意規定，會有成立傷害罪的問題<sup>77</sup>。至於，阻卻違法性承諾的表示，無論是明示或是默示皆可，但如果涉及到特殊個案中的不同情況，在考量上應當視個案給予不同的限制與要求。

例如，在醫療手術中，依規定必須簽屬手術同意書，目的就是為了取得病人真摯同意，方能保障醫病雙方的權益。同樣者，關於器官捐贈的自願性，基於自願捐獻制與被害人承諾的要求，醫師更應審慎當面取得明示同意後再請病人簽具手術同意書，是以，關於活體器官捐贈的同意並非是一種單純內部放棄法益的態度，該同意必須透過明示言語來表現，確保其自主決定權。

## 第四項 本文看法

由於捐贈摘取手術已明顯符合傷害罪的構成要件，若遵守人體器官移植條例的程序為之，形式上固得依據「業務上正當行為」來阻卻不法。但必須留意的是，正因為活體器官捐贈手術對捐贈者的身體健康而言，屬於一種百害無利的低價的特殊醫療處置，背後得以賦予之唯一實質合法化依據，正是基於自願捐獻相同思維脈絡的「捐贈者自主同意」的被害人承諾為標準來進行判斷。

首先，關於同意能力的判斷，必須要是滿 20 歲具有成熟判斷能力者，在這之中所特別設定的年齡下限主要是為排除未成年者思慮不周擅自同意捐贈器官的風險。至於捐贈者的同意必須在手術實施之前，被害者必須

<sup>76</sup> 關於醫師對摘取器官供體前的詳盡說明義務，請參照：Ulrich Schroth 著，馬躍中譯，醫療專斷行為中之醫師的說明義務與德國法上關於器官捐贈的說明義務，2010 年 10 月，法學新論第 26 期，頁 46 以下。

<sup>77</sup> 張麗卿、韓政道，醫療自主與生命抉擇—從「姊姊的守護者」談起，月旦法學第 198 期，2011 年 11 月，頁 111。

透過書明與明示的方式來表示，也就是所謂的意思表示說。期此，該項承諾的表示，必須屬於相對行為人（實施手術之醫師）已經知悉的情況。

此外，必須特別留意的是，在被害人承諾的判斷上，捐贈者基於同意而引導出身體法益受到侵害的動機與後續發展等，都就需在符合社會相當性等客觀限制框架下進行。例如，醫師摘取他人器官，這樣的傷害行為在普通傷害的範圍內，由於得到捐贈者承諾，結果也能拯救另一個生命，在整體法秩序上雖然對於傷害不法的禁止規範有所破壞，但它的好處經過利益衡量的結果，遠遠大於破壞的壞處，因此我們可以說是符合社會相當性的阻卻違法行為。

## 第五節 屍體器官捐贈手術的同意與刑法判斷

屍體器官移植對於捐贈者來說，其風險並非來自於身體法益或生命法益等侵害，相反主要的爭議是來自追求移植效益，希望能提前傳統死亡時點的議題上。例如，台大器官移植團隊就曾於早年利用無心跳標準取得屍體上之器官<sup>78</sup>。又如前文提到者，腦死標準的建立與屍體器官捐贈間的問題與疑慮。例如，在早期欠缺法令的情況下，摘取腦死者器官來進行移植，可能就會形成醫師觸犯殺人罪責與遭受司法訴追的風險與疑慮<sup>79</sup>。

目前，各國於器官移植醫療領域與規範中，以「腦死」標準來建構屍體移植的器官來源，希望提生移植成功的效益，雖是較為普遍成熟作法。但值得我們探討的是，依據我國人體器官移植條例第4條第2項規定，明文規定事先同意接受腦死判定者，得視為屍體而摘取其身體器官供移植使用。這項規定本身等同是將腦死作為一種死亡的基準，或是將腦死解釋為一種特殊的生命型態，進而在確實取得同意時，得以摘取其器官，縱然導致生命終結，也得以阻卻不法？無論是何種看法，目前都尚存有值得探討的空間。

總之，無論是採取何種看法，可能都會涉及器官捐贈者的相關權益與

<sup>78</sup> 現任台北市長柯文哲曾在其競選過程中，遭媒體披露，質疑上述倫理上的動機。參照：移植器官爭議 屠殺作者認為柯文哲是騙子，CNA 中央通訊社，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/201810020342.aspx>（最後瀏覽日期：2019年4月8日）

<sup>79</sup> 例如，1960年代，我國長庚移植團隊率先採取腦死標準進行肝臟移植。參林忠義，臺灣法律史的研究與應用—以人體器官移植條例的立法演進為中心，律師雜誌第345期，2008年6月，頁59-60。

保障的問題。當病人的生命與捐贈者之生命等互相衝突時，該如何評價調和，本文將先從立法現況介紹各國對於屍體移植法令的相關內容，再針對腦死標準與人體器官移植法制度等，進一步思索如何透過刑法保障法益的理念指引，適切評價醫療人員實施腦死器官移植的行為意義，則是本文所欲探討的主要議題<sup>80</sup>。

## 第一項 各國立法例

對於屍體器官捐贈的容許性，原則來說，有關於死者生前對於自己死後屍體的處理意願，通常依然得以受到各國法律規範所保障。原則就如同活體捐贈的情況，應當須在取得死者生前同意，也就是表達捐獻器官的意思表示下，方能於死後摘除其器官。不過，雖然該法允許當事人在死後捐出器官的決定，不需得到最近親屬的同意，但現實上，醫院在進行器官摘取前，仍盡量會在得到家屬同意下才會進行移植手術。

關於屍體器官捐獻的容許機制，值得探討的是，當死者生前未曾表達是否願意捐贈器官，或是有表達意願但卻未依程序簽屬捐贈同意書時，是否有其他法規得以容許捐贈的空間。如果我們允許第三人代替死者來表達同意捐贈器官的意願，是否會有侵害死者生前的人格權、自主決定權等疑慮。而從刑法規範的觀點來檢驗，是否會有構成犯罪的疑慮？以下先就各國的經驗，歸納出較為普遍的第三人同意的立法模式，基本上可分為二種不同類型<sup>81</sup>。而該項立法模式又可依據擔任同意的角色等不同，分為有所謂「親屬同意制」與「預設默許制」二種規範模式<sup>82</sup>。

### 第一款 親屬同意制

親屬同意制，主要是針對擴大「屍體器官來源取得」的政策思維，由於大多數人民往往不願在生前仔細思索死後的安排，更遑論對於捐贈器官

<sup>80</sup> 參照：拙文，死體器官摘取行為的刑法評價，東海大學法學研究第 46 期，2015 年 8 月，頁 229 以下。

<sup>81</sup> 參照：拙文，註 80 文，頁 260 以下。

<sup>82</sup> ペーター・タック 著，甲斐 克則 編訳，オランダ医事刑法の展開—安楽死、妊娠中絶、臓器移植，應慶義塾大學出版會，2009 年 7 月，頁 160-169；岩波祐子，臓器移植の現状と今後の課題（1）—法改正の背景と国際動向，立法と調査第 298 期，2009 年 11 月，頁 40-41。

的問題，必定不會多想，因此大部分死者在生前對於是否器官捐贈，其意願往往都是「既未同意，也未反對」，此時，假若採取自願捐獻制，關於器官捐贈的可能性就會喪失。

因此，為了基於擴大器官捐贈的來源與管道，對於死者來說，希望盡可能地透過立法來鼓勵死者身旁的親屬，能夠推測或代表死者生前意志來同意器官捐贈。在有類似法律機制的國家中，較為普遍的就是透過家屬來推測死者生前是否有捐獻器官的意願，可以稱為一種推定同意的機制，此外也能從日本 2010 年在其國內進行的器官移植法的修正後，增設較為特殊的純粹家族的同意基制，以下分別說明之。

## 第一目 推定同意

所謂的親屬的推定同意是指，死者生前並對未針對是否捐贈器官表達意願，或是曾有表達但未依法辦理與註記意願時，除非明知違反死者生前意願，否則死者近親有權能夠決定是否捐贈器官，因為從親情關係來說，只有死者的最近親屬最瞭解其生前的真實意願，最能體現他的最佳利益。

再者，所謂的推定，主要是從近親不得違反死者生前明示意願得來。不過，現實上，很難想像多數民眾會特別在生前向身旁親屬表達不願捐贈器官的意願，死者生前未曾明示表達反對捐贈意願的情況必然佔據多數，換言之，是否捐贈死者器官，往往就是完全交由親屬本身決定。實質上等同就是一種家屬同意的情况。

不過，無論如何，親屬的推定同意確實為器官捐贈來源和尊重家族權利間能取得了人民觀感上的衡平。例如，某些國家會於規範中明確要求，當死者生前意願不能根據足夠可靠的聲明或證據因素加以確定時，最終應該尊重最近親屬的決定。目前使用這項制度的國家，諸如德國<sup>83</sup>、芬蘭、瑞典等國家。

另外，採用這種推定方式除了可以避免死者親屬間的爭訟事件外，也能解決人體捐贈器官來源不足的問題，但實際操作上也會出現成效不彰的

<sup>83</sup> 山中友理記，ドイツにおける死体からの臓器移植に関する最新の議論，刑事法ジャーナル 34 号，2012 年 12 月，頁 85 以下。

問題。例如，當病人剛死亡時，家屬依然在震驚和悲傷當中，很難要求他們並給予充裕時間為病人的意願進行選擇，當然也沒有心情思考醫務人員關於是否允許摘取器官的詢問<sup>84</sup>。

## 第二目 近親同意

日本自 1997 年制定臟器移植法後，由於法令過於嚴苛，未曾開放腦死捐贈等，導致器官來源與勸募的成效不彰，隨即經過的陸續的修法，終於在 2009 年做出了重大修正，放寬屍體器官移植的取得程序，諸如年齡的限制，以及初次將腦死標準入法，作為得以摘取器官的供體<sup>85</sup>。關於屍體器官的捐贈，如果依據日本舊法第 6 條第 1 項第 1 款規定，原則是採取自願捐獻制（opting in）。如果本人生前已明示捐贈器官的表示，在家屬未表示反對或沒有家屬的情況下，可為屍體的器官捐贈。

但在日本新法修正後，與臟器移植法中新增了第 6 條第 1 項第 2 款規定，規定如果無法確定本人生前是否有捐獻與提供器官的意願時，死者生前的配偶、親屬或家人，得以出具書面表示來代為表達捐贈器官的意願。此規定做為自願捐獻制的共同配套，目的是建立家屬同意機制來增加獲取屍體器官的機會。

不過必須注意的是，日本的臟器移植法第 6 條第 3 項規定，本人雖可將提供器官以及接受腦死判定的意思表示以書面註記，不過，上述的家人如果表達明確反對的情況下，死者生前的表示就無效力<sup>86</sup>。也就是說，日本對於屍體器官捐贈的關鍵，依然是以具家屬的意願為依歸<sup>87</sup>。

總之，所謂近親同意制，應是日本考量國內特殊的社會文化與背景所制定的特殊器官同意捐贈程序與制度，不過，可以預見的是，這項規定在較為保守的日本社會中，將會成為積極勸募與擴展器官來源的嚴重阻礙<sup>88</sup>。

<sup>84</sup> 參照：拙文，註 6 文，頁 54 以下。

<sup>85</sup> 關於修法的詳細介紹與批判，可參照：新名隆志、林大悟、寺田篤史，臟器移植法改正をめぐる議論の批判的考察，生命倫理 20 卷 1 號，2010 年 9 月，頁 165 以下。

<sup>86</sup> 山口厚，刑法，有斐閣，2015 年 2 月，頁 206 以下。

<sup>87</sup> 日本學說上也有稱為親屬優先規定的創設。參照：一家綱邦、池谷博，腦死・臟器移植法の改正を巡る医事法・法医学的考察，京都府立医科大学雜誌 119 卷 8 号，2010 年 8 月，頁 516 以下；甲斐克則編，ブリッジブック医事法，信山社，2018 年 4 月，頁 159 以下。

<sup>88</sup> 賴怡君，日本 2010 年新臟器移植法及其相關爭議，台灣法學第 171 期，2011 年 3 月，頁 30。

也有學者批評，當本人意思不明或未表達反對的意願，如果家屬實際並未有任何證據或資訊能推估本人生前是否有捐獻器官的意願時，等同就是逾越了病人意思，直接處分病人的身體利益。而從法的觀點，此種具一身專屬性的身體完整性、甚至是生命等利益（日本依然有學者主張腦死非死亡），直接承認家屬具有代行權，顯然侵犯了死者生前的自主決定權，會有很大的疑慮<sup>89</sup>。

## 第二款 預設默許制

「預設默許」(Opt-out Organ Donation System)是指，原則除非死者生前曾經明白表達死亡後不願意捐贈器官的意願，國家得以授權醫師無須另行徵求其他人（如家屬）的同意，逕行摘取死者屍體上的器官來供移植所需<sup>90</sup>。本項制度的特色是完全建立在於擴大器官來源的法政策思維上，強調任何都被國家預設默許了死後身體得以提供於器官移植使用。

換言之，凡有人無明示表達，或主動登錄不願捐贈器官的表示，當其死後，就會被國家認定為合法的器官捐贈者。採取預設默許制，不僅可以增加移植器官的供體數量，也能避免未求家屬意見而延誤時間，甚至遭家屬拒絕而無法取得器官。不過，如同前述，這項制度本身恐怕會引發侵害死者一身專屬權益等相關之侵害，顯然也違反了其自主決定權。因此使用上必須格外慎重，某些國家立法規定中，也會規定關於死者生前有無註記拒絕捐贈的意思表示，負有探詢義務。

採取類似制度的國家普遍出現於歐洲。例如，法國的《器官採集法》，宣示醫師為了治療和科學研究目的，可在一個死亡前未曾宣佈拒絕採取其器官的死者身上摘取器官，而個人如果不願意在死後進行器官捐贈，必須以書面簽署證明文件拒絕<sup>91</sup>。

必須說明的是，預設默許不等同於強制捐贈，不少實行此機制的國家進行器官移植前，仍規定必須先爭取病人家屬的同意（例如西班牙），而機制對提升實際捐贈率的成效亦未能確定。近年，英國也傳出即將推動「器

<sup>89</sup> 後藤有里，臟器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完），關西大学法学論集 67 卷 6 號，2018 年 3 月，頁 120。

<sup>90</sup> 曾裕仁，器官移植的法律問題，台灣法學第 171 期，2011 年 3 月，頁 43。

<sup>91</sup> 參照：拙文，註 6 文，頁 54-55。

官捐贈預設同意制度」，即預先假設全民都同意器官捐贈，若當事人未退出全國登錄系統，而家人並無反對時，醫生可在其往生後逕行摘取器官進行移植<sup>92</sup>。

## 第二項 屍體器官捐贈的刑法爭議

### 第一款 傳統死亡時點的認定

傳統意義上的死亡標準是採取心肺呼吸功能喪失說，包含了心跳、脈搏和呼吸等功能之停止。這項標準非常直覺，也較普遍受到社會大眾的認同。詳言之，大眾普遍會認為，心臟是人類的生命中樞器官，當人的心臟發生不可逆的停止時就是死亡，這可稱為「心臟死」的死亡標準。

再者，有些情況是，呼吸停止會先於心跳停止，當發生了不可逆的停呼吸中止，同樣也可以認為是一種死亡的情況，可以稱為「呼吸死」的死亡標準。因此，當人的心跳與呼吸都中止時，以此認定死亡者，就是所謂的「心肺功能停止說」的死亡標準<sup>93</sup>。目前我國普遍採取此項死亡認定方式<sup>94</sup>。

另外，日本多數學說認為，應該採取以心臟停止、呼吸停止和瞳孔反射消失為死亡的三徵候說（又稱為綜合判定說）。主要原因是，由於臨床上腦幹的自律機能（生命維持機能）、肺部的呼吸機能、心臟的血液循環機能三者間是互相關聯的，無論何項功能終局喪失，其他兩項功能也會在很短的時間內停止，本說充分顯示死亡除了心臟停止外，還包含了循環、呼吸、神經三項系統所構成的器官死亡狀態<sup>95</sup>。

<sup>92</sup> 甲斐克則，註 22 書，頁 176 以下。

<sup>93</sup> 植木哲，醫療の法律学，有斐閣，2006 年 9 月，頁 305；

<sup>94</sup> 甘添貴，體系刑法各論－侵害個人專屬法益之犯罪，瑞興，2007 年 9 月，頁 36-37。

<sup>95</sup> 有學者稱為「生命的三角關係」，參照：西田典之，刑法各論，弘文堂，2011 年 2 月，頁 8-9。

## 第二款 無心跳捐贈的明文化

所謂的無心跳(non-heart beating)捐贈，本來是早期以心臟停止為死亡標準來進行屍體器官捐贈手術的形式，但隨著腦死判定的崛起有與明文規範後，考量腦死者尚能自體循環下保有高品質的器官質量，各國器官移植逐漸以腦死捐贈為主要的器官捐贈來源。

然而，器官來源的問題依然持續存在，同時隨著 DCD 手術技術的改良與的器官保存技術與降溫缺血傷害等方式的進展，各國又開始持續發展無心跳器官捐贈(donation aer circulatory death,DCD)。關於無心跳捐贈，本文先臨床學界的分類進行說明後，就我國目前臨床實務進行探討與介紹。

### 第一目 馬斯垂克分類 (Maastricht Classification)

國際上在 1995 年以 Maastricht Classification 將 DCD 分為四大類，此四類可再歸納為在嚴密觀察控制(controlled)下發生的心跳停止與在無法監測控管(uncontrolled) 的醫院外或急診急救環境下所發生的心跳停止等二大組別，進一步言之，第一類與第二類所稱之「未控管的無心跳器官捐贈者」(Uncontrolled NHBDs 或是 UCNHBDs)，前者如病人到院前即心跳停止，後者如到院後經急救未果而心跳停止，並且無法透過醫療設備回復心跳的可能性。

至於後者第三類與第四類為「經控管的無心跳器官捐贈者」(Controlled NHBDs 或是 CHNBDs)，前者如因末期疾病而得以選擇撤除維生醫療設備時點者，後者如在腦死的情況下逐漸心臟停止。顯然的在第三類與第四類型的情況下，會被視為理想摘取器官的時機。

對於上述四種模式，在國際上，英國採用的是 Maastricht category III 的 controlled DCD，但禁止醫院為維持器官品質而在病人死亡前預先置入葉克膜(ECMO)體外循環系統，英國的 DCD 捐贈者數量自 2000 年僅 5% 到 2010 年時達到 35%，至 2015 年更有近三分之一腎臟移植來自 DCD 的

捐贈者<sup>96</sup>。

## 第二目 心臟停止死亡後器官捐贈作業參考指引

對於無心跳器捐的問題，我國衛生福利部於 2017 年 12 月正式頒布了所謂《心臟停止死亡後器官捐贈作業參考指引》，作為醫療機構進行無心跳器官摘除手術的行政規則（以下簡稱本指引）。首先，本指引顯然是依循英國現階段的處理方式，亦即採取 Maastricht category III 的撤除維生醫療設備此經控管的亡心跳捐贈模式。本指引第 2 點即明確宣示，得進行捐贈者必須是符合安寧緩和條例第 3 條第 2 款所規範的末期病人，且要出具不施行心肺復甦術或維生醫療之意願書或同意書以及死後器官捐贈同意書。

再者，第八點規定為減少病人之不適及維持心跳停止後器官之功能，移植時可給予必要之藥物，包括鎮靜、止痛或抗凝血劑等，但原先醫療過程中未使用體外循環機器者，不得為「維持捐贈器官之功能」而另行裝置該機器（也就是葉克膜）。

此外，第 12 條要求，不施行心肺復甦術或維生醫療，或已撤除維生醫療之病人，於其心跳自然停止（即體循環停止）後，應有 5 分鐘之等候觀察期；在此觀察期間，醫療團隊不得執行任何醫療行為，待確認未再出現收縮性血壓或心搏性心率，由主治醫師宣布死亡後，始得進行器官摘取及移植作業。最後，第 14 點規定，為維持捐贈器官之可用性，於主治醫師宣判病人死亡後，醫療團隊得依捐贈器官種類及醫療專業判斷，給予必要之處置措施，如低溫設備或灌流系統等。

如同上述規定可知，現行法規範下的無心跳捐贈除了須為末期病人外，尚須確認病人心臟停止，同時嚴禁使用可能會有操控延長死亡時點疑慮的葉克膜等輔助循環裝置。因此，至少在本指引框架的要求下，所謂的無心跳捐贈可以視為一種沒有爭議屍體器官捐贈類型。

<sup>96</sup> 鍾孟軒，心臟（停止）死後器官捐贈的實務運作－倫敦國王學院醫院進修心得，台灣醫界第 61 卷 3 期，2018 年 5 月，頁 34 以下。

### 第三款 摘除屍體器官的犯罪判斷

從上述可知，所謂的屍體器官移植的程序，必須先行確認的是，捐贈者死亡已經死亡。關於死亡判定的標準，基於移植來源與實際運用的需求，除了傳統較無爭議的三徵候說外，尚包含有無心跳捐贈以及腦死判定等兩種模式。關於腦死判定的問題，雖然依據目前我國人體器官移植條例的相關規定，將其視為死亡的時點，故凡是從腦死者身體摘取器官者，醫師不會構成殺人罪。但是，本文認為，關於腦死者是否為死亡，目前依然尚有爭議，因此本文以下將獨立探討腦死器官捐贈的問題，在此先行敘明。

以下，本文先將針對經由三徵候說或無心跳判定程序，認定已經死亡者，凡是摘取其器官者，從刑法評價的觀點來檢驗現行屍體器官捐贈相關的同意機制，是否符合刑法保障的期待。

#### 第一目 攻擊屍體完整性之法益保障

凡是人在死後，作為屍體是否上存有一身專屬的利益留待刑法保護，這邊所欲探討的正是，假若屍體器官捐贈本身仍需透過本人生前或第三方的同意，這項同意就可以解釋為一種權利保障的放棄。換言之，類似先前對於活體器官移植的探討，活體器官的取得必須採取具絕對性的自願捐獻制（本人意思優越原則）的思考正是在於，同意捐贈器官的本質就是一種處分身體健康法益的被害人承諾，同時捐贈行為並非一般具有治癒性的醫療行為，針對此種百害無利己的處置，第三人應當不得擁有推測潛在捐贈者意願的空間。

相對的，身體、生命等一身專屬於人類生前等利益類型，隨著死亡後就消失殆盡。若將摘除屍體器官視為一種不法攻擊，相對應於屍體本身所受的利益侵害究竟為何？以下將進一步說明之。

## 一、死後的人格權

首先，根據德國基本法第 1 條的精神，人性尊嚴是一切憲法所保障的基本權利之基礎與開端。學說上就有主張，人死後之屍體並非純粹轉化為民法上的「動產」或物品，而是作為一種殘餘的人格權利，於死後持續的存在，具體的說，也可以解釋為是一種死者在生前對於死後的願望與評價等之尊重。例如，曾有實務判決主張，人死後的身體並非近期者或相關人員等第三人之所有物。

基於這項觀點，根據死後人格權的價值殘餘，實定法上若有規範屍體器官捐贈必須經過本人生前同意，這項同意本身正是一種死後人格權的象徵。這項觀點被認為有說服力的地方在於，若單純將屍體視為家屬的所有物，在死者是否捐贈器官的情況，可能就會演變為只要請求家屬處分該物（同意），就能順利取得死者器官，關於此點就看出，縱然已成為屍體，也應要給予某種程度的尊重<sup>97</sup>。

從憲法保障人性尊嚴的價值秩序中導引出原則必須尊重死者生前捐贈器官自主決定權的思維，應當可以受到認可。但是，也有認為所謂的死後人格權的概念過於曖昧不明，究竟這項權益本身對於生前之人可以帶來何項效益或好處，很難從死者身上看到<sup>98</sup>。換言之，所謂的死後的自主決定權還是來自於生前意思的擬制。

再者，如果將其視為一種人格尊嚴的展現，這種一身專屬性的權利，就如同活體器官捐贈的邏輯相同，當死者生前未曾表達捐贈意願時，是否能透過第三方如家屬或醫師等的推定，來代為表達捐贈之意願？更遑論有些採取默許預設同意制的國家，可能會有嚴重侵犯生者死後人格權的疑慮。

## 二、集體式的社會利益

相較於從個別人格尊嚴的角度來開展刑法維護屍體完整性的法益保護，學說上也有主張，一方面承認死者具有人格尊嚴，另一方面也須重視

<sup>97</sup> 後藤有里，註 89 文，頁 138-139。

<sup>98</sup> 後藤有里，註 89 文，頁 149。

社會道德價值秩序等集體形式的利益。這項說法主要認為，所謂的死後人格權的說法僅僅是一種表達方式，透過殘餘人格價值的論述基礎，實際上，背後所要探討的應當是存在於個人自身，是否期望在其死後法律持續保護本身對自己的期望與想法等問題上<sup>99</sup>。

換言之，這項期望勢必可能來自於社會各方，凡是身為人都會有的期待，也就是關於死後他人如何處置我的屍體，例如選擇埋葬當方式，或是簡單火化投入大海等，這些都會涉及到一種人類尊嚴與社會對於死者信仰等虔誠與否的利益。因此，與其將此視為一種一身專屬性的個人利益，反倒解釋為一種集體形式的抽象社會法益，應當較為妥適。

## 第二目 該當毀損屍體罪之不法

從屍體摘取器官供移植所用，已經排除侵害生命法益的可能性，但醫師如果未經死者生前同意，可能會有相對應的刑罰規定。例如，在法國，屍體受到嚴格法律的保護，任何未經死者本人生前同意而私自處理其遺體或摘取其器官的行為都將會被論以 1 年監禁並科 15000 歐元罰金<sup>100</sup>。

從我國刑法的評價上，應視情況分別成立刑法第 247 條第 1 項所規定行為態樣：「損壞、遺棄、污辱或盜取屍體者，處六月以上五年以下有期徒刑。」此外，日本刑法第 190 條也有相同的規定，一般稱為毀損屍體罪<sup>101</sup>。換言之，凡是醫療人員客觀上摘取他人屍體內部的器官，就很難逃離「毀損」構成要件要素的解釋涵攝。至於是否得以阻卻違法，必須先行探討該罪本身所欲保護的法益為何。

通說認為，無論是我國刑法第 247 條或日本刑法第 190 條的毀損屍體罪<sup>102</sup>，普遍認為所欲保護者是指向慎終追遠的家族倫常觀念，也就是透過法律對於屍體完整性的維護，作為人類群居生活所形成的家庭倫理與宗教風俗習慣等社會利益之保障<sup>103</sup>。這項說法較為傾向於上述探討中，所謂朝

<sup>99</sup> 後藤有里，註 89 文，頁 143；山中敬一，刑法各論，成文堂，2015 年 12 月，頁 720 以下。

<sup>100</sup> 參照：拙文，註 80 文，頁 255

<sup>101</sup> 日本刑法第 190 條：「損壞、遺棄或取得屍體、遺骨、遺髮或棺內之物者，處三年以下懲役」。參照：手嶋豐，醫事法入門，有斐閣，2015 年，255 頁。

<sup>102</sup> 原田保，死體損壞・遺棄罪の成立範圍，愛知学院大學論叢法學研究第 46 卷第 2 号，2015 年 2 月，19 頁以下。

<sup>103</sup> 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，一品文化，2018 年 9 月，頁 359 以下；盧映潔，刑法分則

向社會集體意識的方向來詮釋屍體器官摘取可能侵害的利益。

而若朝此角度來理解，傳統上可能會認為，無論死者生前有無同意或家屬是否允許，摘取屍體器官本身都是一種社會可能不會容許的犯罪行為。此處可以被解釋為社會抽象法益無法藉由個人持有處分下所導引出的當然道理。由於社會法益非個人能夠持有與處分，解釋上無論死者或家屬的意願為何，抽象社會法益的侵害皆是既定事實，最後僅能在違法性層次透過利益衡量的方式，認定器官移植行為是一種符合優越利益原則的社會相當性行為，依業務上正當行為或依法令之行為來阻卻違法<sup>104</sup>。

不過必須留意的是，傳統毀損屍體罪所保障的法益論述，並未設想到人體器官移植的情境中，摘取屍體身上器官拯救他人生命的情形。換言之，從整體法容許性的觀點來說，救助他人生命而摘取屍體器官本身應當可以得到社會普遍的價值認同，此時，若將此向社會利益納入這項考量，加上上述說法中，也未忽略死者殘餘人格尊嚴價值之維護此點，最終應當得以在得到死者生前同意或家屬同意的前提下，進一步探究阻卻違法的可能性。

此外，也有學說主張，本罪所保障者，尚隱含有死者生前人格尊嚴或家屬情感等維護功能，具有個人法益的性格特質<sup>105</sup>。例如，依據日本器官移植法第6條第3項規定，本人可將提供器官與接受腦死判定的意思表示以書面註記，但家屬若有反對就不在此限。

換言之，從家屬具有否決器官捐贈的權利設限上，等同是無論死者是否表達意願，或是明確希望捐贈，只要家屬沒有表達反對的立場，就不會損害遺族的情感利益，摘取器官就不會有刑事責任；相反者，死者生前雖已同意，若家屬事後反對，醫師卻執意摘除者，此時就會有成立毀損屍體罪的可能性。由此可知，日本關於毀損屍體罪的法益保護，應是側重家屬對死者情感利益，是一種重視家族整體意識文化的特有立法模式<sup>106</sup>。

綜上可知，傳統學說對於毀損屍體罪的法益解釋與定位，似已無法因

新論，新學林，2018年9月，頁467以下；靳宗立，刑法各論I—國家·社會法益之保護與規制，自版，2011年9月，頁674以下；山口厚，刑法各論，有斐閣，2010年3月，頁524以下；川端博，刑法各論講義，成文堂，2010年4月，頁625以下。

<sup>104</sup> 如同我國刑法第247條毀損屍體罪於所在社會法益罪章中，未編列告訴乃論的條文設計。

<sup>105</sup> 山中敬一，註99書，720頁；齊藤誠二，刑法における生命の保護，多賀出版，1992年6月，272頁以下。

<sup>106</sup> 辰井聡子，死体由来資料の研究利用—死体損壊罪，死体解剖保存法，死体の所有権」明治学院大学法学研究91号，2011年9月，頁58以下；參照：拙文，註80文，頁258。

應器官移植這類新興醫療技術發展需求，故有重新思索與解釋的必要。

### 第三目 阻卻違法事由的思考與論證

無論各國耗盡多少努力與心思來精進移植技術，凡是涉及到人體器官捐贈的問題，難免都會面臨器官來源數量嚴重不足，徒有技術而無作為可能性的困境。然而，為了擴大器官移植來源管道，囿於活體器官來源本質上的限制，各國無不針對屍體器官取得的範圍與可能性構築起更為積極的管道來增加器官捐贈的來源。

基本上，除了提早傳統死亡的時點，從腦死或無心跳捐贈等標準來提升捐贈器官的可用性外，更重要的是，如何盡力的擴大器官來源的思考上，現實中，除了捐贈者本身生前已有明確表達同意捐贈的意思外，多數情況往往都是死者生前未曾表明捐贈意願的情形。此時，如同上述，可能的處理模式大致上就可分為家屬同意或預設默許制等模式<sup>107</sup>。不過，就如同先前提到，這些模式的運作上，實際來說就是以家屬的意願為優先，至於家屬同意捐贈的意思，就刑法之評價上究竟代表何種意義？不無疑問。

如同前述，關於屍體的處分涉及到的是死者所殘餘的人格尊嚴，權利本身具有一身專屬的性質。進而，凡是這種專屬性與持有者越發緊密時，實際上能夠交由第三人恣意代理的可能性就越低，如果需要代理，就其代理關係的證明上也需要有更加嚴謹的程序作為配套。因此，按理來說，若將刑法毀損屍體罪所保障之法益定性於一種個人持有的人格利益，是否能夠交家屬、甚至是國家來推定該者自始就有捐贈的意思，進而阻卻毀損屍體罪的不法，不無疑問。

是故，若為肯定者，必然是採取推定同意說的立場。該者主要是從近親者具有一種固有的義務權限的觀點出發，主張親屬代為同意的前提，必須限於死者生前從未表達過任何意願的情形。此時，如果親屬本身知悉死者生前願意捐獻器官的想法，在法律上就有提供予醫院知悉的義務<sup>108</sup>。換言之，家屬同意本質上必須被理解為一種對死者願意放棄刑法毀損罪法益保障的推測承諾，死者生前若無表達同意或反對的意思表示時，對於捐贈

<sup>107</sup> ペーター・タック 著，甲斐克則 編訳，註 82 書，頁 160-169。

<sup>108</sup> 後藤有里，註 89 文，頁 141 以下

器官的決定，就會交由家屬表達自身立場來補充推定死者生前的意願為何。由於親屬與死者生前，時常會有較為親密的乖系，也能較為清楚的理解與掌握死者生前的個性與志趣，因此，最近親屬應當最有資格做為生者死後殘餘人格價值發展的最佳代言人。對於死者是否願意遺愛人間或別有考量，家屬代為承諾可被認定是對死者生前意志的追認與確保。

相較之下，如同前述「預設默許制」的設計，是將屍體利用視為一種公共議題，也逐漸受到社會肯定，認為凡是身為人，死後屍體就會被視同一種公共財產，應當回歸於社會所用。但本項制度本身就是透過純粹客觀的利益衡量、社會相當性等作為阻卻違法的依據。換言之，此處立法者所考量者，無疑就是將人類生命健康的延續，對任何人而言皆是最高利益，其移植利益（拯救病人生命）與摘取屍體器官的損害（屍體的生前人格尊嚴）衡量後，前者顯然會較後者優越<sup>109</sup>。

#### 第四目 本文看法

誠然，無論採取何種立法模式，基本上都需建立在無法實際依循死者生前意願的前提下（未同意也未拒絕），方能探討第三人代理的可能性，這是為了確保器官移植本身依然需要符合醫學倫理中的自主原則，也就是保障死者自主決定權的前提下。

##### 一、依循親屬意願的情況

回到我國，有關於屍體器官移植的捐贈程序，原則採取死者生前自願捐獻制（opting in），而家屬僅具有推定同意的權限，而行使這項權限的前提，尚須死者生前未明確表達捐獻意願時方得為之<sup>110</sup>。為求與該法設計理解的方向一致，我國毀損屍體罪的法益概念，解釋上就需具有側重殘餘人格尊嚴價值的保障內涵<sup>111</sup>，尤其在器官移植的場合，死者生前對於此等個

<sup>109</sup> 參照：拙文，註 80 文，頁 260-261。

<sup>110</sup> 人體器官移植條例第 6 條第 1 項「醫師自屍體摘取器官，以合於下列規定之一者為限：一、經死者生前以書面或遺囑同意。二、經死者最近親屬以書面同意。」

<sup>111</sup> 黃仲夫，簡明刑法分則，元照，2010 年 9 月，頁 264 以下；日本學說也有提及，從器官移植的特殊場合觀之，毀損屍體罪應有保障本人死後殘餘的人格權等價值，松宮孝明，刑法各論講義，成文堂，2012 年 10 月，頁 418。

人法益應能自由的持有與處分，醫師一旦取得死者生前之同意，就如同生者自主安排發展其人格，摘取行為就不會侵害生者死後人格尊嚴法益，進而直接排除該罪的刑事責任。

## 二、違反死者或家屬意願的情況

至於，假若醫師違反死者生前不願捐贈器官的意願，或當死者生前意願不明，醫師卻不顧家屬反對，執意摘除屍體上之器官者以供移植者，是否仍有阻卻犯罪成立的可能性？本項問題在處理的本質上，就是在思考他人客觀的生命或身體利益以及死者殘餘的人格利益，甚至家屬、甚至社會對於屍體身體完整性所要求的虔誠感情等利益間相互權衡。也就是依然須在個案中採取利益衡量的模式，探尋阻卻違法的可能性。

主要可以分為兩種說法<sup>112</sup>。其一，採取「緊急避難說」。該說認為，針對摘取器官而毀損屍體的不法評價，若採取保障死者生前人格尊嚴的立場，本人生前同意就會成為毀損屍體罪的刑事正當化基礎。

不過，若在緊急事態下，為保全病人生命利益，則可透過日本刑法 37 條緊急避難事由與以正當化<sup>113</sup>。例如，曾在對岸大陸就有類似案例，亦即，發生於北京某醫院的「眼球案」，一位醫生為了救治絕境中的急症病人，不得以從太平間摘取了死者眼球，成功治癒兩名眼疾病人。直到死者親屬發現後，要求追究醫生的刑事責任並賠償精神損失。假設，該病情本身具有急迫性而符合緊急避難的要件時，似乎就得阻卻違法。

其二，有論者採取的是「優越利益說」。本說主要是對緊急避難說進行了批判，認為死者殘留的人格權等概念過於曖昧不明，作為利益衡量標準恐有不妥，而醫師未經同意摘取屍體器官的行為，應可直接視為專斷醫療行為，背後的合法化依據是直接考量的是第三人的生存與生命法益，在整體醫療考量中，顯然會輕易地居於高價值與優越的地位<sup>114</sup>。不過，採取優越利益說之論者，如果推向極端，就如同上述的預設默許制般，原則不需探詢家屬意見，也必須確保死者生前就有無捐贈意願，對於死者殘餘尊

<sup>112</sup> 參照：拙文，註 80 文，頁 262 以下。

<sup>113</sup> 劉長秋，註 3 書，頁 101 以下。

<sup>114</sup> 佐久間修，最先端法領域の刑事規制—医療・経済・IT 社会と刑法，現代法律出版，2003 年 7 月，頁 134-135。

嚴（自主決定權）將會形成嚴重的侵害。因此，本文認為，優越利益說依然要有緊急性與重大性等客觀限制，例如，應是在保全他人生命的情況下，才能阻卻侵害死者生前尊嚴的違法性。如果僅為回復病人視力，而未經同意摘取屍體之眼角膜者，恐怕難以給予正當化的理由。

綜上，死者殘餘尊嚴與人格價值等概念並非曖昧不明。面對重大生命法益的維護，死者所殘餘的人格價值利益並非絕對弱勢，整體上仍須採取個案判斷的立場，若非緊急情況下，醫師仍應設法取確認本人臨終或生前意願，甚至應獲得死後家屬追認，而非一味採取僵化的價值判斷思維，將利益權衡限縮於純粹法益位階的比較<sup>115</sup>，僅從法益位階高低來取得答案。

相對的，凡是從生命法益絕對優越原則來權衡，此項決定性將會要求醫師只要在醫學上有強力的實證依據，能夠主張當下拯救病人生命的必要性，如此除了直接導致現有的相關移植法令等保障機制形同具文外，必然也會嚴重侵犯到死者的人格尊嚴或自主決定權。因此，當醫師有必要在未經驗死者生前同意來摘取屍體器官的情況中，本文認為仍應當依據刑法第 24 條緊急避難的規定，判斷病人的生命是否面臨緊急等急迫狀況，進一步判斷得否據此來阻卻毀損屍體罪的不法構成要件該當性<sup>116</sup>。

### 第三項 腦死器官捐贈的刑法爭議

如同前述，在法政策上嘗試來拓展屍體器官的來源，無非是為了創造與提高器官移植的效益，拯救更多的生命。因此，國際上多數國家都會以腦死標準作為器官捐贈時，判斷捐贈者死亡的時點，同時依據腦死判斷準則與程序進行的死亡認定，也能確保醫師摘取腦死者身上器官後，後續不需承擔相關的刑事責任。

關於腦死的判定，原則可以區分為兩大程序要件。第一，待判別者本身是否同意進行腦死判定；第二，過程必須經過醫學與臨床上的謹慎評估與判斷。就法規範的觀點來說，針對第二項程序的評估一旦形成疏失，假

<sup>115</sup> 其實緊急避難的利益衡量，較精確來說，應是由避免危難行為所生的損害與危難本身之損害，兩者相互比較得出。參照：柯耀程，刑法釋論 I，一品，2014 年 8 月，頁 379 以下；違法性中的利益權衡，法益位階只是其中參考標準之一。以緊急避難中的衡平性要素為例，個案中尚須從法益侵害的強度、危險急迫程度、危險來源以及是否可歸咎於避難者引起知危害等標準來綜合考量。參照：張麗卿，刑法總理論與運用，五南，2018 年 9 月，頁 217。

<sup>116</sup> 參照：拙文，註 80 文，頁 263。

若最終導致醫師摘取器官時，尚未進入腦死狀態，就有可能受到業務過失致死罪的責任追究。不過，假若醫師違反的應當取得捐贈者同意的程序，例如，未經死者本人同意或在本人明示反對的情況下，依然展開腦死判定程序進而摘取器官，可能就會有構成殺人罪的疑慮<sup>117</sup>。

原則來說，人體器官移植的法理原則上，無論是活體器官捐贈或是屍體器官捐贈，皆應建立在尊重捐贈者的自主決定權的基礎上。主要的理由就是，考量此種特殊醫療行為，就如同攻擊性的緊急避難一般，承受損害者原先本無義務要配合這項避難行為，要求該者配合的唯一理由，應當回歸自主性的考量來進行思考。換言之，任何違反捐贈者自主原則來取得器官的行為，應當皆為社會所不容許。此項思維應當作為取得他人器官的基本態度。

再者，對於未經同意摘取屍體器官的不法行為，有些國家或特別創設附屬刑法的規範來對此類特殊法益進行維護，或是如同我國，將其視為一般毀損屍體罪等處罰行為。並且將該罪所保護的法益視為一種人類死後殘餘屍體中的人格尊嚴與價值<sup>118</sup>，必須給予死者生前自主決定的權利。

不過，將腦死視為人類死亡時點的國家，自然可以採用上述的標準來進行刑法評價。但是，有疑問的地方在於，假若腦死並非死亡，此時本身的程序與屍體移植程序相較，有無差異之處與值得探討之處，本文以下將進一步說明之<sup>119</sup>。

## 第一款 採取腦死選擇說的功利性

### 第一目 死亡選擇說與死亡一元說

腦死選擇說，是相對於所謂「腦死一元說」。腦死一元說是指，透過社會的共識或法律明定，無論是否基於器官捐贈等理由，將腦死視為人類死

<sup>117</sup> 曾根威彥，現代社會と刑法，成文堂，2013年12月，頁299以下。

<sup>118</sup> 曾淑瑜，醫療倫理與法律15講，元照，2016年9月，頁237。

<sup>119</sup> 較為簡單的解釋，就是從凡是從實定法中找到依據(腦死判定準則、器官移植等容許規範)，就能直接依據刑法依法令之行為來阻卻違法，但這項思考的實質根據並不明確，故多數的學說依然在努力探討與說明背後的實質正當性依據。參照：西田典之、山口厚、佐伯仁志，注釈刑法第2卷(各論)，有斐閣，2016年12月，頁680以下。

亡的時點。秉持這項主張者的看法是，死亡的基準，應當具有普遍性的客觀表徵，透過特定人士來做選擇是否死亡，是非常難以理解的。死亡的標準應當從器官移植利益等考量中獨立出來，而在尋求社會的共識下將其視為穩固的死亡時點<sup>120</sup>。

值得探討的是，如果採取腦死一元說的看法，是否接受腦死判定的同意本身，是否依然會有意義？簡單來說，這項同意本身會有法規範效力，並且對於醫師得以發揮制約效性者，究竟是腦死判定的同意，或是對於後續是否願意捐贈器官同意？按理說，依據一元說的觀點，腦死是一種死亡的狀態，這個客觀狀態不可能受到病人內心的想法所干擾，換言之，死亡是不能有第二項標準存在的可能性<sup>121</sup>。因此，腦死判定無關乎病人同意與否，在法律上也是不可能產生任何法律效果的。

例如，如果採取死亡一元說，移植法令中就不應出現「腦死判定程序的啟動，應當經由捐贈者生前同意，或由家屬代為同意」等規定<sup>122</sup>。進一步來說，採取一元論的主張，由於捐贈的對象已是屍體，最終死者生前同意的意義，就僅限於刑法可能對於屍體本身所設定的保障法益。

日本採取所謂的腦死選擇說的立法模式，主要依據人民意願，容許人民視情況來決定是否接受腦死為死亡的時點。換言之，本說主要是基於器官移植為考量，如果想要啟動後續的摘除器官程序，必須先取得該者的同意；相對者，若經病人或人民事先拒絕，醫院就須依照原本的臨床標準來判斷死亡時點。

關於本說的批評很多，主要的批判是，不同於死亡一元論就腦死判定的同意與否並不具有法律意義；於腦死選擇說中，一旦病人願意接受腦死判定，關於人民是否死亡，何時死亡，等同是透過法律來容許其自由的進行選擇。如果輕易容許鬆綁人民對於自己生命的自由裁決，必然也會動搖生命法益在刑法評價的具有的嚴密與絕對的保障思維。典型採取死亡選擇

<sup>120</sup> 王皇玉，刑法上的生命、死亡與醫療，承法，2011年12月，頁133以下。

<sup>121</sup> 長井圓 臟器移植法をめぐる生命の法的保護—腦死一元論の立場から 刑法雜誌38卷2号，1998年2月，64頁以下。

<sup>122</sup> 例如，日本學說上就有批評，日本的臟器移植法第6條第3項有規定，是否接受腦死判定，應當考量本人的意願。換言之，在死亡一元說的立場上，腦死判定的同意，並不會等同於死亡的同意。醫師判斷腦死者，不會構成囑託殺人罪或一般殺人罪。參照：後藤有里，臟器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意(一)，關西大學法學論集，67卷5號，2018年1月，頁103。

說立法的國家，如日本的「臟器移植法」<sup>123</sup>，該法第 6 條第 1 項與第 2 項就明文規定，已將腦死者視為得以摘取器官的客體，但是否能進行腦死判定，亦僅限定於器官捐贈為目的時才能啟動。

## 第二目 創造器官捐贈移植效益的思維

我國人體器官移植條例第 4 條規定：「醫師自屍體摘取器官施行移植手術，必須在器官捐贈者經其診治醫師判定病人死亡後為之。前項死亡以腦死判定者，應依中央衛生主管機關規定之程序為之。」之後衛生福利部接著公布了限定適用於人體器官移植領域的「腦死判定準則」，確立了我國如同日本採取死亡選擇說的立法依據。

此時，醫師如果違反他人意願，逕行腦死判定摘取器官，由於該者的死亡的時點，依法規定必須回歸三徵候說的方式判斷，此時，醫師可能成立的就是刑法的殺人罪。相對的，如果取得病人同意並經死判定確認死亡者，由於病人已是屍體，同時在已經取得死者生前同意的前提下，自然得以阻卻毀損屍體罪的違法性<sup>124</sup>。

整體而言，死亡選擇說一方面依然將傳統三徵候說作為判斷生命終期的普遍標準；但另一方面又將腦死判定程序放入器官移植法令當中，搭配屍體移植程序來進行運作，顯然是作為提升人體器官移植醫療效益的重要配套，連帶讓人感到此規範之立法模式功利色彩十分濃厚<sup>125</sup>。

死亡選擇說，最大的效益就是在於能夠妥當的避免上述法律爭議，保障醫事人員執行移植手術不需面對殺人罪等重大犯罪的形式追究。將腦死視為一種死亡標準，主要是考量人體器官移植的政策需求。肯定說者認為除了能夠增進器官來源外，也能適度減緩醫療急救資源的浪費。畢竟，人是存在於社會，死亡並非全然依賴醫學與生物學的判斷，人類的心裡的精

<sup>123</sup> 中山研一，腦死移植立法のあり方—法案の経緯と内容，成文堂，1995 年 12 月，頁 128

<sup>124</sup> 不過，可能會有疑問是，假設當事人同意腦死判定，但卻拒絕器官的捐贈，該者同意是否依然能夠阻卻後續毀損罪的不法？針對此點，實際來說，採取死亡選擇論的國家本身，往往不會將腦死判定程序獨立於屍體器官捐贈的程序之外，兩者可以視為整體單一程序。因此現實上應當不會有類似疑慮。

<sup>125</sup> 例如，西班牙國會於 1979 年通過器官摘取與移植法，直接規定了腦死的概念及其判定要求，其體系融合進器官移植法中，是二元混合立法模式的典型代表國家。參照：拙文，註 80 文，頁 241 以下。

神關係也必須做為一種衡量因素。因此，死亡一元論仍有待社會探討來形成共識。

但也有學者反對認為，利用共識來認定死亡，等同將讓生死問題成為解釋為一種個人主觀的、感覺的感受<sup>126</sup>。從上可知，各國建立腦死標準的立法初衷，並非宏觀考量死亡標準的全面變革，思考是否會對國民意識或感情造成動搖；相反的，立法者自始就將腦死設定在人體器官移植醫療領域中，營造出一種快速創造效益，為避免醫師手術的法律爭議，這也是各國積極運用死亡選擇說的主要原因。<sup>127</sup>

## 第二款 維持傳統死亡標準的必要性

我國建構腦死標準除了追求移植效益外，也能避免醫師摘取腦死者器官後所衍生的道德爭議與刑事風險。但從刑法維護生命法益的立場觀之，本文基於以下三點認為仍有不妥之處<sup>128</sup>。

其一，腦死認定有誤判風險。本看法認為，腦死狀態本身或許並無爭議，重點是判定程序與技術的問題，一旦程序不夠嚴謹，或是醫師技術與心態不夠慎重，往往都有可能莫名犧牲了病人生命。我國有學者就曾舉出我國記者因事故而經醫師腦死宣告後，轉院又被救活的案例<sup>129</sup>。總之，囿於醫療技術的有限性，連帶影響腦死的判定，由於涉及過多專業與技術性等問題，一旦醫師進行腦死判定時，出現技術性或程序性的失誤，就會發生不可逆的後果。

其二，死亡應該是一種客觀的事實存在，必須遵循科學作出統一規律的判斷<sup>130</sup>。尤其在法規範的適用時，最令人質疑的是，依據二元論的死亡立法模式，讓同樣呈現腦死狀態的病人，生前若願意捐贈器官者就視為屍體，拒絕提供者則仍是活體。相反的，生前承諾捐贈器官者，就視同你已死亡，醫師摘取器官不會構成殺人罪。甚至設有預設推定捐贈機制的國家，人民一旦意外腦死就會成為醫院爭相摘取器官的屍體；反之，當本人或家

<sup>126</sup> 伊東研祐，刑法講義各論，日本評論社，2011年3月，頁17-18。

<sup>127</sup> 參照：拙文，註80文，頁242-246。

<sup>128</sup> 參照：拙文，註80文，頁248以下。

<sup>129</sup> 林東茂，註31書，頁12以下。

<sup>130</sup> 劉明祥，腦死若干法律問題研究，現代法學第24卷4期，2002年12月，頁22以下。

屬生前嚴正拒絕捐贈器官，醫師在病人腦死後，一旦放棄救助、撤除醫療設施來摘取器官，無疑就會構成殺人罪。兩相比較，可清楚發現在同性質的醫療作用與相同腦死狀態下的行為客體，卻因該者生前意向不同而發生侵害不同客體的詭異結論<sup>131</sup>。

最後，腦死判定與器官移植連結的結果，顯然就是一種功利考量。就腦死判斷的問題來說，無論腦死判斷規則有多縝密，仍舊無法忽略醫師基於專業知識與經驗上的判斷地位，一旦實證判斷機制參雜過多的主觀經驗或想法，如同賦予醫師操控病人生命得生殺大權。不難想像的是，醫師擁有左右腦死認定獨權力，一旦受到他人的威脅利誘，對於僅剩虛弱生命的病人來說，反而又會形成新的風險與危機。

死亡是一種自然呈現出來的事實狀態，但關於死亡的標準，有與社會人民與其國家文化等民族的共同意識息息相關<sup>132</sup>。當普遍人民無法完全接受前，承認腦死即死亡的主張似乎過早。死亡當不能有任何誤判空間，若需將死亡的時點推前，除了需要醫學實證的支持外，實際執行層面也需要非常的慎重謹慎。

例如，對岸大陸，醫療臨床上雖已出現少數使用腦死標準判斷死亡的個案。但大陸社會對於腦死尚未取得普遍共識，器官移植法令中也無特別明文。醫師一旦基於醫療目的，逕自摘取屍體器官供移植所用的，事後得否免除刑事責任，並不清楚。誠然，當在思索死亡的判斷與標準時，應當要明白確實，如果必須藉透過過於繁雜判斷流程，除了可能有外界黑手伸入干擾的疑慮外。同時，判定過程畢竟也須輔以人為操作，難免會有疏失造成誤判的可能性。尤其是在生命保障的思考下，這樣的疑慮不能不審慎面對。

目前來說，應以心肺功能喪失說或三徵候說作為死亡的統一判斷標準，在器官移植的發展下，重新認識腦死的功能，也就是在腦死並非死亡的立場下，如何思索腦死器官移植於刑法評價的正當性與適法性，本文以下將繼續說明。

<sup>131</sup> 中山研一，臟器移植と脳死—日本法の特色と背景，成文堂，2001年8月，頁185。

<sup>132</sup> 町野朔，生と死、そして法律学，信山社，2014年6月，頁371以下。

### 第三款 腦死非死亡的器官捐贈與刑法評價

目前刑法死亡認定上，運作傳統標準也都能圓滿解決問題，並不會出現法律漏洞。不過，若不承認腦死及死亡的觀點，對於生命尚存的腦死者，為何得以摘取其身上之器官？有主張認為得依據利益衡量來思考其正當化是由。但是，生命法益是否能夠衡量，一直都是在刑法生命法益的保護態度與是否容許個人自主放棄間相互衝突<sup>133</sup>。

曾有日本學者指出，儘管反對腦死即死亡者，也非完全反對腦死器官移植。當人生前具有捐贈器官的堅定寄望，當其生命走向無法挽回的腦死階段時，自然應當欣然的接受該者的決定。就如同末期病人的情況，儘管醫師明知終止維生醫療設備必然會導致死亡，但依照目前安寧緩和醫療條例等規定，也應當尊重其處分生命的自我決定；相對者，如果腦死病人生前為了捐贈其器官供移植之所需，對於處於腦死此種生命不可恢復狀態下的摘取作為，就如同實施上述實施終止維生醫療設備般，具有合法化的空間<sup>134</sup>。

本文認為，如果僅是拒絕醫療而自願出院，醫師在尊重病人自主決定權的前提下，刑法上，醫師的保證人義務即告解除，自始就沒有該當不法構成要件的問題<sup>135</sup>。惟腦死狀態下醫師摘取行為加速捐贈者達到心肺功能喪失的死亡時點，反而會被視為一種積極引導死亡結果出現的作為。若無其他合法化事由的支持，摘取腦死者的器官，在腦死非死亡的立場下，自然就會該當殺人罪責。此時，如果器官的摘取已經過死者生前同意，就需探討該項同意得否阻卻刑法第 275 條囑託殺人罪之刑責<sup>136</sup>。以下，將維持一般「三徵候說」為判斷前提，進一步嘗試探討腦死者捐贈器官如果阻卻違法。

<sup>133</sup> 久々湊晴夫、旗手俊彦編著，はじめの医事法，成文堂，2011 年 10 月，頁 134。

<sup>134</sup> 同樣處於生命狀態，但將腦死或已無意識的植物人與受捐贈者能持續生命兩者區別對待的話，就是認可生命具有相對化的可能性。酒井安行，生体からの摘出は絶対にできないか，法学セミナー通卷 453 号，1992 年 9 月，頁 44。

<sup>135</sup> 林書楷、林淳宏，從法律與醫學倫理的觀點論積極安樂死之合法化，興大法學第 8 期，2010 年 11 月，頁 122。

<sup>136</sup> 井田良，脳死と臓器移植法をめぐる最近の法的諸問題，ジュリスト 1264 号，2004 年 3 月，15 頁以下。

## 第一目 腦死者處分生命法益的正當性

我國刑法 275 條第 1 項受人囑託或得其承諾殺人罪的意義是來自於生命絕對保護原則本身，基於國家照顧主義優於個人自主決定權的思維。但是，依照目前醫學技術來談，腦死是指無法回復的健康狀態的病理階段，甚至立即就會邁向死亡，而不得處分生命如果來自於國家對於個人的照顧，此時應當就不存在國家協助必要。換言之，如果是從病人或捐贈者本身的自主決定出發，允許腦死者捐贈器官，就會形成一種生命法益保障相對化的觀點，本質上就是在生命價值高低上，將腦死者與一般人進行差異化的排列組織<sup>137</sup>。

生命法益絕對保護原則是在生命屬於發展人格與生活基礎的認知下，本來不得透過任何形式或他人之協助來放棄自我的生命。此外，基於生命的珍貴，可以合理推估，凡欲放棄生命者，可能都是一種不理性的決定，從同意無效的角度來否定自主決定權得以刑法 275 條囑託殺人罪的可能性。不過，較普遍的觀點則是認為，縱然基於有效的意思來表達放棄生命的同意，但也無法形成任何刑事正當化的結果。這正是基於生命絕對保護原則的精神，雖然生命法益看似個人持有，但並無權力處分，也就是所謂的生命法益不可處分性原則的基本精神<sup>138</sup>。

不過，在安寧緩和療護與醫療的積極推廣下，由於病人之病況往往無法讓其回復健康，徒增的痛苦已讓生命失去了原本的意義，此時，上述的觀點就會動搖。例如，得對末期病人執行一系列的撤除或不實施等尊嚴醫療處置，縱然可能縮短病人生命，待依然得以阻卻違法，這是為了保障與維持病人之人格尊嚴，嘗試軟化刑法對於生命法益保障的態度<sup>139</sup>。

為了在接受腦死器官捐贈的前提下，繼續以傳統三徵候說來判斷死亡時點，藉此迴避死亡相對與選擇化的不當之處。因此，假如從腦死者之身體摘取心臟，至少也會先行成立殺人罪的不法構成要件，同時，如果不嘗試突破生命法益絕對保護原則的要求，縱然取得捐贈者同意，也無法阻卻

<sup>137</sup> 曾根威彥，*刑法学の基礎*，成文堂，2008 年 5 月，頁 65-66。

<sup>138</sup> 張麗卿，註 115 書，頁 228。

<sup>139</sup> 齊藤誠二，註 105 書，頁 182 以下；生命價值相對化是從結果無價值的觀點進行開展，其對應在醫療法秩序中，就是呈現出醫師診療義務相對化的議題。參照：甲斐克則，*尊嚴死と刑法*〔*民事刑法研究*第 2 卷〕，成文堂，2006 年 7 月，頁 8。

違法。於此，如何詮釋我國的移植法令，得以容許捐贈者或家屬出具同意書而進行腦死判定與器官捐贈，就應當將該項法令視為一種刑法囑託殺人罪的特殊阻卻違法事由<sup>140</sup>。

## 第二目 刑事正當化事由—本人同意

腦死雖非死亡，但其移植程序依然不能與活體器官移植相同看待，這是源於生命價值與保障相對性的看法。生命價值保障相對化的重要前提，是建立在承認人民在醫療場合中，社會與法秩序皆須充分尊重病人主張自主決定權的權力。生命價值相對化背後的思維脈絡是出於自主決定權的理念精神，認為凡是身為人者，都應擁有人性尊嚴，在意志決定自由的情狀下來延展人格，人一旦無法自主安排生命或處置身體，就沒有發展人格的空間，形成對人性尊嚴的侵害<sup>141</sup>。

近年來，隨著緩和醫療的積極推廣，在一定條件下，希望能夠賦予人民擁有死亡的自主決定權，而對於腦死捐贈的人民來說，不同於死亡協助本身的目的是在於緩和病人痛苦與維繫人格尊嚴，在我國接受腦死判定尚有拯救他人生命為目的。兩者的思維模式是否相同，必須進一步來探討。

從接受腦死判定的臨床條件可知，一旦病人經由判定腦死，該時點也等同於治療的極限。如果將此時點視為一種治療義務的界限，任何人不施予治療行為，都會讓人步入死亡，等同於將醫師從繼續治療的義務中解放出來。進一步來說，在極為迫切的臨近死亡的狀態下，無法否定當病人選擇捐贈器官，就是代表了選擇步入死亡。

此外，當本人積極且明確的表達願意捐贈器官的意願時，基於當事人意思的尊重也能視為一種維護捐贈者尊嚴的展現。例如，主張腦死非死亡意見者，一般都是討論摘取腦死者心臟的行為，醫師須有特殊的阻卻違法事由才能進行，而於多數的學理見解中，普遍以同意論為主張，認為獲得

<sup>140</sup> 後藤有里，註 122 文，頁 113 以下。

<sup>141</sup> 中山研一，註 123 書，頁 110；住田安希子，臟器移植法における死の線引き—現象学的視點の導入を試みて，立命館法政論集第 9 号，2011 年 9 月，頁 26 以下；參照：拙文，註 80 文，頁 265。

腦死者生前的真摯捐贈器官的同意，方能阻卻違法<sup>142</sup>。

基於上述的想法，凡是病人生前已表明願意接受腦死判定與捐贈器官的意願，這項同意即得做為刑法囑託殺人罪不法的特殊阻卻違法事由，但嚴禁以緊急避難或利益衡量等理由額外取得阻卻違法的效果，如此方能尊重病人的自主決定權利<sup>143</sup>。總歸來說，本文認為，腦死狀態是一種客觀上已經無法支配自己人格發展與安排生活的狀態，捐贈者生前是否同意接受手術的意願就變成非常的重要<sup>144</sup>。

此外，腦死標準目前審慎用於人體器官移植手術的情況，就是為了避免滑波效應的風險，容許將死之人（腦死者），積極處分其殘存的「生命法益」。同時，要求醫師摘取其器官來提前終結自己生命，進而保全了相對較優越的生命利益（接受腦死器官而延續生命的受贈者）<sup>145</sup>。

不過，必須注意的是，這項衡量的基礎，必須建立在捐贈者本身主觀上的同意，換言之，延續病人生命的優越性，是否遠遠高於可能捐贈者本身末期依賴自主決定來處分生命的利益，如果透過生命法益等價與絕對保護原則來思考，必然無法從客觀比較上得到答案，仍應以可能捐贈者主觀評估為據。

總之，同意接受腦死判定程序以及捐贈器官的刑法評價，就是將自主決定權視為阻卻違法的正當化事由。同時，人體器官移植條例與腦死判定準則的相續明文，已免除醫師執行移植手術可能構成殺人罪的疑慮，其中，摘取腦死者器官前，必須經過腦死者生前同意的程序要件，刑法評價上，應當視此承諾為允許醫師終結生命法益的「特殊阻卻違法事由」；相對的，一旦醫師未經承諾，判斷病人腦死後摘除其器官，就會構成侵害生命法益的殺人罪<sup>146</sup>。

---

<sup>142</sup> 相關學者意見，山研一，腦死移植立法のあり方—法案の経緯と内容，成文堂，1995年12月，頁102以下。

<sup>143</sup> 川口浩一，臓器移植法における提供者の同意要件について，大阪市立大学法学雑誌36卷3号，1990年，頁431以下；ヘニング・ローゼナウ，甲斐克則・福山好典訳，ドイツにおける臨死介助及び自殺幫助の権利，比較法学47卷3号，2014年3月，214頁。

<sup>144</sup> 佐久間修，刑法総論，成文堂，2009年11月，頁187。

<sup>145</sup> 有學者稱為特定的臨死狀態（殘存的生命利益）。參照：佐久間修，註114書，頁112-113。

<sup>146</sup> 久々湊晴夫，やさしい医事法学，成文堂，2007年5月，頁152-153。

### 第三目 刑事正當化事由—家屬同意

如果採取腦死非死亡的論點，同意摘除腦死器官雖然涉及到的是自己生命法益侵害，但只要獲得捐贈者真摯的承諾，自願放棄刑法對其生命法益的保障，應得阻卻違法。不過，多數國家為了追求移植效益，移植法規範中也會訂相關的積極勸募的配套措施，設法促進捐贈器官數量的增加。

例如，我國人體器官移植條例第 6 條第 1 項規定：「醫師自屍體摘取器官，應得到死者生前書面或遺囑同意，或是經死者最近親屬以書面同意。」同時根據第 8 條之 1 規定：「所謂的最近親屬的範圍，依序包含了：一、配偶；二、直系血親卑親屬；三、父母；四、兄弟姊妹；五、祖父母；六、曾祖父母或三親等旁系血親；七、一親等直系姻親。」而第 2 項與第 3 項則進一步規定，最近親屬所為的書面同意，內容不得與死者生前明示之意思相反，且最近親屬意思表示不一致時，依第一項各款先後定其順序。後順序者已為書面同意時，先順序者如有不同之意思表示，應於器官摘取前以書面為之。

該如何解釋上述的立法規定，有必要進一步來探討。一般腦死器官捐贈中，家屬同意的法律定位與功能，大致可以三種情況來思考<sup>147</sup>：1.本人意思的代行者；2.本人意思的推定者；3.一方面推定本人意思，另一方面在無法推定本人意思時，應當依據親屬自己的立場與想法來判斷；不需考量本人意思，完全交由親屬本身來進行判斷。

例如，如同前述，日本的立法例中，由於有特別明文規定，當本人生前明示捐贈器官的意願時，家屬依然可以在事後否決該項決定，也就是屬於第四種類型的立法模式。這項立法也招致了不少批判，主要認為於器官捐贈的情況，將家屬的意思至於優越的地位將會嚴重侵害本人的自主決定權。

原則來說，基於自主決定權的保障，近親同意的運用，應當限縮在本人已經無法表達自主意願或欠缺意識的狀態下。而從在刑法的評價上可知，器官摘取將對人體形成重大侵襲的結果，是否同意這項手術，該同意應當屬於本人一身專屬的事項。一般為了追求器官供體的來源，立法上額外制

<sup>147</sup> 後藤有里，註 122 文，頁 95-96。

定第三人同意等機制時，原則應當從尊重本人意願的觀點，進行審慎的評估<sup>148</sup>。例如，如果最近親屬本身充分且清楚的病人願意捐贈器官的想法，而將此想法客觀的表達出來，這就等同於本人的使者，協助其傳達意願，可以解釋為是得到本人同意而阻卻刑法殺人罪的違法性<sup>149</sup>。

此外，如同上述提到的不同類型的第三人（近親）的同意機制，由於第三種類型允許家屬自主決定，這種立法模式明顯的將嚴重侵害病人自主決定權，在日本立法上也招致不少批評，在此暫不討論其適法性的問題，而必須深究的應當是第二種情況，亦即，於腦死器官捐贈時，是否允許最近親屬在不甚知悉病人真摯意願的情況下，推測其性格與想法來代為表達同意？也就關於腦死判定與處分生命法益等事項，是否能允許第三人採取推測承諾來阻卻違法的問題。

近年，我國依序制定的安寧緩和醫療條例與病人自主權利法等規定，針對瀕臨死期的末期病人，賦予其提前終止積極治療的拒絕權限，諸如，於安寧緩和醫療條例第 7 條第 1 項與第 3 項規定，只要有二位醫師診斷意願人為末期病人且已簽署意願書時，就得不施行心肺復甦術或撤除維生醫療設備，當病人意識昏迷或無法清楚表達意願時，由其最近親屬出具同意書代替之。另外，同條第 5 項規定，意願人曾親自簽署意願書或最近親屬依法出具代為同意書時，意願人如在急救或維生設備已介入恢復其呼吸與意識時，醫師仍得撤除維生設備或終止心肺復甦術<sup>150</sup>。

從上述規定可知，醫師得在病人未曾表達意願而陷入昏迷時，由最近親屬簽具同意書，而這份書類文件的簽具，等同就是以家屬的推測來作為醫師囑託殺人罪的阻卻違法性。相較於末期病人在尚未進入腦死階段時，仍可透過家屬推定承諾來請求醫師解除維生設備，並且阻卻違法；依舉重明輕的法理，於腦死移植的場合中，自然亦得允許家屬推測病人的意願。

不過，必須進一步思考的是，關於目前我國規定，關於第三人同意的設計，除了要求同意主體的身分須是「最近親屬」，同時也會有優先順序。然而，如果以推測承諾的法理來思考，為了維護可能捐贈者的自主決定權，應當要嘗試去判斷，何者最能理解病人的想法或主張。例如，病人平時與家人關係疏離，臨終時，反而最能理解其意願者，是在旁照顧的醫師或護理

<sup>148</sup> 後藤有里，註 122 文，頁 97。

<sup>149</sup> 町野朔、長井圓、山本輝之編，臟器移植法改正の論点，信山社，2004 年 5 月，29 頁。

<sup>150</sup> 參照：曾育裕，醫師法規，五南，2010 年 9 月，頁 35-36；另可參照：陳子平，醫師違反緊急救治義務之刑事責任—與日本法之比較，月旦法學第 158 期，2008 年 7 月，頁 140。

師。假若病人曾有向醫師表達願意捐贈器官的意願，如果家屬出面反對，是否依然需要尊重家屬的意思？不無疑問<sup>151</sup>。

綜上，本文認為立法上應當嘗試思考，如何於個案中尋找得以作出符合病人人格、自主意願等之決定，純粹藉由親屬身分關係來推定該者必定就是病人的最佳代言者，恐怕稍嫌速斷，從刑法評價上也很難透過推測承諾來阻卻醫師責任<sup>152</sup>。

## 第六節 小結

人體器官捐贈視為一種特殊醫療的原因是，相較於傳統醫療行為是以治癒、回復病人身體健康為目標，器官捐贈醫療手術顯然無法作相同理解。由於一般的醫療行為，在確保醫學適應性與技術正當性的風險控制下，是一種純粹創造病人關利益的行為。人體器官捐贈手術的特殊性在於，其一，手術本身欠缺治癒受術者的身體利益等醫療目標，其二，手術導致受術者身體法益受到很大的影響，在活體捐贈上，對於捐贈者身體僅僅是一種單純傷害；在屍體捐贈上，則是直接侵犯了社會風俗或死後人格殘餘尊嚴等利益。是以，此種特殊醫療行為本身就需直接涉及的是他人（受贈者）利益的保護，而同時導致自己利益喪失的局面，理論上得以自主決定權的範圍就須受到傳統刑法理論的限制。

詳言之，自主決定權濫觴於人性尊嚴保障的需求，理想的情況應當盡力任其自由發展，於醫療領域中，就是強調病人得以自主選擇接受何種治療或是拒絕治療。但是，在某些特殊情況中，自主決定權就如同其他基本權利般，與他人利益形成衝突時，就須進一步思考有無退讓的可能性。而在人體器官捐贈的問題上，法政策上一旦過度開放容許捐贈的範圍，可能就會形成一些道德上或實質權益侵害的風險與危機。例如，活體捐贈者，若開放活體心臟器官捐贈手術，難保不會有捐贈者受到有心人士的脅迫或利誘，導致其失去生命，又如近親間的器官捐贈手術，雖是可被社會廣泛認同的善行，但是若是涉及生命或身體法益的重大損害或危險，單憑捐贈

<sup>151</sup> 水澤久惠，臟器移植の倫理性—臟器を提供する意思の尊重という観点から，新潟医学会雜誌，2011年7月，381頁以下。

<sup>152</sup> 原秀男，『腦死』と人權(特集腦死をめぐる諸問題，法律ひろば第38卷8号，1985年8月，29頁。

者同意可能會陷入道德上的無法拒絕的困境。

關於人體器官捐贈此項特殊醫療行為，首先在活體器官捐贈的情況下，捐贈者的自主決定權必須初步受到刑法被害人承諾的法理限制，換言之，本文認為，正因為活體器官捐贈手術對捐贈者的身體健康而言，屬於一種百害無利的低價的特殊醫療處置，背後得以賦予之唯一實質合法化依據，正是基於自願捐獻相同思維脈絡的「捐贈者自主同意」的被害人承諾為標準來進行判斷。進一步而言，從被害人承諾法理上的內在限制（客觀限制）而言，來自嚴禁處分生命法益的基本態度，活體器官摘取手術不得捐贈心臟或其他可能導致死亡的器官，此外，對於可能導致重大身體法益侵害或有可能伴隨死亡風險的器官，也嚴禁捐贈。

這項思維也代表在刑法被害人承諾的制約下，關於各項移植程序的要求或規範限制等，都應在被害人承諾的框架下進行，除了上述客觀性限制外，諸如程序中必須設置醫療倫理委員會來進行審查，確保捐贈者的真摯性，更重要的是，這項捐贈手術不容他人推測代理，也就是當本人欠缺同意能力或失去意識時，不得透過第三人的推測承諾來賦予捐贈手術的刑事正當性。綜上，人體器官捐贈行為，凡是涉及生命或重大法益的侵害，縱然取得捐贈者的真摯承諾，在被害人承諾法理的制約下，捐贈者出具的承諾表示自始無效，實施手術之醫師將會成立受其囑託或得其承諾的加工自殺或重傷罪。

其次，關於屍體移植，較有爭議的地方在，屍體移植本身涉及的並非生命或身體等重大法益之侵害，並且不同於活體器官移植手術必須受到被害人承諾法理的嚴格約束，多數國家為了積極取得屍體器官的來源，大都設有預設同意或家屬同意等第三人配套措施，這項措施運用在目前的屍體器官移植手術中是否妥當。再者，為了追求屍體移植的效益，將腦死作為傳統三徵候說外，另一項死亡的時點是否妥適？若腦死並非死亡，是否依然得以藉由目前的腦死捐贈程序取得其身體器官。

關於上述問題，首先可以確認的是，縱然是屍體器官捐贈，原則仍應盡力取得本人的同意，但例外在本人生前未表示同意或拒絕的情況下，方能思考第三人代為同意的可能性。而在我國，原則採取死者生前自願捐獻制（*opting in*），而家屬僅具有定死者生前可能同意的權限。

為求與該法設計理解的方向一致，我國毀損屍體罪的法益內涵就須側

重殘餘人格尊嚴的保障。至於，假若醫師不顧死者生前意願或死後家屬的反對，執意摘除屍體器官，該行為的正當化事由應來自於他人客觀的生命或身體利益以及死者殘餘的人格利益，甚至家屬、甚至社會對於屍體身體完整性所要求的虔誠感情等利益間相互權衡。也就是仍須在個案中採取利益衡量的模式，探尋阻卻違法的可能性。

最後，關於腦死器官移植的情況，本文的主張是，腦死非死亡，腦死只是相較於瀕臨死亡的末期病人更加貼近了死亡時點。然而，相較之下，末期病人基於臨終尊嚴的維護，得依相關法令要求醫師撤除或不實施維生醫療措施，等同賦予病人例外得以處分自己生命法益的自主決定權，腦死者的生命幾乎已經步入死期，法政策上或許是基於提升器官捐贈效益的考量，只要確保腦死者捐贈器官意願的真摯性，依然能夠通過刑法評價的檢驗，就此種特殊生命法益的型態，也應當盡力尊重該者的自主意願。同時，在維持傳統心肺死亡的標準下，也能透過刑法的規範效力，要求醫療人員需在尊重腦死者自主決定權的前提下，方能實施摘除手術\*。



---

\* 本文部分內容曾分別於 2012、2015 年發表於東海大學法律研究所碩士論文〈人體器官移植行為及其刑法評價〉，以及東海大學法學研究第 46 期發表〈死體器官摘取行為的刑法評價〉，本章內容是基於該文的基礎之上，進行更詳盡與完善的論述，除了盡量改寫外，並增加德國與日本法最新立法例的說明，特此說明。



## 第四章 人體臨床試驗的病人自主

### 第一節 引言

對於接受試驗者不具治療目的，專門滿足研究者的功名或研究目的，為了獲得科學知識而對身體健康者實施的身體侵襲行為，一般會稱為所謂的人體實驗。相對於人體實驗，臨床實驗視臨床研究的一部分，為了對於新的醫療技術，諸如新的診斷、檢查、防治與治療方式等有效性和安全性進行評估，實施預先基於被實驗者為對象的試驗計畫。因為多數情況下接受試驗者本身都有罹患疾病，在附加上疾病治療此要素此點上，及與人體實驗不同。

由於無法預測所開發的新藥對於人體的影響，並且可能會衍生出重大傷害的危險性，為了開發新的醫療用品，最初會先進行動物實驗觀察期有效性後，才有必要對於人體進行有效性與安全性的實驗。

仰賴實驗的製藥公司，就其追求利益的面向以及以醫師為中心的研究者的興趣、理想與業績等交錯下，接受試驗者的權益保障於其中就有必要提出來深切的討論。因此，實驗是將接受試驗者的人權保護和確保實驗資料質量是為目的，進而賦予實驗者必須依循所謂「藥品優良臨床試驗準則（GCP=Good Clinical Practice）」來進行事件的義務。

一般來說，醫師是為了維持病人生命或回復其身體健康（醫學的適應性），必須依循醫學上一般所公認的醫療準則（技術的正當性），同時在得到病人承諾的情況下所實施的醫療行為，自然得依刑法業務上之正當行為來阻卻過程中，侵害的病人身體健康或導致副作用等之傷害不法。

但是，人體實驗是將欠缺醫學適應性，同時在醫療水準上未達到標準的治療方法嘗試運用於人類的身體上，只不過專門根據被害人承諾的法理，在一定狹隘的範圍內被認定具有合法性<sup>1</sup>。並且，並非是有了受試者的承諾

---

<sup>1</sup> 金沢文雄，人体実験の適法性の限界，收於：《植松正博士還曆祝賀／刑法と科学--法律編》，

就能全然獲得正當化的效果，當試驗的內容對於受試者生命招致具體的危險，或是有顯著改變其人格之虞等情況下，就有可能成立相關的刑事犯罪規定，並且因超越受試者法益處分權限而該同意將被視為無效的承諾，僅能在衡量所追求的實驗目的，其價值、侵襲程度和伴隨的風險等利弊得失的前提下，於社會相當性的範圍內，方能認定具有正當化的可能性。

另一方面，關於具有治療病人目的，但尚未確認對於的人體安全性，嘗試此種新式的治療方法或醫藥品等臨床試驗，究竟屬於人體實驗的範疇，還是僅為一般的醫療行為，早期在學說上也有不同看法。

諸如，有將臨床試驗視為醫療行為的延長，並和人體試驗的概念做出區別的看法<sup>2</sup>；也有認為儘管具有治療的面向，但依然具有不少人體試驗的特徵<sup>3</sup>；也有認為這與平常的常規治療行為的本質上就是有所差異的見解<sup>4</sup>。將臨床試驗的正當化視為與一般醫療行為相同，同樣依據刑法業務上正當行為來阻卻違法或是依據被害人承諾的法理，背後支持合法化的論述，儘管無法相同，但無論是何種見解，結論上都是認為臨床試驗的醫療技術正當性程度低落，也缺乏醫學的適應性，法規設計上必須強調對於病人之說明和取得同意程序的必要性<sup>5</sup>。

## 第二節 人體臨床試驗的意義

觀察醫學的演進史，醫學的進步與人體試驗乃至於臨床研究等有著不可分割的關係。同時，其中也隱藏有因研究方法失誤或試驗過程必然造成的人權侵害等能性，因此為了確保利益的追求與人權保障間能有所平衡，法規範於其中就佔據了相當重要的位置。

---

有斐閣，1971年2月，118頁；大谷實，醫療行為と法，弘文堂，2004年12月，212頁以下；甲斐克則，人体実験・臨床試験（第7講），收於：《ブリッジブック医事法》，信山社，2008年1月，65-66頁。

<sup>2</sup> 金沢文雄，前掲書，176-177頁。

<sup>3</sup> 中村哲，医療訴訟の実務的課題—患者と医師のあるべき姿を求めて—，判例タイムズ社，2001年2月，頁4以下。

<sup>4</sup> 光石忠敬，『臨床試験』に対する法と倫理，收於：内藤周幸編，《医薬品の適正評価と適正使用のために》，薬事日報社，1996年9月，127頁以下。

<sup>5</sup> 佐藤雄一郎，臨床研究における被験者の権利-「人間の尊厳」と説明内容について，神戸学院法学40巻3・4號，2011年3月，頁765以下；前田雅英，刑法総論講義，東京大学出版会，2015年2月，頁240以下。

所謂的人體試驗，廣義上是指，凡為了獲取新的科學知識或技術，有必要於人類身體進行嘗試者皆屬之。例如，新的治療或手術研究的開發、試行階段，或是新藥的研究開發與試行階段，或是遺傳因子的操作，實驗心理學、行動心理學等場合，透過科學的觀察來施行。

相對於廣義的人體實驗，如果僅在醫學的臨床現場，基於一定的行為規則實施試驗的情況，則可以稱為臨床試驗。臨床試驗相較於廣義的人體試驗，對人類而言具有顯著的醫療價值。但是在歷史上也曾出現過僅僅與人體有關的試驗領域中，無論是人體實驗或臨床試驗，對於受試者之生命、身體、自由等法益造成了嚴重的侵害，也就是伴隨著著重大人權侵害的情況。

以下分別先就廣義的人體試驗與本文所欲探討的具有醫療目的的臨床試驗分別介紹說明之。

## 第一項 廣義的人體試驗

人體試驗廣義來說，也就是非基於醫療目的，而是在追求其他利益的前提下，對人體進行實驗性的作為，並且涉及到人權侵害的情況。

### 第一款 軍事的、政策性的人體試驗

人類的戰爭歷史上，尤其是二次世界大戰過程中，德國納粹對猶太人於強制收容所中進行的，可以說是一種大規模的生存價值與生命之毀滅試驗，舊日本陸軍 731 石井部隊於滿州（中國大陸）進行的毒瓦斯與病菌等生化武器人體試驗等，再加上對於美國俘虜士兵，日本九州大學醫學部進行的人體解剖事件等，都在歷史上廣泛受人知曉<sup>6</sup>。

上述的歷史事件的動機皆來自於軍事、政治上等目的，與其相互連結的人體試驗，基於研究之名，實際對人類社會並不會創造出額外的利益或價值，因此可以統一稱為軍事與政策性質的人體試驗，此種試驗當然不可

<sup>6</sup> 甲斐克則，被驗者保護と刑法（医事刑法研究第 3 卷），成文堂，2005 年 11 月，頁 23 以下。

能得到受試者的同意，甚至在國際上或國內法等都可直接視為犯罪行為，沒有正當化的可能性。從這些歷史事件的過往經驗可知，於現在社會的人體試驗或臨床研究等，應有必要圍繞於醫事法與刑事法等領域中來探討檢視其適法性的問題<sup>7</sup>。

## 第二款 研究為目的之人體試驗

其次，即使在臨床醫學的場合，完全與受試者治療利益無關，可以說是基於研究者的功利動機和單純追求利潤為主要目的的人體試驗，屬於單面向的人權侵犯手段。例如，在日本 1952 年的名古屋兒童醫院對於病童進行了人體試驗，1952 年到 1956 年期間新瀉大學醫學部恙蟲病人的人體試驗，此外在美國也曾於 1932 年到 1973 年對於黑人勞工實施的梅毒試驗，這些試驗的受驗人可能是自始沒有同意能力者，或是對於同意有效性有所疑慮之人。對於這些試驗結果，自然會有成立刑法傷害罪的可能性，也可稱為研究至上主義的人體試驗<sup>8</sup>。

自始以來，為了對於未來的療有所助益而不可或缺的實驗或臨床研究也包涵歸納於以研究為本位的試驗，原則是妥當的。但是，在這情況下，如果沒有受試者同意，伴隨的侵害結果，在刑法上自然也沒有正當化的餘地。從而，欠缺同意能力者，原則上應當不能作為受試者。即使有同意，對於生命形成具體危險的實驗或是對於人格發展將會形成顯著影響的實驗等，皆沒有正當化可能性。

## 第二項 具治療目的之人體臨床試驗

### 第一款 人體臨床試驗的意義

有別於上述兩種非具有醫療治癒目的的人體試驗，本文所欲探討的是

<sup>7</sup> 甲斐克則，臨床研究とインフォームド・コンセント，收於：甲斐克則編，《インフォームド・コンセントと医事法【医事法講座 2】》，信山社，2011 年 1 月，頁 150 以下。

<sup>8</sup> 甲斐克則，前掲文，頁 150 以下；陳祖裕，臨床試驗中的利益衝突，醫療品質雜誌 6 卷 1 期，2012 年 1 月，頁 20 以下。

具有治療目的之人體臨床試驗，並將此視為一種特殊的醫療行為<sup>9</sup>。所謂的人體臨床試驗，是指該項新的治療或藥品尚未形成正規性的治療手段，在實驗階段中就能被稱為治療的試驗或臨床試驗。在新療法的開發與應用，以及藥物開發與應用的程序中，人體臨床試驗顯然是不可或缺的。詳言之，由於藥物或療法在人體的反應不一定和動物試驗的結果相同，臨床試驗的目的是因為許多的治療方式、藥品、與醫療器材在人體實際應用的狀況<sup>10</sup>。

以癌症藥物的研究為例，人體臨床試驗是癌症藥物研究過程中的最後階段，藉由試驗可以發現這些治療藥物或方法，對於癌症預防、診斷及治療是否是安全且有效的。唯有經過人體臨床試驗，藥物才能上市，一般病患也才可以使使用。目前各大醫療機構對於人體試驗優缺點的說明大致上，優點如病人可以優先使用新的藥及治療方法；可以得到更嚴謹的醫療照護、如果試驗用藥對病人病情確有療效，病人可及時得到治療；另外缺點則是，新的藥物和治療方法可能會有無法預測的副作用和風險，治療效果不佳或甚至無效，或是並不適用於受驗病人身上等<sup>11</sup>。

## 第二款 人體臨床試驗四階段

一般而言，人體臨床試驗大致可分為四期階段<sup>12</sup>。

**第一期階段：**在藥品完成動物試驗並確認其安全性後，首先以人體為試驗對象的臨床試驗。主要目的是確認人體可承受的最大劑量、毒性、以及藥物在人體吸收、分佈、代謝等狀況。經過此階段安全試驗後，再依據這些資料進行第二期階段試驗。第一階段人體臨床試驗的對象通常都是末期癌症病患，對於現有藥物已無效時，但一般身體狀況還不錯，可以接受

<sup>9</sup> 國內學者將人體試驗區分為「實驗研究」與「治療研究」，前者應能涵蓋本文上述軍事、政策與純粹研究目的，以健康人的身體為試驗對象；後者則屬於本章所欲探討兼具治療目的的人體試驗，而從研究的角度來區分兩者間於本質上的差異，可謂十分精確，在此特別介紹說明。參照：劉秉鈞，過失醫療行為與刑事責任關係之實務回顧頁，銘傳大學法學論叢第 10 期，2008 年 12 月，頁 89 以下。

<sup>10</sup> 韓志平、呂克恒，如何成立人體試驗／研究倫理審查會，收於：戴正德、李明濱編，《人體試驗—研究倫理的理念與實踐》，教育部，2012 年 11 月，頁 93-94。

<sup>11</sup> 內田英二、熊谷雄治、浦江明憲、月川洋編著，臨床試驗・治療用語・用例集—わかりやすい説明文書作成のために，じほう株式会社，2004 年 3 月，頁 30 以下。

<sup>12</sup> 服部俊子，臨床研究領域に生じる倫理的問題—ネオ・ソクラティック・ダイアログによる明確化—，神戸薬科大学研究論集 13 卷，2013 年 3 月，頁 65 以下。

最新藥物試驗，末期病人的選擇，顯然存在著利益與風險衡量的結果。

**第二期階段：**目的在探討藥物對某一種癌症的療效，以確認適當的治療劑量，以及判斷是否值得進入下一階段最重要的人體試驗。試驗對象通常是有某一特定癌症的病人，而且是曾經接受過標準化學治療但復發的患者；若該藥物已證明有效，或者是某特定癌症並沒有有效的治療方法，也可能選擇完全沒有接受過治療的患者。

**第三期階段：**這是最重要的人體臨床試驗，目的在比較新藥是否比現有的標準治療效果好，或者是療效一樣但毒性較低。第三階段臨床試驗的規模較大，需要數百人或數千人的參與，通常會在許多國家的醫學中心同時進行試驗。病患會被隨機分配接受新藥或是標準治療，目的在客觀的確認藥物的治療效果。通常藥物經由兩個第三階段的臨床試驗，確認其安全性及療效後，才會核准上市，並廣泛使用於臨床。

**第四期階段：**為藥物上市後的繼續監視，對於藥物所產生的不良反應情形進行長期的追蹤，以確保藥物的安全性。

### 第三節 我國人體臨床試驗之法制法現況

廣義的來談醫學研究，長期累積的臨床經驗逐漸轉化為所謂生物醫學研究的倫理三原則（Belmont report）<sup>13</sup>，這三原則依序為，對於人格尊嚴給予尊重的自主原則（respect for persons）、進行利益衡量與最小傷害原則所構成的行善原則（beneficence），最後則是賦予受試者選擇權與平等接受試驗權利的正義原則（justice）。

本文以下首先介紹與說明的是，隨著醫學人體研究史的演進，從這三大原則逐漸形成的以人為對象的生物學研究的倫理規範，並且當各國無不依循這些重要的倫理規範制定相關的法律制度時，我國又有哪些具體的法律規範。

<sup>13</sup> 戴正德，研究倫理的理念與實踐，戴正德、李明濱編，《人體試驗—研究倫理的理念與實踐》，教育部，2012年11月，頁12-13以下。

## 第一項 人體臨床研究的重要倫理規範

### 第一款 紐倫堡法則 (Nuremberg code)

人體試驗是醫學進步的必經之路，同時也有可能成為人類自相殘害，謀取不當利益的手段。如同前術，歷史上德國納粹與日本分別曾於第二次世界大戰中，利用強權威勢迫使俘虜或猶太人成為試驗品，將人類視為物品操弄實驗，嚴重侵害人性尊嚴的核心價值。基於這段不堪歷史的烙印，於二戰後，於 1947 年起訴了 23 位曾經參與非人道試驗的醫師，亦即歷史上著名的紐倫堡審判。這些醫師中，共有 16 位以戰犯並違反人性遭控告有罪，其中 7 位更遭判除死刑。主要理由就是沒有得到受試者同意而進行違反人性的醫學試驗<sup>14</sup>。

從這場審判後，也推出了日後醫療臨床試驗共同必須遵守的研究倫理規範。一般稱為紐倫堡法則。這項法則有幾個明確且重要的核心理念。首先，凡是涉及人體試驗，預備試驗參與者的自主意識與同意必須受到絕對的尊重與保障。其二，試驗的目的需在沒有其他手段得以達到相同目的是，為了追求社會的利益福祉，方能以人體為試驗對象，其三，試驗過程必須盡量避免造成試驗者心裡痛苦或在在傷害，如預測有高度死亡或重傷之風險者，不得為之。其四，試驗所創造的風險必須小於可能獲取的利益，縱然是微不足道的傷害，也必須對受試者有充分保障的計畫。其五，必須告知試驗者，試驗無論在何階段，都能依據其自主意願退出<sup>15</sup>。

### 第二款 赫爾辛基宣言 (Helsinki Declaration)

隨著紐倫堡法則的推出，世界各國的醫療機構或醫學權威研究者也依據此項法則頒布了各項倫理準則，但整體觀察，其內涵與精神都不出紐倫堡法則的理念。不過，由於這些規則與權威的宣示並未有任何法的拘束力，為了努力推動各國立法依循的意願，世界醫學會(world medical association)

<sup>14</sup> 戴正德，前揭文，頁 3 以下。

<sup>15</sup> 陳彥元，研究倫理的歷史，戴正德、李明濱編，《人體試驗—研究倫理的理念與實踐》，教育部，2012 年 11 月，頁 18 以下。

於 1964 年於赫爾辛基大會上通過了赫爾辛基宣言<sup>16</sup>，為人體試驗提供了進一步的指引。這項宣示雖然也沒有法律效力，但經過往後陸續的修訂，現今也成為各國於制定人體試驗管理法規範時的遵循對象<sup>17</sup>。

其中，重要的內涵為，關於進行人體研究的目的，必須在於理解疾病的成因、發展和影響，並且嘗試各種改善疾病，或開創預防、診斷及治療等方法。因此，人體研究的核心理念，應以尊重生命與維護人類健康及創造社會共同利益為依歸。進行研究時必須保障弱勢族群的權益，必須重視可能潛在欠缺同意能力者、不得利用創造權利優勢地位來取得弱勢族群的同意，最後進行試驗時，各國應當考量國際間的相關倫理與法律等規範與作業標，這些標準不應抵觸本宣言。

此外，關於本宣言所揭示的研究基本原則，重要的內容如要求醫學研究中醫師的職責是為保障受試者的生命健康、人格尊嚴、自我決定權以及隱私等權益。試驗必須擬定研究計畫書，且經醫學倫理委員會審議，其中每一項步驟都應具體清楚並向受試者說明，諸如，計畫的經費來源；贊助者、相關機構與潛在利益衝突者、對於受試者的誘因以極可能造成的傷害結果等。弱勢者接受試驗者，僅有當該項研究的首要為受試者的健康需求，並且清楚推估能於研究中獲取利益。

最後，每一位受試者皆應被告知研究之目的、方法、經費來源以及可能伴隨的風險和傷害。受試者應被告知有權拒絕參加試驗，或隨時離開實驗。經特定資格者或醫師說明後，必須取得說明的受試同意書。如有潛在無同意能力者，應取得其法定代理人的同意，但以具有必要性而無法透過具備同意能力之受試者試驗時，當研究本身的風險與負擔極低時為例外。若潛在受者為無行為能力者，但卻有參加研究之意願，醫師應得到法定代理人的同意。當身心之狀況無法比表達同意的受試者（昏迷），當有研究的必要性時，醫師應取得法定代理人的同意。

醫師得將醫學研究與醫療照護相互結合，但醫師必須有理由相信對於參與研究的病人健康帶來不良影響。使用安慰劑或不與治療的試驗時，必須要確認使用或不治療將不會對病人本身造成嚴重或不可逆轉的傷害或死亡等風險。研究結束後應當告知參與病人研究結果。研究前應通盤誠實

<sup>16</sup> 陳彥元，前揭文，頁 20 以下。

<sup>17</sup> 第一版頒布於 1964，最新修訂於 2013，總共已歷經了六次修正。關於 2013 年修改的內容，可參照：栗原千繪子 被験者の権利と倫理指針— ミニ GCP？倫理規範？その行く末はいかに，臨床評価 41 卷 3 期，2014 年 1 月，頁 584 以下。

告知哪些處置與醫療有關，何者與研究有關。病人病情如經醫師判斷已無其他常規治療方法時，得經病人或法定代理人同意，採用未經實證的實驗療法。

## 第二項 我國人體臨床試驗法制概述

我國有關於人體試驗與研究的法規可謂十分複雜多元。首先，並非以治療為目的的人體試驗，主要是規範於 2011 年制訂的人體研究法，他所保護者是較為廣泛，凡是涉及人體進行實驗者，都得納入其規定範圍，例如該法第 1 條即稱為保障人體研究對象之權利方有本法之制定。不過，必須說明的是，本文所探討的人體研究是指，以治療或醫學為目的，針對病人本身實施的臨床試驗類型。關於這類人體試驗的規範，於我國主要分布於醫療法<sup>18</sup>、藥事法、人體試驗管理法以即藥品優良臨床試驗準則等法規或行政規則當中。以下本文將依序從整體法秩序的觀點為概要說明。

### 第一款 規範對象

關於具有醫療目的的人體臨床試驗，於我國是採取高密度的法規管理，依據醫療法第 8 條規定之人體試驗，係指醫療機構依醫學理論於人體施行新醫療技術、新藥品、新醫療器材及學名藥生體可用率、生體相等性之試驗研究。而藥事法則是在醫療法的架構下，特別將針對新藥製品於人體進行實驗的試驗行為，做出進一步的具體規範，依該法第 5 條規定。本法所稱試驗用藥物，係指醫療效能及安全尚未經證實，專供動物毒性藥理評估或臨床試驗用之藥物。後者所謂的臨床試驗用之藥物之規定，正是在說明對於人體進行的臨床試驗，由於藥事法有此特別規定，故一般會將藥物的試驗稱為臨床試驗。

回到醫療法來說明，相對於藥事法是特別針對新藥品可能具有的新成份、新療效複方、新使用途徑等進行人體試驗，依醫療法第 8 條之規定可知，廣義的人體臨床試驗尚包含新醫療技術與新醫療器材等嘗試。

<sup>18</sup> 陳鈺雄，人體試驗之受試者保護--簡評新修正醫療法，法學新論 19 期，2010 年 2 月，89 以下。

## 第二款 醫療法之規範重點

關於人體試驗的管理，由於對於藥品的部分已有藥事法特別規定視為臨床試驗來額外管理，因此，如果試驗的內容與範圍屬於新的醫療技術或醫療器材的嘗試，則統一規於醫療法來進行規範。關於其規範的重點主要於醫療法第 78 條與 79 條以下之相關規範中。

首先，依該法 78 條規定，實施人體試驗前應經中央主管機關核准，且非經教學醫院，並將擬定的試驗計畫送交經人體試驗委員會通過，不得為之。此外，依據該法第 79 條規定，醫療機構施行人體試驗時，應善盡醫療上必要之注意，並應先取得接受試驗者之書面同意；接受試驗者以有思考能力之成年人為限。但顯有益於特定人口群或特殊疾病罹患者健康權益之試驗，不在此限。同時，前項但書之接受試驗者為限制行為能力人，應得其本人與法定代理人同意；接受試驗者為無行為能力人，應得其法定代理人同意。

關於告說明的內容應以書面為之，而醫療機構應至少載明下列事項，並於接受試驗者或法定代理人同意前，以其可理解方式先行告知：一、試驗目的及方法。二、可預期風險及副作用。三、預期試驗效果。四、其他可能之治療方式及說明。五、接受試驗者得隨時撤回同意之權利。六、試驗有關之損害補償或保險機制。七、受試者個人資料之保密。八、受試者生物檢體、個人資料或其衍生物之保存與再利用。前項告知及書面同意，醫療機構應給予充分時間考慮，並不得以脅迫或其他不正當方式為之。醫師依前四項規定施行人體試驗，因試驗本身不可預見之因素，致病人死亡或傷害者，不符刑法第十三條或第十四條之故意或過失規定。

## 第三款 藥品優良臨床試驗準則（GCP）

藥品優良臨床試驗準則是基於藥事法所授權制定，屬於對於藥物臨床試驗的風險控管指引 Good Clinical Practice（簡稱 GCP），世界各國都有相

類似的規範設計，同時也都是源於上述赫爾辛基宣言的重要內容<sup>19</sup>。

本準則第 4 條即明白宣示執行臨床試驗應符合赫爾辛基宣言之倫理原則。並且，臨床試驗進行前，應權衡對個別受試者及整體社會之可能風險、不便及預期利益。預期利益應超過可能風險及不便，始得進行試驗。受試者之權利、安全及福祉為藥品臨床試驗之最重要考量，且應勝於科學及社會之利益。人體試驗委員會應確保受試者之權利、安全，以及福祉受到保護，且對於易受傷害受試者之臨床試驗，應特別留意。

此外，較為重要的是，依本準則第 5 條規定了試驗的說明義務。試驗主持人應於臨床試驗進行前，取得受試者自願給予之受試者同意書。試驗主持人或由其指定之人員，應充分告知受試者臨床試驗進行之資訊、受試者同意書之內容及所有由人體試驗委員會所核准與臨床試驗相關之書面意見，並使其充分瞭解後親筆簽名，並載明日期。同時，第 13 條則規定，臨床試驗非經人體試驗委員會之核准，不得進行。人體試驗委員會於審查受試者同意書、試驗計畫書及其他相關文件後，得核准試驗機構進行臨床試驗。

簡單來說，基於人體試驗所揭示的自主、行善與正義原則，對應於此倫理框架，本準則特別對受試者的知情說明、利益與風險等控管設有嚴密的規範，諸如具體規定了說明的項目、要求研究單位制訂研究試驗計畫，以及組織人體試驗委員會專責審核其風險與利益間的權衡結果。

## 第四節 人體臨床試驗的刑事合法化事由

將人體臨床試驗定性為一種特殊醫療，主要原因正是雖然行為本身可能有治癒病人的效果，但卻欠缺了其他醫療行為應當具備的正當化要素，亦即所謂的醫學的適應性與技術之正當性。詳言之，普遍認為所謂治療行為的正當化構造包含了：1.醫學的適應性；2.技術的正當性；3.病人同意，此三要素所組成<sup>20</sup>。醫學適應性是以刑法違法性層次中的優越利益衡量原則為基礎，主張具有適應性的醫療行為，是客觀上得創造穩定或增進病人

<sup>19</sup> 栗原千繪子，註 17 文，頁 582 以下；飯田信次，治験における被験者保護，law & technology No. 24，2004 年 7 月，140 頁以下。

<sup>20</sup> 大嶋一泰，治療行為：説明義務を中心して，收於《刑法基本講座（第 3 卷）：違法論／責任論》，法學書院，1994，頁 116 以下。

生命、身體健康等之利益，且該利益必須遠大於治療伴隨的附隨傷害。醫學適應性與優越利益原則是一體兩面的概念，是治療行為正當化的核心要素。技術正當性則在強調治療行為必須符合現階段的醫療水準，要求醫療處置能確實能迴避或減輕治療過程中的各項風險，本要素的要求，是為醫療追求病人客觀利益的同時，能有法效性作為擔保<sup>21</sup>。

日本曾有判決指出，未取得醫師執照的醫師實施美容手術，對於病人身體造成的嚴重損傷，更進一步容易招來對生命之危難，經驗上是一種非常危險的行為，超乎了社會通念所容許的範圍與程度，儘管有得到病人承諾，但因欠缺社會相當性而不得阻卻違法<sup>22</sup>。

換言之，對於欠缺醫術正當性，且極具風險的醫療手術，病人同意是無法導出阻卻違法的效果。關於病人同意的效力，本判決不是直接採取傷害重大與否的觀點，而是從系爭行為對於整體社會秩序形成的重大影響來做通盤考量。相對的，在具有治癒性的一般醫療情況中，病人同意也沒唯一阻卻違法的要件。主要原因是，一般醫療行為具有很穩固的醫學適應性與技術正當性的保障，從兩者要件所形塑的客觀利益，往往都是能夠符合社會相當性的期待，甚至早期普遍的看法是，縱然欠缺病人同意也能阻卻不法。

至於在臨床試驗的情況則是，不同於美容手術，臨床試驗依然存有治療的目的，但也相異於一般常規性的醫療手術，欠缺了技術正當性的擔保。此時，臨床試驗治療的實施，病人本身有無同意，必然成為合法化的關鍵指標。從前文所述的歷史事件發生後，國際上陸續對於人體試驗的問題進行了深刻的反省。陸續揭示了以人類為研究對象的倫理原則與指引。這些規則與指引中，除了強調人體試驗必須在尊重人格與善行、正義等倫理價值的前提下實施，更重要的具體要求則是，告知同意法則、利益與風險之衡量，以及受試驗者之選擇權等則在法規範上受到更大的重視。

有學者就曾有提到，所謂的臨床試驗，並非單純醫師和病人間的關係，而是一種研究者/醫師，以及受試者/病人等雙重立場和關係等並存的情況<sup>23</sup>，其合法化的前提，由於可能出於身分義務的衝突，為維護病人權益，應

<sup>21</sup> 關於醫療適應性與醫療技術正當性的說明，可參照：蔡墩銘，醫事刑法要論，翰盧，2005年9月，頁37以下；靳宗立，醫療行為與犯罪評價之探討：以醫療法規與刑法「法令行為」為中心，軍法專刊第53卷3期，2007年6月，頁53。

<sup>22</sup> 姬嶋瑞穂，医事法学入門，成文堂，2019年1月，頁18以下。

<sup>23</sup> 齋藤隆雄 監修、神山有史編，生命倫理学講義-医学・医療に何が問われているか，日本評論

該受到更加嚴格的程序和協議等限制。諸如，對於病人應當遵守的忠實義務，以及身為研究者和醫師的義務衝突。是以，本文以下將嘗試對於此種特殊醫療的合法性，透過刑法規範之觀點來進行探討。

## 第一項 基本思考

首先，如果是研究為主要目的之人體試驗，由於對於受試者並不存在治癒疾病回復健康的身體利益，必定需要得到受試者自發性的明示同意。這是目前普遍受到肯定的作法。但是，在得到同意前，如果沒有事先對受試者說明實驗可能招致的不利益或風險，就有可能形成法益關係錯誤的同意，導致最後無效結果。當然，受測者必須可以隨時撤回同意的表示<sup>24</sup>。

此外，試驗內容可能引發受試者生命具體危險的情況或是導致人格受到重大顯著侵害的場合，對於可能構成的刑法重傷害罪或囑託殺人罪，由於已經超出了被害人得以處分法益的權限，該者同意也應當被理解為無效的同意。除了同意能力者實施此種試驗是違法者外，縱然具有法定代理權限者，也不得代為同意。

主要原因在於，是否接受試驗應當是一種具有一身專屬的事項。最後，以研究為主的人體試驗，如果取得有效的同意，刑法上應當可以阻卻傷害罪的不法。其次，關於具有治療目的的人體臨床試驗，由於受試者同時也屬於臨床上罹患具體疾病的病人，並且根據該情況，也有病人的生命實際上已陷入危險當中的案例，故有必要更為慎重地檢討。

人體臨床試驗的刑事合法化要件，可分別依據受試者的自我決定權（法益處分權）、依此獲取的利益和風險間的衡量等三項基本視點來展開論述。此時，無論是研究或學術自由等利益也不可能沒有受到任何的限制，而這項內在的制約則是來自於更高層次的憲法上的價值秩序，亦即對於人格權與人性尊嚴等尊重的限制框架。基本上，秉持受試者（病人）的自主決定權（病人同意）具有重要性的意義。

不過，欠缺同意能力病人（諸如兒童或是沒有決定能力的病人）的情

---

社，1998年9月，頁45以下。

<sup>24</sup> 山中敬一，医療侵襲に対する患者の同意，関西大学法学論集 61 卷 5 号，2012 年 1 月，頁 72 以下。

況，考量承認依據法定代理人同意的容許性此點，本人同意就並非全然被視為唯一合法化的根據。關於此點，必然就須從利益和風險間來進行衡量。無論如何，人體臨床試驗的合法化以及正當化，難以利用單一正當化事由作為建構基礎，原則應以告知同意為中心，同時對於考慮利益與風險之衡量、補充性與緊急性等要件，正是一種正當化事由競合等論理來進行思考<sup>25</sup>。

但是，風險確實高於利益的情況下，縱然有緊急性與補充性，有難已將此項治療試驗正當化。相反的，風險顯然低微的時候，即使欠缺緊急性與補充性，也可能得以依據告知同意法則的完備（病人同意此項實驗）而賦予其正當化的可能性（例如純粹的抽取病人血液，此種輕微的侵入性試驗處置）。此外，當利益和風險間相互對抗時，根據上述包含承擔風險的正當化事由競合的法理，能被視為一種超法規的阻卻違法事由。此外，關於欠缺同意能力的病人以及同意能力受到病情或其他原因所限制者，究竟風險沒有顯然高於利益，或是有無其他替代手段等，有必要進一步的詳盡考量。

此外，所謂的危險性（danger）與風險（risk）也應當予以區別。風險意味的是一種引發危害的可能性，無論是較小的風險與較高的風險，要用此概念進行論述時，是透過經驗上的推測來預估實害發生的機率，相對來說，所謂的利益是指，從研究的角度、健康乃至於全體人民的福祉等有何具體的價值，這並非推測或機率等之用語，這相對於害的概念，對於兩者的評價是，能夠衍生的損害和所期待獲得利益的機率等有關的評價，且能夠衍生的多樣化損害和利益也有必要一併的考慮。而在進行阻卻違法等利益衡量時，即有必要考量此點<sup>26</sup>。

## 第二項 人體臨床試驗的告知同意法則

傳統臨床醫療中，該如何治療，病人往往會有全權交由醫師處理的傾向與習慣，而在醫師也會有所當然概括負責的想法存在。但是，於現代醫學中，醫師所扮演的角色，已非傳統類似領導般的家長式地位，而更需要的是於治療過程中，給予病人相應的尊重，是一種自主決定權的重視，

<sup>25</sup> 甲斐克則，註7文，頁156以下。

<sup>26</sup> 甲斐克則，再生医療と医事法の関わり，收於：甲斐克則編，《再生医療と医事法（医事法講座第8卷）》，信山社，2017年12月，頁12-13以下。

進而形成告知同意的法則。

告知同意法則，初期是美國圍繞於醫療事故判決中發展出來的法理概念，之後，逐漸在一般臨床醫療倫理中普及。在現在強調告知同意法則的背景下，大致可舉出四項主要原因：1.伴隨一般人民人權意識高漲的影響，病人要求醫師具體說明的聲音急速持續高漲；2.從醫師的角度，說明若能獲得病人的理解與接受，也能提升治療的效果與醫病關係；3.醫療技術的進步多元，對於某項疾病的治療，逐漸形成複數療法，必須要讓病人自行選擇；4.病人對於醫學上的知識程度逐漸普及等<sup>27</sup>。

不過，告知同意法則的功能，於實際臨床醫療中，並非佔據絕對性的地位。例如，一般常規性的治療，當病人陷入意識昏迷時，客觀上無法告知取得同意，但為了拯救病人生命，依然允許醫師逕行實施醫療手術。又如，病人非理性或罹患精神疾病，無法為自己最佳利益為決定時，醫師應當得以強制實施治療等，這些情況對於以治癒病人身體與挽回生命的目的上，基於國家父權與家長式等照顧主義（也可以說是一種公益思維），醫師依然得有專斷治療的空間。

然而，本章所欲探討的是，於臨床試驗醫療領域中，面對此類特殊醫療處置，告知同意法則是否仍有上述相對化以及原則與例外等關係，亦或是，對於具有實驗性與潛在未知風險的治療試驗，關於告知同意法則的實踐，是否會有其他額外的想法與要求，以下將具體說明之<sup>28</sup>。

## 第一款 說明的內容

如同前述，病人同意原則將是作為人體臨床試驗刑事合法化的重點標準。主要理念是來自於憲法對於人性尊嚴與人格等之尊重，更重要的則是從刑法保護法益規範機能的要求下，凡是試驗本身會對病人造成身體或生命的實害或風險，都有必較依據刑法之法理來進行檢驗，嘗試建構符合刑法秩序下的臨床試驗程序。而初步觀之，關於受試者本身對於是否接受實驗，必須在受試者能力範圍內給予其選擇的機會。這個機會是在建構出適

<sup>27</sup> 手嶋豐，インフォームド・コンセント法理の歴史と意義，收於：甲斐克則編，《インフォームド・コンセントと医事法【医事法講座2】》，信山社，2011年1月，頁6以下。

<sup>28</sup> 黃清濱，生物醫學醫療性人體試驗之規範與受試者保護—以告知同意為中心，中律會訊第8卷第3期，2005年12月，頁34以下。

切的告知同意法則基準的前提下方能滿足。其中，所謂的同同意程序，包涵了「資訊」、「理解」與「自發性」等三項要素<sup>29</sup>。此三要素正是人體臨床試驗中醫師履行告知同意法則的核心要素。以下，將會配合日本專為臨床研究制定的倫理方針共同說明此三項要素如何作為臨床試驗中，告知同意的核心內涵。

## 第一目 資訊要素

有關於向病人開示研究試驗相關資訊內容是非常重要的。具體來說，包含研究方法、研究目的、風險和能夠期待的利益、其他的醫療選項，都給予受試者詢問的機會，以及必須告知病人擁有隨時都能依其意願終止或退出研究的機會。此外，受試者的選擇方式與關於研究負責人附加的項目等也應該提出具體的建議。儘管如此，這些項目僅僅是列舉，有關於應對受試者說明的資訊量和內容等之判斷基準，不得根據其疑問的答案。在臨床診療的情況再三提出的一項基準，也就是當現場乃至於臨床上，臨床醫師共通將會開示與說明的資訊，並非將此做為適當的基準。

主要原因是，臨床研究中，本來就不存在共通能被理解的資訊，而這正是要在研究中經過實證來被證明的。例如，關於醫療過失的刑事判斷中，近年來普遍形成的各項標準，臨床上醫師將會分別針對個案中的病人，為了確保其自主決定權以及意思決定的真摯性而提供病人所期望的醫療情報<sup>30</sup>。但是，在臨床試驗中，這樣的要求似乎還不夠充分。原因在於受試者的本質如果是出於一種自發性的參加模式，關於自願性的承擔了研究風險而要求必要的治療等前提下，根據委託於醫師的病人而言，應當會有期望要從中知道更多的資訊。

如此，就有學者提出了所謂「類型化的自願性參加者」的基準<sup>31</sup>。這項基準是指，應該說明資訊的範圍與內容是，例如，研究方法對於病人來說即使是沒有必要的話，甚至是知道不能充分的理解此事項的基礎上，人為了知識的發展，是否能期望其想要參加此項試驗，關於此點應當能自主決定的基準，或是就連對於受試者來說，何者屬於對其有直接的利益讓其感

<sup>29</sup> 甲斐克則，註7文，頁149以下；臨床研究に関する倫理指針，2008年7月，厚生労働省。

<sup>30</sup> 後藤泰一，治験と説明義務，信州大学法学論集23卷，2014年3月，283頁以下。

<sup>31</sup> 甲斐克則，註7文，頁158以下。

到期待，受試者關於風險的範圍和研究參加的自發性，必須有明確的理解。

再者，關於同意所衍生的特殊問題是，藉由關於研究核心資訊部分向受試者來說明，如果會有損害研究本身的妥當性的情況下，包含了研究直到結束前不得說明特徵的研究，如果對於要求其參加的受試者，並未開示上述資訊是沒有問題的。於是，有關於資訊開示不完全的研究，必須基於以下三點要求才能賦予其正當化之基礎。其一，不能完全揭露研究情報，對於研究目的的達成來說具有確切的必要性；其二，超出最小風險的風險已經全部說明，以及其三，研究結束後，在適當的情況下應當對受試者揭露先前研究過程中未開示的資訊，並告知其有妥當的醫療計畫存在。

## 第二目 理解要素

所謂的理解要素，由於必須透過受試者的理解能力應根據其知性、合理性、成熟度、言語能力等來決定，個案中就須觀察受試者是否能夠整合這些能力來理解提出的相關研究資訊，同時研究負責人也需對於本身對受試者說明的相關資訊，賦予確認其是否得以充分理解的確認責任與義務。特別是對於受試者來說，可能引發的風險之情報，研究負責人必須審慎的評估受試者對於此項資訊有無充分理解的能力<sup>32</sup>。

相對的，如果面對理解能力未成熟或有疑慮的智能障礙者，由於受試者的理解力顯然有限，必須有額外的特別輔助機制來協助其理解相關資訊。例如，未成年人之法定代理人等機制。此外，各受試者的類型，諸如新生兒、低年齡兒童、末期病人或陷入昏迷狀態的病人等，都應該各自考量其個別的情況來建構輔助機制與條件。

儘管如此，即使是對於這類病人，基於人格的尊重，關於是否加入研究，應在這類病人有能力的範圍內給予其本人決定與選擇的機會，依然是最重要的原則<sup>33</sup>。當這些受試者拒絕參加研究的前提下，藉由參加研究，除非是沒有其他辦法提供其他的治療方法，應當尊重意願。人格的尊重也須被要求須在不會傷害到受試者且得到第三者許可的情況下為之。於此可知，為了保障受試者不會受到侵害所選出的第三人是指，能夠充分理解無同意

<sup>32</sup> 仲正昌樹，『人体実験』とインフォームドコンセントの法理，金沢大学医学部附属病院無断臨床試験訴訟を素材として，金沢法学 46 卷 1 号，2003 年 11 月，116 頁。

<sup>33</sup> 森山満，医療現場における法的対応の実務，中央経済社，2012 年 10 月，頁 62 以下。

能力受試者的狀況，能夠為其最佳利益做出打算，且可能性最高之人<sup>34</sup>。

### 第三目 自發性要素

有關於自發性要素是指，任何情況下，受試者的同意都不能受到壓迫或不當的影響。例如，以協助或請託的方式，意圖實施公然的脅迫時，這將會形成一種壓力，另一方面，請託或是協助，這是過度的，不能認為具有正當性。此外，提出不妥當或不適切的金錢報償時也會特別弱化了受試者的立場與處境，這也會成為一種不妥當的影響。因此，站在權力的立場，也就是具有壓倒性力量者，在要求受試者遵守一定的行動時，通常就不會認同這是一種具有正當性的壓力。不過，這些標準同樣也須仰賴個案不同情況下來進行判斷<sup>35</sup>。

### 第二款 實務具體案例的探討

如果將治療目的徹底的理解為是一種客觀的治療傾向，而治療效力不能說是具有確定性的臨床試驗，將其完全視為一種治療行為來掌握，可以說是十分困難的。因此，如同前述，人體臨床試驗原則是根據被害人承諾的法理來賦予其正當化的基礎是妥當的，但是不同於一般醫療行為的觀點，受試者同意的有效性必須受到更加嚴格的檢驗與判斷。

這是指作為有效同意的前提，於是試驗前課予醫師更高程度的說明義務，關於此點，目前無論是我國或日本都未曾有過醫師欠缺說明義務的刑事判決，以下先就日本相關實務的看法與民事法院的判決來進行說明與介紹。

<sup>34</sup> 以往法規範上的設計往往習慣仰賴法定代理人來協助欠缺同意能力者進行醫療決策，但近年來我國法制上已發生了重大的變革，新推出的病人自主權利法中，已明白規範病人得賦予醫療委任代理人醫療決策權，代理人並非全然就是法定代理人或是監護權人，可以說是擺脫了民法此種財產法規範對於醫療此項一身專屬權益不當制約的現象，進而回歸現實上來認定何者能協助病人為自己身體或生命等利益進行最好的打算。詳細的內容，將於第五章，借助新生兒決策機制的問題來進行詳細的探討。

<sup>35</sup> 甲斐克則，註7文，頁159以下。

## 第一目 Xenalamin 投藥事件<sup>36</sup>

早期，日本自 1962 年到 1963 年期間，發生了一起 Xenalamin 投藥事件。某製藥商將義大利所開法的合成物 Xenalamin（联苯酰胺苯酸）視為可能成為消滅病毒的抗生素，而於 1962 年獨自將其進行合成並且生產。同時決定進一步進行臨床試驗，並委託東北大學內科教授以及其研究團隊進行研究。

受驗者分為投藥群共 104 人，以及投以無效安慰劑的對照組 103 人，共計 207 人來採取二重盲測法。受試者的選擇一方是來自於製藥公司的職員，關於服用明等是根據未曾有醫師在旁見證的公司主管上司來實施。關於服用量、實驗計畫為一天一公克而不慎錯誤改為一天兩公克的配給。服用試驗藥物者有 76 名於服用期間至服用結束後不久出現頭痛、食慾不振、全身倦怠感、肩疼痛、腹部脹氣、喉嚨痛與發燒等症狀，服用結束後約兩周共有 17 名受試者入院治療，當中有一名死亡（骨癌細胞移轉造成軟骨症和急性支氣管炎）。除了死望者外，每名受試者都被醫師診斷確認肝臟受損，並且肯定其與試驗用藥的服用具備因果關係。

本事實是以健康的試驗者為對象，並未採用動物試驗來確認安全性的嘗試新藥效果的第一階段臨床試驗，關於副作用的說明也不充分。更甚者，作為實施試驗的方法，不具藥效的安慰劑對照藥之採用，亦即關於採取何者為試驗用藥，何者為安慰劑，即使是醫師以及病人本人都不能知悉的二重盲測法之使用，也沒有向受試者來說明。本事件於 1965 年 3 月，由該製藥公司員工以實施新藥臨床試驗，認為有人權侵害事實為由，向東京法務局人權保障部提出申訴，事件才逐漸受到各界關注。

而直到 1967 年，東京法務局針對本案作出了重要的說明。首先，其先指摘該製藥公司並未照顧到受試者服藥意願有關的任意性確保程序，並且實施副作用未盡明確的新藥人體試驗之醫師管理也沒有充分盡到責任，而對於東北大學研究機構，則認為有臨床試驗並不充分，關於受試者的選定方式，不得根據製藥公司的指示，關於實施人體試驗醫師的管理並不完善

<sup>36</sup> 萩原由美惠，治験における被験者保護，中央学院大学法学論叢 29 卷 2 號，2016 年 3 月，頁 31 以下；甲斐克則，医薬品の臨床試験と刑事規制，現代刑事法 5 卷号，2003 年 5 月，頁 78 以下；上野正吉，医療行為における医師の自律規範，法律時報 47 卷 10 号，1975 年 8 月，26-27 頁。

等問題，同時，也勸告未來其他製藥公司，如同本案欠缺治療目的的人體試驗，在執行之際，必須以受試者自發性的同意為前提，並且應是先經過動物實驗等安全性的確認後，關於這項藥品必須透過具備專業知識的醫師，在對受試者進行健康管理的萬全準備下，方能在一旦發生意外時將損害與風險控制在最輕微的狀態。

本案主要是關於收集新藥效果資料為目的對於健康者實施的試驗，以現代的觀點來說，並非人體臨床試驗，同時如果發生在現今，縱然製藥公司有徹底履行說明義務，也取得受試者的同意，但因沒有經過動物試驗，其風險必然遠遠大於所能獲取的利益，故必然無法阻卻其違法性。

## 第二目 金澤大學附屬病院「臨床試驗」事件<sup>37</sup>

本案的事實背景是，該院實施得以作為卵巢癌化療方法的 CPA 療法，以及將前者療法中去除其中療效的 CP 療法作為相互對照之比較臨床試驗時，在未得病人同意的情況下實施這項比較臨床試驗。根據第一審法院判決認為，對於具有原本醫療目的以外的其他目的的醫師實施該項醫療行為的情況，對於病人來說，有必要針對該項其他目的、其內容以及對於這項治療內容所帶來的影響進行說明，並且在此說明後取得病人的同意，這是基於醫療契約或是締約的誠信原則下所衍生的義務。

從此觀點來看，本案被告醫師在未與病人進行協議的前提下，除非這項醫療處置對於病人來說屬於沒有替代性的手術，是符合病人最佳利益的特殊情況，否則醫師就應對病人進行這項療法的額外目的之說明，並有取得其同意的義務。再者，法院認定醫院未對病人進行充分的說明並取得其同意，故本件未取得同意的臨床試驗療法的實施是侵害了病人自主決權的不法行為，同時違反了契約義務，必須要負擔債務不履行的損害賠償責任。

不過，值得注意的是，本判決所談及的是臨床試驗的合法化基礎應當建立在告知同意的基礎上，但是可惜的是，本案上訴至二審後，二審法院卻以這項告知內容，是否應當向病人說明屬於醫師的裁量權限，撤銷一審

<sup>37</sup> 金澤地判平成 15.2.17，判例時報 1841 號，頁 123；山本圭一郎，被験者の同意なき臨床試験の実施—金沢大学病院無断臨床試験事案，收於：井上悠輔、一家網邦編著，《医学研究・臨床試験の倫理わが国の事例に学ぶ》，日本評論社，2018 年 9 月，頁 103 以下。

認定醫生違法的判決，顯然這樣的態度是與受試者的保護背道而馳。

### 第三目 愛知縣肝癌治療中心事件<sup>38</sup>

在日本初次得到藥事法之承認，對病人投以試驗用藥時，醫師違反說明義務而必須負擔賠償責任的案例是發生於日本愛知縣一家肝癌治療中心的事件。

該事件事實是，病人根據被告醫師的診察，判斷縱然實施手術摘除卵巢，也無法完全治癒，而當時對於卵巢癌治療的標準程序是使用三種不同抗癌劑的併用法（PVB 療法），儘管並不認為 A 如果使用該療法會發生重大的副作用或造成其他身體健康的侵害。

但醫師依然選擇使用當時基於藥事法許可前的試驗用藥，此外這項用藥於他時尚屬試驗的第二階段，而因為第一階段的臨床試驗中已經發現了藥品可能損害病人的造血功能等副作用，於第二階段的臨床試驗的計畫中就有說明，儘管有制定了每一次藥物的投藥量和投藥間隔以及禁止和其他抗癌劑並用等規定，但醫師仍有四個月的期間對病人併用投予其他的抗癌劑，並於計畫規定的 1.25 倍乃至於 1.8 倍的量來投予本件新藥，同時期間隔時間也較計畫規定的短。但是，病人的身體狀態並未具備計畫中所制訂症狀選擇條件。

最終發生出血性的休克而死亡後，經家屬提告醫師違反試驗用藥之說明義務，以及試驗計畫等，根據醫療契約所衍生的債務不履行責任以及不法侵權行為而向醫師請求損害賠償。

關於本案，法院認為，醫師採用試驗用藥療法的情況，身為基於告知說明法則所衍生的說明義務是指，加上一般醫療行為時的說明義務後，關於該醫療行為並非具有穩固的醫療水準的治療方式，尚有其他的標準治療方法、沒有根據標準的治療法而採取這項試驗療法的必要性和相當性，以及其學理上的根據、被使用的試驗用藥之副作用和該治療法的危險性、醫療試驗計畫的重點概要、於該試驗計畫中受試者的保護規定之內容以及依

<sup>38</sup> 名古屋地判平 12・3・24，判例時報 1733 號，頁 70；佐藤雄一郎，臨床研究における被験者の権利--「人間の尊厳」と説明内容について，神戸学院法学 40 卷 3・4 號，2011 年 3 月，頁 351 以下。

循該醫療行為實施的程序等都須讓受試者本人能夠充分的理解，在此理解基礎上，關於該試驗療法必須取得受試者自發性的同意。

於此，假若依據醫師所述，關於使用試驗用藥此事、治療方法、副作用等已經向病人進行說明為認定事實為前提，但並未對於「疾病的標準療法是 PVB 療法，本件試驗用藥的使用治療法屬於尚未具備穩固醫療水準的治療方式、與本件試驗用藥相同骨髓毒性的抗癌劑併用療法有高度風險性等事項」進行說明，而讓病人獲得充分的理解，進而肯定本案中醫師已經違反說明義務。

從本案法院的論述可知。關於試驗藥物使用的說明義務，相較於一般的醫療行為應當課予更加嚴格的義務。其中特別是根據試驗用藥的治療受到受試者的期待，成為有效同意的關鍵，諸如所使用的試驗用藥療法並非常規性的治療手段以及試驗用藥的副作用等說明是不可或缺的。

此外，本判決中，對於醫師，即使認為基於醫療的專業性，應當具有充分的裁量權限，但是為了達成保護病人的生命和身體利益此醫學上的目標，裁量權限可能導致病人自主決定權相對化的可能性是全然不存在的。換言之，關於臨床試驗，如果醫師發生說明不足的問題，實務不會透過醫療裁量權限來賦予其合法性。這點非常值得未來我國司法實務操作時來參考。

從上述實務的看法與判決之見解可知，即使在學說上也秉持相同看法，亦即所謂試驗的說明義務，必然需要嚴格於一般的醫療行為。特別是當試驗本身尚未確認其安全性時，當藥物初次在人類身上進行試用的人體試驗色彩強烈，自然與一般醫療迥然不同，具有試驗的與研究方面的特徵。有無受試者所期待的治療效果與程度在醫師完全不清楚的情況下，在試驗階段中是否會因藥品的副作用造成其它的危險性，為了依循醫療計畫實施，不一定對會完全依循病人最佳利益來處理等，這些都有必要對病人進行充分的說明<sup>39</sup>。

因為，為了醫學的進步與人類未來的幸福而犧牲自己的覺悟，此點必須是病人本人才有資格判斷。本文認為，除非是醫療利益顯然大於風險，同時具有緊急性與補充性的前提下，原則關於臨床試驗的刑事合法化事由，

---

<sup>39</sup> 萩原由美惠，註 36 文，頁 30 以下。

應當不得採取推定同意或默示同意的方式來允許省略醫師的說明義務。

### 第三項 臨床試驗的正當法律程序

如同上述可知，關於人體臨床試驗的刑事合法化事由，自當以病人本身對試驗的真摯性為最重要的核心要件，也就是必須取得病人的真摯同意。而此同意的真摯性，就須仰賴臨床研究負責人的充分與適切說明來進行擔保，故人體臨床試驗的告知說明義務有別於一般醫療行為，更需要受到法規範的檢視與重視。

另一方面，人體臨床試驗由於依然具有治療的效益，但其效益卻非穩定並隱藏有風險，故非得以純粹透過刑法被害人承諾之法理阻卻違法，而需額外考量所謂的利益與風險、以及緊急狀況有無等一併考量。是以，就法規範的要求來說，人體臨床試驗如果本身涉及到受驗人身體完整性的侵害，尚需要有程序上的擔保，諸如醫學倫理委員會的設置<sup>40</sup>，研究步驟的確認，以及擬定研究計畫，對於潛在損害擬定具體的補償方案等。這些程序雖然並非全然與臨床試驗的刑事正當化事由有關，但也越來越多的學者認為，舉凡是先端醫療的試驗，都應當要提供這些法設計作為受試者權利保障的機制。

有學者提出所謂的醫療正當法律程序之法理(Medical Due Process)<sup>41</sup>，即是上述內涵的統整性論述。所謂的醫療正當法律程序的法理是指，醫療領域當中，特別涉及人體實驗、臨床實驗與實驗性的治療等領域中，置入社會相當性的觀點後，如果沒有根據適當的程序來保障的話，該醫療行為就會違法之法理念。

具體來說，在實驗階段，對於不同的被實驗者或病人，自不待言必須依據嚴謹的告知同意法則對受驗人進行說明，於此方能協助該者進行利益與風險的理性衡量，而且，接受與安全性有關之具有獨立審查權限的醫療倫理委員會的適當審查，關於對於人類會給予多大影響的事項(例如，先端醫療技術的新規制，遺傳基因等)，在沒有侵害隱私的範圍內必須公開情報，確認得到社會的合意與承認後，這些事項欠缺其一，該醫療行為也會被認

<sup>40</sup> 町野朔，生と死、そして法律学 (學術選書 132)，信山社，2014年6月，頁189以下。

<sup>41</sup> 甲斐克則，註26文，頁14以下。

定為違法，對於因此得到的相關資料與數據，禁止相關論文的撰寫與發表。違反者視情況可能涉及到行政責任、民事責任與刑事責任<sup>42</sup>。

換言之，能夠確保者這類具有未知不確定風險的新藥試驗或手術嘗試，就是所謂的醫療正當法律程序的法理。於此，特別有關於臨床研究或實驗治療等事項，將告知同意作為最重要的前提，利益衡量、緊急性、補充性（是否欠缺其他替代手段），對於被實驗者的補償等，是在置入了社會相當性得觀點後，如果沒有經過倫理審查等正當程序的保障，該實驗性的治療行為就是一個違法的行為。

## 第五節 人體臨床試驗受試病人的同意能力

近年臨床醫療對於告知同意法則的重視主要是來自於病人自主決定權的強調，而在刑事法領域中，對於具有侵入性的醫療行為的正當化事由也再次形成了探討焦點。其中，相較於傳統上所強調的醫學適應性與技術正當性等業務正當性的合法化要件，醫療行為必須經過病人同意的要求，則逐漸站上領先的位置。

關於此項同意，並非是指形式上病人已經對於醫療行為表達同意的意願，而是必須從實質上來判斷整個醫療過程當中，病人有無基於主體性的地位來積極參與自己治療方案的決策。這也正是告知同意法則的核心價值，病人必須接受醫師關於治療資訊的充分說明，在充分理解這些內容後，自主性的表達同意。

其中，最重要的是，病人是從醫師的說明來理解治療行為潛在的內在危險與伴隨於身體外在的改變結果，了解該項風險與改變，進而對該項治療進行同意。從刑法的觀點來看，基於被害人承諾的法理，就會對治療行為發生正當化的效果。換言之，告知同意法則不僅僅是醫事法領域的重要原則，當中所謂病人同意的意涵，同時也是侵入性醫療行為刑事正當化的重要根據。

然而，同意能力廣泛意義下凡是具有侵入性醫療活動的正當化依據，就醫事刑法領域而言，雖非陌生，但我國卻極少有文獻專門探討其內容。

---

<sup>42</sup> 姬鳴瑞穗，註 22 書，頁 234 以下。

因此，本文嘗試在臨床試驗的同意問題上，說明有關於病人同意能力與意義與內涵為何？該如何判斷實際上欠缺同意能力的病人？這些問題都與病人自主決定權的實踐息息相關。另外，對於醫療從業人員來說，隨著病人權益意識的抬頭，未免事後的紛爭，如何提供一定的指引，協助醫師於個案中判斷病人有無同意能力，否則同意無效，除了有違告知同意法則的精神，也可能遭致違法訴追的風險。

## 第一項 判斷受試者病人同意能力的重要性

如同上述，涉及到人體臨床試驗的治療行為，無論從紐倫堡法則、赫爾辛基宣言的內涵來看，或是就我國相關的法規範之內容，都能看出實施這類試驗行為前必須得到受試病人同意的重要性。

在臨床醫療實務中，病人可能囿於年幼或精神障害，或是實際陷入昏迷等情況而欠缺了同意能力。對於這種欠缺同意能力者的治療也是在臨床醫療現場上也屬十分普遍常態的情況。因此，針對這些欠缺同意能力者的治療，如果直接認定醫療行為欠缺病人同意而無法形成正當化的結果，顯然也非常不合理的。換言之，對於欠缺同意能力者的醫療行為，應當須在一定的規範條件與範圍內給予正當化的法律效果。不過，顯然對於欠缺同意能力者的醫療行為，其正當化之根據和要件，顯然會與一般正常病人的正當化要件有所不同<sup>43</sup>。

但是，除了顯然已經無法表達意願的病人外，某些看似正常的病人，是否又能一律斷定具有同意能力？病人面對醫療行為所應具備的同意能力，具體來說究竟所指為何？對於治療行為同意能力的有無，又該以何種標準來判斷，這些都有必要進一步的說明與探討。否則，僅從刑法的價值秩序下要求病人具備同意能力，但對於如何認定卻欠缺實際操作的可能性時，上述探討就僅僅屬於一種抽象的觀念論而已。本文以下先總歸三點同意能力於人體試驗醫療的重要性。

---

<sup>43</sup> 例如，當病人陷入昏迷時，若非緊急情狀或拖延後病人病情可能獲迅速化，原則應當等待病人甦醒後，向病人確認其意願；相對者，若屬前者的情況，刑法上即可基於緊急避難為正當化之依據，優先進行醫療處置。

## 第一款 尊重受試者的人格尊嚴

由於告知同意法則所強調的是，病人基於主體性的地位，自主性的參與醫療行為的決策，因此在強調醫師應當履行告知義務的同時，也必須關注病人本身是否有能力來接收並理解這些資訊，並且衡量判斷這些資訊與自身價值觀是否有所衝突，進而做出符合自主意願的醫療決定。

換言之，判斷病人是否同意某項治療，並非僅止於觀察病人客觀上有無同意的意思表達，在此之前，應當先行評估病人能否認知，也就是所謂判斷病人有無同意能力的問題，方能確保病人自主決定權的實踐。

## 第二款 阻卻試驗者刑事不法的基礎

基於醫學倫理上的不傷害原則，傷害是否被降之最低，以非純粹交由醫師判斷，受試病人本身的意見也必須納入參考。換言之，對於這項傷害的容許性，從倫理上可以視為符合一種最小傷害的行善原則。而從刑法規範的評價觀點，對於醫療行為所伴隨的身體侵害與風險，病人同意正是醫療行為正當化的重要關鍵。

如果欠缺病人同意的醫療行為或處置，除了牴觸病人自主決定權外，更可能無法阻卻醫療行為造成病人侵入性損害的刑事違法性。此外，正因病人同意是醫療行為的正當化要件，對於醫師的告知與說明，病人就須有辦法充分的理解與認識，也就是必須對於治療方案具備判斷的思考能力。

## 第三款 確保試驗正義原則的實踐

所謂的正義原則是指，關人體試驗中關於受試者的人選必須要在合理公平的立場下來進行選擇。例如，居於弱勢者如，經濟環境不佳而利用免費治療等理由之利誘、罹患不可治癒重症，基於期盼試驗新藥作為救命的手段等，這些情況下受試者往往會受到誘惑，其同意本身可能就會不具效力。換言之，這類病人與研究者本身的關係，初始就是居於顯然不對等的

權力操控的地位，此時病人是否能夠確實理解自身的處境，有無理性衡量是否應當接受試驗治療的空間，這些都必須要透過病人當下有無同意能力的問題思考判斷。

## 第二項 病人同意能力內涵的探索

如何判斷病人對於治療行為是否具有同意能力，關於所需判斷的對象或內容，學說上除了簡單依據阻卻違法性承諾的法理說明外，其他具體規範、指引或標準等可說是付之厥如。不過，關於如何認定某項具有效力的病人同意，至少在判斷上並非能與民事行為能力的標準一致，關於這點是普遍存有共識的。

總之，所謂的病人同意能力，理論上應與民法上的行為能力或刑法上的責任能力不同，病人的同意能力不僅僅是對於治療行為的意義、內容、效果以及治療所伴隨的危險性與程度等，能有充分理解的認識能力，更重要的是，對於是否應當接受何種治療，以及在有複數選項的情況下，該接受哪一項治療等，也要有足夠的判斷能力<sup>44</sup>。

其次，依據告知同意法則的法理，對於同意的要求是在醫師給予病人能夠作為理解、判斷的充分必要的情報後，病人才有同意某項醫療行為的能力<sup>45</sup>。換言之，醫師如果並未針對治療內容充分說明，或有怠於這項說明的情況，病人若在基於無知的情況下，對醫療行為進行同意，解釋上也會被視為一種欠缺同意能力而讓同意無效的情況<sup>46</sup>。

如何判斷病人的同意具有同意能力？該如何理解該等內涵與判斷標準，顯然這些問題目前在我國的實務或學理上的探討都十分稀少，本文以下將進一步針對病人同意的意義與內涵進行探索與說明。

<sup>44</sup> 上山泰，患者の同意に関する法的問題点，收於：西山詮・新井誠編，《成年後見と意思能力》，日本評論社，2002年，頁117以下；柴田滋，同意能力のない者に対する医療の決定，西日本短期大学大憲論叢38卷1号，2000年1月，頁4以下。

<sup>45</sup> 大谷實，註1書，頁86以下。

<sup>46</sup> 張麗卿，醫療人權與正義，元照，2019年3月，頁249以下。

## 第一款 建構同意能力的基礎-意思能力

涉及人民自主決定的法規範理論，可以說是濫觴於私法領域。以民法契約自治為開展，國家應當盡力的不去干涉人民之間，基於自由意志下，根據其意願所建立的法律關係。然而，有無自由意志，除了可能受到外力干擾外（詐欺脅迫），也可能出自於內在，當行為人無法判斷行為的意義與認識道行為後可能引發的後果時，一般不會認同該同意是出於自由意志下所做的判斷。換言之，欠缺對人事物的認識能力與判斷能力時，就無法依其「意願」與他人建立私法上的契約關係。

其實，在一切有涉及受規範者同意為要件的法律規定，都可能須面臨到此項看似基本又理所當然，但實際操作與處理時，又是非常複雜且具不穩定的困境。同意能力是一個較為具體的說法，如抽象的進行概念性之描述，當中所包含的是，有權人對於某項事務是否發生某些法律效果，或是現實上自己或他人能得到或是喪失某項利益等，在當事人能完整掌握事件脈絡與內涵時，基於該等認識所做出的同意或拒絕的表示。

相反的，有權人沒有上述的能力時，法律就應當給予其保護，原則需要否定本來應當可能產生的對應法效果。例如，民法上，意思表示是構成契約的基本要素，當意思表示是在精神錯亂的情況下實施的，該表示依現行法之規定就會歸於無效。

又如，在醫事法規範中，醫療法第 79 條第 1 項有規定，醫療機構施行人體試驗時，應善盡醫療上必要之注意，並應先取得接受試驗者之書面同意；接受試驗者以有意思能力之成年人為限。此處所謂的意思能力所指為何？同時，該條後段又加上成年人的身分資格要件，在個案具體操作時，不難理解本條後段就是依據民法上行為能力的規定來判斷。但容有疑問的是，前文所謂的意思能力，翻遍我國民事法相關之規定，卻無法尋。故如何理解意思能力？不無疑問。以下將進一步從意思理論來進行說明。

所謂的意思理論（意思主義）一直都是支配著德國民法的基礎理論。從民法意思表示理論的內涵中可知，該理論重視的是表意者內心之真意，如果內心的意思與外在所表示的意義不一致時，將視為無效的表示。所謂的無效，在民法領域中就是法律行為（如締結契約）歸於無效的意思。從而，表意人內心是否有衍生出某項意思，由於攸關於後續法律關係有無的

判斷，表意人必然要有能力來充分理解與掌握該等法律關係的意義與內涵，以及衡量對自己可能造成的利弊得失。學說上有稱為一種理解能力（或可稱為辨識能力）並能控制自我意識的精神能力，也就是所謂的「意思能力<sup>47</sup>」。

簡單來說，有無意思能力，就是在觀察行為人對於該行為本身與可能產生何種結果等，是否具認知與判斷的能力。欠缺意思能力之人，因其行為並非出於自己本意，在民法上基於契約自由與自治等精神，原則上無法賦予其任何法律效果。畢竟，意思理論與意思能力是出自自然實質層面的概念，是社會期待對於人民行為的自由意志做出最大的尊重，希望在不侵害他人權益的前提下，能夠達成行為人自己所期盼的結果。

然而，從上述可知，是否具有意思能力，必須依循於不同的法律情境與關係來進行個案的判斷。也就是說，當行為人面對各種法律或事實關係時，該等關係必然具有不同程度的複雜性，對於不同的情境，是否能有意思能力，可能無法簡單化一而論。縱然是同一行為人，亦不見得能對於所面對的所有法律事務具有意思能力。這對於事後判斷者來，就可能就會形成一種相對化的評價<sup>48</sup>。例如，私法關係中，購買一份報紙和簽訂一個企業併購之合約，暫且不論現行民法行為能力制度的規則，對於這兩項法律關係一則複雜，一則簡單，對於所要求的意思能力，必然就會有相對化的程度區隔。

由此可知，意思能力於具體個案中，從是否可供操作與司法實務審查判斷的可能性來看，就是一個極為不穩定的概念司法，實務上如果光憑意思能力作為判斷某項法律關係的評價基礎，若未審慎思索，流於個案法院進行過於空泛的自由心證，恐怕也非妥當之處理方式。

綜上可知，從意思理論與意思能力為出發點來進一步的思維病人同意能力的問題，關於病人同意能力的內涵與判斷基準究竟為何？就現行法來說，應當須從民法的行為能力制度與刑法的辨識能力等不同法系統中來做進一步的思維與探討。

<sup>47</sup> 邱玟惠，論人體試驗同意權人之現行法制與修法建議，東吳大學法學報 28 卷 2 期，2016 年 10 月，頁 176 以下。

<sup>48</sup> 邱玟惠，前揭書，頁 179 以下。

## 第二款 病人同意能力與行為能力

意思理論與意思能力的不穩定性，在現實上卻具有個案判斷困難與耗費司法成本等困境。雖然判斷意思能力的有無，可以體現私法自治的基本精神，但在現實的交易往來中，很難期待當事人有能力去判斷雙方就該等契約或交易標的，是否具有理解與判斷的意思能力。

而為了維護交易當中任何一方的權益，並且鼓勵人民積極參與並發展私經濟交際活動，參與交易者是否具有意思能力，就有必要透過某項機制來向外界來展現與公示，也就是所謂民法的行為能力制度。依我國民法規定，滿 20 歲者為完全行為能力人，14 歲以上未滿 20 者為限制行為能力人。14 歲以下者為無行為能力人。行為能力是指可以成為法律主體，進而實施法律行為的能力<sup>49</sup>。

例如，針對複雜的企業併購交易活動，凡是已滿 20 歲並精神狀態正常者，縱然該者無法理解何謂商業併購，但該等行為依然會根據民法行為能力制度的規定被認定有效。

認定有效的理由有二，其一，基於行為能力所建構的穩固與明確公示性之標準，凡是交易當中不需擔憂交易的另一方萬一欠缺意思能力，可能導致契約無效的問題，這是為了保護相對人之交易安全；其二，相反於未滿 20 歲之限制行為人，若自認有能力進行交易，實際卻因為能考慮周詳而做出之同意，法律上無論該者有無意思能力，都需法定代理人參與協助，這是在保護行為人本身。

從上述可知，民法的行為能力，是一套極具法政策色彩的制度，相對於意思能力的本質依然來自於客觀事實的判斷，行為能力則是建立確保私法自治與順利運轉以經濟為核心社會的思維之下，在私法領域中，憑藉具體且客觀的標準來公示行為人是否具有意思能力的外觀<sup>50</sup>。而這種預先透

<sup>49</sup> 李淑明，民法總則，元照，2016 年 2 月，頁 29 以下。

<sup>50</sup> 實際上欠缺意思能力或實際上具有意思能力。譬如，罹患失智症初期的老年人，並非對於生活中的大小事務都會欠缺意思能力，對於特定行為或許依然得以自行決定；19 歲之少年雖未成年，但對於生活中的交易買賣行為可能已經具有完全的意思能力，但如果依據民法行為能力制度的規定，限制行為能力者所為之法律行為依然需要法定代理人之追認方具有效。而犧牲特定具備意思能力 19 歲少年的自主決定權，正是為了維護民法交易安全的利益。參照：張麗卿，註 46 書，頁 156 以下。

過年齡做出設定的考量，基於上述之理由，我們基本上同意可以運用於私法上的純粹交易活動當中，但僅僅於保護交易安全與促進交易活動的理由，是否能一併將其套用於病人同意能力的判斷基準當中，似乎就會有很大的疑問。

如同前述，病人同意具體來說，是指病人對醫師提出單一醫療行為的同意或提供複數治療方案的抉擇。對於病人同意能力的有無之問題，一般會有爭議需要深究判斷的對象是，未成年人之病人（未滿 20 歲）或是罹患重大精神障害的情況，醫師可能因擔憂病人無法理解該等治療的意義或對自身可能形成的影響，進而在實際上侵害的病人的自主決定權。在這情況下，如果依據民法行為能力的制度，就會一律否定了上述病人於實際情況中具有的意思能力可能性。因此，對於治療行為的同意能力的內涵是否能原封不動的適用民法行為能力制度來為理解，恐怕不無疑問。

詳言之，根據民法行為能力的規定，七歲以下無行為能力之未成年人的表示，皆無法發生相對應的法律效果，七歲以上但未成年者所作之決定則需要法定代理人或是監護人的追認。如果是在執行醫療行為的情況，透過行為能力來判斷病人有無同意能力，可能就會演變成凡在民法上未成年者，由於被公示為欠缺完整行為能力者，面對任何醫療處置與作為都無法自主決定。

其實，從上述意思能力的概念說明可知，病人同意能力的本質上依然不出於意思能力的概念論述，也可以說，實際上病人同意能力正是在反映意思能力具有的「個別對象性」特徵。病人有無同意能力，也是一種自然現實狀態，理論上，須從個案中來具體判斷病人是否具有該項意思能力。因此，理想的情況是，病人同意能力的內涵應當是指，「病人必須能理解醫療的性質（是否具有侵襲性）、效果、結果以及危險程度之能力，以及接受治療或拒絕治療的不同結果，進一步於比較衡量後，能夠判斷是否接受治療的能力。而從這項具體內涵來看，縱然是民法上的未成年者，對於某些特定的治療行為也可能被理解為具有同意能力<sup>51</sup>。」

相反的，如果直接採取民法行為能力制度來判斷，我們就要嘗試的去處理，行為能力制度的政策性目的是為保障交易安全與維護經濟秩序，相對來說醫療行為直接涉及到的是人性尊嚴、生命、身體法益等之干擾與保

<sup>51</sup> 有學者認為，欠缺同意能力者，或醫師根本未履行告知義務者，由於病人無法預見後續結果的發生，自然就不能承認該同意有效。參照：佐伯仁志，違法論における自律と自己決定，刑法雜誌 41 卷 2 号，2002 年 2 月，74 頁以下。

障，具有高度的人格一身專屬性質，基於自主決定權的尊重，個案中似乎更需優先於上述價值的保障，而不能為求經濟效應或成本考量，透過齊頭劃一的年齡門檻（行為能力制度）作為病人同意能力的內涵與標準。

綜上所述，民法上是否具有行為能力，就病人對於醫療行為是否有同意能力的判斷時，或許得以作為個案判斷的其中一項判斷指標，但不能被視為一種唯一且具決定性的判斷基準。因此，不應單純以行為能力有無來判斷醫療行為同意能力的見解是能被認為是目前暫居多數的主流看法<sup>52</sup>。

### 第三款 病人同意能力與辨識能力

如同前述，病人同意能力的內涵應該是一種事實層面的內心狀態，也就是同屬意思能力的概念範圍當中，按理應需於個別情況中來理解與判斷。關於前述醫療法第 79 條規定，接受試驗者以有意思能力之成年人為限。此項規範正是顯露出目前醫療法有關同意能力的規定，依然會依據民法行為能力的思維來做規範設計。詳言之，本條規定雖是強調縱然是成年人也需個案判斷是否具有意思能力，但卻未考量到未成年人對於人體試驗本身也可能具有意思能力的情況，而將未成年人統一排除具備同意能力的立法設計，顯然並不合理，也有過度限制未成年人對自己身體所應享有的自主決定權等疑慮。

從而，在確立病人同意能力等同於意思能力的基本認知下，究竟該如何進一步的詮釋同意能力的內涵？如同前述，若刑法規範的觀點來思索，似乎較能在對應於醫療現實的情況下，獲得較為妥當的答案。

由於醫療行為治癒病人的過程可能伴隨著有侵入性或傷害性，對病人的身體、甚至生命法益可能具有風險，甚至產生實害，是以基於刑法保護法益的規範意旨，個案當中是否容許病人追求健康而放棄與處分自己的身體法益（例如，侵入性手術的情況），都應接受刑法法理來審慎檢視。換言之，如果將病人同意的內涵理解為被害人承諾，而此種超法規阻卻的違法事由，就等同代表病人同意的本質就如同病人自己處分了自己的身體法益，放棄了刑法的保護，這顯然與民法意思表示的表彰的締約或建立私法

<sup>52</sup> 張麗卿、韓政道，醫療自主與生命抉擇—從「姊姊的守護者」談起，月旦法學雜誌第 198 期，2011 年 10 月，頁 102-123。

關係等性質截然不同。

其實，在德國實務判決的演進脈絡中，早於 1908 年代左右就有強調兩者必須脫鉤處理的觀點<sup>53</sup>。值得注意的是，德國直到 1958 年聯邦法院民事判決，明確的揮別了將法律行為說(病人同意=行為能力)。該判決事實是，原告為 20 歲之未成年人(當時德國民法規定 21 歲方為成年)，醫師實施甲狀腺手術之際，對於原告自己本身同意是否有效的問題形成了爭點。

而該法院明確的說明，對於侵害身體完整性的同意，並非法律行為中的意思表示，而是一種針對侵害同意者(病人)法益的事實行為(手術)所為之許可，或是賦予侵害權限的問題。對於未成年者身體完整性侵害的同意內涵是：「**未成年者基於具備了精神上與道義上的成熟度所允許的侵害，以及能夠衡量同意侵害後的意義和射程範圍時，於法律上會被認為是有效的同意**<sup>54</sup>。」

總歸來說，從被害人承諾的法理來建構病人同意能力的內涵，符合前述意思能力具有必須各案判斷並符合個案特殊對性的要求，同時醫療行為對病人所伴隨的法益侵害風險與實害等客觀事實，關於病人同意能力的內涵就必須基於這樣的特性，以刑法法益保護的思維予以處理。簡言之，病人的同意能力，借助被害人承諾的概念，就是一種辨別事理的能力，通說皆會以「辨識能力」來稱之。亦即，病人必須完全理解同意的意義、性質與效果，但這並非責任能力的問題，因此縱然未滿 14 歲之未成年人，依然可以為有效的同意。相對來說，縱然是成年人，一旦喝酒陷入酒醉狀態，同意不必然就會為有效<sup>55</sup>。

### 第三項 病人同意能力基準的外國經驗

對於治療行為的同意能力，縱然未必能與民法行為能力制度劃上等號，但病人的年齡確實普遍被認為是一項重要大致簡單的標準。病人如果是二十歲以上的成年人，如果外觀上具有健全的精神能力的話，幾乎不會有需要判斷該者是否具有同意能力的爭議或情況。若病人是未成年者，例如年紀極小的嬰幼兒，由於完全欠缺了理解能力，對於將來情況的判斷與決定

<sup>53</sup> 山中敬一，醫事刑法概論(I)(序論·醫療過誤)，成文堂，2014年8月，頁149-150。

<sup>54</sup> 山中敬一，前揭書，頁150。

<sup>55</sup> 蔡墩銘，刑法總論，三民，2013年8月，頁176-177。

能力等，都在未成熟的情況，因為也能廣泛的受到親權與監護權者的保護，這種情況下，自然也能完全排除同意能力有無的問題<sup>56</sup>。

不過，成年人也可能因精神疾病或腦部障礙等因素，同意能力遭受質疑的案例。而未成年人在達到近接近民法成年人年齡時，實質上也有可能被認定具有同意能力。這些案例的發現，正是我們必須正視病人同意能力的有無，必須發展判斷基準的重要性。

因此，究竟該如何判斷病人是否具有同意能力？由於病人同意能力與民法行為能力並不相同，不能依據一定年齡或凡是精神上陷入精神障礙等純粹客觀且單一的標準來認定（這並非是判斷）。因此，病人是否對於治療行為具有同意的能力，就需有更加明確的判斷基準提供醫學臨床上與司法機關所用。

以下，本文將依序就德國、日本及美國等國家之探討經驗，就如何判斷病人同意能力之學說、裁判例等進行相關介紹與說明，希望能提供於我國參考。

## 第一款 德國的識別能力說

### 第一目 德國判例的說明

關係於病人自己身體完整性是否容許醫師侵襲的判斷，前提必須是病人必須具備同意能力，由於這是依據病人的意思，在病人表達同意或拒絕前，病人必須有能力來理解該等侵害的法益本質、意義，亦即在此射程範圍內，將病人是否具有「辨識能力」作為病人是否具有同意能力的判斷標準，故其中最具重要性的，就是病人意思決定時，是否具有充分的「判斷能力」。

詳言之，德國判例中普遍認為，決定是否具有「同意能力」，是依存於病人是否具有自然的辨識能力與判斷能力兩者。以侵入性治療的同意為例，

<sup>56</sup> 但是，縱然新生兒或嬰幼兒欠缺同意能力，但是否就完全交由法定代理人或監護人來做決定（同意），可能會有權利濫用的問題存在。參照：橫野惠，新生兒・小兒医療（特集・看護師のためのバイオエシックス），臨牀看護 30 卷 12 號，2004 年 11 月，頁 1836 以下。

所謂的判斷能力是指：「大致上能明瞭醫療的侵襲性與實施治療行為的本質、意義，以及射程，而基於依循這樣的辨識能力了解了全然的情況後，進一步形成了判斷對自己有利與否的判斷能力。」而於 1999 年德國聯邦法院曾於判決中指出，對於侵入性醫療的有效同意是指，病人能對事實情況完全理解的情況下，能夠預期治療應具有的侵襲性，並且能夠預測治療的經過和可能衍生出的結果。同時，病人也需具有對於同意與否的不同後果能夠相互衡量的能力<sup>57</sup>。

如同前述，德國實務是在 1958 年後，才慢慢的開始嘗試建構有關於同意能力的各項構成要素。於判例中普遍所提到的內涵是，病人必須具有明確毫無曖昧空間的認知（認識）能力。具體來說，藉由判斷病人精神上的成熟度，能夠認識醫療行為的種類和本質、意義以及認識其射程與結果時，即能將其視為具有同意能力之人。值得說明的是，所謂的認識，並非是就治療全程經過都要有細緻的掌握，相反者，只要能夠對於整體性大致的經過有所認識即可。

在某些判例中，和認識的要素並列者，則是要求需有意欲要素，也就是所謂的意思決定。其具體內涵有 1. 思考醫療行為可能形成各種侵害的能力；2. 同意和拒絕之結果，相互衡量利弊得失的能力<sup>58</sup>。但是，整體來看，德國實務對於同意能力的判斷大致上無法脫離上述的內容，也不見提出更為細緻的標準。原因似乎在於，實務上發生的案例，多為具有侵襲性與頗具急迫性的情況，法院也不願於該等情況下對同意能力的要件進行高密度的設定，審查態度必然也會較為寬鬆。

## 第二目 德國學說的看法

至於，在德國學說上，雖然依循著實務判例，從認識要素來進行定義的看法普遍居多，這些看法中也有對於病人意欲要素進行考慮（例如，你有強烈回復健康的意願，有認識到醫師的侵襲治療對你的治療是正面的）。總歸來說，在能夠認識整體過程的基礎上，進一步能夠理解侵入性是治療伴隨著必然過程，衡量治療的好處與壞處，具有此種精神上的成熟狀態，

<sup>57</sup> 山中敬一，註 53 書，頁 150 以下。

<sup>58</sup> 山中敬一，註 53 書，頁 150 以下。

病人即有同意能力。以下進一步就德國學說的看法分別說明之<sup>59</sup>。

## 一、辨識與控制能力

依據實務定義下同意能力，也無法完全抹滅標準不明確的曖昧問題，學說上就曾批判實際的運用上，欠缺具體的頭緒與線索，內容也過於空洞。因此，德國學說就有針對病人同意能力作進一步的反面闡述。也就是對於欠缺同意能力的情況建構判斷之標準，亦即，無同意能力是指，諸如未成年者、成年人罹患精神疾病或認知能力低落等情況下，具體的標準如下。

其一，該類型之病人，無法判斷受到外界干涉侵害相關利益，對自己來說是具有什麼樣的價值，以及如何排定其價值序列；其二，這類病人是無法理解該項治療會衍生什麼樣的結果和危險；其三，病人無法充分的知悉或掌握能夠透過何種手段來達成回復健康的治療目的<sup>60</sup>。」此外，縱然未成年者或精神障礙者，個案中能被認定具有上述的辨識能力，但依據該辨識能力卻無法進一步做出決定者，依然會被認定欠缺同意能力。後者就是所謂的控制能力<sup>61</sup>。

例如，施用毒品之成癮者，儘管對於毒品的壞處有完整與明確的認識，但因無法控制自己而依然決定要持續施用。這就是一種典型欠缺控制能力的情況。但是，如果過度強調控制能力的判斷標準，對於完全認識侵入性治療行為的意義與對己之好壞時，若相反的來拒絕治療，很可能會被推定病人沒有控制自己的能力，而認定其無同意能力<sup>62</sup>。這將會是一種會傾向於醫師理性高權的思維，對於凡是拒絕符合常規性治療的病人，都有可能被判斷為欠缺控制能力，而無同意之能力。

此外，對於同意能力必須具備控制能力的看法，德國學說也曾舉出小孩拔牙的例子。假設孩童此類未成年人，雖能理解蛀牙後不拔除有害口腔健康，但因無法忍受拔牙的痛苦而拒絕拔牙，這種情況可能就會被認定為該者雖然具有辨識能力，但卻欠缺了控制能力，故不具有同意能力。但同

<sup>59</sup> 田坂晶，ドイツ刑法における治療行為に対する患者の同意能力の意義とその判断基準，島大法學 53 卷 3 号，2009 年 12 月，83 頁以下。

<sup>60</sup> 山中敬一，註 53 書，頁 149 以下。

<sup>61</sup> 田坂晶，註 59 文，85 頁。

<sup>62</sup> 田坂晶，註 59 文，86 頁。

樣的情況，如果將小孩替換為精神狀態健全的成年人，該拒絕就未必會是一種欠缺控制能力的「不合理」決斷<sup>63</sup>。

## 二、階段說與重疊管領說

學說中，有談到所謂的「階段說」與「重疊管領說」<sup>64</sup>。首先，階段說主張<sup>65</sup>，病人從開始到作出決定為止，內心意思形成的過程，如果根據精神心理學的研究顯示，一般會形成三個不同階段的過程。這三個過程分別是，第一階段：根據視聽覺信號而開始知覺並且理解所接受訊息的意義；第二階段：對於所理解的資訊進行處理與評價，並讓該資訊適用於病人所置身的處境當中，由個人得以決定該者資訊的利用和處理；第三階段：藉由利用和處理所形成的意思作出現實上的決策。總之，這三階段程序就是依循著病人自身的意思逐漸推向決定的過程。

進一步來說，觀察三階段的過程，第一階段容有客觀判斷的空間，對於第二、第三階段，則是一種沒有客觀途徑可以掌握，流於病人內心主觀的事實狀態。誠然，階段說正也印證了前文所強調的，病人同意能力是一種現實層面的問題，也表彰為意思能力對應的面向之一。

原則來說，透過事實上病人是否存在接收、分析資訊與處理資訊等能力作為同意能力的判斷標準，也可說是辨識能力作為同意能力判斷標準的重要理論與基礎。不過，對於這項說法，也並非毫無批評，主要認為，三階段說後面兩階段有關於形成意思與決斷的過程，主觀面透過客觀驗證的複雜和困難性。換言之，第一階段的情報接收和理解是較為客觀清楚的，但不能以此來直接認定後續病人就有能力來決定評價與衡量。

此外，「重疊管領說」是有在處理未成年人是否具有同意能力的問題<sup>66</sup>。詳言之，凡是未成年人，對於其醫療上的同意與否，並非單一歸屬於其自己的意思決定。從侵入性醫療的正當化依據來看，面對未成年人的同意能力，必須將具有親權者（法定代理人，一般會是父母）來共同參與並補充其能力之不足。所謂的重疊性，就是指有關於同意與否的決斷，並須有未

<sup>63</sup> 山中敬一，註 53 書，頁 152 以下。

<sup>64</sup> 山中敬一，註 53 書，頁 152-153；田坂晶，註 59 文，92 頁以下。

<sup>65</sup> 山中敬一，刑法總論，成文堂，2015 年 8 月，頁 605 以下。

<sup>66</sup> 山中敬一，註 53 書，2014 年，頁 153 以下。

成年人與法定代理人共同管領與決策。從此項見解也可以進一步推導出，一旦法定代理人的位置空出後，透過相關機制，如法院的介入來共同解決問題也是具有可能性的，這也是此項見解的優勢。相對者，對於未成年者，一旦決定運用重疊管領說來解釋，實際而言恐怕也會朝向理性高權的方向解釋，個案當中重視法定代理人的建議而忽略了未成年人的真正意願。

總之，病人同意能力的判斷，是為保障病人對於自己的身體與生命法益等具有充分的自主決定權，對於自己身體的 1.侵襲的種類和本質、2.意義、3.對於侵襲的射程以及範圍的認識（辨識能力）、衡量該者利弊得失的判斷能力（判斷能力），然後，依循該項能力，控制意思表示的能力也是必要的（控制能力）。

整體來說，以上的想法可以發現是與刑法被害人承諾的法理緊密的結合，畢竟建構被害人承諾法理時，所設想的就是如何在保障承諾人權益的前提下，容許其放棄或處分所持有之特定法益（身體健康）。同時，對於未成年人同意能力的判斷，原則上應該承認具有重疊管領說的必要性，但至少於 16 歲以上的未成年人，醫療侵襲種類與程度若尚屬為輕微，應能允許該者單獨同意；若是 18 歲以上的未成年人，即使是任何的侵襲治療，應該認為該者能夠單獨做出決定<sup>67</sup>。

綜上可知，當病人能理性的與醫師相互溝通的範圍內，依循該項自主意思能所做出的決定，應當是有效的同意。其中具體來說，病人必須具有事理的辨識能力和判斷能力。而關於同意能力的判斷背後所思維者，其實一方面是思考如何落實病人的醫療自主決定權，並且於具有侵襲性的治療過程中，也是阻卻醫師不法的重要關鍵，但相對者，於個案當中，如果病人非理性的拒絕同意治療，如果承認病人具有拒絕同意的能力，也會與病人的身體與生命法益保護間呈現緊張關係。總之，病人同意能力是依循

<sup>67</sup> 關於同意能力的判斷，澳大利亞於 2001 年實施親屬法修法時，立法者就是採取德國刑法學者 Amelung 的主張。首先，同意不同於德國民法典第 104 條以下的意思表示規定（德國民法），而關於同意能力，必須具有以下三項能力。1.認識事實與因果流程的能力；2.能夠評價的能力；3.依循著所認識的資訊來做決定的能力。具體來說，可透過以下標準判斷。其一，關於認識事實與因果關係的能力，例如病人否知悉自己的病情或是有精神障礙等事實、關於該病情或是障害，從醫師提供的情報來進行理解的能力、能夠知悉有哪些預定治療措施、不治療的情況下，是否能理解衍生的結果與風險、關於病情有哪些替代療法，以及能否理解替代療法的風險和結果；其二，關於評價能力，則需判斷本人是否能夠理解和病情有關係的法益(生命、身體)價值、是否能考慮可能失敗或是引發的後遺症、能夠理解該法益受到侵害的意義、本人具有透過病情所衍生的法益侵害以及伴隨著侵襲的利益相比較的能力；其三，能夠自己決定的能力，或是病人是否正處於不能抗拒痛苦或情緒不安定的情況中。從這些標準來看，顯然並不出於上述德國學說上的相關論述。參照：田山輝明，成年後見人の医療代諾權と法定代理權，三省堂，2015 年 5 月，頁 174 以下。

著事實上病人有無辨識能力及判斷能力來進行判斷。這也是對病人的人格與尊嚴給予充分尊重的盼望。

## 第二款 日本裁判例之論述

有關於病人同意能力的判斷標準，在日本刑事法領域中，鮮少有學說文獻的探討。多數都停留於外國法經驗的介紹與分心。縱然是司法實務中的刑事判決也難以難出端倪。不過，反倒是在民事少部分的判決中有涉及關於病人同意判斷的探討，主要則是針對成年精神病人有無醫療同意能力的判斷問題上。本文以下將藉由三個民事判決的整理與分析，從中觀察日本實務對於病人同意能力判斷基準的基本立場與態度。

### 第一目 札幌腦葉切除術事件<sup>68</sup>

關於判斷成年罹患精神疾病者醫療同意能力有無的代表判決，可以追溯於 90 年代中期發生於札幌的腦葉切除術事件。本案發生於 1967 年，被害人 A 高中退學後輾轉換了很多工作，23 歲時遭逢事故使得生活須受他人看顧。直到 1971 年，A 因酗酒遭診斷出肝硬化、糖尿病、胃潰瘍等情，並開始多次進出醫院。但 A 因言行粗暴，最後遭醫院拒絕繼續治療。

在 1973 年，A 因家暴，經社工人員建議，依據當時的精神衛生法第 23 條規定自願入院，並接受精神病院治療。精神科醫師 Y 診斷 A 罹患肝炎與慢性酒精中毒，以及突發性精神耗弱精神病，判斷必須接受腦前額葉切除手術。於是 Y 拜託 S 病院的腦外科手術醫師進行手術。醫師接受這項委託後，未經過 A 同意，即於醫院切除了其腦部左前額葉。不久後又相繼切除了 A 的右前額葉。手術後，A 因後遺症，除活動能力降低與慾望消失外，也出現懶散無力，無法獨立生活。

因此，A 與其家屬，分別針對 Y 病院與 S 病院診斷與手術等醫師，就未經 A 同意的情況下實施手術提出了民事損害賠償訴訟。而針對 A 的控訴，Y 醫師主張，手術前已得到 A 妻子的書面手術同意書，並且手術醫師

<sup>68</sup> 札幌ロボトミ一事件判決（札幌地判昭 53・9・29）

也知悉有這項同意。同時，實施手術的醫師也主張，手術實施前，已經沒有辦法再次取得 A 或家屬的同意。

關於本案，札幌地方法院認為，「所謂有效的同意是指，病人本人在能夠認識自己身體狀況、準備接受醫療行為的意義、內容，以及伴隨風險程度等之能力。病人如有此能力，治療行為前就須先得病人同意。即使精神障害者，或未成年人，一旦有上述能力，就必須要獲得本人的同意。尤其，本案手術無論是在醫學的適應性或是手術的必要性中，是否能夠充分理解醫學上的看法、知道自身是在伴隨重大副作用的情況下，接受手術等等，必須更加的尊重病人的自由意志。此外，本案手術縱然依據精神衛生法第 23 條（舊），經過了病人入院同意之手續，但也不能充足手術前的病人同意程序。手術必須個別取得病人同意方為適當。」

本判決明確的說明，即使病人患有精神疾病、如果個案中，對於醫療行為，病人能夠具有充分的判斷能力時，就須以病人本人同意為原則。至於，關於肯定 A 具有同意能力，本案法院是根據下述事實做出了判斷。

首先，A 在發現醫師準備對自己進行手術時曾有拒絕，且曾對看護人員表達不願腦部遭切除的想法。因此，如果依 A 的症狀與相關言行來觀察，對於本案手術的應當是否同意與判斷能力的，同時 A 不願接受手術的意思也非常清楚。本案手術等同是在未取得病人同意的情況下實施，並且本案疾病也未對病人生命存有任何緊急狀態，也無 A 說明後，反倒可能造成事態惡化等情況，故醫師的處置無法阻卻違法。

綜上，本判決強調，即使是精神障害者或是未成年者，關於自己的狀態、醫療行為的意義、內容以及伴隨之危險程度等，若能具備認知能力，醫療行為實施前就應以本人能夠有效同意為前提。換言之，對於醫療行為的同意能力是與處分財產所要求具備的行為能力是不同的，在此思維下，本判決的態度是，判斷病人同意能力有無的標準是，必須綜合考量病人的言行、精神狀態、症狀等後，再進一步做出判斷。

## 第二目 名古屋腦葉切除術事件<sup>69</sup>

本判決與上述札幌事件相同的，是有關於成年人接受腦前額葉切除手術前之同意能力有無的問題。本件事實為，病人 X 於高中退學後，犯下強盜、恐嚇等重罪，反覆再三的進出監獄，在 1968 年出獄後已 36 歲，居住地點恰好間隔於國道與電車軌道之間，平時不斷遭受車輛行徑的噪音刺激，造成頭痛、失眠等之情況，而當 X 回警局商談自己未來的計畫時，卻毫無理由的在局內施暴，進而遭送往 Y 精神病院。醫院治療後暫時讓 X 回家，X 又再次前往警察局實施暴行，故相關單位在獲得 X 父親同意後，依當時精神衛生法，經過鑑定辦妥強制入院手續。

兩位精神鑑定醫師對 X 診斷為疑似精神疾病、可能會出現暴力、自傷、損壞器物等行為風險。因此，基於 Y 醫院精神科醫師請求，手術醫師同年與隔年分別對 X 進行兩次腦葉切除手術。

手術實施前，醫師已與 X 父親確認並簽具了手術同意書，但沒有得到 X 本人的同意。因此，事後 X 針對該手術，分別以 A.不存在手術治療的目的；B.並非具有相當性的醫療行為；C.非具有適應性的手術；D.治療方法選擇錯誤；E.不存在有效同意等理由，向 Y 醫師提起損害賠償之訴。

關於本案，名古屋地方法院認為，首先，即使是根據精神衛生法規定強制入院的病人，如果病人本身具有判斷是否接受治療的能力時，除非不得已的特別緊急情況外，對於一般情況下的醫療手術來說，僅取得近親者同意並不足夠，必須得到本人同意。

因此，X 在具備意思能力與判斷能力的情況下，顯然並未對於手術本身有為同意的表示，同時，一般來說，接受其他專門領域醫師委託的手術執刀醫師，應該要在手術實施前，再次確認是否有得到本人同意，除了在已經取得病人同意，或因緊急狀況，沒有充裕的時間得到同意時，醫師務必得取得以充分向病人說明為基礎的同意。

就本案來說，法院明確的立場是，即使依據精神衛生法上強制入院措施是必要者，關於能有判斷治療行為能力的可能性，以及被承認有該能力

<sup>69</sup> 名古屋地判昭和 56・3・6，判時 1013 号，頁 81 以下。

的情況下，治療行為前就須得到病人的同意，此項觀點是非常值得關注的。基本而言，本案判決依循了上述札幌事件的判決精神。

### 第三目 慣性右肩關節脫臼手術事故案<sup>70</sup>

關於精神能力正常的成年病人對治療行為同意能力有無的案例，可從 1986 年東京地方法院的判決來了解。本案病人 X 在高中畢業後進入自衛隊服役，大約從 18 歲開始一年內的時間，右肩總共反覆發生了五次脫臼事件，屬於一種習慣性的關節脫臼症狀。

因此，X 於 1982 年於 21 歲時，接受 Y 整形外科醫院診斷，為了治療右肩關節脫臼的症狀，Y 勸 X 進行手術，手術時醫師為 X 實施全身麻醉後，而在接受手術過程中，X 開始惡性發燒，並引發了心臟停止的情況，之後即於手術當日死亡。由於 X 手術時已是成年人，但是為剛滿 21 歲者，不僅是病人本人，即使對於雙親，有關於 X 的症狀、嚴重程度，治療與否的好壞，能夠預見的併發症等危險之程度等，儘管醫師應該需有說明義務，但於本案中，對 X 本人或家屬等人，都未充分履行上述說明義務，進而向醫師提起損害賠償之訴。

東京地方法院認為，從對於病人本人必須有充分說明，且在確認得到本人同意的概念上來看，本文中，關於病人本人有無同意能力，法院有以下的說明。按病人 X 當時為 21 歲的自衛隊員，已經是具有獨立性的社會人士，醫師執行手術前，如能對病人本人履行說明義務就已足夠，故對病人家屬說明有關於治療行為的內容並非必要

關於本案之裁判，與札幌・名古屋等前額葉切除事件判決等情況並不相同，本判決針對具有精神狀態健全的成年病人的同意能力，於本判決中能窺見其判斷也是傾向於個案當中來進行實際的觀察。也就是說，成人年齡僅是判斷同意能力有無的其中標準，本判決所判斷的不僅僅成人年齡此形式因素，關於病人是否為獨立得社會人士等此種實質要素也納入了判斷考量。

總歸來說，關於病人同意判斷的標準，日本實務的看法非常稀少，單

---

<sup>70</sup> 東京地判昭和 61・3・19，判時 1209 号，頁 34 以下。

單從三個判決的整理與觀察，實難論斷實務法院的主要立場。儘管如此，從上述判決也可以了解，法院並非以病人罹患精神病等原因直接否定病人的同意能力，仍需以個案具體來進行判斷。

#### 第四目 日本學說的探討

說明日本實務對於病人同意能力判斷的判決動向後，民法學說上，相較於刑事法領域，探討相對也更加活躍。民法學理的基本態度是，多數民法學者儘管皆認同病人同意能力應以個案判斷為宜，但也認為年齡依然需要作為主要的判斷標準。換言之，要求病人需要什麼樣程度的精神能力方能算是具有同意能力，應有必要從案例類型化的角度來觀察，也就是依據法益侵害（治療侵襲性）的種類、程度建立不同的判斷標準<sup>71</sup>。此外，即使是未成年人或其他精神障礙者，個案中也可能被認定有同意能力。例如，上述札幌法院與名古屋法院等提到的情況如是。

回到年齡標準的說法上，學說上則曾有主張，未成年在 15 歲以上至 18 歲之階段中，如果沒有特殊顯著的證據顯示欠缺同意能力，應當直接承認其具有同意能力。

例如，從女子可能的結婚姻的年齡、義務教育結束的年齡等來看，15 歲到 16 歲以上的未成年人，對於治療行為應承認其有同意能力<sup>72</sup>；再者，也有認為，以領養子女的同意年齡或能有效設置遺囑的年齡來看，15 歲者就應承認其有同意之能力<sup>73</sup>。最後，也可參考器官移植法律運用的指導方針，是以 15 歲為標準，再輔以個別情況來綜合考量<sup>74</sup>。從而，關於一般的治療行為即能推導出針對十五歲以上病人來說，推定其具有得為有效同意的同意能力。

不過，從上述法院判決脈絡可知，即使是精神障害者或成年人，是否具有同意能力，仍然須進一步就病人置身的狀況、他的言行與醫療侵襲的

<sup>71</sup> 山口厚，刑法總論，有斐閣，2016 年 3 月，154 頁；金川琢雄，現代医事法学，金原出版，1995 年 10 月，116 頁。

<sup>72</sup> 手嶋豊，医事法入門，有斐閣，2018 年 9 月，228 頁以下。

<sup>73</sup> 樋口範雄，親子と法—日米比較の試み，弘文堂，2004 年 11 月，156 頁。

<sup>74</sup> 該指導方針的說明，本法中有關於意思表示有效性的判斷，根據年齡整體劃一來判斷是非常困難的，以民法設立遺囑可能之年齡作為參考，在法的運用上，以十五歲以上者意思表示為有效來處理。參照：今井道夫，生命倫理学入門，産業図書，2011 年 1 月，頁 153 以下。

程度等，掌握客觀可驗證的各項要素等來進行考慮。顯然這樣的思維，與刑法被害人承諾中所謂承諾能力的判斷是較具有一致性的<sup>75</sup>。然而，儘管對於揚棄年齡設定做為判斷同意能力單一標準的想法上，無論實務或學界已有一定的共識，但關於同意能力判斷的具體基準，依然屬於一種非常微妙情境下的難題。

總之，日本對於治療行為同意能力的探討，普遍的看法是與民法的行為能力必須有所區別，且盡可能從病人是否對自己「**承擔因治療行為所衍生的侵害風險**」，此點進行理解與評價<sup>76</sup>。可惜的是，如果進一步觀察日本對於病人同意能力具體內涵的探討，直到目前為止都未曾出現具體明確的看法與建議，對於判斷同意能力的基準，自然也尚未具有統一可供操作的標準存在。基於這個原因，現實上於醫療臨床現場中，病人有無同意能力的判斷，完全就是委由個別醫師全權裁量與處理。

### 第三款 美國各項途徑的建立

在美國，醫師若未得病人同意而實施侵入性醫療行為，縱然認為具有醫學的適應性與技術正當性，也有可能成立不法的身體接觸罪（**assault and battery**）<sup>77</sup>。是故，美國對於醫療行為合法化的思維中，自始就具極為濃厚的維護病人自主決定權的精神。

例如，早期美國可在 1914 年的施隆多夫案中，看出對於病人自主決定權的尊重。該案於紐約州最高法院的判決中提到：「**達到成人年齡與具有健全精神（sound mind）者，對於自己身體擁有全然處分與決定的權利**<sup>78</sup>。」本判決揭示了美國司法要求醫療體系必須尊重病人自主決定權的基本態度，時至今日也受到各界普遍與廣泛的支持。對於一般具有健全精神的成年人來說，對於自主決定權的尊重就是指對於自己能夠自我決定是否接受治療的權利。

<sup>75</sup> 大杉一之，治療行為といわゆる『代諾』序説，法学新報 113 卷 3-4 号，2007 年 12 月，頁 381 以下。

<sup>76</sup> 田坂晶，治療行為に対する患者の同意能力に関する一考察—アメリカ合衆国との比較法的考察—，同志社法学 60 卷 4 号，2008 年 9 月，頁 231 以下。

<sup>77</sup> See, Marjorie Maguire Schultz, From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected Interest, 95 YALE L. J. 219, at 224 (1985)

<sup>78</sup> Schloendorff v. Society of New York Hospital (1914) 211 NY 125, 126.

原則來說，成年病人，除非有積極證據來證明，否則原則應推定具有自主能力，也就是對治療行為能夠同意或拒絕的能力。如果是尚未滿 18 歲的未成年者，相反則會推定其對醫療行為欠缺同意能力<sup>79</sup>。但是，實際來說，美國相關判例中，也曾出現未成年人被認定具有同意能力，而成年人遭判斷無同意能力者，因此，關於同意能力有無的判斷上，美國究竟採取什麼樣的思考？以下將從美國政府與司法判例的相關內容進行說明與介紹<sup>80</sup>。

## 第一目 建構同意能力的基本要素

美國自早期就對病人自主決定權的重要性，因此關於病人同意能力的發展與探討可以說是一個歷史悠久的古典問題。但，如果嘗試追溯在早期相關的探討，可以發現關於同意能力的內涵與標準，依然沒有明確的法律規範或制度等存在。此外，有關於同意能力的判例中，也僅止於相應各個案件具體狀況進行個案判斷，未見有明確統一的定義出現。以下將先就美國探討同意能力的基本內涵予以說明<sup>81</sup>。

當美國進入 1970 年代，在醫學與研究急速發展下，有關於腦死的死亡認定、器官移植、病人自主決定權、遺傳工程等先端醫療等，圍繞於醫療法與倫理間之問題，已經有了很深入的探討與認識。

而在這些議題逐漸發酵活化的情況下，1978 年 11 月，得到美國國會的承認後，設置了「於醫療和生物醫學中之行動學研究中之倫理的諸多問題研究之委員會（President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research）」經過約四年的檢討，1982 年公開提出了『醫療上的意思決定（Making Health Care Decisions）』為題的報告書。書中總括了 1970 年代到 1980 年代初期，在美國所開展的各項討論，除了各界給予高度評價外，也可以理解為是到目前為止建構了所議論的一切基礎<sup>82</sup>。

這份報告書中，委員會就病人的同意能力有以下的說明。首先，病人

<sup>79</sup> J. Steven Svoboda, et al., Informed Consent for Neonatal Circumcision: An Ethical and Legal Conundrum, 17 J. OF CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 61, 69(2000)

<sup>80</sup> 田坂晶，註 76 文，頁 231-237 以下。

<sup>81</sup> 田坂晶，註 76 文，頁 231 以下。

<sup>82</sup> 金川琢雄，診療における説明と承諾の法理と実情，多賀出版，1988 年 2 月，頁 59 以下

對於進行醫療前的決定，必須具有精神、感情的能力，而非直接透過年齡此形式標準來作認定，至於實際上來說，病人同意能力的內涵究竟為何？以下將進一步來具體說明之。

### 一、總統倫理委員會的三要素<sup>83</sup>

關於構成醫療行為同意能力者，可分為三項要素。首先，**維持自身價值觀與目標的能力（possession of a set of values and goals）**。此要素主要的思維前提是，只有病人自己方能做出最佳判斷，故要求病人應需要有依循自己價值觀來進行判斷與據此獲得結論的能力（是否同意治療）。同時，為了能做出自己的決定，就須要求病人做決定的時候，必須要能保持自己的價值觀。從而，個案中，如果該名病人如果最終做出的決定，與事前自己所表明的價值觀相互矛盾時，此情況很可能就會被做為否定該等病人具有同意能力的判斷要素之一。

其次是指，**接受情報、並能理解情報的能力（ability to communicate and to understand information）**。這是指病人能夠在接收關於醫療行為的說明後，並且得以理解該內容的能力。例如，對於替代治療行為的存在與否以及對於治療行為的意義與內容的認識，於進一步接受特定的治療行為可能會衍生出什麼樣的結果，或者，無論何種治療行為都一律拒絕的話又會演變為何者狀況等，對於這些醫師提到的目前與後續等情況與內容，皆有需要具備正確理解的能力。

最後，針對各種**醫療選項要能有深思熟慮並得說出同意或拒絕理由的能力（ability to reason and to deliberate about one's choices）**。這是指，醫師提供了數個治療選項當中，病人能夠進行比較與考量後，並從中下選擇對於自己來說是最優方案的判斷能力。其中，包含了個人目標或人生計畫等，病人能否審慎的考慮也被認定這項要素的重要內涵。

---

<sup>83</sup> President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, *Making Health Care Decisions*, Vol.1, at 57-58 (1982).

## 二、美國司法判例的四要素

從美國判例自早期以來，皆認為當醫師要實施治療行為之際，基於病人自主決定權的尊重，以告知同意法則是為原則是必要的，加上 1982 年總統倫理委員會中，有關於病人同意能力所發表的內容，美國的司法實務也逐漸轉變為高度關注的態度來建構相關的內涵與要素，而司法實務為了肯定病人同意能力的重要性，也逐漸發展出四項要素作為病人同意能力的主要內涵，分別說明如下<sup>84</sup>。

### 1. 朝向他人傳達自己選擇的能力

首先，為了承認病人具有同意能力，就應當先確認病人自己對於所做的決定，有傳達至他人知悉的能力（**ability to communicate a choice**）。如果欠缺此能力，治療過程中，就無法將有自己的想法與意見通知供他人知悉，也不可能讓醫師執行符合自己意願的治療方案。所謂對他人傳達自己決定的能力，可以說是判斷病人同意能力時現實上可受驗證的必須要素，多數司法判例中，也將此能力作為檢討的首要標準。

不過，憑藉著能向他人傳達自己決定的能力，很可能就會輕易連帶的認定具有該項能力的病人，對於治療行為也能做出適當的判斷，也就是僅憑傳達能力來認定病人具有同意能力。但這樣的推導結論似乎過於跳躍。確實的，傳達能力雖然是不可或缺的能力要素，但實際來說，大多數裁判例也並非僅僅透過此項傳達能力作為判斷同意能力有無的唯一依據。以下本文將繼續說明其他的重要要素。

### 2. 理解治療行為資訊的能力

其次，為了肯定病人對於治療行為具有同意能力，就須要求病人必須具有理解治療行為情報資訊的能力（**ability to understand the relevant**

---

<sup>84</sup> Paul S. Appelbaum, Thomas Grisso, The MacArthur Treatment Competence Study : Mental Illness and Competence to Consent to Treatment, 19 LAW & HUM. BEHAV. 105, 110 (1995)

information)。換言之，如果無法從醫師的說明來理解治療行為意義的病人，顯然就無法真正的自主做出任何決定，故應當被理解為病人是正是陷入一種欠缺同意能力的狀態。而在實際的裁判例中，對於判斷病人有無同意能力時，其所稱為的理解能力的意義是指，在醫師所提示與說明內容的範圍內需有完整的理解能力，至於與治療行為無關的事項縱然欠缺理解能力，也不會被認定欠缺同意能力。

### 3.對治療行為結果具有正確評價的能力

第三，病人應該要具有正確評價對於自己置身狀況或藉由醫療行為會帶來何種結果的能力(ability to appreciate the situation and its consequences)。其中，這樣的能力是指，病人並不僅僅須能對單獨特定的情報具有理解能力，包括自己置身的狀況、透過治療行為帶來的利益或同時伴隨侵襲性的危險而拒絕治療等，如果都能有正確的理解與評價，就能被認定對於醫療行為與結果，具備能夠正確評價的能力。

如果對於這樣的結果無法正確理解的話，就會判斷病人為沒有辦法做出適當的決定(欠缺同意能力)。例如，病人基於特殊信念，從一般人理性第三人的觀點來看可能是極不合理的決定，但病人的信念，依然不會影響到外界對於其評價能力的看法，而根據醫療侵襲帶來的利益與伴隨的危險性、不接受治療行為的情況所產生的結果等，如果能斷定病人能夠正確地進行評價與判斷的話，就不能否定病人具有同意能力。

實際上於裁判例當中曾有引用這項要素的具體說明。例如，對於以宗教理由拒絕醫師實施子宮頸癌症手術的病人來說，醫師卻未得病人同意的而向該州法院申請手術實施的許可命令(此為 1987 年的 Milton 案判決)。該案在俄亥俄州最高法院的判決認為，基於信仰理由拒絕接受子宮頸癌症治療手術的病人，由於對於自己的病情、不接受治療行為將會導致死亡結果等可能性之相關事實等，都有正確認識的情況下，應可肯定病人具有同意能力，該拒絕治療的決定是有效的，並且也基於不得無視病人意思等理由而駁回醫師的控訴。

#### 4. 資訊情報的合理處理能力

最後，病人必須認識不同替代療法存在的可能性，同時能夠在比較各種方案優缺點的基礎下，進行理論性與邏輯性的理性思考，為了能藉由自己來選擇最合適的治療方法，必須對於醫療行為有關的情報具有合理的資訊處理能力（ability to manipulate information rationally）。關於這項能力的判斷重點，並非關注於病人做出決定的結果，而是對於下決定前的過程。

例如，理解醫師提示的資訊，並能將自己所做的決定傳達供他人知悉。但如果病人無法有邏輯的來處理該等資訊，仍然不會認為病人對於醫療行為具有同意能力。在實際的判決當中也曾有說明，為了肯定病人的同意能力，病人必須對於有關於治療行為的各項情報進行理解，更重要的是在做決定權的過程中，必須具備評價該等資訊的能力，也就是說，經過冷靜合理的思考程序後，方能承認病人對具有同意能力。

#### 三、上述觀點的整理

關於同意能力的要素，從上述可知，在美國的相關判例當中，並非僅要求符合其中某項要素就能認定病人是否具有同意能力。從上述司法判決所歸納開展提出的同意能力構成要素當中，若與前述 1982 年總統委員會報告書所提到的三項能力比較檢討可發現並未有太大的差異。

首先，委員會要求具備所謂「保持自己價值觀與目標的能力」，應可被包含於上述四要素的「對於狀況的本質與治療行為結果能夠正確評價的能力」的要素中。這是為了能對本身狀況與治療結果正確的評價，因此，要求病人必須具有保持自己價值觀與目標的能力。此外，所謂「接受情報，並且能夠理解情報的能力」則與第二個要素「理解治療行為資訊的能力」的文義與概念一致。此外，「對於比較與考量所提出的治療選項之後，下決定的能力」也能理解是與「合理處理情報的能力」大致相同內容的能力要素。

如此觀之，司法判例中所提出的這四項能力要素，可說是以 1982 年的總統委員會報告書所要的三項能力作為基礎，因此，兩者對於病人必須具

備何項能力的要求，自然也不為有大多差異與矛盾。總之，將 1982 年的總統委員會報告書中所記載的能力和後續司法實務呈現出的四項要素共同衡量斟酌後，目前美國對於病人同意的內容應依序為：1.對於與治療行為有關的說明內容，具有理解能力；2.依據理解的醫療情報，依照自身價值觀念判斷來進行決定的能力；3.自己能夠預測治療可能招致結果（好壞）的能力；4.正確的對他人傳達自己決定的能力<sup>85</sup>。

## 第二目 同意能力的判斷基準

對於治療行為有效的同意能力之有無，在美國並非全然藉由「是否為成年」此種形式年齡作為基準與判斷。即使是成年患者，也曾有利用精神疾病患等理由來否定其同意能力，同時，即使是未成年人，在具備上述能力的情況下，也能夠肯定具有同意能力。從而，究竟病人有無同意能力應該採取何種基準來判斷？由於前文主要是對同意能力的內容，以美國法的狀況來進行整理。接下來，有關於病人本身在實際狀況下，同意能力的判斷基準究竟為何，以下將繼續說明之。

### 一、總統委員會提出的三項途徑

由於 1982 年總統委員會報告書中，有關於治療行為病人同意能力的內容，已經描繪出較為明確的架構輪廓，同時，進一步也對於病人同意能力的判斷基礎制定了具體的指導方針。具體來說，同意能力的判斷基礎依序有：(A) 決定的結果；(B) 病人的狀態與類型；(C) 做決定的病人之機能性，等三種途徑。而直到今日，有關於病人同意能力的判斷基準之相關討論，依然是以這三項途徑為主軸來探討。因此，以下將針對這三項判斷途徑來進行探討<sup>86</sup>。

<sup>85</sup> 田坂晶，註 76 文，頁 238 以下。

<sup>86</sup> President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, *supra* note 52, at 169—170.

## 1.結果途徑

總統委員會報告書所呈現的三項途徑中，將病人進行決定的內容置於重點判斷的對象。根據判斷決定者有無能力的「結果途徑（outcome approach）」所指者是，關於是否同意或拒絕治療行為，或在有替代療法的情況下來選擇治療方案時，相較於理性一般人來說，病人本身保持有極大異質化的價值觀者，該同意能力將會遭到否定。例如，如果病人是拒絕通常一般理性者都會接受的治療行為、或者如治療行為的侵襲程度或危險性皆較低者，關於病人如此的決定，就會遭判斷為欠缺同意能力。不過，由於這樣的結論容有侵害人格決定自由的疑慮，總統委員會對於這項途徑是採取較為消極的態度。

## 2.狀態途徑

相對於結果途徑，若是根據病人的狀態與範疇，判斷有無同意能力的「狀態途徑（status approach）」是指，凡是病人該當了預先設定的同意能力欠缺的狀態範疇中時，就完全不考慮病人實際上是否具有或是有何種程度的決策或判斷能力，亦即，直接否定病人具有同意能力。不過，對於這項途徑內容，已遭總統委員會所否決。雖然於本理論對於意識不清的病人來說，可以說是顯而易見，也毫無爭議的得以納入欠缺同意能力的狀態範疇，但是如果因為這項原因將其他狀態透過法律規定來明文化與公式化，實際於各個案判斷中依然可能產生很大的爭議。換言之，關於同意能力的有無，由於應交由個別情況來進行判斷，如將病人的狀態類型化，對於某些類型直接規定視為無同意能力等，並將此做為同意能力有無的形式判斷途徑並非妥當<sup>87</sup>。

## 3.機能途徑

另一方面，所謂「機能途徑（function approach）」則是指，並非依據結

---

<sup>87</sup> Id., at 170.

果途徑，按病人做出決定的內容，或是透過狀態途徑，就個人所置身的狀況來判斷病人有無同意能力。較為合理的方式，實際上應在病人必須進行決定的時間點中，將焦點置於是否能承認病人個人能力的作用，以此作為有無同意能力的判斷標準。

例如，關於罹患精神疾病之人，並非一律否定其同意能力，這是美國判例法所揭示的基本原則。除非有充分的證據能夠推翻「同意能力推定原則」，否則，關於成年病人，應當判斷其對於治療行為具有同意能力。此外，原則是推定欠缺同意能力的未成年者，不能僅是因為該者尚未達道特定年齡的標準，就一律否定其同意能力；換言之，如果客觀證據資料顯示，未成年人能夠滿足一定判斷基準，縱然是未成年者，亦能承認其具有同意能力。

#### 4.綜合說明

對於總統委員會提出的判斷途徑加以說明後，大致來說，判斷病人是否具有同意能力的基準，各界普遍達成了採用「機能途徑」作為理想基準的結論與共識<sup>88</sup>。有也就是說，關於醫師向病人提出的醫療方案或處置，當病人必須做出決定的時間點下，應該判斷的是，將重點置於該病人實際上是否具有能被認可的機能作用。此外，當成年病人在意識不清或陷入昏迷狀態時，客觀上自始欠缺同意能力的情況是非常明確者外，在其他情況下，如果沒有積極的證據證明成年病人沒有同意能力，仍必須推定其具有同意能力。

更進一步來說，對於治療行為的同意能力，只有關於無法事先依循自己表明的價值觀和選擇，做出得以增加自身利益決定的病人來說，必須否定該者的同意能力。畢竟，關於治療行為所做出的抉擇，能否與自己的價值觀念與目標一致，是整體醫療的過程中，最須受到重視的問題。

假若是一般人，沒有選擇理性第三人通常會選擇的治療方式，只根據了某項事實做出了迥然特異的醫療決定，在此也必須特別強調，不應當直接否定該者具有同意能力。總之，總統委員會對於病人同意能力有無的判斷，也特別要求必須將病人治療周遭狀況納入，在此前提下，必來尊重病人個人決定的空間，明確就是採取以個別具體判斷病人同意能力有無的立

---

<sup>88</sup> Id., at 171.

場與態度。

## 二、具體判斷基準的學說動向

美國總統委員會對於病人同意能力判斷，普遍支持以機能途徑作為有力的立場，但機能途徑的內涵實際來說，卻沒有上述結果途徑或狀態途徑來的具體明確。是以，究竟透過怎麼樣的具體標準作為機能途徑的判斷基準？

關於此點，由於美國學界持續且廣泛充分的支持尊重病人自主決定權的價值理念受，對於醫療行為，病人有無同意的能力，在學理上一直都有充分的研究貢獻，主要所探討者，大致有五項標準，分別為 A.「有無意思決定」基準；B.「合理結論」基準；C.「合理的意思決定過程」基準；D.「一般理解能力」基準；E.「具體理解能力」基準等。這五項判斷基準的優劣，也在美國學界持續的討論當中，以下將依序的介紹說明之<sup>89</sup>。

### 1.有無意思決定（presence/absence of a decision）基準

本基準是透過認定病人有無做出意思決定此點，做為病人同意能力有無的判斷標準。個案當中，只要判斷病人是否有對同意表示同意或是拒絕的意思，就能斷定病人具有同意能力。其他諸如對病人實際表達意思的具體內容、得到結論的理由或過程，以及病人周遭的狀況等，一切都不要進一步的深入追究。於此之中，所謂病人的意思決定是指，對於治療行為表達同意，或是能夠表明拒絕的意思，並且不會去質疑上述的判斷，委由醫師來進行是否妥當。總之，僅有在透過病人口頭或其他表達方式，依然無法對於醫療行為表示拒絕或同意者，才會被判斷為欠缺同意能力。因此，關於自己的治療行為，是否能為意思表示，成為了一種決定性標準。

根據本基準來操作，原則被推定具有同意能力的成年人，只要具有意

<sup>89</sup> 加藤一郎、森島昭夫編，医療と人権—医師と患者のよりよい関係を求めて，有斐閣，1984年9月，頁124以下；Loren H. Roth, Alan Meisel, Charles W. Lidz, Tests of Competency to Consent to Treatment, 134 AM. J. OF PSYCHIATRY, 279, 280 (1977)；See, Lawrence D. Gaughan, et al., The Right of a Mental Patient to Refuse Antipsychotic Drugs in an Institution, 4 L. & PSYCHOLOGY REV. 43, 66 (1978)

思決定能力，病人的同意能力自然就受到了廣泛的肯定。另一方面，也能降低醫師在沒有病人同意的實際情況下，卻獨斷實施治療行為而遭追究法律責任的風險，避免故度的陷入過度家族（長）保護主義，病人的自主決定權也能受到充分的尊重。但是，如果純粹採取這項基準，除非病人堅持保持沉默或陷入意識不明的狀態，就判斷的結果來說，幾乎不會有病人被認定為無同意能力者。因此，這項基準的最大盲點在於，在邏輯論證上，我們無法直接將具有意思表達之能力就等同能與具有同意能力來連結，有時候病人的表達可能是出自非理性的情況，例如孩童之於拔牙過程中的恐懼感，雖然明確表示拒絕治療，但我們不會據此以該意思決定來認定孩童具有同意能力。

## 2.合理結論（reasonable outcome of choice）基準

所謂合理結論的基準，是依據病人決定的內容，是否具有合理性來判斷病人有無同意能力。此處也特別提出所謂合理人類（reasonable person）的概念，這是指站在病人的立場，對於該者所考量的內容到所下之決定，一般人也能推導出一致的結論時，就能認定該病人具有同意能力，相反者就會被斷定為欠缺同意能力。

但是，根據這項基準的操作，除非病人所推導出的結論能被認定是具有社會普遍合理性的決定，否則就會否定病人的同意能力，從病人自主決定權保障的觀點來說，這項基準受到了非常強烈的批判，畢竟所謂的自主決定權，就是要能擔保社會中每個人的人格伸展不會受到社會理性均質性的影響，能夠自由多元發展。這也是個人自由主義下的社會本質，必須是能尊重與兼容不同觀點的價值秩序。

此外，透過這項基準來判斷同意能力，病人的決定欠缺了合理性的思考流程，但只要最終是接受醫師所建議的治療方案，由於該方案符合社會普遍的認同，也會被認定病人具有同意能力；相反者，病人縱有經過合理的思考過程所做出的結論，如果是未依循醫師所推薦之療法，很有可能遭否定具有同意能力，關於此點，等同是透過形式的標準來取代病人同意與否應當個案判斷的主要精神。

### 3.合理意思決定過程（reasonable decision-making process）基準

本基準認為，當病人面對治療行為的決定時，應將判斷重點置於當病人接收有關治療行為的一切情報後，是否能在理解與比較衡量該等資訊並做出決定此一連串的意思決定過程，進而判斷病人同意能力的有無。

這項基準是以病人最初意思決定的理由和過程的正當性等為判斷素材。而根據這項標準來判斷病人同意能力的有無，當病人毫無理由的拒絕所有醫療行為，或是病人執意選擇危險性極高，但成功率極低的治療行為等情況時，將被斷定欠缺同意能力。

從這項觀點來看，病人同意或拒絕治療的具體內容是否符合理性，將被視為決定性的判斷基準，這非常容易會演變為一種家族父權主義的判斷模式，就如同上述的合理結論基準一般，恐怕是一種完全違背告知同意法則與自主決定權精神的思維。換言之，這項基準與先上述的合理性結論基準，僅僅在判斷的對象上有所差異，但兩者受到批判的共同點正式將平均人的想法與價值觀，強行附加於特定病人身上，與尊重自主決定權理念顯然相互對立。

### 4.一般的理解能力（general ability to understand）基準

所謂的一般理解能力基準是指，對於日常生活的人事物具有理解能力之人，基本上也能肯定對於治療行為具備同意能力。這項基準所判斷對象，重點不是針對病人本身，而是以「一般人」作為是否有判斷能力。換言之，對於醫療行為欠缺判斷能力的標準是，病人是否欠缺一般人所具有的意思決定與整體判斷能力，而非對於醫療行為本身有無判斷能力。因此，病人能否理解與醫療行為有關的情報資訊？病人有無經過特定的思考程序才做出了判斷？更進一步的，病人所為的決定，是否從一般理性第三人觀點看來是否妥當？這些都不是這項標準下需要關注的事項。

例如，對於一般事物有關的情報資訊如果陷入理解上的困難而無法做出決策時，根據本項標準，就會推導出病人同樣無法理解治療行為的意義與後果，進而判斷病人對於治療行為欠缺同意能力。是以，諸如酒精或藥

物等造成暫時性理解能力困難的病人也會被評價為欠缺同意能力。關於本項標準，也有一些批判聲音。

首先，如果能單純認為凡事病人具有處理一般資訊情報的理解能力，就能對於需要仰賴專門知識的治療行為也有充分理解能力，進而承認這樣做出的決定是具有同意能力的判斷是否真的妥當？不無疑問。即使對於一般問題有解決能力者，但針對特定的治療行為在評估是否需要接受時，未必能保證病人能使用一般的判斷能力來進行判斷。

另一方面，縱然病人對於一般的事物欠缺理解能力，但如果醫師對於提出的醫療方案，如果能花費一些時間與心思來向該者說明，可能也能協助病人對於治療行為形成判斷與決策的同意能力。是以，究竟要到何種程度才會認定具有一般人的理解能力？本項標準的內容中並沒有明確說明。

其二，有關於醉態者或藥物中毒或精神障害者，如果一律評價為欠缺一般事理的理解能力而判斷為無同意能力者，這項標準似乎也會有過於形式機械性。誠然，關於病人同意能力的判斷標準，提出較為機械、類型化的基準，透過一種概括式的判斷模式，是較容易在臨床實務或司法審查中進行操作與判斷。但是，這樣的判斷標準，依然無法滿足病人同意能力必須個案判斷的基本理想。

## 5.具體理解能力（specific understanding）基準

所謂具體理解能力基準是指，對於特定治療行為所伴隨的利益或不利益，是否可以透過「現實上的理解」作為判斷同意能力有無的基準。這樣的標準不會將病人做出決定的內容，或是決定過程是否合理此點視為參考資料。具體的理解能力基準，由於是將「理解對象」能否針對治療行為進行判斷最為問題的爭點，自然就能迴避上述針對一般理解能力基準的第一個批判；同時，由於加上對於個別病人的各種治療行為進行個別的考量，也能迴避對於一般理解能力基準的第二個批判。

但是，即使對於這項基準，也有遭致了一些批判。首先，與一般理解能力基準同樣的，病人必須具備有何種程度的理解下，才能在現實上被認定具有該項能力，依然不是非常明確。再者，依據這項基準所做的判斷，藉由判斷病人同意能力有無者的特定價值觀，同意能力有無的結論就很可

能會被該者左右的問題存在。例如，判斷病人有無同意能力，是具有醫學專業知識的醫師。從而，當這些具有較高理解能力者在判斷病人有無同意能力時，由於相對要求具有相當高的理解能力，多數病人很可能會因此被認定為無能力。

## 6.同意能力的綜合判斷方式

根據上述，為了判斷病人對於治療行為有無同意能力所提出的五項基準當中，無論何項基準都有遭致批評之處。因此美國在學界的探討中，並沒有任何基準佔據了決定性的地位<sup>90</sup>。

從此點看來，為了克服這些基準各自的內在缺陷，關於病人同意能力的有無，也出現了應當整合這些基準後進行綜合判斷。例如：1.病人拒絕治療行為的意思表示是否合理；2.為了治癒病情，該治療行為是否必要；3.將基準至於「如果是理性的病人對於特定的治療行為是否同意或是否具拒絕此點」的見解以及 1.是否存在病人對於治療行為同意或是拒絕的意思表示、2.是否理解治療行為的必要性、3.能否理解對於接受治療行為的情況或是不接受的情況所預測出的結果（例如，這樣的判斷結果可能帶來的利益與潛在的風險等）作為基準來進行判斷的見解。

進一步來說，依照自由意志入院的同意能力判斷基準，強調的是 1.關於治療行為全部過程是否能實際上的理解；2.下決定的過程中，是否具備實質上的判斷能力等見解也受到了提倡。

## 第四款 英國《意思決定保障法》

### 第一目 立法目的與特色

英國於 2005 年制定了意思決定保障法（Mental Capacity Act）。主要針

---

<sup>90</sup> Jason H. T. Karlawish, Why Physicians Need to Become More Proficient in Assessing Their Patient's Competency and How They Can Achieve This, 48 J. OF THE AM. GERIATRICS SOCIETY, 1014, 1014 (2000).

對可能欠缺判斷能力而導致自我決定能力降低或完全喪失者，對於其財產或個人福祉有關事項，現實中應該如何給予協助與保障的法律規定。本法的適用範圍，除了與個人利益相關的生活事項與福祉外，也包含了病人的醫療決定等事項。例如，對於判斷能力衰退，無法判斷是否同意治療行為時，對於醫療行為的實施，就須依據本法之規定來進行相關的判斷與決策<sup>91</sup>。

由於判斷能力的衰退而不法對於必要的醫療行為進行同意知人，對於醫療行為是否得以實施，成為必須要基於本法之規定來做出決定。因此，本法的主要特色在於，以支持個人自主決定為原則，但是，當已盡力支持後依然無法確保得以自主決定時，方能進一步透過代理制度的介入來確保病人的最佳利益。

整部法律可謂是一套具有系統性的支援與保障制度。關於本法規定的支援對象是指，16 歲以上之人（第 2 條第 5 項）。主要原因是在於，依據英國民法規定，16 歲以上之行為人將被推定具有醫療的同意能力（與是否成年無關），從而，本來在 16 歲時就能取得醫療同意權，當該者欠缺判斷能力時，方有本法適用的可能性，否則 16 歲以下之人，原則其相關醫療決策依然是由法定代理人為之<sup>92</sup>。

## 第二目 有無同意能力的認定

在英國，對於自己身體能做出何種改變，一直以來都是一種以自主決定導出的基本權利。凡是被判定是具有判斷能力的病人，即使決定看似不合理或不理性，對於病人照顧承擔責任的醫師，即使不認同該治療將能符合病人的最佳利益，但仍須依循病人的願望來履行醫療行為。病人本身具備的醫療決定權包含有同意與拒絕等權利。然而，關於自己是否應該接受治療的部分，喪失決定能力的病人，在這種情況下，就必須有相對應的代理機制給予輔助。不過，是否欠缺同意能力，或是說，是否必須啟動代理機制，關於這項問題的答案，關鍵就在於病人應該要具備何種判斷能力，

<sup>91</sup> 以下介紹，詳請參照：「成年後見制度」から「意思決定支援制度」へ～認知症や障害のある人の自己決定権の実現を目指して～日本弁護士連合会第58回人権擁護大会シンポジウム第2分科会基調報告書，日本弁護士連合会，2015年10月，頁44以下。

<sup>92</sup> 横野恵，イギリス判例法における未成年者に対する医療と同意(1)，早稲田大学大学院法研論集97巻，2001年3月，頁220以下。

以及如何認定病人是否有該項判斷能力<sup>93</sup>。

關於後者，如何認定病人是否具備判斷能力，本法揭示了一般性的原則，同時也是本法規範的重要原則之一，也就是所謂的「能力推定的原則」。這項原則是指，凡是無法證明當事人欠缺同意能力，就需推定具有該項能力。(本法第 1 條第 2 項)。至於是否欠缺同意能力的問題，進一步有兩階段的判斷基準予以判斷<sup>94</sup>。

首先，必須需檢驗病人是否有精神或是腦損傷等生理機能障礙(第 2 條第 1 項)。例如，精神障害、認知症、重度學習障礙、長期間的腦部損害，頭部損傷的腦震盪、濫用藥物等症狀，以及因精神錯亂引發意識喪失等精神狀態。而不論這些症狀是否為永久性或暫時性(第 2 條 2 項)，根據這些症狀，而無法自我決定時，將被認定為欠缺同意能力。而欠缺能力的證明，可以從本人的年齡狀態舉動或第三人的看法來判斷(第 2 條 3 項)。換言之，如何證明在具有精神或是腦部損傷等機能障礙下，導致自己陷入無法對於醫療事項進行決定的狀態，則有必要進一步說明<sup>95</sup>。

關於自己是否處於無法自主決定狀態的判斷。根據本法所制定的標準，依序為 a.病人能否理解與決定有關的情報資訊；b.能有保留該等情報的記憶能力；c.將該情報資訊作為決定過程的一部分來使用或衡量；d.向醫療人員傳達自己的決定(如透過言語、手勢與其他手段)(第 3 條 1 項)<sup>96</sup>。

關於上述四項要件，病人如果欠缺其中任何一項能力，就會被視為欠缺醫療同意能力者。不過，必須強調的是，視為欠缺同意能力的狀態，必須是在旁人用盡一切手段嘗試協助病人表達意願而失敗時才能做出此項判斷(第 1 條 3 項)。例如，臨床實務上，可以嘗試透過復健或是治療課程等來提升病人的認知能力。此外，不能僅僅認為病人的決定不理性，而以此理由作為病人欠缺同意能力的判斷(第 1 條第 4 項)，這是一種病人自主優先於國家照顧主義的立法思考。

<sup>93</sup> 英国醫師協會著，新井誠訳，イギリス成年後見ハンドブック—能力判定の手引，勁草書房，2005年5月，頁154以下。

<sup>94</sup> 田坂晶，イギリスにおける治療行為に対する同意能力の意義とその判断基準，同志社法学60卷8號，2009年3月，頁334以下。

<sup>95</sup> 田山輝明，註67書，頁145。

<sup>96</sup> 田山輝明，註67書，頁145。

### 第三目 具體標準的實務運用

關於醫療的同意能力的具體標準，主要是在 2005 年該法制訂並實際適用後，司法實務上也進一步發展出了較為具體的判斷基準。關於這些基準的適用的相關案例，以下分別進一步來舉例說明<sup>97</sup>。

#### 一、關於理解情報的程度

這項標準是指，針對醫師提供的情報資訊理解，病人應當需要理解到何種程度。司法實務上，未必認為需要對於全部的內容進行詳盡的理解，但是，至少有關於決定性的必要情報與資訊，必須要能充分理解。例如，罹患精神分裂症的病人，深信子宮內膜癌症的診斷是醫師虛構的，主觀認知自己的生殖器官完全沒有和異常進而拒絕醫療手術的案例中，法院就認為，病人無法理解自己確實罹患癌症的事實，並以此理由認定病人沒有同意能力<sup>98</sup>。

#### 二、關於醫療資訊的衡量

關於醫療資訊的衡量，是需如何判斷病人是否無法衡量醫師所給予的情報。有時，病人即使具有理解情報的能力，但因精神或腦部損害或障礙，對於這些情報無法進一步的判斷後，依然無法成功的作出決策。例如，自己對於所發生的問題，即使被認為能夠充分的理解，但形成進行決定的必要時點時，由於痛苦和恐懼與意識混亂、或是藥物治療的效果等，導致無法運用該項情報獲得結論，也會被認定為欠缺同意能力。

近期在實務判決中，對於已經逼近死亡危險的深度攝食障礙者（神經性無食慾者），出現強制其攝取水分和營養處置的醫療案例，進而檢討衡量了該名病人衡量情報的能力<sup>99</sup>。法院認為，本案病人能夠理解與保持成為

<sup>97</sup> 田山輝明，註 67 書，頁 146-149。

<sup>98</sup> 田山輝明，註 67 書，頁 146。

<sup>99</sup> 今井雅子，イギリスにおける成年後見制度改革の最近の動向比較法 40 卷，2003 年 3 月，頁

問題的治療有關聯之情報等記憶，並得將自己的決定傳達給他人知悉，儘管此點明確無疑問，但因對於不願增加體重的偏執觀念，對於以進食的好處和壞處具有何種意義，據此進行衡量與判斷此點上，是絲毫沒有任何能力的。

### 三、關於不理性決定的判斷

最後，如何從醫療專業的觀點，判斷病人的決定是否理性？原則來說，醫師對於病人決定，即使認為並不妥當，但這也不能直接據此斷定病人欠缺判斷能力。例如，如果從專業立場認為是不合理的，但因病人宗教或是個人信條上，主張是合情合理的情況。不過，假若被認為不理性或不合理的決定是來自於病人無法衡量醫療資訊，或是由於不能理解自己的決定將會引發何種結果等情況，病人的同意能力將會受到否定。例如，妄想型精神分裂者，儘管能夠理解如果不對壞死的腳為截肢手術，將有高達 85% 的死亡機率，但基於神不希望腳被切除的信念而拒絕手術的案例。法院認為，該名病人對於提出的治療性質、目的與效果等，利用其信賴的方法來理解與保有記憶，認定具有同意能力<sup>100</sup>

另外，又如虔誠的耶和華見證人信仰的母親，其女兒懷孕後發生交通事故而拒絕輸血的案例，否定了病人具有同意能力的案例。法院進一步認為，考量伴隨輸血治療的拒絕時點之病人精神、身體等狀態，以及來自於母親的強烈壓力等，病人拒絕輸血的意思並非有效。據此，儘管病人從醫療理性的角度來看，是被認定為是一種不合理的決定，但並非等同否定了病人的同意能力。但是，如果決定本身是在不能理解情報、並且衡量情報後所導致的結果，病人則會被判定欠缺同意能力<sup>101</sup>。

總之，關於同意能力的判斷，必須自病人理解情報、記憶、衡量等所謂意思決定的過程中判斷是否有所損害。此外，儘管對於複雜手術的內容欠缺理解能力，但也不能直接就此推定病人對於其他較為簡單的醫療行為同樣欠缺同意能力。不過，對於從醫療行為可能伴隨的侵害越大或風險越

---

270 以下。

<sup>100</sup> 田山輝明，註 67 書，頁 147。

<sup>101</sup> 菅富美枝，イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理—ベスト・インタレストを追求する社会へ，ミネルヴァ書房，2010 年 10 月，頁 47 以下。

高，對於病人同意能力的要求與判斷，理所當然也會更加的嚴格與慎重。

## 第四項 未成年者有無同意能力的認定

對於醫療行為的同意能力是指，擁有對於身體與生理機能乃至於完整性之侵襲或風險等有所認識的能力。從而，這項能力具有高度人格性的意義，因此，自主決定權的尊重，原則上在判斷同意能力有無時，佔據了很重要的位置。

因此，關於同意能力，無論是參照民法的行為能力或是刑法之責任能力的規範標準都不見得妥當。相對者，病人是否擁有現實上的辨識能力和判斷能力，方能作為適當的基準來進行判斷。進一步來說是指，能夠測定治療侵襲或風險和所形成的意義範圍的能力，就此就意味著實施以自主人格開展為基礎的同意能力。

然而，長期以來，未成年者個人的發展（個人精神上的與道義上的成熟度），是否能有資格成為侵襲與法益保護放棄等意義和射程之判斷主體。關於此點，由於不能透過年齡的標準來進行判斷，一般來說，如在德國，原則 14 歲以下的年齡者，並不承認具有獨立判斷能力和決定能力。但是，即使未滿 14 歲，例如，當 12 至 13 歲的未成年人，相對應於心智發育如果顯然有一定的成熟程度，關於一些風險較低或侵襲性較輕微的醫療行為，應當能承認其具有同意能力，但如果屬於較為重大的治療行為，經過監護人或法定代理人的同意依然被視為必要<sup>102</sup>。

至於在美國，如同前述，原則上會推定未成年人對於醫療行為不具有的同意能力。因此通常醫師對於醫療行為相關的內容，都是向未成年人的法定代理人或監護人來進行說明，在取得該者同意後，醫療行為本身的侵襲性就會被視為合法。不過，如同前述，縱然是未成年人，關於同意能力的有無，美國無論司法實務或是學理上都一致認同必須回到個案中來判斷，如果有積極的證據顯示未成年人實際上是有同意能力，自得推翻形式年齡上的推定。而經過實務與學理上的長期探討，可以說是從推定無同意原則中，發展出了一些例外具備同意能力的類型化標準，分別是：①經解放的未成年人（emancipated minor）、②已成熟的未成年者（mature minor）、③

<sup>102</sup> 山中敬一，註 53 書，頁 155 以下。

特別的公共政策（*extraordinary public policy*）等情況下，即使為未成年者也會承認其具有同意能力。以下依序就這三項類型化之基準分別說明與探討<sup>103</sup>。

## 第一款 類型化的基準

### 第一目 經解放的未成年者（*emancipated minor*）

所謂的經解放的未成年者的法理依據是，針對特定未成年者，事先制定了從法定代理人監護人等法定親權和保護義務中釋放的特定事由，該當事由者的未成年者，即能斷定該者對於醫療行為具有同意能力。美國多數的州法都承認這項法理依據<sup>104</sup>。

不過，所稱之「解放」未成年人的具體事由，不同州之間則有不同的標準。一般來說較為普遍與具有共識的諸如，未成年者依法成婚、懷孕、服兵役、或是與父母（法定代理人）分居等經濟上形成獨立的情況。不過透過這項法理所形成的法律規定，有曾被批判為本質上又回歸了形式、客觀，看起來容易使用的基準。如果個案當中，真的進一步來深究該當上述事由「被解放的未成年者」是否真的具備同意能力，實際而言依然不甚容易，故也有批評認為，這醫師來說是一種看似容易，實際卻依然難以運用的法理。

例如，曾經在接受醫師治療時，被判定是經解放的未成年者，但在數月或隔年再次接受治療的情況，現在執行治療的醫師，對於這名未成年病人是否符合經解放的未成年者的情況，是否必須再次的檢驗或判斷？實際上來說，最容易可以想像的問題就是懷孕的情況，醫師可否直接認定先前懷孕被認定為具同意能力者，之後就不需要在個別判斷為該者是否真的懷孕？類似的問題，恐怕不是直接依據未成年人身體上或所處情境的特殊狀況就能充分的說明。

<sup>103</sup> 田坂晶，註 76 文，頁 247-256 以下。

<sup>104</sup> *Niesen v. Niesen*, 38 Wis. 2d 599; 157 N.W. 2d 660 (1968)

## 第二目 已成熟的未成年人（**mature minor**）

所謂已成熟的未成年人，是認為關於治療行為的本質、結果等，凡是能具備充分的知識，並能藉此來理解治療之內涵等之人，就代表未成年人的心智已經進入成熟的狀態，進而例外認定對醫療行為具有同意能力的法理。本法理依據獲得了美國多數州的正面評價與認同，且幾乎所有州於判例法中，都已承認了已成熟的未成年人之法理<sup>105</sup>。對於認定是已成熟未成年者之未成年病人，由於承認了該者對於治療行為具有同意能力，醫療行為就不須事先經過監護人或法定代理人的同意。

但是，實際來說，是否已成熟這樣文字上的意義並非十分明確。對於未成年者的醫療行為，是否已經落入具有同意能力的成熟狀態？各個案例中依然須要委由法院或醫師來判斷，而在做出判斷前，一般認為必須受到考慮的事項，諸如：「系爭治療行為的性質、治療行為的重大性、伴隨著治療行為的危險程度、該危險實現的機率；病人的年齡、知識水平、到目前為止的生活經驗、進一步的於經濟上的獨立程度等等。」實際來說各州的情況也並非全然一致，關於被認定為已經成熟的年齡，各州都會有所偏差。不過就最大公約數來看，一般未成年人凡是從 14 歲到 15 歲之間，基本各州都會承認其與成年人對於治療行為同樣具有同意的能力。

但同要的在另外一方面，個案中如何進一步來判斷 14 歲到 15 歲之間的未成年者是否已經成熟，關於該項基準未見有統一的見解，也沒有任何司法過政府官方的指引。因此，這項法理普遍受到批評也起因於病人同意能力的本質，相對於判斷基準上具有非常曖昧不明確的問題存在。

## 第三目 特別的公共政策（**extraordinary public policy**）

在上述兩項例外的範疇是，主要是作為未成年人推定欠缺同意能力原則的修正基準而受到多數州承認<sup>106</sup>。此外，較為特殊的是，如果是基於個人隱私權的保障等特別理由，針對某些治療措施，即使是未成年者，也必

<sup>105</sup> Walter Wadlington, *Minors and Health Care, The Age of Consent*, 11 OSGOODE HALL L. J. 115, 117 (1973).

<sup>106</sup> Andrew Grubb, *PRINCIPLES OF MEDICAL LAW*, at 213 (2004)

須承認具有同意能力。此稱基準稱為特別公共政策的例外。

關於這項制度的對應醫療行為，亦即所謂的「某些治療措施」是指，例如，性病診斷、捐血或著是懷孕等治療行為，又如治療藥物成癮症、重度酒精中毒或是性病衍生等感染症的診斷或治療行為，或是對於強制性交或性暴力的受害人所為的治療行為。這些治療措施或許在一般臨床的處置上沒有不同，但可能是肇因於疾病在社會文化氛圍下的解讀，或是一些隱私期待的保障，就必須與通常治療行為的同意認定會劃出一條明確的界線。也就是表示，縱然病人是未成年人，基於對於病人本身自己決定與隱私的尊重；醫師縱然事前僅有未成年人的同意，也導出不會處罰治療行為的結果。

但這樣的標準也並非毫無批評。例如，16 歲為成人疑似性病感染的病症而醫院求診，在進行檢查與治療時，醫師並未取得該名未成年人雙親同意的，而是依據本項標準，直接經過該病人同意後來實施治療行為。但是，檢查的結果出來後、發現了與性病感染症完全無關的其他重大疾病，為了掌握病情進一步的根據，醫師必須額外實施活體組織切片。此時，已經診斷出有未成年人有性病的醫師，是否能基於性病診斷的同意來實施活體組織切片檢查（這項檢查可能跟特別的公共政策無關），這個問題目前仍尚未有明確的定論。

## 第二款 未成年者認定有同意能力的判例

根據上述可知，原則上未成年人會被推定為欠缺醫療的同意能力，但在特定的情境下可能得以例外承認未成年人具有同意能力。這些例外已經逐漸形成了類型化的基準，儘管經解放的未成年者或特別公共政策等法理招致了很多批判，但是若能根據是否結婚、有無懷孕、是否為治療藥物成癮或酒精中毒等處置來進行判斷，由於這些根據都來自於客觀事實之有無來進行判斷，個案中，對於是否該該當相對應的法理事實，無論是臨床醫療或司法審查操作上，都會顯得相對地容易許多。相反者，已成熟的未成年法理，個案中依然必須判斷未成年者是否已經達到了成熟狀態，這樣的判斷基準自然較不明確。

實際來說，美國也有不少判決對於該案中的未成年者，對其醫療行為是否已達到同意能力程度的成熟狀態此點形成爭論。透過這些案例的觀察，

我們可以嘗試的來了解實際法院是依據何種判斷基準來判斷個案中的未成年人之身心狀態。有關於未成年人是否已經成熟而具有同意能力的問題，以下本文嘗試舉出四項美國在此問題上形成爭議的實務判例來進行說明。

## 第一目 卡德韋爾案 (Cardwell case)

本案對於未成年人是否具有同意能力，是頗具有代表性的判決<sup>107</sup>。這是於 1987 年，自田納西州聯邦最高法院所做出的判決。本案的事實概要是，一位 17 歲又 7 個月的未成年少女 A 有椎間盤突出的問題，因背部經常持續性的感到疼痛，但對於日常生活也未形成太大的障礙。醫院負責診察 A 的醫師則是建議 A 最後接受據有侵入性的醫療縝密檢查，但 A 和其母親卻一直頑固的拒絕。

某日，A 經過雙親許可，自行預約接受曾治療父親的整骨醫師的治療。該醫師簡單的診察 A 後，判斷 A 女疼痛的原因並非來自於椎間板突出，且在未得 A 雙親的同意下，進行了治療脊柱脫臼和薦腸關節歪斜的處置。A 在接受這項治療後開始感到如同麻痺般的疼痛，最終喪失了四肢感覺後也無法步行。於是 A 本人與該雙親，對於該整骨醫師的醫療處置，起先是以醫療過失為由提起控訴。但之後則以醫師未履行告知義務而變更控訴內容，改論以非法侵犯罪 (battery) 之控訴。

關於本案，最高法首先提到了有關於治療行為同意能力的七的法則。所謂的「七的法則」是指，未滿七歲的未成年人是絕對欠缺治療行為的同意能力；七歲以上未滿十四歲的未成年者，推定欠缺同意能力，故可舉出反證推翻；十四歲以上的未成年者，則是被推定具有同意能力。

基於此項法則，田納西州最高法院認為，病人在同意治療前，必須判斷該者能否被評價具有成熟狀態，衡酌本件病人成績優秀、且隔年預定將進入大學就讀、十六歲時已經取得汽車駕照並有駕駛等事實，更進一步的，再加上將 A 在十四歲時，就有使用雙親支票的紀錄事實等納入檢討。最終，最高法院在本案 A 於進行治療行為同意的時點上，認定 A 和成年人有相同處理事務能力程度的成熟度，屬於已成熟的未成年人，A 在具有同意能力

---

<sup>107</sup> Cardwell v. Bechtol, 724 S. W. 2d 739 (Tenn. 1987)

的情況下同意醫師的醫療處置，醫師並無不法，於是駁回原告的控訴。

## 第二目 格雷戈里案 (Gregory case)

在 1989 年伊利諾州最高法院作出的 Gregory 案判決的代表性則是在於，該院主張，縱然未成年者所做的醫療決定，普遍認為與社會通念導出的合理結論大相逕庭，但基於維護病人自主決定權的理念，承認病人如是基於自身信念來做出醫療決定時，例外的承認未成年人具有同意能力<sup>108</sup>。

本案的事實為，罹患白血病的 17 歲 B 女，在 1987 年 2 月，醫師對 B 與其母親進行了病情的告知與診療之說明。其中有一項內容是為了維持 B 的病情與生命象徵，進行輸血是不可欠缺的治療手段，假如不願輸血的話，甚至來延長一個月的生命期間都無法做到。

此外，醫師也一併說明了罹患與 B 同樣病情的病人，接受輸血者，約百 80% 能夠痊癒，而如果持續的服用藥物與歷經數次輸血，B 的症狀有 20% 到 25% 的機率與可能性能夠治癒。但是，B 身為耶和華見證人的堅定信仰者，為了貫徹自身宗教的信仰，反倒拒絕了醫師所提出的輸血要求。但是，醫師依然違反 B 的意願而對其進行輸血，事後醫師遭以侵害宗教教義信仰為由，對其提起損害賠償之訴。

本案例中，伊利諾州最高法院態度非常明確，認為雖然法律成年的年齡是 18 歲，並這項年齡門檻非是認定治療行為具有判斷能力的絕對標準。確實來說，B 在接受醫師輸血說明的時點上，尚未達到成年人的年齡，但 B 當時確實已經具有單獨對於自己有關的事項具有充分判斷能力，再者，B 對於不接受治療的情況下可能發生的結果，也有能夠適切的判斷能力等，據此作為認定 B 具備同意能力的理由。另外，伊利諾州最高法院指出，判斷能力尚未成熟的未能年人，對於自己有關的事物欠缺決定能力的範圍內，方能從國親思想 (parens patriae) 的觀點來考量的話，國家應當伸出援手，盡可能的限縮原本應當受到尊重的病人自己決定權。

從上述思考觀之，本案的未成年病人 B，由於關於自己之事項，對於自己做出決定所可能形成的影響，如果已能正確的理解而被認定為已成熟

<sup>108</sup> In re Ernestine Gregory, 549 N.E. 2d 322, at 323 (Ill. 1989).

的未成年人的話，法律上就必尊重本人的意思，藉此來判斷醫師的責任。本案中，最高法院認為，相較於 B 藉由拒絕治療行為得到的利益，對 B 進行輸血治療的利益按一般社會通念判斷顯然更來的大，但考量 B 的成熟和對宗教上的信仰與精神，依然需要尊重 B 的意思。

### 第三目 長島教會醫療中心案 (Long Island Jewish Medical Center case)

此為 1990 年長島教會醫療中心案，由紐約州最高法院所為之判決<sup>109</sup>。本案和伊利諾州案相同之處在於，同樣是在探討有關基於宗教理由拒絕輸血的未成年病人，究竟有無同意能力，以及如何判斷的問題。但較為特別的是，儘管法院同樣於本案中肯定了已成熟未成年人法理的正當性與妥適性，但最終卻否定了該案中的未成年病人具有同意能力。

本案的事實略以，C 女尚要經過七週才會過 18 生日，但卻在生日前入院接受治療。C 血液檢查的結果發現血紅素數量極端低於平均數值。醫師判斷此項症狀的原因是一種癌症，該癌症雖正快速發展當中，但如果接受治療的話，依判斷會對 C 的病情具有十分大的幫助。同時，根據統計，同樣病況的病人而有接受治療的比例中，75%的病人能從數個月到數年之間不等，保有一般健康狀態；另外有 25%到 30%的病人能夠完全回復健康的身體。

負責診斷的醫師嘗試說服 C，並告知 C 如果堅持不接受輸血治療，最多就只剩下一個月的生命。但是，C 身為耶和華見證人的堅定信仰者，與父母慎重的討論過後，就以若接受醫師輸血將會違反自身信仰為理由拒絕輸血，母親與繼父也尊重 C 的意思。於是，醫院轉而向法院請求為了維持 C 的生命之所需，希望法院發出輸血的許可命令。

關於上述，紐約州最高法院認為，法院認為運用已成熟未成年者法理的判例是指，只有當未成年人達到能夠正確判斷自己所做之決定會導致何種結果與程度時，在具有明確成熟的狀態下，未成年人對於治療行為所為

---

<sup>109</sup> In re Long Island Jewish Medical Center, 557 N. Y. S 2d 239 (Sup. Ct. 1990) .

的決擇，原則上才會被承認。從這要的解釋下，這項法理妥當性是能受到肯定的。但是，當本案的 C 做出拒絕輸血的判斷之際，C 除了有積極的尋求父母建議的協助外，並且醫師方面得了相關的證詞：當醫師詢問 C 是否對於「治療行為的接受與拒絕，已經成長到有力來自己決定的程度」時，C 卻回答認為自己依然是個小孩等語。因此法院認定，C 以貫徹宗教上的信念為理由做出拒絕輸血的意思決定，並不能說是對於宗教上的信念和自己決定的結果有成熟的判斷，故法院肯定醫方的請求。

#### 第四目 諾瓦克案 (Novak case)

關於耶和華見證人信仰者拒絕輸血事件，值得說明的尚有 Novak 案。本案的事實為，當時 16 歲的 D 男，遭遇車禍並受重傷。在從事故現場運送傷者到醫院的救護車上，D 已向急救人員表明自己是耶和華見證人的信仰者。明白告知自己拒絕輸血，抵達醫院後，也持續表達不願接受輸血的意願。在醫師已經認識到病人有拒絕輸血的情況，但卻考量血液檢查的報告等，基於輸血方能救助病人生命的判斷，於是醫師就在未得 D 同意的情況下，對其進行輸血<sup>110</sup>。

有關於此，D 主張，自己在表達嚴正拒絕輸血的時間點上，縱然符合了已成熟的未成年人的標準，但醫師依然在無視其拒絕同意的情況下對其進行輸血，醫師的行為侵害了憲法保護人民的基本權利，而對該醫師請求損害賠償。

在本案中，紐約州地方法院則認為，雖然過去實務早已承認已成熟未成年人法理的妥當性，但本法理的適用範圍，應當盡可能朝向狹義解釋與限縮適用的立場，如在緊急情況下，醫師無視具有同意能力的未成年人拒絕輸血的表示而為其輸血，也沒必要被論斷為憲法上的權利侵害。換言之，未成年人對於如果拒絕治療的話，生命就蒙受重大危害風險的治療行為，對於此種自己應當不會期望發生的事情，理應不能拒絕。

---

<sup>110</sup> Novak v. Cobb County-Kennestone Hospital Authority, 849 F. Supp. 1559 (N.D.Ga. 1994).

### 第三款 綜合探討

綜上可知，觀察美國實務判決中可知，關於未成年病人是否為已成熟的未成年人，判例法上並未有明確的指導方針，僅僅是以個案類型化的方式來進行判斷，例如，卡德韋爾案中，法院僅僅因為原告成績優秀，並在隔年預計就要就讀大學，同時，日常生活中也能使用父母開立的支票等客觀事實，就認為有充分理由斷定該者具有同意能力，能對治療行為做出判斷。

判例中也曾有認為縱然車貸、電話費都能自己支付的 17 歲未成年人，也不代表對於治療行為具有同意能力。但是，從這些已成熟未成年者法理的判例論述與說明可知，實務上依然有特定的標準輪廓，持續受到形塑。例如，關於年齡門檻，雖然普遍的共識為，不能作為唯一的判斷基準，但法院似乎也並不承認未滿 16 歲的未成年者，對於醫療行為具有完全的同意能力。同時，到目前為止，針對未滿十四歲的未成年者來說，也未曾發現有直接承認具備同意能力的判決或判例。

如將卡德韋爾案與長島教會醫學中心案二者判決相互比較後，將會發現兩者於事實背景上，儘管無法看出有很大的差異，但有關於病人是否屬於已成熟未成年人的判斷，前者與後者的看法卻是迥然不同。若嘗試探究背後原因，關於後者否定的案例中，未成年人被法院評價為無法對自己的治療行為做出適切判斷程度的成熟狀態時，對於未成年人依然有參考父母意見的情況非常重視；而在前案中，卻未發現未成年人請求父母給予建議等情況出現。

由此可知，法院對於未成年人是否成熟的判斷核心在於，個案中未成年人能否遵從自己的價值觀念，能否對於與自己有關的事項進行判斷等，這些情況都會受到法院充分的重視。此外，如同諾瓦克案中提到的，醫療行為本身對於病人生命是否會形成重大危害此點，也需要一併的受到考慮。當生命法益遭侵害的可能性越大，法院似乎就比較會傾向於站在一般理性病人的標準來進行判斷。

總之，美國司法實務對於未成年病人是否能夠適用已成熟未成年者之法理，有以下三項共通點。(1) 多數情況下認為，15 歲以上者為方屬未成年人但已接近成年者年齡的年紀；(2) 未成年者於個案中，如果對於治療

行為的本質、其中隱含的危險性等具有正確的理解與認識、並且能夠依循自己的價值觀來做決定者，具有同意能力；(3) 從醫療手術侵入性的結果是否嚴重來觀察，對於未成年病人身體所招致的影響必須非為顯著重大或危及生命等情況。

再者，於實際判例中，對於已成熟未成年者法理的概念雖然並未存有否定的主張。但在早期，針對十四歲以上的未成年者，依然曾有未得法定代理人同意的狀況下，就實施醫療行為的醫師，認為係屬違法的情況。根據 Cardwell 案和 Novak 案中所，法院對於已成熟未成年者的法理總歸來說，在適用上仍是採取例外與慎重的一貫態度。

## 第五項 現行人體試驗受試者同意規範的檢討

臨床試驗醫療本身由於具有醫療目的，這與純粹的人體實驗顯然不同。不過，縱然試驗性的藥物或療法等，對病人來說可能具有療效，但由於尚在試驗階段，欠缺醫學技術正當性的擔保，病人是否服用這項藥物，或接受新的療法，原則應當尊重病人的判斷與決定。也就是在臨床試驗醫療的刑事合法性判斷上，病人自主決定權應當優越於醫師的專業裁量。

如同前述，既然臨床試驗本身，如果同時對人體帶來侵害，合法化的關鍵就是有關經過受試者的真摯同意。是以，以下本文將從刑法規範的觀點，探討有關於我國臨床試驗規範中，有關於受試者同意的相關規定，能否符合刑法規範與評價的要求，亦即能否確保受試者之自主決定權。

### 第一款 現行法規範之缺失

#### 第一目 人體臨床試驗受試者同意的保障規定

涉及我國臨床試驗的規範，除了醫療法外，同時也有人體試驗管理辦法、藥事法以及藥品優良臨床試驗準則等，共有四部規定。其中，有關於受驗者的身分與資格，涉及其自主決定者，主要是依據醫療法第 79 條與人體試驗管理辦法第 5 條等之規定。

首先，醫療法第 8 條就已明確揭示，本法所稱人體試驗，係指醫療機構依醫學理論於人體施行新醫療技術、新藥品、新醫療器材及學名藥生體可用率、生體相等性之試驗研究。而人體試驗之施行應尊重接受試驗者之自主意願，並保障其健康權益與隱私權。

進一步具體的規定則是依據醫療法第 79 條第 1 項，醫療機構施行人體試驗時，應善盡醫療上必要之注意，並應先取得接受試驗者之書面同意。關於接受試驗者的資格，須以具有意思能力的成年人為限。但顯有益於特定人口群或特殊疾病罹患者健康權益之試驗，不在此限。而 79 條第 2 項則規定，但書之接受試驗者，如為限制行為能力人，應得其本人與法定代理人同意；接受試驗者為無行為能力人，應得其法定代理人同意。

簡單而言，本法規定關於人體試驗中，原則僅針對民法滿 20 歲之成年人並同是具備意思能力者，具有同意能力，進而得以針對該項試驗風險、對自身的傷害以及可能取得的成果等，綜合判斷是否符合自身的最佳利益。例外的情況，限制同意能力人之同意，應當得到法定代理人的追認，無行為能力人，則應得到法定代理人同意。兩者的區別在於，前者是限制行為能力人與法定代理人皆須同意；後者則僅須法定代理人同意。

同時，原則上未成年人同意的法效性，是依據醫療法第 79 條之規定處理，但是若是成年人欠缺意思能力，或是已結婚的未成年人則須依據醫療法授權頒布的人體試驗管理辦法第 5 條規定，當於個案中，經評估試驗療法顯有益於特定人口群或特殊疾病罹患者健康權益時，欠缺意思能力的成年人或已結婚的未成年受試者，計畫主持人應取得關係人的同意，依序為一、配偶。二、父母。三、同居之成年子女。四、與受試者同居之祖父母。五、與受試者同居之兄弟姊妹。六、最近一年有同居事實之其他親屬。

同時，前項關係人之同意，不得違反受試者曾表示之意思。換言之，針對沒有法定代理人，同時欠缺意思能力者，或是被懷疑可能意思能力不完全者（已結婚的未成年人），除了本人同意，或未曾表達過意願外，也需得到上述關係人的追認方為有效。

## 第二目 人體臨床試驗受試者同意規範的疑慮

從現行法規觀察，醫療法第 79 條規定，得以同意臨床試驗治療者，

原則需要成年且同時具有意思能力者為之，而於同條但書則進一步設有例外規定，諸如無意思能力的成年人、限制行為能力人以及無行為能力人，視情況交由本法與相關其他相關法規所訂之同意權人來單獨同意或共同決定<sup>111</sup>。從法條規定提及的成年人、意思能力、限制行為能力人或無行為能力人等，皆為民法的規範用語，顯然立法者是直接利用民法行為能力制度作為此處受驗者同意機制的規範架構，而這樣的立法模式是否妥當，不無疑問。

不過，民法行為能力制度所要處理的是，規範何人具有參與社會經濟交易活動的能力，而為求交易安全的維護與經濟效益的考量，於是透過年齡作為判斷彼此有無能力進行交易的標準。

但是，不同於經濟交易，談到病人是否接受願意試驗治療，本身涉及的並非財產處分或權利上的移轉，而是專門關係於個人身體或生命等一身轉屬法益的處分與放棄等問題。是以，從刑法評價的觀點，受試者是否同意試驗，系爭同意能力的內涵與民法行為能力或意思能力等毫無相關，如同前述探討受試者同意能力的判斷與標準，應當是在探詢受試者是否理解試驗的意義、目的，是否知悉後續可能導致的各項風險或影響，以及能否同意必須容忍這些侵害方有機會換取回復健康等利益等之判斷能力。

從醫療法第 79 條與人體試驗管理辦法第 5 條之規定，分別對於欠缺民法上之行為能力者，制定第三人同意權限的保障機制。依法規定，人體試驗需要取得第三人同意者，分別有：無意思能力的成年人、無意思能力的未成年但已結婚者、限制行為能力者、無行為能力者<sup>112</sup>。

若進一步從這四類身分者的事理判斷能力強弱區分，限制行為能力者與未成年但已結婚者，由於經驗上並非完全欠缺行為能力，一般指稱者是十四歲以上但未滿二十歲之未成年人，或經評估辨識能力降低但未完全喪失者。至於法條中之無意思能力之成年人與無行為能力人，應指行為人完全欠缺辨識能力的情況，例如，因精神疾病陷入意思混亂、或陷入深度昏迷等情況。

值得注意的是，無行為能力者，依據醫療法第 79 條規定應交由法定代

<sup>111</sup> 學說上曾有認為，醫療法第 79 條有關於同意權人之相關設計，容有疏漏之處，例如，無意思能力的未成年人，代為同意者為何人，從立法上來看似乎無法發現。參照：邱玫惠，註 47 書，頁 171 以下。

<sup>112</sup> 關於這些身分類型之人，必須得到本人與法定代理人，或依法所列之關係人等之同意。

理人直接行使同意權限；相對地，人體試驗管理辦法第 5 條卻又規定，對於欠缺意思能力之成年人或已結婚之未成年人，除了需經關係人同意外，該項關係人的同意也不得與本人曾經表示過的意願相反。而這項辦法中的要求，顯然是強調這項關係人同意的性質，應屬刑法推測承諾的運用，個案中關係人的同意必須符合本人的意願，否則不得為之。換言之，該辦法中的關係人，其實並非有獨立同意權限者，而是一種傳達本人意願或是推測本人意願的代理者。本文認為，相較於醫療法第 79 條過於簡約的規定，人體試驗管理辦法第 5 條有關於推測承諾的立法設計，應當較能確保受試者的自主權利。

詳言之，醫療法第 79 條規定，醫師僅需取得法定代理人的同意，就能逕行對無行為能力者進行人體試驗，並未要求醫師確認該同意是否曾違反本人曾經表達之意思。等同是讓法定代理人享有獨立同意權，顯然嚴重侵犯受試者的自主決定權。再者，立法上以限制行為能力人做為制約對象，考量的應是如何維護尚未完全成熟，卻有基本思辨與認知能力的未成年者。針對這類身分之受驗者，本法規定除須得到本人同意外，同時應當取得法定代理人同意。

此項立法設計是將法定代理人定位為擔保該本人最佳利益的意思輔助者。從民法規範意旨觀之，對於未成年人契約效力未定狀態的追認，本在維護未成年的財產處分權與對方的交易安全。但是，人體試驗療法不是私法行為，此處涉及的是現實上專屬於病人身體法益的實質侵害，本人是否同意這項損害，或是何種情況下應當交由第三人來決定，原則應當從病人自主決定權的保障以及刑法規範評價的觀點來思考，顯然此種透過法定代理人追認的立法模式，同樣也會有侵害病人自主權益的疑慮。

## 第二款 現行立法調整的具體建議

從上述檢討可知，現行法對於受試者同意權的保障稍有不足之處，主要的原因在於，立法者當初純粹以民法行為能力制度為導向的規範設計，必然可能忽略個人一身專屬的自主權益之保障，本文依循一貫的立場與脈絡，提出以下三點修法建議。

## 第一目 以辨識能力的判斷為中心

關於受試者能否同意接受臨床醫療試驗的條件，醫療法第 79 條規定，受試者本身須是成年人並取同時具備意思能力，方有獨立權能行使同意權限。但是，為何立法上需額外強調具備意思能力，主要原因在於，著眼於臨床試驗程序非常重視醫師履行告知義務的實際需求，這項要求則是來自試驗醫療風險的未知性，必須提供完整的醫療資訊，受試者方能正確衡酌該項資訊來為自己最佳利益作出決策。當然，告知義務若要發揮實質效用，必然需要建立在病人具有充分的辨識與理解與處理這些複雜醫療資訊的同意能力。

假若欠缺同意能力，從刑法評價而言，就等同於欠缺辨識能力，無法依據被害人承諾的法理來阻卻試驗性療法導致受試者身體傷害的不法。從而，如同前述有關於各國對於病人同意能力有無的判斷，關於同意能力內涵的說明，美國司法實務判決中曾經提到，具有健全精神（**sound mind**）者，對於自己身體擁有全然處分與決定的權利，或是德國，則將同意能力稱為辨識能力，包括對於該項治療行為的侵襲種類、意義與範圍的認識（辨識能力）、以及進一步衡量該者利弊得失的判斷能力（判斷能力）。

整體而言，病人有無同意能力的判斷，應當需與刑法被害人承諾的法理緊密結合，從此觀點方能有效保障受驗者的自主決定權益。因此，本文認為，現行法使用成年人與意思能力等來標示具備同意能力者，並非妥當。依照美國法的判例經驗，針對已成熟之未成年人，也有例外肯定該者具同意能力的案例，若將具備同意能力者一律限定在以成年者為前提，似乎有點為德不卒，恐會過度限縮未成年人有機會享有臨床試驗治療的自主決定權限。

本文建議，醫療法第 79 條第 1 項後段應當修正為：「接受試驗者以有同意能力者為限，未成年者推定欠缺同意能力」前段刪除成年人之規定，改以有無同意能力的判斷為主，而針對未成年者先行推定其無同意能力，但如同美國司法實務的處理模式，個案中若能提出相關的事實證明未成年人實已具備辨識能力者，有權自己決定是否接受試驗療法，縱然是法定代理人也不得加以干涉。

## 第二目 建構同意能力判斷基準

基於上述，受試者是否具備同意能力是取得同意權限的關鍵，也是確保受試者可否行使自主決定權的重要前提。然而，從外國的立法與實務經驗可知，判斷同意能力有無並非易事，關於各項標準的建立也非常的多元複雜，而由於涉及個案判斷之所需，往往很難建立一套具體明確的法規範來供人依循。是以，本文認為，我國未來依然應當嘗試借重外國法等經驗，透過行政規則或授權命令等方式，將判斷同意能力的重要性指標或原則等納入，以供臨床實務參考使用。以下本人嘗試透過英國之法規範之思維，提出相關建議。

首先，就認定的原則，應當嚴守所謂「能力推定原則」，對於成年人，除非有積極證據得以證明欠缺同意能力，否則應該推定具有同意能力。同時，對於個案病人可能欠缺同意能力的情況，也應當盡量協助或等待其回復該項能力，而非一旦有疑慮就直接啟動第三人之代理機制。

同時，是否欠缺同意能力，則依序先從病人是否具有生理上的病因，諸如精神障礙或腦部受損等，進一步者，尚須檢驗病人是否**確實處於無法自主決定的狀態**。普遍的標準包含，病人能否理解與決定有關的情報資訊；病人能否保留或保持該等情報的記憶能力、病人得否將該項情報資訊作為抉擇判斷的衡量依據、最後，病人是否能向醫療人員傳達決定（如透過言語、手勢與其他手段）等能力。

這四項標準的建立可以說是各國立法與實務上的共通經驗，當欠缺其中一項能力時，就應當視為欠缺同意能力，但是否立即進入第三人代理機制的運用，仍須思考病人該項能力是否有回復可能性，或於該情況下能否等待病人回復該項能力。

## 第三目 第三人同意的法規範調整

最後，假若屬於無同意能力者，該如何思考第三人同意機制的設計，方能確保受試者的自主決定權。首先，先從醫療法第 79 條針對無行為能力者是否得以進行人體臨床試驗的規定觀察。結合第 1 項但書與第 2 項規定

可知，凡是無行為能力人與欠缺意思能力人或是限制行為能力人等，該項試驗必須在顯有益於特定人口群或特殊疾病罹患者健康權益的前提下方能為之。換言之，縱然法律允許第三人代為同意，也不能在抵觸但書的情況下進行。

整體來說，從赫爾辛基宣言所建立的倫理原則中有要求，人體臨床試驗必須建立在受益（**beneficence**）原則之上，試驗除了本身的目的外，也應當有益於受試者。縱然試驗的風險難以評估，但整體所形成的副作用不得高於其效用。當受試者的利益被列為優先考量後，進行臨床試驗前，試驗機構就應權衡試驗對於受試者及整體社會可能風險、不便及預期利益。而預期利益應當超過可能風險及不便，始得進行試驗。換言之，受試者的利益應當高於試驗本身所可成創造的社會利益<sup>113</sup>。

人體試驗法規範制度，應當遵循上述之受益原則。據此，解釋上必須理解為：「具有同意能力者，應自行決定是否接受臨床試驗治療。」同時，同意的前提則須是這項臨床試驗本身對受試者所創造的客觀利益必然優於試驗之目的。而對於欠缺同意能力者，是否能夠接受試驗治療，醫療法第 79 條則規定必須進一步審查是否「顯有益於特定人口群或特殊疾病罹患者健康權益」，關於這項標準的理解，應是針對欠缺同意能力者所為之雙重限制。

詳言之，臨床試驗療法本身終究不是常規性的醫療處置，面對非具醫學適應性與技術正當性等的特殊醫療活動，更應採取嚴謹的態度來確保受試者的利益。當受試者欠缺同意能力時，立法上若需容許第三人代為同意<sup>114</sup>，解釋上就應限縮於：「顯有益於特定人口群或特殊疾病罹患者健康權益，且為求回復本人健康與挽回生命等所不得已之試驗療法」。例如，欠缺同意能力或陷入昏迷的癌末病人，評估現行常規性藥物都欠缺效用時，基於生命保障的最後手段性，醫療人員此時方能探詢第三方是否願意推測並代為同意本人接受實驗療法之意見。

最後，配合上述醫療法第 79 條第 1 項本文後段：「接受試驗者以有同意能力者為限，未成年者推定欠缺同意能力」的修正內容。有關於第三人

<sup>113</sup> 西村高宏，小兒科医療における被験者保護をめぐる一—米国保健福祉省「連邦規則集第 45 編第 46 部」を手がかりに—，医療・生命と倫理・社会 6 卷，2007 年 3 月，頁 97 以下；林誠二，人體試驗與雙效理論之探討，法令月刊 61 卷 10 期，2010 年 10 月，頁 75 以下。

<sup>114</sup> 雖然目前我國立法有明文關係人是配偶或父母等最近親屬，但這類人士是否真能理解病人的想法與意願，實際來說其實會有很多疑問。

同意機制的調整，本文建議，由於現行法透過民法概念的設計，將無同意能力人進一步細分為無意思能力的成年人、無行為能力人、無意思能力但已結婚之未成年人等不同身分，僅僅徒增煩擾，實無必要。原則應當回歸刑法被害人承諾與推測承諾等運用之法理，在「顯有益於特定人口群或特殊疾病罹患者健康權益」的前提下，接著於第 2 項規定：「無同意能力者，關係人或最近親屬得代為同意，但不得與該者意思相反。」

## 第六節 小結

人體試驗的樣貌多元，凡是利用人體進行實驗性研究，無論基於何種目的，都得以視為一種人體試驗。但是，如果專門針對新的醫療技術，諸如，診斷、檢查、防治與治療方式等有效性和安全性等進行評估，實施預先基於被實驗者為對象的試驗，由於本身除了具有試驗性質外，同時也存在治癒的效果，對於此種實驗，在我國的醫療法與相關規定中稱為具治療目的的人體臨床試驗。

人體臨床試驗的特殊性在於，相較於一般醫療必須同時具備醫學的適應性與技術的正當性。而醫療試驗本質上就是一種確認醫療技術正當性的手段。換言之，現有臨床上各項醫療技術與藥品，皆曾經透過人體試驗來取得技術正當性的保證，因人體臨床試驗是為求醫學進步與發展所不可或缺的重要手段，立法上自然應當給予其合法化的空間。但是相較於醫學上的重要性，由新的技術或藥品，對於受試者同樣存有身體甚至生命法益侵害的風險，如何透過法律與學理的解釋來賦予此項特殊醫療的正當化基礎，就值得我們進一步來探討。

原則上，由於當試驗的內容對於受試者的身體或生命法益形成危險，或可能顯著改變其人格外觀等情況下，該項試驗就有可能受到刑事責任的追究。本文認為，關於人體臨床試驗的刑事合法化事由，應當以病人對於試驗本身表達真摯同意為核心要件，

這項同意的真摯性則須仰賴臨床研究者充分與適切地告知說明擔保，故人體臨床試驗的告知說明義務有別於一般醫療行為，更需要受到法規範的檢視與重視。因此，人體臨床試驗的正當性與合法性，應依循醫療正當法律程序之法理(Medical Due Process)來建構。除了強化與落實醫療人員的告知同意法則外，試驗計劃必須接受具有獨立審查權限的醫療倫理委員會

的適當審查，其他如利益衡量、緊急性、補充性(是否欠缺其他替代手段)，對於受試者的補償等都應當在是驗程序中有所規範。

再者，如何判斷受試者的同意能力，是醫師有無履行實質告知義務的基本前提。然而，現行法中，關於臨床試驗醫療的同意能力，卻以民法行為能力制度進行建構，並非妥適。本文有幾點建議。首先，同意能力的判斷應以辨識能力的判斷為中心。病人有無同意能力的判斷，除應當需與刑法被害人承諾的法理緊密結合，同時應當仿效照美國判例法之經驗，例外肯定未成年人可能具有同意能力的情況。

最後，本文建議，醫療法第 79 條第 1 項後段應當修正為：「接受試驗者以有同意能力者為限，未成年者推定欠缺同意能力」再者，關於第三人是具有同意權限的問題，立法上若需容許第三人得以替代受試者表達接受試驗的同意，除了這項同意應符合刑法推測承諾的法理，不得與本人意願相反外，解釋上也應限縮於：「顯有益於特定人口群或特殊疾病罹患者健康權益，且為求回復本人健康與挽回生命等所不得已之試驗療法」。

是以，配合上述醫療法第 79 條第 1 項本文後段的修正建議，有關於第三人同意機制的調整，應在「顯有益於特定人口群或特殊疾病罹患者健康權益」的前提下，接著於同條第 2 項規定：「無同意能力者，關係人或最近親屬得代為同意，但不得與該者意思相反。」



## 第五章 重症新生兒醫療的病人自主

### 第一節 引言

聯合國早於 1980 年代就推出了「兒童權利條約」，該條約特別強調在臨床醫療中，兒童與成年人同樣享有追求最佳利益的權利，換言之，除了努力積極地朝向支援兒童探詢其意願，家屬不再是絕對的決策者外，關於兒童醫療的倫理課題，在兒童看護領域中，一方面要處理伴隨著兒童疼痛的問題，一方面也必須讓兒童服用令人討厭的藥物等場面。恐懼、不想做、不想服用等尊重兒童的意思決定和為求治療效果，確實的處置與有實施內服的必要等，兩者於倫理上就發生了矛盾與糾葛。

此外，相較於心智發展逐漸成熟的兒童，甫出生的新生兒，對於外界全然欠缺認知與判斷的能力時，如果決定其治療方針，現階段依然普遍交由親屬代理。但是，一方面當在思考何謂病童的最佳利益時，完全先交由雙親等成年人判斷，顯然並非妥當。

當家屬掌握同意的權力，但其醫療決策卻因與醫療從業人員的理性預估與判斷等情況會有所歧異，此時應當如何判斷，何者屬於病童的最善利益？實際上，我們必須思考時的是，一方面關於兒童同意能力的有無，發展的評估、理解何種程度的說明、能夠意思決定的評估等是必要的。但於嬰幼兒時期，治療的決定如由雙親代理同意，該同意是否妥當也需要審慎的評估思考。

因此，學童期、青春期的話，兒童心情應當需由雙親和醫療人員來共同確認，藉由對於治療目的與治療內容、副作用進行說明後，如能得到兒童的理解，即可減輕兒童的不安，治療過程也能順暢地進行。此外，關於新生兒的情況，將會陷入一個現實上的困境，如同一般年紀稍長的未成年病人，都難以評估醫療決策的效益，往往尚須醫療專業意見的支援，如何保護新生兒的決策與利益，就顯得更加困難不易。尤其是目前法規尚未明朗前，有無必要建構具體的保障設施，或是透過解釋來協助新生兒相關

醫療權益的保障，應有必要進一步來思索專屬於重症新生兒並妥當的醫療決策的模式。

自先端醫療技術高速展，新生兒受益於不斷創新進步的治療模式，可能也會輕易陷入延命至上主義的困境中，就如同上述人體器官捐贈、腦死判定等爭議<sup>1</sup>，而這些醫療倫理與刑法規範評價的爭議，自當持續透過討論來尋求答案<sup>2</sup>。本章以下所要探討的主軸議題是關於重症新生兒的醫療決策，當面臨父母與新生兒病情間的利益衝突，想要放棄治療，或者堅持繼續治療，可能都與醫療常規或醫療倫理等專業考量有所牴觸時，最終決策上應當聽從人之意見？醫師的治療義務與新生兒的最佳利益間又會有何種倫理或規範上的要求？

換言之，假若醫師在特定的臨床情境中屬於唯一的「病人擁護者（patient advocator）」<sup>3</sup>，醫師的專業決策是否能優於其父母或法定代理人？本章以下將先說明重症新生兒的醫療概況，並透過日本曾經建立的相關臨床指引，從刑法來探討醫師治療義務的界限，希冀能從中尋求保障重症新生兒醫療的最佳方案<sup>4</sup>。

## 第二節 重症新生兒的醫療現況與困境

依世界衛生組織定義（WHO），新生兒是指出生後未滿 28 日者<sup>5</sup>。以下本文針對重症新生兒的醫療情況與其所面臨的相關困境加以說明與分析。

<sup>1</sup> 例如，先端醫療雖能拯救新生兒生命，但相對於日後長期的生活不便與照顧問題，除了會耗費社會成本外，家屬可能在救治當下就會陷入是否應當拒絕治療，任憑子女死去的掙扎。

<sup>2</sup> 吉峯康博，医療と子どもの人権，明石書店，1998 年 8 月，頁 23 以下。

<sup>3</sup> 蔡甫昌、楊哲銘、周弘傑，家屬拒絕手術治療多重可矯治先天畸型新生兒之倫理法律社會問題，台灣醫學 9 卷 5 期，2005 年 9 月，頁 281 以下。

<sup>4</sup> 拙文，從刑法釋義界定重症新生兒的治療界限，高大法學論叢第 14 卷第 2 期，2019 年 3 月，頁 209-210。

<sup>5</sup> 出生約經過 1 個月（足月）後，則稱為兒童或稱為學齡前之兒童參照：長谷川功，最新 NICU マニュアル，診断と治療社，2005 年 5 月，頁 5 以下；仁志田博司編，新生兒学入門，医学書院，2018 年 11 月，頁 36 以下；橫野惠，乳児の処置，收於：甲斐克則、手嶋豊編，《医事法判例百選》，有斐閣，2014 年 10 月，頁 162 以下。

## 第一項 重症新生兒的醫療忽略

所謂「兒童的醫療忽略<sup>6</sup>」，是指，父母對於新生兒或重症病童的醫療照顧展現消極不願配合醫院所建議的常規性醫療處置。對於這種不當的現象，早期較為忽略病童權利的社會背景下，醫院也只能消極採取配合父母決策的態度，可能無形中就自然犧牲病童應當擁有的醫療權利。兒童的醫療忽略是一種社會與醫病文化下的歷史共業，應有必要透過法規範或解釋予以導正。

隨著小兒醫療領域的專業化與專門化，甫出生的新生兒，正因為無法傳達自己愉快或痛苦的感受，也無法以語言表達自身意願，無法如同年紀稍大的未成年人般，關於治療決策的內容，已有能力表達立場與態度<sup>7</sup>。因此，剛出生的新生兒如果罹患了重大疾病，如畸形、殘肢或基因上的缺陷等，一般醫院都會毫無懸念的優先尊重病童父母的決策權限。

同時，從民法上法定代理制度的長期運作下，父母似乎無論在習慣上或規範上都有這項理所當人的權利。然而，顯而易見的，當醫療決策發生倫理上的衝突時，是否依然能由父母決策，這應該有更深入與慎重的探討，方為妥適。

綜上，自始欠缺自主能力的重症新生兒，欠缺實際生活後所發展的個別人格特徵，縱然是法定代理人也難以從旁推估其真摯意願，從第三人決策制度的思考上，理應是以支援與探詢新生兒最佳利益的角度出發，思考如何在當下位病人做出最佳的決策與決定，否則，完全依循父母的意願行駛，反倒就會是一種「依循他人（父母）意志的直接決定<sup>8</sup>」。

---

<sup>6</sup> 所謂對於兒童的忽略，尚有其他面向，諸如育兒放棄、育兒怠慢、監護放棄等。

<sup>7</sup> 例如，目前英國法律已有明確規定，對於滿 16 歲精神健全的未成年人，或 16 歲以下有 Gillick 能力的未成年人，皆能有不經父母同意而自己進行醫療決策的能力。所謂 Gillick 能力是指：「有能力完全理解治療的後果、可能的副作用及不進行治療的預期後果」。參照：葛謹，Gillick 行為能力——最高法院 95 年度台非字第 115 號刑事判決評釋，醫事法學第 17 卷第 1 期，2010 年，頁 38 以下。

<sup>8</sup> 參照：拙文，註 4 文，頁 212 以下。

## 第二項 醫療決策的衝突與困境

所謂的重症往往都會遺留龐大的後遺症，形成永久性障礙等情況也不在少數。雖然隨著重症新生兒的治療逐漸完善進步，但一味的強迫新生兒生命的延續，或是改善新生兒等之存活率，對於該者來說也不全然會是符合最佳利益的決定。

當新生兒治療的決策涉及到的是新生兒身體健康的重大改變，甚至會有生命危險時，假若父母為了追求所謂「內在的優生思想與價值<sup>9</sup>」，甚至可能強烈要求醫師放棄所有的常規治療。1983 年的日本社會中，就曾發生一件父母拒絕醫院積極治療唐氏症新生兒的事件<sup>10</sup>。本事件的背景是，S 經是母親懷胎 34 週出生的早產新生兒。出生後經檢查發現除了罹患唐氏症外，也合併有腸閉鎖的症狀。

根據外科醫師判斷，實施腸閉塞手術確實能拯救 S 生命，但若不為手術，將導致肝、腎機能不全或其他感染症死亡。當在醫院告知 S 罹患唐氏症的確診結果後，母親也隨即表明拒絕治療，並提及：「考量孩子將來與可能承擔的苦痛，希望不要進行手術。這絕對是作最好的考量，縱然是殺人行為，自己後悔一輩子也無所謂。」

隨著 S 病情惡化，S 主治醫師儘管傾向實施手術，且不斷嘗試說服家屬同意，但特別是父親拒絕醫療的意志依然極為強烈<sup>11</sup>，並警告醫院不能在未取得其同意的情況下為 S 實施手術。醫院無奈下，也只能讓 S 的父母簽下切結書，表明未來如果引發任何不幸結果也不能追究醫院的責任。隨著時間一分一秒的流失，當相關單位準備展開調查時，S 父親態度軟化才同意醫院進行手術，但令人惋惜的是，經過醫院評估，S 的身體狀況已經無法接受任何手術的治療，最終死亡。

<sup>9</sup> 也有學者稱為優生思想的濫用。參照：甲斐克則，終末期医療と医事法（医事法講座 4），信山社，2013 年 2 月，頁 287。

<sup>10</sup> 本案是經日本共同通信社の齋藤茂男記者公開揭露，引自日本記者齋藤茂男的紀事，共同通信社加盟的 40 家地方報紙，共計進行了 32 回的連載，當時全國的反響巨大，造成十分熱烈的討論。相關整理，請參照：保条成宏、永水裕子，日本法の現状と課題，收於：小山剛、玉井真理子編，《子どもの医療と法》，尚学社，2012 年 3 月，頁 32 以下。

<sup>11</sup> 保条成宏、永水裕子，前掲文，頁 33 以下。

### 第三項 刑法評價的問題與爭議

從上述的案例可知，新生兒的治療確實可能因為父母等法定代理人的決策而導致權益侵害的不幸結果。這也與前文所謂的新生兒醫療忽略的現象不謀而合。

若從刑法的角度思索，披露該案與同時參與其中的記者曾經尋求過法律專家的看法，得知醫院若以明確的傳達手術本身的必要性，若未經手術可能將對 S 的生命造成危險的專業見解，在此前提下，父母如果依然故我，堅持拒絕這項常規性的必要手術，假定真的延誤了 S 的病情，並且導致 S 死亡，舉凡是醫院、醫師或是父母等，後續都有可能受到刑事責任的追究。可能的罪名，視情況該當違背義務遺棄罪或是不作為殺人罪等。

而這項問題的背後，也涉及到刑法保證人地位的問題，從醫師治療義務的有無與界限來思索，重症新生兒的治療決策本身，是否會對該項範圍造成影響。

隨著醫療糾紛在病人權利意識的抬頭下，大量的進入法院當中，從權利保護的角度觀之，刑事制裁體系著實成為了病人維護權益的嶄新手段。但是唯獨在新生兒權益的保障上，幾乎未曾聽聞我國曾有父母或法定代理人濫用自身的醫療決策權限，而收到刑事犯罪的追訴。但是，隨著兒童權利受到了各界關注，父母本身是否理所當然的處理兒童的各項事務，甚至是醫療上的重大決策權限？不無疑問。誠然，就我國傳統的社會關係中，家庭是一到堅不可破，也理所當然的堡壘。很難想像父母會做出不利兒童的決定，自然也會認為法定代理人應有權限決策上述事項<sup>12</sup>。

針對這項典型的新生兒病人的醫療忽略，未來是否能有所調整，或是要等待不幸的結果發生後，才有機會促進社會來共同反省與解決？本文認為，討論之關鍵就需在於，父母與醫師等第三方人士究竟應當扮演何種角色？當父母做出非理性的醫療決策時，又該如何保障新生兒的醫療權利<sup>13</sup>？

<sup>12</sup> 參照：拙文，註 4 文，頁 213 以下。

<sup>13</sup> 多從醫療倫理面等層次來進行探討。詳請參照：張麗娟、黃美智，先天性畸形新生兒不實行心肺復甦術的倫理抉擇，護理雜誌 56 卷 3 期，2009 年 6 月，頁 99 以下。

綜上，本文將重症新生兒的醫療情境視為一種特殊醫療行為，主要的原因就是，此種毫無疑問需要仰賴第三人來協助與判斷，進而塑造病人最佳利益的情況，尤其在無法從其職業、人格特徵或生活習慣等來推測其願意接受的醫療選項時，該如何妥適的考量才能充分維護其權益，將是本章所欲探討的主軸。總之，關於重症新生兒的治療，需有特殊的醫療決策，其決策圈內，可謂是父母、醫師與新生兒等三面關係，無論何者形成衝突，都應當提供妥當的解決之道，方能在此衝突中，形成保障新生兒最佳利益的最大共識。

### 第三節 臨床上重症新生兒的醫療決策

凡是醫療糾紛的處理，無論是經過訴訟、和解或經審判定罪等，以及損害賠償的給付，都是在損害發生後的一種補償機制。但就積極面來思考，關於重症新生兒醫療權利的保障，目的上應是從事前預防的角度，希望能避免不理性的決策導致病人醫療權益的損害。以下的說明，就是希望能從事前有效風險控管，維護新生兒權利，避免受到不當侵害的角度，針對日本重症新生兒醫療決策中，曾經制定的相關規則與指引等來進行說明介紹，藉此先從醫療專業的觀點，思考病人最佳利益的內涵。

#### 第一項 重症新生兒臨床醫療指引

日本經過上述記者披露的重症新生兒的醫療決策衝突案件後，日本當局也逐漸意識到，在此特殊種情況下，究竟該如何進行決策？父母或法定代理人是否理性，何時應當優先尋求專業意見？這些問題經過事件發生後，日本的各界與醫療院所也逐漸開嘗試推出臨床指引來予以應對。

主要的方向有二。第一，透過醫療專業來制定可供遵循的醫療準則；其二，額外仰賴協調與溝通等方式來尋求最佳的醫療決策，以下將分別對於個別院所的臨床指引，以及日本厚生勞動省所制定的規則來進行介紹與說明<sup>14</sup>。

<sup>14</sup> 相關資料內容可參照：拙文，註4文，217-224頁；玉井真理子，日本の新生児医療—歴史と倫理問題，收於：小山剛、玉井真理子編，《子どもの医療と法》，尚学社，2012年3月，頁

## 第一款 各別醫療院所的臨床指引

關於各醫療院所制定有關於重症新生兒的重要指引，主要可分為《東京女子醫學院附屬醫院 NICU 指引》（以下簡稱：東京 GL<sup>15</sup>），以及《大阪淀川基督教醫院 NICU 臨床指引》（以下簡稱：淀川 GL）。

首先，關於東京 GL 主要是以仁志田博司教授的論文，以病名與病況等級為區分，背後的思維是希望醫療人員能夠從積極的拯救他人生命的思考，轉而針對特定重症與病情，給予相對緩和的醫療之安排<sup>16</sup>。本指引的主要內涵，是從病人利益出發，以正確的醫學資訊為優先判斷的對象，其他如同新生兒的家庭經濟與能力，或其他倫常上的考量等，都為次要性的資訊。自然的在此決策形成的過程當中，應當對新生的病情進行全面性的審慎評估與判斷，同時也應當照顧到家屬的感受。

不過，必須注意的是，縱然有要求家屬感受的重視，但也不代表父母就有決策的權限。本指引所強調的醫師與家屬間的決策順序是，不能將決策責任完全推卸給家屬為之。相對的醫療人員應當考量父母的想法後，最後依據其專業之確信來進行共識決策，換言之，若醫療團隊中凡有所疑慮者，皆應審慎評估其意見，不得草率的不顧他人意見而逕下結論<sup>17</sup>。

再者，關於淀川 GL<sup>18</sup>，本指引主要承襲東京女子醫院 GL 對病情程度區分四階段的架構<sup>19</sup>，也分別針對後續兩項階段給予緩和醫療與看顧醫療的醫療標準程序<sup>20</sup>。所謂的「緩和醫療」是指，不強迫加入額外的積極治療，

24-28。

<sup>15</sup> 全名為：東京女子医科大学新生児集中治療室における医療方針決定のクラス分け

<sup>16</sup> 參照：拙文，註 4 文，頁 16 以下。

<sup>17</sup> 東京 GL 的相應階段與處置，主要分為四項階段：Class A：以全體新生兒病人為對象，積極進行所有治療；Class B：針對明確的生命短暫或預後效果不佳的病症，限制手術或血液透析等治療措施；Class C：諸如：無腦兒、重症假死狀態下出生僅 500 公克，或未滿 24 周早產，高度腦室出血等，將停止目前的一切治療，改為一般養護如保溫、維持營養、清拭或親情接觸等治療，諸如，無腦兒、重症假死狀態下出生僅 500 公克，或未滿 24 周早產，高度腦室出血等；Class D：中止所有直到目前為止的一切治療。在這四大階段的判斷與歸納前，醫院必須提供家屬最大的情報與支持。醫療人員間也需慎重避免不和諧的聲音與可能造成最終決斷的瑕疵仁志田博司，新生児医療の光と影，日本新生児学会雑誌 36 號，2000 年 12 月，頁 559。

<sup>18</sup> 全名為：淀川キリスト教病院における倫理的・医学的意志決定のガイドライン。

<sup>19</sup> Apgar 指數有，皮膚膚色、心拍數、對刺激的反射、筋肉的緊張感、呼吸等。參照：新生児仮死や健康状態を測定するアプガースコア（アプガー指数）を解説，載於：<http://mamari.jp/3463>（最後瀏覽日 2018.05.12）

<sup>20</sup> 本指特別針對 Class C 與 Class D 等之重症新生兒，標示了例示病名，如 Class D 的病症有：重

而只給予緩和病痛的照顧。這項照顧也可分為家庭與醫療上者。家庭上可鼓勵新生兒父母積極陪伴；醫療上的則指透過鎮定劑；止痛針或相關藥物來緩解重症新生兒的病情，此外，如果有需要撤除維生醫療設備或不另外為積極的治療時，也須在此過程當中，給予病人最完善的支持與照顧。

所謂的「看顧醫療」則是指，避免醫療資源的浪費與持續病人無謂的苦痛，當病情進入到此項階段時，必須放棄所有的醫療處置，並且交由其父母，給予其相處的時間與空間，如果有必要時，也能協助家屬或父母尋求宗教上的心靈支持。

## 第二款 家族暨醫療團隊協商指引

無論從上述的東京 GL 或是大阪淀川 GL，所謂的臨床指引都是希望從醫療專業的立場出發，諸如，兩大指引對於病名與病徵的明示此點，可以發現此項顯而易見的邏輯思維。不過，有疑問的是，透過病名的標示與等級的區分，是否可能導致醫師完全比照指引之內容，放棄了設法嘗試尋求治療的其他可能性與方式，恐怕不無疑問。

近年來，日本的厚生勞動省對於就有的指引進行了一系列的檢討與評估，同時對於一段時內的重症新生兒醫療應對的臨床案例進行比較與分析，其中較值得說明的是，厚生勞動省特別針對 107 家設置新生兒專門醫療部分的醫院進行統計調查。對於治療過程中是否依循東京 GL 或淀川 GL 來進行，大約僅有 24% 的醫院的答案是肯定的。

不過，值得注意的是，雖然實際的指引使用率過低，但卻有高達 83% 的醫院的調查結果，肯定關於重症新生兒的治療應當需要制定相關的準則或指引。此外，多數受訪者認為中止或撤除治療本身的爭議性頗大，應當要透過法律規定或解釋來形成一套既有的程序，同事根據病情與預後等差異，建立較為詳細的處置模式。

---

症假死狀態下，經 DNR 處置後，Apgar 指數仍持續 10 分鐘以上為 0 點者或 30 分鐘後未開始自發性呼吸者；重度腦室內出血 (IVH)、腦死判定者等。Class C 的病症則有致死類畸形中，如無腦兒、人魚體畸形等。此外，淀川 GL 尚有明確劃分出兩種不同程度的診療方案與內容。分別為緩和醫療 (Class c) 與看顧醫療 (Class D)，田村正徳、玉井真理子編，新生兒医療現場の生命倫理-「話し合いのガイドライン」をめぐって，メディカ，2005 年 7 月，頁 2-17 頁。

不過，也有受訪醫院點出了一項重點，所謂的指引可能會讓醫師執行醫療業務時，過度限縮其裁量之空間，面對不斷變化的病情，如果採取過於僵化的標準，恐怕會讓醫療人員放棄思考與失去在合理的情境下，迴避冒險嘗試的意願，更遑論在有指引的要求下，病人家屬的意願恐怕也不會再受到重視<sup>21</sup>。

總之，基於這項擔憂與疑慮，當時調查時發現有 76% 的醫院並不贊同透過指引或方針來協助醫師進行重症新生兒的治療決策。主要的理由就是基於專業醫療的尊重，醫療本身不確定性與應對不同病症的多樣性等考量，指引本身的存在反倒會有自綁手腳的問題。

於是，之後厚生勞動省經過多方專家研議後推出了《重症新生兒的家屬與醫療人員的協商指引》（簡稱：協商 GL）<sup>22</sup>。所謂的協商主要是從過去累積的經驗得知，由於新生兒自始無法表達自己想法，面對瞬息萬變極不穩定的重症病情，有時候醫師所認知的最佳利益，不全然會獲得病人的父母所接受。

因此，兩者間於決策前的充分協商與溝通就是一種非常重要的程序。有鑑於上述統計調查的結論，協商 GL 不再採取東京 GL 或淀川 GL 等，以明確的病因與類型來設定治療與處理的步驟，相反的，協商 GL 顧名思義就是為了積極促進新生兒父母與醫療人員相互溝通為目的，並且該指引並不限於終末期或看顧期等階段，凡是與新生兒有關的治療與處置，都可以依據本指引來與病人父母溝通與協調<sup>23</sup>。進一步來說，協商 GL 的內涵可以包含以下三個面向<sup>24</sup>。

第一，關於撤除重症新生兒維生醫療設備的決策，由於該項決定具有很深刻複雜的倫理衝突，必須依據不同情況給予不同處理，本項指引不會提供任何建議。不過，面對終止與撤除維生醫療設備的情境，必然造成醫療人員極大的情感壓力，故在協商 GL 中較具有特殊性的規定是有關於醫療成員的情緒看顧，情感壓力是經過實際經驗累積所發現者，尤其是在面對新生兒的重症疾病，當下的不忍與憐憫情緒遠遠超乎一般成年人的治療

<sup>21</sup> 上述實證數據與說明，詳請參照：櫻井浩子，重症新生兒の治療をめぐる「話し合い」のガイドライン，Core ethics5 期，2009 年，頁 181 以下。

<sup>22</sup> 該指引之研究，是由日本政府厚生勞動省主導的育成醫療委託研究所贊助，稱為：「重症障害新生兒醫療の指引與高風險性新生兒診斷系統之綜合研究案」。本指引的研究共同邀請了醫師、護理師、法律、社會、宗教學、哲學、神學、社會福祉學等學者專家與病人代表等反覆研討。

<sup>23</sup> 拙文，註 4 文，220-221 頁。

<sup>24</sup> 拙文，註 4 文，222-224 頁

情境。

換言之，此處所謂情感壓力是專指新生兒治療過程中，對於醫療人員造成的特殊壓力。這些情緒本身也非常容易引發負面的無力、憤怒與無悲傷等壓力感受。是以，協商 GL 非常重視醫事人員間的相互協助，尋求彼此的扶持與慰藉，希望藉由團隊的合作來緩解上述之負面壓力。

第二，當重症新生兒父母希望能夠撤除或終止維生醫療設備時，卻經醫師評估病情尚未邁向此時機，協商 GL 特別要求雙方必須要有充分的協商機會與管道。協商的原則必須強調醫師與父母間的互動關係。首先，包含醫師等有關的所有醫事人員應當努力保護病人隱私，以及建立與父母間的信賴感。再者，雖然無法向新生兒並人履行說明義務，但相對的，此處所謂的說明所指者為，醫師有義務向新生兒父母詳盡與迅速的清楚說明有關於疾病方面的一切醫療資訊。說明前，盡量促成父母皆能在場。

第三，也是最重要的內涵，協商 GL 必須將重症新生兒病人的最佳利益置於最為優越的位置<sup>25</sup>。協商 GL 強調的是，任何罹患重病的新生兒病人，醫師人員與父母等皆應以慈悲心與祝福等態度來處置。凡是有關於醫療的方法與處置，無論是醫師或父母皆應根據「新生兒病人當下的最佳利益」來決策。在判斷與考量上是指，舉凡新生兒病人的健康影響，治療過程必須承受的苦痛、可能造成身體外觀永久重大的改變等等，都應納入腦量的指標當中<sup>26</sup>。

## 第二項 重症新生兒權利規範擔保的必要性

從上述可知，醫院建構的臨床準則，僅僅是一種醫療機構的共識或職務的執行規則，實際上並沒有任何直接的法律效力。但日本曾經就有醫院透過溝通的方式來取得新生兒父母認同，做出最佳的醫療抉擇<sup>27</sup>。本案某醫院的 NICU 收到了年僅 25 周，僅僅 896 公克的早產兒 X。X 經診斷罹患

<sup>25</sup> 相反的，關於重症新生兒的醫療決策，醫療人員必須基於專業判斷病人最佳利益，不能強迫父母或其家屬做最後決定。參照：玉井真理子，註 21 文，頁 496 以下。

<sup>26</sup> 田村正徳，重篤な疾患を持つ新生児の家族と医療スタッフの話し合いのガイドライン，日本小児科学会雑誌 108 卷 9 號，2004 年 9 月，頁 1095 以下。

<sup>27</sup> 若園明裕，望まれぬ出生の超低出生体重児における出血後水頭症に対する治療拒否の 1 例—病院倫理委員会並びに、人権擁護団体と協議し対応した事例を通して—，日本周産期・新生児医学会雑誌，第 39 卷第 4 号，2003 年 12 月，頁 850 以下。

水腦症，須用手術將脊髓液排出。但 X 住院三個月後，經醫師再次評估日後有重度腦性麻痺的可能性。父母當下向就拒絕了醫師建議，不用醫院為 X 進行手術<sup>28</sup>。

雖然本案經過該院的醫學倫理委員會的積極協商與更通，著實發揮了後還協商 GL 制定時所欲達到的目的，也就是針對個案醫療決策衝突的解決，迴避採用對抗式或道德批判等審判模式，取而代之的是以溫請、理性與鼓勵等非審判方式，嘗試替代對抗所形成的不必要誤解，藉此達到雙方得以接受與同意的決策內容。從本案的成功，以促成了上述協商 GL 的契機<sup>29</sup>。

不過，縱然有倫理委員會的協調，但僅僅有止於院內，實際上假若父母不願接受，也沒有任何法規範的實質效力效力，本文認為，所謂的「溝通」終究只是達到目的之一的手段，但在重症新生兒的治療決策中，若是以保障「新生兒最佳利益」為最終目標，為求目的之達成，就應當借助法規範與解釋的效果，作為保障病人權利的後盾<sup>30</sup>。

## 第四節 重症新生兒醫療的第三人同意 與刑法評價

關於病人同意的要件，在我國依據告知同意法則的觀點，已經逐漸形成普遍確立的想法，而為了確立同意的有效性，病人必須具備同意能力（認識自己的狀態、個別醫療行為的意義、內容以及所伴隨之風險等能夠認識程度的能力）此事也是必要的。

然而，因為認知症等判斷能力不足的病人，關於自己無法對於治療行為同意的這種情況下，究竟應該有誰、由何種手續，從而能夠取得同意這件事情將成為問題。更甚者，在各種特殊醫療情境中，諸如前文所述的器

<sup>28</sup> 本案發生於 2001 年 8 月的日本阜市立岐阜醫院，參照：保条成宏、永水裕子，註 10 文，頁 58 以下。

<sup>29</sup> 參照：拙文，註 4 文，224-226 頁。

<sup>30</sup> 參照：拙文，註 4 文，頁 227 以下。

官捐贈手術、人體臨床試驗等，取得病人同意的要求更應當受到優先考量。

然而，如果屬於欠缺同意能力或同意能力不足的病人，是否能在欠缺病人同意的情況下來實施該等醫療行為？或是醫師應該取得何者的同意方能為之？背後我們所思考的，其實純粹就是希望醫療行為能夠符合病人的主觀利益，落實其自主決定權。不過，有疑問的是，新生兒本身自然屬於無同意能力者，也沒有人能推測或推估他主觀的想法，此時，是否要實施手術，該實施何種手術，直接交由其父母或家人來決定，難道就是理想的處理方式？

針對上述的問題，本文首先探討於一般醫療情況下，先從各國法制度來介紹其第三人同意的機制，接著再依刑事法理論來檢驗其合理性，最後對於重症新生兒醫療的刑事合法化事由及其理論依據提出本文看法。

## 第一項 各國醫療行為第三人同意機制的探討

一般病人欠缺同意能力的情況，通常都是交由病人親屬作為代理人來代為同意。顯然的，放諸世界各國的法制規定，當然都會針對因精神障害或未成年者等欠缺法律行為能力之人，設置有親權或監護人等作為法定代理人，而在日常生活中，協助本人做出生活上或法律上的判斷與決定。但是，比較有疑問的是，對於醫療此種可能涉及病人生命、身體等直接侵害的行為，難道也能毫無懸念的採取民法代理人機制來代為表達同意嗎？如同前文於第四章中，已經清楚分析與分析，醫療的同意能力涉及的是病人本身人格尊嚴等之價值決定，具有一身專屬性質，顯然與民法的行為能力機制所處理者並非相同的事務<sup>31</sup>。

再者，參照我國病人自主權利法第 5 條規定：「病人就診時，醫療機構或醫師應以其所判斷之適當時機及方式，將病人之病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應等相關事項告知本人。病人未明示反對時，亦得告知其關係人。病人為無行為能力人、限制行為能力人、受輔助宣告之人或不能為意思表示或受意思表示時，醫療機構或醫師應以適當方

<sup>31</sup> 富田哲，成年後見と医療同意—外国法を参照する試み—，名古屋大学法政論集 227 号，2008 年 3 月，735 頁；塚本泰司，臨床現場における意思決定の代行，年報医事法学 15 号，2000 年 7 月，頁 38 頁；赤沼康弘，医療行為と成年後見制度—同意能力のない者に対する医療，月刊福祉 92 卷 7 号，2009 年 6 月，頁 43 以下。

式告知本人及其關係人」。而第 6 條又進一步規定：「病人接受手術、中央主管機關規定之侵入性檢查或治療前，醫療機構應經病人或關係人同意，簽具同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。」

從規定可知，目前我國醫事法規的要求是，醫師實施侵入性治療手術，如果病人本身無法同意或欠缺同意能力，可以設想到的是，未有緊急狀況時，是直接交由關係人來進行同意；如果面臨緊急狀況，則是賦予醫師專斷醫療特權，得以依據自身醫療專業評估後逕自實施醫療處置<sup>32</sup>。

不論關係人或是醫師，本質上皆屬病人以外的第三人，而我國所指稱的關係人其範圍為何？若限定於家屬，家屬是否真能代表病人的真摯意願？尤其在上述有關於新生兒醫療決策中，父母的角色某程度上，更也可能失之理性客觀，導致其做出偏離新生兒最佳利益醫療決策的道德風險。由於醫療第三人同意制度的存在，是一種伴隨著社會現實需求的必要機制<sup>33</sup>，以下本文分別就日本、德國與澳大利亞等有關於醫療行為的第三人同意機制進行說明。嘗試從中思考與尋找重症新生兒的最佳醫療決策者。

## 第一款 日本的情況

有關於日本涉及到醫療行為第三人同意的機制，並非如同我國醫療法或病人自主權利法等有一專法或專章的規範，其可能基於病人的身分、

<sup>32</sup> 有學者認為，基於醫療本身具有維持健康，增進社會利益的公益性，專斷醫療行為應當盡量留在民事損害賠償的領域處理，而非動輒採取刑事訴追的手段。參照：中山研一、甲斐克則，*醫療事故の刑事判例*，成文堂，2010年9月，頁185以下。

<sup>33</sup> 值得一題的是，2016年日本頒布了成年監護促進法，主要是針對步入高齡化社會而因認知症、知的障害或精神障害等形成判斷能力不充分者所制定的支援制度「成年監護制度」，針對如何促進該制度利用之法律，於2016年4月8日於日本眾議院多數表決通過。本規定主要是為因應認知症、高齡者等的增加，肩負確保能市民監護人的育成之外，強化選任家事法院的監督體制。此外也檢討是否需要擴大醫療、照護有關之監護人的權利。經過共同審議後，關於信封郵件的拆封、被後見人死亡後之代行手續等民法之一部也隨即改正。另外，為了確保成為監督人材，必須實施市民研習和資訊提供、絕對防止事後監督人盜領財產之目的，要求政府必須強化家事法院或相關機構的監督機制。朝向利用者增加的施政策略和目標等制定基本的計畫，並要求首相與關係內閣等必須於內閣府中設置定期的利用促進會議。此外，關於意思決定困難者，為了業能讓其接受圓融彈性的醫療與照護，要求檢討現有財產管理和照護服務契約等代行權受限的監護人業務擴大的可能性。其中能發現手術和輸血等侵入性醫療行為的同意權等就形成了焦點。尤其從被監督之人和其家族、支援團體等也提出了恐怕將會侵害病人自主決定權的疑慮。參照：成年後見促進法が成立，「自己決定權を侵害の恐れ」，夕刊，2016年4月8日，東京新聞。(最後瀏覽日期：<https://www.tokyo-np.co.jp/article/politics/list/201604.html>)

年齡等特殊情況，而有不同的規範，本文以下分別說明之。

## 第一目 家人與遺族

早期日本的精神保健福法當中，如果是精神障礙病人，只要有家人的同意時，即使本人不同意，也能讓其入院接受治療（第 33 條，醫療保護入院）。其中，所謂的家人，包含了本人的配偶、親權者、扶養義務者、監護人、保佐人、市町長。但是，是否能強制讓病人來接受治療處置，該法並未有進一步的規定。

也就是說，在從前，醫療保護入院的同意是指保護者。所謂的保護者是對於精神障礙者，讓其接受必要的醫療、實施財產上的保護等，實施病人生活一般行動的保護人。保護人順位依序為：a.監護人或保佐人；b.配偶；c.親權者；d.扶養義務者。從 a 到 d 的順位中，依序被規定成為保護者。

但是，對於此種保護者制度也不是沒有批評<sup>34</sup>。首先，只有單一保護者的情況下，透過法規課予保護者如此多樣化的義務，對其而言恐怕負擔稍嫌過大；其二，本人和家屬間的關係呈現多樣化與複雜化的狀況中，身為保護者也未必能夠為本人利益提供完善的保護；其三，比較於保護者制度創設初期的社會環境（精神科醫療體制的完備等）和家族組成狀態（高齡化社會的進行），現有的社會環境持續的變化也被批評是應該要受到重視的問題點。是故，日本於 2013 年 6 月的精神保健福祉法進行部分修訂，已將保護者制度廢止。

此外，關於遺族的同意權限，於日本人體器官移植法中，即使是在本人是否提供器官呈現意思不明確的情況下，本人如果沒有明確表示拒絕的意思，根據家族（遺族）的同意，規定就能實施腦死判定並提供器官。在這之中的遺族，原則是指配偶者、子、父母、孫、祖父母以及同居的親族等<sup>35</sup>。

---

<sup>34</sup> 神野ネし齊，医療行為と家族の同意，広島法科大学院論集第 12 号，2016 年 3 月，231 頁以下。

<sup>35</sup> 厚生労働省「『臓器の移植に関する法律』の運用に関する指針（ガイドライン）」

根據以上的內容，醫療行為於告知同意法則中，在病人欠缺同意能力的情況下，病人家族的意思於其中確實可以扮演一定的角色。但是，家族與病人間的關係，現實上可能會比常理來的多樣複雜，家族未必就會對於本人的利益進行充分的維護。如果也考慮到家族同意權限濫用危險性的問題，以政府機關的審查為前提之有關於醫療行為的決定與同意等，與其法制化應當是有所必要的<sup>36</sup>。

換言之，關於目前醫療同意的問題在於，對於本人沒有同意能力的情況下，究竟應當有誰來代理本人進行同意？在目前法律上，除了特別法的規定外，因為欠缺一般性的規定而成為問題。臨床現場的運用上，有將家族的同意視為充分條件的運用。厚生勞動省頒布之醫藥品臨床試驗實施基準（CCP 平成 9 年厚勞省令）中規定「行使親權者、配偶者、監護人等準用前項身分者」，從臨床試驗的倫理方針中（2003 年）：「配偶、成人的子女、父母、成人的兄弟姐妹、孫、祖父母、同居的親屬或是與其近親者準用之。」規定可之，直接將家屬同意視為病人的同意。

但是，本文認為問題在於，為何家族或是其他準用者能擁有同意權？理由實際上並不明確。畢竟，關於侵入性醫療行為的同意，因為具有一身專屬性質，本人以外者，儘管是家屬，也不能毫無疑問的視為能夠擁有這項權限。所謂醫療同意，並非單純僅僅止於一種阻卻違法事由的意義，同時也是病人個人的價值觀、生活方向、個人尊嚴等維繫與選擇的問題（自我決定權）。

此外，對於家屬的定義、範圍以及順位也不慎明確。即使是子女、配偶者，與本人沒有任何的交流，或是極端交惡的家族關係下，斷定僅僅是在戶籍上稱為親族、配偶者就必然的具有同意權限此點也是一個問題。更別提到，在家屬間意見相左的情況，優先順位也會成為問題。

所謂家族同意為正當化事由的原因在於，家屬最能理解本人意思、或是能夠合理推測本人意思，而為其最佳利益進行考量。這樣的假設或許在一般通常的情況下不會有太大問題，而依據該情況，根據同意的推定（通過家屬的意見，能夠推定本人的同意）理論，顯然具有社會相當性，無論是刑法或民事法上之違法性都成為可以阻卻的情況。但是，關於最近親屬的身分與範圍，應當需有明確法規範。不過，如何進一步劃分出細緻的基

---

<sup>36</sup> 神野ネシ齊，註 35 文，232 頁以下。

準，普遍被認為是一大難題<sup>37</sup>。

## 第二目 成年監護人

關於成年人，何者能代為行使醫療同意，日本於法律規範上並非明確。對於成為成年者的法定代理人，民事上也僅是承認其有生活上的監護權限（民法 858 條），成年監護制度於人身監護的對象，對於人的身體不能伴隨著強制力（不能強制實施醫療行為或是進如特定設施或處所），並且被解釋為僅限於有關契約等法律行為（不包含事實行為）等事項。就成年監護人而言，是本人的配偶、親、子女、兄弟姊妹等親族的場合也較多<sup>38</sup>，但卻未賦予成年監護人具有醫療同意權限。現行法上，除了社會通念外，緊急性的場合中，也不得不說可以委由緊急避難、緊急事務管理等一般法理來處理。

由此可知，關於成年監護人得否代為決定醫療行為的問題，目前學界與實務議論的焦點皆是置於病人本人欠缺同意能力，並且不存在家人協助可能性的情況下，關於治療同意的問題（除去緊急避難，醫師得以實行專斷醫療的情況），是否應該承認成年監護人具有同意權限之議論，主要有以下三種立場<sup>39</sup>。

### 一、現行法立場

成年監護人背負作為成年被監護人法定代理人的任務，因此，對於治療行為欠缺同意能力的成年被監護人的情況下，成年監護人被指定為代替本人做出同意的候補角色此事，自當有一定的脈絡可循。從這要的考量下，成年監護制度實行之際的議論中，主張成年監護人等對於醫療現場代理同

<sup>37</sup> 神野ネし齊，註 35 文，234 頁以下。

<sup>38</sup> 不過日本成年監護制自 2000 年增訂後，已經經過了一段時間的施行。在初起實施的六年間，在多數日本人民心中也逐漸適應了這套法律。而對於成年監護制度的社為關心程度也逐漸的提高，直到 2005 年申請開啟監護程序的數量就高達了 17,910 件，其中除了家族外，司法書士、辯護人、社工人員等法律或社工專業人士等，為成為監護人中之比例占有多數。參照：最高裁判所事務總局家庭局編，成年後見關係事件の概況一平成 26 年 1 月～12 月，頁 30 以下。

<sup>39</sup> 田山輝明，田山輝明，成年後見人の医療同意権と法定代理権，三省堂，2015 年 5 月，頁 211 以下；錢偉榮，成年後見人の医療同意権，高岡法学第 29 号，2011 年 3 月，頁 56 以下；新井誠，成年後見制度—法の理論と実務，有斐閣，2014 年 7 月，頁 67 以下。

意有其必要性的聲音是非常大的<sup>40</sup>。

但是，就結果而言，立法者將 1.作為財產管理行為的締結醫療契約的代理權和 2.作為日常生活上監護行為的手術、治療行為等其他醫療侵襲性之同意權等兩者進行區別後，就採取明確的立場，主張成年監護人法定代理權範圍所及僅止於上述第一項內容，而不包含第二項<sup>41</sup>。也就是說，成年被監護人接受治療的場合下，成年後見人身能為代理人與醫療機構締結醫療契約，作為該履行該等契約的手術等具體侵襲性的醫療行為，主張成年監護人並不能直接進行干涉的結論<sup>42</sup>。

主要的理由在於，根據成年監護制度修正綱要的補充說明，在成年監護的情況下有關於治療行為的決定與同意等問題，是和暫時性的失去意識等病人或是未成年人等對於其侵襲性治療行為有關的決定與同意等為共同的問題。從而，這樣的情況下，做決策與有同意權者（監護人），關於其同意與決策的根據與界限等，是否能與社會的一般通念相符，終究是很難說的狀況下，在可能牴觸病人自主決定權的疑慮仍未解決的情況下，不宜透過法律將成年監護的情況，導入侵襲性醫療相關的決定權與同意權<sup>43</sup>。

## 二、學說立場

如果監護人無法代為同意醫療行為，臨床實務上對於沒有親屬的病人

<sup>40</sup> 西井龍生，医療契約と医療過誤訴訟，收於：遠藤浩 編《現代契約法大系(7)サービス・労務供給契約》，有斐閣，1984年3月，163頁；吉村良一，不法行為，有斐閣，2017年2月，64頁。

<sup>41</sup> 原司，成年後見制度の実務上の諸問題，ジュリスト 1211号，2001年10月，29頁以下。

<sup>42</sup> 否定說請參照：大村敦志，家族法，有斐閣，2010年3月，269頁；水野紀子，後見人の身上監護義務，判夕 1030号，2000年7月，106頁，河上正二，民法総則講義，日本評論社，2007年11月，74頁；前田陽一，民法VI親族・相続，有斐閣，2017年3月，191頁；道垣内弘人，成年後見人の権限—身上監護について，判夕 1100号，2002年11月，239頁。

<sup>43</sup> 學說上曾有批評，關與成年監護人，區別了代理締結醫療契約的權限和對與直接侵襲性治療行為同意的權限、並且就主張否定後者的立法者之見解中，有附加了各式各樣的觀點與評價。對於這樣侵襲治療行為的同意，因為具有一身專屬性質，最終做出判斷者必須是病人本人，而不應該承認對與侵襲性治療行為具有代為同意的權限，一方面這可被視為是支持立法者態度的見解，其次也有一些疑問因此呈現出來。站在立法者主張的見解，成年監護人等，即使基於自己法定代理權限與治療機關締結了診療契約，就會演變成不能實施履行該診療契約所應實施的個別具體侵襲性醫療行，而形成這樣的疑問。一方面你在成年監護人身上課予了人身照顧義務與療養看護等異物，另一方面卻不承認其對於病人的侵襲性治療行為具有同意權限，這樣的情況下，等同是無法讓成年監護人充分的履行上述之義務，實際上於臨床醫療現場中，也擔心無法回應成年監護人所期待扮演的角色。參照：錢偉榮，註 40 文，頁 57 以下

而言，可能就會造成臨床醫療運作上的困擾。另一方面，也有可能發生沒有法定權限的成年監護人，對於被要求同意醫療手術的情況下，同樣也會感到十分困惑與不安。因此，學說多數看法主張，在一定範圍內，應當須承認成年監護人對於醫療侵襲性的行為具有同意權限。但是，這與傾向肯定成年監護人具有同意權限的見解並非相同，該說法與大致上能區分為以下三種說明。

其一，當本人無同意能力的情況下，根據日本民法 858 條的生活照顧義務解釋，承認成年監護人應該具有侵襲性的治療義務之同意權限<sup>44</sup>。本說進一步以侵襲程度為基準，將治療行為區分為通常治療與重大治療，通常治療如：感冒、各種預防接種、骨折牙痛等入院治療或是經疾病症狀的醫學說明後有必要實施最小限度的侵襲治療行為（X光檢查、抽血檢查等）之同意權。這樣的觀點能夠避免醫療現場醫師等執行業務陷入無所適從的狀況。

其二，關於上述輕微程度的侵入性治療，也有學說認為，如有客觀必要性時，應當例外承認監護人具有侵襲性治療的同意權<sup>45</sup>。這是從保護本人的觀點出發。這些治療所伴隨著定期到院或住院治療與持續性的復健等，限於認定假若是一般人都判斷有接受醫師治療的必要時，即使違反本人的意思，依然能藉由成年監護人的判斷，讓病人接受診斷。

其三，也可稱為限制肯定說<sup>46</sup>。這項見解認為，監護人的代理條件是 1. 本人欠缺同意能力；2. 不違背具有同意能力病人本人的意思；3. 對病人的身體侵害程度小、危險性程度低的侵襲性治療行為等，限於這三項要件充足的情況下，應該得以承認該代理權限。不過，本文認為第三種見解的看法，實際上並未有大大實益，畢竟具有同意能力者，基於自主決定權的尊重，自然應當依循病人本人之意願。此時自當沒有監護人的決策空間。不過從第三項見解也可清楚理解到，第三人同意必定是居於補充性的地位，只有在病人沒有同意能力或無法同意時，方有其必要性。

<sup>44</sup> 小賀野晶一，成年身上監護制度論—日本法制における権利保障と成年後見法の展望，信山社，2000年8月，108-109頁。

<sup>45</sup> 須永醇，成年後見制度の解釈運用と立法的課題，成年後見法研究2号，2005年3月，103頁以下；床谷文雄，成年後見における身上配慮義務，民商法雜誌122卷4・5号，2000年2月，547頁以下。

<sup>46</sup> 小賀野晶一，成年身上監護論の要点，收於：小林一俊等編，《高齢社会における法的諸問題・須永醇先生傘寿記念論文集》，酒井書店，2010年9月，56頁以下；赤沼康弘，成年後見制度改正への提言，自由と正義54卷11号，2003年11月，頁76以下。

### 第三目 親權者、未成年監護人

當孩童未達到成人年齡的期間，親權者基於保護必要，在必要範圍內必須負有行使代理權的義務。這個義務是由日本民法 820 條導出，對於子女的監護或是教育的權利義務之規定。親權者和未成年監護人是情況類似，關於成年監護人，則是規定成年監護人的人身監護權的日本民法 858 條為根據，作為有限度地承認其醫療同意權的依據。

但是，親權者和未成年監護人等關於子女，一方面就教育、居所指定、懲戒等有實施權限和義務（日本民法 820 條以下，857 條）成年監護人則沒有相同要求；此外，親權者對於未成年意思決定的代理時，相較成年監護人來說，被認為具有較為廣泛的裁量空間（日本民法 827 條 869 條）。

也就是說，成年監護人的人身監護權和親權者的監護權等未必能夠等同視之，成年監護人對於介入本人人格權（強制醫療或強制入院有關之決定）等限制門檻，相較於親權者或是未成年監護人等而言，應是較為高的。也正是此項原因，如果賦予成年監護人有關於醫療同意權限的話，仍應當有額外的擔保機制，如法院的審查為前提，方為妥當。

當然，締結醫療契約也被包含在這項代理權的範圍內，而在醫療現場中，當病人是欠缺民法行為能力的未成年人，親權者就被解釋為得以「代為」締結醫療契約。不過，對於現實上對於未成年病人身體的侵入性醫療處置，是否真能讓親權者直接透過民事代理機制來處理，不無疑問。多數民法學者的看法是，即使屬於侵入性治療，應該得以承認透過親權者來代理同意<sup>47</sup>。但是，如果依據日本民法 820 條的立法意旨，病人以外的第三人，在為欠缺同意能力的未成年人代為同意的情況下，必須對於未成年病人而言是能過為其做出於最佳利益的人。

詳言之，由於治療行為本身的侵襲性、會造成病人身體或生命不少影響，民法學說上就有提倡，親權者能夠被解釋為：身為尋求子女最佳利益監督權者的最佳人選，關於治療行為，對於朝向未具備充分適切判斷能力

<sup>47</sup> 柴田滋，同意能力のない者に対する医療の決定，西日本短期大学大憲論叢 38 卷 1 号，2000 年 2 月，頁 4 以下。

的未成年人所為之侵入性醫療行為，親權者應當能替代期實施判斷<sup>48</sup>。

實際上，即使是在日本的司法實務中，法院也存在著根據親權者有無代為同意來判斷醫療行為是否具有事法性的態度。換言之，對於欠缺治療行為同意能力的未成年人，加上是在侵襲性治療的情況下，法院一般都會認為醫師對於身為法定代理人的雙親負有說明義務的要求<sup>49</sup>。法院認為，在判斷未成年人就朝向自己身體的治療行為欠缺同意能力的場合上，對於未成年人的親權者進行關於治療行為的說明之後，如果有得到當事人同意，醫師就已達到充分的說明意義務。

然而，目前日本並未曾有關於上述情況的刑事裁判案例。因此，當未成年人欠缺同意能力時，為了導入醫師侵入性醫療的正當性，必須得到誰的同意呢？假設是要求親權者為之，於刑事法理上應當如何解釋為，其所扮演的角色、性質與定位究竟為何？這樣問題就法院的態度就目前的時點上並未能詳細的來進行說明。

總歸來說，近年來，直接將親權者視同法定代理人而對未成年人具有醫療行為同意權限的判例與學說見解<sup>50</sup>，導致了根據親權者同意權的濫用問題就於實務判決中不斷受到爭論。例如，曾有案例是<sup>51</sup>，罹患先天性重症心臟疾病的未成年者，如果能盡快實施手術處置，但在不久的將來，儘管能夠免於死亡，但親權者 A 和 B 卻基於宗教上的理由，對於同意手術此事採取拒絕的態度。因為盡速手術是必要的，兒童商談所長向家事法院申請親權喪失宣告(民法 834 條)的同時，又向法院申請了直到審判確定之間，身為親權者職務執行停止，並選人律師作為職務代行者的暫時性保全處分。

法院認為，A、B 身為未成年人的親權者，應該對於未成年人擁有適當的監護教育之權利以及負擔應盡的義務等情況。對於拒絕本件手術不能認定其有合理的理由，濫用親權，對於未成年人的福祉有顯著的損害，並以此為理由，同意上述之申請。之後，為了應對這種暫時性的醫療忽視（對於未成年者的輸血、手術等的治療，儘管有必要，親權者在沒有正當理由的情況下拒絕的案例），2011 年透過日本民法的修正，創設出 2 年以內的

<sup>48</sup> 廣瀨美佳，医療における同意に関する諸問題（上），早稲田大学大学院法研論集第 60 号，1992 年 8 月，255 頁以下。

<sup>49</sup> 最判昭和 56 年 6 月 19 日，判時 1011 号，54 頁；札幌地判昭和 53 年 4 月 18 日，判時 916 号，頁 61 頁；東京地判平成 2 年 3 月 12 日，判時 1371 号，96 頁。

<sup>50</sup> 寺沢知子，未成年者への医療行為と承諾（一），民商法雑誌 106 卷 5 号，1992 年 8 月，87 頁以下。

<sup>51</sup> 名古屋家事庭平成 18 年 7 月，家月 59 卷 4 号，頁 5 以下。

期間，親權暫時性的停止制度（日本民法 834 條之 2）。

此外，基於宗教理由拒絕輸血的情況也所在多有，日本《輸血、細胞學會與其他學會》曾發表了未滿 15 歲的病人親權者即使拒絕輸血之實施方針。

根據這項方針，具有輸血治療必要可能性的病人，將其以：(1) 18 歲以上，(2) 15 歲以上未滿 18 歲，(3) 未滿 15 歲等情況來進行區分，這此區分之下，18 歲以上的標準，即使是未成年人，18 歲以上就應尊重本人的意思；關於 15 歲以上未滿 18 歲的標準，本人和親權者的意思將成為問題，如果是兩者都拒絕的情況，固然不用說明，但在兩者意見不一致時（一方拒絕，另外一方希望輸血的情況）也能實施輸血，但兩者都採取拒絕立場者，就不能實施輸血。

因此，第三項標準，關於未滿 15 歲者，親權者的決定會形成的爭議是，未滿 15 歲者，親權者即使拒絕輸血，仍實施輸血。以 15 歲作為區別標準的理由是，諸如，日本民法 797 條的代為同意為養子、日本民法 961 條的遺囑能力，關於臟器移植法運用指導方針中，關於器官提供意思的斟酌與同意等。縱令如此，親權者等法定代理人的同意權限之根據究竟是從何者得來？關於此問題就形成了不同看法與爭論。其中，有見解認為，親權者等的同意權限，是身為民事上之法定代理人而來（法定代理說）。

另外也有主張，人身監護權（日本民法 820 條）視為同意權限的根據（身上監護權）；關於醫療行為的決定，並非法律行為，如果視為一身專屬性質的意思決定，將其稱為代理的構成根據將難以有緊密的關聯性，反倒是親權者的監護或是教育權利義務（日本民法 820 條），應該可以將代理作為根據<sup>52</sup>。

## 第二款 德國的情況

在德國，對於欠缺判斷能力病人的醫療行為，應當交由誰來同意此第三人同意機制主要是規範於民法典中。由於未成年者的法定代理人一般就

<sup>52</sup> 岩志和一郎，醫療同意と成年後見，收於：岡山輝明 編，《『成年後見一現状の課題と展望』》，日本加除出版，2014 年 5 月，61 頁以下。

是父母。對於必要的情況來說，醫療同意本身就會交由該父母為之。德國聯邦法院曾提出「三階段說」<sup>53</sup>。

第一階段是指，在一般日常情況中，醫師在未有明確的反對意思時，醫院取得未在場的雙親一方同意；第二階段是在重大侵襲醫療的情況，必須確認未在場的父母一方有何種程度的授權，但也能相信在場父母一方的積極同意。第三階段中，手術對未成年人具有重大人格或身體的改變，同時伴隨重大危險時，必須確實有父母同意方能為之。不過，當未成年人具有同意能力時，原則不承認父母得代為同意。此外，考量侵襲的程度、迫切性、危險性，以及結果是否難以預測等，若未成年病人年齡越低，法院也會比較傾向於認定父母有醫療代理權。

不過，必須注意的是，父母的醫療代理權是出自財產監護的權利與義務（德國民法 1626）。從而，父母不能夠恣意的決定，只有在服膺於子女最佳利益的監護義務下進行決策。是以，縱然父母同意，但若治療行為欠缺醫學上的妥當性，該代為同意就會歸於無效的，若病情來已經是迫切的狀態，父母拒絕治療同意將會讓子女處於危險時，醫師如果無法改變父母意見，則可依據德國民法 1666 條規定，向家庭法院提起告訴<sup>54</sup>。

相對於未成年人，若是欠缺同意能力成年人，醫療行為的代行同意，就需透過成年照顧人的選任為之。詳言之，德國一般認為治療處置代理同意是照顧人的職務。選任照顧人的法院主張，以這些照顧人的職務而言，替代受照顧人表達醫療行為的同意是沒有問題的。但是，儘管德國認為照顧人的職務範圍包含了對於治療處置的代為同意，但病人如果對於治療行為具有同意能力，就應交由本人判斷決定。主要原因是，德國普遍認為對於侵入性治療行為的自主決定權代表了生命或是身體的不可侵犯性，是非常重要的基本權利，同時也受到德國基本法第 2 條第 2 項所保障<sup>55</sup>。

因此，儘管是在選任將治療行為納入職務範圍的照顧人，具體情況下，被照顧人如果對於具體的治療行為被認定具有判斷能力的話，就應該尊重被照顧人的意思。從而，對於治療行為中，已經選任了允許對於治療行為進行判斷，並且屬於其職務範圍的照顧人，而當被照顧人欠缺治療行為同意能力的情況下，照顧人即能參考醫師的說明內容後，綜合衡量被照顧人的身體狀況和處置的必要性等，對於這些內容是否同意，是否應該要拒絕

<sup>53</sup> 山中敬一，*醫事刑法概論I（序論 醫療過誤）*，成文堂，2014年8月，頁156以下。

<sup>54</sup> 山中敬一，前揭書，頁157以下。

<sup>55</sup> 神野ネシ齊，註35文，234-235頁以下。

等來做決斷。此時，從照顧制度的立法旨趣可知，照顧人必須做出符合被照顧人福祉的判斷，並且能對照顧人的期待的範圍內，延續本人的期望來進行判斷<sup>56</sup>。

基於上述，德國在一方面應當盡可能的尊重被照顧人意思的同時，當被照顧人欠缺治療行為同意能力的情況下，照顧人對於被照顧人侵襲性治療行為的同意受到廣泛承認。但是，並非照顧人對於一切與治療行為有關的事項都具有無限制的代理權限，諸如德國民法 1908 條 i 第 1 項、1837 條 1 項等規定，病人健康狀態的診察、治療行為或是朝向治療上的侵襲取得照顧人事前的同意等，被照顧人經由該項處置，可能死亡或有暴露於重大、長時間持續性的健康損害等風險時，就需要有法院許可。這個危險存在的有無，並非限於治療行為的種類，而是在個案中考慮病人的病狀和年齡等後來個別具體判斷。相關內容以下進一步說明之<sup>57</sup>。

## 第一目 照顧人的職務範圍

在德國實務的既定見解認為，醫療行為本身如果具有傷害的性質，就有可能成立傷害罪，而只有在病人具有同意能力（明確的、或是推定的）的情況下，透過阻卻違法性承諾之法理方能視為正當化的前提。當病人欠缺同意能力，則能視情況由法定代理人，或透過選任的任意代理人來表達同意。

由於照顧人與病人本人的醫療行為是有關的，照顧人將其視為職務的範圍，應該是有必要的。一般對於照顧人的職務範圍（健康監護或健康之照顧），例如，全部事務與生活等之監護、個人事務的處理，提供醫療照顧、治療處置的同意等都是被考量的範圍。此外，關於不孕手術，德國民法 1899 條則有制定特別的規定。然而，職務範圍當中，縝密舉出具體疾病名稱是沒有必要的。例如，完整舉出有關於內因性精神疾病的決定，照顧人就只能在這個極為狹隘的範圍中，給予同意。制定這樣的狹隘範圍，為了擴大職務範圍，就必須經過相對複雜的手續<sup>58</sup>。

<sup>56</sup> 服部高宏，ドイツにおける患者の権利の定め方，法学論叢 172 卷 4・5・6 号，2013 年 3 月，25 頁以下。

<sup>57</sup> 神野ネし齊，註 35 文，234-235 頁以下

<sup>58</sup> 神野ネし齊，註 35 文，235-236 頁以下

如果對於財產管理和年金管理為職務範圍之照顧人，即使留意到了對被照顧人顯然具有醫療行為的必要性，也不能給予照顧人代為同意的權利。在此情況下，照顧人可以選擇向法院申請擴大其職務範圍，擴及到對於治療行為有關之內容。或是，必須針對這樣的職務範圍，申請選任另外的專責照顧人。

## 第二目 照顧人同意的治療行為

### 一、本人的同意能力

根據上述，由於醫師對於一切侵入性醫療處置原則上都有必要取得病人同意（德國民法 630 條 d），否則民事上醫師必須負擔損害賠償的責任（德國民法 823 條），且刑事上可能也要受到傷害罪的訴追（德國刑法 223 條）。為了要讓同意有效，必須要具備兩項要件<sup>59</sup>。

其一，病人必須要有同意能力。病人必須是「依循精神上的發展和道德成熟度等」，侵襲的意義或是其射程和作為其侵襲內容等能夠進行評價。在此之中，病人同意能力就不會有任何問題。例如，即使是 16 歲的少年（實際上是限制行為能力人），應當對於是否接受破傷風預防接種此醫療行為進行有效同意。但對於心臟手術較為重大複雜的手術，或許就沒有辦法進行同意。

其二，有關醫療侵襲行為的性質、意義、射程等，必須接受醫師的說明，對於被照顧人欠缺同意能力的情況，醫師則需向照顧人進行說明（德國民法 630 條 e）<sup>60</sup>。因此，病人在具有同意能力的情況，照顧人不能代理本人同意，而在病人欠缺同意能力時，照顧人身為法定代理人（有相當職務範圍作為前提）就能代為同意<sup>61</sup>。

<sup>59</sup> 神野ネし齊，註 35 文，236-237 頁以下。

<sup>60</sup> 村山淳子，医療契約論-その典型的なるもの，日本評論社，2015 年 2 月，頁 187 以下。

<sup>61</sup> 村山淳子，ドイツ 2013 年患者の権利法の成立—民法典の契約法という選択—，九州法学会会報，2014 年，頁 143 以下。

## 二、醫師和照顧人的協議

照顧人在對於醫療措施實施同意之前，是有聽取情報必要的<sup>62</sup>。從而，照顧人有依據醫療契約衍伸的附隨權利義務的診療紀錄閱覽權。照顧人在必要的應對後，透過向病院的主管機關等申請異議後進行閱覽，在此等情況下，也能透過民事法院的告訴，能夠閱覽診療紀錄。照顧人和醫師進行協議的內容中，該有什麼樣的問題和症狀呢？必須要有明確的診斷內容之信賴性、治療可能性，以及其他選擇性。

### 第三目 病人預立醫療指示書

所謂病人的指示書，是指有同意能力的成年者，為了事先預估會有失去同意能力的情況所準備，特定在目前尚未進入迫切的情況下，對於健康狀態的檢查，治療行為或是侵入性的治療等之同意，或是拒絕等事項，透過書面來承載自己的意思（德國民法 1901 條 a 第 1 項）。由於病人對於特定的處置，有訂立該表示同意或拒絕的必要，只不過是訂立一般性的指示方針就非病人的指示書（例如，我希望能持有尊嚴的情況下死去）。病人的指示書無論何時都能隨時撤回（德國民法 1901 條 a 第 1 項 3 文）<sup>63</sup>。

再者，在現在時點下尋求醫療協助時，不是用於書面要式。例如，和醫師約定兩周後的手術來進行協議的病人，沒有必要藉由書面要式來訂立。這樣的情況下，有同意能力病人，該病人的指示是用口頭方式就能對醫師為有效傳達。病人於這項手術中，即使失去同意能力，病人的同意依然有效，沒有必要選任照顧人。再者，病人的指示書，即使是關於人工營養補給中斷等「死亡協助」，也是可以使用的<sup>64</sup>。以下進一步說明指示書的相關規定<sup>65</sup>。

<sup>62</sup> 田山輝明，註 40 書，頁 60 以下。

<sup>63</sup> 田山輝明，註 40 書，頁 64 以下。

<sup>64</sup> 關於臨終前的指示書，將進一步留待第六章介紹。

<sup>65</sup> 以下詳細內容，參照：谷口聰，ドイツ民法典における「患者の事前指示書」規定に関する一考察：BGB1901a 条の立法経緯と解釈をめぐる議論について，高崎経済大学論集 61 卷 1・2 號，2018 年 10 月，頁 3 以下；亀井隆太，同意能力がない患者の医療同意—ドイツ法を中心に，千葉大学人文社会科学研究 28 號，2014 年 3 月，頁 92 以下；神野ネし齊，註 35 文，

首先，關於指示書的**要件、方式、認證與登錄**：病人的指示書，依據文書方式被視為是有效的要件（德國民法 1901 條 a）。從而，文書（利用一定樣式也可以）上，親自具名是必要的，但具名的認證則無必要。病人的指示書，在其中做成事前照顧代理權（將來自己有受到援助的情況下而進行準備，向能夠特別信賴的人物，預先賦予目的的制定之任意代理權）和配套時，能夠於德國相關單位如聯邦公證人聯合會的中央事前指示登錄簿進行登錄。

此外，病人的指示書並沒有有效期限。病人即使在指示書做成後喪失同意能力，這樣的情況也不能指摘指示書的有效性（德國民法 130 條 2 項）。從而，病人的指示書，每當一定期間，也沒有更新的必要（儘管更新受到很到很大的鼓勵）。

其次，關於**病人指示書的拘束力和射程**：指示書對醫師、照顧人、任意代理人、照顧法院等都有拘束力。亦即，病人的指示書，並非僅僅止於病人意思此間接證據。病人的指示書，不限定於重大醫療，或會威脅到生命的疾病（德國民法 1901 條 a 第 3 項）。有關於比較輕微的疾病也能包含在內。此外，也不會特別限定在死期迫切的狀況此階段。

至於指示書中，**照顧人（任意代理人）的職務與功能**：照顧人（任意代理人）原則須必須根據本人指示書的內容來做決定，但必須審查是否該當現在的生活狀況以及治療狀況（德國民法 1901 條 a 第 1 項）。例如，當病人罹患肺癌時，病人的指示書中表達「在我有認知症的情況下，不希望實施生命維持措施」，而關於肺癌此病狀並未規定。這種情況下，病人的指示書明確的未符合目前的治療狀況。符合指示書規定的情況是，照顧人必須表明與實現本人的意思。

亦即，照顧人，對於醫師預計實施的醫療處置，以代理人的身分來表達同意，或是拒絕等意義。當照顧人或是任意代理人受到選任時，主治醫師必須與照顧人（任意代理人），共同審查關於病人指示書的適用可能性（德國民法 1901 條 b 第 1 項）。在這樣的情況下，盡可能的也需賦予病人的近親者或是其他能夠信賴的人物表達意見的機會。

最後，**沒有病人指示書的情況，或是與現狀不相符合的情況**：這個情況下，如何病人的推定意思就會成為關鍵（德國民法 1901 條 a 第 2 項）。

---

237-239 頁以下。

病人過去的意思，基於這項具體線索必須受到探求，特別必須考慮的是，在被照顧人根據過去口頭或是書面的意思表明，倫理上或是宗教上的確認，或其他的個人價值。可是，能考量到職業照顧人對於此多數都無法知悉，在有懷疑的情況下，必須優先保護病人的生命或健康<sup>66</sup>。

#### 第四目 取得照顧法院的許可

照顧人在被照顧人健康狀態的檢查，治療行為或是醫療侵襲行為的同等情況中，透過該等醫療措施，有可能導致被照顧人死亡或是其他重大經過長期健康上的損害等危險存在時，必須由照顧法院的許可（德國民法 1904 條第 1 項）。例如，腳部截肢等情況。

而當照顧人對於被照顧人健康狀態的檢查、治療行為與侵入性治療等表達不同意，或是撤回的情況中，該處置是否屬於醫學上具適當性，並且藉由該處置的不實施或終止最終可能導致被照顧人死亡，或是有重大且長期於健康上受損等根據等危險存在時，也須得到照顧法院的許可（同條第 2 項）。例如，需要人工補給營養的中止或人工呼吸的中止等，臨死協助的案例是為典型<sup>67</sup>。

所謂「存在有根據的危險性」是指，並非是主觀上的擔憂，而是客觀上的危險或是損害發生有顯著的蓋然率等情況。到目前為止被認定屬於「有根據的危險」存在的情況者，例如身體一部的外科截肢手術、衝擊療法、精神安定藥物（Neuroleptika）等治療。其他如，動脈管的外科手術、腦、脊髓手術，開胸手術，不成對的臟器（心臟、肝臟）以及骨髓的移植，進行癌症的根治此侵襲或治療處置，血管內的診斷等，在國內沒有得到認可的藥劑治療等，都有考量進來<sup>68</sup>。

此外，當本人是否有同意能力是難以判斷的情況，或是醫療的侵襲是否與長期性的損害有連結性也難以判斷的情況，也須接受照顧法院的建議（德國民法 1908 條第 1 項，1837 條第 1 項）。可是，關於醫療措施的實施或是不實施，即使有存在一定危險的情況，照顧人（任意代理人）和主治醫師所得到的見解一致時，就沒有得到法院許可的必要（德國民法 1904 條

<sup>66</sup> 亀井隆太，前掲文，頁 91 以下。

<sup>67</sup> 神野ネし齊，註 35 文，239-240 頁以下。

<sup>68</sup> 神野ネし齊，註 35 文，240 頁以下。

4 項，第 5 項)。也就是說，給予同意，或沒給予同意，或是撤回同意，兩者如果有見解一致，就不需要法院許可<sup>69</sup>。

有給予許可的管轄權是照顧法院。法官在給予許可之前，原則必須訊問病人本人，但病人欠缺同意能力或陷入昏迷時，當對於本人健康將造成顯著不利益且有擴大之虞時，或當本人無法表明自己意思此狀況是很明顯的情況則例外不須訊問本人。

當病人屬於是德國民法 1904 條 2 項有關於臨死幫助的許可時，照顧法院必須選任手續監護人，所謂的手續監護人是指，個別的手續或從法院通知的內容，關於相關事務的意義，明確的向本人說明，在程序中對本人予以援助。另一方面，在德國民法 1904 條 1 項的情況中，無法對於本人進行審問時，程序的監護人不是必要的（德國家事事件法 276 條）。法院對於侵襲的必要性、替代方案、損害發生的蓋然性等，也有必要取得專家的鑑定<sup>70</sup>。

## 第五目 面臨緊急醫療的情況

在照顧人的選任和法院的許可手續上，由於必須耗費一定的期間。但是，臨床上必然會有無法等待與情況緊急的案例。面對這樣的緊急狀況，有必要根據以下的特別處置。假如，個案中的醫療措施在德國民法 1904 條的意義中是沒有危險的話，就非有必要取得法院許可，但是如果病人沒有同意能力的話，即使在緊急情況，照顧人同意也是有必要的。

因此，在沒有選任照顧人、無法聯絡到照顧人，或是照顧人的職務範圍中，並未包含有關於醫療同意權限等內容之情況下，法院則需透過緊急的假處分（德國家事事件 301 條）選任暫時的照顧人，或是直接擴大原照顧人的職務範圍，該照顧人就能為進行同意。視情況，法院自身也能藉由命令來代為表明同意（德國民法 1908 條）<sup>71</sup>。

另一方面，就病人欠缺同意能力，並且個別的醫療處置有危險的情況，照顧人的同意以及法院的許可，此雙方都有具備的必要。不過，關於後者

<sup>69</sup> 神野ネシ齊，註 35 文，240 頁以下。

<sup>70</sup> 神野ネシ齊，註 35 文，241 頁以下。

<sup>71</sup> 谷口聰，註 66 文，頁 10 以下。

法院的許可。有遲延時間的危險，而在無法得到許可的情況下，醫師的處置能在沒有法院許可的情況下執行（德國民法 1904 條 1 項）。

但是，於前者中，照顧人同意則是必要的，至少也要有暫時照顧人的同意，或是依據德國民法 1846 條的命令等是必要的。再者，關於病人的（推定的）意思，對於醫師和照顧人聽聞之見解沒有不同的情況下，不需要照顧法院的許可（德國民法 1904 條）<sup>72</sup>。

### 第三款 澳大利亞的情況

當前述日本制定成年照顧制度時，關於一般性的醫療代理權，是否採取照護制度來進行處理，依然並未取得共識，在此情況下，成年照顧制度的醫療代理權明文化也遭到擱置。

但是，隨著邁入高齡化社會，對於欠缺醫療同意能力者必然也會隨之增加，制定具有法規範正當性的醫療代理權人（第三人同意機制）就被視為必要的。除了上述德國法的經驗外，澳大利亞本身在近年來也陸續修正了其國內的照顧制度，主要規範於其民法典中。根據澳大利亞民法規定，對於判斷能力不充分的成年者，有關其第三人同意機制，可分為代理人代理權與近親醫療代理權等不同設計。

而關於澳大利亞的醫療同意能力，由於醫療代理被分類為監護事務。這與代理人的任命無關，而是如果在治療的時候，本人對於治療有關的事項具有認識和判斷能力的話，一般就只有本人對於治療能夠同意為原則（澳大利亞民法第 283 第 1 項）。基於此，即使是受到本人任命的醫療代理人，依然有必要調查本人是否有判斷能力和認識能力。

也就是說，代理人有醫療代理權，必須限定在本人欠缺同意能力的情況。於澳大利亞，自 2001 年親屬法修正以來，醫療同意能力都是在個案中來具體判斷。諸如，本人是否對於治療以及療法的可能性、替代處置、治療的機會和風險等，能夠理解關於法益與利益等價值<sup>73</sup>。

<sup>72</sup> 谷口聰，註 66 文，頁 10-11 以下。

<sup>73</sup> 以下參照：青木仁美，オーストリアの成年後見法制，成文堂，2015 年 4 月，頁 10 以下；田山輝明，註 40 書，頁 86 以下。

## 第一目 代理人的醫療同意權

根據 2006 年的立法修正，澳大利亞自 2007 年以來，制定了第 283 條規定有關於醫療同意權的內涵。關於一身專屬事項的治療同意，主要是沿用所謂的認識能力與判斷能力的概念。首先，必需先行調查判斷病人是否有同意能力。如果本人經確認欠缺同意能力，則取得醫療代理的代理人同意則為實施醫療行為前的必要程序（本法第 1 項）<sup>74</sup>。

根據第 2 項規定，如果屬於伴隨身體完整性或人格重大侵害，或是持續性障害的侵入行醫療，必須有獨立醫師於開立病人欠缺同意能力的診斷證明，且治療本身必須能被證明是為維護病人福祉的必要醫療行為時，代理人才能代為同意。若不存有診斷證明，或有病人明確拒絕該項治療的情況，醫療行為就須經過法院許可方能為之。

假若代理人拒絕同意而讓病人陷入危險時，法院能代為行使同意權限，或是將代理職務委託他人。再者，根據第 3 項規定，如果治療有緊急需要時，本人同意或是代理人的同意或是法院的決定等所提出的延期決策，對障害者而言，將來會導致生命危險或是對健康有重大損害危險等情況下，對於具有認識能力與判斷能力的病人，或是代理人、甚至是法院的決定等，都不是必要的<sup>75</sup>。

### 一、醫療侵襲屬重大的情況

代理人的同意權，伴隨著治療侵襲的程度，要件設定上也會有所不同。對於侵襲屬於重大的情況，如須行使醫療同意權，必須滿足法律所規定的特別要件。所謂的重大侵襲醫療是指，該當澳大利亞刑法第 84 條之 1 要件的情況，例如，侵襲是針對生命的侵犯，或是實施侵襲的結果將造成重要器官無法運轉的狀態超過 24 日或是持續的情況。

例如，心臟是維繫生命的重要器官，對於心臟侵襲的情況，由於該等重大的結果或是高風險，就會被認定為屬於重大的侵入性治療行為。內視

<sup>74</sup> 田山輝明，註 40 書，頁 173 以下。

<sup>75</sup> 田山輝明，註 40 書，頁 173。

鏡胃造瘻手術也是同樣的，頻繁的衍生抵抗病人的固定被視為必要的情況，特別是當病人是在高齡的情況下，讓其回復到自然的攝取營養的狀態是非常困難的情況下，基於這項理由，也包含於所謂的重大的侵襲治療等類型。另外，其他如四肢的切斷，化學放射療法以及伴隨著激烈的痛苦等治療，也被認為是重大的侵襲<sup>76</sup>。

上述的重大侵襲情況，醫師只採納代理人同意是不能實施醫療行為的。除了要有代理人同意外，主治醫師以外第三方的客觀意見，諸如，其他專業醫師的診斷書或是法院的許可則被認為是必要的。所謂治療以外醫師的診斷書是指，於診斷書中必須證明，病人欠缺認識能力與判斷能力，以及治療對本人的利益有貢獻與幫助。此外，代理人無法提出診斷書的情況下，這項同意就需得到法院許可。話雖如此，基於不花費費用等理由，也有代理人一開始就請求法院許可的情況<sup>77</sup>。

## 二、緊急情況

至於如果面臨緊急情況，代理人的代為承諾以及法院的許可都不是必要的。所謂的緊急情況是指，等待代理人同意或是法院許可的期間，將導致病人的生命危險，或是對於身體健康將會造成嚴重危害等情況。此外，如果緊急情況，代理人的拒絕，將任命他人為代理人時必須要花費時間的情況（通常需要兩周），或是本人因激烈疼痛，直接給予鎮定劑或是投與必要的藥物等，也被歸類於緊急情況。對於這樣的情況，治療是在沒有本人、代理人以及法院的許可情況下所實施<sup>78</sup>。

## 第二目 老年照顧代理權

藉由老年照顧代理權的指定，特別是關於健康事務等委託於老年照顧代理人的情況是有可能的。通常，伴隨著身體的完整性或是人格的重大侵害或是持續性的侵害（澳大利亞一般民法典 283 條 2 項）的治療行為的同意，由於也包含於老年照顧代理權（因重大事務的老齡照顧代理權），依據

<sup>76</sup> 青木仁美，註 74 文，頁 56 以下。

<sup>77</sup> 青木仁美，註 74 文，頁 56-57。

<sup>78</sup> 田山輝明，註 40 書，頁 177。

澳大利亞的法律規定，特別的方式規定是必要的。

例如，提供書面且適當的法律教示的法院，在公證人或是律師的面前來做成。這些要件都滿足的情況，代理人或是照顧人，特別是對於本人認識能力與判斷能力或是同意能力，即使於喪失之後，對於醫療處置的同意或是拒絕或示同意後撤回等表示有所權利。透過對於重要事務有關的老年照顧代理權，在概括性的全部情況當中，能夠單由該代理人即能做出決定。從而，縱然涉及末期醫療等決定，也沒必要尋求第二位醫師的診斷書或法院許可<sup>79</sup>。

### 第三目 近親醫療代理權

依據 2006 年民法典的改正，將同屬於新創制度的近親代理制度規範於民法中。這項制度是指，本人沒有判斷能力後，針對特定範圍的親屬，依據法律自動就有能行使關於病人一定事務範圍的代理權之制度。但顯然從德國立法經驗可知，對此明顯採取保守的態度，主要是會擔憂權利濫用的風險。但就目前為止，澳大利亞針對這項制度的實施，並未發現有任何不良的經驗出現<sup>80</sup>。

透過這項制度的導入，試圖強化家族間的聯繫，以及減輕對於代理權所伴隨的經濟負擔。本制度中，作為代理人者可為雙親、成年子女、配偶、與配偶等同視之的登錄伴侶等共同生活者（澳大利亞民法第 284 條 C 第 1 項）。對於配偶者，只有在與本人共同居住的情況，才會衍生出代理權限。同居的一方，必須已經與本人至少生活三年期間，並且共同負擔家計的情況下認定具有代理權。

所謂的代理權，由於成年者有心理或是精神上的疾病，早就沒有日常處理法律行為的能力，以及被認定因年齡、疾病、障害或是貧困等原因，自己無法嘗試的來主張自己的請求權等情況（澳大利亞民法 284 條 b 第 1 項），這樣的內容作為代理一部分之近期醫療代理權就被規定在條文當中<sup>81</sup>。

依據澳大利亞民法第 284 條 b 第 3 項規定，近親代理權是在通常性、

<sup>79</sup> 田山輝明，註 40 書，頁 95-96。

<sup>80</sup> 青木仁美，註 74 文，頁 82 以下。

<sup>81</sup> 青木仁美，註 74 文，頁 82-83。

治療是不會伴隨對身體完整性或人格重大的侵害或是持續侵害等通常不會留下後遺症的範圍內，並且需被代理人對於必要的認識能力和判斷能力不足的情況下，也包含有權代理關於治療行為的同意事項。

基於同項規定，本人對於沒有與同意有關的認識能力與判斷能力的情況下，限於治療不會對於身體或人格衍生重大侵的情況，親族能有治療的同意權或是拒絕權。如果治療的侵襲結果重大，只有代理人或是老年照顧代理人能夠代為同意。也就是說，如果沒有老年照顧代理權的話，對於重大侵入性醫療的代理同意，包含家人，任何人都不能不任命為代理人<sup>82</sup>。

## 第二項 刑法推測承諾的理論與運用

從上述可知，病人本人無法對於治療行為進行同意時，他人被認為可以代為針對侵襲性治療行為代為同意，此點已經各國非常明確的共識。但是，有關於這項同意的內涵，尤其是在侵襲性治療行為中，在刑法評價上，如何能取得正當化的基礎？這項基礎的法理或根據何在？這也成為一個很重要的問題。

自始以來，醫療侵襲行為之際，要求病人同意的原因，主要是對病人自主決定權的尊重。在無法得到病人本人同意的情況下，而是在得到他人同意後所實施的侵襲性治療行為，關於該行為的正當化基礎，就有必要從刑法的觀點，嘗試重新思考與審酌。

例如，緊急送入醫院的病人，在具有緊急處置必要的情況下，醫師理所當然無法得到病人同意的同時，也無法得到代理人同意的情況下，對病人的身體附加侵入性的治療處置等，在這樣的案例中，該當構成要件的實施治療行為的醫師，是在符合何種根據或要求下，得以阻卻醫師的刑事責任？普遍來說，所謂「推測承諾」法理的運用是一般認為得以阻卻違法的依據。以下將針對「推測承諾」與圍繞於該項法理的議論進行說明與介紹。

---

<sup>82</sup> 青木仁美，註74文，頁84。

## 第一款 從刑法規範界定第三人同意的本質

臨床上，病人如果欠缺同意能力，通常醫師都會尋求家屬的意見，並取得其同意。但實際來說，各國於民法規定中，對於未成年人或精神障礙等無同意能力者，由於都具有親權者或監護人等之法定代理人制度等規定，自然者，似乎就將此機制直接沿用於醫療行為的處理模式上。

但是，有疑問的者是，民法代理機制一般是為了協助當事人維持日常生活之所需的各項法律行為，如締結買賣契約，但醫療行為如果直接涉及到人的生命、身體的侵害，是否也能採用取民法上的代理人制度作為第三人同意的具體內涵？本文以下將依序分析說明之。

### 第一目 非屬純粹的民事代理制度

如同前述各國對於醫療行為代為同意法律規範之探討，除英國是制定特別法外，如德國、澳大利亞、日本等各國都是直接寫於其民法典中，但從其規範內容可知，所謂的替代病人實施醫療同意權，雖然可能應制度不同，有所謂的監護人、親權人或醫療代理人等之規定，但如果涉及到侵入性的治療行為，也並非全然就是由這些人來決定。

例如，在德國，有關於醫療行為的實施與否，如果當該行為存在一定風險的情況（侵入性醫療），照顧人（任意代理人）和主治醫師的看法產生衝突時，就須得到法院的同意為必要。而從日本的法規範也並未考量應當賦予成年監護人具有完全的醫療同意權之立場可知，這些法規範的設計，背後依然具有刑法法益保護的精神。

例如，無論是家人或監護人等，是否能為病人利益考慮、是否能確實傳達病人事先已經確認的想法與願望，個案當中若有其他人表示自己更能貼近病人的意願時，甚至再加上醫師專業判斷等的加入，此時又該由誰來維護病人的生命或身體利益？雖然個案中要找的妥當的第三人可能會耗費很大的社會成本，但為求病人人格尊嚴與權益的保障，應有必要審慎思考，從刑法規範觀點來建構第三人同意機制的內涵，方有妥當性與合理性。

## 第二目 應從刑法保護法益的觀點思考

欠缺同意能者的情況，可能是未成年者、達到成年人年齡但因精神障礙等原因導致對於自己身體有關之事項欠缺判斷能力者，或是暫時性意識不明等情況。但是，根據前文所述，治療行為對於病人的同意能力來說，是與民法上的行為能力不同。侵入性醫療行為的同意，是對自己身體、生命或是健康人格法益等進行直接聯繫的判斷。

因此，如同前文關於日本裁判例的說明，有關於侵入性治療之判斷，主張應採取盡可能尊重病人意思的態度。也就是說，當病人對於自己的身體狀況、醫療行為的意義、內容，以及所伴隨風險的程度等有能力理解與認識時，醫師就須取得本人承諾。

縱然是精神障礙或未成年者，依然需要獲得本人同意。雖然這樣的見解似乎受到了廣泛支持。但是，當病人欠缺同意能力時，又必須得到誰的同意？親屬、關係人與醫師等病人以外之第三人，其同意的效力於刑法學理上應當如何理解？以下將進一步從刑法推測承諾的法理來說明之。

### 第二款 刑法推測承諾的操作

如同上述，純粹依循民事代理制度，對於病人的自主決定權而言，本身就不會是一個最佳的選擇。但實際上思考代理的方式與設計，應該要從刑法法益保護與公共利益等角度來處理，畢竟醫療行為並非純粹的契約關係，當中蘊含的給付目的，是以非財產的權益保護與侵害，人的身體與生命無法純粹由私法自治或契約自由等思考。

相對的，從公益的觀點，醫師執行醫療業務涉及到的則是人的生存與尊嚴，某程度上除了要保有個人的自主空間外，也必然要思考醫師的任務本身尚有額外的公益價值，是故，病人無法同意時，第三人為何能有同意的權限，以下將進一步從刑法推測承諾的法理來說明。

在刑法領域中，對於具備辨識能力與判斷能力的病人，其治療行為，原則上須有本人同意為必要，例外得有第三人同意。關於此項法體系的構

成，大致上分有三種說法，分別是：1 第三人是代位病人，直接行使同意權；2.第三人同意僅具有推定本人意思的功能，作為評估本人真意的判斷資料之一；3.承認法定代理人等為保障病人，得具有獨立決定的見解<sup>83</sup>。

就上三種說法，一般都會認為採取第二說來理解會較為妥當，也就是所謂推測承諾的法理精神。換言之，當病人陷入意識不明的狀態，無法同意的情況下，能夠援用推測承諾探詢最可能貼近本人意思的決定，不能直接以家族同意視為病人同意。

相對者，如果病人是未成年或更小的孩童，情況就會比較複雜，因法定代理人在法規範的權源上，普遍被認為具有十分強烈的正當性，但是否法定代理人會確切推測子女的向法，加上子女年幼無法表達自己意願的前提下，這項疑慮可能會更加的深切。以下進一步就其內涵之法理與意義說明之。

## 第一目 「推測承諾」的法理與其意義

「推測承諾」是指，欠缺被害人現實上的同意，但假定被害人如果知悉該項事實，也會對行為表示同意的情況下，依照推測者指示的不法行為，就能阻卻違法。這是源自於德國學者 Metzger 所提倡理論，此議論歷史悠久，直到現今，伴隨著被害人承諾的概念，同樣被視為超法規阻卻違法事由之一，廣泛到受到學說或是判例的認同<sup>84</sup>。

在具體案例中，關於推測承諾法理的適用，例如，鄰居不在家時，其水管破裂，因為不久後會隨時會有淹水的可能性，於是就越過鄰居家的圍牆並穿過庭院侵入家中將水管的水栓關閉。如果未得居住權人同意而侵入他人住居的行為，能夠承認是一種已有推測承諾的情況<sup>85</sup>。

根據這項法理導入成為超法規阻卻違法事由的，必須建立在法益主體（被害人）的推定意思，也就是「如果被害人已經認識了全部事實的話，

<sup>83</sup> 須之內克彥，刑法における被害者の同意，成文堂，2004年3月，頁94以下。

<sup>84</sup> 山口厚，刑法總論，有斐閣，2016年3月，頁151以下；齊藤誠二，医事刑法の基礎理論，多賀出版，1997年2月，頁40。

<sup>85</sup> 松宮孝明，ハイブリッド刑法總論，法律文化社，2015年5月，頁195以下。

是否會同意行為者的行為，對於此項內容進行機率高低的判斷<sup>86</sup>」。在臨床醫療的情況中，普遍認為也能運用推測承諾這項法理。例如，病人欠缺治療行為的同意能力時，或病人陷入昏迷但有必要進行緊急治療時等情況，醫師可以在無法得到病人同意的情況下實施侵入性治療行為，侵害結果則可藉由推測承諾理論的運用，推測病人如能充分得知當下的醫療資訊，必然也會承諾這項醫療侵襲所帶來的身體侵害。

但是，推測承諾應該被理解為一種欠缺現實同意下的補充機制。也就是說，必須是當現實上無法得到病人本人同意的情況下（補充性）<sup>87</sup>，才能認可這項法理導入成為正當化的事由。主要的理由是「基於法益主體自主決定權的保障，是否應該透過他人來干涉法益主體的權益領域，在仍有可能尋得法益主體意願的情況下，就不能貿然推測與法益主體現實意思不符的決定。」

例如，對於失去意識的病人所預計實施的醫療行為，即使是推遲等待病人回復意識，也不會有影響病人生命或健康等延誤治療的風險，此刻就應等待病人意識回復來確認病人的意思，而非使用推測承諾來逕自實施醫療行為<sup>88</sup>。

目前，當病人欠缺現實承諾可能性的情況下，將推測承諾的法理導入，成為侵入性醫療的正當化基礎，此項看法幾乎已經沒有特別爭議。但是，關於該項推測承諾的法理，是否就能獨立視為一種阻卻違法事由，似乎還未看到一致的見解。不過，對於欠缺同意能力的病人來說，對於醫師實施的侵入性治療，運用推測承諾來探究其正當化基礎是非常有效益的思考模式，以下將先就德國實務針對推測承諾的運用進行整理與說明。

## 第二目 補充性原則的實務運用

嘗試談到推測承諾法理的裁判例中，在無法得到病人本人實際同意的情況下，是否能夠直接透過推測承諾的法理來取得阻卻違法的判斷，關於

<sup>86</sup> 齊藤誠二，註 85 書，頁 33 以下。

<sup>87</sup> 川原広美，推定の同意に関する一試論，刑法雜誌 25 卷 1 号，1982 年 10 月，頁 79 頁以下；町野朔，治療行為における患者の意思（二），上智法学論集 24 卷 2 号，1980 年 2 月，頁 92 以下。

<sup>88</sup> 田坂晶，刑法における同意能力を有さない患者への治療行為に対する同意の意義，島大法学第 55 卷第 2 号，2011 年 8 月，頁 29-30。

個案中是否需有「補充性」為前提，成為了探討焦點。例如，曾有判決明確表示<sup>89</sup>，「只有當無法取得病人本人同意的情況下，或是在有緊急狀態的情況下」才有承認得以運用推測承諾阻卻違法的餘地，並且在治療行為開始前，如果已向病人本人告知病情等事項，如果醫師有可能得到病人同意，醫師就有義務取得病人同意。以下進一步嘗試透過幾個裁判的觀察來說明補充性的內容。

首先，臨床上如果無法得到病人同意的情況，如在醫師手術執行過程中，面臨手術的範圍和手術內容急遽變更與是否具有當下持續實施必要性的案例，就是一個值得探討的問題。

例如，在德國 1957 年曾發生的子宮肌瘤事件，醫師取得病人同意後為其實施子宮肌瘤摘除手術，手術中發現肌瘤深入沾黏已擴及全部的子宮範圍。醫師當下並未先行縫合，針對其他範圍的手術，再一次取得病人同意，而是在同一項手術程序中，直接摘除病人全部子宮。由於醫師的手術已經完全超出原來取得病人同意的意思範圍，超出的範圍則是屬於醫師個人基於專業裁量所增加的額外損害。醫師未經病人同意所擴張的手術範圍，醫師是否能夠阻卻不法，即為本案爭點<sup>90</sup>。

原審法院認為，本案的具體事實關係是，如果病人知悉現實情況，即使對於醫師擴大手術的實施，也能斷定病人必然會同意，而對於這項擴大變更範圍的手術內容，雖然沒有得到病人重新的同意後才再行實施手術，但依然得以否定醫師具有刑事責任。

但是，本案上訴之聯邦最高法院則根據以下理由廢棄了原審判決。最高法院認為，相較於透過摘除全部子宮的方式來切除腫瘤，醫師也應當一併考量病人可能會有一方面承受腫瘤在體內的風險，同時也有希望能夠留下子宮等想法或意願。從而，擴大手術實施範圍的可能性，如果沒有預先告知病人，醫師應應當具有過失。

直到 1960 年，本案經再上訴至聯邦最高法院。該院最後否定的醫師的過失責任。主要的原因是，縱然醫師事前告知有手術擴大的可能性，但合理的相信病人事先能否同意是可以被推估出來的，因此法院認定得以行使推測承諾的法理，即使醫師是變更手術範圍的侵襲性行為也會被視為合法

<sup>89</sup> 武藤真朗，醫師の説明義務と患者の承諾—『仮定の承諾』序説，東洋法學 49 卷 2 号，2006 年 3 月，頁 6 以下。

<sup>90</sup> 以下判決內容整理自：田坂晶，註 89 文，頁 32-34。

正當的。

詳言之，本案醫師確實未在事先對病人告知手術可能會有擴大範圍的可能性，但因為能夠假定先將病人傷口縫合後，再向病人說明擴大手術的必要性，也能推測該名病人必然會同意摘除全部子宮的手術。因此，本案法院肯定得以運用推測承諾，針對手術內容的擴大與變更，即使未向病人重新說明並取得同意，也不能認為醫師有所疏失。

再者，在 1976 年的鼓室成形手術判決中，醫師在沒有得到病人同意擴大了手術實施範圍，儘管該項手術的變更是醫師事先無法預見的情況，但判決卻認定這是一項專斷醫療行為，不得免除其刑事責任<sup>91</sup>。本案的事實是，醫師為了追蹤病人聽覺功能降低的原因，取得病人同意，切開其右中耳來觀察與評估病人回復聽力的可能性。

當手術實施時，醫師已經將侵入手術的方式與經過等向病人詳細說明，但未說明手術侵襲所伴隨的特殊風險與可能無法防止病情惡化等疑慮。在此狀況下，醫師運用局部麻醉來實施手術。由於手術過程不慎切斷了病人顏面神經，造成病人顏面麻痺等後遺症。

聯邦法院認為，當自手術中面臨新危險的醫師，沒有向病人為何必須繼續進行手術的原因，並且取得病人的有效同意。因而，當病人沒有遭受生命或重大身體健康等危險等之前提下，如果經判斷能夠中斷手術，此時，醫師就必須要中斷手術，並且再次取得病人新的同意方為適法。本案中，由於中斷手術不會造成病人危險，而醫師具有重新進行說明並取得病人同意的可能性，

是以，儘管只有些微可能性，但關於是否會引發病人相較於先前手術更大的危險此事項，本案醫師沒有讓病人有機會來進行評估與決策，就此點而言，應當追究醫師不法的責任。從本案法院見解可知，第三人同意，也就是發動所謂推測承諾的時機，必須建立在補充性的前提下，換言之，如果醫師依然有機會得透過各種方式手段或單純等待來向病人說明並取得同意，這項醫療決策就不能交由病人以外之第三人來代為推測，此處的第三人自然也包含醫師本人在內。

---

<sup>91</sup> 田坂晶，註 89 文，頁 33-34 以下。

### 第三款 推測承諾得阻卻違法的學理依據

刑法雖然普遍認為推測承諾得以阻卻違法，但這項效力本身的原理與根據為何，學說上依然有不同的看法。關於推測承諾阻卻違法的根據，原本見解的主張是 1.從被害人的自己決定權保護的觀點來看，被理解為與被害人現實上承諾類似的情況之見解；2.類似於緊急避難為理解之前提，置保護被害人客觀利益之保護為重點之見解；3.賦予基於容許風險正當化事由之位置之見解等，大致能夠區別為三項不同的看法<sup>92</sup>。

#### 第一目 被害人同意

本說認為，推測承諾被認定為被害人現實同意其中一種類型。所謂的推測承諾是在假定被害人對於事情的態勢能夠完全認識與理解的前提下，對於該具體不法侵害行為也會同意的客觀立場來進行蓋然性的判斷。由於推測者縱然是基於理性客觀的合理判斷，但本說實際所偏重的並非推測者應該採取何種行動，而是被害人對於整體事件的態勢，如果能有完全認識，是否會同意的判斷才是最重要的<sup>93</sup>。

更進一步來說，如果基於合理一般人的基準來判斷本人是否同意，如果沒有與本人現實同意一致，事後一旦經過確認，就不能夠阻卻違法。關於這點也有批判的聲音。畢竟，基於補充性原則下，當行為人面臨不得已的情境，必須合理推測被害人意願方能保全其利益時，要求行為人必須探詢該推測是否符合本人之真實意願，某程度上是一種緣木求魚，偏離現實的理想性思維<sup>94</sup>。

此外，基於病人真意不明等原因，醫師遵從合理一般人標準判斷下所實施的醫療行為，之後如果真的確認了這項治療內容與病人真意偏離，並且有明確的證據能夠證明此情況時，可能就會推導出醫師無法主張推測承諾而成立犯罪的可能性，學說上也有批判認為對於醫師而言，可能附加了

<sup>92</sup> 田坂晶，註 89 文，頁 35 以下。

<sup>93</sup> 本說也可稱為「本人意思重視說」，是站在結果無價值的立場，強調具體被害人意思的推定，等同要求推測承諾必須是本人承諾的一種延長。參照：松宮孝明，註 86 書，頁 188-189 以下。

<sup>94</sup> 前田雅英，刑法總論講義，東京大學出版會，2015 年 2 月，頁 246 以下。

過於承重的責任。

## 第二目 緊急避難

也有強調必須從客觀、合理性等標準來建構推測承諾得以阻卻違法的依據，也就是將推測承諾視為一種緊急避難的原型<sup>95</sup>。本說主張，即使有法益的侵害，相較於該等侵害，為了保護更大的利益，而不得已給予額外的侵害時，自得視為緊急避難來阻卻違法。從這項主張為開展，所謂透過推測被害者的意願，認定有阻卻違法的可能性，是因為這樣的結果有助於保全被害人本身的利益，而從客觀上來判斷的話，就是一種期待被害人能夠同意的情況。關於這項見解，也有遭致一些批判。

首先，無論是推測承諾的本質或構造，與緊急避難間應該有很大的差異。所謂的緊急避難，所思考的是法益價值、利益、義務等事項，並且須從客觀的角度來進行考量權衡為必要，而非針對法益主體本身意思之推測來做考慮。相對來說，推測承諾的理念與目的在於，同意本身，並非判斷是否在客觀上有正確的選擇適當的手段與維護優越的利益等，推測承諾所關心的是重點是，法益主體如果對於個案狀況有正確認識的話，是否會對將會侵害到自身利益的行為表示同意<sup>96</sup>。

如果推測承諾的法理是根據客觀情狀來判斷的話，即使不是法益主體主觀所欲保全或追求的利益，依然可以基於理性正當根據等原因被評價為正當進而阻卻違法。是以，重視合理一般人立場的緊急避難說與重視法益主體個人立場的推測承諾，兩者應非相同。從而，如將緊急避難作為推測承諾阻卻違法的根據，基於自主決定權的尊重來說，很難說不會有困難之處<sup>97</sup>。

<sup>95</sup> 齊藤誠二，註85書，頁42。

<sup>96</sup> 齊藤誠二，註85書，頁43。

<sup>97</sup> 齊藤誠二，註85書，頁43-44。

### 第三目 容許風險

最後，有主張將推測承諾的性質類比於容許風險<sup>98</sup>。容許風險的基本想法是，如果社會禁止所有的利益侵害或危及法益的舉止，將會大大的阻礙社會創造利益與追求進步的可能性。對於可能引發風險但卻能為這社會帶來極高效益的活動，只要法規預先進行風險控管的要求，如果基於該項規範行動而依然造成了損害時，這項風險的實現就會受到容忍，不會過問其刑事責任。將此概念視為推測承諾得以阻卻違法根據的見解，主要的想法是，推測承諾與現實同意不同之處在於，對於具有不法構成要件該當性的侵入性醫療行為，推測承諾必須以本人真摯意思為依歸，判斷該行為有多大的機率得與本人的意願契合。

不同於上述緊急避難的主張，容許風險說基於自主決定權的尊重，行為是否得以阻卻違法依然需要回到本人意思的假定。換言之，容許風險說認為，對於如果本人充分認識個案情況，是否會同意該項治療的蓋然性判斷是非常重要的。但是，推測承諾畢竟依然是來自未知本人意願為前提的一種高或然率的推測，必定會有與現實病人意思相互矛盾的危險性。

從而，推測承諾的正當化事由，並非類似於受害者現實同意或緊急避難等，而是基於容許風險的說法，對於事後當事人主張不願認同這項推測符合其意願時，恰好可以適切的說明行為人依然得以阻卻違法的依據。例如，假若需要推測病人意願的情況下，當醫師履行了所有醫療上的注意義務，並且判斷病人應有極高的機率會同意此項手術時，縱然事後手術的結果不被病人認同，甚至主張醫師違反其意願，但基於容許風險的理念，病人不同意手術的這項風險，應當受到社會所容許<sup>99</sup>。

對於本項說法也有一些批判聲音<sup>100</sup>。例如，所謂的容許風險本來是在行為能夠創造社會效益的前提下，在一定的範圍內來容許該行為同時導致侵害的理論。而能夠被視為具有社會效益的行為與能夠受到容許的原因，是基於利益衡量後而賦予其正當化的意義。而相較之下，推測承諾的法理中，行為對於社會而言是否有效，應非問題之所在，正確來說，行為對於

<sup>98</sup> 山口厚，註 85 書，頁 168 以下。

<sup>99</sup> 齊藤誠二，註 85 書，頁 44。

<sup>100</sup> 山口厚，註 85 書，頁 169 以下。

該項法益主體而言是否有所效益，才是主要的問題。

基於此項思維，容許風險自始就不是以個人自主決定權的保障作為正當化的根據。此外，關於容許風險的另一個根本性的問題是，在客觀歸責理論的發展下，是否依然屬於違法性層次概念，也有受到質疑的聲音，換言之，行為人事前是否有盡到注意義務，是否為容許風險，不應是違法性階段需要考慮的要素。

### 第三項 本文看法—理性醫師的客觀利益擔保說

#### 第一款 代行同意的三階段判斷

關於具有侵襲性的醫療行為，縱然是日本的成年監護制度，由於主要針對私法行為來設計，立法上自始並未考量醫療侵襲性行為的情況，而否定了監護人能擁有醫療的同意權限。

但是，根據上述多數學者主張，依據民法 858 條規定：「成年監護人是實施關於成年被監護人的生活、療養看護等有關之事務」的解釋，監護人對於手術等醫療侵襲性行為之意思決定事項，應有預先考量的餘地。

假如對於所有具侵入性醫療行為，都不容許第三人代為同意，當病人欠缺同意能力或無法同意時，醫師究竟能否實施治療行為？該如何選擇治療方法？這些判斷如果直接委由醫師裁量決定，承認身為醫療專業人士的醫師裁量，恐怕將會過於廣泛的承認醫師的裁量權限，一味地擴張醫師專斷特權，也會欠缺對於病人自主決定權的充分尊重。

此外，如果直接交由醫師決定，可能會讓醫師承擔醫療外過於重大的責任，醫師的專業裁量權和病人的自主決定權的尊重，兩者的平衡就會形成一個很重要的問題。畢竟，侵入性治療行為同時也會涉及病人身體、生命等重要的價值決定，就是一身專屬事項，與代理本身就是兩相矛盾的。

但是，當病人欠缺同意能力時，必須尋求能夠判斷病人最善利益之人，並且透過該者意見，就能與病人自主決定權的保障與尊重牽連在一起。因此，就目前通說看法，普遍認為必須使用推測承諾來確保病人的主體性地

位。關於推測承諾的運用，基於補充性原則的要求，應當需有三個層次的思考。

**第一階段：**短暫陷入欠缺同意能力狀態的病人，基於補充性原則的要求，凡是醫師得以等待或透過其他方式協助病人進行決策，依然需以本人同意為合法化依據，不得運用第三人推測承諾之法理阻卻違法。

**第二階段：**當本人欠缺同意能力，且短時間或終期無法回復時，病人若先前已明確表達意願接受或拒絕該項治療，此時代為表達病人意願者，性質上屬於單純傳達意見的工具或信差，阻卻違法的依據是來自於病人本身之同意。

**第三階段：**當沒有上述兩種情況時，基於補充性原則的要求，方能於個案中，尋找最能適切推測病人意願的第三方角色，進而能基於推測承諾阻卻違法。其次，由於推測承諾必須從法益主體者之主觀意願來進行推估，假若個案中已經無法推測病人主觀意願時，就應當回到客觀面，進一步思考如何維護病人的「最佳治療利益」。以下針對第二階段與第三階段的內涵與基準，本文有進一步的說明。

## 第二款 代行同意的合理判斷與基準

實際的臨床醫療現場，未成年病人對於治療行為欠缺同意能力的情況，通常都會由親權者來代理本人為意思表示，而在此基礎上實施治療行為。但是，在法律的領域中，也能很多的見解都主張不應承認親權人對於侵襲性治療行為具有直接的代理同意權。這些主張的背景中，是將**締結醫療契約與對侵襲性治療同意是嚴加區別的現狀**。

締結醫療契約是法律行為，因為和代理有緊密的性質，成年監護人與親權者等身為法定代理人被解釋為能夠代理病人締結契約。但對於侵入性治療行為進行同意，並非是法律行為，而且因為具有一身專屬性質，應該被視為僅限於具有判斷能力的病人實施。從而，成年監護人或親權者雖能替代本人締結醫療契約，但有導出了就侵入性治療行為不得代為同意的結論。關於這項見解以下再作進一步的說明。

首先，關於家人作為醫療行為同意的第三人，如果血緣關係相近，但

實際關係相當疏遠的親屬，是否能夠當作病人利益的最佳代言人？如民法中規定的配偶，六親等內之血親或是三親等內之姻親，這當中也包含了平日生活可能完全沒有往來的血親或姻親。在沒有近親者的情況下，讓遠親作為侵入性治療行為的同意第三人是否合適？不無疑問。相反的，病人的配偶或子女等，即使與病人本人有非常親近的血緣關係，也有可能會有未必為適當代理者的情況。例如，病人本人與家人間有利害關係的情況。

由於第三人如果與病人本人關係淡薄的這樣之情況下，對於病人本人目前的生活狀況，思想信念等全然未知，此時自然能以期待其能為病人的治療決策做出適當判斷。這問題也在成年監護制度的案例上浮現。例如，沒有血緣關係的第三者被任命為成年監護人的情況，也要預先設定該監護人其實沒有辦法確實理解病人本人想法、人格特質以及圍繞於病人四周的狀況等情況。

誠然，在臨床醫療中，要求病人同意主要的原因正是考量對於病人自主決定權的尊重。所謂病人本人的意思，不僅僅是在病人對於治療行為具有同意能力的情况，即使當病人本人欠缺同意能力時仍應盡最大的努力來尊重。如果病人和長年共同生活感情和睦的配偶，有關於病人的個性與對醫療的意願等，往往都能透過該者推斷，並能充分的尊重病人自主決定權。但必須留意的是，允許配偶等實施病人第三人同意權限的原因是，配偶本身是病人意志的載體，實際上是病人實踐醫療自主決定權的工具。

此外，病人不具同意能力的情况下，身旁也沒有家人時，例如，病人在意識不明的狀態下被送來病院之後，如果沒有等待家人或代理者到場同意，醫師就逕行實施侵入性醫療行為，如果認為醫師必須要負擔刑事責任，等同是將病人近親或成年監護人等第三人的同意視為侵入性醫療行為的刑事正當化要件之一，本文認為並非妥當。進一步來說，縱然沒有根據家屬或代理人等實的同意，但醫師如果能透過各種情況來來推測病人的意思，或是緊急情況下不得已實施侵入性治療行為，依然有必要肯定醫師專斷醫療的合法性，以下將以重症新生兒的情況為例，具體說明如下。

### 第三款 無法推測本人意願時的判斷

如同前述，重症新生兒的醫療決定非常的特殊，當中涉及到醫師、父母與病人本人的三方關係。共同點是沒有人能推測新生兒病人的主觀意願。

換言之，新生兒的醫療決定終究屬於一種無法作為「病人自主決定承載工具」的第三人代行同意，而此人的身分為何？法理上有何理由得以支持第三人能直接為新生兒進行醫療決策？簡單來說，如同沒有家人或是家屬眾多形成衝突的局面時，究竟應由誰來為新生兒病人進行決定？

從刑法的觀點思考，關於重症新生兒的醫療決定，由於新生兒必然沒有自主決定的可能性，同時也沒有任何人能理解新生兒主觀上的真摯意願（與成年病人可能有家人或配偶事先知悉病人對於醫療決策的看法與意願等情況有所不同），因此個案中如果對於重症新生兒實施各項的侵入性治療，該如何賦予該行為的刑事正當化基礎，本文認為應當回到醫療裁量的處理來思考。

所的醫療專業裁量（使用專斷醫療用語往往比較傾向於探討醫師侵害病人自主決定權等負面情況）。這項概念是指，違反病人意願，或是在沒有取得病人同意的情況下，實施基於醫學適應性與技術正當性所為之醫療行為，近代隨著病人自主決定權的發展，刑事法上越來越多學說上主張，原則若未經過病人同意的醫療行為，將視情況成立傷害或重傷罪等罪名，相對者，醫療裁量如果是基於特殊情況，如為緊急狀況下，不治療恐危及病人生命，或是病人無法保有理性的判斷能力時，醫師的專斷可能得以阻卻違法，而阻卻違法的依據為何，普遍認為是來自於醫師的專業推測，或是一種緊急避難。

必須留意的是，無論是基於醫師的推測或是純粹由第三人的觀點來進行優越利益等衡量，醫療裁量的合法化前提須建立在沒有任何人（包括醫師本人）能知悉或推估病人的主觀意願。例如，假若病曾有向醫師說明其醫療決定，而在昏迷後，如果當下有兩種醫療選項 A 及 B，A 方案的治療效益較 B 高，但病人於昏迷前所期盼的是 B 方案。此時，由於醫師明確清楚病人的主觀意願，如果依然逕自選擇效益高的 A 方案，此時就不能仰賴緊急避難的法理來阻卻違法性。因為，此刻醫師某程度上已經成為病人真摯意願的承載體，這也可以說是一種病人自主決定權的具體展現（第一階段的情況）。

因此，刑法上的推測承諾既然是針對個人主觀上的最佳利益來做推測，本身所推測導出的決定，應當就要依循病人主觀上的想法為脈絡。例如，病人曾經告知護理師或身旁友人，希望可以安然離世。當病人事後陷入昏迷時，醫師應當得以此為據，推測病人不願接受 CPR 或人工維生設備等處

置。然而，較具爭議的問題是，關於重症新生兒的醫療決策，傳統學說上認為，醫師裁量權必須建立在任何人都無法推測病童的主觀利益時，方能透過緊急避難等理念作為專斷醫療的合法化事由，也就是所謂的補充性原則的展現。一旦有父母等法定代理人之存在，醫師就難以逾越父母權限逕自實施理性的醫療行為。

不過，本文認為，在法定代理人等人士在場時，並非能直觀的認為該者必然能為病人的最佳利益來做打算。從推測承諾的法理觀之，必須要在客觀上有具體事證能夠得知病人可能會做出同樣的決定，否則，依然只能回歸理性客觀來判斷何項作為最能符合病人最佳利益。是以，假若父母等法定代理人無法推測時，其決定依然需要基於理性醫師的標準為之，亦即，如果該決定違反的醫療常規，甚至不願醫師積極治療，此時如果醫師逕行實施醫療手術，該專斷醫療行為的違法性就能透過緊急避難等法理來阻卻違法。

綜上，在新生兒醫療決策的問題上，最基本的思維應是，醫師如果逕行實施侵入性的手術或其他類似處置，如果從緊急避難的法理來談，這就一種單純客觀利益的權衡，基於醫學的適應性與技術正當性所作之決定。

進一步來說，本人的最佳利益，在無法重病人本人意思主觀基準的可能性時，基於醫療的公益性，到了專斷醫療的層次上，病人的最善利益就變成一種客觀化的價值秩序，此時，法院、社工或醫師、家人等都有可能成為決策者之一。政如同上述關於新生兒的治療決策，臨床上都希望透過各項努力與家屬對話、溝通和協調，在生命上有延續可能性時，基於醫學專業來確保新生兒的最佳利益。

在日本也曾有主張多職務的倫理性檢討必要性，為了能考量任何與病人最佳利益有關的事項，反覆持續對於保健醫療福祉服務的專門團隊之協商是非常重要的。

病人如果事前未表明意思，家族和保健醫療福祉服務專門團隊中，即使是有充分的協商但仍然無法形成合意的情況下，應該設置複數專門家的委員會，為形成合意來努力。而從德國與澳大利亞的立法經驗可知，重大侵入性治療必須要有第三者監督機關的安全保護裝置，如家事法院和醫療關係之主管機關等來作為最終決策機構。

## 第五節 從刑法評價制約法定代理人的 權利濫用

從本章開頭的探討與介紹可知，有關於重症新生兒治療方針與決策，臨床上無論採取何項指引，後續仍須要有法令規範的配合與擔保，方能有效避免爭端。然而，從溝通決策的過程中，面對不理性的家屬堅決拒絕或持續治療時，似乎仍須從法規範的解釋或適用來尋求有效的解決之道<sup>101</sup>。

如同前述的新生兒罹患腸閉鎖的事件中，醫院為了避免醫師裁量會形成專斷醫療的違法風險，在未得 S 父母同意，不願逕自為其進行手術。但從刑法對於不作為犯的評價可知，醫師對病人理應具有自願承擔風險的保證人地位，凡有治療作為可能性的情況下，醫師就不能恣意的放棄治療<sup>102</sup>。假若醫師持續放任 S 病情惡化至最終死亡的「不作為」，也可能會有成立違背義務遺棄罪或不作為殺人罪等可能性。

思考可能成立遺棄致死罪與不作為殺人罪的評價理由是，一般死亡協助的案例類型中，若是依照病人本身意願，要求醫師不為延命治療，將直接解除醫師的保證人地位，任由病人安寧去世，這也是德國學理與實務的普遍見解<sup>103</sup>。然而，一開始就欠缺自主決定能力的新生兒，醫師自然無法經過其本人的囑託解除保證人地位。

因此，關於本案的主治醫師，究竟是否應當不顧父母拒絕，本於職責實施手術；抑或依循父母的意願，放棄一切仍然有效的治療作為？這個問題關鍵就在於，本案醫師究竟是否從有治療 S（病人）的義務，以及究竟在此等情況下，何者能夠替代新生兒本人來進行醫療決策？以下將會從刑法評價的角度，進一步思考重症新生兒面臨法定代理人權利濫用的情況下，

<sup>101</sup> 尤其，一旦發生醫療事故或糾紛，醫療從業人員首先擔憂者，就是承擔刑事責任追究的風險。若能藉由刑法釋義的說理，作為醫師進行醫療決策時的適法標準，為上述指引溝通無效時，消弭醫師盡職時可能遭受刑事訴追的疑慮。

<sup>102</sup> 本事件在當時的日本社會，雖然隨著新聞大肆報導受到矚目，但卻未有醫師須受刑事訴追的聲音。主要原因在於，當時日本司法實務對於醫療事故普遍是採謙抑立場，也欠缺對刑事處置前例可循，故當時並未受到司法機關重視。參照：拙文，註 4 文，頁 216 以下。

<sup>103</sup> 林東茂，死亡協助的刑法問題，高大法學論叢第 10 卷第 2 期，2015 年 3 月，頁 108 以下。

該如何透過刑法的解釋來給予其合理與充分的保障。

## 第一項 早期日本學說的論述

關於重症新生兒的治療義務與其界限，日本學說上早就持續有文獻在積極的探討。例如，對於嚴重疾病的重症，如果經過醫師判斷，延命治療也無法達到良好的效果時，由於生命象徵的不穩定，可能就會直接解除醫師的保證人地位（治療義務），換言之，縱然家屬要求繼續治療，醫師也能據此拒絕，不會形成任何刑事責任的追究<sup>104</sup>。

再者，早期對於重症新生兒，醫師是否有義務持續治療的問題上，有幾項值得注目的學說看法<sup>105</sup>。首先是從「可罰的違法性」的觀點，否定醫師終止治療的違法性<sup>106</sup>。簡單來說，就是以新生兒低弱的生命，以量化的角度將醫師的侵害違法性解釋到最低度的程度，自然欠缺刑事制裁的必要性<sup>107</sup>。學說上也曾主張，刑法應從個案中來思考終止醫療行為的刑事正當化依據。例如，早產兒如有八成的存活率，但未來可能引發很多後遺症（如視網膜剝離），如何評估，就會成為一項重要標準<sup>108</sup>。

本文認為，基於「有懷疑時生命利益必須優先」（*in dubio pro vita*）的原則下<sup>109</sup>，重症新生兒的治療或不治療本身都應回歸到刑法法益保護的觀點來思考，而此項特殊醫療決策往往相較於成年人醫療更加複雜的是，如何治療或是否治療，法定代理人的看法在其中就會顯得格外重要<sup>110</sup>。換言之，如果法定代理人非理性的拒絕子女的治療處置，在此情況下，醫師依然不得解除自己的保證人地位，依然對病人會有治療義務。而此項醫師專斷行為，自然也能透過緊急避難或業務上正當行為來阻卻違法<sup>111</sup>。

<sup>104</sup> 保条成宏、永水裕子，註 10 文，頁 42 以下。

<sup>105</sup> 以下內容主要參照：拙文，註 4 文，229-233 頁。

<sup>106</sup> 青柳文雄、安富潔編集，刑事裁判と国民性：医療編，信山社，1989 年 6 月，頁 162 以下。

<sup>107</sup> 關於可罰違法性的相關探討。參照：山口厚，註 85 書，頁 173 以下。

<sup>108</sup> 中谷瑾子，21 世紀につなぐ生命と法と倫理—生命の始期をめぐる諸問題，有斐格，1999 年 12 月，頁 134 以下。

<sup>109</sup> 參照：横浜地判，平成 17 年 3 月 25，日判夕 1185 号，114 頁。

<sup>110</sup> 例如，在上述新生兒的腸閉鎖事件中，由於當時無論學理或實務的共識是：對未成年人的醫療處置，未經父母同意的情況下，原則將被視為不適法的專斷醫療行為，若是具有侵襲性的治療手術，甚至會有成立刑法傷害罪的可能。參照：拙文，註 4 文，217 頁。

<sup>111</sup> 保条成宏，障害新生兒の生命維持治療と法：新生兒医療における権利擁護システムの構築に向けて，周産期医学 29 卷 12 号，1999 年 12 月，頁 1512-1516。

## 第二項 以治療義務有無為判斷基準

關於治療義務的有無，基本上會認為，醫療無法對病人發揮效用時，就是醫師治療義務的界限<sup>112</sup>。

進一步來說，學說上有提出進一步的具體要件，依序是：A.醫師能否診斷出瀕臨死亡時點的事實狀態；B.身體高度損傷，現代醫學已無力阻止其自然邁入死亡，或是沒有任何得以維持生命的治療手段；C.對於現有治療的中止或不介入（不作為），必須取得新生兒父母同意，醫師方得免除治療義務。符合上述三項條件後，縱然醫師的不作為導致了新生兒最終死亡的結果，也不會被追究刑事責任<sup>113</sup>。

從上述看法出不可知，關於重症新生兒的治療決策，主要可從兩大面向思考。其一，以病人（法定代理人）同意為原則；其二，純粹從治療義務的界限來做探求。本文以下將進一步從刑法評價的觀點，試圖何者數與醫療決策的最佳模式，方能維護重症新生兒醫療的最佳利益。

所謂德國法的「同意原則<sup>114</sup>」起先於德國 1894 年帝國法院的刑事判決<sup>115</sup>。依該判決確立了侵入性醫療行為，除了必然該當傷害罪的不法構成要件外，並以病人同意作為阻卻違法的要件。直到二戰後，德國聯邦最高法院持不斷的建構「同意原則」在侵入性醫療得以阻卻違法的重要地位<sup>116</sup>。

<sup>112</sup> 司法實務追究醫師中止末期病人生命的刑事責任，一再顯示了刑法本質屬於「事後介入法」的具體實踐與任務。因此，學說對於重症新生兒治療義務限度的探求，都會嘗試的來思考，如何典型的事後規制法，調整轉換為一種「事先預防新生兒權利侵害的機制」。參照：拙文，註 4 文，頁 233 以下。

<sup>113</sup> 宮野彬，患者の生命をひき延ばす問題—治療義務の限界の一側面，收於：日本医事法学会編，《医療と生命：医事法学叢書》，日本評論社，1986 年 9 月，頁 17 以下。

<sup>114</sup> 關於同意原則的內容於我國學者之論述，可參照：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 157 期，2008 年 6 月，頁 36 以下；曾淑瑜，醫師之說明義務與病人之同意，法官協會雜誌 9 卷 1 期，2007 年 6 月，頁 73 以下。

<sup>115</sup> 判決的事實背景是，有一位 7 歲女童，因腳骨折病發結核性的化膿潰瘍，女童父親卻因堅信自然療法而拒絕一切手術治療，但醫師無法放任病情惡化可能導致女童死亡的後果，不願父親堅持，分別對該女童進行兩次手術，最後一次手術則是將其腳部截肢，女童身體狀況預後良好並順利復原。當時的德國聯邦法院認為，醫療行為的實施，無論在民法或刑法領域中，都須以醫師與病人間的意思表示合致為基礎，任何情況下，是否治療，應由病人、親屬或其法定代理人的意思表示為根據，如果病人或法定代理人已經拒絕治療，就無法阻違法，詳請參照：王皇玉，刑法上的生命、死亡與醫療，承法，2011 年 12 月，頁 291 以下。

<sup>116</sup> 保条成宏，ドイツ—「治療行為制約論」と「治療義務制約論」の交錯，收於：小山剛、玉井真理子編，《子どもの医療と法》，尚学社，2012 年 3 月，頁 236 以下。

而這項見解也形成了所謂「治療行為限制論」。

簡單來說，所謂的限制是限制醫師專斷醫療的專業權限，尤其在未成年或重症新生兒的情況，醫師一旦未能取得其父母或法定代理人的同意，就等同是違反了病人本人的意願，醫師所實施的侵入性醫療行為，所帶來的傷害結果可能就會受到刑事責任的追究。這項限制本身，除了建構出刑法對於專斷醫療行為的違法性立場與態度外，也能從事前發揮制約醫師濫權的可能性。

然而，顯然的對於治療行為限制論的觀點，完全以制約醫師的角度，可能就會忽略法定代理人濫權的問題。因此，若從兒童權利保障的思考出發，強調重症新生兒的治療活動中必須有法定代理人父母的同意，自然無法妥善的迴避遭到權利濫用的風險<sup>117</sup>。而為了避免這項風險，規範評價上逐漸透過所謂的治療放棄合法說來做為主張依據<sup>118</sup>。這兩項理論的內涵為何？以下進一步說明之<sup>119</sup>。

學說上曾有主張<sup>120</sup>，醫師只有在病童沒有法定代理人在場時，基於「補充性權限<sup>121</sup>」，方能藉由緊急避難的法理來賦予其正當化之依據。換言之，採取所謂治療放棄合法說的主要理由是，為了避免法定代理人濫用權利，某程度上必須肯定醫師的專斷醫療決策權限。

換言之，縱然醫師單方面的放棄治療，也不會受到刑事處罰。這樣的思考本身是跨越了法定代理人看似合理正當的醫療決策權限，但若能深究其中的道理，其實會發現涉及病人身體或生命法益的事項，本身就具有一身專屬性，並非理所當然的就能

治療放棄合法說同時也是考量近代不斷透過過剩的延命治療來折磨病人的生命，這項反思的背後其實就是一種人性與人格尊嚴的展現<sup>122</sup>。例如，新生兒罹患極重度腦障害時，醫師應可逕自中止治療<sup>123</sup>。當德國學

<sup>117</sup> 參照：拙文，註4文，頁236以下。

<sup>118</sup> 町野朔，患者の自己決定權と法，東京大学出版會，1986年2月，頁227。

<sup>119</sup> 以下內容，主要參照：拙文，註4文，233-239頁。

<sup>120</sup> 保条成宏，註117文，頁244以下。

<sup>121</sup> 詳請參照：山中敬一，臨死介助における同一法益主体内の利益衝突について：推定の同意論および緊急避難論の序論的考察，近畿大学法学第62卷第3、4號，2015年4月，頁288以下。

<sup>122</sup> 類似看法請參照：甘添貴，刑法各論（上），三民，2014年8月，頁16以下。

<sup>123</sup> 治療放棄的指針第6項：考量醫學上預後的極限，特別是醫學治療措施將對新生兒的未來生活伴隨最重度之障礙時，醫師將有斷放棄治療的餘地。醫療後續的效果與負擔，將會凌駕於

界接受治療放棄合法說後，也曾推出了臨死介助法的具體提案<sup>124</sup>，本法案中，也明確的針對重症新生兒設定了兩項醫師應可解除治療義務的規定。首先，假設經過評估，新生兒的意識已經邁入無法回復的情況；或是當新生兒的病情已經非常貼近死亡時點時，考慮新生兒的病情或治療預後評估之效果，依據醫師裁量認定積極治療已經不再妥當時等<sup>125</sup>。

顯然可以從上述法案中的第二項條件發現，這就是典型的**未經父母或法定代理人等同意之「醫師基於治療義務的解除，片面放棄治療」**的情況，顯然這樣的思考的出發點完全是與生命絕對保護原則相異，藉此作為重症新生兒治療義務的範圍與界限，應有其參考的價值。

### 第三項 法定代理人權利濫用的制約

關於重症新生兒的醫療決策，如果依然採取治療行為制約論，強調父母決策權限範圍的無限性與絕對性，恐怕就會導致權利濫用而無否獲得有效制約與平衡的情況。因此以下本文將進一步說明，如果從限定治療義務的角度，進一步探求醫師是否有權違反父母的意願，逕自判斷重症新生兒的治療方式，追求其最佳利益<sup>126</sup>？

**治療義務限定論**，是以人性尊嚴與生命價值相互結合，在重症新生兒治療決策的情況，似乎可以推論出，具備人格尊嚴的父母決定，應當優先於尚未有人格特質的新生兒。但是這樣的思考，等同是將父母的決定直接作為新生兒的個人意志，等同將新生兒成為被動受到他人決定的工具，與人性尊嚴，以人為主體性的理念相差甚遠<sup>127</sup>。

學說上就曾有主張，病人的身體法益（客觀），應與病人本身價值觀念等主觀利益（自我決定）具有整體上密不可分的關聯性，也可以說是一種「自主決定權的融合狀態<sup>128</sup>」。畢竟，所謂的病人同意本身受到強調的背後，

---

追求治療可能性時，是否進行或嘗試治療，將是專屬於醫師倫理上的義務。參照：保条成宏，註 117 文，頁 250 以下

<sup>124</sup> 關於本案的具體內容，可參照：曾淑瑜，醫療倫理與法律 15 講，元照，2016 年 9 月，頁 200 以下。

<sup>125</sup> 保条成宏，註 117 文，頁 247 以下。

<sup>126</sup> 以下內容主要參照：拙文，註 4 文，頁 239-246。

<sup>127</sup> 本說理最大的問題在於，人都是獨立之個體，父母的人格尊嚴為何能替代作為新生兒的人格尊嚴，根本上就有其矛盾之處。參照：拙文，註 4 文，頁 242 以下。

<sup>128</sup> 林東茂，醫療上病人承諾的刑法問題，月旦法學 157 期，2008 年 6 月，頁 49；相類看法，可

正是來自於治療活動中，對於長期以來不斷塑造客觀利益優越性形象的反省，從病人自主決定權的思維出發，發現了醫療行為當中，個人主觀意志與想法和治療意象等，也應當受到法規範的保障與維護，換言之，無論是醫學適應性或技術正當性都是出自客觀利益擔保的思維模式，而針對病人自主決定權的保障，就是一種自我利益保證人的概念<sup>129</sup>，主要原因正是在於，原則只有病人自己能夠保證自己想要接受何種治療，未來要承擔何種預後的風險，這也是自我決定的主要精神。

然而，從自我利益保證的角度，一般正常的病人，凡是具有同意能力，都可以被理解為得以保證自我主觀利益的實現。但是，相對於本章所探討的特殊情境，針對的是自始欠缺同意能力的新生兒本身，無法保證自我利益的情況下，該如何透過第三方來確保該項自我利益，這也是應當透過刑法學理來做進一步的思考與探詢。

首先，針對父母本身是否得以代表新生兒成為其自我利益保證人的地位。這項思考必須先從民法上父母與子女間的親權關係為開展。實際來說，親權的本質並非來自於規範上所賦予父母的權利，反倒應當是國家強加於父母身上的義務與誡命。

換言之，親權不是代表子女必須接受父母的支配或規訓，親權應當是國家信託給父母的一種服務與必須履行的重要義務<sup>130</sup>。因此，若能從義務面來思考父母親權的本質，顯然就能排除該權利本身的天然性與神聖性，進而從理性面來檢討與思考，當親權人本身無法履行該項義務時，自然必須透過國家公權力的介入，進而維護子女個人的尊嚴與自主權利。

基於上述說法，學理上逐漸形成了稱為「親權獨立於醫療活動」的說法<sup>131</sup>。主要就是要強調親權在醫療活動中並非居於絕對不可侵犯與挑戰的

---

參照：許澤天，消極死亡協助與病人自主決定權－德國學說、立法與實務的相互影響，臺北大學法學論叢 100 期，2016 年 12 月，頁 187-188。

<sup>129</sup> 保条成宏，子どもの医療ネグレクトと一時保護による対応：刑法・民法・児童福祉法の協働による「総合的医事法」の観点に立脚して，中京法学 49 卷 3・4 合併号，2015 年 3 月，頁 285-286。

<sup>130</sup> 即使在日本，依據日本民法 820 條規定：「親權行使者，為子女之利益，擁有監護與教育之權利與義務。」故從利益的維護此角度，也能看出親權存有明確的義務面向。

<sup>131</sup> 參照：山中敬一，註 54 書，頁 164 以下。

立場<sup>132</sup>，而其正當性與法理依據則可仰賴刑法推測承諾的法理來處理<sup>133</sup>。

然而，病人同意此項要件，本來就是侵入性醫療活動得以正當化的要素之一，其所彰顯的是，基於自主決定權的實施，我們才能保障病人主觀利益，並且確認其內容與範圍，進而方能依據被害人承諾的法理阻卻違法<sup>134</sup>。而針對親權應當獨立於醫療決策的思考，其所強調的應是基於推測承諾的精神，父母本身的意志並不能全然代表新生兒病人的主觀意願，從推測承諾的操作可知，推測的內容必須符合被害人的最佳利益，除了主觀利益優先探詢與決定外，如果無法尋求病人的主觀想法，就應透過客觀利益來確認醫療決策的具體方向。

換言之，如同本章對於推測承諾法理的介紹，依序可分為，被害者同意表示的延長<sup>135</sup>，或是一種客觀可被容許風險的操作，或是以緊急避難違法理基礎等不同說法<sup>136</sup>，而援用推測承諾說者則是主張<sup>137</sup>，父母權利濫用下醫師取代父母進行決策的正當化事由應當是以容許風險的觀點來說明。由此可知，父母如果無法透過親權來替代重症新生兒權衡客觀利益的範圍與內涵，就應當視為一種權力濫用的情況，此時就應加入第三方人士，取代父母作為新生兒利益的保證人。

再者，就結論而言，強調親權獨立的立場，以及將推測承諾本身轉換為一種客觀利益擔保的思維模式，實際上就是為了在重症新生兒醫療決策權限的實施中，制定一套透過客觀利益來擔保新生兒醫療權利的規則，是以針對推測承諾的運用，反倒是直接採取客觀的優越利益擔保說，可能更加貼切本文的想法<sup>138</sup>。

綜上所述，採取客觀優越利益擔保的主要目的在於，若能將醫師等第三人視為重症新生兒的利益保證人。從治療義務限定論的觀點來看，就是在思考如何界定治療義務的範圍與界限。當然得，同樣為了避免醫師恣意

<sup>132</sup> 我國學說文獻普遍將推定同意稱為推測承諾，兩者僅為用語上的不同，概念內容並無二致，國內學者也有直接稱為推定同意者，參照：靳宗立，刑法總論 I：刑法基礎理論暨犯罪論，2010 年 9 月，自版，頁 275 以下；黃仲夫，刑法精義，犁齋社，2016 年 9 月，頁 124 以下。

<sup>133</sup> 町野朔，註 119 書，頁 231。

<sup>134</sup> 町野朔，註 119 書，頁 197。

<sup>135</sup> 學說上也有強調，推定同意是指在行為時，對於法益持有人真正主觀意思之推測，是為法益持有人之實質利益而為之行為。參照：林鈺雄，新刑法總則，自版，2018 年 9 月，頁 286 以下。

<sup>136</sup> 大塚仁，刑法概說，有斐閣，2008 年 10 月，頁 422 以下。

<sup>137</sup> 町野朔，註 119 書，頁 201。

<sup>138</sup> 保条成宏，註 131 文，頁 290。

或濫權，未來應當加入法院、專職福利機構等來共同擔保或許更加妥適<sup>139</sup>。關於此點，就曾有學者主張，應從「親權責任擔保多樣化與共同化」來思考，必須透過專業組織來組成一個客觀公正的利益擔保機制<sup>140</sup>。例如，個案中，可以尋求專業的社工人員、醫療與法界人員等共同組成如醫院內的倫理委員會，甚至指定律師等作為該新生兒擔保人來予以解決。

## 第六節 小結

新生兒剛來到人世，未對人生有過任何體驗，諸如人格養成與塑造，自身愛好信仰等都是一片空白。立法上可能基於保護未成年人的目的，明文醫療處置都應由其父母等法定代理人代為決定。但相較於思慮未成熟但已主見與意識的未成年人，本身意見將會受到重視，唯獨新生兒的情況，父母又該根據何種理由來進行決定？

實際上，重症新生兒的治療決策絕非僅僅來自父母單方決定，任何決策與考量皆應以「兒童最佳利益」為基礎。然而，何謂重症新生兒的最佳利益，從醫療的目的來說，基於不傷害、行善等倫理原則，似乎仍應先從臨床醫療專業的角度來思考與形塑。

如同本章關於日本重症新生兒的相關臨床指引的說明可知，新生兒的最佳利益，並非純然交由父母來決定<sup>141</sup>，探求最佳利益關鍵在於**臨床醫療專業的決策**。但從指引中也能清楚理解，醫院與病人父母的積極溝通與協調也頗具重要，主要目的是防止醫療對於家族倫理關係的過度撕裂。

再者，若以自主決定權的保障而言，病人的同意能力是建立在具有成熟人格思維的狀態上，因此，我國法規設計上往往都會習慣透過法定代理或成年監護等機制，直接參與醫療決策。尤其，在新生兒的醫療情境中，這樣的態勢似乎更加鮮明。

然而，若進一步就本章介紹的各國關於醫療決定的第三人同意法制度

<sup>139</sup> 這邊可以思考的標準，大致上仍應從醫療專業的角度判斷。

<sup>140</sup> 町野朔，註 119 書，頁 293-294。

<sup>141</sup> 其實，無論從醫療契約的精神或刑法保證人義務理論觀察，醫病關係永遠存在於醫師與病人兩人之間，病人應當指出符合自己最佳利益的決策，醫師則應以病人最佳利益為首要考量。但在重症新生兒治療的情況中，可能遇到的問題就是，病人的弱勢性，很容易讓外界誤解父母理所當然就是新生兒利益的最佳代言者，反倒忽略新生兒才是醫病關係中的主體。

觀察，規範共通的規則是，無論是否為成年人，基於自主決定權的保障，凡是具有同意能力與同意可能性的病人，都應自行決定，僅有欠缺同意能力的病人才有需醫療照顧人或代理人等之協助，且視情況賦予其寬嚴不一的醫療決策權限。

換言之，若為簡單的治療，原則得透過代理人與醫師共同討論後來做決定，但若是可能危及生命或改變身體外觀的重大侵入性治療處置，依據德國民法規定，尚需法院許可，而在澳大利亞除了需要兩位醫師的診斷確認，也須向法院進行許可的申請。

由此可知，從刑法評價的觀點來說，在新生兒醫療決策的情況中，如果涉及侵入性醫療行為，無論是否有緊急性，或視家屬在場是否符合補充性等要求等，皆應回到一種單純客觀利益權衡的立場來思考該醫療處置是否符合病人的最佳利益。進一步來說，當臨床上完全無法探求本人的想法與意願時，基於醫療的公益性，病人最佳利益的維護就會轉化為一種客觀價值秩序的確證。這也是為何國外的立法經驗中，不時的要求醫院尋求決策的妥當性時，必須透過法院、社工等第三方機構的介入。

是以，刑法秉持國家保護義務的精神，理應作為醫師合理執行業務的後盾，關於重症新生兒的醫療決策，若從治療義務的界限來思考，除了要求醫師必須秉持不傷害與行善原則等倫理精神來判斷<sup>142</sup>。同時我國也應積極的建構重症新生兒臨床醫療指引<sup>143</sup>，同時建立院內能家屬父母溝通的管道，假若父母拒絕治療或決策顯然遠離病人的最佳利益時，也希望能尋求法院、社工等專業人士來共同擔保重症新生兒的治療行為符合其最佳利益\*。

<sup>142</sup> 諸如美國醫師會就曾說明，新生兒最佳利益必須考量五個項目：1.治療成功的可能性（醫學的適應性）；2.治療與不治療的風險；3.治療成功的情況下，能延長生命的程度 4.治療伴隨的痛苦或不快感；5.從實施治療的情況與不實施治療的情況來預先評估新生兒的生活品質（quality of life）。參照：甲斐克則，註9書，頁283-284。

<sup>143</sup> 本文認為，關於後續新生兒預後可能衍生龐大成本的問題，應從社會整體制度的支援上去思考與解決，當社會的法秩序思維傾向於保障新生兒延續生命的價值秩序時，社會自然就需建構相應的社會保險與福利制度，方能衡平國家積極介入履行新生兒保護義務的利弊得失。例如，兒童及少年福利與權益保障法第23條就明文規定，對於早產兒、罕見疾病、重病兒童、少年及發展遲緩兒童等，依法得對扶養義務人無力支付醫療費用時進行補助。參照：拙文，註4文，頁249以下。

\* 本文部分內容曾於2019年3月，於高大法學論叢第14卷第2期進行發表〈刑法釋義界定重症新生兒的治療界限〉。本章內容是基於該文的基礎之上，進行更深入與多面樣的發展與論述，除了盡量改寫外，並增加各國相關立法例的說明，特此說明。

## 第六章 末期尊嚴醫療的病人自主

### 第一節 引言

隨著醫療快速的進展，面對各種急重症的應對更加得心應手，醫學為了挽救病人生命，也逐漸發展了各種延命處置。這些延命處置可以是專指任何可能延長病人生命之必要醫療維生治療，諸如心肺復甦術、機械式維生系統、血液製品、為特定疾病而設之專門治療等，也可說是透過導管或其他侵入性措施餵養食物與水分的人工營養及流體餵養。這些延命措施，如果是病人回復健康的必要療程，應無疑問。但是，對於特定的病人來說，這類延命措施，如果針對的是已瀕臨死亡的末期病人，或是已對疾病的治療無益，僅在延長病人痛苦等，可能就是一種多餘的治療<sup>1</sup>。

當前在我國長久習慣的醫療父權與家族主義的背景下，病人往往無法積極參與各項醫療決策，更遑論能在生命的末期，自主決定放棄多餘的延命醫療，求得善終。如果協助病人求得善終，我國目前的主要規範有二。其一為我國於 2000 年制定的《安寧緩和醫療條例》，這是為了瀕臨死亡的末期病人，對其善終權限量身打造的法律規範，其中，特別明文在具備特定要件下，醫師得不施以心肺復甦術（withholding）或撤除維生設備（withdrawing）。

此外，除了瀕臨死亡的末期病人外，罹患各種無法治癒的慢性疾病，病人雖不致快速步入死期，但緩慢惡化與疼痛的病程，如在家屬強烈要求或是醫師不願、不敢貿然放棄的前提下，各項積極維持生命的處置，也僅僅是徒增病人生命之痛苦。據此，我國立法通過的《病人自主權利法》，該法第 1 條（立法目的）即清楚表示，是為了「尊重病人醫療自主、保障其善終權益」，必須保障長期飽受病情折磨的病人，諸如永久植物人狀態、處於不可逆轉昏迷狀態、或罹患痛苦難以忍受且依當時醫療水準無法治癒之疾病者，賦予其自主善終的權利，讓生命回歸自然終點。

<sup>1</sup> 上田健二，末期医療と医師の生命維持義務の限界—いわゆる『一方的治療中断』の許容基準をめぐって—（1），同志社法学 41 卷 1 号，1989 年 5 月，3 頁以下。

無論是安寧緩和醫療條例或病人自主權利法，兩法同樣強調符合該法資格的病人，應當享有放棄積極治療，改採緩和醫療，甚至中止治療等權利。這類醫療計畫或處置的特徵是，不借助醫療器械延長生命，但需要緩和醫療減輕痛苦或無痛苦，以滿足病人對生命品質與人性尊嚴之需要，由於這類醫療的核心理念是來自於病人維護自身人格尊嚴的嚴正要求，也可統一稱為末期尊嚴醫療。

然而，尊嚴醫療本身若涉及維生醫療設備的中止或不實施，可能會被評價為一種提前導致病人死亡的殺人行為。縱然經過病人同意，也可能構成刑法 275 條的囑託殺人罪責。其實，尊嚴醫療的概念，早於國際上就以安樂死、尊嚴死、醫師死亡協助自殺等作為探討議題，探討的問題基本上都圍繞於執行的容許性、範圍與程序的正當性等。以下本文將以上述我國兩部重要的尊嚴醫療規範為基礎，從刑事法等原理原則等來進行正當性與妥適性之檢討。

## 第二節 末期病人與尊嚴醫療的意義

醫療的本質本是幫助人類延續生命，創造美好生活，也就是協助人類積極的自主生命<sup>2</sup>。是以，以下所欲討論的尊嚴醫療，這項定義背後，就是希望能夠強調，現行醫療技術的發展，透過各項維生醫療設備的介入，某種意義層面上，人的生命等同於受到了醫療器具的支配，因此，所謂的尊嚴醫療，就是從自主生命的消極層面，希望透過拒絕醫療或請求撤除治療等嚴正表示來保障病人之生命尊嚴<sup>3</sup>。

<sup>2</sup> 大谷實，いのちの法律学—生命の誕生から死まで，悠悠社，2004年2月，頁20。

<sup>3</sup> 楊秀儀，救到死為止？從國際間安樂死爭議之發展評析我國「安寧緩和醫療條例」，台大法學論叢第33卷第3期，2004年5月，頁5-6；井田良，生命維持治療の限界と刑法，法曹時報第51卷第2号，1999年2月，359頁以下。

## 第一項 末期病人與尊嚴醫療

### 第一款 末期病人的意義

末期病人，一般是指，經過醫學診斷為治癒無望，並預測病人將於數個月內死亡者，將維繫其末期過程的生命品質列為首要考量，實施減輕疾病痛苦為任務導向的緩和照護<sup>4</sup>。因此，末期病人的意義與範圍，與現有法規能否允許醫師改由緩和等方式來緩解病痛的問題，息息相關。本文以下所欲探討的末期病人，是基於探討之需要，大致上可分別從兩種角度來建構其內涵與範圍，依序為維繫人格尊嚴的必要性，以及病情的不可逆轉性<sup>5</sup>。

#### 第一目 維繫尊嚴的必要性

早於 1981 年的里斯本宣言（第五條）中就曾明白揭示，病人應保持尊嚴迎向死亡的權利。典型的醫療行為，基於不傷害與行善原則等要求，醫療本身應當具有治癒疾病與挽回生命等目的。但隨著醫學的發達，發現醫學對於各項絕症無能為力的輪廓更加清晰，而在此情況下，持續施予積極的醫療處置來拖延病人死期，除了不具實質意義外，也可能會讓病人陷入無限痛苦等境地。

例如，日本曾經彙整出病人的臨床照護經驗，在疾病無法治療的情況下，當病人無法自由活動、進食、大小便呈現失禁狀態，或無法認識到目光隨著物體移動，無法理解他人之指示、或是不斷的激烈疼痛而需要透過藥物壓制進而失去意識等情況時，針對這類病人應有必較給予適當的處置來維繫其尊嚴。

基於此，當一般病人被進一步的定義為末期病人時，相對應於醫療的本質與目的也會有所轉變。而在行善原則與不傷害原則的倫理框架下，所

<sup>4</sup> 久々湊晴夫・旗手俊彦 編，はじめての医事法，成文堂，2009 年 3 月，頁 118 以下。

<sup>5</sup> 河見誠，人間の尊嚴と死の管理化—甲斐克則『尊嚴死と刑法』を読んで—，法の理論 24 號，2005 年 11 月，頁 166 以下。

謂的行善是從一般回復病人健康轉為維繫病人尊嚴；所謂的不傷害則是從醫學的適應性與技術正當性的要求轉換為避免過度積極的延命治療，反倒造成末期病人的無謂痛苦。

## 第二目 病情的不可逆轉性

構成末期病人的另一個標準是，基於現代醫學技術，病人之疾病是否具有不可逆性，必然將會邁向死亡。此項標準十分複雜，也具爭議，其會直接涉及到後續探討末期尊嚴醫療的適法性與社會之容許性等問題。以日本臨床醫療實務與其立法脈動為例，日本早於 1992 年的醫師會生命倫理懇談會發表了《終末期醫療醫師的方法》，當中定義所謂的末期是指，病人因疾病或外傷，必然將在六個月內死亡者。

此外，較為具體的主張則是日本醫師會在 2009 年提出的末期定義：「醫師如果已履行一切的醫療義務，依然仍無法阻止病情惡化而導致病人邁向死亡時，經醫師診斷後並獲得病人或家屬的理解者的時點開始後到死亡前<sup>6</sup>。」即屬於病人的生命末期。直到 2012 年，日本國會所提案的「尊重末期病人自主與權利法」中，對於末期病人的定義是指，病人的傷病在經過適當的醫療處置後，沒有回復可能性並且死期將近的狀態者（第 5 條第 1 項）<sup>7</sup>。

隨著日本正式邁入高齡化社會，於老年醫學會制定的「高齡者中末期醫療與照顧指引」中，對末期病人下的定義是，病況為正在進行中的不可逆性，依據目前最佳的治療方案也無法其他病情好轉或阻止其惡化，近期將會邁入不可避免的死亡狀態<sup>8</sup>。

從上述可知，日本國內普遍對於末期的定義較趨於保守，分別需建立在病情無法回復與瀕臨死期等兩項要件之上。但值得注意的是，對於末期的概念與範圍，是否必然需要具備瀕臨死期這項要件，實際而言不無疑問。例如，針對罹患老年癡呆症或植物人狀態等病人，國際上也早有法令與主

<sup>6</sup> 終末期医療に関するガイドラインについて，日本医師会・日本医師会第 X 次生命倫理懇談会，2008 年 2 月，頁 6 以下。

<sup>7</sup> 山口厚，刑法における生と死，收於：《生と死（東京大学公開講座 55）》，東京大学出版会，1992 年 9 月，頁 228 以下。

<sup>8</sup> 横内正利，高齢者における終末期医療，收於：安藤・高橋編集，《終末期医療（シリーズ生命倫理学 4）》，2014 年 10 月，頁 59 頁以下。

張認為得以視為一種末期病人，想有尊嚴或緩和醫療服務<sup>9</sup>。

### 第三目 本文的探討範圍

從上述可知，關於末期的判斷，技術上的層次，是指如何確定疾病本身的不可逆性，此部分一般仰賴現今的醫療專業技術來認定，不會有太大爭議，但較具爭議的問題則是，死亡是否迫切的要求，這是一種程度性，具有不確定感的判斷標準。例如，陷入植物昏迷狀態的病人，但如果讓維生醫療設備介入，病人生命依然可以持續數十年，相對於罹患癌症，且於兩個月內必然死亡的病人來說，兩相比較下，若將兩者都納入末期病人的範圍，所謂的末期之定義想必更加模糊。

不過，有鑑於我國病人自主權利法的推出，參考了部份國外立法例與實務判決等之經驗後，除典型病情具不可逆性，以及瀕臨死的末期病人外，另外又增加了四種得以實施尊嚴醫療的臨床條件，諸如，處於不可逆轉之昏迷狀況、永久植物人狀態，或是極重度失智等情況。而這類臨床條件於經驗上，如有完善維生醫療照護的支持，病人依然可以存活許久，甚至數十年。至今該法賦予人民有權預先決定陷入上述狀態時，得拒絕積極的維生治療，無非是為維繫個人之人格尊嚴為目的，與典型瀕臨死期的末期病人放棄治療的思維並無二致。

綜上，本文所欲探討的末期病人，如從疾病的不可逆性此觀點出發，除了典型的瀕臨迫切死期的末期病人外，尚包括病痛導致病人無法維持基本人格尊嚴之疾病類型等，可以視為一種廣義的末期病人，該如何進一步界定末期病人的範圍，應當思考的是，目前那些疾病應當享有尊嚴醫療的必要性。以下就尊嚴醫療的意義進行具體的說明。

### 第二款 尊嚴醫療的意義

所謂的尊嚴醫療，並非臨床醫學與法界的慣用或專門用語，純粹是基於本章探討議題之所需，故須設定一項得操作性的概念，用以劃定本章探

<sup>9</sup> 緒方あゆみ，終末期医療と刑法—生命維持治療の差し控え・終止をめぐる問題を中心に—，CHUKYO LAWYER 第 20 号，2014 年 3 月，頁 3 以下。

討之範圍，在此合先敘明。

本章所欲探討的尊嚴醫療是指，種為求維持病人尊嚴，透過相關的治療處置來緩和疾病的苦痛，以及減少病人承受疾病折磨的痛苦。從緩和與減少痛苦這兩項角度出發，自然是指當疾病在不可逆性的前提下，已經失去傳統回復健康的「治療」可能性時，所謂的維繫病人尊嚴的方式，僅剩下減少病人痛苦一途，此時，所謂的「治療」就發生了根本的質變，轉變為一種可能縮短病人生命，但得以減緩苦痛維繫其尊嚴的治療模式。

具體來說，「尊嚴醫療」，是指除去末期病人其肉體、精神的痛苦。保守維繫其身為人類的尊嚴，能安心迎向死亡的一切支援性醫療措施。為達到緩和醫療的功能，無論用藥策略或治療計畫，都會傾向提供一個支持系統與情境，協助病人盡可能保有尊嚴，等待死亡的自然來臨。

有關於尊嚴醫療，主要可分為兩種類型。其一，以減輕病人痛苦，增進生活品質的「緩和性醫療」處置；其二，「終止或不實施維生醫療措施及心肺復甦術」或「提供藥物或直接注射藥劑」等直接導致病人死亡之積極處置。以下分別說明之。

## 第一目 緩和性醫療處置

所謂的緩和治療，根據國際衛生組織 WHO 的定義是，對於積極治癒性治療沒有反應的病人進行積極全面的關懷與照護。所謂積極全面關懷照護的內容，諸如，病人身體痛苦的緩和、精神痛苦的緩和、社會痛苦的緩和，以及心理痛苦的緩和，嘗試促使家庭親人的支持等等<sup>10</sup>。諸如，藥物投予、化學療法、人工透析、人工換氣、輸血、酸素吸入、營養水分補給等。

至於需要緩和照護的對象之痛苦，主要可分為身體、精神、心靈與社會等不同面想所導致的苦痛。例如，於罹患病人的末期情狀中，除了身體會引發癌性之疼痛外，包含有全身的倦怠感、呼吸困難、肺積水、死期喘鳴、食物不振、吞嚥困難、噁心嘔吐、便秘下痢、脫水與排尿困難等症狀出現。根據這類症狀，緩和照護期間將會持續到末期病人無法自力維生

<sup>10</sup> 大西秀樹，緩和ケアの担い手，收於：平山正美編，《「生と死の看護論」》，メヂカルフレンド社，2012年2月，頁61以下。

命的階段。而對應於生命維持的處置方法，所謂的緩和醫療處置可分為三種對應方式。分別是人工營養、只透過靜脈注射補充。

其一，關於人工營養的部分，由於透過內視鏡胃造瘻來注入營養的方式，可讓病人長時間延續生命，一般緩和醫療計畫都會避免這項處置。此外，鼻胃管營養之提供，因為造成病人莫大痛苦，也容易引起吞嚥性肺炎，多數情況都僅限於短時間實施此項處置。全靜脈營養治療則是在手足靜脈點滴注入困難時，不得不為之的手段。其二，關於手足靜脈補充的情況是在不能確保點滴注入的情況下，補益成為困難的情況。其三，當病人發生不可逆轉的吞嚥攝食困難時，掌握將要死亡的自然過程中，也增加了不實施補液的緩和處置與選擇<sup>11</sup>。

## 第二目 積極性的醫療處置

相較於緩和性的醫療處置，主要目的在不干涉病人死期的前提下，給予病人最大限度的照護與支持，但其主要目的終究是在控制疼痛，藥物也許可以緩解末期病人的身體痛楚，但其心靈與精神痛苦卻無法以藥物緩解。是故，與尊嚴醫療的另一個面向，則是從協助病人死亡的方向，創設出積極面向的醫療處置。

詳言之，尊嚴醫療中所謂的積極性的醫療處置，則是相對於延命治療的一種醫療形式。延命治療是指，藉由生命設備與處置的介入，防止病人短時間發生死亡的結果，試圖延長病人生命的治療與處置。一般醫療的目的就是為了救治與維持病人生命，但如果生命的維持無法保障能夠持續，病人本身的病情不會因為該等醫療處置而好轉，此時就會被視為一種無謂的延命治療。

不同於緩和醫療的目的是為緩解病人痛苦而非縮短病人生命，中止或不介入等手段本質上則帶有積極、提前中止病人生命的結果。例如，人工呼吸器的撤除、不給予營養補給，或是緊急狀態下不實施心肺復甦術等等，都可以視為一種放棄延長病人生命而換取尊嚴的尊嚴醫療處置。

值得注意的是，相較於上述撤除或自始不實施維生醫療措施，在歐洲

---

<sup>11</sup> 大西秀樹，前揭文，頁 62 以下。

某些國家中，容許醫師更為積極地透過直接或間接協助等形式來協助病人提前死亡換取善終的目的。此種尊嚴醫療的形式較具爭議性，目前尚未普遍於世界各國。

例如，瑞士有所謂的 Dignitas 機構<sup>12</sup>，服務內容就包含了在窮盡醫療手段依然無用的情況下，提供病人藥物，任憑其自行服用，能有尊嚴地離開人世。另外，在荷蘭則允許醫師在特定條件具備下，直接對病人身體注射導致死亡的藥物<sup>13</sup>。這些帶有積極性意味的尊嚴醫療，由於客觀上顯然會與病人死亡間建構起因果關係，法政策上就須進一步思索與尋找合法化之事由。

### 第三款 各國立法概況

凡是有病痛者，於生命末期就會需要能夠維繫其尊嚴與緩解痛苦的醫療協助。尊嚴醫療並非新的概念或作法，類似的應對於醫療模式，早就在世界各國出現，但比較具有爭議性的部分，則是尊嚴醫療中，透過不同形式，導致了病人提前終結生命時，可能涉及刑法生命法益侵害與觸犯殺人罪等問題。關於這些問題，無可避免地都需連帶考驗到國家司法實務的解釋與立法政策的調整等來給予解套的空間，普遍稱之為安樂死或死亡協助等容許性<sup>14</sup>。

在美國，早於 1914 年，美國最高法院大法官 B. Cardozo 就在 *Schloendorfv. Society of New York Hospital* 中宣示：「Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body.」<sup>15</sup>，表示凡是心智健全的成年人，都有權利決定如何處置自己的身體與健康<sup>16</sup>。而與 1977 年，美國加州通過的「自然死法案」(Natural

<sup>12</sup> 林東茂，註 12 文，頁 93 以下。

<sup>13</sup> 林東茂，荷蘭的積極死亡協助，台北榮民總醫院醫療糾紛案例學術研討會系列 第 20 次台北醫法論壇(XX)，2018 年 11 月 3 日(星期六)，上午 8 點至下午 5 點 55 分，臺北榮民總醫院致德樓第一會議室，頁 13 以下。

<sup>14</sup> 詳細的各國立法現況可參照：張麗卿：計畫主持人、廖文進、王紀軒：共同主持人，科技部產學合作計畫成果報告書：病人自主權利法相關規範及其實務運用之研究(I)(計畫編號：MOST-105-WFA-1400007)，計畫執行期間：2016 年 6 月至 2017 年 5 月，10-13 頁。

<sup>15</sup> *Schloendorfv. Society of New York Hospital*, 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92 (1914)

<sup>16</sup> 陳月端，病人自主權利法-以民事責任為核心，「2016 醫療科技與法律實務系列國際學術研討會」--以《病人自主權利法》為中心，2016 年 9 月 30 日(五)，高雄大學法學院 516 演講廳，頁 54 以下。

Death Act)，是美國第一個承認自然死的法案，允許末期病人立下生前預囑，在死亡迫近時可撤除維生醫療，成為世界上第一個規定病人自主權的特別立法，隨後並影響其他 40 州有類似法案的產生<sup>17</sup>。

德國則是自 1994 年開始，聯邦最高法院就陸續有判決主張，只要能清楚推測病人的真摯意願，陷入昏迷或無法表達意願的病人也能拒絕人工維生措施。直到了 2009 年，德國民法第 1901 條以下新增了相關規定，凡是具有同意能力的成年人，得以書面（預立醫療決定）指示，當自身陷入無同意能力的狀況時，可拒絕特定之檢查、治療或其他的醫療干預措施<sup>18</sup>。

在日本，長期以來未有任何一部法律，作為醫師執行尊嚴醫療的規定。但早於 1962 年，日本就曾經透過司法判決來說明積極安樂死須遵守的嚴格要件，其中同樣強調病人的疾病，必須根據現代醫學專業知識確認已無治癒可能性，且病人面臨無法承受的劇烈痛苦，此時在病人真摯承諾的情況下，醫師可以執行提前結束病人生命的積極安樂死程序。

由此可知，建構生命絕對保護原則必須建立在健全穩定的生命狀態下始有意義。一旦生命的質量逐漸低落，支持人格發展動力可能性亦會失去，此時生命的價值就非不可置於天秤上進行衡量。此項判決即為較著名的是《東海大學安樂死事件》，當時橫濱地方法院認為病人拒絕醫療（尊嚴醫療的類型之一）的合法化要件有（1）病人承受難以忍受的痛苦；（2）死亡難以避免，而且死期將近；（3）沒有其他手段可以緩和、消除病人的肉體痛苦；（4）病人明確表示同意縮短生命<sup>19</sup>。而在 2012 年，日本國會較新的提案則是「有關臨終醫療中尊重患者意思之法律案」，本法案以病人自主決定權為出發點，規定具有自由意志的病人，有權同意、選擇或拒絕自己所接受的醫療措施。

## 第二項 《安寧緩和醫療條例》的末期病人

安寧緩和屬於尊嚴醫療的類型之一，我國早有制定安寧緩和醫療條例

<sup>17</sup> 張麗卿：計畫主持人、廖文進、王紀軒：共同主持人，註 14 文，13 頁。

<sup>18</sup> 張麗卿：計畫主持人、廖文進、王紀軒：共同主持人，註 14 文，13 頁。

<sup>19</sup> 甲斐克則，安樂死と刑法〔医事刑法研究第 1 卷〕，成文堂，2006 年 2 月，頁 6；曾根威彦，刑法学の基礎，成文堂，2008 年 5 月，頁 73；田坂晶，治療行為中止の許容性，島大法學第 56 卷第 4 号，2013 年 8 月，頁 106-107 以下。

與以對應。依該條例第 3 條第 1 款規定，所謂的安寧緩和醫療是為減輕或免除末期病人的生理、心理及心靈痛苦，施予緩解性、支持性的醫療照護，以增進病人生活品質。

同法第 3 條第 3、4 款所規定之「心肺復甦術（CPR）」是指，對臨終、瀕死或無生命徵象之病人，施予氣管內插管、體外心臟按壓、急救藥物注射、心臟電擊、心臟人工調頻、人工呼吸等標準急救程序或其他緊急救治行為；「維生醫療」則是用以維持末期病人生命徵象，但無治癒效果，而只能延長其瀕死過程的醫療措施。從這兩項內容觀之，此即本文所謂的積極型的尊嚴醫療處置。

不過，理想的末期醫療，是基於末期病人死前尊嚴維繫為理念，且不加速也不延遲瀕臨死亡的進程，希望能保有病人自然逝世的可能性。換言之，除了希望末期病人選擇減輕身心靈痛苦的緩和醫療措施。更加積極的則是當病人正在承受病痛折磨時，對於疾病開啟的自然死亡流程，能自始放棄、不予（withholding）或撤除/終止（withdrawing）積極的治療行為。關於本法規範下的末期病人的概念與範圍，涉及到是否得接受上述尊嚴醫療的容許性，故本文有必要進一步來說明。

## 第一款 我國實定法的規定

關於末期病人的意義與範圍，依安寧緩和醫療條例據該條例第 3 條第 2 款規定：「末期病人是指罹患嚴重傷病，經醫師診斷認為不可治癒，且有醫學上之證據，近期內病程進行至死亡已不可避免者。」

對於嚴重傷病的範圍，參照中央健保局的健保重大傷病範圍表的內容，除了惡性腫瘤（癌症）外，諸如漸凍人、老年期及初老期器質性精神病態、其他大腦變質、慢性氣道阻塞，他處未歸類者、心臟衰竭、肺部其他疾病、慢性肝病及肝硬化、急性腎衰竭，未明示者慢性腎衰竭及腎衰竭等類型都包含在內<sup>20</sup>。有別於日本現況的不同發展，我國安寧緩和醫療條例所預設「嚴重傷病」，此種不確定法律概念，正是希望能在法律稍欠彈性的框架下，給予醫師啟動末期醫療程序的無外空間。

<sup>20</sup> 參照：衛生福利部中央健康保險署，<http://www.nhi.gov.tw/>（最後瀏覽日期：2018 年 4 月 5 日）

此外，除了嚴重傷病外，該疾病尚須是不可治癒，且「近期內病程進行至死亡已不可避免者」。這項標準必須經客觀實證醫學的確實評估，病人將在三到六個月內不可避免的邁入死亡。但是實際來說，病人的病情何時會達到「不可逆」的時點，是否六個月內必然死亡，衡酌醫療的不確定性，縱然有實證醫學數據或文獻佐證，但實際執行上，無論是醫師或家屬恐怕都會有所遲疑<sup>21</sup>。是故，是否為不可逆，本文認為必須透過無效醫療來判斷。

## 第二款 輔以無效醫療的判斷

所謂的「無效醫療」是指，當一切的醫療處置，都無法達成以回復健康的治療目標、或治療成功機率極低、病人生活品質過低、預期效益比無法與醫療資源耗損比擬等情況。當病人病況進入無效醫療的階段時，解釋上就會符合本法所謂末期病人的概念範圍<sup>22</sup>。

無效醫療又可分為「質」的無效醫療和「量」的無效醫療等不同面向。質的方面是指，治療的執行不能改善病人的身體狀況，無論病人接受多少積極治療，其狀態不可能會改善；在量的方面，則是指治療對病人發生效益的機會微乎其微<sup>23</sup>。

醫師若基於醫療科學證據的確信，判斷病人生命開始邁入短暫不可逆轉的死亡進程時，縱使未有病人或家屬同意，醫師也能主動放棄實施任何毫無實益的醫療行為。嚴格來說，只有當病人或其家屬，基於特殊目的或情感因素，特別請託醫師繼續實施延命措施。但實際來說，法律並未賦予醫師義務，介入或阻斷一個不可逆且迅速邁入死亡的因果歷程<sup>24</sup>。

<sup>21</sup> 王志嘉，末期病人醫療常規--臺灣高等法院高雄分院九十六年度醫上更(一)字第二號刑事判決評釋，月旦法學雜誌第 211 期，2012 年 12 月，頁 238 以下；參照：拙文，末期醫療決定與刑法評價，國立中正法學集刊第 48 期，2015 年 7 月，頁 259 以下。

<sup>22</sup> 美國早期因醫療資源的浪費，對於無益的醫療資源的耗費就有很深刻的檢討。參照：谷直之，尊嚴死に関する一考察—アメリカ合衆国の議論を素材として，刑法雜誌 46 卷 3 号，2006 年 4 月，317 頁以下。

<sup>23</sup> 參照：無效醫療一詞首先是由 Schneiderman 等人在 1990 年提出，當時正值病人權益最受重視的年代，故當他們提出此論點時，讓醫界、法界以及倫理學者造成頗大的震撼。參照：陳祖裕，無效醫療，應用倫理研究通訊第 25 期，2003 年 1 月，頁 56 以下。

<sup>24</sup> 林書楷、林淳宏，從法律與醫學倫理的觀點論積極安樂死之合法化，興大法學第 8 期，2010 年 11 月，頁 122。

無效醫療的定義本身其實非常曖昧不明<sup>25</sup>。純粹就醫方立場，往往是以治療目標與病人存活期間等來考量是否有效，學說上稱為「嚴格的無效醫療」。此種概念是根據客觀證據或本身專業判斷之確信，認定醫師並無倫理與常規義務施予或繼續現有之醫療行為。

而當此情況被認定是一種可被預期的失敗醫療時，醫師基於這項無效的結果，就應當終止積極治療。而所謂「寬鬆的無效醫療」則是認為，醫療是否無效，必須考量病人與家屬的想法，以及該者對於生命的意義與期盼為何。例如，家屬認為尚未到達無效醫療的階段，希望醫師繼續救治，或病人表示不願放棄任何治療等<sup>26</sup>。

換言之。醫療究竟有無效果，實際上也無法脫離本人對治療的期望及生活品質等主觀價值，故有無效益本身的概念是非常浮動難定的<sup>27</sup>。考量此點，目前我國臨床上有所謂「限時嘗試治療成效（Time-Limited Trials, TLT）」當緊急情況又無法確認是否進入無效醫療的狀態時，醫師先給予急救。也就是希望透過先行嘗試，給予醫院時間排除醫療的不確定性<sup>28</sup>。

### 第三項 《病人自主權利法》的末期病人

關於尊嚴醫療的實踐，在我國除了安寧緩和醫療條例外，為保障病人自主與善終之權利，自 2015 年立法通過了病人自主權利法，共計 19 條規定<sup>29</sup>。本法是亞洲地區第一部規範病人自主權利與善終權的專門法律，其中涉及到尊嚴醫療處置者，是賦予具有完全行為能力的民眾，得事先透過「預立醫療照護諮商」，並以書面形式簽署「預立醫療決定」，自主選擇是否接受特定的醫療處置<sup>30</sup>。

<sup>25</sup> 古川原明子，終末期医療と刑法—治療中止の許容性をめぐって（特集 終末期医療のあり方を考える—特に延命治療をめぐって），日本の科学者 42 卷 11 号，2007 年 11 月，590 頁以下。

<sup>26</sup> 王志嘉，病人自主之刑法實例剖析，元照，2014 年 9 月，頁 173 以下；手嶋豊，医事法入門，有斐閣，2018 年 9 月，頁 278 以下；拙文，註 21 文，頁 268 以下。

<sup>27</sup> 箕岡真子，認知症の終末期医療ケア—“認知症ケアの倫理”の視点から—，收於：甲斐克則編，《終末期医療と医事法》，信山社，2013 年 2 月，頁 267-268；拙文，註 21 文，頁 259 以下。

<sup>28</sup> 參照：拙文，註 21 文，頁 260-261。

<sup>29</sup> 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，一品文化，2018 年 9 月，頁 416 以下。

<sup>30</sup> 本法的出台也帶動了對岸學術研究工作者的關注，參照：許光，病人善終自主權之研究—借鑒臺灣法規範反思大陸立法之趨勢，國立高雄大學法學論叢第 12 卷第 2 期，2017 年 3 月，1-80 頁。對於本法的立法批判，可參照：鄭逸哲、施肇榮，沒有「安樂死」之名的「安樂死法」—

不同於安寧緩和醫療條例，本法賦予病人如在五種臨床條件下，縱然未進入迫切的死期，也能享有尊嚴醫療的權限。換言之，本法規範下，病人不僅可以拒絕「無益的延長或緊急治療」（如拒絕心肺復甦術），以及機械式維生系統、血液製品、為特定疾病而設之專門治療、重度感染時所給予之抗生素等可以延長病人生命的「必要醫療措施」。此外，病人亦可拒絕以及透過導管或其他侵入性措施之人工營養及流體餵養。

值得說明的是，本法與安寧緩和醫療條例，都有針對典型瀕臨迫切死期的末期病人給予尊嚴醫療的權利，兩者於適用上應當呈現一種補充模式，原則應以本法為主，安寧緩和醫療條例則作為無法透過本法發動尊嚴醫療時的補充規範。例如，對於並未預立醫療決定的末期病人，在緊急情況下依然必須轉為適用安寧緩和醫療條例處理。

## 第一款 末期範圍擴張

依據本法第 14 條規定，設定了得以成為拒絕醫療權利主體的五種臨床條件。包括：末期病人、處於不可逆轉之昏迷狀況、永久植物人狀態、極重度失智，或其他經公告之病人疾病狀況或痛苦難以忍受、疾病無法治癒且依當時醫療水準無其他合適解決方法之情形。

相較於安寧緩和醫療條例僅限於典型瀕臨死期的末期病人，本法的適用範圍包含本文所稱之較為廣義的雖為瀕臨死期，但為維繫其尊嚴，仍有必要納入尊嚴醫療的「末期病人」。例如，有俗稱漸凍人的運動神經元疾病，發病時病人意識清楚，但卻因病導致運動神經漸漸壞死，終至身體完全不能活動，必須臥床，受人日以繼夜的照顧、餵食與梳理便尿。以目前醫療技術上，這種疾病完全不可逆轉，病人僅能隨著病情加重，承受各種精神與尊嚴的磨難<sup>31</sup>。以下本文進一步說明這五種臨床條件的內涵。

---

簡評 2016 年「病人自主權利法」，軍法專刊第 62 卷第 4 期，2016 年 8 月，8-35 頁。

<sup>31</sup> 張麗卿，病人自主權利法—善終的抉擇，東海大學法學研究第 50 期，2016 年 12 月，頁 25-26。

## 第二款 五種臨床條件

臨床上若屬於本法第 14 條規定的病人，如果符合本法之程序，將能擁有拒絕醫療的權限，這是我國對於病人自主權利保障的重大進步，但也容易造成倫理上與刑法法益保護等質疑與衝突。是以，關於這五種臨床條件的解釋應該審慎合理。隨著本法正式上路後，本法之施行細則也已推出。第 10 條至 14 條之規定，進一步補充了母法有關於此五項臨床條件的內涵。本文以下將分為列舉規定與概括規定，說明此五項臨床條件<sup>32</sup>。

### 第一目 列舉模式

首先，本法所稱的「末期病人」，依本法施行細則第 10 條說明，直接使用上述安寧緩和醫療條例第 3 條第 2 款的定義，指罹患嚴重傷病，經醫師診斷認為不可治癒，且有醫學上之證據，近期內病程進行至死亡已不可避免者；同時必須經由兩位以上與該疾病診療相關的專科醫師確診判定。

其次，所謂的「不可逆的昏迷狀況」，則依據本法施行細則第 11 條規定，是指因腦部病變，經檢查顯示符合下列情形之一之持續性重度昏迷，其一、因外傷所致，經診察其意識超過六個月無恢復跡象；其二、非因外傷所致，經診察其意識超過三個月無恢復跡象；其三，有明確醫學證據確診腦部受嚴重傷害，極難恢復意識。而上述的診察及確診，應由二位神經醫學相關之專科醫師為之。這樣的規定，與目前臨床上所採取的格拉斯高昏迷指數（GCS）評估病人的清醒度的操作相符<sup>33</sup>。

至於，所謂「永久植物人狀態」，依本法施行細則第 12 條規定，指因腦部病變，經檢查顯示符合下列情形之一之植物人狀態：其一、因外傷所致，其植物人狀態超過六個月無改善跡象；其二、非因外傷所致，其植物人狀態超過三個月無改善跡象；前項確診，應由二位神經醫學相關之專科醫師為之。最後，所謂「極重度失智」在本法施行細則第 13 條規定中則指確診失智程度嚴重，持續有意識障礙，導致無法進行生活自理、學習或工

<sup>32</sup> 張麗卿：計畫主持人、廖文進、王紀軒：共同主持人，註 14 文，頁 37 以下。

<sup>33</sup> 主要針對眼睛、說話與活動三個部分進行評估，屬較為實際又有效的評估方法，現時醫院及救護車都通行的重要指標。

作，並符合下列情形之一者：(1)臨床失智評估量表(Clinical Dementia Rating) 達三分以上；或(2)功能性評估量表(Functional Assessment Staging Test) 達七分以上。

## 第二目 概括模式

依據本法第 14 條所規定的：「依疾病狀況或痛苦難以忍受、疾病無法治癒，且依當時醫療水準沒有其他合適解決方法的情形」之概括條款，同時也屬於不確定的法律概念，因此，本法也進一步規定，本項臨床條件必需經由中央主管機關公告為之。未來可預期的是，如何判斷本類臨床條件的病人，具體的判定流程為何？這些問題，由於直接涉及病人放棄生命法益與是否享有拒絕治療權限，政府於考量上應當更加審慎<sup>34</sup>。

關於上述流程的問題，依照目前本法施行細則第 14 條規定，本項臨床條件應由中央主管機關召開會議後公告之。且會議前得由病人、關係人、病友團體、醫療機構、醫學專業團體得檢具相關文件、資料，向中央主管機關提出建議。可見此臨床條件究竟應如何適用，尚待各界的討論與共識形成後方能為之。

## 第三節 尊嚴醫療相關措施及其刑責探討

無論是中止或撤除維生醫療措施，凡事有可能提前結束病人生命的處置，若醫師在此主觀認知下實施此類尊嚴醫療，死亡結果就會成為醫師作品，涉及刑事犯罪的問題。

例如，上述病人自主權利法的立法初衷，縱然是為賦予病人拒絕醫療之權限，讓病人膏肓的末期病人能保有尊嚴，安然離世。但是，當醫師進一步執行撤除或不施行維生醫療處置時，勢必會與刑法保障生命法益的法規範價值體系發生正面衝突。換言之，關於這類尊嚴醫療行為，初步就刑

<sup>34</sup> 所謂的「痛苦難以忍受」、「疾病無法治癒且依當時醫療水準無其他合適解決方法之情形」，更充滿不確定之法律概念，從而加深執行上之困難。參照：李維哲，病人自主權利法施行後可能的醫療實務困境，「2016 醫療科技與法律實務系列國際學術研討會」--以《病人自主權利法》為中心，2016 年 9 月 30 日（五），高雄大學法學院 516 演講廳，頁 7 以下。

法上的評價而言，會有那些問題，以下將依序說明之。

## 第一項 尊嚴醫療與死亡協助

長久以來，反對安樂死的原因很多，其中最有力的主張是，基於刑法對於生命等價與絕對保護原則的堅持，以及避免產生滑坡效應的道德危機等<sup>35</sup>。然而，隨著醫療維生設備與急救技術的精進，許多末期病人被迫接受科技洗禮，殘存生命受機器無情拖延拉扯，各國無不審慎思考如何讓人能求得好死，有尊嚴的離開人世，故在傳統安樂死的基礎上，延伸出所謂尊嚴死的概念<sup>36</sup>。

不過，如同前述，關於尊嚴死的範圍並非一致，日本尊嚴死協會曾主張，所謂的「尊嚴死」是指無治癒可能性的末期病人，基於病人健全的意思決定，容許醫師斷絕維生措施，讓病人自然邁入死亡者，故尊嚴死就如同自然死亡般，與安樂死的概念並不相同。

但，也有看法嘗試擴張尊嚴死的概念範圍，認為對象尚可包括持續昏迷或如無法自主攝食，需由人工水分營養補給、或呼吸困難需人工輔助等類型之病人。因此，有學者即認為，縱然是尊嚴死，也有可能適用到非自然死亡的情況，對其實施尊嚴醫療者，也很難直接賦予其正當化基礎<sup>37</sup>。

換言之，所謂的尊嚴死，並非全然任由病情自然發展邁向死亡。具有刑法評價意義的尊嚴死，其實也與安樂死的概念相當，所投入的醫療手段皆有提前導致病人死亡時點的本質<sup>38</sup>。惟，學理上仍嘗試區分安樂死與尊嚴死的不同，認為前者是指行為具有積極性的殺害目的，終止病人生命是醫師的主要目的；後者則是以消極被動的態度，以維繫病人尊嚴為目的，故終止生命非醫師主要願望。

本文認為，刑法的犯罪判斷是一種檢驗行為是否違法的評價方式與標

<sup>35</sup> 井田良，刑法各論（新・論点講義シリーズ 2），弘文堂，2013年4月，頁22以下。

<sup>36</sup> 丸山雅夫，日本における終末期医療をめぐる最近の動向，Sogang Law Review 12 卷 1 号，2010年3月，頁4以下。

<sup>37</sup> 辰井聡子，治療不開始／中止行為の刑法的評価—「治療行為」としての正当化の試み，法学研究第86号，2009年1月，頁70以下。

<sup>38</sup> 古川原明子，安樂死・尊嚴死の刑法的評価—終末期における治療行為論に向けて—，現代法学第18号，2009年12月，頁95以下。

準<sup>39</sup>，凡是任何縮短生命或提前招致死亡結果的作為或不作為，無論是安樂死或尊嚴死，是否構成殺人罪，皆需在刑法保障生命法益的目的下進行審視<sup>40</sup>。

同時，由於安樂死與尊嚴死等用語，未能精確標示刑法所與評價的內涵與對象，因此，以下將會改採德國學理上的較為精確的用語與分類模式，將尊嚴醫療於刑法上的容許性等問題，利用死亡協助的概念處理。顧名思義，所謂的死亡協助，是指病人主動表達需要醫師協助，任其於生命末期能有尊嚴的離開人世。關於這類協助，從刑法評價上直接觸碰到的禁止規定，則是刑法 275 條之囑託殺人罪。以下先將說明刑法上死亡協助的相關類型<sup>41</sup>。

## 第二項 刑法死亡協助的類型

關於死亡協助的類型，本文的分類主軸是先行區分常規型與具爭議性的死亡協助，前者是指普遍為目前臨床醫療所採納的做法，只要是基於常規作為，並無刑法上評價與探討的意義。比較需要進一步探討的則是具有爭議性的死亡協助，此部分也是刑法必須進一步思考其合法化之依據。

### 第一款 常規型的死亡協助

所謂常規型的死亡協助，學理上也可稱為間接死亡協助，例如，對於癌末病人施予嗎啡或麻醉劑時，由於目的是為緩解病痛，但卻同時不可避免的會產生縮短病人生命的副作用，醫學倫理上，基於雙效原則<sup>42</sup>，得視為一種符合醫療常規的作為，可直接定性為一種社會所容許的醫療風險，運

<sup>39</sup> 關於刑法評價體系的詳盡說明，請參照：柯耀程，刑法概論，一品文化，2017年8月，頁67以下。

<sup>40</sup> 參照：拙文，註21文，頁266以下。

<sup>41</sup> 關於國內學者對於死亡協助的清楚分類與說明，可參照：林東茂，註12文，頁103以下。

<sup>42</sup> 謂醫療行為的雙效性特徵，又可稱為「雙效原則（the principle of double effect）」，是指行為本質必須正當。同時負面效果並非達到善意效果的目的之一。例如，給予癌末病人嗎啡減緩疼痛，雖有可能抑制病人呼吸而導致死亡之負面效果，但該手段是為維繫末期病人生命的最終尊嚴，造成死亡並非其主要目的。參照：葛謹，臺灣醫師制度與醫療糾紛案例評釋，元照，頁77以下，2011年8月；亦有學者稱為「雙果律（雙重效應）」，參照：盧映潔，醫療行為與刑事過失責任，新學林，2013年5月，頁324以下。

用客觀歸責理論阻卻客觀構成要件的該當性，或是直接依照本法或安寧緩和醫療條例，提供有益於病人的醫療照護，可認為是刑法第 21 條的「依法令之行為」，或第 22 條的「業務上正當行為」<sup>43</sup>，排除違法性。

值得說明者，在日本，附帶著生命縮短の間接死亡協助，一般都會讓該實施者阻卻其不法責任。不過，由於病人對於（提早）死亡的同意基本上是無效的，或是說，如果僅有同意或推測承諾，是無法直接賦予其行為正當化的結果，而需額外考量其他複數的正當化事由來阻卻違法。

此外，間接死亡協助也能在病人陷入意識不清時為之，當病人沒有事前表達意願的情況下，可以考量讓實施醫師適用緊急避難的規定。但在日本通說的想法，反倒是將其視為特殊的治療情況，課予醫院至少必須經過親屬同意等其他要件，作為正當化或阻卻責任的方法，而並非直接使用緊急避難的規定作為正當化的依據。

## 第二款 具爭議的死亡協助

所謂具有爭議的死亡協助，則與本文所欲探討的尊嚴醫療的範圍相當。由於醫師實施相關醫療處置時，是將提前導致病人死亡作為維繫病人尊嚴的手段，這與純粹為求緩和病痛，不得已給予縮短病人生命藥物的常規型死亡協助顯然不同。就本文所探討的範圍而言，依序可分為四種樣態。

亦即，當醫師基於病人的請求或得其同意，其一，直接施打藥劑無痛終結病人生命；其二，提供藥物供病人自行服用而終結生命；其三，自始不給予任何治療導致病人死亡；其四，撤除或中止維繫病人生命的維生醫療，導致病人死亡。關於這四種類型的死亡協助態樣，以下本文將分別說明這四種類型的死亡協助，於不法構成要件層次的評價中，可能涉及的刑事責任。

---

<sup>43</sup> 林東茂，註 12 文，頁 103-105。

## 第三項 死亡協助的刑責探討

### 第一款 從旁提供致命藥物的協助

這類型的死亡協助是指，醫療人員開立致死的處方，或是提供病人儀器等，讓病人基於自由意志，自主決定使用該項協助。從整體病人死亡的因果流程來說，這是病人支配自己死亡結果的情況，提供者僅是一種促成病人達成目的的角色，可以說是一種病人自己結束生命的自殺行為，學理上也有稱為幫助自殺。例如，上述在瑞士的 *Dignitas* 機構，就有提供世界各國的末期病人致命藥物，協助其提前獲得善終<sup>44</sup>。

值得注意的是，這種幫助自殺行為，並非在每個國家都能允許。例如，在德國基於人性尊嚴與自主決定權等之尊重，本來就不處罰此類人們自主支配死亡結果發生的幫助行為，主要的理由也可來自於犯罪從屬理論的要求，自殺並非不法行為，幫助或教唆等從犯，自然也無所從屬成立犯罪。但是，德國近年則透過修法，針對具有營利性質的幫助機構，賦予刑事處罰的效果，這點非常值得未來我國持續的關注。

而依我國刑法第 275 條第 1 項前段規定，幫助或教唆他人規定者，處以一年以上七年以下有期徒刑。本條規定明示了我國嚴正處罰幫助自殺的行為，因此，目前就我國而言，無論是否基於緩和病痛，對於病人提供死亡協助之尊嚴醫療處置，依然是沒有實定正當化依據的犯罪行為。

### 第二款 直接注射致命藥劑的協助

所謂的注射致命藥劑導致病人死亡的結果，就是普遍受到各界所知悉的安樂死行為，世界多數國家為免滑坡效應與宗教信仰的要求，多數禁止這類死亡協助的實施。縱然是在少數有條件合法的荷蘭，基本上也是立法明文禁止，此種醫療人員直接支配病人死亡結果的協助行為。

---

<sup>44</sup> 林東茂，註 12 文，頁 9-10。

所謂的例外，則是規定於該國刑法 293 條第 2 項規定：「醫師謹守受請求結束生命與幫助自殺審查法第 2 條所要求之注意事項施行死亡協助，不罰。」換言之，要求醫師主動支配病人死亡的結果，無非就是一種典型的殺人行為，其合法化的前提必須建構在嚴謹程序的遵守之上<sup>45</sup>。同樣的，在我國，此種醫師直接注射藥劑的行為，依據刑法 275 條第 1 項規定，將會構成受囑託或得其承諾之殺人罪責。

### 第三款 不予維生醫療措施的協助

所謂的不實施維生醫療措施，例如，依據我國病人自主權利法或安寧緩和醫療條例等規定當中的不施行心肺復甦術或維生醫療。所謂的「不予」，從刑法行為評價的標準觀察，究竟是作為或是不作為，必須進一步來探究。例如，所謂的心肺復甦術是指，針對臨終、瀕死或呼吸心跳停止而尚未死亡的病人，利用心臟電擊、人工呼吸或強心劑等來挽救生命。

而從病人死亡的因果流程觀察，所謂的不作為是指，不會對於整體因果歷程產生任何影響的舉止。換言之，行為本身如未啟動或加速構成要件結果的實現，但若有基於法規形成的保證人地位，行為人的不作為就等同於作為<sup>46</sup>。

當病人自身疾病開啟了邁向死亡的因果歷程時，醫師具備基於法令或契約等事實關係所形成的保證人地位<sup>47</sup>，即對病人生命負有積極的救治義務，心肺復甦術就等同在履行醫師的作為義務。是以，一旦醫師聽從病人意願而不予該項處置，整體評價上，醫師就可能構成刑法第 275 條第 1 項之不作為囑託殺人罪。

---

<sup>45</sup> 林東茂，註 13 文，頁 187 以下。

<sup>46</sup> 井田良，終末期医療と刑法，ジュリスト第 1339 号，2007 年 8 月，44 頁以下；井田良，註 3 文，16 頁以下。

<sup>47</sup> 例如，醫療法第 60 條規定：「醫院、診所遇有危急病人，應先予適當之急救，並即依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」或是醫師法第 21 條規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」屬於醫師法定的緊急救治義務。

#### 第四款 中止維生醫療處置的協助

所謂的維生醫療的終止或撤除，是指中止或撤除已經運作中的維生醫療設備或措施。在臨床醫療實際運作上，維生醫療設備是一當病人生命脫離緊急危險時，持續維持其身體機能的處置，例如，無法自主呼吸的末期病人，經插管後裝置人工呼吸器；相對者，上述的心肺復甦術則是病人陷入瀕死狀態下，短時間內回復生命象徵的急救程序，兩者具有先後使用的協力關係。

關於維生設備的中止或撤除，在刑法行為的判斷上究竟是作為還是不作為，同樣容有爭議。學說上有認為，拔掉鼻胃管或關掉呼吸器等處置，只是放棄醫療的附帶舉動而已<sup>48</sup>，其評價與責難的重點依然是醫師的不作為之態度<sup>49</sup>。

不過，本文認為，同樣透過因果歷程發展來觀察，當疾病自然開啟了邁向死亡的因果歷程時，在維生醫療設備的介入後，顯然成為病人得以持續維繫生命的關鍵。此時，原本疾病本身開啟的死亡歷程，就已透過維生設備的介入，轉換為全新的因果流程。

換言之，除非病人再度因病情惡化，無法在維生醫療設備運作下繼續存活，否則，凡是在設備能夠持續維持病人生命的期間，醫師基於病人的意思將其撤除或中止，後續的死亡結果，等同就是醫師透過中止行為，開啟的另一個加速提前導致病人死亡的結果（縮短病人生命），故評價上應是一種積極的作為行為<sup>50</sup>。

日本學說上就曾有主張，當醫師有治療義務的情況下而擅自終止醫療行為，將會成立殺人罪<sup>51</sup>。換言之，醫師終止維生醫療設備，若未得病人同

<sup>48</sup> 甲斐克則，註 19 書，頁 100-101。

<sup>49</sup> 張麗卿，註 31 文，頁 40 以下；林東茂，註 12 文，頁 106 以下；甲斐克則，尊嚴死と刑法〔医事刑法研究第 2 卷〕，成文堂，2006 年 7 月，頁 100-101。

<sup>50</sup> 相同見解：蕭映凌、黃清濱，初探安樂死與尊嚴死相關立法規範，醫事法學第 16 卷 2 期，2009 年 5 月，頁 60；武藤真朗，生命維持装置の取り外し—わが国の学説の分析—，收於：《『西原春夫先生古稀祝賀論文集（第 1 卷）』》，成文堂，1998 年 3 月，382-383 頁；石原明，医療と法と生命倫理，日本評論社，1997 年 1 月，319 頁以下；神山敏雄，作為と不作為の限界に関する一考察—心肺装置の遮断をめぐって—，收於：鈴木茂嗣編，《平場安治博士還暦祝賀現代の刑事法学（上）》，有斐閣，1997 年 7 月，124 頁以下。

<sup>51</sup> 在中止醫療的情況中，如果判斷醫師終止行為是否有正當化基礎的標準是醫師有無「繼續治

意，將會該當刑法第 271 條的作為殺人罪的不法構成要件；縱有得病人同意，也會成立刑法第 275 條的囑託殺人罪之不法構成要件<sup>52</sup>。

## 第四項 本文看法

從安寧緩和醫療條例的立法原意觀之，最理想的情境是當末期病人完全符合客觀無效醫療的標準後，表示所有的急救措施都無法縮短或延長病人的生命時，此時醫師無論是撤除或不實施維生醫療，都不會有涉及刑事責任的疑慮。但是，基於醫療的不確定性，無效醫療本身難以純粹從客觀上來驗證醫療行為的有效性。醫師若在錯誤的時點放棄急救，往往可能會導致仍有救治可能的病人喪失生命，此時醫師依然有可能面臨刑法的評價。

此外，當病人自主權利法推出後，除了瀕臨死亡的末期病人外，凡是植物人或陷入重度昏迷但短時間內不會死亡的病人，依目前之規定，也同樣享有尊嚴醫療的權利。關於此點而言，無論是撤除或是不施行維生醫療處置，都有必較仰賴刑法保護生命法益的態度來建構其正當化之依據。

有關於維生醫療的終止或不施行，不少論者認為，就醫學倫理上兩者並無區分必要<sup>53</sup>。但刑法從犯罪構成要件的創設到判斷，皆是圍繞於法益保障的理念來建構，當進行犯罪評價時，必然自有一套體系獨立的操作標準。

從上述分析可知，撤除維生設備與不實施心肺復甦術者，兩者在犯罪行為結構上分屬作為與不作為等不同型態。最後，從目前我國法規範觀之，上述四種類型的協助行為，不約而同於構成要件的判斷上，都會先行該當刑法 275 條第 1 項之不法構成要件。而相應於我國的安寧緩和醫療條例與病人自主權利法之規範內容，已經有條件的賦予撤除或自始不實施維生醫療措施等死亡協助類型之合法化空間，但對於更加積極的提供或注射藥劑等死亡協助，依然未有明確的法令規範。未來，是否有必要參考國外相關

---

療的義務」，而該義務的有無，如果需要仰賴病人的病情、病況與本身意願等做實質判斷，這樣的判斷，相較於建構不作為犯的構成要件該當性之保證人地位有無地探討來說，更傾向於一種利益衡量的思考，而利益衡量正好就是違法性層次應當處理的問題。參照：辰井聰子，註 37 文，頁 66 以下。

<sup>52</sup> 川崎友巳 刑法上における治療中止の許容範囲--治療中止の許容根拠と要件の考察 研修 744 号，2010 年 6 月，頁 4 以下。

<sup>53</sup> 何建志，醫療法律與醫學倫理，元照，2013 年 9 月，頁 248 以下。

之立法模式，同樣給予有條件的合法化依據，容待後續尋求社會共識與探討。

## 第四節 尊嚴醫療刑事正當化的法理

無論是安寧緩和醫療條例的瀕臨死亡的末期病人，或是病人自主權立法所規範的五種臨床條件的末期病人，刑法基於生命法益絕對保護原則的立場，縱然得到病人同意，初步觀之，依舊會先行構成刑法囑託殺人罪的不法構成要件，因此，對於這類尊嚴醫療的刑事合法化的依據為何，就有必要進一步探討。

### 第一項 從治療義務的觀點出發

首先，談到尊嚴醫療的適法性的問題，早期並非完全透過病人自主決定權的內涵，作為唯一適法性要件的論證。除了病人的自主決定權外，也可從醫師治療義務的界限來探討，亦即，如有客觀的證據或情況顯示（判決中提到的是複數鑑定意見），病人確實會在短期內死亡者，基於醫療的極限，醫師在沒有救治義務的前提下，撤除或中止治療不會成立犯罪。

關於治療義務的界限，德國相關的論述已於第六章中提到，相關的說法也受到日本學說上的支持，以下將進一步說明之。

#### 第一款 末期醫療的不確定性

末期病人有權要求尊嚴醫療，有學者從病人末期階段來觀察，普遍的治療效果都充滿著不確定性，而從此不確定的情況，來論證病人能否自主生命，進而解除醫師成立刑法上囑託殺人罪的成立可能性。縱然在常規醫療中，「醫療的不確定性」並非少見，一般會將此種不確定感視為一種容許風險，同樣的邏輯，在末期醫療階段，死亡到來本身已被充分預期，醫療的不確定性就如同無效醫療的思維相同，反倒可能成為醫師放棄治療的合法化依據，也就是形成了治療義務的界限。

詳言之，醫療的不確定性，在末期醫療上更加鮮明，隨著病情轉為重症，醫療技術的掌控能力必然降低，無論是積極治療或是放棄診療，最終都可能為走向相同的死亡結果<sup>54</sup>。此外，臨床實務上，縱然積極醫療的效果充滿的不確定性，但伴隨治療的痛苦或副作用卻不會減少。因此，某程度上，當病人病況不入末期，應當給予醫師行選擇是否解除醫療義務的權利。畢竟，基於治療效果的不確定性，病人本身正是這項風險的最終承擔者。另外，從主觀無效醫療來思考，病人對自己身體利益的主觀看法也需要受到重視<sup>55</sup>。

總之，當治療不確定性提高，同時伴隨嚴重副作用的影響時，治療本身是否有利於病人，無法僅從客觀利益的衡量來尋求答案。此時，尊嚴醫療的合法性判斷，就應進行利益權衡的價值評斷。正面的效益中，治療可能有機會得維持或改善病人的健康狀態；但負面效益中，同時會為病人身體帶來極大痛苦而影響生活品質，此時，此種病人主觀利益減損的重要性，就來自於一項前提的假設，假如治療能夠朝向改善病人健康狀態的目標前進，客觀的醫療利益將會優於主觀利益；但是，當病情邁入末期階段時，治療效果的不確定性將會顯著提升，優越利益存否的判斷，就會轉而傾向於重視病人主觀利益減損的問題。

由此可知，縱然基於治療效果的不確定性，可能得以導出末期尊嚴醫療的容許性，但治療的效益不再純粹客觀的觀念下，病人主觀利益的有無，也應當一併受到考慮。

## 第二款 治療義務界限理論

從客觀的無效醫療而言，凡是醫師基於專業之確信，無論採取何種治療手段都無法阻止病人邁向死亡時，醫師的治療義務就此解除。日本學說上有從無效醫療的相對位置展開論述，透過「無意義的延命治療」的概念來探討醫師治療義務與界限<sup>56</sup>。有意義的治療，並非純粹竭盡可能的延長

<sup>54</sup> 辰井聰子，註37文，頁71-73。

<sup>55</sup> 例如，抗癌藥劑效果的效力，很大的因素來自病人本身的體質，有時成功率可能遠遠低於50%。此時，病人一方面必須承受效果不確定性的打擊，同時強烈副作用必然也會影響其日常生活。在此情況下，縱然可能有持續的存活機會，但這樣的治療本身，對於本人而言或許已經沒有太大的意義。參照：田中秀一，がん治療の常識・非常識—患者にとっての最良の選択とは，講談社，2008年4月，頁38以下。

<sup>56</sup> 辰井聰子，註37文，頁68以下。

病人生命，如果醫療本身僅會為病人帶來負面痛苦，反倒是一種違反人性的野蠻行為<sup>57</sup>。

無意義的延命治療即能導引出所謂「治療義務界限理論<sup>58</sup>」。主要是從醫學實證的角度觀察，當醫療處置本身無法回復病人的健康，只能強迫其生命之延長時，醫師自始就無醫療義務。例如，家屬執意將病人從瀕死狀態救回、持續的心臟按摩僅僅延遲幾分鐘的死亡結果，相對的，在欠缺治療可能性的情況下，自始不開始此種過剩延命治療，對病人反倒成為最佳的醫療決策<sup>59</sup>。

不會涉及刑法評價的尊嚴醫療，是在不提前也不延緩病人死亡過程下來維繫病人的生前尊嚴。因此，醫師縱然違反病人或家屬的意願，逕自撤除維生醫療設備，也不會有任何刑事責任的問題<sup>60</sup>。其次，一旦維生醫療設備或急救措施有可能長時間的延長病人生命，縱然同樣屬於末期病人的類型（例如植物人或重度昏迷者），仍需進一步判斷病人的自主意願。

不過，值得提到的是，2004年英國Burke案件中曾有探討，病人如果對希望在面對將來死亡逼近且直到意識喪失時，醫院能繼續實施人工營養水分補給(ANH)，如果醫院拒絕該項醫療處置，將會違反病人於歐洲人權條約上的諸多權利<sup>61</sup>。

這也可以說是一種從反面論述病人是否具有請求醫療的權限，而請求的界限剛好也能視為醫師治療義務的界限。關於該案司法機關與立法機構都有提出自己的看法，法院認為，必須從病人的最佳利益來判斷，該項治療是否依然有所助益，而立法機構則認為，是否提供病人主觀要求的治療處置，仍應以醫療專家對於病人負有提供最佳醫療義務為前提。是以，最終如果基於醫師專業臨床判斷該項治療已無實益，就不能強制醫師實施病人所希望的積極治療。

<sup>57</sup> 井田良，註46文，頁39；參照：拙文，註21文，頁262以下。

<sup>58</sup> 橫濱地裁第4刑事部平成17.3.25判決。

<sup>59</sup> 町野朔，患者の自己決定権と医師の治療義務—川崎協同病院事件控訴審判決を契機として—，刑事法ジャーナル8号，2007年6月，50-51頁以下。

<sup>60</sup> 但基於病人自主的醫學倫理（尊重自主）理念，以及現行安寧緩和醫療條例第10條規定的要求，可能仍有行政制裁的問題。安寧緩和醫療條例第10條規定：「醫師違反第七條規定者，處新台幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得處一個月以上一年以下停業處分或廢止其執業執照。」

<sup>61</sup> 堀田義太郎、有馬齊、安部彰、的場和子，英国レスリー・バーグ裁判から学べること—生命・医療倫理の諸原則の再検討，生存学1卷，2009年2月，頁131以下。

## 第二項 從病人自主的觀點出發

從上述可知，治療義務界限理論主要針對的是瀕臨死期的末期病人，醫師得否凌駕於病人或其家屬的主觀意志，逕自不實施或撤除維生醫療措施。美國的急診室重症醫療，甚至早就將此觀念視為一種常規作業。不過，相較於瀕臨死期的末期病人，或許得以透過該項理論賦予醫師合法化之基礎。但多數的末期病人，其實離死亡尚有一段距離，治療義務界限理論無法充分的說明醫師施以尊嚴醫療的合法性。

因此，探討死亡協助的刑事合法依據時，最重要的核心思維應在於「協助」兩字的理解。所謂的協助應當是指，來自於病人自主決定權展現，當病人面臨到接近摧毀其人格尊嚴的痛苦時，在治療具有不確定性，甚至是無效的階段，就應當優先考量病人本身是否願意繼續治療的主觀意願<sup>62</sup>。

### 第一款 傳統被害人承諾的客觀限制

如同前述，尊嚴醫療的特殊性來自於末期病人生命質量顯然與一般的病人不同，基於人格尊嚴與臨終時期生活品質的維繫，病人能否放棄積極的治療，甚至請求醫師提早終結其生命。從傳統的刑法學理上的評價又呈現何種態度，以下先行說明之。

關於尊嚴醫療的容許性，在刑法評價的重點上，主要是從病人是否具有生命法益處分權限的問題出發。由於一般所謂的被害人承諾此超法規阻卻違法事由的內涵中，若將利益衡量說視為該事由的本質，背後則是形成一種病人主觀意思和客觀優越利益（生命、身體的保全）間形成衝突的情況。

採取自由主義的刑法觀，無論是自由、財產、身體，甚至是生命等法益，都應充分尊重個人的處分權限。然而，基於種種考量，並非全然毫無保留的給予個別法益持有者如此寬廣的自主空間。例如，基於父權與國家照顧主義的觀點，包含重大的身體法益、生命法益或是嚴重違反善良風俗

<sup>62</sup> 山口厚，註7文，頁227以下。

的財產或身體利益等之處分權限都會受到原則性的制約。長期以來逐漸形成共識後，轉而內化為被害人承諾的內在限制。不過，這項限制並非牢不可破，談及自由主義時，在公民社會下若未干預到他人合法權益，不法行為若是建構在對方自主的拋棄或處分法益的前提下，很難想像其應刑罰的必要性。

不過，特別就生命法益的處分上，生命法益的侵害是在根本上將人格抽離，個別的處分或放棄，自公民的危懼感中，不由得就會形成一種必須維護的法秩序與公共利益，而禁止該項處分權利的存在。例如，無論是醫師實施安樂死或尊嚴死，無非都是在挑戰保守人民的道德情感，與對於滑坡效應的恐懼。

是以，現行刑法規範的囑託殺人罪，就是典型的標示他人生命尊重的大旗下，禁止了自我毀滅的自主可能，也正是彰顯了他人生命不可侵犯的必要性，也有學者支持生命法益應當受到國家的全面性保護，並且援引德國基本法第 2 條第 2 項規定的精神，認為將生命視為個人法益是錯誤的。這是在當時德國受到納粹統治背景下的反動思潮，應將生命法益視為一種對於生命尊重的揭示，成為刑法上的超個人之公共利益<sup>63</sup>。

對於上述論點，有學者提出批判認為，如果從被害者具有自主權限的觀點出發，上述肯定生命與身體處分權應當全面限制的想法就須受到批判。也就是說，一方面將支配法益視為一種權利益的角度出發，是社會風俗與道德感等情況，嘗試介入保障某種特定利益的父權主義，顯然會侵害到此項支配權益，而與自主決定的思想相互矛盾<sup>64</sup>。

綜上可知，關於囑託殺人的可罰性是來自於國家禁止生命法益可供人民自由處分的基本態度，於今日社會的倫理評價上並未產生太大變化。作為一種通案性的刑法規範，於法政策上僅能從個別殺人之行為與結果等，進一步來思考與論證，於末情病人的醫療情境中，建立特殊的阻卻違法之標準與依據。

<sup>63</sup> 須之內克彥，刑法における被害者の同意，成文堂，2004年3月，頁67以下。

<sup>64</sup> 須之內克彥，前掲書，頁68-69以下。

## 第二款 生命法益保障的相對化

刑法對於生命法益的保護是採取絕對保護原則的立場。依我國刑法第 275 條規定，對於受囑託或承諾的殺人行為，仍須受到處罰，就是秉持這項立場。然而，在末期病人的情況下，是否例外享有處分生命法益的可能性？首先，有論者認為，生命權是一切權利的基礎，無生命的支撐，其餘權利都會失所附麗<sup>65</sup>，這樣的看法幾乎受到多數宗教信仰贊同<sup>66</sup>。

相對的，反對論者則主張，生命的保護並非絕對。基於人性尊嚴與維護自主決定權的考量，應當需要承認在某些特殊情境下，必然會有更高的價值優先於生命權的保護。尤其，人性尊嚴是現代民主法治社會普遍承認的價值理念，尊嚴之有無，看重的是人類生命的品質，而非量化之延續<sup>67</sup>。因此，基於基本尊嚴的維繫，在末期醫療中，應當讓末期病人對生命保有最終的自主權利<sup>68</sup>。例如，在荷蘭早已制定所謂「受請求結束生命與幫助自殺審查法」，屬於一種提前結束病人生命的尊嚴醫療。

綜上，從自主決定權的角度來思考，當生命狀態無法順利支持病人自主生活，延展人格時，當具體個案中，運用醫療作為結束病人生命的結果，反而幫助病人從痛苦中解放出來。這就如同賦予病人對自己生命的自主處分權限，形成一種生命保障原則從絕對到相對的過程<sup>69</sup>。而就合法化的依據來說，主要應從程序上確保病人是否出於自主、真摯的意思，希望醫師給予終結生命的協助。

<sup>65</sup> Louis P. Pojman 著，江麗美譯，生與死：現代道德困境的挑戰，桂冠，1995 年 5 月，頁 56。

<sup>66</sup> 傅偉勳，死亡的尊嚴與生命的尊嚴，中正書局，1993 年 7 月，頁 113 以下。

<sup>67</sup> 「自主權雖是當代的觀念，但是早在西元第一世紀，斯多亞學派哲學家塞那卡便以『生命品質』的概念，承認了人有自殺的『特權』。在其『自殺論』一書中，塞那卡認為：『單單活著並不夠，你必須要能活的好。...聰明人總是考慮自己的生命品質，而非時間長短，只要生命中出現太多問題，攪擾到他平靜的心靈，他就會解放自己。這個特權屬於他自己。...他將仔細衡量，瞭解自己是否應該就此結束生命。他不畏懼死亡，...因為當一個人所剩無幾時，就不會有太多損失。這不是早死晚死的問題，而是死的好不好。好死的意義就是避免賴活。』」參照：楊秀儀，註 3 文，頁 6。

<sup>68</sup> 古川原明子，註 38 文，頁 101 以下。

<sup>69</sup> 生命價值相對化是從結果無價值的觀點進行開展，對應在臨床醫療倫理與規範終，就是在探討醫療義務相對化的議題。參照：甲斐克則，註 49 書，頁 8 以下；青柳文雄著，安富潔編，刑事裁判と国民性（医療編），信山社，1989 年 6 月，頁 49 以下。

### 第三項 從第三人決定的觀點出發

在末期病人是否享有尊嚴醫療的問題上，對應於刑法評價的問題，就是在探討醫師的各種死亡協助，是否具有合法化之依據。如同前文，基於末期醫療的特殊性，原則各國逐漸都已承認病人得以請求醫師協助處分其生命法益，但是臨終前極端痛苦的病人，已陷入意識不明的狀態，如果只能透過醫療維生設備來維持生命，但病人無法表達其意願時，醫師可否基於合理的推測，或是基於家屬的請求，判斷病人應當有意撤除或終止治療，這點在病人欠缺同意能力或沒有同意可能性的前提下，醫師的協助本身是否得以阻卻違法，不無疑問。

相關的探討，日本從有所謂的川崎協同病院事件<sup>70</sup>。本案事實為，因支氣管導致重症發作而入院陷入沉睡狀態的病人A，藉由該主治醫師被告B，撤除了確保其支氣管順暢的軟管後，以靜脈注射的方式將肌肉鬆弛劑注入，導致B窒息死亡件。本案判決認為，治療中止的正當化事由可推導出：①醫師治療義務的界限（病人回復可能性和平均餘命的多寡）和；②病人同意。但是，本案中，醫師並未針對病人的餘命等判斷進行相關的腦波檢查，而從症狀發生後的二周間，也未對回復可能性進行判斷。

此外，最重要的是，關於是否取得病人本人同意的部分，病人接受治療時，對於撤除維生醫療設備等問題，並沒有明確的想法與認知，同時，病人在沉睡的狀態下，醫師是基於放棄病人有機會康復的家屬請求才為之，但這項請求本身，醫師也沒適度的給予有關於病人病情等之適切情報後再次與家屬確認，自然也不是基於病人意思的推測。本判決基於上述指摘，原審判決醫師B懲役1年6月，緩刑3年<sup>71</sup>。

從上述案例的法院判決可知，當末期病人沒有同意能力或欠缺同意可能性時，關於尊嚴醫療的實施，並非完全不能交由第三人來決定。此代為決定者，可能是家屬、醫師、甚至是法院等。不過，這項決定究竟該如何取代本人同意後，也能阻卻醫師成立殺人罪的可能性。

<sup>70</sup> 加藤摩耶，末期医療における患者の死に直結しうる治療中止の許容要件，年報医事法学第21号，2006年8月，頁142以下；田坂晶，重篤な患者への治療の中止と殺人罪の成否—川崎協同病院事件控訴審判決，同志社法学60卷8号，2009年3月，頁4715以下。

<sup>71</sup> 平成21年12月7日刑集63卷11号1899頁。

關於這項問題，主要的探討應焦點在於，刑法對於推測承諾與緊急避難的概念與運用。所謂的推測承諾，是建立在行為人無法同意的情況下，透過其最佳利益與可能知悉的主觀意願來為其做出決定，另外，所謂的緊急避難，則是當避難行為所生損害未超出所欲避免損害的程度方能阻卻違法。而此處所謂的損害，則是法益持有者相異主體間的法益侵害所招致的損害<sup>72</sup>。

一般來說，緊急避難是在處理面臨緊急危難者，為了拯救陷入侵害危難的法益，由第三者所為之避難行為，由於避難行為本身保全了他人利益，這與推測承諾為他人利益所為之決定的概念相似，但本質上卻是截然不同的概念。例如，陷入意識不清的末期病人，究竟是將「生理持續痛苦」的損害與「想要從痛苦中解放而死亡」的損害兩相衡量；還是對於病人身體完整性的侵害和病人生命法益喪失之損害等相衡量。無論是哪一種情況，顯然都與典型的緊急避難不同，是一種受保護利益主體內部損益相對立的情況。而在此情況下，是否也有緊急避難規定適用可能性，就形成了問題。

以下本文先就德國近年司法實務的判決的相關看法介紹說明後，再為探究推測承諾與緊急避難，何者能夠適切作為的三人同意尊嚴醫療的刑事合法化事由。

## 第一款 德國司法實務判決的考察

### 第一目 2010 年德國聯邦法院判決

圍繞於刑法死亡協助的正當化的探討，德國聯邦法院於 2010 年 Putzfall 事件所做的判決中，變更了僅不處罰不作為的消極死亡協助此以往的既定見解，並且透過病人同意以及推測承諾等理論，以及客觀意思的推定等，持續朝向以病人自主決定權尊重的方向，將積極的死亡協助納入了具有正當化的可能性。這案判決的重要性在於，重新建構了死亡協助適法

<sup>72</sup> 例如，在攻擊性的緊急避難中，避難行為者是透過攻擊他人的法益，來保全受保護者的利益，兩者利益的衡量是來自於受攻擊者與受保護者的不同利益。關於攻擊性緊急避難的說明，詳請參照參照：周漾沂，論攻擊性緊急避難之定位，國立臺灣大學法學論叢 41 卷 1 期，2012 年 3 月，頁 403 以下。

性的內容，無論作為或不作為，都能採取推測承諾的法理予以正當化<sup>73</sup>。

本案被告律師 X 擅長於緩和醫療領域法規，自 2006 年以來，有一名老婦人 A 因腦出血而意識不清，被診斷身體沒有復原的可能性。於是 A 被安置於某處的老年照顧中心，同時裝置鼻胃管灌流營養，維持生命。A 的家人 B（女兒）於 A 陷入昏迷前約一個月左右，曾向 A 詢問，假如陷入昏迷該如何處理？A 告知不需要人工營養或人工呼吸器等任何形式的延命措施。初期，A 的丈夫被選認為監護人。

但當 B 請求監護人拔除人工營養胃管時卻遭拒絕。之後，被告就與 B 共同努力嘗試要求醫院中斷 A 的人工營養設備。後經被告申請，B 被任命為監護人，A 的家庭醫生也支持監護人 B 等的想法，認為早就沒有繼續實施人工營養灌食的必要性。但是，A 所在的安養中心之主管與職員卻持反對意見。

由於，安養中心僅負責 A 生活照顧，營養補給則是交給 B 等家屬處理。2007 年 12 月 20 日，B 將人工營養導管撤除，同時減少了水分的補給。但隔日經照顧中心發現後又接回該導管。之後，檢察官就以被告和 B 等觸犯作為殺人未遂罪的共同正犯起訴。B 則依據地院的判決，屬於聽信專業建議而產生無法避免的禁止錯誤，而為無罪判決，但被告則依舊遭判處殺人未遂罪，同時予以緩刑。

按經上訴至聯邦法院，改判被告無罪。判決中有幾項重點<sup>74</sup>。

## 一、作為與不作為的區別

聯邦法院認為，依據本案一審法院的判決意旨，被告 X 行為在刑法第 24 條（德國緊急避難的規定）的適用下，是為保全 A 身體完整性和自主性的現在危難而犧牲 A 更高位階的生命法益，兩相權衡後顯然要排除其適用可能性。因此，本案殺人行為的正當化要件的關鍵，是在於照顧人 B 主張的病人意思，也就是中斷人工營養補給、該補給的續行或不再開啟等，是

<sup>73</sup> 山中敬一，臨死介助における同一法益主体内の利益衝突について：推定の同意論および緊急避難論の序論的考察，近畿大学法学第 62 卷第 3、4 號，2015 年 4 月，頁 268 以下。

<sup>74</sup> 山中敬一，前掲文，頁 270-273 下。

否有明確得到 A 的同意。

由於一審法院在根本上否定了病人同意得以作為此種死亡協助的正當化事由。不過，聯邦法院於本案判決中，不同於以往常態，強調並不拘泥於以往實務所建構的作為（積極）或不作為（消極）等，從外觀建構享有不同法律效果的死亡協助種類<sup>75</sup>。

詳言之，無論是消極或積極行為，皆屬從外部現象來設定其後續的效果基準與區別，這對於試圖尋求個案妥適性的判斷而言，此界限的設定並不適當。此處所謂的界限是指，根據歸咎於不作為，或是歸咎於治療行為中斷等病人意思，能夠承認的界限。因此，就區別性而言，必須要找其他的標準方為妥當。而這樣的基準應當是從死亡協助和稱為中斷治療（尊嚴醫療）概念自身，以及從憲法法秩序為背景的個案法益衡量所導引出來。

## 二、探詢病人真義是主軸

對於期盼中止治療的病人而言，必須考慮的是，個案中病人是否有放棄法益的具體證明，並且法規範上有無設定嚴格的配套基準給予輔助。特別是，如果在過去有病人口頭上曾有表示，卻欠缺書面指示的情況下，就會成為法規範必須進一步解決的問題。由於中斷治療的正當化的依據，不僅僅限於病人本身的意思，或是照顧人、全權受託人等，對於第三人，諸如醫師、照顧人，以及對於其他受到全權受託人等，凡是能夠探求到病人真義，都能作為一種合法化之證明。

## 三、推測承諾的容許性

本判決於整體上是朝向於尊重病人自主決定權的方向邁進。在消極的死亡協助方面，如果將治療中止視為一種不作為，如果依循前文所謂的治療義務界限理論的觀點，將醫師視為沒有治療作為義務的情況下，藉此採取否定構成要件該當性的解決方法，將會與本案聯邦法院採取的「不論作為或不作為」，凡是基於病人現實上或推定上的意思，作為治療中止的適法

<sup>75</sup> 亦即，僅有在不作為（自始不介入）的死亡協助方可能基於正當化事由而具適法性，如果是積極的作為，將一律視情況成立殺人罪或囑託殺人罪。

性來掌握其正當化基礎的思維途徑，區隔開來<sup>76</sup>。

一直以來，關於中止或撤除等尊嚴醫療的行為定性，在解釋論的疑義就不曾消失。例如，醫師關閉病人身上的人工心肺循環設備，在所謂面對救助方向的因果流程的案例中，將其關閉會伴隨最後結果因果流程的變更，而明確的被視為一種作為型態。

相對於主張為不作為的理論則認為，如果沒有開啟醫療維生設備的話，也不會有關閉的動作出現，如果將前者視為不作為的話，若將後者視為前者的延長。類似的看法尚有，利用整體的動作舉止過程中，何者為非難重點的曖昧標準來判斷作為與不作為的區別，同時將中止治療視為一種不作為。這顯然存有試圖將刑法上原本帶有積極意外的死亡協助類型，視為消極的死亡協助，進而賦予其正當性的政策性考量<sup>77</sup>。

而從本判決的說明可知，無論治療中止的型態為何，其可罰性皆應從正面來進行探討。原先追求生命絕對保護原則的德國刑法中，以尊重自主決定權的基礎上，導致了絕對原則鬆動的浪潮，為了避免原先原則的瞬間崩解，應當限定於迫切逼近死亡期間的欠缺同意能力的病人，第三人的推測承諾正當化理論方為必要<sup>78</sup>。

## 第二目 1994 年德國聯邦法院判決

本案的事實為<sup>79</sup>，病人為 72 歲罹患失智症女性 A，依據其兒子 X 的同意，並依據醫師書面指示，要求安養中心的照顧員中止了維生營養設備，但安養中心主管對此感到疑慮，但工作人員最終依然依該指示中止之。根據醫師診斷，病人失智症狀確實已經走到無法回復的狀態。針對醫師及 X 不作為殺人罪的問題上，是否有正當的依據。

<sup>76</sup> 西元加那，治療中止における患者の自己決定—治療中止に関するドイツの立法・判例を手掛かりに—，東洋大学大学院紀要 54 集，2017 年 3 月，頁 22 以下。

<sup>77</sup> 山中敬一，註 73 文，頁 275 以下。

<sup>78</sup> 西元加那，治療中止における患者の自己決定—治療中止に関するドイツの立法・判例を手掛かりに—，東洋大学大学院紀要 54 卷，2017 年 3 月，頁 23 以下。

<sup>79</sup> 武藤真朗，人工的栄養補給の停止と患者の意思——ドイツにおける判例を素材として—，東洋法学第 49 卷第 1 号，2005 年 9 月，4 頁以下；Albin Eser，甲斐克則・三重野雄太郎訳，近時の判例から見た臨死介助と自殺関与，刑事法ジャーナル 37 号，2013 年 9 月，57 頁以下。

首先，一審法院認為此案並非消極死亡協助，無論是醫師或是病人兒子都會成立殺人未遂罪。所謂的消極死亡協助是指，根據醫師的判斷，病人將會持續不可逆轉的痛苦至死亡為止，並以瀕臨死亡此時點為前提，探討其正當性方有意義。換言之，如果病情進展到此階段，將會允許醫師中止呼吸、輸血或人工營養等之延命措施。但是，本案顯然並未進展到上述階段。

相對於地方法院的看法，聯邦法院認為，縱然尚未發展的瀕臨死亡的階段，基於病人意思的推定，依然能夠阻卻違法，有鑑於本案的特殊性以及對於病人自主決定權的尊重，縱然醫師的治療已經開始，也不能排除醫療中止行為合法化的可能性。對於沒有同意能力的病人，主張推測承諾的前提，應須衡酌生命保護等重大利益，進而審慎嚴格的設定判斷要件。諸如，推測的時點應當是在病人面對疾病的苦痛時，基於宗教、病人過去的文書或口頭上所表明等意思，也應該要進行斟酌與衡量。此外，必須思考客觀上的基準，特別是對於合理或是通常處方等之判斷，是依循病人的利益來思考，而非獨立於病人本身之外的客觀思維。

值得進一步探討的是，個案中，如果無法尋求得以認定病人推測意思的具體證據時，應當能夠追溯到一般價值表象等相當性的基準。但是，考量時應當秉持著謙抑性。當有懷疑時，應當根據醫師、家屬或其他相關人等的考慮，人類的生命保護也會改為居於較為優越的位置。例如，醫師的預後希望是否微薄或病人離死期有貼近等、具有人類尊嚴與價值的生命期待多寡等。換言之，當病人離死期越加迫近的話，一般也較容易被推定病人將會選擇中止治療<sup>80</sup>。

### 第三目 綜合探討

推測承諾如果配合自主決定權來思考，應是一種擴大個人自主決定於現實上與規範上的射程範圍。但是，終究推測本身就是一種或然率的評估，無法精確符合病人假定當下具有同意能力時的確切想法。因此，推測承諾本身的判斷與標準，往往就容易往客觀現實利益的尋求流動。從而，純粹客觀利益最大化的探尋，其實正是緊急避難的任務，而非推測承諾。例如，對於完全與永久欠缺同意能力的病人，醫療抉擇需反映出過去個人的希望

---

<sup>80</sup> 甲斐克則，終末期医療と刑法，成文堂，2017年11月，頁49-50。

和現在乃至於將來等利益間的衝突，因此最終必須做的依舊是在「利益衡量」的操作，能夠做出這種衡量者也正是緊急避難。

因此，於尊嚴醫療的領域中，將治療的中止，視為如同自始不開始治療，為一種不作為的構成要件行為態樣。從保證人地位的有無來試圖於構成要件層次中阻卻醫師囑託殺人之違法性，是非常明顯的。主要的原因就在於，在構成要件層次中，無須衡量病人之利益，僅需從治療義務的有無，以及病人本身的意願等來判斷，醫師的保證人地位是否解除。

根據以上說法，德國聯邦法院所支持的推測承諾理論，以及德國學界探討適用緊急避難理論可能性的對立，該如何進一步思考與處理兩者間的差異，以及在尊嚴醫療第三人同意的領域中，究竟何理論的運用較為符合尊嚴醫療得以阻卻殺人罪違法性的想法，尤其在同一法益主體內的利益衝突時，是否能夠主張緊急避難？以下將分別說明兩者的運用可能性，最後提出本文之觀點。

## 第二款 推測承諾與緊急避難的適用

基於病人自主決定權的優越性，個案中如果能夠透過受害者同意或得以推測承諾來做為正當化的合理基礎者時，就沒有必要透考量緊急避難的適用可能性。主要有三種類型。依序為，同意能力欠缺持續存續性；其二為，違反本人之意願；其三為，同意受規範所禁止<sup>81</sup>。

### 第一目 欠缺持續性的同意能力

所謂欠缺持續性的同意能力的情況是，如果接受侵襲者為新生兒或幼兒等之情況。相對的，如果只是暫時性欠缺同意能力，例如，因交通事故陷入意識不清，但沒有緊急危險。如同前章有關於新生兒醫療決策的探討，自始欠缺持續性同意能力的病人，只能從客觀上來評估其治療的最佳利益。

此外，在消防員為免五歲孩童遭火燒死，從二樓將其丟下一樓，造成

<sup>81</sup> 山中敬一，註 73 文，頁 278-287 以下。

兒童手臂受傷但卻保全了其生命法益的案例中，由於消防員必然存有傷害小孩的未必故意，而傷害罪的正當化事由，就很難從孩童主觀的想法中去推定，因為顯然欠缺同意能力的孩童必然會強烈拒絕這項作法<sup>82</sup>。

在此情況下，所謂的必須衡量的利益，只能迴避個人主觀意願的評估，而應從純粹客觀生命法益與身體法益間的權衡，來得到阻卻違法的依據。此時，自然也會違反推測承諾的本質，是側重個人意願來阻卻違法的理念。

## 第二目 違反本人的意願

所謂違反本人意願的情況是，例如，為了阻止自殺結果而拘束該者人身自由之人，是否會該當刑法的私行拘禁罪的不法構成要件？假若能將自殺視為一種違法行為的話，這項阻止他人「觸法」的行為就具有正當性。不過，我國刑法 275 條規定中，分別設立了囑託殺人與教唆幫助自殺等罪名，因此，縱然自殺本人無法可罰，但將其視為正當行為也是有困難的<sup>83</sup>。

但是，如果是阻止他人自傷的行為，可能就更加難以正當化。例如，盡力阻止自殘者，將會成立強制罪的不法構成要件，同時，行為人依照自身意願來殘害自己，不能說直接視為一種違法行為，從而，阻止自傷行為很難被視為具有正當性。無論自殺者或自傷者，事前的意願非常明確，如果依其意思來進行推測，反倒會被為應當協助其所期望的死亡或自傷。如此一來，同意論和推測承諾論的運用也無法合理解決這項問題。

因此，在這類的案例中，就形成了能否適用緊急避難可能性的探討。首先，肯定說主張，緊急避難的避難行為與發動，原則上與即將受難者的主觀意思毫無關連。在自殺的案例中，由於拯救生命此項具有優越價值的法益，剝奪身體完整性以及身體自由，毫無疑問就會受到容許。

相對於此，否定說則認為，同一法益主體內的法益對立，不能適用緊急避難為，此時應該尊重當事者的自主決定權<sup>84</sup>。據此，自殺決定者的自主決定權此項利益就會被視為置於生命法益之前，優先受到考量。此外，如

<sup>82</sup> 井田良，講義刑法学・總論，有斐閣，2008年12月，頁302-303以下。

<sup>83</sup> 西元加那，自殺関与・同意殺人の法的性質について，東洋大学大学院紀要 51 卷，2014年3月，頁30以下。

<sup>84</sup> 山中敬一，註73文，頁280-281。

果自殺者本身的自殺決定並非基於意思自由下所做的選擇，自然能夠推測其正常時的人格狀態，透過推測承諾來避免阻止自殺可能構成的強制罪或私行拘禁罪等不法構成要件該當性。

### 第三目 規範上無法同意的情況

所謂無法同意是指，傳統上基於法益處分於規範被禁止的情況。例如，刑法 275 條的受囑託殺人罪，是一種殺人不法與責任雙重減輕的立法規定，但在依然具有可罰性的情況下，基於特殊的情狀，如病人自主決定權優先於生命法益的保障時，如果行為人放棄了刑法對其之保護，就沒有必要視為可罰的殺人行為<sup>85</sup>。

但有問題的是，所謂的不作為消極死亡幫助。對於瀕臨死亡時點的病人，能夠藉由人工營養補給或人工心肺循環等裝置作為嘗試延長病人生命的處置，在沒有實施這類處置的情況下，任憑疾病開啟的自然死亡因果流程，達到死亡的情況，或是在裝置已經運作的情況下將其撤除的情況，這並非作為，而同樣視為不作為的消極死亡協助時，基本上如出自於病人真摯意願就不會遭到處罰。不過，當無法透過病人同意或推測承諾時，就希望藉由緊急避難來阻卻違法。

詳言之，在德國，一直以來都習慣將心肺循環設備移除等視為一種消極死亡協助的「不作為」類型，並且透過否定醫師的作為義務，進而於不法構成要件該層次中來阻卻醫師犯罪成立的可能性，這是在判例或學說中能被掌握的普遍觀點。

由於病人拒絕醫師著手治療的意願，被視為基於自主決定權的表現而受到尊重，如果沒有禁止醫師持續性的實施侵入性等級治療，反倒會被視為醫療專斷行為而受到處罰。換言之，如果醫師持續治療被視為違法的情況，不實施續行治療，就等同於是在沒有作為義務下的合法行為，不會有成立不作為犯的問題<sup>86</sup>。

<sup>85</sup> 西元加那，自殺関与・同意殺人の法的性質について，東洋大学大学院紀要 51 卷，2014 年 3 月，頁 25 以下。

<sup>86</sup> ローゼナウ ヘニング，甲斐克則、福山好典訳，ドイツにおける臨死介助および自殺幫助の権利，比較法学 47 卷 3 号，2014 年 3 月，頁 215 以下。

另一方面，學說上也有將中止醫療視為作為型態，並且透過緊急避難的規定給予正當化。其中，所欲衡量的利益是，讓痛苦終結和生命續行的利益，兩者間的衝突與對立。通常，基於生命絕對保護原則的理念，生命法益具有自始的優越性，但例外於末期病人等場合，就會有不同的看法出現。換言之，主張緊急避難作為正當化途徑立場者，是在認為法律明文禁止人民處分生命法益的前提下，從客觀上權衡生命法益與在伴隨著人類尊嚴而死亡的利益間，後者將例外優於前者的判斷結果下，阻卻醫師囑託殺人罪之違法性<sup>87</sup>。

### 第三款 關於推測承諾的運用

由於能被推測的基礎事實是，過去被害人曾經的意思表示或語言動作等作為資訊，是對於現在意思的推定。而將此視為前提，分為以下短暫性無同意能力的情況和持續性無同意能力的情況來進行說明。

#### 第一目 短暫性的無同意能力

所謂短暫性無同意能力狀態者的現實意思，除了以過去的意思表示和言行舉止視為徵兆來進行推定外，並無他法。因此，一旦完全無法從該項徵兆找出線索的情況下，就無法適用推測承諾來阻卻違法。例如。交通事故中，身負重傷陷入意識不明的被害人，被診斷有必要送至醫院進行緊急手術，醫院如果對於該者姓名與身分都無法知悉的情況，就是明顯的案例類型。在此情況下，醫師無法探詢病人主觀的意思。

德國實務認為，必須從客觀的認定視為其意願基準。上述聯邦法院的判例中曾提到，具體個案中，如果無法找出有利於病人個人意思推定的資訊，就需追溯至一般通常價值性表象基準。也就是從客觀外部的角度來探詢推測行為人主觀意思。根據聯邦法院的說法，對於推定個人的主觀意思，無法找到充分線索時，就無法推定該者本身的意思，某種程度上就是暗示客觀價值要素並非獨立，而是以補充性，追加的徵兆等受到援用<sup>88</sup>。

<sup>87</sup> 山中敬一，註 73 文，頁 283。

<sup>88</sup> 山中敬一，註 73 文，頁 284。

完全沒有推定個人意思的證據資訊時，不得已僅能以一般的客觀價值等作為線索。這項說法在學說中也受到廣泛支持。但是，相對來說，這也形成了違背推測承諾，是基於尊重個人自主決定權的基本立場為出發的批判。甚至可以說，轉為客觀判斷的結果，就等同進入了將客觀利益衡量視為基準的緊急避難等概念領域。

因此，如果強調推測承諾是重視個人主觀意思的論理途徑，導入顯然與推測承諾本質截然不同的客觀利益判斷基準，可能就難以說明本身是基於個人自主決定權的保障而需放置於優先適用的位置<sup>89</sup>。換言之，這類情況下，似乎僅能從客觀利益的權衡中，參考緊急避難的操作來尋求病人的最佳利益。本文認為，針對某些末期病人，當無法探詢或推估其主觀意願時，是否能依據緊急避難的操作來阻卻醫師實施尊嚴醫療的合法性，可能就需更加審慎的權衡與判斷。

## 第二目 持續性的無同意能力

所謂持續性的為同意能力是指，例如，罹患失智症的病人，同意能力已經無法回復的情況，依據德國民法 1896 條規定，透過醫療指示照顧人的指定代為表達醫療上的同意（德國民法第 1903 條第 1 項）。而在沒有醫療指示照顧人的情況或是無法聯絡到照顧人的情況，德國民法 1908 條第 1 項與第 1846 條則規定，如於緊急必要，而無法取得法院決定時，醫師應推定本人的意願為之。

但是，如同上述說明可知，根據學說的想法，如果在無法推測病人的主觀意願的情況下，透過從過去可能表達過的意願或傾向來判斷現在可能的意思，並非十分明確。相對的，採取緊急避難來進行客觀利益衡量即成為較為妥適的方法。

不過，現實上當被急救的病人，可能在過去也未曾想過面臨此種情況該如何選擇，因此，關於推測的部分，病人先前有無表明過何種訊息，其實並非重要，關鍵依然是在於，當現在病情正在發展中時，病人如果確切知悉疾病的意義與可能對其身體或是生命帶來的影響等，在此前提下該者

<sup>89</sup> 山中敬一，註 73 文，頁 285。

會做出何種反應或有何種打算等，方為具體必須予以掌握的推測資訊<sup>90</sup>。

此外，在完全不具同意能力的新生兒或幼兒等情況下，原則上會依據法定代理人的同意來進行相關的侵入性醫療活動。假若於緊急情況下無法取得法定代理人的同意，一般來說，醫師就會轉為推測法定代理人的意思。即使是法定代理人不能行使該項權利的狀況，僅僅限於身為法定代理人的具有處分權限者，該者的意思會成為有關於侵襲的適法性判斷之基準。法定代理人大致上是病人的雙親，因為是在子女幸福範圍內為處分，推定該者的意思應該是合理的，不過當推測的意思不合理時，依然需要優先從客觀利益來保障孩童的最佳利益<sup>91</sup>。

## 第四款 關於緊急避難的運用

### 第一目 學說上的探討

關於緊急避難能否於尊嚴醫療中作為第三人同意的合法化基礎，多數的學說認為，縱使緊急避難在此尊嚴醫療的個案中，所形成的是一種法益主體內部的法益對立，多數說依然將其視為得以正當化之事由。不過，依然需考量病人自主決定權的優先性。

換言之，當病人具有同意能力時，或是有實施推測承諾可能性的情況下，基於病人自主決定權的維護，就不會有適用緊急避難的問題。不過，學說上也有認為，對於同一法益主體內部的利益衝突之情況，應當不能適用緊急避難的規定，但也認同，如果病人同意本身是在法律上或現實上無法為之時，例外應能適用緊急避難來處理，根據這個看法，多數說的結論並無不同<sup>92</sup>。

進一步而言，關於否定同一法益主體間適用緊急避難之見解，主要是認為，縱然現實上無法使用推測承諾，由於緊急避難本身依然不能超越自主決定權的界限，是以，病人如果欠缺同意能力，依然不得直接適用緊急避難來作為第三人尊嚴醫療的合法化基礎。換言之，對於當事者無法賦予

<sup>90</sup> 山中敬一，註 73 文，頁 285。

<sup>91</sup> 山中敬一，註 73 文，頁 286。

<sup>92</sup> 山中敬一，註 73 文，頁 287。

自主決定的權限的背景下，不能容許透過緊急避難規定的適用來侵犯病人的自主決定權<sup>93</sup>。

例如，刑法 275 條囑託殺人罪之規定就顯然是在作為一種禁止處分法益的規定，主要是透過法規範來剝奪應當尊重病人自主決定的此項機能。所謂自主性原則的制約原理是，當事人主觀的決斷超越了該項法制約的領域中，導出了不超越法規範約束的結論。自己決定權是法規範性的制約，而在不能放棄生命的法益的情況，反倒透過緊急避難規定的適用，迂回的給予正當化的效果，就結果而言，顯然是藉此擴大行為者侵害可能性的情況，自然是不被允許的。

不過，本文認為，反對說的想法如果是建立在完全禁止生命法益的處分之前提上，當然就會導引出必須進一步思考是否能夠適用緊急避難的結論。但是，在現今強調生命法益保障相對化，各國都在尋找如何建構阻卻囑託殺人罪等促成死亡協助合法化的理論依據，基本上應須回歸病人自主權益保障與人格尊嚴客觀價值化等兩大方向，來思考病人推測承諾與緊急避難間的適用關係<sup>94</sup>。

## 第二目 緊急避難的原理

關於緊急避難的正當化原理，落實到具體的操作中，就是一種優越利益衡量法則<sup>95</sup>。不過在德國，也有提倡緊急避難是從社會整體的觀點與脈絡來觀察，對於社會而言是否具有正當化價值的「功利主義的正當化理論」。

另外，最近受到較多注目的理論，則是特別從攻擊性的緊急避難的被攻擊者之忍受義務的正當化所使用的「連帶理論」。在有關於尊嚴醫療中，是否能讓病人此同一法益主體內的利益衝突問題的範圍內，主張緊急避難給予合法化之依據，以下先就上述學說進行詳細的說明後，最後再提出本文的立場。

<sup>93</sup> 山中敬一，刑法總論，成文堂，2015 年 8 月，頁 567 以下。

<sup>94</sup> ローゼナウ ヘニング，甲斐克則、福山好典訳，註 86 文，頁 215-216 以下。

<sup>95</sup> 松原芳博，刑法概説，成文堂，2018 年 11 月，頁 33 以下；高橋則夫，刑法總論，成文堂，2018 年 10 月，頁 319 以下；大古實，刑法總論，成文堂，2018 年 4 月，頁 167 以下；福田平，刑法總論，有斐閣，2011 年 10 月，165 頁。

## 一、功利主義的正當化理論

所謂功利主義下的正當化理論是指，違法性並非從個人利益觀點來開展，而是從做為社會全體構成份子的觀點判斷的概念。當社會構成份子的兩項個人利益有對立衝突時，應該檢驗的是哪一項利益優先，對於社會全體利益與價值秩序的結果來說是有利的<sup>96</sup>。這項見解並不排除同一法益主體內部利益衝突時，得以適用緊急避難的可能性。如果個人內部較具高價值利益，對於社會全體成員而言，會帶來正面的利益與好處，自然就能適用緊急避難來阻卻違法。

至於在具體適用時，何者實際上可以視為對社會全體具有好處或具有效益，判斷上顯然會有困難，於是就形成了本說對於有益性概念說明不慎明確的批判。對於社會來說，何者為有用處與有價值，可能會多方涵蓋各方面的考量，如政治、文化、科學經濟等面向，因而，從什麼樣的觀點來進行衡量，無論是有好處或有無價值，都可能有導致眾說紛紜的不同看法<sup>97</sup>。

原則上，對於功利主義為根據的批判，是從個人主義的觀點，認為進行超越個人利益的整體有益性等結果結算此事，顯然是逾越了承認違法秩序的個人界限，將獨立的個體納入全體當中的利益狀態所構成的一部分來進行處理，有認為是剝奪了個人於法律中受到保護的地位。

## 二、連帶理論

緊急避難的正當化原理，根據目前通說的想法，是採取所謂的優越利益說。簡言之，在緊急危難下，拯救了優越利益的行為就被認為具有正當化的結果。

不過，如果在攻擊性緊急避難的案例中，為了拯救陷入危難的優越利益，縱使犧牲了另一方的利益也具有正當性者，採取的是優越利益說為主

<sup>96</sup> 關哲夫，緊急避難の法的性質について，早稻田法學早稻田法學 87 卷 3 号，2012 年 3 月，421 以下。

<sup>97</sup> 關哲夫，前掲文，頁 422。

要觀點，但是，對受到無辜攻擊的第三人來說，為何必須容忍這項攻擊，同時也無法針對此項攻擊進一步來主張正當防衛，對於這項質疑，採取優越利益說立場者並未有進一步的說明。而試圖對於上述問題進行闡明者是所謂的連帶理論。連帶理論乃至於連帶義務的觀點是近期德國學理上逐漸受到重視的看法<sup>98</sup>。

緊急避難的連帶理論是指，以連帶忍受義務為基準，當他人的利益在本質上超過自己利益的同時，制約了滿足自己利益的狀況，這是連帶理論基本要求。這項義務不只是道德上的義務，也是規範上的義務。這種連帶理論的思想，等同於是一種自由主義原則的制約。從而，相較於自由主義的模板，反倒可說是一種社會主義的思維脈絡。連帶理論也開展了許多不同的觀點。對於建構這樣的根據，一開始是有批判的。有學者認為，如果根據此理論，連帶義務所思考的方式是建立於交換式正義的觀點，以互惠主義為依據。但客觀上並不能直接透過一種社會的虛擬共識或推定，來認定參與社會的每一分子都有這項共通的意識<sup>99</sup>。

### 三、於內部利益衝突的連帶理論

所謂的連帶理論，是指透過社會共同生活人民的羈絆或團結，乃至於必須相互支援的原理。如果緊急避難的正當化原理是建構在被害者有忍受義務的基礎上的話，在同一人格主體內的利益衝突的情況中，這項原理就有不妥當的地方。這項觀點是建立於兩項立論基礎之上。

第一，如果為了他人利益來犧牲特定的自身利益的話，可以推測的是，對於自身利益最大化的行為，無論如何都屬於自主性原理的適用範圍，這與連帶利益所要求的容忍與放棄是沒有關係的決定。

第二，在攻擊性緊急避難的情況下，受到衡量的相對利益間之優劣判斷，原則是委由法院的客觀性視角來做決定。相對於此，對於單一主體內部利益衝突的情況，則是透過自身的感受來思考當中何者利益居於優越

<sup>98</sup> 緊急避難本身最初是於德國 1924 年的實務判決中被作為超法規的緊急避難事由而廣泛受到學理上的承認，而直到 1975 年於刑法典中方為明文化。當初對於這項概念也有一些批判，諸如可能損害法律的威嚴與法秩序的權威。同時，優越利益原則的適用上，為何攻擊性的緊急避難中，被害人必須忍受此項攻擊等。參照：山中敬一，註 73 文，頁 290 以下。

<sup>99</sup> 森永真綱，緊急避難論における社会的連帶義務(1)(2)，姫路法学 46 号，2007 年 2 月，頁 1 以下；橋田久，緊急避難に対する緊急避難，法政論集 256 号，2014 年 8 月，452 頁以下。

位置，原則是個人判斷的問題。如果強行適用客觀化的緊急避難規則，個人的自己決定權限將會受到嚴重威脅<sup>100</sup>。

不過，也有學者認為，在死亡協助的情況下，即使有病人囑託，依然無法直接免除囑託殺人罪之罪責。因此，僅僅只有病人同意或是推測承諾的情況下，是無法給予死亡協助正當化效果的。由於囑託殺人罪的可罰性正是來自於國家家長式主義的保護觀點，以及持續揭示殺人行為本身是一種禁忌的觀點。因此如果堅持死亡協助的必須在尊嚴醫療的範圍中給予合法化的地位，採取緊急避難的理念來賦予其正當化的依據，是有十分充分的理由的<sup>101</sup>。

詳言之，對於從痛苦解放的當事人之利益，如果在根本上已超越了一般公眾的規範安定化的利益，整體法秩序上就應當例外地允許死亡協助等囑託殺人行為。顯然的，於緊急避難規定中，集合式的抽象社會利益也需最為一種利益衡量的標準。而於同一法益主體內部中呈現對立狀態的法益衝突是指，透過重新安排的個人的利益和保護與其對立的規範自身的一般利益。

## 第四項 綜合探討

關於尊嚴醫療第三人同意的容許性問題，本文認為，必須先行釐清推測承諾與緊急避難的適用妥當性，再進一步個別說明尊嚴醫療的個別情境中，兩者的適用上，必須採取何種立場較為妥適。

首先就，緊急避難的問題，上述連帶理論所強調的是基於社會共同利益為考量，人民必須接受或容忍某些危難來追求更大的利益，這顯然是與個人主義與自由主義的思維有所矛盾，此種開展於社會契約概念的理論，將社會道德上的義務作為法義務，而提高到刑事正當化原理的層級，此思維並非全然不妥，但可能形成的疑慮則是，藉由社會連帶或共同價值利益的營造，若於個案中干涉了人的自由意志，等同就是一種社會利益與個人利益間的價值取捨。這樣的取捨是否妥當，不無疑問。

<sup>100</sup> 例如，基於病入膏肓的病人的嚴正請求，醫師為了緩解病人痛苦而縮短生命，顯然是在病人主觀意識下，基於自主性所追求的優越利益，此時病人並未有任何容忍或犧牲的感受。

<sup>101</sup> 山中敬一，註 73 文，頁 294 以下。

例如，甲路旁見到乙欲跳河自殺，強行將其綁住。雖然看似為一種為其生命所實施之避難行為，同時就生命與個人自由意志的權衡下，確實能在符合維護優越利益原則來適用緊急避難的規定。從而，本案合法化的思維，正是建立在整體社會對於自殺行為進行非難的共同意識，一方面要求社會應當積極維護自殺者生命利益的同時，另一方面也強制自殺者必須忍受自由利益的損害。進一步來說，恰好就是呼應了傳統禁止類似尊嚴醫療實施的思維，正是一種社會與國家等家長照顧主義優先於病人自主決定權的價值判斷。

其次，形成上述疑慮的前提，須先釐清緊急避難的利益與損害間的衡量，究竟能否適用於同一法益主體內部的對立與權衡？實際上在我國刑法 24 條條文規範中並無法看出端倪，必須進一步探究緊急避難的本質來進行理解。按理來說，緊急避難原則應是處理不同法益主體間形成利益衝突的情況，如果是在同一法益主體間面臨的衝突，諸如財產、身體或自由等利益，該如何決定利益優越價值序列，原則應當交由個人判斷，這是一種自主決定權充當權衡規則主軸的想法，從而推測承諾方能阻卻違法的立場就儼然而生。從而，緊急避難的適用，可能就僅僅限極為例外的情況。

綜上，本文認為，於末期病人的尊嚴醫療行為中，由於設計到多種行為態樣，諸如，積極提供致命藥物或直接注射致命藥物的積極死亡協助，或較為消極的自始不介入或撤除維生醫療措施等死亡協助等態樣，無論是何種行為，由於都會縮短病人生命，殺人行為的刑事正當性基礎，原則上應當建立在病人本人同意的要求上，至於積極的死亡協助本身是否受到允許，這純粹是各國因應各自的文化背景與社會需求而有禁止或同意的做法，這是一種立法論上的問題，而非此處學理上的探討。

再者，假若末期病人欠缺同意能力或沒有同意可能性時，第三人是否得以代為同意醫師實施尊嚴醫療等相關處置？本文以為，基於病人自主決定權保障，應當依循推測承諾的法理，盡最大努力探詢病人的主觀意願，並能依其意願進行決定。如果無法推測病人的主觀意願時，基於病人自主決定權的保障，不得藉由緊急避難的操作來處理同一法益主體內部的利益衝突。換言之，病人是否放棄治療或是接受尊嚴醫療等，立法上應圍繞於充分保障病人自主決定權的目的來設想與規範<sup>102</sup>。

---

<sup>102</sup> 張麗卿，註 31 文，頁 57 以下。

## 第五節 現行我國尊嚴醫療法規範之檢討

近年來，從德國、日本陸續從司法判決中不斷揭示縮短病人生命的尊嚴醫療，凡在一定的前提要件的設定下，基於病人同意、推測承諾或緊急避難等法理，得以賦予其刑事正當化的效果。尤其，在日本雖然不斷地探討尊嚴醫療的容許性，但實際的法規範依然停留在只聞樓梯響的階段。

實際來說，醫療的本質與目的隨著時代的演進，在很多的特殊情境下可能會被賦予不同的任務，但一切的療程或療效都不會脫離追求人格尊嚴與健康生活的基本態度，而這些追求的過程中，往往無法必要的要求病人也需付出多多少少的代價。例如，一般的侵入性醫療手術，必須在病人容忍手術刀造成身體損害的同時，方能成功治療回復健康。是以，醫療本身的適法性必須受到客觀的醫學適應性與技術正當性的要求限制，而非僅僅憑藉病人同意等就能取得合法化的依據。

相同的道理，在尊嚴醫療與死亡協助等適法性之探討中，雖然必須強調病人自主的優越地位，但也並非僅需取得病人同意就能阻卻醫師殺人罪的違法性。尤其，在我國目前刑法 275 條依然揭示對於生命法益原則採取絕對保護原則的基本立場，無論是何種尊嚴醫療手段或形式，其適法性都應建立在法規範上，形成明確的得依法令阻卻之違法事由。不過，相關法令規定的內涵，則需從病人自主決定權等出發，透過被害人承諾、推測承諾或緊急避難等法理進行建構。

本文以下將以我國現有的尊嚴醫療法規範體系為本，從刑法評價的觀點來檢討相關法令規範的妥適性與可能疏漏之處。

### 第一項 我國尊嚴醫療法規範體系

關於尊嚴醫療的法制化進程，我國早於 2000 年就是亞洲地區率先給予瀕臨死期的末期病人善終權限的國家，也就是我國安寧緩和醫療條例的制訂，此外，近年來則是站在病人自主決定權的落實，進一步透過病人自主權利法之規定，擴大了得以拒絕或撤除醫療維生設備等之末期範圍，同時為了確保病人真意，也參考各國立法例設立了一系列的法規範程序，逐

步地落實末期病人尊嚴的保障。

換言之，從我國現有的法規範制度觀之，構成現有末期病人尊嚴醫療的法規範體系，分別是由安寧緩和醫療條例與病人自主權利法所構成，前者是建立於無效醫療的基礎上，處理的是瀕臨死期典型末期病人等之尊嚴醫療適法性的問題；相對者，後者則是進一步參考外國的司法實務與立法經驗，針對非瀕臨死期的末期病人納入得以實施拒絕治療權限的範圍。換言之，就制度設計來說，兩者對於善終權限的實踐上必然也會形成寬嚴不一的要求。以下本文先就兩法涉及尊嚴醫療的規範初步介紹後，進一步說明兩法間的適用關係。

## 第一款 安寧緩和醫療條例

如同上述，我國安寧緩和醫療條例的制定，是末期醫療課題的法制化。相較於亞洲國家面對死亡法制的保守氛圍，係屬較為先進的立法<sup>103</sup>。

依據該條例第三條規定可知，本條例涉及的是尊嚴醫療當中，常規性的安寧緩和醫療行為，諸如為減輕或免除末期病人之生理、心理及靈性痛苦，所施予之緩解性、支持性之醫療照護，以增進其生活品質；以及自始不實施或中止心肺復甦術或維生醫療措施的等消極死亡協助等兩種類型。

而依第 4 條規定，末期病人得立意願書來選擇安寧緩和醫療或作維生醫療抉擇。同法第 5 條規定則是預立意願書的規定，但需二十歲以上具完全行為能力之人才能為之。意願書的預立，尚能透過書面載明委任的範圍與意指，委任由代理人簽署。

同時，無論意願書會預立意願書，依據第 6 條之 1 的規定，能將內容註記於健保卡內。另外，為確保末期病人在準備接受末期醫療的時點上，可能改變心意而與先前簽具或預立的意願書內容形成差距。安寧緩和醫療條例第 6 條與的 6 條之 1 分別規定，意願人得隨時書面撤回意願書，健保卡註記的意願內容與醫療過程書面明示意思不一致時，以意願人明示意思

<sup>103</sup> 例如，目前日本對於終末期醫療的法制化，各界雖多有討論，厚生勞動省也於 2007 年 5 月制訂終末期醫療過程的相關指示，但仍未有進一步的立法規範出現。參照：終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン，厚生労働省，<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2007/05/dl/s0521-11a.pdf>（最後瀏覽日期：2019 年 2 月 13 日）。

為準。

再者，關於尊嚴醫療的執行，也就是不實施心肺復甦術或維生醫療，依據第7條規定，應先由兩位醫師診斷確為末期病人，以及經意願人簽署之意願書。但若是未成年人簽署意願書時，應得其法定代理人之同意。未成年人無法表達意願時，則應由法定代理人簽署意願書。

假若末期病人未簽處意願書且客觀上陷入意識昏迷或無法清楚表達意願時，則由其最近親屬出具同意書代替之。無最近親屬者，應經安寧緩和醫療照會後，依末期病人最大利益出具醫囑代替之。同意書或醫囑均不得與末期病人於意識昏迷或無法清楚表達意願前明示之意思表示相反。最後，如果末期病人符合上述規定時，原施予之心肺復甦術或維生醫療，得予終止或撤除。

## 第二款 病人自主權利法

本法實際上為維護病人自主權利的準據法規範。善終全與尊嚴醫療合法化等規定，則是本法的重要規範，但並非全部。是以本文以下主要針對的是本法為求善終權的保護所制定的相關規定，進行簡要的介紹與說明。

首先，本法第16條就明白揭示了醫療機構或醫師得終止、撤除或不施行維持生命治療或人工營養及流體餵養，但應提供病人緩和醫療及其他適當處置，此即呼應了病人善終的理念<sup>104</sup>。其二，本法第14條則規定，凡是病人符合本法特定的五種臨床條件並依照本法所制訂之程序，即可要求醫師中止或撤除積極性的維生醫療處置，免除無效的延命治療減輕病痛的歷程。

所謂本法制訂的實現善終權之程序，主要談的就是預立醫療決定(AD)的程序。詳言之，本法納入了「預立醫療決定(Advance Directive, AD)」機制，允許人民(以下稱為意願人)事先立下書面的意思表示，指明未來面臨本法所列的五種臨床條件時，希望接受或拒絕維持生命治療、人工營

---

<sup>104</sup> 此處所謂的緩和醫療與適當處置是一種以關懷(care)為主的醫療方案。一般是指將病人生命品質的維繫列為首要考量，實施減輕疾病痛苦為任務導向的醫療處置。參照：久々湊晴夫，はじめの医事法，成文堂，2009年3月，頁118以下。

養及流體餵養的全部或一部，以及其他與醫療照護、善終等相關意願的決定。按本法第8條規定，僅有完全行為能力人，即年滿20歲或未滿20歲但已婚，且心智健全具辨識能力者，得預立醫療決定。

關於程序的內涵，依本法第9條規定分為三項流程：其一，意願人須進行預立醫療照顧諮商（Advance Care Planning；ACP）；其二，意願人得指定醫療委任代理人；其三，公證與註記程序，確保意願人的預立醫療決定。其中較為重要的是所謂的醫療照顧諮商程序，該程序是為尊重病人自主與兼顧醫療倫理，達到本法所揭示確保「善終權」的目標。諮商過程必須要求家屬、醫療委任代理人與醫師、心理諮商師等專業人士，共同為之。

總之，預立醫療諮商程序的目的，是為協助意願人對未來或現有的病情進行通盤思考，拒絕治療是否出於其內心的真摯想法，或希望醫療機構提供何種額外照顧。當意願人完成醫療諮商程序後，諮商後的結論即是預立醫療決定（Advance Directive）的主要內涵。因此，本法第9條第3項特別規定，預立醫療照顧諮商的醫療機構，有事實足認意願人具心智缺陷或非出於自願者，不得為核章證明，藉以確保預立決定內容的真摯性。

### 第三款 兩法差異與適用關係

簡單來說，主要可分從三個面向來比較說明

首先，關於適用主體，安寧緩和醫療條例所處理的是瀕臨死期的末期病人，此類末期病人的內涵實際上是從無效醫療的倫理觀為開展，依循美國臨床醫療常規，醫師甚至得本於醫療專業來判斷是否主動中止治療；相較於瀕臨死期的末期病人，病人自主權利法進一步將善終權實現的範圍擴張至非瀕臨死期，但醫療上確實無法回復病人健康的末期病人身上，包含了安寧緩和醫療條例所規定的末期病人外，尚有其餘四種臨床條件。

從適用主體範圍的差異，就能進一步體現在法規範容許性的要求的不同上。就安寧緩和醫療條例的末期病人來說，雖原則性的規範僅有滿20歲之病人得預立意願書，事先說明維生醫療抉擇。但本條例實際上具有實益之處在於設定了更為寬鬆的例外規定，亦即，凡是簽署意願書的成年人，或是未成年人，都能透過最近親屬的協助或醫師專業的判斷等，賦予撤除或中止維生醫療等之適法性。

相對的，依據病人自主權利法的規定可知，除末期病人外，更包含無法甦醒的植物人、陷入深度昏迷等類型的病人，都能擁有拒絕醫療的權利。除末期病人外，其他四種臨床條件，例如，永久植物人狀態，依目前的醫療水準，依然能協助其持續存活數十年之久。因此，基於對人類生命充分尊重與嚴謹保障的立場，目前僅同意滿 20 歲之成年人進行預立醫療決定的程序，若未依法預立醫療決定，任何第三方人士都不得代為拒絕治療。

此外，安寧緩和醫療條例所規定的拒絕醫療權，有拒絕或撤除心肺復甦術與維生醫療等二種方式。而病人自主權利法所能中止或不實施的醫療形式不僅限於拒絕「無益的延長或急迫性的維生治療」，對於機械式維生系統、血液製品、為特定疾病而設之專門治療、重度感染時所給予之抗生素等可以延長病人生命的「必要醫療措施」，以及透過導管或其他侵入性措施餵養食物與水分之人工營養及流體餵養等都包含在內。

總之，本法與安寧緩和醫療條例於適用上，應該可以理解為一種互補模式，理想的情境是優先適用病人自主權利法規定，而安寧緩和醫療條例則作為補充規定。畢竟，前者關於病人真摯意願的確保程序較為嚴謹完整，諸如，預立醫療決定者須具備完全行為能力，且經醫療照護諮商與公證人的公證等縝密程式，僅有當未預立醫療決定或是未成年者等情況，方須回歸適用安寧緩和醫療條例。

## 第二項 「維生醫療抉擇」於刑法上之評價與 檢討

安寧緩和醫療條例中所稱之「維生醫療抉擇」，主要是依據該條例第 3 條第 5 款規定，末期病人對心肺復甦術或維生醫療實施的選擇，而意願書是末期病人確保自主決定權的重要手段。對於是否同意醫師不實施心肺復甦術或撤除維生醫療設備等，原則必須遵從意願書的內容為之。

同時，從規範精神可知，在末期醫療情境中，末期病人的「抉擇」必須受到最大的尊重，不過，由於遵循末期病人的維生醫療抉擇，也會涉及末期病人生命法益侵害的問題（縮短生命），於刑法評價的意義上，維生醫療抉擇本身更是扮演了避免醫師受到囑託殺人罪責追究的合法化依據。再

者，本條例透過第 7 條規定，規範不施行或撤除心肺復甦術與維生醫療設備的法定程序。本文以下將進一步檢討之處，並從刑法相關理論來探討說明<sup>105</sup>。

## 第一款 末期病人簽署意願書的刑法評價

依安寧緩和醫療條例第 7 條第 1 項規定，不施行心肺復甦術或維生醫療的前提，須由兩位醫師診斷確認為末期病人後，應有意願人簽署之意願書。但未成年人簽署意願書時，應得其法定代理人之同意。未成年人無法表達意願時，則應由法定代理人簽署意願書。

然而，無論是撤除或不實施上述的維生醫療處置，由於可能縮短末期病人的生命，縱然取得同意，依然可能成立刑法 275 條之囑託殺人罪。是以，雖然安寧緩和醫療條例已經明文醫師的這項處置屬於一種依法令之阻卻違法事由，但本文認為，依然有必要進一步透過刑法學理來檢驗，這項末期病人所簽具的意願書，得以阻卻犯罪成立的意義以及妥適性。

以下將會根據安寧緩和醫療條例中規定成年人與未成年等不同的情況，進一步藉由維生醫療的不介入與中止等不同行為態樣之尊嚴死類型來分別說明之。

### 第一目 成年人簽具意願書的情況

#### 一、維生醫療的不介入

如同本文所採取之立場，所謂的維生醫療的不介入，例如，醫師不實施心肺復甦術，由於自始未介入病人自身疾病所開啟的死亡因果歷程。因此，醫師依據末期病人出具的意願書而不實施維生醫療處置，其實應當思考的是，這項意願書本身是否具有解除醫師於不作為犯評價中保證人地位的效果。

<sup>105</sup> 參照：拙文，註 21 文，頁 277-288。

保證人地位雖然形式上可以說基於法令、契約或習慣等因素所構成。除了刑法第 15 條所規定危險前行為，解釋上可以說是一種違法自創風險的排除責任外，更多的情況下，保證人地位應該來自於行為人對於該項風險控管責任的自願承擔<sup>106</sup>。例如保母基於賺取金錢，自願承擔照顧嬰兒的風險，進而於民事上所簽訂的契約關係，則純屬兩者於私法上交易所應安排的權利義務分配規則，保母刑法上的保證人地位，其實並非來自於此項私法關係下的契約效力，而應是建構在保母自願承擔該名嬰兒保護義務的意思表示。

相對而言，一方願意承擔，必然也會有一方願意交付風險控管的任務。例如上述保母照顧嬰兒的情況，就是典型的父母將其保護義務（控管嬰兒風險的任務）交付給自願承擔該項義務的保母身上。是以，同樣的邏輯，醫師本身於醫院服務時，某程度上就已自願承擔保護前來看診病人的保護義務，相對者，這項承擔的前提必然也須來自於病人本身，願意將疾病所創造的風險轉交予醫師承擔控管<sup>107</sup>。

就末期病人的情況來說，通說普遍認為縱然是生命陷於緊急危難的病人，原則，醫師不得從事任何違反病人意願的治療行為，正是因為病人不願將其保護義務交由醫師承擔。從病人自主決定權的觀點而言，所謂的意願書的簽具，可以說是具有解除醫師保證人地位責任的效果。也就是說，在末期病人放棄醫療的意思表示的範圍內，原來醫師所負擔的急救義務將會相應解除<sup>108</sup>。

換言之，維生醫療自始不介入，評價上應是醫師未插手病人的自然死亡流程，而這項遵循病人意願的作法（簽具意願書），解釋上是解除了醫師的保證人地位，屬於囑託殺人罪的不法構成要件的評價階層<sup>109</sup>。安寧緩和醫療條例第 7 條第 1 項所謂出具意願書的內容，如果所表達的是不願開啟

<sup>106</sup> 伍開遠，刑法規範之發展趨勢，東海大學法律學院，2016 年 12 月，頁 68 以下。

<sup>107</sup> 德國法中，醫師對於病人的保證人地位來源，常採自願性承擔照顧義務來說明，屬於一種事實上的承擔，醫師僅對自己事實上已負擔醫療工作的病人負責。另外，具體個案中，醫師若欠缺履行保證義務的可能性時，也可認為醫師對病人沒有保證人地位。參照：王皇玉，刑法上的生命、死亡與醫療，承法，2011 年 12 月，頁 312 以下。

<sup>108</sup> 此外，不作為犯的成立要件中，是要有作為可能性。可能欠缺作為可能性的情況是，依據醫療法第 75 條規定，醫院對尚未治癒而要求出院之病人，得要求病人簽具自願出院書。此時，等同病人默示拒絕醫療，當事後病況惡化至死亡，由於病人已不在院內，解釋上醫師會因醫療契約的解除或自始欠缺事實上的作為可能性而不具保證人地位。醫學專業稱此情形為「違背建議出院」，參照：拙文，註 21 文，頁 279 以下。

<sup>108</sup> 林書楷、林淳宏，註 24 文，頁 122 以下。

<sup>109</sup> 林書楷、林淳宏，註 24 文，頁 122 以下。

維生醫療處置，應是代表末期病人解除保證人地位的意思表示。

## 二、維生醫療的中止

維生醫療中止的情況是，假若病人經急救後病情暫時回復穩定，而疾病先前開啟的死亡因果顯然已遭這項維生醫療措施阻斷。但病人必須仰賴相關的醫療設備才能維持生命象徵時，一旦醫師中止或撤除這項維生醫療設備而導致病人死亡的結果，顯然就是典型構成作為囑託殺人不法構成要件的行為。例如，醫師中止了人工呼吸器、透析、營養補給等。而對於同意這項中止行為的意願書，於刑法評價上的定位為何，值得探討。

由於維生醫療的中止屬於一種積極的作為殺人行為，因此，這項意願書本身可能發揮效力的地方，只能從違法性層次中，探究是否屬於一種得以阻卻違法的正當化事由。從形式上觀之，依據安寧緩和醫療條例規定，只要有末期病人簽具的意願書，醫師中止醫療設備雖是縮短病人生命的殺人行為，但能直接依據刑法第 21 條的依法令的行為來阻卻違法。但該法令的背後，依然需要實質正當合理的法理來給予支持。

如同本文前述所闡釋的生命法益保護相對化的精神，輔以利益衡量的觀點，基於末期病人治療效果的不確定性，此時優先考量者，就非符合社會共識下的生命絕對保護原則。衡酌病人生命與臨終尊嚴與生活品質的維持，病人應有自主權利來選擇死亡的時點與方式，而末期病人的自主決定權即能依附於刑法被害人承諾的法理上，例外在囑託殺人罪的情況下，賦予末期病人得以處分自己生命法益的自主空間。

總之，積極醫療對於末期病人所創造的客觀利益，已遠遠低於病人希望減輕痛苦、自主安排臨終生活的主觀利益時，醫師中止維生醫療即可依據被害人承諾與病人自主決定權等實質阻卻違法事由來阻卻違法。此時，末期病人所簽具的意願書，應是處分生命法益的意思表示，發揮的是阻卻囑託殺人罪不法的效果。

## 第二目 未成年人簽署意願書的情況

從安寧緩和醫療條例第 7 條第 1 條規定可知，不施行或撤除心肺復甦術或維生醫療，未成年人簽具意願書前，應得法定代理人的同意，而當未成年人無法表達意願時，法定代理人能代為簽具意願書。從本條規定的設計可知，未成年人雖有簽具意願書，但簽具後若未獲法定代理人同意，則會屬於效力未定的狀態。

相對的，未成年人如果意識不清或有其他無法表達意願的狀態時，法定代理人確能直接代為簽署。這項規定基本上會有兩大疑慮。其一，未成年人為何不能沒有獨立簽署意願書的權限；其二，無法表達意願時，法定代理人為何能直接代為簽具。換言之，假若法定代理人同意，或代為簽署，該意願書為何得以阻卻中止醫療的違法性？以下進一步說明之。

首先，針對第一個疑慮，顯然本法於設計之初，是參考民法之「行為能力」制度而設。一般而言，民法上考量建立買賣、租賃等各種交易契約的複雜性，基於保障未成年人的交易安全，特別針對 20 歲以下欠缺行為能力者，法律行為必須要有法定代理人的意思表示才得具有效力。因此，本條例的限制，無非是考量普遍情況下，法定代理人必定會在周延考慮未成年者的最佳利益，代為作成最適當的醫療決定<sup>110</sup>。

然而如前所述，民法中行為能力的創設本旨，目的應在維護未成年者對外的交易安全，若拿此標準全面適用在處理判斷病人由無能力處分生命法益的判斷方式，特殊情況下反到容易侵害未成年人的自主決定權<sup>111</sup>。

因此，原則應盡量尊重未成年人自主決定權，故法律設計應不得過於形式直觀。從刑法評價的角度可知，末期醫療決策中，如何思考與判斷未成年人是否有處分自己生命法益的能力，應可參考被害人承諾中，對有無

<sup>110</sup> 「病患最佳利益說」為法定代理決定權的主要依據。如果醫師或家屬認為病患所作的醫療決定並不符合病患的最佳利益時；或是在病患意識喪失無法求證其意願的情況下，法定代理人可為病患的最佳利益代為同意或拒絕醫療行為的進行。參照：吳俊穎，壽終正寢？病患親屬代理決定權的探討，月旦法學第 114 期，2004 年 11 月，158 頁以下。

<sup>111</sup> 參照：例如，16 歲的少女去醫院墮胎，雖然非屬完全行為能力人，但她能理解具體的醫療方案，明白醫療行為的風險、可選擇之其他方案以及墮胎和不墮胎的後果等。此時如果不認可該患者具有承諾能力（尤其是當她的意願與其父母的意願相左時），將有失公允。參照：葛瑾，Gillick 行為能力——最高法院 95 年度台非字第 115 號刑事判決評釋，醫事法學，第 17 卷 1 期，2010 年 1 月，頁 38 以下。

承諾能力採取「識別能力說」為標準。從實質面觀察，未成年病人若有能力理解末期醫療處置對其生命法益侵害的意義與放棄或撤除維生醫療的後續影響，原則就應承認其有自主決定能力。

採取識別能力的標準作為判斷病人是否具備簽署意願書能力與資格，除一方面符合自主決定權與被害人承諾須以「病人本身」作為承諾主體的基本精神<sup>112</sup>；另一方面，承諾能力回歸實質認定，亦可避免法定代理人權利濫用的情況。例如，未成年末期病人雖希望撤除維生設備，或緊急狀況下放棄心肺復甦術，但若在法定代理人基於親情等不願放棄的情緒而執意反對的情況下，反而阻礙本法美意。總之，已成熟之未成年人，如對醫療行為已具有充分理解的能力時，雙親的法定代理權利就應退讓，作為一種補充機制<sup>113</sup>。

再者，在第二個問題中，假若未成年人欠缺同意能力，無法簽具意願書，依本條例規定是直接允許法定代理人簽署意願書。但，未成年無法簽具意願書的情況就如同第7條第3項規定末期病人如果沒有簽署意願書且意識昏迷或無法清楚表達意願時，應由其最近親屬出具同意書代替之的情況。

換言之，其於病人自主決定權的保障，無論是意願書或同意書，本身若非末其病人所簽具者，得否阻卻違法，仍應判斷簽署者現實上是否知悉病人的真摯意願，或是能否推測其意願。因此，本法等同直接認定法定代理人得以知悉未成年末期病人意願的規定，似乎稍嫌草率，恐有侵害未成年自主決定權的疑慮。

## 第二款 近親簽署同意書的刑法評價

涉及生命、身體法益的處分，解釋上應當具有一身專屬性，原則須由本人同意，如果例外無法同意時，也應盡到最大的努力確保第三人的同意符合本人的意願。在末期病人放棄醫療的情況，基於政策的上的考量，當病人本身無法簽具意願書的情況下，依安寧緩和醫療條例第7條第3項規定，末期病人無簽署意願書且昏迷或無法清楚表達意願時，由其最近親屬

<sup>112</sup> 參照：第四章有關於病人同意能力判斷之標準。

<sup>113</sup> 參照：第五章有關於未成年醫療決策之保障說明。

出具「同意書」代替之。

另依該法第 4 項規定，最近親屬的範圍分別依序為：1.配偶；2.成年子女、孫子女；3.父母；4.兄弟姐妹；5.祖父母；6.曾祖父母、曾孫子女或三親等旁系血親；7.一親等直系姻親等。而對於該範圍內多數同意書的效力，於第 6 項規定，原則得一人為之。當其最近親屬意思表示不一致時，依據規定的先後定其順序。當後順序者已出具同意書時，先順序者如有不同意見，應於不施行、終止或撤除心肺復甦術或維生醫療前以書面為之。

從上述規範可知，本條例直接賦予近親得以代為簽具同意書的權利。然而，凡是符合上述範圍的近親家屬，都能透過法律規定直接取得代理處分末期病人生命法益的權限，似乎不甚合理<sup>114</sup>。關於末期醫療的決策，應當發展更加細緻的規則，方能符合刑法保護生命法益的意旨。

例如，在日本，長期以來對於這項尊嚴死的家族決定機制，雖然法政策上有持續明確化的傾向，但直到目前為止依然沒有特別的法律制定與存在。而在近期日本相關學會或政府機構所推出的指引中，如日本厚生勞動省的「於人生最終階段治療決定程序有關之指導方針（改訂版）」（2015 年 3 月）即有說明，醫療與照顧團隊，在不能確認病人意思且家族也無法推定病人的意願時，醫師就須與家屬充分協商，藉此獲得最佳的治療方針。其中，所謂的家族是指能夠獲得病人信賴，在人生最終階段支持與照顧病人的存在。換言之，僅僅只有親族關係或身分是沒有意義的<sup>115</sup>。

此外，尚有日本急救醫學會、日本集中治療醫學會、日本循環器學會等三大學會共同擬定的「救急、集中治療於終末期醫療指引（2014 年 11 月 4 日）」而根據該項指引的說明，當無法確定病人意願而家族希望醫師中止延命治療處置時，對於病人來說，原則需要對應於病人最佳利益的前提下來依循家族協議的結果，並且適度減量延命治療的處置，或是考量中止方法的選擇。而所謂的家族，必須對於病人而言，是能深刻理解其意願的

<sup>114</sup> 甚至在英國，當初立法的想法就是認為家族間的感情普遍淡薄，同時讓家屬決策恐怕會有過重的壓力與負擔等，一開始就沒有將家屬理所當然的納入得代為進行醫療決策的身分。參照：児玉知子「終末期医療における法的枠組みと倫理的課題について」保健医療科学 55 卷 3 号，2006 年 9 月，頁 219 以下；千葉華月「遷延性植物状態患者に対する生命維持治療の打切り—イギリスにおける司法と医プロフェッションの役割—」，古村節男・野田寛 編，《医事法の方法と課題—植木哲先生還暦記念》，信山社，2004 年 7 月，頁 189 以下。

<sup>115</sup> 也有學者持反對意見，認為家族應當視為可以廣泛推定病人意願的角色，只要在極端明顯可能違反病人意願，且遭醫師察覺者，才能例外由醫師來推測病人的最佳利益。參照：大内尉義、岩田太、佐伯仁志「終末期医療のあり方—延命治療に関する判断枠組み」，收於：樋口範雄編，《ケース・スタディ生命倫理と法》，有斐閣，2012 年 9 月，頁 86 以下。

家族或關係人，在此意義下，不僅僅只有親族，病人的好友或知己等或其他關係人等，也可包含在家族範圍之內。其它如日本老年學會（2012年6月），日本小兒科學會（2012年4月），日本學術會議（2008年2月），全日本病院協會（2009年5月），日本醫師會（2008年2月）等等也有類似的指引。

觀察上述規定可知，同意書的效力原則是按一般社會實情推估，何者與病人平時生活有緊密關係者。例如，本規定將配偶列為第一優先順位的顯然考量是，配偶相較於成年子女，更能妥善判斷病人的真摯意思，為其利益考慮。但從刑法評價的角度，立法上使用這樣的經驗法，能否全然合宜適用不同個案中的相異情境，是否過度僵化，欠缺彈性。已下分別檢討之。

### 第一目 維生醫療的不介入

如同上述，末期病人出具的意願書，刑法評價上是將其定位於解除保證人地位的表示。但是，本條例進一步規定，假定末期病人尚未簽具意願書，且已陷入昏迷無法簽具時，得由本法規定的最近親屬所簽具之同意書替代之。關於這項同意書的性質，以及其合理性，如從本條例所規定的最近親屬之範圍與出具同意書效力的優先順位等規定觀之，從刑法評價的角度，恐怕會有很多疑問。

詳言之，末期病人本身簽具意願書來同意醫師撤除或不介入維生醫療設備時，背後是透過刑法保證人地位或被害人承諾等法理來賦予醫師上述處置的正當性。而在最近親屬出具同意書要求醫師不實施維生醫療時，就須進一步思考，最近親屬同意本身的意義為何，解除保證人地位的表示能否藉由他人之手？

本文認為，維生醫療行為的中止，至少已經確認該項處置是病人賴以為生的唯一辦法。在病人沒有辦法依賴自己獨立存活與回復健康的情況下，透過第三人的推測，應當仍得阻卻不法。相較之下，在末期醫療的情境中，解除保證人地位的後續的意味的是，醫師不再施以任何維生醫療處置，等同直接放棄嘗試挽救生命的唯一機會。因此，解除保證人地位的唯一依據，只能來自於病人自主決定權，也就是病人必須明確表達不願醫師繼續承擔保護義務。

因此，最近親屬出具同意書得以解除醫師保證人地位的情形，應僅限定在同意書的內容確實記載的是「出於病人本人真摯的自主決定」。當最近親屬無法確認病人的意願時，應當回歸醫師專業判斷，思考末期病人是否已進入無效醫療的狀態，或可啟動限期醫療嘗試機制，先行急救，若效果不佳或無效時，醫師放棄急救即屬一種符合醫療常規的處置，自始不會進入刑法評價的範圍。

## 第二目 維生醫療的中止

相較於自始不實施維生醫療設備的情況，末期病人出具維生醫療中止的意願書，本質上是一種例外允許病人處分生命法益的被害人承諾。然而，本條例又進一步規定，末期病人無法簽具意願書時，最近親屬得出具同意書代替。此處所謂同意書的性質應是刑法上的推測承諾，理應由醫師與家屬等共同為的病人最佳利益來做打算。

尤其，末期醫療抉擇往往容易受到家屬情感價值左右。如同我國等傳統東方國家社會，家屬為了克盡孝道所形成的照顧義務，家屬的決定普遍被認同是為病人利益考量後的最佳決策，造成家族在末期醫療決策中擁有極大的影響力。例如，家族實際與病人間的關係不佳、疏離、或因長期照顧導致生活或精神上的負擔過重，往往可能做出與病人利益相反決定。

「推測承諾」是為了在本人無法決定時，借助第三人的判斷來維護本人的最佳利益。所謂的「推測」，本質上就很難完全符合被害人的真實意願，其正當化的基礎，除了積極探求被害人真意外，為了確保本人的利益，仍須回歸客觀面來做損益衡量。換言之，推測並非全然交由第三人恣意判斷，最終仍應回歸客觀理性面來衡量此項推測的合理性。

例如，當第三人確實知悉病人的意願時，所為之表達並非來自於推測，而是單純本人意願的傳達。所謂的推測是當第三人無從知悉本人意願時，僅能從平常共同生活的經驗、對其個人性格之理解等來推估其意願，因此在此情況下，若有極高機率來斷定病人的意願時，基於上述容許風險與社會相當性等法理，才能肯定推測承諾的正當性。

由此可知，推測承諾的基本法理應非是交由誰來決定，而是誰的決定最能符合本人最佳利益。例如，日本「終末期醫療過程決定方針」中就有

明確規定，當無法確認病人意願的情況下，仍應盡到最大努力來確保決策與病人意願相符，當家族有能力推測病人意願時，必須尊重家族的決定；當家人無法推測時，必須與醫師充分討論後方能取得最佳的治療決策。

回到刑法評價的觀點，最近親屬出具的「同意書」，應是一種推測末期病人應當會同意處分生命法益的意思表示<sup>116</sup>。但從本條例之規定可知，如果單純仰賴最近親屬的範圍與優先順位來建構第三人的同意權限，顯然與推測承諾的法理不符。法政策上，仍應於個案中，積極尋求能夠理解病人者，同時也應確保家屬無法理性決策時，需有醫師或法院等第三方人士介入，確保決定能夠符合病人的真摯意願。換言之，當最近親屬無從知悉本人的想法時，同意書本身就僅能視為推測病人意願的部分資訊而已。

### 第三款 醫師出具醫囑的刑法評價

依據安寧緩和醫療條例的 7 條第 3 項規定，陷入昏迷的末期病人若未簽署意願書，又無最近親屬者，得經安寧緩和醫療照會後，由醫師以末期病人最大利益出具醫囑代替之。這項醫囑的性質為何，不無疑問。

如同上述日本提出的終末期醫療過程決定方針中也有規定，醫師得基於病人最善利益擬具治療方針。無論是本辦法所規定的最近親屬或醫師，從刑法評價的觀點，如果能夠發揮阻卻違法的效果，本質上都應同屬第三人所為之推測承諾。只是，本辦法對於醫師得以推測的情況較為審慎保留，必須沒有最近親屬時，方能為之，也可視為醫師專斷醫療的合法空間。

縱然在強調病人自主的今日，為求救治病人目的的達成，在無法獲得病人同意的情況下，醫師仍應享有必要的裁量空間。例如，無論是醫療法與病人自主權利法中皆有規定，當醫師面臨緊急情況下，為了保全病人生命與維護利益，依然能在無法取得病人同意的情況下實施手術<sup>117</sup>。

不過，本文認為，基於刑法保障生命法益的合理性，縱然是醫師的專

<sup>116</sup> 學說上認為，推測承諾具有補充性，在抉擇利益衝突的狀況下，基於自主決定權的尊重，必須被害人現實上無承諾可能性時，才能由第三人介入，推測本人的意思決定。參照：山中敬一，註 93 書，頁 564。

<sup>117</sup> 張麗卿，醫療常規與專斷醫療的刑法容許性：評析拒絕輸血案，台灣法學雜誌第 272 期，2015 年 5 月，15 頁以下。

斷特權，仍應受到推測承諾的法理約束。因此，假如客觀上已有明顯證據顯示，末期病人希望繼續施救，醫師仍得依照可得以推測的意願來實施治療。假若醫師完全無法推測病人意願時，就能依其專業審慎評估，在符合醫療常規的保證下，基於病人最佳利益的維護，決定維生醫療設備的不實施或撤除。是故，目前本條例中所謂的「醫囑」，解釋上應包含有遵照病人自主決定權的意思表示，以及純粹符合無效醫療的常規指示兩種不同意涵。

在無法推測病人意願時，醫師應當如何形塑病人的最佳利益。英國法院曾有指出，檢驗病人最佳利益、不僅僅止於醫療上的福祉，也包含有社會與心理層面的利益在內，這意味著最廣泛的病人利益都應當加以檢討。亦即，醫師對於特定的治療事項、內容與結果，以及成功的評估與可能性皆需進行檢討，並且站在病人的立場，想像病人對於該項治療是抱持著何種的態度。

此外，對於病人的照顧者或是與病人利益有關之人進行商談。至於，所謂的治療無意義而欠缺回復可能性是指，並非以完全回復病人健康來考量，而是必須判斷是否能夠回復，病人自己認為是有價值的生活品質(QLO)。再者，所謂造成病人過度負擔的治療則是，透過該項治療所導致的負擔與生命存續而所衍生出的利益，兩者一併衡量。

### 第三項 「預立醫療決定」於刑法上的評價與檢討

隨著病人自主權利法的制定，我國尊嚴醫療的刑事合法化範圍已從典型瀕臨迫切死期的末期病人擴張到包含植物人、重度昏迷等重大不治且難以回復的病人。從刑法評價的觀點，凡是提前縮短生命的行為，都有可能被評價為殺人犯罪，是否能有合法化的可能性，除了透過刑法學理的論述外，更重要的是法規範的明文，方能作為一種特殊阻卻違法事由。

尤其，在預立醫療決定的措施本身尚涉及到其他非典型的末期病人為對象，在刑法的評價上如果初步給予容許性的空間，但制度本身是否能夠符合刑法規範的期待，以下本文先就外國相關立法動向介紹後，嘗試檢討目前規範上的問題。

## 第一款 外國的立法動向

### 第一目 日本立法的民意調查

直到至今，日本尚未針對任何形式的尊嚴醫療進行立法工作，醫師撤除或終止維生醫療設備等死亡協助的適法性，完全仰賴司法實務與執法機關的解釋與共識。不過，這段時間有關於末期病人尊嚴醫療的立法研擬與探討也未曾間斷，政府也不斷的調查探知人民對於立法明文化的立場與態度，希望秉持審慎的態度進行尊嚴醫療的立法工程。

關於事先預立醫療決定的形式，日本厚生勞動省曾於 2013 年的終末期醫療民意調查中有顯示，日本一般對於預立醫療決定的態度並非十分積極<sup>118</sup>。首先，根據這項調查報告顯示，約有七成民眾初步贊成簽署預立醫療決定同意書的想法，但實際上真的願意簽署者，僅有 3.2%。再者，關於是否贊同將預立醫療決定的程序與內容等，透過法律形式來進行規定者，贊成者僅有 22.2%，約有五成以上對於法制化的做法是採取消極的態度。

此外，如果面臨到「自己無法判斷與做決定的情況」，何者是最為適切的治療方針決策者人，贊同「家族共同協商的結果」為 44.6，是此項目中最高者；其次則為「希望交由家族中，對於最理解自己的家人」為 34%，「負責的醫師或是醫療照顧團隊」則為 10.4%，「不願讓他人決定」只有 5.3%。此外，「當面臨欠缺同意能力的情況，預先規定何人來對治療方針進行決定此事，交由法律決定」此點，贊成者也僅不過 19.4%，反倒一般國民約高達六成對於法制化是採取消極的態度。

從調查數據可知，日本人民普遍依然較無認同家族成員才會對自己的醫療問題抱持關心。不過，就實際的臨床經驗中，當家屬在治療費用的負擔、照顧勞力等事項中，也會衍生出與本人利益相反的道德風險。因此，病人和家屬間的關係也有多種面向，家屬未必就是病人的最佳代言者。雖然，於川崎協同病院的判決<sup>119</sup>中曾指出，「家庭成員意思的重視是有必要的，但對於終末期醫療伴隨著家族的經濟、精神等負擔的迴避等病人本人的心

<sup>118</sup> 厚生労働省，人生の最終段階における医療に関する意識調査報告書，終末期医療に関する意識調査等検討会，2014年，頁9以下。

<sup>119</sup> 東京高判平成19年2月28日，判夕1237号，153頁。

情，伴隨著未必能深入依循期待的危險性。」

此外，這項厚生勞動省的民意調查中，也同樣對於醫師、護理師等醫療機構成員實施調查。關於預立醫療決定的法制化的問題，醫療從業人員的反對態勢相較於一般人民更加強烈。尤其是醫師的反對比例也呈現特別高的趨勢。其中，有關於厚生勞動省的「終末期醫療決定程序之指引」利用狀況的調查，也不出於二成左右的比例，甚至截至目前，不知政府有提出指引者者，醫師約有 3 成、護理師約 4 成，照顧職員等約 5 成。

再者，關於「終末期定義和延命治療部開始、中止等判斷基準」，醫師當中「應指出詳細基準者」只不過 6%，「做成大致的基準，進而沿用詳細的方針，醫師或醫療照顧團隊和病人、家族等充分的商討後做出決定者」有 52.1%；「沒必要需有一律性的基準，在現場充分檢討」則有 35.6%。此外，關於上述的基準，「應該要有法律定之」只不過 14.6%；「應該提示並非法律而是透過專家做成的指引」達到 80.2%。

綜上可知，從日本臨床醫療從業人員，對於包含預立醫療決定等臨床醫療處置的法制化議題，較是採取消極看法。主要原因是，醫師不希望在龐大的工作壓力上，還需作為探求與確保病人意願的責任承擔者，這樣的負擔恐怕過於沉重。不過，醫療代理人的輔助也許對於醫師來說就是一個緩解壓力的出口<sup>120</sup>。換言之，關於病人的醫療決定，如果能夠與病人的代理人來進行協議，對於醫師以及醫療照顧團隊而言，就能大大減輕上述負擔。整體來說，本文認為無論是尊嚴醫療的發動或程序的進行等，如果有明確的法規範為據，對醫療從業人員而言是有益的，能將民事上與刑事上等責任訴追的風險降到最低。

## 第二目 德國與澳大利亞的法制比較

根據澳大利亞的民法規定，有三種類型的指示書（同樣是事先確認病人的意思，可以視為預立醫療決定書）。其一，具有拘束力的病人照顧指示書；第二是，經推測的照顧指示書；第三是，滿足適格要件的照顧指示書

<sup>120</sup> 神野礼齊，〈日独シンポジウム〉成年後見法における医療行為と健康配慮について，成年後見法研究 11 号，2014 年 3 月，221 頁以下。

121。

第一種類型的指示書是將病人具體並寫入文件的意思，視為一種病人現實上的意思，醫師必須依據該書面內容實施醫療處置。指示書本身的拘束力在於，病人若有簽署此書類，醫師就沒必要個別取得代理人或法院同意。此外，違反指示書內容的醫療行為，屬於該國刑法第 110 條所處罰的違法專斷醫療行為。當有指示書的情況，醫療代理人的任務僅是向醫師提示該份書類，也就確實將此份文件提交並供醫師知悉，換言之，個案中醫療委任代理人是沒有裁量權更改指示書內容的權限者<sup>122</sup>。

第二種類型是有顧慮的指示書，是指在沒有拘束力的指示書之前提下，或是上述指示書已經超過五年未更新時，才得使用。本項指示書是對於病人本人推定意思的確定，由於內容並非具體，只要病人的意思在此項文件中屬於具體可供依循的明確狀況，代理人與法院都需受到該項意思拘束。相對者，假如病人早已欠缺同意與判斷能力，指示書的內容也非具體，代理人則需須依據指示書的內容來推測病人的想法，並以此為方向做出醫療決定<sup>123</sup>。

第三種指示書是指，當前項指示書非常明確的說明記載病人意思，同時做成指示書的時點，病人具有完全的辨識能力，也沒有撤回的意思存在時，滿足這些適格要件的情況，病人的意思完全可以交由該份書類決定，也沒必要經過代理人的選任或法院等之許可。這類指示書中，經表明的病人意思，由於會被認為是一種現實存續的意思，和有拘束力的病人指示書同樣者，必須直接遵從該項指示。已經存有代理人的情況也與第一類指示書相同，實質上將有提供治療醫師知悉，也就是確實轉達供醫師知悉是其主要任務<sup>124</sup>。

另一方面，在德國民法中，也有類似我國預立醫療決定的制度，但作成的程式相較為澳大利亞的規定較為自由，形式要件的要求較少。首先，關於病人於書面記載的意思，無論是照顧人或法院都不能做出任何修正。依據德國民法典 1901 條規定，照顧人同樣單純的就是一種對於治療醫師提示該項預立醫療決定書的使者。因此，照顧人並非是絕對必要的角色。

<sup>121</sup> 田山輝明，成年後見人の医療代諾権と法定代理権，三省堂，2015年5月，頁91以下。

<sup>122</sup> 田山輝明，前掲書，頁96以下。

<sup>123</sup> 田山輝明，註121書，頁96-97。

<sup>124</sup> 田山輝明，註121書，頁96-97。

此外，病人預立指示書中所被記載的狀況，對於病人具體的生活狀況以及治療狀況等內容，只有在醫師有所懷疑時，或是當醫師無法確定病人是否有變更書面決定的情況下，照顧人才有必要介入協助。當沒有預立醫療決定說或是現存之決定書的內容，顯然與現實生活與治療狀況有重大差異時，照顧人必需進行病人意思的推定，並以此推測的意思為基礎來進行醫療決策。諸如，病人從前的口頭或書面上的表明，病人的倫理信念或是宗教信仰等相關的個人價值觀念，都應該作為考慮對象(德國民法典 1901 條 a 第二項)<sup>125</sup>。

綜上可知，實質上無論是德國或澳大利亞，關於預立醫療決定的內涵與功能，實質上就法規範的角度是非常類似的，只要經確認病人的意思已明確的記載於書中就會被視為病人現實的意思，醫師就需受到該項指示的拘束<sup>126</sup>。當有疑慮時，例如無法滿足澳大利亞所謂的適格的指示書的全部要件時，此時應須交由照顧人或是代理人來決定。在這之中，病人的指示書所是扮演者，則是推定病人意思的基礎證據。

### 第三目 英國病人意思能力保護法

如同前章提到關於英國病人意思能力保護法的說明，該法中也有預立醫療決定的類似規範<sup>127</sup>。依據該法的 24 條第 1 項規定，適用預立醫療決定的狀況是當病情進入治療中止或撤除等必要性時期，縱然病人當下欠缺同意能力，依然得依據該決定書實施尊嚴醫療處置。關於決定書的行使，依法規定病人必須年滿 18 歲，且須在病人欠缺同意能力的情况下，對於醫療院所提出是否繼續或中止醫療行為的要求，這項決定在任何時點下，都能變更或撤回（24 條第 3 項）。

值得注意的是，英國的意思能力保護法並未要求所有的預立醫療決定書都需以書面為依據來實施，但若是涉及到尊嚴醫療（中止或不開始維生醫療）的情況下，依該法第 25 條第 6 項的規定，需以書面來表達意思，同時，對於這項書面，必須在一位證人面前簽署。

關於預立醫療決定的效力，如果是滿 18 歲者，在具備同意能力的時點

<sup>125</sup> 張麗卿，醫師執行預立醫療決定的刑事責任，輔仁法學第 53 期，2017 年 6 月，頁 16 以下。

<sup>126</sup> 甲斐克則，註 80 書，頁 87 以下。

<sup>127</sup> 以下條文說明，參照：田山輝明，註 121 書，頁 150 以下。

上撤回該決定，或是在預立醫療決定後，卻又將同樣的內容與事項委由醫療委任代理人（LPA）為之，或是內容明顯與預立醫療決定相反的情況（25 條 2 項）等，皆被視為無效。相對者，如果該醫療事項與決定之內容無關，或是沒有發生事先決定內容所描述的狀況，或是現實的醫療情況存有決定人當時沒有預測到的情況，並且合理推測決定人如果知悉此狀況，可能會影響到該決定等（第 25 條第 4 項），該決定書也會被認定無效。此外，本法第 24 條第 3 項則再特別強調，當病人具有同意能力時，就不能適用預立醫療決定書，應當依循病人本人現在的意思為準。

當醫師合理的信賴預立醫療決定的有效性與適格性後<sup>128</sup>，依第 26 條 2 項規定，醫師所實施的撤除或不實施治療行為等之處置，縱然可能導致病人提前死亡，醫師也不需負擔任何法律責任。其中，關於涉及生命處分的醫療抉擇，有項更具特色的確保機制，即該法第 25 條第 5 項規定，末期病人本身除須預立醫療決定明白表達中止醫療的意願外，也需製作一份內容須為希望依據預立醫療決定處置的供述書，該等書面的真實性則須受到法律規範的要式性來確保。

最後，關於預立決定的範圍，僅限於治療的撤除或不介入等消極死亡協助，不得請求醫師提供積極縮短生命的醫療處置，而病人有拒絕治療的情況，如果認定本人具有同意能力或有預立醫療決定，無論臨床判斷為何，必須要尊重病人的拒絕治療之願望。

## 第二款 從刑法探討預立醫療決定的疑義

從各國關於預立醫療決定的立法例可知，主要呈現幾項特色。諸如，對預立醫療決定書的作成，必須依據法律規定、預立醫療決定的內容，若得確認為病人真摯意思，將會發揮拘束力，第三人不得干預，縱然有委任代理人，也僅僅是傳達訊息的使者。至於澳大利亞更加細緻的區分預立醫療決定的類型，並且容許於病人意願並非清楚時，交由第三方協助推測病人之意思。德國也有規定，特定情況也能容許法院或代理人依照病人意思

<sup>128</sup> 英國臨床程序上，為了證明事前決定的有效性與適用可能性，醫療從業人員，就病人是否沒有撤回事前決定、在事前決定之後，對於 LPA，是否有賦予其權限，是否有何種行為是明確的違反了事前決定，病人關於現狀如果能夠得知更多的話，是否會變更決定的內容，必須努力的追根究底進行確認。參照：田山輝明，註 121 書，頁 153 以下。

進行推定。

整體來說，德國、澳大利亞是將預立醫療決定寫於民法典中，英國則是以獨立專法為基準。以下本文將配合上述外國之立法經驗，並同刑事法之學理評價，針對我國病人自主權利法之預立醫療決定與撤除或不介入等死亡協助等處置，能否充分調和刑法保護生命法益與病人自主決定權實踐的需求予以檢討。

## 第一目 刑法的評價與定位

預立醫療決定不同於安寧緩和醫療條例的預立維生醫療抉擇，其所對應者是除瀕臨死期的末期病人外，尚包含陷入重度昏迷或無法回復健康的植物人等，這類病人的特徵是，縱然有難以康復的困境，但相較於瀕臨死期的病人，病情尚屬穩定，甚至可以維持數年的生命表徵，此時若自始不施實施或積極撤除維生設備等處置，很難從醫師治療義務的界限等事由導引出刑事合法化的結果，這也是典型安樂死擔憂滑坡效應的問題，究竟該如何界定得以實施尊嚴醫療的範圍<sup>129</sup>。

不過，早期曾發生在 1976 年，美國的「克倫·安·昆蘭(marert Ann Quin-lan)」案的判決中，就有允許醫師撤除病人維生設備的看法存在<sup>130</sup>。本案中，Quin lan 在 21 歲時因為意外成為植物人，依靠呼吸器、餵食管提供營養以維持生命。其父母認為她處於植物人之狀態必定是痛苦的，因此希望能撤除人工呼吸器，但醫生與醫院都拒絕了這項請求，認為這是殺人犯罪。最後，當地最高法院裁定准予撤除 Quin lan 的人工呼吸器。主要理由就是考慮了病人曾有三次說過，她決不要靠特殊手段活著，在沒有消極證據能證明撤除維生系統是違反她的自主意願時，本案最高法院明確宣示，病人擁有拒絕醫療的自主決定權，且即使在病人無能力決定時，其代理人

<sup>129</sup> 國內有學者主張，預立醫療決定的容許性仍然應當限定於瀕臨死亡的末期病人。參照：古承宗，預立醫療決定於刑法上的意義與適用，月旦刑事法評論第 7 期，2017 年 12 月，頁 17 以下。

<sup>130</sup> 川端博著，甘添貴監譯，余振華譯，集中講義—刑法總論，元照，2008 年 6 月，頁 200；葛謹，植物人權益與安寧緩和醫療條例之發展，臺灣醫界第 52 卷 1 期，2009 年 1 月，頁 22 以下；古川原明子，生命維持治療拒否と患者の自己決定権—米判例を素材に，一橋法學第 2 卷 1 号，2003 年 3 月，頁 148 以下；谷直之，註 22 文，317 頁以下。

亦可謂其利益替他行使而撤除維生設備<sup>131</sup>。

而從本案可以清楚了解到，所謂的撤除或不介入等消極的死亡協助，基本上是在確保符合病人的自主意願下，基本上即可阻卻醫師死亡協助的違法性。不過，必須更加深入說明的是，如以本文一貫的思維脈絡，維生醫療設備的撤除，於刑法評價上，應屬一種作為型態；相對如果是自始不介入（不實施），則是一種純粹的不作為。從德國司法實務的脈絡可知，將撤除與不介入都視為不作為，將病人的同意視為醫師保證人地位的解除，即能迅速的在不法構成要件層次排除醫師囑託殺人罪的不法。相對者，如果依然將撤除維生醫療設備視為作為，醫師是否得以阻卻不法，就須留待違法性的層次進行利益衡量。

不過，依循本文採取撤除作為說的立場，無論是安寧緩和醫療條例下的末期病人或是本法所規範的五種臨床條件，凡是醫師針對病人實施撤除維生醫療設備的處置，由於原先醫療行為的介入已經創造了延續病人生命的因果歷程，醫師若基於預立醫療決定的內容，撤除了運作中的維生醫療設備，等同導致病人提前死亡的結果，該當縮短病人生命的囑託殺人罪之不法，至於得以阻卻違法的關鍵，就在於實定法中，有無預立醫療決定、而該決定本身是否有依據法定程序完成，有無其他額外情況導致決定無效等。換言之，預立醫療決定得以阻卻撤除維生醫療設備行為的囑託殺人罪不法，是基於病人自主決定權的保障，以及人格尊嚴優先於生命法益價值等利益衡量的結論，也是一種法政策上的決定。

相對的，如果是自始不執行或不介入等消極不作為等死亡協助，由於本質上屬於不作為的犯罪形式，以舉重以明輕的法理推知，立法上既然已經容許作為撤除，自然只要在確保預立醫療決定內容具真摯性的前提下，亦能解除醫師的保證人地位。但須注意的是，由於這類病人雖然因為病情承受極大的痛苦與不堪，但從治療效益的觀點，依然有辦法持續維持其生命，無法運用無效醫療或基於治療的不確定性等治療義務界限理論，來賦予其正當化之基礎。換言之，保證人地位得以解除的理由是，基於病人自主決定權而來。

綜上，從刑法評價的觀點可知，預立醫療決定中所記載的病人意思，其真摯性的有無，是確保醫師得否阻卻或不成立囑託殺人罪的關鍵。至於實定法的內容，是否有依據刑法的論理來設計，有無需要改進之處，以下

<sup>131</sup> 參照：拙文，註 21 文，頁 280 以下。

將進一步探討之。

## 第二目 醫療委任代理人的角色

病人自主權利法第 10 條規定，醫療委任代理人於意願人意識昏迷或無法清楚表達意願時，代理意願人表達醫療意願，其權限有三。其一，聽取醫療資訊（醫師告知義務）；其二，簽具手術同意書；其三則是依據病人預立醫療決定內容，代理病人表達醫療意願。

值得探討的是，首先，關於醫療委任代理人簽具手術同意書的意義，顯然就是作為推測病人意願的第三人同意之角色。不過，不同於德國、澳大利亞等國家，針對侵入性醫療行為的類型，又再進一步區隔出重大侵入性醫療手術，必須額外尋求醫師的共識，甚至是法院的許可等。我國似乎初期全權委由本法之代理人來決定，此舉是否符合病人的最佳利益，不無疑問。

同樣的思維，如果涉及到拒絕或撤除醫療等死亡協助之處置時，本法特別規定須有病人簽署的預立醫療決定書。醫療委任代理人不得透過概括式的授權直接代為行使拒絕醫療權。不過，值得注意的是，第 10 條規定要求，醫療委任代理人須依據病人預立醫療決定的內容，代理病人表達意願。此時，可能就會產生一些實際臨床運作上的風險與疑慮。

首先，醫療委任代理人的決策，理想的情境是應與病人的意願具一致性，只是考量拒絕醫療可能導致病人死亡的結果，事關重大，故立法上則仰賴預立醫療決定，是先透過文字記載確保病人真義。因此，如同本法所言，醫療委任代理人必須依據該決定內容代為表達病人意願，假若無法聯繫代理人到場，或是代理人主張決定的內容與病人意思不符時，該如何處理？

依據病人自主權利法實行細則第 7 條規定，醫療委任代理人如不願依據本法第 10 條第 3 項第 3 款代替意願人表達放棄醫療的決定時，或經醫療機構確認無法聯繫其到場時，此時醫院不得依據意願人的預立醫療決定執行撤除或終止醫療處置的程序，此時就會出以下疑問。

詳言之，在有預立醫療決定的情況下，假若醫療委任代理人因故無法到

場，或是不願執行預立醫療決定時，依目前我國上述規定，似就無法執行後續的尊嚴醫療處置。不過，如果參考上述澳大利亞與德國等之立法經驗，對於具製作完備的預立醫療決定書而言，醫療照顧人與代理人本身僅僅具備傳達訊息的信差功能，本身不能干預或更改決定的內容，更遑論是不在場或拒絕等情況下，可以阻止醫師執行病人預立之醫療決定。這樣的看法，基本上是建構於立法政策上更加的信賴預立醫療決定書得以穩固承載病人的真摯意願。

本文認為，無論是預立醫療決定或醫療委任代理人等制度，本身都是在病人欠缺同意能力的前提下，為了能盡最大努力來探究病人意願，進而確保病人自主決定權的配套設計。如果從探究病人真意的角度觀之，個案中是有可能發生醫療委任代理人所知悉的資訊會更加貼近病人意願。因此，如同上述英國病人意思決定保護法的要求，縱然預立醫療決定在先，若病人進一步又將相同醫療事項委任予代理人，則後者的效果就會優於前者。

相同的立法思維，同樣得從刑法規範評價的角度予以印證。如同前述，除了安寧緩和醫療條例規定的末期病人外，其餘四種臨床條件本身皆非瀕臨死期的病人。基本上無論是撤除或放棄維生治療等行為，都可能分別構成囑託殺人罪的不法。而該撤除或終止行為的合法化事由，正是基於病人追求人格尊嚴與自主決定等利益而來。因此，立法設計上，應當保有相當的彈性，當醫師準備實施尊嚴醫療時，原則應當依據病人預立醫療決定的內容執行之。此時，醫療委任代理人僅具有傳達的功能。例外的，假若客觀情況顯示有積極的證據得以指出決定書的內容以不符合病人意願時，醫師應當暫緩執行。

## 第六節 小結

醫療的本質應該是在助人展現尊嚴。人要享有尊嚴的生活，前提須是擁有健康的身體與穩固的生命。凡是人都會離開人世，離世的過程中難免要經歷幾場嚴重疾病的折磨，為讓人們求的好死，免去臨終病痛的磨難也一種人性尊嚴的展現。在求得好死的過程中，醫療本身的角色依然不變，改變的則是手段的選擇。本文使用尊嚴醫療來形容這些緩解病痛的方式，可以是一種作為的緩和醫療或撤除、中止治療，也可以是利用不作為的形式，自始不介入或不提供維生醫療處置。

上述的尊嚴醫療本身存在的目的，某種意義上，是為了協助病人，任憑無法治癒的疾病帶其回歸自然。這項思考本身將面臨到的首要挑戰，正是刑法責任的追究。換言之，當尊嚴醫療建立在導致病人提前死亡此縮短生命的基礎上，從刑法評價的觀點，醫師顯然就會該當殺人罪的罪責。諸如傳統上普遍談到的安樂死、尊嚴死或死亡協助等合法性的議題。

關於這類死亡協助的立法進程，我國目前除了早於 21 世紀初期就已制定的安寧緩和醫療條例外，於近年又立法通過了病人自主權利法。兩法的核心意指都是為了賦予特定病人法律上得以明文享有的拒絕醫療的善終權限，不過，前者的適用範圍僅僅針對瀕臨死期的末期病人，後者則額外附加了四種臨床條件，諸如植物人或陷入重大昏迷者等。

一般而言，無論是何種形式的死亡協助，探討其有無刑事合法化的可能性時，未免產生滑坡效應，立法上都希望能建立在一個穩定的標準與範圍內，例如，為瀕臨死期的末期病人提供死亡協助，解釋上可以視為病人實踐自主生命的消極形式—「有尊嚴的終結生命」，這是來自於病情出現短期不可逆的死亡進程時，由於醫療幾乎束手無策，拯救病人生命的目的亦無法達成，此時才有討論病人自主生命的意義。

然而，後者之後又附加了四種臨床條件，例如，植物人等屬於尚未瀕臨死亡的末期病人，基於立法政策的容許性，已經承認該病人依然得依法要求醫師實施尊嚴醫療。兩相比較下，本文認為，病人自主權利法所規範的四種臨床條件，是否能夠享有尊嚴醫療的權利，無論在法理上或程序上都應受到更加嚴謹的論證與檢視，主要原因就在於尚未進入瀕臨死期的病人，隨著醫療技術的發展可能會有治癒的可能性，若要該者放棄這項等待的機會，就應當交由本人親自決定，也就是在尊嚴醫療的實施，必須嚴守病人本人真摯同意為原則。

至於，關於兩法關於拒絕醫療權規範的合理性，從刑法評價死亡協助的正當化事由來說明。首先，安寧緩和醫療條例中有明文不實施或中止維生醫療設備等兩種態樣，前者可能成立的是不作為囑託殺人罪；後者則為作為囑託殺人罪，而兩者在刑法容許性的思考模式上也會有所不同。於該法中，如末期病人出示的意願書或家屬同意書等之簽具，在刑法評價的意義上也是截然相異。

例如，自始不實施維生醫療，涉及的是能否解除保證人地位的問題，

一旦讓家屬代理決定，顯然不利於病人的自主決定權。因此，本文認為，從刑法評價與保護生命法益的立場，當末期病人無法自主決定時，就現有安寧緩和醫療條例中，有關最近親屬、法定代理人或醫師等第三人決策機制的設計，應必要進行更為細緻調整與規範。尤其，在尚難界定無效醫療時，本條例的適用原則，應避免從經濟、資源分配的觀點來判斷實施尊嚴醫療的時機，原則仍須回到末期病人主觀最佳利益（best interest）的立場，確實保障病人的自主決定權。

再者，基於病人自主權利的保障，病人自主權利法特別規定預立醫療決定與醫療委任代理人等，作為病人實踐拒絕治療權限的法定程序與依據。該法並未制訂任何第三人代為實施拒絕治療權的規定，顯然有意與安寧緩和醫療條例中規定的末期病人得由最近親屬或醫師出具醫囑代為決定的設計有所不同。本文認為，衡酌四種臨床條件皆非瀕臨死期的生命狀態，應當可以肯定本法完全交由病人本人決定的立法設計。

不過，必須進一步說明的是，醫療委任代理人的決策，理想的情境是應與病人的意願具一致性，只是考量拒絕醫療可能導致病人死亡的結果，事關重大，故立法上則仰賴預立醫療決定，事先透過文字記載確保病人真義。因此，如同本法第 10 條所言，醫療委任代理人必須依據利決定書的內容代為表達病人意願。而參考外國的類似立法經驗，所謂代為表達意願應是指，委任代理人僅僅是傳達訊息的信差，本身不得做出干預或更改決定內容的舉止，如此方能強化預立醫療決定書必須穩固承載病人真摯意願的思維。

最後，如同前述，除了安寧緩和醫療條例規定的末期病人外，其餘四種臨床條件本身皆非瀕臨死期的病人。因此，當醫師準備實施尊嚴醫療時，原則應當依據病人預立醫療決定的內容執行之。此時，醫療委任代理人僅具有傳達的功能。例外當客觀上有積極證據顯示該等決定書內容已經不符合病人近期的意願時，醫師應當暫緩執行，確保病人的自主決定權\*。

---

\* 本章部分內容曾於 2015 年 7 月，在國立中正法學集刊第 48 期發表〈末期醫療決定與刑法評價〉。該文刊出後，是基於該文的基礎上，進行更完整與全面性的論述，除了盡量改寫外，也增加了與病人自主權利法相互比較後的尊嚴醫療體系之評價分析。針對實務意見的分歧與統一，本文有更清楚的觀察與論述，特此說明。



## 第七章 結論與建議

### 第一節 結論

隨著社會價值觀點的轉變，醫療技術的普及化也走入了人民的日常生活，各項先端醫療技術的推陳出新，迫使傳統醫學倫理、醫病關係以及治療與生命價值的態度等，於內在體系中產生了激烈的碰撞與變化。無論是人體器官移植、臨床試驗或是重症新生兒等醫療決策的判斷，背後彰顯的是醫療的進步導致傳統生與死的界線逐漸模糊，取而代之的是，人類對無盡生命與健康追求的慾望，本文談到有關人體器官捐贈相結合腦死判斷產生的刑法爭議，正是這項思維背景下的真切縮影。

相對的，當人類不斷仰賴尖端醫療科技追求生命的延續與健康利益時，也不能忽略高效能的醫療措施，讓越來越多的病人，走到生命的盡頭時，僅僅剩下求得好死的盼望，醫療本身的意義於是產生了根本上的質變，諸如末期病人的尊嚴醫療，實際上與病人的康復無關，純粹是在緩和病人痛苦與維繫人格尊嚴；相對的，人體臨床試驗與人體器官移植等技術，更猶如掀開潘朵拉的盒子，反映人類不計一切手段，只為延續生命的強烈慾望。

從這類特殊醫療情境的觀察，我們可以發現，處理人類生死的問題，觀點必須保持柔軟，不能過於武斷絕對。武斷的是一種客觀利益的形塑，從普世的觀點來論述生命法益絕對保護原則，這是造成現今社會尚有許多非典型末期病人無法透過醫療協助得以善終的主要原因與困境；柔軟的則是強調落實病人自主決定的保護。

本文以為，刑法保護身體健康與生命等法益的目的，最終是為協助人民保有自主人格參與社會生活，當人民為求生活利益的追求與實踐，願意放棄刑法的保護，也能視為一種刑法目的之成就。同樣的邏輯轉換到臨床醫療現場，侵入性醫療手術為病人帶來的傷害結果，也是基於病人自主決定，是否放棄刑法對於當下身體健康法益的保護，而讓其追求疾病治癒後所享有的生活利益。

這項病人自主決定權的思潮已將傳統純粹追求客觀實證的醫療任務轉換至病人個人價值觀的探詢，個人化的醫療，逐漸成為一種追求病人最佳利益與福祉的嶄新目標。相對者，未經病人同意或是違反病人意願的醫療處置，被稱為專斷醫療的原因，精確而言，就是一種追求客觀實證利益（醫學適應性與技術正當性）卻侵害了病人的自主決定權，在現今醫療刑法著重病人自主決定權的態度上，醫師就有可能會被追究刑事責任。

不過，衡量臨床醫療的瞬息萬變，很多必須動用侵入性醫療處置的情況是，病人可能因恐慌而不理性，或陷入昏迷無法表達意見時，在緊急情況下或必要時，醫師取透過病人以外第三人的同意或自行裁量決定，這項決定本身的正當化事由，形式上的依據可能是業務上的正當行為，但背後所支持的理論基礎則是一種有利於病人的推測（推測承諾）。而在一般性的常規治療中，此種告知同意原則與例外的設定，已經是非常穩定清楚的判斷標準。

不過，相較於一般醫療處置，在特殊的情況下，無法直接仰賴這項原則與例外的關係來確保病人的自主決定權與醫療上的最佳利益，本文以特殊醫療稱之。特殊醫療的特殊性正是建立在有關病人自主決定權的保障，無法直接透過「原則本人同意，例外交由第三人推定」的簡單邏輯，而須進一步借助刑法等理論來思索，病人自主與法益間的保障關係。

首先，在第三章談到關於人體器官移植中的器官捐贈行為，不同於一般的侵入性醫療行為，摘取捐贈者器官的移植手術，除了涉及身體健康（活體捐贈）或屍體（屍體捐贈）殘餘的人格尊嚴，以及家屬等情感利益外，人體器官的捐贈是一種純粹援助他人卻未對己創設任何利益的舉止，甚至捐贈者也難以理解為一般醫療下的「病人」。原則來說，活體移植本身的容許性就需謹守刑法被害人承諾的法理，凡是涉及生命法益或重大身體法益等捐贈手術，都應一概禁止。

同時，基於欠缺傳統醫療具有治癒性的客觀性目的，活體器官的捐贈，除非經由本人真摯同意，一律嚴禁透過第三方的推測取得刑事正當性。此外，目前各國為求擴大器官來源與提升移植效益，無不積極採取無心跳或腦死判定等捐贈模式來達成目的。本人以為，腦死並非死亡，腦死移植的容許性應當是允許死者生前承諾來換取他人生命延續，這是基於尊重每個人對生命與人格的延展自由，讓病人自主選擇是否遺愛人間。而解除刑法保護生命法益任務的重要關鍵，原則依然必須依循腦死者本身的真摯意願，

呈現的是一種生命保障相對化的立場與思維。

再者，第四章強調的是，在特定的情況中，病人自主依然需要仰賴特殊的解釋，同時限制並維護病人的自主決定權限。而在第四章中，本文是從病人自主決定權來界定人體臨床試驗醫療的特殊性。所謂的臨床試驗，以新藥的開發為例，由於無法預測新藥對於人體的具體影響，最終仍須以人體為試驗對象，藉以評估這項藥品未來正式投入醫療市場後對病人的潛在風險與副作用。是以，雖然不同於人體器官捐贈手術，臨床試驗依然保有治療病人的目的。

但是，由於臨床試驗本質上少了醫療技術正當性的擔保，這項欠缺技術正當性的治療，一旦後續衍生傷害病人的結果，該如何賦予其刑事正當化依據？不無疑問。本文認為，臨床試驗醫療的刑事合法化的前提，應當建立在病人真摯同意基礎上。

這項同意是否具有真摯性，應當思考的是，醫療實驗人員必須落實周詳的告知義務，以及確認病人有無辦法獲悉試驗相關資訊，以及能否接受或拒絕該項試驗的利弊分析能力等，統一稱為病人的同意能力，無論在德國、美國或英國等國家，對於同意能力有無的判斷都已累積了相當豐富的學理與實務經驗，希冀日後我國也能逐漸在重視病人自主的氛圍下，積極借助外國法的經驗，建構病人同意能力的判斷指引與途徑。

無論是成年人或未成年人，從刑法評價的觀點，凡是病人有同意能力能自主決定，原則就應尊重病人的自主意願，若病人欠缺同意能力，則須仰賴第三人推測本人的意願，雖然與本人意願或有落差，但卻依然未嚴重偏離病人自主決定權的理念。但是，特殊的情況是，在面對重症新生兒醫療決策的問題上。本文第五章針對重症新生兒醫療權益的保障進行深入的探討。甫生產的新生兒，人格特質、興趣愛好，甚至是信仰等等都是一片空白，無法直接透過推測承諾的法理來賦予決策的合法化依據。

尤其，新生兒的法定代理人（父母）往往卻在醫療決策中扮演極為重要的角色，凡是任何醫療處置，醫師原則都會經過父母的同意方會為之。在此背景下，可能衍生出新生兒的醫療忽略問題，當判斷何者是病童的最佳利益時，父母反倒可能優先考量的是自身的信仰、預後的花費與經濟狀況等因素。是以，談及此種病人根本上欠缺實施自主決定權的特殊情況時，應從刑法規範的觀點，思考重症新生兒治療義務的範圍，並且回歸醫療專

業，藉由客觀優越利益衡量的法理論來探詢新生兒的最佳利益。換言之，符合新生兒最佳利益的最佳決策，可能是持續的積極治療，也可能是必須放棄無意義的延命治療。此外，基於親權擔保責任多元化的精神，個案中可透過社會第三方保護機制的加入，共同形塑新生兒的最佳利益。

最後，第六章的探討聚焦於對各項積極延命醫療的省思，諸如心肺復甦術、機械式生系統、血液製品、為特定疾病而設之專門治療或是人工餵養食物與水分的人工營養及流體餵養等。這些維生醫療措施的實施，如果是以治療與使病人康復為目的的過渡性手段自無疑問。但是，對於末期病人或陷入重大不治疾病的痛苦循環時，這類延命措施剩下的作用就僅在於延長病人的痛苦，不具任何意義。

是以，本文特別將醫師不施以心肺復甦術（withholding）或撤除維生設備（withdrawing）等行為，歸納統稱為末期病人的尊嚴醫療，所強調者有如我國《病人自主權利法》該法第1條所稱的「尊重病人醫療自主、保障其善終權益」，希望能讓病人透過各項醫療手段的制約或緩和處置的介入等，享有尊嚴的安然離世。不過，無論是透過撤除或不介入等方式來進行協助，都有可能在最後因導致病人提前死亡而遭受刑法 275 條囑託殺人的責任追究。

究竟如何從中尋求醫師實施尊嚴醫療的刑事正當化事由，從以往至今，此項問題就圍繞在安樂死、尊嚴死、醫師死亡協助等合法化之議題上。在我國現行法中，相繼制定了安寧緩和醫療條例與病人自主權利法，兩法對於末期病人與尊嚴醫療的定義與範圍等，都有明確的規定，而當中更重要的是，必須從刑法的評價觀點來檢驗尊嚴醫療執行程序、範圍與正當化基礎的合理性。

綜上，探討上述特殊醫療的重要性在於病人自主與傳統醫療裁量權限的權利消長，兩者無法比照一般性的醫療情境，當中也有一項重要思維必須掌握，亦即，何種情況下，刑事阻卻違法的利益衡量是交由病人自主決定，何種情況下足須以客觀利益的權衡為優先？這項思考的標準，可能依然要從醫療的特殊性而予以類型化後，方能尋找處穩固的判斷依據。

總之，本文主張，人體器官捐贈對捐贈者而言百害無利，應當確保病人自主決定權的實踐，凡是欠缺同意能力或無法同意者，都不得納為捐贈對象。此外，在人體臨床試驗醫療的情況下，由於不能忽略治療目的之存

在，但考量試驗治療本身欠缺醫療技術正當性的擔保，試驗人員必須嚴守告知義務的履行與病人有無同意能力的判斷。

再者，關於重症新生兒的醫療決策，由於自始欠缺本人同意的可能性，必須仰賴中立第三方來尋求新生兒的最佳利益。此時第三方可能來自於父母、醫師或法院等來共同探討形塑。最後，尊嚴醫療背後涉及的是刑法評價是對於自己生命法益的自主處分，在規範容許性上，除非為瀕臨死期的末期病人，否則應當確保病人本人的真摯同意方能為之。

## 第二節 建議

為求厚植醫病關係的良善互動，降低醫事人員執行醫療業務觸法的風險，基於病人自主決定權的保障與提供醫師裁量權限的適當空間，以下將從上述的四種特殊醫療行為與情境中，提出相關的立法、政策及解釋等之建議。

### 一、活體器官捐贈應以被害人承諾為阻卻違法依據

活體器官的器官摘取行為的同意性質應屬刑法上的「阻卻違法性承諾」。亦即，依據該條例第 8 條第 1 項第 1 款規定，捐贈活體器官的同意，必須是捐贈者自願處分放棄所持有的身體健康法益，並有向外表明承諾放棄的意思表示。

這樣同意必須具有真摯性的明示同意，同時根據阻卻違法性承諾法理上所延伸出的兩項界限，也應當落實於活體器官捐贈的法規範中。首先，所謂的實體規範界限（客觀性限制）的要求，如果摘取的器官可能導致捐贈者生命或重大的身體傷害，這項同意本身應當受到法規範禁止。其次，關於程序規範的界限則是指，醫師人員必須事先履行告知義務，並且取得捐贈者的明示同意，同時程序上也應禁止第三人推測代為同意的容許性。

### 二、關於屍體器官捐贈手術的刑法評價

屍體捐贈本身雖然並非涉及生命法益的侵害，但也可能侵犯死者所殘餘的人格尊嚴、家族情感或社會風俗，是以原則上依然需要盡量在符合死者生前意願的前提下實施屍體器官捐贈手術。當死者生前未表示意見時，

由於我國原則採取的是死者自願捐獻制（**opting in**），家屬僅具推定同意的權限，為求與該法設計理解方向一致，我國毀損屍體罪的法益概念，解釋上就應側重殘餘人格尊嚴價值的保障內涵，家屬如能順利推測死者生前意願，移植行為就不會侵害生者死後人格尊嚴法益，進而直接排除該罪的刑事責任。

相反的，如果醫師違反死者或家屬的意願時，是否成立毀損屍體罪，應當進一步考慮移植的必要性與急迫性，而非純粹以受贈者的生命法益必然優於死者生前人格利益等衡量結果來阻卻醫師的不法責任。

### 三、以腦死非死亡建立腦死器官捐贈的容許性

考量腦死判定的複雜性與容有誤判可能、以及功利主義掛鉤等種種疑慮，應當在維持三徵候說的單一死亡判斷標準下，將腦死視為類似於末期病人般的特殊生命狀態，在此狀態下進一步思考如何維護腦死者捐贈器官的正當性與確保其權益。

本文建議，將腦死視為一種特殊生命階段，賦予捐贈者能在此情況下，得以自主處分自己的生命法益。是以，關於人體器官移植條例與腦死判定準則明文取得腦死者生前同意的程序要件，刑法評價上，應視此同意為允許醫師終結生命法益的「特殊阻卻違法事由」；相對的，一旦醫師未經承諾，判斷病人腦死後摘除其器官，就會構成侵害生命法益的殺人罪。基於捐贈者自主決定權的保障，立法上應當嘗試思考在當腦死者未有表示的情況下，依據推測承諾的法理，探詢何者能替代腦死者同意捐贈。

### 四、病人同意應以辨識能力的判斷為中心

以臨床試驗醫療為例，由於臨床試驗容有風險的未知性，程序上非常重視醫師告知義務的履行，而除了正確資訊的提供外，更重要的是，授受者必須有衡酌資訊來為自己最佳利益判斷的能力。從刑法評價的觀點，欠缺同意能力等同是無法依據被害人承諾來阻卻試驗性療法可能衍生的傷害不法。從而，關於同意能力的判斷，及可參考前文美國、德國或英國等法規範或實務的方式。

此外，由於病人同意能力的判斷並非全然與年齡相關，原則上可依照美國實務判例的經驗，對於未成年人，凡有積極證據顯示思想已成熟，應

當例外賦予其同意之能力。故本文建議，醫療法第 79 條第 1 項後段應修正為：「接受試驗者以有同意能力者為限，未成年者推定欠缺同意能力」。

### 五、我國應當建構辨別病人同意能力的判斷基準

從外國的立法與實務經驗可知，無論是臨床上或司法實務上，要準確判別病人有無同意能力並非易事，本文認為，我國未來依然應當嘗試借重外國法等經驗，透過行政規則或授權命令等方式，將判斷同意能力的重要性指標或原則等納入，以供臨床實務參考使用。大致的指標應當遵守「能力推定原則」，亦即，在成年人的情況，除非有證據證明其欠缺同意能力，否則應該推定具有同意能力。

普遍的標準尚包含，病人能否理解與決定有關的情報資訊；病人能否保留或保持該等情報的記憶能力、病人得否將該項情報資訊作為抉擇判斷的衡量依據、病人是否能向醫療人員傳達決定（如透過言語、手勢與其他手段）等能力。而這四項標準可以說是普遍存在於各國立法與實務的共同經驗，當欠缺其中一項能力時，就應當視為欠缺同意能力。

### 六、臨床試驗醫療代為同意的法規範調整

依據赫爾辛基宣言所建立的臨床試驗倫理原則，人體臨床試驗必須建立在受益（beneficence）原則上，試驗除了本身的目的外，也應當有益於受試者。縱然試驗的風險難以評估，但整體所形成的副作用不得高於其效用。

換言之，受試者的利益應當高於試驗本身所可成創造的社會利益。據此，解釋應理解為：「具有同意能力者，應自行決定是否接受臨床試驗治療。」當受試者欠缺同意能力時，若需容許第三人代為同意，解釋上醫療法第 79 條第 1 項但書的規定，就應限縮於：「顯有益於特定人口群或特殊疾病罹患者健康權益，且為求回復本人健康與挽回生命等所不得已之試驗療法」。因此，基於刑法推測承諾的法理，配合上述但書的解釋，於第 79 條第 2 項規定：「無同意能力者，關係人或最近親屬得代為同意，但不得與本人意思相反。」

### 七、三階段判斷第三人代行同意的意義

關於侵入性醫療行為的同意，原則為本人同意，例外方交由第三人代

為同意。但從德國、奧地利或日本等的國家的經驗可知，代為同意者的身分並非純粹簡單交由家屬或最近親屬來決定，從刑法推測承諾的法理也可做同樣的理解，原則應當探求何者的決定最為貼近病人的真摯意願。是以，為釐清第三人同意的意義與目的，並且協助實務工作者進行判斷，本文建議可以採三階段模式來做思考。

**第一階段：**短暫陷入欠缺同意能力狀態的病人，基於補充性原則的要求，凡是醫師得以等待或透過其他方式協助病人進行決策，依然需以本人同意為合法化依據，不得運用第三人推測承諾之法理阻卻違法。

**第二階段：**當本人欠缺同意能力，且短時間或終期無法回復時，病人若先前已明確表達意願接受或拒絕該項治療，此時代為表達病人意願者，性質上屬於單純傳達意見的工具或信差，阻卻違法的依據是來自於病人本身之同意。

**第三階段：**當沒有上述兩種情況時，基於補充性原則的要求，方能於個案中，尋找最能適切推測病人意願的第三方角色，進而能基於推測承諾阻卻違法。其次，由於推測承諾必須從法益主體者之主觀意願來進行推估，假若個案中已經無法推測病人主觀意願時，就應當回到客觀面，進一步思考如何維護病人的「最佳治療利益」。

## 八、重症新生兒醫療最佳利益的形塑

由於新生兒自始欠缺實踐自主決定權的能力，一般於醫療正當化之事由中，對於治療行為客觀優越利益的擔保，直覺就會轉向由父母以親權獨立活動說來作為擔保。但是若是依據該理論的理念，父母行使醫療決策並非一種代位權限，而是一種依法律關係所賦予的保護義務。

因此，父母同意自然也非新生兒主觀利益的具象化延伸，而是同樣在執行兒童醫療權益與社會生存福祉之維護等客觀最佳利益的確保任務。因此，若以「優越利益擔保說」的理念來審慎思考，若父母拒絕治療的意思表示已違反子女的客觀利益，將會形成保證人不適任的情況，並逕自將此地位轉換於第三者身上，主要是為填補「子女利益保證人」的空缺。

關於此項空缺，本文建議應當朝向「親權責任擔保多樣化與共同化」的方向思考，除了要求醫師必須秉持不傷害與行善原則等倫理精神來判斷，

諸如美國醫師會就曾說明，新生兒最佳利益必須考量五個項目：1.治療成功的可能性（醫學的適應性）；2.治療與不治療的風險；3.治療成功的情況下，能延長生命的程度 4.治療伴隨的痛苦或不快感；5.從實施治療的情況與不實施治療的情況來預先評估新生兒的生活品質（quality of life）。

同時我國也應積極建立重症新生兒臨床醫療指引，同時建立院內能與家屬父母溝通的管道，假若父母拒絕治療或決策顯然遠離病人的最佳利益時，也希望能尋求法院、社工等專業人士來共同擔保重症新生兒的治療行為符合其最佳利益。畢竟，從國外的立法經驗可知，只有家族的身分關係，作為同意權者來說不是十分的充分，因此凡是伴隨一定危險的侵入性醫療行為的決定，勢必需要交由國家介入協助。

### 九、從刑法評價理解維生醫療抉擇的內涵

首先，關於末期病人本人簽署的意願書，如是成年人簽具者的情況，內容若是涉及維生醫療不介入的指示，評價上應是解除醫師的保證人地位，於不法構成要件層次中即能阻卻囑託殺人罪的不法。換言之，安寧緩和醫療條例第 7 條第 1 項所謂出具意願書的內容，如果所表達的是不願開啟維生醫療處置，應是代表末期病人解除保證人地位的意思表示。相對的，若指示中止維生醫療設備，則是依據被害人承諾與病人自主決定權等理由阻卻醫師的不法。此時，意願書本身應是處分生命法益的意思表示，具有阻卻囑託殺人罪不法的效果。

至於，近親簽屬同意書的情況是基於政策上的考量，依安寧緩和醫療條例第 7 條第 3 項規定，末期病人無簽署意願書且昏迷或無法清楚表達意願時，由其最近親屬出具「同意書」代替之。但從刑法評價的角度，出具同意書的親屬是已於立法上安排先後序列，恐有過度僵化，無法符合末期病人自主決定權的保障需求。

因此，當同意書涉及維生醫療不介入的指示時，由於屬於解除保證人地位的表示，最近親屬出具同意書得以解除醫師保證人地位的唯一情況就應限定在同意書的內容承載的是「病人本人真摯意思」。至於，關於維生醫療中止的指示，應當參考日本制定的「終末期醫療過程決定方針」，必須考量何者是知悉或能推測病人意願之人，故該同意書應是一種末期病人應當也會做出相同決定的推測承諾。理所當然不能完全交由最近親屬來做決定。

最後，關於醫師出具醫囑的效力，原則仍應受到推測承諾的法理約束。因此，假如客觀上已有明顯證據顯示，末期病人希望繼續施救，醫師仍得依照可得以推測的意願來實施治療。假若醫師完全無法推測病人意願時，就能依其專業審慎評估，在符合醫療常規的保證下，基於病人最佳利益的維護，決定維生醫療的不實施或撤除。是故，目前本條例中所謂的「醫囑」，解釋上應包含有遵照病人自主決定權的意思表示，以及純粹符合無效醫療的常規指示兩種不同的意義。

#### 十、預立醫療決定中之醫療委任代理人功能釐清

依據病人自主權利法第 10 條規定，醫療委任代理人於意願人意識昏迷或無法清楚表達意願時，須依據病人預立醫療決定的內容，代理病人表達醫療意願。這項規定從字面上的意義理解，搭配病人自主權利法實行細則第 7 條規定，醫療委任代理人如不願依據本法第 10 條第 3 項第 3 款代替意願人表達放棄醫療的決定時，或經醫療機構確認無法聯繫其到場時，此時醫院不得依據意願人的預立醫療決定執行撤除或終止醫療處置的程序。

上述規定似乎是透過醫療委任代理人的制度確保病人權益。但是參考奧地利與德國等之相關立法經驗可知，對於已經製作完備的預立醫療決定書，代理人本身的角色就僅是傳達訊息的信差，本身除了不能干預或更改內容外，更遑論不在場或表達拒絕的意思，竟能阻止醫師依該決定內容執行醫療措施。本文建議，未來病人自主權利法於預立醫療決定的立法設計上，應當避免代理人的干預，原則醫療委任代理人僅具有傳達決定的功能。例外當代理人有積極證據證明決定書的內容與病人意願相違背時，醫師方應暫緩執行。





# 參考文獻

(按作者姓名筆劃排列)

## 壹、中文部分

### 一、專書/教科書

1. Louis P. Pojman 著，江麗美譯，生與死：現代道德困境的挑戰，桂冠，1995年5月。
2. 川端博著，甘添貴監譯，余振華譯，集中講義－刑法總論，元照，2008年6月。
3. 王志嘉，病人自主之刑法實例剖析，元照，2014年9月。
4. 王皇玉，刑法上的生命、死亡與醫療，承法，2011年12月。
5. 甘添貴，刑法各論（上），三民，2014年8月。
6. 甘添貴，體系刑法各論－侵害個人專屬法益之犯罪，瑞興，2007年9月。
7. 伍開遠，刑法規範之發展趨勢，東海大學法律學院，2016年12月。
8. 何建志，醫療法律與醫學倫理，元照，2013年9月。
9. 余振華，刑法總論，三民，2017年9月。
10. 吳志正，解讀醫病關係I－醫療契約篇，2006年9月。
11. 吳志正，解讀醫病關係II－醫療責任體系篇，2006年9月。
12. 李淑明，民法總則，元照，2016年2月。
13. 林山田，刑法各罪論（上），自版，2006年10月。
14. 林山田，刑法通論（上冊），自版，2008年1月。
15. 林東茂，刑法分則，一品文化，2018年9月。
16. 林書楷，刑法總則，五南，2010年3月。
17. 林鈺雄，新刑法總則，自版，2018年9月。
18. 柯耀程，刑法概論，一品文化，2017年8月。
19. 柯耀程，刑法釋論I，一品文化，2014年8月。
20. 恩施特·貝林著，王安生譯，構成要件理論，2006年9月。
21. 康均心，生命刑法原理，元照，2009年3月。
22. 張麗卿，刑法總理論與運用，五南，2018年9月。
23. 張麗卿，醫療人權與正義，元照，2019年1月。

24. 許澤天，刑總要論，元照，2009 年 2 月。
25. 郭自力，生物醫學的法律和倫理問題，北京大學出版社，2002 年。
26. 陳志龍，法益與刑事立法，自版，1992 年。
27. 陳煥生、劉秉鈞，刑法分則實用，一品文化，2018 年 9 月。
28. 陳聰富，民法總則，元照，2016 年 2 月。
29. 傅偉勳，死亡的尊嚴與生命的尊嚴，中正書局，1993 年 7 月。
30. 曾育裕，醫師法規，五南，2010 年 9 月。
31. 曾育裕，醫護法規，五南，2010 年 9 月。
32. 曾淑瑜，醫療倫理與法律 15 講，元照，2016 年 9 月。
33. 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2012 年 3 月。
34. 黃仲夫，刑法精義，犁齋社，2016 年 9 月。
35. 黃仲夫，簡明刑法分則，元照，2010 年 9 月。
36. 黃常仁，刑法總論－邏輯分析與體系論證，新學林，2009 年 1 月。
37. 靳宗立，刑法各論 I－國家·社會法益之保護與規制，自版，2011 年 9 月。
38. 靳宗立，刑法總論 I：刑法基礎理論暨犯罪論，自版，2010 年 9 月。
39. 劉長秋，器官移植法研究，法律出版社，2005 年 12 月。
40. 蔡墩銘，刑法總論，三民，2013 年 8 月。
41. 蔡墩銘，醫事刑法要論，翰盧，2005 年 9 月。
42. 盧映潔，刑法分則新論，新學林，2018 年 9 月。
43. 盧映潔，醫療行為與刑事過失責任，新學林，2013 年 5 月。

## 二、期刊/論文

1. Ulrich Schroth 著，馬躍中譯，醫療專斷行為中之醫師的說明義務與德國法上關於器官捐贈的說明義務，法學新論第 26 期，2010 年 10 月。
2. 王志嘉，末期病人醫療常規--臺灣高等法院高雄分院九十六年度醫上更(一)字第二號刑事判決評釋，月旦法學雜誌第 211 期，2012 年 12 月。
3. 王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學第 170 期，2009 年 7 月。
4. 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。
5. 王嘉琦，身體各部份“價值”多少？美國器官組織黑市市場商機無限，健康世界第 263 期，2007 年 11 月。
6. 古承宗，預立醫療決定於刑法上的意義與適用，月旦刑事法評論第 7 期，2017 年 12 月。
7. 甘添貴，治療行為與傷害，月旦法學教室，第 15 期，2004 年 1 月。
8. 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 157 期，2008 年 6 月。

9. 余振華，得被害人承諾之行為評價，收於：《刑與思林山田教授紀念論文集》，元照，2008年11月。
10. 吳俊穎，壽終正寢？病患親屬代理決定權的探討，月旦法學雜誌第114期，2004年11月。
11. 周漾沂，論攻擊性緊急避難之定位，國立臺灣大學法學論叢41卷1期，2012年3月。
12. 林忠義，臺灣法律史的研究與應用—以人體器官移植條例的立法演進為中心，律師雜誌第345期，2008年6月。
13. 林東茂，死亡協助的刑法問題，高大法學論叢第10卷第2期，2015年3月。
14. 林東茂，專斷醫療行為的刑法問題，月旦法學教室，第67期，2008年5月。
15. 林東茂，醫療上病患承諾的刑法問題，月旦法學第157期，2008年6月。
16. 林書楷、林淳宏，從法律與醫學倫理的觀點論積極安樂死之合法化，興大法學第8期，2010年11月。
17. 林誠二，人體試驗與雙效理論之探討，法令月刊61卷10期，2010年10月。
18. 邱玟惠，論人體試驗同意權人之現行法制與修法建議，東吳大學法學報28卷2期，2015年10月。
19. 邱慧洳，人體器官移植之法律現況，護理雜誌61卷4期，2014年8月。
20. 柯文哲、李志元，無心跳者器官捐贈的法律倫理問題，澄清醫護管理雜誌4卷2期，2008年4月。
21. 張麗卿，刑事醫療判決關於告知義務變遷之研究，東海大學法學研究第39期，2013年4月。
22. 張麗卿，病人自主權利法—善終的抉擇，東海大學法學研究第50期，2016年12月。
23. 張麗卿，莎士比亞《威尼斯商人》—借債割肉「得被害人承諾乎？」，法律與文學—文學視野中的法律正義，元照，2010年11月。
24. 張麗卿，醫師執行預立醫療決定的刑事責任，輔仁法學第53期，2017年6月。
25. 張麗卿，醫療常規與專斷醫療的刑法容許性：評析拒絕輸血案，台灣法學雜誌第272期，2015年5月。
26. 張麗卿、韓政道，醫療自主與生命抉擇—從「姊姊的守護者」談起，月旦法學第198期，2011年11月。
27. 張麗娟、黃美智，先天性畸形新生兒不實行心肺復甦術的倫理抉擇，護理雜誌56卷3期，2009年6月。

28. 莊曉平，康德的自主理論：能否成為生命倫理學的自主原則，學術研究第 8 期，2011 年 8 月。
29. 許光，病人善終自主權之研究－借鑒臺灣法規範反思大陸立法之趨勢，國立高雄大學法學論叢第 12 卷第 2 期，2017 年 3 月。
30. 許澤天，消極死亡協助與病人自主決定權－德國學說、立法與實務的相互影響，臺北大學法學論叢 100 期，2016 年 12 月。
31. 陳子平，醫師違反緊急救治義務之刑事責任－與日本法之比較，月旦法學第 158 期，2008 年 7 月。
32. 陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（下），月旦法學第 179 期，2010 年 4 月。
33. 陳志龍，法益持有者之法益保護放棄處份權（上），國立臺灣大學法學論叢第 19 卷 1 期，1989 年 12 月。
34. 陳彥元，研究倫理的歷史，戴正德、李明濱編，《人體試驗－研究倫理的理念與實踐》，教育部，2012 年 11 月。
35. 陳祖裕，無效醫療，應用倫理研究通訊第 25 期，2003 年 1 月。
36. 陳祖裕，臨床試驗中的利益衝突，醫療品質雜誌 6 卷 1 期，2012 年 1 月。
37. 陳瑤華，自主與民主，人文及社會科學集刊第 15 卷 2 期，2003 年 6 月。
38. 陳鈺雄，人體試驗之受試者保護－簡評新修正醫療法，法學新論 19 期，2010 年 2 月。
39. 曾淑瑜，論人體利用－器官移植與法律之衝突與調和，律師雜誌，308 期，2005 年 5 月。
40. 曾淑瑜，醫師之說明義務與病人之同意，法官協會雜誌 9 卷 1 期，2007 年 6 月。
41. 曾裕仁，器官移植的法律問題，台灣法學第 171 期，2011 年 3 月。
42. 黃清濱，生物醫學醫療性人體試驗之規範與受試者保護－以告知同意為中心，中律會訊第 8 卷第 3 期，2005 年 12 月。
43. 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。
44. 楊秀儀，救到死為止？從國際間安樂死爭議之發展評析我國「安寧緩和醫療條例」，台大法學論叢第 33 卷第 3 期，2004 年 5 月。
45. 葛瑾，Gillick 行為能力——最高法院 95 年度台非字第 115 號刑事判決評釋，醫事法學，第 17 卷 1 期，2010 年 1 月。
46. 葛瑾，植物人權益與安寧緩和醫療條例之發展，臺灣醫界第 52 卷 1 期，2009 年 1 月。
47. 靳宗立，刑法重傷解釋之難題與嘗試，法學叢刊第 215 期，2009 年 7 月。

48. 靳宗立，醫療行為與犯罪評價之探討：以醫療法規與刑法「法令行為」為中心，軍法專刊第 53 卷 3 期，2007 年 6 月。
49. 劉明祥，腦死若干法律問題研究，現代法學第 24 卷 4 期，2002 年 12 月。
50. 劉秉鈞，過失醫療行為與刑事責任關係之實務回顧，銘傳大學法學論叢 10 期，2008 年 12 月。
51. 劉長秋，刑法視野下的器官移植，現代法學第 30 卷 6 期，2008 年 11 月。
52. 蔡甫昌、楊哲銘、周弘傑，家屬拒絕手術治療多重可矯治先天畸型新生兒之倫理法律社會問題，台灣醫學 9 卷 5 期，2005 年 9 月。
53. 蔡維音，人性尊嚴作為法概念之出路，法律與生命科學第 3 卷第 3 期，2009 年 7 月。
54. 鄭逸哲，醫療刑法—從法律「動物」到法律人系列—刑事法學及其方法（五），2009 年 10 月。
55. 鄭逸哲、施肇榮，沒有「安樂死」之名的「安樂死法」—簡評 2016 年「病人自主權利法」，軍法專刊第 62 卷第 4 期，2016 年 8 月。
56. 盧映潔、高忠漢、朱振國，患者同意與醫師刑事過失責任之辯證，台灣法學 112 期，2008 年 9 月。
57. 蕭映凌、黃清濱，初探安樂死與尊嚴死相關立法規範，醫事法學第 16 卷 2 期，2009 年 5 月。
58. 賴秀昫、蔡甫昌、陳慶餘，器官移植倫理：活體肝臟捐贈與移植，當代醫學 32 期，2005 年 1 月。
59. 賴怡君，日本 2010 年新臟器移植法及其相關爭議，台灣法學第 171 期，2011 年 3 月。
60. 戴正德，研究倫理的理念與實踐，戴正德、李明濱編，《人體試驗—研究倫理的理念與實踐》，教育部，2012 年 11 月。
61. 鍾孟軒，心臟（停止）死後器官捐贈的實務運作—倫敦國王學院醫院進修心得，台灣醫界第 61 卷 3 期，2018 年 5 月。
62. 韓志平、呂克恒，如何成立人體試驗／研究倫理審查會，收於：戴正德、李明濱編，《人體試驗—研究倫理的理念與實踐》，教育部，2012 年 11 月。
63. 韓政道，末期醫療決定與刑法評價，國立中正法學集刊第 48 期，2015 年 7 月。
64. 韓政道，死體器官摘取行為的刑法評價，東海大學法學研究第 46 期，2015 年 8 月。
65. 韓政道，從刑法釋義界定重症新生兒的治療界限，高大法學論叢第 14 卷第 2 期，2019 年 3 月。

### 三、研討會論文

1. 陳月端，病人自主權利法-以民事責任為核心，「2016 醫療科技與法律實務系列國際學術研討會」--以《病人自主權利法》為中心，2016 年 9 月 30 日（五），高雄大學法學院 516 演講廳。
2. 李維哲，病人自主權利法施行後可能的醫療實務困境，「2016 醫療科技與法律實務系列國際學術研討會」--以《病人自主權利法》為中心，2016 年 9 月 30 日（五），高雄大學法學院 516 演講廳。
3. 林東茂，荷蘭的積極死亡協助，台北榮民總醫院醫療糾紛案例學術研討會系列 第 20 次台北醫法論壇(XX)，2018 年 11 月 3 日（星期六），上午 8 點至下午 5 點 55 分，臺北榮民總醫院致德樓第一會議室。

### 四、學位論文/研究計畫報告

1. 吳弘達，器官移植適法性要件之研究，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1999 年。
2. 張瑞倫，人體器官移植或成重建之商品責任，國立清華大學科技法律研究所碩士學位論文，2005 年。
3. 許文章，台灣器官移植困境及其因應之道，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2010 年。
4. 湯惠斐，探討 PRA 預測國人移植後排斥反應、移植器官存活率的相關性，台北醫學大學醫學檢驗生物技術暨研究所碩士論文，2006 年。
5. 蔡念捷，活體器官移植之法制與刑法制裁之必要性－德國法的比較與啟發，國立成功大學法律研究所碩士論文，2011 年。
6. 韓政道，人體器官移植行為及其刑法評價，東海大學碩士論文，2012 年。
7. 張麗卿：計畫主持人、廖文進、王紀軒：共同主持人，科技部產學合作計畫成果報告書：病人自主權利法相關規範及其實務運用之研究(I)（計畫編號：MOST-105-WFA-1400007），計畫執行期間：2016 年 6 月至 2017 年 5 月。

### 五、網路資料

1. 成大醫院臨床試驗中心，[http://ctc.hosp.ncku.edu.tw/volunteer\\_health](http://ctc.hosp.ncku.edu.tw/volunteer_health)（最後瀏覽日期：2019 年 3 月 4 日）
2. 境外移植器官 台灣禁醫師媒介，聯合新聞網：<http://udn.com/NEWS/mainpage.shtml>（最後瀏覽日期：2018 年 7 月 25

- 日)
3. 超難小腸移植手術實驗成功正式成為器官捐贈項目，優活健康網，<http://www.uho.com.tw/hotnews.asp?aid=13283> (最後瀏覽日期：2018年1月5日)
  4. 移植器官爭議 屠殺作者認為柯文哲是騙子，CNA 中央通訊社，<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/201810020342.aspx> (最後瀏覽日期：2019年4月8日)
  5. 財團法人器官移植捐贈中心，<http://www.torsc.org.tw/> (最後瀏覽日期：2012年1月9日)
  6. 衛生福利部中央健康保險署，<http://www.nhi.gov.tw/> (最後瀏覽日期：2018年4月5日)

## 貳、西文部分

1. Appelbaum, Paul S. Grisso, Thomas The MacArthur Treatment Competence Study : Mental Illness and Competence to Consent to Treatment, 19 LAW & HUM. BEHAV. 105, 110 (1995)
2. Gaughan, Lawrence D. et al., The Right of a Mental Patient to Refuse Antipsychotic Drugs in an Institution, 4 L. & PSYCHOLOGY REV. 43, 66 (1978)
3. Gregory, Ernestine 549 N.E. 2d 322, at 323 (Ill. 1989) .
4. Grubb, Andrew PRINCIPLES OF MEDICAL LAW, at 213 (2004)
5. Karlawish, Jason H. T. Why Physicians Need to Become More Proficient in Assessing Their Patient's Competency and How They Can Achieve This, 48 J. OF THE AM. GERIATRICS SOCIETY, 1014, 1014 (2000) .
6. Lond Island Jewish Medical Center, 557 N. Y. S 2d 239 (Sup. Ct. 1990) .
7. Marjorie Maguire Schultz, From Informed Consent to Patient Choice: A New Protected Interest, 95 YALE L. J. 219, at 224 (1985)
8. Niesen v. Niesen, 38 Wis. 2d 599; 157 N.W. 2d 660 (1968)
9. Novak v. Cobb County-Kennestone Hospital Authority, 849 F. Supp. 1559 (N.D.Ga. 1994) .
10. President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, Making Health Care Decisions, Vol.1, at 57-58 (1982) .
11. President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, supra note 52, at 169—170.
12. Roth, Loren H. Alan Meisel, Charles W. Lidz, Tests of Competency to

- Consent to Treatment, 134 AM. J. OF PSYCHIATRY, 279, 280 (1977)
13. Schloendorff v. Society of New York Hospital (1914)
  14. Svoboda, J. Steven et al., Informed Consent for Neonatal Circumcision: An Ethical and Legal Conundrum, 17 J. OF CONTEMP. HEALTH L. & POL'Y 61, 69(2000)
  15. UNOS (United Network of Organ Sharing) : <http://www.unos.org/donation/index.php?topc=data> (最後瀏覽日期: 2018年12月31日)
  16. Wadlington, Walter Minors and Health Care, The Age of Consent, 11 OSGOOD HALL L. J. 115, 117 (1973).

## 参、日文部分

### 一、專書/教科書

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, 1990年6月
2. ペーター・タック 著, 甲斐 克則 編訳, オランダ医事刑法の展開—安楽死、妊娠中絶、臓器移植, 應慶義塾大學出版会, 2009年7月
3. 伊東 研佑, 刑法講義各論, 日本評論社, 2011年3月。
4. 伊東 研祐, 松宮孝明編, 新・コンメンタール刑法, 日本評論社, 2013年3月。
5. 井田 良, 刑法各論 (新・論点講義シリーズ 2), 弘文堂, 2013年4月。
6. 井田 良, 刑法総論の理論構造, 成文堂, 2005年6月。
7. 井田 良, 講義刑法学・総論, 有斐閣, 2008年12月。
8. 井田 良, 新・論点講義シリーズ 2 刑法各論, 弘文堂, 2017年2月
9. 英国医師協会著, 新井誠訳, イギリス成年後見ハンドブック—能力判定の手引, 勁草書房, 2005年5月。
10. 塩谷 毅, 被害者の承諾と自己答責性, 法律文化社, 2004年2月。
11. 加藤 一郎, 森島 昭夫編, 医療と人権—医師と患者のよりよい関係を求めて, 有斐閣, 1984年9月。
12. 加藤 雅信, 新民法大系 V 事務管理・不当利得・不法行為, 有斐閣, 2005年4月。
13. 河上 正二, 民法総則講義, 日本評論社, 2007年11月。
14. 吉村 良一, 不法行為, 有斐閣, 2017年2月。

15. 吉田 敏雄，被害者の承諾（刑法理論の基礎 VI），成文堂，2018 年 10 月。
16. 吉峯 康博，医療と子どもの人権，明石書店，1998 年 8 月。
17. 久々湊 晴夫、旗手 俊彦編著，はじめての医事法，成文堂，2011 年 10 月。
18. 久々湊 晴夫，はじめての医事法，成文堂，2009 年 3 月。
19. 久々湊 晴夫，やさしい医事法學，成文堂，2007 年 5 月。
20. 近江 幸治，民法講義V契約法，成文堂，2006 年 10 月。
21. 金川 琢雄，現代医事法学，金原出版，1995 年 10 月。
22. 金川 琢雄，診療における説明と承諾の法理と実情，多賀出版，1988 年 2 月。
23. 窪田 充見，不法行為法—民法を学ぶ，有斐閣，2007 年 4 月。
24. 甲斐 克則，安楽死と刑法〔医事刑法研究第 1 卷〕，成文堂，2006 年 2 月。
25. 甲斐 克則，器移植と刑法，成文堂，2016 年 11 月。
26. 甲斐 克則，終末期医療と医事法（医事法講座 4），信山社，2013 年 2 月。
27. 甲斐 克則，終末期医療と刑法，成文堂，2017 年 11 月。
28. 甲斐 克則，尊厳死と刑法〔医事刑法研究第 2 卷〕，成文堂，2006 年 7 月。
29. 甲斐 克則，尊厳死と刑法〔医事刑法研究第 2 卷〕，成文堂，2006 年 7 月。
30. 甲斐 克則，被験者保護と刑法（医事刑法研究第 3 卷），成文堂，2005 年 11 月。
31. 甲斐 克則編，ブリッジブック医事法，信山社，2018 年 4 月。
32. 高橋 則夫、杉本 一敏、仲道 祐樹，理論刑法学入門—刑法理論の味わい方，日本評論社，2014 年 5 月。
33. 高橋 則夫，刑法総論，成文堂，2018 年 10 月。
34. 今井 道夫，生命倫理学入門，産業図書，2011 年 1 月，頁 153 以下。
35. 佐久間 修，刑法総論，成文堂，2009 年 11 月。
36. 佐久間 修，最先端法領域の刑事規制—医療・経済・IT 社会と刑法，現代法律出版，2003 年 7 月。
37. 佐藤 陽子，被害者の承諾—各論的考察による再構成，成文堂，2011 年 3 月。
38. 山口 厚，刑法，有斐閣，2015 年 2 月。
39. 山口 厚，刑法各論，有斐閣，2010 年 3 月。
40. 山口 厚，刑法総論，有斐閣，2016 年 3 月。
41. 山中 敬一，医事刑法概論I（序論 医療過誤），成文堂，2014 年 8 月。

42. 山中 敬一，刑法各論，成文堂，2015年12月。
43. 山中 敬一，刑法總論，成文堂，2015年8月。
44. 手嶋 豊，医事法入門，有斐閣，2018年9月
45. 宗宮 信次，不法行為論，有斐閣，1968年2月。
46. 小賀野 晶一，成年身上監護制度論—日本法制における権利保障と成年後見法の展望，信山社，2000年8月。
47. 小林 公夫，治療行為の正当化原理，日本評論社，2007年10月
48. 松宮 孝明，ハイブリッド刑法總論，2015年5月。
49. 松宮 孝明，刑法各論講義，成文堂，2012年10月。
50. 松原 芳博，刑法概説，成文堂，2018年11月。
51. 植木 哲，医療の法律学，有斐閣，2006年9月。
52. 新井 誠，成年後見制度—法の理論と実務，有斐閣，2014年7月。
53. 森山 満，医療現場における法的対応の実務，中央経済社，2012年10月。
54. 仁志田 博司編，新生児学入門，医学書院，2018年11月。
55. 須之内 克彦，刑法における被害者の同意，成文堂，2004年3月。
56. 菅富 美枝。イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理—ベスト・インタレストを追求する社会へ，ミネルヴァ書房，2010年10月。
57. 菅野 耕毅，新版医事法の研究I：医療過誤責任の理論，信山社，2001年12月。
58. 生田 勝義，行為原理と刑事違法論，信山社，2002年7月。
59. 西田 典之、山口後、佐伯仁志，注釈刑法第2巻（各論），有斐閣，2016年12月。
60. 西田 典之，刑法各論，弘文堂，2011年2月。
61. 西田 典之，刑法總論，弘文堂，2010年3月。
62. 青木 仁美，オーストリアの成年後見法制，成文堂，2015年4月
63. 青柳 文雄、安富 潔編集，刑事裁判と国民性：医療編，信山社，1989年6月。
64. 齊藤 誠二，医事刑法の基礎理論，多賀出版，1997年2月。
65. 石原 明，医療と法と生命倫理，日本評論社，1997年1月。
66. 川端 博，刑法各論講義，成文堂，2010年4月。
67. 川端 博，刑法總論講義，成文堂，2013年4月。
68. 前田 雅英，刑法總論講義，東京大学出版会，2015年2月。
69. 前田 陽一，民法VI親族・相続，有斐閣、2017年3月。
70. 曾根 威彦，刑法学の基礎，成文堂，2008年5月。
71. 曾根 威彦，刑法總論（法律学講義シリーズ），弘文堂，2008年4月。
72. 曾根 威彦，現代社会と刑法，成文堂，2013年12月。
73. 村山 淳子，医療契約論—その典型的なるもの，日本評論社，2015年

- 2月。
74. 大村 敦志，家族法，有斐閣，2010年3月。
  75. 大谷 実，いのちの法律学－生命の誕生から死まで，悠悠社，2004年2月。
  76. 大谷 実，医療行為と法，弘文堂，2004年12月。
  77. 大谷 実，刑法総論，成文堂，2018年4月。
  78. 大谷 実，新しいのちの法律学－生命の誕生から死まで，悠悠社，2011年12月。
  79. 大塚 仁，刑法概説（各論），有斐閣，2008年4月。
  80. 大塚 仁，刑法概説，有斐閣，2008年10月。
  81. 中山 研一、甲斐克則，医療事故の刑事判例，成文堂，2010年9月。
  82. 中山 研一，臓器移植と脳死－日本法の特徴と背景，成文堂，2001年8月。
  83. 潮見 佳男，不法行為法I，信山社，2011年4月。
  84. 町野 朔、長井 圓、山本 輝之編，臓器移植法改正の論点，信山社，2004年5月。
  85. 町野 朔，患者の自己決定権と法，東京大学出版会，1986年2月。
  86. 町野 朔，生と死、そして法律学（学術選書132），信山社，2014年6月。
  87. 長谷川 功，最新NICUマニュアル，診断と治療社，2005年5月。
  88. 田山 輝明，成年後見人の医療代諾権と法定代理権，三省堂，2015年5月。
  89. 田村 正徳、玉井真理子編，新生児医療現場の生命倫理-「話し合いのガイドライン」をめぐる，メディカ，2005年7月。
  90. 島伸 一，たのしい刑法，弘文堂，2008年5月。
  91. 内田 英二、熊谷雄治、浦江明憲、月川洋編著，臨床試験・治験用語・用例集－わかりやすい説明文書作成のために，じほう株式会社，2004年3月。
  92. 内田 貴，民法II債権各論，東京大学出版会，2011年2月。
  93. 樋口 範雄，親子と法－日米比較の試み，弘文堂，2004年11月。
  94. 姫嶋 瑞穂，医事法学入門，成文堂，2019年1月。
  95. 福田 平，刑法総論，有斐閣，2011年10月。
  96. 平野 裕之，不法行為法，信山社，2013年6月。
  97. 米村 滋人，医事法講義，日本評論社，2016年6月。
  98. 齊藤 誠二，医事刑法の基礎理論，多賀出版，1997年2月。
  99. 齊藤 誠二，刑法における生命の保護，多賀出版，1992年6月。
  100. 齊藤 誠二，刑法講義各論I，1982年2月。
  101. 齋藤 隆雄 監修、神山 有史編，生命倫理学講義-医学・医療に何が問

われているか，日本評論社，1998年9月。

## 二、期刊/論文

1. Albin Eser 著，上田 健二、浅田 和茂翻訳，医事刑法から統合的医事法へ，成文堂，2011年3月。
2. Albin Eser，甲斐 克則・三重野 雄太郎訳，近時の判例から見た臨死介助と自殺関与，刑事法ジャーナル 37号，2013年9月。
3. ヘニング・ローゼナウ，甲斐 克則・福山 好典訳，ドイツにおける臨死介助及び自殺幫助の権利，比較法学 47巻3号，2014年3月。
4. 一家 綱邦、池谷 博，脳死・臓器移植法の改正を巡る医事法・法医学的考察，京都府立医科大学雑誌 119巻8号，2010年8月。
5. 上山 泰，患者の同意に関する法的問題点，收於：西山 詮・新井誠編，《成年後見と意思能力》，日本評論社，2002年。
6. 上田 健二，末期医療と医師の生命維持義務の限界—いわゆる『一方的治療中断』の許容基準をめぐって—(1)，同志社法学 41巻1号，1989年5月。
7. 上田 健二，診断行為と過失，收於：中山研一、泉正夫編，《医療事故の刑事判例》，成文堂，1993年5月。
8. 上野 正吉，医療行為における医師の自律規範，法律時報 47巻10号，1975年8月。
9. 丸山 雅夫，日本における終末期医療をめぐる最近の動向，Sogang Law Review 12巻1号，2010年3月。
10. 千葉 華月，遷延性植物状態患者に対する生命維持治療の打切り—イギリスにおける司法と医プロフェッションの役割—，古村 節男・野田 寛 編，《医事法の方法と課題—植木哲先生還暦記念》，信山社，2004年7月。
11. 大内 尉義、岩田 太、佐伯 仁志，終末期医療のあり方-延命治療に関する判断枠組み，收於：樋口範雄編，《ケース・スタディ生命倫理と法》，有斐閣，2012年9月。
12. 大西 秀樹，緩和ケアの担い手，收於：平山正美編，《生と死の看護論》，メヂカルフレンド社，2012年2月。
13. 大杉 一之，治療行為といわゆる『代諾』序説，法学新報 113巻3-4号，2007年12月。
14. 大嶋 一泰，治療行為：説明義務を中心して，收於《刑法基本講座(第3巻)：違法論／責任論》，法學書院，1994年。
15. 大嶋 一泰，治療行為—説明義務を中心して，刑法基本講座第3巻(阿部 純二、内田 文昭、川端 博、曾根 威彦編，1994年2月。

16. 小賀野 晶一，成年身上監護論の要点，收於：小林 一俊等編，《高齢社会における法的諸問題・須永醇先生傘寿記念論文集》，酒井書店，2010年9月。
17. 山口 厚，刑法における生と死，收於：《生と死（東京大学公開講座55）》，東京大学出版会，1992年9月。
18. 山中 友理訳，ドイツにおける死体からの臓器移植に関する最新の議論，刑事法ジャーナル34号，2012年12月。
19. 山中 敬一，医療侵襲に対する患者の同意，関西大学法学論集61巻5号，2012年1月。
20. 山中 敬一，臨死介助における同一法益主体内の利益衝突について：推定的同意論および緊急避難論の序論的考察，近畿大学法学第62巻第3、4号，2015年4月。
21. 山本圭 一郎，被験者の同意なき臨床試験の実施—金沢大学病院無断臨床試験事案，收於：井上 悠輔、一家 綱邦編著，《医学研究・臨床試験の倫理わが国の事例に学ぶ》，日本評論社，2018年9月。
22. 川口 浩一，臓器移植法における提供者の同意要件について，大阪市立大学法学雑誌36巻3号，1990年。
23. 川原 広美，推定的同意に関する一試論，刑法雑誌25巻1号，1982年10月。
24. 川崎 友巳，刑法上における治療中止の許容範囲--治療中止の許容根拠と要件の考察，研修744号，2010年6月。
25. 中山 研一，脳死移植立法のあり方—法案の経緯と内容，成文堂，1995年12月。
26. 中村 哲，医療訴訟の実務的課題—患者と医師のあるべき姿を求めて—，判例タイムズ社，2001年2月。
27. 中谷 瑾子，21世紀につなぐ生命と法と倫理—生命の始期をめぐる諸問題，有斐格，1999年12月。
28. 井田 良，生命維持治療の限界と刑法，法曹時報51巻2号，1999年2月。
29. 井田 良，終末期医療と刑法，ジュリスト第1339号，2007年8月。
30. 井田 良，脳死と臓器移植法をめぐる最近の法的諸問題，ジュリスト1264号，2004年3月。
31. 仁志田 博司，新生児医療の光と影，日本新生児学会雑誌36号，2000年12月。
32. 今井 雅子，イギリスにおける成年後見制度改革の最近の動向比較法40巻，2003年3月。
33. 手嶋 豊，インフォームド・コンセント法理の歴史と意義，收於：甲斐 克則編《インフォームド・コンセントと医事法【医事法講座2】》，

- 信山社，2011年1月。
34. 手嶋 豊，医師の責任，收於：山田 卓生、加藤 雅信編，《新・現代損害賠償法講座(3)製造物責任・専門家責任》，日本評論社，1997年11月。
  35. 水野 紀子，後見人の身上監護義務，判タ 1030号，2000年7月。
  36. 水澤 久恵，臓器移植の倫理性—臓器を提供する意思の尊重という観点から，新潟医学会雑誌，2011年7月。
  37. 加藤 摩耶，末期医療における患者の死に直結しうる治療中止の許容要件，年報医事法学第21号，2006年8月。
  38. 古川原 明子，生命維持治療拒否と患者の自己決定権—米判例を素材に，一橋法学第2巻1号，2003年3月。
  39. 古川原 明子，安楽死・尊厳死の刑法的評価—終末期における治療行為論に向けて—，現代法学第18号，2009年12月。
  40. 古川原 明子，終末期医療と刑法—治療中止の許容性をめぐって（特集 終末期医療のあり方を考える—特に延命治療をめぐって）日本の科学者42巻11号，2007年11月。
  41. 玉井 真理子，日本の新生児医療—歴史と倫理問題，收於：小山 剛、玉井 真理子編，《子どもの医療と法》，尚学社，2012年3月。
  42. 玉井 真理子，新生児医療とインフォームドコンセント—患者家族の立場から，Neonatal Care 9巻6号，1996年10月。
  43. 田中 秀一，がん治療の常識・非常識—患者にとっての最良の選択とは，講談社，2008年4月。
  44. 田坂 晶，イギリスにおける治療行為に対する同意能力の意義とその判断基準，同志社法学60巻8号，2009年3月。
  45. 田坂 晶，ドイツ刑法における治療行為に対する患者の同意能力の意義とその判断基準，島大法学53巻3号，2009年12月。
  46. 田坂 晶，刑法における同意能力を有さない患者への治療行為に対する代諾の意義，島大法学第55巻第2号，2011年8月。
  47. 田坂 晶，治療行為とインフォームド・コンセント（刑事法的側面），收於甲斐 克則 編，《インフォームド・コンセントと医事法【医事法講座2】》，信山社，2011年1月。
  48. 田坂 晶，治療行為に対する患者の同意能力に関する—考察—アメリカ合衆国との比較法的考察—，同志社法学60巻4号，2008年9月。
  49. 田坂 晶，治療行為中止の許容性，島大法学第56巻第4号，2013年8月。
  50. 田坂 晶，重篤な患者への治療の中止と殺人罪の成否—川崎協同病院事件控訴審判決，同志社法学60巻8号，2009年3月。
  51. 田村 正徳，重篤な疾患を持つ新生児の家族と医療スタッフの話し合

- いのガイドライン，日本小児科学会雑誌 108 卷 9 号，2004 年 9 月。
52. 甲斐 克則，再生医療と医事法の関わり，收於甲斐 克則編，《再生医療と医事法（医事法講座第 8 卷）》，信山社，2017 年 12 月。
  53. 甲斐 克則，人体実験・臨床試験（第 7 講）收於：《ブリッジブック 医事法》，信山社，2008 年 1 月。
  54. 甲斐 克則，再生医療と医事法の関わり，收於：甲斐 克則編，《再生医療と医事法（医事法講座第 8 卷）》，信山社，2017 年 12 月。
  55. 甲斐 克則，医薬品の臨床試験と刑事規制，現代刑事法 5 卷 10 号，2003 年 5 月。
  56. 甲斐 克則，臨床研究とインフォームド・コンセント，收於：甲斐克則編，《インフォームド・コンセントと医事法【医事法講座 2】》，信山社，2011 年 1 月。
  57. 仲正 昌樹，『人体実験』とインフォームドコンセントの法理，金沢大学医学部附属病院無断臨床試験訴訟を素材として，金沢法学 46 卷 1 号，2003 年 11 月。
  58. 光石 忠敬，『臨床試験』に対する法と倫理，收於：内藤周幸編，《医薬品の適正評価と適正使用のために》，薬事日報社，1996 年 9 月。
  59. 宇都 木伸、木原 章子，承諾なき乳腺全摘手術，医事法判例百選〔別冊ジュリスト №183〕，有斐閣，2006 年 9 月。
  60. 寺沢 知子，未成年者への医療行為と承諾（一），民商法雑誌 106 卷 5 号，1992 年 8 月。
  61. 西井 龍生，医療契約と医療過誤訴訟，收於：遠藤 浩 編《現代契約法大系(7)サービス・労務供給契約》，有斐閣，1984 年 3 月。
  62. 西元 加那，自殺関与・同意殺人の法的性質について，東洋大学大学院紀要 51 卷，2014 年 3 月。
  63. 西元 加那，治療中止における患者の自己決定—治療中止に関するドイツの立法・判例を手掛かりに—，東洋大学大学院紀要 54 集，2017 年 3 月。
  64. 西村 高宏，小児科医療における被験者保護をめぐって—米国保健福祉省「連邦規則集第 45 編第 46 部」を手がかりに—，医療・生命と倫理・社会 6 卷，2007 年 3 月。
  65. 住田 安希子，臓器移植法における死の線引き—現象学的視点の導入を試みて，立命館法政論集第 9 号，2011 年 9 月。
  66. 佐久間 修，医療行為における「被害者の承諾」-特に生命の処分について-，阪大法学 44 卷 2-3 号，1994 年 2 月。
  67. 佐伯 仁志，違法論における自律と自己決定，刑法雑誌 41 卷 2 号，2002 年 2 月。
  68. 佐藤雄 一郎，臨床研究における被験者の権利--「人間の尊厳」と説

- 明内容について，神戸学院法学 40 卷 3・4 號，2011 年 3 月。
69. 児玉 知子，終末期医療における法的枠組みと倫理的課題について，保健医療科学 55 卷 3 号，2006 年 9 月。
  70. 床谷 文雄，成年後見における身上配慮義務，民商法雑誌 122 卷 4・5 号，2000 年 2 月。
  71. 村山 淳子，ドイツ 2013 年患者の権利法の成立—民法典の契約法という選択—，九州法学会会報，2014 年。
  72. 町野 朔，治療行為における患者の意思（二），上智法学論集 24 卷 2 号，1980 年 2 月。
  73. 町野 朔，患者の自己決定権と医師の治療義務—川崎協同病院事件控訴審判決を契機として—，刑事法ジャーナル 8 号，2007 年 6 月。
  74. 谷口 聡，ドイツ民法典における「患者の事前指示書」規定に関する一考察：BGB1901a 条の立法経緯と解釈をめぐる議論について，高崎経済大学論集 61 卷 1・2 號，2018 年 10 月谷直之，尊厳死に関する一考察—アメリカ合衆国の議論を素材として，刑法雑誌 46 卷 3 号，2006 年 4 月。
  75. 赤羽 崇志，同意傷害の違法性阻却の限界について—判例のいう「社会的相当性」の範囲内とは—立命館法政論集第 1 号，2003 年。
  76. 赤沼 康弘，成年後見制度改正への提言，自由と正義 54 卷 11 号，2003 年 11 月。
  77. 赤沼 康弘，医療行為と成年後見制度—同意能力のない者に対する医療，月刊福祉 92 卷 7 号，2009 年 6 月。
  78. 辰井 聡子，治療不開始／中止行為の刑法的評価—「治療行為」としての正当化の試み，法学研究第 86 号，2009 年 1 月。
  79. 辰井 聡子，死体由来資料の研究利用—死体損壊罪，死体解剖保存法，死体の所有権—明治学院大学法学研究 91 号，2011 年 9 月
  80. 岩志和 一郎，医療同意と成年後見，收於：岡山 輝明 編，《『成年後見—現状の課題と展望』》，日本加除出版，2014 年 5 月。
  81. 岩波 祐子，臓器移植の現状と今後の課題（1）—法改正の背景と国際動向，立法と調査第 298 期，2009 年 11 月。
  82. 服部 俊子，臨床研究領域に生じる倫理的問題—ネオ・ソクラテック・ダイアログによる明確化—，神戸薬科大学研究論集 13 卷，2013 年 3 月。
  83. 服部 高宏，ドイツにおける患者の権利の定め方，法学論叢 172 卷 4・5・6 号，2013 年 3 月。
  84. 武藤 眞朗，人工的栄養補給の停止と患者の意思—ドイツにおける判例を素材として—，東洋法学第 49 卷第 1 号，2005 年 9 月。
  85. 武藤 眞朗，生命維持装置の取り外し—わが国の学説の分析—，收於：

- 《『西原春夫先生古稀祝賀論文集（第1巻）』，成文堂，1998年3月
86. 武藤 眞朗，医師の説明義務と患者の承諾—『仮定的承諾』序説，東洋法学 49 巻 2 号，2006 年 3 月。
  87. 河見 誠，人間の尊厳と死の管理化—甲斐 克則『尊厳死と刑法』を読んで—，法の理論 24 號，2005 年 11 月。
  88. 金沢 文雄，人体実験の適法性の限界，收於：《植松正博士還暦祝賀／刑法と科学--法律編》，有斐閣，1971 年 2 月。
  89. 金沢 文雄，医療と刑法—専断的治療行為をめぐって，收於：中山研一編《現代刑法講座(2)違法と責任》，成文堂，1979 年 3 月
  90. 長井 圓，臓器移植法をめぐる生命の法的保護—脳死一元論の立場から，刑法雑誌 38 巻 2 号，1998 年 2 月。
  91. 保条 成宏，ドイツ「治療行為制約論」と「治療義務制約論」の交錯，收於：小山 剛、玉井 真理子編，《子どもの医療と法》，尚学社，2012 年 3 月。
  92. 保条 成宏，子どもの医療ネグレクトと一時保護による対応：刑法・民法・児童福祉法の協働による「総合的医事法」の観点に立脚して，中京法学 49 巻 3・4 合併号，2015 年 3 月。
  93. 保条 成宏，障害新生児の生命維持治療と法：新生児医療における権利擁護システムの構築に向けて，周産期医学 29 巻 12 号，1999 年 12 月。
  94. 保条 成宏、永水裕子，日本法の現状と課題，收於：小山剛、玉井真理子編，《子どもの医療と法》，尚学社，2012 年 3 月。
  95. 後藤 有里，臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（一），關西大學法學論集，67 巻 5 號，2018 年 1 月。
  96. 後藤 有里，臓器移植法における正当化要件としての家族の決定的かつ優越的な同意（二・完），關西大学法学論集 67 巻 6 號，2018 年 3 月。
  97. 後藤 泰一，治験と説明義務，信州大学法学論集 23 巻，2014 年 3 月。
  98. 若園 明裕，望まれぬ出生の超低出生体重児における出血後水頭症に対する治療拒否の 1 例—病院倫理委員会並びに、人権擁護団体と協議し対応した事例を通して—，日本周産期・新生児医学会雑誌，第 39 巻第 4 号，2003 年 12 月。
  99. 原 司，成年後見制度の実務上の諸問題，ジュリスト 1211 号，2001 年 10 月。
  100. 原 田保，死体損壊・遺棄罪の成立範囲，愛知学院大学論叢法学研究 第 46 巻第 2 号，2015 年 2 月。
  101. 原 秀男，『脳死』と人権(特集脳死をめぐる諸問題，法律ひろば第 38 巻 8 号，1985 年 8 月。

102. 宮内 裕，被害者の同意-その問題史的展望，法と経済 105 号，1984 年 5 月。
103. 宮野 彬，患者の生命をひき延ばす問題—治療義務の限界の一側面，收於：日本医事法学会 編，《医療と生命：医事法学叢書》，日本評論社，1986 年 9 月。
104. 柴田 滋，同意能力のない者に対する医療の決定，西日本短期大学大憲論叢 38 卷 1 号，2000 年 1 月。
105. 栗原 千絵子，被験者の権利と倫理指針—ミニ GCP？倫理規範？その行く末はいかに，臨床評価 41 卷 3 期，2014 年 1 月。
106. 神山 敏雄，作為と不作為の限界に関する一考察—心肺装置の遮断をめぐって—，收於：鈴木茂嗣編，《平場安治博士還暦祝賀現代の刑事法学（上）》，有斐閣，1997 年 7 月。
107. 神野 ネし齋，医療行為と家族の同意，広島法科大学院論集第 12 号，2016 年 3 月。
108. 酒井 安行，生体からの摘出は絶対にできないか，法学セミナー通巻 453 号，1992 年 9 月。
109. 高橋 正春，医療行為と法律—医事紛争防止の手引き—，医歯薬出版，1980 年 9 月。
110. 亀井 隆太，同意能力がない患者の医療同意—ドイツ法を中心に，千葉大学人文社会科学研究 28 号，2014 年 3 月。
111. 堀田義 太郎、有馬 齊、安部 彰、的場 和子，英国レスリー・バーグ裁判から学べること—生命・医療倫理の諸原則の再検討，生存学 1 卷，2009 年 2 月。
112. 富田 哲，成年後見と医療同意—外国法を参照する試み—，名古屋大学法政論集 227 号，2008 年 3 月。
113. 森永 真綱，緊急避難論における社会的連帯義務(1)(2)，姫路法学 46 号，2007 年 2 月。
114. 須永 醇，成年後見制度の解釈運用と立法的課題，成年後見法研究 2 号，2005 年 3 月。
115. 飯田 信次，治験における被験者保護，law & technology No. 24，2004 年 7 月。
116. 塚本 泰司，臨床現場における意思決定の代行，年報医事法学 15 号，2000 年 7 月。
117. 新名 隆志、林 大悟、寺田 篤史，臓器移植法改正をめぐる議論の批判的考察，生命倫理 20 卷 1 号，2010 年 9 月。
118. 萩原 由美恵，治験における被験者保護，中央学院大学法学論叢 29 卷 2 号，2016 年 3 月。
119. 道垣内 弘人，成年後見人の権限—身上監護について，判タ 1100 号，

- 2002年11月。
120. 箕岡 真子, 認知症の終末期医療ケア—“認知症ケアの倫理”の視点から—, 収於: 甲斐 克則編, 《終末期医療と医事法》, 信山社, 2013年2月。
  121. 緒方 あゆみ, 終末期医療と刑法—生命維持治療の差し控え・終止をめぐる問題を中心に—, CHUKYO LAWYER 第20号, 2014年3月。
  122. 銭偉栄, 成年後見人の医療同意権, 高岡法学第29号, 2011年3月。
  123. 関 哲夫, 緊急避難の法的性質について, 早稲田法學 87 卷3号, 2012年3月。
  124. 廣瀬 美佳, 医療における代諾に関する諸問題(上), 早稲田大学大学院法研論集第60号, 1992年8月。
  125. 横内 正利, 高齢者における終末期医療, 収於: 安藤・高橋編集, 《終末期医療(シリーズ生命倫理学4)》, 2014年10月。
  126. 横野 恵, イギリス判例法における未成年者に対する医療と同意(1), 早稲田大学大学院法研論集 97 卷, 2001年3月。
  127. 横野 恵, 乳児の処置, 収於: 甲斐 克則、手嶋 豊編, 《医事法判例百選》, 有斐閣, 2014年10月。
  128. 横野 恵, 新生児・小児医療(特集・看護師のためのバイオエシックス), 臨牀看護 30 卷12号, 2004年11月。
  129. 蓮沼 正明, 医療における社会性—その実態と法理論の世界, 収於《医事法學叢書第1巻—医師・患者的関係》, 日本医事法學會, 1986年7月。
  130. 橋田 久, 緊急避難に対する緊急避難, 法政論集 256 号, 2014年8月。
  131. 櫻井 浩子, 重症新生児の治療をめぐる「話し合い」のガイドライン, Core ethics 5 期, 2009年。

### 三、其他/網路資料

1. 「成年後見制度」から「意思決定支援制度」へ～認知症や障害のある人の自己決定権の実現を目指して～日本弁護士連合会第58回人権擁護大会シンポジウム第2分科会基調報告書, 日本弁護士連合会, 2015年10月。
2. 厚生労働省, 人生の最終段階における医療に関する意識調査報告書, 終末期医療に関する意識調査等検討会, 2014年。
3. 最高裁判所事務総局家庭局編, 成年後見関係事件の概況—平成26年1月～12月。
4. 終末期医療の決定プロセスに関するガイドライン, 厚生労働省,

<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2007/05/dl/s0521-11a.pdf>(最後瀏覽日期：2019年2月13日)。

5. 成年後見促進法が成立，「自己決定権を侵害の恐れ」，夕刊，2016年4月8日，東京新聞，(最後瀏覽日期：<https://www.tokyo-np.co.jp/article/politics/list/201604.html>)

