

東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：張麗卿博士

人體器官移植及其刑法評價

Human Organ Transplant and the Criminal  
Law Evaluation

研究生：韓政道

中華民國 101 年 5 月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 韓政道 君所提之論文：

人體器官移植及其刑行評價

經本委員會審查並舉行口試，認為符合  
碩士學位標準。

考試委員簽名處

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

林東志

高金桂

張慶卿

101 年 3 月 26 日

# 論文摘要

關鍵字：人體器官移植、腦死、醫療行為、自主決定權、被害人承諾

本論文是為將人體器官移植及其相關行為的刑法評價與判斷問題作清晰交代，從人體器官移植意義與現實發展面著手，主要欲說明人體器官移植當前面臨的主要困境，並以此作為本文研究的契機與開展。目前器官移植技術仍舊繼續發展，無論是自體移植、人工器官移植、甚至異體移植，都是正與人體器官移植同步發展的移植科技形式，希望能持續幫助人類創造美好的健康生活及未來。不過，由於來自社會倫理道德面、家庭私人情感面或是制度分配缺失面等，都可發現供體不足將是一切災難的潛藏根源。有錢人為了生存，不擇手段到進行移植旅遊。不肖業者為了龐大利益，透過器官買賣交易獲取金錢暴利，接連產生更多的社會問題，其中的非法行為和犯罪事件，如竊盜、走私人體器官、非法販賣兒童等。這一切違反他人意願的器官取得行為，如同不是你死就是我亡的野蠻情境，在現代文明社會中，透過人體器官移植的發展又再度上演。

關於人體器官移植供體不足的應對方式，本論文主要欲討論的是涉及人體器官移植立法例以及刑事規制等二大部分。面臨人體器官嚴重供應不足的現象，各國無不嘗試在器官取得制度上進行設計與調整，在此思考下，各國一方面透過積極的行政立法，建立各項提升捐贈效率、合理分器官的準則，目的是為對症下藥，從問題癥結點的方向，思考更合理公平的分配制度，平衡目前器官供體來源嚴重不足的現象。其中，無論是建立腦死標準到推定同意制度的設計，透露各國都欲設法提升死體器官來源的管道，作為人體器官移植發展政策的首要方案。

同時，各國法令也不會放棄活體器官的取得途徑，因此，若從宏觀的角度檢視器官移植手術，一旦行政法令或醫療作為，態度上積極朝向擴大器官取得機會的功利目的傾斜，無論是潛在器官捐贈者或植入器官者，皆會衍生權利侵害的疑慮。誠然，尖端醫療科技的發展，總能快速帶動人類社會前進，對文明發展具有十分重大的影響與意義。不過，尖端醫療科技為人類帶來的影響猶如雙面刃，自身具有的特殊性，使得國家運用法律規

範的手介入時，往往必須採取審慎的態度。刑事處罰，作為國家控制社會的最後手段，對於人體器官移植技術此種生命科學技術衍生損害的效果就須更加注意。

刑法的規範與評價，對於人體器官管制法令的制定，有相當重要的指導功能。主要原因在於，面對人體器官移植行為，刑法本身的任務是以生命與身體法益的保障為前提，從移植行為本身帶有的侵害性特徵觀察，可以明確知悉移植承諾與法益持有的放棄，兩者概念甚為相當。而自主原則與刑法正當化事由的意義，在互相影響與交互作用下，從中分析出來的標準，就能成為建立人體器官移植法制的正確方向。

從刑法的觀點探討人體器官移植行，本質上是一種同時侵害供體與受體雙方生命或身體法益的不法行為，理應受到刑法目的性的關注。觀察各國關於人體器官移植行為的刑事立法，多圍繞在供受體二者間的生命或身體法益侵害問題，目前學說雖然一致認為器官移植是一種業務上的正當行為。不過，本論文贊同學說中主張的一種詮釋立場，就是透過自主決定權的理念指引，將其精神注入被害人承諾的法理內涵，也就是要求醫師若要迴避刑法的處罰，前提就須獲得對方的真摯承諾。

本論文最後分別從人體器官移植手術的摘取到植入過程，進行犯罪判斷，並從中找出現行制度的缺失及須調整之處。就活體摘取的刑法判斷來說，活體器官的摘取，純粹侵害了供體的身體或生命法益，是一種百害無利的傷害行為，因此若欲追求移植效益，前提就是需要在嚴格保障供體生命與身體法益的條件下，於社會相當性能接受的範圍內，才能允許摘取行為的進行。就腦死器官的摘取而言，由於人的死亡時間，對於區分殺人罪與毀損屍體罪，確定殺人既遂的時間來說，具有重要意義。關於人的死亡，歷來就有心肺喪失說或者三徵候說。近年來一方面隨著人工維持生命設備的進步，腦死成為醫院使用維持生命設備與撤除設備的討論時點；另一方面，隨著器官移植的發展，為了確保器官的來源，腦死說的主張亦逐漸受到積極勸募器官的政策立場所重視。這種情況下，是否能說生命現象已經終結，在刑法研究領域中，也是不斷爭論的焦點。

關於人體器官植入行為的刑法問題與判斷。依據患者自主決定權的精神，病患能選擇可以自主伸展人格、維護尊嚴的醫療方式來形塑自己的生命意義，如果透過各種醫療措施皆無法讓病患尊嚴的活在世上，就應尊重病患拒絕治療的決定。換言之，恢復患者健康的醫療行為，基於自主決

定權的精神，其作為阻卻傷害罪違法性的承諾法理，是指身體法益可自由處分背後所代表的意義就是，法益持有者可基於主觀的價值判斷，衡量如果放棄法益的保障，是否能為自己帶來更優越的利益。亦即，雖然法益的放棄在客觀上會造成持有者實質損害，惟當持有者主觀認為捨棄法益將會得到更多好處時，自然會針對該持有法益進行放棄的承諾表示，當法益經處分不存在時，刑事違法性隨即受到阻卻。





## 謝辭

人生的旋轉木馬，幽幽轉轉，緩緩將研究所生涯轉告一個段落。遙記九年前的大一刑總課堂中，張麗卿老師站在講台，揮舞著粉筆，啟迪了學生研讀刑法的興趣，埋下這份因緣種籽。如今，結成了果，是這本不甚成熟的十萬多言。本文沒有超凡創見，也無洗鍊用語，能順利完成，獲得師長們的些許肯定，全是仰賴研究所時期，在老師身邊的不斷學習與累積。在此真摯感謝我的恩師，張麗卿教授，老師不斷給予學生的學習機會，在學生徬徨迷失時，沒有放棄學生，依然如矗立於黑暗中的燈塔般，引導光明，給予方向。

感謝口試委員林東茂老師與高金桂老師，二位師長不吝的指導與提點，幫助學生的論文內容越趨完備。感謝林東茂老師諸多的教誨與鼓勵，老師言談中所流露散發的哲人魅力，是學生永遠嚮往的境界；感謝高金桂老師，在研究所課堂中，開拓學生刑法學習的新視野，尤其老師對學問的嚴謹態度與熱忱，深刻的影響學生，幫助學生了解學術研究的意義。

感謝東海大學法研所曾經教導學生的林騰鶴老師、溫豐文老師、陳隆修老師、陳運財老師、林更盛老師、高德潤老師、蕭淑芬老師、伍開遠老師，助教耀州學長、美蘭學姊、芳瑜學姊，無論是課務或日常生活上，都受到諸位師長的細心關照。能在這美麗的環境成長學習，將是我人生回憶中的寶貴資產。另外，中正大學犯防系的馬躍中老師以及東吳大學法學院的蕭宏宜老師，在學生論文寫作期間給予的支持鼓勵，在此一併致謝。

這段路走來，自覺跌跌撞撞，所幸身邊朋友總能適時拉我一把，與我分享生活中的酸甜苦辣。無論在友誼的道路上抑或學習過程中，感謝學長紀軒，印象裡所有學習打拼的日子，自始自終，都伴隨彼此身影，種種經歷，讓我點滴在心；感謝學長秉勳，四年多來，閒暇之餘的陪伴，充滿聲光效果的房間，是我歡笑紓壓的好去處；感謝學長禾里，在我低潮困頓時，慷慨分享人生經歷，學長的費心開導與鼓勵，也讓我感恩在心。

感謝張老師團隊的師兄弟妹，學長宜星、孝璋、學姊蕙綺，學弟旻甫、士勳、睿祥，學妹依蓉、侑妮；高雄大學法研所的琬婷、紫喬，

這一路上有你們真好，謝謝大家！感謝藝娜這段時間的相伴，充實我的心靈，實質協助論文的資料搜集與整理也十分受用，這難得的緣分，我會好好珍惜。

家人總是帶來正向力量，給我十足的關懷與鼓勵。感謝已離開人世的爺爺、奶奶與外公，從小在諸位長輩們的愛護下成長，支持我的人格養成，導引我沒走偏路。感謝台中的阿姨、姨父、建淳、佳蓉，大學與研究所加總算來，在台中蟄伏了將近十年，這段時間的生活大小事，都仰賴勞煩您們費心，總是注意我的身體健康，緩解我離鄉背景的寂寞。感謝在高雄的外婆，大舅小舅與舅媽們的時刻關心，尤其外婆總是不辭辛勞，為我誠心祈福，也希望外婆身體永遠健康。感謝哥哥，總是能扮演稱職的兄長角色，給予我許多建議與鼓勵。

### 最後，這本論文要獻給我最愛的父母

生命是一幅無法完整的拼圖。拼湊間，永遠欠缺的那塊，是孩子對父母親那份難以彌補的虧欠。慕然回首，驚覺離開台北已近十載。這段緩緩脈動的時間洪流，背後沖刷掉多少離鄉背景的學子們，相伴父母的快樂時光。

感謝爸媽，體諒我沒有多餘的時間在家中陪伴，就算假日，也是耳提面命，交代自己課業第一；感謝爸媽，容忍這不成熟的孩子，支持我、看顧我，順從我的任性，允許我毫無後顧之憂，在外面的世界恣意闖蕩、隨性摸索；感謝爸媽，從不透露人生的答案，也不否定我的回答；感謝爸媽，在我失去方向的無助時刻，是你們的無條件支持，讓我能有勇氣，在人生選擇題上繼續作答，接受考驗。

學習的路途展轉返撤，崎嶇不平，往後的挑戰只會更多，但是，我深知自己如此幸運，能有你們的支持，我就有辦法繼續走下去。謝謝爸爸和媽媽，我愛你們。

台中東海·子時

2012.5.13

# 簡目

<b>第一章 緒論 .....</b>	<b>1</b>
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究目的.....	2
第三節 研究方法.....	4
第四節 本文架構.....	5
<b>第二章 人體器官移植的意義與現況.....</b>	<b>9</b>
第一節 前言.....	9
第二節 器官移植的意義與分類.....	9
第三節 人體器官移植的意義.....	15
第四節 人體器官移植的困境與弊端.....	22
第五節 小結.....	33
<b>第三章 人體器官移植之法制與刑事規範.....</b>	<b>37</b>
第一節 前言.....	37
第二節 人體器官移植的立法.....	38
第三節 人體器官移植行為的刑事規範.....	65
第四節 小結.....	74
<b>第四章 人體器官移植行為承諾的刑法定位</b>	<b>77</b>
第一節 前言.....	77
第二節 人體器官移植行為的刑法意義.....	78
第三節 人體器官移植承諾的刑法評價.....	102
第四節 小結.....	125
<b>第五章 人體器官移植行為的犯罪判斷</b>	<b>129</b>
第一節 前言.....	130
第二節 人體器官摘取行為的犯罪判斷.....	130
第三節 人體器官植入行為的犯罪判斷.....	158
第四節 小結.....	199

## 第六章 結論與建議 203

第一節 結論.....	203
第二節 建議.....	207

## 參考文獻 217



# 目錄

## 第一章 緒論 1

第一節 研究動機.....	1
第二節 研究目的.....	2
第三節 研究方法.....	4
第四節 本文架構.....	5

## 第二章 人體器官移植的意義與現況 2

第一節 前言.....	9
第二節 器官移植的意義與分類.....	9
第一項 器官移植的意義.....	9
第二項 器官移植的分類.....	11
第一款 自體移植.....	11
第二款 人工器官移植.....	12
第三款 異種移植.....	13
第四款 同種異體移植.....	14
第三節 人體器官移植的意義.....	15
第一項 人體器官移植是尖端醫療技術.....	15
第二項 專指同種異體移植的移植模式.....	15
第一款 活體移植.....	16
第二款 死體移植.....	17
第三項 人體器官移植的歷史演進.....	17
第一款 遠古—移植思維萌芽時期.....	18
第二款 近代—移植技術應用時期.....	19
第四項 人體器官移植手術的醫療效益.....	20
第一款 周邊醫療知識技術的提升.....	20
第二款 身體健康經濟效益的提升.....	21
第四節 人體器官移植的困境與弊端.....	22
第一項 人體器官移植的現狀與未來.....	22
第一款 人體器官移植的現況.....	22
第二款 移植醫學的未來演變.....	23
第二項 人體器官來源不足是主要困境.....	24
第一款 現狀統計.....	24
第二款 主要成因.....	26

第三項 人體器官供體不足所衍生弊端.....	30
第一款 移植旅遊.....	30
第二款 黑市買賣.....	31
第三款 滋生犯罪.....	33
第五節 小結.....	33

### 第三章 人體器官移植之法制與刑事規範 37

第一節 前言.....	37
第二節 人體器官移植的立法.....	38
第一項 人體器官移植法制的倫理指引.....	38
第一款 醫學基本倫理準則.....	39
第二款 人體器官移植領域的落實.....	40
第二項 外國立法例的考察.....	42
第一款 各國立法概況.....	42
第二款 腦死標準的立法.....	43
第三款 取得人體器官的立法.....	51
第三項 我國人體器官移植之立法.....	56
第一款 立法背景.....	56
第二款 立法沿革.....	56
第三款 人體器官移植條例內涵.....	58
第三節 人體器官移植行為的刑事規範.....	65
第一項 人體器官移植與刑事犯罪.....	65
第二項 人體器官移植犯罪的法益侵害.....	67
第一款 黑市交易背後隱藏的法益侵害.....	67
第二款 專指生命與身體的法益侵害.....	69
第三項 人體器官移植行為的刑事責任制度.....	70
第一款 有關活體器官移植犯罪處罰.....	71
第二款 有關死體器官移植犯罪處罰.....	72
第四節 小結.....	74

### 第四章 人體器官移植行為得承諾的刑法定位 77

第一節 前言.....	77
第二節 人體器官移植行為的刑法意義.....	78
第一項 人體器官移植是創造利益的醫療行為.....	78
第一款 醫療行為的概念.....	78
第二款 尋找醫療行為的概念核心.....	80

第三款 人體器官移植行為的社會利益與法益侵害.....	82
第二項 人體器官移植行為與（重）傷害結果.....	83
第一款 刑法上對傷害解釋.....	83
第二款 人體器官移植行為該當傷害構成要件.....	87
第三項 人體器官移植行為與業務正當行為.....	94
第一款 人體器官移植是業務正當行為.....	94
第二款 醫療業務行為的正當性判斷.....	95
第三節 人體器官移植承諾的刑法評價.....	102
第一項 被害人承諾的意義.....	102
第一款 被害人承諾的概念與法理.....	102
第二款 被害者承諾的範圍.....	106
第三款 被害人的同意與承諾不同.....	108
第二項 自主決定權於被害人承諾中的定位.....	109
第一款 自主決定權的倫理原型.....	109
第二款 自主決定權是被害人承諾的新興法理.....	113
第三項 被害人承諾於移植承諾中的定位.....	113
第一款 自主決定權於醫療領域中的內涵運用.....	114
第二款 自主決定權於移植承諾中的法律意義.....	119
第三款 被害人承諾是移植承諾的主要內涵.....	120
第四項 移植承諾能力的重新詮釋.....	122
第一款 承諾能力的認定標準.....	122
第二款 應以識別能力說為主.....	124
第四節 小結.....	125

## 第五章 人體器官移植行為的犯罪判斷 129

第一節 前言.....	129
第二節 人體器官摘取行為的犯罪判斷.....	130
第一項 活體器官摘取與加工重傷（死）罪.....	131
第一款 摘取行為造成重傷或死亡結果.....	131
第二款 摘取承諾自始無效.....	132
第二項 活體器官摘取與傷害罪.....	134
第一款 摘取行為與傷害罪的構成要件.....	135
第二款 摘取承諾與被害人承諾.....	137
第三款 未成年者對活體器官的摘取承諾.....	138
第三項 腦死器官摘取.....	144
第一款 刑法上的死亡認定.....	144
第二款 腦死器官摘取與毀損屍體罪.....	147

第三款	腦死器官摘取與殺人罪.....	152
第三節	人體器官植入行為的犯罪判斷.....	158
第一項	人體器官植入與傷害罪.....	158
第二項	得患者承諾阻卻傷害違法.....	159
第一款	患者自主決定權的意義.....	159
第二款	學說意見.....	176
第三款	本文看法.....	178
第三項	人體器官植入行為得患者承諾的內涵續造.....	182
第一款	確立醫師的告知後同意法則.....	182
第二款	患者承諾權的範圍放寬.....	186
第三款	未成年者對器官植入行為的承諾.....	193
第四款	患者無承諾能力下的醫療處置.....	195
第四節	小結.....	199

## 第六章 結論與建議 203

第一節	結論.....	203
第二節	建議.....	207

## 參考文獻 217

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

遙記 2 年前，研究所修習張麗卿老師開設的法律倫理與文學課程，課堂中每位同學都須與法律相關的文學作品研讀後整理自己的心得與大家分享，當時，我選了與醫療與生命倫理相關的現代文學作品《姊姊的守護者》一書進行報告。《姊姊的守護者<sup>1</sup>》是美國茱迪·皮考特<sup>2</sup>，中文翻譯著作第一次在台灣面世，書中藉由主要的角色人物，以第一人稱的觀點去發展、串連整個故事情節。書中描述莎拉和布萊恩是一對結婚多年的夫妻，由於長女凱特在幼年時期即不幸罹患「急性前骨髓性白血病（APL）<sup>3</sup>」，隨時都有可能離開人世。爲了延緩凱特的病情，醫學臨床治療所採取的方式，就需尋找與凱特基因相符的捐贈者，提供能與病魔對抗的血液、骨髓甚至是組織器官。由於夫妻兩人與其兒子傑西的基因與凱特皆不相符，爲了搶救凱特，他們透過生物科技的胚胎配對，生下與凱特具有完美基因配對的女兒安娜。直到逐漸病入膏肓的凱特急需安娜的健康腎臟來維持生命時，不久莎拉即在醫院收到法院的傳票，原來是女兒安娜向法院請求收回自己的身體自主決定權，而一場有違倫常的家事訴訟就將展開。

故事的主軸是圍繞在人體器官移植此項現代醫療行爲所引發的各種

<sup>1</sup> 全文參照：Jodi Picoult 著，林淑娟譯，姊姊的守護者，台灣商務印書館，2006 年 12 月。

<sup>2</sup> 本書不僅榮獲美國圖書館協會頒贈瑪格麗特亞歷山大愛德華獎、書籍瀏覽網站 2005 年鑽石書獎、英國理查德·朱蒂圖書俱樂部 2004 年十大好書之一，並入圍 2005 年英國書獎，也受到 IMPAC 都柏林文學獎提名，目前已被翻譯為 30 多種語言。本書作者—茱迪·皮考特（Jodi Picoult），1967 年生於紐約長島，1987 年取得普林斯頓大學創意寫作學士，爾後又取得哈佛大學教育碩士學位。皮考特自小即鍾情於寫作，其擅長以小說處理極具道德爭議的題材，作品不乏探討安樂死及描述青少年自殺的內容。寫作對象常常是周遭隨處可見的平凡人物，她每個人的不同觀點發聲，寫出一個事件的多面向及可能性，提供不同角度讓讀者進行多元性的思考。金石堂網路書店：<http://www.kingstone.com.tw/book/>（最後造訪日期：2010/5/11）。

<sup>3</sup> 1970 年前，小兒血液腫瘤（白血病）等同於絕症，直到各種化學治療藥物上市，骨髓移植術發明後，存活率方大為提高。書中凱特所罹患的 APL 是白血病中相當特殊的亞型，為 AML 的 M3 一支，其特殊處在於，現今分子生物學了解，APL 為第 15 與第 17 染色體基因對位，可使用 ATRA 治療，緩解率相當高，這個病是分子生物學發達後立大功的例子，雖然類似的機轉不多，但在 1990 年當時，APL 可使用 ATRA 治療的觀念並未建立。因此，凱特可以說經歷了初始的低治療成功率，到近年來高治療成功率的時空過程，是相當正向的故事。上述說明，引述自東海法律倫理與文學課程中，共同修課的王偉煜醫師所分享的專業意見，特此感謝。

社會倫理議題作為開展，從中可以看中，器官移植手術的發展到臨床積極實踐的這段過程中，無論對於患者個人到家庭，甚至是深入到社會各階層，都受到很深層的影響。人體器官移植的發明，表現出人類追求生命延續的基本態度，但是，器官來源的問題，卻也製造了許多社會價值的矛盾對立與衝突，尤其在人性面上，激發了種種潛在的惡意，而這一切根源都是從器官來源短缺的現狀所引起。

透過本書的描述，可以了解一個家庭的父母，可以不顧一切，執意利用孩子身體器官與組織拯救另外一個孩子的生命。這除了直接點出了器官移植現階段供體不足的困境外，也暗喻現代社會中，人體器官移植背後，隱含多少可受非議的倫理爭議。若從刑法保護生命法益與身體健康法益的立場思考，我們又該給予這項猶如兩面刃的醫療行為多少空間，刑法應當建立何種標準或方式來保護書中安娜的身體與健康。

回到現實世界，我們可以看到的是，器官移植技術的不斷進步，不同種類的移植器官如肝臟、腎臟、肺臟、心臟等，都能為患者帶來一線新的希望。不過，當移植手術漸漸成為一種普遍的外科常規手術時，潛在的風險也漸漸被人忽略，如在去年在我國台大醫院，因檢驗報告通報失誤，讓包括成大在內的移植小組，在五位患者身上誤植了愛滋器官。這樣嚴重的後果，雖然並非醫師樂見，不過，從本事件就可看出，人體器官移植本身的手術風險與對患者身體帶來的損害，都該受到應有的重視。

透過閱讀本書與現況事件的啟示，讓本文對人體器官移植的問題多了不少省思之處，也成為本文亟欲對此項議題展開研究的重要契機。經過與老師的反覆討論後，受到老師的鼓勵，遂想利用本次碩士論文的寫作機會，思考有關人體器官移植與自主決定權的問題，並重新加入刑法規範目的及其精神來共同進行研究，嘗試從中找出適切合宜法律標準及評價方式，協助人體器官移植行為在拯救患者生命健康的同時，也能找出符合公平正義，充分保障雙方利益的平衡點。

## 第二節 研究目的

人體器官移植是挽救臟器衰竭病人最有效直接的醫療手術。不過，若患者器官功能喪失讓生命接近垂危，人體器官移植成為挽救病人唯一且必要的方法時，器官移植的重要性就顯而易見。當今社會價值觀崇尚個體自

由，生命價值的位階總是置於高不可攀無可挑戰的位置，病人的生命在臨床醫療中受到不斷關注，其他的考慮都是其次。雖然，人體器官移植技術的應用同時提升了患者的生活品質，拯救其生命。不過，由於器官移植所須供體嚴重不足，政府過度重視患者移植利益的思考，除了朝向法令過度鬆綁的政策傾斜，形成潛在器官提供者的生命或身體受有危害之虞；另外，患者的求生慾望，也誘發不法團體為求利益，非法交易買賣器官，背後可能就是透過許多違法他人意願的不法方式獲得器官，具有嚴重社會侵害性的犯罪就此滋生。

本文的研究目的在於，如何在尊重器官提供者與接受器官患者的自主意識下，從法秩序中落實刑法保障法益的任務，同時幫助人體器官移植的順利推廣與發展，期能達到和諧社會，創造醫療正向利益的雙贏局面。本文研究為達成上述目的，將從醫療自主決定權與刑法規範目的的方向著手，對於人體器官移植行為法制與衍生的刑法問題進行評價，分為下列三個方向進行探討：

1. 立法觀察上，本文必須先行針對人體器官移植相關法制的運作進行通盤理解。除了對於國內人體器官移植法制的研究外，有謂他山之石可以攻錯，對於法制面的合理性與缺陷，必須同時配合人體器官技術先進大國建立的相關制度去思索理解。
2. 法律解釋上，不論是器官摘取或植入，必然都是一種侵害他人生命與身體法益的傷害行為，尤其對於活體器官的摘除，更僅僅是一種缺乏利益療效的醫療援助行為；在死體器官移植方面，腦死者究竟應歸類為活體或是死體，對器官摘取程序是否要不同對待，這些問題在刑法解釋上，除了涉及阻卻違法層次的討論外，也是目前醫界亟欲探討與重視的。因此，本文希望藉由本研究，透過醫療自主決定權概念內涵的指引，重新調整刑法面對人體器官摘取與植入行為時的解釋與評價方式。
3. 規範設計上，經過刑法評價後的結果，再分別配合目前人體器官移植法制相互對照與檢視，可以發現我國的人體器官移植法制仍有需要進一步調整與合理化的空間，例如，對於未成年的識別能力問題，法令過度限縮，可能影響其自主決定權的行使，法令過度放寬，亦會形成法律對身體與生命法益等相關權益保護不足的情況。因此，兩者該如何調適，在規範設計上應當從刑法評價的標準進行思考。

針對上述問題，國內目前少有同時結合器官移植與刑法評價的研究成果，本研究的目的是在點出問題並提出看法後，希冀能達拋磚引玉的效果，促使更多法律專才重視人體器官移植的刑法評價與制度發展，共同朝向這議題進行相關問題的延伸與研究。

### 第三節 研究方法

關於本文的研究方法，主要是以文獻蒐集與探討的方式進行。文獻探討法是法學研究最傳統與重要的一環，亦及針對議題設定，參酌國內外學理與實務判決與見解，加以整理消化後，進而提出本文的看法。

針對法律爭議，傳統上主要是採取法律適義學的方式進行，此種法學方法長久以來一直法律研究者的主要研究方法，畢竟法律的解釋以文義解釋為開展，佐以探尋立法者真意的歷史解釋、尋求法律內在結構衡平的體系解釋、伴隨社會變遷、掌握時代脈動的客觀目的解釋以及符合人權價值的合憲性解釋等範圍內，本文的思考論述與研究，基本上不會逾越此方式的架構範圍。

不過，單純的法律釋義，恐怕並不足夠，因為人體器官移植的刑法評價問題，是一種新興尖端醫療行為可能衍生的特殊犯罪手法，關於這項議題的探討不能僅僅閉門造車，在研究上也必須參考各國立法例的應對方式並與他國司法實務及學說互相連結參照，方可在人體器官移植行為的刑法研究中，取得較佳的視野，故本文亦參酌了外國針對人體器官移植所設計各種立法模式，並觀察其刑事處遇的方式，最後再與我國法制相互印證，試圖從中截長補短，找出最符合我國本土的人體器官移植立法政策模式與走向。

除了比較法模式的文獻探討外，本文亦注重法釋義學的解釋前，必須完整掌握文義概念背後的指引方向。換言之，為確保刑法評價方向無誤，本文特別從社會學的觀點進行文獻分析，畢竟人體器官移植行為本質是一種醫療行為，背後關乎的是患者醫療自主決定權的保障，涉及的已經不是單純的刑法問題，相反的，須從長久以來醫病關係的發展脈絡尋找問題解決之道。

由於社會學的概念十分廣泛，有論者認為社會學指的就是將法律行為

與人類群體有系統的加以研究，其主要研究的對象是社會關係對人們的態度和行為的影響，以及社會是如何建構與變遷<sup>4</sup>。亦有論者認為，社會學實際上是一種文化研究，因為他的範圍囊括歷史、思想、文學等<sup>5</sup>；又有論者認為社會學是研究整個社會，以及社會的各個領域和成分，社會學知識是屬於跨學科矩陣，與社會學鄰近的學科，諸如心理學、經濟學、人類學、政治學、民族學等，皆包括於其中<sup>6</sup>。

以社會學的觀點視之，醫病關係的問題就顯然相對廣泛，法律所關心者僅是其中的環節之一。不過基於刑事規範對於人民各項重要法益的慎重保障，社會學也須透過社會現象的觀察與分析後，提供必要素材供刑法進行規範思考。就如同器官移植技術此類醫療行為來說，醫療社會學所關注的是醫師在社會中角色定位為何，與患者的關係該如何做到有效的義務分配與合諧互動，從中思考界定醫療自主決定權的概念，應可作為刑法評價人體器官移植行為的重要標準與理念指引。

## 第四節 本文架構

本研究目的是為將人體器官移植及其相關行為的刑法評價問題作清晰交代，在體例上先從人體器官移植意義與現實發展面著手，主要欲說明人體器官移植當前面臨的主要困境，並以此作為本文研究的契機與開展。接著，本研究從規範面的介紹，探求包括我國在內的人體器官移植大國，如何針對器官移植的種種問題進行必要管制。再者，經過法制面的清楚鋪陳後，隨即進入刑法評價面的問題，主要分為人體器官植入行為與人體器官摘取行為兩大區塊進行探討，本研究從中將會仔細分析該二行為如今分別在醫療刑法判斷上的意義與定位，以及找出尚待解決的問題並提出建議，這些問題滋以各章所涵蓋的內容分別說明如下。

第一章為〈緒論〉，緒論對於本論文研究的動機、目的與方向依序說明，本論文研究主要是針對人體器官植的外國立法例進行介紹闡述，並從社會學的觀點，嘗試開展醫療自主權的起源與落實於現代醫病關係間的重要性，同時，對於人體器官移植行為的刑法評價問題，由於日本與我國相

<sup>4</sup> 劉鶴群、房智慧，Richard T.Schaeter 著，社會學，巨流圖書，2005 年 12 月，頁 5。

<sup>5</sup> 郝貝紅、周潔、呂楠譯，伊藤公雄、橋本滿合著，你好 社會學—社會學是文化學習，社會科學文獻出版社，2006 年 6 月，頁 2-3。

<sup>6</sup> 王紀軒，施用毒品罪之研究，私立東海大學法律學系碩士論文，2007 年，頁 8-9。

鄰，無論文化立法制度都可謂出自同源，故此部份主要參考日本學者文獻，尋求可供借鏡之處。本章主要針對本文整體架構為介紹，以其綱舉目張。

第二章為〈人體器官移植的意義與現況〉，本章將先對人體器官移植的概念與意義進行介紹，以便協助人們對人體器官移植的概念有較為完整與理性的認識。接著從人體器官移植至今在全球各過家運作的現況與共同困境進行說明，亦即供體器官普遍不足的問題，藉此點出人體器官移植技術作為先端醫療行為的發展，背後可能因此衍生引發的種種社會弊端，藉此勾勒出本研究對於器官移植法制與刑法評價面的探討契機。

第三章為〈人體器官移植之法制與刑事規範〉，首先透過現代醫療倫理的內涵，說明人體器官移植必須依循的基本原則，並針對各國立法例的特色與運作模式進行完整介紹，再對於我國現行人體器官移植法制作完整的論述，最後，從供體不足情形到器官黑市交易的形成，經過交易背後所衍生的種種社會侵害問題，於刑法的評價上，該成立何種犯罪以及如何在法政策上利用刑法進行杜絕，本章大致先對各國刑事規範面的應對方式一併說明。

第四章為〈人體器官移植行為得承諾的刑法意義〉，主要討論的是，一個具有醫療適應性與醫療技術正當性的人體器官移植行為，對於供體與受體的身體或生命仍會帶有損害或危險，從刑法保護法益的觀點而言，移植行為是否會是一個具有傷害構成要件該當的不法行為，而該傷害行為受到供體與受體的分別承諾後，在刑法上所代表意義與將發展的效力又是為何。本章首先從醫療行為的定義與範圍確定人體器官移植行為屬於一種具有侵入性特徵的醫療行為。在此基礎上，移植行為本身就會與刑法上的傷害罪產生涵攝與評價的效果。接著，本文將會討論醫療行為傷害說與非傷患說的學理爭執，並以傷害說的觀點作為開展，探討支持人體器官移植行為的實質違法性事由究竟為何，如何說明醫療行為在整體法秩序中的正當地位。

第五章為〈人體器官移植行為的犯罪判斷〉，從人體器官移植的立法觀察，目前世界各國基於減緩器官來源不足的嚴重失衡現象，多習慣將傾向積極勸募器官的思維寫入器官移植法令中，由於人體器官移植手術的進行，密切涉及了供體、受體間的生命、身體法益關係，就目前刑法理論與評價的方式判斷，首先，可以明確器官移植違反規定時，必須受到刑事處

罰的行爲爲何；再者，面對這類器官摘取行爲，各國無論採行何種同意制度，是否有侵害供體器官提供者身體或生命法益的可能性。藉由刑法的評價與檢視，希望可以平衡目前器官移植制度過於偏向擴大器官來源管道目的面向的傾斜，而醫師的移植行爲究竟該如何進行，才能確保患者與供體雙方的法益保障，並防止醫師誤觸刑法規定，也是本章所探討的焦點。

另外，一個符合醫療適應性與穩定性的醫療行爲，可以精準無誤的幫助患者找回健康。不過，醫療行爲一旦具有侵襲性，本質上對人體造成的傷害結果，就刑法的立場而言，仍舊無法輕易忽視。若試圖脫去人體器官植入行爲的醫療外衣，內在本質就如同普遍外科手術一般，屬於傳統認定上的侵入性醫療行爲，造成患者傷害的結果，自然同樣須從刑法理論中尋求合理正當化的依據。本章將透過刑法保護法益的目的思考，對於人體器官植入手術聯帶對人的生命或身體法益侵害的立場出發，思考醫師的移植行爲必須合乎哪些條件下才能超脫刑事犯罪的規制。在此之前，會先從患者自主決定權的理念精神進行闡釋說明，配合其理念精神的注入，爲刑法針對醫療行爲的規制，找出符合法理精神的平衡點。

第六章爲〈結論與建議〉，總結本文重要內容，最後再提出相關建議。



## 第二章 人體器官移植的意義與現況

### 第一節 前言

隨著醫療科技進步，先端醫療技術的推陳出新，對人類的身體健康有不可忽略的重要貢獻。器官移植的醫療手術，即是近代二十世紀逐漸開始蓬勃發展的先端醫療技術<sup>1</sup>。器官移植與抗生素的發現，被認為是 20 世紀人類醫學的兩大重要發現。而器官移植更被譽為 21 世紀醫學之巔。當前，隨著現代人類生命科學技術的飛速發展，器官移植作為一個醫學領域的專業概念已經日益走進了人們的生活。然而，由於國情與社會文化等各方面因素，人們對器官移植的認識還遠遠局限於較為感性的道德認知階段，關於具體內涵與實際運用，往往依然缺乏科學理性的把握。這對於人們理解和接受器官移植這項新興的尖端醫療技術與如何解決後續可能引發的法律等議題，無疑極為不利。

本章將先對人體器官移植的概念與意義進行介紹，以便協助人們對人體器官移植的概念有較為完整與理性的認識。接著從人體器官移植至今在全球各過家運作的現況與共同困境進行說明，亦即供體器官普遍不足的問題，藉此點出人體器官移植技術作為先端醫療行為的發展，背後可能因此衍生引發的種種社會弊端，藉此勾勒出本研究對於器官移植法制與刑法評價面的探討契機。

### 第二節 器官移植的意義與分類

#### 第一項 器官移植的意義

器官移植 (organ transplantation) 是一種透過醫療需求所發展出的外科技術。在醫學實用性的發展前提下，廣義的器官移植，尚包含不同類型的移植模式。目前移植醫學較為純熟與高度應用的器官移植模式，就屬人體

<sup>1</sup> 蔡墩銘，醫事刑法要論，翰蘆，2005 年 9 月，頁 309-310。

器官移植，同時也是各國醫療倫理與法律的關注焦點<sup>2</sup>。器官移植，提供器官的一方被稱為供體（或供者），而接受器官的一方則被稱為受體（或受者）。醫學上，從不同的角度與方式，可歸納區分不同種類型態的器官移植類型。如從器官移植的供體來源的不同，可分為摘除人體中某一器官並把它植入相同身體內的「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，移植至受體的「人工器官移植」<sup>3</sup>。

必須說明的是，廣義的器官移植，尚包括器官是否具有自主運作的活力來區分，將器官移植分為活性移植與結構移植。前者是指，移植器官本身保持活力，能夠自主運作，透過移植，取代舊有不良器官，恢復身體原來的功能；後者則是，移植組織本身沒有自主運作的活性，移植後身體的組織功能，並不取決於移植組織內的細胞，而移植組織所提供的機械結構，則是一種支援性質的手段，使來自受者的同類細胞得以正常運作。結構移植時，移植組織內細胞的活性並非必要，這些細胞事實上早已失去活力，須待組織植入受體時，才能重新運轉。目前來說，可用作移植的人體組織，移植後通常不會發生排斥反應，因此，不會需要免疫抑制藥物的使用。例如，硬膜、脂肪、筋膜、皮膚、血管、淋巴管、肌腱、軟骨和骨頭等。再者，根據移植技術的不同，器官移植也可分為：游離移植、吻合移植、灌輸移植等<sup>4</sup>。

不過，上述的區別方式中，活性移植與結構移植僅是針對移植內容的性質作出區分，其與依據移植技術不同所做的游離移植、吻合移植、灌輸移植等分類，雖然對移植醫學具有極高的參考研究價值，但就法律倫理層面的討論來說，就較無實質意義存在。換言之，法制面所關心的，應當是醫療移植技術的臨床實踐上，移植手術對於供體與受體本身的權利義務究竟有何倫理上的影響，以及如何杜絕與控制潛在的社會傷害與風險等問題。關於人體器官移植的意義究竟為何，本文先透過以下器官移植分類的介紹，找出人體器官移植在廣義移植模式分類中的定位，再就其意義做出說明。

<sup>2</sup> 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，何元順博士指導，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；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。

<sup>3</sup> 劉長秋，器官移植法研究，法律出版社，2005 年 12 月，頁 3-4。按：本書作者針對器官移植立法研究有作相當完整的論述，內容豐富完整，本文進行資料收集與整理時，透過本書獲益良多，如欲進一步延伸閱讀，請參照本書的精采內容。

<sup>4</sup> 劉長秋，註 3 書，頁 1 以下。

## 第二項 器官移植的分類

如同上述，本文認為較有價值的區分，是以供體的來源為基準，根據供體器官性質與取得供體性質的不同，將器官移植分為下列四種類型，並從中找出理解目前人體器官移植模式，受到法界討論與研究的重要原因。

### 第一款 自體移植

所謂的自體移植，就是將生物個體某一部位的器官移植到該同一個體的另一部位上，在醫療臨床實踐上，就是從患者身體中取出組織或器官，移至其身體其他需要的部位<sup>5</sup>。誠然，囿於患者身體器官客觀數目的有限性，很難想像能在同一人體中，同時進行摘取與換置的移植行為。因此，醫學領域中，自體移植多是體現於透過截長補短的方式，針對身體組織進行替換。相對於活性移植，自體移植大多是一種組織移植的體現。換言之，自體移植的移植體多來自患者本身其他部位的組織，如外耳軟骨、大腿或顳部皮下的肌膜。最普遍的情形，如燒燙傷患者的自體皮膚移植。如將傷者的頭部皮膚移植到燒傷無法再生皮膚的胸部。

自體骨移植技術也時常運用在牙醫領域中，典型者如植牙技術的發展。患者本身欲植入牙缺的位置，醫師可以取出患者自己身上的骨骼組織，移植到缺少牙骨的區域<sup>6</sup>。骨骼組織的來源不限於口腔內，可能是身體內的肋骨或腿骨皆可。另外，美容醫療領域中，自體移植伴隨移植填補技術的進步，儀器設備也有所提升，搭配精細的輔助脂肪存活技術，自體脂肪移植在近年逐漸被廣泛使用而成熟，常見的運用，如自體脂肪移植豐胸調整不對稱修型、自體脂肪移植豐胸改善萎縮下垂胸型、自體脂肪隆乳罩杯升級，以及自體脂肪移植臉部凹陷填補，如自體脂肪豐頰、豐額、自體脂肪移植蘋果肌、夫妻宮、法令紋、淚溝及自體脂肪移植豐臀等技術運用<sup>7</sup>。

值得說明的是，對於白血病患者，自體移植的作用，就是趁病患病情

<sup>5</sup> 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，頁17以下。

<sup>6</sup> 林錦榮，自體移植病例報告，中華民國齒顎矯正學雜誌14卷4期，2002年12月，頁34以下。

<sup>7</sup> 湯月碧，組織工程應用於生物體內脂肪生成之持續性監控，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告（計畫編號：NSC90-2314-B-002-414-），執行期間：2000年8月1日至2001年7月31日，執行單位：國立臺灣大學醫學院外科，頁2以下。

完全緩解時，收集病患自己體內血液幹細胞，在適當時機，待病患再次接受化學治療後，重新注入自身血液幹細胞，臨床上稱為「自體血液幹細胞移植」。由於血液幹細胞的移植，也可以採集不同人體的幹細胞作為移植組織（稱為異體血液幹細胞），一般來源多須由親屬（兄弟姐妹）或透過大型骨髓資料庫的配對。因此，同樣是幹細胞的移植，供體若非來自於患者本身，即須考量血液幹細胞有「移植物對抗宿主」的排斥反應。換言之，自體移植最大的優點就在於，不需憂心植入器官或組織時，會與本體產生免疫系統的排斥作用，同時，自體移植不會涉及第三人供體權利轉移的問題，一般並不會發生道德倫理或法律等爭議；且就技術而言，相較其他移植模式（如下述類型），自體移植也是相對安全，無先端醫療風險的移植技術<sup>8</sup>。

## 第二款 人工器官移植

人體的組織器官，就像是一個精密的微型機械工廠，當運作產生無法復原的困難時，透過移植手術，就能植入功能正常的器官繼續為人體機能的運作服務。所謂的人工器官移植，就是透過人體工學科技的設計，製作出如同生物器官般精密的人工裝置，作為供體器官，暫時性或永久性的植入人體，替代衰竭器官的主要功能。理論上，人工器官是解決目前器官移植供體來源不足的一個重要途徑。人工器官又被稱作人造器官，目前已經廣泛運用在臨床上的包括，人工肺臟（氧合器）、人工心臟以及人工腎臟等。不過，目前這類人工器官的功能，僅止於模擬替代器官維持生命的重要功能，尚無法完全取代人體臟器的完整功能。

歷史觀點而言，1943年，Kolff醫師首先使用透析技術替代腎臟功能，開始了「人工器官」的「人工」代表著器官功能的替代或交換。至於，利用心肺繞道術加上體外幫浦與氧合器來代替心臟與肺臟功能是在1953年由Gibbons等人首先應用在臨床開心手術上；在1958年Senning醫師植入體內心臟節律器；1962年Charnley醫師首先植入第一個人工髖關節；在1969年Cooley醫師首先完成雙心室輔助器植入；在1982年DeVries醫師替病人Barney Clark植入完全人工心臟；之後，心室輔助器在於心臟衰竭漸漸占有一席之地，其使用最久的病人已經存活超過四年；而完全人工臟AbioCor從2001年起又開始其臨床人體實驗，其經皮電能傳導系統，更進

<sup>8</sup> 陳博明主編，骨髓及血液造血幹細胞移植手冊，台北榮民總醫院，2002年9月，頁3以下。

一步使病患的日常生活與常人相同<sup>9</sup>。

由上述發展可知，現階段臨床使用的人工器官替代治療或交換物，有三大特點：1.通常是機械性替代物，例如：人工機械心臟瓣膜、人工關節、心室輔助器等；2.被動式傳遞系統，例如：人工透析、人工氧合器、藥物傳遞等；3.通常與自然的器官系統不相似，不採取完全結構式取代而是功能性取代。由於近年來生物醫學積成橫跨了醫學、電機、機械、化工、基因工程、分子生物等領域，人工器官的架構已有很大的轉變。完全人工器官因為生物相容性都必須應用幹細胞繁殖與移植再生組織工程，重新出發來加強人工植入物的臨床適應性<sup>10</sup>。

### 第三款 異種移植

爲了擴大器官來源的管道，長久以來異種移植一直都是移植學與醫療生物學等研究的重要方向。所謂的異種移植也稱跨種移植，是利用移植手術的方法，將某物種的器官或組織移植到不同物種個體上。如將猴子的心臟移植到狗的身體內。在醫療臨床實踐上，則是將非人類同種動物個體的器官組織移植到人類個體的某一部位。早於 1905 年，爲了彌補同種器官移植的供體不足問題，醫學家就開始此類移植可能性的嘗試，在法國於同年就進行了世界第一例臨床異種移植手術，將兔子的腎臟移植入一名腎功能衰竭的兒童體內，術後 16 天才因排異反應，死於肺部感染。1964 年，美國醫師 Keemtsmaz 發表了黑猩猩腎臟移植至人類的經驗；同年，美國醫師 Starzl 報告了狒狒腎臟移植至人類經驗。1992 年至 1993 年，Starzl 醫師再進行了兩例狒狒肝臟移植至人類的手術，此兩例肝臟各自存活了 70 天

<sup>9</sup> 21 世紀的開始，累積了分子生物學的基礎理論，無論在基因層級、轉錄或訊息核酸層級或酵素蛋白質層級的研究突破，各層級的連貫關係探索，無一不對下列有關未來人工器官研究發展與應用有益。如：對於幹細胞培養環境與組織工程的“生物支架”的製造在骨骼肌肉系統重建修補；奈米與微電機和微電路薄片及被動元件技術在能量儲存與電子神經系統架構生物微感應器放大器過濾器與刺激器；電腦輔助之下的虛擬實境與機器人手術操控細密配合的微創外科；微薄膜球代謝藥物傳遞系統與微生物基因合成人造血紅素帶氧與人造胰島素或各類單株多株抗體來提高移植物的相容性並降低其抗原性等。所以，跨領域的整合是人工器官新研發的必經之路。戴浩志、李俊仁，人工器官，中華民國器官捐贈協會會刊 28 期，2003 年 8 月，頁 6。

<sup>10</sup> 近代人工器官的領域可以分為六大範疇：腎臟泌尿系統、心臟血管系統、呼吸系統、骨骼肌肉系統、神經系統，與消化系統，各範疇內的組統工程與細胞培養、移植、再生等先進技術都是必要基礎與跨領域合作。人工器官的未來發展與奈米技術與微機電工程必然相輔相成地交叉整合。預期未來，移植醫學必然會與人工器官會更密切結合，除了解決器官捐贈數量貧乏外，改善等待器官移植前的生活品質與維持性命，俾使渡過等待合適的人體器官之難關，人工器官領域也非要停留在早期完全人工化的想法不可，其領域必須為了完全生物相容性，而加入細胞培養，組統工程，微電系統才能突破目前之困境。戴浩志、李俊仁，註 9 文，頁 6。

及 26 天。這些顯示，物種學上關係愈遠的動物間，異種器官移植的排斥反應愈強烈<sup>11</sup>。異種移植對於醫療移植領域的重大貢獻，就是能在充分飼養異種移植供體的前提下，保證有足夠的器官來源，能為移植供體不足的問題尋求另一道窗口，同時，也能迴避一般人對人移植的倫理與法律問題。另外，從移植效益的觀點，在找到合適的同種器官前，動物器官更具有自然性與生物性，因此，異種移植也可以作為人工器官的替代，在過渡時間內，在受體內發揮更佳的效用。

單純理論上來觀察，甚至已有人認為，異種移植可謂是解決人體器官不足及道德爭議的唯一出路<sup>12</sup>。不過，囿於現階段的醫療知識與技術的有限性，異種移植目前該等移植類型仍有嚴重免疫排斥反應的問題，例如，豬在解剖構造及生理功能與人類極為近似，數量多，又無猿猴保育之問題，可為人類異種器官最佳的來源。不過，直接以普通豬器官供給人類進行異種器官移植，將遭受超急性排斥、延遲性異種器官排斥、急性排斥及慢性排斥反應。最近科學家以人類壞死加速因子（hDAF）基因進行基因轉殖豬之產製，並由該基因轉殖豬器官移植給狒狒之前臨床實驗，證實異種心臟移植者可維持 30 天以上、異種腎臟移植者可超過 78 天，移植之器官可克服超急性排斥反應，惟該等器官最後仍遭受排斥反應<sup>13</sup>。因此，在未獲臨床研究充分論證與解決問題前，異種移植可能仍會停滯在實驗研究的階段<sup>14</sup>。

#### 第四款 同種異體移植

所謂的同種異體移植，是將同種生物的某一個體器官（部分、一個或幾個）用手術的方法移植到其自體體內或另一個體的某一部位的器官移植。同種異體移植時，術後如無足夠的免疫抑制，同樣不可避免地會出現免疫排斥反應，危及供體生命。二者的區分在於供體是否仍具生命意識。一般而言，活體移植是最佳的移植形式，於供體與受體屬於同物種的前提下，受體免疫系統對於植入器官的排斥反應會降至最低，會有較佳的移植

<sup>11</sup> 李伯璋，：移植學的歷史與演變，收錄於《現代移植學》，人民衛生出版社，1997 年，頁 35。

<sup>12</sup> 康均心，生命刑法原理，元照，2009 年 3 月，頁 591。

<sup>13</sup> 戴浩志、李俊仁，異種器官移植之現況與未來，中華民國器官捐贈協會會刊 28 期，2003 年 8 月，頁 6。

<sup>14</sup> 1902 年 3 月 1 日，奧國人 Ullman 首次成功將一隻狗的一枚腎臟移植到頸部，並且順利排出尿液；之後，他又將狗的腎臟移植到羊的身上，意外地，也排出少許的尿液，可惜他沒有再繼續這方面的研究。在 1906 年 Jaboulay，將豬或羊的腎臟移植到尿毒症病人手臂的異種移植，但腎臟只發揮一小時的功能。這些經驗因為一直無法克服失敗的命運，使得實驗的腎臟移植漸漸沈寂下來。參照：湯惠斐，註 2 文，頁 1。

存活率，就功能性來說，活體的功能在供體身體正常運作下，確保摘除時尚可保持在最佳狀態，對於移植後受體的復原期以及存活率也有很大的提升助益<sup>15</sup>。相對的，死體移植的目的，則是基於擴大供體數量為思考點，在無活體可用的情況下，為延續受體命在旦夕的生命所做的選擇。

## 第三節 人體器官移植的意義

### 第一項 人體器官移植是尖端醫療技術

人體器官移植，是 20 世紀生物醫學工程領域中具有劃時代意義的尖端醫療技術，是人類改變傳統的藥物治療與外科手術方式，使衰竭器官恢復功能的一種新醫療模式，它為醫療領域帶來革命性的變化。在現代醫學領域中，器官移植是一項先進、重要的新興外科手術類型。詳言之，器官移植是指摘取捐獻人具有特定功能的器官（也包括某些組織）的全部或者部分，將其植入接受人身體內以代替病損器官（或組織）的過程。器官移植，是經由移植技術的演進而來的。而將一個個體細胞、組織或器官用醫療手術的方式，移植到自己的體內或另一個各體的體內，就稱為移植技術手術。目前現代國際統一對「移植」的定義，就是指「器官移植」<sup>16</sup>。蓋當今移植學的概念，業已包括細胞移植、組織移植和器官移植本身等等在內。

另外，器官移植的特點則是藉由移植技術，保留移植器官的部分或全部外形輪廓以及內部解剖結構，帶有主要的血供和管道主幹，通過吻合技術實現血流再通；同時，移植器官從切取到植入期間，必須始終保持自體性的活力，如此才能成功替代衰竭器官，供病體正常運作之用。簡單來說，就是手術醫師透過移植的方式將完全喪失功能的臟器，替換為同類型且功能正常運作的器官，從而維持病患正常生命活動的有效醫療措施。

### 第二項 專指同種異體移植的移植模式

所謂的人體器官移植，就是指供體來源以及受體皆屬於人體。類型上屬於同種異體的移植模式，相較於自體移植或人工器官移植等類型，同種

<sup>15</sup> 賀昊中，活體腎臟移植簡介，中華民國器官捐贈協會會刊 41 期，2003 年 8 月，頁 8 以下。

<sup>16</sup> 劉長秋，註 2 文，頁 181 以下。

(人類)異體移植本身，由於涉及供體(第三人)的財產或身體健康等權利，容易發生社會倫理道德價值的爭議與衝突，甚至會有構成刑事責任的問題，因此，醫學倫理與法律規制面向主要欲探討的，就是以此類移植形式為基礎。

就人體移植的身體器官來說，目前已具有常規性的移植手術，包括由各種病因導致的心臟衰竭的病人，心臟移植是唯一的治療方法；對於終末期良性肺部疾病的患者，經過傳統內科治療無法治癒，但估計尚有 1-3 年存活希望，可考慮進行肺移植手術來改善身體狀況；處於肝癌末期等，無法用傳統內科手術治療的患者，肝臟移植是唯一的方法；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，就會逐漸發展為腎功能不全，氮質血症，其終末期就是尿毒癥。挽救尿毒癥患者生命的方法包括透析和腎臟移植；胰臟移植多數則是與腎臟移植同時進行的，主要用於治療晚期糖尿病、I 型糖尿病、和胰切除後糖尿病，目前尚有患有脾臟、小腸等可以通過接受移植手術獲得治癒<sup>17</sup>。同種異體移植，按供體是否存活，又可分為活體移植或死體的器官摘除移植，以下分別依序說明。

## 第一款 活體移植

所謂的活體器官移植，係指病患的身體器官或組織因先天欠缺或後天疾病侵害，造成功能無法維持與正常運作時，透過醫療技術以釜底抽薪的方式，將第三人的健康器官取出，移植於病患體內，藉以挽救其生命<sup>18</sup>。活體情形，如將再生組織，血液、骨髓、組織幹細胞等，或因腎臟本有兩個，摘除其一，而尚不影響供體生存者。因此，活體器官移植的最大特點就是不能危及供體本身的生命，對其身體健康也不能造成過大的影響。不過，正因為活體移植本身會為健全供體的健康帶來必然損害，現實面上，除非是親屬間擁有特別的情感羈絆，否則，很難找到自願的供體。所以，

<sup>17</sup> 關於小腸移植，台灣每年約有超過 100 位短腸症或腸蠕動不良等小腸衰竭患者，世界上施行小腸移植總數已超過 2600 例。2011 年，我國亞東醫院成功執行 5 例小腸移植，脫離人體實驗階段，小腸移植終於成為台灣的常規手術，未來小腸將列入器官捐贈項目。目前可移植小腸仍以腦死病患捐贈為主，需要小腸移植的病人 60% 是兒童，3 歲以下的沒有腦死判定便無法捐贈，導致許多幼童等不到合適的小腸而死亡，留下遺憾。開放小腸捐贈後，可使器官的來源可以更加穩定。經過亞東醫院自 07 年成功移植的案例，使小腸移植的技術更上一層樓。5 位人體試驗的患者，有 3 例是因為短腸症，有兩例是因為腸蠕動不良，這五位病患從年齡最小的 8 歲 10 個月到年紀最大的 64 歲。在亞洲類似手術不多見，在日本與中國也僅有少數，以美國為例，移植後 1 年存活率達 9 成、5 年存活率也可達 6 成，可為末期小腸衰竭病患提供一線生機。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：2012 年 1 月 5 日)

<sup>18</sup> 曾淑瑜，論人體利用一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。

這類器官移植的來源目前仍是十分短缺<sup>19</sup>。

## 第二款 死體移植

死體移植主要是取出已死亡的供體中仍可運用的重要器官，例如眼角膜、心臟或肝腎等。死體移植本身由於供體來源已經沒有生命跡象，倫理爭議並非活體移植嚴重，除了某些國家地區的社會文化中，生者仍舊對亡者秉持特殊的尊重與敬意而有所排斥外，目前死體移植無疑就是器官移植來源的重要管道。尤其，多數移植醫學活絡的國家，醫界與法界皆有共識，對生命的界限，建立「腦死亡」的判別標準，目的就是為了在死體機能尚未全部喪失前，提早摘取可供移植的組織器官，為死體移植尋求更廣泛的運用空間。例如，在人腦死後，心臟未完全停止跳動前，就能做為移植供體，拯救更多的生命<sup>20</sup>。

## 第三項 人體器官移植的歷史演進

器官移植屬於新型態的尖端醫療行為的一環，移植醫學的歷史發展，必定就是伴隨近代工業科技的多面向發展而獲得快速演進。不過，早在遠古時期，世界各地古文明的發源區域，就記載許多當時醫者寄望運用器官移植醫治疾病的構想。換言之，雖然直到近代 20 世紀開端，器官移植的發展才算真正進入實踐階段，不過，人類自古以來對於移植技術治癒疾病的嚮往與思維，經過代代相傳與長時期的知識淬煉，則是奠定當前醫界能夠積極運用器官移植技術拯救生命的重要基石。

<sup>19</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>20</sup> 1967 年南非 Barnard 完成第一例心臟移植手術引起全世界注意，雖然這位病人沒有活得很久，可是要從一位心臟仍在跳動的病人身上取下這個移植心臟，就必須探討何謂死亡的定義，什麼又是腦死？隨後世界上很多心臟外科醫師的手術技術均沒有問題，然而因為排斥處理仍有困難使得移植手術中止一段時間。美國史丹佛大學 Shumway 使用經靜脈取移植心臟內膜下層心肌的切片檢查，發現早期診斷急性排斥給予抗淋巴球血清，可以使得存活率有所改善。1980 年代，這個手術就越加普及，同時腦死判定觀念的推動，也使得心臟的活性(Viability)可以維持，對於移植存活率也很重要。參照：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。

## 第一款 遠古—移植思維萌芽時期

遠古代的外科技術，免疫學觀念及藥物的療效不能和現代醫療相比，但器官移植人體治療疾病的思維，卻早在遠古時代就已經開始萌芽。四千多年前的古埃及人就希望能將掌管智慧的人腦移植到強壯獅子身上，創造人面獅身的形象。由此可知，人體器官移植方式來治癒疾病，一直都是人類長久以來的夢想。其實，人類欲將損傷的軀體，藉由組織器官替代置換來獲得治療的想法，無論是西方的神話傳說，還是在中國古代的文學作品中，都不難得到印證。

在西方，西元前 12 世紀，印度神話故事中講到 Shiva 神誤砍其子 Kumar 的頭，情急之下只好將一個犯禁的大象頭顱砍下，植於兒子的軀體，使之復活成為半人半神。大約在詩人荷馬時代產生的《舊約聖經》中講到：「我要給予你一顆新的心臟，賦予你新的靈魂，我要取出你的肉體裡的那顆石頭心，換成血肉之心」。在西元 1 世紀初，歐洲拜占庭時代，還流傳有聖徒 Cosmos 和 Domian 摘取一名埃塞俄比亞人死體的腿，替代至一個下肢潰爛的白人身上文獻記錄<sup>21</sup>。

在中國，大約西元前 430 年間，列子湯問篇曾經記載，中國春秋戰國時代（西元前 403—西元前 221 年）名醫扁鵲為兩位心臟陰陽失調的病患，互換心臟，這就是著名的神醫扁鵲為兩人互換心臟以治病的傳說，也是中國古文名地區首見的器官移植醫療文獻記載。另外，在較為近代時期，中國民清小說中，也有器官移植的故事，如明清時代言情小說《玉圍團》裡，將狗陽具移植於人以增強性能力的故事，清代蒲松齡的《聊齋誌異》中，盜麗人之頭移植於黃臉婆的故事等。當然，從上述小說與神話故事等歷史記載，雖然幾乎都是杜撰或無法透過科學考據其真實性的文字描述，但相對地卻實在的反映了古代人類對於器官移植的美好夢想<sup>22</sup>。

除此之外，早期較具可信度的移植文獻紀錄，就是外科史上，最早的正式器官移植手術記載。該記載見於西元 2 世紀希臘醫學教科書中，書中描述了西元 1 世紀時期，印度的外科醫生 Sushruta 利用病人本人手臂上取下的皮膚，來重整鼻子的皮膚移植手術。而這種植皮術實際上就是一種自體組織移植技術，與此後的異體組織移植術，成為現今異體器官移植手術

<sup>21</sup> 李伯璋，亡者施惠 患者受惠—移植醫學，科學發展 365 期，2003 年 5 月，頁 69。

<sup>22</sup> 李伯皇、胡瑞恆，認識器官移植，收於《大眾醫學叢書》，中正書局，1994 年 7 月，頁 6 以下。

的先驅。

## 第二款 近代—移植技術應用時期

器官移植從神話與理想變為現實，經歷了漫長的歷史演進，隨著血管吻合技術的成熟、低溫保存技術以及免疫抑制劑的開發利用，器官移植方步入當今的臨床應用階段。近代器官移植實驗開始於 18 世紀後期，有實驗外科之父之稱的 Hunter 醫生在人身上成功地替換了前磨牙。但器官移植真正得到認真研究並得以實用則 20 世紀後的事情。20 世紀初，由於現代生物科技的蓬勃發展與血管吻合術的進步，才開啓了外科醫生對器官移植的興趣，讓移植技術進入了臨床應用階段。1902 年，卡雷爾（A.Carrl）和古斯裏（C.Guthrie）發展了血管縫合技術，奠定了器官移植臨床技術的基礎。1905 年法國醫生 Carrel 則因突破血管吻合技術的瓶頸，對器官移植的貢獻而獲得諾貝爾獎<sup>23</sup>。

到了二次世界大戰時，為應因當年時空背景下的需求，移植研究型成一個強烈動機，在短短 50 年不到的時間內，器官移植技術就開始用超乎想像的速度進行成長。1936 年，前蘇聯科學家沃羅諾伊（Voronoy）為一位尿毒患者進行最早的人類同種腎臟移植，但由於對免疫排斥原理仍然一無所知，病人在術後僅存活了 48 小時即死去。之後，先後又有多位科學家進行了包括腎移植、皮膚移植等在內的多起器官移植，但均因未能有效解決免疫排斥的問題而宣告失敗。940 年代，皮特·梅達爾（Peter Medawar）在其同事弗蘭克·伯內特（Sir Frank Burnet）的幫助下，解釋了免疫系統發現及排斥外來組織的原理，為移植免疫學的發展奠定基礎，也使醫學家們找到以往器官移植屢屢失敗的根源所在<sup>24</sup>。

1953 年法國醫生，哈姆伯格（Hamburger）則首次完成活體親屬間腎臟移植，這枚腎臟發揮功能達 22 天之久。1954 年，人類醫學史上第一例同卵雙生子之間的腎移植在美國波士頓的一家醫院獲得成功。在此基礎上，同年，美國哈佛大學科學家莫里（Murray）在一對同卵雙生的雙胞胎間，成功完成人類史上第一例能長期存活的腎移植手術，開啓人類器官移植先河，他們也於 1990 年獲得諾貝爾醫學獎的榮譽<sup>25</sup>。1959 年，莫里和哈

<sup>23</sup> 馮建妹，現代醫學與法律研究，南京大學出版社，1994，頁 262 以下。

<sup>24</sup> 李伯璋，註 21 文，頁 69。

<sup>25</sup> Thomas E.Starzl 著，林哲男譯，拼圖人——一個器官移植外科醫師的回憶錄，望春風，2007 年 11 月，頁 99 以下。

姆伯格各自採用全身大劑量放射線照射抑制異體排斥反應的方法，使非同卵雙胞胎間的腎臟移植手術也能獲得成功<sup>26</sup>。

1960 年代之後，醫學界又陸續開展了包括肝移植、肺移植、心臟移植、小腸移植、胰腺移植等在內的各種同種器官移植。1963 年美國匹茲堡大學的一位器官移植專家史達策 (T.Starzi) 做了第一例常位肝移植<sup>27</sup>。1967 年，南非醫生巴納德經過 5 個小時的手術，成功地將因車禍死亡的 25 歲青年的心臟移入 55 歲的病患體內，儘管病人於 18 天后死亡，但這一首例心臟移植手術立即轟動了整個世界。1978 年，新一代免疫抑制劑環孢素問世，使臨床人類同種器官移植的效果迅速提高。1989 年 12 月 3 日，世界首例肝心腎移植成功。這一天，美國匹茲堡大學的史達策，經過 21 個半小時的努力，成功地為一名患者進行了世界首例心臟、肝臟和腎臟多器官移植手術<sup>28</sup>，1990 年代以後，移植學出現突破性進展，無論是存活率、移植數目、開展器官移植的單位數量等都大幅增長，器官移植正日益成為常規手術。至今，器官移植作為一種綜合性的醫療手段，在世界各國都得到了普遍應用<sup>29</sup>。

## 第四項 人體器官移植手術的醫療效益

從 20 世紀緩緩邁入 21 世紀，移植醫學作為一門獨立的尖端學科，歷經坎坷，才達到了今日的臨床應用階段，給予了成千上萬的各式終末期患者有重獲新生的機會。移植醫學可以稱是本世紀醫學奇蹟之一，並且不斷向其它醫學領域擴展和挑戰。總歸來說，移植技術對於醫學上的醫療效益大致可分作以下二分面進行說明。

### 第一款 周邊醫療知識技術的提升

身為當代最受關注的尖端醫療技術，移植醫學的衍生與發展，不能純

<sup>26</sup> 張漢民，從管理的觀點探討人體器官移植條例的問題，國立陽明大學醫務管理研究所碩士論文，2003 年，頁 10。

<sup>27</sup> 最早在 1963 年首次獲得肝移植成功的初期，由於免疫排斥反應不能得到很好地解決，其存活率極低，一年存活率僅為 30%，因此活體肝移植其結果是兩敗俱傷，如今免疫排斥逐漸得到控制，外科手術進一步改進，所以情況有了較大的變化。由於這一技術的改進，使得現代移植醫學研究的成果用於臨床後不斷獲得成功。參照：Thomas E.Starzl 著，林哲男譯，註 25 書，頁 27 以下。

<sup>28</sup> Thomas E.Starzl 著，林哲男譯，註 25 書，頁 17 以下。

<sup>29</sup> 劉長秋，註 3 書，頁 5-6。

粹僅視爲一種外科臨床技藝的成熟象徵，移植醫學尚須透過不同醫學領域的研究與幫助，才能爲醫學發展帶來劃時代的非凡成就。換言之，移植醫學是一門需要多種臨床醫學科技知識整合輔助的外科技術，臨床上，包括術前的內科評估、檢驗到醫學理論與實驗的配合等。因此，當移植技術獲得突破性的進展時，自然也就代表周邊醫療研究的共同突破。

例如，隨著移植醫學的進步，醫學上也發現人類及各種常用實驗動物的主要組織相容性抗原系統，並明確主要組織相容性複合物（MHC）爲移植治療的基本障礙；同時建立與應用各種顯微外科移植動物模型。最重要的是，對於抑制免疫系統排斥作用的醫學科技，從免疫抑制劑的開發到臨床應用，從細胞水準到亞細胞水準，直到 DNA 水準的不斷深入的基礎研究，爲揭示排斥機理、尋求用藥對策打下了基礎，使器官移植得以成爲穩定的常規治療手段<sup>30</sup>。另外，移植醫學也帶動了基因治療領域的發展與應用，有可能預示採用複製技術開發無抗原性生物器官替代物的興起。曾有人提出移植學的最終出路在於免疫耐受和異種移植，而現在則有傾向認爲生物工程器官更有可能一箭雙雕<sup>31</sup>。

## 第二款 身體健康經濟效益的提升

人體器官移植是一項極其複雜的外科手術，涉及許多專業領域的學問，如分子生物學、生物物理學、免疫學、外科手術學等。另外，人體器官移植還會受到許多外在因素的制約，如供體來源、病理排斥反應等尚待解決的問題。前者所牽動的是人民對倫理道德意識與觀念的價值判斷，該如何解決，往往成爲立法規範所要關注的核心議題，也是本文主要欲深入探討的範圍；相對的，後者就較爲單純，純粹是在醫學研究領域中，思考如何爲器官移植手術帶來更進一步的革新。

不過，暫且不論上述問題，就積極正面的意義來說，器官移植技術的純熟，除能拯救許多使得傳統醫療技術束手無策的病患生命外，亦讓當前世界各國在有限的醫療資源中，發揮了最大的成本效益。以腎臟移植爲例，腎臟疾病的患者，嚴重者往往必須定期入院進行洗腎來維繫身體機能的正常運作，由於這類的醫療費用相對昂貴，雖然我國有全民健保制度的完善保障，尚能透過社會共濟與分散醫療風險的理念方式，勉強爲該等病

<sup>30</sup> 李凡、賴彬卿、黃秋錦，基因治療與器官移植，腎臟與透析第 15 卷 3 期，2003 年 8 月，頁 101 以下。

<sup>31</sup> 張高評，異體複合性組織移植與其耐受性，台灣醫界第 48 卷第 8 期，2005 年 8 月，頁 25。

患提供足夠的經濟奧援。不過，相較於維持腎功能衰竭病患所需要的昂貴洗腎醫療費用，若能透過腎臟器官移植手術的方式，根治病患的病情，移植費用相對的就經濟許多，除能降低醫療資源的耗損外，移植的結果，也使病患不需繼續洗腎，回復其正常的工作與生活，讓醫療同時兼顧病患的生命質量<sup>32</sup>。

1985 年，美國國家衛生研究所曾對器官移植的經濟與社會效益作出一連串深入的統計與研究，最後結論就對於器官移植作出了如此的評價：「雖然國家為器官移植花費巨大，但與過去對腦死亡者盲目無效地維持生命，所付出高達數億美元的巨額耗費相比，卻又顯得十分經濟實惠。通過器官移植，全美已有約 7 萬人受益，其中為青壯年者，移植後繼續為社會創造財富，對社會貢獻的意義是顯而易見的<sup>33</sup>。」

## 第四節 人體器官移植的困境與弊端

當人體器官移植手術從 20 世紀以降，逐漸成為人類挽救生命與健康所倚重的醫療行為形式時，同時，手術的實踐，也突顯出很多社會結構與醫療資源分配的難題。最主要的就是，當移植手術的進展與成功率逐年提升，增添更多得供移植的器官種類，相對的，器官來源管道與數量不足的趨勢，自然就是眾人所關注的焦點。以下本文先就單純醫療發展的角度介紹人體器官之現狀與未來，再從現實面上對人體器官移植的來源不足的困境做出說明；同時，進一步提出來源不足所衍生的社會侵害及更深層的倫理弊端。希望能藉此現象面的探討，點出法制規範的正確方向。

### 第一項 人體器官移植的現狀與未來

#### 第一款 人體器官移植的現況

隨著科技日新月異，器官移植經過 20 世紀以來的發展，已經成為醫療治癒衰竭器官的主要方式，帶給許多有病患重生的希望。目前，器官移植

<sup>32</sup> 林彥岑、翁麗雀、江仰仁、韓慧美、潘麗慧，腎臟移植病人的生活品質及影響因素之探討，長庚護理 21 卷 1 期，2010 年 3 月，頁 1 以下。

<sup>33</sup> 吳崇其、主編：衛生法學，法律出版社，1999 年，488 頁；斯科特·伯裏斯、申衛星，中國衛生法前沿問題研究，北京大學出版社，2005 年 6 月，頁 186。

醫學仍在快速發展，其基礎理論每三年就會更新一次，臨床技術也日漸提升。在十幾年腎臟移植還是少數醫院可以做的高難度手術，現在已逐漸成為普遍性的常規手術。目前，器官移植手術隨著外科技術、免疫藥物、器官和細胞保存技術及移植免疫基礎醫學的迅速發展，已經成為器官功能衰竭末期的最終有效、常規性的治療手段。特別在發展中國家已成為醫學領域的一門新科學，取得了豐碩的進展。

直到 20 世紀末，全世界已實施同種腎臟移植 447182 次、215 個肝移植醫療中心進行了 62502 例肝移植，僅次於腎臟移植數量，且手術一年後存活率達 90%，五年存活率多餘 70%，最長存活者已達 28 年。另外，胰腎移植已近萬例，美國每年實施胰腎聯合移植千例以上，一年存活率大於 80%。全球心臟移植已達 48511 例，單肺移植 5347 例，雙肺移植 3571 例，心肺移植 2510 例。當移植醫學進入 21 世紀，器官移植已是外科領域發展的重點，並獲得進一步普及常規化，成為獨立醫療專業學科，繼續挽救人類的生命健康<sup>34</sup>。

## 第二款 移植醫學的未來演變

器官移植手術的成就，展現了人類的智慧與醫療科技的日新月異，為人類戰勝人體疑難雜症創造了一帖靈藥。器官移植術的發展讓許多本來已無可救藥，頻臨死亡的病患得以回復健康，獲得繼續開展高品質生活的希望與可能，充分體現醫學治療疾病，拯救人類生命的崇高精神。雖然沒有人知道移植醫學會發展到怎樣的境界，然而目前透過人體器官移植的醫學困境為指導方向，可預測會朝向下列幾個目標邁進：1.新的抗排斥藥物的發現；2.暫時性人工器官維持生命以等待器官移植的機會；3.發展新的手術形式或保存器官的技術應用；4.如何減少病人本身的抗原排斥反應而更能接受移植器官；5.關於異種器官的移植積極發展；6.醫學的進步使更少的病人需要接受移植手術；7.最終目的在於如何使這類需要接受器官移植的疾病能透過醫學用藥或各項措施來加以預防<sup>35</sup>。

由上述可知，人體器官移植手術中，供體器官的短缺是當前必需面對的問題，不少國家由於面對此類新興的尖端醫療行為，尚未蔚成風氣，不少罹患有末期器官衰竭的患者，在等待尋找合適器官當中死亡，所以同種

<sup>34</sup> 國內外器官移植現狀，新華網：[http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/newscenter/2002-04/26/content\\_373671.htm](http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/newscenter/2002-04/26/content_373671.htm)（最後瀏覽日期：2012 年 1 月 25 日）

<sup>35</sup> 劉長秋，註 3 書，頁 4 以下。

（人類）器官供應完全失衡，器官短缺的情況非常嚴重，於是器官移植學家無論在過去或未來，都在不斷的探討如何使用異種動物器官、人工器官的積極研發、甚至透過基因複製技術，嘗試複製出符合患者需求的原生器官等，藉以作為人類移植器官的有效替代來源，以便解決人類器官極端短缺之現象，且擴大急救更多末期器官衰竭的病患，造福社會衛生福利<sup>36</sup>。換言之，對於器官替代方案的找尋以及受體排斥抗原的應對，二者同時都是器官移植醫學未來必須繼續努力的重要目標。

## 第二項 人體器官來源不足是主要困境

人體器官來源不足，是目前器官移植面臨的首要問題，本文以下藉由近年來器官移植大國的主要統計，從數字中呈現人體器官來源供不應求的失衡狀況，再從社會現象中深入供體器官者與家屬的心理，以及從法制層面的檢討，說明形成此項困境的主要原因。

### 第一款 現狀統計

由於醫療技術的不斷進步，器官移植的種類越來越多，成功率與存活率亦越趨升高，許多瀕臨死亡的患者可以透過器官移植手術來延續生命。以就目前醫療科技而言，同種異體移植是較無風險的移植技術，因此，人體器官做為移植供體，至今已成為器官移植醫學的主流形式，同時，也逐漸成為目前各國醫療公認普遍安全有效的正規手術。然而，器官移植手術的成功進行，卻是以合適的供體器官來源做為前提。最符合醫學移植適應性的供體來源，應該是從活人身上摘取的活體器官，不過，基於器官移植醫療水平的提升，研究出更多種能接受移植的器官類型，如對於死體的心臟、肺及眼角膜等亦可摘除成為器官來源，挽救了更多本無治癒可能的疾病，寬廣了病患的希望。

尖端醫療技術的施展，猶如開啓潘朵拉的盒子。在各國現實醫療移植現場中，無論是活體器官或死體器官移植手術的進行，都會遇到一個難以克服的困境，就是供體器官的嚴重缺乏。簡單來說，器官供體無論是活體或死體，本質上都須由第三者的犧牲，才有機會取得。願意提供器官者往往甚少，而藉由移植技術進步，重燃新生願望患者數量又在逐年增長。此

<sup>36</sup> 杜清富、戴浩志、楊天樹等，豬隻基因改造在異種移植之應用，台灣醫學 13 卷 3 期，2009 年 4 月，頁 298 以下。

時，供體器官已遠遠無法滿足器官移植發展的實際需求，使得多數病患都在等待合適供體器官的漫長痛苦過程中死亡。

誠然，器官來源多寡除了攸關待移植患者殘存生命的維繫，間接也往往左右一個國家臨床器官移植發展的水平。據文獻資料顯示，當前全球自願捐贈器官的供體與等待接受移植的受體比例是一比十，每年都有幾萬甚至幾十萬的病人在等待器官移植的過程中死亡，而只有不到三分之一的患者有幸得以接受移植手術<sup>37</sup>，同時，每年需要接受器官移植的患者卻是以15%的速度在增加。以我國為例，我國2006年，登錄器官捐贈中心等待心臟移植的患者有119人，接受移植者為70人；等待腎臟移植者有6253人，接受移植者卻僅有294人。兩者數值除了個別顯示出器官移植件數偏低的情況，兩者間差異倍數從腎臟的21.3倍來看，此懸殊的差異也表明我國主要透過洗腎延長生命的病患眾多，造成移植等候人數不斷累加<sup>38</sup>。

另外，對於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 的統計，截至2010年五月下旬，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年以上才能得到。美國腎臟學會的診療雜誌2009年發表的一篇研究論文估計，在等候腎臟移植的60歲以上病人中，將有46%等不到做手術的那天。例如，在2007年，接受腎移植的美國人有16500人，而在等待中辭世者則將近5000人<sup>39</sup>。就移植手術頻繁的中國而言，受自願捐獻器官人數稀少等因素影響，中國器官移植供需矛盾日益突出，器官需求缺口日益增大。目前，全國每年約有150萬患者需要器官移植，但每年器官移植手術僅有1.1萬例左右，還不到1%。供體短缺嚴重制約了中國器官移植醫學的發展，也衍生了很多社會問題。以腎移植治療尿毒症為例，目前中國每年新發尿毒症病例約總人數的萬分之一，由於器官短缺中國每年能進行的腎移植例數約1萬例，也就是不到百分之一的尿毒症患者能從中受益，許多尿毒症患者因得不到有效治療而喪失生命<sup>40</sup>。

最後，回到我國觀察，對於國內捐贈器官的人數，如同國際現況，遠遠不如等待器官移植的病患人數，據統計，目前國內每年平均約有7000

<sup>37</sup> 劉長秋，註3書，頁7。

<sup>38</sup> 參照：2007年社會指標統計年報（SOCIAL INDICATORS），行政院主計處，2008年7月，頁39以下。

<sup>39</sup> UNOS (United Network of Organ Sharing) : <http://www.unos.org/donation/index.php?topc=data> (最後瀏覽日期：2011年12月30日)

<sup>40</sup> 中國器官移植供體短缺 僅有不到1%的患者完成手術，人民網：<http://health.people.com.cn/BIG5/11552680.html> (最後瀏覽日期：2012年1月10日)

人在等待器官進行移植，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<sup>41</sup>。直到 2012 年 1 月初，我國有效等候接受器官移植病人總數已達 7711 人，包括心臟 138 人、肺臟 22 人、肝臟 1051 人、腎臟 5971 人、胰臟 75 人、眼角膜 518 人等。由此可知，人體器官來源不足已成為全世界移植醫療面臨的共同問題。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。

## 第二款 主要成因

如同上述，凡是移植技術發展先進的國家，普遍存有器官短缺的問題。從統計資料可以發現，人體器官供顯然供不應求的因素，除了是移植技術的發明與應用，無形中挖掘擴展出可被稱「治癒」的廣大病患族群；人民對於此項醫療科技的態度、配套措施的應對是否充足等，也是目前器官供體不足的重要因素。

### 第一目 倫理道德的制約

人類一旦持續器官移植技術的發展，就無法迴避倫理衝突和道德價值選擇的討論。在影響器官移植供體數量的諸多因素中，醫療倫理與傳統道德觀念同時扮演很重要的角色。活體器官為供體時，實施器官移植的器官，除了可經再生的血液、骨髓或腎肝等，若取其中之一，尚難對身體健康造成實質損害；其餘包括心臟、肺等器官，一旦自活體中取走，供體的生命就會無以為繼。因此，這類無法替代的器官僅能取自死亡的死體。換言之，與一般醫療行為沒有不同的是，器官移植同樣屬於現代醫學常規使用的醫療技術，目的是為拯救更多從前無法挽回的生命與健康。這要的觀念也代表一個很簡單，同時也很重要的倫理宣示，就是醫療是為人類生命延續服務的基本價值。當進行活體器官移植時，一旦摘取供體的活體心臟作為移植器官，就如同犧牲一個人的生命去換取另一個人的生命延續，這樣的醫療行為，不但沒有任何價值，甚至背離了生命延續的任務。在醫療倫理目的性的限制下，目前活體提供移植的類型有限，相當程度上自然就

<sup>41</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）

會削減器官來源的管道<sup>42</sup>。

另外，就是死體移植方面，人死後能否願意捐贈器官，往往會受各國社會文化、倫理道德觀念的制約。西方國家相較東方秉持的是較開放的態度，尤其是歐洲或美洲地區，願意在死後捐贈器官的意願較為踴躍<sup>43</sup>。相對的在亞洲諸國，往往對於器官捐贈會有積極意願的人數並不多見。這種現象與東方既有的倫理道德觀念有很大的關連。由於受到傳統文化背景、思想觀念及倫理道德觀的影響，東方人在器官移植普遍總是秉持相當保守的態度，具體的民間信仰，都會對人民產生一些傳統觀念的阻礙或壓力，而影響其是否願意於死後捐贈器官。

尤其，民間信仰是一種生活實踐，它沒有一個系統化的教義為本，縱然有，大多數的信徒也不甚了解，只有一些籠統朦朧的觀念認知。舉例來說，多數道德關與民間信仰皆認為「身體髮膚受之父母，不敢毀傷，孝之始也」、「生要完膚，死要厚葬，全屍去見列祖列宗」及宗教輪迴觀等傳統觀念，把器官移植視為喪失天良。此種維持「全屍」的堅持與重要性，如同習以為常的祭典儀式在人民的生活與腦海中不斷暗示與實踐，而正因此等觀念，普遍東方社會人民對死體器官捐贈所提供的支持是較少的<sup>44</sup>。

## 第二目 親屬情感的落差

如同上述可知，目前重要器官的移植，囿於器官功能與數量的侷限性，一般都須摘取自死體。不過，死體移植的場合，供體普遍是在突發意外情境下過世，生前往往都未曾明確表示死後是否願意捐贈器官；因此，死體器官是否得提供移植的前提，通常就須由身旁最近親屬來決定。在此情況下，一邊是剛剛意外死亡的親人，一邊是急需器官等待救助的患者，究竟是否應捐出親人遺體中的某個器官，還是保護屍骨未寒親人的遺體，這是家屬所面臨的倫理衝突和道德問題，兩者難以選擇。特別是在東方多數國家，親屬間的彼此關係較為親密，雖然人們多少能在理想上清楚認知，死體捐贈遺愛人間是一種高尚可敬的大愛行爲，但面對親人來說，屍骨未寒前又要受到手術刀的凌遲，無論是道德或情感上一時之間仍是很難接受

<sup>42</sup> 例如，允許活體肝臟移植的前提，就是摘取部份肝臟的手術，結果並不會為供體健康帶來過度的損害。參照：翁麗雀、黃秀梨、張嘉玲、郭梅珍，活體肝臟移植的決策經驗，護理雜誌 56 卷 4 期，2009 年 8 月，頁 90 以下。

<sup>43</sup> 康均心，註 12 書，頁 586。

<sup>44</sup> 黃妹文，器官捐贈家屬的決策經驗，陸洛博士指導，高雄醫學大學健康科學院行為科學研究所碩士論文，頁 45 以下。

的，認為這是對親人尊嚴的褻瀆與損害<sup>45</sup>。

據研究指出，一般人在面對親人死亡時，常會感受到一股深度的痛苦與沮喪，對外在世界失去了興趣，失去愛的感知能力，拒絕一切活動；尤其，器官捐贈者多是意外死亡且以 15 青少年居多。失去孩子的父母，在面對孩子死亡時常會產生罪惡感，父母眼看自己投注大量心血所培育的孩子，即將走過青澀，展現對生活的理想與計劃，但死亡卻剝奪了所有的可能與機會，父母因而最容易產生憤怒與不公平的情緒。許多父母在歷經孩子的死亡後，因過度悲傷以致封閉自己的世界不對外聯繫，這種溝通上的切斷可持續數天到幾個月，甚至更久<sup>46</sup>。當潛在的器官供體死亡時，親屬必定處在上述震驚和悲傷之中，他們很難有充裕的時間作出正確的選擇，也沒有心情去回答醫務人員關於是否允許摘取器官的詢問。許多醫務人員也不願意在忙碌的醫院走廊裏向陷於悲傷中的親屬詢問捐獻器官的問題，因為這畢竟不是一件令人愉快的事情，如此自然就會阻礙死體器官的來源管道。

在美國，專家曾針對 400 個家庭做捐贈親人器官意願之調查研究發現，家屬拒絕捐贈最大的理由是：「未釐清死者生前意願」。在西班牙，有學者對於不同醫院的 618 個家庭進行器官捐贈意願會談，會談結論發現，家屬拒絕的原因順序為：1.死者生前拒絕；2.家庭成員的拒絕；3.醫院系統的問題；4.缺乏對腦死的了解；5.心理意象及身體完整的問題；6.未知死者生前意願；7.社會經濟問題；8.宗教問題；9.自我肯定；10.希望運回遺體<sup>47</sup>。由此可知，家屬因各項因素所形成的情感障礙，往往會是拒絕捐贈的重要原因之一。

### 第三目 分配制度的缺失

由於器官移植的技術性問題，隨著應用純熟，已不再是移植領域的發展障礙，相反的，現況面上器官來源供應不足才是討論焦點。除了礙於器官提供者本身心理因素的障礙，面對逐漸增加的移植需求，如何對於此種有限的醫療資源，進行公平有效益的合理分配，這是解決目前問題的重要思考。

<sup>45</sup> 黃姝文、陸洛，遺愛人間：器官捐贈家屬之決策歷程，應用心理研究第 28 期，2005 年（冬），166 以下。

<sup>46</sup> 黃姝文、陸洛，同前註，172 以下。

<sup>47</sup> 黃姝文，註 44 文，頁 23 以下。

為求器官來源穩定，各國都會透過法律制度的制定來試圖建立一套公正與有效益的遊戲規則。例如，歐美等先進國家到亞洲區的我國<sup>48</sup>，都有立法授權民間機構建置一套器官勸募系統，如利用網路資訊的交互流通，希望能集中統籌計算各地的器官需求，達到分配上的最大效益。因此，長遠來看，試圖建立合理有效率的器官分配機制，才是根本解決人體器官來源不足的釜底抽薪之計。否則，若讓各醫學院所各自為政，有移植器官需要的人只能各憑本事去尋找獲得器官的來源，反將導致時間延宕，所求無門的窘境。

不過，觀察目前各國的法制現況，器官分配仍有受到相當程度的限制。例如，就活體器官取得來說，為防止器官買賣行為的孳生，我國目前針對活體間的器官移植，是立法禁止五等親外的器官提供者參與移植。換言之，現行活體器官捐贈的做法是，若家族中「五親等內」血親中，有人需要器官，也有人願活體捐贈，經組織配對成功，便可合法進行移植手術，但若配對不合，受贈者就失去移植的機會<sup>49</sup>。這樣的限制，等同直接否決了部分活體器官的提供管道，降低器官來源的取得。因此，我國衛生署目前已參考歐美部分地區做法<sup>50</sup>，正考慮研議開放兩個非血親家族可以跨家族配對活體移植的可行性，以提升器官移植率，也就是未來活體器官來源可比現行更多，不過，仍有倫理上的考量，與漫長的修法之路<sup>51</sup>。

在死體器官移植方面，各國規定差別較大的是對利用腦死亡者器官行為的處理，以及死體器官提供的方式。就腦死來說，依據醫學臨床實驗統計，在還有心跳的時候，器官仍須供血，如果這時將器官取出，移植效果最好；但如果等心跳停止再進行移植的話，器官品質就會大大扣分，甚至無法作為移植用的提供器官。由於受文化、習俗等諸多因素的影響，各個國家和地區對腦死亡的認同和接受程度大不相同，有些國家制定了專為國內適用的腦死判定法（如美國、台灣等），明文規定腦死亡為人的死亡標

<sup>48</sup> 如同美國透過國家器官移植法(National Organ Transplant Act)所建立的統一分配器官移植的單位，包括器官仲介組織(organ procurement organizations, OPOs)以及單一的器官仲介及移植網路(Organ Procurement and Transplantation Network, OPTN)。

<sup>49</sup> 我國人體器官移植條例第 8 條第 1 項第 2 款規定，醫院自活體摘取器官施行移植手術，應注意捐贈者的生命安全，並移植於其五親等以內的血親或配偶為限。

<sup>50</sup> 為擴大活體器官來源，美國從 1971 年開始就有實施所謂的「非定向捐贈政策」，捐贈手術可在任何人之間進行，不受親等關係之限制，包括朋友、鄰居，甚至是陌生人都可成為捐贈來源主體。所謂的「非定向捐贈」，是指捐贈者自願將器官捐贈給非親屬關係的陌生人。參照：昌盛、陳忠華、杜敦峰、周鴻敏、陳必成，2003 年美國器官移植學會年會學術報導，中華器官移植雜誌 25 卷 2 期，頁 123。

<sup>51</sup> 活體器官捐贈來源 衛署擬修法開放跨家族配對，NOWnews 今日新聞網：<http://www.nownews.com/2011/10/19/91-2750623.htm#ixzz1kq6CNuFX>（最後瀏覽日期：2011 年 12 月 19 日）

準，有些國家雖未制定腦死亡法（如中國<sup>52</sup>），但也默許醫學臨床實踐中對腦死亡判定操作，而有些國家則不認可腦死亡。摘除死體器官的前提，必須取得生者同意。若生前未有明確自願捐贈的意思表示，例如填寫志願卡，履行登記，臨終遺囑等，囿於無法任意摘除死後死體中的器官，亦將導致許多潛在的器官提供來源遭到遏止<sup>53</sup>。

### 第三項 人體器官供體不足所衍生弊端

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患者的目的造成阻礙，更嚴重的是，由於器官的來源目前仍以人體為首要，在供不應求的情況下，多數患者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以及不法現象的滋生。目前典型體制外取得人體器官的管道，就是透過醫療旅遊的方式，到第三國尋找需求器官，其中又多是利用金權的交易方式，將器官做為商品，私下售受。接著就自然地衍生出為求利益的賣家，採用各種犯罪方式，如強奪，利誘弱勢人民，從其身體摘取器官，甚至對於死刑犯的死體，也常是在未經其同意下，恣意摘取，藉以換得更多器官商品，販賣獲取利益。

#### 第一款 移植旅遊

所謂的器官移植旅遊，是器官供體不足所衍生的特殊現象。簡單來說，是指因為各種因素，尋找不到合適配對器官或遭到法令諸多限制，多數等待器官捐贈的病患，面對遙遙無期的時間磨難，遂透過仲介或各種關係，前往境外尋找合適的器官進行移植手術。普遍來說，這樣的現象多發生在富有的先進國家，患者為挽救生命恢復健康，利用自身的權勢與財富，突破重重限制達到目的。早於 20 年前，器官移植旅遊在歐洲國家間就頗具盛行，當時，一些有權有勢的患者，多是前往印度、巴基斯坦以及東南亞等國，他們主要就是藉助旅遊的名義，從當地貧窮的器官捐獻者身上取得器官，接受移植。

<sup>52</sup> 隨著大陸漁 2007 年制定了全國統一規範人體器官移植行為的《人體器官移植條例》後，中國器官移植法律制度已基本成型。觀察該條例內容，不可否認的是仍有諸多方面缺乏細緻規定，對諸如腦死亡、器官移植協調機制、補償措施等敏感問題的規定仍屬空白。

<sup>53</sup> 有推行腦死捐贈的國家，作為提升效益的配套，往往努力推廣生前註記腦死後自願捐贈器官的方式，例如在我國，目前是在健保卡上或是透過公益性質的器官勸募中心網路登記（財團法人器官移植捐贈登錄中心），作為腦死後得立即摘取身上器官的同意依據。

在亞洲先進國家中，日本也是器官旅遊的大國。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，不過，一般而言，有需要器官移植的日本患者大多仍會設法前往中國、菲律賓、越南等國家尋求器官移植的可能性。我國近年來，雖然政府不斷宣導器官移植旅遊有違反法令的問題，但特別是長期透過洗腎輔助維繫生命的患者，前往對岸尋求合適腎臟的意願依然非常踴躍。據了解，我國每年平均就有數百位洗腎患者前往大陸接受腎臟移植，統計資料亦顯示，台灣移植醫學學會在國內統計分析 27 家移植醫院，從 1999 年至 2008 年中，共 4242 位接受腎臟移植的資料，其中就有 2133 位患者是在境外接受移植<sup>54</sup>。

器官移植旅遊本身若有合法管道，如國際性器官整合系統的建構，可能不會產生太大的爭議。不過，就目前來說，當各國皆須面對國內器官不足的困境時，很難想像會有多餘的器官分配給國外等後移植者。因此，器官移植旅遊的背後，往往潛藏著很多倫理道德的爭議及不法情事存在。例如，多數醫療水平先進的國家人民至醫療品質較為落後的國家接受移植，由於移植技術良莠不齊，加上器官來源不明，未經檢驗品質等問題，往往手術結果不盡人意，甚至對病情更是雪上加霜<sup>55</sup>。另外，器官移植旅遊，包括旅費、醫療費用、器官取得和仲介費用等一般都需要耗費龐大金額，這同時表示移植器官的取得必定潛在非法買賣的可能性。

## 第二款 黑市買賣

人體器官移植技術為人的生命與健康創造了嶄新的延續方式，對於病入膏肓亟欲接受器官替換的患者而言，寶貴的生命是可以竭盡所能爭取的。不過，目前世界各國都將面臨人體器官供體嚴重缺乏的問題，對於患者來說，此時健康的器官若與生命延續的價值相互衡量，結果自然就是無論付出多少代價，都希望能順利取得器官，換取生命的延續。在一個極度缺乏供體器官的醫療資源市場中，自然衍生一種體制外的市場機制，針對病患人性的弱點，以提供器官救命的誘因，換取大量的金錢利益，一個器

<sup>54</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>55</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。

官黑市買賣的現象觀就此形成<sup>56</sup>。

所謂的器官黑市買賣，交易的兩方分別是，有賴器官移植的買方（現實上器官買方多為富裕國家人民），在等待體制內合法器官管道時，受死亡恐懼左右，遂欲透過金錢換取他人器官延續生命；賣方則較多樣，買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「一線生機」。而這些器官中又以腎臟買賣最為多見。由於正常人體有兩個腎臟，只需一個腎臟便可維持基本的生命功能，又不會留有嚴重的後遺症，對生活不致造成太大影響，相對的，病患只需移入一個健康的腎臟便能重獲健康，因此經濟落後國家的民眾出售一個腎臟以換取生活費用已不足為奇<sup>57</sup>。

近年來，人體器官移植中的黑市商業化傾向越來越令人擔憂。美國某些外科醫生受富有的病人之托，到巴西去物色身體健康的兒童，在付給其貧窮父母一筆錢之後，便可進行摘取兒童身體器官的手術。在非洲，有成百上千的窮人孩子器官被移植出售；在墨西哥，每年約有兩萬名兒童被賣到美國，其中就有一部分成了人體器官黑市的犧牲品。在法國，需要移植器官的病人與非法器官買賣組織接洽，條件一經談妥，醫生就會為病人安排一次到非洲或墨西哥的度假。上述的「器官移植旅遊」普遍就是透過黑市器官販賣業者，購買取得器官進行移植手術<sup>58</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，包括窮人、監獄的死刑犯、綁架或謀殺等受害者、急需用錢者、被家屬代為決定賣出器官的昏迷的病患、精神病患、兒童、婦女、遊民、意外身故者等喪失身體自主意識和生命自主權的人。另外，器官黑市上出售的器官，遠較自願捐獻的品質低落，出賣者或仲介者常只為獲得利益而隱瞞自己或供體的病史和遺傳史，結果將疾病傳染給接受器官移植的人。同時，器官市場加劇了兩極分化，有錢人可以任意購買器官，享受器官移植的好處，而窮人則為生活所迫出售自己和親屬的器官，不可能做到真正的自願同意。直到目前除了伊朗是唯一可合法販賣腎臟的國家之外，器官買賣在各國多不合法，在器官取得不易的情況下，致

<sup>56</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>57</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。

<sup>58</sup> 跨國人體器官買賣揭黑：謝謝你買了我的腎，鳳凰網：[http://big5.ifeng.com/gate/big5/news.ifeng.com/world/detail\\_2010\\_05/06/1490294\\_0.shtml](http://big5.ifeng.com/gate/big5/news.ifeng.com/world/detail_2010_05/06/1490294_0.shtml)（最後瀏覽日期：2011年11月5日）

使器官買賣交易轉為地下黑市買賣，甚至成為國際性犯罪問題<sup>59</sup>。

### 第三款 滋生犯罪

如上所述，由於人體器官移植供體嚴重匱乏，在無法通過正當途徑取得需要器官的情況下，為及時挽救親人或是自己的生命，衍生利用金錢高額賄賂買通醫務人員，或乾脆直接要求金錢來購買他人器官，在強大的市場需求與利潤的交互影響與刺激下，不肖集團或私人開始利用各式各樣的非法手段來獲得器官，例如，一些以摘取他人器官為目的的暴力犯罪在世界上很多地區都有越演越烈的趨勢。器官非法買賣和器官黑市屢禁不止，似乎器官移植技術的進步是一些罪惡行為的源泉<sup>60</sup>。

所以，器官移植自誕生以來，尤其近些年來對器官移植存在反對立場的一方，指出許多西方國家買賣器官殺人等現象，甚至出現所謂「器官市場」、「眼銀行」、「腎銀行」等。有些商人為了賺錢，收取患者的錢，致第三世界的國家收買器官。而這些貧窮國家的人民，由於生活所迫，為錢出賣自己的器官。雙方都看重錢，很可能忽視了器官的質量，從而也會影響到器官移植的成功率與接受器官移植者的安全。在這種背景下，器官移植活動中，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，如在大陸各地近年就曾發生許多令人匪夷所思的案件，如北京曾發生的「眼球丟失案」、在瀋陽的「竊取骨髓案」，以及河北的「行唐案件」等。這些案件的發生已對該國刑事法帶來了新的挑戰，也顯示出人體器官移植高速發展的背後，潛藏了巨大的犯罪風險與危機<sup>61</sup>。

## 第五節 小結

綜觀人類發展的歷史，就是一部發揮智慧、不斷戰勝客觀自然逆境的生物發展史。自人類誕生時，就一直面對生老病死的傷病困擾，為此，人類在生活實踐中研發出各種藥物，創造各種醫術，大幅提升人類戰勝疾病

<sup>59</sup> 我國為避免醫事人員違背醫學倫理，非法仲介境外器官移植，衛生署醫學倫理委員會宣示，如果醫師涉及其中行為，將移送懲戒。包括，不得直接聯絡境外器官移植機構，並仲介病人至該境外機構接受器官移植；也不得親自帶病人赴境外進行器官移植並收取酬勞。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：2011年7月25日）

<sup>60</sup> 康均心，註12書，頁590以下。

<sup>61</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182-183。

的能力。工業革命後，世界各國的社會中，無論市民工商領域，都進入了嶄新高速的發展時期，此時新興國家的社會醫療水平，為呼應社會人民對健康與公衛品質的需求，醫療科技技術亦隨之快速發展。當時多種的尖端醫療措施，從長久的理論探討，透過臨床實驗與嘗試，最後終於步入實踐的階段。人體器官移植手術的設想，就是長期透過醫學專家的探索，而最終在該時期獲得重大發展與落實的先端醫療技術之一。

由本章介紹可知，目前器官移植雖然仍舊繼續發展，無論是自體移植、人工器官移植、甚至異體移植，都是與人體器官移植同步發展的移植形式，希望能在將來共同幫助人類創造美好的健康生活及未來。不過，觀察目前移植技術發展現狀，人體器官的移植模式仍是較為安全穩定且具有效益的手術形式，其他者如純粹的異種移植，就仍有許多問題必須解決，距離臨床階段尚有很長的一段路途需要努力。整體來說，人體器官移植手術雖然為社會人民帶來了龐大的醫療效益，幫助許多命在旦夕的患者能重獲健康，展開新的人生。但是，這項利益的獲取，猶如打開潘朵拉的盒子般，賦與人民恢復健康找回生命的慾念，背後潛藏的災難也隨之而來。

依據現狀統計，目前全球器官移植的供體來源嚴重不足，多數患者往往就在等待器官的過程中遠離人世，供體不足是器官移植醫療技術領域外的重要問題，涉及的是移植技術根本上得否廣泛運用的主要前提。簡單的道理就是，沒有健康的器官提供移植，移植手術前就沒有能被拯救的生命。供體不足的原因很多，社會情感現象面上，主要來自倫理道德制約與家屬間情感的不捨，這是人類面對醫療不斷運用尖端醫療措施處理生命議題時的經常反應，普遍難以在短時間內全盤接受；另外，關於制度上的缺失，呈現的是法令面對社會倫理現況與弊端時的兩難困境，為了防止弊端而緊縮器官來源管道的制度設計，往往極有可能就是供體器官不足的元兇之一。

人體器官移植手術開展了不少患者重生的希望，但人類的求生欲望，卻也讓供體不足成為一切潛藏災難的根源。有錢人為了生命，不擇手段到國外進行器官移植旅遊。不肖者為了龐大利益，開始透過器官買賣的方式取得器官與金錢交易的機會，同時在醫院的默許下，以合法掩飾非法，接連產生更多的社會問題，其中的非法行為和犯罪事件，如竊盜、走私人體器官、非法販賣兒童作為器官移植的供體。這一切違反他人意願的器官取得行為，本質上就是一種生命與生命間的侵略對抗，不是你死就是我亡的野蠻情境，在現代文明社會中，藉由人體器官移植的發展又再度上演。因

此，目前面對人體器官移植與供體不足的困境，法政策該如何配合制度設計來共同應對，本文將會於下一章進行探討。





## 第三章 人體器官移植之法制與刑事規範

### 第一節 前言

人體器官移植既然是人類醫療科學進步必然的結果，也是人類醫學技術進步的一個突出的表現。在過去的一個世紀裡，我們見證了移植醫學由神話般的念頭而進展成為普遍用來挽救性命的尖端治療模式。從前章對於人體器官移植為人類生命延續開創新途徑來說，人體器官移植的功能與價值，各界理應給予正面肯定。但日益發展的器官移植技術，對人類生命與道德價值也帶來了不同的課題與挑戰，其中，器官來源短缺，讓器官移植手術成為雙面刃，在挽救更多生命與健康的同時，也造成了更多損害社會利益等問題，尤其衍生的犯罪問題不乏出現在某些發展中國家中。

人體器官移植不僅涉及一般醫療臨床的醫病互動關係，且更直接涉及供體與受體間及醫事人員之間，甚至是家屬、社會各方面錯綜複雜的權利、利益、義務責任等有關的倫理、道德至衍生出的法律關係。從法律規定可供移植的器官範圍，在活體移植方面，何種情況下，特定器官不能進行移植。對死體器官移植方面，死亡標準的判定為何、其尊嚴應如何維護才能避免將其視為一種客體化的物品等，皆需透過立法予以規範。

另外，各國在面對人體器官捐贈供體不足的普遍窘境時，涉及的問題層面，除了固有倫理道德觀念與法令制度的影響，造成捐贈意願偏低、且法定避免弊端發生的立意，反而限縮了捐贈來源。例如，國內禁止親屬外的配對移植，造成病患出國接受醫療旅行，反而助長衍生器官買賣等種種弊端產生。器官買賣的背後，又形成更多求交易，強暴摘取他人器官的問題產生。

就目前來說，人體器官移植供體短缺的問題無論制度能做到何種地步，皆很難完善管道擴張的目的；相反者，法律在防止弊端及擴張器官來源管道的利益價值選擇間，常常就會形成顧此失彼，魚與熊掌不得兼顧的情況產生。據此，本章將先從醫學倫理的觀點，探討器官移植必須依循的基本原則，並針對各國立法例的特色與運作模式進行完整介紹，之後說明

我國現行人體器官移植法制的內涵，最後就人體器官移植行為可能產生的刑事犯罪與應對規範進行說明。另外，從供體不足情形到器官黑市交易的形成，再從交易背後所衍生的種種社會侵害問題，於刑法的評價上，該成立何種犯罪以及如何的法政策上利用刑法進行杜絕，則是本文接下來進一步主要所欲探討的核心。

## 第二節 人體器官移植的立法

隨著人體器官移植技術的發展，手術成功率的提升，這項技術得到越來越多世人的肯定和普遍承認，要求器官移植的病患也日漸眾多。但器官供給者卻寥寥無幾，因而出現了器官移植供不應求的狀況。許多病患由於得不到器官，不及醫治就與世長辭。主要原因在於人體器官移植必須摘取健全人體中的器官，移植到需要替換的病患身上，可能造成活體的傷害或死體的損害，無論如何都將涉及供體者與家人本身的切身權益。因此，人體器官移植不僅僅只是醫療技術的問題，而且還會產生許多重大倫理道德的問題。這就是器官移植牽涉人類一切價值的核心理念——生命價值與人格尊嚴，同時也觸及人對自身生命的完整性與自我理解與醫療資源的合理分配方式。

面對人體器官移植引發的困境以及涉及一連串的問題，如果沒有法律作出相應必要的規範，恐怕無法解決人體器官移植中出現的糾紛，並使人體器官移植的研究和臨床應用都受到極大的限制。同時，由於法律規定的不明確，人體器官也有被濫用、被侵害的危險存在。有鑒於此，在人體器官移植技術發展過程中及時制定旨在保證其安全實施的法律法規，使人體器官移植得到法律的保護和制約，及所有從這種新技術中可能得到的利益，都能在正當目的和法律程式所要求的限度之內。保障實現人體器官移植造福人類的崇高目標，無疑是十分必要的。因此，許多國家在發展人體器官移植技術的過程中，都相當重視人體器官移植立法工作。

### 第一項 人體器官移植法制的倫理指引

醫療倫理準則雖然可以透過內部的制約拘束相關醫療人等的行為，但倫理觀念畢竟僅是一種精神上的呼籲，並不是所有人（包括醫療從業人員）都願意遵守接受。傳統道德及輿論力量有限，約束力只存在於個人良心的醒悟，當自我良心無法抗拒重大利益的誘惑時，倫理原則就會被拋在腦

後，淪為單純訓示。因此，這些倫理準則往往須透過立法來塑造其具體強制力，給予違反倫理規範者必要的處罰與警告。我國人體器官移植法制的建置，目的就是為了將目前國際普遍通認的重要的倫理準則，透過立法技術的轉化融入法律，協助醫療體系制度的正確運作，一方面能誠命醫療人員所從事的相關移植行為，必須合乎規範，同時亦可兼具行政管理、達到人體器官移植手術拯救健康、維繫生命的主要目的。

## 第一款 醫學基本倫理準則

站在生命倫理學的角度上來說，人類社會發展的每一個歷史階段都存在著某些底線，作為保障生命合理延續的共同標準。其中，醫療倫理就是與人類生命保障息息相關的倫理準則。所謂的醫療倫理，就是制約醫療行為的道德準則，包括醫師與病人、醫師與病患家屬、醫師間與整體社會的關係。

一般會將醫學倫理的內涵分做六大基本原則，分別是：「行善原則（Beneficence）」，又稱助益原則，即醫師要盡其所能延長病人之生命且減輕病人之痛苦；「誠信原則（Veracity）」，醫師對其病人有「以誠信相對待」的義務；「尊重自主原則（Autonomy）」，病患對其己身之診療決定的自主權必須得到醫師的尊重；「不傷害原則（Nonmaleficence）」，醫師要盡其所能避免病人承受不必要的身心傷害；「保密原則（Confidentiality）」，醫師對病人的病情負有保密的責任；「公平原則（Justice）」，醫師在面對有限的醫療資源時，應以社會公平、正義的考量來協助合理分配此醫療資源給真正最需要它的人<sup>1</sup>。

原則上，凡是涉及生命、身體等醫療社會領域中的各種處置與作為，都應受到此六大基本原則所約束。不過，必須說明的是，不同的醫療行為，說明其倫理原則的落實與指引方式時，也會選擇必要的原則進行概念式的強調與深入論述。舉例而言，進行一般外科手術，我們必須強調的就是所謂不傷害原則與尊重自主原則二項倫理精神，對於這類具有侵害患者身體健康風險的醫療行為，加深其妥適的運用性。

---

<sup>1</sup> 曾育裕，醫護法規，五南，2010年9月，頁277-278。

## 第二款 人體器官移植領域的落實

隨著醫學科技的進步，醫療倫理原則的內涵也會形成不同的具體化發展，尤其是在器官移植技術的發展過程中，器官移植技術的進步，造成人與人之間對於生命延續的方式產生了新的思維，也衍生出許多社會道德層面的爭議問題。醫療倫理的觀念就會受到此類新興的尖端醫療措施不斷的衝擊而有不同的解讀。例如，如何確保活體移植中，供體的真摯意願、為擴大死體移植的管道，是否有必要提早確立腦死亡的判定標準、在器官供體短缺的情況下，該如何檢驗器官分配的公平性，而器官買賣行為是否必須受到完全禁止等，這些專屬於器官移植必須探討倫理課題，目前已形成下列四項普遍必須共同遵守的倫理準則<sup>2</sup>。

### 第一目 行善原則

醫療的主要目的就是為了維繫病患生命與恢復病患健康。就人體器官移植手術的實施來說，病患本已衰竭的生命與低劣的生活品質，透過健康器官的植入而能獲得重生。換言之，移植手術拯救了病患的生命，讓其回復以往健康快樂的生活品質，而就器官移植手術治療疾病的功能而言，本身無疑就是一種行善原則的具體實踐。

另外，從活體中摘除器官的行為，雖然會對供體健康造成一定損害，不過，提供器官的目的是為了他人生命所作的犧牲，此種無私奉獻的精神，同樣也是一種行善原則的精神展現。總之，人體器官移植手術的目的，若非是以拯救生命或健康的醫療必要，就會牴觸行善原則而失去正當性。

### 第二目 不傷害原則

不傷害原則的具體精神就在於醫療行為必須不傷害、防止傷害以及除去病患的傷害。具體來說，就是在醫療過程中，病患不應得到任何非必要的「醫療」或「非醫療」傷害。在人體器官移植手術中，基於行善原則，本來對於接受器官移植的病患就有除傷害的要求。因此，不傷害原則在此所要關注的，則是提供器官的捐贈者。換言之，由於摘除器官的結果，必

<sup>2</sup> 曾淑瑜，醫療倫理與法律 15 講，元照，2010 年 4 月，頁 233 以下。

定會對捐贈者身體造成一定的損害，但基於不傷害原則，此種損害必須控制在最低限度，不能奪去捐贈者的生命或影響其日常生活的基本品質。

例如，活體器官移植中，基於不傷害原則，可以摘取部分的肝臟，但不得摘取維繫生命必須的心臟。相同的，死體移植中，醫師不得故意奪取他人生命後，摘取器官為病患進行移植，或是為求移植效益，恣意提早判定供體的死亡時點，這部份醫師可能會有構成殺人罪的疑慮。

### 第三目 尊重自主原則

自主原則是指必須尊重病患的醫療自我決定權。本原則對於人體器官移植手術的意義，按器官移植的供體與受體（病患），可分為兩方面說明。就接受移植的病患來說，此種重大侵入性醫療措施，醫師務必要尊重病患本身的意願，對於移植手術的說明、利弊得失等皆須完整說明後，才能讓病患有實質的自主權，決定是否要接受手術；就提供器官的供體而言，由於器官摘取對自己的身體健康百害無利，因此，自主原則的要求就更加強烈。

供體自主決定權的確保，在器官移植倫理中，是最主要的正當化依據。亦即，自主原則保障了人的身體器官不會在非自願下，被恣意摘取或利用。而對於貧窮國家極多器官來源者是在喪失自主性下被迫摘除器官，或國家在執行死刑後強行摘除死者可用器官出售等器官買賣行為，都是嚴重違反自主原則，必須受到法律制裁的犯罪行為。

### 第四目 公平原則

所謂的公平原則，是指在有限的醫療資源下，每一個病患都有權利獲得適當治療的機會，分享合理的醫療資源。就器官移植來說，公平原則主要強調的則是器官來源合理分配的精神。按目前供體器官普遍短缺的情況下，器官的公平的分配，才能發揮移植技術的最大效益。

不過，如何對有限的器官資源作公平的分配又是一個難題，器官分配的準則大致上如，應依受贈者血型、組織配對、病情危急為主要考量，將

器官移植給最合適之受贈者<sup>3</sup>。且器官分配的優先順序不應受到社經地位、人情關係等影響，凡等待移植的病患均有接受客觀公平的分配機會。此外，在器官須求過於供給的情況下，公平分配原則就會受到黑市買賣交易的考驗，這類買賣風氣一旦助長，造成公平原則無法維繫器官分配的運作機制時，器官買賣交易的背後，必定就會衍生更多嚴重道德爭議與犯罪問題。

## 第二項 外國立法例的考察

法令制度規範若不明確，人體器官移植也會有被濫用的風險。人體器官移植法制的建立，是利用有約束力的法律，約束新興尖端醫療技術可能帶來的社會危害，同時強調以技術可能獲得的一切利益，都須侷限在正當法律程式要求的限度內。上述人體器官移植須必須遵守的倫理原則，就是透過倫理精神的內化，成為各國規範人體器官移植各項行為時的立法精神，進而轉變為具體法律文字來進行必要規制。以下本文將各國人體器官移植的立法例作為考察內容，依序說明人體器官移植立法例的特色與主要內涵。

### 第一款 各國立法概況

為了促進人體器官移植技術順利的發展與進行，世界各移植大國普遍重視人體器官移植的立法，用法律手段保證器官移植工作的廣泛開展。世界各國對人體器官移植立法主要分為兩種模式，分為統一立法模式與單一立法模式。所謂的統一立法，是指針對所有器官的類型、移植與取得方式制定整體系統性的規範，有別於單一立法是根據不同器官項目做分別立法。前者就如歐洲、澳洲等國家，包括美國屬於聯邦統籌層級的《國家器官移植法》(The National Organ Transplant Act)、丹麥 1947 年制定的《人體組織摘取法》，挪威 1973 年制定的《器官移植法》，法國 1976 年制定的《器官摘取法》，1975 年德國通過的《器官移植法》、1979 年西班牙的《人體器官捐獻與移植法》等皆是典型的統一立法模式<sup>4</sup>。所謂單一立法（又稱為分散式立法），日本早期在 1958 年制定的《角膜移植法》，以及 1979 年

<sup>3</sup> 2004 年 9 月 16 日衛署醫字第 0930213448 號

<sup>4</sup> 美國的國家器官移植法，於 1984 年頒佈，為 OPTN 建立基礎(Task Force)；OPTN 之功能在於：建立全國器官等待者名單、明訂捐贈者之器官與受贈者之配對方式、設立器官摘取與運送之標準，和收集、分析及出版有關器官捐贈之資料。此立法同時禁止器官買賣，並建立骨髓捐贈之登錄與研究。

制定的《角膜腎臟移植法》等等。

綜觀歐洲到美洲，再從美洲到亞洲，從亞洲到太平洋上的島國，世界各地絕大多數擁有技術又積極施展人體器官移植技術的國家，多於在 20 世紀 80 年代末期前，幾乎完成了器官移植的相關立法工作，且直到近期，仍為移植法制的完善繼續努力。儘管世界各國的國情不同，在人體器官移植方面的具體做法，自然會有不同的差異，但國外在器官移植立法的原則、內容等方面的規定，基於上述醫療倫理六大準則的精神，仍能歸納出大領域為立法共通思考方向。這就是，從人體器官移植的醫療行善目的為出發，為追求移植醫療發揮最大的效益，解決器官供體來源的不足就是法制化的第一要務。

因此，各國立法例上，是從嘗試擴大器官來源管道的觀點，基於目前死體器官的運用，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；再者，針對供體器官提供的方式，由於涉及供體與受體間各種權利義務（包括身體、生命權）的變動，因此基本上必須在當事人同意的基礎上進行，原則上可分為自願同意以及推定同意及家屬同意此三種不同程度的取得方式。

## 第二款 腦死標準的立法

普遍來說，人類對於死亡概念的認知，應該純粹是一種自然事實狀態的呈現。描繪生命達到終點的獨特現象。雖然生命透過醫療科技進步的展現，可以儘可能的延長死亡時點，不過，在人們目前有限的知識理解下，凡是有生命的動物（植物亦是），終將面臨死亡，這是萬物運行基本法則的自然之理。因此，對於死亡狀態來說，醫學技術僅能延緩發生，本質是無法加以改變。

就法律的觀點而言，由於人的死亡關係著人與外在社會權利義務的變更或消滅，法律就有必要在做出相對應的規範。目前來說，死亡標準的認定，可能是基於社會需要的目的，透過醫學研究提出的腦死，作為死亡狀態的定義。換言之，早期建議以腦死作為死亡標準的認定方式，純粹源於醫學理論的研究與探討。不過，近年來，腦死作為死亡標準的判斷方式，逐漸與新興的醫療技術產生手段與目的間的聯繫關係。

例如，器官移植醫療領域中，透過腦死標準判斷為手段，就能提升死體移植的種類管道與成功效益。腦死判定作為一種近代人類對死亡時點的新觀點，有必要藉由法律與醫療技術的密切配合，制訂一套完整的作業流程，確保腦死亡標準的運用能在規範與目的間達到合宜的互動。以下本文分別簡單介紹腦死概念的緣起與意義，並對於各國的立法模式及運用於人體器官移植法制的重要目的。

## 第一目 腦死的緣起與意義

### 一、腦死的源起

從 19 世紀中期開始，醫療領域對於人類死亡的認知，從病理生理學的觀點產生了巨大變化，醫學上對於人體停止運作的機能性認定，逐漸從心肺功能狀態的評價轉變到人腦部運轉的判斷。1894 年，英國著名的神經外科醫師 Horsley，首次發現並提出呼吸停止後心臟仍能持續跳動的現象。直到 20 世紀初期，據美國神經外科醫師 Cushing 觀察，確信人在死亡後心臟還是會持續跳動一段時間，這是腦死亡概念第一次出現在醫學文獻記載上。

之後，20 世紀中期開始，隨著醫療科技技術的進步，於 1959 年法學者 Mollaret 及 Goulon 提出了所謂「超越昏迷」的新觀念，類似於腦死亡的臨床表現，如自主呼吸停止、反射消失、尿量增多、血壓下降、腦靜電活動。此時一旦終止呼吸支援與治療維持系統，病患就會在短時間內死亡。此現象的歸納，有助於之後醫學界上對於腦死亡概念的討論。

1963 年，在英國發生了一件暴力傷害案件，受害少年的腦部受到劇烈損傷，醫院在得到家人同意的情況下，摘取了少年的腎臟。雖然事後醫師被法院陪審團宣佈醫師殺人罪名成立，不過，這也首度顯示醫界當時以為追求器官取得的目的，將腦死作為判斷死亡的標準。直到 1967 年，南非 Barnard 醫師為實施人體心臟移植，更使訂定新的死亡判定準則成為當時迫切的需要。因此，腦死究竟是否能作為人類死亡的標準，逐漸形成國際間的熱烈爭論。

隔年於 1968 年，美國哈佛大學經過學者專家詳盡的臨床研究後，認定腦死亡的必然結果就是心臟停止運作，從這個意義上來說，代表凡是腦

死後，無論採取何種醫療技術手段的介入，都已無法阻止心臟停止的因果流程。於此同時，腦死亡就是死亡的概念，就被確立並獲得國際上的普遍贊同。同年，隸屬於世界衛生組織下的國際醫學科學組織委員會頒布的腦死亡標準為：對環境失去一切反應；沒有反射和肌肉張力；停止自發呼吸；動脈壓陡降和電腦圖平直等。

1971年，明尼蘇達大學兩位神經外科醫師在腦死亡的概念基礎上，提出了「腦幹死」的觀念，根據研究，腦幹是維繫人類一切生命活動的中樞核心，一旦腦幹遭到完全損害，功能就會如同全腦死般無法挽救。同樣的，於1976年，英國標準公布，認為腦幹功能的不可逆消失是可以視同心跳停止的診斷價值，腦幹功能的消失可以臨床檢查確定（不需依賴精密的儀器），但必須先排除「可逆性的原因」，如藥物或低體溫的作用，由此可之，英國規則再度強調非可逆性器質性腦損傷的認定重要性，避免失誤判斷反而造成挽救生命的疏忽<sup>5</sup>。

## 二、腦死標準的確立

觀察腦死標準的提出，應是醫療科技發展與社會觀念需求交互影響下的必然結果。所謂的腦死或腦幹死可以確認為是腦功能的不可逆性狀態，必定在短時間內心跳終止；它是意識與呼吸能力的不可逆性消失，代表腦器質性傷害已達生命的「不歸點」，就是死亡的狀態。目前對於腦死的標準的確立，大致分為三種說法，有全腦死亡、腦幹死亡以及高級腦死亡。

### （一）腦死標準的類型

所謂的「全腦死亡」(whole brain death)，是美國哈佛醫學院所提出的診斷標準<sup>6</sup>（又稱哈佛標準），認為包括腦幹在內，大腦半球、間腦與腦幹各部份等全腦功能的不可逆性喪失時，就達到腦死的程度，此概念目前受到國際廣泛採用。所謂的「腦幹死」(brain stem death)，是由英國首先提出，他們認為腦幹是中樞神經的重要部位，有如意識的開關以及心跳、呼吸的中樞。一旦腦幹遭到損害，人體機能就會完全喪失，同時引起全腦死亡。

目前大致上只有比利時、台灣等少數國家採取腦幹死的認定標準，其

<sup>5</sup> 康均心，生命刑法原理，元照，2009年3月，頁505-508。

<sup>6</sup> 林忠義，死刑犯器官捐贈之研究，月旦法學第155期，2008年4月，頁96。

餘國家仍多沿用哈佛標準中的全腦死作為腦死概念。最後，所謂的「高級腦死亡」(higher brain death)，認為如果人喪失了意識、認知、思維、行定等社會活動功能時，也就喪失了身為人的基本社會特徵，因此當人的知覺和認知不可逆性地喪失時，就是死亡的時點<sup>7</sup>。由於此看法採用意識功能作為診斷關鍵，某種程度上混淆了與植物人(PVS)狀態的不同，目前此觀點並不被大多數學者專家接受<sup>8</sup>。

## (二) 臨床判斷標準

總歸來說，所謂「腦死」，在臨床上是指整個腦，包括腦幹、不可逆的停止作用。換言之，腦死亡的概念，目前普遍認為是指包括腦幹在內全腦機能完全、不可逆轉的終止，而不論脊髓或心臟功能是否存在，或者是，腦死亡是身體細胞廣泛、永久喪失全部功能，範圍涉及大腦、小腦、橋腦和延髓，即全腦停止運作後，雖然心跳尚存，但個體死亡已無可避免。

目前多數國家認為，腦死在臨床上的判斷，包括：深度昏迷、對外界環境刺激完全無反應，及各種顱神經自發反射活動的喪失例如：瞳孔放大、對光無反應、無角膜反射(corneal reflex)、無眼—前庭反射(oculovestibular reflex)、無眼—頭反射(oculocephalic reflex)，腦波完全停止，更重要的是不再有自主性的呼吸。如果只有大腦皮質完全破壞，則病人對外界環境無反應，腦波呈現靜止；如果中腦壞死，則瞳孔對光無反應，如果橋腦壞死，則無角膜反射及眼—前庭反射；如果髓腦壞死，則不會自行呼吸。因此在排除藥物中毒、低溫、代謝，只有整個腦組織，包括皮質與腦幹，完全壞死，才會達到腦死的診斷標準<sup>9</sup>。

## 第二目 各國的立法模式

觀察世界各國，對於腦死標準的態度，已有多數國家制定關於腦死標準的法律依據，等同直接立法承認腦死作為死亡標準，這反映了死亡觀念的改變已為醫學和法律普遍接受。1976年，隨著法國正式頒行《器官移植法》，將腦死標準法制化後，遂拉開各國腦死立法的序幕。緊接著，1976年英國皇家醫學院通過了腦死亡的原則。1981年，美國通過了確定腦死亡

<sup>7</sup> 鄧政雄，論腦死在刑法上之效應，東吳大學法律學院法律專業碩士班碩士論文，2010年，頁37以下。

<sup>8</sup> 康均心，註5書，頁510。

<sup>9</sup> 柯文哲，死亡與腦死，中華民國器官捐贈協會會刊第3卷3期，1994年8月，頁2-3。

的醫學、法律和倫理的報告，很快美國所有州都接受了這個報告所確定的腦死亡的統一標準。1983 年以後，西方國家已經普遍接受了腦死亡原則，並制定了相應的法律。

這些國家如美國、斯里蘭卡、阿根廷、芬蘭、伊拉克、玻利維亞、菲律賓、新加坡、俄羅斯等等。而仍舊採用傳統標準的一些國家，也在新的器官移植法中將其規定下來。如保加利亞 1976 年《人體器官移植條例》、羅馬尼亞 1978 年《衛生法令》、墨西哥 1983 年（經 1987 年修訂）《衛生法全書》、日本 1997 年的《臟器移植法》。誠然，死亡立法是腦死說推廣有成的具體結果，立法的訴求或者說藍本，多來自於醫學界研究出的死亡確定臨床規則或政府頒行的倫理指南<sup>10</sup>。因而，早期的「哈佛標準」雖然不具有法的形式，實際上對各國立法產生廣泛的立法指引作用。關於腦死立法，立法模式上，大致分有以下兩種情況<sup>11</sup>

## 一、單獨立法與混合立法

### （一）單獨立法

單獨立法模式，是指腦死立法的目的，雖然和器官移植法存有方法目的上的密切關連，但仍選擇對腦死標準制定單一獨立的法律體系。目前國際上採取此模式的國家，是以美國作為典型。美國的腦死立法與器官移植法是分開立法的，繼 1970 年美國堪薩斯州率先制定有關腦死的法規「死亡和死亡定義法」後，於 1978 年，美國亦制定了「統一死亡判定法(Uniform Brain Death Act)<sup>12</sup>」，正式將腦死定義為「全腦功能包括腦幹功能的不可逆終止。」對於腦死問題予以制定專門法律，有利於突顯腦死的法律地位，使人們更為重視腦死問題，且立法的層次較高而且獨立，有助於擴大腦死亡法的適用範圍。

另外，將腦死問題予以單獨立法的重要思考就是，可避免人們與器官捐贈聯想在一起的敏感問題，進而不但可使人們樂於認同和接受腦死概念，亦可使人們不會對器官移植的觀念產生排斥的負面影響。

<sup>10</sup> 康均心，註 5 書，頁 616。

<sup>11</sup> 羅音霞，兩岸地區腦死與器官移植問題之研究—以法律制度的探討為中心，2006 年，中國文化大學法律研究所碩士論文，頁 16-17。

<sup>12</sup> 王皇玉，刑法上死亡之認定—評最高法院九十五年度台上字第一六九二號判決，月旦法學第 185 期，2010 年 10 月，頁 262。

## (二) 混合立法

混合立法模式，則指將腦死標準的相關規定，寫入人體器官移植法制中，作為器官移植法體系內的重要內容。如西班牙的腦死法，西班牙國會於 1979 年通過「器官摘取與移植法」(the Law 30/1979 27th October about Organs Removal and Transplant)，直接規定了腦死的概念及其判定要求，其有體系的融合進器官移植法中，是混合式立法模式典型的代表國家。另外，亞洲地區的日本，1997 年制訂的「臟器移植法」將腦死判定標準規定於其中，二者在內容上合而為一，臟器移植法同時規範了腦死和器官移植的運用方式<sup>13</sup>。誠然，觀察現存國際上腦死亡的立法，這種混合立法方式占有絕大多數。它的優點是與器官移植法律的銜接、彼此能夠緊密協調，因而在死亡確定的大多數時候能得到明確的法律支援和約束。它的弊端則是功利動機的反道德色彩較濃，且適用範圍會受到限制。相反的，混合立法模式也代表著，在得到有效的司法解釋或其他的立法明確指示以前，死亡法則不能擴大到非器官移植領域，彰顯該國立法態度的審慎。

## 二、死亡判定一元論與二元論

關於死亡的判定標準，縱使採取腦死亡立法的國家，並非表示法律約束醫師必須利用腦死標準作為臨床上，統一認定死亡的作業程序。腦死雖然有別於傳統心跳停止的判斷，屬於隨著醫學觀念演變與配合社會需求所提出死亡判斷方式，不過，仍有多數國家為求穩定的生命保障機制，對於腦死判定的採用，謹慎限定於個別情況的需求上，典型者就是對於人體器官移植取得的目的需求性，限定腦死標準僅能適用於進行死亡供體摘取時的移植程序。因此，關於死亡的判斷標準，就有一元論與二元論的立法差異。

所謂的「一元論」，是指將腦死作為唯一的死亡判定標準，一旦生命不可逆的邁向腦死時，就視為死亡。1987 年瑞士制定的死亡判定標準第 1 條即明文規定當腦全體機能不可逆性的完全喪失時，視為人已死亡。換言之，所謂的一元論就是透過立法的拘束力，共同約定社會人民與醫療臨床對死亡的認知與判斷準則，凡是腦死後，人就被視為死體，依法規範與社會形成的權利義務關係，統一自此時點開始形成或消滅。不同於一元論完全顛覆傳統死亡標準的立法主張，「二元論」對於死亡的判定方式，是採

<sup>13</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。

取雙軌式的立法模式，把傳統上認知的心肺死與腦死併列共同作為判定死亡的依據。例如，美國於 1981 年提出的《統一死亡判定法案》，對於死亡的判斷有兩項重要的規定：1.當血液迴圈與呼吸機能不可逆停止；或是 2.包含腦幹在內，全腦所有機能不可逆性的停止。當上述兩者其一被確認後，就會視為死亡<sup>14</sup>。

值得注意的是，多數採取二元論的死亡立法，往往都是為了透過腦死亡標準的認定達到一定目的。例如，透過腦死標準來取得死體器官，可以提升器官移植的來源與手術效益，末期患者可在腦死判定後撤除維生系統，緩解醫療資源的浪費等。在二元論的架構下，透過法律規定（如器官移植法），對腦死判定的場合，做進一步的限縮。此時，當事人或家屬可以自由選擇採取何種標準做為醫學臨床對其死亡時點的認定<sup>15</sup>。

### 第三目 腦死立法對人體器官移植的效益

1963 年，對於腦死與器官移植而言，英國首次出現從腦死者摘除器官完成移植手術而出現交集。1968 年兩項接受腦死的指標性研究的提出，一是美國的哈佛標準，另一則為雪梨宣言（the Declaration of Sydney）。在此期間利用死體的肺臟、腎臟及胰臟的人體器官移植手術陸續出現。到了 1967 年，南非醫師第一次完成心臟移植手術後，腦死與器官移植手術間的手段目的關聯性才著實受到矚目。因此，從前述可知，基本上腦死與人體器官移植本為各自發展的不同醫療領域，兩者關係為何自 1968 年後變得相當密切，主要就是因為大部分人體器官移植所需的器官來源須由死體提供，而以腦死為死亡標準，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。

#### 一、提升人體器官來源的供給

以往，醫療臨床與法律傳統上都是以心臟停止跳動的狀態來定義人類的死亡。不過，心臟停跳動後，加上若還要持續搶救一段時間，這樣很多身體上的器官就會失去使用價值，即使死者生前有捐贈遺願的表示，也失去器官移植的意義。因此，改變傳統「心臟死」的死亡標準，採用「腦死亡的判斷標準」是器官移植技術得以廣泛應用的前提。也是所有器官移植

<sup>14</sup> 康均心，註 5 書，頁 542 以下。

<sup>15</sup> 羅音霞，註 11 文，頁 24-25。

立法規定中關鍵的內容之一。

詳言之，就臨床醫學觀點來說，採取傳統心臟死的死亡判定方式，是在患者心跳與全身血流停止循環後，作為死亡時點，此時患者體內的器官很快就會壞死而不適合移植。因此，囿於目前的心臟移植只能在器官提供者心跳尚未停止時進行，而器官提供者被摘取心肺器官後往往不可能繼續生存，儘管還未被認定為死亡的情況下，為滿足心臟等重要器官移植的需要，醫學界才產生了把腦死作為人死之標準的觀念。另外，只有部分器官若能在時間點內立即摘取保存妥適，仍然可以作為移植供體器官。

例如，除了心臟外，肝臟對缺氧亦有高度的敏感性，心跳停止後，一旦缺血就會壞死無法運用。不過，腎臟若能在心跳停止後 1 小時以內完成摘取與保存手術，則仍可成功的移植。同時，移植臨床上，為避免心跳停止而無法捐贈，也有醫院利用體外循環方式於心跳停止後，藉人工心肺機維持血液循環，再摘取器官。也就是說，時間對人體器官移植來說，可謂分秒必爭甚為重要，而為使器官移植順利進行，採取腦死標準實有其醫學上的必要考量。否則人死亡後本屬於健康的器官由於呼吸停止缺氧以致迅速敗壞，自然無法用於移植。

目前，未實施腦死判定依據的國家，因意外事故或疾病造成腦死者，即使本人生前同意或家屬明確表明願意捐贈器官，但終因未有法律依據而無法提供器官，造成原本可用以挽救他人生命的心臟、肺臟、腎臟等器官隨者腦死者遺體被火化成灰燼。對於急需器官移植救命之病患而言，只能感嘆錯失良機。所以腦死判定的建立，有利於解決器官來源不足的問題<sup>16</sup>。

## 二、提升人體移植器官的質量

對於死體器官移植方面，「腦死亡」標準的建立可以提高摘除器官的質量。傳統的死亡標準主要是心臟停止說和呼吸停止說，按照此標準，供體器官死者的移植器官，只能拖延至此死亡時點過後才能摘取，此將影響器官摘取後的品質。換言之，為拯救病人的生命，移植技術思維上，無不希望在儘早的時間內，將器官由供體內摘取。

明顯的例子如人類的心臟，其是新陳代謝極為迅速的器官，一般技術

---

<sup>16</sup> 羅音霞，註 11 文，頁 25。

上只有保存在 6 小時以內，所以捐贈者手術時間往往必須和接受者的手術密切的配合，才能避免過久保存時間。另外，過去肝臟的保存時間約 6 到 10 小時，日前使用新發展的保存液，已將保存時間延長到 37 小時以上，胰臟的保存使用新的保存液，已將保存時間由 6 小時延長到 24 小時以上，目前最常作業的腎臟則可保存到 72 小時左右<sup>17</sup>。如果「腦死亡」概念得到法律認可，就有能給與人體器官移植提供有利的手術條件。腦死者不可逆地進入心肺死亡時，因短時間內仍有殘餘的心跳，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。故腦死的判定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。

### 第三款 取得人體器官的立法

供體器官來源的穩定是人體器官移植手術進展的前提。如何建立適切的器官來源管道，就成為移植醫學技術應用的前提與法律基礎，尤其來源管道法定方式的建立更是重要。由於目前各國普遍面對的是器官來源的不足，因此，取得人體器官的立法除了確保器官可能提供者的相關權益外，設計一個擴張器官來源的取得模式，也是目前各國器官移植法所關注的政策走向。

人體器官取得模式，從有無金錢或利益等對價交易為標準，可分為無償式的捐獻制與有償式的市場買賣制。由於後者弊端較多（參見上述），容易引發倫理爭議，因此，目前僅有極少數國家透過買賣市場的建立來取得器官。大致來說，國際上，關於目前人體器官取得的立法模式，多數都立法明文禁止器官買賣行為，而是採取無償捐獻制的立法原則下，發展出自願捐獻和特殊情況下的親屬推定同意併舉原則。另外，歐洲國家有些則是採取推定同意制，以下除了依序介紹該同意制度外，也會說明日本基於當前社會文化特色下所實行的親屬同意制。

#### 第一目 自願捐獻制

所謂自願捐獻制，是指器官捐獻的決定必須出自供體自由意志下的選擇。如果一個人不用提供器官，他只要簡單明確的表示不同意即可，法律

<sup>17</sup> 鄧政雄，註 7 文，頁 62-63。

或他人無權摘除他的器官。自願捐獻的法制理念，是在強調人體器官來源的獲得，必須完全出自器官提供者的「自願和知情同意」，此也是目前取得器官來源的重要基本原則。簡單來說，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。相對的，為了移植手術所需取得他人器官前，法律必須透過各項流程機制的設計，以確保器官的提供，是出自提供者的自願同意。因此，目前各國間對於器官取的制度的建立，無論是於美國、英國、加拿大等原則多採取此項制度。自願捐獻制又可分為活體捐獻與死體捐獻二方面說明<sup>18</sup>。

## 一、活體捐獻的情況

對於活體器官移植的場合，活體器官的取得，必須完全出自提供者的自願同意，沒有例外。目前世界各國的人體器官移植法律普遍都對於活體器官的自願捐獻，規定各項嚴格謹慎的取得條件，要求醫生只能在徵得捐獻者本人同意的情況下，才能摘除捐獻者的器官用於移植。在英國，根據1989年《人體器官移植法案》的介紹，活體器官移植必須符合以下要件才合法：1.醫生已就捐獻的風險和程式向捐獻者作了說明和解釋；2.捐獻者理解了這種說明和解釋；3.供體的同意不是通過強制或物質誘惑而獲得的；4.供體知悉他有隨時撤回捐獻的權利等為前提。

依據德國的器官移植法第8條地1項第1款b明定，活體器官捐贈，必須取得捐贈者同意，為確保同意的自願與真摯性，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、相關檢查結果、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。另外，考量未成年者身體與生心狀態尚未成熟，很難理解摘取器官的利弊得失，因此，多數國家的立法例，都明文限制未成年者成為活體器官的提供者。背後很主要的思考就是來自於自願捐獻制所強調的知情同意精神。例如，德國器官移植法第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>19</sup>」。

<sup>18</sup> 康均心，註5書，頁618-619。

<sup>19</sup> 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，頁128以下。

## 二、死體捐獻的情況

對於死人器官捐獻，死者生前對自己死後遺體的處理意願通常為各國法律所承認與保障，當死者生前有自願捐獻器官的意思表示下，才能將器官摘除。1968年美國國家委員會在統一州法律中通過的特別委員會《統一組織捐獻法》，是自願捐獻法律規定的典型代表。它規定：1.任何超過18歲的個人可以捐獻他遺體的全部或一部分，用於教學、研究、治療或移植；2.如果個人已作出捐贈表示，不能被親屬取消。不過，雖然美國這樣的規定，雖允許當事人願意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。

### 第二目 推定同意制

所謂的推定同意制，主要是針對擴大「死體器官來源取得」為思考，由於大多數人民生前對於死後是否願意摘取器官的態度，往往「既未表示同意，也未表示反對」，此時，若堅守自願捐獻制的立法模式，這類人民由於生前未為同意的意思表示，死後的死體器官就無法與以摘取來拯救他人。因此，為了擴大器官來源，推定同意法制給予身旁者推測死者生前意志，代為同意器官捐贈。推定同意可從推定補充意思表示的對象不同，分為親屬推定同意以及國家推定同意二種立法模式<sup>20</sup>。

#### 一、親屬推定同意制

所謂的親屬推定同意，是指個人在死前未作出捐贈表示時，他的近親有權作出捐贈表示，除非明知死者反對。換言之，如果死者生前並未明示反對死後器官用於移植手術，其最近親屬也無一人表示相反意見時，便推定允許進行器官摘取及移植。親屬推定同意可以在增加器官的供給和尊重家庭的權利之間建立某種平衡，而側重的則是增加器官供給。為此，多數國家有在法律上明確規定，當死者的意願不能根據足夠可靠的聲明或其他

<sup>20</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；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37-38；康均心，註5書，頁619以下；羅音霞，註11文，頁155以下。

因素加以確定時，應尊重其最近親屬的決定。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。

親屬推定同意制的立法主要體現醫生和死者家屬之間的交涉，以明確家屬沒有反對意見，同意捐獻方可摘除器官。如芬蘭、希臘、義大利、英國、瑞典等國家。在羅馬尼亞 1976 年制定的《器官移植法》中，規定器官移植必須充分尊重死者家屬的意見，要從死體中摘取移植器官，必須得到年滿 18 歲的家屬同意，不過，死者若生前有書面反對者，則家屬同意就會無效。另外，採用這種推定方式可以避免死者親屬提起訴訟，亦可在一定程度上緩解供體器官不足的問題，但在實際操作時也有效果不彰的問題。當潛在的器官供體死亡地，其親屬處在震驚和悲傷之中，他們很難有充裕的時間作出正確的選擇，也沒有心情去回答醫務人員關於是否允許摘取器官的詢問。許多醫務人員也不願意在忙碌的醫院走廊裏向陷於悲傷中的親屬詢問捐獻器官的問題，因為這畢竟不是一件令人愉快的事情。

## 二、國家推定同意制

國家推定同意制（opting out）是指除非死者生前曾明白表示死亡後不願意捐贈器官，否則當其死後，國家授權醫師無須再徵求其他人（如家屬）的同意，可逕行摘取死體上的器官供移植使用<sup>21</sup>。本制度的特色在於，完全傾向增加器官來源的角度思考，強調凡是任何人，只要生前沒有談到或討論是否捐贈器官的問題，就是潛在的死體器官捐贈者。一旦這類人民發生重大車禍或意外死亡，醫院不待家屬同意，國家將推定同意的權利賦予醫生，允許醫師從死體身上摘除所需要的組織和器官用於移植。國家推定同意制，早已普遍於歐洲國家所採行，典型者如法國 1976 年制定的《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。

換言之，個人如果不願意在死後進行器官捐贈，必須透過法定程序，如證明文件的書面簽署，對外公示該拒絕的意思表示。採用這種推定方式的好處是，不僅可以大大增加可用於移植的器官數量，避免因徵求家屬意見延誤時間，使本可用來挽救生命的珍貴資源不致浪費，而且可以提高器官移植的品質。但這種規定具有強制處理死者死體的性質，使用上必須非常慎重，醫師在摘取死者器官前，務必確定當事人生前沒有任何反對表

<sup>21</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。

示，對於死者生前有無拒絕捐贈的註記，負有查詢義務。實際運作上，就會演變成家屬成爲有無註記的關鍵證人，一旦家屬不願捐贈，器官的取得就會出現阻礙。

值得說明的是，爲了避免與死者家屬發生爭執，同樣採取國家推定同意制度的西班牙，仍加入家屬同意機制來避免爭端。近年，英國也傳出即將推動「器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。其他國家如奧地利、比利時、丹麥、芬蘭、法國、義大利、挪威、新加坡亦已行之有年。

### 第三目 家屬同意制

日本自從 1997 年制定臟器移植法以來，由於法令過於嚴苛，造成器官勸募成效不彰，同樣正面對著器官來源不足的問題，終至 2010 年日本修正該法，放寬死體器官移植的取得程序。首先，依據舊日本臟器移植法第 6 條第 1 項第 1 款規定(未變動)，本人生前如有明示捐贈器官的意思表示，在家屬未表示反對或無家屬的情況下可爲器官捐贈，這是自願捐獻制的立法設計(opting in)。新法修正後，新增第 6 條第 1 項第 2 款規定，本人生前若提供器官的意思不明時，其家屬可以依書面表示捐贈同意。此規定最爲自願捐獻制的並行配套，目的是透過家屬的同意增加取得死體器官的機會<sup>22</sup>。

不過必須注意的是，日本的臟器移植法第 6 條第 3 項規定，本人可將提供器官以及接受腦死判定的意思以書面註記，不過，家屬若有反對就不在此限。換言之，日本臟器移植法對於死體器官取得的前提，非常重視家屬的意志，縱使本人生前明示死後捐贈器官的意願，一旦家屬反對，仍然無法進行移植。由此可知，所謂的家屬同意制，是日本器官移植法基於國內特殊的社會文化現況所設計的器官取得制度，在此基礎上，若器官移植宣傳勸募效果不佳，仍會是一種擴大器官來源的阻礙。

<sup>22</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。

## 第三項 我國人體器官移植之立法

### 第一款 立法背景

亞洲第一例成功活體腎臟移植是由我國台大醫院李俊仁醫師於 1968 年完成，1969 年，李俊仁醫師再度完成死體腎臟移植手術，為我國開創人體器官移植的先河。之後其他醫院也陸續實施多起腎臟移植手術。於 1984 年，長庚醫院陳肇隆醫師成功完成亞洲首例肝臟移植。這些器官移植醫學上的成就，在當時使我國移植技術傲視全亞洲。可惜，當時的時空背景下，除在 1982 年所制定的「眼角膜移植條例」外，完全沒有規範人體器官移植手術行為的法律規定。

政府有著眼於當時眼角膜移植條例制度運作完善，給予許多視力障礙的病患重見光明的機會，同時，器官移植手術雖然有拯救生命的正面效用，但本身仍會引發很多社會輿論的質疑，如有醫院為求移植手術的效益，在立法尚未完備時，就出現醫療團隊透過腦死為死亡判定標準，摘取待移植器官的倫理爭議，導致當時我國醫師常在無法律依據下，為病患進行器官移植手術行為，遊走法律邊緣的結果，無論對於醫師或病患而言，都存有一定的觸法風險。因此，對於此等先端的醫療技術，一方面為有效擴大器官來源的管道，讓移植手術有機會能拯救更多生命；另一方面，為避免此類醫療行為可能衍生的權益侵害與道德危機，故有必要透過立法來進行規範與管制。換言之，為使醫師能在符合醫療倫理與法律規範的前提下，合法進行各項器官移植手術，衛生署相關單位與立法院遂於 1985 年開始著手相關的立法程序<sup>23</sup>。

### 第二款 立法沿革

我國早期在 1982 年針對眼角膜移植個別制定的「眼角膜移植條例」則屬單一立法的代表。不過，經過行政與立法部門的努力，以便因應當年時空環境下，台灣器官移植技術的快速發展，終於 1987 年 6 月制定「人體器官移植條例」，並在 1988 年 11 月廢止「眼角膜移植條例」。此項轉變，讓我國就器官移植的立法，正式由單一立法走向與美國相同系統的統一立

<sup>23</sup> 林忠義，臺灣法律史的研究與運用－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 以下。

法模式，以利就個類項目器官的醫療移植行為進行整體性的管制規範。我國在「人體器官移植條例」正式實行後，緊接著在 1988 年 3 月發佈「人體器官移植條例實行細則」，該實行細則主要的任務，是在人體器官移植條例的架構下，針對條例運作細節，進一步作出完善規範。

此外，對於死體器官移植而言，若能在病體機能尚未完全停止運作前，摘除身上有用器官，除能確保功能外，亦能擴大移植器官項目，拯救更多生命。因此，我國早在人體器官移植條例立法前，醫界與政府相關部分就開始探討腦死亡定義的可能性，在 1983 年，衛生署召決議與醫界共同成立「腦死定義」專案研究小組，提出「腦死（腦幹死）判定標準草案」，經過前後一年多的努力後，逐漸成共識。終於在 1984 年完成草擬「腦死即為死亡」的醫界聲明書。

當 1987 年「人體器官移植條例」公佈的同時，該條例第 4 條規定「醫師自死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。」而衛生署遂根據本規定，於同年參照上述聲明書公告「腦死判定程序」，並限定腦死判定程序建制之初，僅適用於人體器官移植之特定範圍。於此，遂確立我國在移植醫療上，得以「腦死」作為死亡之判定標準。而該程序規則，於 2004 年由行政院衛生署衛署醫字第 0930211265 號進一步公告修正為「腦死判定準則」。我國於 1987 年立法通過「人體器官移植條例」後，又公告「腦死判定程序」，是亞洲地區第一個有法律明文允許腦死病人捐贈器官的國家。

總歸來說，我國人體器官移植的立法，主要是由人體器官移植條例作為統一性的整體規制，同時，為審慎應對死亡定義此等生命倫理重大爭議以及移植醫學發展挽救生命目的之兼顧，腦死判定準則亦為是移植法制中極為重要的一環。人體器官移植法制的建立與運作，不但明確規範管制所有與人體器官移植有關的醫療作為，積極面向上，對我國人體器官移植醫學的發展也有正面助益。與歐美國家相比，我國人體器官移植起步並不太晚，其發展也極為迅速，目前在腎臟移植、肝臟移植與肺臟移植等方面的成就，可說是與世界先進國家並駕齊驅<sup>24</sup>。

<sup>24</sup> 陳經緯，我國人體器官移植法制之研究，林騰鶴博士指導，私立東海大學法律學研究所碩士論文，2010 年，頁 21。

## 第三款 人體器官移植條例內涵

我國在 1987 年就針對人體器官移植醫療技術進行整體性的立法，是為「人體器官移植條例（下稱本條例）」。<sup>25</sup>同時，為配合本條例順利實施，主管機關衛生署率續依據本條例第 24 條發布了「人體器官移植條例實行細則（下稱本細則）」以及依據本條例第 4 條公告「腦死判定準則<sup>25</sup>」作為配套。此三套法律規範，不僅共同建構我國人體器官移植醫療措施的倫理行為準則與運作制度，也對我國人體器官移植醫療技術的發展與應用，提供極大幫助。以下將以本條例的內容為主，並分別對本細則與腦死判定準則等法令配套進行說明。

### 第一目 專門規範「同種異體移植」

不論是病患本身的自體移植或採用異種動物器官移植等技術，由於無涉供體本身的權利轉移，一般發生倫理道德爭議或法律與刑事責任問題的可能性就相對較少。同樣的，在人造器官移植方面亦不會對第三人的人身權利造成損害。另外，就醫療移植技術發展現況來說，無論是嘗試利用動物器官的異種移植、人工器官移植，目前仍停留在臨床實驗與過渡運用的階段，尚有許多難題需要克服，就實用性而言，尚無法達到人類同種異體移植的治療成效。因此，這類型的器官移植技術目前在運用上並不廣泛，不需我國制定特別法令予以規範。相對的，人體同種異體移植，經過長時間的淬鍊發展，移植技術的困難已經一一克服，技術純熟度以及術後療效都能讓人滿意，也是目前世界各國廣泛運用的移植技術。因此，有鑒於同種異體移植技術已在我國逐漸成熟，故本條例和世界各國移植法制相同，都是主要針對該等移植醫療行為作出明文立法規範。

透過本條例第 1 條規定可知，醫師施行移植手術的器官來源，必須摘取自「死體」或「他人」的器官，此為本條例對同種異體移植開宗明義的限定規範。再者，同法第 3 條針對「同種移植」的器官類型進一步作出定義，說明所謂的人體器官，範圍包括「組織」，且為因應人體器官移植的發展，立法上第 3 條規定就人體器官項目保留一定空間，給予衛生主管機關依實際需要作彈性規定，其範圍依據衛生署公布的施行細則第 3 條指定，類目依序有：1.泌尿系統之腎臟；2.消化系統之肝臟、胰臟、腸；3.

<sup>25</sup> 關於腦死判定程序的流程與內容，請參照：曾育仁，註 1 書，頁 18 以下。

心臟血管系統之心臟；4.呼吸系統之肺臟；5.骨骼肌肉系統之骨骼、肢體；6.感官系統之眼角膜、視網膜等。由此可知，若非衛生署考量移植醫學上的安全可行性並依現實需求而已指定的器官類目，醫師皆不得任意進行移植手術。

## 第二目 限定人體器官移植「無償捐贈」

對於人體移植器官的來源，必須透過無償捐贈的方式取得，相對的，就是原則禁止發生器官買賣的行為。這項原則已普遍在國際上得到確立。主要可以從人體器官移植倫理準則的各項內涵推知，首先就不傷害與自主原則來說，允許器官買賣，將會提供買賣仲介者一個巨大誘因，就是為求獲取利益，在他人非自願的情況下，利用各種手段摘取他人器官，嚴重者就會對他人身體與生命安全造成極大的危害。例如，對他人心臟進行買賣，直接侵害的就是他人的生命。再者，就公平分配原則來說，器官買賣將會讓多數等待器官移植的病患中，公平分配規則的天秤就會嚴重向富人的傾斜，等同利用金錢來決定他人生死，完全破壞器官公平分配原則的精神，可能導致真有必要與急需接受器官移植者喪失生命，此也明顯牴觸人體器官移植的行善原則。

因此，本條例基於上述器官買賣極可能引發的社會問題與道德危機，依據第 12 條明確規定，提供移植之器官，應以無償捐贈方式為之，換言之，就是嚴格禁止器官買賣行為。另外，做為無償捐贈的配套，本條例第 15 條有規定，捐贈器官供移植之死者親屬，直轄市或縣(市)政府得予表揚。其家境清寒者，並得酌予補助其喪葬費。也就是說，器官買賣行為雖然非法所許，但在一定程度上，為鼓勵與肯定無償捐贈的善行，政府必須對其進行表揚，且在死體捐贈方面，也會視情節須要，在買賣範圍外，對其補助喪葬費。而若有以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登促使人為器官買賣之訊息者此類器官買賣的邀約行為，依本條例第 18 條規定，將會處以一定金額的行政罰鍰。

另外，活體器官移植的情況下，若活體器官的取得發生器官買賣的現象，往往背後就會引發很多社會問題，例如，窮人為了生存不得以出賣器官，不法集團為求利益，強盜詐騙摘取他人器官等。而為杜絕這類不法行為，本條例第 8 條第 1 項第 2 款有規定對接受移植者設有親等限制，必須是捐贈者的五親等以內之血親或配偶，使得進行捐贈，當初此等親屬限制的立法考量，主要是基於醫學實證觀點，認為血親間的活體移植，細胞與

組織較易相容、不易產生術後排斥現象，故能有效提升配對的成功機率<sup>26</sup>；且捐受贈者間具有親屬關係，亦可避免器官不法買賣的問題。另外，同法第 2 項亦分別規定能捐贈的配偶，應與捐贈器官者生有子女或結婚二年以上。但結婚滿一年後始經醫師診斷罹患移植適應症者，不在此限。

### 第三目 確保摘取器官的「自主同意」

人體器官移植手術本身屬於一種典型的侵入性醫療行為，無論是在手術過程中或結果，皆會對患者身體造成一定的損害。因此，理應受到自主原則的倫理約術，確保捐受贈者皆能在充分理解手術意義的情況下來接受移植手術。由於移植手術本身對病患而言，屬於一種治癒性的醫療措施，可於規範一般醫療行為的醫療法中尋求保障依據，而本規則屬於醫療法體系中的特別法，主要保障自主同意的主體，則是移植手術中供摘除器官的活體或死體。換言之，基於摘取手術的結果，僅僅是在侵害供體的身體健康或完整性，因此，本條例既然專門作為器官移植此等尖端醫療行的立法，就須設定更為嚴格與適切的規範來保障供體本身的器官不會在非自願情況下遭到摘取。

#### 一、活體器官取得採「自願捐獻制」

首先，就活體捐贈者來說，與國外立法相同，採取嚴格限定由本人明示同意的自願捐獻制。依據本規則第 8 條第 1 項第 1 款規定，捐贈器官者須為成年人，並應出具書面同意及其最近親屬二人以上之書面證明。該等同意的取得，就是法律對捐贈者自主權的保障。必須注意者，凡是成年人的器官摘取、皆須本人親自表達捐獻意願，任何人包括他的最近親屬都不能代其做出決定。也就是說，本款所謂的最近親屬書面證明，只為避免家庭倫理爭端可能衍生的醫療糾紛，希望捐贈者能在獲得親屬支持下進行捐贈，但同意的取得仍是以本人的意願為準。

另外，從本條例第 8 條規定可知，落實自願捐獻制的前提，必須是捐獻者本身有判斷思考器官捐獻意義的能力，為保護普遍心智尚未成熟的未成年者。原則禁止未成年者不得成為活體器官摘取的供體，但例外於本條第 3 項規定放寬限制，允許滿 18 歲的成年者可以進行肝臟器官的捐贈，

<sup>26</sup> 林忠義，註 23 文，66 頁。

不過，考量未成年者的心理狀態較不成熟，思慮往往不周，為保障未成年人的自主權，取得同意的對象除了未成年者本身外，法定代理人亦須同意。

此外，為確保活體捐贈者的同意是出於真摯，本條例第 8 條第 4 項規定，應經醫學倫理委員會評估捐贈者的完整心理、社會狀況，且在無壓力下及無任何金錢或對價之交易行為使得捐贈。而本條例第 9 條第 1 項特別規定，要求醫師在手術前必須針對摘取器官的範圍、過程、可能的併發症與危險做出告知說明，藉此始能確保捐贈者是在充分理解捐贈意義的情形下，自願同意移植手術的進行。

## 二、死體器官取得採「家屬推定同意制」

就死體器官移植而言，本條例主要側重的是捐贈者「生前自主同意權的確保」。依據本規則第 6 條規定在二種同意取得的情況下，醫師可摘取死體內的器官，1.死者生前以書面或遺囑同意者（生前填具器官捐贈卡）；2.死者最近親屬以書面同意者。

由此觀之，判斷是否可以摘取死者器官或組織時，死者生前所作出的明確決定應當具有絕對地位，因此我國器官條例也特別鼓勵人民能利用健保卡註的方式，在生前事行表明是否願意在死後捐贈器官的意願。不過，一旦死者在生前對是否捐贈器官的意向不明，仍能透過最近親屬的同意下來進行死體器官的捐贈。由此可知，按我國法規定，在死體器官取得來源的方式上，同時採取家屬推定同意制的配套，藉此擴大器官來源的機會與管道。

## 第四目 專門保障「移植安全」

原則上，本條例制定的目的，是著眼在兼顧器官移植手術的安全性與移植技術的應用發展。就器官移植的安全保障方面來說，由於移植手術本身極度複雜，充滿不確定性等高度風險，若稍不謹慎，後果可能將會同時危害受術者的生命與健康，因此，本條例基於移植醫療倫理內涵中的行善與不傷害二大原則，為參與移植手術的病患與供體，建構出一系列的安全保障規範。首先，本條例第 1 條規定就明白宣示了器官移植應符合「行善原則」的醫學倫理準則，目的是為恢復病患人體器官的功能或挽救其生命，且不得對供體造成過大傷害。

同時，由於器官移植手術本身的高度風險以及術後必對施術者形成的損害，本條例第 2 項規定施行移植手術，必須依據確實的醫學知識，符合本國醫學科技之發展，並優先考慮其他更為適當之醫療方法。換言之，器官移植的進行前提，必定是為挽救病患衰竭生命與低劣的生活品質，是在沒有其他醫療方案的情況下，不得以所為的醫療措施。也就是說，發動器官移植手術必須有秉持手段的謙抑性，在窮盡一切治療方法都無法成功治癒病情時，基於行善原則，醫師才能為維繫病患生命並恢復其健康而冒著一定風險來實施該移植手術。

由此可知，行善原則是人體器官移植的醫療倫理基礎，所有與移植相關的醫療行為舉止，都皆須在此原則上進行開展。不過，為減少器官移植本身手術的風險性，確保器官移植能安全進行，防止不必要的生命身體健康的損害，本條例遂針對具體的移植相關行為，基於不傷害原則陸續做出以下的倫理保護規範。

## 一、針對移植病患的安全保障

人體器官移植是一種高度複雜的尖端醫療技術，儘管目前世界各國的器官移植手術，都能在獲得極大成功的前提下進行，但相對於一般醫療外科應用技術而言，器官移植手術依然潛藏著巨大的醫療風險。「不傷害原則」是重要的醫學倫理準則，體現在器官移植醫療方面，就是要提醒醫方必須審慎評估病患進行器官移植醫療行為時的安全，避免對病人造成非治癒為目的之傷害，確切保障施術者的生命身體安全，本條例針對病患手術風險的預防與控制，規定具體的必要應對策略。

首先，本條例第 3 條規定器官移植的類目必須由主管機關單位發部的本施行細則指定，且依本條例第 10 條規定，實施摘除與移植手術時，應報報請中央衛生主管機關核定其資格及器官之類目，且須固定時間通報手術相關事項<sup>27</sup>。另外，本條例第 14 條規定，為妥善保存摘取之器官，以供

<sup>27</sup> 參照：人體器官移植條例第 10 條：「醫院、醫師應報請中央衛生主管機關核定其資格及器官之類目，始得施行器官之摘取、移植手術。醫院施行器官移植手術，應每六個月向中央衛生主管機關通報下列事項：一、摘取器官之類目。二、移植病例及捐贈器官之基本資料。三、移植病例之成效及存活情形。四、施行手術之醫師。五、其他經中央衛生主管機關指定之項目。前項通報內容及格式，由中央衛生主管機關定之。」以及人體器官移植條例施行細則第 9 條：「施行器官摘取、移植手術之醫院、醫師，依本條例第十條第一項規定報請中央衛生主管機關核定其資格及器官類目，應由醫院敘明下列事項：一、器官類目。二、施行方法：(一)捐贈者及接受者之選擇方法。(二)手術方法(三)治療方法。三、醫院相關儀器設備。四、符合中央衛生主管機關規定資格之文件。五、移植醫師與主要協同專業人員，並檢附其學、經歷

移植之用，得設置人體器官保存庫。根據上述，觀察器官移植的器官必須由衛生署指定與通報義務，醫療院所為妥善保存摘取器官，應設置人體器官保存庫等規定可知，對於器官項目的指定，可確保醫院是採取目前技術上以相對成熟且臨床醫療實踐亦取得實證成功依據的器官移植手術，而將移植風險相對較大、成功低落的器官移植項目排除，即有利於提升實行器官移植手術的成功率，提高移植技術的臨床應用，亦能確實保障病患的生命安全。對於人體器官保存庫的設置，可使未能即時運用的人體摘除器官，獲得良好完善的保存，有利於保障移植器官的質量與往後的運用。

同時，手術前，依本實行細則第 8 條第 6 款規定，醫學倫理委員會必須審查受贈者的移植適應症及禁忌症，確保移植手術有實證上的成功率。且為避免不適宜的人體器官，在移植手術後傷害病患的身體健康，本條例第 13 條與本施行細則第 11 條規定，經摘取之器官不適宜移植者，必須焚毀或僅得提供研究用途，且依本條例 14 條之 1 規定了人體器官、組織、細胞應經中央衛生主管機關檢驗核准，始得輸入或輸出。換言之，上述這些規定，分別針對術前與術中病患的安全進行防範，也有利於醫師拯救病患生命。

## 二、針對移植供體的安全保障

人體器官移植主要是在病患與提供器官者之間進行，移植手術成功的結果，病患能夠獲得找回健康的重生機會，相反的，若在活體移植時，提供器官者原本健全的身體，卻須承擔額外的身體傷害與副作用；死體移植時，亡者家屬也須忍受精神上的折磨。因此，「不傷害原則」在移植醫療倫理中，更加重視的就是官提供者的身體與生命安全，避免手術擴大衍生出摘除器官外的其他傷害。依據本條例第 1 條規定，醫師摘取器官的供體，可分為他人活體與死體二種管道，本條例遂分別針對活體與死體的摘取手術，進行規制保障。

首先，針對活體摘取手術的安全，主要規定於本條例第 8 條中，本條例第 1 項第 2 款規定，摘取器官須注意捐贈者之生命安全，同條第 4 項規定，

---

及所受訓練證明文件。經依前項規定核定之醫院，因移植醫師異動致不符前項第四款規定者，應依前項規定重新報請核定資格；因增加移植醫師者，應檢具前項第五款規定證明文件報請核定資格；主要協同專業人員有異動者，應檢附其學、經歷及所受訓練證明文件，報請中央衛生主管機關備查。經依第一項規定核定之移植醫師，得至其他醫院或適當處所摘取捐贈者器官。」

醫院自活體摘取器官施行移植手術，應經醫學倫理委員會審查，對捐贈者予以詳細完整之心理、社會、醫學評估，經評估通過使可捐贈。另外，該審查主體的限制，依據本實施細則第 7 條、第 8 條的規定，為避免利益衝突，醫學評估應由未參與移植手術的醫師為之。

再者，相較於活體移植，摘取死體器官本身並不會有造成傷害結果的問題，因此，本實施細則第 2 條規定，醫院、醫師施行器官移植手術，應優先考慮以死體捐贈的器官為之，目的就是基於不傷害原則，希望醫師優先採取不會衍生傷害他人健康或生命的移植方式。由此可知，對於死體移植的安全保障，主要關注的是死亡判斷時機是否合理適宜。為避免醫院過度追求移植效益，提前偷渡摘取實際尚未死亡者的器官，侵害器官供體的生命權。故依據本條例第 4 條、第 5 條規定，醫師自死體摘取器官施行移植手術，必須經衛生署公布的「腦死判定準則」嚴格判定病人腦死亡後始可為之，且為求判定程序公正客觀，判定醫師不得參與摘取、移植手術。

## 第五目 公平原則下「有效擴大器官來源」

公平原則，就是主要是著眼與有限醫療資源的合理分配，要求不論病患的財富多寡或身分地位，皆能在符合客觀需要性的前提下，獲得適當治療機會。就人體器官移植面向來說，由於器官來源更為有限，該如何將拯救病患生命的供體器官合理分配，就是公平原則主導器官分配法制化的主要任務。

按本條例第 10 條之 1 就是以公平原則為依據所建立的器官分配機制。本規定指出，醫院負有將願意捐贈器官及等待器官移植者資料，通報中央衛生主管機關的義務。且醫院為配合器官捐贈風氣之推動，如有適合器官捐贈之潛在捐贈者，醫院醫療人員應主動向病患家屬勸募，以增加器官捐贈之來源。另外，為促進捐贈器官能有效公平運用，本條第 2 款規定政府應自行設立專責單位或捐助成立專責機構，辦理前項資料之資料庫建置。目前我國依據本款規定，由衛生署捐助所設置的「財團法人器官捐贈移植登錄中心」，就是作為負責統籌、按公平分配原則促進移植器官有效運用的單位。

不過，在不為背公平分配原則下，為拯救更多等待器官移植的病患，立法上亦須多加思考如何擴大器官來源。本條例基於此等立法思維，條文規定中，往往能看出許多直接或間接性的規範作為達到擴大器官來源管道

效益的立法手段。就死體器官的取得來說，本條例第 4 條規定死體死亡的判斷是以腦死作為判斷標準，目的就是為了透過腦死標準前置死亡的時點，讓醫師有機會能取得更多機能運作良好的器官，亦能有利於移植手術的成功率。另外，第 6 條第 1 項第 2 款亦規定死者生前未出具書面同意者，最近親屬可代為同意，可在意外造成腦死情況下，透過家屬的意思表示，增加死體器官取得的機會。對於非病死的死體，為了避免延誤器官摘取時機，按本條例第 7 條規定，診治醫師得認定顯與摘取之器官無涉後，經檢察官及最近親屬書面同意，可非經相驗進行摘取。

另外，就活體器官取得來說，由於移植風險將同樣伴隨於器官活體捐贈者，因此，立法上無法對此類捐贈來源作出過多放寬限制。也就是說，衡量活體捐贈者自身的權利侵害可能，目前本條例仍傾向必須嚴格限制活體移植捐贈與程序進行。不過，基於我國的特殊社會背景，罹患肝病者過多，急欲等待接受肝臟移植手術的病患人數十分龐大，為了舒緩國內活體肝臟供不應求的窘境，本條例第 8 條第 3 項有條件的將肝臟移植的供體年齡放寬至年滿 18 歲的未成年者。亦即，滿 18 歲的未成年人，只要經過法定代理人的同意，就能將部分肝臟捐贈於其五親等以內的親屬。

## 第三節 人體器官移植行為的刑事規範

### 第一項 人體器官移植與刑事犯罪

隨著醫學科技的進展，各種發展成熟的先端醫療技術，拯救現代無數生命，幫助患者恢復健康。不過，在醫療效益顯著提升的同時，負面效果所引發的倫理爭議以及技術不合理的運用可能侵害人們的正當權益等問題，都是必須面對與解決的。而人類在運用生命倫理原則或控制這些行為時，人們也希望透過刑事法律手段促成對科學技術引發各種問題的控制。人體器官移植技術同樣作為近代先端醫療技術的代表之一，從移植的目的到手段方式，皆與人們的生命健康等權益息息相關，無論是醫療倫理準則或法律都須謹慎處理與應對。其中，刑法於人體器官移植活動中的角色定位與功能尤其重要，有必要先行釐清兩者間的關聯。

關於人體器官移植與刑事犯罪間究竟有何關聯，首先必須先說明犯罪的概念。所謂的犯罪，就是具有嚴重社會危害性的行為。社會危害性是犯罪本質屬性，是功能性犯罪定義的基本內容。嚴重的社會危害性就是具有

決定性意義的犯罪本質特徵<sup>28</sup>。另外，從人體器官移植手術構成面來探討。大致來說，人體器官移植技術必須是一種結合醫師、供體與患者三方關係為前提的特殊醫療手術，與傳統醫療行為存在明顯的區別。傳統醫療行為單純就是醫師與患者一對一的救助關係，第三人的生命或身體利益絲毫不會涉入其中，而人體器官移植手術則從根本上改變了傳統倫理觀念看待醫療行為的方式。

具體言之，由於異種器官移植技術和人造器官移植技術的發展尚遙遙無法供應醫學臨床實際應用的基本需要，因此，人體器官移植是在符合醫學適應性的要求下，需要通過犧牲或損害一個生命個體的利益去挽救另外一個個體的生命與健康，這就必然衍生出作為器官供體第三人的權益損害問題。正源於此一原因，人體器官移植可能衍生的各項討論中，關於生命與身體嚴重侵害性的問題，在刑事犯罪責任問題的討論上逐漸受到重視。

由於人體器官移植涉及第三人的權益確保，而從目前人體器官移植現況面的觀察，就能輕易的從犯罪動機來理解人體器官移植所形成的社會嚴重危害性。時至今日，全球器官短缺就是衍生人體器官移植犯罪問題的主要動機。目前等待移植患者數量遠遠大於願意捐贈者，患者自己生命無所不用其極的手段，背後連鎖形成的效應，就是一個龐大買賣、仲介的黑市集團的誕生，或者個人為拯救親人生命，透過威脅利誘等手段，私自買通醫院違反第三人的意願摘取器官進行移植。由此可知，人體器官移植行為牽涉的是人類對自己生命與身體健康的基本價值決定，身體器官若被強迫或未經同意的情況下遭到摘除，此時，對於生命與身體侵害的結果自然就是一種刑法有必要介入規制的犯罪行為。

綜上可知，所謂的人體器官移植犯罪，就是透過人體器官移植技術，攻擊他人而達到具有社會嚴重損害性程度的犯罪。換言之，這類屬於現代生命科學技術的犯罪，是指隨著現代社會生命科學技術發展而隨之產生嚴重侵害生命與身體健康權益的犯罪。一般主體實施人體器官移植犯罪的動機，主要都是由於器官來源不足所引發，在所有器官犯罪中，可以說是犯罪現象的主要成因，因此，圍繞器官移植所引發的犯罪行為，通常會直接侵害到受害人的生命與身體健康，破壞其身體的完整性，影響其生命的質量，也就是說，該類犯罪侵害的就是人的生命與身體健康等個人法益。

<sup>28</sup> 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2011年9月，頁84-85。

## 第二項 人體器官移植犯罪的法益侵害

人體器官移植所引發的犯罪，是指將以人生命、健康法益做為侵害對象的犯罪。這些犯罪都有一個共通罪質，就是在移植手術進行中，危害到當事人的生命與健康法益，客觀上具有法益侵害的嚴重社會損害性。因此，關於人體器官移植行為的犯罪本質，就是一種蘊含個人生命與身體健康法益侵害結果的不法行為，以下分別說明之。

### 第一款 黑市交易背後隱藏的法益侵害

所謂人體器官買賣，是指在人體器官轉移過程中，任何自己得到或給予他人利益，而同意出賣或得到人體器官的行為、或為牟取經濟利益而為器官買賣提供資訊，撮合，幫助等仲介行為<sup>29</sup>。由於人體器官供體極度匱乏，致使人體器官買賣行為的興起，作為需求者有效取得器官來源的重要管道。器官買賣行為已經引起諸多嚴重的社會問題以及倫理道德上的爭議，其中最嚴重的社會問題，就是提供不法份子獲取暴利的機會，甚至在許多第三世界國家中，運用一切暴力不法手段來取得器官，侵害他人生命與身體法益。

雖然世界各國目前多已傾向透過刑法作為嚇阻省段，對買賣行為進行處罰<sup>30</sup>。不過，平心而論，器官買賣行為本身應僅僅多數器官來源與分配的思考手段之一。買賣的基本精神中，同時也蘊含了積極勸募器官的正面思考，典型者無論是美國或我國，都有對於器官募得後進行喪葬費用等補貼。雖然，一旦將人的身體貼上價格標籤，很難否認道德倫理上的爭議不會出現，不過，單純以人體器官取得制度面的角度觀察，是否透過買賣方式取得器官，必然就會形成刑法必須介入關注的社會嚴重損害性問題，這點值得以下深入探究。

詳言之，從前文現象面的觀察可知，人體器官來源不足，各國往往考量各種情況，在避免爭議過大的情況下，普遍採取自願捐獻制輔以推定同意制的方式進行器官勸募。就患者個人考量，這些制度仍是在有限的器官來源下，進行符合公平性原則的前提下進行器官分配，如此很難在短時間內獲得理想的移植器官，此時，器官買賣交易自然就會成為患者透過金錢

<sup>29</sup> 劉長秋，器官移植法研究，法律出版社，2005年12月，頁117以下。

<sup>30</sup> 無論是德國、日本或我國都明文禁止，但差別在於禁止的方式。

利益快速換取器官的誘因。基於器官買賣獲取利益為動機，不法人士背後所從事的各種取得器官的不法手段，可能才是刑法首要關注的焦點。畢竟，買賣的行為雖有倫理爭議，不過也可能是來自於提供器官後，取得器官者的補償平衡心理。

就法益保護的觀點來說，動用刑罰規定純粹處罰器官買賣行為，似乎沒有一個充分的社會損害的必要性考量。法益的類型，除了個人法益外，尚包括集合各種抽象到具體利益而成的社會法益。必須注意的是，透過立法形塑的社會法益，只有最終服務於個體人民時，這種社會法益的保障才是合理正確的。舉例來說，刑法為了維護交通安全所設立的各項公共危險罪名，包括禁止醉態駕駛、阻塞通道等，其中所蘊含的，就是於交通往來間，個人生命、身體與財產等具體個人法益集合式的安全保障，在此原則基礎上，法益的內容，最終必須指向與個人社會生活有關的一切利益。倘若國家透過刑事立法方式，禁止一切身體器官交易行為，如同就是將「防止器官捐獻的商業考量」解釋為被保護的社會利益，但這當中，並沒有任何根據或理由顯示，某人如對於死後器官捐獻要求有利於其遺屬的適當報酬，對本人和社會到底產生了哪些具體損害<sup>31</sup>。

換言之，就刑法以保護法益為目的的立場來說，無條件運用刑法禁止任何器官買賣交易行為，由於沒有具體保護法益的內容支持，縱使該行為被公認為一種違反道德與生命倫理的手段，但單純道德違反的行為，並不能充分刑法規範的合法性。其實，從法益損害性的防止而言，一切買賣行為背後可能引發與利誘出的各種非法活動，例如未得他人同意，用強暴、脅迫、盜竊的手取得他人器官，造成傷害或死亡結果的行為，才是刑法基於對人民生命與身體法益保障的任務下，必須進行規制的犯罪不法行為。換言之，多數具有利益侵害連動性的不法買賣行為，例如，基於器官買賣而強制摘取他人器官而造成傷害的行為，該刑事處罰就會受到因維護被摘取者身體法益的理由所支持。

---

<sup>31</sup> Roxin 著，樊文譯，刑法的任務不是法益保護嗎，刑事法評論第 19 卷 2 期，2006 年，頁 152-153。

## 第二款 專指生命與身體的法益侵害

### 第一目 侵害受體的生命與身體法益

人體器官移植手術的目的就是爲了挽救接受移植病患的生命，恢復其健康。作爲整體醫療行爲的既得利益者，一般並不容易想像手術會對病患的生命與身體法益帶來何種侵襲性的結果。誠然，就結果來說，若移植手術過程與預後皆爲順利，患者確實會因此取回健康。不過，人體器官移植手術必須將病患的病體器官取出，重新置入正常功能的器官，此手術過程中，除了客觀上已侵害了患者的身體完整性，其生命法益亦同時陷入風險之中。

因此，一旦醫師因疏忽未於遵守醫療常規的情況下，不慎造成患者健康狀況下降，甚至是死亡的結果，就刑法的觀點來說，此手術行爲無非就是一種侵害患者生命與身體法益的犯罪行爲。由此可知，人體器官移植行爲對患者生命法益造成的風險以及對身體法益形成的損害是一種必經的手術過程，雖然不能否認手術對於患者而言，有極高的醫療利益與價值，但基於刑法保護法益的任務所在，仍不能放棄移植行爲對患者可能衍生的犯罪問題。

### 第二目 侵害供體的生命與身體法益

作爲人體器官移植的供體，是指移植手術中的第三人，其本身從有無生命態樣持續來區分，包括摘取具有生命的活體器官以及摘取無生命的死體器官兩種類型。本部分所要說明的，自然就是針對僅有活人才能持有生命與身體法益的供體侵害類型。同樣先從醫學的角度觀察，透過移植手術來摘取供體器官，對於供體本身來說，顯然就是一種侵害生命與身體健康法益的典型傷害行爲。

必須留意的是，不同於器官的植入行爲，雖然從短期危害的角度觀察，可能會構成侵害病患生命與身體法益的犯罪行爲；不過就長期來說，移植手術對病患仍是一種挽救生命恢復健康的醫療行爲。相反的，供體器官一旦遭到摘除，供體本身的健康必然就須承受相當程度上的貶損。由此可知，從活體摘取器官的移植手術，必然亦會對供體的生命與身體法益造

成侵害風險。

### 第三項 人體器官移植行為的刑事責任制度

生命倫理學的發展能為現代科技技術奠定政策和立法的基礎，對於生命科學引發的問題，生命倫理學先介入可以指引立法者解決方案。由此可見，人體器官移植立法服膺的倫理原則，包括行善原則、不傷害原則、自主原則、公平原則等，對於刑法的規制也產生很大的影響與指導作用<sup>32</sup>。倫理與刑法的交互控制，能夠有效消除現代科學技術的負面影響，並確保人體器官移植技術是社會人民一致認同的最大公約數。

如同上述，體器官移植過程中所引發的各種侵害人民生命與身體法益的犯罪現象，是對人類社會長久以來所賴以存續的生命倫理秩序的公然破壞，其存在必將對人類社會的發展帶來負面影響。為此，很多國家和地區都專門針對人體器官移植過程中所發生的各類違法犯罪進行刑法規制。不同於人體器官移植的行政法制設計，主要目的是較傾向於運用功能性調節的方式，順利帶動移植技術於醫療與社會中的妥適運作。而刑法的目的，則是從法益保護為出發點，對於這些調節功能與運作的過程，判斷是否有不合理以及侵害當事人生命與健康法益的犯罪現象。換言之，刑法於人體器官移植所扮演的任務，就是實現對其衍生的犯罪進行有效控制，保護正當的生命權益、保障生命科學技術的健康發展，維護穩定良好的社會秩序。

器官移植犯罪是與器官移植技術這一尖端生命科學技術有關的犯罪，然而，由於器官移植技術是最近十年才真正受到臨床掌握的生命科學技術，各國刑事立法的應對方式多有不同。除了本文先前提到，關於人體

<sup>32</sup> 典型的例子，我們可以說基於行善原則，我們必須在追求器官移植利益的同時，放棄某些刑法保障的利益。這些基於人體器官移植營造出的利益，就會成為阻止刑法規範介入的理由，在評價上就是一種阻卻犯罪成立的正當化事由，對此醫療行為的利益衡量，必須設下特定情況與要求，我們才會同意該器官移植的結果是有利益當化事由的。例如，於活體器官移植中，供體器官摘取的利益，指向的是患者本身的痊癒。對供體本身來說，很難想像這樣單純侵害身體的手術行為，為自己能帶來何種好處。因此，法律對於活體器官移植的允許，就會先行設下容許標準，例如，基於刑法的角度思考，法益放棄只限於輕傷害範圍，重傷或拋棄生命的摘取行為，原則不得容許。這是法律在器官移植摘取手術中，先行畫下利益衡量前提框架，其後，在輕傷的範圍內，唯一可以阻卻不法成立的正當化事由，就是供體的承諾，背後就是一種身體自主決定權的確保，這樣的承諾為何可以成為利益權衡下的勝利者，主要就是來自對供體本身自主權力的尊重。從現況面討論，患者與供體本身，或許是有家庭利益關係的親戚或父母子女等，這樣的決定，能為他的未來與生活獲取更大的精神實質利益，此時法律就需尊重其對親情或特定關係的認同感。當然，也有所謂善良風俗等界線的探討，本文並不同意，只要自主權是在不妨礙他人權利的前提下所行使，應當盡量尊重。

器官買賣行為欠缺法益保護必要性的爭議問題，不在本文討論範圍內。各國刑法對於人體器官移植的犯罪規制與討論，普遍是針對具有嚴重社會損害性，侵害供受體雙方生命與身體法益的不法行為。

雖然人體器官移植活動整體來說，有很多問題都對傳統刑法理論與制度帶來了挑戰。不過，刑法所關心的，如在活體器官移植中，醫生摘取供體器官是否構成侵害生命與身體法益的殺人罪或傷害罪、患者或供體的承諾可否作為免除醫生承擔刑事責任事由；死體器官移植中，腦死究竟是否是生命的終點，醫師未得供體承諾，究竟應負擔殺人罪責或是僅是毀損死體，這些都是人體器官移植帶給現代刑事理論嘗試透過立法解釋與評價與以解決的重要問題。

## 第一款 有關活體器官移植犯罪處罰

目前，世界上絕大多數國家都在立法及醫療臨床中將活體器官移植得以正當性，然而，為了確保活體器官移植順利進行，各個國家無一不對活體捐獻的程式和條件進行嚴格規定，而構成犯罪的移植手術通常都是由於違反這些程序規定所導致的。對於活體器官的刑事處罰，基本上都是因為未經同意而摘除器官，造成活體身體或生命法益的損害的方向進行規制。以下大致介紹成文法國家有關活體器官移植犯罪行為的刑事規定<sup>33</sup>。

供體的同意是醫生摘取其器官用於移植而不構成犯罪的前提，然而，如果供體的同意可能會導致其死亡，則該同意就屬於無效同意，此醫生就可能因此而承擔刑事責任。德國對於活體器官移植程序的刑事處罰，規定於《器官移植法》第 19 條第 1 項第 1 款中，凡若醫師對於未成年或無同意能力者摘取器官，或未對有同意能力者，盡告知義務或未經同意而摘取器官，皆須處以 5 年以下有期徒刑或科罰金；在法國的《公共衛生法典》就對活體器官移植的條件與程式也有嚴格限制，如禁止摘取未成年人活體器官、摘取成年人活體器官須以具備醫學上的必要性為前提且須獲得捐獻人之自願同意、移植必須在得到法定機構批准的基礎上進行等，如果醫生違反這些規定，都將會被追究刑事責任。

而在俄羅斯，器官摘取必須以供體的自願捐獻為前提，違者將被追究刑事責任，依《俄羅斯聯邦刑法典》第 120 條為此明確規定：「使用暴力

<sup>33</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 188 以下。

或以暴力相威脅，強制摘取人的器官或組織做移植的，處 4 年以下的剝奪自由，併處或不併處 3 年以下剝奪擔任一定職務或從事某種活動的權利。犯罪人明知他人處於孤立無援的狀態，或在物質方面或其他方面處於對犯罪人的從屬地位而對其實施上述行為的，處 2 年以上 5 年以下的剝奪自由，並處或不並處 3 年以下剝奪擔任一定職務或從事某種活動的權利。」

相比之下，《澳大利亞聯邦刑法典》中關於活體器官移植犯罪的規定則是目前世界上最為嚴厲的。該法典第 268.96 條規定：如果符合下列情形，則行為人的行為構成戰爭罪中的為移植而輸出血液、切除組織和器官罪：1. 犯罪人為了移植而從一人或數人的身體上轉移血液、組織或器官；而且 2. 在移植血液的情形中，該移植不是為了輸血或在沒有此人或數人同意的情況下；而且 3. 在轉移皮膚的情形下，該手術不是為了移植或在沒有此人或數人同意的情況下移植；而且該移植的目的不是為了治病。依據該規定，對這類犯罪可判處 25 年監禁。

總體而言，知情同意是大多數國家採用的器官獲取原則。對於活體器官移植，醫院和醫師應當告知供體關於器官摘取所涉及到的手術性質、對身體健康的影響和可能的風險等資訊，捐贈者本人應當對上述資訊有清晰的認識，在沒有任何不當干涉和影響的情況下自主、明示地做出同意捐獻的意思表示，一旦違反就會構成刑事責任。在我國的人體器官移植法制中，並未對違反活體移植程序做出任何刑事處罰規定，僅依該條例第 19 條說明，若有任何違反移植規範而涉及刑事責任者，必須依相關法律處理。換言之，在活體器官移植過程中，若有任何侵害身體或生命法益情事，均因回歸普通刑法典來尋找處罰依據，如傷害罪、重傷罪以及加工自重傷（殺）罪等。

## 第二款 有關死體器官移植犯罪處罰

一般認為，醫生為移植而摘取死體器官，應該以自願捐贈為原則，不能違背死者本人或其近親屬的意願，否則就是非法的，應承擔相應的法律責任。通常情況下，醫生摘取死體器官前，必須充分考慮死者生前是否有捐獻器官的意思表示和死者近親屬現在是否同意捐獻死者的器官。對此，各國器官移植法往往都有明文規定，只不過在具體條文上略有差異。而圍繞死體器官移植所引發的犯罪基本上也都是由於醫生未在知情同意的基

礎上利用死體所導致的<sup>34</sup>。

在英國，根據 2004 年《人體組織法》的規定，醫生必須出具死者生前明確同意捐獻遺體器官的證據才可以從死者身上摘取器官，且必須嚴格根據死者的要求摘取相應的部分，否則，便可能會被訴之以罪責。在法國，死體受到嚴格的法律保護，任何未經死者本人生前同意或其家屬同意而私自處理其遺體或摘取其器官的行為都構成對死者死體之侵犯，將會被處以 1 年監禁並科 15000 歐元罰金；法人實施這類犯罪的，也將被科以刑事責任。而澳門器官移植法也規定，擅自從死體上摘取器官或組織，最高可處兩年有期徒刑或最高 240 日的罰款。

另外，在死體器官移植方面，各國規定差別比較大的是對利用腦死亡者器官行為的處理。由於受文化、習俗等諸多因素的影響，各個國家和地區對腦死亡的認同和接受程度大不相同，有些國家制定了本國的腦死亡法，明文規定腦死亡為人的死亡標準，有些國家雖未制定腦死亡法，但也默許醫學臨床實踐中的腦死亡判定操作，而有些國家則不認可腦死亡。在這種背景下，各國對利用腦死亡者器官進行器官移植的做法往往有著不同的評價。

具體而言，在那些已制定腦死亡法的國家，一般都允許利用腦死亡者遺體或器官，而醫生通常不會擔心因此而承受刑罰；在未制定腦死亡法但認可實踐中的腦死亡操作的國家，刑法通常僅追究那些因利用腦死亡者遺體器官而造成較為惡劣社會影響的醫生的刑事責任；而在那些尚未對腦死亡加以立法且實踐中也不認可腦死亡操作的國家，醫生利用腦死亡者器官的行為則通常會被以殺人罪追究刑事責任。但毋庸置疑，無論是在已制定腦死亡法的國家和地區，還是在那些未制定腦死亡法的國家和地區，未經死者或其家屬同意而利用其遺體或器官的行為都是非法的<sup>35</sup>。在我國，對於腦死者的器官摘取，是歸類為死亡後的死體摘取程序，因此，一旦被判定腦死後，醫師應當不會受到殺人罪的指控。不過，必須注意的是，由於依據我國器官移植條例的規定，腦死判定程序必須經過本人生前或家屬的同意，因此，若醫師未經同意恣意進行腦死判斷程序者，將可能會有構成毀損屍體罪的問題。

<sup>34</sup> 劉長秋，同前註，頁 189-190。

<sup>35</sup> 劉長秋，註 33 文，頁 190。

## 第四節 小結

面臨人體器官嚴重供應不足的現象，各國無不在器官取得的制度上做設計或調整，在此思考下，各國一方面透過積極的行政立法，建立各項提升捐贈效率、合理分器官的準則，目的是為對症下藥，從問題癥結點的方向，希望透過更合理公平的分配制度，平衡目前器官供體來源嚴重不足的現象。其中，無論是腦死的立法到家屬推定、國家推定同意等制度建立，似乎可看出各國都嘗試將死體器官來源管道的擴張，做為人體器官移植發展政策思考下的首要方式。同時，各國法令也不曾放棄活體器官的取得途徑，因此，若從宏觀的角度檢視器官移植手術，一旦行政法令或醫療作為，態度上積極朝向擴大器官取得機會的功利目的傾斜，無論是潛在器官捐贈者或是植入器官者，皆會有權利侵害的疑慮出現。

誠然，尖端醫療科技的發展，總能快速帶動人類社會前進，對文明發展具有十分重大的影響與意義。不過，尖端醫療科技為人類帶來的影響如同雙面刃，自身具有的特殊性，使得國家運用法律手段介入規範時，往往必須採取審慎的態度。刑事處罰，作為國家控制社會的最後手段，對此種生命科學技術衍生損害的效果就須更加注意。因此，法律若能適中扮演自身角色，維護追求正常社會秩序的公益目的，又不妨礙科學技術的發展與進步，才能為人類社會創造雙贏的局面。

觀察上述各國關於人體器官移植活動的立法模式，雖然希望朝向擴大器官來源的方向設計，但作為制度核心的人體器官勸募機制，設計上普遍仍是放棄容易引發非爭議的買賣制度，而謹守自願同意為原則，推定同意為例外的自願捐獻機制。從生命倫理學的立場觀之，這是一種自主決定權的高度尊重與體現。不過，自主原則為何儼然就是人體器官移植法制的核心概念，成為進行人體器官移植手術的主要合法化門檻，這問題必須從刑法保護法益的角度去做延伸思考。

其實，人體器官移植手術的本質，是會侵害人體健康、危及生命的高風險醫療行為，從刑法的角度觀之，對於人體器官移植手術的關注，就是站在保護生命與身體法益的立場，為該行為設立了一道不可輕易跨越的底限，刑法必須在他人自願的情況下，才能忽略器官移植手術為供受體二者所帶來的法益損害。換言之，在人體器官移植行為中，自願同意除了表示尊重他人意志外，更重要的意義則是賦予刑事合理化的重要依據。

這樣的思考背後，是一種利益權衡的概念形成。人體器官移植技術作為一種帶動生命科學技術進步的典型，目的是用醫療手段幫助更多患者延續生命恢復健康，因此，其反面對社會創造的損害現象，就須經過慎重的思考，決定在何種情況下我們必須為追求移植利益，而去忍受這些社會損害的發生。就目前各國法制觀察，人體器官移植行為與刑事犯罪的關連，普遍將框架設立於未經供體或受體同意，逕自進行器官移植手術的行為，亦即，從立法規範的目的可知，人體器官移植的合法底線，就是透過刑法理論從法益保護觀點建立的犯罪判斷上。

簡單來說，人體器官移植手術是一種侵害生命與身體健康權益的社會損害行為，基於利益的追求，至少在經過當事人同意的情況下，我們允許進行手術。患者與供體雙方的自主意願與決定，是人體器官移植手術追求利益大此大前提下的基本要求，或許基於現實層面的利益思考，法制面會對不同情況，於自主原則上做出進一步放寬或緊縮的調整。例如，對於死體器官的摘取同意，無論是國外或是我國法令，原則上就會允許推定同意進行補充，這是基於一種現況面的利益權衡，為拯救尚有機會繼續維繫的生命，對於已無生命利益者就會居於相對弱勢，兩相權衡下，自然就會放寬其保障要求。另外，針對活體器官的移植，手術刀一旦劃入就會帶給供體一定傷害，因此，利益衡量下，刑法無法放棄相對也是持有生命法益者的權益保護，立法上的設計也會趨向嚴格的判斷拘束。

從上述觀念就可理解，刑法的規範與評價，對於人體器官管制法令的制定，有相當重要的指導功能。主要理由就在於面對人體器官移植行為，刑法本身的任務是以生命與身體法益的保障為基準，而從移植行為本身帶有的侵害性出發，可以發現自主同意的概念相當於刑法是否允許法益持有者放棄法益的概念相當。而自主原則的內涵，以及與刑法正當化事由的意義，兩者互相影響與交互作用下，從中分析出來的標準，就能成為建立人體器官移植法制的正確方向。

本章首先透過法制面的建立與刑事立法目的與內容的介紹，指出在人體器官移植行為中，對刑事判斷上的重要性，進一步的，從器官取得制度的設計可知，多數國家對於合法化事由的建立，都是透過自主同意原則的精神，希望當事人是自主自願的情況下進行移植活動，這即點出醫療自主決定權與刑事正當化事由間的重要關係，以下將分別從醫療行為建立的刑事合法化標準分別說明人體器官植入行為以及摘取行為，於刑法犯罪中該如何評價。



## 第四章 人體器官移植行為得承諾的刑法定位

### 第一節 前言

人體器官移植的發展，解救了許多命在旦夕，每天正為病魔與生命拉扯對抗的患者。從醫療行為幫助患者維繫生命，恢復健康的目的來說，移植手術是一種高利益價值的尖端醫療措施。不過，水能載舟亦能覆舟，透過人體器官移植手術，將健康器官植入患者身體的過程，對患者亦會造成極大的風險與損害，稍有不慎，醫療的反面刃就會輕易劃傷患者的身體甚至是生命。相對於移植行為會患者身體健康帶來的正向利益，器官的摘取行為，往往僅是拯救患者，卻對自己的身體健康百害無利。無論是摘取或是植入的移植行為，觀察各國關於人體器官移植行為的刑事立法，多是圍繞在供受體二者間的生命或身體法益侵害問題，規範設計上，又是以未得當事人同意的移植侵害為重要處罰條件。因此，我們可以藉此觀察得知，在人體器官移植行為中，無論是摘取供體器官結果，或是植入受體器官過程，對其造成的身體損害，縱然背後能為個人或社會帶來多少利益，仍須受到刑法規制，而是否在當事人同意前提下進行移植，則是判斷行為有無刑事可罰性的重要關鍵。

我們深信，一個符合醫療適應性與技術穩定性的醫療行為，可以精準無誤地幫助患者找回健康或成功創造社會利益。不過，醫療行為一旦具有侵襲性，本質上對人體造成的傷害結果，就刑法的立場而言仍舊無法輕易忽視。若試圖脫去人體器官移植行為的良善外衣，內在就如同普遍的外科手術一般，屬於傳統學說認定的侵入性醫療行為，造成患者傷害的結果，自然須從刑法理論中尋求正當合理化的基礎。本文以下將藉由刑法保護法益的目的來思考人體器官移植手術所衍生的本質侵害性問題，從保障供體與受體生命或身體法益的立場，說明醫師的移植行為，應當在何種評價條件下，才能超脫刑事犯罪的處罰規制。

## 第二節 人體器官移植行為的刑法意義

人體器官移植行為屬於尖端醫療行為的一種。若欲理解此行為應如何在刑法上進行解釋與評價，首先就須釐清醫療行為的概念為何。由於現代醫療服務內容具多樣性，醫療行為概念範圍往往流於浮動，難以界定，這也是目前實務與學說都無法簡單明瞭說明醫療行為究竟為何的主要問題。本文嘗試透過行為的本質與目的分析，說明醫療行為的意義，同時界定何種醫療行為應有刑法積極的評價意義。進一步者，對於醫療行為是否該當傷害構成要件的問題，目前學說上也有正反二說不同意見，本文分別簡單介紹後，並於最後闡述醫療行為傷害說的主張者，如何從實質違法性的角度來詮釋醫療行為得依業務正當行為阻卻違法的主要理由。

### 第一項 人體器官移植是創造利益的醫療行為

#### 第一款 醫療行為的概念

#### 第一目 醫療行為的多樣性

傳統上，所謂的醫療行為，是指有關疾病的診斷、預防、畸形的矯正、助產及各種基於治療目的及增進醫學技術的實驗行為<sup>1</sup>。由此可知，從中古西方世界的醫療觀中，由於不斷面對傳染病等疾病的治療與病理研究，對醫療這一名詞的詮釋，往往蘊含著恢復患者健康的概念認知。不過，從醫療歷史現象面的視角觀察，由於醫學研究者的努力以及近代科技的發達，近代醫學領域也產生突破性的革新，傳統醫學的臨床運用，從最初單純止於疾病的治療，漸漸發展及於矯正、復健與保健等預後處遇，直到現代，醫療技術開始服務於重塑完美人格的美容事業，無論是抽脂、自體脂肪移植與隆胸、雷射除斑等等，都是典型外科醫療手術的再應用<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 關於醫療行為的定義與類型的詳細說明，參照：蔡墩銘，醫事刑法要論，翰盧，2005年9月，頁113以下；甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2006年6月，183頁以下；曾淑瑜，醫療倫理與法律15講，元照，2010年4月，頁1-2；李柏璋、曾平杉，醫療紛爭在臨床醫學與法律實務探討，新學林，2010年1月，頁8以下；劉文瑤，醫事法要義，合記，1999年11月，頁159以下；黃丁全，醫事法，月旦出版，1995年11月，頁77以下。

<sup>2</sup> 吳志正，醫療契約篇—解讀醫病關係I，元照，2006年9月，頁47以下。

由於這類舉止都是在傳統醫療技術的創新發展下所嘗試應用。可見醫療行為的概念已經相當廣泛，除了考量醫療水準外，人民生活型態及價值觀的變動，都會影響擴張醫療行為概念外延的因素。醫療行為以治癒他人為目的的傳統色彩遭醫療技術元應用的發展所沖淡；相對的，廣義的療效，除了治癒健康外，人類對於心靈與人格伸展的需求，也逐漸成擴及成爲醫療行為的施予對象。醫療行為的多樣性已經成爲現代定義醫療概念的難題所在，以下再從實務的相關解釋表現醫療行為不明確性的特徵。

## 第二目 醫療行為的不明確性

醫療行為的概念一直充滿不明確性，這是醫療行為多樣化的必然之理。目前實務對於醫療行為的解釋，迴避了概念性的統一詮釋，嘗試從現象面觀察各式醫療行為的特徵，並從中篩選做出歸納。依據相關主管行政機關的解釋，自 1976 年 4 月 6 日衛署醫字第 10788 號函，將醫療行為定義爲「凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健爲直接目的，所爲處方或用藥等行為之全部或一部之總稱爲醫療行為。」後，一直發展至 2002 年 9 月 23 日衛署醫字第 0910062996 號函解釋，「按醫師法第二十八條所稱醫療業務之行為，係指以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺爲目的，所爲的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療爲目的，所爲的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部，均屬之。」由此觀察，醫療行為的內涵確實隨著時空的進展不斷被擴張補充，但是仍然無法真切的表達其意義。

對此困境，有學者認爲醫療行為的意義有分明確型與非明確型，明確型醫療行為的認定十分清楚，但非明確型的部分則灰暗不清，也因此造成醫療行為的爭議<sup>3</sup>。雖然醫療行為有其特性，諸如持續性、侵入性、專業性、密室性、機密性、裁量性與時效性等，但仍難就其特性加以定義，針對模糊的非明確型醫療行為，僅能以案例方式討論分析。不過，仍有學者欲直接對醫療行為下定義，認爲醫療行為具有三要素<sup>4</sup>，1.醫療目的，即以治療、矯正或預防目的；2.醫治行為，即有診察、診斷及治療行為；3.用藥行為，開立處方或用藥，這樣的想法與 2002 年 9 月 23 日衛署醫字第 0910062996 號函解釋相近。

<sup>3</sup> 劉文瑤，註 1 書，頁 159。

<sup>4</sup> 蔡墩銘，註 1 書，頁 113、114。

另有論者認為，當前衛生署對於醫療行為的解釋過於狹隘，無法囊括當今醫療行為的全貌。因為醫療行為除以治療為目的外，另有非治療目的的醫療行為，或臨床性、實驗性的醫療行為等<sup>5</sup>，將醫療行為的認定擴大，才能夠全面保障人民的健康安全。這樣的看法將醫療行為的範圍放得更大，因此除了出於醫療目的以外，整形、變性等，因對受術者的身體與健康完整性具有一定危害，均被認為是醫療行為的一種；並且將醫療行為的準備、輔助等行為亦納入醫療行為之中。這樣的看法意味著，醫療行為不以是否具有治療性為必要，似乎直接挑戰以治療、矯正與預防疾病為本質的醫療行為<sup>6</sup>。

## 第二款 尋找醫療行為的概念核心

### 第一目 增進社會利益的專業行為

從現象面來理解醫療行為，可以輕楚了解他所呈現的多樣型態，內容顯然難以維持固定，對於醫療行為的看法，從不同立場，就會有不同結果。從社會學的角度審視，由於社會中每個人都有必需參與的社會活動，無法適切扮演自身角色的患者，透過醫療行為的幫助，就能讓其順利回歸社會。由此可知，傳統醫療行為強調對人體健康的治療功能，是一種社會義務的履行，若從社會效益面向思考，無論是早期所強調的治療目的，到現代擴及至各種主觀利益的追求（美容、輸精管結紮、非必要性墮胎等等），醫療行為所扮演的，都是一種增加人類與社會利益的科技技術。醫療行為的本質，就是在利益權衡下，幫助人類美好生活的手段方式<sup>7</sup>。

由於醫療行為的定義有其困難，醫療行為雖然可以描述卻難用透過文字詮釋來清楚定義。是否屬於醫療行為，除了仍須留待實務個案的判斷與

<sup>5</sup> 蔡振修，醫事過失犯罪專論，自版，2005年9月，頁58、59。相同看法可參考：郭吉助，論醫事法律上之醫療行為－由法制面談起－，台北榮民總醫院 [http://homepage.vghtpe.gov.tw/~ged/listn/listn\\_a122.htm](http://homepage.vghtpe.gov.tw/~ged/listn/listn_a122.htm)（最後瀏覽日期：2011年10月5日）前司法院政風處長郭吉助認為，醫療行為是「以回復病人之健康、除去其身體之傷害、矯正其身體之缺陷、避免其身體之殘障為目的（以治療為目的），利用藥品、器材、手術或其他處理所從事之行為，以及包括基於前述目的所從事之問診、檢查、檢驗、診斷等準備或輔助之行為。從事整形、變性、墮胎、器官移植或人體試驗，而對病人採取足以影響其身體之完整性或造成其健康之危害性的措施，均視為醫療行為。」

<sup>6</sup> 王紀軒，密醫罪或業務過失犯罪－以新時代診所案為例，高大法學論叢第6卷2期，2011年3月，頁9以下。

<sup>7</sup> 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54以下。

持續歸納外，從社會效益面向的角度思考，無論醫療行為的定義或判斷標準，皆不應脫離醫療行為的本質，應為「增進社會利益的專業行為」。

## 第二目 創造利益與風險控制

醫療行為的本質，無論是從目的性或損害性區分，會被稱為醫療行為，應當具備本質上的構成要素。這些要素必須同時朝向「創造利益」與「風險控制」的角度去思考建構。當前，我們會認為，醫療適應性與技術正當性是構成醫療從業人員實施醫療行為的適格前提。

所謂的醫學適應性，是醫療行為的範圍，必須具有被容許適用的性質，以往傳統純粹追求患者健康的治癒性醫療，就是典型具備適應性的醫療行為，不過，適應性的範圍，會隨著社會追求個人利益與幸福的需求而不斷調整，如同目前很多非治癒性的美容技術，也逐漸被社會大眾所接受，認同為醫療行為的一種。另外，所謂的醫療技術正當性，則指醫療行為須具有契合於現代醫學理論與技術水準的性格，醫療的手段或方法須為一般醫學界所普遍承認。例如，新的治療方法，需要在謹慎的醫學研究與臨床試驗後，確認對患者生命、身體不會有過度危害時，才能被認為具有正當性<sup>8</sup>。

醫療行為的適應性，要求醫療行為於個案適用時，必須是一種創造利益的社會行為；技術正當性的背後則是蘊含著風險控制的概念，當創造利益的行為，普遍將形成更大的風險或危機時，即非為醫療行為。舉例來說，截肢手術符合外科醫療技術的正當性，主要適用於保全患者生命（如糖尿病惡化、蜂窩性組織炎、肢體嚴重創傷）時所運用的醫療技術。不過，醫師一旦僅是對感冒的患者進行截肢，縱使最終不會危急生命，但該行為已經完全脫逸創造醫療利益的適應性要求，不是醫療行為。相對的，為了拯救腎衰竭者的生命，以豬腎進行異種移植，雖然符合醫療適應性，是為患者利益努力，但異種移植目前尚未經醫學界廣泛認可，欠缺技術正當性，對患者的風險不被容許，亦非醫療行為。

<sup>8</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，註1書，頁37以下；李柏璋、曾平杉，註1書，頁10-11；靳宗立，註7文，頁53。

### 第三款 人體器官移植行為的社會利益與法益侵害

如同上述，醫療行為在具有技術正當性的前提下，尚需為受術者創造一種客觀上被大眾認同的社會利益，才能堪稱為醫療行為。此外，縱有醫療行為外觀<sup>9</sup>，如俱備醫師合格執照的從業人員所施行，也不能逕自認定是醫療行為。最明顯的案例如醫師利用業務之便，藉仇家來診機會，開立處方時加入毒藥。經刑法判斷，這自始即非醫療行為概念下的不法殺人行為。另外，一般基於醫療適應性與正當性的敷藥或創傷治療或是感冒症狀的舒緩，是自始對患者身體健康發揮療效的正向處置，屬於醫療行為本無疑問，但診療過程中，這類醫療行為發生權利侵害的爭議的機會很低，已先行排除在本文的討論之外。

總之，本章設定所要討論的人體器官移植行為，本質上除須具備「醫學的適應性」以及「醫學技術的正當性」二者為前提要求外，尚須將焦點置於醫療過程中，行為對供體與受體所造成的重大侵襲特徵。舉凡一切外科手術、腫瘤器官組織的切除等治療或檢查措施，施術過程中，對患者的身體外觀往往會造成無可避免的損害。而醫療行為的本質既然是具備適應性與正當性為追求患者利益的合宜處置。此時，刑法所要過問的，就是當運用此類技術追求利益時，一旦無法避免造成患者身體健康的損害時，是否仍有必要介入進行法益維護的工作。換言之，人體器官移植行為是具有醫學適應性與技術正當性且對患者身體健康伴隨一定風險損害的侵入性醫療行為<sup>10</sup>。由於，侵入性行為所造成的傷害結果與刑法關連甚深，也是目前實務與學界討論評價的焦點，本文為求閱讀簡便，以下若未另行交代，則一切提到「醫療行為」或其相關論述，都是針對人體器官移植行為此種侵入性質的醫療措施進行闡述。

<sup>9</sup> 在充分掌握醫療行為這兩項核心概念後，若拿來檢視密醫的問題，可以理解，密醫本身只是欠缺了醫師資格者，其所為者，一旦符合醫療適應性與醫療技術正當性的要求，我們就不能恣意斷言欠缺身分者所實施的並非是醫療行為。這與通說認定業務的內涵，不全然必須考量本身是否取得國家證照或執業資格的見解，不謀而合。

<sup>10</sup> 日本通常稱為侵襲性醫療行為。本文認為，良善是醫療行為的本質，「侵襲」的字義，卻多少隱含著負面寓意，若將此文義精神作為醫療行為樣態與舉止特徵的形容，恐怕他人對醫療行為的價值認知，就會在根本目的上產生矛盾觀感。因此，採用「侵入」的詞彙來形容這類對人體造成損害的醫療行為，較能中性客觀的點出該行為態樣的特質，也不致帶有否定醫療行為為良善價值的意味。

## 第二項 人體器官移植行為與（重）傷害結果

醫療行為通常是對醫療對象身體進行物理性或化學性作用的技術行為，儘管是具有醫療適應性與技術正當性的處置，於診療時仍會使人體健康與完整性產生一定損害<sup>11</sup>。如同人體器官移植行為的手術，就須先將患者體內的器官取出，再替換為能正常運作的健康器官，在這過程中，必然會對供體與患者造成極大的身體侵害。一般刑事在評價此種具有侵入性特徵的醫療行為是否該當刑法傷害罪的議題，目前國內外實務與學說仍有不同看法，本文以下分別說明之。

### 第一款 刑法上對傷害解釋

#### 第一目 傷害的概念

刑法上對於傷害概念的解釋，涉及了刑法對於人民身體健康法益保障的深度與廣度，學說上對此有不同看法，本文以下先從憲法的角度提出身體健康法益的權利原型，藉此釐清法益內涵為何，並從中找出傷害概念的解釋方向，另外，由於我國刑法尚有按照傷結果的按程度，劃分出所謂重傷型態的處罰，由於醫療行為也有可能對患者構成重傷結果，在此一併說明重傷的意義所指為何。

#### 一、法益保護方向

由於身體與健康是與生命法益緊密相關的重大個人法益。德國基本法第 2 條第 2 項就明文宣示「身體有不受他人傷害的權利」。我國憲法雖然未在人民基本權利保障的章節中，明文揭示人民有身體有不受傷害權，僅於憲法增修條文第 10 條第 6 項規定國家有保障婦女人身安全的義務。不過，在大法官在釋字第 372 號解釋中則有明確指出：「維護人格尊嚴與確保人身安全，為我國憲法保障人民自由權利之基本理念」。因此，有學者認為，憲法所謂人身安全的維護，應具有制度性保障功能，而透過解釋方法，亦能從「人身安全」的精神中，將身體不受傷害權，融入其制度性保

<sup>11</sup> 吳志正，醫療責任體系篇—解讀醫病關係 II，元照，2006 年 9 月，頁 331 以下。

障的內涵範圍<sup>12</sup>。

關於身體不受傷害權的意義，應指在確保身體的完整與健康，包括外在的形體與內在的器官組織到無形的心理與精神。從人的物質（肉體）層面言，是指每個人有權要求，法律除保障肉體及其生理機能的健全外，尚及於精神與心理狀態之健康。質言之，對身體構成傷害，是指直接或間接影響到身體本質，改變其特質。基於制度性保障的要求，各國立法者都會透過刑法規範，將身體不受傷害權轉化為應受刑法保障的身體健康法益，而將傷害作為一種侵害法益的犯罪行為。我國刑法基於對身體與健康法益的保障，刑法第 277 條規定的普通傷害罪，就是對於傷害身體與健康行為所設立處罰規範，基本上是從他人身體完整性與生理機能正常運作此兩方向進行保護<sup>13</sup>。

## 二、傷害概念的爭論

基於刑法的保護法益的觀點，首先須從傷害健康的角度解釋，健康是指人的生理與心理機能呈現正常健全狀態。生理機能的健全，是身體組織機能的正常作用；心理機能的健全，則是精神作用的正常運作。在此概念下，傷害是指損害他人生理與心理機能，使健康狀態達到至不良變更者，此說一般稱為「生理機能障礙說」。有學者認為，採生理機能障礙說者，不但契合傷害概念，也符合社會一般通念對傷害的感覺，因此，行為若未達到損害生理或心理健康的程度，就非刑法所要關心的傷害行為<sup>14</sup>。關於生理機能造成障礙的行為的具體實例，不只限於創傷、擦傷、碰撞傷等外傷，尚包括疲勞倦怠、胸部疼痛、腰部壓痛、頭暈、嘔吐、失神、中毒、感染疾病、外傷後功能障礙等等<sup>15</sup>。

至於行為結果是否有必要達到妨礙生理機能或傷害心理健康的程度，方能為傷害。對於此問題學說見解不一。例如，即使沒有造成生理障礙，但是造成人外貌顯著變化的行為，如切斷頭髮或鬍鬚等，有力見解從傷害罪保護者應無身體不可侵犯性的立場出發，認為傷害行為是指損害他人的身體完整性，基於身體完整性的維護，強調只要破壞身體固有的

<sup>12</sup> 李震山，身體不受傷害權，法學講座第 25 期，2004 年 1 月，頁 8。

<sup>13</sup> 林東茂，一個知識論上的刑法學思考，五南，2007 年 10 月，頁 184-185。

<sup>14</sup> 日本實務與國內學者都認為，若未致妨害生理機能的情況，尚未傷害健康或身體的程度，自不得視為輕傷。

<sup>15</sup> 西田典之，刑法各論，弘文堂，2010 年 2 月，頁 41。

完整狀態，縱使未發生機或心理機能上的變異亦為傷害。剔除他人毛髮，身體完整性已經受損，是為傷害，此說一般稱為「身體完整性說<sup>16</sup>」。

必須說明的是，由於身體完整性的維護，除了對外部身體的保障外，同時也能解釋為對內部生理器官與心理精神的保護。因此，依據「身體完整性說」的見解，雖然亦能涵蓋「生理機能障礙說」的概念範圍，不致成為法益保護疏漏的解釋；不過，一旦僅僅強調身體完整性的說法，可能就會面臨拔掉一根毛髮或剪掉指甲等同樣視為傷害的荒謬問題，形成過度擴張刑事處罰的疑慮<sup>17</sup>。

值得注意的是，關於身體安全的保障，日本刑法有規定關暴力行為的刑事處罰（日本刑法第 208 條暴行罪）。本規定主要處罰者，是一切對身體沒有產生傷害結果的物理暴力行為，例如，對他人身體施加拳腳、推拉等攻擊行為。有學者即認為，為了將本罪與傷害罪清楚區分，避免適用混淆，傷害的概念應該採取生理機能障礙說的解釋較為妥適，若僅是身體外觀完整性的損害變更，直接適用暴行罪處罰即可<sup>18</sup>。

不過，基於上述形成法情感干戈的不合理之處，有學者仍然認為所謂生理機能的損害，實際上與明顯改變身體外觀、身體外在完整性有實質不同，若將傷害概念擴張到性質與傷害概念不同的部份，並非妥適，且社會通念上應該可以忽略這種輕微程度的身體侵害，不宜認定其在傷害概念的解釋範圍中。換言之，所謂的傷害，仍應從字面或常識來理解，故應採取生理機能障礙說較為妥適<sup>19</sup>。

### 三、小結

關於刑法上傷害的定義，見解分歧。有認為是對人的生理機能造成障礙；有認為是損害人的身體完整性。在此二說法的爭論下，學說上提出了折衷見解，認為傷害是一種造成人的生理機能障礙或造成身體外貌重大變化的行為<sup>20</sup>。例如，損害人身體上的毛髮，基於「生理機能障礙說」的觀點，應不構成傷害；但從「身體完整性說」的角度，卻明確是一種損害身

<sup>16</sup> 林山田，刑法各罪論（上），自版，2006年10月，頁137-138。

<sup>17</sup> 日本實務曾對發生過的類似案例表達見解，判例上認為切斷或剃去毛髮鬍鬚的行為，不能直接造成健康狀態的不良變更，因而不是傷害，只不過可能成為暴行。

<sup>18</sup> 山中敬一，刑法各論，成文堂，2009年3月，頁39。

<sup>19</sup> 大塚仁，刑法概說（各論），有斐閣，2008年4月，頁25-26。

<sup>20</sup> 大塚仁，同前註，頁26。

體外部完整性的傷害行為。

若採取折衷說的看法，則是在刑法傷害罪維護生理機能狀態的同時，仍不放棄對某些重大外表毀壞的處罰。本文認為，無論採取何種看法，要完全掌握刑法上傷害概念的內涵，解釋時仍需注意不能脫離一般社會通念，如折衷說的看法，就僅僅是對身體完整性說衍生的疑慮進行修正，縱使完全採取生理機能障礙說的看法，也必須注意某些生活上的輕微損害，日本實務判例中亦曾指明必須適度自傷害概念的解釋範圍內排除<sup>21</sup>。

## 第二目 重傷的認定

依我國刑法第 277 條與 278 條規定，分別按傷害的程度規定了輕傷罪與重傷罪。所謂的重傷，是在符合傷害概念的範圍內，另外透過立法指出社會經驗上所認定的「重大」傷害結果，並相對提升法定刑之效果。關於重傷的態樣，我國刑法第 10 條第 4 項分別有例示性的列舉及概括規定。主要是在生理障礙說的觀念指引下，說明傷害行為的結果，需從「人體器官組織功能」與「機能受損程度」兩面向來組成重大傷害的內涵<sup>22</sup>。

依據第 10 條第 4 項第 1 款至第 5 款規定，將人體組織功能中的視能、聽能、語能、味能、嗅能以及肢體或生殖機能劃定為重傷結果的客體，另外客體尚須達到毀敗與嚴重減損的程度。所謂毀敗，是指完全喪失效用且永遠無恢復可能。故機能僅是暫時衰減或僅為一時喪失效用，不足稱毀敗。毀敗，不以損害外形為必要，凡足以喪失功能者就是毀敗。損害生殖器官外形，如割去男子生殖器，雖不損及其內部機能，仍然屬於毀敗，是否毀敗應就結果來認定，不以行為時之狀況論斷。另外，「嚴重減損」亦屬重傷，因為過去實務認為，關於視能、聽能等機能，須完全喪失機能，始符合各重傷要件，如僅減損甚或嚴重減損效能並未完全喪失機能者，縱有不治或難治情形，仍屬普通傷害之範圍<sup>23</sup>，與一般社會觀念有所出入，故將嚴重減損生理機能亦納入重傷定義。所謂的嚴重減損，就是指生理機能減損的程度，客觀上已嚴重影響其功能的正常運作。

關於重傷，我國刑法第 10 條第 4 項第 6 款尚有概括規定，是為一切

<sup>21</sup> 西田典之，註 15 書，頁 41。

<sup>22</sup> 參照：盧映潔，刑法分則新論，新學林，2011 年 3 月，頁 472；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>23</sup> 參照最高法院 30 年上字第 445 號判例、40 年台上字第 73 號判例。

重大不治或難治的傷害結果，亦以重傷論斷。所謂的重大，是指對身體健康有重大的影響，且其程度必須達到終身無法治癒恢復的「不治程度」或難以治療而一時間無法痊癒的「難治程度」，例如，朝人臉部潑硫酸是為典型<sup>24</sup>。值得注意的是，學說上有認為重大不治或難治的判斷，應該須從醫療技術與病患生命危險程度綜合判斷<sup>25</sup>。

## 第二款 人體器官移植行為該當傷害構成要件

醫療行為是一種對人體完整性、生理機能或健康的侵襲行為。從客觀外在變動上來觀察，醫療行為對患者身體的侵入現象，無論醫療行為的目的或結果為何，皆會被視為具有不法風險的傷害舉止，是否與刑法傷害罪或重傷害罪的概念相符，一直都是傳統學說上的爭論。

在德國，從早期開始，對醫療行為是否該當傷害罪構成要件的問題，就持續有正反兩說看法在激烈爭辯。其中認為醫療行為無論如何都不會有傷害構成要件該當性的問題存在的看法，屬於德國多數學說的看法<sup>26</sup>，德國學說多數認為，醫療行為只要是出於醫療目的來進行者，儘管過程或方式必須侵害人體的完整性，但本質上不得將其評價為傷害行為，將醫療行為定性為傷害行為，根本上是誤解了刑法傷害罪的真意。實務上則一貫認為醫療行為的本質就是傷害。至於我國與日本通說多數亦認為醫療行為的本質外觀，原則是具有傷害構成要件該當的態樣表徵。以下先分別介紹支持非傷害說與傷害說的各方看法與理由，最後再提出本文立場。

### 第一目 醫療行為非傷害說

#### 一、從貝林的整體利益說為開展

醫療行為非傷害說，源於德國學者貝林（Beling）在他的論著《構成

<sup>24</sup> 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2011年9月，頁63以下。

<sup>25</sup> 主要理由是認為，其一：重傷害的處罰接近殺人，是因為重大傷害傷害的結果就是接近死亡；其二，概括條款解釋應當要有一個共通上位概念加以指引，統攝在生命概念下，才不至於包羅過廣。參照：林東茂，重傷害與義務過失，月旦法學教室58期，2007年8月，頁14。

<sup>26</sup> 德國學界普遍認為，醫療行為如果一開始就具有正當性，就不能將其批評為傷害罪的構成要件該當，至於患者自我決定權的保護，應該透過對自由法益的侵害來防止。而非透過傷害罪來達到保護目的。參照：王皇玉，醫療行為與刑法上之評價—以患者之自主決定權為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1995年，頁147以下。

要件理論》中所提出的一個觀念<sup>27</sup>。他認為，組成構成要件的各种要素與所有的法律概念一樣，是被披上了規範的綢緞，具有所謂規範性之特徵。構成要件中所描繪的人事物，已非單純一般人能理解的客觀現象，必須運用法律技術的思維與解釋下，才能顯現其規範真意。換言之，構成要件的内容，不容許被理解為純粹的客觀現象，能被物理學、生物學或人類等恣意解讀，相對的，構成要件必須交由專業法官在規範形象的指引下，才能做出正確解釋。於此，貝林表明，對於德國刑法傷害罪的解釋中，醫師的治療手術，並不會成立傷害的構成要件要素<sup>28</sup>。

貝林認為，由於構成要件具有規範性，作法律解釋時就須遵循一定的價值方向。從保護法益的觀點出發，傷害罪的規範性功能，應該被理解為是對「身體利益」的不法侵害行為。一個傷害身體健康的行為，並非純粹僅從外界客觀表象變動來理解。行為實行後，身體整體利益變動的前後比較，才是符合傷害構成要件規範精神的判斷方式。從整體利益變動來看，傷害就是一個損害降低「身體利益」的不法行為。

至於在醫療行為的情況，結果對於病人的身體的整體利益是有正面的提升效用，其是在維持恢復患者健康，或是以減損身體利益的方式來保全病人的生命，維護其更大的生存利益。因此，醫療行為並未侵害病人的身體與生命利益，不應被解釋為符合傷害罪的構成要件。同時，國內也有學者指出，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不法。這樣的觀點，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不法自圓其說的想法，遭到不少批評<sup>29</sup>。

## 二、學說看法

學說上，主張醫療行為非傷害說的見解，多是沿襲貝林的看法展開論述，將身體健康法益的內涵，於生理機能障礙或身體完整性的解釋框架中，加諸了規範價值所賦予的利益概念，背後主要思維，就是從醫療行為的正面價值來消解傷害行為的負面價值。主張非傷害說的多數學者，普遍認為醫療行為是為了治療或減輕疾病而被社會所接納，是基於恢復或維護

<sup>27</sup> 恩施特·貝林著、王安生譯，構成要件理論，中國人民公安大學出版，2006年9月，頁15以下。

<sup>28</sup> 恩施特·貝林著、王安生譯，同前註，頁136以下

<sup>29</sup> 王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學第170期，2009年7月，頁124。

病人健康為目的。因此，舉凡醫學上具有適應性且屬於醫療技術正當性的醫學技術，行為的結果不論是成功或失敗，都會被認可為是一種不會該當傷害罪的醫療行為<sup>30</sup>。

另外，國內有學者是從醫療行為整體性的角度來說明。該者認為，評價醫療行為時，並非將手術或類似處置等一連串的行為予以細分切割，如麻醉、動刀到縫合等。這些階段性的處置，應當基於共同指向的醫療目的而視為一整體的醫療行為。如此觀察下，一個成果良好的醫療行為，自然沒有傷害健康的結果可言。相對於醫療行為是具有一切的適應性、正當性並同時遵守醫療準則，縱使患者最後病情惡化，醫師也會因實施醫療行為時，內心是基於正當醫療目的而欠缺傷害罪的主觀不法，不能認為符合傷害罪的構成要件。此看法較傾向於行為非價的觀點，病患在醫療行為的幫助下，從結果來看，無論是生命或身體健康都是獲得確保無虞的，因此根本沒有一個侵害身體健康的不法行為存在<sup>31</sup>。

少數日本學說中，採取醫療行為非傷害說立場者，主要是從社會相當性的概念來說明醫療行為的非傷害性質<sup>32</sup>。該說認為，醫療行為雖然外觀上該當傷害的一般概念，就算對人體的生理機能與身體完整性形成損害，但該行為畢竟是具有醫學妥適性，且遵守相關注意義務而加以實施，在此限度內，認為醫療行為是被社會廣泛承認，屬於社會通念下的正當行為。換言之，醫療行為在符合社會相當性的範圍內，遵守妥適的注意義務時，是以治療目的而實施，手段與方法是醫學一般所承認，並得到社會所認可，並不能說是不良的變更人身體的外型與生理機能。因此，此等行為清楚地屬於社會觀念上的正當行為，自始就不會是刑法應當關心的問題。

綜上，醫療行為非傷害說理念，就是在構成要件階段，對傷害要件進行事實涵攝的過程中，試圖添加整體價值與利益衡量的思考。亦即，本說並非認同醫療行為侵害了特定客體，傷害行為就會成立。相反，若從實質觀點出發，認為所謂的犯罪行為，必須依循刑法規範目的所要保護的理念價值（整體身體健康利益）。單從醫療目的與醫療行為是否促成病人生理健康的觀點出發，就足以建構出醫療行為的正當性基礎，也毋須判斷應否

<sup>30</sup> 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，頁 248-249。

<sup>31</sup> 林山田，註 16 書，頁 156-158。

<sup>32</sup> 大谷實，刑法講義總論，成文堂，2007 年 4 月，頁 265。

以患者承諾作為阻卻違法的事由<sup>33</sup>。

## 第二目 醫療行為傷害說

### 一、德國判例的考察

醫療行為如果涉及侵害人體或健康的方式進行，例如開刀手術割除病灶或截肢，這樣的醫療行為本質就是傷害行為的一種，這是德國實務的主流看法。詳言之，醫療行為傷害說主要是在 1894 年，由德國帝國法院曾經做出的一則判決所發展而來<sup>34</sup>。該法院在本判決中明確表示，截肢手術乃直接地、物理地施加於人體組織上的侵襲性治療，侵害了患者的身體完整性。儘管醫師是出於醫療目的，且手術成功的治癒病人，但這不表示法律上得到許可或是得以根據醫師業務權，而違反病人的意思進行治療。換言之，醫師對病患所進行的侵入性醫療行為（截肢手術），是符合德國刑法第 223 條傷害犯罪構成要件中的傷害身體行為。醫師能夠正當的且不受處罰地侵害患者身體的完整性，就必須先行得到患者的承諾。

從本判決的說明可知，即使醫療行為在臨床上被公認是一種基於業務正當性的方式行使，且能成功達到療癒效果，但仍會該當傷害罪的構成要件，如要阻卻傷害罪的違法，就須取得患者或其法定代理人的同意，這也揭示了「承諾原則<sup>35</sup>」在醫療行為刑事合法性的重要地位（容待後述）。相同的，這則判決從過去至今，維持了德國實務主導醫療行為傷害說的立場。

### 二、學說看法

醫療行為傷害說，除了一直以來都是德國實務的主流看法外，無論我國或日本學說上，多是秉持相同見解<sup>36</sup>。多數學者認為，即便是具有手術適應性與正當性的醫療行為，無法避免地多少仍會對人的身體完整性或生理機能帶來侵害，或實施治療行為也會伴隨成功後的副作用與後遺症，有時甚至對人的生命或健康蘊含高度的風險（如可能造成重傷的開刀手

<sup>33</sup> 陳子平，註 30 文，頁 249。

<sup>34</sup> 參照：王皇玉，註 29 文，頁 123-124。

<sup>35</sup> 王皇玉，註 26 文，1995 年，頁 145。

<sup>36</sup> 日本學者都會在其論著中明言治療行為傷害說為日本國內通說。參照：山中敬一，刑法總論，成文堂，2008 年 3 月，頁 561；佐久間修，刑法總論，成文堂，2009 年 11 月，頁 185。

術)，倘以治療是否成功作為認定傷害罪的標準，顯無道理<sup>37</sup>。

德國少數贊同醫療行為傷害說的學者認為，違反病患意思所實施的手術，不僅僅是不被容許的治療行為，也是對於基本法第 2 條身體完整性保障的侵襲。就如同竊盜罪中，違反所有人的意思取得財物，並非侵害所有人的自由，而是侵害了所有權一般，違反患者意思侵襲身體，自然並非侵害人的自由，而是傷害病患的身體。這樣的看法，認為僅具有適應性與技術正當性的醫療行為，一旦違反患者的意思就會欠缺刑事正當性，因此，醫療行為本質上就是具有傷害罪或重傷罪的構成要件該當性。另外，我國學者有從構成要件在犯罪論的定位與功能的觀點強調，構成要件是刑法所禁止的行為類型，亦即經過定型化、類型化的反社會違法行為，又稱為違法行為類型。傷害罪或重傷罪就是刑法禁止的傷害行為類型<sup>38</sup>。換言之，凡是對於人的身體或健康有傷害的行為，就是傷害行為類型。由此可知，不同於非傷害說一再提出構成要件文義的目的與價值解釋取向，採取醫療行為傷害說的學者，一致認為不能忽略醫療行為所造成普遍大眾認知下的傷害結果。

同時，對於醫療行為非傷害說認為醫師欠缺主觀傷害故意的論點，國內學者也有明確回應<sup>39</sup>，認為從刑法的角度來看，外科醫療手術行為是對於「他人的身體狀況加以改變」，符合生理機能障礙說的傷害概念應無疑問，至於醫療目的為何，就無關傷害罪的主觀構成要件判斷。質言之，醫療目的是醫師對於他人身體狀況改變前的行為（傷害）動機，由於動機或意圖都非傷害罪主觀構成要件的內容，和行為構成要件該當性的判斷無關，也不會影響醫師醫療行為傷害罪的成立與否。易言之，不論醫師的主觀目的為何，或治療是否能幫助患者恢復健康，這與傷害行為的評價是分屬不同層次的問題。

我國與日本學說對於醫療行為是否構成傷害罪的看法，也有傾向折衷式的論述。該說主張身體法益屬於個人法益，任何人皆是其身體各部份的所有人，基於自由的法益理論，如果法益是在保護個人的自由發展，那當一個行為是出於法益持有人的處置，就沒有法益侵害可言，不但無損於法

<sup>37</sup> 陳子平，註 30 文，頁 250-251。

<sup>38</sup> 陳子平，註 30 文，頁 251。

<sup>39</sup> 論者書中強調，即使是具有適應性與技術性正當性的醫療行為也有可能適用故意傷害罪的構成要件，外科手術行為，很難想像非以故意的方式為之。或許醫界會有質疑，醫療行為是要救人，又不是要害人，如何會構成傷害罪，這就是目前醫界與法界必須要溝通的問題之一。參照：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），自版，2009 年 10 月，頁 6 以下。

益的發展自由，反而是自由發展的表現<sup>40</sup>。關於醫療行為，經患者承諾後，如同自由處分自己的身體法益，效力就是排除傷害的構成要件的該當性。換言之，本身的基本立場，仍是認為醫療行為若僅僅具備醫學的適應性及技術正當性兩者，依然會有傷害罪的成立可能，換言之，醫療行為必須在患者承諾下進行時，才會應欠缺法益侵害可能性而不符合傷害罪的構成要件<sup>41</sup>。

### 第三目 本文看法

早期神農氏嘗百草，試圖找出對人類具有療效的藥品。過程往往就伴隨著嘗誤服毒物，損傷身體、甚至死亡的風險。這要的情況，透露出醫療行為的本質，就是有利有弊，弊中求利。隨著近代醫療科技技術的進步，醫師診治病患的醫療風也相對提升。傳統口語溝通與臨床觀察的診斷方式隨的時空變遷凋零殆盡，當醫院醫學與實驗醫學等醫療系統相繼興起，醫療技術開始積極運用外科手術形式完成治療任務時，刑事法界對於醫療是否有必要將手術切割等侵襲病患身體的行為視為一種傷害，不同的看法與爭論自然開始受到各界關注。

醫療行為的作用是增進病人身體、健康利益，可以緩和病人痛苦，從社會意義來看，醫療行為不是傷害行為。因此，醫療行為非傷害說的思考，可以理解是對醫師所履行的醫療職務，有著極高的社會評價，對社會形成的整體利益，可以從結果不法的角度否定傷害的損害存在。不過，對於醫療行為的基本思考，假若掀起醫療行為的良善圖像，侵襲性的結果，並不會因為再次披上醫療目的的高尚外衣，連帶就能改變其傷害的不法本質。明顯的例子為，截肢行為若非運用於健康者的身上，就僅僅是一種重傷行為。

醫療行為非傷害說試圖透過構成要件的詮釋，從醫療目的特殊性的各種理由回溯作為構成要件的評價方式（如加入價值或利益衡量的要素），但其忽略了構成要件應當要具有的普遍適用性格，價值要素的過度添加，如同將醫師自認的利益價值強行加諸於法益持有者身上，再用一種形式客觀的抽象利益衡量標準結算，斷然做出一切有利於患者的直觀結論。在器

<sup>40</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。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>41</sup> 齊藤誠二，刑法講義各論 I，多賀出版，1982 年 2 月，頁 192。

官移植行為當中，這樣的思考，或許能為拯救患者生命的器官植入行為，作出明顯利大於弊的價值結算；但是，對於器官摘取行為來說，摘取後對身體毫無利益僅有損害的結果，就只有供體本身能夠計算是否值得。

本文認為，個人的生命型態與健康的損益結算並非單從構成要件評價就能勝認，這樣僅會造成犯罪判斷上的混淆與不穩定，相反的，若能將醫療目的此等社會相當性的價值概念置於違法性的層次討論，這樣或許在思維脈絡上會有較清楚一貫的邏輯性。

值得一提的是，我國有學者認為，醫療行為應有雙重構造，可分為「治療行為手段的侵襲」以及「治療行為後發生的惡化狀態」。前者是為達醫療目的無法避免的傷害，是第一次侵害結果。後者，是治療行為結果所發生的法益侵害，如手術後，身體健康一部分或整體的惡化，為第二次侵害結果。醫療行為非傷害說是將評價重心擺在第二次侵害結果，而治療行為傷害說則是置於第一次侵害結果，將重點置後者，普遍就會肯定醫療行為傷害說的看法<sup>42</sup>。

本文認為，基於此觀念來衍伸，一個構成傷害罪的醫療行為，刑法評價者，是醫師第一次治療手段侵襲下所造成的傷害結果。而第二次的侵害結果，則在醫療適應性與技術正當性的保證下，自始就會欠缺傷害罪的構成要件該當。詳言之，舉凡醫療行為的適格性，都應當具備醫療適應性以及普遍受到認可的正當技術水準，背後的目的就是為劃定醫療行為可被社會與患者接受的風險範圍。藉由客觀歸責理論所提出的容許風險概念思考，一個適格的醫療行為本身，萬一不幸發生第二次的侵害結果，這也是社會已經透過利益與風險的衡量後，普遍認可的容許風險行為<sup>43</sup>。

綜上，醫療侵襲內容是極其多樣的，隨著醫療的進步，不少對患者生命與身體安全隱含的重大危險，若一概不符合構成要件，恐有疑問。因此，本文不採取上述醫療行為非傷害說的看法。同時，從人體器官移植行為的手術過程中可以看出，刑法所欲評價者，仍是帶有對身體完整性侵害的第一次侵害結果；反之，醫療行為一旦完成，無論後續患者有無恢復健康或相反造成損害，只要該行為是在醫療適應性與正當性的關心下，就非刑法所要關心。本文認為，醫療目的一旦與科技技術結合，能夠擺脫刑法非難的唯一方式，就是在個案中，經過整體法秩序的利益權衡，檢討該行為在

<sup>42</sup> 陳子平，註 30 文，頁 253 以下。

<sup>43</sup> 張麗卿，醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例，月旦法學第 157 期，2008 年 6 月，頁 83 以下。

刑法上所適用的阻卻違法事由。

### 第三項 人體器官移植行為與業務正當行為

「醫療行為因可維持或增進恢復患者健康，按一般醫學所承認的方法為之，且未違反公序良俗時，是為達到國家所承認的社會生活目的的手段之一，過程中雖然有構成傷害罪的構成要件，但屬正當行為得阻卻違法<sup>44</sup>」。這段論述，是國內學者普遍對於醫療行為於刑法定位上的詮釋。從醫療行為傷害說出發，點出了傳統通說對於醫療行為的刑事正當化事由仍是傾向透過「阻卻違法層次」的觀點進行探討。本文看法相同，認為醫療行為一旦採取傷害說的主張，醫療行為應當就以該當傷害罪要件為前提，進行違法性判斷。至於，目前通說對於醫療傷害行為阻卻違法的說明，普遍採用的是業務上正當行為作為說理依據。至於，應當透過何種理念或理論去認定醫療行為業務上的正當性，則關乎同為醫療行為的人體器官移植行為，其刑事合法性的基本判斷。本文以下將分別介紹說明之。

#### 第一款 人體器官移植是業務正當行為

關於醫療行為阻卻違法的方式，刑法學說往往都以現行刑法第 22 條「業務上之正當行為，不罰」做為論述論據<sup>45</sup>；日本學說見解，屢屢論及業務上正當行為時，同樣是舉出醫療行為作為典型事例<sup>46</sup>，日本刑法第 35 條規定：「根據法令或作為正當義務而實施的行為，不處罰」，亦是如同我國將正當行為和法令行為並列規定為實定法上的刑事正當合法化之行為。

所謂的業務上正當行為，此概念大致源於 18 世界工業革命開始延續自 19 世紀末這段時期，不論是西方或東方世界國家，社會各界開始依賴分工合作，共同運作逐漸縝密的社會活動。在分工模式的進行下，各領域形成專業化的業務型態，同時成為社會生活無法拋棄的需要。典型的專業

<sup>44</sup> 甘添貴，治療行為與傷害，月旦法學教室 15 期，2004 年 1 月，頁 265。

<sup>45</sup> 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，月旦法學第 157 期，2008 年 6 月，頁 43-44；另外，林東茂教授也曾指出，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認為業務上正當行為應是優先適用的阻卻違法事由，而病患同意與否，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，16 頁。

<sup>46</sup> 山口厚，刑法總論，有斐閣、2007 年 4 月，頁 125；馮軍譯，大塚仁著，刑法概論（總論），中國人民大學出版社，2003 年 11 月，頁 350 以下；川端博，刑法總論講義，成文堂，2006 年 5 月，頁 306-307。

化業務，就屬醫療業務。19 世紀醫學的快速發展，在實驗室醫學的引領之下，醫療除了經過專業化與分層化後，儼然成為社會中獨據山頭且極為重要的業務活動。但是，醫療業務執行過程中，內容往往伴隨侵害他人身體健康法益的情形，因此，用於阻卻違法功能前提下的業務概念，應該是一種具有效果正反雙面性的社會必要活動，如此才存在有刑事實定法上的解釋意義。

所謂「業務」，按實務與學理通說是指，人在社會生活上反覆或繼續進行的工作，不問公共或私人，也與是否獲得收入無關<sup>47</sup>。業務的範圍包含廣泛，包括各種具有危險性之社會活動、運動競技、醫療行為等，另外在日本多有納入討論的如律師的辯護活動、宗教活動、甚至是勞工的爭議抗爭行為等，都有可能因屬於正當業務而阻卻違法<sup>48</sup>，按該等活動的執行必然帶來重大的社會生活利益及個人利益，而刑法特別規定業務上之正當性為得阻卻違法，其重點並非在容許業務行為，而是容許業務行為所存在的風險及該風險的實現<sup>49</sup>。

## 第二款 醫療業務行為的正當性判斷

業務行為是否正當，就是能否阻卻違法的主要依據<sup>50</sup>。業務行為正當與否，我國實務上的看法，通常認為如果法令對業務有直接規範者，遵守法令之行為即為正當；若法令未規範，就依據社會通念與習慣判斷<sup>51</sup>。另外，針對業務行為正當性的判斷，主要應著重於該行為是否對整體法秩序或社會倫理價值有所抵觸，而非單純就業務本身的正當性判斷<sup>52</sup>。例如，密醫為患者開刀，雖然無照行醫會讓醫療業務的正當性遭受質疑，惟其本

<sup>47</sup> 陳子平，刑法總論，元照，2008 年 9 月，頁 276 以下。

<sup>48</sup> 山中敬一，註 36 書，頁 559-560；山口厚，註 46 書，頁 108-109。

<sup>49</sup> 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照，2003 年 2 月，頁 125-127。

<sup>50</sup> 最高法院 88 年度台上字第 839 號判決有謂：「所謂業務上之正當行為，係指其行為屬於業務上行為，且復正當者而言。」台灣高等法院 89 年度上訴字第 3547 號判決則提及：「刑法所謂『業務上之正當行為』，係指其行為屬於業務上之行為，且復正當者而言，若二缺一，仍非可生阻卻違法之效力。」

<sup>51</sup> 相同的實務看法則有最高法院 84 年度台上字第 6042 號判決：「...具有殺傷力之爆裂物(彈藥)係屬違禁物，非經主管機關許可，不得製造...。故縱有業務上之行為加以製造，亦不得阻卻違法。」台灣高等法院臺中分院 89 年度上易字第 48 號判決亦認為，被告為大樓警衛，其行為若是為維護大樓安全所為職務上必要處置，依情節又未逾越必要程度者，應認是業務上的正當行為，自得阻卻違法。

<sup>52</sup> 最高法院 43 年台上 826 號判例認為：「刑法上所謂業務，係以事實上執行業務者為標準，即指以反覆同種類之行為為目的之社會的活動而言執行此項業務，縱令欠缺形式上之條件，但仍無礙於業務之性質。」因此，業務上之行為是否正當，該判決認為應從行為是否抵觸實際規範的角度去理解，而非就業務本身是否正當為標準；另可參照：陳子平，註 47 書，頁 22。

身所從事的侵入性治療行為，如未違反相關法規或臨床醫療準則，該侵入性行為對患者身體所造成的損害，仍得依據刑法第 22 條業務上正當行為的規定阻卻傷害罪的違法性<sup>53</sup>。

上述關於醫療業務正當性與否的認定，正是說明了業務正當性的判斷十分重要<sup>54</sup>。有日本學說嘗試透過實質違法性的論點進行闡釋<sup>55</sup>，認為出於罪刑法定原則中不利益推定禁止的反面精神，實務判例或學說仍可在實定法所規範的形式阻卻違法事由中，繼續探尋其根源，發展有利行為人的阻卻違法一般原理，並遵循該原理進行符合個案正義的實質操作<sup>56</sup>。另有學者認為，業務正當行為，屬於刑法典中規定的形式阻卻違法事由，日本刑法第 35 條僅僅表明「正當行為不予處罰」這理所當然的一般性原則，這也顯示了業務內容為何，並不具有重要性，反之，刑法第 35 條的規範目的，是為了將所有被稱為「超法規阻卻違法事由」的業務行為態樣，均可透過刑法第 35 條所謂「正當性」的解釋作為媒介，藉此縝密法秩序解決衝突的系統機制。因此，形式違法事由存在於實定法中，若要合宜發揮應有功能，背後仍需努力於實質阻卻違法事由一般原理解釋與發展<sup>57</sup>。

由上述可知，業務行為並非因行為具有業務性質而得阻卻違法。相反的，僅有當業務執行具有正當性時，才是阻卻違法的實質關鍵。不過，面對具體個案的處理，如何妥當審查與認定業務行為正當性的意義，又該透過何種實質理由作為標準依據，這都顯示業務正當行為背後應有實質違法性概念指引的重要。醫療行為是實務與學說普遍承認的業務上正當行為，在可以阻卻傷害不法的原則下，學說為了滿足具體醫療個案詮釋的妥適性，為「醫療傷害行為的正當性」建立更為完整細緻化的論理基礎。是以，學說通常會對醫療行為的實質合法要件做更深層次的探討，以下先按學說

<sup>53</sup> 王紀軒，註 6 文，頁 10 以下。

<sup>54</sup> 我國早期學者對於正當行為的解釋，有謂「業務上之正當行為，須依業務之種類性質以及所用方法於否合於一般習慣，及是否不超過業務之範圍，而為決定，若不合業務上之條件，即為不正當，不得阻卻違法。」參照：韓忠謀，刑法原理，自版，2002 年 10 月，頁 170；相同見解，參照：周治平，刑法概要，三民，1980 年 8 月，頁 55 以下。

<sup>55</sup> 採取類似看法者，認為形式的違法性與實質的違法性並非彼此對立的概念，實質的違法性在違法性的判斷上，可以補充形式的違法性的不足，故兩者相輔相成，不相互抵觸，實質違法性以形式違法性為前提，並使違法的内容更為具體明確。參照：林山田，刑法通論(上)，2008 年 1 月，頁 309；另有學者指出刑法文獻常將違法性區分為形式違法性與實質違法性，是以後者具有優位性，對於特定已具形式違法性的行為排除其違法性，藉以限縮可罰性的手段。參照：高金桂，註 49 書，頁 115。

<sup>56</sup> 西田典之著，劉明祥、王昭武譯，日本刑法總論，中國人民大學出版社，2007 年 3 月，頁 101。

<sup>57</sup> 國內有學者對於實質違法性的論述，有詳盡介紹判斷基準。諸如 1.基於社會侵害性與道德違反性而與法秩序的共同生活處與難以容忍之對立；2.無可容忍的社會秩序或社會倫理的侵害；3.現實正當目的之適當手段；4.利益多於損害原則；5.刑法規範所立基的目的及價值觀，面對維護正當利益的行為必須退讓的法感。參照：高金桂，註 49 書，頁 115。

的時空演進，分別介紹醫療行為業務正當性背後的理論基礎與詮釋方式。

## 第一目 從早期業務權來詮釋

對於業務正當性的解釋。早期 19 世紀，就出現在德國學界的討論之中，按我國學者的介紹<sup>58</sup>，當時德國學界提出了「業務權」的概念作為醫療行為正當化的理論基礎。所謂的業務，是指組成社會生活所必要的各種職業或活動。從事業務者，大致上是指法官、檢察官等擔任國家公職者或從事私法活動的商人、獵人或漁夫等泛指一切反覆執行特定活動之人。從事業務之人，參與社會活動時，必然形成的權利與義務關係，有根據法律規定者，典型者如國家強制行為，警察執行逮捕令可侵入住宅。也有依循不成文的法理習慣或規則者，例如，船長對於船員的紀律權、家長對子女的教育懲戒權等。

同樣的，醫療業務對社會生活有深刻影響，但多樣性的特徵造成權利義務內容時常無法透過法律巨細靡遺的規範掌握，不過，由於醫療業務同時是一種社會長期生活所需要的特定手段，雖然可能侵害他人權利或法益，仍可基於習慣法理來推定具有業務權能，由此可之，醫師的業務正當性原本就是建立在習慣法的倫理基礎上<sup>59</sup>。不過，在德國，當醫療業務被納入國家公行政的引領後，醫師的業務性質更增添了不少國家公共色彩。醫師在國家行政監督管理之下，只要取得執照許可，並遵守公法上所賦予的醫療權限來執行醫療業務，此醫療目的所衍生的一切醫療手段，毫無例外地都將視為神聖不可質疑的正當合法行為<sup>60</sup>。

醫師乃是受國家許可執行醫療業務之人，醫療業務行為正當化的理由，並非來自於病人的承諾。醫師的醫療行為只要是具有適應性與技術正當性，且法律沒有禁止者，就是正當並受允許的。醫療行為雖然有可能侵害身體健康，但有需要仍可施行。例如，對於昏迷者或精神疾病者，或未成年的孩童，儘管沒有獲得本人承諾，或是本人曾明示持有相反意見，只

<sup>58</sup> 下述主要參照：王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，台大法學論叢第 36 卷 2 期，2007 年 6 月，頁 60-62。

<sup>59</sup> 如常久以來支配醫病關係的各種倫理原則（可參閱本文第三章關於醫療倫理原則的內容），另外也包括本章論述的希波克拉底誓詞，也是醫師業務行為的重要精神指引。

<sup>60</sup> 由此概念可知，醫師醫療行為的正當性，判斷的是業務本身的形式範圍與國家許可。因此，在現今，同樣採取業務權的概念，則所有密醫的侵入性行為，都將被認定並非醫療行為，縱使技藝超群，亦會因手術中伴隨患者身體的法益侵害而評價該當傷害罪。

要醫療行為是提供醫療援助亦無問題<sup>61</sup>。

我國早期學說曾有採取業務權的概念作為業務上正當行為的解釋開展，認為某行為外觀上雖然違法，但有時因為出於業務關係，會被認定是法律上的正當行為，學理上常以業務權稱之。例如，合法開業醫師，對於受傷者動用手術，切去肢體，以保全生命，因其為業務上的正當行為，故不成立重傷罪<sup>62</sup>。相反的，若患者本無切除一肢的必要，醫師逕自切除者，仍應論以重傷罪；另外，有學者更透過業務權的概念詮釋，強調業務範圍的必要性，認為從事業務之人，必須在其業務範圍內為之才為正當，例如內科醫師執行外科手術就非業務範圍內的正當行為<sup>63</sup>。由此論述可知，透過業務權的詮釋，對於業務上正當行為的判斷，主要是從業務本身的正當性來思考。依循業務權概念的一貫思維，所謂的不正當業務，早期學說傾向認為就是不具醫療適應性或技術正當性的行為，將業務本身作為醫療傷害行為正當化的依據。不過，就本文前述的立場，構成醫療行為的基本要素，除了醫師主觀上必須具有醫療目的外，客觀上的醫療行為，必須具有適應性與技術正當性。上述例子中，切去一肢的行為雖然符合技術正當性的要求，但欠缺適應性的條件下，自始就非醫療業務，更不用討論是否為正當行為。

因此，這樣的看法，慢慢有學說提出質疑而漸漸式微，主要是意識到，業務權說雖然建構了醫療業務的基本價值與內涵，但不代表舉凡一切符合醫療正當業務性的行為樣態，也會符合社會整體法秩序的要求。換言之，業務正當不必然表示行為一樣正當。據此，目前通說對於業務正當行為的判斷，更重視的是業務「行為本身」是否正當，至於業務的性質則非重要之點<sup>64</sup>，更有學者直言，刑法上業務正當行為的阻卻違法理由，並非基於業務關係的適法與否，而是因為行為在社會上維繫著一種正當關係的態樣<sup>65</sup>。

<sup>61</sup> 王皇玉，註 58 文，頁 65。

<sup>62</sup> 韓忠謀，註 54 書，頁 170 以下。

<sup>63</sup> 黃常仁，刑法總論—邏輯分析與體系論證，新學林，2009 年 1 月，頁 74-75。以現今觀點來看，醫師縱使為內科醫師，但其執行外科手術時，如果手術行為符合醫療適應性與技術正當性，則仍可依據業務正當行為來阻卻違法。由此就可看出，目前主流通說強調的仍是對業務行為本身是否正當來做判斷，而非如早期是要認定業務內容是否與其身份地位相輔，重視業務權的有無。

<sup>64</sup> 陳子平，註 47 書，頁 276 以下。

<sup>65</sup> 不過，必須注意的是，其所強調的正當性，必須是行為本身屬於國家所承認共同生活目的的適當性手段，指的是一種基於社會相當性的評價標準，關於業務權說到採取社會相當性的立場，本文以下將繼續說明。參照：蔡墩銘，中國刑法精義，蘆翰，2007 年 3 月，頁 194-195。

## 第二目 從社會相當性來詮釋

從業務權的概念作為業務正當行為的判斷準則，主要就是將業務設定了應遵守的準則與範圍，執行業務者只要根據業務準則進行，就是合法行為。醫師業務的內容，基本上就是出於治療必要性的考量，因此屬於治療患者為目的之業務內容，都可被認為是醫療業務正當行為。不過，這樣的看法，由於並不重視行為本身的正當與否，且對業務範圍的界定普遍交代不清。是以當業務權理論的發展逐漸式微後，日本學說相繼提出作為業務權概念的衍生，卻將判斷重心調整至業務「行為正當性」的判斷上。

一般日本學說在對業務正當行的概念進行論述時，用字遣詞中，多少都會蘊含「社會相當性說<sup>66</sup>」理論的重要精神，多數論述正當業務行為的概念都是指，雖然沒有法令或習慣法的直接或間接規定，只要社會共同觀念上，認為是正當行為也可以阻卻違法，如醫師或護士對患者進行手術或投藥，從事對人體有害的化學藥物等危險行業、甚至是格鬥技等具有社會侵害性發生結果的場合，正當化事由是因該等行為是一種生活必要不可或缺的行爲。刑法上的業務行為，屬於社會相當性的範圍，構成要件該當性卻可阻卻違法<sup>67</sup>。

社會相當性理論的提出，主要是從行為無價值的觀點來說明實質違法性的本質。本說的概念外延，是從行為無價值論最初所主張的「目的說」此實質違法性原理作為概念開展。所謂的「目的說」，是指當行為是為達到國家所承認的共同生活目的時，就可阻卻違法。相較之下，現在日本學說在論述社會相當性說時，多數學者間的表達方式雖然不盡相同，不過原則都是以目的說的理念為基礎，闡述行為對國家社會的正當性、必要性以及助益性。

因此，所謂的社會相當性說，就是指處於歷史性形成的社會生活秩序框架內的行為態樣，因健全的社會一般觀念而具有日常性、通常性，不會喚起任何處罰情感；或是，由於行為具有日常性、通常性，為健全的社會

<sup>66</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，2011年8月，頁221以下。

<sup>67</sup> 佐久間修，註36書，頁183。

一般觀念所允許，行為人在糾葛狀態（應指利益衝突）下遵守了一般人應當遵守的行為基準<sup>68</sup>。總之，社會相當性說是利用「一般人」的感受為基準，判斷該行為在日常生活中是否具有通常性。從社會相當性理論來詮釋醫療業務的行為正當性，就是指醫療行為只要是醫學上所承認的適切手段（適應性），且醫師的選擇也是專業合理的（技術正當性），其侵害身體的行為，縱使符合一般傷害構成要件的型態，但從行為無價值的視角觀之，自然不具實質侵害而欠缺違法性<sup>69</sup>。

值得注意的是，相較於業務權說的看法，社會相當性說已充分緩和該者判斷業務是否正當的絕對性<sup>70</sup>，其所注入社會的通常普遍性價值意識，也充實了實質違法性的理論基礎。不過，這種判斷屬於概括的、多義性的、直覺的判斷，很難稱的上是明確可供運用的判斷標準。有學者就批評，社會相當性說如同將心證過程置於黑箱作業，不附理由即欲發表結論<sup>71</sup>。

我國學者也認為，這種從行為無價值角度做延伸的社會相當性概念，強調凡是行為當時的社會生活或倫理秩序範圍內受容許的行為，皆具有社會相當性。這樣單純以人的行為作為規範檢討對象，並簡單憑藉社會倫理抽象的觀感意識作為判斷依據，可能會有可罰性範圍不明確的疑慮，況且社會倫理概念過於浮動，一有不慎恐怕違法性的概念將會被恣意利用<sup>72</sup>。因此，社會相當性作為業務正當行為的解釋方向，應當定位為更上位的原理概念，補充指引其他已具體類型化的阻卻違法標準，如此才能在具體個案中發會更穩定細緻的判斷功能。

### 第三目 從患者承諾來詮釋

不論採取業務權說或社會相當性理論的方式來詮釋醫療業務行為的正當性，都是將評價重心置於醫療行為的業務內容與行為本身，是否以治療

<sup>68</sup> 余振華，刑法違法性理論，瑞興，2010年9月，頁48以下。

<sup>69</sup> 大致上來說，社會相當性說的看法就是從行為無價值的方向來理解傷害行為本身的違法性是否能在法秩序中獲得緩解，一般學者提出的標準如，公共秩序與善良風俗或國家社會倫理規範等，都是被重視行為無價值論者認定，是構成同意傷害阻卻不法（被害人承諾）的界限。日本有學者甚至直言，若直接採取利益衡量說的立場來理解被害人承諾的正當化法理根據，其實質阻卻犯罪的效果，其思想就是出自於「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。

<sup>70</sup> 早期業務權說發展到極端，凡是業務屬於國家所核可者，從事業務之人，只要是在實際所有業務範圍內執行的行為，一概會因國家業務權的賦予而獲得寬恕。

<sup>71</sup> 西田典之著，註56書，頁103。

<sup>72</sup> 陳子平，註47書，頁225頁以下。

疾病、恢復人體健康為目的，運用的技術，只要符合上述條件，就能被認可阻卻違法，至於患者承諾的有無，對於醫療行為正當性的評價，就沒有實質的作用。

不過，從前文關於醫療行為傷害說的論述可知，德國司法實務早於1894年的萊茵判決，就推翻德國學說有關業務權說的主張，認為醫療行為對患者身體廣泛施加的物理侵損害，應構成刑法第223條所謂害傷害身體的罪名，而其正當性則是來自於患者本身的承諾。這項原則的確立，也逐漸影響日本與我國學說界的看法。在日本，由於多數有力學說都是醫療行為傷害說的支持者，醫療行為正當性的依據，是將業務上正當行為作為實定法上的平台媒介，再從實質違法性的觀點，以結果無價值的立場採取優越利益說，主張醫療行為必須在患者承諾的條件下，才能適法進行。

有學者說明，醫療行為如果已根據醫學上的正當基準，為了救助或延長患者的生命，或者是為了讓患者恢復健康而實施，即便該行為該當傷害罪的構成要件，也應根據保護優越利益的原則，予以正當化。而患者是否承諾該醫療行為，也是正當化的條件之一，因此，無論該醫療行為是如何審慎的考量患者利益後才實施，一旦患者明確表示了拒絕意思，醫師卻仍在患者意識不清或無法承諾的情況下斷然進行，則醫師構成的會是傷害罪而非強制罪<sup>73</sup>。

另外，也有從強調醫療行為對身體具有重大侵襲性的立場出發，認為傷害罪是禁止違反被害人的意思所為的身體侵襲，不能僅有醫療行為屬於例外。由於侵襲性的醫療行為總會內含病患生命身體的危險，因此，若認為侵襲性從一開始就不帶有任何違實質法性質的行為或全然欠缺刑法上重要行為的思考，明顯違反了事物的本質，終究無法被接受。伴隨某種程度重大身體機能變更或者重大身體完整性的變更的醫療侵襲，是該當傷害罪的構成要件<sup>74</sup>。為了讓該侵襲正當化，基於醫師的說明與患者的理解所形成的有效承諾是絕對要件。

總之，主張醫療行為傷害說看法者，都認為業務正當行為的性質不能像本條前段中，依法令的行為具有強烈與絕對的正當性（正當業務行為以及依法令行為，一般會被稱作常態的阻卻違法事由，相對緊急避難與正當防衛則是一種緊急狀態下的阻卻違法事由），故為將醫療行為適用正當業

<sup>73</sup> 西田典之著，劉明祥、王昭武譯，註56書，頁150。

<sup>74</sup> 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，法學書院，1994年2月，頁116以下。

務行為來阻卻不法，原則就須得到對方承諾。爲了將醫療行為作為業務行為而正當化，除了醫療行為本身必須是維持患者的生命健康所必要者（適應性），以及行為和醫術水準具有一致外，具備患者真摯的承諾亦是同等重要<sup>75</sup>。

### 第三節 人體器官移植承諾的刑法評價

醫療行為傷害說的立場目前已普遍確立在學說與實務的看法之中。對於阻卻醫療傷害行為違法的方式，實務往往是採取業務上正當行為的理念來給予說明。不過，業務行為是否正當，認定上仍需透過各種實質違法性的概念進行補充。從刑法保護法益的觀點來說，人體器官移植行為的手術過程，客觀上必定爲供體與受體同時帶來損害，且是一種侵害身體法益的傷害結果，醫師若要順利阻卻傷害罪的不法，讓移植手術被評價爲業務上的正當行為，必定就須得到當事人事先承諾，主要的原因就在於依照實質違法性理論所建構的被害人承諾此超法規阻卻違法事由的概念而來<sup>76</sup>。以下本文將依序進行說明。

#### 第一項 被害人承諾的意義

##### 第一款 被害人承諾的概念與法理

##### 第一目 被害人承諾的概念

所謂的被害人承諾<sup>77</sup>，是指法益主體對於他人侵害自己可支配的權益行為所表示之允諾，其源於自羅馬法學家烏爾比安「對意欲者不產生侵害」的法律格言，又可稱爲「得承諾不爲罪」。詳言之，當行為人實施某種侵害行為時，如果該行為及其產生的結果正是被害人所意欲的行為或成果，那麼對被害人就不產生侵害問題。通說認爲，被害人承諾在犯罪論體下應置於違法性層次作判斷，得承諾的不法行為，阻卻的是違法性而非構成要

<sup>75</sup> 山口厚，註 46 書，頁 108；山中敬一，註 36 書，頁 561-562

<sup>76</sup> 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，成文堂，1990 年 6 月，頁 15。

<sup>77</sup> 韓忠謀，註 54 書，頁 171 以下。

件該當性<sup>78</sup>。

詳言之，在新古典體系受新康德哲學影響，認為不法行為的意義，應依「社會損害性」此一價值思考做為判斷基礎。不具法定阻卻違法事由的構成要件該當行為，雖形式違法，但實際如未形成實質社會損害，仍不應稱作違法。違法與否，最後仍應依「利多於害」的原則判斷，這是「實質違法性」的觀念。在實質違法性的觀念底下，「超法律阻卻違法事由」可以被創造發明<sup>79</sup>。被害人承諾，就是一種超法規的阻卻違法事由，在實定法中持續支持與補充各種形式阻卻違法事由的實質內涵與適用。

由被害人承諾的概念可知，社會中個人間的互動，往往有利有害，人們為了獲取什麼樣的利益或達成什麼樣的目的，而必須犧牲何種利益。這都是人們發展人格，身為一個人所必經的利益權衡過程。人們為了生活上班，犧牲玩樂時間，這樣的利益權衡，法律不會介入，也會充分尊重。不過，當人們為了某些利益的追求，而欲放棄法律所維護的利益時，就會形成疑問。被害人承諾的意義，就是對於現實生活中，已經由法律限制保護的利益，基於該保障專屬個人者，當事人自然有權放棄保護而去追求更大的利益。據此，除了個人利益外，若法律保護的是公共利益，則個人就不能為了追求本身利益而去免除保障公眾利益的法律效力。

目前，各國刑法理論普遍認為，被害人承諾的成立以承諾人對法益具有「處分權<sup>80</sup>」為前提，該處分權的意義就是代表被害人有權放棄法律對個人利益的保障而去追求自己所設想的更大利益。換言之，承諾人只能就其有權處分的「個人法益」做為承諾。對於國家、社會等的公共利益，個人無權處份，這是各國刑法學界的通識。

國家法益之範圍，承諾不具有合法化之性質，如妨害國交罪之情形，其保的法益，根本無法由行為人個人決定是否捨棄，如對誣告的可罰性，被害人的承諾是沒有意義的<sup>81</sup>。關於個人法益的部分，被害人的承諾在大

<sup>78</sup> 參照：參照林山田，註 55 書，369 頁；張麗卿，註 24 書，205 頁以下；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，2006 年 9 月，頁 347；陳子平，註 47 書，頁 280 以下；余振華，註 68 書，頁 338 以下；林鈺雄，新刑法總則，元照，2009 年 9 月，頁 279。

<sup>79</sup> 林鈺雄，同前註，頁 223。

<sup>80</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。

<sup>81</sup> 在誣告罪的場合，由於行為人憑空杜撰指摘犯罪事實，雖然對於被害人本身會有接受刑事審判風險的不利益侵害，不過，本罪所維護的，仍是對於國家刑事司法審判程序的公正性，是一種對廣大人民審判權的保障。因此，該法益並非被誣告者能任意處分或承諾後，就能阻卻

多數針對個人的犯罪中具有合法化的效力，因為法秩序允許任何人根據自己的價值觀和自己選擇的目的來做決定。但即使能讓被害人捨棄法律所保護的利益時，必須是法律所允許處分的法益，若是生命身體法益，特定情形下，被害人可能就不一定能夠拋棄<sup>82</sup>。

## 第二目 被害人承諾的法理

犯罪行為的本質在於否定了「整個社會利益」。因為社會利益關係及其秩序一旦受到嚴重破壞，動用刑罰懲治犯罪就顯得必要。既然犯罪會侵犯別人利益，那麼就必須對這些利益加以保護、補償或恢復，以維持既定的社會利益關係。如此推論下可知，違法性的基礎就是利益衡量與必要性<sup>83</sup>。一個構成要件該當的行為，如果是為了確保更高位階的利益所必要，如果利多於弊，即不具違法性。一個只有侵害自己利益的行為，如果沒有動用刑罰的必要，那就表示不成立犯罪。被害人所承諾者，是對自己的法益進行處分，也是對法律的保護進行放棄，背後必然是為追求更寬廣的利益。下列提出有關被害人承諾的法理，就是透過不同角度來說明應透過何種標準來判斷被害人處分持有法益的利益必然優於刑法所保障的利益。

首先，有所謂的「利益欠缺保護說」，本說是基於結果無價值論為開展，認為違法性的本質關心的是法益侵害的結果無價值，由此說衍生的優越利益說（法益衡量說），認為行為目的且是為犧牲低價值的利益來獲取高價值利益時，結果就非無價值，而得阻卻違法<sup>84</sup>。換言之，依照優越利益保護原則，當行為該當構成要件時，便發生法益遭到侵害這一個有害社會的結果，但行為保全的利益優越於法益侵害時，從社會功利主義的觀點來看，就可將行為正當化。在被害人承諾的場合，優越利益說就是一種「利益欠缺保護原則」，用以說明為何承諾能阻卻犯罪的違法性。此說可分為放棄利益說及放棄法律保護說兩種說法。「放棄利益說」認為，犯罪為利益的破壞，被害人承諾放棄自己利益，即無法律破壞，因此法律也無庸干涉，而欠缺法律保護必要。「放棄法律保護說」則認為，隨著承諾，

---

行為人的不法。換言之，當被害人若是行為人的親屬，基於親人間情感的追求，其承諾誣告者，仍不得阻卻本罪保護公共利益的目的。參照：甘添貴，刑法之重要理念，瑞興，1996年6月，頁75-77。

<sup>82</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。

<sup>83</sup> 林山田，註55書，頁370；林東茂，註40文，頁50。

<sup>84</sup> 島伸一，たのしい刑法，弘文堂，2008年5月，頁158-159。

保護客體已經消失，這就如同放棄法律保護<sup>85</sup>。根據本理論，承諾本身是法益侵害可罰性的否定，表示客觀雖有法益遭到侵害，但經被害人利益權衡下放棄了刑法的保護，反而形成維持優越利益的有價值結果<sup>86</sup>。

其二是所謂「社會相當性說」，該說認為利益欠缺保護說過於強調結果無價值的觀點並不妥適。針對生命或身體此種個人法益的處分或承諾，仍應從國家或社會的立場加以限制，並基於健全社會的觀念，被害者承諾的適用，絕對不能忽視國民共同生活社會的觀感。本文認為這樣的看法過於果決，等同幾乎否定了被害人承諾的空間，將傷害罪是否阻卻違法問題訴諸於社會整體意識之上。因此，較為緩和的看法，是將社會相當性原則作為一種實質違法性的解釋原理，自然可適切解釋同樣從實質違法性理論發展出的「被害人承諾」此等超法規阻卻違法事由的內含本質<sup>87</sup>。

換言之，社會相當性原則是從行為無價值的角度來詮釋被害人承諾的理論基礎。依該說法，阻卻違法性必須求諸於「國家承認共同生活目的」的適當手段<sup>88</sup>，強調被害人並非一味承諾，就能阻卻違法。被害人承諾的效果仍需從社會相當性概念上做出限制<sup>89</sup>。即便被害人對於侵害其利益的行為表示承諾，也要考慮根據承諾實施的行為，是否為國家或社會倫理規範及人民共同意識所許可<sup>90</sup>。甚至也學者直言，光憑承諾就能正當化不法的情況，應屬相當罕見的場合<sup>91</sup>。

最後，也有從折衷式立場，提出「優越利益與目的綜合說」，認為「結果非價」將評價重點放在客觀上所造成的法益侵害或危險，忽略行為人主觀上的違法認識；「行為非價」則認為違法性，應從主觀立場判斷，必須考慮行為人的主觀目的。現今通說傾向折衷的觀點，亦即，犯罪行為的不法內涵是由行為無價值與結果無價值共同組成<sup>92</sup>，行為非價須以結果非價為前提，並考慮結果非價所顯現情狀的刑法意義之折衷觀點，此即所謂「二元行為無價值論」，係現今我國、德國及日本的通說<sup>93</sup>。正因為從行為無價

<sup>85</sup> 林書楷，註 80 書，頁 166。

<sup>86</sup> 川端博，註 46 書，頁 311 以下；余振華，註 66 書，頁 260。

<sup>87</sup> 塩谷毅，註 69 書，頁 5。

<sup>88</sup> 余振華，註 68 書，頁 340 以下。

<sup>89</sup> 島伸一，註 84 書，頁 159。

<sup>90</sup> 曾根威彥，刑事違法性の研究，成文堂，1998 年 7 月，頁 158-159。

<sup>91</sup> 曾根威彥，刑法学の基礎，成文堂，2008 年 5 月，頁 54。

<sup>92</sup> 行為非價是「規範違反」，是行為實行方式的違法；結果非價是「法益破壞」，是行為對保護客體所造成的侵害或危險。

<sup>93</sup> 川端博著，余振華譯，甘添貴監譯，集中講義—刑法總論，元照，2008 年 6 月，頁 111 以下；余振華，註 68 書，頁 83 以下。

值出發所建立的社會相當性說，無法妥當說明實質違法性的概念操作，有學者就認為必須採取二元論的思考加入結果無價值的判斷，從法益衡量的角度，進行個案判斷。

詳言之，考慮行為無價值與結果無價值後，本說認為所謂的目的，是指刑法保護法益的目的，是將社會相當性的評價（行為無價值）加入法益維護的意味<sup>94</sup>，說明行為是否具有社會價值，同時再採取優越利益說，則從結果無價值的觀點，說明整體行為有價值<sup>95</sup>。若以此觀點說明傷害罪的阻卻違法問題，必須思考身體健康固然屬於法益主體的個人法益，但仍不能與自由或財產同樣恣意處置。身體的重要部分，在處分意思形成前，社會倫理意義上仍有某些絕對價值是超越個人意志的存在。因此，有關身體的承諾，必須依據具體情況，透過利益衡量，決定是否具有妥當性。

## 第二款 被害人承諾的範圍

### 第一目 個人法益處分權

關於被害人承諾，在刑法上的意義是作為一種超法規的阻卻違法事由。主要原理是透過利益衡量，對於在客觀世界上被他人所攻擊侵害的法益，被害人考量該行為結果可以為自己帶來更大利益的思考，進而做出放棄刑法保障的意思表示。換言之，被害人承諾就是一種法益的放棄，這前提就在於被害人是否有權可以處分自己所持有的法益。首先，如同上述，基於被害人承諾的承諾，必須根據法益是否能有自主處分的可能性，來加以區別。如在受賄罪或放火罪此等以國家或社會（不特定多數人利益）做為法益主體的場合，這類是以不特定多數人所共同持有的抽象法益，很難想像有可以取得承諾的情況。因此，被害人得處份的法益，僅有如，生命、

<sup>94</sup> 有學者採取單一理論，嘗試將阻卻違法事由歸納為單一原則進行解釋與操作。其認為，「正當化的一般原理是行為的社會相當性，即行為在歷史地位形成的社會倫理秩序內，為該秩序所允許，這可以說是綜合目的說和優越利益說。構成要件行為如要阻卻違法性，不外乎是因為其行為不具備實質違法性，因此，可以說行為最終被上述國家、社會的倫理規範所允許，乃是統一地把握所有違法性阻卻違法事由的原理。」實際上，本立場就是一種對目的說與優越利益說的綜合看法，只在認為所謂的社會相當性概念也應該要從這層意義上來理解。參照：大塚仁著，馮軍譯，註46書，頁320；關於單一理論（又稱違法性一元論），分別有法益衡量說、目的說以及社會相當性說等不同詮釋違法性內涵的方式。參照：余振華，註66書，頁227-229以下。

<sup>95</sup> 川端博，註46書，頁311-312。

身體、自由、財產等於高階人格上的個人專屬法益<sup>96</sup>。在此個人法益的範圍內，被害人基本上應能自由處份。

不過，學者通說普遍一致認為，在個人法益的處分上，也不是都可由法益所有權人恣意處份，而是有一定限制<sup>97</sup>。具體來說，限制承諾權的思考是建立在某些倫理或規範道德所衍生的社會共通意識，或法秩序認為絕對不可侵犯或衡量的價值標準上，如 1.生命權絕對不可承諾；2.身體健康權是可有限制的承諾；但所承諾的傷害必須以不違背善良風俗和不造成嚴重傷害為限；3.人身自由權和財產權都屬於可承諾的權利。名譽權、人格權亦可能諾。由此可知，承諾對象只能是「法秩序中完全可以由被害人自由支配與處份的權利」，被害人必須是該法益的唯一權益人，被害人就自己無權處份的法益做出的承諾不能阻卻犯罪的成立。

## 第二目 有效承諾的要件

在被害人承諾的場合，當被害人有權對自己所持有的法益進承諾時，按承諾本質與欲發揮的效果觀之，承諾必須符合某些條件，才能在刑法上視為一種有效阻卻犯罪違法性的事由。換言之，這裡要說明的是，被害人該如何對自己的法益進行發揮處分效果的要件。首先，承諾必須在法益侵害行為時點之前做出，最晚也須在結果時間結束前做出，並沒有類似民法可以通過追認方式來溯及違法性的阻卻效果。一旦行為結束後，先前行為的合法性就僅能透過推測承諾或其他相當性事由來判斷違法性的阻卻可能。

再者，就承諾主體資格來說，被害人必須具有「承諾能力」，這是被害人必須有能力深刻理解自身立場與狀況的情況下，決定是否進行法益的處分行為。通說認為，所謂的「承諾能力」是指被害人有相當成熟的辨別事理能力，能認識其所捨棄法益之意義及效果，這種能力是指「有無辨識能力及合理判斷決定能力」，這是事實問題，故年齡並不是重要的參考依據，民法上行為能力的有無也非必要條件。另外，無庸置疑的，被害人承諾放棄法益，必須出於被害人自由意思的決定，必須是一種具有真摯性的承諾表示，一旦有任何外在的精神壓迫該承諾就會無效。故經由強暴、脅迫、詐欺或錯誤所為之承諾均無效。至於被害人之承諾是明示或默示均可

<sup>96</sup> 塩谷毅，註 69 書，頁 13 以下。

<sup>97</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。

### 第三款 被害人的同意與承諾不同

值得說明的是，依照多數學說意見，被害者同意與承諾在刑法上應區分為二種不同的概念與效果<sup>99</sup>。前者在刑法評價判斷上，被害人的同意，是排除構成要件成立的「阻卻構成要件的同意」；後者則是阻卻違法性的「阻卻違法的承諾」。某些不法構成要件內涵中，明定將違反被害人意願、或未得被害人同意的要素設定為構成要件的成立前提，含有此特性的構成要件，就可能發生阻卻構成要件的同意。例如：刑法第 221 條的強制性交罪、刑法第 320 條的竊盜罪、刑法第 306 條的侵入住宅罪等。這類犯罪，只有行為人一旦違背被害人的意思或未得被害人同意，構成要件就會該當。反之，在有獲得被害人同意的情形下，解釋上自然就會欠缺該當構成要件的可能性。

不過，這樣的分類也有人反對。主要認為，同意以及承諾的效果相同，主要是在排除構成要件成立。無論是得到被害人同意或承諾，皆是在協助被害人伸展人格，行為人沒有忽視構成要件的警戒功能，也沒有破壞法益，所以構成要件不該當<sup>100</sup>。

本文認為，被害人同意的效果可以阻卻構成要件同意，刑法評價意義上，就是表示客觀上沒有惹起任何法益侵害的情狀；不過，由於被害人承諾，對其持有法益放棄後，客觀不法構成要件所描述的利益侵害已經成形，此時就需進一步透過整體法秩序的評價，判斷有無阻卻違法的可能。換言之，學說上有強調違法與否是法律評價問題，構成要件該當與否則是處於客觀事實認定問題的看法，本文表示贊同。同時，以此思維脈絡下，可將被害者同意與承諾區分有三點不同。

首先，對於說明人的能力要求不同。同意者只要有自然意思行為能力即足，故可以是小孩或精神病人的同意；承諾者必須具有觀察辨識及判斷

<sup>98</sup> 關於被害人承諾的要件，參照：林山田，註 55 書，頁 370 以下；甘添貴、謝庭晃，註 1 書，頁 180-181；黃榮堅，註 78 書，頁 354 以下；張麗卿，註 24 書，頁 205 以下；余振華，註 66 書，頁 259 以下；許澤天，註 78 書，140-142 頁。

<sup>99</sup> 林山田，註 55 書，頁 367 以下；張麗卿，註 24 書，頁 220 以下；許澤天，註 78 書，頁 139 以下；林鈺雄，註 78 書，頁 267 以下；林書楷，註 80 書，頁 166 以下；張捷，案例刑法總則，一品，2011 年 2 月，頁 217 以下。

<sup>100</sup> 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 以下。

能力，承諾者必須有能力認知捨棄法益的效果，欠缺情況下，如幼童須得法定代理人同意。其次，意思瑕疵的效果之不同。同意不考慮意思瑕疵的問題；承諾若有意思瑕疵，如經由強暴、脅迫、欺騙所為的承諾，均非有效。最後，最重要的不同是，對於說明本身的要求，同意只要有「單純的存在」就已經足夠，不要求行為人對該項同意有所認知；承諾則須有明示或默示行為，要求行為人對於被害人承諾有所認知，且此承諾的認知是主觀的阻卻違法要素<sup>101</sup>。

## 第二項 自主決定權於被害人承諾中的定位

從上述關於被害人承諾的介紹可知，傳統學說對於被害人承諾的法理，往往都是運用第三者的角度，透過客觀利益衡量的方式來建構被害者承諾的概念內涵。如社會相當性說要求國民倫理意識與觀感的優先性，或利益欠缺保護說認為被害人法益放棄，等同客觀上沒有利益需被保護等。不過，由於被害人承諾就是一種處分法益的行為，背後應當隱含著法秩序對於人民廣泛自由權益的肯定與保障，一般來說，就是指人類能自主生活中任何人事物的基本權利。以下本文就先對自主決定權的概念進行說明，之後再就該權利於被害人承諾中，扮演著何種重要角色。

### 第一款 自主決定權的倫理原型

自主 (autonomy) 是由希臘文 *autos* (自身) 和 *nomos* (控制法則) 組成，指「人們對自身的控制權」與個人生活息息相關的私的事情，有不受公權力介入、干涉而個人可以自律決定的自由。人類社會制度的運作，脫離不瞭哲學理性與情感的價值思考，運用實證建立制度的同時，也需透過理性的思維態度，尋求倫理觀點下的正當化基礎。若拋開一切外在變因，嘗試透過哲學思維，探究事物本質，除了能充分說明自主決定權的意義內涵，也能給予自主決定權倫理價值上的強化與肯定，是一種身為人就應該擁有的自然權利，這樣無論在何種生活領域上，都能透過該權利賦予人民最低限度的決定空間，強化相關法律制度的保障<sup>102</sup>。

<sup>101</sup> 參照：張麗卿，註 24 書，頁 222-223

<sup>102</sup> 有認為尊重自主原則包含著兩個方面的含義：「第一，承認人與人之間(包括醫生與患者之間)存在差異，差異可以是信仰的差異、文化的差異、宗教的差異等；第二，承認人與人之間的

## 第一目 人性尊嚴

所謂的「自主」(autonomy)是由兩部分組成的:「自我」(autos, self)及「律法」(nomos, rule or law)。自主在當前哲學中不是單一的概念,它是由一系列的概念和內涵組成的,像許多哲學概念一樣,理論上的「自主」代表著更多的含義<sup>103</sup>,也可以說自主不僅僅是倫理學的核心,同時也是建構哲學概念的共同基礎。人們普遍認為,生命倫理學的自主概念來源就是來自於康德的哲學思維,康德道德哲學的自由觀,對於自由的定義較為嚴苛,他認為自主就是理性之人於道德上的「自律」(原文同譯作 autonomy)態度<sup>104</sup>。

對於「自主」的詮釋,主要認為人類作為理性能力的存在者,能按照理性考慮來行動,自由地作出選擇的能力。必須注意的是,康德於自主上加諸了他的道德觀,也就是說康德認為自主並非隨心所欲,人既然是理性的動物,就需獨立於喜好與慾望之外,出於義務的動機而行動。換言之,自主能力應該是具有無條件的價值,具有這種能力的存在者應當被視為目的本身,其他不具備這種能力的事物是這些目的的工具<sup>105</sup>。

人性尊嚴的概念,正是來自於康德所闡述的自主意義。尊重人的尊嚴,就是把人當作目的,相對於工具往往呈現受到任意支配利用的客體意像,人性尊嚴的確立,就在彰顯人為主體的概念定位。人性尊嚴作為一種哲學思考價值架構下的基本概念,除能充實倫理道德的價值內涵,同時也是法律制度的合宜指引,基本內涵大體包括,生命與身體完整性的確保,生活形塑可能性及自主決定能力<sup>106</sup>。在這其中,從上述康德對自主的詮釋

---

平等,包括了醫生與患者之間的平等。在多元主義的背景下,差異的人們彼此之間是平等的,這種平等更多的是現實中權利上的平等。即在權利上,沒有哪一種宗教優於另一種宗教,沒有哪一種信仰優於另一種信仰,也沒有哪一種文化優於另一種文化;另外,也有說明自主原則的本質在於協調與溝通:「自主產生的理論背景是一個充滿價值多元和衝突的世俗社會,理性的人只能通過相互同意來建立一種共同的道德結構。在這個結構中,每個人都必須被設想為具有同樣的價值和尊嚴且都是平等的,然後根據人與人之間的相互同意來確定一個行為的恰當性。這樣就構成一個自主性的基礎,並在這個基礎上對行動的道德地位進行判斷。對自主性的尊重意味著通過強制來解決道德的紛爭在道德上是不允許的。如果人們的道德感是多種多樣的,那麼指導和解決行為的原則就應該是共同協商和相互尊重的原則。」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。

<sup>103</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>104</sup> Michael Sandel,樂為良譯,正義:一場思辨之旅,雅言文化,2011年3月,頁124以下。

<sup>105</sup> Michael Sandel,同前註,頁124以下。

<sup>106</sup> 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。

可知，自主決定應是人性尊嚴的最高體現，是人類主宰自我，追求幸福的前提，人一旦喪失自主淪為客體，一切就無可能。現今西歐諸國，多把人性尊嚴個精神直接規範於憲法當中，作為各項基本人權的論述指引。如德國基本法第 1 條規定即有表明：「人之尊嚴不可侵犯，尊重及保護此項尊嚴為所有國家機關之義務」。

## 第二目 意志決定自由

人格是讓人成為社會群體中，維持獨立個體性的概念表徵。換言之，人格是每一個人與他人差異性的總體描述，是一種經過精神、教育、社會文化、甚至特殊經歷等所建構而成。人格代表一種形塑可能性，隨著人的想法與外界互動，會產生不同的發展，進而回溯成為身為人所具有的特殊人格表徵。人若要自由的形塑人格，發展其與他人本質上的差異性，就需要擁有意志決定的自由，這同時就是人格的本質，也是人格的發展方式。

所謂的意志決定自由，就是人按照對於現存自然或社會規律的認識去行為的能力，雖然意志自由作為人格的本質，並成為哲學、心理學等社會科學公認的常識，但由於它的概念無形，無法為人所具體感知，因而作為法律上受保護的人格利益尚未得到廣泛承認。傳統人格權法只對明顯作為形塑人格表徵的媒介載體進行保護，如生命、身體、姓名、名譽等外在人格要素，主要目的是對人格既存狀態的完整性保護。

由於人的存在無法離開此等外部人格要素，不過，意志自我決定和選擇自由處於人格的核心地位，人的一切存在，正因為人的自我決定的自主性而獲得價值，對一個人來說，活著不僅僅是保全自身：它還意味著施展抱負，滿足自身願望。人的發展以及人的個性形成，依賴於意志作出決定，意志不斷地通過決定去影響人的其他存在層面（形塑人格）。意志自由下，自我決定的選擇形成了人格的內涵，同時促進人格的發展，因此，保護意志自有下的自主決定權利，就是對於人格最本質的保護<sup>107</sup>。

總之，人的自主性逐漸提升對於人格發展有極高的價值與保障。以意志自由為內涵的自主決定權利成為社會的最高價值，人不但要求人格的完整存在，更要求對於自己人格特徵的自我決定與塑造的能力，以尋求人格的發展與完滿。因此，自主決定權在人格領域的決定自由獲得承認，並成

<sup>107</sup> 王澤鑑，民法總則，自版，2004年3月，頁135以下。

為整個法律體系要積極實現的重要價值。

### 第三目 延展人格

人格權，必須經過法律技術進行概念構建，形成法律上可明確把握的法律制度。目前，例如德國 1949 年基本法第 2 條第 1 款規定：「人人有自由發展其人格之權利，但以不侵害他人之權利、不違反憲政秩序或道德規範者為限」。日本憲法第 13 條規定的幸福追求權表明：「對於生命、自由和追求幸福的國民權利，只要不違反公共福利，在立法及其他國政上都必須受到最大限度的尊重<sup>108</sup>」。這些先進國家都已在憲法位階具體宣示人格身為一種權利，必須得到最大程度的保護，也有必要進一步透過下位法律具體建構。

雖然自主決定權是對意志自由的保護，但是要作為一種權利，自我決定權還不能僅僅停留在意志的自由決定的階段，意志的自我決定必須得到一個他人可以識別的客觀載體。首先，作為自我決定權的意志的決定自由應當局限於人格發展的範疇內。質言之，意志決定所針對的必須是人格的構成要素，以實現人格發展為目的。

其次，自主決定權的意志的決定自由應當更進一步地限定於部分典型具體人格要素之上。人格要素的概念有其清晰的核心，生命、身體、健康、姓名、名譽、肖像這些具體人格要素作為人格不可分離的部分得到學界的一致公認，自主決定權是意志針對典型具體人格要素的自我決定自由，自主決定權的決定自由應當更進一步地限定在部分具體人格要素之上，這些人格要素必須是主體現實地能夠予以決定的，是意志對於外部存在的決定、塑造和發展的能力。因此，自主決定權是對於人格的動態保護，通過對於意志人格的保護，實現促進人格發展的目的。我們提出對自主決定權概念的界定意見，即：自我決定權，是意志以發展人格為目的對於生命、

<sup>108</sup> 立山龍彥，自己決定權と死ぬ權利，2005 年 8 月，東海大学出版会，頁 8；另外，有學者認為，自己決定自由是日本憲法中，包括思想保障、良心的自由、宗教自由、集會、結社、表達自由，居住、遷徙、選擇職業自由等各種權利。這些基本自由的前提，就是作為基礎的是自我決定權，如果說個人所信仰的宗教、思想以及個人所選擇的職業或遷徙的地方，都是自我決定權的結果，那就可以說，自己決定權是上述自由的上位概念。參照：曾根威彥，註 91 書，頁 51 以下。

身體、健康、姓名等具體外在人格要素的控制與塑造的抽象人格權<sup>109</sup>。

## 第二款 自主決定權是被害人承諾的新興法理

自主決定權的概念確立後，其內涵中強調自主權的行使，就是讓人可以自由決定意志、延展人格，避免成爲工具，確保人性應當保有的尊嚴。由此精神導入，可以發現自主決定權的理念，也可作爲支持被害人承諾法理的正當性基礎。國內有學說就認爲，從自主決定的原理，可以說明被害人承諾的阻卻違法原因，此說偏重的是依承諾來實現個人自由，優越於得承諾行爲所侵害的法益時，就可以阻卻違法。另外，同樣是從自主決定權概念出發，有學者更細緻的強調，被害者承諾的法理應從「被害人有利的抉擇」及「尊重被害人自主的決定」來綜合考慮<sup>110</sup>。

從「被害人有利的抉擇」的觀點言，一個秉持理性之人，主動承諾他人對自己爲不利的侵害行爲，心中自然會進行爲追求自己利益的利害衡量。換言之，被害人承諾極可能是經過理性思辨後最有利的選擇。若此，除非有明顯客觀上有顯示不利於被害人的情形，否則，應爲法律所容許的風險。另外，「尊重被害人自主的決定」則更進一步主張自主決定權於被害者承諾中的法理地位。其認爲，個人自主決定權應該受到絕對尊重，如此才能確保人類自我人格的實現，縱然被害人因承諾而造成自身受有法益損害者亦同。總之，自主決定權作爲被害人承諾的法理依據，是雖然是近期學說上提出的論點，不過，特別已在討論醫療行爲阻卻違法承諾的問題時，已經受到相當程度的重視，日本學說上也越來越多學者支持此項看法<sup>111</sup>。

## 第三項 被害人承諾於移植承諾中的定位

人體器官移植行爲的進行，很重要的前提要件就是必須同時獲得供體與受體雙方各自的真摯同意。這樣同意的意義爲何，對於刑法上會發生何種效果，這一直都是學界討論的重要議題。原則來說，經過上述的探討可知，自主決定權就是引領自身人格價值的重要手段，其與醫療領域中，對

<sup>109</sup> 周云濤，論德國憲法人格權—以一般行爲自由爲參照，法學家第 123 期，2010 年 12 月，頁 31-32。

<sup>110</sup> 張麗卿，註 82 文，頁 80-81。

<sup>111</sup> 余振華，註 58 書，頁 341 以下；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 63 以下。

於醫療行為的選擇與決定有何種支配關係，另外，我們還要進一步思考，自主決定權作為被害人承諾的法理依據之一，能否作為移植承諾的主要內涵與操作方式，此則會在本文說明移植承諾與自主決定權的關係後，將會繼續討論的重要問題。以下先就自主決定權於醫療領域中的概念與運用方式進行說行。

## 第一款 自主決定權於醫療領域中的內涵運用

### 第一目 對生命與身體健康的自主決定

#### 一、對生命的自主決定

生命，是一個人在世上的基本表象，人自主生命的方式，從積極面向來說，就是一種生命的維持，往往透社會活動的融入與經營，維繫生命所必須。從消極面而言，就是在生命自然終結前，提前遏止自己的生命（例如自殺）。就醫學的觀點來說，醫療的本質，是幫助人類延續生命，創造美好生活<sup>112</sup>，因此，患者一旦選擇接受醫療，普遍就是對生命展現積極自主的態度。不過，就全面自主的理念來說，在醫療領域中，依據醫療自主決定權的思維，病患是否能透過拒絕治療或請求醫療提前結束自己生命的要求，達到消極自主生命的目的，落實完整的生命自主決定權，可能不無疑問<sup>113</sup>。

這樣的疑問，點出了現代醫病關係的典型衝突，就是醫療倫理中，積極安樂死（請求醫療行為終止生命）以及消極安樂死（拒絕醫療）<sup>114</sup>，是

<sup>112</sup> 日本有學者認為在對生命尊重下，才能進一步追求幸福。參照：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>113</sup> 「安樂死一詞是由希臘文 Euthanasia 所來，原意是『好死』，在醫學不發達的年代裡，所表達的不外乎是一種人類希望「無疾而終」的渴求。但自二十世紀醫學科技突飛猛進以來，各種新藥物、新技術的發明，大大地延長了人類的壽命；心肺復甦術、體外循環機、呼吸輔助器、各式的鼻胃管、引流管，雖然『搶救』回了無數病人的心跳、呼吸，卻也剝奪了一個人平和死亡的權利。面對著大多數末期病人令人不忍卒睹的生活品質，引發了當代醫療究竟是『延長生命』(prolong living)或是『延長死亡』(prolong dying)的疑惑。」參照：楊秀儀，救到死為止？從國際間安樂死爭議之發展評析台灣「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。

<sup>114</sup> 所謂的積極安樂死，是指透過醫師運用醫療措施，超越疾病終結生命的自然因果流程，提前幫助病患步入死亡，目前廣泛被討論的積極安樂死醫療形式有開立致死處方，注射致死針劑

否能被認同與接受的問題。一般來說，無論是積極或消極的安樂死，討論其正當合理化的可能性前，都是建立在一個倫理價值平台上，就是從醫療技術的任何角度觀之，罹患的不治重症，已讓病患進入一個不可逆的死亡過程。在此平台上，病患才能透過醫療的診療與照護，請求醫師的幫助，或拒絕醫師的幫助，實踐自主生命的消極方式—終結生命。誠然，生命是通往死亡的過程，死亡則是生命唯一的終點，醫療的終極價值是對人類生命權的積極維護，為避免生命自主權與醫療目的間產生根本上的矛盾，只有在不可逆的死亡結果出現時，由於醫療已經束手無策，拯救患者生命的目的亦無法達成，此時才有討論患者生命自主決定權的意義。

究竟在患者的醫療自主決定權中，是否有自主生命的空間。這涉及人們對生命內涵的質量深廣的不同詮釋，基本上呈現正反兩說。從古至今，宗教文化與社會傳統倫理價值觀對於生命內涵的理解，普遍秉持一種絕對性的維護態度，基於傳統哲學觀念，生命具有深厚的倫理價值，生命不屬於個人，個人要對生命中的人性與倫理價值負責，不能隨意處分。因此衍生「生命至上」，生命是身為人，能在社會上展現自我，實現自我的必要狀態。同時，若將此理念初步具體化為權利概念，生命權就是一切權利型態的根本，無論財產權、隱私權甚至是政治權等，若無生命權的支持，隨之就會失所附麗，無法行使<sup>115</sup>。因此，基於生命完全保護的指標性原則，無論是國家或是個人都沒有終結生命的自主權利。這樣的說法，幾乎受到多數的宗教贊同。西方世界的猶太教和基督教徒譴責自殺<sup>116</sup>。在東方，佛教則篤信因果輪迴，對於自主結束生命的行為，認為僅是種消極逃避的方式，死亡墮入輪迴時，果報於下世仍須面對。

反對論者則主張，生命的保護並非絕對，而是相對。在某些特殊情況下，必有特定的價值理念，高於生命權的保護。人性尊嚴作為現代民主法治社會普遍的價值理念，讓生命的意義，並不僅止於生理上的呼吸、心跳等持續存在，而是能夠依個人的信仰、理念、價值觀，選擇能實現自我的良善權利，亦即看重強調的是人類生命的品質，而非量化之延續<sup>117</sup>。換言

---

等：消極安樂死則是指針對不可逆轉的病情發展，醫師消極「不作為」，如不施行心肺復甦術、移除呼吸器、人工餵食器等生命基礎維生系統，任由疾病支配患者從生到死的自然因果流程。

<sup>115</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>116</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>117</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』的觀念，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。』」

之，就安樂死的議題而言，當人的生命已經無以為繼，經過病魔的折損，無論生心靈皆已無法繼續實踐身為人的價值理念時，此時的生命存續，不但無法促進人格的良善發展，反而有違人性尊嚴的精神。安樂死既然強調的是符合病人意願及有尊嚴的死亡，而有尊嚴的死亡是則是對於人性的最大關懷，因此，病患在醫療領域中，應當仍有主張消極結束生命的自主權力<sup>118</sup>。

## 二、對身體健康的自主決定

身體健康是指「體格、精神的完整狀態」，一般所稱的身心健康，包括身體與心靈呈現平衡的正常狀態。由於健康可以說是由身體、心理共同組成。因此，身體健康，是指人具有完整的身心，能正常參與社會活動，與人溝通。傳統學說認為，人都有以身體機能為內容的健康權利，健康與人的生命相輔相成，除了保持肢體、器官、組織正常運作，也是生命活動的基本保障<sup>119</sup>。

醫療是以恢復身體健康為任務，通常醫病關係的建立，往往都是源於患者自願接受治療，想要恢復健康的意思表示。因此，依循醫療自主決定權的概念指引，患者對身體健康的自主決定，除了是指身體健康狀況下降的時候，有請求醫療、接受醫治的權利，使健康狀況達到完好的狀態或者恢復到原有狀態，有權選擇最有利的醫療方案，亦是身體健康自主權的內涵之一。例如，感冒藥的開立，醫師為求提升患者恢復健康的效率，通常會加入嗜睡藥物一併供患者服用。此時，患者基於工作需要，應有權拒絕

---

參照：楊秀儀，註 113 文，頁 6。

<sup>118</sup> 傅偉勳，註 116 書，頁 43-44；另外，哲學家波伊曼曾論述：「當生命已經失去一些賦予他價值的價值，當生命的所得已經出現紅字，終止這個悲哀有什麼錯—如果這是一個人的願望的話。」其更進一步主張：「死亡權利是生存權利必然的結果，因為如果我們不能免除自己的生存權，這又算是什麼權利？不能免除的權利不算權利。」參照：Louis P. Pojman 著，江麗美譯，註 93 書，頁 60；另外，有學者說明，「西方先進國家（英國、美國、加拿大、紐西蘭）多已通過立法或團體宣言，肯定病人之「拒絕醫療權」來合法化醫師為病患進行消極安樂死的醫療行為，醫療界也承認了消極安樂死的合倫理性。世界醫學會（World Medical Association，以下簡稱 WMA）在 1983 年的威尼斯末期疾病宣言（Declaration of Venice on Terminal Illness）以及 1987 年的安樂死宣言（Declaration on Euthanasia），皆表明了：『安樂死者，乃指主動終結病人生命之作為，即使基於病人或其近親之要求而為之，亦不合醫學倫理。然此並不排除醫師在尊重病人的意願情形下，於疾病之末期，依循自然之過程產生死亡的結果。』，1992 年 WMA 又再度重申：「醫師協助病人自殺，其性質同於安樂死，均為不合醫學倫理，而應予以非難。是故，醫師有意並主動協助病人，導致其死亡時，該醫師之行為自與醫學倫理有違。然而，拒絕醫療乃是病人之基本權利，若醫師在尊重病人意願下中止醫療，導致病人死亡之結果，亦與醫學倫理無違。」參照：楊秀儀，註 113 文，頁 9-10。

<sup>119</sup> 康均心，生命刑法原理，元照，2009 年 3 月，頁 127。

醫師開立嗜睡藥物，這就是患者衡量自己生活現況，對身體健康做出的自主安排。另外，醫療活動中，爲了治療某些特殊重大疾病，不得不對於身體的某些部分以及特徵進行改變，如對糖尿病患者進行截肢，或割除癌細胞擴散的器官組織體等，這些決定，基本上亦須透過患者的認可才能進行。

一個人的健康狀況往往會直接影響與塑造出每個人獨特的人格特質。人能對身體健康的自由形塑，也是身爲人，發展與延伸人格價值的重要條件。因此，身體對於人格的發展不僅僅在於其完整性，身體作爲人格發展的起點，也體現了人格上諸多獨特之處，是外在人格最明顯的表現。身體在某種程度上成爲一個人人格的表徵，爲了人格的發展，爲了更好地發展天賦的能力，權利人按照其人格的追求去對於身體形態的適當改變應當認爲是權利人的正當的自我決定。人的容貌形態作爲人的身體的重要部分，權利人爲發展其人格，展現其人格個性，可以利用現代醫學手段進行適當改變。例如，時下的醫療整形手術，對於生理上的健康會有直接的效用，應當也能作爲身體健康自主的權力實現方式。

## 第二目 對自我價值與人格的自主決定

醫療自主決定權強調是尊重患者自己的意願，決定的是與個體價值取向有關的事項，是傾向多元價值目的之選擇權，而醫師基於專業與職業倫理的直線思考，往往服膺於順利恢復健康，拯救生命的絕對職責，偏重治療中的醫療技術的決定權。兩者對於醫療的意義，以及創造的利益，往往在思維上會有不同之處。

典型的案例，如日本在 1992 年，東京大學附屬醫學院發生著名的「エホバの証人輸血拒否事件<sup>120</sup>」（耶和華見證人宗教團體），該案中，原告是一位罹患肝臟腫瘤的耶和華見證人信徒，由於病情關係，於東京大學醫科學研究所附屬醫院進行緊急摘除腫瘤的手術。原告曾於手術前，明確表示輸血違背自己的宗教信念，拒絕接受一切輸血有關的醫療行爲，但是在接受肝臟腫瘤摘除手術中途，醫生爲了手術需要而爲其輸血。最後手術成功，惟原告知情後精神崩潰，遂對醫院及醫生提起損害賠償之訴。日本最高法院認爲，原告基於宗教信仰而拒絕一切伴有輸血的醫療行爲，是一種自主決定權的展現。該自主決定權落實於本案中，就成爲具體人格權的保障方式，醫師對於病患基於人格發展的一切意思決定，應當與以充分尊

<sup>120</sup> 詳係案件分析請參見：久々湊晴夫，やさしい医事法學，成文堂，2007 年 5 月，頁 92-107。

重。在本案的事實開導下，由於醫師於手術前清楚告知可能實施的輸血行為（未履行告知義務），故在原告無法全盤了解醫療資訊的情況下，摘除手術的接手與否，將無法做出符合自身最大利益的價值判斷。最後，日本最高法院認為醫師已侵害了原告基於醫療自主決定權所展示的人格權。

在日本，本案判決首次明確提出了患者的醫療自主決定權，除對身體完整性進行保護外，也從人格權的立場落實病患特有價值思維的保障，對醫療自主決定權的發展具有重大意義。其時，從本判決事實可知，站在醫師父權思想下的專業角度，若手術中不接受輸血，原告有很高的機率風險將在手術中死亡，故醫師進行輸血醫療，是將維繫生命作為原告的最高利益。不同的是，原告個人基於宗教信仰，對於戒律的信念與遵從，比起生命的價值，有著更高位階的思考態度。因此，原告期待整起醫療行為所形塑的最大利益，至少是在遵從誠律的前提下所選擇的醫療方案。由此觀之，本事實中，醫師與病患間產生典型利益不一致的情形，而該判決認為醫師仍須優先尊重患者的醫療自主決定權，就是讓病患自己決定醫療上的何種作為或不作為，最符合自身的價值觀念與利益<sup>121</sup>。

誠然，現代醫療自主決定權的目的是在保障個人生命身體與價值自主的地位，並能以該獨立自主地位與他人協商同意（或不同意）與其身體有關的事項，同時，病患對於醫療方案的選擇與決定，往往受到自身的人格價值觀念影響，醫療自主權應與確保個人因其宗教、文化或道德發展出之價值理念有密切關係。是故，當個人在具體受到醫療照護的同時，應確保其不受外界專業力量的過度限制與影響，干擾其決定利益實現自我價值的思維態度。因此，醫療自主決定權除了給予病患恢復健康的選擇外，亦是幫助病患跳脫醫師父權式的專斷枷鎖，給予其追求自我價值的機會。

總歸而言，隨著醫學的發展，醫療活動逐漸複雜，醫療方案也有多種選擇，與每種醫療方案相伴隨的是不同的風險，人們逐漸認識到醫療活動在為患者除去病痛的同时，也對患者的人格特徵產生重大影響，不同的醫療方案會造成患者大相逕庭的人格特徵改變。針對自己的身體採取何種醫療措施，從而形成何種身體特徵，直接體現了患者對於自己的人生安排、價值、道德觀念以及內在的個性，從而直接影響患者未來的生活以及人格

<sup>121</sup> 舉例來說，一名患者被診斷出患了淋巴結癌，醫生告訴他三種可選擇的方案：打開胸部手術、化療或骨髓移植。患者得知在手術或化療之後癌腫瘤很可能復發，而骨髓移植則可能帶來危及生命的貧血、出血、感染和疼痛等症狀，採取哪一種治療方案，最終由患者自己決定。由此可以看出，有關具體醫療技術的三種方案由醫生決定，而權衡每一種方案的益處與危險並最終選擇哪一種治療方案則由患者決定。

特質，對於患者的人格發展具有重大意義。對這種重大事項，只能由患者本人決定，患者是自己身體的決定權人，對於採用何種醫療方案具有自我決定權，權利人可以按照其內在人格特質去決定自己的身體特徵，質言之，權利人可以按照其內在的情感、哲學、宗教以及人生觀等構成其內在人格的重要觀念，去對自己的身體特徵進行自我決定，從而實現其人格發展。

## 第二款 自主決定權於移植承諾中的法律意義

由上述可知，自主決定權在醫療領域中，就是指人民自身對於各種醫療行為的思考與抉擇。在具體的侵入性醫療行為類型當中，自主決定權所保障者，則是對自己生命、身體健康或是人格的自我決定或選擇。在人體器官移植中，觀察手術過程，可將手術分為器官的摘取與的植入。整體來說，二者都是能為社會帶來正向利益的醫療行為，同時也是具有侵害性，會造成生命、身體與人格利益產生重大變動的行為。因此，無論是器官的摘取或植入，由於涉及了自主決定權中，當事人對自己生命、身體以及人格發展的重要決定，因此，原則上都須依循當事人的意願予以進行。法律上就是透過各種同意機制的設計，做為確保當事人自主決定權在醫療領域中的具體落實。

### 第一目 對於器官摘取承諾的意義

如同第三章介紹，關於器官摘取行為來說，自主決定權的落實，就是在確保供體對於摘取手術有關鍵性的決定地位。器官摘取行為從不同對象，可區分為活體器官的摘取以及死體器官的摘取。目前來說，對於活體摘取的程序就是必須獲得供體完全自性的承諾權利，如我國的人體器官移植條例第 8 條規定，活體捐贈者必須出具書面同意書，以及二人以上最近親屬簽名來確保同意書的初步真摯性。此外，相關單位尚須進一步對供體同意捐贈的表述作出嚴格審查，包括應對捐贈者予以詳細完整之心理、社會、醫學評估，確保是在無壓力與無任何金錢或對價之交易行為，自願捐贈器官，並提經其醫學倫理委員會審查通過，始得為之。

另外，不同於活體捐贈，死體摘取程序就較為寬鬆。依據同法第 6 條規定，死體器官摘取承諾，除了本人生前能自主決定外，也允許家屬在其

意願不明時推定同意之。會有這樣的差別，是因為死體器官除了人格權的殘餘或家屬情感的不捨外，基本上沒有生命的存續，就沒有行使自主決定權的空間。不過，必須注意的是，供體對器官摘取行為的自主決定權，立法設計上往往會偏重於供體拒絕決定權的確保，主要原因是在於摘取行為目的與一般醫療行為並不相同的思考點上。此時，法律已經預先對摘取自主權的承諾範圍設下某些限制。關於詳細的原因與理由，將留待第五章繼續說明。

## 第二目 對於器官植入承諾的意義

器官植入行為的本質，與傳統醫療行為的概念相當，是一種具有治療效果的醫療行為，適用於醫療法對醫療行為的一般規定。詳言之，患者主張自主權的方式，是透過醫療法第 63 條規定予以落實，依該關規定，醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其患者本人承諾，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。從本規定可知，一旦醫師對於植入手術的說明不盡滿意，或是另有打算，就能選擇不簽具手術同意書，或是向醫師請求進行另外符合自己人格發展的醫療方案。

## 第三款 被害人承諾是移植承諾的主要內涵

### 第一目 落實自主決定權的重要機制

無論器官的摘取或植入，縱使皆是一種具有醫療適應性與技術正當性的先端醫療行為，不過，對於供體與受體的身體或生命仍會帶有損害與危險，從刑法保護法益的觀點而言，移植行為就是一種具有傷害構成要件該當的不法行為。一般認為，醫療行為傷害說的阻卻違法性，無論是我國或日本學說，都是以業務上正當行為作為解釋依據。同時，學說也普遍認為屬於實定法中的業務上正當行為不罰的規定，無法充分的說明阻卻違法的具體事由。故因持續思考行為背後的實質違法性理論基礎，藉以支持醫療行為在整體法秩序中的正當地位。

在此之前，本文已經確立透過自主決定權的精神指引，相關的人體器

官移植醫療法規中，都能清楚發現落實自主決定權的身影。從權利保障的面向來說，醫療活動中，無論是摘取行為或植入行為，法律原則都須給予當事人自主決定的空間，目的就是讓供體或受體都能從這個移植行為中獲得自己想要的利益，完善發展自己的人格價值。因此，從落實自主決定權的角度來說，自主決定權既然是被害人承諾的重要法理，被害人承諾自然就是代表法秩序中，從刑法的面向來落實自主決定權的重要機制。

## 第二目 移植承諾的運用標準

由於醫療行為具有強烈的侵襲性質，越來越多學者認為，醫療行為若要該當業務上的正當行為，除了個案中的利益衡量外，患者承諾也成為必要的核心概念。其中主要的思維脈絡在於，承諾醫療行為施加於自己身體的意義，代表的就是允許他人對自己的身體健康法益進行侵害。因此，依循被害人承諾的概念理解，可以發現患者對醫療行為的承諾，就如同被害人對自身持有的個人健康法益的處分予放棄，當然，該放棄的目的是為了在整體醫療行為中獲得恢復健康的利益，這如同經過結果非價後的利益權衡，醫師的行為符合優越利益原則，此時醫療傷害行為自然可以阻卻違法。

因此，器官移植行為得以阻卻傷害構成要件的成立，若從業務上正當行為作為阻卻違法依據，仍須從實質違法性的原理作為判斷標準。亦即，所謂正當行為的判斷，必須從行為上判斷醫療行為的社會相當性，及醫療目的和結果間進行優越利益衡量。而目前除了有力學說認為，從這兩者原理概念來建構作為超法規阻卻違法此實質違法事由的理論基礎，也就是已被被害人承諾作為判斷標準，應該是目前較為合理的方式。另外，透過自主決定權的精神注入，成為被害人承諾的重要法理，被害人承諾同時也背負著人民能在醫療活動中確保自主生命、身體與人格發展等價值的重要任務。由此可知，刑法學說在探討醫療行為正當性的要件時，普遍已受到德國實務見解的影響，就是以「被害人承諾」此一超法規阻卻違法事由來詮釋患者承諾的內涵<sup>122</sup>，並且作為解釋與充實業務上正當行為的素材。

必須注意的是，依據前文所述，被害人承諾與同意的意義與效果並不相同。對於醫療行為造成傷害結果的客觀事實，並不會因為被害人的同意而能排除構成要件的同意，換言之，對於患者身體傷害的事實，仍需進一步透過法律評價，從整體法秩序中尋找阻卻違法的合理依據。因此，無論

<sup>122</sup> 王皇玉，註 58 文，頁 77。

是供體或受體，對於接受器官移植行為的意思表示，在刑法的評價意義下，就是一種具有阻卻違法性效果的被害人承諾，而非自始欠缺不法侵害的構成要件同意問題。本文未免混淆，力求用語一致，將會統一採用「承諾」一詞進行相關說明。

綜上，醫療行為就如同傷害行為須得被害人承諾一般，必須得到承諾才有適法性。在此意義下，面對一個具有傷害侵襲性質的人體器官移植行為，若要取得刑事合法的基礎，原則就須先取得供體與受體本身的真摯承諾，同時，由於移植承諾等同於對自己身體法益的持有放棄，因此，無論移植承諾的意義、內容效果到施行方式，務須緊扣被害者承諾的理念與內容來進行解釋操作。總之，在刑法意義上，供體與受體就需如同被害人般，先行處分放棄自己持有的身體法益，醫師獲得允許後，才能為其進行器官摘取與植入治療。

## 第四項 移植承諾能力的重新詮釋

### 第一款 承諾能力的認定標準

對於人體器官移植手術此等具有侵入性質的醫療行為，必須事先取得供體與受體的分別承諾。作為承諾主體，雙方必須具有承諾能力，至於判斷病患有無承諾能力的標準為何？目前我國有從民事與刑事二種不同方向，分別提出三種判別標準作為認定方式，即主張以民法上行為能力的有無、刑法上責任能力的有無以識別能力的有無，以下分別說明<sup>123</sup>。

#### 第一目 行為能力說

法律中規定民事行為能力，主要是基於民事活動特殊交易性考量下所設計。民事活動必定會產生一定民事法律後果，進行在客觀上要求行為人具有認識自己行為的意義、預見自己行為後果的預測能力。因此，只要具備相應的預見和識別能力，行為人應可以為與自己能力相當的作為。然而，行為人在不同情況下，其意識能力常有所不同，而有於意識能力，事後證明往往又十分困難。即使能夠證明，對於相對方亦可能帶來始料不及

<sup>123</sup> 黃丁全，註1書，頁266-267；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，頁37。

的損失，嚴重損害交易安全。人們在從事一項法律行為前，不可能對相對人進行某種能力之測試，鑒於此，法律通過行為能力制度這一客觀標準來代替意識能力這一隱藏于當事人內心的標準，這樣的規定有利於現實中之交易安全，也使該制度的可操作性增強。

以行為能力為基準，認為病患承諾能力的有無，其前提是行為人具備相應的行為能力。具體分為完全行為能力、限制行為能力和無行為能力，並依據此而確定患者承諾能力之有無強弱。該說一般主張對於完全民事行為能力患者，自己承諾應疑問，民法上未滿 7 歲的無行為能力者、未滿 20 歲限制行為能力者或成年卻欠缺行為能力者，其承諾則需獲得法定代理人或其監護人的追認使得發生效力<sup>124</sup>。

## 第二目 責任能力說

以刑法上的責任能力為標準主張刑法上責任能力標準說，簡言之，就是以是否具有刑法上的責任能力為標準來判斷患者承諾能力的有無。責任能力，是指行為人辨認和控制自己實施危害社會行為的能力。即行為人能夠正確認識自己行為的性質、意義、作用與後果，且能依據該認識而有意識地選擇和控制自己的行為，從而對自己實施之刑法禁止的行為，承擔刑事責任的能力。從中可總結出刑事責任能力應該包括兩方面的內容，即辨認違法與控制行為的能力，或稱為認識能力和意志選擇能力<sup>125</sup>。如同民事行為能力一樣，在判斷刑事責任能力時，亦考慮年齡和精神狀態這兩個因素。

換言之，由於刑法上的責任能力制度，所側重者是行為人刑法上的承擔責任的能力，對於無法期待其遵守法律的行為人，由於縱使透過刑事處罰也無法達到防範未然，預防法益侵害的效果，因此刑法特別設立本制度，從年齡與精神狀態的角度分別立法建立責任能力機制，作為是否施用刑罰以及刑罰程度高低的一般標準。目前我國刑法第 18 條是關於年齡做為責任能力有無的標準，規定未滿 14 歲者無責任能力，不罰；14 歲未滿 18 歲者為限制責任能力，得減輕其刑；滿 18 歲以上者，則具有完全責任能力。另外第 19 條則是關於精神狀態的規定，若精神鑑定患者有精神障礙或其他心智欠缺的情形，若造成辨識能力與控制能力欠缺者，為無責任

<sup>124</sup> 蔡墩銘，註 1 書，92 頁以下；吳志正，註 11 書，頁 129。

<sup>125</sup> 張麗卿，司法精神醫學，元照，2011 年 4 月，頁 229 以下。

能力；若僅降低者，為限制責任能力<sup>126</sup>。

### 第三目 識別能力說

目前我國多數學說主張必須依據患者有無識別能力為判斷標準。本說主要是出自刑法保障法益的角度思考，認為對於具有侵入性質的醫療行為，承諾能力的有無，就是在判斷病患是否有識別能力來理解阻卻違法性承諾的意義<sup>127</sup>。一般認為識別能力是指患者能夠理解治療之性質和目的，包括如若接受治療將對身體所作之處置、不治療可能帶來之後果、理解醫生對其說明的各種危險及副作用等。並且理解水準必須與所作決定之重要性成適當比例，決定的重要性越大，對能力的要求就需越高。

另外，也有學者參考德國學說的意見，提出折衷式的看法，稱為「意思能力浮動說」，該說是以醫療行為的危險性作為區分，醫療行為危險性高時，承諾能力的認定就須採取嚴格的標準；醫療行為危險性低而益處高時，標準則隨之寬鬆。換言之，本說認為考量病患承諾權的行使只要具有認識能力者，對未成年病患的保護可能不周；惟若一律以行為能力為基準，恐又限制過嚴。因此，對生命身體法益有重大影響的侵入性醫療行為，病患必須具備民法上的行為能力，始有承諾能力；而其餘醫療行為承諾，即得依識別能力作為判斷基準<sup>128</sup>。

### 第二款 應以識別能力說為主

針對侵入性醫療行為，醫師進行實質告知後，病患的承諾是否具有法律上的效力，目前醫療實務普遍是採取民法上的行為能力說作為標準<sup>129</sup>。

<sup>126</sup> 張麗卿，刑事責任相關之立法修正評估，收於《新刑法探索》，元照，2008年9月，頁67。

<sup>127</sup> 此為學界通說，參照：甘添貴，註45文，頁37；吳志正，註11書，頁131；黃丁全，註1書，頁266以下。

<sup>128</sup> 吳志正，註11書，頁131以下；另外，學說上也有指出：「在英國的立法和判例以及美國等一些國家的判例中，也多採用有無識別能力為患者同意能力有無之判斷標準。臨床中，醫生往往會根據患者的情況做一些簡單的測試，根據測試的結果來判斷患者的識別能力。這些測試可能是一些簡單的知識問答或者是針對醫療行為的問題，還可能是要求患者作一些簡單的動作等。當然在進行測試時，可用給患者提供最大限度的輔助，例如用一些易於識別的圖片來幫助其理解等。這種個案分析標準有利於科學地判斷每一名患者的同意能力，但也給醫療機構帶來不便。因為相對於前兩種標準，採用有無識別能力標準時，須花費較多時間，對醫生的要求也很高，故如何高效地實施這一標準是最大的問題。」參照：劉超、趙銀仁，淺析患者的同意能力法律問題，中國衛生事業管理第9期，2007年，頁610。

<sup>129</sup> 例如，醫療法第63條與64條分別對於侵入性醫療手術與檢查行為規定，關於手術與檢查的

不過，行為能力說終究非為醫療現實考量下所設計的門檻，因此，亦有採取識別能力說的角度，設法探求病患真意。可惜的是，識別能力說亦有其缺陷，就是在判斷標準上過於籠統，若實際運用，可能會產生醫師無所是從的窘境。

不過，如同上述，基於刑法保障法益的立場，在侵入性醫療行為的情況下，無論是的移植行為的承諾或拒絕，立法上應該要設立更加鎮密的判斷內容與標準，而此標準的建構，就需以被害人承諾作為法理依據（未成年人承諾、精神障礙者承諾等）。目的就是為了確保無論是對供體的摘取或受體植入行為前，都能在充分理解相關醫療資訊的情況下，仔細衡量自身利弊得失後，能自願、自主的放棄刑法對其身體健康法益的保障。進一步者，待兩者都自主放棄後，侵入性醫療行為的醫療目的，就能在符合社會相當性的法秩序下，尋得正當利益的合理性。

因此，本文認為，目前的思考方向，仍應採取識別能力說為基礎，藉由醫療臨床實際累積的經驗法則，嘗試建構各項判斷病患承諾能力有無的細緻標準。此看法的重點在於，針對不同事務，不同處理的原則，我們必須先行了解醫師面臨此類問題時的遭遇得困難，藉由該困難審慎評估解決方案，並經由討論統一形成醫界與法界的共識後，遂可透過醫療行為準則的制定，建構出合情合理，同時保障醫病雙方權益的判斷標準。

## 第四節 小結

站在刑法的觀點，醫療行為本身，若無意外，最終皆能讓患者回復以往健康，但是治療的過程往往亦會對病患的身體造成莫大的傷害或影響，典型的例子就如同器官移植行為此類一般所稱的侵入性醫療行為，特徵就是需要透過外在的有體醫療器具或設備，如手術刀、針筒等，對人體實施物理性的侵入。一旦侵入後，就會造成身體完整性的損害，小則可能僅止於破壞皮膚表皮組織的完整，大則如外科手術，將會剖開人體，造成病患失血等問題。刑法通說認為，此行為結果既然客觀上有造成病患的身體侵害，主觀上醫師亦有認識與意欲，自然該當傷害罪的構成要件。不過，畢竟醫療本質就是以救助生命為目的，基於社會相當性與優越利益原則等理

---

進行，未成年者須由法定代理人代為簽具手術與麻醉同意書。（參照醫療法第 63 條第 2 項、醫療法第 64 條第 2 項）；另外，人體器官移植條例第 8 條第 1 項第 1 款明文，能夠摘取活體器官的供體，必須限定於已成年者，僅有滿 18 歲者例外能進行肝臟捐贈，但也須由法定代理人出具同意書（人體器官移植條例第 8 條第 3 項）。

由，違法性層次，刑法就會透過業務上正當行為來阻卻不法。

不過，從刑法保護法益的目的檢視，醫師向患者告知說明，是否是阻卻違法的實質理由，抑或僅是其中的考量之一，這就端看學說對於醫療的業務正當行為的本質看法為何。目前來說，學說早期依然存有基於醫療專業父權主義來思考，利用業務權說或社會相當性說等理由，認定醫師的醫療行為本身的治癒性目的，就能在利益衡量中佔據絕對優勢，因此，只要是具有醫學適應性與技術正當性的醫療行為，純粹交由醫師專業獨斷的空間就較為廣泛，若無獲得患者承諾也能依據業務權或社會相當性等理由來阻卻違法。

但是，由於醫療行為傷害說的立場目前已普遍確立在學說與實務見解當中，因此，業務行為是否具有正當性，得否阻卻違法，似乎不是僅簡單憑藉醫療行為的適應性及技術正當性就能合理說明。本文認為，由於醫療行為具有強烈的侵襲性質，若要該當業務上的正當行為，患者承諾就會成為個案中利益衡量主要標準，也是一種阻卻違法的為必要條件。其中主要的思維脈落在於，一般醫療行為的承諾，表示患者明白帶有傷害性質的醫療措施，施加於自己身體的意義，是一種允許他人對自己的身體健康法益進行侵害的意思表示。此時，醫療行為就如同傷害行為須獲得被害人承諾，得到供體或受體的承諾始有適法性。

也就是說，自主決定權的概念會與被害人承諾形成概念交錯的情況。一個符合現代醫學倫理的醫療行為，必須面對自主決定權的內涵評價與檢驗，也就是移植承諾內容必須符合自主權的概念；在部分將對病患身體健康造成損害的醫療行為，首先行為就會落入刑法傷害罪的評價範圍，此時患者的承諾或拒絕，就必須受到被害人承諾的阻卻違法事由內涵檢視。於此，我們也可推論導出當自主決定權涉及醫療行為的結果會損害病患身體健康的同時，刑法評價的介入，更能讓我們對於病患的承諾或拒絕本身是否符合自主決定的要求，受到更嚴密的檢視。

在此意義下，面對一個具有傷害侵襲性質的人體器官移植行為，若要取得刑事合法基礎，原則就須先獲得供體與受體本身的真摯承諾，同時，由於移植承諾等同於對自己身體法益的持有放棄，無論移植承諾的意義、內容效果到施行方式，務須緊扣被害者承諾的理念與內容來進行解釋操作。一般來說，就是要求法律對於承諾能力的審查，必須以識別能力說為標準，而非採取一般民法制度使用的行為能力說。總之，基於刑法保障法

益的立場，在侵入性醫療行為的情況下，辨別能力的標準，可以在個案中確保每位接受移植者，都能在清楚手術意義，明白可能損失的情況下，決定是否接受器官移植手術的進行。





## 第五章 人體器官移植行為的犯罪判斷

### 第一節 前言

人體器官移植手術與典型的醫療行為相同，必然將會造成病患傷害的結果。不過，不同於傳統醫療行為，人體器官摘取行為，往往另外涉及到供體對自己身體健康與對生命終點處理的價值判斷。而對於提供器官者來說，器官供人摘取，卻僅僅只是一種醫療援助行為，自我決定的意義必然與受體擁有的醫療自主決定權截然不同。因此，關於人體器官摘取行為的刑事合法性判斷，必須專門從被害人承諾配合摘取程序相關法令一同觀察。如同本文第二章所提到，知情同意程序是人體器官移植行為應當遵循的基本原則，在器官移植進行的過程中，除了接受器官移植的患者外，提供器官的供體，必定也有知情同意權，依據知情同意權的概念，只要透過一切外觀上如暴力脅迫或詐欺等違反他人意願的方式而進行器官摘取行為，基本上都是違法的，從刑法上的觀點來說，就會構成刑事責任。

不過，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，往往就會引發各種刑法犯罪問題的爭議。以日本為例，早期日本法令尚未鬆綁前，就曾出現醫師從未經腦死判定的患者體內摘取心臟，進行移植的案例，這讓我們深刻省思，當醫師在積極運用器官移植手術來拯救生命的同時，竟然無法迴避觸犯刑法殺人罪的困境，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。

從人體器官移植的立法觀察，目前世界各國基於減緩器官來源不足的嚴重失衡現象，多習慣將傾向積極勸募器官的思維寫入器官移植法令中，由於人體器官移植手術的進行，密切涉及了供體、受體間的生命、身體法益關係，就目前刑法理論與評價的方式判斷，其一，可以明確器官移植違反規定時，必須受到刑事處罰的行為為何；其二，面對人體器官取得行為，無論各國採行何種同意制度，是否對於供體器官提供者本身，有侵害其身體或生命法益的可能性。藉由刑法的評價與檢視，希望可以平衡目前器官移植制度過於偏向擴大器官來源管道目的面向的傾斜，而醫師的移植行為究竟該如何進行，才能確保患者與供體雙方的法益保障，並防止醫師誤觸

刑法規定，也是必須探討的焦點。

另外，人體器官移植的發展，解救了許多命在旦夕，每天正為病魔與生命拉扯對抗的換這。從醫療拯救生命恢復健康的目的來說，不同於器官的摘取，器官植入手術則是一種具有高價值利益的尖端醫療措施。不過，水能載舟亦能覆舟，透過人體器官移植手術，將健康器官植入患者身體的過程，對於患者亦會造成極大的風險與損害，稍有不慎，醫療的反面刃就會輕易劃傷患者的身體甚至是生命。面對這種處理生死界線的先端醫療措施，自主決定權就成為患者對自己身體、生命以及人格發展的選擇權利，本身的重要性也逐漸被學界所重視並納入患者自主權定權概念的討論議題。

整體來說，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，幫助患者在整體醫病關係重新站上主導地位，獲得自身設想的最佳利益。至今，患者自主決定權概念的提出，作為醫療領域的重要倫理原則，也可能是刑法評價先端侵襲性醫療行為時的重要標準。當本文談到人體器官植入行為前，會先從患者自主決定權的說明出發，配合其理念精神注入，為醫療行為的刑事判斷，找出符合法理精神的平衡點。

總之，以下將透過刑法保護法益的立場為思考點，觀察人體器官移植手術的進展，從開始的供體器官的摘取到之後人體器官的植入，由於這一系列的複合式手術行為，共同特徵是對供受體彼此的生命或身體法益造成侵害。因此，就刑法的評價來說，二者該在何種條件下，或是遵守何種要程序時，才能幫助醫師超脫刑事犯罪的規制，本文將依序討論之。

## 第二節 人體器官摘取行為的犯罪判斷

隨著醫療科技進步，先端醫療技術的推陳出新，對人類的身體健康有不可忽略的重要貢獻。器官移植醫療手術，是近代二十世紀逐漸開始蓬勃發展的先端醫療技術。活體器官移植，係指病患的身體器官或組織因先天欠缺或後天疾病侵害，造成功能無法維持與正常運作時，透過醫療技術以釜底抽薪的方式，將健康第三人的器官取出，移植於病患體內，藉以挽救其生命，恢復健康<sup>1</sup>。對於此等先端的醫療技術，一方面為有效擴大器官來

<sup>1</sup> 曾淑瑜，論人體利用—器官移植與法律之衝突與調和，律師雜誌第 308 期，2005 年 5 月，頁 18。

源的管道，讓移植手術有機會能拯救更多生命；另一方面，為避免此類醫療行為可能衍生的權益侵害與道德危機，故有必要透過立法來進行規範與管制，但是對於活體器官來源的管制，是否過於嚴謹，從刑法保護法益的角度觀之，應有得以檢討調整之處。另外，對於腦死器官的摘取來說，所面臨的爭論則是現行法規範與政策過於朝向擴大器官來源管道與提升移植效益的方向傾斜，對於腦死本身視為死亡的看法於刑法對生命法益保障的立場觀之，似乎略顯草率急躁。以上問題，本文以下將依序說明，並提出看法。

## 第一項 活體器官摘取與加工重傷（死）罪

### 第一款 摘取行為造成重傷或死亡結果

活體器官移植手術的進行，必須利用手術從健康者體內摘取功能正常的器官，並植入患者體內。此等摘取行為的過程，必定會對捐贈者身體造成一定的損害，因此，對於規範器官摘取行為的不傷害倫理準則就特別強調，摘取器官手術的進行，不能危及供體的身體健康，並且損害必須控制在最低限度，不能奪去供體的生命或影響其日常生活的基本品質。

基於此一倫理指引，可以解釋為凡是摘取器官後，造對供體身體造成重傷或死亡結果者，都一律受到禁止。至於摘取何種器官會造成此等結果，主要可從器官對人體機能運作有無替代性來觀察。首先，依據我國人體器官移植條例施行細則第 3 條規定，目前核定可供移植的類型包括腎臟、肝臟、胰臟、腸、心臟、肺臟、骨骼、肢體以及眼角膜、視網膜等。顯而易見的是心臟是獨一無二，一旦摘除，供體就會死亡。另外，可能造成重傷者，如胰臟或雙腎甚至到眼角膜的摘取，往往會對供體的免疫系統、或視能等造成機能嚴重減損或毀敗的重傷結果。由此可知，允許活體器官的來源，必須是在不影響身體整體功能運作的情況下，選擇摘取成對健康器官或代償能力極強的部份器官。例如，摘取部分肝臟或單一腎臟，但不得摘取維繫生命必須的心臟或一旦摘除就會完全喪失功能的眼角膜等。

不過，我國早期判決曾經認為攻擊他人，造成左腎破裂的行為，符合

造成他人身體健康發生不治或難治的重傷結果<sup>2</sup>。不過，這點看法，學說上有提出有力的批評，認為從身體整體機能觀之，毀敗左腎，仍可透過右腎維持身體正常機能，並未對於生命形成顯著的危險狀態，且德國實務亦曾表明毀敗一腎不會成立重傷罪的立場<sup>3</sup>。因此，一旦活體器官的摘取行為，涉及無可替代性的器官種類，亦或摘取範圍過廣，造成供體重大的身體危害或生命危險，皆應受到嚴格禁止。

## 第二款 摘取承諾自始無效

如同上述，當摘取行為造成供體重傷或死亡結果時，應當為法不允許。不過，值得討論的是，當供體本身對於這樣的摘取行為，已經事先知曉，並在充分了解後果嚴重性後，經過仔細慎重的考量，出自真摯的承諾表示時，此等同意是否能夠成為摘取行為的正當化基礎，以下將依序說明。

### 第一目 人體器官摘取自主權的界限

從自主決定權的概念可知，醫療行為本質上是一種增進社會利益的專業行為。其中，醫師運用醫療行為幫助患者恢復健康，是為醫療行為創造的典型利益，可稱為具有治癒效果的醫療行為。相對的，隨著醫療領域中各種尖端醫療技術的發展，醫療為社會帶來的利益愈發多變，如前章曾提到的不具有治癒效果，卻也能幫助他人延展人格利益的美容醫療行為即為屬之。因此，人體器官移植技術中，取出供體器官的醫療移植行為，雖然整體上能為受體創造恢復健康的醫療典型利益，不過，對供體身體卻僅僅是一種單純傷害。針對此種同時創造他人損害的醫療行為，其自主權就會受到相當限制。

換言之，人體器官植入行為是純粹具有治療效果的醫療行為，對其傷害結果進行利益衡量時，必須給予最大的醫療自主空間。誠然，患者的生

<sup>2</sup> 最高法院 76 年台上字第 2967 號判決要旨：「榮○總醫院台中分院處函雖謂「李○利君左側腎臟切除，若右側腎臟功能正常，應對身體或健康無大礙」等語，按腎臟為人體排泄之重要器官，因上訴人出手毆打，使被害人左腎破裂必須切除，對人之身體健康自屬達於重大傷害，且為不治之傷害，核與刑法第十條第四項第六款所稱重傷之規定符合，以拳擊人之腹部，會導致腎臟重傷之結果，在客觀上非上訴人所不能預見，應成立傷害之加重結果犯。」

<sup>3</sup> 林東茂，刑法綜覽，一品，2009 年 9 月，頁 2-43；德國實務判決的主要理由是認為，腎臟為對稱性之器官相互共同運作一獨立生理機能，而不同於兩目、兩耳或兩手、腳之各自為獨立結構而各司其職，故在解釋上應受到這種事物特性的限制，故若將腎臟之類的內臟部分，亦解釋成身體結構部分，應受排除。

命與健康狀態畢竟與一般人有所不同，對其人格發展與生活安排應當設法尊重，允許個人擁有較大的自決空間，諸如安樂死此等醫療拒絕表示，這類對於生命權的承諾具有特殊性，即有達成維繫人格尊嚴的價值目的（如不願被病痛折磨，喪失尊嚴），並不是單純要剝奪保護人的生命或健康爲結果。

相對的，人體器官摘取行爲的自主決定權，雖然也有創造利益的社會價值，但構成醫療行爲的底限，就是允許過程伴隨必要損害，但整體結果仍須爲社會帶來正大負的價值助益。因此，基於創造整體利益原則的思考，衍生出所謂不傷害原則以及行善原則等醫學倫理標準價值，在此框架設定下，人體器官摘取自主權必須受到二方面的限制，其一，供體的生命權、身體健康權與自主決定權形成衝突時，要優先保護前者。不能因供體自願，就讓身體受到無法復原的重大損害，更不能任意放棄自己生命。一命換一命的結果並不符合醫療行爲的目的本質；其二，行使決定權時不能有礙於社會公共利益。由於人體器官的摘取與否，並非絕對的個人自主權利，應當維護公共利益與公序良俗，保守人類社會共同的價值觀，避免因爲製造生命或延續生命的所謂科學進步造成社會體制結構的改變或負面發展等問題<sup>4</sup>。

## 第二目 成立加工重傷（死）罪

對於供體來說，在不危害自己生命及降低自己生活品質的前提下，自願把身體中的健康器官捐獻給另一個生命垂危的患者，是典型的利他行爲，將會創造許多社會利益，如傳統重義輕利的高尚道德觀將使供體在精神上得到無限的滿足，充分體現了人的價值自我實現。所以移植是符合供體對生命的意義以及社會意義。不過，救助他人的同時，也須有相當的底限不可跨越。刑法上，由於人體器官移植手術本身，同時會爲供體與受體造成身體上的損害。尤其，就供體而言，若摘取行爲造成其死亡或重傷結果，理應分別會受刑法第 271 條與 278 條殺人罪或重傷罪所處罰。同時，縱使供體本身承諾這項摘取行爲的進行，但觀察刑法規範設計，已分別制定第 278 條有關加工自殺罪以及第 282 條加工致重傷罪的處罰。該規定明白宣示凡是生命與重大身體法益，雖然個人有權持有，但刑法嚴禁其進一步作成放棄或處分的任何決定。

<sup>4</sup> 但問題的關鍵在於由誰、以何種標準判斷公共利益與公序良俗。

如同上述，活體器官摘取範圍的限縮，就是為供體的自主決定權設下界限，若從刑法保護法益的觀點來說，則是禁止他人對持有的生命與重大身體法益進行處分。這也代表在刑法概念下，被害人承諾的範圍，將會回到一般利益權衡的標準。詳言之，基於治療為目的的醫療行為，醫療行為本身無論偏重社會相當性的允許或偏重主觀自主決定權的優越利益衡量，在做整體利益衡量時，都會是一種獲得整體法秩序允許的阻卻傷害不法行為。不過，相對於人體器官摘取行為的特殊醫療處置，本質上是種援助行為，整體利益是流向受體患者，因此，醫療援助行為的倫理相當性原則，相反必須優先於醫療自主決定權的考量。舉例來說，親屬間的器官捐贈，在社會大眾的倫理意識下是可被接受的社會善行，但是，一旦涉及親屬的生命或身體法益的重大損害或危險，利益衡量下就會有疑問。換言之，刑法對於生命與重大身體法益的保護，應當也是醫療援助行為合法化的底限。

綜上，人體器官摘取行為，一旦侵害到供體的生命或身體重大法益，客觀上就會構成殺人罪或重傷罪的罪責。縱使獲得供體的真摯承諾，但基於援助行為的自主權，在利益衡量下，無法從恢復患者生命或健康利益與供體犧牲的生命或身體重大法益之間，找出優越利益的理論支持，因此，得被害人承諾的效力在刑法明文限制下，供體出具的承諾表示，自然就是一種自始無效的意思表示，摘取者將會成立受其囑託或得其承諾的加工自殺（重傷）罪。

## 第二項 活體器官摘取與傷害罪

醫療行為必須具有醫學適應性與技術正當性，是一種有益社會整體的良善行為。一旦醫療行為欠缺適應性或正當性，無法將風險控制在合理風險內，如此就脫逸了利益創造的本質。以目前活體器官的摘取來說，一旦摘取供體器官的範圍擴及心臟或全肝、全腎等部份，造成他人重大死傷，摘取行自始就非包含在醫療行為的解釋範圍，無異需受刑法的相關制裁。

因此，本文討論活體器官摘取與故意傷害罪的前提，是當醫師在同時符合醫學適應性與技術正當性的情況保證下，若未經供體承諾即恣意摘取其器官，是否仍會構成刑法上的傷害罪。同時，進一步檢視現行法令規範中，關於活體器官摘取的同意程序，是否能與刑法的保護法益的目的趨向一致，又能確保供體本身仍應擁有的自主決定空間。

## 第一款 摘取行為與傷害罪的構成要件

由於各國對於活體器官的獲得方式，必定採取「自願捐獻制」的立法模式，因此供體是否承諾醫師摘取自己健康器官來救助患者生命，是移植手術進行的重要合法化條件。活體移植的手術風險並非單純限於醫師與病患雙方；在醫師進行器官摘除時，風險還會擴及第三方的器官提供者。供體所承擔的，除了手術帶來的副作用外，器官遭受摘除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，實質上亦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護。換言之，為了最大限度的保護供體利益，保證承諾是在真實自願的基礎上作出，知情同意程序應是人體器官摘取手術前的必經程式。知情包括知曉摘取目的和器官摘取手術風險，以及摘除器官後對健康的可能損害等一系列後果。總之，凡是活體捐獻的捐獻者必須親自表達捐獻意願，任何人包括他的最近親屬都不能代其作出決定。

### 第一目 摘取行為是援助性醫療行為

如同前文所述，依照衛生署的解釋，醫療行為係指凡以治療、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>5</sup>。因此，醫療行為原則上，指以治療患者為中心的一切醫療措施<sup>6</sup>。就活體器官移植手術而言，實際上可將其理解為一種複合性的醫療手術。由於活體移植手術具有的特殊性，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替換。由於後者的手術成果，能讓替換的健康器官繼續維繫受贈者的身體健康與生命，故移植手術理當符合上述醫療行為的定義。不過，有疑慮的是，人體器官摘取手術，整體並未對捐贈者的身體帶來任何好處，反造成其健康受到一定程度的損害，對於此種不以治癒為目的之手術行為，衛生署於第 9344818 號函解釋，認為舉凡能影響人類身體結構及生理機能者，仍屬醫療行為定義所及之涵攝範圍。因此，就算活體器官摘取手術，對於捐贈者的身體百害而無一利，仍屬我國目前行政法令解釋下的醫療行為類型。

<sup>5</sup> 參照衛生署（81）年衛署醫字第 8156514 號函。

<sup>6</sup> 請參照本論文第四章對醫療行為概念的說明。

由於醫療行為的社會價值，主要就在彰顯其治癒疾病、拯救生命的正當性。對於其他非以治療為目的的身體侵害行為，衛生署可能基於實際管理需求之考量，故透過解釋，將其同樣納入醫療行為的類型範圍。不過，本文認為摘取手術屬於法令解釋下的醫療行為類型，應無違誤。從本文一貫立場可知，舉凡一切具有醫學適應性與正當性的醫療行為，能為社會創造利益，只是在程度上，器官摘取本身的發動並非以治療為動機，仍應理解為價值相對較低的援助醫療措施<sup>7</sup>。故無論事前法律同意程序的認定或事後可能造成的刑事責任判斷，皆須嚴格於治癒性的醫療行為<sup>8</sup>。

## 第二目 摘取行為該當傷害罪的不法構成要件

刑法對於個人處分身體法益的態度，基本上是考量社會相當性、倫理性以及法益保障位階的要求。以傷害輕重的程度區分，輕傷結果如獲得持有者對法益的放棄處分，可以阻卻刑法第 277 條普通傷害罪的不法；惟若傷害已達重傷程度，由於刑法第 282 條的加工自傷罪，明文處罰行為人幫助他人傷害自己成「重傷」的結果，則不論法益持有者是否放棄自己的重大身體法益，刑法皆是嚴格禁止。換言之，人民對於自身的重大身體法益應無任意處分的權利。

從而，若依上述刑法的規範立場，活體器官捐贈者所能捐贈的器官，應僅限於具有再生能力或不會造成捐贈者身體重大機能喪失並可維持其正常生活的身體器官，例如肝、腎等器官。因此，在活體器官移植手術中，醫師對捐贈者所為的器官摘取行為，應屬刑法傷害罪的不法構成要件型態<sup>9</sup>。

<sup>7</sup> 有學者認為，醫生摘取某人的器官不是為了治療自身的疾病，而是用來救助他人，所以並非一般的「治療行為」，而是一種「治療援助行為」。參照康均心，生命刑法原理，元照，2009年3月，頁640。

<sup>8</sup> 余振華教授在討論被害人承諾的問題時亦指出，被害人承諾與接受治癒性醫療行為的患者承諾二者應嚴格區分，詳請參照：余振華，得被害人承諾之行為評價，收錄於：刑與思林山田教授紀念論文集，元照，2008年11月，頁148。

<sup>9</sup> 林東茂，註3書，頁2-42以下。

## 第二款 摘取承諾與被害人承諾

### 第一目 摘取承諾是被害人承諾

由於器官摘取手術已明顯符合傷害罪的構成要件，若遵守本條例規定的程序為之，形式上固得透過「業務上正當行為」此法定阻卻違法事由來迴避行為不法。然而如同前述，活體器官的摘取手術對捐贈者的身體健康而言，是百害無利的低價值醫療行為，故在背後賦予該不法行為的唯一實質合法化依據，就是從「供體同意與否」的被害人承諾來判斷。

必須注意的是，在被害人承諾的認定上，供體同意身體法益侵害的動機與後續發展，就需在符合社會相當性的框架下進行。由於違法性背後的主要意義，就是在於被害人的利益衡量結果，雖然會使得行為人的做為讓法秩序遭受不法衝擊，不過該結果，卻能衡平、甚至為整體社會利益帶來更大的利益。醫師摘取他人器官，這樣的傷害行為在普通傷害的範圍內，由於得到供體承諾，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，因此我們可以說是具有社會相當性的阻卻違法行為。

### 第二目 摘取承諾的認定

基於上述，活體器官移植手術中，器官摘取行為依據本條例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。

此時，承諾是否合法有效，首先須審查承諾主體的識別能力。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>10</sup>。換言之，阻卻違法性承諾必須確保其意思表示的真摯性，若有受到

<sup>10</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

第三人的強暴、脅迫或是詐術等外力引導，則捐贈者所為的承諾，就不得認為符合本條例第 8 條第 1 項第 1 款的同意規定，將會構成傷害罪<sup>11</sup>。

### 第三款 未成年者對活體器官的摘取承諾

#### 第一目 美國立法的觀察

未成年人一般都缺乏足夠成熟和理性的自我判斷能力和情緒控制能力，對人體器官移植的後果等都難以具有足夠清醒的認識和理解，易發生問題和糾紛。因此，在人體器官的捐贈方面，各國一般都對未成年人的生命權益給予了較為特殊的保護，不提倡未成年人捐贈器官。不過，值得注意的是，美國對於活體器官或組織捐贈所採取的規範政策，明顯不同於歐洲國家，許多歐洲國家對於未成年人的活體器官及組織捐贈皆有明確的立法規範，各國間關於成年立法定義不同，但一般而言，相較於以成年人為器官來源供體，對採取未成年人的活體器官或組織捐贈的許可更為嚴格。

美國關於器官捐贈法制主要是由聯邦所規定的「國家器官移植法」<sup>12</sup>。該法意旨指出，摘取活體器官必須經供體的同意始得為之；同時，為擴大活體器官來源，從 1971 年開始就有實施所謂的「非定向捐贈政策」<sup>13</sup>，摘取手術可在任何人之間進行，不受親等關係之限制，包括朋友、鄰居，甚至是陌生人都可成為捐贈來源主體<sup>14</sup>。另外，對於供體資格未設年齡下限，未成年者經過法定代理人同意後，亦得作為活體器官捐贈的主體。同樣的，美國每州統一通過的「統一遺體捐贈法」(Uniform Anatomical Gift Act, UAGA)，也未對活體器官移植予以規範，特別是以未成年人為活體器官捐

---

26 期，頁 46 以下。

<sup>11</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。

<sup>12</sup> 美國是器官移植開展最早和最多的國家，其在經歷了一段無序化管理之後，現已逐步建立了比較健全的器官移植系統和法律保障體系。1984 年，美國通過了國家器官移植法 (National Organ Transplant Act, NOTA)，並根據該法律成立了國家器官獲取和移植網路 (Organ Procurement and Transplant Network, OPTN) 和器官移植受者科學登記系統 (Scientific Registry of Organ Transplant Recipients, SRTR)。SRTR 和 OPTN 之間分工不同，相互合作，推動了美國器官移植各領域的發展。

<sup>13</sup> 所謂的「非定向捐贈」，是指捐贈者自願將器官捐贈給非親屬關係的陌生人。昌盛、陳忠華、杜敦峰、周鴻敏、陳必成，2003 年美國器官移植學會年會學術報導，中華器官移植雜誌第 25 卷 2 期，123 頁。

<sup>14</sup> 採取不限親等的制度設計，得大大提供活體器官移植的流動率與受贈率。詳請參照李伯璋，回應健保局公布之「器官移植存活率統計」來正視臺灣移植醫學，中華民國器官捐贈協會網站，<http://www.organ.org.tw/JRNL> (瀏覽日期：2010 年 5 月 11 日)。

贈者的情形。不過，少數州例如阿拉巴馬州及威斯康辛州對於骨髓移植部分則有立法規範<sup>15</sup>，前者規定任何 14 歲以上的未成年人，或已高中畢業，或已經結婚，或結婚後離婚，或已經懷孕者，得有效承諾捐贈其骨髓作為骨髓移植之用。父母之一或合法監護人得代表未成年人為該骨髓捐贈的同意；後者嚴格要求，未滿 12 歲未成年人得父母同意的捐贈其骨髓予其兄弟姊妹；12 歲以上未成年人得不經父母同意，捐贈其骨髓予其兄弟姊妹，但未避免倫理爭議，未成年者原則都不能作為父母的骨髓捐獻者<sup>16</sup>。

在 2007 年，美國器官勸募和移植網路曾提出一份「活體腎臟移植捐贈者醫療評估計畫之發展指引<sup>17</sup>」的報告，其中指出建議排除「年齡在 18 歲以下」的人成為器官移植供體來源（捐贈者）<sup>18</sup>。不過，截至目前為止，美國多數州政府仍未採取普通法（common law）的方式來規範未成年人活體器官和組織捐贈，若父母與子女間的代理權限發生爭議，就將交由法院決定，法院會適用「代替判斷」（substituted judgment）或「最佳利益」（best interests）之兩項司法標準之其一，以決定未成年人之活體器官或組織捐贈是否適當<sup>19</sup>。

值得一提的是，雖然美國普遍未針對活體器官供體年齡設下門檻，但是過去 10 年在美國仍少有兒童成為活體器官的捐贈者<sup>20</sup>，根據 OPTN 民間機構的統計資料，從 1988 年到 2011 年間，僅有 68 位未滿 18 歲的未成年人成為活體器官捐贈者，其中 53 位捐出腎臟，13 位捐部分肝臟，在捐腎者中只有 1 位年齡為未滿 1 歲，2 位為 6 到 10 歲，其餘為 11 到 17 歲<sup>21</sup>，本文推測，主要原因可能就是來自於親子間，父母對子女擁有的醫療代理

<sup>15</sup> See Code of Ala. § 22-8-9 (2011) ("Any minor who is 14 years of age or older, or has graduated from high school, or is married, or having been married is divorced or is pregnant, may give effective consent to the donation of his or her bone marrow for the purpose of bone marrow transplantation. A parent or legal guardian may consent to such bone marrow donation on behalf of any other minor."); Wis. Stat. § 146.34(2011).

<sup>16</sup> Bryan Shartle, Proposed Legislation for Safely Regulating the Increasing Number of Living Organ and Tissue Donations by Minors, 61 La. L. Rev. 433, 446-447. (Winter, 2001)

<sup>17</sup> Guidance for the development of program specific living kidney donor medical evaluation protocols

<sup>18</sup> Guidance for the Development of Program-Specific Living Kidney Donor Medical Evaluation Protocols: "POSSIBLE EXCLUSION CRITERIA - A variety of criteria may make an individual unsuitable for living donation. Some of these may include: Age < 18 years, or mentally incapable to make an informed decision,...."

<sup>19</sup> Bryan Shartle, Proposed Legislation for Safely Regulating the Increasing Number of Living Organ and Tissue Donations by Minors, 61 La. L. Rev. 433, 448-449. (Winter, 2001); See City Bank Farmers Trust Co. v. McGowan, 323 U.S. 594, 599, 655 S. Ct. 496, 498 (1945); Lynn E. Lebit, Compelled Medical Procedures Involving Minors And Incompetents And Misapplication Of The Substituted Judgments Doctrine, 7 J.L. & Health 107, 112-19 (1993).

<sup>20</sup> Mary E. Olbrisch & James L. Levenson, & Joel D. Newman, Children as living organ donors: current views and practice in the United States, Current Opinion in Organ Transplantation. 15(2):241-244, April 2010.

<sup>21</sup> <http://optn.transplant.hrsa.gov/latestData/rptData.asp> (最後瀏覽日期：2012 年 1 月 15 日)

決定權，直接否定了子女對於活體器官捐贈的意願或決定；不過，相反來說，在法令未明文禁止下，透過這些未成年者的器官捐贈，也確實的拯救了受贈者的生命，成為政策下的受益者。

## 第二目 限制承諾權的立法疑慮

相較於美國立法現況，我國對於活體器官的捐贈規範，是在「人體器官移植條例」中第 8 條就經得到特許<sup>22</sup>。首先，針對器官捐贈主體年齡，依本規定即設有法定限制，原則須為年齡屆滿 20 歲成年人；只有例外在進行活體肝臟移植的手術時，始允許 18 歲以上未成年者作為捐贈主體，惟須獲得法定代理人的同意<sup>23</sup>。

觀察我國原則禁止未成年者捐贈器官，以及美國在允許未成年者捐贈器官並配合實施全面法定代理同意制度的目的，一方面主要是考量未成年人往往因年幼思慮不周，可能無法充分理解捐贈器官的背後意義，欠缺同意的承諾能力；另一方面，未成年者普遍對家庭成年者的依賴性較高，在自主能力相對較低且不足的情況下，很難相信其對於活體器官的捐贈能做出真摯承諾；最後，器官捐贈屬於對身體健康侵害性相對嚴重的手術行為，為保障未成年者將來身心的正常發展，宜禁止其作為器官捐贈的主體。

表面觀之，上述嚴禁未成年者成為器官捐贈主體的理由，似乎頗為正確，因此我國與其他多數國家都透過原則一律禁止的方式來防止，而美國則希望藉由法定代理制度予以解決。但無論是採取我國或美國的處理方

<sup>22</sup> 參照人體器官移植條例第 8 條全文：「醫院自活體摘取器官施行移植手術，應合於下列規定：一、捐贈器官者須為成年人，並應出具書面同意及其最近親屬二人以上之書面證明。二、摘取器官須注意捐贈者之生命安全，並以移植於其五親等以內之血親或配偶為限。（第一項）前項第二款所稱之配偶，應與捐贈器官者生有子女或結婚二年以上。但結婚滿一年後始經醫師診斷罹患移植適應症者，不在此限。（第二項）成年人捐贈部分肝臟移植於其五親等以內之姻親，或滿十八歲之未成年人捐贈部分肝臟移植於其五親等以內之親屬，不受第一項第一款須為成年人及第二款移植對象之限制。滿十八歲之未成年人捐贈肝臟，並應經其法定代理人出具書面同意。（第三項）醫院自活體摘取器官施行移植手術，應對捐贈者予以詳細完整之心理、社會、醫學評估，經評估結果適合捐贈，且在無壓力下及無任何金錢或對價之交易行為，自願捐贈器官，並提經其醫學倫理委員會審查通過，始得為之。（第四項）第三項之肝臟捐贈移植，醫院除應依前項規定辦理外，並應報經中央衛生主管機關許可，始得為之。（第五項）」

<sup>23</sup> 按我國人體器官移植條例第 8 條第 3 項規定，滿 18 歲的未成年人可將部分肝臟捐贈予五親等內的親屬，例外不受同條第 1 項年齡及移植對象的限制。按本法體例，活體器官捐贈原則仍是以成年人為捐贈主體，會針對第 8 條第 3 項設立未成年活體肝臟捐贈的例外規定，主要是在 2001 年該條例第二次修法時，在當時的時空背景，肝病患者等待肝臟移植的數量龐大，故有此增訂。

式，皆有商榷餘地。

## 一、年齡限制

不同於美國未針對活體器官捐贈者的年齡設有限制，依據臺灣法令規定，活體器官捐贈者的年齡原則須滿 20 歲；例外考量臺灣肝臟移植的現實需求，基於擴大器官來源的法律政策，特別放寬活體器官捐贈主體的年齡下限，賦予年滿 18 歲的未成年者具有捐贈肝臟的主體資格。按活體器官捐贈者年齡原則須滿 20 歲的規定，應可理解立法者是以民法行為能力規範為據，以「法定年齡」作為判斷捐贈者心智成熟度與有無識別能力的標準。誠然，依照經驗法則，年滿 20 歲的成年人除非智能障礙，一般皆有足夠的識別能力來選擇是否進行器官的捐贈；但不可否認的，這種絕對客觀的認定方式，已全面否定未成年者應當擁有的器官捐贈自主權；且本權利的限制，勢必將會不當過濾實質上對器官捐贈手術具有識別能力的未成年者<sup>24</sup>；同時，對於迫切需要活體捐贈器官的病患而言，如有辨識能力的未成年者願意捐贈，卻礙於年齡限制，就會因而喪失一個搶救生命的寶貴機會。

## 二、法定代理承諾

除美國法對未成年者器官捐贈的全面法定代理同意制度外，我國對於肝臟移植手術例外放寬年齡上的限制，允許滿 18 歲的未成年者亦可作為捐贈肝臟的主體，但同樣設有法定代理人出具書面同意書的代理機制。換言之，滿 18 歲的未成年者，雖然基於形式上的法令規定，許可其依自主意願捐出肝臟器官；但是否承諾捐贈的決定權，實際上仍須透過法定代理人的再次追認。在此情況下，未成年者如願意捐贈，並通過醫學評估時，但卻遭受法定代理人的阻止時，可能就會喪失拯救一個生命的機會；相同的，雖然未成年者捐贈，亦須經過本人承諾，法定代理同意制度則是確保其同意的真摯，不過，若未成年者不願捐贈，但卻遭受傳統父權式家庭倫理觀念壓力的情形，法定代理人的承諾權限的存在，很可能會讓未成年人最終沒有選擇拒絕的機會。

簡言之，法定代理人代為承諾的立法原意，或許是為了輔助思緒尚未

<sup>24</sup> 林三榮，論「人體器官移植條例」之捐受贈者，律師雜誌第 308 期，2005 年 5 月，33 頁。

成熟的未成年者作成符合其最佳利益的決定，目的是在彌補未成年者承諾能力的不足，但衡量現實社會可能發生的各種情況，此類輔助機制有時反成爲架空上述立法美意的主要原因<sup>25</sup>。

### 第三目 承諾能力應個案審查

建立器官捐贈法制的主要目的之一，就是考量器官移植的醫療現況，設置符合社會性的器官取得管道，有效率地讓病患能迅速取得健康器官來維持性命。基於此等政策面的思考，立法者就有義務在符合社會倫理規範的原則下，因應現實需求，設法擴大器官捐贈的來源，藉以挽救更多的生命。可惜的是，相較於美國法，目前我國以捐贈者年齡作爲合法捐贈要件的規定，此種缺乏彈性的無差別判斷標準，理所當然無法應付國內社會急需活體器官來源的實際需求<sup>26</sup>。

由於捐贈者對器官捐贈的承諾，本質即屬刑法意義上的「被害人承諾」。由於放棄法益保護的承諾與民法上行爲能力的規定無關，捐贈者不須達到「一定年齡」，始能認定其對法益的放棄具有識別能力。換言之，識別能力的有無，應單獨就個案進行審查<sup>27</sup>，承諾人如能夠理解承諾的意義、內容及承諾所發生的規範效力，即應認爲有識別能力。就活體器官摘取承諾來說，器官捐贈者的認識程度，只要能對摘取器官的手術風險、往後健康影響及承諾的法律效果有充分理解，捐贈者就得自主行使其承諾權利。而捐贈主體的年齡則可作爲上述個案審查的標準之一，但並非唯一。

基於上述，雖然我國立法，透過設下年齡限制門檻的方式，來完全防阻未成年者活體器官捐贈可能造成的種種弊端，但基於擴大器官捐贈來源的精神，讓大多數未成年者沒有捐贈器官的機會，該等限制似乎又過於嚴苛。因此，若能在活體捐贈主體年齡限制的基礎標準上，同時建立衡量器官移植是否合法適宜的個案判斷機制，則無論捐贈者是否成年，只要針對每一個案進行實質認定，相信即可充分保護未成年者的器官捐贈自主決定權。換言之，年齡僅是個案審查的參考依據，就能擴大活體器官來源的管

<sup>25</sup> 張麗卿、韓政道，註 11 文，頁 113 以下。

<sup>26</sup> 相較於台灣器官捐贈條例，較有彈性認定標準的國家，如美國法令最爲彈性，沒有年齡限制，惟須獲得法定代理人的同意。

<sup>27</sup> 關於個案審查的任務，依據器官捐贈條例第 8 條第 4 項規定，應可全權委由醫學倫理委員會來進行。惟考量同意能力的年齡限制放寬，委員會的責任加重，制度上同時亦須思考委員會的專業能力是否充足。例如在對於家庭中的未成年者是否真摯同意捐贈器官時，審查成員即須加入具有社會工作專業背景的委員，藉此才能平衡僅具醫療專業委員的不足能力。

道，符合器官捐贈條例的制定意旨。

#### 第四目 未成年者也能行使摘取承諾權的思考

目前我國基於保護未成年者的立場，除了規範捐贈主體僅限成年者外；基於社會實際需求，雖例外開放 18 歲的未成年者針對肝臟項目亦得進行捐贈，惟此捐贈手術仍須獲得法定代理人的承諾。此例外規定與美國法全面代理制度相同的是，對於未成年者而言即會產生另一種道德上的危機；亦即，未成年者可能受迫家庭內部的倫理壓力，無法表露內心真意。

由於法定代理人能代理未成年者行使相關法律行為的目的，是以民法的觀點作為思考基礎。按民法中有關法定代理人的機制，目的應是在兼具維護未成年者與保障社會交易安全。故為防止未成年者在思慮不周的情況下，因輕率意思表示而負擔不必要的法律義務，法律原則不讓未成年者的意思表示直接對外發生效力，但為同時兼顧交易相對人獲得利益的期待，遂給予法定代理人補充未成年的意思，使其法律行為有發生效力的機會<sup>28</sup>。

然而若從刑法保護法益的角度觀之，活體器官的摘除，本質上應屬侵害身體法益的傷害行為；另外，摘除手術對於器官捐贈者的身體利益有害無利，是不利本人健康的醫療援助行為，其行為的刑事合法要件無疑須受嚴格檢視。是故，摘取器官行為背後的實質合法化依據就是阻卻違法性的被害人承諾。依據該法理操作，法益持有人須親自以真摯的意思，表示承諾放棄刑法對自己身體健康法益的保障之後，該等承諾始能成為傷害行為的正當合法化基礎。尤其針對器官捐贈者的承諾，除了適用阻卻違法性承諾來審查外，應不得再開例外來為低價值的醫療傷害行為尋找其他阻卻違法事由（例如推測上的承諾、緊急避難等），如此方能嚴密保障捐贈者的身體健康法益。

基於上述，既然民法的法定代理人制度的主要目的，並非針對未成年者的身體健康法益進行維護，故在將來修法上，捐贈年齡門檻的硬性法律限制應當有所調整，透過個案審查模式，允許擁有識別能力的未成年人也能行使承諾權利。此處的個案審查，除在制度面上須加強負責單位的審查功能外（醫學倫理委員會），須注意的是，縱使未成年者通過個案審查後，認定其有承諾捐贈器官的辨別能力，但審查會仍得基於其生理年齡尚未成

<sup>28</sup> 高志明，論器官捐贈之同意，萬國法律第 154 期，2007 年 8 月，頁 41-42。

熟或捐贈手術可能對身體造成重大損害等理由，拒絕移植手術的進行<sup>29</sup>。

換言之，捐贈承諾僅為活體器官捐贈程序的第一道控管機制，目的是為確保捐贈者的器官捐贈決定權，強調意願任意性的重要，但並非意味著一旦經過捐贈者的承諾即可進行活體器官的捐贈。另外，針對未成年是否同意摘取自身器官的判斷，不得繼續藉由民法的處理機制，讓法定代理人有機會代替本人為承諾的意思表示。同時，未成年者的捐贈承諾，應由刑法的阻卻違法性承諾作為判斷基準，完全以「本人」的有效承諾為前提。換言之，縱使捐贈者本身沒有刑法上的承諾能力，仍不得藉由法定代理人的承諾來代替或補充。畢竟，捐贈者的承諾等同放棄接受刑法保護的意思表示，應不得假借他人之手<sup>30</sup>。

### 第三項 腦死器官摘取

在人體器官移植的法律規範思考中，如何將供體來源途徑規範化、合理化，一直都是各國迫切進行的工作。由於供體來源涉及的是整個人體器官移植的發展，一旦立法相對落後，除了將衍生更多犯罪問題外，移植技術於臨床應用時，可能也會受到阻礙。明顯的是，在死體器官移植程序中，腦死者器官是否能適用死體程序進行摘取，這問題若無相關法令進行規範，當醫師正出於天職，拯救他人生命時，背後所面臨的卻是刑事處罰的鉗制，無法放手履行職責，似乎並非社會之福<sup>31</sup>。因此，我們肯定的是，當醫療從業人員為拯救患者性命四處奔波時，同時也須面對刑法保護法益的任務檢視，若移植法令與刑法規範沒有適切調和與同步，很有可能就會造成醫師進行移植手術的嚴重困擾。

#### 第一款 刑法上的死亡認定

生與死作為所有生命的終極存在方式，一直是哲學和醫學上的重要命

<sup>29</sup> 未成年人屬於生理發育尚未完全的一個特殊群體，如對摘除器官後的承受能力、對被摘除器官的未來健康需求等許多方面都還具有不確定性的特點，容易引發損害其合法權益的事件發生。

<sup>30</sup> 張麗卿、韓政道，註 11 文，頁 115。

<sup>31</sup> 和田心臟移植事件，昭和 48 年 8 月在札幌醫大附屬病院中，有醫師逕自從 21 歲因溺水而腦死年輕人身上摘取心臟，對一位患有重症心臟病患者進行移植手術，術後在日本國內引發很大的爭議，主要認為腦死者究竟是否為死亡，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。參照：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 198。

題，隨著現代生物醫學技術的發展，生的方式和死的標準也日益引起法律界的高度關注。由於人在生前隨著與社會與人群的互動接軌，形成各式各權利享受與義務負擔。不過，一旦死亡，這些權利與義務亦會隨之移轉消滅。因此，法律對於死亡的認定就格外重要。特別以刑法來說，審視死亡的目的，是在查明是否有人故意或過失的去抹殺了生命法益，基於法益保護的立場，刑法必須有一個嚴謹的死亡標準，否則刑法的嚴厲效果，一旦打擊錯誤，損害並非社會或個人所能承受。本文以下將針對目前實務與刑法學界看待死亡的態度進行說明與介紹。

## 第一目 傳統死亡標準的認定

### 一、心肺功能喪失說

傳統意義上的死亡標準是心肺呼吸說，死亡的最主要標準是心跳、脈搏和呼吸的停止。中國古典著名辭典中的《辭海》也將心跳和呼吸的停止作為死亡的主要標準。醫學臨床上也一直是心跳停止、呼吸和血壓消失以及體溫下降作為宣告死亡的依據。這個標準非常直觀，它不僅是傳統醫學對死亡普遍認定的標準，也是大眾意識形成的標準。

自古以來，人們普遍認為心臟是個體生命的中樞器官，傳統的醫學觀念即認為，人的死亡時來自於心臟發生不可逆轉停止跳動的結果，此為主張心臟停止跳動作為死亡認定的「心臟死」標準。另外，在有些個體的死亡過程中，呼吸停止會先於心跳停止出現，此不可逆的停止呼吸結果，也被作為認定死亡的「呼吸死標準」。早期醫學臨床上認為，死亡就是指血液循環與呼吸同時發生不可逆的停止狀態時，連帶就會造成中樞神經系統功能停止，隨之而來就是身體的細胞組織將一併壞死。因此，同時由心臟死與呼吸死綜合判斷死亡時點，就是所謂的「心肺功能停止說」(Whole-body standard of death)的死亡標準<sup>32</sup>。目前我國通說與實務，往往都是採取此說法來定義刑法上對死亡認定方式<sup>33</sup>。

<sup>32</sup> 植木哲，醫療の法律学，有斐閣，2006年9月，頁305；

<sup>33</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。

## 二、三徵候綜合判斷說

傳統上，除了對於死亡採取心臟停止跳動和呼吸停止二者綜合判斷的心肺功能喪失標準外，另有在日本多數學說認為，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）較為合理。主要原因是心臟的血液循環機能、肺部的呼吸機能、腦幹自律機能（生命維持機能）三者之間是互相依存的，無論哪一種機能發生不可逆的停止，其他二種機能短時間內（約三到四分鐘內）也會停止，本說充分顯示死亡除了心臟停止外，還包含了循環、呼吸、神經三系統所構成的器官死亡狀態<sup>34</sup>。

目前國內有主張此說的學者，認為目前此種綜合判斷的方式，無論除了是醫界與法界的共識外，社會上也被一般人民所廣泛接受，具有習慣法的地位<sup>35</sup>。另外，也有學者特別說明，三徵候說如同心肺功能喪失說，屬於傳統死亡概念的內涵，只是論述方式上，強調需要透過檢驗先後程序來判斷是否死亡。換言之，三徵候說與心肺喪失說都是認為死亡就是指體內循環、呼吸不可逆的終止，以及中樞神經系統功能停止<sup>36</sup>。

### 第二目 近代腦死標準的建立

關於傳統醫學上對於死亡的判斷，近代逐漸受到醫學日益發展、先進的高效能生命維持技術和人工呼吸機可以使心跳、呼吸停止數小時，乃至 10 於小時的病人重新甦醒，再加上人工營養維持、心肺復甦術的發明等，幫助許多患者在傳統醫療認為不可逆的死亡狀態下起死回生。可是隨著時間推移延後傳統死亡的進程，造成病危重症監護病房負擔增加，醫生們意識到，雖然大多數病人可救治成功，也還有為數不少的人純粹依靠人工器械勉強維持心跳與呼吸，實質上完全失去了生命與活力，科技過度干預生命的結果，就讓人們開始重新思考生與死間的終極界限。

<sup>34</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，2010年2月，頁8-9；前田雅英著，董瑤興譯，劉俊麟校訂，日本刑法各論，五南，1990年5月，頁15。

<sup>35</sup> 甘添貴，刑法各論（上），三民，2009年6月，頁20以下。

<sup>36</sup> 王皇玉，刑法上死亡之認定—評最高法院九十五年度台上字第一六九二號判決，月旦法學 185 期，2010年10月，頁261以下；林忠義，死刑犯器官捐贈之研究，月旦法學第155期，2008年4月，頁98。

在醫學進步下，對於傳統死亡的概念逐漸開始受到質疑，有聲音認為心肺功能喪失說已不適合獨立作為死亡的認定標準。如同前文在第三章的介紹，近代醫學開始主張運用腦死判定方式作為死亡標準的建構。多數贊成腦死當作死亡標準者，認為腦功能只要不可逆轉的喪失後，就可視為死亡<sup>37</sup>，從醫學發展來說，將死亡時間提前是符合科學與經濟效益的，傳統死亡標準的認定配合現代醫學科技，只會一再推遲死亡認定的時點，意味著醫療資源的浪費。目前，除了德國通說贊同利用腦死普遍做為認定死亡的標準外<sup>38</sup>，我國學者也有力主腦死說的見解，主要認為從醫學觀點來看，腦部才是人類生命的中樞，功能一旦喪失，其他器官就僅有有限的能力；同時，從哲學的角度思考，人是需要有精神和靈性活動才具有人格；再以目前醫療水準來看，只有腦部無法進行移植，也不能憑藉人工器官輔助維持，總之，刑法沒有義務要保護無法恢復健康生命狀態的個體，故腦死應當就是人類死亡的終點<sup>39</sup>。

至於，摘取腦死器官究竟應成立毀損屍體罪或是殺人罪的問題，主要涉及實務與學說上對於經腦死判定後的患者，是否就已死亡或仍有生命。主張腦死說認為，腦死者已經死亡，縱使摘取其身上器官，也不會構成殺人罪，而是所損屍體罪；相反的，主張腦死非死亡者，則認為腦死目前在刑法判斷上仍不能視為死亡，一旦醫師摘取其身上重要維生器官（如心臟）仍然會有成立殺人罪的可能性。關於此等爭論，若考量器官移植制度的發展等問題，究竟採取何種說法較為妥適，本文分別說明之。

## 第二款 腦死器官摘取與毀損屍體罪

### 第一目 死亡二元制的確立

腦死標準的臨床應用，除了能對醫療資源的節約有所幫助外，連帶的也為人體器官移植技術的運用打開了方便大門，挽救了成千上萬用本來難以治癒的垂危生命。詳言之，目前無論是先進國家如德國、日本以及我國，對於死亡的認定，都是採取二元論的判斷模式，一方面除了依舊廣泛地利用心肺功能喪失說或三徵候說作為死亡的認定標準；另一方面，例外地將

<sup>37</sup> 關於腦死的意義、沿革與類型，請參照本文第三章關於腦死立法的相關介紹與具體內容。

<sup>38</sup> 王皇玉，註 36 文，頁 265-266。

<sup>39</sup> 林山田，刑法各罪論（上），自版。2006 年 10 月，頁 55 以下。

腦死標準寫入器官移植法令的適用中，配合屍體移植程序的進行，作為提升人體器官移植成功率及醫療效益的重要配套。

值得注意的是，這樣的立法模式，功力主義十分色彩濃厚。以德國為例，目前德國實施的腦死判定程序，在人體器官法制規範下，即限定用以取得死體器官，用於移植手術目的。不過，如同前述，目前德國對於腦死一元論的論點，已受多數學說意見贊同，但依然未形成全面共識<sup>40</sup>；在日本，依據新修正的臟器移植法第 6 條第 1 項與第 2 項規定，已將腦死者視為得摘取器官的死體，但目前法律規定腦死判斷程序尚限於在人體器官移植中運用，雖然日本國內也有不少提倡腦死就是死亡的一元化聲音，不過至今在各界依舊沒有定論<sup>41</sup>；回到我國，觀察人體器官移植條例第 4 條第 2 項，明確規定接受腦死判定為死亡者，得摘取其身體器官。在其他場合中，無論是法界實務或多數學說的看法，對於腦死全面作為死亡標準的看法，同樣保持著審慎不願改變的態度。

由上述可知，腦死作為死亡標準，主要仍是基於人體器官移植政策需求上的考量，為避免醫師負責移植手術進行時，在欠缺法令依據的情況下，摘取腦死者器官可能衍生殺人罪的刑事爭議，故特別立法表明無論心肺功能喪失或是腦死，都可以宣告死亡。主張腦死說者直言，採用此種選擇性標準是適宜的，儘管選擇性標準有一定的局限性，但易於取得社會的理解和認同，並且隨著社會進步和觀念轉變，腦死亡的標準必將逐步深入人心，除了為器官移植提供法律上的有力保證，也能適度的減緩醫療急救資源的浪費。

觀察上述三國建立腦死制度的初衷，就非宏觀考量死亡標準的全面變革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議題限縮在人體器官移植醫療領域中來討論，營造腦死標準得以創造醫療利益，是目前確立死亡標準二元制的主要原因。而在腦死就是死亡的共識下，醫師無論有無獲得供體承諾，摘取器官的行為都不會是侵害生命法益的殺人行為。不過，此處必須進一步探討的就是，若未經死者生前承諾就摘取器官的行為，是否會有其他刑事違法性的問題，本文以下將繼續說明。

<sup>40</sup> 雖然德國通說認為死亡應採腦死說標準，不過，立法上仍只限定在器官移植手術中，曾能承認腦死說的運用。參照：林東茂，註 3 書，頁 2-11。

<sup>41</sup> 山中敬一，刑法各論，成文堂，2009 年 3 月，頁 13-14；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 35。

## 第二目 未經承諾該當毀損屍體罪

多數國家在死亡二元論的建立下，運用腦死定義死亡的目的就是為了創造移植效益，避免醫師構成殺人罪的可能。一旦生理狀況通過腦死判定程序，無論在醫學上或法律上都會被視為已死亡，進行器官移植手術時，適用的就是死體器官移植的相關程序。不過，醫生若違反法定程序，未經死者本人或其家屬承諾即摘取腦死亡者器官用於移植，是否仍有構成犯罪的可能。本文認為，原則上，基於醫療倫理中的尊重自主原則，無論是摘取活體器官還是摘取死體器官用於器官移植，都必須建立在尊重器官持有者自主權的精神上。任何違反自主原則而獲得器官的行為都是為社會倫理所不容許的，也都會對人類社會所賴以存續的生命倫理秩序帶來衝擊。

從刑法保護法益的目的觀察，醫師未經承諾摘取死體器官的行為，由於已經排除侵害身體或生命法益的可能性，在具體構成何種犯罪的思考上，首先就須觀察刑法規定中，是否有相關的處罰規定。如同本文前述國外對於未經承諾摘取死體器官的刑事規制，往往都是透過附屬刑法的樣貌，處罰未經承諾摘取死體器官的不當行為，是一種因應人體器官移植特殊情況下所創設的法益保護，保護者為生者死後仍依附於死體中所殘存的人格尊嚴與價值<sup>42</sup>，此人格權的保障，就是讓死者能在生前自主決定關於死後身體的運用及處分，藉以達到人格自由發展的目的<sup>43</sup>。因此，具體而言，立法上已經承認腦死亡的國家，通常認為醫生將會構成侵害死者人格尊嚴的毀損死體罪。

不過，亦有國家如日本或我國，對於未經承諾摘取死體器官的行為，並無特別設立刑事專法規範，而是回歸普通刑法來尋找處罰條文適用的可能性。學說上一般認為，這類行為客觀上應當會構成刑法關於毀損死體的罪名。值得討論的是，無論是我國刑法第 247 條或是日本刑法第 190 條的毀損屍體罪，保護法益都指向認為於慎終追遠的家族倫理觀念下，對死體完整性的維護，是一種社會共同生活中的重要利益。若朝此方向來解釋，

<sup>42</sup> 曾淑瑜，醫療倫理與法律 15 講，元照，2010 年 4 月，頁 237。

<sup>43</sup> 在日本，採取腦死即死亡論者，進行摘取器官而毀損屍體的不法評價時，若採取侵害腦死者的人格權與尊嚴的法益保護立場，就是將本人生前同意做為摘取行為的正當化基礎。不過，在緊急事態下，為保全患者的生命利益，可以透過日本刑法 37 條緊急避難事由與以正當化，也有否定主張緊急避難論者，認為死者的人格權概念過於曖昧，作為利益衡量標準，恐有不妥，因此，應當可以直接將摘取行為視為醫師的專斷醫療行為，主要就是考量生存利益的在醫療任務中所佔有的優越性。參照：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。

等同於無論本人生前或家屬有無承諾，醫師摘取行為都會有構成毀損屍體罪的疑慮。此問題的關鍵就在於，毀損屍體罪一旦被解釋成是對社會善良風俗法益的保障，而非針對死者殘餘人格尊嚴的維護，由於社會法益非個人所能持有，無論是死者或家屬都無權任意處份，剩下就僅能透過利益衡量的方式，認定經過本人或家屬承諾的器官移植行為，是一種符合優越利益原則的社會相當性行為，得以阻卻違法。

本文認為，對於毀損死體罪的保護法益解釋，並非絕對是在維護社會抽象風俗利益，法益內涵中應當包含對人格尊嚴或家屬情感的特別保障，屬於個人法益的性質。觀察近年日本臟器移植法對死體移植程序的最新修正，可以發現能與本文解釋毀損死體法益保護的方向具有一致性。日本的臟器移植法第 6 條第 3 項修正後規定，本人可將提供器官以及接受腦死判定的意思以書面註記，不過，家屬若有反對就不在此限。換言之，對於死體器官的捐贈，日本採取的是家屬同意制，死體器官的摘取，最終決定權是落在家屬本身的意志，一旦家屬沒有意見，或是沒有家屬可以行使決定權利，在沒有損害家族情感利益的情況下，醫師縱使摘取屍體器官也不會有刑事責任的處罰疑慮。相反者，生前經過死者承諾，家屬不同意，醫師卻執意摘除，此時就會有構成毀損屍體罪的可能。由此可知，日本關於毀損屍體罪的法益保護，應是側重於家屬對死者情感的保障，是一種文化上重視家族意識的特有立法模式<sup>44</sup>。

以我國來說，配合我國死體器官移植法令程序，是以本人承諾為主的方式設計，家屬雖然仍有承諾權限，不過需限於本人生前未表示意見或無明確反對意思時才能承諾。我國毀損死體罪如同其他國家一般，應側重於個人生前對死後殘餘人格權的保障，對於此個人法益自然就有處份自由，醫師一旦取得死者生前的承諾，就如同生者自主安排發展其人格，摘取行為就是在維持生者死後人格尊嚴的情況下，能阻卻毀損死體罪的違法性。

### 第三目 推定承諾能阻卻違法

如同前文所述，所有堪稱人體器官移植技術先進的國家，同樣都正面對著器官數量嚴重不足，供需失衡的窘境。各國為了擴大器官移植來源管道，希望能針對死體器官的取得方式進行政策性的積極立法，試圖從制度面的設計來解決問題，原則來說，放寬供體告知同意的取得門檻，建立推

<sup>44</sup> 大谷實，註 31 書，頁 230。

定同意機制，是目前針對死者生前未曾表明摘取意願情況下，各國廣泛採用的解套措施。至於推定同意的類型，如同前文介紹，依序分為家屬推定以及國家推定兩種不同方式。不過，無論採取何種模式，基本上就是希望在無法實質尊重死者生前意願的前提下（未同意也未拒絕），透過他人的承諾表示來取得器官。至推定同意制度的運作，是否會有侵害死者生前對器官處份的自主權，可能該當毀損屍體罪的疑慮，本文以下分別討論之。

首先就家屬的推定同意來說，死者生前若無反對的意思表示，對於捐贈器官的決定，就會交由家屬予以補充推定。由於親屬一般與死者生前會是生活上的緊密共同體，對於生者的人格、個性以及志向都較能清楚的理解與掌握，因此，家屬應當最有資格做為生者死後殘餘人格價值發展的的最佳代言人。對於死者是否願意遺愛人間或別有考量，在家屬代為承諾下，可以被認定為一種死者生前意志的追認與確保，在此思考下，本文認為家屬推定同意可以直接作為阻卻毀損死體罪的依據。

相較之下，國家推定同意制的設計，是隨著時代變遷，死體摘取的公益性逐漸受到社會肯定，基於普遍價值觀的建立，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，也可以說是國家預設社會中每一位人民都是潛在的器官捐獻者，同時假定人民都會認同，從死體摘取器官用於移植具有崇高的倫理價值，是為大眾認同和贊許的。在預設同意制度運作下，一旦有人腦死，生前又未明確表示拒絕捐獻器官的意思，醫師仍可直接摘取他的器官進行移植。關於這樣的方式是否合法，實際上仍必須利益衡量的是方式作為思考的立足點。原則來說，摘取死體器官用於移植，在此國家推定制度的建立下，應當已是經過立法者承認，具有社會相當性的行為。本文認為，立法的考量就是生命能夠健康延續，對任何人來說都為最高利益，移植而獲得此項利益（維持或者延長被植入者的生命）與因為摘除器官而產生的不利（侵害死體人格尊嚴）相比，前者顯然就能站於優越利益的位置。因此，摘取器官的行為，若能透過國家預設機制仍然可以阻卻違法。

## 第三款 腦死器官摘取與殺人罪

### 第一目 死亡二元制的質疑

對於死亡二元制的問題，是將腦死作為刑法上死亡的認定方式。這樣的標準是否適宜，本文保持全然否定的態度。本文不贊同以腦死做為目前人類死亡標準的理由主要分為下列三點。

#### 一、腦死判斷技術仍有誤判風險

首先可以確知的是，基於人類醫療知識對腦部神經結構的研究發展，腦死在醫界已被公認為人類生命進入不可回復的狀態。但是，腦死是否能透過當前的醫療知識與診斷技術做到正確無誤的判定，這就存有不小的疑問。有日本學者特別點出，縱使腦機能屬於人類生命運轉的證明，醫療科學的觀點看，確實可以將腦死作為死亡的時點，但是，考量當今的醫療水平，腦死的判斷是否會有失誤，對人民來說尚有不確定感。換言之，腦死本身並無爭議，重點就在於判定程序的問題，一旦不夠嚴謹，或是醫師不夠慎重，往往都有可能莫名犧牲患者生命。有學者就曾舉出台灣記者因事故而經醫師腦死宣告後，轉院又被救活的離譜案例<sup>45</sup>。

由此可知，腦死需要經過十分嚴謹與慎重的複雜程序確定後，才能做出判斷，在客觀條件上就須有相當的醫療水準從旁輔助。不過，對於何種判定標準最能符合醫學上的要求，目前仍是眾說紛紜，莫衷一是。例如，有學者即指出目前德國所採取的是全腦死標準以及相關測試步驟與過程，都較採取腦幹死標準的我國還要慎重嚴謹很多<sup>46</sup>；另外，對於幼童的腦死判定問題，各國醫界普遍認為，由於幼兒生命力強韌，醫學上目前也沒把握能準確無誤的進行腦死判定，因此，包括我國在內，一般都是禁止針對幼童進行腦死判定<sup>47</sup>。

<sup>45</sup> 林東茂，註3書，頁2-12。

<sup>46</sup> 王皇玉，註36書，頁270。

<sup>47</sup> 洪焜隆，小兒腦死判定，臺灣醫誌49卷，2008年，頁3-5。參照我國腦死判定準則第9條規定：「腦死判定之醫師，應符合下列各款之一之資格條件：一、具神經科、神經外科、小兒神經科專科醫師資格者。二、具麻醉科、內科、外科、急診醫學科或小兒科專科醫師資格，並曾

總之，囿於醫療技術的有限性，連帶影響的就是腦死判定時，由於涉及過多專業與技術性的問題，一旦醫師進行腦死判定出現技術性、判斷性或規範性的失誤，往往就是平白葬送一條仍有治癒機會的無辜生命。因此，本文認為，死亡作為人類生命發展過程中的自然事實狀態，雖然是醫學應當予以釐清的重要問題，但死亡的認定，同時也牽涉到當事人本人、家庭、甚至社會整體性的共識。當人民意識無法完全接受前，承認腦死說似乎還算太早。況且，死亡的標準應當不能有任何失誤空間，任何將死亡時點推前的認定標準，除了要有嚴謹的醫學研究支持外，臨床實踐上也不能迴避失誤風險的檢驗<sup>48</sup>。

## 二、死亡二元制度的矛盾設計

由於腦死的概念與死體器官移植關係甚為密切，早期在傳統三徵候說的死亡標準箝制下，醫師若為了追求移植效益，從尚非視為死亡的腦死者身上摘取心臟器官作為移植之用，很可能就有構成殺人罪的疑慮。因此，我國人體器官移植條例另外規定腦死者即為死亡，具有死體器官移植的供體適格。換言之，當患者或其親屬選擇傳統三徵候說的判斷標準，就需尊重其意願，腦死後繼續維持其生命至心跳停止，在此之前患者仍是刑法保障下的生命主體，器官不得作為死體移植之用；如果患者或親屬選擇進行腦死亡的判定，經過醫師確定腦死後，在心臟呼吸尚未停止，就可中止醫療維生系統來摘取其死體內的器官。這樣的立法模式就是所謂的死亡二元制，某種程度上是讓人民於個案中有權選擇生命的終點。

不過，按理來說，死亡應該是一種客觀的事實存在，應當遵循科學規律統一判斷，不能因為不同的場合就形成不同差別的認定<sup>49</sup>。尤其在司法判斷下，最讓人質疑的就是，依據這種二元式的死亡立法模式，讓同樣呈現腦死狀態的患者，若願意提供器官的腦死者就是屍體，而拒絕提供者就是與腦死無關的活人。同時，法律上，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，甚至在允許預設捐贈承諾的國家，

---

接受腦死判定之訓練，持有證明文件者。三歲至十五歲病人之腦死判定，宜由具判定腦死資格之小兒科專科醫師或小兒神經科專科醫師為之。第一項第二款之腦死判定訓練，其訓練課程，由中央衛生主管機關定之。」

<sup>48</sup> 其中，可以預想到的二種情況，其一，醫師經同意，但因誤判造成供體在未腦死的狀態下，摘除心臟等致命器官時，醫師可能構成過失致死罪。其二，醫師未經同意，在誤判腦死的情況下摘除器官，亦會構成故意殺人罪。由此上述兩種情況可知，只要在腦死階段前，無論醫師有無經過同意，基於生命法益的保障，我們會認為醫師應該負擔殺人罪或加工自殺罪刑責。

<sup>49</sup> 康均心，註7書，頁543-544；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。

患者一旦腦死就會成為醫院爭相摘取器官的對象；反之，當本人或家屬生前嚴正拒絕器官捐贈時，醫師在患者腦死後，一旦放棄救助，就會成立不作為殺人罪；一旦摘取心臟器官，則會構成作為殺人罪。兩相比較，可清楚看出同樣性質的醫療作為與相同狀態下的行為客體，卻會出現攻擊不同法益的弔詭現象<sup>50</sup>。

由此可知，採用死亡二元論者，雖然反映出法律位追求社會利益的必要妥協，但是本來屬於客觀事實層面的生死判斷，卻要根據行為人來自主決定，將會導致法律關係陷入複雜矛盾<sup>51</sup>。其實，死亡標準從來就沒有本人意願可以干涉的可能，人是生是死，不管是腦死還是心肺功能喪失說，皆應透過純粹客觀觀察加以決定，而非受當事人的意志左右。

### 三、腦死與功利政策掛鉤的疑慮

如同上述可知，無論是以德國、日本或我國來說，腦死標準都是建立在提升人體器官移植效益的政策思考嘗試下。因此，腦死判定與器官移植相互掛鉤的結果，功利主義傾向甚為明顯。另外，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。因此，一旦實證判斷機制參雜過多主觀的經驗或想法，就如同賦予醫師操控患者生命得生殺大權。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患者來說，反而又會形成新的風險與危機。

雖然，目前腦死判定的制度設計就是基於此種不信任感，已經特別規定腦死判定醫師不得與移植醫師為相同之人。不過，與心肺機能喪失標準不同的是，腦死標準客觀上沒有顯而易見的通識特徵能供一般人來辨識，程序表面縱使嚴謹，一旦與功利目的掛鉤，不肖醫師的操控權力就會成為腦死標準建立下所潛藏的犯罪問題。因此，本文認為，死亡的標準必須一望即知，透過太多複雜程序的進行，容易讓外界黑手伸入干擾，尤其是在生命保障的議題中，這樣的問題不能不審慎面對。目前來說，應當維持心肺功能喪失說或三徵候說作為死亡的統一判斷標準，並且在死體器官移植

<sup>50</sup> 中山研一，臟器移植と腦死—日本法の特色と背景，成文堂，2001年8月，頁185。

<sup>51</sup> 有力主腦死即死亡的論者，也對於為器官移植而設計的二元式死亡立法模式應不適宜。其謂「刑法保護生命法益，不應只受有利性考量的影響而改變其保護範圍與保護態度，假如單純為了使臟器移植手術得以獲取新鮮度越高的臟器，以提高移植手術的成功率，則在刑法上即顯無足夠理由採取腦死作為死亡死點，而將死亡時點推前。」參照：林山田，註39書，頁58。

的進展下，重新認識腦死的功能與定位。總之，腦死應非死亡，在人體器官移植法制運作下的意義，則是呈現一種生命的特殊狀態，以下將繼續針對此點進行說明。

## 第二目 未經承諾應構成殺人罪

本文認為，目前刑法死亡認定上，囿於腦死認定技術不確實的考量，應當是維持傳統心肺喪失說（三徵候說，下列簡稱為心肺死）較為妥適，三徵候的狀態表徵，除了已是社會大眾意識中，長期根深蒂固的死亡形象；刑法處理生命保護的議題時，運作心肺死的標準也都能圓滿無缺地解決問題，並不會出現任何法律漏洞。不過，特別問題是，在採用傳統心肺死時，對於從仍具生命的「活體腦死患者」身上摘取器官，該行為應如何評價。

詳言之，對於醫療行為的拒絕，表示患者消極請求醫師不再繼續治療，等同拒絕醫療行為的介入。對此，醫師在尊重患者醫療自主決定權的前提下，是對其人格與尊嚴延展的尊重，刑法上醫師的保證人義務即告解除，自始就沒有構成要件的解釋空間。但是與拒絕治療權不同的是，腦死狀態下，醫師透過摘取行為加速供體達到心肺功能喪失的死亡標準，反而是一種積極作為，提早造成死亡結果的發生，若無其他合法化事由的支持，摘取腦死者的器官，應會該當殺人罪責無疑。例如，特別是心臟器官摘除的情況，以心肺死的標準來說，是一種積極地斷絕他人生命的行為。即便是具有腦死患者事先承諾，醫師仍會有成立加工自殺罪的問題。

日本學說曾表示，儘管是反對腦死即死亡的見解，也不是完全反對任何意義上的腦死移植，當人在生前尚未陷入不可逆轉的腦死狀態時，具有捐贈器官的強烈意思表示時，就沒有理由拒絕腦死器官摘取的要求。這是基於強調自主法益處分權的思考，將自己決定權推及到生命的處份上。例如，在患者事先承諾下，對於沒有痊癒希望的患者，拆除維持生命裝置的行為，即便是從心肺死的立場，也應當視為尊嚴死而受允許，相同的，為了移植而摘除器官的行為，也應當看作為尊重捐獻者的自己決定權；同樣處於腦死這種生命不可恢復狀態下的摘取作為，就如同實施尊嚴死般可加以允許<sup>52</sup>。

<sup>52</sup> 同樣處於生命狀態，但是將腦死和期以前無意識的植物狀態或者受捐贈者的能持續生命區別對待的話，就是認可生命具有相對化的可能性。參照：酒井安行，生体からの摘出は絶対にで

有學者對此看法提出進一步的闡釋，認為刑法加工自殺罪所存在的意義在於，即便違反本人意願，但是作為自主決定權基礎的生命法益仍有必要給予保護，這是生命絕對保護原則精神的體現。但是，由於呈現腦死的患者已經不可能恢復到從前能夠自己決定的狀態，因此，不存在國家介入的需要。這種見解是將人體器官移植問題的處理重心擺置於捐獻者自己決定權當中，認為捐獻者和被捐獻者間形成生命相對化的看法，本質上的思考模式是對生命價值觀的不同認定<sup>53</sup>。

本文秉持一貫立場贊同上述看法，按腦死活體與健康活體在器官移植的場合中，並不全然能夠相同看待，這是源於生命價值與保障具有相對性的看法。生命價值相對化的重要前提，則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患者主張自主決定權的權力。生命價值相對化的本質，是一種允許自己對生命質量優劣進行衡量比較的觀念，概念背後的思維脈絡則來自於患者自主決定權的理念與精神，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況下來延展人格，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。在臨床醫療中，患者的生命力往往處於無以為繼的低落狀態，當患者無法藉由生命的力量支配身體，展現人格時，若持續透過客觀法秩序的約束，反而會否定了患者的人格尊嚴<sup>54</sup>。

回到腦死患者捐贈器官的可能性上，腦死雖然並非死亡，惟人的生命一旦進入腦死狀態，客觀上就已經無法支配自己人格發展與生活的安排，此時應當允許患者處分自己的生命法益，是否能讓器官捐贈的方式來結束生命，展現其最終在世的人格價值。於此，供體生前承諾腦死移植的意思表示就格外重要，背後就是一種生命自主決定權的展現<sup>55</sup>。

總歸來說，腦死標準必須謹慎限於人體器官移植場合的運用，目的是出於利益權衡來思考，允許將死之人，對無法挽回的生命做出「對自己生命法益持有」的積極放棄，等同是要求醫師以作為殺人的形式，提前在能求取更大利益的時點上，保全相對較優越的受體利益<sup>56</sup>。詳言之，一般基於生命絕對保護原則，人們對於生命的處分是禁止的，不過，人體器官移植條例與腦死判定準則明文了阻卻醫師構成殺人罪的可能性，其中最重要

---

きないか，法学セミナー，通卷 453 号，1992 年 9 月，頁 44。

<sup>53</sup> 曾根威彦，刑法学の基礎，成文堂，2008 年 5 月，頁 65-66。

<sup>54</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 110。

<sup>55</sup> 佐久間修，刑法総論，成文堂，2009 年 11 月，頁 187。

<sup>56</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 43 書，頁 112-113。

的程序要件就是必須經過供體生前承諾。本文認為，刑法判斷上，應該視此承諾為允許醫師侵害生命法益的「特殊阻卻違法事由<sup>57</sup>」，是一種對生命法益的處份承諾。相反的，一旦醫師未經承諾，判斷患者腦死後摘除其器官，該行為構成的並非毀損屍體罪，而是侵害生命法益的殺人罪<sup>58</sup>。

### 第三目 推定承諾的限縮

如同上述可知，一旦採取心肺死的立場，對於死亡的認定維持三徵候說的判斷時，腦死本身就非人類生命的終點。若要在器官移植的場合中，摘除腦死患者的器官供移植所用，除了需要經過嚴謹的腦死判定程序認定外，最重要的就是必須獲得患者生前的承諾，自願放棄刑法對其生命法益的保障。不過，必須討論的是，在死體移植情況下，多數國家往往會透過推定同意制度配套，迴避對死者生前自主決定權的尊重，按照我國人體器官移植條例第 4 條與第 6 條規定明顯可知，我國目前就是在承認腦死亡的前提下，設計死體器官取得程序，允許當供體生前意願不明時，可以透過家屬同意的方式推定供體捐贈器官的承諾。不過，依據本文看法，腦死者若有生命能量的殘餘，欲摘除其器官，就須回去尋找死者生前的自主意願，至於家屬或國家是否仍有推定承諾的合理性，這就不無疑義。

我國自從 2000 年通過「安寧緩和醫療條例」後，該法第 7 條第 1 項與第 3 項規定，只要有二位醫師診斷確為末期病人且有意願人簽署意願書時，就能不施行心肺復甦術，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 6 項規定，賦予曾親自簽署意願書的患者，如經急救未能恢復呼吸及意識，家屬可要求醫師撤除該無效的維生措施<sup>59</sup>。上述規定表明，目前末期病人已經依法允許由自己或由

<sup>57</sup> 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，醫師必須有特殊的阻卻違法事由才能進行，其中有認為應可主張緊急避難者，也有從社會相當性來討論者，不過，多數意見中，認為最主要的理由仍是必須獲得腦死者生前的真摯同意，這是同意論者的主張。相關學者意見，請參照：中山研一，註 54 書，頁 102 以下。

<sup>58</sup> 久々湊晴夫，やさしい医事法學，成文堂，2007 年 5 月，頁 152-153。

<sup>59</sup> 安寧緩和醫療條例第 7 條第 6 項規定，主要處理的情況是醫療法第 60 條與醫師法第 21 條都有規定，對於危急病人應給予專業與必要設施予以急救或採取必要措施。由於這些規定，末期患者在呼吸心跳停止前，護士必須找醫師來，而醫師必須進行 CPR（心肺復甦術）。由於醫師在明確知道病人有放棄急救的表示前，為避免訴訟爭端，醫護人員都會盡力進行這套急救程序。但是，若患者早已簽署了放棄急救同意書，由於醫護人員已經開始進行插管急救，這份同意書在以往可能就發揮不了效力，倫理上嚴重違反了患者自主原則的精神，因此才有本項增訂的必要。參照：曾育仁，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 以下。

家屬或代理人，簽署選擇臨終時拒絕心肺復甦術之施行<sup>60</sup>，醫師即可據此尊重病人的意願，不做心肺復甦術，協助末期病人安詳往生。刑事認定上，就如同醫師透過作為或不作為的方式，協助患者處分自己的生命法益，屬於一種阻卻加工自殺罪違法性的立法方式。值得注意的是，依上述規定，縱使沒有患者事先承諾，家屬依舊可以在不違背患者生前意思的前提下，代替患者同意簽具意願書，這就等同肯定家屬推定同意的立法設計，亦可作為臨床醫療中醫師結束患者生命的阻卻違法承諾機制。

誠然，安寧緩和條例中所定義的末期患者，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，但患者仍是有生命之人應無疑問<sup>61</sup>；相較下，腦死本身甚至已普遍被醫學認定屬於一種死亡狀態。因此，按舉輕明重的法理，依據安寧緩和條例規定，可以透過家屬推定承諾，當生命判定進入無效醫療的狀態時，請求醫師解除維生設備，消極放任患者生命自然步入死亡；於腦死移植的場合中，自然亦能於許家屬為供體的意願進行推定，最主要的共通理由就是，對於生命即將凋零殆盡的末期患者或腦死者，在其生前意向不明時，家屬的意思最能代表其自主意願，作出符合其人格延展的最佳決定。

雖然，推定制度本身也無法脫離社會利益趨向的思考，不過，過於偏向社會效益的獲取，如為減少醫療資源的耗費，讓國家決定是否解除末期患者的維生設備；或為更有效率的取得腦死器官，預先設定每位腦死者都是潛在捐贈意願者，這樣一來，將會直接對患者的生命自主決定權造成侵害，形成國家主導人民生命走向的離譜現象。因此，本文認為，在腦死器官摘取時，患者承諾可由家屬代理，但目前部分國家採取的預設同意方式，基於腦死非死亡的立場觀之，則不適宜作為此項立法的配套。

## 第三節 人體器官植入行為的犯罪判斷

### 第一項 人體器官植入與傷害罪

如同前文一再強調，無論是人體器官的摘取或植入，都是具有侵害身

<sup>60</sup> 心肺復甦術 (Cardiopulmonary Resuscitation, CPR) 是針對急性病人如溺水、觸電、車禍或心臟病發作時，呼吸或心跳停止者，所施行的搶救生命的緊急醫療措施，包括人工呼吸、心肺按壓、氣管內插管、急救藥物、心臟電擊、心臟人工調頻等，對急性病人如果成功，可能挽回生命恢復健康。

<sup>61</sup> 參照：安寧醫療緩和條例第 3 條第 2 款。

體法益，對生命法益產生風險的醫療行為。就器官植入行為而言，整體行為，包涵先將患者體內不良器官摘除後，另行植入運作功能正常的健康器官。過程中，理所當然會對患者的身體機能與完整性產生傷害，醫師主觀上，對植入行為過程中的侵害、風險與後果等，必定亦會有所認識。由此可知，姑且不論醫療行為的醫療目的，刑法評價上，這類侵入性的醫療行為，必然會先該當傷害罪的不法構成要件應無疑問。

## 第二項 得患者承諾阻卻傷害違法

由於人體器官植入行為此種具有侵入性特徵的醫療行為，於患者身體完整性會造成重大損害，因此，是否能依據業務上正當行為來阻卻違法，仍需進一步去思考阻卻違法性的實質理論基礎。目前，主張醫療行為傷害說看法者，對於醫療行為進行的前提，是否需要取得患者的承諾，也就說患者承諾是關乎於醫療行為阻卻傷害違法性的關鍵，以下將先從病患者角度，說明自主決定權的具體內涵。再者，針對患者承諾不必要說的學說主張進行介紹，最後再循患者自主決定權的思維脈絡來提出本文看法。

### 第一款 患者自主決定權的意義

從醫療史的演進可知，自主決定權隨著醫療知識的進步，在專業醫師的領銜下，曾經沉寂一段很長的時期，直到近代，人眾對於自身權利意識的覺醒，自主決定權在醫療領域中又開始逐漸受到各界的重視。總歸來說，現代醫病關係的理想，必須思考如何建立一套正確的互動標準，營造一種病患與醫師能夠彼此商議，共同決定利益的醫病互動方式，至於該如何判斷，本文嘗試從患者自主決定權的概念思潮談起，同時藉由前章討論自主決定權哲學思想本質的討論，說明在患者與醫師間特殊關係的交流下，作為患者所持有的自主決定權利，應出何種調整，才能作為合理建溝醫病互動關係的重要標準。

### 第一目 醫病關係互動的發展模式

社會學者普遍認為，自古以來，從早期的聚落文明到現代組成國家為單位的群居團體，人類關係的決定是在彼此社會共同生活中所磨合型塑，人際互動模式也深受不同時空情境的影響。社會中的人際關係往往具有變

遷的歷史特性。轉換的主要因素與不同政經背景下的社會分工或社會組織方式息息相關。

醫病關係也是人類關係的發展模式之一，經由特殊的人（醫師、患者）事（疾病、醫療行為）物（用藥）的界定，醫病關係成爲人類多元互動關係縮影下的一角，此種關係隨著傳統社會到現代科技社會的發展，其演變軌跡能清楚可循。以下藉由歷史緩步脈動的痕跡，先對早期醫病關係的演進做出說明；在此基礎上，進一步從近代社會學的角度，介紹醫病關係的複雜類型與發展，嘗試於社會現象面中，找出醫師與病患間互動的基本態度。

## 一、早期歷史演進

如欲全盤理解醫病關係的互動與轉變，就須先從歷史社會學的觀點進行觀察。隨著時空的遞嬗，醫學技術與知識的發展與進步，成爲牽動早期醫病關係轉變的主要因素。著名的英國社會學家朱申（N.D. Jewson），依循醫學史家艾克納希特（E.W. Ackerknecht）從 18 世紀到 20 世紀這段歷史進程的斷代分類，觀察這段時期，西方醫病關係的發展與轉變。

朱申認爲，從社會學的觀點，醫病關係的樣態，與醫療知識產生方式及時代政經的不同背景息息相關，換言之，醫學發展的程度與社會文化間，經過彼此交互作用，就會形成某種特定型態的醫病關係。朱申藉由早期醫學知識分析的生產方式，將西元 1770 年到 1870 年間的醫學知識發展進程分爲三種類型，分別是床邊醫學<sup>62</sup>（Bedside Medicine）、醫院醫學（Hospital Medicine）以及實驗室醫學（Laboratory Medicine）。這三種不同類型的醫學知識生產模式，陸續與當時西歐社會的互動，與時俱進支配早期西方醫病關係的演進<sup>63</sup>。

### （一）床邊醫學的全人時期

所謂的床邊醫學，一般史學家視爲 18 世紀歐洲啓運動時期的正統醫學。此時期的醫療知識與理論呈現多元化、百家爭鳴的態樣，時常出現各

<sup>62</sup> 或稱爲新古典醫學（neo-classical medicine）

<sup>63</sup> 關於以下這三時期，對醫病關係與知識演進的詳細討論，主要整理於：N.D.Jewson，曾凡慈譯，李尚仁校訂，論醫學宇宙觀中的病人消失，1770-1870，收於《STS 科技渴望社會》，吳嘉苓、傅大為、雷祥麟主編，群學，2007 年 12 月，頁 152-182。

家學說彼此的衝突與紛爭。由於當時醫學知識尚未出現具體化的實證標準，醫師專業知識的獲取，大多來自於醫學文獻的閱讀與理解；臨床診斷則是依據病人主觀情緒與生活史為基礎，配合醫學理論的詮釋，有經驗地推演出適切的診療方式。相較於現代醫學區分為生理（身體）與心理（精神）不同層面，床邊醫學時期，是將病患視為身心靈合一的整體，疾病是從病人主觀外在的表象探詢，而非隱藏於內部深層。換言之，床邊醫學的主要精神，就是認為疾病是人類身體系統的整體反應，身體都有自己各具特色的運行模式，醫師除了器官組織外，對病患情感與精神層面進行關照，也是十分重要的。

床邊醫學模式形成的主要原因，源於早期西歐社會的政經結構與文化背景。當時的社會，尚無大型醫療院所，醫師都需自行開業，生活或研究經費，來自於上流社會階級的少數病人。這樣的職業經營結構下，醫師收入多寡取就須取決於病患的光顧，市場競爭激烈的環境，自然讓病患於醫病關係中佔據上風。換言之，醫療事業屬於散落社會各方層面的個體營業戶，私人職業收入仰賴的是對病患顧主的費用收取。醫師為了贏得客戶支持，除了須在專業技術上證明自己能力外，也會設法窮盡一切手段來滿足病人的個別要求。另一方面，床邊醫學時期的醫學理論，缺乏專業可供遵循的一致標準，病人有很大的自主空間來選擇可被接受的療法，以及判斷醫師是否勝認。也就是說，病人選擇醫師的方式，必須憑藉著自己主觀上對醫師品德與專業技能優劣的判斷。

整體來說，床邊醫學時期，從醫學知識生產的觀點，醫師透過不同醫療文獻的選擇，依靠自己的經驗行事，醫師必須很謹慎與細心的觀察病患個體的反應與情緒，才能適切達到診斷正確的目的。同時，醫師囿於外在執業環境的影響與限制，醫療事業具有濃厚服務競爭性質的特色，為排除同業競爭，醫師往往透過如同客製化的醫療服務，設法關照病患的主觀情緒感受。相對的，醫病關係中，醫師為了與雇主達成緊密的供需關係，醫學研究理論的產生，就需迎合病人的嗜好，將病人視為一個從精神到身體結合為一的完整總體。病患個人身體到精神情緒層面，都是醫學理論所關注的焦點。病人對其症狀的主觀感受與經驗，則是醫學知識發展的主要媒介，成為建構當時醫學理論的基礎素材。

床邊醫學的時代，醫病的社會互動便是由評價、溝通測試與經營個人身分等流程組成。醫病關係的互信建立，除了依靠醫師診斷時顯現於外的專業能力外，很重要的因素則是醫師與病患間的口語溝通與對話。透過病

人對自己生活經驗與精神特質的闡述，醫師於仔細聆聽下，才能獲得重要醫療資訊來促成醫療診斷的成功。總之，床邊醫學就是讓病人本身決定自己所接受的療法，以及醫師是否適任；開業醫師也會盡量探詢雇主的真意，在符合病人的期望下，對其進行病情診斷與治療。床邊醫學所塑造的醫病關係，相較醫師地位的被動性，病人明顯居於主導且擁有充分的自我決定空間。

## （二）醫院醫學的崛起

在 18 世紀末期，醫學知識研究與生產的方式發生劇烈改變。引領這份潮流的代表就是所謂的醫院醫學。法國大革命後，醫院治療、臨床教學與病理解剖結合，興起醫院醫學的誕生（臨床醫學），對醫療教學與研究形成重大影響，純粹依靠理論闡述的床邊醫學逐漸沒落，同時開啓了近代醫學的大門。在此歷史過程中，醫病關係與醫療職業與知識結構也發生了重大轉變。此時的醫學知識焦點已不在病人個人身上，而是轉移到由醫學研究者所認知與界定的客觀實體層面。其次，醫學研究團體集中由高階成員控制，床邊醫學特有的豐富多樣理論體系，也隨之經過共識後，逐漸遭到取代。

以法國巴黎為例，大革命後的巴黎，醫院被重新樹立為國家醫學體系中心。龐大的醫院主要收容的是數以千計接受救濟的窮人，醫師則是由國家聘任。院內的臨床醫師成為醫學專業領域中的菁英，經濟來源不再仰賴病患。醫病權力關係因而逆轉，這些窮苦病人與有錢有勢的權貴病人不同，對於醫師一切的診療要求，往往沒有能力拒絕；醫師為了實驗研究，施展新的手術或療法，病患也無法說不，病患死亡後的大體則成為病理解剖與教學工具等研究材料<sup>64</sup>。此時期，醫師在醫院巨大規模系統的庇蔭下，病患除了成為用之不盡的研究素材外，於醫學知識生產過程中，醫師逐漸奪回了控制與自主權。

這樣的轉變，很重要的因素是醫學知識生產模式焦點關注的轉移。相較於早期的床邊醫學，是對病患個體獨特性做整體性的理解與研究，醫院醫學研究核心則是秉持客觀態度，深入探討造成人體器官組織種種反應的不良因子，也就是對疾病概念的發掘。大方向上，醫院醫學期待的是針對特定器官損害與失調對症下藥。這樣的趨勢，同時影響了醫學理論的生產

<sup>64</sup> 大革命後的醫院醫學時期，由於解剖學與病理學的發展，醫學研究者對於人體結構與器官構造的運行有了更深層的認識，外科手術的發展也順應有了重大突破，當時研發了許多新興的手術方式。

形式。在當時，解剖學是醫院醫學盛行的研究技術，實證統計與量化研究等科學方法的運用，藉由量化與統計的病理學研究作為知識理論的建構基礎，不再如同以往多頭馬車，形成各自為政的學理門派，取而代之的醫學理論，是更為具體一致的整合性知識系統。

對於醫病關係的影響方面，由於病理解剖技術的發展與醫療儀器的發明，醫師對病人的診斷方式，就是透過身體檢查，針對器官結構進行觀察，而非再憑藉與病患間主觀意念的雙向溝通。個案的特殊性在龐大的統計資料數據中遭到淹沒，病人不再被視為具有獨特意義的感知主體；而普遍被認知為疾病的載體與顯現媒介。診斷關係成為一種制式化的標準作業程序，醫師藉由既定的診斷流程，依循一致性的醫學理論，有系統排除或刻意忽略醫療個案中病人本身的獨特性。此外，醫師職業結構的轉變，亦是改變傳統醫病關係的重要因素。由於大型醫院的興起，醫學研究者是經由其職業團體中高階直接掌控篩選系統來取得職位。資源與報酬高低不受病人的滿意程度左右，而是依據專業同僚的認可。醫學不再是醫師與病患緊緊相連的生命共同體，醫院醫學正式劃定「病患」與「醫學研究者」間的不平等地位。

整體來說，醫院醫學將病人與醫師間的醫病關係重新定位。臨床醫師和醫院病人間的互動模式，是以主從的地位關係與醫療章程規定引領。醫學不再需要自稱了解病患各式各樣的病痛根源，臨床醫師也引進了新的分工，對於個別器官進行解剖研究，醫學知識的累積透過分工研究，形成各種專業化的研究領域。同時，醫師受到尊重，是基於其職業角色固有的專業權威，而不是於社會中，獲得病患對其人格品德價值的證實或專業技術之肯定。換言之，醫院醫學的崛起，代表醫學理論與療法，不再仰賴病人的讚許。相對應的，醫病關係中，病人從主導決定性地位退出，逐漸成為消極無憑斷能力的從屬角色，診療過程中多是忍受與等候。此時醫師對待病人的態度，猶如修理零件般，將病患身體器官結構喻為運轉時鐘的零件。病人在醫師的眼中，不再視為身心靈合一，擁有「全人」的整體；相反的，病人就像多種器官零件共同運作組成的有機集合體，如同一部運轉中的複雜機器。

### （三）體導向的實驗室醫學

於 19 世紀中葉，實驗室醫學首度在德國醫療大學體系中建立。此項改革建立於醫院醫學的基礎上發展而成。實驗室醫學的知識生產，是應用

自然科學方法來更徹底的詮釋醫學問題。此時期，組織學與生理學的突破進展，醫學研究者將研究視野進一步擴及生命的終極單位－「細胞」的功能運作。醫院醫學盛行以觀察方式為基礎的解剖學，已無法滿足醫學研究者探知疾病成因的求知慾。於是，新的病理學概念完全洗牌，根本的精神是，細胞既然是生命的基本單位，自然也是疾病的所在。此後，說明疾病與細胞互動過程的病理學逐漸成為醫學科技與知識的新寵。

整體而言，實驗室醫學表徵的是當時西歐社會的醫療世界觀中，透過應用科學帶動了一波醫學知識的劇烈革命，醫學研究者職業活動方式，成為利用實驗設法證實或探索人體新知，而不是在對病患服務。醫學的地位提升到應用科學的層次，研究者的權威性完全來自於科學上的成就，這樣的現象造成醫師完全將病人視為一個客體或樣本進行研究分析，且把疾病視為一種純粹物理化學的反應過程，根據自然科學的研究方式加以解釋。實驗室醫學時期，醫學知識的主要來源，就是對細胞反應的認識與研究，臨床醫療被設計來鑑識疾病與人體細胞彼此間的交互作用，病患在某程度意義下，是反過來為醫學研究者獲取研究成果的目的服務。

總歸來說，實驗室醫學代表的時代，醫學知識的世界觀完全拋棄病人特殊的主觀經驗，取而代之的是不受人力干預的物理、化學等絕定性科學法則。實驗室醫學完全消抹病患所擁有的獨特自主人格秉性，醫學研究全力聚焦於人體細胞有機體的種種化學變化。如此一來，醫學研究者一旦走入實驗室中，伴隨著就是與社會間增添的距離感，為醫師與病患間關係豎立起牢固不可撼動的界線。實驗室醫學為醫病關係開啓了以病患為客體導向的新階段，徹底對調了早期病人和醫師間的權力位置，病患的地位在醫學研究領域中遭到全面排除。

## 二、近代醫病互動模式的類型發展

如同前述，早期醫病關係的發展與轉變，是由醫學知識的進步與大型醫院興起二點因素所帶動。直到 19 世紀，當醫學研究成為一種應用科學時，伴隨醫院組織的制度化與官僚化，醫師的專業權威儼然自始確立，將病患視為「全人」，醫師純粹為病患服務的床邊醫療關係已不復以往。直到 20 世紀，著名的社會學者，福克斯於其論文著作中發表了「生病角色理論」<sup>65</sup> (sick role)，強調醫病關係的原型，就是一種社會化的角色互動，

<sup>65</sup> Renee, Fox C. (8 th ed.1989), THE SOCIOLOGY OF MEDICINE: A PARTICIPANT OBSERVER'S VIEW. New Jersey:Prentice Hall

從社會規範的期待來看待疾病，定位醫師與病患彼此的角色。福克斯認為，對於生病者來說，社會要求醫師扮演的是協助病患恢復健康的角色；相對的，病患被視為「偏差行為者」，必須依靠醫師的幫助回歸社會。換言之，醫師的控制功能與病患需要，開啓了一種「控制－順從」的醫病關係理論模式。

我們可以清楚了解，「生病角色理論 (sick role)」的提出，意味直到現代社會，受到醫師專業聲望與權威地位壓抑，病患依舊被迫扮演依賴的角色，兩者間蘊含著無法平等的層級關係，福克斯在其論文中指出這些差異是無法避免，甚至，從治療疾病的目的思考，為醫師建立專業與優越性的角色地位，是有其根本的必要。不過，隨著人權意識的抬頭，重視全人思考的醫療倫理價值觀重新注入，病患於診療過程中的地位又開始受到社會重視，醫療環境隨之產生劇烈改變，為平衡醫病關係的過度落差，各國紛紛透過法規或制度的建立，介入醫療領域，使得醫師與病患的關係趨向多元化的發展。以下本文分別透過對美國學者 Szase 與 Hollender 提出的醫病關係模式，以及 Emanuel 等醫師提出的醫病溝通模式，呈現現代醫病關係的各種模式。

### (一) Szase 與 Hollender 的醫病關係模式

美國醫療社會學家史拉薩 (Szase.T) 與霍倫德 (Hollender W.)，認為醫病關係，應由不同的疾病徵兆而有所不同，遂於 1956 年主張臨床實務上應有三種理想的醫病互動模式<sup>66</sup>：包括主動－被動模式 (activity-passivity model)、指導－合作模式 (guidance-cooperation/paternalistic model) 以及共同參與模式 (mutual participation model)。

所謂的「主動－被動模式」，是指醫師和病患間沒有互動空間，醫師片面為病患的疾病作單方向的影響與處理。醫師完全扮演積極主動的角色，何為病人的利益，交由醫師決定；病人相對則處於被動、消極的地位。此模式下的醫病關係，通常適用於病患無力參與互動的特殊情境。例如病患嚴重受傷、昏迷、失血或精神錯亂或年幼無知等緊急狀態，這種關係的正當性，對比自於父母面對無助嬰兒的保護關係，反映出醫師在不得以的情狀下，基於社會任務的履行，進行單方的權力決策與行動。

<sup>66</sup> Szasz T S and Hollender M H (1956) A Contribution to the Philosophy of Medicine: The basic models of the doctor-patient relationship. *Archives of Internal Medicine*, 97, 585-592；張苙雲，醫療與社會：醫療社會科學的探索，*巨流*，2009年3月，頁11；林綺雲，醫病關係－人際互動理論的分析，*諮商與輔導*第149期，1998年5月，頁11-12。

另外，「指導—合作模式」通常出現在病患自我意識清楚，可辨識自身病情與評估未來狀況的情形，如一般流行感冒、傳染病等疾病症狀。由於病患仍有能力參予評斷診療過程，病患就醫是爲了提供醫師必要資訊，配合達到緩解病情的目的，醫師則透過診斷治療及預後照護等方式主導兩者關係，猶如父母爲青少年解決煩惱般。此模式下，醫師仍居於主導地位，病患必須遵照醫師的治療醫囑，密切配合行事。

最後，所謂的「共同參與模式」，這種關係源自成人和成人對等關係，彼此互爲主體，具有平等地位。醫師與患者共同參與診療過程中的計畫擬定，醫師提供疾病和治療的解說和引導，使病患清楚自己的狀況。病患除了配合外，同時也能提供意見，讓醫師整合觀點後做出正確判斷。此模式適用於慢性疾病，如高血壓、糖尿病等，患者必須自己執行醫療計畫。

## (二) Emanuel 等人的醫病溝通模式

直到近代，於 1992 年 Emanuel, E. & Emanuel, L 等醫師，在「美國醫學會雜誌」(JAMA) 對上述三種醫療模式提出了進一步的修正，從醫病互動的角度，依醫師的角色、職責、病人的價值觀念及自主性四個指標的差異性，將醫病關係分爲四個類型，分別爲「父權模式 (paternalistic model)」、「資訊提供模式 (informative model)」、「詮釋模式 (interpretive model)」、「商議模式 (deliberative model)」。這些模式的共同特徵，就是逐漸導入病患自主的概念，強調醫病關係互動中應給予病患自主決定的尊重與空間，此一思考也成爲日後醫病溝通發展的核心<sup>67</sup>。

過去傳統醫病關係中，因爲人民教育水平不高、醫學知識不夠普及、病患對醫療權益的觀念懵懵懂懂、醫師基於專業權威的樹立，儼然就是一位頗具威信、高高在上的家長，醫病雙方最習慣的是「父權模式」，醫師不需特別與病患進行溝通，就能片面決定病患該接受何種檢查與治療。在此模式中，醫師最大的任務與職責就是保障病患得到最好的醫療，病患自然相信醫師會爲自己的利益給予最適當的安排。病患沒有自主性，完全認同醫生的主導。

當社會時代邁向法制化、醫療體系結構的大幅變遷，最重要的是醫療

<sup>67</sup> 以下四種模式的整理與說明，詳請參照：Emmanuel, E. & Emmanuel, L. (1992). Four models of the physician-patient relationship. JAMA, 267(16), 2221-2226.；蔡甫昌，醫病關係與執業倫理，應用倫理研究通訊，國立中央大學哲學研究應用倫理學研究室，2003 年 1 月，頁 15-16；陳振崑，從儒家倫理看醫病關係，哲學與文化第 31 卷第 11 期，2004 年 11 月，頁 48 以下。

資訊與醫療人權觀念逐漸走入人民的認知世界，醫師的身份近似專業技術生產者，形成的「資訊提供模式」，醫師只提供客觀之資訊，一切醫療行為的執行決定與後果責任皆由病患自行承擔，病患對於醫療決策擁有完整的自主選擇權。「詮釋模式」則是要求醫師幫助病患理解他自己想要什麼、而告訴病患該選擇什麼，然後執行其選擇。此模式下，認為病患的價值觀往往處於曖昧不明且相互矛盾的狀態，醫師的角色猶如一位諮商師，幫助病人釐清所要的價值，以選擇符合病患價值的醫療照護。病患的自主權是表現在自我了解及醫療照護的選擇上。

「商議模式」則進一步主張醫師不應迴避「父權主義」，變成只像技術員般的「資訊提供模式」與病患疏離，也不贊同「詮釋模式」冷眼旁觀、超然應對的優雅態度，正確的醫病關係，醫師應該扮演如師長、友人般的角色，願意以自己的價值觀和病人討論、透過與病患間深度的道德協商與溝通的，協助病患為自己的健康價值重要性做最適當的判斷與決定。

### 三、在父權與病患自主間徘徊的醫病關係

#### (一) 醫病關係的主從遞嬗

18世紀初期，醫師的病人主要來自於上層社會的貴族人士。此時由於社會階層的差異，造成醫師與病人的地位懸殊，醫病關係呈現病人控制醫師，醫師彼此競爭的市場現象。在此背景下，醫師為了取悅討好病人，給予病人最好的服務，醫學知識告訴他們，對於患者生活與精神層面的細心呵護，應為首要任務<sup>68</sup>。因此，醫師對於疾病的診斷，主要根植於病人的主觀經驗描述與需要。此時期的醫病關係，明顯是受醫師視為全人的病患為主導。18世紀末，大型醫院的興起，收留了許多社會下層的貧苦病人，基於慈善理由，這現象漸漸普及到歐洲各地。這樣的社會關係伴隨著醫療知識與技術進步，醫師左右病患生命的影響力日以遽增，形成一種新的醫療模式。醫師的社會地位逐漸提升，醫師成為更自主與專業的封閉團體，無論是評價與升遷，都無涉於病人的觀感。醫學思維關注的對象不再是病人整體身心靈狀態的全人（whole person），不再著重病人的經驗感受，只需要檢查病人的身體，並配合醫生的臨床解剖知識即可做出正確的診斷。

<sup>68</sup> 俄國文豪托爾斯泰曾於其巨著安娜卡列尼娜中，將此種醫病關係描述的栩栩如生，如書中的女主角之一吉蒂是當時貴族施切爾巴次基家的千金，因為情所困導致健康不佳，父親為她請來了一位年輕的名醫，是在社交圈中盛傳很懂醫道，在診療過程中，就不斷透過詢問的方式診斷吉蒂的病情。參照：托爾斯泰，安娜·卡列尼娜（上），桂冠，2004年9月，頁153以下。

簡單來說，近代醫學知識的高速發展，醫學研究焦點聚集在疾病範疇反覆出現下的客觀量化特徵，而非個體之間獨特的、主觀的質性差異。醫師將病患視為是由無生命的客體所組成。活生生的有機體及其病痛，被概念化為無生命元素與物質的規律結合，生與死不過是物理化學的過程，對有機物的研究取代生命的研究。這樣的觀念，逐漸在時代脈動下，造成醫師過度依賴儀器與醫療技術，忽略了病患感受，讓病患在整體互動中，遭到物化的結果。直到現代，社會對於醫病關係的要求，不只僅僅依靠醫師單方醫療技術的輸出，而是一種雙向互動的社會關係。會有這樣的反動力量，主要是受到社會多元化的價值觀念影響，以及醫療技術多樣化，提供病患更多樣化的診療選擇，病患欲從醫療獲得，不再單純僅僅是恢復健康，取而代之的是更顧及病患生活價值的全人醫療。以下透過上述醫病關係的歸納與分析，嘗試說明現代社會醫病權力關係型態消長與變化的主要因素。

## （二）醫療關係中的最佳利益決定者

從醫療社會學的觀點，醫病關係的主從遞嬗，很大的原因是來自於醫學知識的發展、時代背景的變動以及人民知識、權利意識抬頭等因素交互作用而成，基本上，就是在展現時下病患對於醫療的普遍態度。關於醫病關係，主要可以歸納出兩種呈現極端的互動形式，其一，是將病患客體化，一切交由醫師處置的父權主義。其二則如早期 18 世紀初的床邊醫學，病患的自主空間遠遠凌駕於醫師的專業圖像。以下分別就上述醫病關係的早期發展及近代社會學家提出的各項分類，試著探詢影響醫病關係互動的主要因素。

### 1. 醫師導向的專業醫療

從福克斯的「生病角色理論」以及史拉薩以及霍倫德提出劃定的三種醫療互動模式觀察，當時的醫學重視的仍是基於社會角色分工，醫師是以發現人體中病理變化且進行根治的專業技術者，而疾病又是引發患者接受醫師治療的動機。因此，治療方式以及疾病類型，往往才是醫病關係消長的重要關鍵。

在此概念認知下，醫師基於專業知識上的優勢，除了少數需要理解病患個別生活經驗習慣的特殊疾病（如慢性病的診療），必須透過「共同參與模式」，進行對等溝通與討論外，無論是「主動－被動」或「指導－合作」模式，描述的都是醫師如何在醫病關係中，透過專業的醫療知識與技

術，主導醫療診斷的進行，達成其在社會職業分工下，幫助病患恢復健康的任務。換言之，上述學者描述的醫病關係模式，醫師對於醫療過程仍是具有權威性的主導者，病患最終還是無法脫離醫師的掌控，醫病之間依舊存在父權主義的色彩。

## 2.病患導向的全人醫療

受到近代社會多元價值觀念與人權思潮的影響，Emanuel 等醫師提出的醫病溝通模式，進一步從病患的立場，看待整體醫病關係的轉變。換言之，該者提出的分類，是以病患主體為出發，於醫病關係中，重新定位病患應當身為全人的地位。首先就「資訊提供模式」來說，醫師僅僅提供客觀資訊，強調病患作為醫療行為決定者與承擔者的精神，首先表露病患擁有完整自主空間的立場。之後的「詮釋模式」則是憂心病患往往沒有能力正確為自己的整體利益打算時，醫師仍有義務透過專業能力協助病患詮釋病情及釐清利害。「商議模式」則更進一步的希望醫師能站在病患的立場，真摯理解病患需要的同時，也希望藉由醫療專業的認知，共同找出一種符合病患生活價值與醫療利益的適切決定。

由此可知，近代醫病關係的發展，重心雖逐漸擺在對於病患本身價值觀念的尊重。不過，囿於醫療的本質仍是一種專業知識與技術的運用，醫師與患者間基於專業互動的部分，仍有很深的鴻溝。因此，縱然醫病關係已經正確偏向由病患為導向的全人醫療模式，但仍然不能忽視醫師父權式的指導與幫助，在一個健全的醫病關係中，將繼續扮演非常重要的角色。

## 3.尋找醫病關係中的利益決定者

觀察社會學家近代醫病關係的互動模式的各種劃分方式，可以發現病人的自主空間與醫師的父權判斷間，基本上就猶如天秤的兩端，呈現一種相互擺盪的態勢，無論過於偏向何方，顯現的醫病關係都非妥適。誠然，醫病關係究竟該採取何種模式，沒有必然標準，原則上，就父權模式與病患自主模式的選擇來說，應可透過一個指導性的概念標準，作為適應複雜多變醫療現場的重要指引。

從父權主義的醫療模式出發，由於醫療知識與技術的大幅進步，醫師基於專業地位所鞏固的權威地位，造成醫病關係中，主導權完全向醫師偏移。醫師的獨斷與作為，往往皆被認為是正確的。一般社會大眾會有此認知，很重要的因素就是醫師自古皆是為拯救病患生命，恢復其健康的高價

值目的所服務。著名的《希波克拉底誓詞》<sup>69</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。由此理念可知，醫師基於專業判斷衍生的「有利原則（principle of beneficence）」是治療病患的首要原則，由醫師負責形塑醫療利益，不需考慮患者意願。換言之，從醫學觀點，醫師透過醫療行為機械式、有效率的拯救病患生命，恢復健康，就是為患者謀求最大的利益。

相較於父權模式下的醫療決定，往往不會考慮患者的主觀感受與需求，病患自主模式的醫病關係，對於何謂患者利益的認知，如患者本身的價值觀、人格信念與對未來生活的安排，在多元化的社會中，尤其應當受到更大的重視。因此，當醫師嘗試恢復病人健康的理念與此類抽象信念發生衝突時，究竟是須尊重病患的決定，或是仍要交由醫師執行職業的使命安排，背後問題，其實就是在問誰是病患利益的最佳決定者。是象徵功能最適的專業醫師，亦或是病患本身。

誠然，最佳利益的決定者究竟為何，由於現代醫學發展的多樣性，醫療方案的選擇，可以達到目的的醫療行為，若採取父權主義的醫療模式，醫師往往會採取最有效以及最有把握可以達到治療目的的醫療方案。不過，就病患的立場來說，最有效的醫療方案不全然就與自身的價值觀與人生觀最為契合者。囿於醫病雙方價值觀念的落差，病患對於是否接受治療，或治療方案的選擇，容易因彼此設想利益不一致而產生衝突。此時，究竟要以何者的意思為準，就是須要借助患者自主決定權的概念進行進一步深入探討<sup>70</sup>。

## 第二目 患者自主決定權於醫療領域的發軔

從上述醫病關係的互動模式可知，患者自主的概念已經隱約其中。醫療領域中，是否有必要積極發展以患者自主權為中心的法律或倫理機制，首先就須思考該權利對於整體醫病關係及環境能有何種正面的價值肯

<sup>69</sup> 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・患者の關係》，日本医事法學會，1986年7月，頁155以下。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。今日醫界，雖不再採用原始的希波克拉底誓詞原文，它也沒有任何法律效益，但是希波克拉底誓詞對現代誓約依然擁有影響。其中的許多因素對於今天的醫學倫理依然是有效的。

<sup>70</sup> 有學者直言，醫療自主決定權的萌芽，就是在對醫療專業性、獨占性、技術性之特質及醫師官僚化的回應。參照：黃丁全，醫事法，月旦出版，1995年11月，頁258-259。

定。在床邊醫療時期，患者的優勢地位來是當時特殊社會權力結構的事理反應，是一種外在環境影響下的附隨利益，病患自主的權利意識並未正面受到討論或正視。直到近代，醫療突飛猛進的同時，社會逐漸開始重視醫病關係間的權力結構，應當再做調整。

從社會學的視野，觀察醫病關係的外在變動，可於現實面肯定患者自主決定權的存在必要，而患者自主決定權產生的原因，則涉及了文化、倫理、法律、醫學等社會各深度層面。在西方傳統醫學中，醫學被看作為一種藝術（art）與技藝（skill）的結合；在中國傳統醫學中，醫乃仁術，醫乃仁道<sup>71</sup>。世界史上，患者自主決定權是從「父權主義」朝向現代尊重自主權的患者自己決定權的演變而來<sup>72</sup>，一方面是由於醫學上先進技術的大量運用及醫學專業的深度分工，出現了見物不見人、治病不治人等問題，醫患關係演化等傾向，病患權利保護運動宣導醫療行業的透明化和公開性，更提倡患者的自決權。就整個世界範圍觀察，即便是在不同的國家、同一國家的不同時期，抑或不同類型的醫患關係中，無論患者的權利內容有多大差異，患者的權利都是伴隨著廣泛的民權運動、女權運動和消費者權益保護運動而提出的<sup>73</sup>。

## 一、患者權利意識的崛起

患者自主決定權的發軔，思想根基仍是基植於患者的人權問題。從 18 世紀末床邊醫學走向 19 世紀的實驗室醫學，醫病關係中，病人純粹屬於受醫療支配的客體，僅是醫師研究疾病的對象載體。這樣的支配關係，於二次大戰中，在德國納粹黨對猶太民族進行人體試驗的情形下到達高峰。而患者權利的思潮，就是起先源於 1947 年，國際強烈譴責二次大戰德國納粹黨曾經實施非人道的人體試驗，而於紐倫堡戰犯法庭於醫師大審後提出《紐倫堡法典》，該法典明確揭示了實驗者的知情同意權，有決定能力的病患，必須被告知有關自己病情、治療的足夠資訊前提下，自主決定是否接受治療、從何治療、選擇治療方案甚或拒絕治療等。

《紐倫堡法典》首先揭櫫了人體試驗受試者自我決定權的原則，從而

<sup>71</sup> 陳振崑，從儒家倫理看醫病關係，哲學與文化第 31 卷第 11 期，2004 年 11 月，頁 52 以下。

<sup>72</sup> 楊秀儀，美國「告知後同意」法則之考察分析，月旦法學第 121 期，2005 年 6 月，頁 141。

<sup>73</sup> 此一權利，早始 1914 年的美國司法判決中，美國紐約州地方法院的法官 Benjamin Nathan Cardozo 在 Schloendorff v. Society of New York Hospital 案的判決中首次明確地提出了患者的自己決定權這一概念：所有具有健全精神狀態的成年人，都有決定對自己身體作何處置的權利。醫生如不經患者同意而對其進行手術，則構成傷害罪，應承擔損害賠償的責任。

使該權力進入了醫療人權的光譜。隨後於 1946 年，世界醫學協會通過的《赫爾辛基宣言<sup>74</sup>》提出關於人體醫學研究的倫理原則，其中更豐富了《紐倫堡法典》的倫理精神，該宣言第 20 條表示：「在研究項目中，受試者必須是志願者和知情的參與者」，這裡強調的是醫師所為的臨床試驗，應獲得受試者自願的知情同意，遂全面而普世地肯定了知情同意權（Informed Consent；告知後同意）概念的成立<sup>75</sup>。

無論是《紐倫堡倫理規範》或之後的《赫爾辛基宣言》，其所強調人體試驗受試者的知情同意權，於歷史上已被賦予了十分重要的意義<sup>76</sup>，就是提出知情同意所隱含的根本思維，是權利化後被稱為自主決定權的概念，它不僅僅可以是一個抽象倫理原則，更能作為塑造醫療法律制度的重要精神<sup>77</sup>。背後所代表的意義就是，科學或社會進步為人類帶來的利益，無法凌駕於接受實驗者個人利益之上。

## 二、建立患者自主權利的契機

當人體研究和實驗中用病人作不道德實驗的醜聞發生而提出《紐倫堡法典》後，早期從藥物人體試驗的方法爭議展開的患者權利意識，其能量的累積，逐漸在市場經濟對醫療領域的衝擊下、醫療事故大量出現時、社會公眾及患者懷疑醫生能否完全代表患者根本利益的懷疑間，從 1960 年代開始於各國醫療體系與環境中孳生茁壯，直到 1970 年代，患者自主決定權受到國際上更大的重視，紛紛透國際宣言與立法，不斷強調其他醫療領域適用的重要性。

如在西方國家的美國，1972 年美國醫院協會提出了最著名的《病人權利宣言》，宣言中共列舉了十二條病人的權利，內容包括：「病患有接受妥善醫療照顧的權利、病患知情的權利、病患隱私權的保護、自己決定權等。」另外，歐洲世界中，法國也於 1974 年發表了《病人憲章》(European Dconomic

<sup>74</sup> Thomas E.Starzl 著，林哲男譯，拼圖人——一個器官移植外科醫師的回憶錄，望春風，2007 年 11 月，頁 178。

<sup>75</sup> 植木哲，註 32 書，頁 14-16。

<sup>76</sup> 曾建元，由生命倫理學原則之價值導向檢視台灣人體試驗委員會制度及其倫理與法律規範，淡江人文社會學刊第 20 期，2004 年 9 月，頁 132 以下。

<sup>77</sup> 《紐倫堡法典》第 1 條即宣示：「受試者的自願同意絕對必要」，「這意味著接受試驗的人有同意的合法權力；應該處於有選擇自由的地位，不受任何勢力的干涉、欺瞞、蒙蔽、挾持、哄騙或者其他某種隱蔽形式的壓制或強迫；對於試驗的項目有充分的知識和理解，足以作出肯定決定之前，必須讓他知道試驗的性質、期限和目的；試驗方法及採取的手段；可以預料得到的不便和危險，對其健康或可能參與實驗的人的影響。

Community) 亦於 1979 年發表了《患者憲章》，兩者都是以患者的人權與自由為主標的。患者權利保護運動的方興未艾，最終促成了醫師總會于 1981 年出爐了《里斯本宣言》，其中內容包括：1.病患有自由選擇醫師的權利；2.病患對於醫師照護之外的壓力有排除的權利；3.病患有告知後同意的權利；4.病患享有隱私權；5.病患有尊嚴死的權利。

直到 1983 年，美國總統雷根為倫理問題研究發表有關「醫療、生物醫學、行動學等」的研究報告書，該報告書指出「基於自己的價值觀、人生目標，病患本人有權利決定醫療的內容」。此後，美國各州陸續制定《病人權利法案》。伴隨著 1970 年代因人體試驗而導致的對告知後同意原則的強化以及消費者主權主義與醫療關係體系的相結合，美國對於醫病關係終在 1991 年頒佈施行了《患者之自我決定法》，將病患權利運動推向頂點。至此，患者自主決定權可告在法律上受到確立<sup>78</sup>。

在東方國家的日本，傳統醫療文化一向以醫生為主導，直到 1981 年，日本醫院協會發行的勤務醫療手冊，對於有關病患的權利與責任中，其中一項將病患的權利定位在單純的倫理權利上，除基於「恩惠享受原則」主張醫療上應提供患者有享受最妥適照顧的權利外，尚有病患對法律許可範圍外的醫療行為有拒絕的權利，即有限的自我決定權。

1980 年代以降，日本考量醫療事故的頻繁，又於 1984 年成立患者權利宣言全國起草委員會，以確立病患主體性為中心議題，起草了《患者權利宣言<sup>79</sup>》。本著維護病人人權的宗旨，宣言中貫徹了六大理念，即 1.尊重人性尊嚴；2.醫療平等接受權；3.最佳醫療接受權；4.知情權利；5.自主決定權；6 隱私權。與此同時，在草案的前言中進一步明確：「任何人都有人格受尊重，及維護其本身健康的權利。為恢復、維持或增進健康之緣故，獲得醫療從事者之建言、幫助協力而在自由意志及選擇下，接受最佳醫療，此系作為一個人的基本權利」。

《患者權利宣言》發表以後造成了極大的社會影響，隨後全日本過半數的開業醫生所參加的保險醫師協會，以醫療是醫生與患者的共同行為的立場，提出了《開業醫師宣言》。另外「醫療生協」於 1991 年又提出了《患

<sup>78</sup> 劉文瑤，醫事法要義，合記，1999 年 11 月，頁 213 以下。

<sup>79</sup> 山中敬一，医療侵襲に対する患者の同意，關西大學法學論集第 61 卷 5 號，2012 年 1 月，頁 7-8；黃丁全，註 70 書，頁 237。

者權利典章》，至此病患的權利與告知後同意獲得了更廣泛的共識<sup>80</sup>。

### 第三目 患者自我決定權於醫療領域的發展

從醫療史與社會學的觀點，描述醫病關係的互動與發展，從中能清楚看出自主決定權的脈動與軌跡。進入 20 世紀，隨著社會的進步和醫療科學的發展及人權意識抬頭，與醫病關係中的「患者自我決定權」逐漸受到重視，除了醫生外，病患自己本人也必須作出對自己個人最善的「自我決定」並承擔選擇的風險。

醫療領域中，自主體現的就是人民對自己於醫療活動中有獨立的、自願的、不受干預的決定權利。換言之，患者自己決定權（patient autonomy）就是指患者對與自己的身體、生命相關的自己決定權，對於醫師所提出的各種醫療診斷與照護的方針與措施，病人應有選擇接受或拒絕的權利。透過醫療的自主決定，可以表現出病患本身的價值觀以及對生活安排的方式<sup>81</sup>。

在法律上，醫療領域中患者的自己決定權是消費者權利運動、病人權利運動發展的必然結果，對於醫療自主決定的承認，相當程度能緩解醫病關係間基於專業落差所形成的權力失衡狀態，這是一種經過自然事理價值折衝後的結果。醫療目的思考與病患自主決定的抉擇，兩者經驗上同時指向一個共同利益價值，就是恢復健康的期望。因此，病患的抉擇會與醫師的期待普遍會有一致性。

不過，現代社會個人價值觀的多元化也使得在醫療決策的技術方面比患者懂得多的醫生，在醫療決策的個人價值取向方面，不能代替患者做出決定。如臨終患者是否願意承受手術的極大痛苦以換取生命的短暫延長，只有患者個人清楚知道。患者自主決定權的落實，雖然理念奠基於對患者的保護，但直到現代，人權觀念的興起，訴訟成爲病患解決醫療糾紛的武器，如果在診療過程中，就透過自主決定權的尊重，醫師與病患互相討論溝通，爲患者的健康甚至是人生的意義謀求最大利益，則透過這層保障，醫師事後遭到醫療糾紛訴訟的機率也會相對降低。因此，透過患者自主決

<sup>80</sup> 王皇玉，醫療行為與刑法上之評價－以患者之自主決定權為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1995 年，頁 20-23。

<sup>81</sup> 關於醫療自主決定權的詳細說明，參照：吳志正，醫療責任體系篇－解讀醫病關係 II，元照，2006 年 9 月，91 頁以下；劉文瑤，註 78 書，212 頁以下；黃丁全，註 70 書，頁 243 以下。

定權的落實，對醫師而言，甚至可以說是一種為彼此共創雙贏，共同謀取最大利益的方式。

其實，自主決定權於醫療領域就是要處理一個重要問題，人的生命決定與健康決定以及人格決定。不同的醫療現場，面對不同的醫療難題時，往往會形成不同價值觀的對立與衝突。自主決定權毋寧說是病患的選擇權利，更精確的說，他是一個醫病關係開始到結束的過程中，醫病雙方的互動標準。也可以是一個醫療行為發動的前提（告知後同意），甚至是醫療行為停止的原因（拒絕治療）。從此概念理解，標準的制度化，就必須透過法律來形成。

早期，我們從當時社會現況的演進可知，病患於醫療中是否能擁有廣大的自主空間，往往牽涉的是當時時代下的政經背景以及醫學知識的發展。直到近代，自主權決定變成人類生活普遍的價值觀念，深根於生活互動與制度的一個細微環節。另外，自我決定權某種程度上受到科學技術水準的影響。現代科學技術的發展為人們針對自己人格要素決定提供了越來越多的可能，雖然現在人們對於自己人格要素的自我決定的能力還受到很多的限制，但在不久的將來，對於人格要素的自我決定會有更多的可能，自我決定權的內容會越來越豐富。

因此，自我決定權思想的外延擴張，更使得患者的自我決定權內容與功能不再侷限於解決一般醫療方法與醫療內容的自我選擇問題。尤其在尖端醫療科技的進展中，手術本身對患者形成了各項權利侵害，例如，墮胎的合法化、拒絕治療與安樂死、人體器官移植的同意或拒絕等，無效醫療以及安寧緩和概念下如何走入死亡等問題，自主決定權的概念已延伸至這些問題中，思考人類對於自己身體或生命的處置與選擇的深度與廣度<sup>82</sup>。換言之，患者自主決定權已經走出純粹醫病關係的調整或紛爭之解決，各種尖端醫療行為的過程，醫師與患者彼此應保持的距離以及權利義務等關係，皆有必要透過在自我決定權的概念給予指引<sup>83</sup>。

<sup>82</sup> 有學者觀察時代的演進，將醫療與刑法間的連結性，分為三個時期。第 1 期是醫事刑法研究領域形成時期（1960-1970 年代）；第 2 期（是醫療過失的研究時期 1980 年代）；第 3 期則是先端醫療與生命倫理的研究時期（1990 年代到至今）。參照：山中敬一，醫事刑法の序論的考察（1）—關西大學法學論集第 61 卷 1 號，2011 年 9 月，頁 12。

<sup>83</sup> 王皇玉，註 80 文，頁 50-53。

## 第二款 學說意見

### 第一目 患者承諾非必要說

具有醫療適應性與技術正當性的醫療傷害行為，若事前未取得患者承諾，刑法評價上，是否如同未取得被害人承諾而無法阻卻違法。如前文所述，雖然醫療業務正當行為的合法化基礎，必須得到患者承諾的概念已經普遍確立，不過，沒有得到患者承諾的醫療行為，是否就必然就會成立傷害罪，也就是刑法的處罰，這部份可能仍有疑問。

誠然，學說上並非一味贊成以被害人承諾作為醫療傷害行為阻卻違法事由；或者，認為患者承諾本身必須做更加保守的詮釋，只是阻卻醫療傷害違法行為的理由之一。有學者甚至直接採取優越利益衡量看法，認為同樣是醫師的手術行為，一方面存在傷害這一法益侵害，另一方面同時在保護患者的生命與健康，由於後者優於前者，因而即可將醫師的手術傷害行為予以正當化。也有秉持社會相當性說法者，認為刑事司法對於未得承諾的醫療行為，態度應該盡量消極，並且醫療行為只要遵從醫學上的準則，雖然未得患者承諾應屬違法，但終究不構成傷害罪的問題<sup>84</sup>。

另外，有學者折衷性式的認同被害人承諾僅能作為阻卻違法事由者，認為雖然治療行為屬於業務正當行為的一種，這會造成實際醫療現場偏向專業人員判斷裁量的重視，會有不斷擴大專斷醫療行為運用空間的趨勢。因此，患者承諾權的尊重，對於醫療適法行為的界線有確定性的必要存在，並認為患者的囑託與承諾，是第二次補充正當化事由，必須與醫療時的醫療水準以及其他客觀要素一併檢討判斷。本說雖然認為患者承諾（被害人承諾）必須逐漸在醫療行為合法性的判斷上受到正視，不過在某些醫療臨床場合中，醫師秉持專業治療目的之作為，也需是個案中一併受到考量的重要之點<sup>85</sup>。也有學者是從刑法謙抑性原則立場出發，認為患者的承諾這種微妙問題上，正面切入刑事制裁恐有問題。作為醫療行為的身體傷害，從醫學的適應性與正當性來看，屬於更好的維持患者的身體利益，在

<sup>84</sup> 總之，秉持這類看法的學者，往往認為在大部分臨床醫療現場中，醫師基於專業與醫術的適應性等前提，對患者享有客觀利益上的「理性的高權」，患者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，先端医療と刑法，成文堂，1990年6月，頁16以下。

<sup>85</sup> 佐久間修，註55書，頁185。

此意義下，患者承諾的要件必須緩和，效果範圍也應當廣泛性的理解<sup>86</sup>。

以上學說的態度，並不全然認為醫療傷害行為需要透過被害人承諾的方式才能阻卻違法。根本上的思考，就在於醫療行為本身所擁有的高社會價值，同時，醫療現場瞬息萬變，緊急狀態的出現往往都須依靠醫師的判斷，縱然未得患者承諾，不過一旦行為符合標準作業程序，也讓患者恢復健康，刑法似乎很難找到該行為的處罰理由。

## 第二目 醫療父權主義下的利益形塑

從上述學說的想法可知，雖然認為醫療行為本質上仍會對患者身體或生命帶來重大的侵害。但是，醫療行為畢竟是出自於醫師主觀上的良善目的，客觀上又具有適應性與技術正當性，對於患者的身體健康有正向的效益，總使結果不盡人意，也是屬於社會所容許的風險範圍之內。因此，一旦嚴格要求醫師每次的醫療行為都要獲得患者承諾才能阻卻傷害罪的違法，似乎過於嚴格。

本文認為，這樣的思維主張，背後所代表的是一種社會長久以來對父權式醫療形象的信賴與尊重。如同前文介紹，由於近年醫療知識與技術不斷大幅的提升與進步，醫師基於專業地位所鞏固的權威地位，造成醫病關係中，主導權完全向醫師偏移。而從此種醫療父權模式下所發動的各項醫療處置或決定，往往會被社會法規範秩序所肯定，認為必然能夠充分維護患者的最佳利益。

刑法犯罪階層中，違法性的判斷就是在說明利益衝突以及利益衡量的必要性，而實質阻卻違法性理論的發展，就是在說明個案中要用什麼樣的角度或方式來思考利益的優越性與必要性。藉由對上述醫療父權模式思維脈絡的掌握，我們就能依序說明，主張未得患者承諾的醫療行為，是透過何種邏輯與理念來說明傷害行為基於何種理由而不具業務上的實質違法性。

首先，業務權說認為，只要基於正當業務所為者，都能符合社會利益，不會有違反法秩序的問題；社會相當性說則認為，必須具體從行為本身來觀察，判斷是否能普遍為社會帶穩定正面的利益。這些看法的一致都從客

<sup>86</sup> 曾根威彥，註 53 書，頁 63。

觀社會歷史與倫理意識的觀點來權衡行為利益的優劣與影響。不過，無論是業務權說或社會相當性說，都會面臨到一個很重要的困境，就是讓利益衡量基準過於抽象且模糊不清，可能在特殊個案中就會產生疑問，至今已較無直接引用的看法存在。因此，主張二元行為無價值論者，採取被害人承諾作為醫療傷害行為的重要合法化事由。目的就是為了在結果無價值的基礎上，透過優越利益原則的指引，除了能充分衡平社會相當性與目的說兩者過度偏向著重於醫療行為本身的評價外，亦能從整體結果的法益衡量中，較為具體的從個案中探討利益高低流動，得以清楚掌握特殊情況的處理，找出清楚的衡量標準。

不過，必須注意的是，傳統主張二元論者，被害人承諾背後所進行的利益衡量，仍須藉由社會相當性的概念作為行為非價的判斷依據，因此，部分醫療行為一旦在社會傳統倫理中不被容許，自然仍會受到限制。雖然，將被害人承諾作為醫療傷害行為的超法規的阻卻違法事由，就是想讓患者加入利益權衡的行列，給予部份空間指出利益孰優孰劣，但是，得患者承諾的醫療行為，相當程度上，優越利益等同是在患者意識的背書下塑造而成。會有這樣的意味，正是因為被害人承諾背後的利益衡量，仍會受到如社會相當性的制約，患者意願在利益衡量中並無決定性的地位。例如，一旦擴大解釋社會相當性的範圍，醫療行為的正當性主要仍是出於社會對醫療行為的適應性與技術正當性的價值肯定，患者承諾與否不一定會在優越利益的原則的判斷中佔有優勢。

綜上，基於醫療父權主義的思考，對於未得患者承諾的醫療行為，並非必然就會成立傷害罪。主要認為，在醫病關係中，醫師所擁有的醫療知識與專業能力，最能協助患者獲得最佳利益，也就是醫師與社會大眾倫理意識所認知下的客觀利益。在此前提下，患者本身對於醫療行為的承諾與否，或說對於自身健康法益的處分權，都能輕易透過社會相當性原則或客觀優越利益的形成等理由來進行限制。換言之，醫療行為雖然未經患者承諾，不過，囿於個案利益的掌握無法脫離客觀父權利益的形塑，最後依然能按醫療行為的目的正當性來阻卻傷害不法。

### 第三款 本文看法

早期無論是日本主張的業務權說或是德國學說強調的醫療行為合法化事由，主要是從父權主義的觀點思考，由醫師的觀點來尋求醫病關係中的優越利益。換言之，所謂的利益，只要是基於醫學適應性以及符合醫療

技術性的醫療行為，無論有無得到承諾，都是一種正當的醫療行為。這就是父權思考下，將醫療恢復康拯救生命的目的視為一種單向思考決定模式所為的指引。不過，必須注意的是，自從患者自主決定權的概念引入後，醫病關係中的利益塑造者就不再單單交由醫師為之，相較於醫療行為過程中給患者帶來的損害，雖然整體行為成功後統一觀察，而恢復健康的利益，不必然就是患者人格發展下的期望利益。以下將分別依序說明。

## 第一目 患者承諾必要說

醫師與患者之間歷來完全是採父權式的支配和被支配關係，在抑制患者的概括承諾下，醫師實施什麼樣的醫療行為，完全由其自由裁量。近年來，尊重自主決定權的思想逐漸受到重視，也浸透到了醫療界，大家逐漸開始思考是否要接受醫療程序、該接受什麼樣的醫療，都應當由患者自己選擇的事理正當性。從自主決定權的觀點來看，患者承諾就如同被害人承諾自願逃脫刑法保障身體法益的意思表示，這樣的決定為何能夠得到刑法的允許，這點必須先行說明。

刑法的重要機能之一，就是完成保護法益的任務。形式觀之，保護法益重要的是為防止不法對他人、社會甚至是國家的侵害。不過，實質上來看，刑法透過法益保護的方式，保障的是每個人都能基於人性尊嚴的引導，自由決定其意志，隨性延展其人格。舉例來說，刑法上規定的強制罪，確保的是人民不須受到他人強迫而行無義務之事，對於這種意志自由所形成的法益保護，就清楚表示刑法保護自由法益的同時，也在保障人民的自主意識。由此可知，值得作為法益加以保護者，只有對人類自我人格發展有意義的各種利益，如果保護法益成為個人自我發展的障礙的話，就沒有必要對其加以保護。尊重法益主體對法益的自由處份權，就是一種幫助個人自我實現的方式。

自主決定權是近代自由主義社會的普遍倫理，落實在刑法上，就是賦予被害人對自己持有法益的處分權（承諾與否）。被害人根據自主的意思決定，造成侵害自己利益的局面，刑法並不應當對其進行干涉。畢竟刑法同樣是在保護自由意志的伸展，被害人放棄法益的保護既然出於自主意識，就沒有保護的必要<sup>87</sup>。換言之，只要有判斷能力之人，最清楚自己

<sup>87</sup> 刑法將保護他人法益的任務，在他人權益遭到侵害的場合，允許國家發動刑罰權進行干涉。這是因為侵害他人是違反他人意思（刑法保護法益的目的其實也是對他人人格發展自由進行限制的行為進行非難）。因此，即便他人權益遭到侵害，但如果沒有違反他人意思的話，刑法

的利益，會採取何種理性的行爲，這種尊重自律判斷的假設基礎，即便在完全知道現在的危險行爲將來會對重大利益或者自由造成損害，原則上也不允許國家對他的行動進行干涉。

在醫療場合中，被害人承諾的法理應當如此解釋。患者承諾的地位，當自主決定權注入刑法被害人承諾的法理操作，在醫療倫理與法制層面都出現了極爲重要的轉變與重視。支持被害人承諾作爲患者承諾的法理依據，個人法益在醫療活動中，法益持有人得自主處份法益的原因就是來自患者自主決定權的精神。針對醫療傷害行爲的阻卻違法性，應要求醫師在實施醫療行爲時，重視自我決定權的崇高價值，詳盡所有告知義務，並取得患者的承諾，使得阻卻違法。亦即，醫師的告知義務是患者承諾的前提，若醫師未盡告知，取得的承諾仍不能阻卻違法，這是一種透過醫師與患者溝通協調，尊重患者的情況下，患者基於自己人格發展自由所應擁有的權利。

## 第二目 患者自主決定下的利益形塑

優越利益說是以維護法益的結果無價值基準，社會相當性說與目的說則是透過倫理規範意識的最大公約數來判斷行爲能爲社會帶來多少利益，是否大於損害。無論是何種說法，背後都在說明一種利益權衡的原理，這也是違法性的概念本質。利益衡量的身影總是若影若現<sup>88</sup>，在一般情況中，我們可以簡單透過客觀的共識，找出醫療行爲利益大於損害的支持點，如開刀後恢復健康，對患者是百利無害。

不過，隨著醫療行爲的多樣化發展，人類思想的多元化，醫病關係中的利益越趨多面，患者對於自己生命與身體健康價值的決定，並非全然會與醫師的看法趨向一致。從醫師或社會觀點來看，一個專業的判斷或許代表著患者客觀上能取得的最佳利益，不過，從患者的立場來說，可能不盡然就是如此。舉例來說，患者爲了追求生命品質，選擇接受化療而不開刀。此時，若採取傳統看法，醫師爲了患者的高價值生命，若不顧患者反對逕行開刀，最後雖然恢復了患者健康，但患者不願放棄的身體法益卻因此受到損害。這背後的利益衡量思維就是，醫師專業判斷塑造的客觀利益，雖然從社會國民的倫理道德觀感來檢視時，會被公眾認同，是一種具有優越

---

就可以從該任務中解脫出來，沒有必要將該侵害行爲評價爲犯罪。

<sup>88</sup> 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照，2003年2月，頁117。

利益的正向善行。但是，如今我們若將患者自主決定權的概念作為被害者承諾的內涵指引，就會產生與上述截然不同的情況<sup>89</sup>。

其實，自主決定權的目的就是讓自己決定自己所持有的法益，如何處份最符合自己的利益，根本的思考，就是當患者可以自主引導法益的方向時，允許醫療行為的侵入與損害，無疑是在彰顯患者自主生命、身體健康與人格尊嚴的發展，這種可被視為獨立於醫師專業思考外的一種主觀人格價值利益，必須優先於社會相當性或目的性的倫理考量與限制。換言之，被害者承諾的法理，若能從患者自主決定權的角度給予支持，於結果不法中就能作為優越利益衡量下的重要籌碼<sup>90</sup>。

本文觀察，近年來我國學者也同樣意識到這樣的問題，並更積極的提出患者承諾具有排除構成要件該當性效力的看法，一樣強調無需援引習慣法或社會相當性的原理，而可以直接引用憲法有關「行為自由」的保障規定<sup>91</sup>。總之，醫療行為的利益決定，應當是由患者為之。當患者衡量自身利益高低的時候，醫師不能恣意為患者決定其必然會在過程中的損害來換取健康恢復的利益。醫療行為場合中，為何要尊重自主的很大原因就是因為醫療行為作為身體利益與人格利益的干涉過深，無法透過過於客觀於單面向的衡量方式來找出最佳利益。從刑法的觀點可知，無論自主同意的地位為何，當醫師未經患者承諾逕行為之，該醫療行為就會因對人體伴隨的損害性而構成傷害罪的不法，且未得承諾的結果，就是患者在宣示，一個不符合自身利益的醫療作為，縱使有達到恢復健康的形式外觀，但本質上已經轉換變質成為一種單純的傷害行為。

<sup>89</sup> 日本有學者甚至直言，若直接採取利益衡量說的立場來理解被害人承諾的正當化法理根據，其實質阻卻犯罪的效果，其思想就是出自於「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6。

<sup>90</sup> 佐久間修，註43書，頁104-105。

<sup>91</sup> 這是德國基本法第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。」既然在憲法上給予行為的自由，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。由此可知，採取承諾不區分說看法的學者，同樣認為患者的承諾應是一種先於社會相當性原理概念的判斷依據。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49-50；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（如日本刑法213條的同意墮胎罪），屬於法律的特別規定，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：塩谷毅，註89書，頁155以下。

## 第三項 人體器官植入行為得患者承諾的 內涵續造

人體器官移植行為中，關於植入手術的目的，就是一種符合現代醫學適應性與技術正當性的醫療行為。其目的在於治癒患者的身體健康，挽回生命。相對的，由於此種先端醫療處置進行中，必然對於患者的身體健康產生極大風險，該損害在必然無法迴避刑法基於法益保護目的的檢視。誠然，刑法的任務是在保護法益，不過在此目的上，也不能過度干涉患者對自己人格發展的自由意志。一旦被害者承諾的內涵受到社會相當性以及醫師立場的客觀優越利益決策的肘擊，刑法的目的就會與憲法保障人民自由的目的牴觸。

如同前述，傳統上認為醫療業務的正當性，只要從業務內含或行為本質上判斷，如果醫師主觀上是出於醫療目的，業務內容具有醫學適應性，手段具有技術正當性，醫療行為就是一種具有社會相當性的行為而得阻卻違法，換言之，醫療行為的業務正當性就是透過社會客觀的普遍價值進行判斷。不過，近來各界逐漸開始重視患者承諾的意義以及與刑法被害人承諾結合後賦予醫療傷害行為正當化的重要性。以下本文嘗試藉由醫療自主權的概念，對被害人承諾的內涵進行理解，並說明當前患者承諾的法制建立、效果與方式，皆須符合被害人承諾阻卻違法的精神作出以下調整。

### 第一款 確立醫師的告知後同意法則

患者自我決定權的概念來自於是哲學上身為人類應有尊嚴的思考，即人在自己生活範圍內具有的自我決定的自由，該種自由尊重的是人的自主性。法律系統作為關涉價值的規則，要受到哲學和憲法所確立的理念和價值的影響和指導，並以實現和促進這些價值為目的。但是法律對於這些價值的實現必須經過穩定專門技術進行轉介，通過其獨特的法律主體、法律客體和權利等技術將哲學與憲法的基本價值融匯于原理、原則和具體制度之中，成為具有操作性的法律規則。目前通說雖然認為醫療行為是一種業務上的正當行為得以阻卻違法。不過，背後實質原因，仍需透過相當的解釋才能說明。這也連帶的影響到醫師臨床上對於患者進行重大侵害性的醫療行為時，應當踐行的法律程序，以及相關法律規定的調整。

## 第一目 患者自主決定權的法制落實

如同前文所述，早於 1950 年代以降，病患自主(Patient Autonomy)就被提出成為和醫事父權(Medical Paternalism)相抗衡的倫理觀。自主權也逐漸成為醫療倫理的通用語彙。美國醫界及法界所普遍承認的「告知後同意」法則，就是在賦予病人得以依照其生活型態自由選擇「治療」或「不治療」的權利。醫師任何醫療行為都應該取得病患的告知後同意<sup>92</sup>。告知同意是患者自主決定權的法律概念原型。患者自主決定權透過告知後同意法則，做出法律型態的第一次形塑，至於自主權的進一步落實，則是透過各過立法，衡量國情，與不同醫療領域的特色，做出第二次形塑。例如，告知義務基本上藉由醫療相關規範的明文，或是設立手術同意書、打印藥袋上的用藥規則等，都是一種患者自主決定權的呈現方式。

以我國醫療相關法律為例，首先是醫師法第 12 條之 1 所建立的總則性規定：醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。醫療法第 81 條，規定醫療機構診治病人時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。

就器官植入行為來說，由於性質上是一種侵入性的醫療手術行為，醫療法第 63 條明文規定，要求醫療機構實施外科手術前，應向病患與親屬、配偶等關係人說明手術內容，獲其同意並簽具手術同意書及麻醉同意書後，始得為之；針對侵入性身體檢查或其他同類型治療行為，依醫療法第 64 條規定，亦須先向病患說明，獲得同意後始得進行。此等同意書與說明，明文課予醫師對病患告知說明的法律義務。換言之，這些具有侵入性質的醫療行為，實施中對病患的身體完整性必會造成一定損害；實施後的各項併發潛在風險也遠高於一般醫療行為，因此，為維護患者權益，法律必須要求醫師在進行這類醫療行為時，告知說明病患必須承受的侵襲損害與可能負擔的潛在風險。

另外，現在許多醫師為了研究新知，往往進行人體實驗，依醫療法第 79 條規定，醫療機構施行人體試驗時，應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；受試驗者為無行為能力或限制行為能力人，

<sup>92</sup> 楊秀儀，誰來同意？誰作決定？從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察，台灣法學會學報第 20 期，1999 年 11 月，頁 367-406。

應得其法定代理人之同意。其他醫療法規規範告知義務的還有安寧緩和條例第 8 條規定，醫師於末期病人實施安寧緩和醫療時，應將治療方針告訴病人或其他家屬。與優生保健法第 11 條規定，醫師發現病患有優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病患者，應將實情告知患者或其法定代理人，並勸其接受治療。但對無法治癒者，認為有實行結紮手術之必要時，應勸其施行結紮手術；孕婦施行產前檢查，醫師如發現有胎兒不正常者，應將實情告知本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產等。綜上，多數學者普遍皆認為，這些都是患者自主決定權在法律層面的具體化，其背後的思考脈絡除源自對傳統父權醫療決策模式的積極反動外，最重要的精神內涵則是為充分尊重病患對身體、生命及人格尊嚴伸展的自主權利<sup>93</sup>

## 第二目 確保患者真摯承諾的重要機制

病患對於各種醫療措施承諾的理論基礎，主要是為彰顯病患接受治療行為前，應當擁有的自主決定權。按患者自主決定權的精神，醫師不再扮演主導醫療行為進行的角色；取而代之者，是「病患自身」應當有權透過醫師對各種治療計畫的充分說明來共享醫療資訊，並能選擇符合自己最佳利益的醫療方案，當然也有權拒絕接受任何治療。因此，醫師在施行一切侵入性治療的醫療行為前，獲得病患承諾的目的，就是為了落實病患的醫療自主決定權利。從上述可知，患者自主決定權的落實，必須依賴告知同意法則的法制建立，在醫病關係中，具體化醫療自主權的理念精神。

從刑法的立場來看，傳統對於具有嚴重侵襲性的醫療行為，其合法性是置在阻卻違法事由中的業務上正當行為來討論，不過，相關法律隨著患者自主決定權內涵的注入，也逐漸密集地配合建立相關同意機制來確保刑事合法性的落實。普遍學說基於醫療行為傷害說的立場，認為自主決定權所指引的被害人承諾法理，必須作為醫療實質阻卻違法事由的核心系統，

<sup>93</sup> 臺灣高等法院高雄分院 91 年度上訴字第 1976 號判決對於告知義務有說明：「關於病患自主權之議題，有所謂「告知後同意」之法則（the doctrine of informed consent），係指醫師對病人之說明義務（duty to disclosure），告知病人病情、可能之治療方案、各方案之治癒、併發症，以及不治療之後果等重要訊息，以利病人做出合乎其生活形態之醫療選擇。」由該判決可知，按醫療自主決定權的精神，醫師不再扮演主導醫療行為進行的角色；取而代之是「病患自身」應當有權透過醫師對各種治療計畫的充分說明來共享醫療資訊，並能選擇符合自己最佳利益的醫療方案，當然也有權拒絕接受任何治療；關於告知後同意的詳細說明，參照：吳志正，註 81 書，91 頁以下；劉文瑤，註 78 書，212 頁以下；黃丁全，註 70 書，頁 243 以下；楊秀儀，註 72 文，頁 138 以下。

也是患者承諾的主要內涵。因此，在臨床醫療場合中，醫療行為獲得患者承諾，才能順利阻卻傷害罪的違法性。

必須注意的是，從被害人承諾的內涵可知，承諾欲要發揮阻卻違法的效力，承諾本身真摯性的確保就十分重要。由於被害人承諾是被害人對自己持有法益的處份決定，被害人的意志一旦受到壓迫，非自由的出具意思表示，此種被害人在被強制、被欺騙、受脅迫的情況下所做的決定都會歸於無效。至於，該如何確保醫療行為前，患者的承諾是出自於內心真摯的意思表示，這就需要透過告知同意原則內涵中，所謂「告知義務」的規範制度設計予以達成。

詳言之，在告知同意法則中，若要確保患者能有效承諾，醫師的告知義務的履行就成為本原則中的核心概念。進一步來說，是否接受醫療行為的決定，除了醫師基於自身的專業能力，能有充足的判斷外，患者本身囿於資訊落差的緣故，一旦醫師的告知說明沒有明確或過於簡略，患者可能會因錯誤解讀而做出非真摯性的承諾。因此，目前對於告知義務的履行，也需注重醫師說明程度的要求，對於目前醫師告知義務的程度為何，我國最高法院著重的是醫師實質告知義務的履行。而該判決設立的告知程度最低門檻，就是醫師至少需要告知病患：1.診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果；2.建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊；3.治療風險、常發生之併發症及副作用暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險；4.治療之成功率（死亡率）；5.醫院之設備及醫師之專業能力等事項<sup>94</sup>。

總之，醫師的告知到患者，目的就是要透過彼此溝通，在醫療過程中，找出追求的整體利益。從法律制度的觀點儘管在具體法律規定上各國有所差異，但以知情同意（informed consent）為核心的主要內容是大致相同的：有決定能力的患者在被告知有關自己病情、治療的足夠資訊的前提下，有權自己決定是否接受治療、在哪里治療、選擇治療方案、拒絕治療等<sup>95</sup>。

<sup>94</sup> 最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決；另可參照：王皇玉，論醫師的說明義務與親自診療義務—評九十四年度台上字第二六七六號判決，月旦法學第 137 期，2006 年 10 月，頁 270 以下。

<sup>95</sup> 侯英冷，醫療機構、外科醫師與麻醉科醫師之說明義務—最高法院九六年台上字二四七六號判決簡評，台灣法學 107 期，2008 年 6 月，頁 292 以下。

## 第二款 患者承諾權的範圍放寬

被害人承諾的傳統理論基礎是從行為非價的角度來展開利益衡量的思考，以社會通念的觀感來形塑行為利益優劣，典型者就如同採取社會相當性原則，以社會整體客觀利益為主要考量。由於目前涉及醫療活動的生命和身體完整性等個人法益，具有特殊的保護地位，因而承諾以故意犯罪行為殺死自己，不能使該故意犯罪行為合法化，這在刑法加工自殺（刑法第 275 條）及加工自傷（刑法第 282 條）條文中已經明示，即使得到被害人的承諾，也不能阻卻違法；另外，故意做出對危害生命的承諾，如遺棄與墮胎，也不具有合法化效力。

由於對於身體的傷害與生命的不可替代性，因此經承諾的傷害行為，法律大多設有嚴格限制，原則是不能阻卻違法的。若以醫療自決定主權作為被害人承諾的詮釋方式，對於傳統個人法益處分權就須作出應有的調整。換言之，為了幫助病患實現自我，醫療現場中，應當適度放寬患者對其生命或身體法益處分權利，站在刑法立場觀察，就是一種刑事合法化事由的擴張。這樣標準的建立，可以幫助傳統或各項法制在對醫療中的自主決定權進行限制時，作重新的檢討與檢視。從法益處分權的擴張效應，可以落實自主決定權的精神，讓人民在接受醫療行為時，能夠獲得更寬闊的視野與空間。

### 第一目 患者的承諾器官植入權

#### 一、社會相當性的退讓

經過被害人承諾的所有傷害行為，是否一概得以阻卻傷害罪的違法。目前學理通說大多認為，基於社會相當性的立場，即使是在被害人承諾下，傷害結果亦不能是出於違反公共秩序或善良風俗時才能合法。德國刑法第 226 條 a 有明確規定，行為在違反善良風俗時，不能阻卻違法。至於有無違背公序良俗，應視行為人所使用之方法、侵害之種類及行為人的動機目的做綜合為斷，例如：沒有醫學上的必要，為癮君子開鴉片解癮、暴力集團斷指謝罪等，都是違反善良風俗的行為。換言之，以上行為皆是出於傾向社會相當性判斷的重要性，認為一旦透過承諾，恐怕危及刑法保

護法益與穩定社會規範倫理的功能。

不過，本文認為，一般情形中，被害人承諾需要有社會相當性的判斷，是因為他人追求的個人利益在整體社會中可能會有不良的觀感<sup>96</sup>。可是在醫療現場，醫療行為的目的性，對社會已設定了正面的助益方向，所以應該得以在此目的內給予患者更寬廣的自主空間，是否選擇接受醫療又該接受何種醫療，是患者自己應該決定的事情。畢竟，醫療行為在適應性與技術正當性的保證下，患者無論如何的選擇，很難會是社會相當性需要置喙的。在醫療現場中的利益衡量的判斷，必須將重點擺在被害人的主觀意願，而非代表社會相當性的專業醫師身上，這就是自主決定權落實在醫療行為中的重要意義。

再者，社會相當性的概念本身，具體來說就是有關於社會善良風俗的檢驗，必須從社會的價值通念判斷。例如，美容與變性此等對個人有正向利益的行為，基於社會變遷及價值觀的重整流動，目前社會已普遍認可是具有醫療適應性的醫療行為。換言之，善良風俗的解釋一旦恣意，普遍就會建立一種整體意識壓迫個體意識的不當現象，有學者即特別指明，目前德國聯邦最高法院及學者 Roxin 所認為的違背善良風俗的承諾，不是以承諾目的為判斷基礎，而是以承諾傷害的內容「危及生命」為準<sup>97</sup>，目的就是要避免社會相當性的過度解釋，反而限制人民的決定自由。

綜上，醫療自主決定權的產生，在醫療臨床個案判斷上，適度調整了傳統認定被害人承諾的理論基礎。於傳統觀念下，社會通念以及善良風俗的過度解釋，或多或少或影響被害人承諾的成立空間，例如，對於許多身體法益持有者來說，往往囿於社會通念或善良風俗等理由，是沒有辦法完全進行處分的（譬如變性手術的問題）。不過，人體器官植入手術會讓患者身體健康伴隨傷害結果（甚至是生命風險），是否必然可以阻卻違法，就目前社會通念來說，由於器官移植技術已經相當成熟，也普遍受各國社會接納的一種具有醫療適應性的治癒行為，只要具有社會相當性，似乎就得以阻卻違法。

不過，基於上述，承諾進行器官移植手術才是阻卻傷害違法的關鍵，背後的思考邏輯在於，我們應是從被害人主觀對於所持身體法益的放棄，因而允許醫師將喪失功能的器官取出後再植入功能正常的器官，而非把評

<sup>96</sup> 典型的案例，如黑社會大哥命令小弟刖其小指自殘，以彰顯其忠心的態度。

<sup>97</sup> 林東茂，註 91 書，頁 50-60。

價重心置於醫療行為社會相當性的有無。換言之，社會相當性在醫療行為的法益權衡中應當有所退讓，必須優先思考的是患者對於生命或身體法益的處分權。

## 二、重大身體法益的處份

由於我國刑法對於身體法益的維護，根據身體外觀與功能性的損傷結果，按程度區分為輕傷罪與重傷罪不同刑度效果的處罰規定。在輕傷罪的情形，只要沒有違反善良風俗之情事，都可得被害人承諾而阻卻違法。不過，刑事立法上，已經針對得被害人承諾傷害造成重傷結果的行為進行處罰（參考我國刑法第 288 條加工重傷罪）。換言之，一旦傷害行為造成重傷結果，無論被害人事前是否具體承諾，都無法阻卻重傷行為的不法。這是立法者表明限制個人處分重大身體法益的明確立場。此時，縱使有被害人的承諾，重傷結果也只能適用相對一般重傷罪，刑度較輕的加工致重傷罪，成爲一種責任減輕事由。

對於重傷害的承諾，雖然原則並不具有阻卻違法的性質與效力。不過，亦存有例外的情況。典型者如，優生保育法中允許醫師對患者進行結紮手術，或者在危及患者生命或身體重大健康的情況下，爲患者進行截肢手術等，在這些情況下能夠得到法律的額外允許。然而，必須注意的是，按傳統學說的立場，這並不代表立法者對於重大法益處分權限制的解除。以截肢手術的刑法評價來說，截肢手術爲身體健康帶來的重大傷害，只須運用優越利益原則的判斷，手術追求的是生命延續的確保，該利益必定遠遠高於身體法益的損害<sup>98</sup>，因此重傷行為可以直接適用業務上的正當行為來阻卻違法。

<sup>98</sup> 該學者認為：「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，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，頁 45 以下；盧映潔，病患自主權與醫師刑事過失責任—最高法院九四年台上字第二六七六號、九五年台上字第三四七六號判決之批判，台灣本土法學第 101 期，2007 年 12 月，頁 130。本文認為，這樣的見解，剛好呼應了傳統父權醫療模式的思維，與近代醫療自主決定權致力調整醫病關係過度向專業醫師傾斜的理念大相逕庭。本文認為，醫療現場瞬息萬變，醫師本應擁有較大的醫療處置空間，因此，刑法上會容許醫師未得患者同意的侵入性醫療行為可經緊急避難或推測承諾的理由來阻卻違法。不過，很重要的是，主張這些合法化事由的前提，必須是在患者客觀上無法行使自主權的情況下，醫療利益才能回到客觀專業面向來進行父權式的形塑。換言之，重大者如身體截肢手術，在一般情況下，患者如有自主決定的能力，醫師為經同意，為其生命主張緊急避難的行為，仍會構成重傷罪，而非可得輕易的阻卻違法。

不過，如同本文看法，患者承諾應該是一切醫療傷害行為的阻卻違法基礎。主要原因是來自對醫療自主決定權的尊重。利益衡量是在患者本身擁有自主空間的前提下所進行。患者透過自主意志與主觀想法來權衡利益，進一步承諾或拒絕手術的施行。換言之，在臨床治療中，面對侵害重大身體法益的醫療行為，由於涉及的到的不只是個人法益侵害，同時也是對人格權尊重及發展的問題，因此仍要重視法益持有人的自主決定權利。在此思考下，截肢行為若未獲得患者承諾，縱使最終達到治癒效果，也不得因此阻卻重傷罪的違法。

由此可知，當醫師進行的是帶有重傷結果的侵襲式手術前，患者對自己重大身體法益仍有自主處分權，醫師最終不需負擔刑事責任的理由，是來自於患者的承諾，而非醫療行為本身的適應性或技術正當性。回到人體器官植入行為的問題上，目前相關單位正有在研擬，為擴大器官取得來源，希望可以開放愛滋器官的運用。誠然，愛滋器官植入人體後，後果可能會對受體的生理機能（免疫系統）造成難以治癒的重傷結果，按法理探討，是否植入帶有愛滋病源的器官，就如同立法上是否願意解除患者重大身體法益處分權的限制，讓患者自主決定是否接受這種重傷結果，來換取更高位階的生命利益。

## 第二目 患者的拒絕器官植入權

### 一、生命法益保護原則的相對化

對於生命法益的保護，在刑法學理上是採取絕對保護原則的立場。按人擁有的生命，是發展人格，擴展生活的一切基礎，因此生命法益的本質就需具有不可放棄性，縱然生命法益持有者依照自我意思願意放棄刑法對生命法益的保障，但該意思並不會發生承諾的效果。在我國刑法第 275 條已有明文，對於受囑託或承諾的殺人行為，將會構成加工殺人罪的處罰。簡單來說，基於生命絕對保護原則的精神，人民於法秩序中，對個人持有的生命法益並無自處分權利，也就是所謂的生命不可處分性。

誠然，無論是透過社會相當性原則或是優越利益衡量原則的檢視，將任何利益與生命法益互相權衡，顯然都無法取得任何優勢。因此，在一般情況下，縱使加入自主決定權的思考，對生命法益的處分與放棄也很難被各界所接受。主要原因在於，人民基於承諾放棄生命法益而獲得的人格利

益，無法與維持生命法益的利益相互比擬。

不過，若從現代社會的法律制度觀察，生命法益保障的絕對優勢，似乎已經受到動搖。人民對於生命品質的重視，逐漸超越生命量的延續。當生命的質與量都面臨病痛的嚴厲考驗時，在此客觀情境下，生命絕對保護原則就會開始鬆動，隨之形成法益持有者得以自主處分生命法益的細微空間。舉例來說，面對生命無以為繼的場合，目前荷蘭或日本都有透過立法或解釋來允許積極安樂死的先例。如在荷蘭通過的「死亡幫助法案」，目的是為了幫助病入膏肓且同時承受痛苦折磨的患者，在自主承諾的前提下，運用醫療手段提前結束該者生命；早期於 1962 年，日本也曾司法判決中說明積極安樂死須遵守的嚴格要件，其中同樣強調患者的疾病，必須根據現代醫學專業知識確認已無治癒可能性，且患者面臨的實無法承受的劇烈痛苦，此時在患者真摯承諾的情況下，醫師可以執行提前結束患者生命的積極安樂死程序<sup>99</sup>。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。

從醫療自主決定權的角度來思考，當生命狀態無法順利支持患者自主生活，延展人格時，患者對於生命法益的價值就會失所附麗，相對的，自主決定放棄生命的利益反而成爲患者維繫尊嚴，展現人格的最後機會。因此，當具體個案中，運用醫療作爲結束患者生命的結果，反而幫助患者從痛苦中解放出來。這就如同賦予患者對自己生命的自主處分權限，形成一種生命保障原則相對化的現象<sup>100</sup>。

## 二、醫師保證人地位的解除

從上述生命法益保護相對化的現象可知，在生命經歷於特殊情況下，法秩序甚至認可醫師經過本人承諾，運用積極的手段結束患者生命。不過，此種採用醫療手段積極結束患者未到盡頭生命的安樂死，形式外觀上

<sup>99</sup> 另外，日本曾發生著名的《東海大學安樂死事件》，對於此案，當地橫濱地方法院在 1995 年 3 月作出判決後，認爲安樂死的合法化要件有（1）患者成受難以忍受的痛苦；（2）死亡難以避免，而且死期將近；（3）沒有其他手段可以緩和、消除患者的肉體痛苦；（4）患者明確表示同意縮短生命。關於日本實務對於安樂死的其他判決見解，可參照：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；曾根威彥，註 53 書，頁 73。

<sup>100</sup> 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〔医事刑法研究第 2 卷〕，成文堂，2006 年 7 月，頁 8；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。

仍會該當積極作為殺人罪的要件，因此並非廣泛的被國際各界所接受。換言之，在積極安樂死尚有倫理爭議未解決時，相對於醫療採取消極不作為的方式，撤離各種維繫患者生命的必要措施，僅僅在緩解患者痛苦的同時，讓其自然步入死亡。此種一般稱為消極安樂死的不作為殺人行為，雖然較無具體爭議（又可稱為尊嚴死<sup>101</sup>），不過，由於醫師對患者仍具有刑法上的保證人地位，因而衍生的醫療救助義務，依然無法允許醫師片面放棄醫療救助手段。

關於此種消極安樂死的典型案例，是發生在 1976 年，美國《克倫·安·昆蘭(marert Ann Quin-lan)》<sup>102</sup>一案的判決中，昆蘭在 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，但醫生與醫院行政管理單位拒絕這對夫婦的請求，認為這是殺人的行為。最後，當地最高法院裁定准予撤除昆蘭的人工呼吸器。主要理由就是考慮了 Karen 曾有三次說過，她決不要靠特殊手段活著，即沒有證據證明撤除維生系統是違反她自己的選擇。此案中，最高法院明確宣示了，患者擁有拒絕醫療的自主決定權，且即使在患者無能力決定時，其代理人亦可謂其利益替他行使。

相同情形，目前正被國內包括醫界與社會各界廣泛討論，並提出所謂「無效醫療<sup>103</sup>」的概念，主要是指對患者而言，醫療已經無法達成有價值的治療目標、治療成功的機率極低、病人生活品質太低、預期效益比不上資源耗損的一種情況。當患者的生命進行到無效醫療的狀態時，首先，可以肯定的是基於醫療確信，當生命開始進入短暫不可逆轉的死亡過程時，

<sup>101</sup> 一般探討尊嚴死的問題，都是將實例焦點置於醫師是否能撤除患者維生系統的議題上（如人工呼吸器的使用、特殊化學療法、人工透析、營養補給等一切人工延命治療處置的中止）。參照：甲斐克則，同前註，頁 2 以下；大谷實，註 31 書，頁 171-172。

<sup>102</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，頁 22 以下。

<sup>103</sup> 「無效醫療的英文是 medical futility、futile medical treatment 或 nonbeneficial Medical treatment，futility 一字是源自拉丁文 futilis，是『易漏的』之意。在希臘神話中，丹尼亞斯（Danaus）的 49 個女兒因集體殺夫而被懲罰在冥府以充滿破洞（易漏）的篩子打水，她們當然是徒勞無功。一個無效的行動無論是重複幾次，也不會達到目的。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到重視的年代，他們提出這個論點確對醫界、法界以及倫理學者造成頗大的震撼。其實早在遠古時代，如希波格拉底（Hippocrates）和柏拉圖（Plato）等人就已經提及無效醫療的概念。無效醫療可分為『質』與『量』兩個層次，在質方面的無效醫療是指治療的執行並不能改善病人的身體狀況，如案例如，無論病人在神經加護病房接受再積極的治療，其意識狀態不可能會改善。在量方面的無效醫療是指治療的執行對病人發生效益的機會甚微，例如，即使動用『洗肝機』，病人能夠因而存活的機會仍然接近零。」以上參照：陳祖裕，無效醫療，應用倫理研究通訊第 25 期，國立中央大學哲學研究應用倫理學研究室，2003 年 1 月，頁 56 以下。

縱使未有病患或家屬任何承諾，醫師也可以放棄採取任何無實益的延長生命措施，解釋上最多當患者或其家屬有特別請託繼續急救的情況，否則在法律上醫師沒有義務介入緩解已經進入不可逆且快速步入死亡的生命<sup>104</sup>。

比較值得討論的是，當患者的生命雖然仍可依靠醫療設備維持一段時間，但基於當前醫療技術來說，最終依舊無法治癒，形成患者生命呈現一種伴隨痛苦緩緩步入死亡的過程時，醫師是否仍然可以放棄治療就有疑問（如癌症末期患者、受到巨大創傷無法恢復的患者等）。如同上述美國昆蘭案的啓示，基於患者人格尊嚴的確保，醫師並不被允許從事任何違反患者意願的治療行爲。縱使對於一個尚未進入不可逆轉的死亡狀態的病患，當醫師基於其患者完整的意思表示，不對其採取任何急救或延長生命措施而任其死亡時，醫師的行爲在刑法上亦不會受到處罰。因爲病患的自主決定權，在其相對應的範圍內具有限制醫師保證人地位責任的效果。也就是說患者放棄醫療自主意願相符的範圍內，醫師所負的治療或急救義務將會解除，因此醫師在欠缺作爲義務的情形下，也不會因爲不採取醫療措施而成立不作爲殺人罪的問題<sup>105</sup>。

在我國，近年所制定的「安寧緩和醫療條例」，就是透過無效醫療的概念，明文將此種以患者自主放棄治療爲前提的消極安樂死行爲予以合法化。不過，必須注意的是，這屬於立法例外賦予末期患者對自己生命權的處分權利，是否接受緩和醫療程序，依安寧緩和醫療條例第 7 條規定，仍需透過患者出具意願書後才能進行。換言之，形式觀之，醫師的撤除維生系統的作爲，是依據刑法第 21 條依法令行爲來阻卻違法，其實，背後的實質正當化基礎是來自於患者對生命法益的放棄承諾，在其自主決定權的實踐下，醫師才不會額外構成刑法第 275 條的加工自殺罪。

由上推知，多數必須接受器官移植手術的患者，往往都是面臨無其他治療手段的困境，基於必要性原則的考量下，才得實施。因此，在器官植入行爲的情形中，患者面臨的是若不進行手術，身體健康就無法恢復，甚至死亡。不過，如同前述，患者的醫療自主決定權的內涵，應當包括承諾醫療以及拒絕醫療的權利，從法益處分的角度來看，就是一種處分生命法益的自主空間，當患者的生命必須透過此種特殊先端醫療行爲予以維護時，此時優先考量者，就非客觀符合社會共識的生命絕對保護原則，而是患者主觀上對其人格延展與生活安排的自主意願。在此意義下，患者具有

<sup>104</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>105</sup> 林書楷、林淳宏，同前註，頁 122 以下。

器官植入手術的拒絕權利應無疑問。

### 第三款 未成年者對器官植入行為的承諾

#### 第一目 立法採取行為能力說的疑慮

觀察我國醫療法第 63 與 64 條的規範意旨可知，對於人體器官植入行為此種重大侵入性醫療手術或檢查，病患若為未成年者，同意書得由其法定代理人、親屬或關係人簽具。換言之，本法針對醫療主體是否有承諾能力的判斷，似乎是採取「行為能力基準」或「意思能力浮動說」作為認定依據。在此情況下，未成年者是否接受侵入性醫療行為的決定，一般醫療實務為避免糾紛，結果往往就是讓法定代理人來作最後定奪<sup>106</sup>。

醫療法對未成年者承諾權的限制，無非是考量在普遍情況下，法定代理人必定會在周延考慮未成年者的最佳利益後，代理作成最適當的醫療決定<sup>107</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醫療行為承諾能力的判斷方式，在特殊情況下可能將會造成未成年者的醫療決定權遭到侵害，形成倫理道德上的危機。例如，16 歲的少女去醫院墮胎，雖然其不是完全民事行為能力人，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<sup>108</sup>。由此可知，立法上單純透過民事行為能力的無作為判斷承諾能力的標準，對於實

<sup>106</sup> 有學者認為，阻撓病人選擇自由、賦予家屬否決病患同意效力的醫療法律，係出自「家屬父權主義式」的立法模式。所謂「家屬父權主義」，是指病人家屬父權式地替病人過濾醫療資訊，並替病人決定，而不問病人是否成年，輩分如何。參照：曾淑瑜，註 42 書，177-179 頁。

<sup>107</sup> 「病患最佳利益說」為法定代理決定權的主要依據。該說認為，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。詳請參照：吳俊穎，壽終正寢？病患親屬代理決定權的探討，月旦法學 114 期，2004 年 11 月，158 頁以下。

<sup>108</sup> 英國的法律也明確規定已滿 16 周歲精神健全的未成年人或有 Gillick 能力的未成年人有不經父母同意而自己決定醫療的能力。所謂有 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。這一名詞根源於上議院在 Gillick v. West Norfolk and Wisbech AHA 案的重要的判決中。該案涉及醫生能否為一個不滿 16 周歲的少女提供避孕治療而不經其父母的知曉、同意。該案的判決（醫生能夠提供）引起了對父母權利和未成年人同意權的法律的深刻檢討。該判例確定法定的檢測標準是“他（她）是否已經取得了足夠的理解能力和智力以使自己能夠完全理解醫生的建議。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，頁 38 以下。

際上已經具有承諾能力的未成年患者來說，等同直接限制了該者的醫療自主決定權。

## 第二目 尊重已成熟未成年者的承諾權

如同上述，對於可能已經具有承諾能力的未成年患者而言，在判斷其承諾能力時就不應僅依據民事行為能力標準一概進行否定。當然，未成年人的能力所要求的成熟程度也是隨具體的治療方案而定，簡單的治療僅需簡單的理解，成熟度即可低些，複雜的治療則需完全成熟的頭腦。

至於未成年人雖然並非全然沒有醫療決定能力，不過該用何種標準來找出這些已經具有成熟能力的未成年人，本文認為，由於重大侵入性醫療行為的承諾，其法理依據來自於病患的自主決定權與刑法被害人承諾。因而對於病患承諾的能力與內涵，必須依循該法理的脈絡來進行理解。無論是立法政策或醫療實務上，對於病患承諾能力所設置的標準與適用，應不得採取過於形式直觀的判斷方式，直接認定未成年者皆須透過法定代理人來決定是否接受侵入性醫療行為。較為合理的認定方式，應從實質面觀察，由被害人承諾的法理來建構承諾能力之判斷標準。

換言之，由於侵入性醫療行為將造成病患身體完整性的侵害，在刑法的意義上是一種傷害行為，故承諾醫療行為的侵害，事實上就等同於放棄刑法對身體法益的保障。因此，無論病患有無成年，原則皆應尊重其本身處分該法益的權利。亦即，承諾能力的有無，須以病患是否具備識別能力為標準。未成年病患若有充分的辨別能力對法益的侵害與放棄後的影響進行理解，原則就應承認其有自主能力來決定是否接受侵入性醫療行為。

採取識別能力的標準作為判斷病患有無承諾能力，一方面符合醫療自主決定權與被害人承諾須以「病患本身」作為承諾主體的基本精神；另一方面，承諾能力原則回歸醫療主體進行實質認定的結果，亦可適度防止法定代理人濫用代理承諾權的情況發生。因為，「成熟之未成年人，如對醫療行為已具有充分理解的智能與成熟度時，雙親的法定代理權利就應退讓<sup>109</sup>。」

<sup>109</sup> 相同見解，請參照：王皇玉，註 80 文，頁 78 以下。舉美國的情況來說，大多數州都規定不滿 14 周歲的未成年人沒有能力對醫療作出知情同意，而 14 周歲以上的青少年，有能力

### 第三目 法定年齡屬個案審查標準

基於上述，未成年者是否擁有完整的承諾權利，須透過個案判斷未成年者的心智成熟度與理解能力。將「法定年齡」當作是判斷標準之一，不是唯一，那麼醫師就不能認為患者未達成人年齡，就自始否定未成年者的醫療自主決定權利。

將年齡要素作為相對標準而非絕對時，也可幫助醫師在某些醫療場合中，某些特殊情況下，病患若為未成年者，縱使其能理解醫療行為的意義與後果，卻因心理恐懼或抗壓性不足等種種原因做出消極拒絕治療的意思表示。此時若不允許法定代理人輔助為其健康作最佳利益的打算，對於未成年患者而言，可能就會喪失關鍵性的醫療治療機會，另一種情況是，有些患者雖成年且精神正常，也因承受某種壓力，或因特殊之經歷和成長環境等，導致其並不能理解相關之醫療資訊，則一定要求這樣之患者作出承諾，亦恐有不合適。因此，由於醫療情況千差萬別，患者自身的個體差異性等原因，民事行為能力標準難以解決可能出現的問題，妥當的適應現實需求。

### 第四款 患者無承諾能力下的醫療處置

基於患者的自我決定權逐漸受到重視，醫療行為進行前，都須得到患者承諾才能阻卻違法。不過，由於醫療行為具有治療患者的高價值目的，尤其是在人體器官植入行為此種涉及生命挽救的尖端醫療措施，一旦在患者無法承諾的情況下，就需透過其他人為患者的利益判斷。因此，法律遂設計一套機制幫助患者能順利獲得自己在醫療上的利益。這就是法律上設計出家屬法定代理以及推測承諾和緊急避難的制度原因。這裡所謂患者無法進行承諾的情況，如顯然沒有承諾能力的嬰兒、緊急狀態下昏迷無意識者等，都是在實際狀況下無法行使承諾權者，此時應該由誰來為患者的利益打算，應當由醫師或家屬作為利益最佳決定者，以下依序說明。

---

理解治療方案的，包括它的風險、利處、可選擇的其他方案等，有權不經其父母同意而同意接受治療。這類青少年常被稱為「成熟的未成年人(mature minors)」。在部隊服役的未成年人、離家自己謀生的未成年人都有權自己作出醫療同意。某幾類醫療，無論未成年人的狀況如何，都不需父母的同意。這些例外在各州的醫療自主法規中有明確規定，最典型的是未成年人有權同意接受有關懷孕、避孕、性病的治療及酒精、藥物濫用的治療。有的州還允許未成年人接受精神健康治療。

## 第一目 家屬法定代理權的濫用

醫療自主決定權是患者表現自我以及實現自我的主要方式，我們仍須衡量具體情況，只能在患者本身確實沒有辦法行使承諾權能時，才能例外尋求決定利益的代為承諾者。舉例來說，目前醫療法 63 條規定，醫師實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其承諾始得為之。按字面描述解釋，醫師的告知對象能在病人或其法定代理人間自由選擇等，如此並不符合患者擁有醫療自主決定權的法理精神。因此，本規定的理解，應當是說明，醫師告知同意的對象應以患者為主，只能在患者無承諾能力以及無法簽具同意書時，例外允許法定代理人能為其利益決定承諾之。醫療行為的實施，我們會認可法定代理人的或其他親密關係人能代為承諾，主要是認為該者皆為患者日常生活中的緊密伴侶，經驗上應當最能理解患者的生活安排以及人格追求，是最能為患者利益來打算。

以未成年者為例，雖本文認為原則必須尊重未成年者的自主意願，但基於醫療行為的高價值目的，未成年者在個案中，一旦若欠缺識別能力，或者具備識別能力，卻非理性的選擇拒絕不利於己的治療時，法定代理人應該是最有資格協助未成年者在醫病關係中獲得最佳利益的角色，各能違反其意願直接代為行使侵入性醫療行為的承諾權利。當然，醫師進行個案判斷時，亦須優先參考法定代理人的意見，為病患治療。

英國法中，早已確認父母有替未成年人作決定的權利，包括醫療決定權。但此項權利在 1989 年的兒童法中變更為「父母的義務」，反映了現代社會的理念。英國的父母替孩子行使醫療定權，也應符合孩子的最佳利益。實際上，為了孩子的最佳利益而作出接受或拒絕治療的決定是父母的義務。不過，醫療法對侵入性醫療行為承諾所設置的原則代理制度，某些情況下，將會給予法定代理人恣意濫用的機會。例如法定代理人因為本身的經濟環境不佳、宗教信仰、個人的偏好等，拒絕給予未成年者應有的醫療照顧<sup>110</sup>。雖然對於此等代理權的濫用，可直接訴請法院來限制剝奪<sup>111</sup>，

<sup>110</sup> 發生在國內近期的典型案例，如高雄一名 16 歲高中女生，因為猛爆性心肌炎導致心臟衰竭，心臟停止跳動 30 個小時，但因為父母篤信「耶和華見證人」教會，堅持不能輸血的聖經戒令，醫師只能使用葉克膜救治，但不能輸血，少女一度命危，六天後才奇蹟似地被救活。參照今日新聞網，父母堅守信仰「不輸血」少女心臟停止 30 小時救活，<http://www.nownews.com/2010/03/12/91-2578750.htm>（瀏覽日期：2011 年 5 月 10 日）。

<sup>111</sup> 例如民法第 1088 條規定，子女有特有財產時由父母管理，但是「非為子女的利益」時，不得

但若能透過法律制度面的調整與修正，提早防止該不當情形的發生，除了能避免訴訟救濟程序緩不濟急的窘境，更能適切的確保未成年者醫療上的最佳利益。

## 第二目 尋找最佳利益塑造者

### 一、推測承諾的運用

以治癒疾病為目的之醫療手術，屬於社會價值相對較高的醫療行為。為有效救助病患的生命與身體健康，某些情況下醫師只要盡到醫療上的注意義務（有適應性以及技術正當性），就可未經病患承諾，實行侵入性的醫療措施<sup>112</sup>。例如意識不清又有生命危險的患者，醫師得立刻進行符合病患身體最佳利益的醫療手術。由此可見，當侵入性醫療行為的目的是為救助生命時，病患承諾權的行使就會因身體不同危急程度的轉變而形成例外。

誠然，無論是家屬簽具手術同意書或是醫師可以在緊急狀態下不經承諾就為患者進行手術，站在刑法的角度，都是考量患者本身利益，呈現一種擬制患者自主決定的態樣。阻卻傷害不法的依據，學說認為，醫師為救助患者的生命或身體健康，在緊急狀態下，自然可以主張緊急避難，維護患者優越利益而阻卻違法。不過，本文認為，基於醫療自主決定權的精神，客觀上醫師在無法經過患者承諾的情況下，逕行實施的醫療傷害行為，應藉由「推測承諾」此超法規阻卻違法事由做為實質檢驗標準。

---

為之。本條明顯彰顯父母親權行使的最高指導原則，就是「優先考量子女的利益」。另外，民法第 1089 條則規定，對於未成年子女的重要權利義務，須經由父母共同討論後決定行使方針，只有當父母的意見不一致時，才會訴請法院「依子女最佳利益酌定之」。進一步者，民法第 1090 條又要求，如果發生父母濫用親權之情事時，最近的親屬亦可以請求法院制止或糾正。

<sup>112</sup> 學說上有稱此為「專斷的醫療行為」，係指處於緊急狀態下，允許醫師未得病患同意或違反其意思來實施醫療行為，而醫師的專斷行為則可分別依據業務上正當行為、緊急避難甚或是推測承諾來阻卻刑事違法。參照：甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2006 年 6 月，187 頁；另外，實務有採取相同看法者如 96 年度上易字第 2020 號判決。該判決指出，醫師就侵入性醫療行為的實行，原則必須依據醫療法第 64 條第 1 項規定向病患與其家屬說明並取得同意後始得為之；不過，例外在緊急狀況下，為即刻對病患進行醫療救助，縱無告知說明，亦屬身為醫師為保護病患生命法益所為的業務上正當行為，得阻卻該醫療救助行為可能構成的刑事不法。

所謂的推測承諾<sup>113</sup>，在臨床醫療場合中，必須受到特別的重視。爲了讓醫師於個案中便於施展，特別在無法獲得患者承諾的情況下，就須思考醫療父權主義積極介入的可能性。於醫方的立場，專業上只有醫師可以爲無意識患者的最佳利益進行思考並做出打算，此時醫師的決定應該是一種現實不能狀態下，對於患者意思的協助與補充<sup>114</sup>。換言之，雖然患者承諾是爲原則，但基於醫療的高價值目的，推測承諾此時仍能透過社會相當性或客觀優越利益衡量的方式來阻卻違法。例如，醫師在緊急狀態下對患者施與急救，雖然推測的結果不如患者所預期，不過，基於社會鼓勵助人的高社會價值，此醫療行爲因爲具有社會相當性且客觀有優越的利益存在，故能阻卻違法。

## 二、告知家屬的真意

本文認爲，對於無承諾能力的患者而言，醫師在施行醫療行爲前，重點應該聚焦在如何判斷何者是「最好的決定選擇」，而非「由誰來做決定」。在緊急情況下，病患已陷入無意識狀態時，醫師客觀上已無法對患者本人實施告知義務，亦無法探詢患者的真摯意思時，按醫療法 63 條規定，必須告知家屬取得承諾後始能實施醫療行爲。不過，基於本文一貫立場，醫療自主決定權應該存於醫師與病患的溝通之間，也就是說，此時醫師仍可基於醫療目的，透過緊急避難或推測承諾的法理，逕自爲病患診療。換言之，告知家屬的目的，並非代替病患承諾當下醫療行爲的進行，而是藉此確保醫師本身推測承諾權的客觀性與運用合宜。

詳言之，一般家屬必定能爲病患的最佳利益進行考量，同樣的，按推測承諾的法理，阻卻違法事由成立的前提，就是假設病患意識清楚時，亦會認爲醫療行爲符合自己最佳利益並願意承諾。因此，醫師告知家屬病情的思維，就是站在確保正確理解病患意願的立場，確認自己專業的推測沒有錯誤。當然，站在醫師的角度，假若家屬的意願明顯與醫療救助目的相左，如臨床醫療實際曾發生過家屬基於宗教信仰，拒絕醫師爲自己小孩進行緊急輸血，或是對於命在旦夕的病患，執意放棄治療等案例，由於醫師告知家屬病情並取得其承諾的目的，在個案中並非具有完整的決定力，醫師此時仍需自行推測客觀符合病患需求的治療方案，逕自執行醫療行爲，當然，該等未經承諾的醫療行爲，仍會成立出自考量病患最佳利益的推測

<sup>113</sup> 山中敬一，ロースクール講義－刑法總論，成文堂，2005年4月，頁232-233。

<sup>114</sup> 日本學說上的說法，認爲是一種患者同意權代位行使的方式。參照：山中敬一，註79文，頁51-52。

承諾，且透過緊急避難利益優越衡量結果，縱使踰越法定代理人的決定，亦不會產生刑事責任上的問題<sup>115</sup>。

## 第四節 小結

醫療行為的本質就是須為社會整體創造利益。然而，在人體器官移植領域中的器官摘取行為往往就會遭遇許多倫理上的質疑。主要原因就是在醫療行為創造利益的同時，所帶來的損害顯然形成弊大於利的情況，此時自然不得輕易允許。活體器官的摘取，純粹對供體的身體或生命法益而言，是一種百害無利的傷害行為，若欲追求移植效益，前提就是需要在社會相當性能接受的範圍內，才能允許摘取行為的進行。

因為，摘取行為對供體身體的侵襲並不會為其帶來任何正向益處，因此，為保障潛在供體的生命或身體法益，自主決定權就須受到相對限縮，若回到器官捐贈承諾問題的處理，表示運用被害人承諾來建構的器官摘取承諾程序，是需要求供體依據「自己主觀的意願」來判斷器官捐贈所帶來的好處與壞處為何；並由「自己」來決定承諾或拒絕器官摘除手術的進行，如此才能有效保障器官供體的身體法益。至於限縮部份，考慮的則是供體承諾摘取是否能被社會倫理所允許，假如供體承諾醫生摘取其器官用於移植沒有完全建立在現有生命倫理要求之上，則單純的供體承諾本身並不能作為醫生摘取供體器官行為之正當化依據。例如，如果醫生摘取器官行為可能損及生命或造成重傷結果時，就無法免除罪責。

對於活體器官摘取程序來說，摘取手術的結果，僅僅是在侵害供體的身體健康或完整性，因此，立法上就須設定更為嚴格的適切規範來保障供體器官不會在非自願承諾下遭到摘取。不過本文也認為，只要能確保供體能在摘取器官後仍能維持健康、正常生活，就可考慮適度放寬法令，緩解器官來源不足的困境。典型的政策思考，如多數國家為避免未成年者思慮不周，遭受外力脅迫進行器官捐贈，往往直接限制未成年者進行器官捐贈。不過，法令選擇一律禁止未成年者的器官來源，反而讓許多等待捐贈的父母，無法獲得關係最密切、道德疑慮最低與移植成功率最高的近親器官移植，結果就是失去拯救生命的重要機會，造成一個家庭的破碎。從這類情況中就能明顯看出，法令如果過於僵硬欠缺彈性，除了無法有效解決

<sup>115</sup> 類似見解，請參照：吳俊穎，醫師告知義務急速擴張的時代—法界的期待與醫界的臨床實務之間的鴻溝，法學新論第14期，2009年9月，頁104以下。

器官移植這類複雜的生命倫理與道德等議題，甚至產生更多非法摘取器官的犯罪行爲。因此，若能個案審查未成年者的識別能力，在確保其在認識捐贈意義與預見損害的前提下，進行器官摘取手術，刑法評價上程序的開放似乎並無不可。

另外，關於死體移植部分，具有爭議的是腦死究竟是否屬於刑法評價上的死亡意義。綜觀腦死判斷的歷史演進，可以理解腦死作為死亡標準是近代逐漸興起的判斷方式。不過，就刑法必須縝密維護生命法益的任務來說，傳統心肺喪失說的死亡標準依然較為穩定且能被大眾情感接受的好處。相對於三徵候說的判斷審慎，透過腦死作為人類死亡的標準，其中則是參雜了各種功利目的的考量。例如，基於人體器官移植發展的政策性思考，腦死標準能顯著提升器官來源與手術效益。目前，透過醫學長久以來的研究背書，現階段已有多數國家將腦死標準廣泛作為死體器官摘取前的死亡標準認定程序。

本文認為，基於對生命法益的審慎保障，腦死器官捐贈必須放置在利益衡量的天平下思考，並達到優越利益的標準時，才能允許運用。不過，以刑法的觀點來說，直接將腦死視為死亡，恐怕造成生命法益保障的鬆動，尤其判定方式的複雜與主觀，一但造成誤判，醫師摘除器官恐有殺人罪的問題產生。因此，縱然為了追求人體器官移植手術的效益，在符合各項法定要件的前提下，經過嚴謹的腦死判斷程序，我們得以摘取腦死患者體內器官，不過，這並不表腦死者，就必然視為刑法意義上的死體。

可惜的是，目前無論是我國、德國或日本所採取死亡標準二元論，都將腦死作為特定目的下的死亡標準，本文基本上是秉持質疑態度。本文認為，腦死並非人類死亡終期，只是當生命不可逆的朝向死亡邁進下，由於迅速接近了死亡終點，基於刑法對生命法益的嚴格保障，才會希望透過腦死判定方式確認供體生命的不可逆性，目的就是一種為增加器官來源的思考。換言之，允許腦死者作為捐贈器官供體，是解除刑法保護法益的任務，允許死者生前承諾，一旦生命進入腦死狀態，基於人格延展的自由，可讓其自主選擇是否遺愛人間。如此一來，在維持心肺死的死亡標準判斷下，我們可以透過刑法的警示，提醒醫師摘除器官前，務必獲得腦死者本人的承諾，因為此刻，若不取得承諾，構成的並非毀損屍體，而是扼殺生命的殺人行爲。

再者，不同於器官摘取行爲，當我們討論到器官植入型為此種典型治

療性醫療行爲時，首先就須從醫療自主決定權的精神來闡釋。從古至今，自主決定權發展所圍繞的思考起點，就是患者在醫病關係中所能擁有的自主空間究竟多廣。醫療自主決定權本身對抗者，就是醫生出於父權醫療思維所做的各種獨斷的醫療評估與抉擇，往往忽略病患本身的決策參與權。基於專業傲慢的陋習，醫生對於病患的病情資訊，時常會有說明簡略（說了你也聽不懂）或完全不說明的情況產生。此時，由於病患在不對等的情况下，基於專業無知，無法選擇對自己生命質量最佳的醫療行爲進行治療。如此就會產生病患人格自由與自主權的侵害。這種醫師專業意識凌駕於患者的結果，就是讓生命尊嚴遭到嚴重的損害，人格降於客體化，在醫療情境下，受制於另一個人（主體）的主導與支配。醫療臨床上，若由醫師居於主體地位，藉由自身的優越意識，利用專業做爲武器，單獨決定病患病情治療的方案，或許在多數情況下，由於病情並非複雜嚴重，不會產生多大爭議，但是，就少數重症病患的診療，可能就會忽略其應存有決定自己生命與生活質量的空間，進一步的，就會產生醫病關係間的嚴重爭執。

另外，患者自主決定權最重要的前提，就是所謂的醫師告知義務的實踐，此是爲了讓病患本身居於醫療主體地位，透過醫師的詳盡告知，對等取得完整的醫療資訊，並在符合倫理的期待下，爲自己決定最佳的醫療模式。告知義務的落實，本身的重要功能與意義，就是讓病患擁有自由伸展人格與自主安排生命與生活的重要條件。生命維繫固然非常重要，但透過醫療行爲找回有價值、有意義的生命，更應該是醫師與病患間該彼此努力的共識。再者，由於患者自主決定權在透過醫師告知義務的履行後，病患的承諾本身就是完整實踐該權力的主要方式。承諾本身，是一種溝通後的選擇結果，相對的，既然自主權是透過選擇的形式實踐，在醫病雙方溝通時，基本上就會有三種選擇的結果：第一，對於醫師的醫療方案，選擇承諾接受；第二，在多種醫療方案中，選擇承諾符合自己意願的醫療手段；第三，拒絕醫師提供的醫療行爲。一般社會大眾與醫界推動與關心者，會是前二者的選擇結果，因爲在仍得以實施醫療行爲的前提下，這兩者並不會阻礙醫師達成治療病患的醫療目的。

較有爭議的是，第三者類型，病患的選擇結果是拒絕醫療行爲對自己身體健康的原著，站在醫師的立場，可能就會與其自身的任務產生衝突。但是，病患在接受詳盡告知後，選擇拒絕本身，當然也是患者主決定權的體現之一。然而，有論者可能質疑，拒絕醫療行爲本身，除了將會與以救助生命爲天職的醫者任務產生嚴重衝突，尤其在病患病入膏肓時，醫師應該能爲病患的最佳利益，而阻止其實踐自己的醫療自主權；誠然，生命的

存續固然是人生在世的基本條件，但生命若已無法享有最基本的尊嚴時，生命的存續就沒有任何意義。患者自主決定權的基本精神，應是讓病患能選擇可以自主伸展人格、維護尊嚴的醫療方式來形塑自己的生命意義，如果透過各種醫療措施皆無法讓病患有尊嚴的活在世上，就應尊重病患拒絕治療的決定。這樣的看法，嘗試再從臨床醫療操作去做衍生，站在刑法的立場來說，只要沒有緊急情況的客觀狀態，醫師此時若不做為，而任憑病患死亡，由於保證人地位則會依據尊重患者生命的質量選擇而隨之消滅，不會有刑事責任的問題產生。

本文原則並不贊同上述偏向早期專業掛帥的實驗室醫學觀，並認為，假如病患拒絕醫師的侵入性治療，或是醫師在未告知的情況下，透過欺瞞的方式逕自為患者實施侵入性的治療等，除了必然將會侵害病患的自主權，透過刑法違法性概念的解釋，醫師的傷害行為並未取得患者有效承諾的後果，就是無法阻卻自己傷害行為的不法，進而必須負擔刑事罪責。

另外，一旦建立依據被害人承諾的法理來建立識別能力，作為患者承諾能力的主要判斷，對於某些心智年齡實際已經成熟的未成年者，其醫療自主決定權就需透過辨別能力的判斷，給予尊重。目前我國多數醫療相關法令，對於未成年者往往都是設有法定代理承諾的機制，代為考量其最佳利益，做出最終醫療判斷，這樣的作法，雖然多數情況下都能適切的保障未成年者的醫療權益，不過，實際上仍有很多特殊事例下，未成年者的決定或許更能符合自己的利益與期望。因此，無論患者有無成年，最重要的仍是希望能在其有能力形塑自身利益與發展人格的同時，對自己是否接受醫療行為的結果負責。換言之，法定年齡若能成為個案審查的標準之一，而非全有或全無的門檻設限，如此的立法設計才能更充分並更廣泛的保障患者的醫療自主決定權。最後，對於病患無承諾能力情況下的醫療處置，以往的觀念與法令互相配合的結果，就是讓醫師先行取得代理人的承諾，或是緊急狀態下由醫師自行為之。這樣的方式，在自主決定權的裡面亦須做出觀念上的調整。簡單來說，這是一種患者客觀上無法為自己利益打算的無奈情況，此時，醫師基於推測承諾的法理，為患者進行的必要醫療措施，基於醫療專業考量所形塑的整體利益，應得到法秩序所允許。雖然制度上似乎強調法定代理人意思的重要性，不過本文認為，若在緊急狀態下，法定代理人的意見，只能作為醫師基於專業判斷下的參考資訊，萬一彼此意見有嚴重相左時，基於醫療利益的追求，醫師應當逕自為患者的生命與身體健康做出最佳決定。

## 第六章 結論與建議

### 第一節 結論

**第一章**，緒論是對本文的研究動機與目的分別進行說明，對於研究方法，除了法釋義學的方式運用外，同時也進行各國立法例的比較研究，試圖了解各國制度後，能在探討議題的基準點上，取得較佳的國際視野。此外，本章也從社會學的觀點，提供必要的素材協助刑法進行規範與評價思考。對於人體器官移植技術此類醫療行為的刑法評價來說，醫療社會學所關注的是醫師在社會中角色定位為何，與患者的關係該如何做到有效的義務分配與合諧互動，從中思考醫療自主決定權的概念內涵，作為刑法評價人體器官移植行為的重要標準與指引。

**第二章**，除了說明人體器官移植的意義與歷史進展外，透過器官移植不同類型的介紹可知，目前器官移植技術仍舊繼續發展，無論是自體移植、人工器官移植、甚至異體移植，都是正與人體器官移植同步發展的移植科技形式，希望能持續幫助人類創造美好的健康生活及未來。不過，本章同時也呈現各項人體器官移植數量的統計數據，點出目前全球器官移植的供體來源不足的嚴重問題，除了造成多數患者在等待器官過程中遠離人世，同時成為移植技術是否能持續廣泛運用的阻礙。供體不足原因很多，無論來自社會倫理道德面、家庭私人情感面或是制度分配缺失面等，都可發現供體不足將是一切災難的潛藏根源。有錢人為了生存，不擇手段到進行移植旅遊。不肖業者為了龐大利益，透過器官買賣交易獲取金錢暴利，接連產生更多的社會問題，其中的非法行為和犯罪事件，如竊盜、走私人體器官、非法販賣兒童等。這一切違反他人意願的器官取得行為，如同不是你死就是我亡的野蠻情境，在現代文明社會中，透過人體器官移植的發展又再度上演。

**第三章**，針對第二章的現況困境做出回應，說明各國法制對於人體器官供體不足的應對方式，主要涉及人體器官移植的立法例以及刑事規制二

大部分。首先，面臨人體器官嚴重供應不足的現象，各國無不嘗試在器官取得制度上進行設計與調整，在此思考下，各國一方面透過積極的行政立法，建立各項提升捐贈效率、合理分器官的準則，目的是為對症下藥，從問題癥結點的方向，思考更合理公平的分配制度，平衡目前器官供體來源嚴重不足的現象。其中，無論是建立腦死標準到推定同意制度的設計，透露各國都欲設法提升死體器官來源的管道，作為人體器官移植發展政策的首要方案。

同時，各國法令也不曾放棄活體器官的取得途徑，因此，若從宏觀的角度檢視器官移植手術，一旦行政法令或醫療作為，態度上積極朝向擴大器官取得機會的功利目的傾斜，無論是潛在器官捐贈者或植入器官者，皆會衍生權利侵害的疑慮。誠然，尖端醫療科技的發展，總能快速帶動人類社會前進，對文明發展具有十分重大的影響與意義。不過，尖端醫療科技為人類帶來的影響猶如雙面刃，自身具有的特殊性，使得國家運用法律規範的手介入時，往往必須採取審慎的態度。刑事處罰，作為國家控制社會的最後手段，對於人體器官移植技術此種生命科學技術衍生損害的效果就須更加注意。

刑法的規範與評價，對於人體器官管制法令的制定，有相當重要的指導功能。主要原因在於，面對人體器官移植行為，刑法本身的任務是以生命與身體法益的保障為前提，從移植行為本身帶有的侵害性特徵觀察，可以明確知悉移植承諾與法益持有的放棄，兩者概念甚為相當。而自主原則與刑法正當化事由的意義，在互相影響與交互作用下，從中分析出來的標準，就能成為建立人體器官移植法制的正確方向。

總之，第三章首先透過法制面的建立與刑事立法目的與內容的介紹，指出人體器官移植行為過程中，刑事判斷的重要性，進一步的，從器官取得制度的設計可知，多數國家對於合法化事由的建立，都是秉持自主同意原則的精神，希望當事人是自主自願的情況下進行移植活動，此即點出醫療自主決定權與刑事正當化事由間的重要關係，本研究接下來關於第四章與第五章的內容論述，將分別對於人體器官移植行為的刑法評價進行說明。

**第四章**，從刑法的觀點探討人體器官移植行，本質上是一種同時侵害供體與受體雙方生命或身體法益的不法行為，理應受到刑法目的的關注。觀察各國關於人體器官移植行為的刑事立法，多圍繞在供受體二者間的生

命或身體法益侵害問題。規範設計上，又是以未得當事人承諾的移植侵害為重要處罰條件。因此，我們可以藉此觀察得知，在人體器官移植行為中，無論是摘取供體器官結果，或是植入受體器官過程，對其造成的身體損害，縱然背後能為個人或社會帶來多少利益，是否在當事人承諾的前提下進行，仍是判斷行為有無刑事可罰性的重要關鍵。

這樣的看法，主要原因在於移植手術造成的傷害結果，從刑法的立場來說，就須從違法性層次中，尋找阻卻違法的理由。目前學說雖然一致認為器官移植是一種業務上的正當行為，可以在實定法中找到業務正當性的合法依據。不過，基於醫療行為對患者身體或生命法益的侵襲性特徵，多數學說仍會再從實質違法性的方向，為醫療行為的刑事正當化事由作進一步的補充與詮釋。本文贊同學說中主張的一種詮釋立場，就是透過自主決定權的理念指引，將其精神注入被害人承諾的法理內涵，並將其作為患者是否有意願接受醫療行為的判斷標準，也就是要求醫師若要迴避刑法的處罰，前提就須獲得對方的真摯承諾。這樣的的目的性思考，是傾向為法益持有者的處分權益進行考量，醫師不得恣意主張醫療行為的高價值目的，就能輕易忽略傷害結果等同一併侵害患者的身體法益與自主權利。據此，無論病患的承諾或拒絕，立法上都須設立更鎮密的判斷標準，標準的建構就是以被害人承諾作為核心架構。目的是為確保病患都能在充分理解醫療資訊的情況下，仔細衡量自身利弊得失後，自願、自主的放棄刑法對其身體健康法益的保障。

**第五章**，從人體器官移植手術的摘取到植入過程階段，分別進行刑法上的犯罪判斷，並從判斷過程中，找出現行制度的缺失與須調整之處。首先對於人體器官摘取行為進行的刑法評價。討論內容分為活體器官摘取以及腦死器官摘取二種不同型態。就活體摘取的刑法判斷來說，活體器官的摘取，純粹侵害了供體的身體或生命法益，是一種百害無利的傷害行為，因此若欲追求移植效益，前提就是需要在嚴格保障供體生命與身體法益的條件下，於社會相當性能接受的範圍內，才能允許摘取行為的進行。不過本文認為，只要不會造成供體重傷或生命危險的摘取行為，仍可適度放寬法令，緩解器官來源不足的困境。典型的例子如多數國家為避免未成年者思慮不周，遭受外力脅迫進行器官捐贈，往往直接限制未成年者進行器官捐贈。但是，法令選擇一律禁止這類器官來源，反而讓許多等待捐贈的父母，無法獲得關係最密切、道德疑慮最低與移植成功率最高的活體近親器官移植。結果就是失去拯救生命的重要機會，造成一個家庭的破碎。因此，若能基於醫療自主決定權的精神，個案審查未成年者的識別能力，在確保

其能認識捐贈意義與預見損害的前提下進行器官摘取手術，依刑法的評價檢視，這程序的開放似乎並無不可。

就腦死器官的摘取而言，由於人的死亡時間，對於區分殺人罪與毀損屍體罪，確定殺人既遂的時間來說，具有重要意義。關於人的死亡，歷來就有心肺喪失說或者三徵候說。近年來一方面隨著人工維持生命設備的進步，腦死成爲醫院使用維持生命設備與撤除設備的討論時點；另一方面，隨著器官移植的發展，爲了確保器官的來源，腦死說的主張亦逐漸受到積極勸募器官的政策立場所重視。不過，由於腦死患者，急便完全喪失大腦機能，處於不能恢復的狀態，但在人工呼吸器幫助下，呼吸、心跳仍能正常作用。這種情況下，是否能說生命現象已經終結，在刑法研究領域中，也是不斷爭論的焦點。

本文認爲，就目前醫療技術與普遍水平來說，腦死的判斷仍無法逃脫可能失誤的質疑，單純將腦死做爲器官移植目的下的死亡標準，可能過於功利傾向，容易帶來道德危機與衍生不法犯罪等問題。另外，基於對生命保護價值的相對性肯認，原則在一般場合中，生命價值的保護是客觀絕對的，但是在特殊場合中（如臨床診療時），生命價值的保護就需相對主觀。生命價值的相對化，就是讓患者主觀上對生命有處份權利，此時客觀法秩序的價值保護就非固定，而會隨著患者主觀人格決定趨於流動調整。在此概念下，腦死者應非死亡，僅是生命邁入盡頭的過程之一，患者有權事先決定一旦生命陷入此狀態下，是否處分自己的生命法益，維護身爲人者的最後尊嚴。不論腦死患者決定提供器官，遺愛人間，或是家屬推定患者腦死前意思，做出捐贈決定，都是符合尊重供體生命與尊嚴的處置方式。總之，從刑法保護法益的功能思考，雖然各界普遍肯定腦死表徵的是生命快速進入不可逆性的終局，不過，爲穩定生命法益的保護，腦死既然並非人類生命終期，經腦死判定的患者，就僅生命值量低弱，經過利益衡量，應可允許患者自主承諾處分自己器官，提前終結自己生命。

關於人體器官植入行爲的刑法問題與判斷。依據患者自主決定權的精神，病患能選擇可以自主伸展人格、維護尊嚴的醫療方式來形塑自己的生命意義，如果透過各種醫療措施皆無法讓病患尊嚴的活在世上，就應尊重病患拒絕治療的決定。這樣的看法，嘗試再從臨床醫療操作去做衍生，站在刑法的立場來說，只要沒有緊急情況的客觀狀態，醫師此時若不做爲，而任憑病患死亡，由於保證人地位則會依據尊重患者生命的質量選擇而隨之消滅，不會有刑事責任的問題產生。另外，同樣按刑法通說觀點，

人體器官植入行爲結果既然客觀上有造成病患的身體侵害，主觀上醫師亦有認識與意欲，自然該當傷害罪的構成要件。不過，畢竟醫療本質就是以救助生命爲目的，基於患者自主決定權的概念與被害人承諾形成概念交錯的情況，病患承諾就會成爲人體器官植入行爲的刑事正當化事由。

換言之，恢復患者健康的醫療行爲，基於自主決定權的精神，其作爲阻卻傷害罪違法性的承諾法理，是指身體法益可自由處分背後所代表的意義就是，法益持有者可基於主觀的價值判斷，衡量如果放棄法益的保障，是否能爲自己帶來更優越的利益。亦即，雖然法益的放棄在客觀上會造成持有者實質損害，惟當持有者主觀認爲捨棄法益將會得到更多好處時，自然會針對該持有法益進行放棄的承諾表示，當法益經處分不存在時，刑事違法性隨即受到阻卻。法益持有者能自主處分法益，就意味著必須遵照他的價值判斷來衡量利弊得失。依據被害人承諾加入醫療自主決定權的法理指引，無論是對患者拒絕治療權的尊重、成熟未成年承諾標準應當實質認定，無承諾能力患者的醫師專斷利益決定權等，都須在立法上進行修正與調整。

## 第二節 建議

人體器官移植，是能拯救患者生命，恢復身體健康的新興尖端醫療技術。但是，站在刑法保護法益的任務立場，無論是器官的摘取或植入，移植技術本身就是一種對個體生命與身體法益造成損害的傷害行爲。該如何從刑法評價的觀點，檢討目前人體器官移植相關程序的合法化標準，涉及的是人體器官移植效益及法益保護目的間的平衡關係。本文研究建議，主要是從刑法的規範目的角度思考，配合醫療自主決定權的理念指引，嘗試調整與建立一個能充分維護供受體雙方權利，且同時兼顧人體器官移植發展效益的制度，以下將從學理與立法上分別提出建議。

## 一、學理上的建議

### (一) 關於器官摘取行爲

#### 1. 刑法死亡認定宜採三徵候說

就目前腦死判斷技術仍有不確定性的情況下，加上腦死標準僅僅與器官移植效益與來源等功利思考面向互相配套，如此恐怕過多外力介入造成生命法益的保護漏洞。本文建議，刑法對死亡的認定，仍應維持傳統心肺喪失說（三徵候說，下列簡稱為心肺死）較為妥適，三徵候的狀態表徵，除了已是社會大眾意識中，長期根深蒂固的死亡形象；刑法處理生命保護的議題時，運作心肺死的標準也都能圓滿無缺地解決問題，並不會出現任何法律漏洞。特別對於腦死器官摘取程序上，採取傳統心肺死的判斷時，仍可透過各種同意制度的確保設計，讓腦死者能自主處分殘餘的生命。

#### 2. 腦死器官摘取承諾不宜採取國家預設推定同意制

我國目前是在承認腦死亡的前提下，設計死體器官取得程序，允許供體生前意願不明時，透過家屬承諾的方式推定供體有捐贈器官的意願。不過，依據本文看法，腦死者若有生命能量的殘餘，欲摘除其器官，就須回去尋找死者生前的自主意願。本文建議，過於偏向社會效益的獲取，如為減少醫療資源的耗費，讓國家決定是否解除末期患者的維生設備；或為更有效率的取得腦死者身上的各項器官，運用國家推定同意的方式，預先設定每位腦死者都是潛在捐贈意願者，將會直接對患者的生命自主決定權造成侵害，形成國家主導人民生命走向的離譜現象。因此，本文認為，在腦死器官摘取時，患者承諾可由家屬代理，但目前部分國家採取的預設同意方式，基於腦死非死亡的立場觀之，則不適宜作為此項立法配套。

### (二) 關於器官植入行爲

#### 1. 得「患者承諾」是阻卻醫療行爲傷害不法的實質依據

早期無論是日本主張的業務權說或是德國學說強調的醫療行爲合法化事由，主要是從父權主義的觀點思考，由醫師的觀點來尋求醫病關係中的優越利益，在此情況下縱使未經患者承諾，醫療行爲仍可直接依據業務

上正當行為來阻卻傷害違法。然而，隨著醫療行為的多樣化發展，人類思想呈現多元化，醫病關係中的利益，越趨多面，患者看待自己生命與身體健康價值的態度，並非全然會與醫師的看法趨向一致。

從醫師或社會觀點來看，一個專業判斷或許能為患者取得客觀上的最佳利益，不過，從患者的立場來說，自醫療自主決定權的概念引入後，醫病關係中的利益塑造者就不應全然交由醫師為之。在醫療場合中，患者承諾的地位，就是在醫療自主決定權的精神下，透過刑法被害人承諾的法理操作，成為詮釋醫療業務正當行為的主要方式。因此，人體器官植入行為是否能阻卻傷害罪的違法性，必須端看患者自身的考量，自主承諾放棄身體法益的保護時，醫師才能從刑法規制視線中逃脫。

## 2. 「患者拒絕」得解除醫師保證人地位

對於生命法益的保護，刑法學理上是採取絕對保護原則的立場。按人擁有的生命，是發展人格，擴展生活的一切基礎，因此生命法益的本質就需具有不可放棄性，縱然生命法益持有者依照自我意思願意放棄刑法對生命法益的保障，但該意思並不會發生承諾的效果。在我國刑法第 275 條已有明文，對於受囑託或承諾的殺人行為，將會構成加工殺人罪的處罰。基於生命絕對保護原則的精神，人民於法秩序中，對個人持有的生命法益並無自處分權利，也可稱為生命的不可處分性。

不過，從現代社會的法律制度觀察，生命法益保障的絕對優勢，似乎已經受動搖。人民對於生命品質的重視，逐漸超越生命量的延續。從醫療自主決定權的角度來思考，當生命狀態無法順利支持患者自主生活，延展人格時，患者對於生命法益的價值就會失所附麗，相對的，自主決定放棄生命的利益反而成為患者維繫尊嚴，展現人格的最後機會。因此，當具體個案中，運用醫療作為結束患者生命的結果，反而幫助患者從痛苦中解放出來。這就如同賦予患者對自己生命的自主處分權限，形成一種生命保障原則相對化的現象。

在人體器官植入行為的場合中，患者面臨的是若不進行手術，身體健康就無法恢復，甚至死亡的情況時，患者的醫療自主決定權的內涵，應當包括承諾醫療以及拒絕醫療的權利，從法益處分的角度來看，就是一種處分生命法益的自主空間，當患者的生命必須透過此種特殊先端醫療行為予以維護時，此時優先考量者，就非客觀符合社會共識的生命絕對保護原則，而是患者主觀上對其人格延展與生活安排的自主意願。在此意義下，患者具有器官植入手術的拒絕醫療權，得解除醫師基於醫療義務所負擔的

保證人地位；得患者拒絕者，將不會有不作為殺人罪的責任問題。

### 3.宜採識別能力說為承諾能力認定標準

人體器官植入行為得患者承諾，從刑法觀點來看，就是得被害人承諾來阻卻傷害不法。判斷患者有無能力承諾此項醫療手術的進行，必須依循被害人承諾能力的認定方式，以辨別能力的有無作為判斷方式。據此，本文分別有二點建議：

- (1) 保障已成熟未成年人的自主決定權：採取識別能力的標準作為判斷病患有無承諾能力，一方面符合醫療自主決定權與被害人承諾須以「病患本身」作為承諾主體的基本精神；另一方面，承諾能力原則回歸醫療主體進行實質認定的結果，亦可適度防止法定代理人濫用代理承諾權的情況發生。
- (2) 法定年齡成為輔助判斷識別能力的標準：未成年者是否擁有完整的承諾權利，須透過個案判斷未成年者的心智成熟度與理解能力。將「法定年齡」當作是判斷標準之一。醫師不能認定患者未達成人年齡，就自始否定未成年者的自主決定權利。將年齡要素作為相對標準而非絕對，可幫助醫師實質認定患者是否具有承諾能力。

### 4.法定代理權濫用的應對

對於實際上無承諾能力或緊急情況下無法實行承諾權的患者來說，法定代理制度就須從旁發揮協助功用，幫助患者進行醫療資訊的過濾與決定。不過，本文建議，對於無承諾能力的患者而言，醫師在施行醫療行為前，重點應將焦點置於如何判斷何者是「最好的決定選擇」，而非「由誰來做決定」。對於人體器官植入行為此種以治癒他人為目的的典型醫療行為，基於推測承諾法理的運用，醫師應可直接實行之。如此，一旦出現法定代理人因經濟環境不佳、宗教信仰、個人的偏好而拒絕給予患者應有的醫療照顧此等濫用代理權的情事時，醫師得未經代理承諾，直接為患者的利益打算。主要理由在於，醫師依循醫療專業評估對患者施與急救，雖然推測結果不如患者預期，不過，基於社會鼓勵助人的高社會價值，此項醫療行為具有社會相當性且客觀上已形成的有優越利益存在，故能阻卻違法。

## 二、立法上的建議

### (一) 關於器官摘取行為的立法

#### 修正人體器官移植條例第 8 條

修正為：

「醫院自活體摘取器官施行移植手術，應合於下列規定：一、捐贈器官者應出具書面同意及其最近親屬二人以上之書面證明；二、摘取器官須注意捐贈者之生命安全，並以移植於其五親等以內之血親或配偶為限（第一項）；前項第 2 款所稱之配偶，應與捐贈器官者生有子女或結婚二年以上。但結婚滿一年後始經醫師診斷罹患移植適應症者，不在此限（第二項）；捐贈部分肝臟移植於其五親等以內之姻親，不受前項第 2 款移植對象之限制（第三項）；醫院自活體摘取器官施行移植手術，應對捐贈者予以詳細完整之心理、社會、醫學評估，經評估結果適合捐贈，且在無壓力下及無任何金錢或對價之交易行為，自願捐贈器官，並提經其醫學倫理委員會審查通過，始得為之（第四項）；未成年人的捐贈移植，醫院除應依前項規定辦理外，並應報經中央衛生主管機關許可，始得為之（第五項）。前項許可，中央衛生主管機關得邀請專家、學者組成委員會審議；委託經中央衛生主管機關指定之機構為之時，亦同；其許可辦法，由中央衛生主管機關定之（第六項）」

修正理由

#### 1. 承諾能力應個案審查

本條對於活體器官移植的程序合法規定，刪除第 1 項第 1 款有關捐贈器官者需為成年人的規定。主要考量是認為，目前法律雖然透過設下年齡限制門檻的方式，來完全防阻未成年者活體器官捐贈可能造成的種種弊端，但基於擴大器官捐贈來源的精神，讓大多數未成年者沒有捐贈器官的機會，該等限制似乎又過於嚴苛。故為應現實需求，藉以挽救更多的生命，

故刪除原本法定年齡的門檻限制。

刪除之後，應該採取辨別能力的標準對捐贈者的承諾能力個別判斷，主要理由是，捐贈者對器官捐贈的承諾，本質即屬刑法意義上的「被害人承諾」。由於放棄法益保護的承諾與民法上行爲能力的規定無關，捐贈者不須達到「一定年齡」，始能認定其對法益的放棄具有識別能力。就活體器官摘取承諾來說，器官捐贈者的認識程度，只要能對摘取器官的手術風險、往後健康影響及承諾的法律效果有充分理解，捐贈者就得自主行使其承諾權利。而捐贈主體的年齡則可作為上述個案審查的標準之一，但並用法律規範的方式成爲唯一。

## 2.賦與未成年活體器官捐贈的可能性

建議刪除本條第 3 項關於未滿 18 歲得經法定代理人承諾捐贈肝臟的規定。同時，修正本條第 5 項規定爲：「**未成年人的捐贈移植，醫院除應依前項規定辦理外，並應報經中央衛生主管機關許可，始得為之。**」修正後，醫院摘取活體器官的移植手術，已不限於成年者始得為之。凡是經過嚴謹醫療相關程序的檢視，未成年人亦能成爲活體器官捐贈者，救助旁人的生命。

主要修正理由在於，目前我國囿於保護未成年者的立場，除了規範捐贈主體僅限成年者外；考量社會實際需求，雖例外開放 18 歲的未成年者針對肝臟項目亦得進行捐贈，惟此捐贈手術仍須獲得法定代理人的同意。此例外規定與美國法全面代理制度相同的是，對於未成年者而言即會產生另一種道德上的危機；亦即，未成年者可能受迫家庭內部的倫理壓力，無法表露內心真意。且從刑法保護法益的角度觀之，活體器官的摘除，本質上應屬侵害身體法益的傷害行爲，是不利本人健康的醫療援助行爲，其行爲的刑事合法要件無疑須受嚴格檢視。是故，摘取器官行爲背後的實質合法化依據就是阻卻違法性的被害人承諾，同時不得再開例外來爲低價值的醫療傷害行爲尋找其他阻卻違法事由（例如推測上的承諾或法定代理人同意），如此方能嚴密保障捐贈者的身體健康法益。

修法上，除了刪除捐贈年齡門檻的硬性法律限制外，也要強調個案審查模式的功能，允許擁有識別能力的未成年人也能行使承諾權利。此處的個案審查，除在制度面上須加強負責單位的審查功能外（醫學倫理委員會），須注意的是，縱使未成年者通過個案審查後，認定其有承諾捐贈器官的辨別能力，但審查會仍得基於其生理年齡尚未成熟或捐贈手術可能對身體造成重大損害等理由，拒絕移植手術的進行。換言之，捐贈承諾僅爲

活體器官捐贈程序的第一道控管機制，目的是為確保捐贈者的器官捐贈決定權，強調意願任意性的重要，但並非意味著一旦經過捐贈者的承諾即可進行活體器官的捐贈（參照上述建議修正後的人體器官移植條例第 8 條第 4 項、第 5 項與第 6 項關於未成年者捐贈同意的審查規範機制）

## （二）關於器官植入行為的立法

### 修正醫療法第 63 條

關於侵入性醫療手術的合法化程序，主要規定於現行醫療法 63 條中，學理通說認為，本條立法規範是為確保患者醫療自主決定權以及具體化告知同意法則的重要設計。本文基於此等方向思考，對於目前規定尚有不足或疑意之處，提出以下修法建議。

#### 1. 醫療法第 63 第 1 項修正為：

**「醫療機構實施手術，應向病人與其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。」**

修正理由

#### （1）病人應為醫師履行告知義務的主體

現行醫療法第 63 條第 1 項規定：「**醫療機構實施手術，應向病人『或』其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險**」，此項規定表示醫師告知義務的履行，可從患者或法定代理人二者間擇一履行，恐與醫療自主決定權的精神不符。按醫師告知義務的履行，背後涉及者，是患者能否在資訊完整的情況下，充分理解自身病情，自主作出符合自己最佳利益的醫療決定。從刑法的角度來看，就是在確保被害人承諾放棄刑法法益保障的真摯性。

因此，現行法若未要求醫師必須對患者進行病情告知，患者之後的承諾表示就會產生瑕疵，而未取得有效承諾的後果，就是侵入性醫療行為所造成的傷害結果，無法透過患者的有效承諾來阻卻違法。是故，本文建議將本條第 1 項前段規定修正為：「**醫療機構實施手術，應向病人『與』其**

法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險。」制度上務必要求醫師需對患者履行告知義務，如此除能確保患者的醫療自主決定權外，也能幫助醫師免於事後刑事追訴的風險與爭端。

## (2) 刪除第 1 項後段緊急情況的專斷醫療權，調整置於同條第 2 項後段

本規定的調整，是為求法條體例與本研究的思維脈絡相互一致，將情況緊急下賦予的醫師專斷醫療權改放置本條第 2 項後段但書中。如此，在實際臨床進行醫療手術前，醫療行為若無法得到患者承諾，例外須請法定代理人代為承諾，不過在緊急情況下時，則是例外的再例外，醫師即可逕行為患者的利益，實施醫療手術。

## 2. 醫療法第 63 第 2 項修正為：

「前項同意書之簽具，病人為無同意能力者或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。但情況緊急者，不在此限。」

修正理由

### (1) 患者承諾能力改採識別能力說

依據目前本條第 2 項規定：「前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。」本規定顯然預設了兩種本人無法進行手術承諾的情況。其中病人為未成年者，是法律預先設定的能力門檻，運用民法行為能力機制作為標準，直接宣示凡是未成年者皆無醫療行為的承諾能力，必須輔以法定代理人的意思表示才有效力。另外，所謂「無法親自簽具同意書」普遍是在說明一種病人客觀實際不能動作的狀況，如患者持續昏迷不醒；不過，亦能說明前者未成年人無法簽具同意書的情形，例如，甫生產的嬰兒，是無行為能力的未成年人者，同時客觀上也無法親自簽具同意書。

由於這樣的立法設計，等同一律限制未成年人主張醫療自主決定權的可能，對於實際上未滿 20 歲，心智卻已十分成熟的「法律未成年者」來說，可能不甚公平。並且，民法制度透過行為能力的設計與法定代理機制的互相配合，主要是為維護日常活動的交易安全，這方面權全交由法定代理人代為處理，對涉世未深的未成年人而言，應屬合理。相反者，醫療手

術的過程必然會對患者身體造成侵害，甚至危及生命。若將此種關乎本人生命、身體與人格尊嚴等緊密相繫的權益選擇，權全交由法定代理人定奪，恐怕已違反醫療自主決定權和被害人承諾法理在患者承諾內涵中的操作。因此，本文建議，刪除本項病人為未成年人的規定，同時修正為「**無同意能力者**」。於此，法律對患者承諾能力的認定，遂捨棄民法行為能力說的標準，並於條文中不預先設定立場，採取實質認定的方式，以識別能力說為主要標準，同時兼顧生理年齡作為輔助參考依據，共同於個案中具體認定患者是否是承諾能力之人。

## （2）本項後段新增緊急情況下醫師專斷醫療權的但書規定

承接上述本條第 1 項的建議，將醫師專斷醫療權增列至本項後段但書規定。主要理由在於，患者自主決定權確立了患者承諾在醫療傷害行為阻卻違法事由中的主要定位，因此，原則未經患者承諾的醫療行為，都不得阻卻傷害不法。不過，當患者無能力或沒辦法作出醫療決定時，醫師基於推測承諾的法理，得逕自為患者的利益打算。在此特別說明的是，所謂「**情況緊急者**」，除了無法定代理人能代為承諾的情況外；解釋上為避免法定代理人的權利濫用，在法定代理人的決定過度偏離醫療目的時，例如，為宗教信仰，堅持不准承諾醫師為患者進行緊急手術時，亦能視為一種緊急情況。此時，醫師遂能藉由本項但書規定直接進行手術，不需經過法定代理人的承諾。這樣解釋的理論基礎同樣出自於為患者利益考量的推測承諾的法理。畢竟在臨床醫療中，對患者健康利益的形塑，仍應涵蓋於醫師的專業能力範圍之中。



# 參考文獻

## 一、中文文獻

### (一) 書籍

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. Michael Sandel，樂為良譯，正義：一場思辨之旅，雅言文化，2011年3月。
3. Thomas E. Starzl 著，林哲男譯，拼圖人——一個器官移植外科醫師的回憶錄，望春風，2007年11月。
4. 大塚仁著，馮軍譯，刑法概論（總論），中國人民大學出版社，2003年11月。
5. 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。
6. 王澤鑑，民法總則，自版，2004年3月。
7. 甘添貴，刑法之重要理念，瑞興，1996年6月。
8. 甘添貴，刑法各論（上），三民，2009年6月。
9. 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。
10. 甘添貴、謝庭晃，捷徑刑法總論，瑞興，2006年6月。
11. 托爾斯泰，安娜·卡列尼娜（上），桂冠，2004年9月。
12. 西田典之著，劉明祥、王昭武譯，日本刑法總論，中國人民大學出版社，2007年3月。
13. 余振華，刑法違法性理論，瑞興，2010年9月。
14. 余振華，刑法總論，三民，2011年8月。
15. 吳志正，醫療契約篇—解讀醫病關係 I，元照，2006年9月。
16. 吳志正，醫療責任體系篇—解讀醫病關係 II，元照，2006年9月。
17. 吳崇其主編，衛生法學，法律出版社，1999年。
18. 李柏璋、曾平杉，醫療紛爭在臨床醫學與法律實務探討，新學林，2010年1月。
19. 劉文瑢，醫事法規要義，合記，1999年11月。
20. 周治平，刑法概要，三民，1980年8月。

21. 林山田，刑法各罪論（上），自版，2006年10月。
22. 林山田，刑法通論（上），自版，2008年1月。
23. 林東茂，一個知識論上的刑法學思考，五南，2007年10月。
24. 林東茂，刑法綜覽，一品，2009年9月。
25. 林書楷，刑法總則，五南，2010年3月。
26. 林鈺雄，新刑法總則，元照，2009年9月。
27. 前田雅英著，董璠輿譯，劉俊麟校訂，日本刑法各論，五南，1990年5月。
28. 恩施特·貝林著、王安生譯，構成要件理論，中國人民公安大學出版，2006年9月。
29. 高金桂，利益衡量與刑法之犯罪判斷，元照，2003年2月。
30. 康均心，生命刑法原理，元照，2009年2月。
31. 張苙雲，醫療與社會：醫療社會科學的探索，巨流，2009年3月。
32. 張麗卿，司法精神醫學，元照，2011年4月。
33. 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2007年9月。
34. 張捷，案例刑法總則，一品，2011年2月。
35. 許澤天，刑總要論，元照，2009年2月。
36. 郭自力，生物醫學的法律和倫理問題，北京大學出版社，2002年。
37. 陳子平，刑法總論，元照，2008年9月。
38. 陳志龍，法益與刑事立法，自版，1992年。
39. 陳博明主編，骨髓及血液造血幹細胞移植手冊，台北榮民總醫院，2002年9月。
40. 傅偉勳，死亡的尊嚴與生命的尊嚴，中正書局，1993年7月。
41. 斯科特 伯裏斯、申衛星，中國衛生法前沿問題研究，北京大學出版社，2005年6月。
42. 曾育裕，醫護法規，五南，2010年9月。
43. 曾淑瑜，醫療倫理與法律15講，元照，2010年4月。
44. 馮建妹，現代醫學與法律研究，南京大學出版社，1994年。
45. 黃丁全，醫事法，月旦出版，1995年11月。
46. 黃常仁，刑法總論－邏輯分析與體系論證，新學林，2009年1月。
47. 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年9月。
48. 劉長秋，器官移植法研究，法律出版社，2005年12月。
49. 蔡振修，醫事過失犯罪專論，自版，2005年9月。
50. 蔡墩銘，中國刑法精義，蘆翰，2007年3月。
51. 蔡墩銘，醫事刑法要論，翰盧，2005年9月。
52. 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），自版，2009年10月。
53. 盧映潔，刑法分則新論，新學林，2011年3月。

54. 韓忠謀，刑法原理，自版，2002年10月。

## (二) 期刊

1. N.D.Jewson，曾凡慈譯，李尚仁校訂，論醫學宇宙觀中的病人消失，1770-1870，收於《STS 科技渴望社會》，吳嘉苓、傅大為、雷祥麟主編，群學，2007年12月。
2. Roxin 著，樊文譯，刑法的任務不是法益保護嗎，刑事法評論第19卷2期，2006年。
3. 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。
4. 王皇玉，刑法上死亡之認定－評最高法院九十五年度台上字第一六九二號判決，月旦法學185期，2010年10月。
5. 王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學第170期，2009年7月。
6. 王皇玉，論醫師的說明義務與親自診療義務－評九十四年度台上字第二六七六號判決，月旦法學第137期，2006年10月。
7. 王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，台大法學論叢36卷2期，2007年6月。
8. 王紀軒，密醫罪或業務過失犯罪－以新時代診所案為例，高大法學論叢第6卷2期，2011年3月。
9. 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。
10. 甘添貴，治療行為與傷害，月旦法學教室15期，2004年1月。
11. 甘添貴，醫療糾紛與法律適用－論專斷醫療行為的刑事責任，月旦法學第157期，2008年6月。
12. 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。
13. 吳俊穎，壽終正寢？病患親屬代理決定權的探討，月旦法學114期，2004年11月。
14. 吳俊穎，醫師告知義務急速擴張的時代－法界的期待與醫界的臨床實務之間的鴻溝，法學新論第14期，2009年9月。
15. 李凡、賴彬卿、黃秋錦，基因治療與器官移植，腎臟與透析第15卷3期，2003年8月。
16. 李伯皇、胡瑞恆，認識器官移植，《大眾醫學叢書》，中正書局，1994年7月。
17. 李伯璋，亡者施惠 患者受惠－移植醫學，科學發展365期，2003年5月。
18. 李伯璋，移植學的歷史與演變，《現代移植學》，人民衛生出版社，1997

年。

19. 李震山，身體不受傷害權，法學講座第 25 期，2004 年 1 月。
20. 杜清富、戴浩志、楊天樹等，豬隻基因改造在異種移植之應用，台灣醫學 13 卷 3 期，2009 年 4 月。
21. 周云濤，論德國憲法人格權—以一般行為自由為參照，法學家第 123 期，2010 年 12 月。
22. 昌盛、陳忠華、杜敦峰、周鴻敏、陳必成，2003 年美國器官移植學會年會學術報導，中華器官移植雜誌 25 卷 2 期。
23. 林三榮，論「人體器官移植條例」之捐受贈者，律師雜誌 308 期，2005 年 5 月。
24. 林忠義，死刑犯器官捐贈之研究，月旦法學第 155 期，2008 年 4 月。
25. 林忠義，臺灣法律史的研究與運用—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。
26. 林東茂，重傷害與義務過失，月旦法學教室 58 期，2007 年 8 月。
27. 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。
28. 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。
29. 林彥岑、翁麗雀、江仰仁、韓慧美、潘麗慧，腎臟移植病人的生活品質及影響因素之探討，長庚護理 21 卷 1 期，2010 年 3 月。
30. 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。
31. 林綺雲，醫病關係—人際互動理論的分析，諮商與輔導第 149 期，1998 年 5 月。
32. 林錦榮，自體移植病例報告，中華民國齒顎矯正學雜誌 14 卷 4 期，2002 年 12 月。
33. 侯英洽，醫療機構、外科醫師與麻醉科醫師之說明義務—最高法院九六年台上字二四七六號判決簡評，台灣法學 107 期，2008 年 6 月。
34. 柯文哲，死亡與腦死，中華民國器官捐贈協會會刊第 3 卷 3 期，1994 年 8 月。
35. 洪焜隆，小兒腦死判定，臺灣醫誌第 49 卷，2008 年。
36. 翁麗雀、黃秀梨、張嘉玲、郭梅珍，活體肝臟移植的決策經驗，護理雜誌 56 卷 4 期，2009 年 8 月。
37. 高志明，論器官捐贈之同意，萬國法律，154 期，2007 年 8 月。
38. 張高評，異體複合性組織移植與其耐受性，台灣醫界第 48 卷第 8 期，2005 年 8 月。
39. 張麗卿，刑事責任相關之立法修正評估，《新刑法探索》，元照，2008 年 9 月1 此甘添貴，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 57 期，2008 年 6 月。
40. 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。
  41. 張麗卿，醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例，月旦法學第 157 期，2008 年 6 月。
  42. 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。
  43. 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。
  44. 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。
  45. 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。
  46. 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。
  47. 陳振崑，從儒家倫理看醫病關係，哲學與文化第 31 卷第 11 期，2004 年 11 月。
  48. 陳祖裕，無效醫療，應用倫理研究通訊第 25 期，國立中央大學哲學研究應用倫理學研究室，2003 年 1 月。
  49. 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。
  50. 曾建元，由生命倫理學原則之價值導向檢視台灣人體試驗委員會制度及其倫理與法律規範，淡江人文社會學刊第 20 期，2004 年 9 月。
  51. 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。
  52. 曾裕仁，器官移植的法律問題，台灣法學第 171 期，2011 年 3 月。
  53. 賀昊中，活體腎臟移植簡介，中華民國器官捐贈協會會刊 41 期，2003 年 8 月。
  54. 黃姝文、陸洛，遺愛人間：器官捐贈家屬之決策歷程，應用心理研究第 28 期，2005 年（冬）。
  55. 楊秀儀，美國「告知後同意」法則之考察分析，月旦法學第 121 期，2005 年 6 月。
  56. 楊秀儀，救到死為止？從國際間安樂死爭議之發展評析台灣「安寧緩和醫療條例」，台大法學論叢第 33 卷第 3 期，2004 年 5 月。
  57. 楊秀儀，誰來同意？誰作決定？從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察，台灣法學會學報第 20 期，1999 年 11 月。
  58. 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。
59. 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。
  60. 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。
  61. 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。
  62. 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。
  63. 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。
  64. 劉超、趙銀仁，淺析患者的同意能力法律問題，中國衛生事業管理第 9 期，2007 年。
  65. 蔡甫昌，醫病關係與執業倫理，應用倫理研究通訊，國立中央大學哲學研究應用倫理學研究室，2003 年 1 月，頁 15-16；陳振崑，從儒家倫理看醫病關係，哲學與文化第 31 卷第 11 期，2004 年 11 月，頁 48 以下。
  66. 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。
  67. 盧映潔，病患自主權與醫師刑事過失責任－最高法院九四年台上字第二六七六號、九五年台上字第三四七六號判決之批判，台灣本土法學第 101 期，2007 年 12 月。
  68. 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。
  69. 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。
  70. 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。
  71. 戴浩志、李俊仁，人工器官，中華民國器官捐贈協會會刊 28 期，2003 年 8 月。
  72. 戴浩志、李俊仁，異種器官移植之現況與未來，中華民國器官捐贈協會會刊 28 期，2003 年 8 月。

### (三) 學位論文

1. 王皇玉，醫療行為與刑法上之評價－以患者之自主決定權為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1995 年。
2. 王紀軒，施用毒品罪之研究，私立東海大學法律學系碩士論文，2007 年。

3. 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。
4. 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。
5. 張漢民，從管理的觀點探討人體器官移植條例的問題，國立陽明大學醫務管理研究所碩士論文，2003年。
6. 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。
7. 陳經緯，我國人體器官移植法制之研究，私立東海大學法律學研究所碩士論文，2010年。
8. 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。
9. 黃姝文，器官捐贈家屬的決策經驗，高雄醫學大學健康科學院行為科學研究所碩士論文，2000年。
10. 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。
11. 鄧政雄，論腦死在刑法上之效應，東吳大學法律學院法律專業碩士班碩士論文，2010年。
12. 羅音霞，兩岸地區腦死與器官移植問題之研究－以法律制度的探討為中心，中國文化大學法律研究所碩士論文，2006年。

#### (四) 其他

1. 社會指標統計年報 (SOCIAL INDICATORS)，行政院主計處，2008年7月。
2. 湯月碧，組織工程應用於生物體內脂肪生成之持續性監控，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告 (計畫編號：NSC90-2314-B-002-414-)，執行期間：2000年8月1日至2001年7月31日，執行單位：國立臺灣大學醫學院外科。

## 二、外文文獻

### (一) 英文部分

1. Renee, Fox C. (8th ed.1989), THE SOCIOLOGY OF MEDICINE: A

PARTICIPANT OBSERVER'S VIEW. New Jersey:Prentice Hall

2. Szasz .T .S & Hollender M H (1956) A Contribution to the Philosophy of Medicine: The basic models of the doctor-patient relationship. Archives of Internal Medicine, 97.
3. Emmanuel, E.,& Emmanuel, L. (1992). Four models of the physician-patient relationship. JAMA, 267.
4. Shartle,Bryan, (2001) Proposed Legislation for Safely Regulating the Increasing Number of Living Organ and Tissue Donations by Minors,61 La. L. Rev. 433.
5. Lebit,Lynn E., (1993) Compelled Medical Procedures Involving Minors And Incompetents And Misapplication Of The Substituted Judgments Doctrine, 7 J.L. & Health 107.
6. Olbrisch,Mary E. & Levenson, James L. & Newman,Joel D. (2010) Children as living organ donors: current views and practice in the United States, Current Opinion in Organ Transplantation. 15.

## (二) 日文部分

1. アルビン エーザー 著，上田健二、浅田和茂編，先端医療と刑法，成文堂，1990年6月。
2. 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. 塩谷毅，被害者の承諾と自己答責性，法律文化社，2004年2月。
4. 久々湊晴夫，やさしい医事法學，成文堂，2007年5月。
5. 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。
6. 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。
7. 佐久間修，刑法総論，成文堂，2009年11月。
8. 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。
9. 山口厚，刑法総論，有斐閣、2007年4月。
10. 山中敬一，ロースクール講義—刑法総論，成文堂，2005年4月。
11. 山中敬一，医療侵襲に対する患者の同意，關西大學法學論集第61卷5號，2012年1月。
12. 山中敬一，医事刑法の序論的考察（1）—關西大學法學論集第61卷3號，2011年9月。
13. 山中敬一，刑法各論，成文堂，2009年3月。
14. 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。
15. 植木哲，医療の法律学，有斐閣，2006 年 9 月。
  16. 須之内克彦，刑法における被害者の同意，成文堂，2004 年 3 月。
  17. 西田典之，刑法各論，弘文堂，2010 年 2 月。
  18. 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。
  19. 川端博，刑法総論講義，成文堂，2006 年 5 月。
  20. 曾根威彦，刑事違法性の研究，成文堂，1998 年 7 月。
  21. 曾根威彦，刑法学の基礎，成文堂，2008 年 5 月。
  22. 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。
  23. 大谷實，刑法講義總論，成文堂，2007 年 4 月。
  24. 大塚仁，刑法概説（各論），有斐閣，2008 年 4 月。
  25. 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 卷（阿部純二、内田文昭、川端博、曾根威彦編，法學書院，1994 年 2 月。
  26. 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。
  27. 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。
  28. 島伸一，たのしい刑法，弘文堂，2008 年 5 月。
  29. 立山龍彦，自己決定権と死ぬ権利，東海大学出版会，2005 年 8 月。
  30. 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－医師・患者的関係》，日本医事法學會，1986 年 7 月。
  31. 齊藤誠二，刑法講義各論 I，多賀出版，1982 年 2 月。

