

國立臺灣大學法律學院法律學研究所



碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

醫療法上之得未成年人同意與親權濫用

Informed Consent of the Minors and the Abuse of Parental  
Rights in Medical Law

李冠儀

Guan-Yi Lee

指導教授：王皇玉 博士

Advisor: Huang-Yu Wang, Ph.D.

中華民國 107 年 6 月

June 2018




## 謝辭

首先感謝我的大姊李昱萱，啟發我對這本論文的構思，並在我撰寫論文的途中給予我許多意見和指引，若沒有她，就不會有這本論文的誕生。

感謝恩師王皇玉老師，從大學時期因為上了老師的課，才決定進入刑法領域深造，也是因為老師對醫療法領域的了解，讓我能夠在老師的幫助下對與醫療法有關的議題進行研究。在撰寫論文時，老師給予我足夠寬廣自由發揮的空間，讓我能夠按照自己的想法研究，並在我完成論述後，悉心對我論文中的每句話、每個段落安排給予調整建議。拜入王老師門下學習是我碩士班做過最正確而值得感激的決定。感謝口試委員許恒達老師與謝煜偉老師，給予我論文諸多有建設性的寶貴建議，點出論文的問題並提供我修改方向，讓這本論文能更加完備。

感謝一起學習三年的刑法組的大家，跟你們一起修課、撰寫論文，讓學習這條路上多了許多有趣的回憶，也從大家身上學到很多。其中特別感謝育賢，在碩班三年，包含修課、國考、論文、人生觀的分享、擔任口試紀錄等等，從你身上得到很多幫助，是我人生中的貴人。也特別感謝一起拜入王門的鈺菁，是我一起修課、做團體報告、論壇、論發的好夥伴，這條不容易的路上有妳作伴真的很幸運。也謝謝 1801 一起寫論文的每個朋友，一起修日文的 Mona、我的好鄰居庭庭、一起致力於拍美照的安網美，和一起吃東西聊是非分享人生的琮儀育霜、論壇互評的婷勻、帥氣的男神仲宇、還有同為王門的品婕、借我書的長志學長、偶爾一起聊天的立綸，因為有你們才有 1801 這麼溫馨歡樂又適合撰寫論文的氣氛。也感謝同在霖澤八樓奮鬥的宗奇、俊凱、昕婕、慧文、立蓉、育瑄、Peter、庭琪，能偶爾在走廊上巧遇閒話家常幾句對枯燥的研究生生活而言真的是一大慰藉。感謝 R05 刑法組的學弟妹，尤其是因為我在律訓沒辦法請假而幫我跑口試行政流程的怡奴和冠儒，衷心感恩。感謝大學時期就一直陪在我身邊的所有朋友，包含一起相約出去玩遠離都市塵囂的彥德、賈韻華、曾子維、丘家丞，還有多年好友亮瑜、令誼、張盛惟、宛霓、博馨、黃策、子豪、Molly、雅淇、



wvs 的大家，跟從大學時期就一直給我許多幫助的冠中學長。在煩悶的研究生生活裡，很慶幸有你們的陪伴。特別感謝王鼎鈞，給我許多珍貴的論文參考資料，讓我對所撰寫的議題有更深入的了解，不致受限於自身角度而有所偏頗，並時常關心我的論文進度，督促我致力於論文的撰寫。

最後感謝我的家人，不只在研究所的三年，在我成長的路途中，無條件給我幫助、扶持、鼓勵，若沒有家人給我的愛和支持，就沒有今天的我。謝謝爸爸、媽媽、兩個姊姊和奶奶，你們永遠是我最珍愛的人們。



## 摘要

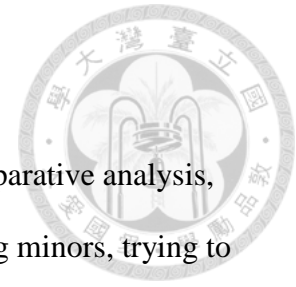
本論文以處理未成年人之醫療決定權為核心，並藉由文獻回顧、比較分析、以及案例研究之方法撰寫，試圖討論未成年人在醫療領域的自我決定權，以及討論父母權利在個案中應受到的限制。

未成年人之醫療決定涉及多方利害關係人，其中最主要的即為父母、國家，以及未成年人本人。父母能代替未成年人行使醫療同意權係源於父母之親權。親權實為一種利他權利，其目的除為了維護家庭自治外，亦是因為家庭是未成年人開展人格最重要的場所，未成年人在家庭中健康成長的權利不應被任意剝奪。國家對未成年人醫療決定的介入，則是基於國家對未成年人的保護義務（*parens patriae*）。因未成年人無法如成年人般捍衛自己的權利，故在未成年人之權利被第三人侵害時，須由法院介入保護，以落實法律對未成年人權利之保障。至於未成年人本人是否對涉及自身的醫療行為有決策權，則有爭議，我國現行法制並未對未成年人的醫療自主權加以承認。然而，自主權應是人性尊嚴之核心內涵，未成年人不應被剝奪自我決定之可能。又從比較法之觀點，可發現英美等國並未完全否定未成年人之醫療決定權，而是從案例法中分別衍生出“Gillick Competence”及「成熟未成年人原則」等概念，在個案中承認已具備理解力、智力、成熟性之未成年人可自為醫療決定。

本文藉由三種主要爭議案型，即耶和華見證人拒絕輸血案、男童割禮、活體捐贈案例，試圖從個案中探討未成年人得否自為決定，其能力門檻應如何定義，父母之行為是否構成親權濫用，國家是否應對父母親權加以限制，各關係人間之意見應如何調和，以及未成年人之最佳利益究竟為何等。期盼藉由本文之撰寫，能提供對未成年人權益更完善的保護，並在立法上，在法院實務上，都能提供落實未成年人權益更好的改進方向。

**關鍵字：**成熟未成年人、告知後同意、最佳利益、親權限制、耶和華見證人、割禮、活體捐贈

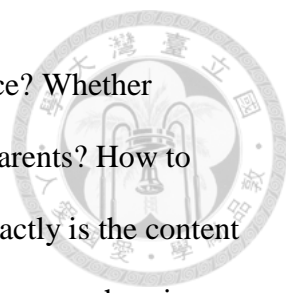
## Abstract



This thesis, written through methods of literature reviews, comparative analysis, and case studies, focuses on the medical decision-making concerning minors, trying to discuss minors' rights of self-determination in medical field and to discuss the limits of parental rights in each case.

The medical decision-making of minors involves several interested parties, including parents, state, and minor him or herself. Parents can make medical decisions for their minor children because of their parental right. Parental right is a right of altruism. The reason of the existence of parental right is to maintain family autonomy, and to let the minors be raised in family, which is the best place for one to develop his or her own personality. The reason the state intrudes into the medical decision concerning minors is due to the concept of "parens patriae". Because minors can't defend their own rights, when they are infringed by a third party, state must intrude to provide protection for minors, otherwise the rights of minors written in statutes can't be carried out. As to whether a minor can make medical decision for him or herself, it still remains a controversial issue, since the medical law in our country doesn't admit the right of self-determination of the minors. However, self-determination is the core concept of human dignity, so the minors shouldn't be deprived of this right. And from the perspective of comparative law, both the British law and the American law admit the medical decision-making right of minors who have enough understanding, intelligence and maturity, with British law developing the concept of "Gillick competence" and American law developing the principle of "mature minors" through case laws.

Through the cases of the refuse of blood transfusion of Jehovah's witnesses, male circumcision of infants, and live donation, this thesis tries to figure out whether a minor



can make his or her own medical decision? How to define competence? Whether parents' conducts constitute abuse? Can the state limit the rights of parents? How to coordinate the different opinions of these interested parties? What exactly is the content of the best interest of minors? Hoping that through this study, a more comprehensive protection of the rights of minors can be given, and a better direction of improvement both in the field of court practices and legislation can be pointed out.

**Key words: mature minor, informed consent, best interest, limits of parental rights, Jehovah's witnesses, circumcision, live donation**

## 簡目



第一章 緒論 .....	1
第一節 研究動機 .....	1
第二節 研究方法 .....	3
第三節 研究架構 .....	3
第二章 未成年人之醫療決定權 .....	5
第一節 病人自主決定權 .....	5
第二節 父母對未成年子女之親權 .....	23
第三節 國家對未成年人的保護義務 .....	27
第四節 未成年人之醫療自主權 .....	31
第五節 未成年人醫療決定之決策者 .....	36
第三章 未成年人之同意能力 .....	40
第一節 能力概念 .....	40
第二節 英美法上對未成年人之醫療行為同意能力 .....	42
第三節 成熟未成年人原則 .....	46
第四節 未成年人同意權之立法模式 .....	49
第五節 同意能力之門檻界定 .....	52
第六節 小結 .....	57
第四章 爭議案例之研究 .....	59
第一節 耶和華見證人拒絕輸血案 .....	60
第二節 割禮 .....	70
第三節 活體捐贈 .....	89
第五章 結論 .....	104
第一節 未成年人醫療決定權之歸屬 .....	104
第二節 修法建議 .....	105
參考文獻 .....	112

## 詳目

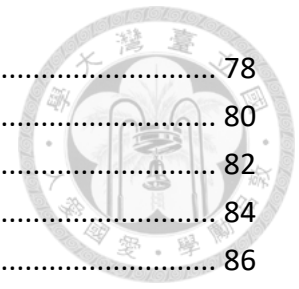


第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究方法.....	3
第三節 研究架構.....	3
第二章 未成人之醫療決定權.....	5
第一節 病人自主決定權.....	5
第一項 醫療行為之特性.....	5
第一款 醫療行為非傷害說.....	6
第二款 醫療行為傷害說.....	8
第三款 小結.....	9
第二項 醫療行為的正當化事由.....	11
第一款 業務上之正當行為.....	11
第二款 得病人同意.....	14
第三項 告知後同意原則.....	15
第一款 家父長主義的省思.....	15
第二款 生命倫理四原則.....	17
第三款 告知後同意原則之興起.....	20
第四款 現行法制.....	21
第二節 父母對未成年子女之親權.....	23
第一項 父母親權之憲法地位.....	24
第二項 父母親權之內涵.....	25
第三節 國家對未成年人的保護義務.....	27
第一項 國家保護義務.....	27
第二項 國家介入之時機.....	28
第一款 由傷害原則判斷是否限制親權模式.....	28
第二款 與比例原則相結合的限制親權模式.....	31
第四節 未成人之醫療自主權.....	31
第一項 憲法上地位.....	31
第一款 人性尊嚴之憲法意義.....	32
第二款 未成人之主體性.....	33
第二項 其他法規.....	34
第五節 未成人醫療決定之決策者.....	36
第一項 未成年子女與父母間的意見衝突.....	36
第二項 父母與國家間的意見衝突.....	37
第三項 子女與國家間的意見衝突.....	38



第四項 小結 .....	38
第三章 未成人之同意能力 .....	40
第一節 能力概念 .....	40
第一項 能力定義 .....	40
第二項 能力門檻的把關功能 .....	41
第二節 英美法上對未成人之醫療行為同意能力 .....	42
第一項 英國醫療行為之同意能力 .....	43
第二項 美國醫療行為之同意能力 .....	44
第三節 成熟未成人原則 .....	46
第一項 成熟未成人原則介紹 .....	46
第二項 個案分析 .....	47
第四節 未成人同意權之立法模式 .....	49
第一項 各種立法模式 .....	49
第二項 潛在問題 .....	50
第五節 同意能力之門檻界定 .....	52
第一項 同意能力之要素 .....	52
第二項 滑動量表 .....	55
第三項 以證明門檻取代同意門檻 .....	56
第六節 小結 .....	57
第四章 爭議案例之研究 .....	59
第一節 耶和華見證人拒絕輸血案 .....	60
第一項 爭議問題之所在 .....	60
第二項 成年人之耶和華見證人 .....	61
第一款 意識清醒之成年人 .....	61
第二款 喪失意識之成年人 .....	62
第三項 未成人之耶和華見證人 .....	65
第一款 不具備承諾能力之未成人 .....	65
第二款 具備承諾能力的未成人 .....	66
第四項 台灣案例 .....	67
第五項 小結 .....	69
第二節 割禮 .....	70
第一項 背景介紹 .....	70
第二項 割禮之法律容許性 .....	74
第一款 父母同意 .....	74
第一目 隱私性 .....	75
第二目 替代判斷原則 .....	76
第三目 子女之利益 .....	77
第二款 宗教自由 .....	78

第一目 支持儀式性割禮之理由 .....	78
第二目 儀式性割禮入罪化 .....	80
第三目 本文評論 .....	82
第三項 男性與女性割禮比較 .....	84
第四項 台灣案例 .....	86
第五項 小結 .....	88
第三節 活體捐贈 .....	89
第一項 問題意識 .....	89
第二項 可再生之身體組織捐贈 .....	90
第三項 器官捐贈 .....	94
第四項 台灣法治 .....	100
第五項 小結 .....	103
第五章 結論 .....	104
第一節 未成年人醫療決定權之歸屬 .....	104
第二節 修法建議 .....	105
第一項 未成年人自主權應受法律尊重 .....	106
第二項 未成年人之同意能力應個案判斷 .....	107
第三項 父母親權應受合理限制 .....	108
參考文獻 .....	112



# 第一章 緒論



## 第一節 研究動機

2010年，一名15歲的英國少年，Joshua McAuley 遭遇嚴重車禍。緊急送往醫院後，醫生認為應輸血治療。然而，由於 Joshua McAuley 為耶和華見證人的信徒，拒絕接受輸血，其父母亦因宗教原因拒絕其接受輸血治療，致 Joshua McAuley 在當天傍晚死亡。<sup>1</sup>2016年，馬來西亞在12月15至20日間接連發生兩起割包皮意外，2名男童的龜頭誤被醫師切下，其中1名男童的陰莖成功被接回，但另1名男童的陰莖發黑，無法接回，最後只好整支截去。<sup>2</sup>這些男童進行這項手術是由於回教宗教內有為男童踐行割禮之習慣，然而卻遺憾發生難以挽回的悲劇。又，小說《姊姊的守護者》中，妹妹安娜是父母為了救治從小罹患罕見白血病的姊姊凱特而利用醫學科技出生，擁有與姊姊配型相符的基因。從小，安娜就陸續捐贈臍帶血、幹細胞、骨髓給姊姊治病，直到有天凱特腎衰竭，需要安娜的腎臟，安娜才去找了律師捍衛自己的權利。無獨有偶，類似的情節，在2008年也發生在台灣，臺大醫院受一對夫婦所託，利用人工生殖技術，訂做一名與患有重度海洋型貧血的哥哥有配型相符的基因的妹妹，並藉由移植妹妹的臍帶血來救治哥哥。<sup>3</sup>

上述案例，均是關於未成年人因醫療行為所生之爭議。其導出的法律問題包括未成年人本人、父母、國家這三方應如何在未成年人之醫療決定中互動，應如何或由誰作出醫療決定；未成年人本人可否獨立自為醫療決定，又其要件如何，法律是否允許；父母之決定若違背未成年人之最佳利益，國家可否或有無義務介

---

<sup>1</sup> Roberts, L., (2010, May 18). Teenage Jehovah's Witness refuses blood transfusion and dies. The Telegraph. Retrieved from <http://www.telegraph.co.uk/>

<sup>2</sup> 曾毓青，2017，〈馬來西亞醫生割包皮卻剪錯地方！男童被斷根〉中時電子報：<http://hottopic.chinatimes.com/20170101001435-260809>。2017/01/01。

<sup>3</sup> 王昶閔，2008，〈訂做救命寶寶/搶救惡性貧血兒〉自由電子報：<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/190388>。2008/02/21。



人，又其介入之時點應為何；當這三者之意見相衝突時，應以何者之意見為準；未成年人之最佳利益究應如何判斷等，均是上述爭議案例所揭示之問題，也是本文之研究重心。

蓋在羅馬法家父長制之思維之下，父母權利被認為是一種自然權，父親為家庭中經濟之擁有者，對於子女有如財產權般的絕對支配權，並否認子女之權利。<sup>4</sup>但現今，由於工業革命後，工業化的發展削弱了傳統上的家庭控制，人們對家庭經濟上的依賴漸低，許多傳統上的家庭功能或多或少被取代，父母對子女也不再被認為擁有絕對的支配權力。<sup>5</sup>然而，由於一般對於未成年人能力不足的疑慮，基於保護未成年人之立場，現行法制仍多有由父母作為法定代理人並代替未成年人作決定之規定。如民法第 1086 條第 1 項規定，「父母為未成年子女之法定代理人」。而醫療法第 63、64 條有關告知後同意原則之規定，其第 2 項均規定「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」。上開規定似指未成年人無法自行行使醫療行為之同意權，並且其意思完全由法定代理人之意思取代，醫療法並未規定須對未成年人之意見加以參考。這樣的立法方式應是值得質疑的。蓋，基於自決權與人性尊嚴之維護，未成年人的自主決定權亦應受到尊重。另觀已在我國施行的聯合國兒童權利公約第 12 條規定「1. 締約國應確保有形成其自己意見能力之兒童有權就其本身之所有事物自由表示其意見，其所表示之意見應依其年齡及成熟度予以權衡。2. 據此，應特別給予兒童在對自己有影響之司法及行政程序中，能夠依照國家法律之程序規定，由其本人直接或透過代表或適當之組織，表達意見之機會。」可知公約意旨亦強調未成年人意思應受尊重。因此現行法應作如何之修改，方能平衡保護未成年人之自主權以及家庭成長權，國家應否介入及何時介入方能既保護未

<sup>4</sup> 鄭瑜亭（2012），《未成年人自主決定與父母意見相衝突之法律問題—以子女身體自決為中心》，頁 16，國立成功大學法律學系碩士班論文。

<sup>5</sup> 許育典（2014），〈國家公權力介入家庭後的衝突關係：以兒少保護為核心〉，《基本人權與兒少保護》，頁 105，台北：元照。

成年人又不至過度侵害家庭隱私權，均是本文欲探討之爭議。



## 第二節 研究方法

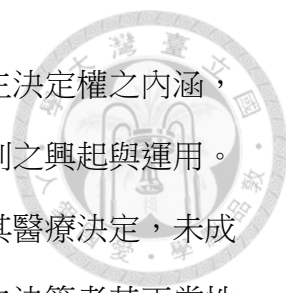
本文採用文獻回顧、比較分析、以及案例研究之方法撰寫。本論文之第二章節主要即以文獻回顧法，藉由爬梳既有之文獻，探討與醫療行為相關之各種基本原則，包含醫療行為之性質、醫療行為之正當化事由、告知後同意、生命倫理四原則等，並點出父母、國家、未成年人本人能為未成年子女做出醫療決定之權利來源，三者之間的意思衝突應如何處理等問題，並整理各項學說上之爭議後給出本文意見。

本論文之第三章則主要使用比較分析法，藉由英國法、美國法關於未成年人之醫療決定之規定，與我國法進行比較，以觀察各國間立法模式之差異及箇中良窳，並希望能提出適當之修法方式。其中特別強調英國的 *Gillick Competence* 與美國的成熟未成年人原則，均為為保障未成年人之自主權而於判例法中發展出的原則，為我國所沒有之制度，卻值得我國參考。

第四章則是綜合前述之文獻回顧、比較分析，再加入案例研究方法，藉由三種爭議案件－耶和華見證人拒絕輸血案、割禮、活體捐贈之案例，具體判斷個案中應如何作出醫療決定，如何調和各方利害關係人之意見，以及探討在這些案件中如何保護未成年人之最佳利益。並且，通過國內、國外上述爭議案型中具體發生的案例，整理並分析法院之判斷結果及理由，企圖歸納出一致性的判斷規則並以本文淺見給予這些案例評釋。

## 第三節 研究架構

本論文共分五章節及參考文獻。第一章為緒論，介紹研究動機、研究方法以及研究架構。



第二章探討未成人之醫療決定權，第一節先探討病人自主決定權之內涵，其中包含醫療行為之性質，其正當化事由，以及告知後同意原則之興起與運用。第二節至第五節則是探討在個案中若病人是未成人時，關於其醫療決定，未成人本人、父母、國家各扮演何角色，由這些人作為醫療行為之決策者其正當性為何，又這些人的意見相衝突時，應如何處理。

第三章則針對未成人同意能力之概念進行界定。第一節對能力概念進行定義，第二節介紹英國及美國法上關於未成人之醫療同意能力之規定，第三節闡述成熟未成人原則之內涵及其被援用之情形，第四節比較各種立法模式並分析各種模式間存在的問題，第五節則對於同意能力門檻高低該如何界定提出不同之方式，最後提出本文見解。

第四章藉由三種爭議案型，即耶和華見證人拒絕輸血案、割禮、活體捐贈，對各該醫療行為所造成之風險、利益進行衡量，進而判斷何為未成人之最佳利益，並點出父母行使未成人醫療決定權應有之限制。此外也藉由不同案型中醫療行為所造成之不同風險，判斷未成人可否主張成熟未成人原則而自為醫療決定。

第五章為本文之結論，除對以上章節進行統整，也藉由比較外國法、外國案例，對我國現行醫療法及相關法規之不妥當之處提出可供修改之方向。

## 第二章 未成年人之醫療決定權



### 第一節 病人自主決定權

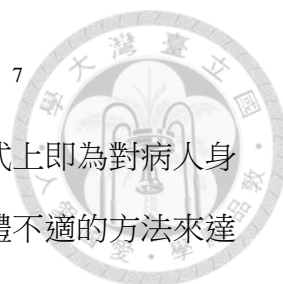
過去，醫療行為由於醫師之專業知識及道德權威，往往在醫療行為中擔任決策者的角色，而患者則是被救治的對象，其自主權並未受到尊重。然而這種想法逐漸受到質疑，二次世界大戰以後，病人應可自行決定是否接受醫療行為之想法逐漸受到重視，並經過學說以及實務的發展，「告知後同意原則（Informed Consent）」今日已成為醫學倫理的一個重要原則，且在醫療行為傷害說的理論下，更是醫師用以主張阻卻違法事由的要件。

本節將先探討醫療行為之特性、其正當化事由，以及告知後同意原則之興起及內涵等醫療法上之一般基本概念，再於第二節中進一步探討未成年人之醫療同意權。

#### 第一項 醫療行為之特性

醫療行為由於本身的複雜性，其無疑具有雙面之特性。一方面，醫學發展之初衷係為救治生命、抵禦疾病、延長壽命、增進人類福祉等，為人類繁衍發展所不可或缺之一環。然另一方面，雖然醫學是為了挽救、延長生命，但醫療行為本身仍充滿不確定性，蓋任何手術都有風險，在一個醫療行為之中，由於每個人的身體情況、醫師技術差異、或對於醫學未知領域的不了解等等，都有可能造成醫療行為並未達成其預期的結果，甚至造成身體、甚至生命之損害。<sup>6</sup>換言之，醫學並不是一門精確的科學，而是一門「試誤科學」。其原因為，科學的定律是，同一個實驗可以百分之百被重複並得到相同的結果，而醫療行為則是建基於統計之上，由醫生藉由過去的經驗為病患診療。礙於醫學知識的有限性以及每個人的身

<sup>6</sup> 王皇玉（2011），〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，收錄於《刑法上之生命、死亡與醫療》，頁 172，台北：自刊。



體狀況不可能完全相同，醫學在本質上即無法避免其不確定性。<sup>7</sup>

此外，醫療行為中，有許多救治方式，如外科手術，在形式上即為對病人身體的一種侵害，藉由侵入病人身體、侵害生理機能或是造成身體不適的方法來達到促進病人身體健康、維持病人生命之目的。因而，在學說上即產生了醫療行為本質是否亦為傷害行為的疑問。<sup>8</sup>就此問題，德國刑法實務採取「醫療行為傷害說」之見解，而德國學說則多採不該當傷害罪的「醫療行為非傷害說」之見解。反之，日本學說則以「醫療行為傷害說」居通說地位。<sup>9</sup>以下說明德國學說實務中採取正反兩方見解之理由，並提出本文意見。

### 第一款 醫療行為非傷害說

醫療行為非傷害說，或稱為醫療行為不該當傷害罪構成要件之見解，主張醫療行為乃為治療或減輕疾病而為一般醫學所認可者，因此凡具有醫學上適應性且屬於醫療技術上之正當行為，則不該當傷害罪之構成要件實行行為。<sup>10</sup>我國學者林山田教授即認為，應就醫療行為之整體觀察，若醫療行為符合醫師的醫術規則，即便事後出現預後不良，只要醫師的醫療目的是在使病人恢復健康，則不具有傷害罪的構成要件故意。<sup>11</sup>以下介紹德國學界對醫療行為非傷害說採取贊同立場之見解。

#### 1. Belin

德國學者 Belin 從傷害罪之法益觀點出發，認為不能單從「傷害身體」的表面文義來理解傷害罪，而應以病人的「身體利益」、「生命利益」等是否受到侵害

<sup>7</sup> 林杏麟，李維哲（2012），〈醫療行為以刑法究責之不合理性：醫學是試誤科學〉，《台灣醫界》，第 55 卷 2 期，頁 42-44。

<sup>8</sup> 王皇玉（2011），〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，收錄於《刑法上之生命、死亡與醫療》，頁 140，台北：自刊。

<sup>9</sup> 陳子平（2010），〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（下）〉，《月旦法學雜誌》，第 197 期，頁 248。

<sup>10</sup> 同前註，頁 248-249。

<sup>11</sup> 林山田（2005），《刑法各罪論（上）》，5 版，頁 157，台北：元照。





為判斷標準。因而，醫療行為係對病人的身體利益、生命利益有正面提升作用之行為，故並不該當傷害罪之構成要件。

以法益侵害為標準來判斷是否構成傷害固然有其意義，惟此說之問題為，在遇到個案中病人因為失敗的醫療行為而導致身體或生命利益受到損害時，醫生一樣有可能該當傷害罪之構成要件。<sup>12</sup>

## 2. Engisch

Engisch 認為，單純以利益是否受到侵害為判斷是否構成傷害罪之構成要件並不完善，而應以整體上來看，醫師的醫療行為是否係為維護病人之健康。若醫師的醫療行為是為了維護病人健康，即不能單以事後出現醫療失敗的結果，即認定醫生該當傷害罪構成要件。

因而，在此見解下，若醫療結果是成功的，則病人之身體利益並未受到侵害。但若不幸醫療結果失敗，只要醫師已在事前進行利益衡量，認為對病人實行醫療行為之利益大於不實行醫療行為，則醫師的醫療行為仍係為維護病人健康，因而仍不能以事後偶發的結果反推回醫師的醫療行為違法。

而在 Engisch 的概念下，即便醫師對病人進行醫療行為並未經過病人同意，但醫師之醫療行為符合醫療適應性，符合醫學準則，並滿足優越利益原則之要件，則仍不構成傷害罪構成要件。蓋此時醫師係為維護病人之身體利益，並不構成傷害，而僅為對病人自由法益的侵害。<sup>13</sup>

## 3. Bockelmann

Bockelmann 認為，在成功的醫療行為之情況，由於病人之整體健康利益增進，故不該當傷害罪構成要件。而在醫療行為失敗之情況，雖然構成病人身體健康之侵害，但仍應進一步探討醫師之主觀意圖。若醫師主觀上係為治療疾病，則

---

<sup>12</sup> 王皇玉（2011），〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，收錄於《刑法上之生命、死亡與醫療》，頁 146，台北：自刊。

<sup>13</sup> 王皇玉（2011），〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，收錄於《刑法上之生命、死亡與醫療》，頁 147，台北：自刊。



醫師在主觀上根本就沒有對病人的傷害構成要件故意，當然不該當傷害罪之構成要件。而即便無故意，此時醫師是否有可能構成過失傷害罪？Bockelmann 認為，此時應視醫師之醫療行為是否符合醫療適應性，並盡到注意義務為斷。<sup>14</sup>

## 第二款 醫療行為傷害說

與醫療行為非傷害說相反，醫療行為傷害說主張，即便醫療行為係以治療為目的，然而醫療行為之實施在某程度上仍會對於人的身體完整性或生理機能侵襲，因而醫療行為本身即為傷害行為之實行。並且，源於醫療行為本身之不確定性，伴隨於醫療行為之侵襲的還有手術失敗、誤診等風險，因而將醫療行為從一開始即認為是欠缺刑法上重要性的行為或不具違法性的行為，並不符合醫療行為的本質。<sup>15</sup>

### 1.1894 年德國帝國法院判決

德國實務見解採取醫療行為傷害說之始祖，為 1894 年德意志帝國法院之一則判決。在該案中，一名七歲女孩罹患結合性骨髓癌，非截肢無法保全性命。即便女孩的父親明確反對讓女孩接受手術，醫師仍擅自為女孩做手術，最後女孩得以保全性命。然而，即便女孩預後良好，該名醫師仍被地方法院判決成立傷害罪。因為法院認為，截肢手術符合德國刑法 223 條傷害罪的構成要件，並且醫師也沒有在法律上得到許可，或是能根據「醫師業務權」而有權為病人進行治療。

### 2.Eser

Eser 認為，傷害罪要保護的法益，除了健康利益外，還包含身體完整性與不可侵犯性，亦即，傷害罪之保護法益包含了病人對自己身體的自主權。<sup>16</sup>因而，

---

<sup>14</sup> 王皇玉（2011），〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，收錄於《刑法上之生命、死亡與醫療》，頁 148-149，台北：自刊。

<sup>15</sup> 陳子平（2010），〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（下）〉，《月旦法學雜誌》，第 197 期，頁 250-251。

<sup>16</sup> 王皇玉（2011），〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，收錄於《刑法上之生命、死亡與醫療》，頁 151，台北：自刊。



即便病人之健康利益未受損害，若醫師違背病人之意願而對其實施醫療行為，仍是侵害病人身體完整性，仍該當傷害罪構成要件。

### 3. Baumaan

Baumaan 主張，「由於對身體完整性法益的侵襲，是該當構成要件，而在違法性上有充分檢討的餘地，因此以正確的違法性阻卻事由的審查為必要。為了手術的實施而賦予醫師特許證，乃過於危險。我們確切的希望知道被侵害者的承諾、推定的承諾或者作為正當事由的緊急避難是否存在。違反病患意思所實施的手術，不僅僅是某種不被允許的治療行為或者是一種強制，也是對於基本法第 2 條所保障的身體完整性的侵襲。」<sup>17</sup>

在 Baumaan 的脈絡下，身體完整性法益已和此法益持有人對該法益之意思無法分割。亦即，許多法益都內含自由之概念，如未得他人同意而侵害他人財產權者，會被認為是財產犯罪而不是自由犯罪。故，侵害他人身體者，應被視為傷害罪，而非用侵害自由之犯罪處理。<sup>18</sup>

### 第三款 小結

採「醫療行為非傷害說」者對「醫療行為傷害說」常見之批評是，後者流於形式認定傷害之定義，未考慮病人之身體健康法益實係藉由醫療行為而得以提升，亦未將醫療行為之本質及醫師之主觀係為救治納入考量。反之，後者對前者的批評則為，將醫師對於構成要件之故意與醫師之意圖二者混淆，並且忽略了傷害罪所要保護之法益除了法益持有人之身體健康外，亦包含法益持有者對自己身體的自主權之自由概念，實係以醫師的意志凌駕於病患之意志之上，而侵害病患之身體自主權。

<sup>17</sup> 引自陳子平（2010），〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（下）〉，《月旦法學雜誌》，第 197 期，頁 251。

<sup>18</sup> 王皇玉（1995），《醫療行為於刑法上之評價：以患者之自我決定權為中心》，頁 166，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。



以上兩說各有所本，有論者謂，由於醫療行為具雙重構造，同時包含了「治療行為手段的侵襲」以及「治療行為後發生的健康狀態」。而上述兩說之差異在於「醫療行為非傷害說」將重點置於「治療行為後發生的健康狀態」，反之，「醫療行為傷害說」則著眼於「治療行為手段的侵襲」。<sup>19</sup>

本文以為，與其說以上二說著眼的角度不同，不如說二者對於傷害罪所保護之法益有不同的認定。傷害罪的保護法益為何，學說上向來有「生理機能妨礙說」與「身體完整性說」等爭論。前者認為，從生理學的觀點，必須使他人之生理機能發生障礙或對他人之身體健康狀態有不良變更者，始為傷害。而後者則認為，傷害罪除保護生理機能之外，也應同時保護身體固有之完整狀態。<sup>20</sup>例如擅自減去他人頭髮，雖未對他人之生理機能造成妨礙，然而仍屬對他人身體完整性之破壞，在後說的見解下將該當傷害罪。而觀「生理機能妨礙說」與「身體完整性說」，可發現後者除了身體健康外，認為傷害罪之概念亦包含了對自己身體完整的自主性，亦即，能夠自己決定是否讓自己的身體受到外界的干擾。

因而，本文認為，「醫療行為非傷害說」與「醫療行為傷害說」二者的差異，在於「醫療行為傷害說」已將個人對自己身體的自主納入傷害罪之保護法益內，因而若醫師未得病患同意即擅行醫療行為，將該當傷害罪之構成要件，且無法以業務上正當行為等阻卻違法事由主張阻卻違法。反之，「醫療行為非傷害說」則純以病人之身體健康法益是否受到侵害為斷。因而，在後說之脈絡下，若醫師未得病人同意而行醫療行為，將不構成傷害罪，但可能構成其他侵害自由的犯罪，如強制罪。

由以上討論可知，病人對於自己的身體自主權是否受到尊重對醫師之專斷醫療行為是否構成犯罪、構成何種犯罪均扮演重要地位，以下將詳述病人自主決定

<sup>19</sup> 陳子平（2010），〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（下）〉，《月旦法學雜誌》，第 197 期，頁 253。

<sup>20</sup> 蔡聖偉（2010），〈髮理之爭——論傷害罪的構成要件結果〉，《月旦法學教室》，第 88 期，頁 20。

權之重要原則—告知後同意原則。



## 第二項 醫療行為的正當化事由

由前述討論可知，醫療行為是否該當傷害罪構成要件仍有爭議，然由於醫療行為有雙重特性，故不論是在構成要件層次直接阻卻構成要件，抑或是違法性層次阻卻違法，實施醫療行為都必須要有正當化事由。對於醫療行為之正當化事由，學說上從早期的以醫師業務權為正當化事由，到受到父權主義的批判而有漸將重心放在病人自主決定權的趨勢。

### 第一款 業務上之正當行為

業務上正當行為我國法定之阻卻違法事由，有認為醫師為病人實行醫療行為即屬業務上正當行為，例如急診醫師為車禍傷者截肢以保全其生命，雖然形式上該當重傷罪的構成要件，但因屬業務上之正當行為而阻卻違法。<sup>21</sup>

我國舊刑法於民國 17 年時規定「正當業務之合法行為，不罰。」從條文文義以觀，會得出只要是從事正當業務之人，於業務上之行為即可阻卻違法。此條文源自 19 世紀德國盛行的「業務權理論」(Berufsrechtstheorie)，認為某一業務只要是國家所允許的，並設定了應遵守的業務準則，則業務之人根據準則所為的行為即為合法之行為。業務權理論的發源理念，係因當時在社會分工的思維下，認為各種業務之執行實為幫助人類社會共同生活，並為社會發展所必須。因而，即便在執行業務之過程中發生侵害他人法益的情形，仍為社會所容許之現象。然而，民國 24 年所頒布的現行刑法，將條文變更為「業務上之正當行為，不罰。」與舊條文兩相比較之下可發現，舊條文強調的是「業務是否正當」，而新條文強調的則是「行為是否正當」，換言之，僅業務正當但行為不正當，仍不能

<sup>21</sup> 林鈺雄（2006），《新刑法總則》，頁 265，台北：元照。轉引自陳聰富（2008），〈醫療法:第三講醫療行為與犯罪行為(上)告知後同意的刑法上效果〉，《月旦法學教室》，第 69 期，頁 65。



阻卻其違法性。<sup>22</sup>

業務權理論的基礎根源於醫師因具有專業知識而對病患擁有醫療高權，醫師之醫療行為只要是足以達成醫療目的，且未受法律所禁止，即可阻卻違法，而不需得病人同意。然而，業務權理論亦受到諸多批評，包含「業務」之概念究竟為何，以及醫師是否可擁有如此高權而忽略病人意願實行醫療行為。


業務之概念，通說及實務均未區別「業務上正當行為」之業務以及「業務過失」此二「業務」之概念，而均以「事實業務說」解釋之。亦即，只要是本於社會地位而反覆實行同種類之社會活動，即屬業務。雖然要作為阻卻違法事由，仍必須搭配「正當行為」此一要件，即「必須依業務之種類性質及所用之方法是否合於一般習慣，及是否不超過業務範圍，而為決定。」<sup>23</sup>然而，學者仍有認為「業務上正當行為」之阻卻違法事由，其實並未賦予「業務」概念任何實質意義，在阻卻違法的判斷上，只剩下個案中是否符合容許風險與社會相當性之「正當行為」而已。<sup>24</sup>

學者認為，首先，實務對業務的定義，只要基於一定社會地位而反覆實行某社會行為即構成業務，固然有使除罪範圍增加的廣納性的優點，然而，這同時也導致業務概念過於寬泛而毫無界線，例如甲基於「父親」地位而長期為家人煮飯，是否也構成一種業務？其次，實務直接借用「業務過失」之業務來解釋「業務上正當行為」之業務，其實並不正確。蓋業務過失作為一加重處罰之規定，其原因是當行為人反覆實施同種行為時，其注意義務之程度應該提高，與一般過失的義務違反性不同，故得加重處罰。然而，業務上正當行為是為阻卻刑罰，行為人是否熟練於某特定的社會活動，其實與阻卻違法與優越利益之判斷毫無關係，

<sup>22</sup> 王皇玉（2011），〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，收錄於《刑法上之生命、死亡與醫療》，頁 157, 161-163，台北：自刊。

<sup>23</sup> 韓忠謨（1982），《刑法原理》，頁 155，台北：自刊。轉引自王皇玉（2011），〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，收錄於《刑法上之生命、死亡與醫療》，頁 160，台北：自刊。

<sup>24</sup> 許恒達（2017），〈新聞自由與記者的侵犯隱私行為：以業務上正當行為的解釋為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 46 卷 2 期，頁 610。



因而實不應在解釋業務上正當行為時，沿用業務過失對業務的定義。第三，業務上正當行為之所以可以阻卻違法，其意義應是因為在常態生活中，往往會出現為了維護特定利益而必須犧牲他人法益的情形，在這些情況中，雖然並無緊急事態，但為了維護整體社會的公共利益或特定個人的優越私益，我們不得不在常態生活中容許這些侵害。此時，若不限定侵害者的身分，將造成僅依個案中的優越利益判斷是否可阻卻違法的結果，可能造成標準浮濫或個案中難以認定的情形。因而，將能夠發動侵害行為的人限定為具有特定認證資格或專業能力之人，由其判斷是否又侵害之必要性，會比任何人都能自行判斷的作法，更能控制損害容許的界線。<sup>25</sup>

基於以上，學者認為，業務上正當行為之業務概念，應理解為「在非緊急情況的日常生活中，出於有利整體社會或特定個人之目的，且該目的受到法律或社會慣習所接受及許可，得由具有特定資格、身分或具備特定專業知識之人，本於該資格、身分或專業知識所連結的執行規則，進而實施侵害法益的行為。」<sup>26</sup>藉由這樣的重新定義，才能讓業務上正當行為擁有實質意義，而不至於僅剩下「正當行為」的判斷而已。而在重新定義業務概念後，在是否為「正當行為」之判斷上，則應依該業務之人之行為是否符合該業務活動的執行規則而定。至於在個案中若出現專業準則無法涵蓋之情狀，或欠缺明文準則，此時則依專業角度評斷個案中是否符合該項執業行為之正當方式。<sup>27</sup>

由以上討論可知，業務上正當行為若要作為醫療行為阻卻違法之事由，不論是從現行條文的文義解釋，或是從學者的批判，都可導出不會純粹因為醫師之身分即可阻卻醫療行為之違法性，尚需判斷該行為是否為正當行為。

---

<sup>25</sup> 同前註，頁 611-613。

<sup>26</sup> 同前註，頁 615。

<sup>27</sup> 同前註，頁 616-617。



## 第二款 得病人同意

醫療行為必須得到病人承諾始得阻卻違法之見解已漸受重視，蓋醫學倫理之核心，除了「不可傷人乃醫師之天職」這樣的理念外，尊重病人的自我決定權也是醫學倫理之重要價值。<sup>28</sup>而過去因醫師具有專業知識而可忽略病人對自己身體之自主權的「醫師為本位」之思維模式，則受到了父權的權威思想的批判。蓋二次戰後，人權思想日益高漲，個人之人性尊嚴及自主性思想受到重視，任何具有侵入性之醫療行為均須獲得病人同意，始得為之。並且，源於這種「自主決定權」思想的日益抬頭，為緩和醫病關係的緊張，一般認為在法律上有必要以得病人同意作為改善醫病關係的控制閥，也衍生出以「病人為本位」的思維模式。<sup>29</sup>

從比較法之觀點，醫療行為須得病人同意始具正當性此一觀念在西方早已被接受。例如 1894 年一則德意志帝國法院判決即以醫師不顧 7 歲女童父親反對而為罹患結合性骨髓癌的女童截肢，雖然手術成功且預後良好，但法院仍然判決醫師成立傷害罪。<sup>30</sup>在我國，亦有認為應將醫療上之得患者同意納入醫療行為正當化事由的要件者，並又分為將醫療行為之得患者同意做為業務上正當行為之要件，或直接將此一要件獨立出來作為正當化事由。前者即是在業務上正當行為之內涵中納入得患者同意此要件，若未得患者同意，即不可以業務上正當行為為由阻卻違法。後者則直接針對醫療行為之特殊性，發展出獨立之阻卻違法性要件，並以得病人同意為其中之一之核心內涵。<sup>31</sup>

本文認為，舊法下的「業務權理論」，即只要有醫師此一正當業務即可作為醫療行為之正當化事由，形同於將權威賦予醫師此一特定階層之人，應不可接受。又業務之概念本身亦有其模糊之處，前已述及，故即便要以業務上正當行為

---


<sup>28</sup> 王皇玉（2011），〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，收錄於《刑法上之生命、死亡與醫療》，頁 172，台北：自刊。

<sup>29</sup> 甘添貴（2008），〈醫療糾紛與法律適用論專斷醫療行為的刑事責任〉，《月旦法學雜誌》，第 157 期，頁 32。

<sup>30</sup> 王皇玉（2011），〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，收錄於《刑法上之生命、死亡與醫療》，頁 141，台北：自刊。

<sup>31</sup> 同前註，頁 171。





作為醫療行為之正當化事由，仍必須將重點放在「行為正當」之上。而基於對人性尊嚴以及個人自由的尊重，「得病人同意」應是醫療行為要具備正當性不可或缺之要件，不論是直接將得病人同意作為醫療行為特殊之阻卻違法要件之一，抑或是在業務上正當行為的判斷上，將得病人同意作為正當行為的要件之一，均為可以接受之醫療行為正當化要件。以下即對得病人同意－告知後同意原則進行介紹。

### 第三項 告知後同意原則

傳統上，醫師與病人之關係，以醫師立於專業高權之地位而為病人為醫療決策。然而隨著國民生活水準提升、消費者保護運動興起、以及醫生與病人間地位改變等原因，醫師高權的想法受到質疑，也被批評為一種家父長主義的實踐。現今，病人自主決定權之概念逐漸興起，而作為其核心內涵之「告知後同意原則」，不論在實務或學說層次均受到極大重視。<sup>32</sup>本文以下即先行介紹告知後同意原則興起前，醫師高權為何被認為是一種醫療家父長主義，再介紹告知後同意原則之內涵、背景，及其在現行法制下之落實。

#### 第一款 家父長主義的省思

家父長主義（paternalism），或稱為父權主義、家長主義，此一概念的哲學分析至少可追溯自康德（Immanuel Kant），他認為家父長式的政府（imperium paternale），就是指基於善意的目的而限制人民的自由的政府，康德也因此擔心此種家父長式政府將會「取消自由」。不論是在康德的脈絡下，或是在學者彌爾（John Stuart Mill）的脈絡下，他們都不認為國家如同父母照顧未成年孩童般地

---

<sup>32</sup> 王志嘉（2009），〈論醫療上「病人自我決定權」及其刑法相關問題〉，《東吳法研論集》，第5卷，頁54。

保護僅有有限的或缺乏自主的人民，是一種家父長主義的展現。<sup>33</sup>然而，和前述兩位學者的觀點恰好相反，今日絕大多數對家父長主義的認同者，均僅認同國家可介入無完全自主能力者的人生，並且也認為只有在這種情形下才是可以被正當化的家父長主義。<sup>34</sup>

家父長主義永遠伴隨著對他人自我決定的介入或限制，常見的家父長主義包含以強迫、欺騙、操縱資訊、不揭露資訊等方法干預他人之自我決定權。醫療上的家父長主義，則是醫師基於不傷害原則、行善原則等出發點，在特定情境下欺騙病人或不遵從病人之自我決定。

學者 Joel Feinberg 則進一步依照不同型態的干預自主權給予不同之分類，而將家父長主義區分為剛性家父長主義（hard paternalism）與柔性家父長主義（soft paternalism）。<sup>35</sup>

所謂剛性家父長主義指基於對病人利益保護的立場，即便病人的風險決定是在被充分告知、完全自願及自主的情況下做成的，仍然不遵從其自我決定。換言之，剛性家父長主義認為為了保護個人，可以不尊重他的自主意願及選擇。相反的，柔性家父長主義，是指機關介入之情況僅限於基於不傷害以及行善的目的而防止病人的本質上的非自願行為，以保護病人不被其本質上不具自主性的行為所傷害。本質上非自願、非自主的案例，包含病人的醫療決定是在缺乏充分資訊、嚴重憂鬱以致無法理性思考、成癮症導致無法自由決定等情況。意即，在柔性家父長主義的觀點下，病人能力並不充足。學說上有認為，其實柔性家父長主義是否為家父長主義的一種形態其實仍值得討論，蓋保護人們免於因他們無法掌控的情況而受到傷害應該是個沒有爭議的前提假設。因此 Feinberg 也曾經指出，把柔

---

<sup>33</sup> 依照牛津英語辭典（Oxford English Dictionary）對 paternalism 一詞之定義，意指 “the principle and practice of paternal administration; the claim or attempt to supply the needs or to regulate the life of a nation or community in the same way a father does those of his children.”

<sup>34</sup> Beauchamp, T. L. & Childress, J. F. (2001). Principles of Biomedical Ethics, 5th edition. NY: Oxford University Press, 177.

<sup>35</sup> Feinberg 原先使用 strong and weak paternalism，後改用 hard and soft paternalism。



性的家父長主義視為一種家父長主義可能造成嚴重的誤導。<sup>36</sup>

對於家父長主義是否能正當化主要有三種立場，其一為「反家父長主義（antipaternalism）的立場」，其二為「為尊重自主而得正當化家父長主義的立場」，其三則為「為保護當事人利益而得正當化家父長主義的立場」。此三種立場基本上都同意柔性的家父長主義在某些情況下是可被正當化的，例如避免一個服用會產生幻覺藥物的人自殺，是正當的。即便採取反家父長主義立場也不會反對此時介入，因為在這時這個被介入的人做的並不是自主的行為。<sup>37</sup>

剛性家父長主義被反對的理由係因其破壞了個人權利以及自由選擇的可能。反對剛性家父長主義最重要的理由，在於它賦予決定的權威給國家或特定階級的人，例如醫師，並且忽略個人自主權的尊重。剛性的家父長主義未能給予個人平等的地位，認為人們無法自行決定什麼對他們而言是自己的最佳利益。並且，反家父長主義者對家父長主義最極端的批判是，若是將家父長主義設為政策的基本原則，則國家將獲得過多且沒有邊界的權威，潛在的權力濫用將無法被去除。例如 Robert Harris 即曾言，「家父長主義會正當化一個宛如斯巴達，要求嚴格體力勞動以及戒絕吸菸、喝酒、以及任何有害的消遣活動的政權。」<sup>38</sup>

從家父長主義的反省此一角度出發，可知剛性家父長主義，意即在病人擁有決策能力時卻基於保護其利益之理由而不尊重其自我決定，將受到不尊重人權及個人自由等批判。因而，為改善醫療家父長主義這些為人所詬病之處，告知後同意原則即興起，並成為醫療法上之核心原則。

## 第二款 生命倫理四原則


目前醫學界通用的醫療倫理準則，係由 1979 年美國 Tom L. Beauchamp 以及

---

<sup>36</sup> Beauchamp, T. L. & Childress, J. F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*, 5th edition. NY: Oxford University Press, 181.

<sup>37</sup> *Id.* at 182.

<sup>38</sup> *Id.* at 182.



James F. Childress 兩位教授所提出的「生物醫學倫理原則」，其主要內容包括尊重自主原則（The principle of respect for autonomy）、不傷害原則（The principle of nonmaleficence）、行善原則（The principle of beneficence）及正義原則（The principle of justice）等四原則。目前生命倫理四原則已成為醫學界之通說，其特色在於不強調哲學論述，而係建基於「共有的道德（common morality）」之上，廣為一般社會大眾所接受。並且須注意到，此四原則的運用建立在「平衡與凌駕（balancing and overriding）」之上，亦即，這四個原則並無哪一個會必定凌駕於其他原則之上，而是應該在個案中以富有彈性的方式衡量此四原則，並找出最適合病人的平衡點。<sup>39</sup>

#### 一、尊重自主原則

自主本身的意涵，包含了自我管理、隱私、個人選擇、意志自由等內涵。個人自主意謂著在最小程度上，一個人能夠免於被他人控制性的干擾，並且在做決定時，能夠免於資訊缺乏等讓一個人無法做出有意義的選擇的限制。<sup>40</sup>在醫療上之運用，即為醫師要選用具有危險性的診斷或治療方法前，應先將預期的目的與可能的後果告訴病人，並尊重病人的自主決定。在學說上，並有將尊重自主原則進一步特定化導出下列原則<sup>41</sup>：

（一）誠實原則（**Truthfulness**）：不隱瞞病人的病情及診斷，以利病人依照真實的情況做出選擇，又稱為病情告知原則。

（二）守密原則（**Confidentiality**）：醫療專業人士對於病人之病情及其他相關資訊等據有保密之義務。

---

<sup>39</sup> 王志嘉（2009），〈論醫療上「病人自我決定權」及其刑法相關問題〉，《東吳法研論集》，第5卷，頁57-58。

<sup>40</sup> Beauchamp, T. L. & Childress, J. F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*, 5th edition. NY: Oxford University Press, 57-58.

<sup>41</sup> 王志嘉（2009），〈論醫療上「病人自我決定權」及其刑法相關問題〉，《東吳法研論集》，第5卷，頁59。蔡甫昌、李明濱（2002），〈當代生命倫理學〉，《醫學教育》，第6卷第4期，頁387。



(三) 告知後同意原則 (Informed Consent)：在告知病人足夠資訊並獲得病人對醫療行為之同意後，始可對病人實行醫療行為。

## 二、不傷害原則

不傷害原則的價值源自於拉丁諺語：“Primum non nocere”，即“Above all do no harm”，意思是「首先是不傷害」，在醫學倫理上即意謂，即便我們沒有幫助他人的道德義務，但至少要有責任不去傷害他人。

醫療行為之不傷害原則並非謂不可做事實上的對人體的侵襲，而是強調醫療行為的結果應秉持不傷害原則。意即，醫師在決定是否為醫療行為時，應先進行「利益權衡」，當利大於弊時，始可實行醫療行為。此外，不傷害原則之內涵也包含醫師應有良好的專業知識及技術使病人可受到符合「適當照顧標準 (standard of due care)」的醫療照顧，以及醫師應具備良好的職業操守等。<sup>42</sup>

## 三、行善原則

行善原則英文可譯為“beneficence”或“benevolence”，在醫學倫理上可以指醫師的善行 (good will)。在不傷害原則之外，行善原則進一步要求我們致力於提升他人的福祉。

然而在個案中，行善原則是有可能與前述之不傷害原則相衝突的。舉例而言，若有一位末期病人需要注射止痛劑以緩解其疼痛，若從不傷害原則出發，醫師應能判斷持續為病人注射止痛劑可能造成病人身體之傷害甚至加速其死亡，故而從利益衡量的觀點，有可能違反不傷害原則。然而若從行善原則之觀點出發，施打止痛劑之目的是為使病人疼痛緩解而得以善終，從醫學的三大目標“To cure sometimes, to relieve often, to comfort always.”以觀，施打止痛劑可使病人疼痛緩解

---

<sup>42</sup> Beauchamp, T. L. & Childress, J. F. (2001). Principles of Biomedical Ethics, 5th edition. NY: Oxford University Press, 113. 王志嘉 (2009)，〈論醫療上「病人自我決定權」及其刑法相關問題〉，《東吳法研論集》，第 5 卷，頁 60-61。



並得到舒適，故應可符合行善原則。

在這種兩項原則相衝突的情況，在醫學上即會產生「雙重效應（double effect）」，此時即必須藉由利益衡量的觀點來判斷究竟何者符合病人的最佳利益。

43

#### 四、正義原則

所謂正義，在哲學上有許多不同解釋，包含「公平（fairness）」、「應得（desert）」、「給予應得的資格（entitlement）」、或如亞里斯多德所言，「等則等之，不等則不等之。」正義原則在醫學倫理上的適用常涉及醫療資源分配的議題，例如給予不同嚴重程度的病患相同的治療是否符合正義原則等問題。雖目前醫界多以「醫療的必要性」作為正義原則判斷的核心內涵，然事實上，正義原則的內涵直至今日依然未有定論，不同出發點仍有不同看法，而醫療必要性此一標準亦過於抽象，故此原則內涵仍有待各種不同論述補充之。<sup>44</sup>


### 第三款 告知後同意原則之興起

由前述可知，尊重病人自主原則已成為醫療倫理中不可獲缺的一環，亦是醫師的醫療行為是否具有正當性的重要判斷標準。而觀病人自主權利的興起，則可以追溯至二戰後之紐倫堡大審。

二戰期間發生許多納粹醫生做不符合人道精神之人體實驗之案例。在 1946 至 1947 年的紐倫堡大審中，這些進行人體實驗的醫師，企圖以研究、公共健康、醫學進步等目的正當化他們的行為。為了回應這些辯護，檢方將重點放置於「希波克拉底傳統」以及由美國醫療協會（American Medical Association）訂下的醫療研究標準：「對生物醫學倫理研究以『得到受實驗者個人的自願同意』為前

<sup>43</sup> 王志嘉（2009），〈論醫療上「病人自我決定權」及其刑法相關問題〉，《東吳法研論集》，第 5 卷，頁 65。

<sup>44</sup> 王志嘉（2009），〈論醫療上「病人自我決定權」及其刑法相關問題〉，《東吳法研論集》，第 5 卷，頁 63。



提要求」，認定這些納粹醫師因為沒有遵守告知後同意的原則而違反了被廣泛認同的醫師專業標準。事實上由事後的交互詰問得知，這項強調受試者同意的重要準則在當時並不存在，而是在紐倫堡大審開始後才倉促公布，在此之前對人體研究並未有舉世共通的明文標準。因而，自大審後訂立的紐倫堡條約，實為現代第一個在國際上對醫療活動進行管控的醫學倫理標準，而在 1948 年的世界醫學協會上，也經由「日內瓦宣言」再次重申此綱領。<sup>45</sup>

自 1960 年代，對病人自主決定權之尊重逐漸發揚光大。究其原因有二，一是因為自 1960 年代一系列的民權運動興起，消費者運動也逐漸盛行。消費者主權主義（consumerism）融入醫學上的適用，即為患者作為醫療中的消費者，與作為醫療供給者的醫生，應立於對等立場的思想。其二是，於 1970 年代，心臟移植技術開始發展，因而實施人體實驗的案例也大為增加。在此背景下，「告知後同意」之思想漸受重視，強調醫師對患者就醫療內容的方法、意義、對象、危險性、預後等都應進行說明並得其同意，始得進行人體實驗。因而到了 1972 年，美國醫院協會（American Hospital Association）便制定了「美國醫院協會對患者權利法案之宣言（American Hospital Association Statement on Patient's Bill of Right）」，並以「患者自我決定權」及「告知後同意原則」為兩大支柱。美國也於 1990 年通過「患者自我決定法（Patient Self-Determination Act）」，提倡病人自主決定權之重要性。<sup>46</sup>

#### 第四款 我國現行法制

現行醫療法、醫師法中，均可看出醫師施行醫療行為前在法律上有告知、並得病人同意之義務。如醫療法第 81 條，「醫療機構診治病人時，應向病人或其

---

<sup>45</sup> British Medical Association (2001). The medical profession and human rights : handbook for a changing agenda. NY : Zed books in association with BMA, 5.

<sup>46</sup> 王皇玉（1995），《醫療行為於刑法上之評價：以患者之自我決定權為中心》，頁 16-20，國立台灣大學法律學研究所碩士論文。

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。」即是對醫師診治病人時的所有醫療行為，進行一般性的規範。

另如醫療法第 63 條，則是針對實施手術以及麻醉等行為，須告知病人相關資訊並得其同意，「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，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。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。第一項手術同意書及麻醉同意書格式，由中央主管機關定之。」可知若要進行手術，除了醫療法第 81 條規定的病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應之外，還要告知手術原因、受術成功率、可能發生之併發症及危險始可進行。<sup>47</sup>

醫療法第 64 條，更進一步規定侵入性之檢查及治療需得病人同意，「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限。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。」

醫師法中關於醫師義務，於第 12 之 1 條亦有規定「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。」

從前述法條可知，告知後同意原則已為我國醫療法所採納。本文以為，基於以上討論，醫療行為應得病人同意始具正當性事由應無疑義。

---

<sup>47</sup> 王皇玉（2012），〈醫師的說明義務與說明義務之免除〉，《萬國法律》，第 186 期，頁 26-27。





## 第二節 父母對未成年子女之親權

基於人權保障及自我決定等原則，病人應對施加於其上之醫療行為有自我決定之權利，前已述及。而，本論文所要關注的未成年人，是否亦具有同等的醫療決策權，其根源為何，界限為何，又父母與國家在未成年人的醫療決策中扮演什麼樣的角色及地位，值得探討。本節擬先就父母對未成年子女之親權、國家對未成年子女之保護義務進行介紹，再探討未成年子女是否享有醫療自主權。

父母親權之概念源自家庭，家庭之存在有其功能。傳統上家庭有五種功能，最基本的即為生育功能，第二則為社會化功能，其三為經濟與照顧功能，其四為情感功能，最後則是娛樂與宗教功能。總體而言，家庭能夠幫助嬰兒這樣的「生物體」，藉由家庭的照顧與薰陶，轉變為「社會人」。<sup>48</sup>

在羅馬法家父長制之思維之下，父母權利被定為一種自然權，父親為家庭中經濟之擁有者，對於子女有如財產權般的絕對支配權，此思維不僅否定了母親對子女的權利，也否認了子女自己的權利。<sup>49</sup>至工業革命後，由於工業化的發展削弱了傳統上的家庭控制，人們對家庭經濟上的依賴漸低，許多傳統上的家庭功能或多或少被取代，但家庭仍保留了其社會化功能以及情感功能。<sup>50</sup>至今，所謂父母之親權並非專指父母之權利，乃是指子女之利益，親權內涵從父母對子女之支配權轉變為法律賦予之權利，再轉變為國家賦予父母保護教養子女之職責。<sup>51</sup>以下先介紹父母親權在憲法上之地位，再對其內涵進行闡釋。

<sup>48</sup> 許育典（2014），〈國家公權力介入家庭後的衝突關係：以兒少保護為核心〉，《基本人權與兒少保護》，頁 105，台北：元照。

<sup>49</sup> 鄭瑜亭（2012），《未成年人自主決定與父母意見相衝突之法律問題—以子女身體自決為中心》，頁 16，國立成功大學法律學系碩士班論文。

<sup>50</sup> 許育典（2014），〈國家公權力介入家庭後的衝突關係：以兒少保護為核心〉，《基本人權與兒少保護》，頁 105，台北：元照。

<sup>51</sup> 鄭瑜亭（2012），《未成年人自主決定與父母意見相衝突之法律問題—以子女身體自決為中心》，頁 20，國立成功大學法律學系碩士班論文。



## 第一項 父母親權之憲法地位

父母之親權基本上以保護及教養未成年子女為其主要內容，故親權實為一種利他權利，且專為保護未成年子女之利益而存在。然而，親權是否有憲法上基本權之地位，則有爭議，學者有以以下理由，認為親權應屬憲法保障之基本權。

### 一、親權內涵的家庭自治制度不該被剝奪

家庭自治強調的是家庭內部事務係屬家庭隱私，應由家庭內部成員自行解決，除非家庭內部發生嚴重問題，否則國家原則上應尊重家庭內部事項的決定，此乃基於司法自治的原理，認為人民會自己尋找最大的幸福，國家不應剝奪人民自己決定的可能。<sup>52</sup>

### 二、親權的不可拋棄性

論者謂，由於家庭是兒少最佳的成長環境，人本身的人格結構並非與生俱來的，而是經過一段長期持續的歷程，由身邊所信賴的人和環境，因學習而開展。根據心理學研究，兒童發展的心理需求非常依賴父母親的照顧，兒童與父母間形成的依附關係（attachment to parents）不僅是後來兒童是否信任他人的關鍵，也會深刻影響其自我評價，因而兒童是否能在家庭中健康成長會影響兒童的人格發展。<sup>53</sup>因為這種天性，故須賦予父母照顧未成年子女之責任，父母不可任意拋棄其親權，此為親權之義務性。既然親權的義務面具有不可拋棄之特性，相較於其他基本權並非全部都不可拋棄，更可看出其強烈之拘束性。故在面對親權的權利面時，亦不可僅把其定義為一種法律上的權利，而應承認其基本權之效力。<sup>54</sup>

學者基於以上兩項理由認為，首先，親權是強調父母對子女的教養照顧，因而親權為一種「利他」基本權，非以侵害他人為目的。其次，因為幼年發展會影

<sup>52</sup> 許育典（2014），〈國家公權力介入家庭後的衝突關係：以兒少保護為核心〉，《基本人權與兒少保護》，頁 132，台北：元照。

<sup>53</sup> 許育典（2014），〈論國家限制親權的憲法正當性：從虐童談起〉，《基本人權與兒少保護》，頁 163，台北：元照。

<sup>54</sup> 許育典（2014），〈國家公權力介入家庭後的衝突關係：以兒少保護為核心〉，《基本人權與兒少保護》，頁 133，台北：元照。



響未成年人未來人格的自我實現，所以當認為父母擔任親權人原則上會符合子女之最佳利益時，是有賦予父母親權之必要。最後，給予父母親權並不會有害於社會秩序公共利益。基於以上，應可肯認親權符合憲法第 22 條概括基本權之要求，而為具有憲法地位之基本權。<sup>55</sup>

## 第二項 父母親權之內涵

我國民法第 1086 條第 1 項規定，「父母為未成年子女之法定代理人」。而父母 (parents) 一詞，其概念則是用來指涉擁有父母責任 (parental responsibilities) 的人。在英格蘭與威爾斯，「父母責任」被規範在其 1989 年的兒童法案 (Children Acts) 中，其內涵為「父母對所有關於未成年子女及其財產之事務，所擁有的權利、義務、權力、權威以及責任。」<sup>56</sup>此條文並未對親權概念做更進一步的定義而有待普通法補充，惟此條文明顯已涵蓋父母擁有為未成年子女做醫療決定之權利。父母責任會持續到未成年子女年滿 18 歲，此年齡與聯合國以及多數歐洲國家所採用的年齡標準相同。蘇格蘭則較為特別，蘇格蘭法律規定所有父母權利以及大多數父母責任在未成年子女年滿 16 歲即結束，但父母對於孩子的提供方向與指引責任則會持續到小孩年滿 18 歲。<sup>57</sup>

父母權利長久以來都為普通法所承認，而至今日，父母權利的內涵概念則已演變為父母只被賦予能夠對其子女履行義務的權利。法院並認為當父母權利被國家介入時，父母並未擁有可獨立主張的權利。當父母主張國家介入其對未成年子女之醫療決定，且並未將父母意見納入參考，此時將構成違反兒童在歐洲人權公約第 8 條下所被保障的人權，而不是認為父母權利受到侵害。<sup>58</sup>Bainham 指出，

<sup>55</sup> 許育典 (2014)，〈國家公權力介入家庭後的衝突關係：以兒少保護為核心〉，《基本人權與兒少保護》，頁 133，台北：元照。

<sup>56</sup> “all the rights, duties, powers, responsibilities and authority which by law a parent of a child has in relation to the child and his property.”

<sup>57</sup> Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY: Routledge-Cavendish, 27-28.

<sup>58</sup> Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY: Routledge-

父母若要對抗他人對其決定的干預，應主張子女權利受到侵害，或主張在兒童法案下父母對子女的權利與責任受干預。惟法院在審查此種主張時，僅會審查此決定是否符合未成年子女的最佳利益，而非審查父母權利是否受到侵害。<sup>59</sup>

然而，即便未成年子女的最佳利益必須放在最重要的地位加以審查，也並不代表父母對子女所做成的所有一切決定均適用此法則，也不代表法院會像監督者一樣監督父母對子女做成的每個決定。基本原則是，父母被假定會成為其子女最好的代言人，會是除子女本人外，最關心此一決定的人。並且父母也被期待會比其他任何人更了解子女的需要，在大多數案例中，父母都會做出最符合子女最佳利益的決定。也有些案例即便父母所做的決定未必符合子女的最佳利益，法院亦不會介入。例如一般情況下都會認為除非有特定禁忌症，否則幫孩子注射疫苗等免疫手段是符合子女最佳利益的。然而，這些免疫手段並非強制性，父母可以拒絕他的孩子採取這些免疫手段。雖然如此一來可能不被認為符合子女的最佳利益或甚至違反子女的最佳利益，但除非法院被要求介入，否則父母可以合法的做出拒絕免疫手段的決定。<sup>60</sup>

對於為何父母不被要求所做出的所有決定都必須符合子女之最佳利益，學說上有眾多討論。有站在家庭隱私的立場論述者，前已述及，亦有站在家庭對子女的重要性此一觀點論述者。蓋若將決策的權威從父母手中剝奪，等於低估了父母可以照顧孩子的能力，也就因此導致家庭的重要性也被低估。然而家庭一般而言是最適合撫育孩子成長的環境，因為國家無法做到如家庭般每日照看孩子的生活，並且孩童無法在孤立的環境下成長，而必須在家庭之中被照顧始得以成長。在家庭中，父母的決定將會納入其他家庭成員的利益，亦即，父母會在每個小孩以及家庭成員間的進行利益權衡而決定如何取捨。在這種衡量過程中，父母被認

---

Cavendish, 29.

<sup>59</sup> Bainham, A. (2005). *Children: the Modern Law* (3<sup>rd</sup> ed.). Bristol : Jordan Publishing, 121-122.

<sup>60</sup> Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY : Routledge-Cavendish, 30.

為是最適當的決策者，而這對於家庭功能的有效發揮也很重要。<sup>61</sup>



### 第三節 國家對未成年人的保護義務

#### 第一項 國家保護義務

為了避免人們的基本權受到侵害，衍生出基本權的防禦功能與國家的保護義務兩種相對立的作用。所謂基本權的防禦功能，是在防止人們的基本權受到國家公權力之侵害，而國家的保護義務，則是國家介入以保護人們的基本權不受到來自第三人的侵害。換言之，防禦權要求國家消極不作為，保護義務則要求國家積極作為，以避免基本權受私人侵害。<sup>62</sup>

國家的保護義務於英美法上的起源為英王具有「國家監護權（*parens patriae*）」，即「國家父母（*parent of the country*）」，國王為了維持封建秩序的穩定，故對於其統領下的未成年人、精神耗弱者或無行為能力之貴族，有保護照顧之義務。當貴族過世遺留年幼之繼承人，利害關係人會聲請國王介入以處理財產監護及身心監護之糾紛。這種國王的保護照顧義務後逐漸發展為帶有兒童保護目的之國家監護權行使之責任，該權限後又委由法官行使，由法官依具體個案做成判例而形成習慣法。<sup>63</sup>對於國家的保護義務應如何履行，立法和行政機關享有廣泛的形成權。當公權力完全未採取任何保護措施，或其採取的保護措施根本不適當，或完全未能達成應有的保護目的時，才算是違反國家的保護義務。<sup>64</sup>

基本權的保護義務也提供了國家介入私人生活、干預人民權利的正當性論

---

<sup>61</sup> Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY: Roudedge-Cavendish, 30.

<sup>62</sup> 許育典（2014），〈論國家限制親權的憲法正當性：從虐童談起〉，《基本人權與兒少保護》，頁153，台北：元照。

<sup>63</sup> Cogan N.H., *Juvenile Law* (1970). Before and After the Entrance of “*Parens Patriae*”. 22S.C.L. REv.147, 177. 引自張雅珮（2005），〈父母子女關係於未成年人醫療決定中之地位－以未成年人之醫療自主權及最佳利益為中心〉，頁16，國立臺北大學法學系碩士論文。

<sup>64</sup> 許育典（2014），〈論國家限制親權的憲法正當性：從虐童談起〉，《基本人權與兒少保護》，頁153，台北：元照。

證。就未成年人而言，由於其往往不具備足夠能力保護、爭取自己的權利，也沒有參政權可以影響政策制定，屬於弱勢中的弱勢，因此國家必須主動保護兒童的基本權，否則憲法基本權對兒童的保障即形同虛設，不具實質意義。<sup>65</sup>

由於家庭有其無法取代之功能，故國家實無法扮演取代家庭的角色，而應扮演輔助家庭之角色，國家作為家庭的輔助者，應輔助家庭功能健全，讓兒童在最適合其成長的地方發展。可是，一旦家庭支持一個兒童成長的功能已經喪失時，讓兒童在此家庭內成長反而對其有害，此時國家即不可退居於第三者的地位，而應該積極介入。國家作為輔助者，其介入之程度，取決於家庭功能喪失的多寡，最嚴重者，即為永久限制父母對子女的親權。<sup>66</sup>

## 第二項 國家介入之時機

國家有保護未成年人的義務，而親權又具有憲法上的地位，故國家何時應該介入家庭對未成年子女的決定，即成為議題。蓋，限制父母親權的同時，也侵害了兒童的家庭成長權，因而需要憲法正當性基礎。<sup>67</sup>就此議題，學說上有主張以「傷害原則 (Harm principle)」作為國家介入與否的時機判斷，亦有主張應回歸未成年子女的最佳利益而從比例原則之操作進行判斷，以下析述之。

### 第一款 由傷害原則判斷是否限制親權模式

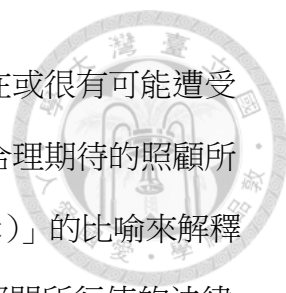
Dickens 主張，「家長的功能即在於保護子女免於身體上、精神上、邏輯上、社會上、道德上的傷害。」在英格蘭與威爾斯，於家長不願意或無法提供孩子必要且適當的照顧時，國家將會介入，以公權力將孩子帶離父母而安置於地方政府

---

<sup>65</sup> 許育典 (2014)，〈論國家限制親權的憲法正當性：從虐童談起〉，《基本人權與兒少保護》，頁 153，台北：元照。

<sup>66</sup> 許育典 (2014)，〈論國家限制親權的憲法正當性：從虐童談起〉，《基本人權與兒少保護》，頁 155，台北：元照。

<sup>67</sup> 許育典 (2014)，〈論國家限制親權的憲法正當性：從虐童談起〉，《基本人權與兒少保護》，頁 156，台北：元照。



的照顧之下。然而如此的國家介入，也僅限於法院認為孩子正在或很有可能遭受嚴重傷害，並且這樣的傷害是源自於家長沒有對孩子提供符合合理期待的照顧所導致。Bainham 則借用了「德沃金甜甜圈 (Dworkinian doughnut)」的比喻來解釋家長裁量 (parental discretion)。在德沃金的思想下，法院或公部門所行使的法律裁量權，就如同甜甜圈中心的洞一樣，並非毫無限制，而是只能在特定權威制定的標準內行使裁量權。就如同一圈規制圍繞在外，裡面的空洞則是行使裁量權的空間。<sup>68</sup>Bainham 借用 Dworkin 的裁量權理論，認為「原則上父母對於撫育未成年子女的一切事務均有廣泛裁量權，但這種裁量權是被規制於父母必須確保提供給子女維持生活的基本保護。」<sup>69</sup>在這個看法下，父母對孩子的決策權除非已違反最低標準，否則將不被干預。<sup>70</sup>

此說之基本立場為，究竟何為未成年子女的最佳利益難以判斷，因而既然在自由民主政體下，要求父母對孩子的成長負最優先責任，當然也該賦予父母可以依照其價值、增進整體家庭及個別家庭成員利益而做出其認為適當的決策的權利。尤其是當家庭中有不只一個小孩，此時要家長做出完全符合個別孩童最佳利益的決策可能難以期待。因而，學者 Jansen 即認為「當家長無法尊重未成年子女並且未提供子女基本需求時，此時國家應該介入，但此時只是家長的自主權應該受到限制。」<sup>71</sup>此外，Ross 也認為，「父母會依照他們自己對好的生活 (good life) 的想法，來決定如何分配提供給子女的基本資源的種類及數量。不同的父母會因為信仰及價值觀的不同而做出不同的分配。在自由共和國，國家會廣泛地接受家庭做出的分配，只要家長做出的分配符合給予子女的最基本需求此一門檻。而父母也需要一個廣泛的裁量空間來決定如何分配個別子女與其他家庭成員之間

---

<sup>68</sup> Dworkin, R. (1997). *Taking Rights Seriously*. London : Duckworth, 52.

<sup>69</sup> Bainham, A. (2005). *Children: the Modern Law* ( 3<sup>rd</sup> ed.). Bristol : Jordan Publishing, 120.

<sup>70</sup> Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY : Routledge-Cavendish, 31-32.

<sup>71</sup> Lynn, A. J. (2004). *Child Organ Donation, Family Autonomy, and Intimate Attachments* : 13 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 133.



健康照護需求。」<sup>72</sup>因而，此說認為最佳利益原則可能會導致未充分尊重父母自主判斷的權利，從而，當父母是用理性做出判斷時，法院即不可任意以自己對子女最佳利益的判斷為由介入父母的決定。<sup>73</sup>

Diekma 亦以傷害原則為國家介入的判斷標準，並列出以下要件<sup>74</sup>：

- 1.當父母拒絕該醫療決定時，是否將其子女置於嚴重傷害的巨大風險下？
- 2.傷害是否急迫，而需要立即採取行動防止之？
- 3.被父母拒絕的國家介入是否對於避免重大傷害是重要的？
- 4.被父母拒絕的國家介入是否被證實有效，因而很可能可以避免傷害？
- 5.被父母拒絕的國家介入是否並未將子女置於嚴重傷害的重大風險下，並且該介入比起父母的選擇提供的可能利益是否遠大於可能的弊害？
- 6.是否有其他對父母自主權侵害較小，或較被父母接受，且可避免子女受到重大傷害的選項？
- 7.此國家介入可否被一般化而適用到其他相類似情況？
- 8.是否大多數的家長都同意此國家介入是合理的？

Dikema 強調，國家是否介入家庭決定的門檻一定不可避免會使用到不確定法律概念，包含何為重大、嚴重等等。然而，即便如此，仍應以傷害原則，而非最佳利益原則作為國家是否介入的判斷標準，蓋子女的最佳利益其實難以決定，故此時應認為父母有足夠的能力可為子女判斷何種醫療決策符合其最佳利益，除非父母決定已違反傷害原則。<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Ross, L. F. (2004). *Children, Families and Health Care Decision-Making*. NY : Oxford University Press, 8.

<sup>73</sup> Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY : Routledge-Cavendish, 35.

<sup>74</sup> Dikema, D. (2004). Parental Refusals of Medical Treatment: the Harm Principle as Threshold for State Intervention. 25 (4)*Theoretical Medicine and Bioethics*,243.

<sup>75</sup> Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY : Routledge-Cavendish, 36.





## 第二款 與比例原則相結合的限制親權模式

亦有學者主張應以比例原則作為國家介入家庭之控制手段之審查標準。此說認為，比例原則中的最小侵害原則，即指當有多個以上的手段可以達成相同目的時，國家應選則對基本權侵害最小的手段。蓋家庭有其不可取代之功能，能否於家庭中成長對兒童之人格發展至關重要，亦為兒童之權利，前已述及。因而，國家作為家庭之輔助者，其目的是要讓兒童能於健全之家庭中成長，國家介入家庭之決定僅為達成此一目的之手段。就此而言，國家是否及如何介入家長之自主權，應依照家庭失功能的程度，在不同個案給予不同的限制親權手段。<sup>76</sup>

舉例而言，父母出現過度懲戒行為，但此行為為一般人可預期之情形，此時應給予父母親職輔導以符合最小侵害原則。但若父母的行為已沒有改善可能，此時則可考慮永久剝奪父母之親權，讓兒童於被他人收養後可有在另一家庭成長之機會。此說之原則，即是認為在國家採取限制親權的手段時，應考量最小侵害原則之運用，並以此避免恣意，作為國家是否介入父母自主的判斷模式。<sup>77</sup>

## 第四節 未成人之醫療自主權

未成人是否享有醫療決定權實有爭議，因現行醫療法並未明文賦予未成人醫療同意能力。惟本文基於憲法對人性尊嚴之保護及相關國際公約之規定，認為應肯認未成人之醫療決定權。

### 第一項 憲法上地位

未成人之醫療自決權，應具有憲法上之地位。蓋人性尊嚴不可侵犯實為先

<sup>76</sup> 許育典（2014），〈論國家限制親權的憲法正當性：從虐童談起〉，《基本人權與兒少保護》，頁159-160，台北：元照。

<sup>77</sup> 許育典（2014），〈論國家限制親權的憲法正當性：從虐童談起〉，《基本人權與兒少保護》，頁160，台北：元照。

於憲法的基本價值，而未成年人作為一生命主體，也應享有人性尊嚴，若在未具備正當理由的情況下，任意剝奪未成年人之醫療自決權，實為對其人性尊嚴及人格權之蔑視與侵害，本項擬討論未成年人醫療自決權有憲法上地位的論據。



### 第一款 人性尊嚴之憲法意義

自然法主義者認為，人性尊嚴是每個人不可放棄、不容破壞之法益，政府存在的主要目的之一就是以國家權利保障每個人的人性尊嚴。而法實證主義

(Rechtspositivismus) 者則認為，人性尊嚴之概念模糊，若高舉人性尊嚴之旗幟，反而可能造成法不安定，容易動搖國家權威，反使人的尊嚴無法獲得保障。

78

德國基本法第 1 條第 1 款明文保障人性尊嚴，「人性尊嚴不可侵害，對其之尊重與保護係國家各權力之義務。」這樣的憲法條文實源於納粹時期統治者利用法律侵害人權的歷史。如納粹政權人民法院之法官 Hans Joachim Rehse 法官及曾被問及，「若有一法律規定，但眼鏡者應予處決，您將如何處置？」，Rehse 回答，「若真是如此，我不會違反它。」此即為擁護「惡法亦法」思想的法官。而這種將人視為無價值，允許法律消滅生命、蔑視人性尊嚴的思想，也在歷史上造成了難以挽救的錯誤。<sup>79</sup>

人性尊嚴的思想，其實深受康德「把人當作目的」的人性觀影響。康德認為，對於人性尊嚴之尊重，最重要的就是不要只把人視為一種工具或手段，而必須永遠當作目的本身。詳言之，「人是由一個一個獨立的個體組成的。人之優越之處，不僅在於人的智慧之獨一無二性，不僅在於人有思維能力，也不僅在於人可以勞動。更重要的，還在於：對於人來說，個別與一般的關係，不是像別的事

<sup>78</sup> 李震山 (2011)，〈人性尊嚴之憲法意義〉，氏著，《人性尊嚴與人權保障》，頁 5，台北：元照。

<sup>79</sup> 李震山 (2011)，〈人性尊嚴之憲法意義〉，氏著，《人性尊嚴與人權保障》，頁 5-6，台北：元照。

物那樣，『類』就其共性而言，可以代替個別事物，可以代表個別事物中的本質部分。對人來說，個體的人雖可包含人類的共性，但個體的人，不論就其個性，或就其本質而言，永遠都是不可替代的，不可化約的。這就是說，在宇宙萬物中，唯有人，個體的人，其個性和本質，是絕對獨立的，絕對自由的。」<sup>80</sup>

在人性尊嚴的概念下，自治與自決無疑是人性尊嚴之核心內涵。「自決」與「個人本身即為目的」之概念互為表裏，Klaus Stern 認為，「人性尊嚴屬於每個人自己以及自己所欲之價值，構成個人本質上不可放棄之要素，基於該尊嚴人類方有自我發展之能力。人性尊嚴存在於每個人，屬於人本質中，無法派生之要素核心。那個核心，就是為自己所欲，其顯在外者，即為自治、自決。」<sup>81</sup>由以上可知，自我決定權為人性尊嚴不可或缺的核心內涵，而未成年人亦不應被排除於人性尊嚴之主體之外，與成年人無異，應享有自決權。<sup>82</sup>

## 第二款 未成人之主體性

醫療行為的有效同意應以相當之理解及成熟度為前提，因而未成年人可能因為未具充分之成熟性及對經驗的欠缺而不被允許獨立做成醫療行為之決策。<sup>83</sup>然而人性尊嚴之主體應為每個人，不該因年齡及智慧之成熟度而有差別。故即便是智慮與精神上有欠缺，如意識喪失、精神病患、未成年人等，都不可因此而否認其為人性尊嚴之主體。蓋即便不具有常人般的自決能力，也不表示因此即不是人性尊嚴之權力主體，否則若人性尊嚴之存否繫諸於個人能力，將導致許多人被視為非人、甚至客體，為避免此種情形發生，人性尊嚴不應以人之能力有無未判斷

<sup>80</sup> 引自高宣揚（1991），《德國哲學的發展》，頁 96，台北：遠流。轉引自李震山（2011），〈人性尊嚴之憲法意義〉，氏著，《人性尊嚴與人權保障》，頁 11，台北：元照。

<sup>81</sup> 引自李震山（2011），〈人性尊嚴之憲法意義〉，氏著，《人性尊嚴與人權保障》，頁 14，台北：元照。

<sup>82</sup> 鄭瑜亭（2012），《未成年人自主決定與父母意見相衝突之法律問題—以子女身體自決為中心》，頁 9，國立成功大學法律學系碩士班論文。

<sup>83</sup> 張雅珮（2005），《父母子女關係於未成年人醫療決定中之地位—以未成年人之醫療自主權及最佳利益為中心》，頁 49，國立臺北大學法學系碩士論文。



依據。<sup>84</sup>

因而，即便未成年人之醫療同意能力可能因其智識經驗之不足而受到限制，我們仍不能否認，基於每個人都應享有人性尊嚴的立場，未成年人亦應受到人性尊嚴的保護。自決權作為人性尊嚴的核心價值之一，吾人絕不可否認未成年人對於自己的身體法益應享有自決權此一命題。

然而，即便不從人性尊嚴之角度出發，應仍可導出自我實現是未成年人保護的核心價值此一命題。論者有謂，在我國與德國欠缺相同的歷史脈絡下，是否可將人性尊嚴定於一尊，而成為全民對憲法最高價值的共識，應有疑問。其認為自我決定才是一切自由的根源，基本權的本質應為自我實現而非人性尊嚴。<sup>85</sup>

人的自我實現實包含兩個要素，一是「自我開展」，二是「自由」的自我開展，就此而言，保護人民的身體不受傷害，其保護的本質即為人民的自我實現，而國家對未成年人所做的保護，仍要保障到未成年人的自我決定權，以便真正落實自我決定作為基本權的本質。<sup>86</sup>

## 第二項 其他法規

關於兒童之保護，聯合國兒童權利公約（UN Convention on the Rights of the Child）試圖提供兒童權利保護的官方宣言。蓋兒童權利的保護與權利無法完全與成年人等同，因此在本公約的前言，即言及「兒童因身心尚未成熟，因此其出生前與出生後均需獲得特別之保護及照顧，包括適當之法律保護。」<sup>87</sup>

究其具體內容，公約第 12 條規定「1. 締約國應確保有形成其自己意見能力之兒童有權就影響其本身之所有事物自由表示其意見，其所表示之意見應依其年

---

<sup>84</sup> 引自李震山（2011），〈人性尊嚴之憲法意義〉，氏著，《人性尊嚴與人權保障》，頁 15-16，台北：元照。

<sup>85</sup> 許育典（2013），《文化憲法與文化國》，頁 193-199，台北：元照。

<sup>86</sup> 許育典（2014），〈國家公權力介入家庭後的衝突關係：以兒少保護為核心〉，《基本人權與兒少保護》，頁 130-131，台北：元照。

<sup>87</sup> Choudhry, S. & Herring, J. (2010). *European Human Rights and Family Law*. UK: Hart Publishing, 226.

齡及成熟度予以權衡。2. 據此，應特別給予兒童在對自己有影響之司法及行政程序中，能夠依照國家法律之程序規定，由其本人直接或透過代表或適當之組織，表達意見之機會。」

第 13 條規定「1. 兒童應有自由表示意見之權利；此項權利應包括以言詞、書面或印刷、藝術形式或透過兒童所選擇之其他媒介，不受國境限制地尋求、接收與傳達各種資訊與思想之自由。2. 該項權利之行使得予以限制，惟應以法律規定且以達到下列目的所必要者為限：(a) 為尊重他人之權利與名譽；或(b) 為保障國家安全、公共秩序、公共衛生與道德。」

第 14 條規定「1. 締約國應尊重兒童思想、自我意識與宗教自由之權利。2. 締約國應尊重父母及於其他適用情形下之法定監護人之權利與義務，以符合兒童各發展階段能力的方式指導兒童行使其權利。3. 個人表明其宗教或信仰之自由，僅受法律規定之限制且該等規定係為保護公共安全、秩序、衛生或道德，或他人之基本權利與自由所必要者。」<sup>88</sup>

從本公約第 12 至 14 條，可看出公約強調兒童自主之重要性，並以明文加以保護。然而仍應注意，由於兒童身心狀況可能尚未成熟，因此公約也特別強調必須依其年齡及成熟度權衡其意見。此外，公約也強調應尊重父母及法定監護人之權利及義務，以符合兒童各發展階段能力的方式指導兒童行使其權利。

我國已制定兒童權利公約施行法，於民國 103 年 11 月 20 日起，本公約已具備我國內國法效力，並且依兒童權利公約施行法第 3 條「適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國兒童權利委員會對公約之解釋。」故對我國未成年子女醫療決策權利之解釋，亦須參考本公約以及聯合國對此公約之相關解釋。

---

<sup>88</sup> 中文翻譯來源為：衛生福利部社會及家庭保護署，《兒童權利公約\_正體中文版》。載於：<file:///C:/Users/user/Dropbox/%E8%AB%96%E6%96%87/%E5%85%92%E7%AB%A5%E6%AC%8A%E5%88%A9%E5%85%AC%E7%B4%84.pdf>。

此外，我國對於兒童及少年之保護，原則上制定於兒童及少年福利法第 5 條「政府及公私立機構、團體處理兒童及少年相關事務時，應以兒童及少年之最佳利益為優先考量，並依其心智成熟程度權衡其意見；有關其保護及救助，並應優先處理。兒童及少年之權益受到不法侵害時，政府應予適當之協助及保護。」可看出兒少福利法對於兒童有其自主性之肯認，強調對未成人之相關處置，除了要符合其最佳利益此一基本原則外，也要同時兼顧對未成人意見的權衡。

## **第五節 未成人醫療決定之決策者**

由以上討論可知，對於未成人之醫療決定權，有多個利害關係人均有可能成為決策者，即父母（監護人）、國家，及未成人本人。此議題涉及多種利益的衝突，分別是未成人本人是否在特定情形下應享有對自己身體的處分權？父母基於親權是否享有在特定條件下可依自己判斷為未成年子女決定醫療決策之家庭自治權？以及國家是否在特定情況下，基於國家保護義務，須保護未成人之生命、身體，而應該介入未成人醫療決策權，以保護未成人為由而將對於何為未成年子女的最佳利益之價值判斷凌駕於未成人或其父母之上？

### **第一項 未成年子女與父母間的意見衝突**

在個案中，若是未成年子女對自身醫療決定，與父母對子女的醫療決定產生扞格，此時應優先以誰的意見為準？蓋父母與子女價值觀不一定相同，有時候父母覺得對子女是好的安排，有可能實際上影響到子女的自我決定權，進而影響其人格開展，產生父母親權限制子女身心健全的情形。這種衝突在過去，由於父母對子女是上對下的權力關係，因而父母可代替未成人決定。但隨著子女權利漸受重視，未成年子女已從被保護的客體上升為權利主體，故在現今思潮下，若未成人對於個案中的決定有判斷能力、成熟性、足夠理解而擁有自我決定的能



力，此時父母即應尊重子女的自我決定。並且，隨著年齡增長，這種自我決定能力也將相對提升。又親權之本質本就係一種「利他」權利，因此本應以子女的最佳利益為其最終目標，而子女的意見表達則為判斷是否是最佳利益的重要因素。

89

## 第二項 父母與國家間的意見衝突

當父母為子女做出醫療決定時，可能並不符合國家想像下的子女最佳利益，蓋父母須考量整個家庭的運作以及個別家庭成員間的資源分配，而做出符合整個家庭最大利益的取捨。因而，在父母認定的醫療決定與國家認定的醫療決定不相符合時，該如何處理此一爭議？論者以為，國家保護義務之所以存在，即在避免子女的基本權受到第三人侵害，為落實未成年人身心健全發展的目的而國家必須介入。而父母之親權又為一種利他權，其目的是為了未成年人利益的維護而存在，因而當國家公權力與父母親權相衝突時，既然兩者均係為未成年人之利益而存在，此時並無何者一定居於優先地位的道理。在這種情形，應綜合判斷哪種措施較能更有效的保護子女。<sup>90</sup>

對於何時國家始可以其價值判斷凌駕於父母決定之上，通過前節討論，可知學說上有採「傷害原則」，即只要父母決定未造成子女嚴重傷害或製造嚴重傷害的風險，即優先尊重父母決定。亦有主張應回歸何為未成年子女的最佳利益，而藉由比例原則的操作，讓國家適時適度的介入以補足家庭可能產生缺漏。本文以為，未成年子女的最佳利益應為最終參考原則，蓋父母的考量因素可能多元，若純粹用傷害原則作為判斷標準，可能造成父母在不對子女造成嚴重傷害的情形下所做的一切關於子女的決定均係合理，會有父母權力過大而流於恣意之可能，因

<sup>89</sup> 許育典（2014），〈國家公權力介入家庭後的衝突關係：以兒少保護為核心〉，《基本人權與兒少保護》，頁 135-136，台北：元照。

<sup>90</sup> 許育典（2014），〈國家公權力介入家庭後的衝突關係：以兒少保護為核心〉，《基本人權與兒少保護》，頁 134，台北：元照。

而回歸子女最佳利益及比例原則的判斷應較能確保子女利益受到保護。



### 第三項 子女與國家間的意見衝突

當未成年子女想要施加在自己身上的醫療決定與國家所認定的最佳利益不相符時，應以何者為準？本文以為，在子女具備充分的自我決定能力時，此時國家即不應任意以自己的判斷凌駕於子女的自我決定之上。蓋自我決定係為使個人能夠追求自身的生命價值，做自己的主人，故自我決定可說是一切基本權的本質。若國家以自己的判斷凌駕於已有足夠判斷能力的未成年人之上，將可能造成個人淪為必須符合外界一般要求的客體，而失去自由的自我開展的機會。因而，若個案中未成年子女有自我決定之可能，國家應該尊重個人做為自己最佳利益的守護者，原則上尊重未成年子女的決定，以確保個人可以選擇自己想要的生活方式，真正落實自我實現的精神。<sup>91</sup>

### 第四項 小結

綜上所述，在未成年人之醫療決定上，若未成年子女本人、父母、國家三者對於應做出何種醫療決定意見衝突時，原則上應先判斷未成年子女是否在個案中具備足夠的判斷能力。若有，則應優先尊重之，以利未成年子女開展其人格，足以自我實現。然若個案中子女並不具備足夠的決策能力，此時即應判斷怎樣的醫療決定會符合未成年子女的最佳利益。而在這判斷過程中，並無哪一方的決定必定能凌駕於另一方，而是應將各方的意見均納入考量，包含未成年人自己的意思、包含此醫療決定會否影響子女在家庭中幸福成長的權利等等，綜合一切因素來判斷何為未成年子女的最佳利益。而在個案中，未成年子女是否具有決策能力，則需進一步進行認定，留待下章討論。

<sup>91</sup> 許育典（2014），〈國家公權力介入家庭後的衝突關係：以兒少保護為核心〉，《基本人權與兒少保護》，頁 131，台北：元照。





## 第三章 未成年人之同意能力



前章已得出，基於憲法對人性尊嚴、自決權之保障，應肯認未成年人在具備成熟性時，可自為決定之結論。因此，在個案中，各該未成年人是否足夠成熟而具備醫療同意能力，即為吾人需加以探究之議題。本章將先對能力概念進行定義，再介紹英國及美國法上關於未成年人之醫療同意能力之規定，接著闡述成熟未成年人原則之內涵及其被援用之情形，並比較各種立法模式、分析各種模式間存在的問題，及對同意能力門檻高低該如何界定提出不同之方式，最後提出本文見解。

### 第一節 能力概念

#### 第一項 能力定義

醫療行為以告知後同意為正當化事由，而告知後同意原則又以病人具有「同意能力」為前提。一般而言，當一個人年齡到達成人階段，即會被假定為擁有自主決定的必要能力。然而，能力概念至今都僅在有限的層面被討論，其具體內涵到底為何仍未被法院或立法者具體出來而成為定論。但至少有三種要素是一個人法律上能夠合法行使同意權所必備的：即能力、充分的資訊、完全自主。<sup>92</sup>

當談到一個人具有能力（*competence*），其核心概念，就是能夠完成某項任務（*The ability to perform a task.*）。因而對於一個人是否擁有能力，其實與其所被要求完成的任務相關。例如簽一張支票、上法院作證、養一隻狗等不同的任務，對能力的要求就有很大的不同。也因此一個人很難會被認定為在所有生活層面都無能力。能力也會隨著時間有所變動，也可能只是短暫存在。所謂能力會隨時間變動，例如失智症患者的智力、語言、記憶等功能都可能下降，導致其喪失能力；而後者則例如羊癲瘋患者可能經歷短暫的大腦功能失調，因此在特定期間即不具

---

<sup>92</sup> Beauchamp, T. L. & Childress, J. F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*, 5th edition. NY: Oxford University Press, 145.



備能力。<sup>93</sup>

在法律上，不具備醫療行為同意能力（*incompetence*）的人，則是指那些無法處理自身事務的人，須由他人加以保護。在醫學上，醫療行為同意能力的定義，根據美國 President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedicine and Behavior Research 1982 年做成的報告，具備醫療行為同意能力者應有以下能力：1、具備個人價值觀與目標；2、擁有溝通及了解信息的能力；3、對於個人選擇擁有推理與熟慮的能力。簡而言之，病人具有醫療行為之同意能力係指病人具有能力能理解該醫療行為之相關信息，以及該醫療行為可能產生的結果，且能夠在大部分時候做出好的及正確的決定。如果病人可以了解相關醫療程序，並且仔細考慮該醫療行為的主要風險及利益，再基於這些考慮做出決定，則通常會被視為具有醫療行為的同義能力。反之，若缺乏這些能力的任何一項，則他的決定、同意或拒絕的能力將受到質疑。<sup>94</sup>

當一位病患被認定為有同意能力時，此時其所做的決定即應受到尊重。當病患的同意能力受到質疑，此時重點應在判斷決策過程是否是出於理性，而非該決定本身是否理性。又，「所謂自主的理想狀態應該是其決定是理性的，與其人生規畫或希望一致」<sup>95</sup>，在這裡所謂的理性決策，應是從該患者的角度出發，而不應從其他人的角度出發。意即，「一位沒有心智或精神上能力缺陷的成人病患擁有可以同意或拒絕各種治療的絕對權利。」<sup>96</sup>

## 第二項 能力門檻的把關功能

能力門檻的認定在醫療領域扮演了把關的角色，藉由能力門檻可將病患區分


---

<sup>93</sup> Beauchamp, T. L. & Childress, J. F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*, 5th edition. NY: Oxford University Press, 71.

<sup>94</sup> 王服清 (2015), 〈論病患同意能力之問題與芻議〉, 《華中科技大學》, 第 23 期, 頁 242。

<sup>95</sup> Wilkinson, D., Savulescu, J., Hope, T., Hendrick, J. (2003). *Medical Ethics and Law, the core curriculum*. London: Churchill Livingstone, 34.

<sup>96</sup> *Re T (adult: refusal of medical treatment)* [1992] 4 All ER 649, CA, at 652-3. Retrieved from Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY: Routledge-Cavendish, 69-70.



成兩類：其意見需要被徵求以及採納者，及其意見不須或不應被徵求採納者。在後者的情形，因為病患能力的不足，醫師作為權威將可成為非正式的代理人而由其意見取代病患意見，也可依此要求法院指定監護人保護病患，亦可將病患置於非自願的機構安置。而法院在認定該患者不具備完整能力後，會指派一個決策者來為病患作出醫療決策。雖然這樣的職權專屬於法院，醫師並無權力在法律上宣告一個病人不具備同意能力，但在實際情況，醫生往往對於病患的照顧具有事實上的權力可將其意見凌駕於病人之上，或限制病人的意見。此外，他們對於病患不具備能力的判斷也很少會在法院受到質疑。<sup>97</sup>

## 第二節 英美法上對未成年人之醫療行為同意能力

當談及未成年人之醫療同意能力時，往往會被問到兩個問題，第一，他們在被告知後是否具有足夠的能力能自行做出決定？第二，即便他們有足夠能力，讓未成年人自行做出嚴重或困難的決定是否是正確的？<sup>98</sup>

事實上，社會中的多數意見都希望能夠尊重擁有足夠資訊以及足夠成熟的未成年人的意見，但一方面卻又堅持必須保護未成年人免於受到他們自己的決定可能帶來的對自身的危害。意即，未成年人除了必須向大家展示他們對於自己所做成的醫療決定可能帶來的後果已充分了解其意涵外，往往還需要說服大家他們所做的決定是正確的選擇。實際上，這也導致未成年人的意見往往只有在當他們的決定與社會大眾所認為的符合他們的利益時，其決定才會被執行。<sup>99</sup>然而，隨著時代演進，英美社會對於未成年人之醫療同意能力有越加尊重其自我決定之趨勢。

---

<sup>97</sup> Beauchamp, T. L. & Childress, J. F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*, 5th edition. NY: Oxford University Press, 70.

<sup>98</sup> Alderson P, Montgomery J. (1996). *Health Care Choices: making decisions with children*. London: Institute for Public Policy Research.

<sup>99</sup> British Medical Association (Ed). (2001). *Consent, Rights and Choices in Health Care for Children and Young People*. London: BMJ Books, 19.



## 第一項 英國醫療行為之同意能力

英格蘭、威爾斯、北愛爾蘭等地以 18 歲為成年之標準，只要一個人年滿 18 歲，他就有排他的能力可自行決定是否接受醫療行為。然而依照英國 1969 年的「家族法修正案 (Family Law Reform Act 1969)」，未滿 18 歲，但已滿 16 歲者，也被推定為具有同意能力，除非有反證對之加以推翻。<sup>100</sup>而對於未滿 16 歲之未成年人，則以 Gillick 案<sup>101</sup>中，以未成年人對該醫療行為是否有「完全理解之充分理解力及智力」為標準，例外承認未滿 16 歲之未成年人之醫療同意權。<sup>102</sup>

詳言之，依英國「兒童法施行細則」第 1 條規定，「未滿 18 歲之自然人為兒童。」而 1969 年的家族法修正案第 8 條則規定，「因欠缺同意而可能構成身體侵害之所有外科、內科或牙科治療，如獲得滿 16 歲兒童之同意，該同意與成年人所為者有同一效力，兒童依本條對於任何治療為有效之同意時，無須取得其父母或監護人之同意。」<sup>103</sup>依此規定，年滿 16 歲之未成年人即推定其有同意能力，而未滿 16 歲之未成年人，則在符合 Gillick 案標準時，可能被認定具有醫療同意權。<sup>104</sup>

Gillick 案之爭點在於，未滿 16 歲之未成年人可否自行為避孕諮詢及避孕裝置之醫療同意權。該案源於英國衛生及社會安全部於 1980 年頒布「從事國民保健服務之醫師，對於未滿 16 歲之少女，無須得其父母之同意或通知，得為其裝置避孕器之醫療行為。」此命令認為只要醫師是基於善意，且是基於保護年輕少

---


<sup>100</sup> British Medical Association (Ed). (2001). *Consent, Rights and Choices in Health Care for Children and Young People*. London: BMJ Books, 33.

<sup>101</sup> Gillick v West Norfolk and Wisbech AHA [1986] AC 112 at 114.

<sup>102</sup> 王服清 (2015)，〈論病患同意能力之問題與芻議〉，《華中科技大學》，第 23 期，頁 227。

<sup>103</sup> 參見 Family Law Reform Act 1969 s8(1)“The consent of a minor who has attained the age of sixteen years to any surgical, medical or dental treatment which, in the absence of consent, would constitute a trespass to his person, shall be as effective as it would be if he were of full age; and where a minor has by virtue of this section given an effective consent to any treatment it shall not be necessary to obtain any consent for it from his parent or guardian.”

<sup>104</sup> 王服清 (2015)，〈論病患同意能力之問題與芻議〉，《華中科技大學》，第 23 期，頁 228。



女受到性交帶來的負面影響，即可在得到未滿 16 歲之年輕婦女同意後為其為避孕措施而不違法。<sup>105</sup>在此案中，擁有五名未滿 16 歲的女兒的 Gillick 女士以該行政命令「侵害其父母之權利並助長性犯罪」為由狀告法院，認為未滿 16 歲之未成年人所為之同意應為非法，且侵害父母權利，因而主張該命令違法。本案第一審法院認為不得當然否認未滿 16 歲之未成年人之醫療行為同意能力，應依個別未成年人之成熟度、判斷力來具體判斷是否有醫療行為同意能力。若該未成年人被評斷為具有醫療行為同意能力，則即便未得父母同意，亦不生侵害父母權利之結果，因而判決 Gillick 女士敗訴。而第二審的上訴審法院，則以父母權利應有絕對性為由，認為法律既未規定未滿 16 歲之未成年人有醫療同意權，此時未成年子女之醫療決定即應受父母支配，故該行政命令違法。最後 1985 年上議院以三票對兩票的結果認定該命令不違法，宣示判斷能力成熟的未滿 16 歲之未成年人，具有無須經父母同意而取得避孕諮詢及避孕裝置之醫療同意權。往後的判決，也以 Gillick 案所揭示的「充分理解力與智能」為標準，承認未滿 16 歲之未成年人，若對於自身的醫療行為的內容及結果，具有充分的理解能力、智力、成熟度，即有可能承認該未成年人具有醫療同意能力。<sup>106</sup>

## 第二項 美國醫療行為之同意能力

美國普通法上成年年齡為 21 歲，但許多州在聯邦憲法增修條文將投票權年齡修正降至 18 歲後，亦修改一般成年標準為 18 歲以配合之，故一般而言醫療行為之同意能力門檻也降至 18 歲<sup>107</sup>，但亦有州對於特別醫療行為另設有更低的年齡門檻。<sup>108</sup>未達法定同意年齡之未成年人應由父母代理其同意醫療行為，但普通

---

<sup>105</sup> British Medical Association (Ed). (2001). *Consent, Rights and Choices in Health Care for Children and Young People*. London: BMJ Books, 34.

<sup>106</sup> 王服清 (2015)，〈論病患同意能力之問題與芻議〉，《華中科技大學》，第 23 期，頁 228。

<sup>107</sup> Wadlington, W. (1973). *Minors and Health Care: The Age of Consent*. *Osgoode Hall Law Journal*, 11.1, 115.

<sup>108</sup> 張雅珮 (2005)，〈父母子女關係於未成年人醫療決定中之地位－以未成年人之醫療自主權及最佳利益為中心〉，頁 52，國立臺北大學法學系碩士論文。



法上設有幾種例外，即：

一、獨立未成年人原則（**emancipation**）：美國大多數州均設有此項規定，即在未成年人結婚、從軍、離開父母或監護人而獨立生活並有合法收入等一定情事下，年滿 16 歲之未成年人或其父母可請求法院判決該未成年人脫離親權而獨立，並解除父母之保護教養義務，以促進獨立之未成年人得依自律追求自己選擇的生活方式及價值。

二、緊急性法理（**emergency**）：大多數州規定，於未成年人生命遭受危險，如未為適當處置將有造成將來永久障礙之虞時，得不經父母或監護人同意而為必要的治療，蓋此時應認父母對其醫療決定有可得推測之同意。

三、成熟未成年人原則（**mature minor**）：此說認為，即便未得父母同意，但若個案中該未成年人已對於施加於其上的醫療行為有充分理解能力與判斷能力，此時其應獲得法律上的醫療同意權。此原則將在後文詳細介紹。

四、特定疾病治療之例外：幾乎各州均明定未成年人得同意某些疾病之醫療行為，例如性病治療、避孕、輸血、酒精中毒、藥物濫用、心理諮商及精神疾病治療等。此乃基於保護未成年人之立場，承認其對此等醫療行為之同意能力。<sup>109</sup> 蓋許多州都發現，在以上情況下，未成年人若要得到父母同意始得接受治療，則多數未成年人將選擇不治療。然而即便特定疾病之治療可以不用得父母同意，仍要注意到這項指標並非立基於未成年人的成熟性，而是建基於國家要防止性病傳播、防止青少年懷孕率升高、以及為保護隱私等立場，才免除父母同意之必要性。<sup>110</sup>

在上述情況中，即便未成年人未達法定的同意能力門檻，仍有可能在特定情況下擁有醫療同意權。而其中成熟未成年人原則，則經由法院不斷闡述，對於如

<sup>109</sup> 張雅珮（2005），《父母子女關係於未成年人醫療決定中之地位－以未成年人之醫療自主權及最佳利益為中心》，頁 52-54，國立臺北大學法學系碩士論文。

<sup>110</sup> Driggs AE. (2001). The Mature Minor Doctrine: Do Adolescents Have the Right to Die?. *Health Matrix Clevel*, 11(2):696.

何認定未成年人之智慮經驗、成熟度、個案中風險高低等，發展出許多見解，由下兩節詳述之。



### 第三節 成熟未成年人原則

#### 第一項 成熟未成年人原則介紹

自從美國聯邦憲法修正將投票權年齡降低至 18 歲後，各州開始重新審視各項年齡限制門檻，其中未成年人對於施加在自己身上的醫療行為是否有同意能力，是否需要法定代理人同意等問題，也一直是各州討論核心。而為了避免未得同意的醫療行為被判定為侵權行為，在未成年人之醫療行為決定上，除非有「緊急情況的例外（emergency exception）」，例如未立即採取醫療措施將造成未成年人之生命或重大身體法益受到傷害，卻一時無法取得法定代理人同意，此時醫生未取得父母同意而為未成年人進行醫療行為將不被定義為侵權，也有人認為這種緊急情形將被定義為有默示同意（implied consent）。除緊急情形的例外之外，若未成年人之父母故意不給予同意，亦即有「醫療疏忽（medical neglect）」之情形，此時法院將會指定一名代理人替未成年人為醫療決定。然而至今為止，大多數法院仍然在除了未成年人之生命將因法定代理人的醫療疏忽而受到影響時，才會指定代理人。因而未成年人是否能夠自己同意醫療行為，仍有討論必要，從而衍生出「成熟未年人原則（the mature minor rule）」。<sup>111</sup>成熟未年人原則係由 1906 年的 *Bakker v. Welsh*<sup>112</sup>事件判決形成。此案中，17 歲之未成年人自行同意取出耳朵腫瘤，但在麻醉中死亡，其父以醫生未得父母同意而向醫生追究其子之死亡責任，聯邦最高法院則以該未成年以近成年狀態，有醫療行為同意能力，而駁

<sup>111</sup> Wadlington, W. (1973). *Minors and Health Care: The Age of Consent*. *Osgoode Hall Law Journal*, 11.1, 115-116.

<sup>112</sup> *Bakker v. Welsh*, 108 N.W.94 (1906).



回其父之訴。<sup>113</sup>



## 第二項 個案分析

成熟未成年人原則是為使在某些個案中，即便無緊急情況，醫生仍得以未成年病患自己之同意而合法進行醫療行為。而究竟在那些案件中，法院願意採用此原則以排除醫師之責任，本文藉由以下案例進行分析。

### 1. Johnston v. Wellesley Hospital

Johnston v. Wellesley Hospital 案<sup>114</sup>中，患者為一名 20 歲少年，其在未得父母同意，亦未有任何緊急情況之情形下，請求皮膚科醫師為其治療青春痘留下的疤痕。在此案中，原告主張過失以及未得同意而侵害其身體，對於後者，安大略高等法院的法官 Addy, J. 表示，「雖然普通法對未滿 21 歲之未成年人締結非必需的契約以及放棄財產之能力有嚴格限制，但既然投票年齡已普遍下修至 18 歲，則限制一名明顯有足夠智力與能力可理解醫療行為之過程與可能發生之結果的 20 歲的未成年人，在本案情況下不可自行同意醫療行為之實施，將成為非常荒謬的判斷。」在此案中，未成年患者僅差一個月即年滿 21 歲之成年，法院的態度則是在此情況下明顯願意採用此法則。<sup>115</sup>

### 2. Younts v. St. Francis Hospital & School of Nursing

在 Younts v. St. Francis Hospital & School of Nursing<sup>116</sup>案中，一名 17 歲少女因手指被醫院的門意外夾傷，而必須進行前手臂到手指的皮膚移植手術。這名少女的母親因為也在同家醫院正進行手術中而被麻醉呈現無意識狀態，父親則與母親

---

<sup>113</sup> 久藤克子（2003），〈未成年者の医療に関する自己決定権-信仰に基づいた輸血拒否事例を素材として〉，《広島法学》，第 26 卷第 4 號，頁 145。轉引自張雅珮（2005），《父母子女關係於未成年人醫療決定中之地位－以未成年人之醫療自主權及最佳利益為中心》，頁 53，國立臺北大學法學系碩士論文。

<sup>114</sup> Johnston v. Wellesley Hospital, [1971] 2 O.R. 113 at 111 (per Addy J.).

<sup>115</sup> Wadlington, W. (1973). Minors and Health Care: The Age of Consent. Osgoode Hall Law Journal, 11.1, 117.

<sup>116</sup> Younts v. St. Francis Hospital & School of Nursing, Inc., 205 Kan. 292, 469 P.2d 330, KS.0042130(1970)

離異，並住在距離此醫院 200 英里以外的另一城市，且其住所不明又無法立即得知，因而醫院未取得父母同意即為少女進行手術。儘管手術成功，少女仍起訴主張醫師在未取得父母同意下擅行手術構成侵權。在本案中，法院未援用緊急情形的例外原則，而是認為「該名 17 歲少女已足夠成熟而可理解因其意外夾傷手指而須接受手術的益處以及後果。」在此案中，法院以明顯將無法得到父母同意，以及手術前曾取得少女的家庭醫師同意手術的事實而認為本案並不構成侵權。<sup>117</sup>

### 3. Bonner v. Moran

*Bonner v. Moran*<sup>118</sup>案之當事人為一名 15 歲青少年，他的表哥因為被火燒傷需要接受皮膚移植，這名少年即自行同意捐贈從腋下到腰線的皮膚組織給他表哥。而少年的母親因為身體狀況不佳，故此醫療程序並未事先徵詢其母的意見。事後，手術失敗，少年告醫生造成其暫時性毀容。此案中，一審法院並未指示陪審團此手術必須得到少年以及其母的同意，反而告訴他們，「如果陪審團認為少年本身即可了解此醫療行為的內容及結果，並且同意，或是由其行為可看出默示同意，則此時即應判被告勝訴。」然而這樣的見解被上訴法院推翻，上訴法院強調因為本案這名少年是為了他人的利益而接受手術，並非為自己利益，因而父母同意應為必要。<sup>119</sup>

從上述案例以及其他個案中，我們可以歸納出法院願意在個案中援用「成熟未成年人原則」而不要求父母同意的情形，大致有以下幾項共同點：

(1) 醫療行為的實施是為了病患本身的利益而非第三人的利益。

(2) 個案中的未成年人年齡已近成年（或至少年滿 15 歲），並且有足夠成熟的心智能力可充分了解醫療過程中的各項內容及其重要性。

(3) 醫療過程的內容不被法院認為是「重大」或「嚴重」的。<sup>120</sup>

<sup>117</sup> Wadlington, W. (1973). *Minors and Health Care: The Age of Consent*. *Osgoode Hall Law Journal*, 11.1, 118.

<sup>118</sup> *Bonner v. Moran*, 126 F.2d 121 (D.C. Cir. 1941)

<sup>119</sup> Wadlington, W. (1973). *Minors and Health Care: The Age of Consent*. *Osgoode Hall Law Journal*, 11.1, 118-119.

<sup>120</sup> Wadlington, W. (1973). *Minors and Health Care: The Age of Consent*. *Osgoode Hall Law Journal*,



## 第四節 未成年人同意權之立法模式

### 第一項 各種立法模式

關於未成年人之醫療行為應由誰，及在什麼情況下行使同意權，在立法模式上大致可分為以下幾種類型：

#### 一、採「階層式的同意權人」之立法模式

此種立法模式以法條明定當未成年人之父母無法為同意時，其他人可按照先後順序為未成年人行使同意權。這些行使同意權人例如兄弟姊妹、祖父母、父母指定之代理人、以及少年或家事法庭。這樣的立法模式使醫生可安全的照單行使，但其缺點是可能忽略已足夠成熟而可自行為醫療決定之未成年人之權益。<sup>121</sup>

#### 二、採「緊急情況的例外」之立法模式

如前所述，此立法模式以個案中是否有緊急情況決定是否需得父母同意始得進行醫療行為。大多規定當未成年人生命遭受危險，如未為適當處置將有造成將來永久障礙之虞時，此時則不須得父母同意，醫師即可合法進行醫療行為。

#### 三、採「成熟未成年人原則」之立法模式

如前所述，此種立法模式以判斷個案中該未成年人是否已對於施加於其上的醫療行為有充分理解能力與判斷能力決定是否須徵得父母同意，抑或是未成年人自行同意即可讓醫師合法進行醫療行為。

#### 四、採「脫離父母而獨立生活之未成年人」之立法模式

Emancipated minor，即「脫離父母而獨立生活之未成年人」，或可譯為「自主的未成年人」、「被解放的未成年人」，指年齡雖尚不足成年，但已結婚、成為父母、或是離開家庭的未成年人。然而「離開家庭」此一標準有一定之判斷風險，

---

11.1, 119.

<sup>121</sup> Wadlington, W. (1973). Minors and Health Care: The Age of Consent. Osgoode Hall Law Journal, 11.1, 120.

舉例而言，出國念書的留學生是否算離開家庭？即成為認定上的難處。此外，此種立法模式的有效性也要搭配該地區對於成年的年齡設定標準來看。例如紐約州的法律，未結婚且無子女者其成年年齡為 18 歲，而英國則是以 18 歲為成年，但只要年滿 16 歲即可同意「手術、醫療、牙醫等治療」。在此類別下的許多法律都含有相當寬的免責規定以保護以善意為這些未成年人實行醫療行為的醫師。<sup>122</sup>

#### 五、採「為治療特定疾病或健康問題」之立法模式

此種立法模式乃針對特定疾病的治療同意權，採取不設年齡門檻或設置極低門檻之方式，並在涉及例如性病、藥物成癮、懷孕、生產、家庭計畫或生育控制等議題時更甚。此種立法模式係因立法者意識到未成年人即便未脫離家庭，其與父母在上述領域的溝通基本也被限制或根本不存在。且未成年人往往為了不讓父母知悉其使用藥物或過早發生性行為，而乾脆就會選擇不治療與這些有關的疾病。因而有些立法模式會針對特定疾病乾脆廢除年齡門檻，甚至有些立法例會禁止醫師在未得未成年人同意前向父母揭露未成年人在這些方面的健康資訊<sup>123</sup>，或是授權醫師自行決定是否向父母揭露，免除其必須揭露的義務<sup>124</sup>，或是只限於懷孕以及感染性病時才可向父母揭露<sup>125</sup>。<sup>126</sup>

## 第二項 潛在問題

在所有涉及未成年人醫療同意權之立法例中，阿拉巴馬州的州法可說是在這個領域內規範的最為完善的制度。該州州法規定，在一般情況下，「年滿 14 歲，或是高中畢業、結婚、離婚、懷孕，即可對他自己的任何醫療、牙科治療、健康、心理健康服務為有效之同意」，而「所有未成年人均可對關於懷孕、性病、

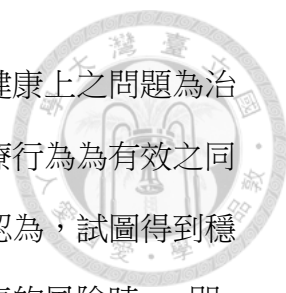
<sup>122</sup> Wadlington, W. (1973). *Minors and Health Care: The Age of Consent*. *Osgoode Hall Law Journal*, 11.1, 121.

<sup>123</sup> 如康乃狄克州即採此模式。參 *Conn. Gen. Stat. Ann.* §19-496c.

<sup>124</sup> 如加利福尼亞州即採此模式。參 *Cal. Civil Code* §34.6.

<sup>125</sup> 如夏威夷州即採此模式。參 *Hawaii Rev. Stat., Tit. 31, §577A-3*.

<sup>126</sup> Wadlington, W. (1973). *Minors and Health Care: The Age of Consent*. *Osgoode Hall Law Journal*, 11.1, 121-122.



藥物成癮、酒精濫用或其他通報疾病等醫學上、健康上、心理健康上之問題為治療的有效同意」，「所有已成為父母的未成年人可對其孩子的醫療行為為有效之同意」，就有關緊急情況之例外，該州州法亦廣泛認定，「當醫師認為，試圖得到穩固同意將導致治療遲延而增加未成年人的生命、健康、心理健康的風險時」，即可不需得父母同意而為未成年人施行醫療行為。並且，「醫師若以善意而基於聲稱自己在法律上可自為有效醫療同意之未成年人的同意，為其施行醫療行為，將豁免其責任」。這種全面性的未成年人醫療行為同意之立法方式後也被伊利諾州與馬里蘭州州法採納。<sup>127</sup>

然而，即便如阿拉巴馬州盡可能全面性的設計未成年人之同意制度，仍然有潛在問題未被解決。首先即是醫療的經濟負擔由誰負責的問題。有些州法規，定若未成年人可為該醫療行為之同意，則其亦可締結醫療契約。然而，父母提供未成年子女必要之照顧之責任這點大多並未隨之修正，因而即產生由該醫療行為而產生之經濟負擔該由未成年子女負擔，還是由父母負擔的疑問。舉例而言，若未成年人希望動隆乳手術，則其費用是否要由未同意的父母負擔？此外，若未成年子女有權可締結醫療契約，則其承擔因契約而生之費用應為合理，但此時未同意之父母是否有必要負責？是負共同責任、部分責任？主要或次要責任？均有爭議。<sup>128</sup>

另一個潛在問題是，當告知後同意之對象為未成年人時，該如何考量其本身能力可能並不足夠的問題。舉例而言，若法律將 12 歲訂為可自為醫療決策之年齡，則我們是否可確定所有 12 歲之未成年人均對於醫療行為之內涵、風險、後果有足夠的理解？是否該針對未成年人而研發出一套特別的解釋方法以確保他們理解醫療行為之內涵？即便有些立法方式未對年齡門檻設限，但鑒於未成年人的年紀輕，仍應在某程度上讓醫師判斷該未成年人是否具有同意能力，而這問題最

---

<sup>127</sup> Wadlington, W. (1973). Minors and Health Care: The Age of Consent. *Osgoode Hall Law Journal*, 11.1, 122-123.

<sup>128</sup> Wadlington, W. (1973). Minors and Health Care: The Age of Consent. *Osgoode Hall Law Journal*, 11.1, 124.

後會出現在我們該給醫師多大的裁量空間，以及是否會造成醫師權威在對未成年人而言非必須的醫療行為有過分的擴張之嫌。<sup>129</sup>



## 第五節 同意能力之門檻界定

承前所述，未成年人可否自行為醫療決策，除非有緊急情況、脫離父母或特殊疾病，否則仍應回歸未成年人是否足夠成熟而具備能力能理解醫療行為的內涵、後果、風險。因而，本節即初步對該如何界定是否具備能力進行探討。

### 第一項 同意能力之要素

告知後同意原則建基在病人具有同意能力時，應尊重其自主性之前提，而究其內涵，在經由美國法院長期發展之後逐漸發展成五個要素，分別是：能力、資訊、自願、了解、決定（接受或拒絕）。也就是說一個病人在做出醫療決策之前，必須先具備對於所有必要的醫療資訊的正確理解，並且不能被強暴脅迫。<sup>130</sup>

在探討同意能力之前，必須要先釐清一些概念。首先是，一個有心理疾病的病人，不一定就代表其不具備能力。其次，所謂有能力指的是具備某種程度以上的功能性能力，亦即，能力不是全有或全無的概念，而是可以量化為一個光譜。第三，是否具備能力要由特定的任務需求進行衡量，例如去便利商店消費的能力與做成醫療決策的能力要求將會不同。第四，能力並非一成不變，會隨著時間演進而產生變化，例如有些病人精神錯亂，他可能部分時間清醒部分時間不清醒，這時候就必須要在病人具備能力的期間詢問其醫療決策。第五個，決定的結果會影響是否具備決策能力的門檻。換言之，當一個決定產生的結果可能越糟的時

<sup>129</sup> Wadlington, W. (1973). Minors and Health Care: The Age of Consent. *Osgoode Hall Law Journal*, 11.1, 124-125.

<sup>130</sup> Keven Chien-Chang Wu, Ming-Been Lee. (2011). Patients' Legal Competence in Treatment Decision Making. *Journal of Medical Education*, 15(3), 223.



候，對是否具備此能力的門檻認定可能也要越嚴格。<sup>131</sup>


雖然能力概念對於自主決定有至關重要的影響，但直至 1970 年代，能力概念才漸受關注，到目前為止，對此領域最全面的探討可說是由 Grisso 與 Appelbaum 兩位學者研究的「麥克阿瑟治療能力研究（The MacArthur Treatment Competence Study）」。<sup>132</sup> 此研究提出在衡量是否具備這種醫療決策能力時，應該要觀察的四種能力，分別是「可以溝通一個穩定的選擇（communicating a stable choice）」、「了解（understanding）」、「正確評價（appreciation）」、「理性推理（rational reasoning）」。<sup>132</sup>

詳言之，所謂「可以溝通一個穩定的選擇」，是指沒有因嚴重的無決斷能力導致不論藉由語言或肢體都無法與他人溝通其決定。而「了解」是指可以理解臨床提供的資訊的複雜性，並且儲存這些資訊，還可以藉由肢體或口語向他人描述這些資訊。「正確評價」是指能夠權衡有關他們所在情況的關於診斷、治療、結果等相關資訊。但此處必須要特別注意的是，必須要將病人的宗教信仰與他們的錯覺、妄想加以區分。舉例而言，耶和華見證人拒絕接受輸血的行為可能被認為是不理性的，但我們不能因此而認定他不具備能力。此外，若病人雖有幻覺現象，但這些幻覺與醫療決定無關，也不能只因為他們有幻覺就被認為不具備能力。最後，「理性推理」是指能夠透過邏輯推理的過程來評價醫療資訊。要利用這個指標最好的方式就是讓病人說他們會做出這個醫療決定是基於怎樣的基礎假設。此外，Grisso 跟 Appelbaum 指出，這四個指標並不是全有或全無的現象，而且必須依照病人的臨床情況與醫療決定，做不同程度的認定。在實踐上，美國法院可以選擇這四種指標中的一個或多個來認定病人的醫療決定能力。<sup>133</sup>

<sup>131</sup> Keven Chien-Chang Wu, Ming-Been Lee. (2011). Patients' Legal Competence in Treatment Decision Making. *Journal of Medical Education*, 15(3), 223.

<sup>132</sup> Grisso T, Appelbaum PS. (1998). *Assessing Competence to consent to treatment: A Guide to Physicians and Other Health Professionals*. New York: Oxford University Press. 轉引自 Keven Chien-Chang Wu, Ming-Been Lee. (2011). Patients' Legal Competence in Treatment Decision Making. *Journal of Medical Education*, 15(3), 225.

<sup>133</sup> Grisso T, Appelbaum PS. (1998). *Assessing Competence to consent to treatment: A Guide to Physicians and Other Health Professionals*. New York: Oxford University Press. 轉引自 Keven Chien-



麥克阿瑟治療能力研究雖然全面，但其也在學說上受到質疑。其中第一個質疑是，學者 Tan 提出這個研究的判斷標準可能會「低估病態價值觀」的影響力。例如有厭食症的病人，他們因為病態的價值觀而拒絕接受治療，但依照上述基準，他們可以和他人溝通他們的選擇，也可以了解相關資訊，並且建基在這樣子病態的價值觀之上他們也可以做出符合他們價值的正確評價及理性推理，也就是說厭食症病人在麥克阿瑟的治療能力研究下可能完全被認定為是有能力作醫療決策的人。這時候就會出現病態價值觀造成的負面影響被低估的情形。<sup>134</sup>

其次，對此研究的第二個質疑是，他遺漏了「認知是否具備可信賴性」這樣的標準。Brock 跟 Buchanan 兩位學者認為必須對病人對於與醫療決策相關的價值觀是否具備穩定及一致性加以判斷，若該病人所為的醫療決定與其價值體系中發生不理性的偏離，則很可能成為一個不具備能力的象徵。當然，兩位學者並不要求此一致性須終其一生都不變，因為沒有人的價值觀會終其一生不改變。而是要求其價值體系必須有「可接受的穩定性 (acceptable stability)」即可，其判斷方式則是利用病人自己過去具有可信性的價值為衡量標準，如果有明顯的偏離就不具備可信性。而學者 Breden 和 Vollmann 則指出「一個人的決定、目標、偏好，是被其價值觀、個人經驗、歷史經驗、情緒等等所形塑的」，其暗示了有一個真實的過去的自己可被當作對應的指標，若明顯偏離這個過去真實自我，就可能被認為是不具備能力。<sup>135</sup>

雖然面臨批評，但麥克阿瑟治療能力研究仍有其重要性，且以上提出的批評其實主要都是在修正這種認知方式而不是取代它。其旨在強調必須特別注重像厭

---

Chang Wu, Ming-Been Lee. (2011). Patients' Legal Competence in Treatment Decision Making. *Journal of Medical Education*, 15(3), 225-226.

<sup>134</sup> Tan J, Stewart A, Fitzpatrick R, et al. (2006). Competence to Make Treatment Decisions in Anorexia Nervosa: Thinking Processes and Values. *Philosophy Psychiatry, & Philosophy* 13(4), 267-282. 轉引自 Keven Chien-Chang Wu, Ming-Been Lee. (2011). Patients' Legal Competence in Treatment Decision Making. *Journal of Medical Education*, 15(3), 226.

<sup>135</sup> Breden TM, Vollmann J. (2004). The Cognitive Based Approach of Capacity Assessment in Psychiatry: A Philosophical Critique of the MacCAT-T. *Health Care Analysis*, 12(4), 273-283. 轉引自 Keven Chien-Chang Wu, Ming-Been Lee. (2011). Patients' Legal Competence in Treatment Decision Making. *Journal of Medical Education*, 15(3), 227.



食症與憂鬱症等被病態價值影響到的病人，而家屬與醫師也必須努力幫助病人獲得這種醫療決策能力。



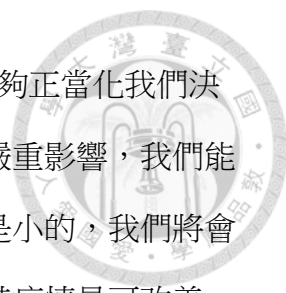
## 第二項 滑動量表

對於能力門檻的界定，是否會與該決策所產生的結果產生掛勾，一直以來備受討論。較早的學說討論中有認為，病人的決定要能產生理性的結果，才被認定具備能力。<sup>136</sup>惟另有有見解認為，愚蠢與無能力兩個概念並不能等同。此見解漸受支持，因此必須能產生理性的結果此一標準被從能力門檻之認定中刪除。然而，醫療決策的結果對於能力之認定仍扮演重要腳色。其中，Grisso 跟 Appelbaum 兩位學者指出，能力應該是一個規範性的概念，他們提出了一個「能力衡量量表 (competence balance scale)」，也叫做「滑動量表 (sliding scale)」。其運作基準是，當一個決策的結果是比較安全的，那量表就會向「由病人自主決定」這端傾斜，對於病人的能力要求門檻下降。相反的，如果決策的結果是危險到甚至危及生命的，對於能力要求的門檻就會比較高。換言之，學者在此處設計了一個允許能力門檻認定之標準隨著風險高低而跟著變動的制度。在這天平的兩端分別是名為「自主」以及「保護」的砝碼，而此制度的原始設計是給予自主那端更多的權重。如果有如致死程度的嚴重風險，則會需要一個嚴格的能力要求，然而若個案中風險低或是不具重要性，則可以使用較低的能力標準。因此，同一個未成年人，可能可以自主決定使用鎮定藥，卻不能自主決定是否進行闌尾切除術。<sup>137</sup>

基本上所有涉及如何定義「能力」概念的討論，都無法避免要面對究竟應強調病人的自主決定權，還是保護病人免於傷害，這事實上是一個道德抉擇而非醫

<sup>136</sup> Roth L, Meisel A, Lidz C. (1977). Tests of Competence to Consent to Treatment. *American Journal of Psychiatry*, 134, 279-284. 轉引自 Keven Chien-Chang Wu, Ming-Been Lee. (2011). Patients' Legal Competence in Treatment Decision Making. *Journal of Medical Education*, 15(3), 227.

<sup>137</sup> Beauchamp, T. L. & Childress, J. F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*, 5th edition. NY : Oxford University Press, 75.



療抉擇。而滑動量表認識到，「確保結果是好的」這樣的利益能夠正當化我們決定一個人是否具備能力的標準。如果病人的福祉將被醫療結果嚴重影響，我們能夠判別病人是否有能力的需求就會增加，反之若涉及到的福祉是小的，我們將會降低個案中的決策能力需求。舉例而言，若一位失智症病人，其病情是可改善的，此時對於病人是否要接受腸道營養以幫助康復，就會有強而有力的理由認為要保護病人免於受到不審慎或倉卒的決定而使其福祉受到影響，因此此時就會採取嚴格標準判斷病人的能力。但若個案中，病人的失智症已不可逆，或是病人有其他病症而已到達末期，而醫師對其進行腸道營養的唯一功能只在減緩病人不適，此時病人是否具備自行決定的能力即會採寬鬆的認定標準。<sup>138</sup>

### 第三項 以證明門檻取代同意門檻

滑動量表的設計在各方面都聽起來很吸引人，然而學說上亦不乏對其之批評，其中最主要的批評就是滑動量表混淆了「能力本身」以及「能力的判斷」兩者。蓋一個人是否具備決定能力，並不應該取決於該決定的後果。決定結果的風險高低可以正當化我們應該加強或減低判斷一個人是否具備能力的方法、流程、規則，但我們必須注意到，一個人是否具備能力，以及我們該用什麼手段去確認其是否具備能力，是兩項不同的事。滑動量表的設計卻忽略了這點，讓結果的風險高低直接影響能力判斷。<sup>139</sup>

我們可以說，若一個決定的做成有更高的困難性或複雜性，此時是否能做出該決定即應設定更高的能力門檻。然而，一個決定的結果會帶來更高的風險並不該影響到能力門檻的認定。因而，混淆困難性、複雜性，以及風險概念是錯誤的，往往一個困難或複雜的決定，並不一定代表決定的風險較高。要避免產生前

---

<sup>138</sup> Beauchamp, T. L. & Childress, J. F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*, 5th edition. NY : Oxford University Press, 75.

<sup>139</sup> Beauchamp, T. L. & Childress, J. F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*, 5th edition. NY : Oxford University Press, 76.



述謬誤，我們應該在特定決定之結果將有較高風險時，提高能力證明的門檻，而非提高能力門檻本身。意即，會隨著結果的風險高低而改變的僅是對於這位病人我們需要有多少證據證明其有或無能力做此決定，能力門檻則僅會隨著決定的複雜性、困難性而有所調整。<sup>140</sup>

對於滑動量表的另一質疑是，如果允許施測者可以用自己對於結果的預測來決定病人是否具備能力，可能就無法避免家父長主義介入對於能力的判斷。蓋當病人決定不接受權威的建議而選擇承擔風險的時候，就容易被認為不具決策能力，如此一來醫師可能藉由自行判斷醫療決策之結果是高風險的，即剝奪病人自我決定之空間。因而，將門檻訂為「對於越有風險的醫療結果，需要越強的證據來證明病人有決策能力」，無疑是一較妥當的方法。<sup>141</sup>

然而，亦有認為即便將滑動量表修正成「個案中結果之風險越高則對於能力要求之證明門檻更高」，但因為舉證一方常是敗訴的一方，所以仍無法避免家父長主義之威脅。蓋若讓病人自行證明自己有足夠之醫療決策能力，將會導致舉證困難而在大多數案例被認定為不具備能力。因此，應該將此舉證之分擔改成「由認為病人不具決策能力者來負擔舉責任」，方可更好的避免病人自主決定權被忽視。<sup>142</sup>


## 第六節 小結

本章試圖探討未成年人行使醫療同意權之能力，由前述討論可知，在普通法上醫師可不用得到父母同意而為未成年人實行醫療行為之情形，除了特定疾病之治療、緊急情況、脫離父母而獨立之未成年人外，最重要之法則即是「成熟未成

<sup>140</sup> Beauchamp, T. L. & Childress, J. F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*, 5th edition. NY : Oxford University Press, 76.

<sup>141</sup> Keven Chien-Chang Wu, Ming-Been Lee. (2011). Patients' Legal Competence in Treatment Decision Making. *Journal of Medical Education*, 15(3), 228.

<sup>142</sup> *Id.*



年人原則」，不論是英國法上由 *Gillick* 案所衍生出的判別標準，或是美國法上自 *Bakker v. Welsh* 案以降之各個案例而衍生出的成熟未成年人原則，均未完全否定法律上未達成年年齡者之醫療決策權。然而即便如此，此議題最大的困難點仍在於究竟如何於個案中判別該未成年人是否有同意能力，又此能力門檻應如何界定方為妥適之爭議。

就此問題，本文以為，由滑動量表所衍生出的依照醫療結果之風險高低而給予此議題不同程度之重視應為妥當。然而誠如學者所言，吾人不該混淆風險高低與是否有能力決定這二者，而應回歸到該事件本身所涉及的複雜性來判斷能力之有無，因而隨著風險高低，應該跟著改變的是對能力有無之證明程度，而非能力門檻本身，以免家父長主義的侵襲，讓醫師能以高權以決定個案是否有高風險而排除未成年人行使自主權。並且，鑒於舉證之所在常為敗訴之所在，站在充分保護未成年人之自主權之立場，吾人更應將舉證責任歸於由主張未成年人不具備能力者就未成年人能力之欠缺進行舉證，而非由未成年人舉證證明自己具備能力。

此外，誠如前章所述，當未成年子女被判定為具有決定能力，此時基於未成年子女自主權之尊重，以及為了其將來人格之開展，將以子女意見為依歸。然若個案中子女並不具備足夠的決策能力，此時即應回歸判斷怎樣的醫療決定始符合未成年子女的最佳利益。

## 第四章 爭議案例之研究



未成年人之醫療決定權，原則上係由未成年子女本人、父母、國家（醫師）等多位利害關係人所做成，然而在上述關係人之意見不同時，應以何者為準？個案中，未成年人是否具備能力該如何認定？以及若未成年人無能力時，原則上並不一定有誰之意見為絕對，而是應該判斷未成年子女最佳利益為何，前已述及。然而，最佳利益是個抽象的概念，誠如學者所言「這個概念實在太過理想化以及高道德，以至於它可以抵擋一切批評而成功欺騙我們這個詞的運用本身就是一項成就，讓我們陷入我們在做某件有實效並且有意義的工作的自我欺騙之中。然而，這個理論最大的瑕疵，是對孩童而言到底何為其最佳利益往往是無法決定，甚至是投機的，並且它是需要在多項選項中做出非常個人的判斷的。」<sup>143</sup>蓋未成年子女之最佳利益此一概念遇到的最大的挑戰，就是「人生中好的事物究竟為何是無法確知的，或者我們可以說，怎樣算是好的人生是無法確知的。」<sup>144</sup>

然而，即使最佳利益這個概念無法避免其內在的不確定性，學者仍有認為這項弱點也正是其優點，蓋此概念容許了依照不同情況而做出最適切的選擇的可能，以此保護個別孩童在個案中的最佳利益。<sup>145</sup>因而，究竟如何操作此「最佳利益」，其實難以劃出一統一標準，而應依不同案件加以調整，以在個案中裁切出最符合未成年子女利益之醫療決定。以下本文即試圖用幾個不同類型的醫療決策爭議，包含未成年人之耶和華見證人拒絕輸血案、割禮、活體捐贈等案例，對個案中應如何做出未成年人之醫療決定，又父母親權之行使是否有界限，其界限為何進行探討。

<sup>143</sup> Mnookin, R.H. & Szwed, E. (1983). The Best Interests Syndrome as the Allocation of Power in Child Care, in H Geach and E Szwed (eds), *Providing Civil Justice for the Child*. London: Edward Arnold, 8.

<sup>144</sup> Herring, J. (2005). Farewell Welfare ? . *J Social Welfare and Family Law* 27(2), 160.

<sup>145</sup> Douglas, G. (2004). *An Introduction to Family Law*. Oxford: Oxford University Press, 173. Herring, J. (2005). Farewell Welfare ? . *J Social Welfare and Family Law* 27(2), 169.



## 第一節 耶和華見證人拒絕輸血案

### 第一項 爭議問題之所在

2010 年，一名 15 歲的英國少年，Joshua McAuley 遭遇嚴重車禍。緊急送往醫院後，醫生認為應輸血治療。然而，由於 Joshua McAuley 為耶和華見證人的信徒，而拒絕輸血，致 Joshua McAuley 在當天傍晚死亡。<sup>146</sup>

耶和華見證人為基督宗教異派的一支，其教義為完全遵守聖經行事。而因使徒行傳中有下列記載：

使徒行傳 15：28-29：「因為聖靈和我們都認為，不該給你們添別的擔，惟有幾件事必不可少，就是禁戒獻給偶像的祭牲、禁戒血、禁戒勒死的動物、禁戒淫亂。你們小心避開這些事、就必安好。」

耶和華見證人認為依照聖經指示，應該要戒血，因而拒絕任何形式的捐血或輸血行為，也因此醫療上造成很大的爭議。在歐美地區有數量可觀的案件是源自於耶和華見證人拒絕輸血。

在 Joshua McAuley 這個案件中，Joshua McAuley 本人拒絕接受輸血，其父母亦未做出相反的決定。而本案醫院 Selly Oak Hospital 的發言人也表示：「涉及輸血的政策與法律非常多，然而並沒有一個自動的權力能夠凌駕於父母的同意及未成年人本人的意思而強制輸血。」因此，院方並未為 Joshua McAuley 輸血，也因而導致最後 Joshua McAuley 的死亡。<sup>147</sup>姑且不論本案是否有結果迴避可能性的問題，本文欲藉此案引出耶和華見證人拒絕輸血導致的醫療刑法上的爭議，及其與醫療自主決定權間的關係。以下筆者將先區分成年人及未成年人的耶和華見證人來進行討論。蓋若未成年人從小即生長在宗教環境之下，其知識經驗都較為侷限，此時即便該未成年人意識清醒，其同意能力亦不可一概而論。

<sup>146</sup> Roberts, L. (2010, May 18). Teenage Jehovah's Witness Refuses Blood Transfusion and Dies. The Telegraph. Retrieved from <http://www.telegraph.co.uk/>

<sup>147</sup> Roberts, L. (2010, May 18). Teenage Jehovah's Witness Refuses Blood Transfusion and Dies. The Telegraph. Retrieved from <http://www.telegraph.co.uk/>



## 第二項 成年人之耶和華見證人

### 第一款 意識清醒之成年人

耶和華見證人在其生命受到威脅時，是否有權利可拒絕輸血？關於這個問題，應認耶和華見證人基於宗教理由而拒絕輸血，只要在其意識清醒並無能力減損的情況下，不論是否為緊急狀況、亦不論是否對其生命造成危害，我們都應該對其選擇拒絕輸血加以尊重。

蓋在 1979 年，Tom L. Beauchamp 及 James F. Childress 兩位教授即提出生命倫理四原則，其中第一個就是尊重自主原則（The Principle of respect for autonomy），即我們必須尊重每個人有選擇接受特定醫療行為與不接受的權利，前已述及。醫療自主決定權之概念現已廣為認同，德國 1894 年帝國法院判決即已明確表示，即使醫師的行為係基於醫療目的，仍不代表醫師在法律上取得了許可，或是能夠根據醫師的業務權以違反病人的意思進行醫療。

148

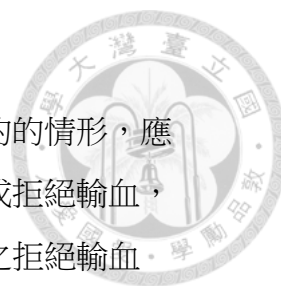
且即便是在病患面臨生命威脅時，美國最高法院仍表示「告知後同意原則邏輯上必然的推論是，病患有不同意的權利，亦即，病患有權拒絕接受治療。即使病患拒絕的是醫生認為維生所必要的治療，病人自主決定的利益及對病人的尊重的優先性，仍使我們必須讓病人對其福祉有最終決定權。」<sup>149</sup>

實務案例，可參看美國的 *Re Brown* 案<sup>150</sup>。*Brown* 女士是耶和華見證人，因為被其女兒用槍枝射傷而被醫師認定必須接受輸血治療。*Brown* 女士拒絕接受輸血，州政府則以 *Brown* 女士為該槍擊案的唯一目擊者而訴請法院強制 *Brown* 女士接受輸血治療，並獲得勝訴。然而，進行再次治療時，*Brown* 女士上訴到最高法院，而最高法院則表示，撤銷原先法院的強制輸血命令，*Brown* 女士不需要在違反自己意志的情況下被迫接受強制輸血。並且

<sup>148</sup> 王皇玉（2011），《刑法上的生命、死亡與醫療》，頁 141，台北：承法數位文化。

<sup>149</sup> *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 US 261 (1990) 引自 Henderson, R., Jabbour, N., Zeger, G. (2008). *Legal and Administrative Issues Related to Transfusion-Free Medicine and Surgery*. In *Transfusion-Free Medicine*. ed. Nicolas Jabbour. Wiley-Blackwell Publishing, 5-6.

<sup>150</sup> *Re Brown*, [1953] 2 All ER 1342



表示強制輸血的行為已對 Brown 女士的自主權構成侵害。<sup>151</sup>

綜合以上，應認只要該病患並無任何心智喪失或能力減損的情形，應肯認其具有完全的醫療自主決定權，其可以自行決定接受輸血或拒絕輸血，醫師不可任意以自己的決定替代病人的決定。蓋耶和華見證人之拒絕輸血權，不只事關病人的醫療自主決定權，同時也關乎宗教自由的保障，必須予以尊重。此權利不應受到第三人任意剝奪，司法也僅在有足夠正當事由的情形下始可介入。

## 第二款 喪失意識之成年人

若病人意識清醒、能力健全，則當然應尊重病人所做的醫療選擇。惟在許多情形中，病人被送到醫院時已無意識，此時該如何為醫療決定？此時涉及病人是否有預立醫囑、家屬意見為何、以及情況是否危及等因素影響，以下析述之。

### 一、預立醫囑

耶和華見證人常會在身上配戴醫療警示卡，彰顯自己為耶和華見證人的身分，以免在失去意識之情況下被強制輸血。如此，則在病人失去意識，但有配戴醫療警示卡之情形，醫師可否以醫療緊急性、必要性為由對病患進行輸血？

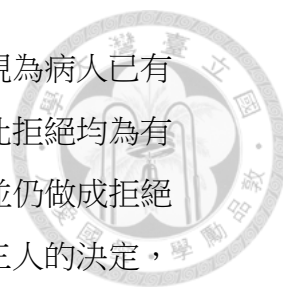
耶和華見證人的醫療警示卡在正面寫有病人的身分、國籍、緊急聯絡人，以及拒絕接受輸血等字樣。背面則通常有如下記載：「我決定不接受輸血治療，即便這是他人認為保全我生命及健康所必要的。我願意接受非輸血的治療。這是根據我身為病人的權利及我身為耶和華的見證人。我在此免除醫師及院方一切源於我的拒絕而在我身上發生的傷害的責任。此項文件在我失去意識時仍為有效，且對於我的繼承人及代理人均有拘束力。」並且病人警示卡上載有病人本人的簽名、兩位見證人的簽名，及日期。

本文認為如果病人有配戴拒絕輸血的醫療警示卡，實為病人已預立醫

---

<sup>151</sup> Henderson, R., Jabbour, N., Zeger, G.(2008). Legal and Administrative Issues Related to Transfusion-Free Medicine and Surgery. In Transfusion-Free Medicine. ed. Nicolas Jabbour. Wiley-Blackwell Publishing, 6.





囑，應該認為是病人拒絕輸血的有力證據。蓋此醫療警示卡可視為病人已有事前明確表示不願接受輸血。且病人已表示不論在任何情形下此拒絕均為有效，可認為病人在為此份文書時，已預想過所有可能之情況，並仍做成拒絕輸血的決定。病人已排除來自於繼承人、代理人或其他任何第三人的決定，即便在關乎其生命安全時。故此時，應認病人自主決定權須受到絕對的尊重。因而若病人明確攜有親自簽名的醫療警示卡，此時醫師仍擅自對病人進行輸血，將被認為侵犯病患的病人自主決定權。

## 二、與病人意見相左的家屬

若病人有事前明示拒絕輸血，後失去意識，此時病人家屬、配偶，可否不同意該病人的拒絕，而要求輸血給病人？

對此，佛羅里達州的最高法院曾經表示「婚姻並不能破壞憲法所保障的個人自主。」<sup>152</sup>只要病人是在有意識下做出醫療決定，該決定並不需要經過配偶的同意。其主要理由是，病人家屬可能與病人意見相左，如，雙方信仰不同的宗教。若此，則病人家屬可能要求與病人所希望的不同的治療。然而，每個人都應有擁有並控制自己身體的權利，此為憲法所保障，故法院應不允許在病人已明確做出醫療決定後，仍讓病人家屬的意志凌駕於病人之上。本文認為，只要病人先前已有一明確拒絕輸血的預立醫囑，則任何人均無權凌駕此一醫療決定。

## 三、警急情況

醫療自主決定權雖應受到絕對尊重。然而，爭議情形常常發生於緊急情況之下，因為在緊急情況，病人先前是否確實有拒絕接受治療的表示，常常模糊難以判斷。故法院在涉及緊急情況、關乎病人生命時，會對病人是否真的表示拒絕輸血，並願承擔一切後果，採取較嚴格的認定。

在 *Re Dorone* 案<sup>153</sup>中，Dorone 先生遭遇車禍並失去意識，其被送往紐澤

<sup>152</sup> Henderson, R., Jabbour, N., Zeger, G. (2008). Legal and Administrative Issues Related to Transfusion-Free Medicine and Surgery. In *Transfusion-Free Medicine*. ed. Nicolas Jabbour. Wiley-Blackwell Publishing, 14.

<sup>153</sup> *In re Estate of Dorone*, 517 Pa. 3, 534 A.2d 452 (1987)

西醫院時，醫護人員發現其攜帶了表示為耶和華見證人並拒絕接受輸血的醫療警示卡。然而，當 Dorone 被轉院到賓夕法尼亞州醫院時，其醫療警示卡被遺落，故其是否確有拒絕輸血的表示受到質疑。賓夕法尼亞州醫院請求法院下達准予病人接受輸血的指令。雖然 Dorone 的家人表示 Dorone 不願接受輸血，但賓夕法尼亞州最高法院認為「當病人失去意識，而其是否願意接受治療的真意必須來自第三人的推測時，醫療行為的介入就是必要的。當緊急情況發生時，必須要有來自病人的完全、有意識的、同步的決定才能夠凌駕於醫療必要性之上。」<sup>154</sup>

在 *Werth v. Taylor* 案<sup>155</sup>中，法院亦強調，若遇緊急狀況而威脅到病人生命，此時必須要有病人完全、同步的有意識的決定，才能夠證明病人的自主凌駕於醫療需要之上。<sup>156</sup>

然而，在 *Dorone* 案及 *Werth v. Taylor* 案中，法院均強調必須要病人同步的、有意識的決定才能勝過醫療緊急性，這樣的觀點受到許多質疑。蓋不論病人先前是否有明示、清楚的同意，只要醫療行為一旦進行到病人喪失意識的程度，病人原先的拒絕接受輸血決定就無法被貫徹。如此一來，絕大多數的耶和華見證人將無法拒絕輸血。這樣的判決見解顯然不夠完善。

值得一提的是，在 *Re Hughes* 案<sup>157</sup>中，法院認為並不以同步的，完全有意識地拒絕為必要。法院認為「決定在緊急情況下該病人的拒絕是否應被充分遵照的判斷標準，應是取決於病人先前的拒絕是否是明確不含糊、有說服力且是在被充分告知所有可能發生的情況下仍為的拒絕。」<sup>158</sup>

本文以為，在緊急情況時，由於涉及病人生命，故對於病人是否真的曾有拒絕輸血的表示的確應採較為嚴謹的認定，此時若不確定病人先前是否確實有為一清楚之預立醫囑行為，要求更嚴格的證明實有必要。然而上述兩種

---

<sup>154</sup> Henderson, R., Jabbour, N., Zeger, G. (2008). *Legal and Administrative Issues Related to Transfusion-Free Medicine and Surgery*. In *Transfusion-Free Medicine*. ed. Nicolas Jabbour. Wiley-Blackwell Publishing, 7.

<sup>155</sup> *Werth v. Taylor*, 475 N.W.2d 426, 427 (Mich. Ct. App. 1991)

<sup>156</sup> Henderson, R., Jabbour, N., Zeger, G. (2008). *Legal and Administrative Issues Related to Transfusion-Free Medicine and Surgery*. In *Transfusion-Free Medicine*. ed. Nicolas Jabbour. Wiley-Blackwell Publishing, 8.

<sup>157</sup> *In Re Hughes Deceased*: ChD 8 Jan 1999

<sup>158</sup> Henderson, R., Jabbour, N., Zeger, G. (2008). *Legal and Administrative Issues Related to Transfusion-Free Medicine and Surgery*. In *Transfusion-Free Medicine*. ed. Nicolas Jabbour. Wiley-Blackwell Publishing, 8-9.

認定方法中，若要求病人必須要持續有意識的表示拒絕輸血，在客觀上實難以達成，如此一來，耶和華見證人拒絕輸血的意志將非常難得到尊重，等於根本上剝奪病人自主的選擇權。故本文認為，在 Hughes 案中，法院要求的明確、並在被充分告知所有情況下所為之拒絕，始可凌駕於醫療緊急性之上的標準，較為合理。

### 第三項 未成人之耶和華見證人

#### 第一款 不具備承諾能力之未成人

傳統上，未成人接受醫療行為，除非在緊急情況，否則須經法定代理人同意。然而，父母的同意權是否是絕對的？這個議題在耶和華見證人的家庭更具爭議性。蓋在父母為耶和華見證人時，父母常會因宗教理由而拒絕自己的子女接受輸血治療。此時，即出現了父母的親權、宗教自由，及未成年子女的最佳利益等爭議。

在美國，第一個涉及耶和華見證人父母拒絕為未成年子女行使接受輸血治療的同意的案件為，發生於 1951 年的 *People ex rel. Wallace et al. v Labrenz* 案<sup>159</sup>。才八日大的女嬰 Labrenz 罹患胎兒紅血球母細胞增多症

(erythroblastosis fetalis)。胎兒紅血球母細胞增多症是一種胎兒罹患的紅血球受到抗體摧毀的病症。正常與 Labrenz 一樣大的新生兒應該擁有 500,000 的血球，但 Labrenz 的血球量僅有 195,000。Labrenz 體內的抗體細胞正在逐漸摧毀她所有的紅血球，而她本身的血液量將不足以支撐她所需要的血液量，因而輸血治療是必須的。然而女嬰父母均為耶和華見證人，不願意女嬰接受輸血治療，關係人遂向法院聲請由法院另外指定監護人。在法庭上，由三位醫師作證。其中兩位均表示，若女嬰不接受輸血治療，必將死亡。第三位醫師則表示，女嬰有極小的機會能在不接受輸血的情形下存活，但即使存活下來，也有可能因為不接受輸血而造成永久的腦損傷。

然而，女嬰父母堅持不讓女嬰接受輸血治療，女嬰父親認為，基於宗教

---

<sup>159</sup> *People ex rel. Wallace et al. v Labrenz et al.*, 104 N.E.2d 769 (IL 1952).



理由，他相信任何輸血行為都是被聖經禁止的。他表示：「生命存在於血液  
中，而生命是屬於天父耶和華的，只有他能決定是給予或是取走，這不是我  
們能決定的。因此我反對輸血治療。」女嬰母親亦表示：「如果給予嬰兒輸  
血治療，將會破壞上帝的誡命，並且也會破壞嬰兒未來的生命。不只是這一  
生，如果嬰兒死亡，但她破壞了上帝的誡命，不只會讓我們喪失來生的機  
會，也會讓她喪失來生的機會。而我們認為這是比生命更重要的。」

本案最後，法院仍然決定替女嬰另行指定監護人，由該監護人為女嬰的  
輸血治療行使同意權，直至女嬰完成輸血治療並回復健康，才將女嬰的監護  
權還給女嬰父母。由此案可知，父母的親權並非絕對，未成年子女是否接受  
治療，仍是取決於未成年子女的最佳利益。

而在 *Prince v. Massachusetts*<sup>160</sup> 這個案子中，最高法院即曾表示「父母可  
以選擇自己成為殉教者，但不代表父母有權利，在相同的情況下，讓未成年  
子女也成為殉教者。」並且法院認為「實踐宗教的自由權利不包括讓小孩暴  
露在疾病與死亡之中的自由。」<sup>161</sup>

而在 *Morrison v State* 案<sup>162</sup>中，法院亦表示，有治療的有效性、傷害的最  
小性、缺乏其他替代治療方案等事由時，父母即不可基於宗教理由不讓小孩  
接受輸血治療。若父母拒絕同意輸血，法院可為了保護未成年子女而介入。  
由此可知，在面對未成年子女的最佳利益時，父母的親權應該退讓，此時應  
容許公權力介入之可能，以達成國家保護未成年人的目的。

## 第二款 具備承諾能力的未成年人

前章已介紹，在英美法上，承認「成熟未成年人原則」，則若個案中未  
成年子女為耶和華見證人，此時其本人可否自行決定拒絕接受輸血治療？

在 *Re E* 這個案件中，一名罹患白血病的 15 歲又九個月大的耶和華見證  
人拒絕接受相關的輸血治療。其父母主張法院應該尊重該名子女的醫療自主  
決定權。然而，法院在本案並不認為這位未成年人有足夠的能力能夠為拒絕

<sup>160</sup> *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944)

<sup>161</sup> Woolley, S. (2005). Children of Jehovah's Witnesses and adolescent Jehovah's Witnesses: what are their rights? *Archives of Disease in Childhood*, (90):715-719.

<sup>162</sup> *Morrison v State* 252 S.W.2d 97 (MO C. of A.1952)

的表示。法院指出「不是只要該未成年人能夠分辨死亡及了解死亡的過程即可，還必須將該名未成年人是否缺乏自由納入考慮。父母可以殉教，但法院必須盡量減緩未成年人殉教的速度。」<sup>163</sup>

而在 *Re S* 此案中，罹患重型地中海型貧血的未成年子女 *S*，受其母親影響，成為耶和華見證人信徒，定期參加耶和華見證人的聚會。並因此拒絕接受治療貧血的輸血治療。此案法院認為 *S* 並不具備拒絕接受治療的能力。法官認為，*S* 不具備同年齡女孩的成熟，並且其生活相對封閉，缺乏對病症的了解及對死亡的了解，以及缺乏對其決定的嚴重性的了解（*S* 相信奇蹟且不了解拒絕輸血必定會導致死亡），因而法院為其最佳利益而介入。<sup>164</sup>

在 *Re L* 案中，一名 14 歲少女為耶和華見證人，其受到嚴重燒燙傷，並拒絕接受輸血。法院在本案中亦認為 *L* 沒有拒絕輸血的能力，原因是因為其年紀過小，對宗教深信不疑，且生活經驗相對有限。<sup>165</sup>

由上述案例可知，在耶和華見證人拒絕輸血的情形，即使該名未成年人表現出某程度上的成熟及了解，但首先，上述案例中的未成年人離成年都有一段距離，這將使法院更嚴格的檢驗他們是否足夠成熟。其次，由於該未成年人在宗教的環境下被教育長大，他們是否有選擇的自由將受到質疑。最後，由於他們相對缺乏生活經驗，其對拒絕輸血的後果是否真的完全了解亦有疑問。故而，在未成年人決定拒絕接受輸血治療時，法官傾向以未成年子女的最佳利益為由不承認他們擁有拒絕接受輸血的能力。

#### 第四項 台灣案例

2010年，據報載，一名15歲台灣方姓少女，因猛爆性心肌炎導致心臟衰竭，心臟停止跳動三十小時，但因父母篤信「耶和華見證人」教會、堅持不輸血的聖經戒令，高雄長庚醫療團隊使用葉克膜體外循環機六天，在不輸血的要求下，把女孩從死神手中搶救回來。由於患者父母表明全家篤信「耶和華見證人」，教會已有嚴格戒令堅決不輸血，即使「失去生命也要維護戒令」。

<sup>163</sup> *Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* [1993] 1 FLR 386.

<sup>164</sup> *Re S (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* [1994] 2 FLR 1065.

<sup>165</sup> *Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* [1993] 1 FLR 386.

醫師表示，雖然父母很堅持，仍希望聽聽孩子的意見，在女孩未陷入昏迷前，他問女孩，她也堅持不輸血，讓他非常驚訝信仰的力量。醫師第一套葉克膜使用四十六小時，更換第二套葉克膜也用了九十一個小時，因女孩動脈較小，接上葉克膜管線，一度造成下肢循環不良，緊急下肢血液灌流。女孩三月初轉至普通病房，下肢仍需復健，但奇蹟救回一命。<sup>166</sup>

在這案子中，15歲未成年少女因拒絕輸血，雖然救回一命，但因為下肢循環不良，往後仍須接受復健。然而並不是每個人都像這名少女那麼幸運，以下介紹一個未幸運獲救的耶和華見證人。

最高法院102年台上字89號判決<sup>167</sup>中，一名18歲未成年人因車禍而送醫，後因拒絕輸血，採取高壓氧治療，終致死亡結果。由於本案經四次鑑定仍然無法確定少年死亡之原因，就係因拒絕輸血而須使用高壓氧儀器，卻因高壓氧儀器之操作有疏失導致皮下氣腫，終致瀰散性中樞神經及心臟動脈空氣栓塞症而死亡；抑或是因少年原先持續拒絕接受輸血，導致脂肪栓塞，最後造成瀰漫性血管內凝血溶血症而休克死亡。最高法院駁後以被害人之死因究為何仍待調查，撤銷發回高院判決，全案仍未確定。

從上面兩個案子我們可以發現一個共同點，那就是不論是15歲的方姓少女，還是18歲的林姓少年，兩人都為未成年人。依照前文之論述，參考外國法案，我國發生的這兩起案件，15歲少女或可認為無醫療決策能力的未成年人（需具體評估該名少女是否有能力認識與判斷醫療行為會帶來的利弊得失及效果、風險，而實質上具有對此行為的認識與判斷能力），而18歲少年則應為有承諾能力的未成年人。

若認定15歲少女為無承諾能力的未成年人，則其接受輸血手術，依照我國醫療法相關規定，須經法定代理人同意。然而，其父母均拒絕讓其接受輸血。本文認為，參考比較法上之經驗，15歲距離可合法同意醫療行為之18歲仍有距離，並且少女是在宗教家庭中長大，她是否有足夠的與社會接觸的經驗，將受到質疑，故可能不具備醫療決策能力。又，父母的親權雖應尊重，卻不可違反未成年子女

<sup>166</sup> 方智賢，2010，〈心跳停止 30 小時/少女命危 父母堅守信仰不輸血。〉自由電子報：<https://www1.cgmh.org.tw/intr/intr4/c8220/chinese/information/nobt.htm>。2010/03/12。

<sup>167</sup> 歷審判決請參台灣桃園地方法院 98 年醫訴字二、台灣高等法院 99 年醫上訴字二、最高法院 102 年台上字 89 號

的最佳利益。本案15歲少女可能因此喪命，最後雖未喪命，卻須接受腿部復健，已強烈侵害未成年子女之利益。故本文認為，本案依照未成年子女之最佳利益，父母親權應與限制，國家應有介入保護未成年子女之義務。

18歲的林姓少年，再比較法上，應為有承諾能力之未成年人。在本案中，其意識清醒且清楚表達不願接受輸血之意願，依照英國 Gillick 案之見，年滿16歲應推定其有醫療同意能力。而在美國法院見解下，雖然21歲才是成年，但多數州均肯認18歲之未成年人即可自行為醫療決定。因此，雖依 Morrison v State 案，法院曾表示，有治療的有效性、傷害的最小性、缺乏其他替代治療方案等事由時，均可為法院介入強制未成年人接受輸血的事由，而並不侷限於非輸血必會造成死亡結果法院始可介入。但因18歲之未成年人應可認為在比較法上已具備醫療同意能力，則本文中，即便高壓氧治療實為一較具風險之治療方式，接受輸血才是最具治療的有效性及傷害的最小性之方式，但基於保障未成年子女之自主性及人格發展、宗教自由，本文認為法院仍應尊重未成年子女之自主決定。

## 第五項 小結

在耶和華見證人拒絕輸血的情形中，宗教自由及父母之親權應予尊重，然而這兩者均非絕對。若未成年人，在其有明確之意思表示之前提下，有基於宗教信仰而拒絕接受輸血治療之權利，應無疑問，此時無論是醫生、親屬，或是法院，都不可任意以自己之意志凌駕於病人之上，否則即構成侵害病人之醫療自主決定權。

然而，若為未成年子女，則應優先判斷未成年子女是否已可獨立為醫療決定，而為成熟之未成年人。須注意此時應考量到未成年子女是否真的具有宗教上選擇的自由，以及是否真的有足夠的智識、經驗等，這些均須受嚴格檢驗。若其生活經驗較為侷限，或生長環境較為封閉，應傾向認其無承諾能力。但須注意，此時應將未成年人不具備能力之舉證責任歸於國家，以避免家父長主義侵襲。而若未成年子女被認定為不具醫療同意能力，此時究應依父母之意見為準，還是法院應予介入，應依未成年子女之最佳利益為斷。父母若不顧未成年子女之最佳利益而基於宗教理由拒絕行使輸血治療的同意權，應構成親權之濫用，此時法院基於未成年子女之保護之公益性，應可介入，以保全未成年子女之生命、健康。



## 第二節 割禮

### 第一項 背景介紹

在美國曾一度盛行的例行性男嬰割禮（*routine infant circumcision of males*），是指在男嬰剛出生後，即在父母同意之下，由醫生將男嬰的包皮割除。這樣的割禮是例行性的，並非出於醫療目的，亦非出於宗教目的。美國是西方國家中唯一施行非出於宗教目的割禮的國家。據統計，在 1970 年代，約有百分之七十的男性經過割禮，而到了 1991 年至 1993 年間，接受割禮的男性約占百分之六十，顯示割禮的接受度有逐漸降低的趨勢。<sup>168</sup>

出於宗教目的進行的割禮，例如猶太教與回教，其宗教內容皆有涵蓋割禮。以猶太教為例，割禮是一項古老且具有高度儀式性、象徵性的行為，割禮甚至是一個人能不能進入猶太教的前提，因此幾乎所有猶太男性都曾經歷割禮。<sup>169</sup>穆斯林也習慣實行割禮，但穆斯林的割禮是否是源於其教義所必需的，在穆斯林學者間有不同意見。<sup>170</sup>

割禮對猶太男性的意義非同小可，它象徵了上帝與亞伯拉罕間的契約，也是每個男嬰進入猶太教時與上帝締結的契約。聖經的創世紀第 17 章提到：

「上帝又對亞伯拉罕說：你務要守我的約，你和你以後的苗裔，世世代代都要守。你們所有的男子都要受割禮，這就是我與你、並與你的後裔所立的約，是你們所當遵守的。

你們中間所有的男子都要受割禮：這就是我的約，在我與你們以及你以後的苗裔之間所立的，就是你們所當守的。你們都要受割禮，這是我與你們立約的證

---

<sup>168</sup> Povenmire, R. (1998). Do Parents Have the Legal Authority to Consent to the Surgical Amputation of Normal, Healthy Tissue from Their Infant Children? : The Practice of Circumcision in the United States. *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 7, no.1: 88-90.

<sup>169</sup> *Id.* at 91.

<sup>170</sup> *Id.* at 91.





據。你們包皮的肉都要受割禮：這要做為我與你們之間所立的約的憑證。你們世世代代的男子，無論是家裡生的，是在你後裔之外用銀子從外人買的，生下來第八日，都要受割禮。這樣，我的約就立在你們肉體上，作永遠的約。不受割禮的男子，必從子民中剪除，因為他違背了與我的約。」<sup>171</sup>

割禮對猶太教的重要性也可從其他地方一窺端倪，割禮是少數被容許在安息日施行的行為，並且若男嬰在未受割禮前死去，也必須在墓中接受割禮，因為包皮會使他們蒙羞。<sup>172</sup>

然在美國，即便無任何宗教因素，也慣常為男性實行割禮，對此現象學者提出幾項常見的實行割禮的原因。有研究顯示，例行性的男嬰割禮可追溯到 19 世紀中期盛行的「反手淫現象（anti-masturbation hysteria）」，擁護割禮者主張，若不將男孩的包皮割除，則男孩在清洗時移動包皮的行為會導致男孩養成手淫習慣，而手淫習慣將導致情緒失控以及其他疾病。<sup>173</sup>此外，其他支持實行慣行割禮的原因，包括維持衛生、避免尿道疾病、防止癌症、達成服兵役的標準，以及聲稱可提高性表現。割包皮亦被當成整容手術的一種，讓生殖器更美觀，也讓男孩不會因為沒割包皮而受到同年齡的其他男孩嘲笑。<sup>174</sup>

然而，割禮是否如此百利而無一害，或是是否真的具有割禮擁護者所聲稱的功效，其實一直以來備受質疑。首先，對新生男嬰而言，割禮會造成極大的疼痛與身體痛苦<sup>175</sup>。雖然曾有論者指出在猶太教的割禮中，男嬰被餵以酒精後立刻陷

---

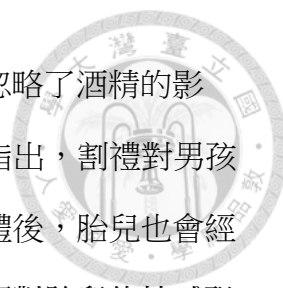
<sup>171</sup> “And as for thee, thou shalt keep My covenant, thou and thy seed after thee throughout their generations. This is My covenant, which ye shall keep, between Me and you and thy seed after thee: every male among you shall be circumcised. And ye shall be circumcised in the flesh of your foreskin; and it shall be a token of a covenant betwixt Me and you. And he that is eight days old shall be circumcised among you, every male throughout your generations ..”

<sup>172</sup> Brigman, W.E. (1984). Circumcision as Child Abuse: the Legal and Constitutional Issues. *Journal of Family Law*. University of Louisville School of Law 23: 353.

<sup>173</sup> Brigman, W.E. (1984). Circumcision as Child Abuse: the Legal and Constitutional Issues. *Journal of Family Law*. University of Louisville School of Law 23: 339.

<sup>174</sup> Povenmire, R. (1998). Do Parents Have the Legal Authority to Consent to the Surgical Amputation of Normal, Healthy Tissue from Their Infant Children? : The Practice of Circumcision in the United States. *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 7, no.1: 92.

<sup>175</sup> British Medical Association (2004) The law and ethics of male circumcision: guidance for doctors. *Journal of Medical Ethics* 30:262.



人沉睡，因此在割禮過程是感覺不到疼痛的。然而這樣的說法忽略了酒精的影響，以及沉睡可能是一種對疼痛的反應現象。<sup>176</sup>事實上，研究指出，割禮對男孩同時會造成身體與心理的痛苦，不但割禮極其疼痛，在經過割禮後，胎兒也會經歷一段相對長期的劇烈疼痛反應，這種身體痛苦甚至會影響母親對胎兒的情感聯繫。<sup>177</sup>

其次，割禮手術並非沒有風險。據統計，1963 到 1972 年間共有 5882 名新生男嬰於華盛頓大學醫院誕生，其中 5521 位男嬰經歷割禮手術。在這之中，有百分之 0.2 的案例有併發症產生，常見併發症包含出血、傷口感染<sup>178</sup>，而此項手術有五百分之一的機率會發生生殖器過緊甚至感染致死的可能。<sup>179</sup>1979 年，Robert L. Baker 醫生撰文指出，在一年之內美國就有 229 名新生兒因為施行割禮手術而死亡。<sup>180</sup>

第三，論者有認為，當男性長大後，若要再進行包皮切除手術，將會比嬰兒時期更困難。然而這項論述的謬誤之處在於，小時候進行過割禮的男嬰長大後，並不必然可以免除再次受割禮之罪<sup>181</sup>。並且，對成年男性而言，若無醫療上的必要性，通常就不需要進行割包皮手術。<sup>182</sup>

第四，有認為割除包皮較利於衛生維持，並認為在二次大戰期間，多名美軍死於尿道感染，就是源於包皮未切除。然而這樣研究被指為有嚴重的研究方法上

---

<sup>176</sup> Brigman, W.E. (1984). Circumcision as Child Abuse: the Legal and Constitutional Issues. *Journal of Family Law*. University of Louisville School of Law 23: 341.

<sup>177</sup> Taddio A, Katz J, Ilersich AL, Koren G. Effect of Neonatal Circumcision on Pain Response during Subsequent Routine Vaccination. *Lancet*. 1997;349(9052):599.

<sup>178</sup> Gee, W.F. & Ansell, J.S. (1976). A Ten Year Overview: With Comparison of the Gomco Clamp and the Plastisbell Device. *Pediatrics* 58(6): 824-827.

<sup>179</sup> Povenmire, R. (1998). Do Parents Have the Legal Authority to Consent to the Surgical Amputation of Normal, Healthy Tissue from Their Infant Children ? : The Practice of Circumcision in the United States. *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 7, no.1: 97.

<sup>180</sup> Baker, R. L. (1979). Newborn Male Circumcision: Needless and Dangerous. *Sexual Medical Today* 3(11): 35-36.

<sup>181</sup> Patel, H. (1966). The Problem of Routine Circumcision. *Can Med Association Journal*. 95(11):576, 580. 根據此研究，大約有百分之十的割禮手術需要被再次進行。

<sup>182</sup> Povenmire, R. (1998). Do Parents Have the Legal Authority to Consent to the Surgical Amputation of Normal, Healthy Tissue from Their Infant Children ? : The Practice of Circumcision in the United States. *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 7, no.1: 94.



的錯誤，包含未將基因以及醫院衛生等納入考量。研究也指出，真正利於防免尿道疾病的應該是陰莖衛生的維持而不是以割禮為衛生維護的途徑。<sup>183</sup>

最後，割禮對男人未來的性生活是否能如支持者聲稱的能夠提高性表現，還是其實是降低其性感受與能力，目前為止仍有爭議。

割禮對男人未來性生活的影響，有認為將包皮割除可以強化男人性表現的，也有持反對見解者。有論者認為，經過割禮的男性會進行更加複雜而多元化的性行為，包含進行口交、肛交、手淫等行為的比例都較未經割禮的男性高。然而，論者亦指出，這很可能是因為男性經過割禮後，其生殖器的敏感度下降，才導致男性從事更多元的性行為以追求感官的滿足。並且，這項研究對於前述割禮盛行是為了防止男童提早開始手淫行為也造成相當諷刺的效果。<sup>184</sup>研究指出，割禮之所以會造成男性陰莖敏感度降低，是因割禮會切除男性在勃起時覆蓋於其陰莖上的將近百分之八十的皮膚，被切除的構造包含在演化過程中發展出的幫助陰莖進行各種性功能的特殊構造。<sup>185</sup>也因為這種切除行為，造成陰莖缺乏包皮的保護而直接接觸尿布或衣物，其上的薄膜因而變厚十倍，原本覆蓋在其上的神經末端也消失。陰莖表面被死細胞層蓋住，因此變得更硬、更乾，也更不敏感。<sup>186</sup>晚近亦有實證研究顯示，比起未經割禮的男性，經過割禮的男性回報包括生殖器較不敏感、興奮反應變慢、要花更久時間達到性高潮，並且有相當比例經割禮男性回報曾經歷不尋常的感覺（陰莖頭曾有刺痛、燒灼感、發癢、麻木等感受）。因而論者主張包皮有無對於陰莖敏感度、性功能以及整體性滿足程度都有影響。<sup>187</sup>然

<sup>183</sup> Povenmire, R. (1998). Do Parents Have the Legal Authority to Consent to the Surgical Amputation of Normal, Healthy Tissue from Their Infant Children? : The Practice of Circumcision in the United States. *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 7, no.1: 94.

<sup>184</sup> Laumann, E.O.& Masi, C.M., Zuckerman, E.W. (1997). Circumcision in the United States: Prevalence, Prophylactic Effects, and Sexual Practice. *JAMA* 277(13): 1054.

<sup>185</sup> Povenmire, R. (1998). Do Parents Have the Legal Authority to Consent to the Surgical Amputation of Normal, Healthy Tissue from Their Infant Children? : The Practice of Circumcision in the United States. *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 7, no.1: 97.

<sup>186</sup> Foley, J. M. (1966). The Unkindest Cut of All. *Fact Magazine* 1966 3(4): 2-9.

<sup>187</sup> Bronselaer, G. A., Schober, J. M., Meyer-Bahlburg, H. F., T'Sjoen, G., Vlietinck, R., Hoebeke, P.B. (2013). Male Circumcision Decreases Penile Sensitivity in a Large Cohort. *BJU International* 111(5): 820.

而，也有研究認為包皮對性能力與性滿足均無絕對影響，故割禮並未對男人的性生活造成任何不利影響。<sup>188</sup>

綜上所述，割禮很有可能並非如支持者所聲稱的沒有任何害處，除了擁護者所主張的功效不一定存在之外，甚至有可能對男性身體健康，乃至其一生的性生生活品質造成影響。即便是否有影響尚未經證實，但涉及如此嚴重的醫療不確定性的行為，是否可以在未經當事人本人同意，亦即在男嬰尚無醫療決定能力時，就由父母代其決定是否進行無醫療適應性且不可逆的割包皮手術，或是由父母基於宗教理由為男嬰同意進行割禮，均有思考空間。以下將就父母的裁量權、宗教自由、隱私權以及對男女割禮進行比較的方式，探討父母是否可代男嬰同意進行割禮。

## 第二項 割禮之法律容許性

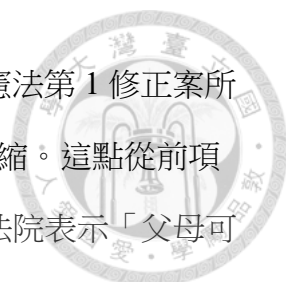
身體完整性不受侵害是普通法上的基本原則，因而當父母決定為男童施行割禮時，就面臨到究竟父母有無此種同意權，以及國家是否得以介入阻止父母為男童實行割禮手術進行同意之爭議。在美國過去實務上，由於對於施行割禮不會產生不利後果的普遍想法，並未對父母是否有同意孩童割禮的權利進行探究，然而隨著醫學知識逐漸揭露割禮或許不是完全無害的，以及對於未成年人保護思想的日漸盛行，此議題顯有討論之必要。本文將於以下探討父母是否能對孩童割禮進行同意，以及若父母是基於宗教理由，是否可正當化替男童進行割禮的行為。

### 第一款 父母同意

雖然美國最高法院並未清楚畫出父母裁量權的具體範圍與輪廓，但人民擁有「經營家庭 (raise a family)」的基本權利一直以來均為美國最高法院所承認。然

---

<sup>188</sup> Morris, B. J., Krieger, J. N. (2013). Does Male Circumcision Affect Sexual Function, Sensitivity, or Satisfaction? —A Systematic Review. *J Sex Med.* 10(11): 2644.



而，父母的裁量權若會危及子女的健康，則即便涉及的是美國憲法第 1 修正案所涵蓋的權利內容（例如宗教自由），父母裁量權一樣會被法院限縮。這點從前項關於耶和華見證人拒絕輸血案中的 Prince v. Massachusetts 案，法院表示「父母可以選擇自己成為殉教者，但不代表父母有權利，在相同的情況下，讓未成年子女也成為殉教者。」即可看出。在割禮案例中，國家是否應該依國家保護義務（*parens patriae*）介入家庭之決定，可從以下幾項理由進行分析。

### 第一目 隱私性

在討論隱私時，最常被提及的即是為未成年人施以結紮，父母的醫療同意權將受到限制。在結紮案例中，國家保護義務相對強勢，蓋此時不僅僅涉及到保護未成年人健康的國家利益，也涉及到未成年子女其身體完整不受侵犯的利益。因此，主張為其進行結紮者，須負擔此舉具有醫療上必要性，或至少符合未成年子女最大利益的舉證責任。在實務上，許多判決認為若無實定法的規定，則父母不具備為未成年子女結紮的同意權。另一些判決則認為可依照衡平原則，即便無實定法規定亦可賦予父母為其未成年子女同意結紮的同意權，但這時父母必須提出明確卻具有信服力的證據證明為其子女結紮有醫療上的必要性。<sup>189</sup>

結紮案件和割禮案件，二者的相同性，遠不只在於兩者都是作用在生殖器上的醫療行為。除了兩者同樣都破壞了未成年子女身體的完整外，此二者的唯一差異在於，結紮比起割禮更涉及了未成年子女的生育選擇。然而，即便割禮並不會影響男性的生育選擇，它也確實會對男性最私密敏感的身體部位造成劇烈轉變，而這是一種對男性隱私權巨大侵襲應無疑問。<sup>190</sup>因此，若父母對未成年子女的結紮同意權必須在如此嚴格的要件下方能發動，割禮的同意權亦不該被隨便授予父

---

<sup>189</sup> Povenmire, R. (1998). Do Parents Have the Legal Authority to Consent to the Surgical Amputation of Normal, Healthy Tissue from Their Infant Children? : The Practice of Circumcision in the United States. *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 7, no.1: 107.

<sup>190</sup> *Id.* at 108.

母，國家應發揮其保護義務介入。



## 第二目 替代判斷原則

當法院要使用其衡平權力來授予父母對未成年子女結紮的同意權時，必不可少要進行「替代判斷原則 (substituted judgment)」的審查。所謂替代判斷原則，係指法院要決定「假設這些無能力的未成年人有能力對這件事進行告知後同意，則他會如何做出醫療決策？」替代判斷原則是為了尊重個人的身體自主性而存在，而因為一個人往往被假設會做出對自己最有利的選擇，因此對未成年子女就這件事的最佳利益的判斷即成為在個案中操作替代判斷原則的簡易方法。<sup>191</sup>

當法院在操作替代判斷原則時，必須銘記在心此最佳利益的判斷是未成年子女的最佳利益，而不是國家或父母的最佳利益。在一些時候，父母可以為子女做出替代判斷，因為父母長期與子女相處，或可從中推斷子女會如何做出決定。然而法院也必須注意，在有些情況下，會碰到父母用自己的期望來代替子女可能的選擇而做出替代判斷的風險。在割禮案件中，因為男嬰才剛出生就被施以手術，父母基本上並未與男嬰有什麼長期相處，也因此父母並不會比國家更適合做出對男嬰是否進行割禮的決定。<sup>192</sup>

由於我們已知在進行割禮時，男嬰受到極大的身體與心理痛苦，並且無力逃脫，應可認為嬰兒並不會希望手術進行。此外，在大多數案件中，不進行割禮也不會對男嬰身體造成不利影響，並且可以避免可能的手術併發症，也可以避免因為替代判斷原則所伴隨的可能的且不可回復的錯誤，也不會導致男人成年後再自行決定進行割禮的可能性變為不可能。換句話說，要為初生的嬰兒決定當他成年後是否會想進行割禮，基本上應該已經超出父母或法官可做出判斷的能力範圍了。因此，在上述原因下，最適當的方法應該暫緩割禮的施行，而交由當事人長

---

<sup>191</sup> *Id.* at 109.

<sup>192</sup> *Id.* at 110.

大後自行決定是否進行手術。<sup>193</sup>



### 第三目 子女之利益

在決定是否採行某醫療決策時，常會考慮此醫療行為是否可為子女帶來利益，而這主要是從兩種利益，即醫療上利益，以及情感上利益為斷。<sup>194</sup>

#### 一、醫療上利益

即便父母反對，但只要個案中該醫療行為是對未成年人避免死亡所必要者，法院仍會介入為未成年人施行醫療行為。蓋保護未成年人的健康是國家的重要利益，並且法院在做判斷時，會假設人都想活下去，而未成年人也不例外。當施行該醫療行為無法確保未成年子女的最佳利益時，法院就不會不顧父母反對而為未成年人施行手術。在截肢或切除手術中，法院一般會要求必須事關生死，才允許父母為未成年子女同意進行切除手術。<sup>195</sup>

然而，獨特的是，與前述切除手術都不同，在美國男性包皮的切除手術並不需要特別驗證其醫療上之正當性，並且被廣泛認為只要有父母同意即可進行。這樣的見解明顯與其他型態的切除手術有所扞格，而應被挑戰。蓋難以想像一個人會希望自己身上健康而無任何問題的一部份被永久切除。因而此種不具醫療上必要性的手術，應限制父母的同意權，只有在包皮切除手術是對男嬰有醫療上的必要性時，才允許父母代為同意切除。<sup>196</sup>

#### 二、情感上利益


---

<sup>193</sup> *Id.* at 111.

<sup>194</sup> Lebit, L. E.(1993). Compelled Medical Procedures involving Minors and Incompetents and Misapplication of the Substituted Judgment Doctrine. *J. Law and Health* 7(1):125-127.

<sup>195</sup> Povenmire, R. (1998). Do Parents Have the Legal Authority to Consent to the Surgical Amputation of Normal, Healthy Tissue from Their Infant Children ? : The Practice of Circumcision in the United States. *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 7, no.1: 111.

<sup>196</sup> *Id.* at 112.



在某些情況下，即便該手術對未成年人不具備醫療上利益，但可能會具備情感上利益，而這種利益也是法院在做出替代判斷時應該加以考慮的。例如一些純粹利他的器官或血液捐贈，雖然對未成年人的健康無益甚至有害，但基於這可能是出於拯救親近家屬的目的，而對未成年人實有情感上利益時，法院應可以此為由正當化手術之施行。此時未成年子女所表達的意見應被法院參考，作為其心理及情感上利益判斷的指標之一。在割禮手術中，嬰兒會經歷極其痛苦的身心過程，因此明顯在此案件，無法援用情感上利益作為正當化割禮的施行的理由。<sup>197</sup>

因而，進行割禮對嬰兒既不具備醫療上利益，亦不具備情感上利益，此種切除手術並無其他正當化事由，應不可單由父母同意即為嬰兒施行。

## 第二款 宗教自由

### 第一目 支持儀式性割禮之理由

在上款討論中，吾人應可得出在例行性割禮之情形，父母並無權限代男嬰同意手術之進行，應無疑問。然而更具爭議的是，若非例行性，而是基於宗教信仰的原因而須進行割禮，這時候父母是否即具備同意權的正當性？蓋此時不僅牽涉到個別家庭的信仰自由，甚至牽涉到子女的情感利益，意即子女是否會因為割禮的進行而更能融入家庭，或更能有屬於社群團體的歸屬感而影響其人格開展？又這些原因是否足以正當化父母在男嬰尚無醫療同意能力時，即代替他同意手術？


主張父母應具備宗教割禮同意權的論調，主要在於強調孩童應有獲得群體歸屬情感利益的利益、男性割禮對身體並無重大傷害，以及「未來取向的同意（future-oriented consent）」等理由。

就情感利益而言，由於未成年人是否該進行一項醫療行為，主要取決於這項醫療行為是否符合其最佳利益，其判斷要素可能包括身體利益與情感利益，前已

---

<sup>197</sup> *Id.* at 113.





述及。讓未成年子女可以順利在宗教家庭環境中長大，是否會使宗教性割禮相較於例行性割禮更具有由父母替未成年子女決定的正當性，有討論必要。支持者主張，一個人具有「文化身分 (cultural identity)」，也就是一個人能夠屬於特定宗教或群體的歸屬感，應該是一種基本人權。經濟社會文化權利國際公約 (the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) 第 1 條即表示「所有民族均享有自決權，根據此種權利，自由決定其政治地位及自由從事其經濟、社會與文化之發展。」<sup>198</sup> 雖然這並不表示所有以多元文化主義為名的一切宗教行為均能因此取得正當性，但這種文化歸屬或宗教歸屬感應該被納入孩童的最佳利益中考量。<sup>199</sup> 並且，聯合國兒童權利公約第 8 條表示「締約國承擔尊重兒童維護其身分包括法律所承認的國籍、姓名及家庭關係而不受非法干擾的權利。」<sup>200</sup> 此處的「身分」在公約中並未有定義，但論者認為不該被狹義解釋，因而認為不允許父母為小孩同意儀式性割禮將會侵害小孩的宗教與文化身分。<sup>201</sup> 因而，若吾人肯定歸屬於特定團體的身分是一種基本權利，那未成年人透過儀式性割禮而歸屬特定宗教的權利即不該被剝奪。若國家不讓父母替小孩進行割禮的同意，將會侵蝕這種身分認同的基本權利。

除了情感利益外，支持儀式性割禮施行的論者，也非常強調男性割禮並未造成重大傷害，並且不構成違反法律的「虐待」或父母權利的「濫用」。以英國為例，英國的「虐待」被定義為「重大傷害 (significant harm)」，而重大與否則必須依個案中的關係加以判斷。意即，在判斷重大與否時，必須將個別家庭、個別孩童均加以具體化，且在此案中構成虐待，在另案中並不一定如此，而必須納入整體文化背景考量。所謂虐待必須是在那個文化脈絡下，依照合理期待，不該加諸於孩童的傷害。因此若如猶太教或回教的父母為小孩進行割禮，在這樣的脈絡

---

<sup>198</sup> “All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.”

<sup>199</sup> Freeman, M.D.A. (1999). A Child's Right to Circumcision. *BJU International* 83(1): 75.

<sup>200</sup> “States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity including their nationality, name and family relations, without unlawful interference.”

<sup>201</sup> Freeman, M.D.A. (1999). A Child's Right to Circumcision. *BJU International* 83(1): 77.



下應不可被認為是虐待。<sup>202</sup>

最後一個常見的支持儀式性割禮的理由，就是「未來取向的同意（future-oriented consent）」。<sup>202</sup>所謂未來取向的同意，是指父母替小孩做出的選擇並非依照小孩當時所期望的，而是依照「能讓小孩將來發展出自己的生命規劃」此一利益是否能最大化為斷。具體事例，例如送小孩去上學，或讓小孩加入某文化或發展出特定宗教命運。也就是說，在儀式性割禮的情形，若在小孩年紀很小，記憶不深而沒有能力為自己做決定時，就幫他進行儀式性割禮，當他長大後會感激這個父母替他做成的決定時，就能正當化父母為男嬰進行儀式性割禮的同意權。蓋此時男嬰既未有自主性，當無自主權受侵害之虞，又長大後再進行割禮將承受更大疼痛及更容易記住這種身體上的痛苦。而觀察那些嬰兒時期即經過儀式性割禮的宗教信徒，僅有少數人不感激父母的決定，絕大多數的信徒是會感激經曾在嬰兒時期即被施以割禮。對大多數的宗教信徒來說，這種文化與宗教的身分、以及歸屬於特定團體的感受，其意義遠大於在嬰兒時期尚未產生知覺時所受到的微不足道的侵害。<sup>203</sup>

## 第二目 儀式性割禮入罪化

2012年，德國科隆地方法院判定一起幫男童行儀式性割禮之醫師構成傷害罪<sup>204</sup>。這則案件之事實為，2010年11月4日，一位醫生在一對回教父母之要求下，在無任何醫療必要性之情況，替一名四歲男童進行割包皮手術。手術過程完全遵照相關規定以及正常麻醉程序。然而手術後兩天，父母發現男童出現出血不止，因此緊急送往醫院，最後成功止血。惟由於醫院與男童母親溝通上的問題，該手術被質疑未獲得父母雙方同意而因此展開調查。雖然最後調查解果顯示，手術是在符合醫療常規及獲得父母雙方同意下進行，該名醫生依然被依德國刑法第

<sup>202</sup> Freeman, M.D.A. (1999). A Child's Right to Circumcision. *BJU International* 83(1): 76.

<sup>203</sup> *Id.*

<sup>204</sup> Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012, No.151 Ns 169/11

224 條第 2 款之使用武器或其他危險工具傷害罪起訴。<sup>205</sup>

在本案中，法院在德國過往歷史中前所未見的，判定男童割禮若無醫療必要性，即便在符合醫療常規且經父母雙方同意之下，仍然構成傷害罪。儘管如此，法院在本案中，仍然以該名醫生是以善意並且相信可以基於宗教理由施行割禮，其行為時欠缺不法意識且無法避免（在當時割禮的法律容許性無論是從實定法中，或從過往判決中均無定見），而可依德國刑法第 17 條阻卻其罪責。<sup>206</sup>

法院於本案試圖衡量父母的基本權利（宗教自由、對子女的教育權）以及子女的基本權利（身體完整性、自決權），認為依照德國民法，父母對子女僅有在不違反其最佳利益時為其決定教育手段之權利，而得出即便經由父母同意，亦不能在無醫療必要性之情況為未成年子女同意進行割禮之結論。這是因為實行割禮違反子女的利益，且亦是為了確保子女能在往後人生中自行選擇加入什麼宗教。要求父母在子女獲得自己決定是否接受割禮之能力前先行等待，並不至於不合比例的限制父母的教育權。<sup>207</sup>

此判決一出，立刻引起來自各界爭議，猶太教、回教團體更是出現眾多反對聲浪及批評。德國國會對此做出反應，由多數國會議員通過決議，表達他們對於法院判決的不認同以及承諾要就此事制定新法，明文承認新生兒的割禮。隨後，德國國會在 2012 年 12 月通過德國民法第 1631d 條，並在 2013 年 1 月施行。其條文內容<sup>208</sup>為：「1. 父母對子女的親權包含可在符合有效醫療常規之情形下，為其無能力了解及評估割禮手術之未成年子女同意進行男性割禮。然而若為達成特定目的此實行割禮將侵害男嬰福祉時，不適用之。2. 前項之割禮，在出生後六個

<sup>205</sup> Fateh-Moghadam, B. (2012). Criminalizing Male Circumcision-Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012, No.151 Ns 169/11. German Law Journal 13(9), 1132-1133.

<sup>206</sup> *Id.* at 1133.

<sup>207</sup> *Id.* at 1134-1135.

<sup>208</sup> 1 Die Personensorge umfasst auch das Recht, in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll. 2 Dies gilt nicht, wenn durch die Beschneidung auch unter Berücksichtigung ihres Zwecks das Kindeswohl gefährdet wird. (2) In den ersten sechs Monaten nach der Geburt des Kindes dürfen auch von einer Religionsgesellschaft dazu vorgesehene Personen Beschneidungen gemäß Absatz 1 durchführen, wenn sie dafür besonders ausgebildet und, ohne Arzt zu sein, für die Durchführung der Beschneidung vergleichbar befähigt sind.



月內，可由經由宗教團體派任之對於實行割禮具有相當訓練及技能之非醫師執行。」<sup>209</sup>

### 第三目 本文評論

上述討論中，支持儀式性割禮者看似言之成理，然而本文並不贊同。首先，論者以「虐待」在英國法上的解釋為例正當化儀式性割禮並不構成法律所稱的虐待。惟參看聯合國兒童權利公約第 19 條規定，「締約國應採取一切適當的立法、行政、社會和教育措施，保護兒童在受父母、法定監護人或其他任何負責照管兒童的人的照料時，不致受到任何形式的身心摧殘、傷害或凌辱，忽視或照料不周，虐待或剝削，包括性侵犯。」<sup>210</sup>顯然對於兒童採取更寬泛的保護，割禮在任何情形下都難認不會對孩童身體造成傷害，因而純粹用割禮在文化脈絡下不會造成重大傷害為由，應仍不符合公約對兒童的保護意旨。此外觀同公約第 24 條第 3 款「締約國應致力採取一切有效和適當的措施，以期廢除對兒童健康有害的傳統習俗。」<sup>211</sup>即可導出儀式性割禮既有害孩童健康，國家即應採取措施致力廢除

---

<sup>209</sup> Merkel, R. & Putzke, H. (2013). After Cologne: Male Circumcision and the Law. Parental Right, Religious Liberty or Criminal Assault. *Journal of Medical Ethics*, 39, 444-449.

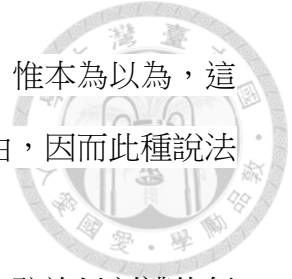
<sup>210</sup> “States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child.”

<sup>211</sup> Article 24

“1. States Parties recognize the right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health and to facilities for the treatment of illness and rehabilitation of health. States Parties shall strive to ensure that no child is deprived of his or her right of access to such health care services.

2. States Parties shall pursue full implementation of this right and, in particular, shall take appropriate measures:

- (a) To diminish infant and child mortality;
- (b) To ensure the provision of necessary medical assistance and health care to all children with emphasis on the development of primary health care;
- (c) To combat disease and malnutrition, including within the framework of primary health care, through, inter alia, the application of readily available technology and through the provision of adequate nutritious foods and clean drinking-water, taking into consideration the dangers and risks of environmental pollution;
- (d) To ensure appropriate pre-natal and post-natal health care for mothers;
- (e) To ensure that all segments of society, in particular parents and children, are informed, have access to education and are supported in the use of basic knowledge of child health and nutrition, the advantages of breastfeeding, hygiene and environmental sanitation and the prevention of accidents;
- (f) To develop preventive health care, guidance for parents and family planning education and services.



之。雖論者有謂此條文僅針對女性割禮，而不該及於男性割禮，惟本以為，這種對於男性割禮與女性割禮的差別對待並不合理，也無正當理由，因而此種說法並不可採，並將由後文對此進行詳細論述。

其次，支持者指出「未來取向的同意」應可正當化父母為小孩施以割禮的行為。然而，這種「未來取向的同意」，仍然是由他人猜測將來小孩長大後會否做出這樣的決定，根本上難以擺脫父權的操縱，非常有可能是以父母期待取代了子女最佳利益的判斷。又，雖然支持者認為大多數的宗教信徒在長大後都會感激曾經在嬰兒時期即被施以割禮，然而，這樣的說法不但並未有統計上的根據，也不能排除在這之中，有並不抱持這樣想法的信徒，甚至是根本在長大後就未成為信徒的嬰孩。而割禮是不可逆的，如此一來，要如何保障將來長大後仍然不認同或不欲割禮施加在自己身上的嬰孩的自主性，即成為問題。

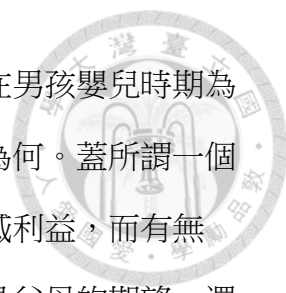
此外，如前所述，割禮並非對兒童身體無害，割禮施行時亦會伴隨身心的巨大痛苦，在這樣的前提下，論者以「長大後再施以割禮將更加痛苦」為由企圖正當化在嬰兒時期即施以割禮，應不可採。蓋並不是在嬰兒時期施行割禮就不會感到疼痛，即便在年幼時就進行割禮依然會造成巨大痛苦，只是相比於成人，嬰兒比較不會記憶住這種身心痛苦。並且，在前面的討論下，也有研究發現割禮並非不會對嬰兒留下影響，嬰兒可能會有長達數月對疼痛的過度反應，也有可能因為劇痛而影響到母親與嬰兒間的情感聯繫，這樣的影響是否會造成嬰兒日後的成長，尚無定論。只是吾人應不可因為人們看似不記得嬰兒時期的身心痛苦，即將之簡化為在年幼時施以手術即對其無不利影響。

最後，支持者提出歸屬於特定宗教或文化團體對子女而言具有重要的情感利益，這種身分實是一種基本人權。本文亦同意身分歸屬對未成年子女而言是重要

---

3. States Parties shall take all effective and appropriate measures with a view to abolishing traditional practices prejudicial to the health of children.

4. States Parties undertake to promote and encourage international co-operation with a view to achieving progressively the full realization of the right recognized in the present article. In this regard, particular account shall be taken of the needs of developing countries.”



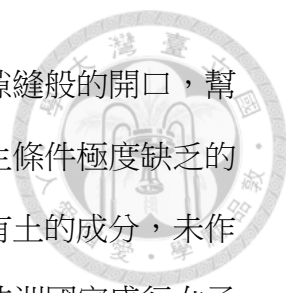
的情感利益，然而是否因為要維護這樣的利益，即可授予父母在男孩嬰兒時期為其施行割禮的權力，本文認為仍要具體去衡量小孩的最佳利益為何。蓋所謂一個人可歸屬於某團體的情感利益，是否只要有歸屬即能有這種情感利益，而有無「選擇進入該團體」與否的權利不須被考量？這種歸屬感究竟是父母的期望，還是男嬰自己的情感感受，是否應加以區分？

本文認為，在為了宗教而為儀式性割禮的情形，雖然幫男嬰進行割禮是讓男嬰成為猶太教徒不可或缺的步驟，但若男嬰尚未長成自己的意志，則即便形式上成為猶太教徒，年幼的男嬰難道就能直接從中感受到身為猶太教徒歸屬感的情感利益？若要感受到身為宗教團體的歸屬感，必定需要有某種程度的成熟性，這樣的成熟性足以讓他認識該宗教，並渴望成為宗教的一份子。因而，本文認為，此處或可適用「成熟未成年人原則」，若未成年男子已具備對宗教的理解，也具備對割禮這整個過程的內容、其後果均加以理解並願意接受，再行割禮會是更妥適的做法。考量到割禮過程伴隨的身心痛苦、併發症、對性生活的影響，以及其不可回復性，再考量男孩加入宗教後可得之情感利益，本文以為，儀式性割禮的同意權已經不在父母裁量權的範圍內，而只能由足夠成熟的未成年人自行決定是否進行割禮。如此方能確保未成年人加入宗教的是具備選擇自由的，也是唯一能夠完全避免「未來取向的同意」或「替代判斷原則」的不準確性造成未成年人的選擇被剝奪的方法。

### **第三項 男性與女性割禮比較**

除了男性的割禮外，女性也有割禮，然而多數國家都已將女性割禮禁止或入罪化。反觀，男性割禮卻未被同等對待。這種對於男性割禮與女性割禮的差別性對待，是否具有正當性，值得探究。

女性割禮長期以來一直被西方文化認為是野蠻的象徵，在美國也鮮少有女性割禮的儀式，其盛行地在北非。其形式包括切處陰蒂包皮、切除整個陰蒂、切除



陰唇等，並在切除後將陰唇縫合以將陰道封閉，僅留下極小的隙縫般的開口，幫助男性增加性快感。女性割禮過程極為痛苦，又多半發生在衛生條件極度缺乏的環境，所使用的器具也未經消毒，用來遮蓋傷口的布料也常含有土的成分，未作任何抗菌設施，因而時常造成感染，疾病傳播，甚至死亡。<sup>212</sup>非洲國家盛行女子割禮的原因，包括降低女子性慾以維護貞節、相信女子施行割禮是回教教義所要求、象徵女子進入成年、相信可以幫助維持衛生、使性器官更加美觀，以及相信可因此擁有更多後代，這樣的見解被當地男女所接受，且常是由女性負責進行女子儀式割禮。<sup>213</sup>

由於女性割禮的殘忍以及對女性造成的嚴重傷害，聯合國早在 1980 年代及在歐美各國的支持下，以決議非難女性割禮。而 1996 年，美國將女性生殖器切除入罪化（the criminalization of female genital mutilation），下稱「反女性生殖器切割法案（the Anti- FGM Act）」，因此若醫生切除未滿 18 歲女性的陰蒂包皮、陰核、陰唇等全部或一部，將構成犯罪。此法案並規定，即便獲其父母或 18 歲以下之未成年人本人之同意，對未滿 18 歲的未成年女性進行性器切除亦為違法。<sup>214</sup>並且這種保護未成年女性身體完整的利益是如此重大，以致任何其他原因，不論是基於宗教還是文化因素而要求切除女性性器，都一律被本法案禁止。<sup>215</sup>其他國家，如德國，亦特別規範損傷女性外陰之犯罪，並將之獨立於傷害罪外另作特別規範。<sup>216</sup>

然而也是源於如上述的對女性生殖器切除保護的特別規定，導致男性割禮被與女性割禮區分，前者因而被認為是被法律所容許的。論者通常以陰蒂、陰唇與

---

<sup>212</sup> British Medical Association (2001). The medical profession and human rights: handbook for a changing agenda. NY : Zed books in association with BMA, 341.

<sup>213</sup> *Id.* at 362.

<sup>214</sup> Povenmire, R. (1998). Do Parents Have the Legal Authority to Consent to the Surgical Amputation of Normal, Healthy Tissue from Their Infant Children? : The Practice of Circumcision in the United States. *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 7, no.1: 113.

<sup>215</sup> Peter Kandela. (1997). Court Ruling Means that Egypt Embraces Female Circumcision Again. *The Lancet* 350(9070):41.

<sup>216</sup> 德國刑法 226a 條「(1)損傷女性外部生殖器者，處一年以上有期徒刑。(2)情節輕微者，處六月以上五年以下有期徒刑。」

男性包皮有本質上的差異，為正當化男性割禮可以被法律所接受的論點。然而，吾人應不可只以男性割禮不如女性割禮來的殘忍恐怖，就導出男性割禮可以被接受的結論，就像我們也不可能說最輕微的女性割禮就可以被接受一樣。因此，不論男性割禮或是女性割禮，都是對未成年人身體完整性的侵害，也都是對個人權利的侵害，不該被差別對待。這種差別立法，會形成男性割禮是被法律允許的想法。<sup>217</sup>

依照美國聯邦憲法第 14 修正案，應確保法律給予平等的保障。性別差異既是一項不可改變的先天差異，若要依照性別給予差別對待，應該要滿足為達成「重要國家利益（important government interests）」以及以此差別對待為手段「對於目標達成有重大合理關聯（substantially related to the achievement of these objects）」。

在男性割禮與女性割禮案的比較中，實難認為不給予男性割禮如女性割禮般以法律禁止的保護是為了維護什麼重大國家利益，因而，這樣的差別對待應不符美國聯邦憲法之意旨，實有修正必要。<sup>218</sup>

#### 第四項 台灣案例

在台灣，雖未如美國盛行例行性割禮，但基於衛生維持或包皮過長的理由，許多小孩在嬰兒或兒童時期即割掉包皮。然而，在台灣，曾發生不只一起因為幫幼童割包皮進行麻醉導致死亡的案例。

據報載，2012 年一名 5 歲呂姓男童在台中一家外科醫院割包皮，手術全身麻醉後再也沒醒過來，急救宣告不治。「上午 9 時許，呂姓 5 歲男童至台中 1 家外科診所動割包皮手術，經過全身麻醉，手術結束仍未轉醒，緊急送往中國醫藥大學附設醫院後仍宣告不治，呂童家屬指控，院方稱只是小手術，只要 5 分鐘就結束，動

---

<sup>217</sup> Povenmire, R. (1998). Do Parents Have the Legal Authority to Consent to the Surgical Amputation of Normal, Healthy Tissue from Their Infant Children ? : The Practice of Circumcision in the United States. *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 7, no.1: 119.

<sup>218</sup> *Id.* at 119-120.



完手術後推進病房旁邊也沒有醫護人員隨行，是呂母發現兒子不對勁才緊急呼救。呂童的父母認為院方沒有告知手術風險，並不滿醫師推卸責任，決定向動手術的醫師提告。」<sup>219</sup>「整形外科醫師陳錦銘指出，儘管割包皮手術困難度不高，手術時間不超過 1 小時，不過還是有手術麻醉、反覆出血發炎等風險，尤其幼童手術需要全身麻醉，特別是幼童若有心臟疾病、過敏體質、或是缺乏凝血功能等先天疾病者，均不宜麻醉開刀。」<sup>220</sup>

另一案例，為台灣高等法院 98 年度醫上訴字第 1 號判決<sup>221</sup>，本案中，死者為一名四歲男童，因包皮過長包莖發炎而至書田泌尿科眼科診所（書田診所）進行包皮環切手術，卻因為施以全身麻醉，引發惡性高熱而導致多重器官衰竭致死，家屬因而提告醫生業務過失致死罪。

本案，一審二審均判決被告無罪，理由為被告執行麻醉之過程中並無業務上之疏失，且對病患進行全身麻醉亦非無醫療上必要性，判決謂「本件檢察官另指訴本件並無實施全身麻醉之必要性云云，惟查：是否施予全身麻醉或局部麻醉，應視手術之重大程度、被害人之年齡與認知能力等綜合判斷，除有顯不應實施全身麻醉而仍執意實施全身麻醉之情形外，自屬醫師本於個人專業之判斷空間，尚難徒以病患實施全身麻醉後死亡，不問有無其他過失情節，以結果推論，遽繩以醫師業務上過失致死罪責。本件考量被害人年僅 4 歲，應認施予全身麻醉尚屬合理，證人杜元博亦證稱：包皮手術原則上麻醉的方法有局部麻醉及全身麻醉，對學齡前兒童，尤其是 5 歲以下，建議採取全身麻醉等語，另臺灣麻醉醫學會亦覆稱：『四歲兒童進行包皮手術，一般均會使用全身麻醉，但也有的醫院診所使用局部麻醉，但病人需忍受一定程度之疼痛』等語，有該會 97 年 9 月 15 日麻醫娟字第 970189 號函可稽……自難認被告就被害人進行全身麻醉一節有何業務上過失可言。」因而認為雖包皮手

<sup>219</sup>自由電子報（2012/01/19），〈五歲童割包皮竟死亡 家屬憤而告醫師〉：  
<http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/594665>。

<sup>220</sup>華人健康網，<https://www.top1health.com/Article/2638>（最後瀏覽日：05/22/2018）。

<sup>221</sup>歷審判決：台灣高等法院 98 年度醫上訴字第 1 號判決、台灣台北地方法院 96 年度醫訴字第 2 號刑事判決。

術並非重大手術，但考量到幼兒對疼痛的忍受程度以及其因年齡與認知較成人弱，施以全身麻醉非無醫療上必要性。

在以上台灣案例中，可看出即便是有醫療必要性而必須進行割包皮手術者，考量到幼兒的年齡、認知、對疼痛之忍受程度等均較成人不足，其手術之進行往往需施以全身麻醉，因而較僅須半身麻醉即可進行手術的成年人要多面對麻醉引發的風險，且致死案例不只一起。就此，吾人應更審慎考量若計入幼兒進行割禮的風險，則在無醫療必要性之情況為幼兒進行割包皮手術，是否會符合其最佳利益。

## 第五項 小結

本節對未成年人，尤其是嬰幼兒施行割禮是否可由父母代為同意進行探究，並區分為有醫療必要性之割禮、無醫療必要性之例行性割禮，以及基於宗教目的而進行之儀式性割禮為不同之思辨及得出不同之結論。

在有醫療必要性之割禮，考量到割包皮手術是幼兒維持身體健康所必須，符合其最佳利益，當然可在幼兒無同意能力時由父母代其同意手術。在例行性割禮方面，考量到目前對割包皮手術可能有的害處，包括手術進行時須承受巨大身心痛苦、感染等併發症風險，必須以全身麻醉進行之麻醉風險，以及對未來性生活可能造成的影響，外加上其不可回復性，父母應無權利為未成年子女為割禮手術之同意。

在儀式性割禮方面，由於同時涉及家庭之宗教信仰自由以及未成年人歸屬於特定團體而具有文化身分的情感利益，父母是否可代子女行儀式性割禮之同意更具爭議。惟本文以為，站在未成年人身體完整性之保護，以及割包皮之不可回復性等角度，外加考量情感利益在未成年人擁有一定成熟度後才更能確保等理由，仍不應授權父母代為進行同意，而應採用成熟未成年人原則，在未成年人具備成熟性後，再由其自行決定是否進行割禮而加入特定宗教。這樣的方法不僅可確保未成年人進行割禮不是僅在滿足父母的期望，而是為保障未成年人自己的情感利

益，更因割包皮手術在嬰幼兒時期需全身麻醉，伴隨較大的麻醉風險，如可選擇應避免在嬰幼兒時期進行手術更為妥適。



### 第三節 活體捐贈

#### 第一項 問題意識

小說《姊姊的守護者》中，妹妹安娜是父母為了救治從小罹患罕見白血病的姊姊凱特而利用醫學科技出生，擁有與姊姊配型相符的基因。從小，安娜就陸續捐贈臍帶血、幹細胞、骨髓給姊姊治病，直到有天凱特腎衰竭，需要安娜的腎臟，安娜才去找了律師捍衛自己的權利。

這樣的故事並不是只發生在小說當中，類似的情節，在 2008 年也發生在台灣。臺大醫院曾受一對夫婦所託，利用人工生殖技術，訂做一名與已生病的哥哥有配型相符的基因的寶寶。這對夫婦的第一個小孩罹患重度海洋型貧血，每三周需進行輸血治療一次，每天需打排鐵劑長達八到十小時，需靠幹細胞移植方能根治，否則長期下來會因鐵質沉積在心臟、肝臟而導致心衰竭致死。幹細胞可從骨髓或臍帶血中取得，但這名男童並無成功配對到組織抗原百分之百吻合的骨髓配型者，因此父母用人工生殖技術向台大醫院訂作了妹妹，藉由移植妹妹的臍帶血來救治哥哥。<sup>222</sup>在這個案例中，姑且不去討論一位嬰兒被當作拯救別人的手段而出生是否有倫理上的爭議，這名女嬰出生就捐贈臍帶血給哥哥，因為臍帶血並未直接侵害妹妹的身體完整性，爭議尚小。然而，若在這個案子中，要捐贈的是骨髓，甚至是直到哥哥心衰竭後妹妹才出生，是否可能允許父母同意妹妹捐贈骨髓，甚至器官給哥哥？

本文實想藉由這以上兩則故事引出：未成年人是否可作為活體捐贈的客體？

<sup>222</sup> 王昶閔，2008，〈訂做救命寶寶/搶救惡性貧血兒〉自由電子報：<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/190388>。2008/02/21。



未成年人自己對捐贈身體的一部分有無同意能力？父母有無代替未成年人為活體捐贈的同意權？又，對於捐贈的標的，可再生的身體組織，例如血液、骨髓，乃至於器官如肝臟，以及不可再生的腎臟，是否應區別對待？未成年人之最佳利益又應如何判斷？是本文在此節欲探討的爭議。

## 第二項 可再生之身體組織捐贈

可再生之身體組織，例如血液、骨髓移植等，因其可以再生，故對捐贈者之身體侵害相對較小。其中，骨髓移植又較血液抽取更具風險性，故二者應予以分別討論。

在血液捐贈中，雖未對未成年人之身體健康造成嚴重侵害，但由於血液僅分為幾種類型，而這些類型往往可從廣大大眾中取的，並無特別須從未成年人甚至孩童身上抽取之必要，因此捐贈血液仍多設有年齡限制<sup>223</sup>，例如我國即以 17 歲為法定捐血年齡，未滿 17 歲，須其體能狀況合宜且經法定代理人同意，始可捐血。<sup>224</sup>

<sup>223</sup> Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY: Routledge-Cavendish, 244.

<sup>224</sup> 詳參中華民國 95 年 3 月 15 日衛署醫字第 0950207650 號令發布之「捐血者健康標準」第二條規定：

捐血者須符合下列條件，始得捐血：

一、年齡：

(一)十七歲以上，六十五歲以下，一般健康情況良好。

(二)未滿十七歲者，應視體能狀況，並經法定代理人之同意，始得捐血。

(三)逾六十五歲者，除應健康情況良好外，並應取得醫師之同意，始得捐血。

二、體重：

(一)女性應四十五公斤以上，男性應五十公斤以上。

(二)捐分離術血小板、分離術白血球及分離術血漿者，應五十公斤以上。

三、體溫：口溫不超過攝氏三七·五度。

四、血壓：收縮壓九〇～一六〇毫米汞柱，舒張壓五〇～九五毫米汞柱，如兩者之距離低於三〇或高於九〇毫米汞柱，須經醫師許可。

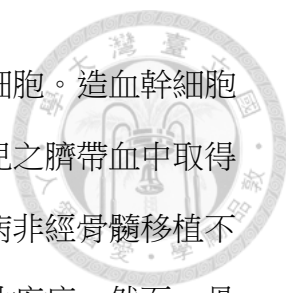
五、血液檢查：

(一)血紅素：男性十三公克%以上（使用硫酸銅法時血液比重一·〇五四）。女性十二公克%以上（使用硫酸銅法時血液比重一·〇五二）。

(二)血小板：捐血小板者，其血小板數目應在  $15 \times 10,000/\text{mm}^3$  以上。

(三)白血球：捐白血球者，其絕對顆粒球數目應在  $3,000/\text{mm}^3$  以上。

(四)血漿總蛋白：捐血漿者，應於首次捐血暨每隔半年加驗血漿總蛋白量，其血漿總蛋白應在



骨髓移植方面，骨髓移植通常是為了獲得捐贈者之造血幹細胞。造血幹細胞是尚為成熟而可發展出各種型態的血液細胞，除了可從初生嬰兒之臍帶血中取得造血幹細胞外，更多的造血幹細胞存在於骨髓之中。有許多疾病非經骨髓移植不能治療，包含白血病、再生障礙性貧血、免疫缺乏及其他遺傳性疾病。然而，骨髓移植對基因配型有很大的要求。骨髓移植若要成功，必須捐贈者與受贈者雙方的人類白細胞抗原（human leukocyte antigen, HLA）有相符性，若相符性越低，越容易因排斥反應產生嚴重併發症。而最容易找到 HLA 相符的捐贈者就在其他家庭成員之中，其中又以兄弟姐妹間相符機率最高，兩名來自同家庭的子女擁有相符的 HLA 的機率高達四分之一。<sup>225</sup>另外骨髓移植也並非如血液捐贈幾乎沒有風險，首先，骨髓移植必須麻醉，因此就有麻醉風險。其次，骨髓移植需用針插入捐贈者臀部，也因此有可能造成神經損傷。其他可能風險還包含出血及感染，以及術後捐贈者將感到不同程度的不適。<sup>226</sup>

在捐贈者是無同意能力之未成人之情形，由於骨髓移植具有以上風險，對於捐贈者而言，進行手術並無醫療上利益，甚至對其身體是一種負擔，故對於父母有無權力代替未成人行使骨髓移植的同意權，學說上有不同見解。

肯定說認為，父母可自行決定如何養育孩子，也可自行判斷個別家庭成員的利益以及整個家庭的共同目標，在這樣的基礎上，父母有權為了追求家庭目標而讓個別孩童暴露於風險之中。亦即，雖然骨髓移植對未成年捐贈者個人而言並無利益，但為了家庭中的其他成員，以即整個家庭利益，父母同意其進行骨髓移植手術應具有正當性。<sup>227</sup>

否定說則認為，由於對捐贈者而言，進行手術對其無醫療上利益且會破壞其身體完整性，父母雖然在通常情形下是未成年子女最佳利益的代言人，但在活體

---

6g/dl 以上。

<sup>225</sup> Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY: Roulledge-Cavendish, 244.

<sup>226</sup> *Id.* at 245.

<sup>227</sup> Crouch, R.A. & Elliot, C. (1999). *Moral Agency and the Family: the Case of Living Related Organ Transplants*. *Cambridge Quarterly of Healthcare*, 8(3),285.

捐贈之案例中，捐贈者與受贈者往往均為家庭中成員，父母在考量是否同意骨髓移植時，會考量若受贈者不接受移植將危及其生存希望，而造成無法期待父母在決定是否行使同意權時以未成年捐贈者之最佳利益為主要考量。因此，為避免捐贈者成為利益衝突下的犧牲者，並避免父母面臨壓力決定之煎熬，由法院判斷應較為妥當。<sup>228</sup>

本文認為，為了避免未成年捐贈者成為救治家庭中生病成員的手段，而未被當作目的本身對待，對於未成年人是否可作為捐贈骨髓之主體，應回歸該未成年捐贈者本人之最佳利益為斷，否則即為不當侵害未成年人之身體完整性。故為了避免父母在眾多子女間面臨利害衝突及家庭壓力，應否定父母行使此同意權較為妥當。退步言之，即便承認父母對未成年人作為捐贈者之同意權，也必須注意若父母之決定違背未成年子女之最佳利益，應構成親權濫用，法院仍應基於保護未成年人利益之理由，介入衡量此父母同意權之適當性。換言之，不具同意能力之未成年人若要成為捐贈者，仍應通過最佳利益的檢驗方具正當性。

最佳利益的檢驗，其操作並不是只要在個案中未違反未成年人之利益就能滿足標準，而是要確保捐贈手術之進行符合未成年人之最佳利益。又因進行手術會對未成年人造成一定的手術風險及疼痛不適，故「唯一有可能使進行手術成為未成年人最佳利益者就是情感上利益」。有見解因而認為，若未成年人太過年幼以至於無法與骨髓接受者建立起情感聯繫，則此時這樣的捐贈就不會對捐贈者有情感上利益，也因此會違反未成年人之最佳利益。<sup>229</sup>採取同樣見解的可見 *Curran v Bosze*<sup>230</sup>此案件，該案中，伊利諾州最高法院法官拒絕行使同意權讓兩名三歲雙胞胎進行骨髓配對檢驗以測試是否適合救治他們同父異母的哥哥。此案件事實為一對夫妻離異，與病童同住的父親要求與雙胞胎同住的母親同意讓雙胞胎接受骨

<sup>228</sup> 丸山英二（1978）〈臟器移植おめぐる法律問題（三）〉，《神戸法学雑誌》，第二十八卷第二號，頁 177-178。轉引自張雅珮（2005），《父母子女關係於未成年人醫療決定中之地位－以未成年人之醫療自主權及最佳利益為中心》，頁 53，國立臺北大學法學系碩士論文。

<sup>229</sup> Delaney, L. (1996). Protecting Children from False Altruism: the Legal Approach. *British Medical Journal*, 312, 240.

<sup>230</sup> *Curran v Bosze* (1990) 556 NE 2d 1319.

髓配型檢驗，但母親拒絕同意。本案法院認為，「證據明顯顯示對捐贈者並無物理上利益，若對於捐贈骨髓給兄弟姊妹的捐贈者有任何利益，將會是心理上的利益。」<sup>231</sup>「必須捐贈者與受贈者間存在緊密的兄弟姊妹關係，並且此關係有繼續存在的可能性，才會符合為兄弟姊妹而接受手術的未成年捐贈者的最佳利益。」<sup>231</sup>在本案的情況，法院以並未找到充足的證據顯示病童與雙胞胎間有緊密的關係為由，判定讓雙胞胎進行骨髓配型檢驗並不符合其最佳利益。<sup>232</sup>

對於上述判決亦有採取批判見解者，認為法院認定最佳利益的範圍太過狹隘，而認為「只要在情感上、心理上、社會上有維持家庭關係的利益亦可通過最佳利益之判斷，而不僅限於捐贈者與受贈者間的情感聯繫。」以 *Re Y*<sup>233</sup>案為例，本案中，Y 是一名心智缺陷無法給予有效同意之 25 歲成年人，Y 的姊姊因罹患非霍奇金氏淋巴瘤而需要接受骨髓移植方能治療，故這名姊姊就向法院請求希望同意其心智缺陷的妹妹進行骨髓配型檢驗。在本案，法院必須判斷，對這位心智缺陷的妹妹而言，捐贈骨髓給姊姊的利益是否會大於其可能受到的傷害。法院發現，Y 與姊姊並未有密切的情感聯繫，因為 Y 長期住在養護中心，而姊姊的病痛也讓這對姊妹少有機會相處。但是法院也發現，Y 雖與姊姊無密切情感聯繫，卻與她們的媽媽有密切情感聯繫。若姊姊因病死亡，將會造成身體本就不好的媽媽情況更差，也會因為媽媽必須花更多時間來照顧姊姊死亡後遺留下的外孫女，將會減少媽媽去探望 Y 的次數。而媽媽的探望對 Y 來說，是非常珍貴的讓 Y 可與家庭及外界產生聯繫的機會。因而法院以「對被告而言，作為捐贈者將會獲得情感上、心理上、社會上的利益，因為這能夠延長被告與母親的正向關係，而被告捐贈骨髓的不利益非常小，也不會承受長期風險。」而同意讓 Y 進行骨髓配型檢驗，但法院也強調這是必須在 Y 並未表示反對的前提下方可進行。<sup>234</sup>雖然本案並

---

<sup>231</sup> *Id.*

<sup>232</sup> Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY: Routledge-Cavendish, 252-253.

<sup>233</sup> *Re Y* (1997) 35 BMLR 111 Fam D, at 114.

<sup>234</sup> Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY: Routledge-Cavendish, 249-250.

非在處理未成年人作為捐贈者之爭議，而是關於無同意能力之成年人作為捐贈主體之案件，但其提供了對於最佳利益的更廣泛的判斷標準，應可供吾人參考。

若是具備同意能力之未成年人，由於其已足夠成熟，應可援用成熟未成年人原則而自行同意骨髓捐贈。惟此處必須注意的是，應如何確保該未成年人真的足夠成熟，且其同意完全出於其真意而未受家庭或父母的壓力。據研究顯示，在家庭中的未成年人往往受到來自家庭的壓力，而不認為自己擁有選擇是否捐贈的自由。參照本論文第三章「滑動量表 (sliding scale)」對能力門檻的界定，既然骨髓移植在醫療上有一定之風險，就應確保未成年人真的符合同意能力之門檻且其決定出於自由。因而，本文以為即便不經由法院確認，應可參考英國設置中立的監察機關，由其介入以確保未成年人在行使同意權前已獲得充分資訊，且其給予同意的過程未受到壓力。如英國的「人類組織管理機關 (Human Tissue Authority, HTA)」，其並非決定未成年人可否行使同意權的判斷機關，而單純只是確保未成年人被給予適當的、無偏見的資訊且被充分告知該決定必須完全出於未成年人自己的意思。<sup>235</sup>這樣獨立的監察機關可作為確保未成年人充分理解醫療資訊及未受不當干擾的保障機關。

### 第三項 器官捐贈

相較於可再生組織之捐贈，未成年人之器官捐贈更具爭議，其主因即在於器官捐贈的不可回復性及高風險性，以及如何確保未成年人的真意之疑慮，因此未成年人究竟可否為器官捐贈之主體，各國採取不同之立法模式。在一些歐洲國家，未成年人不可為器官捐贈。即便在採取未成年人可合法捐贈器官之國家，亦少有案例，德國與法國均無案例，在英國 16 歲以下之未成年人為器捐主體之案例亦僅有一例。然而在美國，未成年人之器官移植合法，且時有案例發生。<sup>236</sup>美

---

<sup>235</sup> Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY : Roulledge-Cavendish, 265.

<sup>236</sup> Brierley, J & Larcher, V (2011). *Organ Donation from Children: Time for Legal, Ethical and Cultural*



國第一起同卵雙胞胎的腎臟移植手術發生在 1954 年，1957 年則發生三起未成年  
之同卵雙胞胎的腎臟移植案例，其年齡分別是 14 歲、14 歲、19 歲。器官移植常  
見於雙胞胎間並非偶然，而是因為雙胞胎間的器官移植引起的免疫抑制反應最輕  
微。<sup>237</sup>學者統計，從 1987 到 2000 年，美國至少發生六十起以上的未成年腎臟捐  
贈。<sup>238</sup>可見未成年人之器官移植並不罕見，然而各國對此議題有不同之立法模  
式，以下即先針對未成年人究竟可否成為器官捐贈之主體進行討論。

未成年人之器官捐贈最大的爭議在於其伴隨之短期、長期對未成年人身體健  
康的風險。以腎臟移植而言，其短期風險包括百分之 0.03 的死亡機率，百分之 3  
到 6 的嚴重併發症（Clavien grade 等級 3 以上），以及百分之 22 的輕微併發症  
（Clavien grade 等級 1~2）。而就肝臟移植而言，其死亡風險為腎臟捐贈之十倍，  
捐贈者有百分之 0.17 到 0.4 的死亡風險，溫哥華活體器官捐贈照護研討會（The  
Vancouver Forum on the Care of Living Organ Donation）統計，在 6000 至 7000 名  
活體肝臟切除捐贈者中，約百分之 0.4 至 0.6 之機率會發生嚴重併發症，包含 14  
名死亡，2 名捐贈者須接受肝臟移植，1 名捐贈者成為永久植物人。

就器官捐贈的長期風險而言，在腎臟捐贈，研究發現捐贈者仍可維持相較於  
兩顆腎臟的正常人百分之 75 的腎臟功能，但亦有數具顯示有 56 名成人捐贈者後  
被記錄到等待器官移植之名單上，先前的腎臟切除是否造成前述捐贈者的腎衰竭  
難以確定。<sup>239</sup>此外，肝臟捐贈部分，雖然肝臟有再生功能，但其再生並無法百分  
之百回復到捐贈前的狀況，因此，肝臟捐贈的再生能力以及其對捐贈者健康造成  
的長期後果均無法在事前得知。

又，以未成年人為捐贈者之案例鮮少，因此就其安全性亦僅能從成年捐贈者

---

Change. *Acta Paediatrica*, 100(9), 1177.

<sup>237</sup> Ross, L.F. & Thistlethwaite, J.R. Jr. (2016). Children as Living Donors. In Greenberg, R., Goldberg, A., Rodriguez-Arias, D.(eds). *Ethical Issues in Pediatric Organ Transplantation*. International Library of Ethics, Law, and the New Medicine, 66, 4.

<sup>238</sup> Delmonico, F.L., Harmon, W.E.(2002). The Use of Minor as a Living Donor. *American Journal of Transplantation*, 2(4), 333-336.

<sup>239</sup> Ross, L.F. & Thistlethwaite, J.R. Jr., the Committee on Bioethics (2008). Minors as Living Solid-Organ Donors. *The American Academy of Pediatrics*, 122(2), 455.



之情況推估。且由於未成年人發育尚未完全，其風險只會比成年人更大。也因為前述的器官捐贈的嚴重風險，即有論者認為任何未成年人都無法承擔此種風險而不能作為器官捐贈者。<sup>240</sup>

本文以為，器官捐贈之風險確實較高，其長期效果亦無法確定，而未成年人作為器官捐贈者顯無醫療上利益應無疑問，故認為未成年人不可作為器官捐贈者有其道理。惟器官捐贈往往是為了救治至親，器捐手術能否進行可能對未成年人的情感上利益有極大影響，甚至影響未成年人的家庭成長權。其可受到之利益包括更好的自我感覺，以及更多的父母、家庭陪伴，並可能有效減輕家庭因病人存在而被拖累的經濟情況。<sup>241</sup>故以法律一律禁止未成年人成為器官捐贈者，甚至有可能與未成年人的最佳利益其實是相違背的。基於此立場，站在保護未成年人最佳利益之立場，不應完全排除未成年人的器官捐贈，只是基於其高風險性，以及事件的複雜度，應用更周全的方法確認器官捐贈符合未成年人的最佳利益，方得進行，較為妥適。就此最佳利益應如何確保，學說上發展出不同之標準，其中美國兒科學會（The American Academy of Pediatrics, AAP）即發展出一套標準，認為只有符合此標準方能同意未成年人進行器官捐贈，藉此確保捐贈符合其最佳利益。

美國兒科學會提出五項標準，認為唯有符合以下每一項標準者，方能由未成年人作為捐贈者。標準一，「該捐贈必須是在捐贈者、受捐贈者均有極高可能受益之情況下方能進行。」這項條件最有可能在捐贈者與受捐贈者同為家中成員之情況下滿足，蓋捐贈給至親能受到的情感上利益最大。也因此，若受捐贈者對捐贈者而言是陌生人或沒有密切關係，這項捐贈即不應被認為有極高可能讓捐贈者受益，也不應允許。此外，這項標準也代表若個案中移植成功之機率低，則不應

---

<sup>240</sup> Ross, L.F. & Thistlethwaite, J.R. Jr. (2016). Children as Living Donors. In Greenberg, R., Goldberg, A., Rodriguez-Arias, D.(eds). *Ethical Issues in Pediatric Organ Transplantation*. International Library of Ethics, Law, and the New Medicine, vol66, 8-9.

<sup>241</sup> Ross, L.F. & Thistlethwaite, J.R. Jr., the Committee on Bioethics (2008). Minors as Living Solid-Organ Donors. *The American Academy of Pediatrics*, 122(2), 455.



准許進行，此限制理由是因為若移植失敗，未成年人捐贈者在心理上將承受極大痛苦，顯不符合其最佳利益。<sup>242</sup>

標準二，「該手術風險對捐贈者而言極低。」雖然風險允許的標準並無法量化，但有些器官的捐贈風險已知較小，例如腎臟捐贈之風險即小於其他器官如肝臟之捐贈風險，因此未成年人作為腎臟捐贈者即較無爭議。另外一定年齡的青少年未成年人可能在其本人同意下獲准捐贈肝臟左側之切片，但其他如肺臟、小腸、肝臟右側切片即因其長期安全評估資訊不夠充足而不應允許未成年人捐贈。

243

標準三，「必須除器官移植外沒有其他可行之救治方式，除該未成年人外不存在其他可捐贈之活體捐贈者，在時間內也沒有適合的死後捐贈的可能。」為了確保未成年人作為捐贈者是最後手段，此標準要求在其他可供捐贈者均接受捐贈評估且均被評估不適合前，未成年人不可接受捐贈評估。且在有可能可等待死亡捐贈之情況下，也不可由未成年人進行捐贈。美國器官分享聯合網（United Network of Organ Sharing, UNOS）就腎臟捐贈給予未成年人優先受死者捐贈的權利，因此除非有例外情況（例如個案中未成年人極為敏感必須接受親人之移植），否則未成年人作為腎臟捐贈者之比例應屬罕見。<sup>244</sup>

標準四，「未成年人必須是自願捐贈未受強制。」美國器官移植諮詢委員會（The Advisory Committee on Organ Transplantation）建議所有活體器官捐贈者均應有保護人，捐贈者保護人的主要義務是幫助捐贈者了解程序並保護、促進捐贈者之利益及福祉。若捐贈者是未成年人，保護人應具備以下要件：1.受過兒童發展或兒童心理的教育或訓練。2.須有與孩童溝通之技巧以及可了解孩童之口語或非口語之意思。3.擁有移植、器官捐贈之工作知識。在實務上常見由具有以上知識的人共同組成保護小組以提供以上之技術需求。即便有保護人之設置，仍要注

---

<sup>242</sup> Ross, L.F. & Thistlethwaite, J.R. Jr., the Committee on Bioethics (2008). Minors as Living Solid-Organ Donors. *The American Academy of Pediatrics*, 122(2), 456.

<sup>243</sup> *Id.*

<sup>244</sup> *Id.* at 457.



意到未成年人往往以為對於家人要求的捐贈不能拒絕，因此在徵求未成年人同意前，須充分教育未成年人活體捐贈相關知識及告知未成年人可拒絕同意或在任何時候撤回捐贈之同意。<sup>245</sup>

標準五，「未成年捐贈者之情緒及心理風險須被最小化。」這項標準要求未成年人擁有發問權並可參與決策過程，此外也要求父母必須接受未成年捐贈者之心理風險的教育課程。<sup>246</sup>以上五項標準僅為美國兒科學會認為可允許未成年人作為器官捐者之前提要件，其目的是為確保以未成年人為捐贈者是不可避免的，也是為了確保未成年捐贈者之最佳利益。符合此五項標準後，學者認為仍須得到捐贈方之告知後同意，其中包含父母以及未成年人本人之同意。並且，此同意不可只是消極的不為反對，必須積極行使同意權並主動參與過程，方可合法進行未成年人之器官捐贈。<sup>247</sup>

在父母同意部分，蓋父母被假定為未成年人利益之代言人，而父母在不違反未成年子女之最佳利益之情況下，應可自由決定如何養育照護未成年子女。又器官捐贈此項決定實在過於重大，學者即有認為須經父母同意方得進行。<sup>248</sup>然，父母之同意為未成年人器官捐贈之必要要件，卻非充分要件。如前所述，未成年人之器官捐贈往往是為了救治親屬，此時父母可能基於家庭壓力或是救治親屬心切，而罔顧捐贈者之利益。因此，器官捐贈小組必須認知到父母做此決定會存在的矛盾與緊張關係，而介入幫助父母能夠妥善衡量未成年捐贈者在捐贈後會產生的風險及利益，並注意這項衡量應以未成年捐贈者本人為基準，而不是以「家庭」在此捐贈行為後會產生的風險和利益為斷。<sup>249</sup>此外，美國兒科學會同時也要求必須要得到未成年人本人之同意，蓋器官捐贈並未伴隨任何醫療上之利益，因此必須確保未成年人有對器官捐贈程序、風險、利益有一定程度的了解，並出於

---

<sup>245</sup> *Id.*

<sup>246</sup> *Id.*

<sup>247</sup> *Id.* at 458.

<sup>248</sup> *Id.* at 457.

<sup>249</sup> *Id.* at 458.

自願同意。這項要求也會讓年齡過小或有認知障礙的兒童無法為有效之同意，相對的他們的理解能力不足也會使他們能因捐贈器官感受到的情感上利益較小，因此被假定為不得作為器官捐贈者。<sup>250</sup>最後須注意，即使得到父母和未成年人本人之同意，仍只是器捐的要件之一，個案中法官仍須操作未成年人最佳利益之檢驗，在符合其最佳利益之情形下，方得進行。


另外，在未成年人器官捐贈之案例，可否有機會援用成熟未成年人原則而由未成年人自行同意器官捐贈？本文認為，即使是在器官捐贈之情形，此原則亦可能有適用空間。蓋在未成年人過生日成年的那天，並不會相較於幾天或幾個月前突然出現同意能力，且其受強制或易受情感影響的因素也不會在成年那天就突然消失，因而未成年人是否已成熟到可為自己做出醫療決定，並非完全仰賴年齡作為判斷，而是以未成年人之智力、教育、經驗為斷，因此不可否認存在一些未成年人已足夠成熟可為告知後同意。<sup>251</sup>只是此處必須注意到，主張未成年人不具備能力者，多會以未成年人之中樞神經系統發育尚未成熟為由。蓋研究發現中樞神經系統會在青少年時期逐漸發展，而大腦發展，包含執行功能的發展如計畫、衝動抑制、風險評估等，至 25 歲左右前均未發展成熟。此外，青少年的理想主義會使未成年人比成年人更願意進行器捐，因為成年人會去平衡照顧某人的義務以及照顧其他人的義務。青少年亦傾向擁有不易受傷害的自信，這點也會使他們比起成年人更加容易低估風險。因而即便一名未成年人展現出理性判斷的能力，他在成熟性上仍會被認為比成年人更為劣勢。<sup>252</sup>因此，捐贈者年齡越輕，其理解能力將越受質疑。只是吾人還是必須銘記在心，年齡雖對一個人的成熟度有所影響，但年齡不可作為成熟度的唯一判斷標準。故即便是器官捐贈案件，也應承認有成熟未成年人原則適用之可能，只是此處應使用更將嚴謹的方式確保未成年人已足夠成熟可自為決定並出於真意同意捐贈。至於是否以法院審查為必要？學者

---

<sup>250</sup> *Id.*

<sup>251</sup> Olbrisch, M.E., Levenson, J.D., Newman, J.D.(2010). Children as Living Organ Donors: Current View and Practice in the United States. *Current Opinion in Organ Transplantation*, 15(2), 243.

<sup>252</sup> *Id.*



認為，法院扮演的腳色應作為未成年人利益防護的最後手段，但並不是所有器捐案件都須經由法院同意。現已有受專業訓練的器官捐贈保護團隊，可由他們確保未成年人已足夠成熟，了解手術的利益及風險，並出於自願而同意以正立未成年人器捐之正當性。此外，必須注意保護團隊和未成年人間的對話必須有一部份是在沒有其他家庭成員在場之情況下進行，並且若未成年人在情感上或認知能力上表現出某程度的不願意、無法理解其風險及利益，器捐保護團隊即應建議不進行器官移植。在更具複雜性、爭議性的案件，除器捐保護團隊外，可再由醫院設置之心理審查委員會、倫理委員會等其他諮詢委員會進行器捐否進行的審查，而由法院作為最後手段以確保未成年捐贈者之最佳利益受到足夠保障。<sup>253</sup>

#### 第四項 我國現行法制

我國對於器官捐贈制定了「人體器官移植條例」，該條例第 8 條就活體器官移植的允許做了如下規定：

##### 人體器官移植條例第 8 條

「醫院自活體摘取器官施行移植手術，除第二項另有規定外，應符合下列各款規定：

- 一、捐贈者應為二十歲以上，且有意思能力。
- 二、經捐贈者於自由意志下出具書面同意，及其最近親屬之書面證明。
- 三、捐贈者經專業之心理、社會、醫學評估，確認其條件適合，並提經醫院醫學倫理委員會審查通過。
- 四、受移植者為捐贈者五親等以內之血親或配偶。

成年人或十八歲以上之未成年人已結婚者，得捐贈部分肝臟予其五親等以內之親屬；十八歲以上之未成年人，經其法定代理人之書面同意，得捐贈

---

<sup>253</sup> Ross, L.F. & Thistlethwaite, J.R. Jr., the Committee on Bioethics (2008). Minors as Living Solid-Organ Donors. *The American Academy of Pediatrics*, 122(2), 459.



部分肝臟予其五親等以內之血親。

第一項第三款所定醫院醫學倫理委員會，應置委員五人以上，包含法律專家學者及其他社會公正人士，醫院以外人士應達五分之二以上；任一性別委員不得低於三分之一。委員會之組織、議事、審查程序與範圍、利益迴避原則、監督、管理及其他應遵行事項之辦法，由中央主管機關定之。

第一項第四款所定配偶，應與捐贈者生有子女或結婚二年以上。但待移植者於結婚滿一年後始經醫師診斷須接受移植治療者，不在此限。

腎臟之待移植者未能於第一項第四款規定範圍內，覓得合適之捐贈者時，得於二組以上待移植者之配偶及該款所定血親之親等範圍內，進行組間之器官互相配對、交換及捐贈，並施行移植手術，不受該款規定之限制。

前項器官互相配對、交換與捐贈之運作程序及其他應遵行事項之辦法，由第十條之一第二項之專責機構擬訂，報中央主管機關核定發布。」

上述條文內容可看出，首先，就器官捐贈主體之年齡，以年滿二十歲之成年人為適格主體，未成年人原則上被排除作為器捐主體之可能，僅例外允許十八歲以上之未成年人在經法定代理人同意後，可作為肝臟捐贈主體，至於腎臟則不允許未成年人捐贈。此外，捐贈者與受捐贈者間必須具備五親等內的親屬關係，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移植較無排斥情形，能有效提升配對成功率，又親屬間的捐受贈可避免器官不法買賣的問題。<sup>254</sup>

相較於我國器官捐贈法的層層限制，美國之器官捐贈法制主要是 1984 年由聯邦所規定的「國家器官移植法 (National Organ Transplant Act, NOTA)」所規範。該法對於捐贈者資格未設年齡下限，任何年齡皆有可能成為捐贈者，亦未限制捐贈客體限於哪種器官，只是未成年人作為活體器官捐贈之主體須經法定代理人同意。另外，為擴大活體器官來源，從 1971 年開始美國實施「非定向捐贈政

<sup>254</sup> 張麗卿 (2011)，〈醫療自主與生命抉擇從「姊姊的守護者」談起〉，《月旦法學雜誌》，第 198 期，頁 107-108。

策」，亦即捐贈手術可在任何人之間進行，不受親屬關係限制，不論是朋友、鄰居，還是陌生人，均可作為捐贈主體。<sup>255</sup>

比較兩國不同之立法，可發現美國並未限制未成年人作為器捐主體，僅要求須得法定代理人同意。而台灣則嚴格限制，僅例外考量台灣肝臟移植的現實需求，基於擴大器官來源的法律政策，開放 18 歲以上之未成年人作為肝臟捐贈者，其餘則不允許未成年人器官捐贈。<sup>256</sup>就此兩國就未成年人器官捐贈給予之不同限制，其妥當性如何，討論如下。首先，台灣全面禁止未成年人作為捐贈者之原因，在於器官捐贈對未成年人身體之侵害相對較大，而未成年人又因經驗不足、思慮不周，或是過於年幼，而無法充分了解器捐的風險和內容，其對家庭較大的依賴性也會使我們質疑未成年人是否真的可對此議題提出真摯而有效的同意。然而這樣子完全仰賴年齡作為是否成熟的判斷標準，不但會不當過濾掉對此醫療決定已具同意能力之成熟未成年人，這種全面禁止未成年人作為捐贈者的方式，也可能會事實上與未成年的最佳利益是相違背的。其次，美國雖未禁止未成年人作為器官捐贈者，但其採全面須經由法定代理人同意之方式，同樣台灣 18 歲以上未滿 20 歲之未成年人亦須經法定代理人同意方可進行捐贈，這種必經法定代理人同意之方式是否妥當亦有疑問。蓋須經由法定代理人同意之目的在於確保未成年人同意之真摯，或彌補未成年人同意能力之不足。然而在這樣的立法方法下，可能出現未成年人本人足夠成熟並決定捐贈，也經過醫學評估，但因為法定代理人拒絕同意而使未成年人無法捐贈。基於此，若在個案中未成年人已足夠成熟，則必經法定代理人同意之輔助機制，或有可能反不利於未成年人之最佳利益。<sup>257</sup>

---

<sup>255</sup> 同前註，頁 107。

<sup>256</sup> 同前註，頁 112。

<sup>257</sup> 同前註，頁 112-113。





## 第五項 小結

在未成年人作為活體捐贈者之案例，雖其對該未成年人並無任何醫療上利益，但考量到未成年人情感上之利益，亦不應完全否認未成年人作為捐贈者，否則未成年人之最佳利益將難獲保障。

判斷一位未成年人是否在個案中適於最為捐贈者，須對該手術造成之風險以及未成年人進行捐贈可獲得之情感上利益進行衡量，當後者大於前者時，這樣的捐贈才會符合其最佳利益。對於捐贈之風險，不同之身體組織或部位，其風險亦不相同，例如血液、骨髓之風險較器官捐贈為小，而器官之中，腎臟又較其他器官捐贈風險為小，肝臟左頁切片捐贈則較右側切片捐贈小，這些不同的風險程度均將影響吾人對未成年人最佳利益的判斷。有主張基於器官捐贈之高風險應一律禁止未成年人作為器捐主體。惟本文以為，完全禁止未成年人作為器官捐贈者，忽略了捐贈可能對未成年人之情感、生活、家庭等帶來的正面影響，也很可能實際上與未成年人之最佳利益是相違背的。

雖肯認未成年人可作為身體組織或器官的捐贈者，但鑒於其高風險性，適當的輔助保護措施亦有必要。首先未成年人要作為捐贈者，必須符合一些標準，包含由未成年人進行捐贈必須是最後手段，包含其對身體、心理之風險必須極小，手術成功率須高，且是出於其自願等條件。並且，相關配套措施包含個案中由受過專業訓練之器官捐贈保護團隊對未成年人、家人進行輔導、教育，以確保未成年人完全了解器捐之風險及內容，並確保其出於自由而同意進行器捐。除此之外，其他醫療團隊、倫理委員會也應在複雜案件之情形適時介入，並由法院作為最後手段，在爭議案件為未成年人之利益進行最終把關，方得正當化由未成年人作為捐贈者之案件。

## 第五章 結論

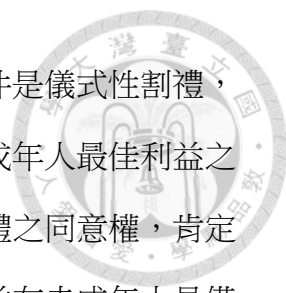


### 第一節 未成年人醫療決定權之歸屬

未成年人之醫療決定涉及本人、父母、國家等關係人，當這三者彼此意見發生衝突時，應如何解決，乃本論文撰寫之核心。本文認為基於對未成年人自主性之尊重，在個案中若認為未成年人有醫療同意能力，則應優先尊重之，以利未成年子女開展其人格、自我實現。然若個案中子女並不具備足夠的決策能力，此時即應判斷怎樣的醫療決定會符合未成年子女的最佳利益。其判斷時應將各方的意見均納入考量，包含醫療行為將產生之風險、醫療上或情感上之利益、未成年人自己的意思、子女在家庭中幸福成長的權力等等，綜合一切因素來判斷何為未成年子女的最佳利益。

例如本論文第四章所探討之三種爭議案例中，耶和華見證人拒絕輸血案，其爭議點有二，第一在於該身為耶和華見證人之未成年病人是否已足夠成熟而可自行決定拒絕輸血。就此問題，法院多鑒於未成年人從小在宗教環境中長大，其有無宗教選擇自由，以及其宗教以外之其他生活經驗是否足夠仍有疑問，而認其不具備成熟性。若無法通過成熟未成年人原則之檢驗，則即便未成年人本人拒絕接受輸血治療，應其被認定無醫療行為之同意能力，而不能遵其拒絕之意願。第二，一旦未成年人被認定不具告知後同意之能力，此時應由未成年人之最佳利益作為其醫療決定之判準，雖原則上父母被假定會為其子女作出符合其最佳利益之決定，但若父母基於宗教理由而罔顧未成年人之生命或重大身體法益，將可能被認定為違背未成年人之最佳利益，而由國家介入保護未成年人。

在割禮案件中，父母行使例行性割禮之同意權易受挑戰，蓋割禮雖曾被認為有許多優點，但隨著研究結果及觀念改變，割禮是否對男性無害，頗具爭議，在這樣的情況下，應認割禮對男童而言無醫療上之利益，外加其可能造成之身心痛苦及麻醉風險，又無任何情感上利益必須維持，例行性割禮應違反未成年人之最



佳利益而否認父母有此醫療同意權。更複雜且更具爭議性的案件是儀式性割禮，蓋歸屬於特定宗教、團體之歸屬感的情感利益亦是吾人判斷未成年人最佳利益之重要考量。就此情感上利益是否可正當化父母代替男童行使割禮之同意權，肯定與否定見解均有之，本文則站在割禮之不可回復性及此情感利益在未成年人具備一定程度之成熟性後方能真正影響未成人之立場，認為等到未成年人符合成熟未成年人原則，再自行決定是否接受割禮更為妥當。因而即便是儀式性割禮，若個案中認定此割禮違反未成人之最佳利益，亦構成親權濫用而不應由父母同意進行手術。

最後在活體捐贈案件，身體組織或器官之捐贈顯然對未成年人無醫療上利益，故唯一能正當化捐贈的情況，就是未成年人透過捐贈能得到之情感利益大於捐贈對其造成的風險及傷害。因此，具體衡量個案中的風險及利益是決定是否能讓未成年人進行捐贈之要件。又因捐贈血液、骨髓，器官，其風險高低均有不同，而捐給不同的對象，其與未成人間之關係，乃至未成人將受到影響的家庭成長權，均為吾人應納入參考之依據。故雖有一律禁止未成年人作為捐贈者之見解，惟本文以為一律禁止亦可能事實上反與未成人之最佳利益相違背，因此在這樣的案例中，仍應回歸未成人之最佳利益進行判斷，雖非必經法院，但須由公正第三人對捐贈進行評估，而非全由父母決定。此外若要援用成熟未成年人原則，亦須對其成熟性進行嚴格檢驗。

## 第二節 修法建議

對於醫療法上之決策，本文前所主張之須對未成人之自主性充分尊重，以及在其不具備同意能力時，應回歸對未成人最佳利益之保護作成醫療決策的立場，在現行法制下，將很難被實踐。蓋我國醫療法第 63、64 條有關告知後同意，其第 2 項規定，「前項同意書之簽具，病人為未成人或無法親自簽具者，

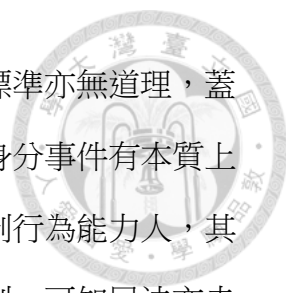
得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。」條文未將未成年人自行決定之可能納入，也未依年齡細分其同意能力而依成熟度之不同給予區別對待，此外，此規定似亦未對父母之同意權予以限制。這樣的立法方式並不夠細緻，應仍有討論空間。以下即提出本文認為現行法之問題，以及可供修正之方向。

### **第一項 未成年人自主權應受法律尊重**

兒童權利公約第 12 到 14 條，揭露未成年人意見應受尊重之意旨，這是源於未成年人自主權以及人性尊嚴之維護而來。雖然父母被假定會依未成年子女之最佳利益為其做出決定，但除了父母跟子女有產生利害衝突之可能外，父母與子女價值觀不一定相同，有時候父母覺得對子女是好的安排，有可能實際上影響到子女的自我決定權，進而影響其人格開展，產生父母親權限制子女身心健全的情形。這種衝突在過去，由於父母對子女是上對下的權力關係，因而父母可代替未成年人決定。但隨著子女權利漸受重視，未成年子女已從被保護客體上升為權利主體，故在現今思潮下，若未成年人對於個案中的決定有判斷能力、成熟性、足夠理解而擁有自我決定的能力，此時父母即應尊重子女的自我決定。並且，隨著年齡增長，這種自我決定能力也將相對提升。

然而，我國醫療法以民法之 20 歲為成年標準，未滿 20 歲者不可自為醫療決定，完全忽略未成年人中可能有足夠成熟而可自為決定者，與英美法對未成年人自主權之保障相比，仍有改進空間。

英國以 18 歲為成年，16 歲以上未滿 18 歲推定具有同意能力，未滿 16 歲，但在個案中被判斷為具有成熟性者，亦可自為醫療決定。美國法雖以 21 歲為成年，各州卻將醫療決定年齡下修為 18 歲，未滿 18 歲但足夠成熟，亦有可能適用成熟未成年人原則而具有醫療同意能力。相較於我國須滿 20 歲方具醫療行為之同意能力，此二國均以 18 歲為有同意能力之標準，可知我國之規定更為嚴格，也因此更限制未成年人之自主性，其家父長主義色彩更為濃厚。



此外，完全以民法上之成年年齡作為可否自為醫療決定之標準亦無道理，蓋醫療決定涉及的是未成年人身體處分權，與民法專處理財產、身分事件有本質上的不同。又，民法雖以 20 歲為成年，但 7 歲以上未滿 20 為限制行為能力人，其就純獲法律上利益或日常生活所必要之事並未受行為能力之限制，可知民法亦未完全剝奪未滿 20 歲之人之行為能力。另外，民法中關於身分事項，亦多有有別於財產事件的特別年齡規定，例如結婚年齡為男生年滿 18 歲，女生年滿 16 歲、訂婚年齡則為男生年滿 17 歲，女生年滿 15 歲。雖然未成年人結婚原則上仍需得法定代理人同意，但若有違反亦非絕對使婚姻無效，民法第 990 條規定「結婚違反第九百八十一條之規定者，法定代理人得向法院請求撤銷之。但自知悉其事實之日起，已逾六個月，或結婚後已逾一年，或已懷胎者，不得請求撤銷。」由此可知，就身分事項，民法亦未嚴格要求須年滿 20 歲方有自主決定之能力。

因此，本文以為我國醫療法上嚴守 20 歲方具有醫療同意能力，不但規定較英美各國而言過於嚴格，也忽視了不同輕重程度之案件應給予不同程度之對待之比例原則，實為一充斥家父長主義思想的立法。以保護未成年人為由，不合比例地限制了未成年人之自主權，應予修正。

## 第二項 未成年人之同意能力應個案判斷

未成年人之醫療自主權不該一蓋被否認，但因未成年人之智識經驗往往較成年人為不足，一概承認其同意能力亦可能導致未成年人未受到足夠之保護。因此在尊重未成年人之自主性及維護其身體完整性之間，應藉由個案認定其同意能力之方式，以平衡保護上述兩者。

觀刑法得被害人同意之阻卻違法事由，被害人並未被要求必須成年始能放棄法益，而是須視其有無完整之識別能力，若已有足夠之識別能力，則除生命或重大身體法益外，應可自願同意放棄法益之保護。醫療行為既是以身體之處分為內涵，其同意能力之概念即不應與民法中有關財產處分概念相類比，而應比照刑



法之得被害人承諾法則，在個案中，若未成年人被認定為對該醫療行為之過程、結果、風險均完全了解並同意接受，則此時應肯認未成年人已足夠成熟，而不需經父母或他人同意即可自為醫療決定。

藉由前述滑動量表之操作，應可幫助吾人在個案中判斷未成年人有無同意能力。意即，在具有高風險、高複雜性之案件，對於未成年人是否有醫療同意能力要給予更嚴格謹慎的認定，反之，在風險較小、較不具複雜性之案件，應可更廣泛的承認其有同意能力。如只是一般治療青春痘、小型手術等，未經父母同意不得進行並不合理，但若涉及重大風險之手術，如器官捐贈，此時即應更嚴格的要求認定未成年人具有成熟性必須經過嚴謹的程序。


又，即便在個案中未成年人被認定不具同意能力，參照聯合國兒童權利公約之意旨，仍應尊重未成年人在醫療程序中有表達自己意見之權利，且此意見應納入衡量未成年人之最佳利益之判斷中。

因而，本文建議醫療法第 63 條第 2 項可修正為，「前項同意書之簽具，病人為未滿十八歲之未成年人，或無法親自簽具者，得表達意見，並由其法定代理人、配偶、親屬或關係人依其最佳利益簽具。但未滿十八歲之未成年人若對醫療行為之內容、結果、風險均已完全了解，並依其理解力及智力具有判斷能力者，得自行簽具同意書。」

如上之修法建議，一方面將醫療同意能力之一般年齡限制從 20 歲下修為 18 歲，一方面給予未滿 18 歲之未成年人在個案中承認其有同意能力之可能，應較能平衡兼顧未成年人身體完整性之保護及其自主性之尊重。此外，即便未滿 18 歲，亦應給予其表達意見之機會，最後再由關係人依其最佳利益簽署醫療同意書。而醫療法第 64 條第 2 項亦應為相同之修正。

### **第三項 父母親權應受合理限制**

未成年人之醫療決定，除該未成年人在個案中已被認定為成熟而具有判斷能



力外，原則上仍由法定代理人代為決定。依民法第 1086 條，「父母為其未成年子女之法定代理人。」然法定代理人之所以有同意權，究其根本仍是為維護未成年人之最佳利益，蓋父母被假定會為子女做出符合其最佳利益之決定。也因此，若父母之決定實際上與未成年人之最佳利益相違背，國家即應介入保護未成年人。也因此，在本文提出之修法建議中，特別強調醫療法第 63、64 條第 2 項中，應加入「前項同意書之簽具，病人為未滿十八歲之未成年人，或無法親自簽具者，得表達意見，並由其法定代理人、配偶、親屬或關係人依其最佳利益簽具。」新增最佳利益的要件，可更加確保父母之決定不違背子女之最佳利益。

此外，民法有關父母作為法定代理人應受到之限制，在現行醫療法之規定尚不夠完備之情況下，應被援用到醫療法的領域。如民法第 1086 條第 2 項「父母之行為與未成年子女之利益相反，依法不得代理時，法院得依父母、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之聲請或依職權，為子女選任特別代理人。」當個案中，認為父母之決定違反未成年子女之利益，應選任特別代理人為子女為行使醫療同意權。而民法第 1090 條規定「父母之一方濫用其對於子女之權利時，法院得依他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權，為子女之利益，宣告停止其權利之全部或一部。」這條法規應用至醫療法領域，應可導出當父母濫用親權而做出違反未成年子女利益之醫療決定時，法院得宣告停止其為子女代行同意醫療行為之親權。

雖有民法規定，惟本文認為欲落實對未成年子女醫療決定之保護，仍應從醫療法之修訂著手，以免法規適用到個案產生模糊之處。因而，本文建議增訂醫療法第 63、64 條第 3 項為「前項所列之人違反未成年子女之最佳利益而簽具同意書者，法院得依他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權，為子女之利益，認定其同意書無效，並得依聲請或依職權，為未成年子女選任特別代理人代為簽屬第一項之同意書。」

綜合以上，本文建議將醫療法第 63 條作如下之修正：



「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，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。

前項同意書之簽具，病人為未滿十八歲之未成年人，或無法親自簽具者，得表達意見，並由其法定代理人、配偶、親屬或關係人依其最佳利益簽具。但未滿十八歲之未成年人若對醫療行為之內容、結果、風險均已完全了解，並依其理解力及智力具有判斷能力者，得自行簽具同意書。

前項所列之人違反未成年子女之最佳利益而簽具同意書者，法院得依他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權，為子女之利益，認定其同意書無效，並得依聲請或依職權，為未成年子女選任特別代理人代為簽屬第一項之同意書。

第一項手術同意書及麻醉同意書格式，由中央主管機關定之。」

而醫療法第 64 條亦應做相同之修正如下：

「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限。

前項同意書之簽具，病人為未滿十八歲之未成年人，或無法親自簽具者，得表達意見，並由其法定代理人、配偶、親屬或關係人依其最佳利益簽具。但未滿十八歲之未成年人若對醫療行為之內容、結果、風險均已完全了解，並依其理解力及智力具有判斷能力者，得自行簽具同意書。

前項所列之人違反未成年子女之最佳利益而簽具同意書者，法院得依他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權，為子女之利益，認定其同意書無效，並得依聲請或依職權，為未成年子女選任特別代理人代為簽屬第一項之同意書。」

藉由以上修法，本文企望在爭議性極大的未成年人醫療決定案件中，能平衡



兼顧未成年人身體完整性及其自主權之保護，並讓除個案中該未成年人已被認定具成熟性以外之所有其他案件的醫療決定，都能堅守以未成年人之最佳利益為最終判斷標準的原則，以最大程度地保護未成年人在醫療領域之權益。



## 參考文獻



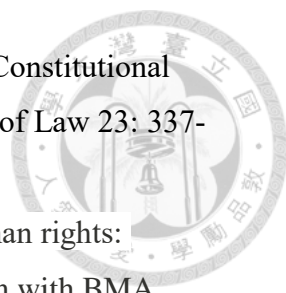
### 一、中文部分

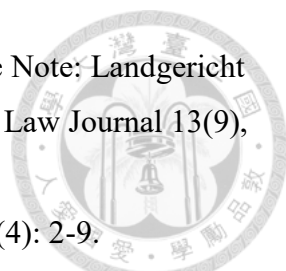
- 王志嘉 (2009),〈論醫療上「病人自我決定權」及其刑法相關問題〉,《東吳法研論集》,第 5 卷,頁 53-94。
- 王服清 (2015),〈論病患同意能力之問題與芻議〉,《華中科技大學》,第 23 期,頁 224-255。
- 王皇玉 (1995),《醫療行為於刑法上之評價:以患者之自我決定權為中心》,國立台灣大學法律學研究所碩士論文。
- (2011),〈論醫療行為與業務上之正當行為〉,收錄於《刑法上之生命、死亡與醫療》,台北:自刊。
- (2012),〈醫師的說明義務與說明義務之免除〉,《萬國法律》,第 186 期,頁 26-34。
- 甘添貴 (2008),〈醫療糾紛與法律適用論專斷醫療行為的刑事責任〉,《月旦法學雜誌》,第 157 期,頁 31-44。
- 李震山 (2011),〈人性尊嚴之憲法意義〉,收錄於《人性尊嚴與人權保障》,台北:元照。
- 林山田 (2005),《刑法各罪論(上)》,5 版,台北:元照。
- 林杏麟,李維哲 (2012),〈醫療行為以刑法究責之不合理性:醫學是試誤科學〉,《台灣醫界》,第 55 卷 2 期,頁 42-44。
- 林鈺雄 (2006),《新刑法總則》,台北:元照。
- 高宣揚 (1991),《德國哲學的發展》,台北:遠流。
- 張雅珮 (2005),《父母子女關係於未成年人醫療決定中之地位—以未成年人之醫療自主權及最佳利益為中心》,國立臺北大學法學系碩士論文。
- 張麗卿 (2011),〈醫療自主與生命抉擇從「姊姊的守護者」談起〉,《月旦法學雜誌》,第 198 期,頁 102-123。
- 許育典 (2013),《文化憲法與文化國》,台北:元照。

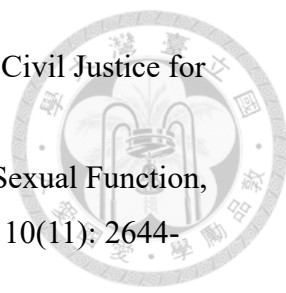
- 
- (2014),《基本人權與兒少保護》，台北：元照。
- 許恆達 (2017),〈新聞自由與記者的侵犯隱私行為：以業務上正當行為的解釋為中心〉,《國立臺灣大學法學論叢》，第 46 卷 2 期，頁 589-664。
- 陳子平 (2010),〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應(下)〉,《月旦法學雜誌》，第 197 期，頁 248-271。
- 陳聰富 (2008),〈醫療法:第三講醫療行為與犯罪行為(上)告知後同意的刑法上效果〉,《月旦法學教室》，第 69 期，頁 61-74。
- 蔡甫昌、李明濱 (2002),〈當代生命倫理學〉,《醫學教育》，第 6 卷第 4 期，頁 381-395。
- 蔡聖偉 (2010),〈髮理之爭——論傷害罪的構成要件結果〉,《月旦法學教室》，第 88 期，頁 20-21。
- 鄭瑜亭 (1995),《未成年人自主決定與父母意見相衝突之法律問題——以子女身體自決為中心》，國立成功大學法律學系碩士班論文。
- 韓忠謨 (1982),《刑法原理》，台北：自刊。

## 二、英文部分

- Alderson, P. & Montgomery, J. (1996). Health Care Choices: making decisions with children. London: Institute for Public Policy Research.
- Bainham, A. (2005). Children: the Modern Law ( 3<sup>rd</sup> ed.). Bristol : Jordan Publishing.
- Baker, R.L. (1979). Newborn Male Circumcision: Needless and Dangerous. *Sexual Medical Today* 3(11): 35-36.
- Beauchamp, T.L. & Childress, J.F. (2001). Principles of Biomedical Ethics, 5<sup>th</sup> edition. NY : Oxford University Press.
- Breden, T.M. & Vollmann, J. (2004). The Cognitive Based Approach of Capacity Assessment in Psychiatry: A Philosophical Critique of the MacCAT-T. *Health Care Analysis*, 12(4), 273-283.
- Brierley, J. & Larcher, V. (2011). Organ Donation from Children: Time for Legal, Ethical and Cultural Change. *Acta Paediatrica*, 100(9), 1175-1179.

- 
- Brigman, W.E. (1984). Circumcision as Child Abuse: the Legal and Constitutional Issues. *Journal of Family Law*. University of Louisville School of Law 23: 337-357.
- British Medical Association (2001). *The medical profession and human rights: handbook for a changing agenda*. NY : Zed books in association with BMA.
- British Medical Association (2004) *The law and ethics of male circumcision: guidance for doctors*. *Journal of Medical Ethics* 30:259-263.
- British Medical Association (Ed). (2001). *Consent, Rights and Choices in Health Care for Children and Young People*. London: BMJ Books.
- Bronselaer, G.A., Schober, J.M., Meyer-Bahlburg, H.F., T'Sjoen, G., Vlietinck, R., Hoebeke, P. B. (2013). Male Circumcision Decreases Penile Sensitivity in a Large Cohort. *BJU International* 111(5): 820-827.
- Choudhry, S. & Herring, J. (2010). *European Human Rights and Family Law*. UK: Hart Publishing.
- Cogan, N.H. & Juvenile Law (1970). Before and After the Entrance of "Patria Patriae". 22S.C.L. REv.147.
- Crouch, R.A. & Elliot, C. (1999). Moral Agency and the Family: the Case of Living Related Organ Transplants. *Cambridge Quarterly of Healthcare*, 8(3),275-287.
- Delaney, L. (1996). Protecting Children from False Altruism: the Legal Approach. *British Medical Journal*, 312, 240.
- Delmonico, F.L., Harmon, W.E. (2002). The Use of Minor as a Living Donor. *American Journal of Transplantation*, 2(4), 333-336.
- Dikema, D. (2004). Parental Refusals of Medical Treatment: the Harm Principle as Threshold for State Intervention. 25 (4)*Theoretical Medicine and Bioethics*,243-264.
- Douglas, G. (2004). *An Introduction to Family Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Driggs, A.E. (2001). The Mature Minor Doctrine: Do Adolescents have the right to die?. *Health Matrix Clevel*, 11(2):687-717.
- Dworkin, R. (1997). *Taking Rights Seriously*. London : Duckworth.
- Elliston, S. (2007). *The Best Interest of the Child in Health Care*. London and NY : Routledge-Cavendish.

- 
- Fateh-Moghadam, B. (2012). Criminalizing Male Circumcision-Case Note: Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012, No.151 Ns 169/11. *German Law Journal* 13(9), 1131-1145.
- Foley, J.M. (1966). The Unkindest Cut of All. *Fact Magazine* 1966 3(4): 2-9.
- Freeman, M.D.A. (1999). A Child's Right to Circumcision. *BJU International* 83(1), 74-78.
- Gee, W.F. & Ansell, J.S. (1976). A Ten Year Overview: With Comparison of the Gomco Clamp and the Plastisbell Device. *Pediatrics* 58(6): 824-827.
- Grisso, T.& Appelbaum, P.S. (1998). *Assessing Competence to consent to treatment: A Guide to Physicians and Other Health Professionals*. New York: Oxford University Press.
- Henderson, R., Jabbour, N., Zeger, G. (2008). *Legal and Administrative Issues Related to Transfusion-Free Medicine and Surgery*. In *Transfusion-Free Medicine*. ed. Nicolas Jabbour. Wiley-Blackwell Publishing.
- Herring, J. (2005). Farewell Welfare?. *J Social Welfare and Family Law* 27(2), 159-171.
- Jansen, L.A. (2004). Child Organ Donation, Family Autonomy, and Intimate Attachments . 13 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 133.
- Kandela, P. (1997). Court Ruling Means that Egypt Embraces Female Circumcision Again. *The Lancet* 350(9070), 41.
- Keven Chien-Chang Wu, Ming-Been Lee. (2011). Patients' Legal Competence in Treatment Decision Making. *Journal of Medical Education*, 15(3), 222-231.
- Laumann, E.O., Masi, C.M., Zuckerman, E.W. (1997). Circumcision in the United States: Prevalence, Prophylactic Effects, and Sexual Practice. *JAMA* 277(13): 1052-1057.
- Lebit, L.E.(1993). Compelled Medical Procedures involving Minors and Incompetents and Misapplication of the Substituted Judgment Doctrine. *J. Law and Health* 7(1), 107-130
- Merkel, R. & Putzke, H. (2013). After Cologne: Male Circumcision and the Law. Parental Right, Religious Liberty or Criminal Assault. *Journal of Medical Ethics*,39, 444-449.
- Mnookin, R.H. & Szwed, E. (1983). The Best Interests Syndrome as the Allocation of

- 
- Power in Child Care, in H Geach and E Szwed (eds), *Providing Civil Justice for the Child*. London: Edward Arnold.
- Morris, B.J.& Krieger, J.N. (2013). Does Male Circumcision Affect Sexual Function, Sensitivity, or Satisfaction?—A Systematic Review. *J Sex Med.* 10(11): 2644-2657.
- Olbrisch, M.E., Levenson, J.D., Newman, J.D.(2010). Children as Living Organ Donors: Current View and Practice in the United States. *Current Opinion in Organ Transplantation*, 15(2), 241-244.
- Patel, H. (1966). The Problem of Routine Circumcision. *Can Med Association Journal.* 95(11):576-581.
- Povenmire, R. (1998). Do Parents Have the Legal Authority to Consent to the Surgical Amputation of Normal, Healthy Tissue from Their Infant Children?: The Practice of Circumcision in the United States. *The American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* 7, no.1: 87-123.
- Ross, L.F. & Thistlethwaite, J.R. Jr. (2016). Children as Living Donors. In Greenberg, R., Goldberg, A., Rodriguez-Arias, D.(eds). *Ethical Issues in Pediatric Organ Transplantation. International Library of Ethics, Law, and the New Medicine*, vol66, 4.
- Ross, L.F. & Thistlethwaite, J.R. Jr., the Committee on Bioethics (2008). Minors as Living Solid-Organ Donors. *The American Academy of Pediatrics*, 122(2), 454-461.
- Ross, L.F. (2004). *Children, Families and Health Care Decision-Making*. NY : Oxford University Press.
- Roth, L., Meisel, A., Lidz, C. (1977). Tests of Competence to Consent to Treatment. *American Journal of Psychiatry*, 134, 279-284.
- Taddio ,A., Katz, J., Ilersich, A.L., Koren, G. (1997) Effect of Neonatal Circumcision on Pain Response during Subsequent Routine Vaccination. *Lancet.* 1997;349(9052):599-603.
- Tan, J., Stewart, A., Fitzpatrick, R., et al. (2006). Competence to Make Treatment Decisions in Anorexia Nervosa: Thinking Processes and Values. *Philosophy Psychiatry, & Philosophy* 13(4), 267-282.

Wadlington, W.. (1973). *Minors and Health Care: The Age of Consent*. Osgoode Hall  
Law Journal, 11.1 ,115-125.

Wilkinson, D., Savulescu, J., Hope, T., Hendrick, J. (2003). *Medical Ethics and Law, the  
core curriculum* . London: Churchill Livingstone.

Woolley, S. (2005). *Children of Jehovah's Witnesses and adolescent Jehovah's  
Witnesses: what are their rights? Achieves of Disease in Childhood.*(90):715-719.

### 三、英文判決

Bakker v. Welch, 108 N.W.94 (1906).

Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 US 261 (1990)

Curran v Bosze (1990) 556 NE 2d 1319.

Gillick v West Norfolk and Wisbech AHA [1986] AC 112 at 114.

In re Estate of Dorone, 517 Pa. 3, 534 A.2d 452 (1987)

In Re Hughes Deceased: ChD 8 Jan 1999

Johnston v. Wellesley Hospital, [1971] 2 O.R. 113 at 111 (per Addy J.).

Landgericht Cologne, Judgment of 7 May 2012, No.151 Ns 169/11.

Morrison v State 252 S.W.2d 97 (MO C. of A.1952)

People ex rel. Wallace et al. v Labrenz et al., 104 N.E.2d 769 (IL 1952).

Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158 (1944)

Re Brown, [1953] 2 All ER 1342

Re E (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1993] 1 FLR 386.

Re S (A Minor) (Wardship: Medical Treatment) [1994] 2 FLR 1065.

Re T (adult: refusal of medical treatment) [1992] 4 All ER 649, CA, at 652-3.

Re Y (1997) 35 BMLR 111 Fam D, at 114.

Werth v. Taylor, 475 N.W.2d 426, 427 (Mich. Ct. App. 1991)

Younts v. St. Francis Hospital & School of Nursing , Inc., 205 Kan. 292, 469 P.2d 330,

KS.0042130(1970)

