

國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

醫學倫理於法律適用上之地位

The Status of Medical Ethics in the Process of Legal
Application

陳璿羽

Chen, Hsuan-yu

指導教授：羅昌發博士

Advisor: Lo, Chang-Fa, S.J.D.

中華民國 101 年 7 月

July, 2012

國立臺灣大學碩士學位論文

口試委員會審定書

醫學倫理於法律適用上之地位

The Status of Medical Ethics in the Process of Legal Application

本論文係陳璿羽君（學號 R97A41014）在國立臺灣大學國際整合法律學研究所完成之碩士學位論文，於民國 101 年 07 月 23 日承下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授：

吳品宏

口試委員：

楊秀儀

陳聰富

所長：

謝辭

論文的寫作，到了送印階段就特別容易令人感性。本以為自己能體會到類似生產的喜悅，但此刻的我是感謝之情滿溢。回顧初窺法律殿堂的這段旅程，能走得如此甜美而有樂趣，都是因為一路上有許多人的熱情來幫助我完成。

大學時代，感謝周穎政老師開啟我社會科學的視野；並在徬徨的時刻，給我穩定的力量。若不是周老師讓我看見了新的可能性，我不會發現這條美麗的路。感謝楊秀儀老師，不僅啟發我對醫學倫理的興趣，也讓我初探了法律的精微。

研究所時期，感謝陳聰富老師的教導，陳老師對醫療法精闢的見解，是我研究醫療相關法律的基礎。此外最要感謝的莫過於我的指導教授，羅昌發教授，羅老師在擔任大法官公務繁忙之餘，還撥出許多時間對學生悉心指導，大在論文方向給予我許多刺激與啟發，又容有我充分發揮的空間；小至邏輯完整、章節安排與用字遣詞，亦仔細地說明與建議。在此同時我不僅了解自己的不足，也以老師嚴謹而勤勉的治學做為學習的榜樣。論文發表會時，感謝吳建昌老師的針砭，刺激我做出更完整的思考。最後最慶幸的，莫過於能邀請到我學習過程的三位典範，楊秀儀老師、陳聰富老師和羅昌發老師做為口試委員。感謝您們提出許多寶貴的建議，讓本論文更加完整，也指引我看到未來可能的研究方向。期望將來也能讓老師們見證到我的成長，以不負諸位老師的厚愛。

學習的路途上，感謝一路陪伴的朋友與家人，謝謝你們容忍我的任性與瘋狂。親愛的松峯，謝謝你的包容與體貼，是你讓我成為更好的人。親愛的爸爸，是您無私地成全女兒的願望，感謝您用生命完整了我；親愛的媽媽，感謝您不論在生活或心靈上都給我最高規格的支持。是你們的愛讓我不虞匱乏。

若本論文有任何貢獻，皆要歸功於我敬愛的師長與愛我的人兒們。我難以為報，僅以此論文榮耀你們。

2012年夏台北

摘要

近年來，醫病訴訟案件常引起醫界與社會大眾的廣泛討論。然而通常在引起社會大眾注目的案件中，判決呈現的不僅為病人安全提升的議題，更存在社會資源如何合理分配、各種利害如何折衝選擇之問題。目前關於醫療糾紛之討論，多僅注重單一面向，而產生見解衝突。此種衝突若不尋求解決，將導致行為規範之混亂。

為提出醫學倫理與法律體系衝突之初步想法，本論文首先嘗試釐清醫學倫理的規範體系如何影響醫師的醫療行為決定，以求出醫學倫理之特徵；其次觀察隱含法律與倫理衝突之態樣，並指出衝突產生之負面影響。準此，本論文欲建立「倫理與法律規範互動」之架構，以證立醫學倫理與法律規範之價值融貫性，並主張融貫之醫學倫理與法律見解可建立更完整之醫療行為規範。

此外，本論文認為法院於法律適用上，對醫療本質認識的應回歸醫療法之醫療注意義務，以判斷醫師行為是否已達醫學倫理與法律規範之要求；故於各法域之各法律解釋與補充之層面，皆應與醫學倫理之判斷加以整合。惟於少數極端情形，仍需由立法者行制度改良或資源分配。若法院之判斷中隱含醫學倫理判斷，則法院對於個案中之行為決策者具有說理義務，並應盡量減輕行為正當之當事人於個案中所應負之責任；其次對於重大悖離社群價值之行為，則應適時藉由法律體系與判決給予醫學倫理體系一定之回饋，以達到社群價值整全之目標。

本論文之提出，目的在於賦予醫學倫理於法律適用上一定地位。微觀而言，期使秉持醫學倫理與專業之醫師於行醫時更加安心，而緩解醫界當前所畏懼之法律危險可減少防禦性醫療，以緩和當前緊繃之醫病關係；巨觀而言，其藉由社群價值的整全性追求，使醫療行為決策更符合社群之期待，也更能因應醫療科技與時代變遷之挑戰。

關鍵字：醫學倫理、法律適用、整全性、醫療注意義務、倫理困境

Abstract

Medical litigations have aroused pervasive public concerns recently. In well-known cases, judgments of courts reflect not only patient safety issues, but most of all, how to distribute resources fairly, and how to value liabilities. So far discussions about medical dispute often concentrate on single-dimensional approach, and lead to different conclusions. These conflicts between viewpoints from different academies lead to chaos in norm of behavior in medical practices.

In order to find a resolution to the conflicts of medical ethics and legal system, the author tries to build a model for how medical ethics and law interacts. Firstly by illustrating the characteristics of medical ethics, it shows how medical ethics guide doctors when they make decisions and the importance of medical ethics in daily practices. Consequently, the conflicts of legal norms and medical ethics bring about negative effects on doctors' decision-making, such as defensive medicine. Therefore, a more coherent structure for medical ethics on legal application should be established to reach the integrity of value in a mutual community, and it can help doctors act more confidently.

Furthermore, the understanding to medicine on legal application should be based on the nature of how medical law define medical practices, so that when determining whether a doctor has accomplished his duty of care, one may be more certain that he hasn't violate the regulations of law and requirements of medical ethics. Hence when applying the tools of legal application, medical ethics should always be put into consideration, and when occasionally judges have reach their limit, then legislators need to exert their power over confining legal system and distributing resources. Since the judgments of court can actually be integrate with the sanction of medical ethics, judges has obligation to reason giving, and a judge ought to alleviate the liability of one who acts according to medical ethics. Besides, in cases which perpetrator significantly fail to respect the value of the community, judges should timely offer a feedback to the ethical

system to pursue the integrity of community values.

The objective of this thesis is to establish a standing for medical ethics in legal application. If doctors who stick to their professionalism and ethics can have confidence in their decision making, the tension between doctors and patients would relieve because of less defensive medicine. And if the community has consensus in pursuing a mutual value, then medical decision making would be refined, and we will be more capable of dealing with the challenge to come.

Key Words: Medical Ethics, Legal Application, Integrity, Duty of Care in Medical Practice, Ethical Dilemma.



目 錄

口試委員會審定書.....	i
謝辭.....	ii
中文摘要.....	iii
英文摘要.....	iv
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究方法	3
第三節 文章架構與內容	3
第二章 醫學倫理的體系及其對醫師醫療行為決定之影響	5
第一節 醫學倫理的範圍與目的	5
第二節 醫學倫理的起源與變遷	8
第一項 醫學倫理的起源	8
第二項 醫學倫理的變遷	9
第三節 醫學倫理多元的方法論與形成者	11
第一項 多元的醫學倫理方法論	11
第二項 多元的醫學倫理形成者	16
第四節 醫學倫理對醫療行為決定之引導與醫師之困境	19
第一項 醫學倫理幫助醫師做出困難決定	19
第二項 醫學倫理內涵的模糊性	21
第三章 法律適用的過程及醫學倫理與法律之互動	23
第一節 法律適用之價值中立或價值取向	24
第一項 法律適用中的價值取向之形成	25
第二項 價值取向的法律解釋	26
第一款 範圍性因素	26
第二款 內容性因素	28
第三款 控制性因素	29
第三項 價值取向的法律補充	30

第一款	接續法律解釋的法律補充與其存在之必要	30
第二款	司法機關啟動法律補充的權力與義務及補充的界線	31
第三款	法律補充之方法	33
第二節	法律與醫學倫理之互動及司法實務對醫學倫理法律性質之認定	34
第一項	法律與醫學倫理對立之雙重體系認定：靜態的觀察	34
第一款	不合倫理但合法之行為	37
第二款	合倫理但不合法之行為	39
第三款	小結：雙重體系認定之不切實際	41
第二項	法律與醫學倫理之實質互動：動態的觀察	42
第一款	醫學倫理影響法律形成	42
第二款	法律影響醫學倫理形成	43
第三款	醫學倫理之價值係與法律之價值相重合	44
第三項	法官適用法律時容易忽略醫學倫理的地位	48
第三節	整合法律適用與醫學倫理之訴求	51
第一項	雙重體系之司法實務見解對於醫療行為產生負面影響	51
第一款	防衛性醫療	51
第二款	醫療行為的混亂	53
第二項	整合法律適用與醫學倫理之正當性的實質論據：對整全性的追求	55
第三項	小結：醫學倫理在法律適用中應有更明確的地位	59
第四章	整合法律適用與醫學倫理之實際操作	59
第一節	法院作為社群價值整合者	60
第二節	透過法律解釋將醫學倫理體系化：回歸醫療法之「醫療注意義務」	64
第一項	醫療注意義務的兩層面：醫療專業與告知同意	64
第一款	醫療行為的定性與醫療注意義務之關聯	64
第二款	醫療專業義務	66
第三款	告知同意義務	70
第二項	醫師之醫療行為違反醫療注意義務之法律效果與其倫理考量	73
第一款	刑事法之觀察	75
第一目	醫療行為之構成要件該當	75
第二目	阻卻違法事由	76
第三目	罪責	82
第二款	民事法之觀察	84
第一目	醫療契約之締結	84
第二目	醫療契約之義務之違反	85

第三款 行政法之觀察	87
第一目 行政罰	87
第二目 行政處分	89
第三節 藉由法律補充達到醫療注意義務一致化以整合社群價值	90
第一項 從原則的普遍性考量	90
第二項 跨法域之法律補充	93
第四節 以法律適用的方式整合醫學倫理的不足及其立法解決	95
第一項 立法做為醫學倫理行為決定爭議的終結	95
第二項 立法做為醫療環境改變的推手	96
第一款 跳樓自殺案	96
第二款 檢驗結果未通報案	98
第五章 由實務案例論法官應介入醫學倫理決定的程度	100
第一節 法律體系應否介入醫學倫理的決定及其態樣	100
第二節 確實還原法律事實與法律概念	103
第一項 實習醫師插管案：案件事實與判決理由	105
第二項 醫學倫理在法律適用上之分析	107
第三項 具有整全性的法律適用建議	108
第三節 對醫師之倫理判斷留下一定尊重	110
第一項 乳房切除案：案件事實與判決理由	111
第二項 醫學倫理在法律適用上之分析	112
第三項 具有整全性的法律適用建議	113
第四節 重大悖離社群價值	114
第一項 痔瘡變癌症案：案件事實與判決理由	114
第二項 醫學倫理在法律適用上之分析	116
第三項 具有整全性的法律適用建議	117
第六章 結論	118
參考文獻	119

圖目錄

圖 1 對醫學倫理與法律體系之靜態觀察	37
圖 2 對醫學倫理與法律體系之動態觀察	48
圖 3 醫療業務之內涵	66
圖 4 藉判決達社群價值整合	90



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

醫療技術在台灣日益進步，且自健保推行以來，人民對醫療可近性之需求越見高漲。¹醫療技術進步亦代表醫病互動增加，連帶導致摩擦與糾紛增加。²與此相應，醫界逐漸推行一系列醫學生教育改革以避免醫療糾紛，縱使是醫師繼續教育亦包含許多與醫療法律、醫學倫理等相關之主題。³然何以醫師在面對病人、家屬、社會等壓力時，仍常不知所措？本論文之初步假設為：此乃係醫師獲得之「行為指引」並不完全；而此種發展中的指引，又常與醫師的直覺判斷不同所致。

近年來，醫療糾紛之訴訟案件常引起醫界與社會大眾的廣泛討論。由病人安全(patient safety)的角度觀察，醫療案件只為「醫護人員或醫院行政體系錯誤(error)或不符合醫療常規的醫療行為」；需做的僅是提升病人安全（即從醫院制度面、醫護人員訓練面、病患自身意識面去減少可能發生的醫療錯誤）。

然而通常在引起社會大眾注目的案件中，判決呈現的不僅為病人安全提升的議題，更存在社會資源如何合理分配、各種利害如何折衝選擇之問題。因此時見判決一出，即引起各方利益團體、社會大眾廣泛討論之現象。⁴若倫理判斷與法律判斷註定會產生衝突，被法院認定需負責之醫師，是否實際上面臨醫學倫理選擇困境？若然，身陷選擇兩難之醫師，究應優先忠於其價值觀，或應自問如何才不

¹ 張慈桂、李燕鳴、蕭正光，全民健康保險實施後花蓮偏遠地區民眾醫療可近性之探討，慈濟醫學，1998年，第10卷第3期，頁201-209。

² 劉邦揚，我國地方法院刑事醫療糾紛判決的實證分析：2000年至2010年，科技法學評論，2001年，第8卷第2期，頁261。

³ 在急性呼吸症候群(SARS)危機過後，目前不只專業教育的內容增加，例如畢業後一般醫學訓練(PGY, Post Graduate Year)，醫師在取得資格後仍要接受每年固定學分的繼續教育，民國97年4月修正的醫師執業登記及繼續教育辦法第八條即要求一定時數的醫學倫理與醫療相關法規地繼續教育。

⁴ 實際的例子如本論文後述之「實習醫師插管案」。此判決一出輿論四起，除媒體報導外（許淑惠，婦插鼻胃管致癱 3 醫起訴，蘋果日報，2009年6月11日。），網路上也引起廣泛的討論。

會自陷於「法律危險」中？⁵

目前關於醫療糾紛之討論，多僅注重單一面向（approach）。由法律適用之角度出發者，多著重於「醫師是否有義務的違反或構成侵權行為」；但行為義務與注意義務的內涵為何，不僅需各法之抽象規定，亦需由判決於個案中具體建構。由倫理學角度出發者，雖對倫理困境（ethical dilemma）提出解決指引，然單就倫理學之方法，似無法確保個案中醫師的倫理選擇，與法院依法律評價產生的選擇相同。於醫療糾紛之訴訟中，實亦存在醫學倫理之議題，此時可能出現「醫師認為屬於正當（legitimate）的行為，法院卻認該行為違法或需負損害賠償責任」之情形，此種自單一體系出發而生之見解衝突若不尋求解決，將導致行為規範之混亂。因此，本論文認應確立醫學倫理於法律適用上一定之地位，而欲討論在醫療糾紛中，醫學倫理可否作為判斷法律要件之正當基礎。

本論文認為，倫理命題雖藉由成文法進入法律體系，但法院適用法律時，仍須將醫學倫理之要求納入考量，才能真正使醫學倫理之判斷與法律要件之判斷一致化。為達此目的，本論文嘗試建立一整合醫學倫理體系與法律體系之模型。首先釐清醫學倫理的規範體系如何影響醫師的醫療行為決定，以求出醫學倫理之特徵；其次討論法院適用法律時之特徵，以確立法律評價之過程「是否」與「應否」介入醫學倫理之訴求，或甚至本身是否就蘊含著醫學倫理的價值。若法律評價的過程就蘊含醫學倫理的價值，則進一步討論醫學倫理之價值於法律評價的過程中應如何被考量，且其運用於實際個案中，法院應介入醫學倫理之決定到何等程度。期藉由提出如何解決醫學倫理與法律體系衝突之初步想法，能在兩看似平行之體系中，探求一個「促進醫療環境永續經營」與「病人權益最大化」的平衡點。

⁵ 關於醫療中「法律危險」的討論，見陳聰富，醫師更需要了解法律，中國時報，2008年1月26日。

第二節 研究方法

本論文以文獻整理為主要之研究方法。然因臨床醫學倫理與醫療法律整合相關文獻數量尚為不足，因此本論文擬另行建立「倫理與法律規範互動」之架構，並於此架構下找尋隱含法律與倫理衝突之判決，進而討論法律規範與法院判決將引導醫師進行何種行為選擇，復進一步討論此選擇可能造成之結果。本論文因欲解決目前不同步之倫理與法律體系造成的醫療行為混亂，故嘗試提出更具全面考量之法律解釋結果。

為找出判決中合理的倫理指引與法律規範之平衡點，於分析案件時，首要區分案件事實與意見性陳述，並釐清事實，以避免固有之法律見解與價值觀干擾後續案件分析。其次基於不同價值觀提出可能之正反意見，並評估各種意見之優劣與其後果，以得到本論文認為較適合的選擇。最後自法學方法的角度切入，根據前述之選擇，應如何於現有法體制下做出相關之法律適用、或行法之續造，甚或提出現有法律規範需修正之處。

需強調者為，本論文中指稱之「適合之價值選擇」，並不必然基於個案正義或社會重分配之考量，亦未必能達到完美無缺滿足所有利益團體或個人。當正義與公平的價值產生衝突時，有時於個案中不論作何選擇都面臨一定之傷害結果，最終亦需特定人承擔此傷害結果（或可藉基礎醫療服務體制之改變，以使結果更令人滿意）。然本論文不欲專注於當前各種制度的缺失，而欲從醫療品質改善與醫療體系永續經營為目標，提出臨床醫學倫理與法界如何良性互動之建議。

第三節 文章架構與內容

為使研究內容明確及一致，本論文欲先界定重要的名詞解釋：首先，本論文指稱之「倫理」，並非規範倫理學（normative ethics）中直觀之「道德價值」；因為規範倫理學提供具體道德規則，但卻未幫助吾人分析道德問題，亦無法有效地進

行道德推理。⁶但本論文亦不認同後設倫理學 (meta-ethics) 中單純語言與邏輯性之命題判斷，不論人類行為之善惡 (即以價值之存在為先驗)，而僅關注行為決策中理性道德推理的對錯問題。⁷但本論文中所欲提出之倫理體系，為一全面考量的、不排除價值的方法論，它幫助我們改善人與人之關係，以促進共同的幸福。由於規範倫理與後設倫理皆無法單純完成此一任務，將此二種倫理學類型結合並共同運用有其必要性，故本論文不欲區分此兩種倫理學方法論之差異。將此綜合的過程應用於臨床醫學中，便為基於特定價值取向所為之理性思考與選擇之過程。⁸而制約醫事行為的一系列決策，亦即如何做出最有利於醫療品質提升和永續發展的選擇，即為「醫學倫理」。⁹其次，本論文標題定義之「法律適用」範圍，是一法律選擇、法律解釋、與法律補充的過程，並在此過程中追求法律規範之價值。¹⁰

本論文欲討論的內容為，醫學倫理的要求若與法律規範不一致時，是否能藉由系統性論證 (例如法律規範的修改或法律解釋等操作)，使兩體系有更一致之結果 (而該結果應更為人所欲)。第一章之緒論中介紹研究動機與論文架構；第二章由醫學倫理的角度出發，首先定位何為醫學倫理，與其存在目的，其次探討法律與醫學倫理的互動；亦即法律規範與法官的法律適用如何影響醫學倫理決定，以及此種影響的正當性。第三章由法律規範的角度出發，談傳統法律規範之價值與法律適用方法，再談目前在法律評價過程中如何納入醫學倫理 (亦即醫學倫理在法律規範形成與法律解釋或適用上之地位)。而其結論為：因傳統倫理並非法律解釋之因素，亦非法官判斷之基準，若法官未深入探求此兩種截然不同的方法論背

⁶ Thiroux, Jacques Paul; Krasemann, Keith W. 著，程立显、刘建譯，倫理學与生活，世界图书，2009年，九版，頁 45-77。

⁷ 對於理性的定義實亦存在爭議，有從社會觀察或女性主義角度出發，而認康德之流所主張之理性為白人男性主導之論述，但本論文不欲於此處深入討論，本論文所指稱之理性係指「為行為提供邏輯一貫之理由的能力」。

⁸ 倫理與道德的概念常被互相混用 (見 余依婷，全民健保之醫學倫理觀，台北醫學院醫學研究所碩士學位論文，1998年。毛家齡、張玗，倫理困境與護理決策過程，護理雜誌，1996年，第43期第1卷，頁 41-45。)。然「倫理」(ethics) 和「道德」(morality) 並非處在相同的位階，道德是基於人類主觀所認知的「善」與「惡」，屬於某種價值觀念的層次；倫理則為哲學的分支，是基於某些價值或原則，此價值也可以是道德，而藉由理性論證對特定個案達到一定的結論。

⁹ 嚴久元，當代醫事倫理學，台北，橘井文化，1999年。

¹⁰ 法律補充也有稱為「法律續造」者。有關法律適用的特性，容後詳述。見第三章。

後之價值，將產生兩個平行的體系。第四章則由第三章之結論上延伸，討論兩套系統產生衝突時應如何處理；本論文欲借用德沃金 (Dworkin) 之「整全性理論」，探討若醫學倫理要求與法律規範體系朝向整全性的美德發展將有之效果或效益。本論文欲主張者，並非法官適用法律時應另外遵循之體系，而是法官適用法律時或追求法律價值時應考慮之因素。本論文欲證立者為，若考量倫理與法律體系之間的整全性，則「解釋法律」非如傳統想像之僵硬的純粹邏輯推演，而是展現法官在詮釋時的所秉持之態度。第五章則藉由案例分析，以證明朝向整全性的法律適用與解釋可使醫學倫理受到系統性考量。第六章為結論；本論文認為，若有機會使醫學倫理在法律解釋時受系統性考量，則可確立「倫理評價」於「法律評價」之地位，減少醫師在進行臨床醫療行為時面臨之困境，進而達成改善醫療環境、醫病關係的目標；且此可使目前的醫療品質有改良並永續經營之空間。

第二章 醫學倫理的體系及其對醫師醫療行為決定之影響

第一節 醫學倫理的範圍與目的

建構醫學倫理體系首要釐清醫學倫理之範圍。醫學倫理 (medical ethics) 為生命倫理 (bioethics) 的分支，屬於應用倫理的一環。應用倫理是將各種道德主張或道德直覺，透過理性分析，以達成正確行為決定之選擇過程 (decision making)，在此脈絡下，將攸關醫療的人際關係理念應用在醫療的領域即為醫學倫理。然於各種情境中，要如何得出「正確」的選擇，則需加入個人的價值判斷。有認為道德價值判斷本質上具主觀性，而主張倫理並非純理性的過程，因為道德情感 (moral sentiments) 是倫理判斷的重要步驟，對於道德規則的服從，也建立在對於道德規則的情感認可之上。¹¹ 不可否認，愛與同理心乃感性之表現，亦為人類不可擺脫之

¹¹ Smith, Adam. *The Theory of Moral Sentiments*. Jonathan Bennett, 2008, 1759, pp. 12.

部份；愛人的特質幫助醫師在進行判斷時更加關注他人，同理心則使醫師設身處地為他人設想，此顯然有助於醫師更全面的掌握事實。¹²但對於道德規則的服從若是受道德情感之驅使，而脫離道德規則重要性的理性判斷，則倫理作為解決社會衝突、維持社會秩序的體系，將輕易淪為某種「儀式性」的工具。¹³醫學知識的廣闊與獲取醫學知識成本的昂貴，使醫療專業一直無法擺脫神秘性。對於未知超過人力掌控的範圍，僅能透過特定儀式以換取人們主觀上的安全。人們害怕醫學對人的潛在傷害，而認為透過醫師藉「醫學倫理」判斷的過程，能使人免於傷害；殊不知若僅將醫學倫理當作某種儀式性工具，則醫師可能僅透過感情驅動來行使決定權，此時是否仍能符合個人與社群之利益仍屬未知。¹⁴現今醫療專業已由神秘且一脈相傳的秘術，轉為公開的、以科學為本的實證醫學。因此對於理性的追求，使醫學倫理運作方式也和以往有所不同。故本論文認為，即使在倫理體系之上仍有實質的道德主張，理性也不應從醫學倫理中退位。¹⁵

縱可接受醫學倫理是理性的過程，醫學倫理仍為一龐雜體系；架構亦無法律嚴謹。「醫學倫理原則」之繁複，可以 Edge 和 Groves 編著之醫學倫理教本——Ethics of Health Care: A Guide for Clinical Practice 為例，窺其端倪。該書將醫學倫理分為七大原則：包括誠實（veracity）、自主（autonomy）、有益（beneficence）、不傷害（nonmaleficence）、忠實義務（role fidelity）、保密（confidentiality）、正義（justice）。¹⁶雖此處陳列之部分原則已廣為人知（例如病人自主、不傷害等要求），且醫師亦常以此等原則為最高指導原則，然此等原則之起源卻常受忽略。可質疑者為，此等倫理指引是否只因為其被書寫於教科書上，即被盲目地遵守而不問其目的？醫

¹² 黃苓嵐，醫學倫理教育——由理論到實踐，新文京，2009年，頁144。

¹³ 對於「儀式」的描述，見顏厥安，生命倫理與規範論證，鼠肝與蟲臂的管制—法理學與生命倫理論文集，元照，2004年，頁211。

¹⁴ 感性的存在為人的必然，人的理性舉動追求的目的仍有感性的原因（如快樂），但感性是容易被操控的，因此感性因素不可作為理性論證的因素之一，人不能因為直覺的認同就主張某道德原則是可欲的，否則受感性支配的判斷標準將隨之浮動。

¹⁵ 就如同法律之上仍有實質的主張。

¹⁶ Edge, Raymond S.; Groves, John Randall, Ethics of Health Care: A Guide for Clinical Practice, Delmar Cengage Learning, 3rd edition, 2005.

療人員在第一線面對病人時，不論在專業判斷上，或是行為的決定上，常需快速且準確地做出判斷。在社群明確規範尚未明瞭之時，臨床醫學倫理為唯一指引醫療人員之行為準則，故有必要探求醫學倫理原則存在目的，以防少數隨意冠上「倫理」頭銜之主張，似是而非地扭曲醫療的環境。

關於倫理存在目的有兩大主張，其一為希臘哲學家亞里斯多德（Aristotle）之「利己主義思考」與延續利己主義之霍布斯（Hobbes）的「社會契約論」；另一主張則為以基督教義為基礎之神學理論。亞里斯多德認為，在人與人的互動中，倫理學是探求「人應該怎麼活」，使人得以克服自私本性，而使多個個體可和平共存。霍布斯則認於一開始，當個體處於孤獨的狀態，即為無倫理的狀態；當個體相遇，則開始產生競爭、衝突。¹⁷故為能和平生存，個體之間開始在互動間創造出減少衝突之誠命。基督教說法則認為，在創世紀中，倫理是使不完美的人類接近神的方法。¹⁸

對非基督徒而言，自利主義與社會契約論為較廣被接受的說法，雖該說常受後世批評，也被進一步的修改與微調。歷史上之醫師對於大眾而言，為取代天父的存在，而醫學倫理只為醫師與醫師之間（神與神之間）減少權力衝突之誠命。然自病人自主的意識抬頭後，疾病的成因被解構，醫師之神性也消失而成為一般人。醫師因此變成資源競爭的對象，醫學倫理此時也開始轉型為減少醫師與病人間衝突之誠命。若由減少衝突的面向觀察，能使醫療執業人員得以和病人、社會上的其他人、甚至醫療執業人員彼此之間良性互動的誠命，才是真正應被遵守的醫學倫理，進而使醫學得永續發展。醫學倫理若有最終共識，我們可發現有些聲稱是「醫學倫理」的主張，實際上非為醫療永續發展而存在之原則或價值，而只為朝向某些利益團體的偏頗訴求。

現代醫學進展之快，由三十年來最有名的基礎內科教科書 Harrison's Principles of Internal Medicine 頁數激增即可一窺端倪。此書從 1977 年第八版的 2088 頁擴張

¹⁷ Hobbes, Thomas, Leviathan, 1651, Part one, Ch13, pp.64.

¹⁸ Singer, Peter, The origin of ethics: the origin of ethics Blackwell publishing. 1991.

到 2008 年的第十七版已有 2958 頁，單就內文而言即多出近三分之一。由於醫學進步，醫病關係也劇烈地改變。例如分工之精細使許多醫師與病人的互動模式產生變化（一位接受開刀治療的病人，可能與他手術台上的麻醉科醫師僅有一面之緣）。準此，回顧醫學倫理存在的起源與變遷有其必要，除有助我們探求醫學倫理形成的方式及演變，也有助於明白此等倫理原則，流傳到現代是否仍有其存在與被遵守之必要；又或可在當前的社會狀況下，為存在千年的倫理原則找到新的理由。

第二節 醫學倫理的起源與變遷

第一項 醫學倫理的起源

西方醫學倫理之起源可追溯回西元前 425 年之希波克拉底誓言（Hippocratic Oath），其為據稱最早之醫師誓言。當時之「醫師」為師徒制，徒弟為能學到師長的知識與技術，需遵守師長的要求。故希波克拉底誓言作為最早可流傳的關於醫學倫理的文字，與其將其定位為嚴格意義的醫學倫理，毋寧認為是行業的內規（例如此誓言的內容尚包括學生要奉養師長、不可隨意洩漏師長教授的內容等為維持該行業運作所存在之基本要求）。以下為誓言節錄：

“I will apply dietetic measures for the benefit of the sick according to my ability and judgment; I will keep them from harm and injustice.... What I may see or hear in the course of treatment or even outside of the treatment in regard to the life of men, which on no account one must spread abroad, I will keep to myself holding such things shameful to be spoken about.”¹⁹

「我會根據我的能力與判斷，為有益於病患而治療，並避免他們遭受傷害與不正義……因業務或業務外知悉之他人秘密，無論如何皆不應洩漏，並以談論為

¹⁹ Edelstein, Ludwig, The Hippocratic Oath, The American Journal of the Medical Sciences, 1944 207 (6) :816.

恥。」

在最原始的誓言中，某些宗教性、社會結構性、政治性的主張隨時代的變遷已不再適用，例如遵守宗教戒律，以致不可解剖屍體的規定已不再被遵守。然於此最原始的版本中，已可依稀發現一些現在仍受遵守之原則；如有益(beneficence)、不傷害(nonmaleficence)、保密和正義(justice)。然以上之基本名詞(如「正義」、「有益」)均屬不確定概念而需被進一步詮釋。例如羅爾斯(John Rawls)和齊諾克(Zinock)主張的正義在內容上即有不少歧異。²⁰從對希波克拉底誓言的觀察，吾人可發現倫理的內容是流動的、需要被架構的，甚至倫理的大原則都可隨時間而改變。

第二項 醫學倫理的變遷

宗教在西方醫學歷史中，為最主要的倫理形成者。祭司兼任內科醫師之角色在過去甚為常見。人類被視為神聖的創造物，故對待身體的方式也與此種信念相連。例如在天主教之傳統中，人的生命為上天的禮物，延續到醫學倫理中，即成為對於安樂死與墮胎的強烈反對。至今有認為自宗教的角度分析醫學倫理，為不理性且迷信的做法。然事實上目前許多重要爭議皆源自於宗教的信念，前述之安樂死即為適例。

自啟蒙運動始，人們漸漸質疑疾病是否真為來自「上帝的行為」。西方醫學從而興起，欲取代上帝在疾病中扮演的角色。在此脈絡下，醫學倫理不可避免地成為具有強烈父權主義，連結各醫師與維持醫師行業封閉性的規範。²¹在經歷數世紀演變之後，由於近代人權概念與自由主義的發展，醫師亦被期待尊重病人的生命跟自主權；從而醫學倫理的內涵亦有所改變。時下經改良之醫師誓言，為世界醫師會(World Medical Association)於1948年發布之日內瓦宣言(Declaration of

²⁰ Thiroux, Jacques Paul; Krasemann, Keith W. 著，程立显、刘建譯，倫理學与生活，世界图书，2009年，九版，頁123-124。

²¹ Mason, Kenyon; Laurie, Graeme, Law and Medical Ethics, Oxford, 8th edition, 2011.

Geneva)，並歷經數次修正後，廣泛成為目前醫學院在白袍典禮上採用的醫師就職誓言。²²由此誓言中可觀察到許多尊重人性尊嚴之要求，摘要如下：

“I solemnly pledge to consecrate my life to the service of humanity...
I will practice my profession with conscience and dignity;
The health of my patient will be my first consideration;
I will respect the secrets that are confided in me, even after the patient has died...
I will maintain the utmost respect for human life;
I will not use my medical knowledge to violate human rights and civil liberties, even under threat...”

「准許我進入醫業…

我會以良心與尊嚴行使專業；

病人的健康是我首要顧念；

縱病者已逝，我仍會尊重病人託付之秘密，…

我會對人的生命維持最高的尊重；

縱於威脅之下，我仍不會用我的醫學知識去違反人權與自由…」

與 2400 年前之希波克拉底誓言相較，部分倫理原則(如保密原則)仍然留存，然醫師專業度漸被重視而衍伸出忠實義務之要求。此外，自 1948 年至 2006 年，日內瓦宣言於世界醫師會的大會中業經修改五次，內容之變化如下：首先對於病人隱私的保障更加要求，即使於病患死後仍有保密的義務；第二女性醫療從業人員之地位逐漸獲得重視；第三對病人一視同仁的要求，不僅是在宗教、國籍、種族、政治理念與社會地位之間，更加入年齡、疾病、信念、宗族、性別、性向等其他要件，顯見目前對於平等原則內涵的認識與 1948 年相較已有不同；第四對於人類生命的尊重已不侷限於自受孕時起，而是對於任何向前或向後延伸的生命皆認為應有所尊重；第五對於人性尊嚴的保障被具體化在「人權」與「公民自由」

²². Williams, John R., Medical Ethics Manual, World Medical Association, 2nd Edition, 2009, pp. 19-20.

上，反映出當前自由主義的潮流。²³僅於短短 59 年內，醫學倫理之要求即可有如此劇烈之變動，此代表即便是目前受遵守的倫理原則，亦非不可挑戰，因而其將來仍有改變的可能。

第三節 醫學倫理多元的方法論與形成者

第一項 多元的醫學倫理方法論

因醫學倫理為分析的過程，將人類對於道德的認知，藉由理性分析達到某結論。各倫理學派提出眾多歧異之分析方法，然在各種情境下，要如何得出「正確」選擇，則要加入個人價值判斷。分析方法如下列：

(1) 自然法學派 (natural law)

多瑪斯 (St. Thomas Aquinas) 為自然法學派之創立者，認為上帝以理性造人，故人若運用理性，則有能力進行善惡的選擇；善被定義為「保存生命和人類種族」，快樂則存在於追求了解上帝的過程，最終的善則是真正了解上帝。²⁴此想法運用於醫學倫理中，可推論出人應運用自身理性去認知何為「應為」，並據此認知行事。反之，則其行為所導致之後果即為咎由自取。對此說常見的批評為邏輯上無法從實然中導出應然；道德要求若需從關於人類本性的事實或理論知識中導出，則為

²³ 1948 與 2006 的日內瓦宣言相較，除部分介係詞更動，主要的變動有五：

1948	2006
I will respect the secrets which are confided in me;	I will respect the secrets that are confided in me, <u>even after the patient has died</u> ;
My colleagues will be my brothers	My colleagues will be my <u>sisters</u> and brothers;
I will not permit considerations of religion, nationality race, party politics of social standing to intervene between my duty and my patient;	I will not permit considerations of <u>age, disease or disability, creed, ethnic origin, gender, nationality, political affiliation, race, sexual orientation, social standing or any other factor</u> to intervene between my duty and my patient;
I will maintain the utmost respect for human life, <u>from the time of its conception</u> ,	I will maintain the utmost respect for human life;
even under threat, I will not use my medical knowledge contrary to the laws of humanity	I will not use my medical knowledge to violate <u>human rights and civil liberties, even under threat</u>

資料整理自：World Medical Association, WMA Declaration of Geneva, 網址：

<http://www.wma.net/en/30publications/10policies/g1/>，最後擷取日期 2012 年 8 月 2 日。

²⁴ Kuhse, Helga; Singer, Peter, A Companion to Bioethics, Wiley-Blackwell, 2nd edition, 2012.

根本的謬誤。²⁵

由此學說延伸，新自然法學派之擁護者認為，人之理性能力有限，故從人性出發的行為未必引導人類走向善，為超越此藩籬。基督教派認為人類為追求達到超自然理性的目的，仍需上帝恩典始能超越人性而有美德。²⁶目前被普遍接受之自由主義法學理論則認為，人類的行為規範必須由實踐理性來決定；因人是擁理性方成為人，違反理性則為違反人性，因此自然法追求的並非某種不可到達的善，而是一種展現人性的自明之理。²⁷

(2) 本務論 (deontology)

康德 (Immanuel Kant) 為本務論或義務本位倫理 (duty-based ethics) 的創立者。康德主張事物於本質上無善惡，人之各類特質亦無善惡，僅由人決定將其使用於善或惡。唯一本質上的善是善意 (goodwill)，善意是人格特質中對善的追求，然善意本身亦無善惡。人的存在本身即為價值，故人不可以被用作社會或他人的工具。在判斷對錯之過程中，係利用「定言令式 (categorical imperative)」來做為檢驗標準 (以某作為是否可被全人類複製來判斷是否為善，因此人對其他人有做為同伴的義務，有對他人平等的義務)。²⁸此說被廣泛接受，但也遭到質疑，認為其忽略人類的其他感性特質 (例如同情心等)。

(3) 效益主義 (Utilitarianism, consequentialism)

John Stuart Mill 主張倫理選擇的衡量基準係根據結果而非義務。效益的定義是「對最大群體產生最大利益」。此說被用於修正康德本務論的盲點，適合用於資源不足分配的情況，但此說之限制為易忽略少數人之重大利益。故修正的效益主義者認為，設定規則是重要的，如此始能避免多數人在追求效益之過程中犧牲少數人的權利，而容許每個人根據自身的價值判斷追求自身的效益。持此見解的學者

²⁵ Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980, pp. 47-48.

²⁶ 劉錦昌，從多瑪斯的自然法看道德倫理學，*哲學與文化*，2011年，第38卷第4期，頁8。

²⁷ 王正嘉，新自然法學理論的開展與聖多瑪斯亞奎納，*哲學與文化*，2011年，第38卷第4期，頁76。

²⁸ Morrison, Eileen E., *Ethics in Health Administration: A Practical Approach for Decision Makers*, Jones and Bartlett Publishers, 2006, pp. 8.

中，Peter Singer 為當代活躍的學者之一，當自由的個人主義和效益主義結合時，則理想的社會被認為是每個人都能夠追求自我實現的社會。

(4) 社群主義 (communitarianism)

社群主義是對於目前越見廣泛之個人主義的反動。社群主義主張社群是自主原則不可或缺的部分，而個人自主是為能和社群中的其他個體互動而產生，故社群主義強調個人對他人之義務，包含群體性、社會正義等；在個人做出自我決定時，同時仍應考量對社群中他人的義務。此立場於公共衛生領域，相較於個人主義出發的權利觀點和原則主義，更易證立某些公共衛生措施之正當性；但亦受批評，認為其可能導致多數暴力。

(5) 原則主義 (principlism)

原則主義為目前最廣泛採用之醫學倫理學說，幾乎於各倫理學的教科書上均可發現。在醫學倫理中要應用原則主義，首先需列出數個原則，並將原則應用至真實或假想的個案之中，進而考慮其結果。此說受到歡迎，或許是因其混合各家學說之倫理方法，它可將本務論和效益論分列在不同的原則中。²⁹在 Beauchamp 和 Childress 提倡的原則主義中，主要的主張有四大原則：尊重自主、有益、不傷害、正義；在判斷各種情境時並以上述四原則作為出發點，然當各原則衝突時，仍需個人價值觀介入判斷何者較為適當。其後亦有批評者認為作者之原則太過本於個人主義，因而其進行修正而增加其他原則（例如尊嚴、社群支持等）。³⁰為便利往後的論述，本論文以下將簡略論述各原則：

第一為「病人自主原則」。尊重病人自主，係以人權保障為始點而逐漸發展成為全球性的價值。自主權的開展是從人性尊嚴和自由之尊重開始，其承認個體本身之自我決定和根據其自我定行事之可能。有論者主張，病人自主亦包括「有能力辨認何為更高階層的偏好」，然於實然面上，除本人外無人能了解當事人之真正

²⁹ Beauchamp, Tom; Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 6th edition, 2008.

³⁰ Veatch, Robert M., How Many Principles for Bioethics? In: Ashcroft, Richard E. et al., *Principles of Health Care Ethics*, John Wiley & Sons, 2nd Edition, 2007, p.43-50.

偏好。³¹正因病人自主的核心概念為「病人可有自己的價值和自己定義的利益」，可能是他人無從知道也不統一的偏好，病人的價值需被關懷與尊重到何種程度（亦即，病人自主應被承認至何種程度），目前仍有爭議。

為達尊重病人自主之目的，提供完整的資訊為通常所提倡之義務，由尊重病人自主原則，亦衍伸出保密（confidentiality）和真實（veracity）義務；因本於病人自主，病人應亦可自主控制關乎自身之個人資訊，且只在其對自身情況完全理解時，病人始能做出最適當之決定。此外，病人自主原則要求縱使病人已無法表達意願，在做出牽涉病人之醫療決定時，仍應依據其可推測之意願進行，而非根據他人之利益；否則病人若只作為完成他人利益之工具，便已違反人性尊嚴。

第二原則為「利益病人原則」。在希波克拉底誓言中，利益病人原則指醫師應為病人的利益行事。醫師法第 21 條亦課與醫師於病人危急之狀況下緊急救治之作為義務。將此原則進一步延伸後可認為，醫師的醫療行為應當為他人帶來利益。雖「利益」之定義仍有爭議（因他人認定之利益亦可能由其自身所定義），然較無爭議者為，社會並不要求醫師無論如何都不顧他人的利益，而一味地從事對病人有利的行為。³²而當他人之利益與病人之利益產生衝突時，醫師則需決定何者受到較為優先之關懷。

第三原則為「不傷害原則」。不傷害原則的內涵為醫師不應行邪惡或傷害的行為，此概念常和「do no harm」之標語相連結。³³有些倫理學家嘗試將利益病人原則和不傷害原則結合；但亦有主張「不傷害」與「避免或移除傷害」之義務不同，若將此兩種原則混合，則會產生單一原則中有過多義務之結果。³⁴雖將義務合併會使原則較複雜，然雙重效果（double effect）本為醫療行為之常態，幾乎所有治療皆有為人所欲與不欲的效果。³⁵若僅承認不傷害的原則，則必定要發展「雙重效果

³¹ Dworkin, Gerald, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, 1988.

³² Singer, Peter, *One World*, Yale University Press, 2002.

³³ Beauchamp, Tom; Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 6th edition, 2008, pp.151.

³⁴ Frankena, William, *Ethics*, Prentice Hall, 2nd edition, 1988, pp. 47.

³⁵ Jonsen, Albert R et al. 著，辛幸珍、許正園、陳汝吟、陳彥元、蔡篤堅譯，*臨床倫理學：臨床醫學*

原則」以正當化治療的行為。³⁶或有以表面字義 (prima facie)，將「傷害」定義為錯誤之行為，以排除治療的雙重效果性；然定義「錯誤」已涉價值判斷，而此處之判斷相當恣意，因檢視治療是否屬於傷害之標準並不存在。

相同之爭議亦發生於判斷持續或移除治療屬於作為或不作為義務之時。傳統理論主張不傷害原則使醫師有不移除治療的義務（如拔除呼吸器）；但當死亡是病人唯一可被預見之將來時，義務究竟存在於持續或不移除治療，對於醫師或病人而言皆已無意義。進一步探究不傷害原則，可發現若此原則要求維繫病人「生命」，係根植於一種原初之理念：「生物性生命 (biological life) 為人類生命中唯一重要的因素」。然當傳記生命 (biographical life)、延伸生命 (extensional life) 等性質被考量後，選擇維繫或不維繫病人生命之明確性似乎越見模糊。³⁷綜上，為避免恣意和語意之混淆，本論文認為應將不傷害原則和利益原則結合成為「利益原則」，以便對單一行為做全盤考量，判斷該行為是否真正對病人有益。

第四原則為「正義原則」。正義之概念，自學說上觀察可謂相當分歧，哲學家們嘗試由不同面向探討正義，例如分配正義 (distributive justice)、刑事正義 (criminal justice)、矯正正義 (rectificatory justice) 等。公平也常被用以解釋正義，且當考量到醫療資源稀少性，如何分配稀少之醫療資源即成重要議題。³⁸

當一位醫師於照顧數位病患時，微觀的資源分配問題較為簡易；其基本原則應為最迫切者最優先。然整體觀察分配醫療資源之政策時，即難以解答。學者們提出許多不同理論，平等主義 (egalitarian) 應為目前之主流。³⁹平等主義提供每個

倫理的實務引導，美商麥格羅·希爾，2011年。頁145。

³⁶ Edge, Raymond S.; Groves, John Randall, *Ethics of Health Care: A Guide for Clinical Practice*, Delmar Cengage Learning, 3rd edition, chapter 3, 2005.

³⁷ 本說法出自美國學者 Jim Rachels。生物性生命指在生物學上的生命；傳記生命指生命過程之內容；延伸生命則指生命在軀體外與死後之延伸，可指精神性之延伸，亦可指基因性之延伸。由此說出發可證成人之生命何以有時可被差別性之對待。見 Ruddick, William, "Biographical Lives" Revisited and Extended, *The Journal of Ethics*, 2005 9 (3-4) :501-15.

³⁸ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Belknap Press, 1999，羅爾斯所提倡的正義即為一種公平取向的正義。

³⁹ Lo, Bernard, *Resolving ethical dilemmas: a guide for clinicians*, Lippincott Williams & Wilkins, 2009, pp. 242.

個體平等之機會，以使個人不因為不利之特質而無法獲得社會福利。此說似近於德沃金 (Dworkin) 主張的「鈍於稟賦」(endowment insensitive) 之平等主張。⁴⁰

雖亦有直覺論者認為，人在面臨複雜的倫理選擇時，可自然在短時間內運用腦中之信念而做出與精確分析後，產生和上述同樣的結論。此說是否屬實暫不討論，然以上之醫學倫理的理論基礎，提供我們面對複雜個案時可能的立場。

第二項 多元的醫學倫理形成者

倫理分析的方法論眾多，有時對於同一問題之答案會因人而異，甚或會因不同方法論而產生完全相反結果，從而形成「倫理困境」。然由何人決定何種行為或結果方符合倫理價值（即何為可接受的「正確」）卻難有定論。有論者以為應由專業團體內部自行形成。⁴¹但倫理指引的形成者在每個社會中不盡相同；醫學倫理的內涵不僅由個別醫師在具體個案中藉由實踐而形成，也有許多較具公信力的醫學倫理決定者：在較開放的地區，倫理準則可能是由公開的大眾論壇討論形成；在較傳統的社會中，大眾對於醫學倫理的共識可能更強烈，由此而生的社會壓力也更巨大。⁴²在人與人的互動越緊密、與社會分工越精細的現代，倫理指引的形成者已更加多元。以下介紹幾種常見的倫理指引產生者：

(1) 專業社群

研讀法律者欲進入醫學倫理的範疇，第一時間接觸的常是各大醫學會的倫理規約。在形式上，此種倫理規約為條文性且具有組織架構性；在實質上，各醫療團體亦為醫學倫理多元的形成者中之最有力者。醫學會會發表一系列醫學倫理之相關規定，並要求其成員自主管理，而以除名的方式制約其成員。雖然此規約不具有法的拘束力，僅完全依存於遵守者之意識，而被稱為軟法 (soft law)。相較

⁴⁰ Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000.

⁴¹ 郭良基，以知情同意為核心—探討醫學倫理與法律實務，國立清華大學科技法律研究所碩士學位論文，2006年。

⁴² Williams, John R., *Medical Ethics Manual*, World Medical Association, 2nd Edition, 2009.

於把倫理規約藉由法律型態之公權力強制施行（有稱為硬法（hard law）），有認為軟法更有迅速性、彈性與補充性。因法律無法趕上日新月異的技術，無彈性的法律恐限制醫療活動、與研究自由。⁴³

醫學社群總努力發展醫學指引，以期望使它們的會員知道如何行事。西元前425年的希波克拉底誓言即為師徒制下，師父為其徒弟提供的行為指引。此外世界醫師會身為唯一的全球性醫師社團，自日內瓦宣言開始，亦提供一系列的倫理指引，目前同樣出版有醫學倫理手冊。⁴⁴除此之外，各國或各科醫學會，例如美國醫師會、英國醫學會、精神科學會等也各自發表適合各科醫師的倫理指引。如我國之中華民國醫師公會全國聯合會，即發表「醫師倫理規範」，並要求醫師依該規範行事。⁴⁵此種類型的倫理指引，來源正是醫師團體的共識與自律。雖然常有人主張醫療專業的義務內涵即為醫學倫理，而行伸認為「倫理就是專業機制的內在規範，但經由專業團體提出的此等指引並非絕對價值」。⁴⁶亦有論者認為，目前存在的倫理指引，只是醫師團體單方面的專業倫理（professional ethics）。⁴⁷醫師若均依此類社群性的倫理指引行事，則因缺乏病人或社會的參與，且缺乏病患或他人的監督與修改，此時醫師的行為很難因而被正當化。⁴⁸若只認為醫學倫理為內規、屬於專業維持的一環而不適於由司法介入，則對於醫學倫理的觀察未免失之偏頗。

（2）醫學教育

台灣各醫學院在培育醫學生的過程中，紛紛導入醫學倫理的課程。⁴⁹現今醫學倫理課程的教學，認為醫學倫理不單為醫師的醫德與人格修養、不單為醫療專業

⁴³ 曾淑瑜，醫療·法律·倫理，元照，2007年，頁41。

⁴⁴ Ibid. 19

⁴⁵ 中華民國醫師公會全國聯合會，醫師倫理規範，網址 <http://www.tma.tw/ethical/doc/醫師倫理規範.pdf>，最後拜訪日期：2012年8月2日。

⁴⁶ 參見 曾淑瑜，醫療倫理與法律 15 講，元照，2010年，頁9。又見何清池，醫療倫理與法律，司法研究年報第26輯第13篇，2009年，頁62。

⁴⁷ Lo, Bernard, *Resolving ethical dilemmas: a guide for clinicians*, Lippincott Williams & Wilkins, 2009.

⁴⁸ Graham, D., *Revisitin Hippocrates: Does an Oath Really Matter?* JAMA, 2000 284 (22):2841-42.

⁴⁹ 以100學年度之醫學系教育舉例言之，國立台灣大學必修之「臨床倫理與法律」；國立陽明大學必修之「醫學倫理學」；國立成功大學必修之「醫學倫理學」，其主要課程內容在於培養對於倫理議題之敏銳度與倫理學問題之哲學思考（請見各校課程網之課程概述）。

的行規或執業水準，而是「運用道德推理於臨床決策」；目的在於使學習者「了解倫理議題目所在、運用相關知識分析問題、做出決策，以合乎倫理的方式進行醫療行為、並採取必要的步驟以改善現況」。⁵⁰主要之教學目標則為醫學倫理的基本知識與思維能力。可知當前醫學倫理的教育狀況，是容許醫學生或醫師在符合倫理原則下依自己的價值觀做選擇。以最流行的原則說為例，即是教導學生醫學倫理的四大或甚至六大原則，並使學習者在個案中得自行判斷何項原則更為重要。

從個案中學習的結果，或可學會在倫理困境中判斷的方法，但亦連帶無意中吸收教授者於課堂中所主導的價值觀。若教學目的達成，更可能出現醫師做出自己認為正確的決定，卻不為社會大眾所接受的狀況（例如信奉個人主義的醫師，認為任何病情都應直接與病患本人討論，而不顧家人的反對將病情告知癌症末期的患者），並因此造成病患家屬的不諒解。

（3）實體法

有許多規範倫理之命題已藉立法者之手成文化在實體法中。立法者自立法的过程勾勒出醫師之基本義務，在臨床醫療的領域，醫師法、醫療法、安寧緩和醫療條例、人體器官移植條例、人工生殖法、優生保健法皆有醫學倫理之具體化規範。有認為醫師法第 25 條第 4 款規定醫師執行業務違背醫學倫理，由醫師公會或主管機關移付懲戒，即為最明顯之例證。但本論文認為，本條並未指明「醫學倫理」之內涵，並將道德命題全權交由醫師懲戒委員會判斷，難以認為是醫學倫理之成文化規定。較具代表性之規範如安寧緩和醫療條例第 4 條使末期病人得立意願書選擇安寧緩和醫療，同法第 7 條並規定不施行心肺復甦術應行之程序，是對末期病患自主權之肯認；人體器官移植條例第 8 條規定醫院自活體摘取器官施行移植手術之一定程序，是對捐贈者身體權與人格權之保障；人工生殖法第 16 條禁止人工生殖選擇胚胎性別或使用混和精液等，係為保障人工生殖子女之利益。

⁵⁰ 蔡甫昌，以個案為導向之醫學倫理教學：以原則主義與決疑論之對話為進路，行政院國家科學委員會專題研究計畫期中進度報告，2004 年。

實體法中除強制性義務外，亦有無強制性或法律效果的宣示性條文；如醫師法規範醫師之各種義務；醫療法規範醫療機構應盡的義務，但醫師在為醫院執行業務時也需注意此等規範，否則可能違反與醫院之間的契約，或成為過失的認定。另亦有不具法律效果之條文；例如醫療法第 56 條設置必要安全措施、第 58、75 條出院追蹤、第 81 條告知病情與不良反應等。上述法律規範隱含著立法者的期望，認為醫師應如何行事才符合倫理。例如就對病人的忠誠義務而言，醫療法便鼓勵醫師主動對病人行出院後追蹤。前揭法律條文雖看似明確，但多數僅就立法者較重視者規定並賦予法律效果，而常缺乏細緻之規定，例如在有多種可行之醫療措施下，應如何取捨，立法者即未做說明，因此可發現實體法在形塑醫學倫理時僅扮演片段的角色。

其他尚有更為多元且細緻的互動模式，就多元性而言；例如媒體和輿論表達的意見，也可為形塑醫學倫理的角色之一。就複雜性而言，各醫學倫理體系形成者間存在更多的互動；例如立法者在考量何為妥當的醫學倫理價值時，也需要考量選民意向。此因非本論文重點，故不擬進一步探討。

第四節 醫學倫理對醫療行為決定之引導與醫師之困境

第一項 醫學倫理幫助醫師做出困難決定

僅從專業團體形成的醫學倫理觀察者，對於醫學倫理常見的誤解為醫學倫理為醫療專業，非專業的局外人難以置喙。但自本章可見，醫學倫理其實為「應用性的哲學」，而非僅為規範或約束當事人行為而存在；現代醫學是快速躍進、以研究為導向，並以實證醫學作為基礎之科學。而現代人對醫學的要求也越來越個人化、私密化、物質化，大眾要求最新的科技，也要求消除病痛以外的其他選擇（如雨後春筍般出現的醫學美容診所便為最佳例證）。故於臨床實踐上，出現許多新的情況需要由醫師自行決定，此時醫學倫理的思辨常被醫師應用在困難案件中。當

病人與醫師、病人與家屬、病人群體與社會整體價值產生衝突時，醫師作為醫療行為的執行者，幾乎需要瞬間以直觀判斷何者能為且應為，即在病患病況快速變化的情形下，以有限的資訊做出選擇。於此當下，醫師只能倚靠自己的價值觀、直覺與邏輯做出判斷，而無其他更即時的諮詢途徑。故醫學倫理在醫學技術越來越講求實效性與快速，且資訊越來越爆炸的近代，逐漸為人所重視。有論者便主張醫學倫理即為「在道德兩難中做決定」。⁵¹

由此可知醫學倫理有其積極正面功能。當遇到臨床上困難決定之案例時，醫學倫理有助醫師思考與判斷，而在臨床上落實其決定。⁵²較佳的倫理決定被認為有以下的特徵：「全面性」、「審慎」與「避免偏見與獨斷」。進行道德判斷的方式，則有論者提出原則主義七步驟：(1) 蒐集相關事實、(2) 確認道德問題、(3) 確認主要關係人、(4) 確認解決方案、(5) 對方案進行道德性評估、(6) 對方案行實際性評估、(7) 作最後的決定。而由上可知，完整與正確的蒐集事實，表達決定是審慎而非草率的判斷；確認相關的倫理議題，則可避免決定因為缺乏考量某些道德因素而偏頗；確認主要關係人，則代表對相關人權利或利益的重視與保障，避免判斷著眼於少數人的利益；確認解決方案是列出所有可能的解決方案，而避免預設立場；對方案進行道德性評估，是將每個可能方案所根據或違反的倫理原則與決策的理由列出，以確認把握各原則的真義；對方案實際可行性進行評估，是刪除因為法律、風俗、宗教、經濟等原因而無法實行的決定；做最後的決定時則要再重新思考過，避免貿然選擇雖不正確但容易施行的方案。⁵³

實際以臨床案例演練觀察：(1) 案例事實：「甲為 85 歲男性，其腹主動脈長有直徑 8.5 公分的動脈瘤，但平時需照顧家中患有中重度阿茲海默症的妻子乙。三個月前甲因腹痛就醫，丙醫師建議其開刀，否則隨時可能動脈瘤破裂死亡，丁

⁵¹ 楊秀儀，醫療人員所必備的倫理觀——倫理只是八股教條嗎？澄清醫護雜誌，2007 年，第 3 卷第 4 期，頁 4-7。

⁵² 黃苓嵐，醫學倫理教育——由理論到實踐，新文京，2009 年，頁 7。

⁵³ Williams, John R., *ibid.* 42, pp.103-118.

醫師則認為甲年紀大手術存活機率低。甲當時因為不希望無人照顧妻子決定不開刀，但現因動脈瘤破裂休克被送到急診室，不開刀甲將死亡，但急診室戊醫師無法聯繫到獨生子己。」⁵⁴ (2) 道德問題：本案例中的道德問題為甲先前拒絕手術之自主意思是否應被尊重？甲之生命利益是否優先於甲之自主意思？(3) 主要關係人：甲為病患本人、乙為甲之配偶、丙丁為意見不同之醫師、戊為目前需要作決定之醫師、己為法律上可代理甲為決定之人。(4) 解決方案：立即開刀、與暫不開刀，等聯絡到己再決定。(5) 道德評估：立即開刀違反甲先前明示之自主權，且當下未經病患之同意；不開刀則必危害甲之生命。(6) 實際性評估：由於兩方案均實際可行，立即開刀甲才有存活機會，且戊未取得甲或己之同意乃因情況緊急，但開刀甲可能因高齡立即於手術台上死亡；不開刀甲終會在數小時至數日內死亡，不開刀乃甲先前明示之意願，但甲失去存活機會則無法照顧妻子。(7) 最後決定：開刀；醫師所獲得的資訊是甲的第一意願實為照顧妻子，先前之所以拒絕手術也是本於相同理由，故戊推測甲若在當下清醒，其真實之意願應為願意開刀。需要特別強調的是，此時戊醫師決定立即開刀的理由，並非法律上生命權優先之論述，而是基於尊重甲之自主權，根據利益原則推測對甲而言真正之利益為何（盡量增加生命品質或盡量把握時間照顧妻子）而做出的決策。

第二項 醫學倫理內涵的模糊性

從上開案例可發現醫學倫理對醫師決策有實際上的重要性與可用性；但醫學倫理由於其多元的形成者且無絕對的有權解釋者，故其內涵具有模糊性

(ambiguity)。以下用醫師間最普遍採用之原則主義作為證例：採用原則主義之醫師甲在面臨選擇困難選擇的狀況時，其使用醫學倫理的過程為「根據不同的倫理原則，引申出原則導向的行為決定，並反思其所認為正當的價值以何者為優先，

⁵⁴ 本案例節錄自 Singer, Peter A. 著，蔡甫昌譯，臨床生命倫理學，財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會，2009年，2版，頁1-5。

以確認原則的射程」，即可得知醫學倫理原則以何者為優先；醫療專業在此過程的角色僅提供醫師特定行為決定的相關資訊，即特定行為可能的風險跟結果。然而甲醫師即便做出「決定」，也不表示問題就此結束，因倫理的討論有其極限：其一是醫學倫理領域中「正確的決定」並非像醫療臨床決定一樣非黑即白，能被接受的決定或許不只一個；其二是醫學倫理分析過程中許多概念是需要其他領域的專業介入的，例如何為「正常」、「理性的」、「善良管理人的注意義務」等，許多價值均需要被澄清與討論。⁵⁵此時倫理論述的平台在醫師與醫師、醫師與大眾、大眾與大眾之間形成。每一次晨會、病例討論會、網路上的醫聲論壇、新聞報導、大眾輿論都促成意見的交換，而經過一定的溝通與共識形成後，倫理論述逐漸形成一個系統性的倫理指引，並成為醫師普遍之最佳選擇。正因為醫學倫理形成的特徵如此多元，有時使醫學倫理的要求並無一個銳利切割而絕對正確的答案；因此醫師縱然經過倫理思辨的深思熟慮，做出的決定仍然未必與他人相同。

從醫學倫理的起源與變遷的探討，可發現在某些核心的普世價值之外圍，實際上是模糊而有變動的空間；或甚若時空背景不同、醫療的特性改變時，基本價值也可有所變動。雖然醫學倫理並非可恣意主張的偏好，而是理性分析的過程，但從其多元的方法論來看，即可知醫學倫理結論的產生並非僵硬的過程，並無一特定的方法論佔有絕對優勢；因在方法論中就蘊含著價值觀。⁵⁶多元的醫學倫理指引產生者也顯示出醫學倫理之價值並無一至高無上的絕對有權宣示者。各醫學倫理指引的產生者都有其影響力，但所形成的指引亦皆有不一致或不完整的地方。醫學倫理的過程是藉由一多方言說之平台，逐漸形成一種「鈍」的結論的過程。縱醫療提供者與病患社群逐漸產生某種共識，此共識在細部仍可能分歧。

由於科技日新月異、個案氣象萬千，醫療人員在從事各種醫療行為時必然需要有一「銳利」的行為決定以應付實際情形。導致醫師有時在臨床醫療上有時需

⁵⁵ Clouser, K. Danner; Medical ethics: some uses, abuses, and limitations. Jones and Bartlett Publishers, In Jecker, Nancy S; Jonsen, Albert R.; Bioethics, An Introduction to the History, Methods, and Practice, Jones and Bartlett Publishers, 1997, Section 4, pp. 93.

⁵⁶ 例如採效益主義分析者必然認為效益可以藉由某種利益衡量。

要成為醫學倫理的詮釋者，根據「鈍」的醫學倫理指引加上自己的價值觀，使用一定的方法論做出「銳利」的決策。因此醫師須從模糊的醫學倫理指引中導出確切的醫療行為決定，這注定使各別醫師可能有不同的選擇。因為每位醫師根據的實質價值論據並不相同，而此選擇即有可能和法院將來的判斷產生衝突。

雖然對醫學倫理與法律體系的詮釋是不同的論證，但從形式上觀察，醫學倫理亦是一種理性出發的評價體系，是利用道德哲學的理論及研究架構，以探討醫學領域的問題，而有自己的方法論；從實質上觀察，醫學倫理背後的實質論據與法律的最終價值可能有某程度的貫通性，包括公平、正義、人權等基本價值，顯見法院應在法律評價某程度上尊重醫學倫理的內涵。從技術上而言，可以是修改醫師的醫學倫理評價以符合法律評價，也可能是法院在行法律評價的過程中某程度上尊重醫學倫理的評價。無論如何，醫學倫理的價值需要以某種法律適用或法律解釋或是其他的方式進入法律的規範體系中。故於下個章節，本論文欲介紹當前醫學倫理在法律適用過程中的地位，並探討是否可以藉由當前的法律適用對於醫學倫理指引的模糊性進行補強。

第三章 法律適用的過程及醫學倫理與法律之互動

自第二章獲得之結論可發現，通常在臨床醫學個案中，醫學倫理係於第一時間指引醫師做決定之準則。但當個案進入法院，進行第二次評價之法官乃依據法律的規範。為達整合醫學倫理價值與法律價值之目的，有必要先瞭解法官的價值判斷如何加入在法律評價的過程。本論文以下欲先對於目前法律適用與解釋的過程作概略介紹。需特別強調的是，本論文並不嘗試進入法律適用與法律解釋的學說爭議，不做全面性的介紹，也不欲進入法理學中對於法律詮釋是否存在正確解答的法實證主義與自然法學派的爭議；而僅是探求法律適用過程的特徵，期於求得此特徵後，得以明白法律適用的過程如何與醫學倫理的價值加以整合。

第一節 法律適用之價值中立或價值取向

法律適用的過程究竟為何？較廣為人知的理論乃邏輯三段論法，即將特定之案例事實，置於法律規範要件之下，而獲致一定的結論。簡言之即以法律規範作為大前提，特定案例事實作為小前提，當認特定案例事實符合法律規範要件，即使其適用該法律規範之效果。⁵⁷然在以上看似簡單的過程間存在更多的爭議，因法律規範並非如表面所見的那樣清楚，若法律規範只是人人皆可理解之規則，則受規範之人只需理解規則，並加以遵守與行動，不需要額外的適用。⁵⁸

上述說法顯然不切實際，因有時特定事實是否符合規範要件相當模糊，或將某法律規範適用於某特定事實會產生荒謬的結果；此時在法律適用的過程中，法官的認知將會介入，並從其認知出發，找出法官認為最適於某特定事實之法律規範，並將該法律命題以最符合其所追求的價值之方式呈現；此即「規範應恰當於事實，事實應恰當於規範來做成」。⁵⁹每遇個案事實（小前提），法律適用者實際所為係在成千上萬的法條中尋找萃取出屬於此個案事實的大前提，而後確認適用此大前提之結果是否符合公平正義的要求。準此，法律適用的過程最終不僅是實務所言的「選擇適用之法令」，仍包括選擇完所應適用之法律後，如何「探討法律之真義，期求適應社會情勢」的問題。⁶⁰

⁵⁷ 王澤鑑，法律思維與民法實例，王慕華，1999年，頁240-241。

⁵⁸ Endicott, Timothy A.O., *Vagueness in Law*, Oxford Univ. Press, 2000, pp. 174.

⁵⁹ Baumann, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. S. 61: 「Die Norm muß sachgerecht, der Sachverhalt normgerecht gemacht werden.」。轉引自黃茂榮，法律解釋（上），植根法律，2005年，第21卷第8期，頁4。

⁶⁰ 最高法院刑事判例25年非字第139號：非常上訴之提起，以發見案件之審判係違背法令者為限，徵諸刑事訴訟法第四百三十四條之規定，至為明顯，所謂審判違背法令，係指其審判程序或其判決之援用法令，與當時應適用之法令有所違背者而言，至終審法院之判決內容，關於確定事實之援用法令如無不當，僅係前後判決所持法令上之見解不同者，尚不能執後判決所持之見解而指前次判決為違背法令，誠以終審法院判決關於法律上之解釋，有時因探討法律之真義，期求適應社會情勢起見，不能一成不變，若以後之所是即指前之為非，不僅確定判決有隨時搖動之虞，且因強使齊一之結果，反足以阻遏運用法律之精神，故就統一法令解釋之效果而言，自不能因後判決之見解不同，而使前之判決效力受其影響。民國25年01月01日。

第一項 法律適用中的價值取向之形成

欲達「探討法律之真義，期求適應社會情勢」之目標，對於法律規範的條文進行「法律解釋」與「法律補充」都是法官可用之法律操作。有時法律解釋與法律補充方法會被認為僅係法官隱藏心證之工具，尤其對實證法學主義者而言，或會主張法律規則雖有一定不可變動的核心；但若個案屬法律的外延時，則法官可以恣意地定義他對某語義的想法；因法律授權法院可在此情況下對法律爭議做出權威性的決定，而未必要以所謂「公平正義」為原則。⁶¹也有主張價值不應在檢驗法律的標準中占有一席之地，否則最高法院法官本身所抱持的價值將左右一般百姓；然因最高法院法官通常是被任命而非民選，故將價值納入之司法建構機制有違民主。⁶²但縱為法實證主義者，仍無法排除法律制度之根據包括某種道德或正義。⁶³在法律適用的過程中，唯有以公平正義為目標，才能盡可能做到「發現的法律規範與事理相符；認定的法律事實與規範相符」。⁶⁴無論一法律詮釋者就「公平正義」採取何種見解，其非得承認法律適用的過程存在某種價值取向，因為法律規範並非為自身之存在而成為其終局目的，而是利用法律規範追求某種目的。⁶⁵但若欲追求某目的，法律的適用過程勢必要存在某些價值取向，此等基本價值取向即為法律之意旨所在。「法律之意旨是藉由立法機關以立法過程形成在法律中，但需藉由法院或行政者（在大多案件中實際上為法官）進行萃取與詮釋。」初步達成以上結論後，本論文以下之討論並非從價值中立出發，而是以某種特定價值取向的特徵為基準，介紹法律解釋與法律補充的操作過程。⁶⁶

⁶¹ Hart, H.A.L., *The Concept of Law*, Clarendon Press, 2nd edition, 1994, 1961, pp. 96-97.

⁶² 林芳丞，從「平等的關懷與尊重」論司法裁判實踐公平正義之可能性，國立政治大學法律學研究所碩士學位論文，2006年，第二章，頁42。

⁶³ Timothy Endicott A.O., *ibid.* 58, pp. 181-182.

⁶⁴ Tipke, *Die Steuerrechtsordnung*, Band III, Köln, 1993, S.1294. 轉引自 黃茂榮，法律解釋（上），植根法律，2005年，第21卷第8期，頁16。

⁶⁵ 黃茂榮，法律解釋（上），植根法律，2005年，第21卷第8期，頁17。

⁶⁶ 在法理學的爭論上，有認為單純的法律解釋若不包含法律的創造，則才是法律的適用，此時不屬於「法律的詮釋」，但也有認為法律創造和法律解釋只是詮釋的強度問題。（Timothy Endicott A.O.,

第二項 價值取向的法律解釋

若可認同法律解釋的過程係探求法律意旨的過程，則可為認此意旨即在追求正義在人類共同生活上的體現，故法律解釋要以一種可被理解的方式去滿足人類社群生活的法律上需要。⁶⁷準此，法律解釋僅針對具體個案才能進行，不能恣意地開發無盡的解釋可能，因此法律解釋欲達之目標，是使制定法以某種衡平的、可被理解的方式來規範具體個案中當事人間的關係。⁶⁸

第一款 範圍性因素

行法律評價時之價值取向，看似僅為法官個人意見，但「在法體系內闡明價值」的本身並非恣意的決定，它是從體系內部受到拘束的。在法體系內若要闡明價值取向，在實務上主要需利用憲法之基本的價值決定（如人民的基本權利應予保障）、規範於各法律中之一般原則（如公序良俗原則、誠實信用原則等）以及不確定法律概念，來擔負其於法律解釋或適用上的角色。⁶⁹這使法官的價值選擇在一開始即受到某種範圍性的限制。本論文引用學者黃茂榮的見解，認為文義解釋與歷史解釋均可被當作法律解釋的範圍性因素。

（1）文義解釋

由於法律解釋的活動不可能外於明白表示的文義，而文義解釋在法律評價的過程中為價值萃取設下一定的範圍，故有主張文義解釋是法律解釋的開始與終點者。⁷⁰文義為某用語在一般言語習慣上被了解的意涵，但用語若在法律學界或專門

ibid. 58, pp. 180) 本論文所指的「法律補充」即為法律創造的某種形式的展現，但若認為只是強度問題，則法律解釋可能也包括某程度的法律創造，但這些皆為太上位的法理學概念，有些是文字的定義問題，此處不欲深入探討，提出僅為澄清，因本論文的目的是在於瞄準可在判決中操作的法律詮釋方法。

⁶⁷ 王澤鑑，同註 57，頁 290。關於正義的定義與爭議，本論文不欲詳加定義與討論，但認為關於法律解釋的目標可以有更細緻的操作，容後於第四章中詳述。

⁶⁸ 黃茂榮。法律解釋（上）。植根法律，94 年 21 卷 8 期，頁 5。

⁶⁹ 黃茂榮。法律解釋（上）。植根法律。94 年 21 卷 8 期。頁 18。

⁷⁰ 王澤鑑，法律思維與民法實例，王慕華，1999 年頁 264。

行業可能有約定成俗的意涵，則該意涵即為通常文義解釋的結果。但若有其他因素（如對法律意旨的追求），文義解釋也可以某程度的擴張或縮限，一旦法律解釋的活動超過可能的文義，則將進入下一階段的法律補充活動，此即文義解釋的範圍性功能。⁷¹盡量使法律解釋在文義範圍內，則是為維持法律的安定性。

（2）歷史解釋

立法機關藉由制定成文法，將社會上可能發生的事件加以規範，並求得當事人之間的衡平，法律解釋因為是將立法機關的抽象要求具體化的活動，故必然受到立法歷程的限制。以往的主觀說和客觀說即是根據此種見解產生的爭議。⁷²

歷史解釋主觀說論者認為，法律解釋應探求歷史上立法者真正的企圖，如此法官所為之法律解釋在時間線上才能達到一定程度的一致，而對人民遵守法律而言有較高的法安定性。對主觀說常見的批評為：誰才是真正的立法者曖昧不明；且縱使確知誰是歷史上真正的立法者，也無法直接證立當時立法者的意思就是最高應被遵守的效力依據。另外主觀說對於法安定性的主張也被質疑；因為若一成不變地遵循過去的價值判斷，固然可以使社群中的人們較明確地知道須遵守的規定，但此價值卻不一定持續適用在當前社會的具體情況。最後自立法活動的本質言，立法是一種較片段的規範活動，立法者僅能就其當下能預見的狀況進行規範的條文具體化，但司法機關將會面臨現實事件未被立法者所預見的情形。若不允許法院進行動態性延伸的法律實踐，則法治國家將無法達到對事務圓滿的判斷。

相對於歷史解釋主觀說，客觀說者則主張，成文法由頒布時起即脫離立法者的思想控制；因此法律解釋者應從法條、章節或法律本身尋找真正的法律思想。因為受規範的人民實際上無法接觸立法者；其唯一可接觸者為法條，故著重於文義可被人民所認知的意思，始能提高法安定性。對於客觀說的批評，則是法律文字本身只是法律思想的載體；若缺乏立法者意思，則本身不存在被遵守的理由。

⁷¹ 黃茂榮。法律解釋（上）。植根法律，2005年，第21卷第8期，頁38。

⁷² 王澤鑑，法律思維與民法實例，王慕華，1999年，頁260-261。

且縱使法官在解釋法律時執著於文義，文義仍常是變動且具多重意義的，故主張文義本身較有法安定性的考量，亦缺乏依據。最後，若完全不考量立法者的意思，則法律意旨將完全依照偶然的法官本身抱持的價值而變動，此反係侵害法的安定性與可預見性。

由於主觀說與客觀說皆無法獨自完成法律價值的追求，復有學者提出折衷說，努力將主觀說的「立法者意思」與客觀說的「時間因素」結合。但因為無論如何修正，都無法真正照顧到一切歷史解釋因素，所以目前仍無較為圓滿的學說。但吾人可以認為，歷史解釋是要求一個思考的過程，並要求在此思考過程中，所有主觀和客觀的要素都被考慮而被延續；因此文義解釋和歷史解釋共同為法律解釋設下了範圍。⁷³

第二款 內容性因素

(1) 體系解釋

當法律解釋受範圍性因素定下一定的限制後，內容性因素即為探求法律確定意旨的活動。法律意旨以法律編制的體例被闡明，即某法條被定在何法之何一編章節款項中，此被學者通稱為法律的「外在體系」。⁷⁴外在體系使法律的解釋需要考量前後文（context）而使詮釋者無法斷章取義，且當法律中出現價值矛盾或規範矛盾時，法律的外在體系亦使此種矛盾得以於某程度上被解決。當矛盾無法被解決時，即需以法律補充加以填補，此時已跨越法律解釋的範疇。⁷⁵

至若法律之「內在體系」，係指法律的詮釋者在解釋法律的過程，應盡量使法的秩序統一。⁷⁶惟此內在體系和外在體系當整合觀察，體系解釋的過程事實上即為循環詮釋的要求，一方面外在體系方便詮釋者找到法律中晦澀不明的法律價值，一方面內在體系方便其他詮釋的參與者事後做法律價值的審查。

⁷³ 黃茂榮。法律解釋（上）。植根法律。94年21卷8期。頁32。

⁷⁴ 王澤鑑。法律思維與民法實例。王慕華，1999年，頁268。

⁷⁵ 黃茂榮。法律解釋（下）。植根法律雜誌。94年21卷9期。頁4。

⁷⁶ 王澤鑑。法律思維與民法實例。王慕華，1999年，頁271。

(2) 目的解釋

法律目的之探求，扮演法律解釋方法中決定性之地位。因法律既為調解當事人之衝突而存在，則於利益衝突時，法律目的即需被抽出作為澄清。⁷⁷法律目的一旦被抽出，可以確立某種內在秩序的統一，雖然仍非全面性的統一，但比起單一法條的價值判斷，目的解釋可自更高的階層對衝突權衡做出說明。自此角度觀察，目的解釋事實上是追求內在體系的一致，雖然仍非完全一致，但已可幫助解決許多問題。目前實務上常被抽出的原則包括誠信原則、比例原則、平等原則等。⁷⁸然前揭原則何時需被強調，並無一定具體的標準；個別法官在運用上也常產生不同的結論。⁷⁹

第三款 控制性因素

(1) 合憲性解釋

從外在體系的解釋中可觀察得知：憲法第 171 條第一項規定「法律與憲法牴觸者無效」，因此解釋法律時也應求解釋結果與憲法要求的意旨相同，此即為法律解釋的合憲性。合憲性可認為是法律體系要求的延伸：解釋不只是在同一法律之內需要貫徹一致性，在不同法域間因屬於同一法體系，所以仍有循環詮釋的要求，即詮釋需要自我完成。復因憲法經常是決定基本價值的法律，追求合憲解釋也是某種對於憲法價值的追求。

從目的性解釋吾人可以發現，法律的價值經常以原則被表現出來。這些原則在憲法中尤其被明白地宣示，例如法治國原則、社會國原則等；故欲自價值取向觀察法律，就必須取向於憲法。⁸⁰故當法官抽出某一原則作為法律解釋之結果時，憲法作為一價值取向的基本宣言，亦扮演複查檢驗的功能。若法律解釋之結果不

⁷⁷ 王澤鑑。法律思維與民法實例。王慕華，1999 年，頁 292。

⁷⁸ 這跟醫學倫理中的原則主義不謀而合，雖然倫理原則可以做為解決問題的一般指引，卻無法在所有個案中全面使用。

⁷⁹ 對於困難案件原則之間要如何處理，容本論文在第四章中提出具體的方法。

⁸⁰ 黃茂榮。法律解釋（下）。植根法律雜誌。94 年 21 卷 9 期。頁 14。

符合憲法規定，則該解釋便是違憲；若一法律在範圍性因素內無法得到合憲的解釋，則該法律便可能違憲。於後者之情形，或可由法律補充以得到一合憲的結果，但此已不屬法律解釋的範疇。⁸¹

第三項 價值取向的法律補充

第一款 接續法律解釋的法律補充與其存在之必要

法律補充係一接續法律解釋的活動。它是將一件需要裁判的案件，取向於法律的體系與價值，採取一種法律見解，並將之引為裁判的依據。⁸²一般常有認為法律補充的特性即為法律詮釋的活動超過「文義的範圍」；然而法律的文義有時開放，例如不確定法律概念，便需經評價性地補充始能被適用到具體的案件中。⁸³此時「文義的範圍」仍然不足以清楚界定法律解釋和法律補充之差異；可能存在某些開放性的概念，使可能的文義幾乎可以隨興延展。⁸⁴有學者因此主張，法律解釋與補充沒有區別的實益——因為法律解釋和法律補充都有相同的、探求立法意旨和找尋妥當的規範的任務，且法律解釋和法律補充皆有自由評價的模糊性。⁸⁵然畢竟於實務上，某些法領域（如刑法）仍對法律補充有不等程度之禁止，故於法學方法上區辨法律補充和法律解釋仍有其重要性，僅不應太過拘泥於概念法學。舉一最極端的例子：在刑法的法域內雖然某程度上禁止法律補充，但若法律見解在文義解釋的範圍內任意變動，使前後見解產生不同之法律效力時，此時的影響甚至大過對法律漏洞進行法律補充的效果。綜上，不應只因從目的之觀點觀察，認為法律解釋和法律補充均為建構法律價值而存在，就放棄對兩者區別；否則將使法律的

⁸¹ 黃茂榮。法律解釋（下）。植根法律雜誌。94年21卷9期，頁14

⁸² 黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法（下），植根法律，2006年，第22卷第2期，頁1。

⁸³ Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 7. Aufl., 1999, S.63. 轉引自 宋恩同，結果取向的憲法解釋與適用，國立政治大學法律學研究所碩士學位論文，2006年，頁61。

⁸⁴ 如如誠信原則在法律體系中並沒有明確的特徵，在可能的方向內只要法官依循在法律架構下的誠信方向展開，則皆屬法律解釋的範圍。

⁸⁵ Wieacker, *Gesetz und Richterkunst*, 1958, C.f. Müller Verlag, S. 6. 轉引自 黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法（中），植根法律，2006年，第22卷第1期，頁38。

詮釋完全失去形式法治的要求，而淪為菁英專擅的價值建構。⁸⁶

第二款 司法機關啟動法律補充的權力與義務及補充的界線

對於法律補充的闡述，首先要認知何時需要與可以啟動法律補充。學說常有以「是否存在特定類型的法律漏洞」來做為發動法律補充的條件，故不免要先提到著名的「法律漏洞」理論。⁸⁷漏洞按照功能目標的評價，可以被描述的特徵是「對品質有影響其功能的欠缺，且此欠缺為不受歡迎的」；此概念被借用到法律討論上，即用以指稱法律體系上違反計畫的不圓滿狀態。⁸⁸但因為漏洞的概念是固定的，使漏洞的分類因為學說的演進越來越多，法律適用卻是隨時間面臨不同具體個案的過程，若對於所有法律認為不圓滿的狀態都需要一一套進漏洞概念始能進行法律補充，則只會使對圓滿的追求越發困難。⁸⁹準此，本論文主張當認為判斷法律有無漏洞僅係為分類的方便，以便在認定漏洞的過程中對法律補充達到某種啟示。

若漏洞的分類不是啟動法律補充的要件，則何時是啟動法律補充的要件？歸納法律需要填補的不圓滿的特性，可以發現法律補充啟動的特性：當一生活事實不屬法外空間⁹⁰，但 1. 法律對之無完全的規範；2. 法律所做的規範互相矛盾；3. 法律對類似的案型做了規範，但對之未做規範；4. 法律對之作了不妥當的規範。⁹¹歸納其原因，無非是 1. 立法者思慮不周；2. 因法律上有意義之情況變更，例如

⁸⁶ 黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法（中），植根法律，2006 年，第 22 卷第 1 期，頁 13。

⁸⁷ 若採用法律漏洞理論，啟動法律補充前要先套用特定類型的法律漏洞，因為有些不圓滿性不被認為是「真正的法律漏洞」。例如立法政策的不圓滿性，被認為是留給立法者專屬的空間，因為是立法者的政策考量，即使不與改進也仍然能達到法律規範的功能，因此不可說是需要填補的法律漏洞。見 黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法（上），植根法律，2005 年，第 21 卷第 12 期，頁 6。

⁸⁸ 黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法（上），植根法律，2005 年，第 21 卷第 12 期，頁 5。

⁸⁹ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S.368. 轉引自 宋恩同，結果取向的憲法解釋與適用，國立政治大學法律學研究所碩士學位論文，2006 年，頁 62。

⁹⁰ 法無明文規定時，一件事實是否為法律事實是社會變遷與法律演變的結果。有時法律根本不需要存在或不適宜用法律規範的項目就是法外空間，此時法律未為規範只是因為它們非法律事實，不用藉由國家權力介入。Meier-Hayoz, N. 255ff. zu Art. 1 ZGB. 轉引自 黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法（中），植根法律，2006 年，第 22 卷第 1 期，頁 18。

⁹¹ 黃茂榮，同註 86，頁 34。

「演變式體系違反」⁹²；3. 立法者自覺對擬予規範之案型的了解還不夠，而不加以規範。⁹³只要社群對事務有規範的期待，但法律體系規範產生應存在卻不存在，或不存在而應存在的狀態，則適用法律的機關不但有權限也應有義務予以補充，而且法律補充的行為無法僅用業經存在之法律原則為基礎，也應考慮超法律之原則。⁹⁴

從權力分立的理論，可推導出司法機關行法律補充的正當性。首先權力分立之下除法律保留事項外，還需要具體制定規範的適當內容；委任立法的制度因此被承認。⁹⁵由此觀察，立法機關的立法權性質變成非專屬而僅係優先的立法權，司法機關則取得對立法機關制定之法律的法律補充權。此法律補充權的限度是補充於立法機關的，且僅針對個案的：在有利人民的情形下，司法機關得為法律補充，因為有利的法律補充並不帶來對關係人不測之不利利益。⁹⁶其次憲法尚使司法機關取得對立法機關的法律審查權，包括體系違反審查權與違憲審查權。立法機關享有優先具體化憲法原則的權限，若憲法價值被忠實地貫徹，則下位的規範在邏輯和原則上就不會矛盾。但若產生矛盾，司法機關在法律適用之階段基於權力互相尊重的概念，即應盡可能透過法律解釋和法律補充排除此種體系的違反與矛盾。⁹⁷若一矛盾縱使透過法律解釋和法律補充均無法排除，則此種體系違反即因違反平等原則而具違憲性。⁹⁸由於法官依憲法第 80 條「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」之獨立審判的原則，若遇違憲之法律，得停止審判而將

⁹²演變式體系違反，指法律在設計之後，因為情事之發展或價值之改變，產生新的規範需要，而現有的規範不能滿足新事務，且有時若不介入規範，該事務存在的狀態可能跟社會的期待有落差。為了解決當下的問題，人們需要借重前人的經驗，但此經驗又可能跟新問題有所矛盾。見 黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法（中），植根法律，2006 年，第 22 卷第 1 期，頁 16。

⁹³ 黃茂榮，同註 82，頁 22。

⁹⁴ 黃茂榮，同註 82，頁 36。

⁹⁵ 見司法院釋字第 360 號解釋理由書：「依憲法第二十三條之規定，國家對於人民之自由及權利有所限制，固應以法律定之。惟法律對於有關人民權利義務之事項，不能鉅細靡遺，一律加以規定，其屬於細節性、技術性者，法律自得授權主管機關以命令定之，俾便法律之實施。行政機關基於此種授權發布之命令，其內容未逾越授權範圍，並符合授權之目的者，自為憲法之所許。」

⁹⁶ 黃茂榮，同註 82，頁 7。

⁹⁷ 黃茂榮，同註 82，頁 9。

⁹⁸ 黃茂榮，同註 82，頁 10。

該違憲法律提起釋憲；若法官拒絕適用違憲之法律，則對於拒絕適用所產生的法律漏洞，即應透過法律補充加以填補。⁹⁹

第三款 法律補充之方法

固然法律補充為司法機關對於價值的追求，而價值取向的法律適用亦使法律適用得以超越純邏輯的考量，但仍不可因此使法律適用的結果失去透過法學方法加以驗證的可能性。若法律體系之價值無法透過法律適用具體化，則法律所要求之價值即淪為口號而無法實踐；若不體系性地貫徹法律價值，則所謂對於「具體個案」的「個案正義」考量，將淪為恣意的藉口，而成為法官從事僅屬個人衝動的感情性評價。¹⁰⁰若法律解釋僅為一種指引，則部分跳脫文義限制之法律補充所要探求的價值，需要被更系統性的闡明。而於行法律補充活動時與法律解釋相同，仍應考量範圍因素、內容因素與控制性因素，以免補充的內容與法律明文有所抵觸而造成體系的矛盾。法律補充之方法詳如下述：

(1) 類推適用

當法律體系的價值矛盾存在於法律規範關於類似案型有明文規定，但該特定案型卻無明文規定，即可使用類推適用的法律補充方法填補矛盾。依照平等原則，因為相同的案型應為相同處理，故此時的不圓滿係立法者未貫徹法律價值而行作為義務所引起，則該價值的矛盾應透過類推適用予以補充。¹⁰¹

(2) 目的性擴張

目的性擴張是用於填補已被規範之案型、與未被規範之案型之法律事實類似性不足；故無法以類似性作為規範欠缺之論據，而無法直接將類推適用作為法律補充的方法；此時則需要訴諸既存規範的意旨以擴張到目前未規範的案型。¹⁰²目的性擴張與目的性縮限，皆以立法意旨做為調整規定適用範圍的依據；且目的性擴

⁹⁹ 黃茂榮，同註 82，頁 11。

¹⁰⁰ 黃茂榮，同註 82，頁 14。

¹⁰¹ 黃茂榮，同註 86，頁 3。

¹⁰² 黃茂榮，同註 86，頁 5。

張處理的生活事實，與法律明文規定者不同。此類缺失的來源是因為法律明文選取的類型過度具體，因此為貫徹立法意旨，需要將類型再度抽象化。¹⁰³

(3) 目的性縮限

若法律之立法意旨沒有對規範對象做必要的區別，而將不該被一起規定的案型規定在一起，則需要將規範對象做必要的區分，將適用的範圍依規範目的予以縮限。目的性縮限的要求亦為平等原則的貫徹，即不類似之案件應做不同的處理。

104

(4) 創制性的補充

創制性的補充特別可能被運用在醫療此等快速變化的領域中。當欲處理之生活事實有加以法律規範的必要，卻無法藉以上三種方法找到規範依據時，便需要行「立法的嘗試」。¹⁰⁵創制性的補充即為法官對於法律中構成要件不規範的生活事實，根據其所認定的法律價值，引用條文效果來行法律補充。

第二節 法律與醫學倫理之互動及司法實務對醫學倫理法律性質之認

定

第一項 法律與醫學倫理對立之雙重體系認定：靜態的觀察

因醫療人員於第一線面對病人時，經常需要快速且準確地在第一時間做出判斷。而臨床醫學倫理是在社群規範為何尚未明瞭的當下，唯一能指引醫療人員的行為準則，也是為能使醫療體系中，醫病之間與醫療人員間都可有良性的互動，而促使醫學的永續發展而存在。故其對醫療人員的重要性不容小覷。但在多元價值的現在，當社會對於人與人的衝突要求一個唯一解，面臨醫療決定的難題，醫

¹⁰³ 黃茂榮，同註 82，頁 43。

¹⁰⁴ 黃茂榮，同註 86，頁 6。

¹⁰⁵ 黃茂榮，同註 82，頁 46。

師在第一時間做出的決定可能受到事後的評價；例如嗣後被病人指責、被家屬質疑、被同事與上級問難、被社會大眾譴責等。其中醫師們最看重的，且最具有公信力與確定性的莫過於法院在訴訟中做出的法律評價；法官則扮演此第二時間評價者的角色。然與醫學的進步或跟大眾的要求相比，法律的進展卻近乎牛步。醫師在執業時常常面臨的是法律規範上的不確定，因此醫師往往僅能根據共同形成的倫理指引行事。與此同時，從法律的觀點而言，倫理的要求可能僅為不成文的「公共秩序」或「善良風俗」，雖於某些時候成為法官進行判斷的標準，但在傳統上卻被認為是獨立於法律之外的一個價值體系。

傳統的醫學倫理，被認為是一群人的行為原則，與社會的道德不一定全然相通。¹⁰⁶如此推論之下，醫學倫理是由醫療專業團體在內部形成，較著重醫療服務提供者在行醫時的善意與良好的技術。但在法律的構成基本面上，是從權利的保護出發，著重醫療服務接受者的權利和利益。自以上兩種不同的中心思想出發，會衍伸出在個案中出現醫學倫理與法律規範的衝突。因而在兩體系之靜態觀察上，常有人將行為以(1)合倫理且合法、(2)不合法且不合倫理、(3)不合倫理但合法、(4)合倫理但不合法的方式分類。¹⁰⁷此種區分方法之實益不無疑問。概述如下：

傳統上常有認為道德就是法律，法律就是最低限度的道德，此說以為只要合倫理之行為必然合法。然而合倫理之行為卻有可能與法律之判斷無涉。法律有其跳脫道德規範之面向，在行政法中尤其常見，如交通法規中行車靠右之規定。從倫理的角度觀察，靠左行駛不即違反何等道德要求，故無法直接解釋為何逆向行駛即須受罰；反從法律的角度觀察，既已存在一秩序性之一般性規範，則為大眾之行車安全，倫理自不能不考量法律規範。此時是由立法者先宣稱靠右行駛為合法，才使靠右行駛成為符合倫理之決定。又不合法之行為亦不可即推論為不合倫理。如1987年任職於台大醫院之外科醫師朱樹勳，完成台灣首例人體心臟移植，卻因當時人體器官移植尚處於人體試驗階段，因器官捐贈緊急不及報備，而遭衛

¹⁰⁶ 何清池，醫療倫理與法律，司法研究年報第26輯第13篇，2009年，頁129。

¹⁰⁷ Herring, Jonathan, *Medical Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 14-15.

生署依當時之醫療法第 17 條處以罰鍰 5 萬銀圓。¹⁰⁸又如 2001 年間淡江大學講師陳希聖罹患猛爆性肝炎，五親等之表哥欲捐肝，臺大醫院卻受限於當時之人體器官移植條例限制三等親內始能行活體器官捐贈，而錯失換肝時機。上述案例中緊急開刀實係為搶救病患、與保障器官捐贈者之意願與人格權，而符合醫學倫理之要求；之所以可能違法，需要由法院判斷是否為立法者之形成自由存在需要填補的法律漏洞。

由於醫學倫理與法律之判斷無法單純以「合倫理則合法，不合法則不合倫理」歸類已如前述，故仍需區分四種情形討論。第一類情形指合倫理且合法之行為，此類型囊括大部分的醫療行為，因為多數的醫療行為並不會導致太複雜的決策問題、侵害病患權利的機率亦小；例如病患感冒來到診所，醫師於身體檢查後向病患解釋檢查結果與開立感冒藥。上述行為雖然也涉及潛在的倫理與法律之議題，例如用藥與身體檢查之病患自主權問題，但因所涉及之議題皆相當直觀與簡單，可以輕易地判斷行為之合法性與合倫理性。第二類情形指不合法且不合倫理之情形，最典型之案例為醫師將健康病患之卵巢切除，並以卵巢癌之組織調包檢體，以詐領健保費與商業保險費。¹⁰⁹此行為於法律評價上係醫師意圖為自己與病患不法之所有，以詐術使保險人將保險費交付，依刑法第 339 條第一項構成詐欺取財罪，而無阻卻違法與阻卻罪責事由；於醫學倫理評價上，雖不一定違反病人自主原則（病人可能同意切除健康卵巢），也不一定侵害病人利益（病人可能寧願以卵巢換取保險金），但於正義原則的考量下因為侵害第三人的財產權、侵害整體全民健康保險財務的健全，而有害於他人法益與公共利益，被認為不合於倫理。

¹⁰⁸ 張明蘭，促進台灣地區腦死患者器官捐贈之可行性探討，國立成功大學政治經濟學研究所碩士學位論文，2003 年，頁 38。

¹⁰⁹ 張翠芬，中國時報，假罹癌真切除詐保案情擴大 署基、高醫 共罰 2.43 億，2010 年 4 月 14 日。

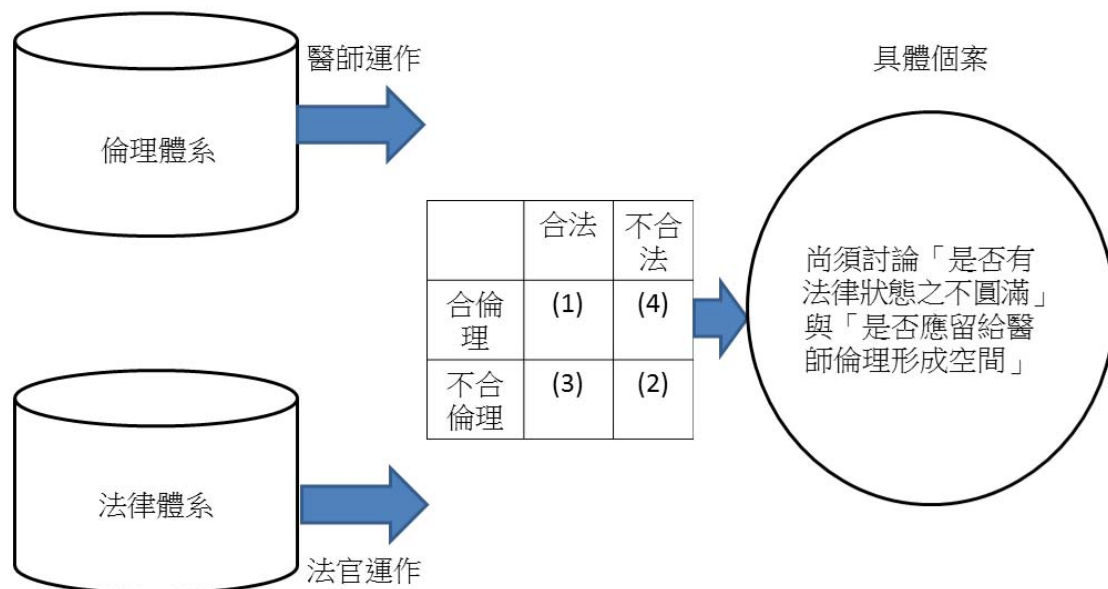


圖 1 對醫學倫理與法律體系之靜態觀察

第一款 不合倫理但合法之行為

不合倫理但合法的情形，論者多有舉例，但本論文以為尚可細分為三種態樣探討。第一種為無法律效果源自立法者思慮不周或演變式體系違反，此種子類型並非真正的「合法」；因其並不屬法外空間，而需要由法官於法律適用時努力填補此種立法之不圓滿。例如我國之人工生殖法雖於民國 96 年 3 月 21 日公布施行，但僅禁止複製人而無對於複製人身分地位之明確法律規範。然於倫理的討論上，學說幾乎一面倒地反對複製人作為本人之子女或弟妹。¹¹⁰雖然如此，若一法官遭遇複製人之身分問題，仍應由具體個案探求現有之身分法如何賦予該複製人子女身分保障之地位，¹¹¹而於某些情形似可類推適用民法第 1065 條第 1 項使捐細胞者得

¹¹⁰ 蔡甫昌，醫學實驗室中的道德問題 複製人的倫理爭議 3 之 1，健康世界，2003 年，第 209 期，頁 81。

¹¹¹ 李淑瓊，人工生殖子女法律地位之研究，國立政治大學法律學系碩士班學士後法學組碩士論學位論文，2002 年，頁 37。

認領該複製人子女。

第二種為不合倫理之行為無法律效果。此時探究特定生活事實之所以不屬於法律事實之原因，或立法者有立法形成自由，或對特定事件有意留給當事人「形成空間」，此種子類型源自立法者自覺對擬予規範之案型的了解還不夠，而不加以規範；則此時本無「合法」與否之問題。於前者之情形，雖不賦予法律效果，法官仍可由法律體系中萃取出對此行為所抱持之價值態度；於後者之情形，法官則本應尊重立法者之原意，而認為個案當事人之判斷即屬正確之判斷。¹¹²例如在縱膈腔出血而心跳停止之病患，急診室開胸術係唯一能挽救性命之方法，但真正遇到病患有此情形時，是否要採行此術式？¹¹³由於病人之病況嚴重加之台灣醫師對於此術式並不熟悉，目前成功率為零。故縱認個案中之醫師有作為義務，其不作為與病患死亡間亦客觀上無法認為有因果關係。醫師行為決策之考量點則為，是否要為搶救微乎其微之生命而奮力一搏，或是要保留遺體之完好，不要讓病人血肉模糊地離開。由於我國對於生命至上或遺體完整之追求何者為重尚在發展當中，留給當事人形成空間未嘗不是法律之期待。

第三種為對法律規範之誤解，將實際上為不合法且不合倫理之行為誤解為合法。例如醫師甲因為健保有給付急性腎盂腎炎（acute pyelonephritis）之住院治療，為增加收入，即誇大病情恐嚇病患須住院。有論者以為因為住院合乎健保給付規定而合法。¹¹⁴但本論文認為，此說忽略醫師甲之行為實際上係屬全民健康保險法第53條第三款「使用經事前審查，非屬醫療必要之診療服務或藥物」，甲之行為依全民健康保險法第81條第一項屬「以不正當行為而領取保險給付」，應處以罰鍰。綜上，以「合法但不合倫理」將行為分類並無實益，因對於第一與第二種子類型仍須分別處理。

¹¹² 對於法官應如何萃取法律體系中之價值，容後詳述，詳見第三章第二節第一項 醫學倫理的價值應與法律的價值相重合。

¹¹³ 郭良基，以知情同意為核心—探討醫學倫理與法律實務，國立清華大學科技法律研究所碩士學位論文，2006年，頁22。

¹¹⁴ 郭良基，以知情同意為核心—探討醫學倫理與法律實務，國立清華大學科技法律研究所碩士學位論文，2006年，頁23。

第二款 合倫理但不合法之行為

合倫理但不合法之行為，根據論者所舉之實例，本論文認為亦可分為三種態樣。第一種是賦予之法律效果源自立法者思慮不周或演變式體系違反（法律不能與時俱進）。此種子類型並非真正的「不合法」，而是需要由法官於法律適用時努力填補此種法律狀態之不圓滿，使其獲得特定行為獲得「合法」的結論。舉例而言，在優生保健法立法之前，醫師甲若為遭強暴之婦女乙墮胎，依刑法第 289 條，構成加工墮胎罪，而無阻卻違法或罪責事由。此種純然以胎兒生存權為上，而忽略孕婦生涯規劃與身體自主權之法條，法官於法律適用時，或可藉法律補充，認為甲之行為係醫師基於利益病患之道德良知而無不作為之期待可能性並阻卻違法。

第二種是醫師誤認其合倫理的行為，實為忽略社群有其他的價值考量而可能不合倫理；亦有可能於醫學倫理領域尚有爭議之行為，在法律體系中業可得出特定的價值選擇。於此種情形，法官更應明確地說明個案中法律價值之取向，以確立將來何為符合社群價值之醫學倫理選擇。舉一常見的例子，即醫師為使病人符合健保給付的標準而偽造病歷：雙磷酸鹽類（bisphosphonate）與抗骨蝕作用的藥物因為藥價昂貴、病患眾多，目前健保給付治療骨質疏鬆的標準因此非常嚴格，嚴格到超過當前醫療常規認為應介入治療的標準。¹¹⁵但病患若沒有多處的脊椎骨折等併發症，則醫師雖然建議病患治療，想要治療骨質疏鬆卻需要每月自負數千元到一劑上萬元之藥費。若甲醫師發現老年男性某乙無法負擔藥費，則此時是否應偽造病歷以使乙符合健保的給付標準？甲所此處面臨的倫理議題，是利益原則與正義原則的衝突，究竟是要為脊椎壓迫性骨折而生活品質堪慮的乙申請健保給付，還是考量健保作為全民「互助」的制度而應該追求公平的資源分配？甲可能基於

¹¹⁵ 蕭力暢、史明偉、李怡靜，雙磷酸鹽用於骨質疏鬆症治療之探討，藥學雜誌，2010 年，第 26 卷第 4 期，頁 110-115。

效益主義的考量，認為藥費對於全民而言僅為小的損失，但對乙而言有極大的助益，而主張自己雖然偽造病歷，但符合醫學倫理的要求。

然從法律的觀點可以發現，在行政法上依全民健康保險法第 81 條以虛偽之證明、報告、陳述而領取保險給付或申報醫療費用者，處以其領取之保險給付或申報之醫療費用二倍至二十倍之罰鍰。在刑法上，因為病歷被定性為醫師於執行醫療業務時所製作的有關病人醫療事項的文書，而屬於業務文書。¹¹⁶準此，醫師故意登載不實事項於病歷上，損害健全的社會保障制度，依刑法第 215 條構成要件該當於業務登載不實罪。至於病人甲骨質疏鬆的狀態因為不符合緊急危難之情狀，在阻卻違法事由上亦不該當刑法第 24 條之緊急避難情狀，亦無阻卻罪責事由；醫師的理由在法官而言僅屬於刑法第 57 條第一款犯罪動機作為科刑輕重之衡量。本案例更可證實醫師在依照醫學倫理的原則進行判斷時的盲點。醫師如同廖添丁一般交互補貼，是劫富（健保資源）濟貧（乙）的行為，但其所主張的醫學倫理，只是小規模的正義；其沒有意識到的是，在現代法治社會中，健保體質的完整，與大眾對於健保公平的信賴，亦是需要被考量的社群價值，也是醫學倫理實際上應追求之目標。

法官間可能因其對法律價值認識之不同，將醫師「違反法律」之同一行為評價為第一種或第二種次類型。但是在困難個案中，醫師有時藉由其醫學倫理之選擇，對於社群價值究竟何在提出挑戰。本論文主張法官在評價醫師之倫理考量之時，亦應於司法審查之層次給予醫師一定之「形成空間」。¹¹⁷首先在醫療行為中，考量到醫師係在急迫與時間壓力下為第一時間之判斷，跟事後法院緩慢思考的結論不可相提並論，應容許醫師一定的判斷誤差；其次即使是當前法律體系所擁抱之價值，亦非完全無改變的可能，倫理之適用者與法律之適用者是共同塑造當下最合乎社群期待之價值；因此法官仍應盡量將個案中醫師之行為詮釋為「合法」。

¹¹⁶ 李聖隆，醫護法規概論，華杏，2005 年，5 版，頁 342。

¹¹⁷ 此司法上之「形成空間」類似行政法上的「判斷餘地」，至於此形成空間之範圍為何，容後詳述。

第三種為對法律規範之誤解，將實際上合法且合倫理之行為誤解為不合法。舉例為病患甲患有痔瘡，於放棄內科療法後，要求乙醫師開刀治療。乙因此於告知病患時未告知手術之原因（內科治療效果不彰），便逕行開刀；有認為此行為違反醫療法。¹¹⁸然而此個案中之病患甲實際上已了解開刀之原因且，亦同意開刀，乙之未告知是基於其對於病患背景之特殊認識，而未違反醫療法第 63 條前段「醫療機構實施手術，應向病人...說明手術原因...並經其同意...始得為之」所規定之告知義務。

第三款 小結：雙重體系認定之不切實際

本論文認為，面對困難案件中有爭議之行為，實無法先將行為歸類在圖醫的特定方格中，否則將產生邏輯上之謬誤。為將特定行為歸類，仍需要經過一個反思均衡（reflective equilibrium）的、眾多考慮互相支持的過程，以使所抱持之實質論據最為合理。¹¹⁹當法官面對一看似合於倫理之行為，首先需要判斷當事人之行為是否與法律體系所預設之理想狀態相符合。若是固然很好（此時即為合倫理且合法之行為）；若否，則法官有兩個選擇：或認為此處有法律狀態之不圓滿進而為法律之補充；或認為該行為實與立法者所預設之理想社會生活不一致，而否定當事人所優先奉行之倫理原則。當法官面對一看似不合倫理之行為，仍須判斷當事人之行為是否與法律體系所預設之理想狀態相符合。若否則可認其為不合法且不合倫理之行為；若是，則此時法官亦有兩個選擇；或認存在法律狀態之不圓滿進而為法律補充，或認此實為立法者有意留與當事人自由形成之空間，而不介入評價。

由於傳統見解對於法律與醫學倫理僅做靜態面向之觀察，而認為其中存在衝突，並將醫療行為依「合法」、「合倫理」與否劃分並無實益；反而是其中之子類型「是否有法律狀態之不圓滿」與「是否應留給醫師形成空間」有討論之必要。

¹¹⁸ 郭良基，以知情同意為核心—探討醫學倫理與法律實務，國立清華大學科技法律研究所碩士學位論文，2006 年，頁 25。

¹¹⁹ Rawls, John, *A Theory of Justice*, Belknap Press, 1999, p. 18-19.

因為若有法律狀態之不圓滿，則需討論如何由法院於法律適用時加以填補，或進一步如何由立法者藉由立法過程加以填補。至於若認為應留給醫師決定之形成空間，則應討論法院於行法律適用時得介入醫師倫理之程度。然而在進行對於以上議題之深入討論前，需先建構得以支持醫學倫理與法律互動的模型。本論文主張，醫學倫理與法律之間的關係不只是兩個靜態的、可能互相衝突價值體系，更存在動態式的互相形成影響的過程。而本論文進而主張此二體系實際上均追求相同之社群價值，故於操作過程中應該盡量整合以達不同層次與階段的社群價值再確認。以下欲先簡要描述法律與醫學倫理之互動模式，並於後續章節中討論整合之必要性與方式。

第二項 法律與醫學倫理之實質互動：動態的觀察

第一款 醫學倫理影響法律形成

首先從法律的角度來看，醫學倫理看似形式上不對法律建構的過程產生任何拘束性。即從憲法的角度觀察，只有立法委員可以代表人民行使立法權，故於法律缺漏而立法者欲增訂法律規範時，學理上可以抵禦倫理要求的直接入侵；亦即法律並無片面義務將倫理的要求成文化並賦予強制力。然而立法委員們的意向不免受到外界的影響，首先是選民的支持度：一般大眾做為病患究竟期待得到怎樣的醫療服務，醫療服務提供者在醫療架構中期待怎樣的行為方式與地位；其次是由特定族群構成的利益團體對立法委員的遊說；最後是提供選舉經費的金主，因為提供政治獻金而可能產生巨大的影響力，例如醫院、醫師團體、醫藥廠商等都對於法律建構體系產生一定的刺激。遊說的過程不一定是民主的腐敗，因為多數時候社群的價值衡量也將藉此進入立法的考量中。立法者若是單純詢問自己的信念，而受自己的價值引導而形成法律，但形成的法律卻嚴重悖離醫師或民眾的價值判斷，則大多數的人民將只是選擇性地遵守或普遍性地不遵守，也將使執法單

位產生執法困難，進而危及人民的法治精神與對法律的尊重；或當執法單位選擇性地執法，而違反官方行動與法律的一致性，可能產生不正義的後果。¹²⁰此時甚至會有惡質的民眾將此法作為威脅與權力鬥爭的手段、或將訴訟與司法程序作為遭遇醫療不幸或醫療意外時的報復手段。因此，建構醫療相關法律的過程中，是無法與現存的醫學倫理脫節的。

第二款 法律影響醫學倫理形成

法律規範的形成過程，事實上也影響倫理的形成過程，立法者經常成為終結醫療行為爭議的角色。簡單地以近半世紀最重要的「病人自主決定」作為例子。在傳統醫療倫理發展的過程中，父權主義思想（paternalism）一直是主要的觀念，因為發現疾病的存在，人們開始接受疾病並非上天的旨意或天譴。治療疾病的工作也從以前的祭司或神父，移轉到醫師的手中。醫師的工作則因此不可避免地帶有神祕性。人們選擇將身體交給醫師而非交給天父，由醫師幫自己做最好的決定。但從天賦人權的思想與個人主義興起後，人們逐漸欲將決定之主導權收回自己手中。從聯合國的人權宣言中將身體權列為基本人權就可一窺端倪。許多國家的憲法中均開始有身體權為基本人權的概念。與此同時，在醫學倫理的領域，也開始逐漸強調病人自主決定。父權主義殘留的領域，在醫學上逐漸剩下對無意識或無法做出決定的病人如何形醫療行為，以及對於兒童應該如何做出醫療決定。但是父權主義與自主決定此兩相衝突的原則應該如何平衡，在沒有決定性的判斷者之前，由個別醫師作原則的取捨即會產生爭議。此時需要靠法律規範的介入與醫學倫理的自我改變來使之平衡，以求提升病人的尊嚴，並使醫師在邊緣案件（marginal case）中保有裁量的空間；否則一旦平衡點失當，可能造成極端的結果。¹²¹

¹²⁰ 李茂生，動物權的概念與我國動物保護法的文化意義，月旦法學，2003年，第94期，頁155-180。2003年4月。沈宗靈，法理學，五南，2007年，2版，頁64。

¹²¹ Gross, M. L., Treating competent patients by force: The limits and lessons of Israel's Patient's Rights Act, *J Med Ethics*, 2005 31 (1) :29-34. "There are no grounds for respecting a patient's less-than-informed refusal of treatment."

從我國的立法歷程的角度觀察即可發現，立法者亦扮演對於模糊的醫學倫理價值作出具體化判斷的角色。近代從個人主義興起後，病人自主決定的聲浪漸漸高漲，但醫師在醫病關係中的不對等的高位仍然存在。例如高風險的手術是否須經病人自行評估風險後同意？以往並不盛行「手術同意書」，多是醫師口頭告知，由醫師為病人自行評估並是否承擔風險；即使在美國逐漸發展「告知後同意」（informed consent）法則之時，於我國對於醫師是否應放棄當時普遍之「醫療特權」仍多有爭議。但我國的醫療法從民國七十五年公布施行後為此爭議初步劃下句點。舊法第四十六條（現行法第六十三條）即要求醫師在手術前應「取得病人或其配偶、親屬或關係人之同意，簽具手術同意書及麻醉同意書；在簽具之前，醫師應向其本人或配偶、親屬或關係人說明手術原因，手術成功率或可能發生之併發症及危險，在其同意下，始得為之。」此規定劇烈地改變以往的醫病關係，使醫師不再能獨斷地為病人做決定。民國 84 年後衛生署也陸續公布標準的手術與麻醉同意書格式，使醫師在得到病人或家屬的同意前需要更加完善的告知。¹²²

第三款 醫學倫理之價值係與法律之價值相重合

自倫理分析之角度思考，可能認為法律規範是用於限制倫理的選項，甚至有時因此與倫理產生衝突。¹²³本論文認為此見解係忽略法律責任亦為倫理考量的一環。亦有認為法律討論不應搶佔倫理的討論，縱某醫療個案可能涉及法律議題，但法律討論仍不能解決倫理問題，因倫理問題必須也只能透過倫理概念與推理來分析。

¹²⁴以上說法本論文認為某程度上正確，因醫學倫理有其不具法律效果的議題。但本論文主張雖然某些醫學倫理的要求會被認為是法外空間，即法律規範不涉入之空間，而缺乏對於特定生活事實的法律事實之闡述與法律效果；但是在這些行為選

¹²² 衛署醫字第 84052263 號，民國 84 年 08 月 14 日。

¹²³ 從本論文第二章第四節對於醫師倫理決定的描述，可發現醫師會將法律規範的限制放在決策的第六步驟實際性評估中，從而認為法律是用來實際上限制倫理的選項。但實際上不符合社群信念的道德從非真正應被考量的倫理判斷，而只是個人信念。

¹²⁴ Jonsen, Albert R et al. 著，辛幸珍等譯，臨床倫理學：臨床醫學倫理的實務引導，美商麥格羅·希爾，2011 年，頁 202。

擇的背後，其價值考量和社群所追求的法理念仍在某程度上相重合。

舉例言之，如醫師應否守時？自法律的分析以觀，民法上醫師之給付遲延依民法第 231 條第一項「債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害」，係以否造成損害作為負擔賠償責任的要件。醫師縱使每日看診遲到，只要病患未發生損害，法律即不賦予法律效果。但本於倫理的考量，醫師當維持與病患良好的信賴關係，其遲到的漫不經心態度，雖對病患無實質損害，但可能危及醫病間之信賴感，進而降低溝通效率與治療效果；故為提升醫療品質，自醫學倫理層面思考，應會要求醫師準時。此即為純粹的醫學倫理之考量，而非立法者所欲介入之生活事實。故亦有學者主張法律是倫理的最低標準，只要合乎倫理者必然會合乎法律，許多不符合醫學倫理的行為在法律上不一定給予評價。¹²⁵但本論文認為，無法律效果只表示法律體系對於某事實不予評價，並不表示不抱持特定態度。法官若解釋民法第 148 條第二項「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」之誠信原則，仍可認為守時的給付是契約的要素之一；故法律體系雖不賦與法律效果，卻仍期待當事人以守時的方式面對彼此的契約。

當然立法者也可能對特定生活事實之故意不予評價，係留待社會自由形成。此時當可認為「自由形成」本身即為社群所肯認之價值，作為法律適用者之法官基於權力分立之原則，亦應尊重立法者之判斷，而在個案中尊重當事人之行為決定。舉例而言，病患某甲為「人類免疫缺乏病毒」(Human immunodeficiency virus, HIV) 感染者，其至醫院求診時要求醫師乙不得對其妻丙洩漏該訊息。丙嗣後果遭甲傳染 HIV，檢察官得知後並以刑法第 278 條第一項重傷罪起訴乙。在本案中，法官觀察本案事實，可以發現乙丙間並無契約存在，乙以未告知之不作為致丙受有感染病毒之重傷害，但乙依刑法第 15 條第一項並無告知丙該事實之法律上義務。至此法官可以得到的結論是乙對丙無保證人地位，其不作為並非刑法應評價的行為，因此構成要件不該當於重傷罪。雖乙未告知丙之事實不構成法律事實，而無

¹²⁵ Hall, Jacquelyn Kay, *Law and Ethics for Clinicians*, Jackhal Books, 2005, pp. 6-8.

任何法律效果，但法官綜覽各法域之法條或可發現立法者對於本事實抱持開放之態度。首先從刑法第 316 條，可發現乙若告知丙甲感染 HIV 之事實，可能構成要件該當洩漏業務上知悉持有秘密罪，但乙可依刑法第 24 條主張告知係為丙所為之緊急避難行為，而阻卻違法。在行政法上，依人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 14 條，醫師以防治需要，可洩漏感染者姓名與病歷等相關資料。又縱丙以民法第 184 條侵權行為起訴乙，依第 184 條第一項前段，乙因對丙無保證人地位，其不告知之不作為難認有何故意或過失。又乙本對甲有保密之義務，難認乙之不告知係有背第 184 條第一項後段所規定之善良風俗。最後若依第 184 條第二項使乙負損害賠償責任，需乙有違反保護丙之法律致生損害於丙。觀諸人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 14 條之文義，可發現該條乃規定醫師「可」洩漏感染者姓名與病歷等相關資料，且立法理由係為達對病人隱私之有效保障，解釋上應認本條係為免除醫師之保密義務而存在，並非為保障丙而存在，而難認為是保護丙之法律。故此處乙醫師是否選擇洩漏係根據其倫理信念自由決定，社群僅能由個案中累積對於類似案件究應由何人來保護丙之共識。

綜上可證，醫學倫理之價值即使是在無法律效果之情形，亦無法外於法律體系所闡述之價值，因而醫學倫理之價值係與法律之價值相重合。此重合又可分別由法律原則與價值取向兩層級觀察。首先從法律原則之層級觀察，可發現醫學倫理的原則主義方法論之推導方法，幾乎與價值取向的法律適用方法重合。回顧醫學倫理的開展與變遷，可發現醫學倫理之原則自始即為限制醫師行為而存在。醫師經醫學倫理的開展後所得到者為原則性的指引；而醫師的任務是詮釋這些原則，並具體化在個案中應對病人為何種行為。法官的任務則為對法律條文的詮釋：或自整體法律中發現法律原則，或自個別條文中歸納出特定的法律原則。而法理之各項原則使法官在面對法律規範未明或法律明文存在矛盾的情形下，亦能探究出最適當的法律適用結論，而能在個案中具體判斷醫師應為之行為。

其次自價值取向觀察，醫學倫理的價值幾乎可完全內化（internalized）至法律

價值本身。許多規範倫理之原則已反映在實體法中，如安寧緩和醫療條例、人體器官移植條例等。但於法律適用過程中，仍需要透過法律要件認定時與後設倫理之整合以達規範倫理之實踐。現代醫學倫理原則的要求因亦為價值要求，而與法律體系之價值要求相符合，除為實然也是應然。吾人難以想像存在兩相衝突的價值體系皆為同一社群所欲。否則此時會產生社會中行為準則的混亂。簡單舉例以論證醫學倫理原則如何內化至法律原則中。首先病人自主原則，可被認為和人權保障的概念相通；在立法建構中的具體化，則存在醫療法對於醫師為醫療行為的告知後同意規定中。不傷害和利益原則的內涵，則除與人權保障相關，亦有社群追求效益最大化的原則考量；對於此原則的追求，主要具體化於刑法對於傷害的禁止。而正義原則除具體化於緊急避難中，而可被認為是價值衡量外、正義原則以及對於社會福利的要求，亦可作為對於醫師行為最終理念的檢證。當醫師發現自己面臨醫學倫理中的困難案件時，從法律體系出發，或可尋得屬於社群中的「較佳解答」。

若能接受憲法亦是一種價值取向的法律宣言，則法院在判斷某一生活事實之法律狀態時，由於法規範之體系性，每適用法律就同時包含憲法的適用；對法律的解釋就包含憲法的解釋。¹²⁶憲法的規範對象，傳統認僅為規定國家組織與規範國家行使公權力的基礎，而不涉及私人。然此種公私分明的劃分法，於現今人民權利保障為中心的思考下已無人採。¹²⁷若接受基本權的第三人效力理論，則不論採直接適用說或間接適用說，醫學倫理的價值都因此而得涵攝到法律價值的判斷中。故可得推論者為，當追求價值一致的社群面對一具體案件，無論是第一時間的有權解釋者或第二時間的審查者，皆應盡量以單一人格對社群訴說某行為背後所根據的信念。若一醫療判斷中的生活事實屬於法律事實，則法官將法律原則經過法律適用的過程具體化在個案中的結果，其行為決定的判斷應盡量和醫學倫理之判

¹²⁶ 黃茂榮，同註 82，頁 11。

¹²⁷ 黃叔鈴，論基本權之第三人效力與保護義務—以關愛之家判決為例，東吳大學法律學院法律系法律專業碩士班碩士學位論文，2008 年，頁 9。

斷相同，因醫師亦是透過倫理的方法學將其所認知的社群價值表現在具體個案中的決策中。

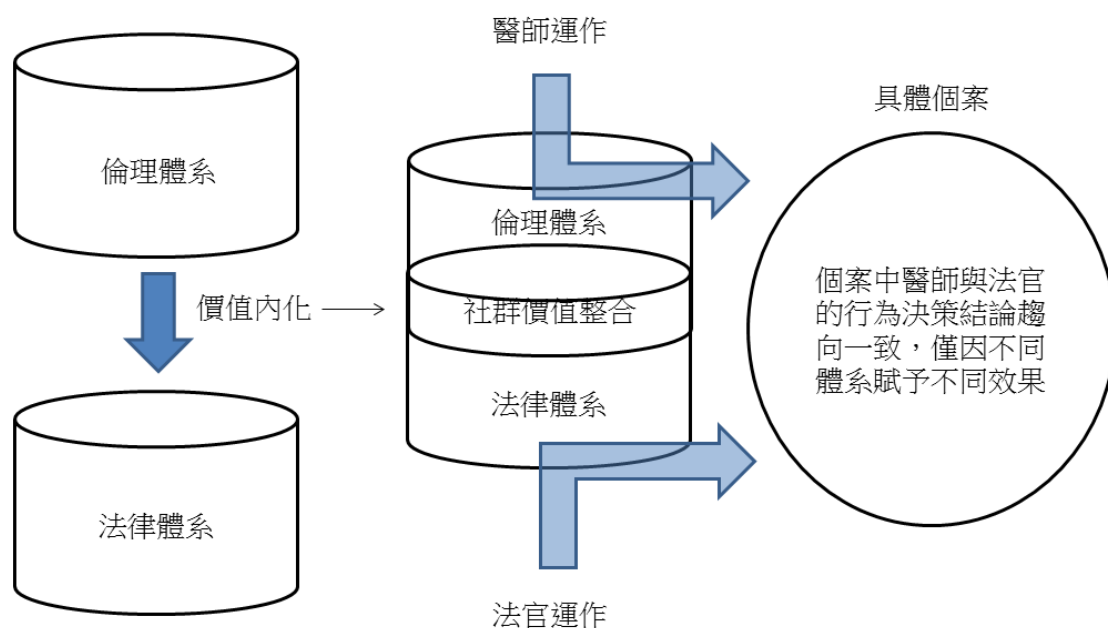


圖 2 對醫學倫理與法律體系之動態觀察

第三項 法官適用法律時容易忽略醫學倫理的地位

雖然法律體系與醫學倫理體系存在實質的互動，但在司法實務上，法官適用法律時多採兩體系分別討論的見解。因為醫學倫理雖然對法律建構產生一定影響，但不能直接入侵法律體系而內化成為法律規範，故醫學倫理即使的確對醫療人員而言有規範性，也顯非法官所適用的法律。在刑法上不是直接決定是否有故意過失的要件，在民法上也非決定權利義務的準據。有論者便認為「如果在談法律問題的時候拿出醫學倫理，等於上法院的時候主張自己按照佛教的一百零八誡行事，死路一條」。¹²⁸ 因為法律評價過程中，醫學倫理的價值只可能藉由立法進入法律規

¹²⁸ 鄭逸哲，「附隨義務」最高法院 98 年度台上字第 1835 號民事判決評釋與談人，台中醫法論壇（VI）-實務判決與實證研究-第四場：醫療糾紛實務判決，2011 年 12 月 17 日。見 元照影音論壇

範體系，例如醫療法中告知後同意的要求、人體器官移植條例中禁止醫師擅自摘取器官之要求等。其餘未進入法律體系的醫學倫理原則，則只被法官認為是習慣、或法理，例如我國雖有緊急醫療救護法與施行細則，但僅規定緊急醫療的人員訓練與設備設置，急診醫師跟據醫學倫理的正義原則引申出的檢傷分類方法，並沒有被引進任何法律規範中；當急救的順序產生爭議，法官適用的會是緊急避難中的比例原則的法理。

首先探討習慣的性質：在承認習慣與法理得為法源的法域。例如民法，在第一條即規定「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理」。雖然在民法法域法官應兼顧事實狀態，因為形成習慣者乃在規範領域中生活的全體人民。然而縱於民法中，習慣仍僅具候補性質，亦即只有在制定法及習慣法對之皆無規定的情形。事實上的習慣才得依民法第一條成為法源。因此習慣對於法官而言，僅是法律補充的材料。¹²⁹

至於法理在法律上的地位，因為上述同樣的原因，可以成為法律補充的材料，但為認定法律的詮釋是否符合正法的要求，法理不僅止於候補性質，尚為審查法律的標準。¹³⁰法官詮釋法律的探求中，可以發現法理或存在於法律明文、或雖無明文，但存在於法律的規範基礎中、或存在於法律之上。¹³¹存在法律明文中的法理很容易發現，如憲法第五條的民主原則、第七條的平等原則。存在於法律的規範基礎中的原則，則需要從法條中萃取；如比例原則，雖然廣為人知，被認為是法律中利益權衡的原則，但中華民國的法體系對此並無明文，反於憲法第 23 條、行政程序法第 7 條對於權利限制的判斷、民法第 148 條對於權利濫用的判斷、刑法第 23 條對於防衛過當的判斷、第 24 條緊急避難的權衡中可以體現比例原則的存在。

元照影音論壇，臺中醫法論壇（VI）—實務判決與實證研究——第四場：醫療糾紛實務判決（二）—「附隨義務」最高法院 98 年度台上字第 1835 號民事判決評釋／與談人：鄭逸哲教授-1
網址：<http://www.anglepedia.com/plate/web/mediamsg.jsp?UI=angle&CI=128&p=4&MI=6916>。最後擷取日期 2012 年 4 月 26 日。

¹²⁹ 黃茂榮，同註 82，頁 20。

¹³⁰ 黃茂榮，同註 82，頁 21。所謂「正法」係相對於「惡法」而言，是對於「惡法非法」的爭議。

¹³¹ 黃茂榮，同註 82，頁 22。

一般而言，從多數法律中都可以歸納出的原則，越有說服力，但也有可能存在相反於該原則的法律規定。第三種存在於法律之上的法理，不但沒有明文，也無法從法律規範中推導出，而為法理學對於法律存在最高價值的探討，優先於一切法律而存在的前提，通常被稱為法理念。法理念通常被認為是公平正義，而已溢出法院可適用的範圍，屬於法理學討論的內容。然而法律的詮釋一旦與此類最高位階的理念抵觸，則很有可能淪為「惡法」；因此法理念要藉由其他下位原則的整合與確認方能具體實踐。

從法理念產出的價值位階太高而無法直接由法官適用，經常由其所延伸出的具體原則，對法律之詮釋已有不少貢獻。¹³²但正因為引申出的原則為法律價值的下階層概念，法律原則之間仍可能有衝突與矛盾的產生。此時法官的工作即為藉由法律解釋、法律補充，體系性的判斷各原則之間的關係，並去除矛盾，以確認特定法律原則的適用範圍；最後藉由法理念的檢驗，判斷對法律的詮釋是否符合「正法」的要求。

如此而論醫學倫理的價值難謂不受考慮，畢竟許多醫學倫理原則已存在實定法中，且法理為法官的法律適用劃下一定的範圍，從法理學的角度經常批判的是實證法違反法理（即法律原則）時，則該實體法的拘束力是否仍存在將產生動搖。但不可諱言的是法理則尚僅屬於一些抽象的正法價值觀點或原則，其具體化尚未達到能供法官直接適用於個別案件的程度。¹³³反之，從法條中若剛好能發現業經具體化的生活事實，則適用上相對容易。因為法律的適用是一種由下而上的過程，從法律選擇、法律解釋、法律補充、歸納出法律原則、再以法理念檢驗的過程，故法官容易因為種種的理由，而在法律適用之過程中對法律的原則視而不見，即於判斷法律要件是否該當時忽略原則性的考量。若法官未將醫學倫理有系統性的考量，其產生的負面影響，將於下節中討論。

¹³² 黃茂榮，同註 82，頁 34。

¹³³ 黃茂榮，同註 82，頁 21。

第三節 整合法律適用與醫學倫理之訴求

第一項 雙重體系之司法實務見解對於醫療行為產生負面影響

法律適用本應是價值取向的，但現今之法律適用者，或多以時間不夠而拘泥於形式上的限制（判決先例、約定成俗的法律解釋），或以個人情感取向、或以任意之事實結果取向作為判決的依據。¹³⁴此種缺乏法律價值取向的判決同時導致法律與倫理上價值的混亂，雖然醫師仍可根據判決所形成的倫理指引行事，但缺乏法律地位的醫學倫理造成行為準則的鴻溝（gap）。倫理與法律的雙重體系判斷，將使醫師的倫理判斷與法官的法律判斷出現分歧。當醫師遇到醫學倫理上的困難案件或甚至高風險病患時，不能說完全會排除醫學倫理原則的要求，但採取的行動方向必然朝向符合法院期待的行為而變化。因為醫學倫理的要求不具強制性，且具有某程度的可變動性，也鮮少有醫師因為倫理問題被醫師公會懲處；然暴露在眼前的「法律危險」卻可能帶來鉅額的賠償金、吊銷執照、或甚至刑事制裁，因此法院的法律判斷結果若毫不考慮醫師的倫理判斷，則醫師的行為模式將產生兩種結果：第一種是法律判斷將完全覆蓋醫學倫理的要求，則醫師可能完全將醫學倫理的要求永遠置於第二順位，只求避免陷入法律危險之中；如此將產生防衛性醫療。¹³⁵第二種則是因為判決而修改原本可能的倫理判斷，而導致醫療行為的混亂。

第一款 防衛性醫療

當醫師發現其依據醫學倫理做成的自我判斷可能輕易被法院否定之後，將會失去對自己行為正確性的把握。隨著時代與社會的演進，醫療越發興盛，資訊越

¹³⁴ 宋恩同，結果取向的憲法解釋與適用，國立政治大學法律學研究所碩士學位論文，2006年，頁19。

¹³⁵ 陳聰富，醫師更需要了解法律。中國時報，2008年1月26日。

發普及，民眾與醫師的互動只會增加，而可預見的醫療糾紛也將越來越多。雖然為追求社會大眾的醫療健康，醫師在法律上被要求對病患做某程度的自我犧牲（如醫師法第二十一條強制締約的規定），但是任一理性的醫師為避免自己陷入法律危險，會在利己與利他（altruism）之間得出一新的平衡點；即開始思考何為較周全的行為。¹³⁶若盡力的治療病人以減少醫療成本和增加病人健康（利他），與自己可能陷入被病人或家屬告的勞力和費用（利己）兩相比較之下，更加盡力不過使自身陷入不可預知後果的危險之中，則我們無法期待醫師在此情況下仍採取利他的態度。醫師若欲減少自身之風險，將更加偏向所謂「防衛性醫療」，即採取一種減少自己法律上風險的行動。

防衛性醫療向被用在批評過度苛刻的責任分配造成的後果。¹³⁷防衛性醫療促使醫師進行多餘的檢查、或是減少某些侵入性或高風險的治療，以使醫師在法律上立於不敗之地。¹³⁸防衛性醫療有些時候只是降低醫療品質，例如不必要的抽血檢驗；但有時會造成醫療資源的浪費，甚或減少病人生存的機會，例如拒絕對高風險的病人開刀。防衛性之行為雖不一定違反醫療常規，但可確定的是違反醫學倫理對於利益病患的基本要求。

產生防衛性醫療的結果是在實際上處理訴訟的法官看不到，卻發生在一般民眾身上。而民眾可能不自知的為人所不欲的後果。雖然自 1992 年起即有主張為防衛性醫療存在的實際狀況與原因為何，難以做仔細而全面的研究。藉由媒體報導、醫師問卷調查的個案累積的形式，也無法真正了解防衛性醫療的成因。¹³⁹因而有論者反對為減少防衛性醫療就貿然改變制度，因為台灣尚無徹底的實證研究。¹⁴⁰但這

¹³⁶ 莫兆鳳，利己與利他的概念分析，中央研究院三民所第四次社會科學研討會論文集，1989 年，頁 357-360。

¹³⁷ 張麗卿，醫療糾紛鑑定與對質詰問權，東吳法律學報，2008 年，第 20 卷第 2 期，頁 1-28。

¹³⁸ U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Defensive Medicine and Medical Malpractice*, Washington, DC: U.S. Government Printing Office, 1994, pp. 21.

¹³⁹ 陳榮基、謝啟瑞，醫師的防禦性醫療行為，醫療糾紛對醫療成本之影響：台灣西醫師的實證研究，衛生署委託研究計畫，第 5 章第 4 節，1992 年。

¹⁴⁰ 黃榮堅，外科新醫療科技之發展與醫療風險之界定及分擔—外科醫療風險與刑事責任，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2003 年，頁 67-71。

些年來，防衛性醫療並非減少或消失，而是醫師面對此種可能被社會譴責的、雖然符合理性但看似違反道德的行為，默默地只做不說。然地下化的結果並非病人與醫師所樂見。¹⁴¹

第二款 醫療行為的混亂

法院的法律判斷結果若不考慮醫師之醫學倫理判斷，則醫師的行為模式之第二種結果，將是根據判決所產生的醫學倫理指引作為將來行為準則的參考。單從法律評價的角度觀察，難以想像為何法院的判決會影響醫師的倫理選擇。因法院在判決時所依據的並非倫理指引，而是根據實體法。則此時在個案中，法官至多也只是在法條漏未規定時做為法律規範的形成者。直觀的想像下，法官做出的判決應是影響往後其他法官所作的法律解釋與法律補充。但是進到法院的爭議案件，有時是醫療人員面臨困難選擇時，第一時間依照自己的價值觀做判斷；但此價值判斷卻不一定被法院認同。此時判決中所適用的條文，與法官解釋法律的方式可能正反映法官的價值判斷，使將來的醫療人員不能再單靠自己的價值觀去詮釋倫理原則。¹⁴²

從臺中地方法院刑事判決 99 年度易字第 1451 號可發現，法院判決將影響醫師將來的行為選擇。本案案件事實為：被告實習醫師在未經被害人家屬同意之情形下持未經消毒之指甲剪為病患修剪腳趾甲，造成被害人左腳大姆指有紅腫及流血，嗣後造成被害人左腳黑色乾性壞死。法院認「為病患修剪指甲亦顯係被告平日之附隨業務之一，……惟竟疏未將該指甲剪清潔消毒，且在未經過謝廖仁玉之家屬同意下，直接持該指甲剪幫謝廖仁玉修剪腳趾甲，致造成其後病患之痛苦，且亦明顯與現今醫療行為重視『告知後同意』之原則不符」，因而判決成立「業務上之過失傷害人，處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日」。

¹⁴¹筆者就曾經遇到病人肺主動脈幾乎被腫大的淋巴結阻塞，請求心臟血管外科放置支架卻被拒絕，原因是雖然學理上可行，但目前全台灣沒有人做過，害怕做失敗會增加不必要的訴訟。

¹⁴²關於法院的法律評價過程如何反應法官所詮釋的法律價值，本論文將在第三章詳述。

，或修剪指甲導致指頭破皮受傷，是否為可藉由告知後同意移轉的固有風險，係根據法官對法律事實的詮釋和法律解釋的不同而有所不同。¹⁴³

本文中可被評價之行為有三：一為實習醫師過失未履行告知後同意義務；二為實習醫師之指甲刀過失未消毒；三為過失剪傷病人指頭。首先，認為過失存在於未履行告知後同意義務，則法院此處並未探討醫師之未告知與病患家屬之同意間是否有因果關係。其次，若欲探究實習醫師過失未消毒指甲刀，則應送鑑定以得知未消毒是否符合醫療注意義務；修剪腳趾甲是否屬於醫療契約要求的給付義務或附隨義務的內容、或僅是好意施惠行為須藉由契約解釋。為病人修剪指甲本係基於醫學倫理中利益病人的要求，對醫師而言是可有可無的行為。患有糖尿病的病人，經常修剪指甲可以避免甲溝炎、灰指甲、細菌黴菌感染等疾病，至修剪糖尿病患的指甲是否需要幫病人的指頭或指甲剪消毒，並沒有絕對的醫療指引（guideline）。¹⁴⁴但本案中法官針對第二個問題，不但未送鑑定，亦未附理由而直接認剪指甲屬附隨義務。對於第三個問題，本案實送有行政院衛生署醫事審議委員會鑑定，意見書並言明：「依照常理判斷，修剪指甲應不必然造成傷口且流血，但若為局部膿瘍之清創引流，可能會造成傷口或流血」但就此問題，法院因認若非被告自作主張剪指甲，即不會有發炎情形，故醫審會之鑑定不可採，但法院此處所抱持之理由實為因果關係之條件理論，而非醫療義務是否違反之問題。因此本案中不附理由，而將被告的行為直接認定是過失傷害行為，亦無討論該行為之過失何在（是因為未消毒？還是因為未告知？）。如此模糊之判決將導致不明究理的醫師們產生多一事不如少一事的心態。¹⁴⁵此時醫師自保的心理將覆蓋醫療倫理中的利益病人原則，長久以觀，對病患大眾的福祉恐將產生負面的影響。

¹⁴³ 陳聰富，告知後同意與醫師說明義務（上），月旦法學教室，第80期，2009年，頁75-91。

¹⁴⁴ Pinzur, Micheal S. et al., Guidelines for Diabetic Foot Care: Recommendations Endorsed by the Diabetes Committee of the American Orthopaedic Foot and Ankle Society, *Foot & Ankle International*, 2005 26 (1) :113-9.

¹⁴⁵ 如果剪指甲一剪破皮就構成過失傷害，那不要剪就好。

第二項 整合法律適用與醫學倫理之正當性的實質論據：對整全性的追求

為何法官對於「合法但不合倫理」、或「不合法但合倫理」之醫療行為，有責任要整合醫學倫理與法律之價值？對此問題，本論文欲利用德沃金提出的對於「整全性」(integrity)美德的追求，試圖賦予整合醫學倫理價值與法律價值某程度的正當性。但以下並不欲直接採用德沃金在《法律帝國》一書中主張的「整全法的法律詮釋」方法。以下將對德沃金的理論做概略的介紹，以使讀者了解文中所謂「整全性」的概念。

德沃金主張，原則性概念的互相競爭與比較，並不能僅透過任意的選取，因為對於價值的評價需要透過說明而得到最佳的理解。法官需要將其觀點與其他觀點比較，並指出其他觀點為何較差。¹⁴⁶當法官需要說明其觀點的選擇更加合理時，其並非依賴多數人如何使用與解釋某名詞而得到解決；既然價值為何本身就是爭議的焦點，則人們運用對於價值的不同概念觀，形成的共識不可能從語義作為依歸；而是如何使生活過得更好的倫理脈絡 (context of ethics)。¹⁴⁷為更好的理解非工具性的價值，需要嘗試完整地用涵括式去了解：如何分配價值最能讓我們過更好的生活，並克服生活中的挑戰。¹⁴⁸因此從價值的深層結構中，實可發現不同價值之間彼此互相支持 (reinforce the other) 的部分。例如民主、自由與平等的概念觀之間應該要能互相呼應。此過程使倫理的結構與法律價值的結構相結合。由此可知，社群追求的價值實為包含個人道德理想概念的綜合理論 (comprehensive theory)。

¹⁴⁹在詮釋價值時，要在一個比法律體系更大且互相支持的信念網路中 (large and mutually supporting web of conviction)，尋找與道德價值相互連結的點，並以倫理體系檢驗政治價值的真正意涵，如此才可以建立整合之價值體系。¹⁵⁰

¹⁴⁶ Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*, the Belknap Press of Harvard University, 2006. pp. 149-150.

¹⁴⁷ Dworkin, Ronald, *Ibid.* 146, pp. 168.

¹⁴⁸ Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000, pp. 237-284.

¹⁴⁹ Dworkin, Ronald, *Ibid.* 146, pp. 161.

¹⁵⁰ Dworkin, Ronald, *Ibid.* 146, pp. 168.

不只是在個案中對於價值的整合，從政治的脈絡出發，德沃金還主張實踐整全性的任務存在於人格化的國家整體上。他稱之為政治整全性(political integrity)。若我們要求鄰人在某程度上以我們認為正確的方式行止，則即使每個人對「正確」的意見不一，也不能與鄰人整體生活的諸信念相違背而非反覆無常。¹⁵¹因此整個政府機關作為一個有機體，在對人民發言的過程中應盡量維持同一人格；這並非指政府或社群成為一個有人格或道德主體性的實體，而僅係提供人們特定判斷的必要步驟。公職人員作為社群的代理人，必須平等地對待他們所統治的所有成員，此乃作用中的人格化。¹⁵²在裁判面向的整全性的法律詮釋，則是法官們在詮釋法律的過程中，應盡量成為單一作者，以融貫且具原則性的態度的對社群表達其所要求的公平、正義的概念觀。¹⁵³因此法官必須使用能夠涵蓋整個法律體系的整全性鑑別標準，才能成功鑑別出所應適用的最佳法律。

有論者會爭執法官使用的鑑別標準仍未統一，因法律是一種詮釋性概念，法官的詮釋理論都是立基在自己關於整體法律實踐之本旨——即特定的、用以證立詮釋正當性的信念之上。此信念可能會與其他的法官有差異，但仍有各種力量可以調和此差異，以謀求信念的一致。其中促進一致最強大的影響力來自於詮釋的特質：每位法官都不可能忽略判決先例的實踐；其將以參照的方式綜合其他學說流行的詮釋面向，尤其是正式的法學教育，以及司法機關挑選與培育法律人的過程都使法官無可避免地產生朝向保守的壓力。¹⁵⁴然而詮釋的動態也某程度上抗拒一致：不同的法官在不同背景上意識形態有異，在越是專業分工與言論自由的社群中，學說的分歧越是明顯。但從長期觀察，越是產生爭執的議題，在典範被打破的過程中，越是產生新典範，而智識的發展將造就脈絡上的融貫。

至於融貫究竟為何，德沃金認為融貫的態度不只是單純使法官判決和過去的判例或判決達到「一致」，而是探究在公平正義的基準下，對社群表達的前後一致

¹⁵¹ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*. Belknap Press, 1986, pp. 88.

¹⁵² Dworkin, Ronald, *Ibid.* 151, pp. 175.

¹⁵³ Dworkin, Ronald, *Ibid.* 151, pp. 165.

¹⁵⁴ Dworkin, Ronald, *Ibid.* 151, pp. 175.

的平等關懷。既然社群中必然有不同聲音，有人會主張「棋盤式法律」(checkerboard laws)並不會違反公平與正義的要求。¹⁵⁵但棋盤式法律卻與大多數人的直覺相違背；這證實了「有原則」(principled)的行動方式(即整全性)是我們當追尋的第三個政治理想。亦即當人們對公平與正義的想像或意見不一時，則公平與正義可能需要為整全性而犧牲。因為在同一社群內的成員，若是能接受個體間必須平等關懷對待的某種融貫的概念觀，則即使法律沒有宣稱，政府機關未曾宣告，社群成員仍可以透過此共享的體系決定其餘的權利義務；而非如同商業契約的情形，只要沒規定的都盡可能以少換多。此時法律將會以具整體原則性的方式被選擇、變更、發展與詮釋。¹⁵⁶

整全性相較於其他美德不必然是最高的標準。例如在立法的整全性上，立法者並不一定要讓所有相類似的法律事實有相同的法律效果，可能為所有法律事實制定妥當的法律會花費太多的時間金錢與社會成本。面臨選擇困難的立法者可能只針對群眾較關心的特定事實，單獨制定法律，而將其他事實留待日後。此時在正義的要求之下，有法律總比沒法律好。但必須指出的是，此乃整全性之缺陷，而進行法律詮釋的人有義務要努力填補此缺陷。

若可以認同整全性是一個關於原則一致的要求，則在法律詮釋的面向上，對於因為缺乏整全性而較弱的法律，法律的裁判應盡量藉由法律適用與補充來填補其整全性的不足。因為司法機關也是政治部門之一，對於裁判的決定既然也是發生強制力的政治決定，則整全性就變成裁判的正當性來源。法官作為人格化的國家的發言者，不必然擁有最後決定權，例如立法的變遷可能推翻司法決定，但卻擁有最初的決定權。

在不同體系間，例如法律體系與倫理體系間，更需要追求跨體系的整全性。

¹⁵⁵ 棋盤式法律根據德沃金的說法，是將具有爭議性的議題，以團體中不同意見的數量比例，各自選擇不同的法律效果。對於正義而言，因為正義不可能要求消除所有不正義，則正義並不能反對我們對於結果的妥協。以公平作為理由亦無法完全拒絕棋盤式立法：若立法審議的過程中，每個觀點都被充分表達，而每個人公平地分配了政治權力，則棋盤式的法律其實比全對或全錯的法律來得更加公平。

¹⁵⁶ Dworkin, Ronald, *Ibid.* 151, pp. 214.

德沃金的批評者 Raz 提出，融貫可以分成兩種，知識的融貫是信念之間彼此證成與支持；構成的融貫指規範、規則、標準、原則等非關於信念的融貫。因為原則背後的道德主張並不一定來自一致的體系，法律可能受到古老意志的束縛、原則也可能代表某個族群以權力發表的意見。¹⁵⁷因為道德並非一個系統，而是許多不可化約的獨立原則，倫理則為道德要求之評價系統，但這不代表藉由詮釋者的整合會推翻社會多元價值的個性。具有整全性的詮釋是將價值藉由理性表現的過程；社群推崇的原則經常互相獨立，但若有一觀點會完全推翻其中一個原則，則此觀點必然是一有缺陷的觀點。雖然在某些個案中原則可能會衝突，但從體系的脈絡中，必然可找到某個使社群的價值紀錄為最佳的論述。因此具有整全性追求的詮釋者，可利用道德價值避免詮釋時產生體系的自我偏離。

由前述對於德沃金學說的簡介，可以發現整全性是在詮釋過程中追求價值一致的美德。此美德能促進社群的向心力，並以社群意識對抗生活中的各種挑戰並追求最佳生活。本論文主張，不只是對於立法者或法院，將此美德推展到法律之外的其他的演繹體系，則所有表達社群價值的決定都可以有某個更一般性的信念與目的。因為將個人對於社群的信念灌注到真實實踐的行為中，可幫助他人評估當事人可能之行為。不只是對於法院的預測，對於社會中其他個體也一樣適用。透過此種對於一般性信念的實踐，使人與人間有期待的可靠性；例如人們可以預期走在路上不會被搶，走進醫院不會被抓去開刀，並據此規劃社會生活。¹⁵⁸醫師根據倫理體系所推論出的決定，正是此種決定的體現之一。而法官在評價此決定時，為保有整全性的美德，不但要在法律適用的過程盡量達到法律價值的一致，也應同時考量如何維持社群價值一貫，而使社群生活更加和諧，使醫師與病患面對疾病與未知的挑戰時，皆能追求最佳的生活。

¹⁵⁷ Joseph Raz. *the Relevance of Coherence*, *Boston University Law Review*, No.72, Mar1992, p.273-321. 轉引自 林芳丞，從「平等的關懷與尊重」論司法裁判實踐公平正義之可能性，國立政治大學法律學研究所碩士學位論文，2006年，第四章，頁119。

¹⁵⁸ 黃榮堅，從容許風險概念看和平內亂罪，刑法問題與利益思考，元照，1999年，頁235。

第三項 小結：醫學倫理在法律適用中應有更明確的地位

本論文在第二章中指出醫學倫理指引的模糊性，而法律規範相較於醫學倫理，因為有成文式的體系，使法官能有更細緻的而整體性的決定。當爭議性的案件進入法院，理當能期待法院在適用法律時，釐清醫學倫理價值不清楚的地方、並適時補強。而釐清的原則，是萃取自法律條文中的基本原則，並從法律的基本價值補強醫學倫理的模糊性；但現實的結果，卻是法院評價醫師的醫療行為時，過於著重純粹的法律邏輯。醫師具體操作醫學倫理原則時，有許多未明而需要自行決定的空洞；本期待法院能於具體個案中提供醫師銳利而一貫的意見，卻因法院以純法律操作醫療糾紛，導致細部決定可能與倫理原則相違背，對於法院整合倫理價值的期待也因此落空。醫師無法有信心地根據自己所做的倫理決定行事，又無從自判決得到確切的指引，害怕陷入法律危險的心態無法消除，只會更強化醫師的防衛性醫療。

綜上，本論文主張，傳統上醫學倫理的原則即使對法官而言並不是可另外選擇適用的另外一套規範體系，沒有所謂選法的問題。但醫學倫理的考量是法官在適用法律時可以也應該考量的因素，關於此因素如何與法律適用的過程互動，本論文將在第四章中詳細討論。

第四章 整合法律適用與醫學倫理之實際操作

醫學倫理的目的為減少人與人在醫療過程中的衝突，而使醫學得以永續發展。隨著醫療環境與醫病互動的改變，可發現倫理的內涵是流動的、需被架構的。而自西方醫學開展以來，雖某些核心之倫理價值仍然維持，然其外圍卻是模糊而有變動空間。非但如此，醫學倫理的哲學方法流派多元、醫學倫理的形成者亦為多元，而無絕對有權的宣告者。因此於困難案件中，醫學倫理雖可幫助醫師在道德

兩難中做決定；但因醫學倫理內涵的模糊性，其決策結果和決策之實質論據皆可能不同。

當困難案件進入法院，根據價值取向的法律適用法，法官理當從法體系中抽出一定的原則互相淬礪，進而體系性的判斷各原則之間的關係並去除矛盾，以確認特定法律原則的適用範圍；且確認一存在於體系中或甚至體系之上、產生最小原則矛盾的價值，作為法律適用的價值取向。如此即使一特定生活事實不屬於法律事實，無法也不應賦予任何法律效果，但其中之倫理議題仍可藉由法律原則予以確認。

然而於實務操作上，醫學倫理之價值除有片段經由立法而進入法律體系外，其他倫理原則均僅被認為是習慣或法理，反而難為法官直接適用，使得法官易忽略醫學倫理；進而使得對於法律一知半解的醫師，因害怕自陷於訟，而採取防衛性醫療。更甚者為法官之有權卻未說理的法律判斷，進而引發實證法中所謂「預測法官心證」的活動；使得引導醫療決定的不再是醫師的良心，而是律師或醫師對於法官偏好的猜測。

為減少法律規範與醫學倫理的衝突，須透過法律適用以整合醫學倫理。非但須提升判決中的可預測性（predictiveness），更須公開法官對於價值取捨的心證，藉由減少社群對於道德宣稱認知的模糊性（equivocalness），消除醫學倫理判斷的模糊性。本章中將嘗試使醫學倫理在法律判斷的過程中取得具體的地位。

第一節 法院作為社群價值整合者

為使醫學倫理與法律達到有機的互動與整合，法院扮演相當重要的角色。一方面藉由法律適用時對倫理決策的尊重，可使醫學倫理有一定的操作空間；另一方面，當法官透過法律適用的檢驗，發現某些價值之倫理操作是不可欲的，則可透過判決對於特定行為決定做出評論與批評，而對於倫理體系做出回饋與再確認。本論文認為，負責任的法律人不能只因為醫療行為的複雜；即逃避整合社群價值

的任務，一味要求醫師研讀法律，以避免陷入法律危險，而是要盡量讓正直而遵守醫學倫理行事、為社會大眾之健康謀福利之醫師免於法律危險。這才是法律人責無旁貸的任務。

準此，本論文主張「法官作為社群價值整合者」，可以分別從形式面與實質面觀察。首先從形式面談為何法院的價值判斷會優先於其他機關。法律詮釋在政府機關的運作中，法院基於權力分立的設計，擁有前述之「體系違反審查權」及「違憲審查權」。¹⁵⁹因此法院之見解，在權力分立之各機關間，應屬最權威的終局見解。

¹⁶⁰在該了解下，就法律與命令之見解，法院的看法若與其他中央或地方機關之見解有異，則應以法院之見解為準。此外，法院作為解決紛爭之機關，具有了結特定生活事實之效果，對於社會而言，是爭議產生後，在第二時間可有充分時間確認

從實質面觀察可以發現，法官進行法律詮釋和醫師進行倫理判斷時，其追求的最終價值其實都是可能有所差異但趨向於輻合的公平正義，只是醫師檢視價值的過程有可能更加恣意。因醫師在行倫理辯證時，衡量適用原則範圍的價值來自個人偏好，法官行法律辯證時，其選擇價值卻受到法律文義、歷史脈絡、體系建構、立法目的、與憲法價值宣示的指引，而可以被其他人再次用法學方法檢驗。法學論證背後所根據的原則與操作不似醫學倫理是由多方共識的平台形成，不像具體個案中的醫師可能在行倫理思辨時，對何者才是應優先遵守的原則感到困惑；反而是當法官對於適用原則的範圍有不明之處時，法律規範的體系將提供法官一更加明確的指引；故法官經深思熟慮所作出的法律詮釋，其背後所反映的價值對於社群而言更具有正當性。

其次，若因為認為法官所屬的次族群（subgroup）亦為病人族群，則法官在價值選擇上必然偏向病人方，亦為片面而不負責任的說法。因為前揭主張認為法官適用法律時一定以偏向有利自己的方向詮釋，然而在法治社會中平等的要求會限

¹⁵⁹ 見第三章 第一節 第三項 第二款 司法機關啟動法律補充的權力與義務及補充的界線。

¹⁶⁰ 翁岳生，論命令違法之審查，行政法與現代法治國家，自版，1990年，11版。

制法官無節制的偏向自己的喜好。依照平等的要求，相同的案件應被做相同的處理；不同的案件應被做不同的處理。若違反該要求，則其處理便違反平等原則。以近來頗具爭議的醫師工時為例，雖然目前主管機關以行政命令將醫師排除於勞動基準法外，但若一受僱醫師起訴其僱用醫院要求其勞動契約應配合勞基法修改，則法官應該要檢視該行政命令的合憲性，而獨立決定醫師是否適用勞基法。若法院可以認為受僱醫師與勞工相同，都在勞動的領域相對資方處於弱勢的一群；醫師工作的性質也與公車駕駛員、飛行員相似，其業務內容都涉及重要的生命議題，限制飛行員、駕駛員的工作時數，亦係為保障大眾的安全，而期待從事該業務之人能維持高專注力與達到善良管理人的注意義務。則當社群為避免勞工被剝削而限制勞工的工時，平等原則也要求醫師被同等考量。因為當平等原則真的被貫徹，則特權將不復存在；縱為主管人員、或有權力者，都有可能成為該規定的受害者。若法官因為私心想要容許剝削醫療人員，則法官或其家人朋友也可能因為疲勞醫師的過失行為而受害。即使社群真的不期待一個安全的醫療體系，且寧可為了壓低醫療成本、少繳幾千塊的健保費，而接受較低的醫療品質，但此前提為社群真的接受也想要此種結果。

本論文認為對於倫理價值與法律價值可能產生歧異與如何統合的問題，哈伯瑪斯（Habermas）的「溝通理性」或可做為解決爭議的實質論據。哈伯瑪斯認為，當社群中的不同次族群或不同個體對於特定議題抱持不同的看法，藉由語言的媒介，個體可以達到「溝通理性」的目的。¹⁶¹由於多元與複雜的社會分化，個人間可擁有不共容的價值體系，也難以終局判斷何種價值才是真正優先獲正確的價值，但是因為社會生活的參與者藉由溝通行動，而共同承擔了由共識所產生的與互動成效相關之義務，並藉由溝通行動再製的生活形式，拘束完成理性言說的參與者。在同樣的言說平台上，主張者一定要以某種貫通的原則或實質理論為基礎，來提

¹⁶¹ 顏厥安，溝通、制度與民主文化—由哈伯瑪斯的法理論初探社會立憲主義，幕垂鴉翔—法理學與政治思想論文集，元照，2006年，頁159-163。

出對該主張的論據。在言說理論的分析下，理性的思考與爭辯非常有必要，透過論述，社會成員的諸行動者可以在追求互相理解之下來協調彼此的行動。¹⁶² 正因每個在言說平台上之人對其主張都有論證義務，且都需要面對他人他種論據的挑戰，個人若不能透過某種融貫的原則作為其理論的基礎，則很快會被他人的論據打倒。¹⁶³ 另言說的平台可以由程序法所建構，例如司法審查、公民參與；也可以存在於社會生活的各種面向，例如報章雜誌、政黨協商等。有認為哈伯瑪斯的言說理論雖然以公平和團結為基礎，卻無法確保此機制能對平等和自由達到最適切的保障。¹⁶⁴ 縱於言說平台上的溝通理性可以確保溝通者的平等，但不是每個公民都有「溝通權力」此種「高層次能力設定」的基礎。¹⁶⁵ 然而上述質疑在醫學倫理討論的範疇或許不是非常嚴重，因為醫師族群在社群的言說平台中不能不說是有力的發聲者，例如喧騰一時的神經外科三千萬案件，在判決後就陸續出現醫學會與醫師的辯論與聲明；經過多元觀點的檢視，則對於何者為正確的行為，社會將形成一定共識。¹⁶⁶ 總之，法官作為規範詮釋者，不論是面對何種體系，都需要以融貫的態度為基礎，來對個別問題進行論證。法官需要清楚地意識到其所持之價值的基本立場，故哲學或倫理學的論證並無法取代法學的論證；反而是透過這種基本價值的確立，吾人亦可證立法學論述本身的特殊性與不可取代性。

¹⁶² 洪鎌德，法律社會學，第八章 哈伯瑪斯：言說、溝通與慎思的民主，揚智，2004年，2版，頁302。

¹⁶³ 顏厥安，生命倫理與規範論證，鼠肝與蟲臂的管制—法理學與生命倫理論文集，元照，2004年，頁92。

¹⁶⁴ Peter Bal, Discourse Ethics and Human Rights in Criminal Procedure. *Philosophy Social Criticism* 1994; 20 pp. 71-99

¹⁶⁵ 顏厥安，論 Habermas 的權利體系體論，幕垂鴉翔—法理學與政治思想論文集，元照，2006年，頁224-226。

¹⁶⁶ 見臺灣高等法院臺中分院民事判決 99 年度醫上字第 11 號。本判決一出，神經外科醫學會即發動聲援。見李樹人。醫師判賠三千萬／醫界：醫師賠不起。聯合晚報，2012年4月2日。擷取網址：<http://udn.com/news/NATIONAL/NATS5/7000264.shtml>。最後拜訪日期 2012 年 5 月 20 日。

第二節 透過法律解釋將醫學倫理體系化：回歸醫療法之「醫療注意義務」

第一項 醫療注意義務的兩層面：醫療專業與告知同意

依醫療法第 82 條第一項，「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意」。依文義解釋可認為從事醫療業務之人，有醫療注意義務。由於醫學倫理是醫療行為決策的過程，為賦予醫學倫理在行法律評價時一定的地位，本論文主張醫師經醫學倫理判斷而做成的醫療行為決定，法院應於行法律評價時給予一定的尊重。對於醫療業務上之行為，若法院初步認為符合醫學倫理之考量，則在法律適用上應盡量賦予正面之法律效果而認滿足醫療注意義務。

第一款 醫療行為的定性與醫療注意義務之關聯

在體系解釋的層面，為透過法律解釋探求醫學倫理的定位，需要先由成文法中探求「醫療業務」的範圍。在不同法域中因為規範目的不同，對於各種名詞的解釋不能一概而論，例如公務員法中的「公務員」和刑法中的「公務員」便有不同的定義。本論文目的為界定醫師對於其醫療業務應負之注意義務，且醫學倫理在臨床醫療的所有面向皆要求醫師以最高道德標準行事，因此要檢驗醫學倫理對於醫師行為之影響，本論文主張需回歸到醫療法規中對於醫療本質的規範。我國對於「醫療業務」並無立法解釋，醫療法第四章有「醫療業務」之章節，但亦無抽象定義醫療業務。衛生署稱「醫療業務」為「以醫療行為為職業而言。不問是主要業務或附屬業務，凡職業上予以機會，為非特定多數人之醫療行為均屬之。且醫療業務之認定，並不以收取報酬為其要件」。¹⁶⁷然此定義係配合行政法上密醫

¹⁶⁷ 行政院衛生署，衛署醫字第 107880 號函，民國 65 年 4 月 6 日。

之禁止與取締所作之規範，並不全面，例如衛生署認為量血壓而不予診斷，即不屬醫療業務。¹⁶⁸對醫療業務更貼切於行為責任的定義，有認為「醫療業務」是自然人以醫療為目的，為獲取收入所從事之具有獨立性的經濟活動；¹⁶⁹在刑法實務上，則認為業務係「以反覆同種類之行為為目的之社會活動而言」。¹⁷⁰由於醫師執行醫療業務不一定以獲取收入為目的，因此討論注意義務應以較廣義之方式，認為醫療業務是以醫療為目的之社會活動，而招攬病患、接受掛號、病歷書寫、傳染病通報等行為皆屬醫療業務；醫療行為則是在醫療業務中，涉及健康或身體完整性，以去除身體傷害、回復健康、矯正身體缺陷、整形美容、墮胎、移植、捐血、避孕、實驗為目的之侵入性行為。¹⁷¹只要具有侵入性之行為，便可能涉及病患之身體權、生命權、自主權、或隱私權等法益。

根據以上的定義，醫師所為之「醫療行為」若在法律中有可評價性，則可進一步討論是否符合「醫療注意義務」。在可歸責性的方面，常有直接將違反醫療注意義務論為「過失」者。¹⁷²但醫療注意義務之違反並不以過失為限。查醫療法第82條第二項「醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任」，可知醫療注意義務的違反亦包括故意行為。因此違反醫療注意義務可以基於當事人的故意，也可因為當事人的過失。綜上，本論文主張，違反醫療注意義務應包括故意或過失地違反。另醫療注意義務之討論則應分為兩

¹⁶⁸行政院衛生署，八十三年七月八日衛署醫字第 83031201 號函，83 年 7 月 8 日「量血壓應屬醫療行為，惟如未涉及診斷，僅單純量血壓，並不構成醫師法第二十八條所定之擅自執行醫療業務。」

¹⁶⁹ 黃茂榮，醫療契約（二），植根法律，2009 年，第 25 卷第 2 期，頁 17。

¹⁷⁰最高法院刑事判例，裁判字號 60 台上字第 4047 號，民國 69 年 10 月 24 日。「刑法第二百七十六條第二項所謂之業務，係指以反覆同種類之行為為目的之社會活動而言。故一人不以一種業務為限，如一人同時兼有二種或二種以上之業務，而在某一種業務上有不慎致人於死之行為，即應負其業務過失致人於死罪責。」

¹⁷¹行政院衛生署，民國 82 年 8 月 2 日的衛署醫字第 8251156 號函釋中對於「醫療行為」有定義：「稱醫療行為係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部的總稱」，以方便其對於無醫師資格者執業的禁止與取締的需求，但並不切合醫療責任規範上之需要，因此不宜將衛生署之定義視為跨法域皆準的「醫療行為」。至於醫療行為的侵入性，有認為可分為「信息性、接觸性、器械性、藥物性、手術性、處理性」，見 黃茂榮，醫療契約（一），植根法律，2009 年第 25 卷第 1 期，頁 26。

¹⁷² 陳立愷，知情同意之研究：以手術同意書為例，東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士學位論文，2006 年，頁 63。

個面向，即「醫療專業」義務與「告知同意」義務。

學界常有將「醫療專業」與「告知同意」此二者混合討論，認為醫療行為決策亦屬醫療專業的一環，即考察個別病人之特殊情狀、斟酌行為風險、評估病人經濟負擔等全面式的綜合評價，不論在法律上或醫學上均無法給予精確與一般性的說明。¹⁷³事實上若能對此兩種態樣之行為義務分別討論其合倫理性，以判斷特定醫療行為是否符合「醫療注意義務」，則「全面式的綜合評價」此等模糊的概念將會明朗許多。

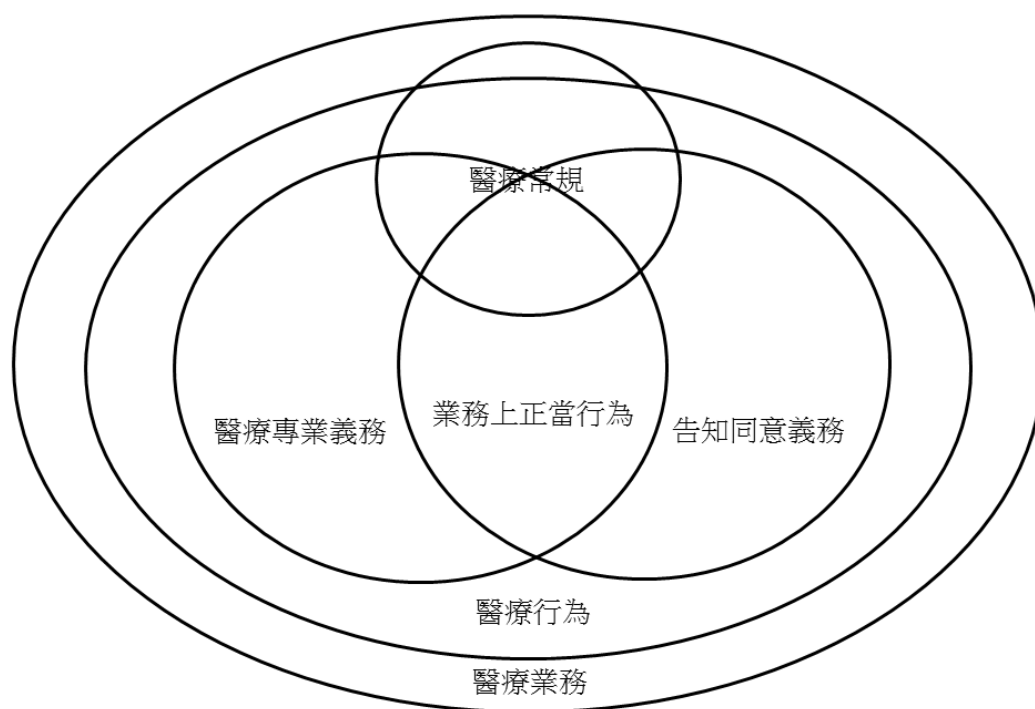


圖 3 醫療業務之內涵

第二款 醫療專業義務

要求醫師於施行醫療行為時忠於專業，乃社會對於施行業務之人的期待，也

¹⁷³ 陳聰富，醫療常規、醫療準則與醫師的注意義務，台灣內科醫學會 96 年會員大會暨學術演講會，2007 年，來源網址：<http://ntur.lib.ntu.edu.tw/handle/246246/22108>。最後擷取日期：2012 年 6 月 10 日。

是對病患身體生命權的保護。但在「醫療專業」義務的層次，醫療規則究應採行何種標準頗具爭議。有認為標準訂得太高會讓醫師動輒得咎，訂得太鬆則會讓社會無法達到改革的願望。¹⁷⁴本論文認為，判斷醫師是否滿足醫療專業義務，需分為醫療適應性與醫療適正性討論。

(1) 醫療適應性

首先對於醫療適應性之判斷，有認為符合醫療專業之適應性需要有醫療上之合理性，合理性係指該醫療行為被認為對病患之狀況有效。明顯之例證如退燒藥沒有治療原發性高血壓之效果。至於如何判斷醫療行為有「適應性」？本論文認為此處即係論者所常言需「尊重專業」之領域。主要因近代醫學的本質並非基礎科學 (fundamental science)，而是發展中之應用科學 (applied science)，仍有許多未知的領域，許多新疾病與診斷治療方法皆有高度歧異。不論是在定義疾病、診斷症狀、決定治療手段、觀察預後時，醫師都是在縮限可能性的過程中達成疾病的治療。¹⁷⁵再以上開實務判決為例，置入中央靜脈導管造成病患胸痛，可能原因最常見為氣胸、血胸、血管受損、血腫等。¹⁷⁶病患於抱怨持續胸痛時，醫師因初步胸部 X 光正常，而認為氣胸與血胸的機率較低，而較懷疑為血管受損或血腫；若屬此類軟組織之受損，而無其他症狀，應止痛與觀察即可，嗣後病患出現生命徵象改變，才進一步處理。此時醫師之行為看似輕忽，但實係因胸痛的可能性太多，無其他症狀難以診斷與處理之故；而法院亦不應因病患嗣後果真血胸休克而遽認醫師未為進一步之電腦斷層掃描不符醫療之適應性。

實務上當法官需要對於醫療專業的鑑定意見時，常詢問醫審會特定行為是否屬「醫療常規」(即臨床上是否業經多數醫師認同與實踐)；但「符合醫療常規」實非具有醫療適應性的充要條件。之所以被認為是「有適應性」的手段，經常是

¹⁷⁴ 黃榮堅。基礎刑法學(上)。元照，2012年。4版，頁376。

¹⁷⁵ 多數病患與社會大眾所不知的是，醫學上許多診斷、治療與預後都是機率的概念，舉例而言，並非看到特定症狀即可確診特定疾病，而是以機率最大的診斷先行治療，急性拉肚子在地區診所被當作病毒感染治療，而等到七天後治療無效才開始懷疑是細菌感染，而於經驗性投藥後因此復原，診斷錯誤並非第一次看診醫師之失誤，而是幫第二次看診的醫師縮限了疾病的可能性。

¹⁷⁶ 臺大醫院中央靜脈導管放置術手術同意書。

藉由開會形成的共識。實證研究顯示醫師之間的想法有 48% 的歧異性，故許多醫師為避免麻煩，經常選擇「他人選擇的手段」，以避免同儕的批評；但此亦未必屬正確的方法。¹⁷⁷ 即使是目前主流的實證醫學也有其侷限，許多業經確立或看似重要卻沒有經濟價值的治療與診斷缺乏臨床研究，對於較罕見的疾病與治療法也難以確立令人信服的實證基礎。¹⁷⁸ 多數醫師在執行業務時慣常實踐且普遍認同的行為，係為實然的狀態；經多數醫師認同的行為（實然）不表示即為正確或可接受的行為（應然），多數醫師不實踐的行為亦不表示錯誤。如對於一罹患無法手術切除之膽管癌（cholangiocarcinoma）的病人，醫師明知於實證研究上化學治療之只對少數的病人有效，或甚至效果不明，臨床上係考慮到副作用而普遍不鼓勵病人進行化學治療。¹⁷⁹ 但考量到病人求生意志強烈，仍然願意姑且一試採用化學治療，也不能因此認為化學治療對於膽管癌不具適應性。

更極端的例子如對於患有身體健全認同障礙（body integrity identity disorder）之病人，於多方治療後仍然無效，則此時切除健康的肢體或切除部分腦部是否具有適應性仍充滿爭議。抱持不同醫學倫理價值觀之醫師可能有不同見解，對於切除完好肢體是否符合病人自主、是否利益病人、是否正義皆有不同看法。¹⁸⁰ 嚴重之精神痛苦能否正當化對於身體法益之嚴重侵害，正如嚴重之精神痛苦能否正當化對於生命法益之侵害，皆屬於醫學進步所帶來之新興問題。故醫療行為是否具有適應性看似純屬醫療專業之判斷，但有時實亦隱含醫學倫理之判斷。例如對於無法生育之夫妻可否借助代理孕母、患有癲癇之病人是否可進行大腦切除等。面對此類問題，法院應先探求立法者是否已明文規定（如人工生殖法已禁止由第三人作為代理孕母）；若立法者未明文禁止，則除非該行為對社會將造成嚴重之危害，

¹⁷⁷ Eddy, David M., Variations in Physician Practice: The Role of Uncertainty, *Health Aff*, 1984 3(2):74-89.

¹⁷⁸ Eddy, David M., Evidence-Based Medicine: A Unified Approach. *Health Aff*, 2005 24 (1) :9-17.

¹⁷⁹ 膽管癌為一進程快速，對於放射治療與化學治療反應皆幾乎不良之癌症。見 Eckmann K. R., et al., Chemotherapy outcomes for the treatment of unresectable intrahepatic and hilar cholangiocarcinoma: a retrospective analysis, *Gastrointest Cancer Res*, 2011 4 (5-6) :155-60.

¹⁸⁰ Müller, Sabine, Body Integrity Identity Disorder (BIID)—Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified?, *Am J Bioeth*, 2009 9 (1) :36-43.

否則法院應容有個案醫師與病患自由形成之空間。

(2) 醫療適正性

其次對於醫療適正性的判斷，即醫療技術符合注意水準。至注意程度，有日本學者認為係指醫療技術「符合當時當地的醫療水準」。¹⁸¹本論文認為在台灣注意水準之要求，回歸醫療法或可得到答案。自醫療法第 60 條第 1 項可發現，「醫院、診所遇有危急病人，應先予適當之急救，並即依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施」。同法第 73 條第一項「醫院、診所因限於人員、設備及專長能力，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診。但危急病人應依第六十條第一項規定，先予適當之急救，始可轉診」，規定醫院診所的建議轉診義務，又可發現，對於每位醫師在醫療專業給付上的水準要求並非完全一致，而是根據人員、設備及專長能力有所差異。¹⁸²因此法律上檢驗醫療行為在醫療專業的層次是否滿足醫療注意義務，應依客觀條件的「人員、設備及專長能力」，提供應有的注意標準給付；只要符合醫界公認的「臨床醫療水準」即可（即一般小心謹慎之人的注意標準），¹⁸³而不必要達到「世界水準」，即符合當前世界最新科技、最多設備、與最大資源所制定的「醫療準則」(guideline) 的程度。¹⁸⁴此標準其實便隱含著醫學倫理之考量。社群期望醫師盡可能給予病患最佳照顧，係基於利益病人原則之期待，但考量到醫療資源有限性的正義問題，無法也不應要求醫師提供最高層次的醫療給付；故客觀上僅要求醫師做到「臨床醫療水準」。且法官於審查醫師之醫療行為是否達到「臨床醫療水準」時，若涉及正義原則之倫理考量，則對於醫療資源的分配之合理性應尊重醫師判斷。例如目前對於癌症末期之慢性病人，普遍不使用葉克膜 (extracorporeal membrane oxygenation, ECMO)。英國法院便曾有

¹⁸¹ 大谷実，醫療行為と法，弘文堂法學叢書 11，1997 年 6 月，頁 194-195。轉引自甘添貴，醫療糾紛與法律適用論專斷醫療行為的刑事責任。月旦法學，2008 年，第 157 期，頁 31-44。

¹⁸² 鄭逸哲，醫療法第 82 條之 1 修法建議，2012 年，出版中。

¹⁸³ 林萍章，醫療常規與刑事責任－評最高法院九十六年度台上字第三〇八四號刑事判決，月旦法學，2009 年，第 175 期，頁 233-252。

¹⁸⁴ 盧映潔、葛建成、高忠漢，論醫療行為之常規診療義務，國立臺灣大學法學論叢，第 35 卷第 4 期，頁 161-188。

判決認為：「如何將有限的預算做最佳分配，以創造最多數病人的最大利益，必須做出困難而令人痛苦的判斷，這並非法庭所能裁決」。¹⁸⁵以台灣台北地方法院 98 年度醫字第 19 號民事判決中，醫師因為放置中央靜脈導管（central venous catheter）造成病患血胸（hemothorax）而休克死亡為例。臨床上使用超音波導引（sonoguide）可減少造成病患氣胸或血胸的機會，但台灣並未常規使用。縱法院發現個案醫師有隨手可得之超音波儀器，也不應遽認醫師未使用之便未達臨床醫療水準。蓋基於資源之有限性，超音波儀器不一定於各病房皆有配置，健保亦不給付醫師使用儀器。醫療上亦若醫師僅因病房有儀器才隨機對某些病人使用超音波導引，則對於整體病患亦不公平。

第三款 告知同意義務

課與醫師告知同意之義務，在法律上原係為保護病患之意思形成與決定之自由、與身體法益；在醫學倫理上則為貫徹病人自主與利益病人之原則。病患於獲得充分資訊後對於醫師施行於自身之處置有「真摯的同意」，正是真正自主的展現。只要病患獲得充分之資訊（告知）、有同意能力、且自由地做出攸關自身之決定，便可認為告知同意之義務已達成。¹⁸⁶因此其餘守密義務、說明義務等關於醫病溝通之義務皆可認屬告知同意義務之一環。同意並不限於明示之同意，若根據可推測之意願亦可認為病患將會同意，亦可認告知同意義務已達。例如病患之家屬或代理人所出具之意見可做為判斷病患意願之手段；另因病患亦有拒絕資訊之權利，若病患拒絕被告知，仍可認為醫師已盡告知同意義務。且能為告知義務之主體應不限於最終為醫療行為之醫師。學界有認能履行告知義務之人，應僅為實際進行醫療行為之人。¹⁸⁷德國法院也有認委託他醫師行告知同意義務者，需為他醫師之錯

¹⁸⁵ R v. Cambridge Health Authority ex p B (1995) 2 All ER 129 (CA) at 137, Sir Thomas Bingham, MR.

¹⁸⁶ Singer, Peter A. 著，蔡甫昌譯，臨床生命倫理學，財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會，2009 年，2 版，頁 2。

¹⁸⁷ 楊秀儀，美國「告知後同意」法則之考察分析，月旦法學，第 121 期，2005 年，頁 143。

誤負責。¹⁸⁸但此說忽略當代醫療之團隊合作性質。以手術前之麻醉訪視為例，由於麻醉醫師排班問題，實際於開刀房麻醉之醫師幾乎從非行麻醉訪視之醫師。但此團隊分工因為醫療之標準化，仍能達到完善之告知後同意，故於團隊分工之情形下，他人並不需為應為告知之人負責，就是否已履行告知義務應屬自我負責範圍。實務有認為護士無能力為實質告知者，¹⁸⁹則於此情形下，應認實際上應負告知同意義務之人，乃為主導該醫療行為之醫師。

然以往醫師在行侵入性醫療行為前，並非一向需要對病患行告知後同意 (informed consent)。舊時實務判決亦曾有認為醫療行為之適法性與正當性不建立在以病人同意為必要之基礎。只要是許可執行業務之人，出於醫療目的，且未超出醫學上所公認之適當治療範圍之醫療行為，即可認為屬法律規範所容忍之合法行為。¹⁹⁰然而隨著對於病人自主漸受重視，醫師未得病人同意、或違反病人意思所實施的「專斷醫療行為」已難以被認為正當。¹⁹¹

告知同意義務之範圍，有認需進一步區分為「為獲得患者有效同意之說明」、「療養方法等指示、指導之說明」、「勸告轉醫之說明」、「始末報告之說明或發生意想不到之結果後勸說患者信服之說明」等。¹⁹²然「療養方法等指示、指導之說明」應屬於醫療專業之義務。¹⁹³如醫師開立處方藥物，卻未告知病患如何服用，治療失敗乃因醫療適應性之不達，病患並不因將口溶錠直接和水吞下而受有意思自由之侵害。故本論文認為，告知同意義務應縮限於醫療結果與風險承擔的領域討論，屬於純粹醫療行為決定的檢驗，而與「醫療專業」的領域區分以便檢驗病患受損

¹⁸⁸ 廖建瑜，論醫師說明義務之建構與發展—兼評最高法院 94 年台上字第 2676 號判決，成大法學，2005 年，頁 282。

¹⁸⁹ 士林地方法院刑事判決 83 年度易字第 1484 號。

¹⁹⁰ 最高法院刑事判決六十九年度台上字第三一四二號。

¹⁹¹ 王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，國立臺灣大學法學論叢，2007 年，第 36 卷第 2 期，頁 34。

¹⁹² 西野喜一，說明義務、転医の勸奨、患者の承諾、自己決定権，判例タイムズ，1989，No.686，pp.79-87。轉引自 陳子平，醫療上「充分說明與同意 (informed consent)」之法理，東吳大學法律學報，2000 年，第 12 卷第 1 期，頁 12-13。

¹⁹³ 大谷實，医療行為と法 <新版補正第二版>，弘文堂，1997 年，頁 104-105。轉引自陳子平，醫療上「充分說明與同意 (informed consent)」之法理，東吳大學法律學報，2000 年，第 12 卷第 1 期，頁 12。

之態樣。確立醫師於行醫療行為時須履行告知同意義務後，仍需探討醫師之告知同意義務需履行至何等程度。學說與實務上向來有「理性醫師標準」與「理性病人標準」之爭。¹⁹⁴實務有採理性醫師標準者，而認「...醫療機構及醫師之說明及告知義務，以醫療實務上所採認之『理性醫師標準』。所謂『理性醫師標準』係指將說明義務的範圍、內容交由醫療專業來判斷，而哪些事項應告知病人端視個別醫療專業之醫療慣行（customary practice）而定。...」。¹⁹⁵若認為醫師即使口頭且實質地為病人說明，仍永遠無法真正知悉病人主觀上理解與否、以及理解的程度，則對於醫師要求「理性醫師標準」應為較合理之水準。¹⁹⁶然理性醫師標準實際上無法達到告知同意的目標，若病患無法理解攸關自身之事項，則不可能真正做出最符合自身意願之決策。若病患之自主決定權無法真正落實，則醫師的告知同意義務將只淪為形式。因此實務上也有認醫師應說明至病患實質瞭解者：「...在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務；於此，醫師若未盡上開說明之義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務；又上開說明之義務，以實質上已予說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務。...郭王月春及上訴人均未受高深教育，於簽署時是否瞭解其內容？原判決未深入審究，遽以上訴人已在心導管檢查說明書上之見證人欄簽名，即謂丁○○先前已有告知，尚嫌率斷...」。¹⁹⁷要求醫師為「實質上之說明」，即應探詢病患是否已明瞭。而此種探詢可認為是醫師為追求理性病患行使決定權之最大努力，病患於確認自己是否了解時，也有機會對於自我決定認為必要之資訊進一步做進一步探詢。綜上，本論文認為要求醫師就可預測之影響病患決策的重要事項為「實質說明」，是兼採「理性醫師」與「具體病患」之雙

¹⁹⁴ 陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（上），月旦法學雜誌，2010年，第178期，頁235。

¹⁹⁵ 臺灣高等法院臺中分院民事判決95年度醫上字第3號

¹⁹⁶ 王皇玉，論醫師的說明義務與親自診察義務—評九十四年度台上字第二六七六號判決，月旦法學，2006年，頁268。

¹⁹⁷ 最高法院刑事判決九十四年度台上字第二六七六號。

重告知義務標準，也最能達成醫療之目的。¹⁹⁸

法院於判斷醫師是否達成告知同意義務時，有認為既然告知事項採「理性醫師」標準，則應以「醫師職業上之慣例」作為判斷的基準；¹⁹⁹亦有認為只有醫師較適合針對眾多的專業醫療項目決定如何提出說明，而不應交由病人進行判斷。²⁰⁰然本論文認為告知同意義務應分項考量。告知之內涵是否正確屬醫療專業義務是否達成之問題，需要由醫療專業社群提供意見，但告知之範圍與程度則為純粹醫學倫理之考量。有文獻認為醫學倫理應該交由醫療從業人員自律與自決，其實指稱的是本論文於第二章指出的僅由醫學社群形成的醫學倫理，而缺乏正當性。倫理雖然是一種專門的哲學方法，但僅為理性分析過程的一種；醫學倫理作為應用倫理之學門，指引醫師在特定醫療關係中，做出最符合個人與社群價值的決定；而醫療專業只是在評估何種選擇為最佳時，提供相關的背景資訊，不論是普遍性或個人性的資訊。²⁰¹這點從台灣醫學教育在醫學生尚未接觸專業醫學領域時，就能進行醫學倫理的教育即可獲得佐證。綜上，若醫師告知之內涵並無錯誤，則法官於判斷醫師是否達成告知同意義務時，僅需佐以充足的醫療專業背景知識。提供法官與檢察官醫療專業之背景知識、與特定醫療行為是否符合臨床醫療水準的意見，正是醫療訴訟鑑定中專家應扮演的角色。故法官亦可進行關於醫學倫理的理性判斷，但並不即侵蝕醫師之醫療專業。

第二項 醫師之醫療行為違反醫療注意義務之法律效果與其倫理考量

醫師的臨床醫療行為決策若是經當下的思考與討論後所認為的最佳倫理考量，則參與決策的醫師所抱持的文化背景、人生經驗與行為風格都左右其所抱持的價

¹⁹⁸ 陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（上），月旦法學雜誌，2010年，第178期，頁237。

¹⁹⁹ 陳聰富，告知後同意與醫師說明義務（下），月旦法學教室，第82期，2009年，頁66。

²⁰⁰ 陳軍宇，我國醫療過失刑事責任之研究，東吳大學法學院法律學系碩士學位論文，2009年，頁116。

²⁰¹ 舉一簡單的例子，有肝腫瘤的病人若請求一外科醫師為其切除腫瘤，該外科醫師在考量究竟要以內視鏡或開腹手術（open surgery）進行時，除普遍性的專業因素如併發症比例、傷口大小、住院天數等外，還有個人性的專業因素如個人經驗、開刀時間、手術花費等。

值。正因為醫師要對其決定負擔直接的道德責任，故法官若對於醫學倫理決策的態度不同於醫師，則對於個案中的醫師存在說理義務——適格的法官必須要能說服特定醫師其之所以為特定行為決定的根據。然而個案中醫師在做決定的當下總是只能根據片面的資訊、以有限的時間做成決策，與嗣後有完整訊息，及充分時間搜尋專業醫學資訊做成的倫理決定不能相同看待。但在醫療過程中，終需有人幫助病患一起做出及時的決策，因此這種醫學倫理判斷上的錯誤需要某程度被容忍。故法官在判斷醫師行為違反醫學倫理價值是否屬於違反「醫療注意義務」時，仍要給予醫師高度的尊重，有論者稱此為「臨床裁量空間」，即「臨床應具有之專業裁量範圍而作為或不作為」的空間。²⁰²此空間實則難以量化，僅能從個案中考量醫師行為決策的「時間急迫性」、「資訊模糊性」與「資源合理分配性」做綜合判斷。本論文認為，司法僅得醫師之決策明顯違反社群價值時介入宣告負面之法律效果。

醫師因為與病人的互動而產生關係，而醫病關係在法律事實中不只是單一面向。在刑事上可能產生刑事責任；在民事上則可能產生契約責任或非契約責任；在公法上可能成為行政罰法適用的客體或行政處分的對象。醫師在面臨倫理上的選擇時，必須從多種選擇可能性中擇一進行。若醫師的判斷與法院的判斷不同，法院並不是直接評價醫師的行為符合倫理要求與否，而是將醫師的行為轉換為各種法律關係，再從各種法律的層面評價醫師是否須負責任。準此，探究醫學倫理在法律解釋上的適用，有必要先釐清各種法域中醫學倫理的原則所在，以下欲概略介紹各法域中可能存在醫學倫理考量之判斷。

²⁰² 鄭逸哲，醫療法第 82 條之 1 修法建議，出版中。

第一款 刑事法之觀察

第一目 醫療行為之構成要件該當

首先從刑事法的角度觀察，醫師因與病人依法律規定或因契約產生關係，而依刑法第 15 條第一項取得保證人地位，則其醫療行為，不論作為或不作為皆受刑法之評價。醫療行為的定性向來存在劇烈的爭議，依照醫學倫理中「不傷害」之要求，醫師本不應出於傷害之意思為醫療行為。然目前台灣實務界普遍採用「醫療行為傷害說」，而非德國學說較普遍之「醫療行為非傷害說」。醫療行為傷害說主張，醫療行為如果傷害病人身體或健康，則本質上應屬於「傷害行為」。²⁰³如此一來，醫師對病患故意的打針、插管、開刀等行為在行法的構成要件上該當於傷害或重傷害、加工自殺甚至殺人等罪名。若因該醫療行為，造成被害人之損害，則為因果關係之問題。若損害發生與醫師之醫療行為有因果關係，則醫師須負損害賠償之責。²⁰⁴

醫療行為因具有侵入性，若造成病患之損害，則是否應認為是構成要件該當之行為，學說上多有爭議。²⁰⁵有認為醫療行為本質上乃促進病人健康，本身即不應被以負面的概念理解，從社會意義看來，醫療行為本身無實質違法性，即存在社會相當性。²⁰⁶且實質違法性在我國一向在阻卻違法之要件中討論，則就歷史解釋當前的脈絡，應是以醫療行為傷害說為主流。縱醫療行為具有構成要件該當，也僅是一般性、暫時性地認為違法，實則仍有其他正當化事由。²⁰⁷醫療行為可藉由成文或不成文之阻卻違法事由正當化。如依法令之行為、業務上正當行為、正當防衛、或緊急避難情狀、得被害人之承諾、或具有推測之承諾等。若醫療行為能藉由阻

²⁰³ 王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學，2009 年，第 170 期，頁 123-124。

²⁰⁴ 最高法院民事判例 48 年台上字第 481 號。

²⁰⁵ 黃璽文，論醫療上病患同意的刑法上效力，東吳大學法律學系碩士學位論文，2008 年，頁 16。

²⁰⁶ 林山田，刑法各罪論（上冊），自版，2005 年，5 版，頁 157。

²⁰⁷ 王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，國立臺灣大學法學論叢，2007 年，第 36 卷第 2 期，頁 18。

卻違法事由合法化，則學說之爭實無非為法學操作的爭議。雖違反醫師倫理、不為醫德容許、或其行為不受病患喜愛等，並不代表即屬刑事不法之行為，²⁰⁸但「社會相當性」即社會對於行為之期待，隱含醫學倫理中行為是否正義之判斷，若醫師之行為符合醫學倫理之正義原則，則應盡量使醫師之侵入性醫療行為得以阻卻違法。

第二目 阻卻違法事由

(1) 依法令之行為

為維持整體法秩序之一致性、而保障行為人對於法秩序的信賴，當事人依法令之行為，刑法第 21 條規定「依法令之行為，不罰」，即依法令之行為可阻卻違法。由於法律規範於形成時，已由立法者做出倫理判斷，且法令之規定亦屬醫學倫理判斷之一環，故醫師依法令之行為，皆應可初步認為符合醫學倫理。例如依優生保健法而為之人工流產、結紮手術；依安寧緩和醫療條例而為之安寧緩和醫療、不實施心肺復甦術；依精神衛生法所為之強制鑑定、強制住院治療；依人體器官移植條例所為之屍體器官摘取移植手術、活體器官摘取移植手術等，皆應優先於其他阻卻違法事由而審查。²⁰⁹

(2) 業務上正當行為

醫學日益精細，已可使人之心跳呼吸停止而暫時取代心肺功能（如葉克膜），亦可使人無腎臟而仍然存活（如洗腎）。各類看似對人類之生存充滿威脅之行為，實乃有助於人類之社會發展與共同生活。醫療業務上之行為之所以被認為正當，乃因此類行為被社會所欲且有正面效用，所衍生之風險亦應於法律上被容忍。²¹⁰我國刑法亦於第 22 條規定：「業務上之正當行為，不罰」。

關於判斷醫療行為中屬於「業務上正當行為」之標準，學者提出三種取向之

²⁰⁸ 臺灣高等法院刑事判決 96 年度醫上訴字第 3 號。

²⁰⁹ 陳軍宇，我國醫療過失刑事責任之研究，東吳大學法學院法律學系碩士學位論文，2009 年，頁 47-76。

²¹⁰ 蔡墩銘，論刑法上之承諾，國立臺灣大學法學論叢，第 22 卷第 2 期，頁 12。

解釋模式：「業務權」解釋取向、「社會相當性」解釋取向、與「病人承諾說」解釋取向。²¹¹目前病人自主權在實務上藉由判決已確立其地位，欠缺病人真摯之同意的醫療行為已難被認為正當。因此本論文主張，醫療行為若同時滿足「醫療專業」義務與「告知同意」義務，則已滿足醫學倫理之要求，必然屬業務上之正當行為。

在醫療刑法的領域，學說與實務上有認為「醫療常規」即為刑法第 22 條所稱之「業務上之正當行為」，在法效果上可阻卻違法，也有認為醫療行為須符合醫療常規與病患同意始具適法性。²¹²「醫療常規」，即「普通一般醫師所依循的醫療行為模式」。²¹³「醫療常規」通常被認為應有四要件：1. 醫療適應性：指醫療上具有合理性；2. 醫療適正性：指醫療技術符合當時當地的醫療水準；3. 醫療實踐性：臨床上業經多數醫師實踐與認同；4. 醫療倫理性：醫療行為符合醫療倫理規範的要求。然而本論文認為，業務上正當行為不應包含實踐性、醫療常規不一定具有倫理性、且缺乏病患同意之醫療行為亦不一定缺乏適法性。首先「正當」二字自文義上觀察屬應然的概念，但醫療實踐性指多數醫師在執行業務時慣常實踐且普遍認同的行為，係為實然的狀態；經多數醫師認同的行為（實然）不表示即為正確或可接受的行為（應然），多數醫師不實踐的行為亦不表示即不正當。其次由是否慣常被執行來判斷醫療行為的合倫理性亦不適當。以司法判決為例，判決先例中多數法官普遍抱持的看法亦不表示即屬正確；關於醫療行為的「醫療倫理性」，並非由多數或權威醫師即可作成正確的判斷，即使事後的醫學倫理審查較全面與精確，也不應驟認第一時間做成決定的醫師即有疏失。況實務上常見法官在醫療訴訟的鑑定案件中詢問特定醫療行為是否符合「醫療常規」，是讓多數或權威的醫師判斷特定行為是否符合醫學倫理，以目前醫療鑑定並不需要具名或出庭作證而

²¹¹ 王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，國立臺灣大學法學論叢，2007 年，第 36 卷第 2 期，頁 26-33。

²¹² 甘添貴，醫療糾紛與法律適用論專斷醫療行為的刑事責任。月旦法學，2008 年，第 157 期，頁 31-44。

²¹³ 陳聰富，醫療常規、醫療準則與醫師的注意義務，台灣內科醫學會 96 年會員大會暨學術演講會，2007 年。來源網址：<http://ntur.lib.ntu.edu.tw/handle/246246/22108>。最後擷取日期：2012 年 6 月 10 日。

言，對於個案中的醫師，不啻是以多數暴力壓迫少數人的做法。

綜上，本論文認為滿足「醫療注意義務」應為構成「業務上正當行為」的充分條件，若由學說與實務堆疊之共識普遍認為醫療行為符合「醫療實踐性」（即多數醫師會實踐的行為）即可阻卻違法，則似可認為刑法上對於「業務上正當行為」的要求較「醫療注意義務」為低；即使不滿足醫療注意義務，只要一般醫師皆會採取相同作法即認為屬業務上正當行為。具體案例如在影像診斷上懷疑膽囊息肉，為避免癌化與減輕腹痛需要割除膽囊，病患嗣後以「若早知無膽後吃生魚片跟紅燒蹄膀會腹瀉，就會拒絕開刀」為由控告醫師侵害其身體權與自主權。²¹⁴若經調查發現一般醫師在探詢病患自主意願時，皆僅告知不切除的癌化機率，與切除膽囊的過程可能導致的併發症，而無告知切除膽囊後容易腹瀉，則可認為在刑法上不要醫師求個別探究病人的飲食喜好，未告知腹瀉之不作為是一般醫師可容許造成的風險，仍屬於業務上正當行為。

（3）正當防衛

醫療行為若違反「醫療注意義務」，仍可能存在其他情狀而得以阻卻違法。有認為病患自為之重傷或自殺行為屬不法行為者，故醫師未得病患同意之急救行為可依刑法第 23 條第一項前段「對於現在不法之侵害，而出於防衛自己或他人權利之行為，不罰」之正當防衛而阻卻違法。²¹⁵依現行刑法第 275 條第一項與第 282 條規定，縱受被害人囑託獲得其承諾而殺之或使成重傷者，仍成立加工自殺或加工重傷罪。足見立法者原則上並不承認人對於自身之生命法益或重大身體法益具有處分權。由於由刑法第 275 條可推知當事人之自殺行為不論是作為或不作為皆具有刑法之可構成要件該當與違法性，因教唆或幫助他人自殺，不論該他人係以作為或不作為自殺，當事人皆可構成教唆或幫助犯。法定之例外則為依安寧緩和醫療條例容許當事人選擇安寧緩和醫療或不實施心肺復甦術之情形。

²¹⁴ 侯柏青、魏怡嘉。「無膽」法官李英豪，控台大 5 醫求償 900 萬。自由時報，2012 年 6 月 8 日。

²¹⁵ 鄭逸哲，搶救自殺者屬「正當防衛行為」，台灣法學，2009 年，頁 174-176。

故當病患非屬安寧緩和醫療條例所容許之情形，卻拒絕醫師之急救時，病患之拒絕實屬不作為自殺而具違法性，雖有認為醫師依醫療法第 60 條第一項有急救病患之法律義務，除法律外不受牽制；²¹⁶但此說忽略醫療法僅為規定強制締約之契約內容，並不排除病患自行解除契約。若病患拒絕特定醫師對其所為之醫療行為，則應可認病患之拒絕，生解除醫師刑法上保證人地位之效果，醫師之不作為此時已不被刑法評價。²¹⁷雖違反病患意願強行急救可能侵害病患之自主權，而違反「告知同意」義務，但若醫師於病患陷入危急之時強行急救而符合「醫療專業」義務，實為對病患自身「現在不法之侵害」所為之正當防衛行為。²¹⁸對於耶和華見證會之信徒，美國法院基於對病人自主之保障，認為成年信徒有權利拒絕維繫生命之輸血。²¹⁹但於台灣，因法體系限制病患處分自身重大身體法益或生命法益之自由權，尊重病人自殺之權利並不被認為符合利益病人原則。故對於耶和華見證會之教徒，醫師因遭病患拒絕急救已無保證人地位，其不救治之不作為並不於刑法上評價，然若醫師於緊急時對耶和華見證會之信徒強制輸血，仍可構成正當防衛而阻卻違法。

(4) 緊急避難

醫療行為未滿足「醫療注意義務」而具有緊急避難情狀，仍可能依刑法第 24 條第一項前段「因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為，不罰」符合緊急避難情狀而阻卻違法。因緊急危難而違反「告知同意」義務，是對病人自主之犧牲，有可能出於利益病人原則，也可能出於正義原則之考量。前者之情形如對於情況緊急之病患於未告知之情形下逕行醫療；後者之情形則如違反病人意願對其配偶告知病患感染 HIV。若醫療行為已滿足醫療專業義務，可認為是造成病患最小侵害之行為，且皆係為保護病患生命或身體法益

²¹⁶ 鄭逸哲、林萍章，宗教信仰不得凌駕醫學與法律，軍法專刊，2010 年，第 56 卷第 4 期，頁 155。

²¹⁷ 陳志龍，醫生對自殺者的保證人地位—探論行為歷程的轉換問題，月旦法學，2001 年，第 72 期，頁 16-17。

²¹⁸ 若於相同情形下若違反「醫療專業」義務，仍可構成刑法第 23 條後段防衛過當而減免罪責。

²¹⁹ Muranmoto, D., Jehovah's witness bioethics. In: Singer, P. A.; Viens, A. M., The Cambridge Textbook of Bioethics, Cambridge University Press, 2008, pp. 416-423.

而犧牲病患之自主權與身體權，符合比例原則之要求。²²⁰若醫療行為違反醫療專業義務，則僅能依刑法第 24 條第一項後段避難過當減免罪責。

(5) 得被害人承諾

被害人承諾於刑法上普遍被認為是超法規阻卻違法事由。「告知同意」義務的履行，在法律評價上即為取得病人「真摯之同意」的過程。若醫療行為同時符合醫療專業義務與告知同意義務，則屬業務上正當行為；然若醫療行為不符合醫療專業義務而僅履行告知同意義務，因我國並不允許個人處分重大身體、生命法益，故醫療中能得被害人同意而阻卻違法之行為實為有限。例如病患同意將痔瘡切除假冒大腸癌以詐領保險費，雖此切除痔瘡之行為不具醫療適應性，但可因得被害人之承諾而阻卻違法；但切除健康之卵巢假冒卵巢癌以詐領健保費，則無法因被害人承諾而阻卻違法。本論文認為，得被害人承諾而得阻卻違法之情形，應區分病人係對「第一次侵害結果」或「第二次侵害結果」為承諾而言。²²¹第一次侵害結果屬於「行為手段的侵襲」，第二次侵害結果則為「行為後發生的健康狀態」；若被害人係對行為後發生的健康狀態於風險實現之領域為承諾，則是否屬「得被害人承諾」而得阻卻違法，應為更寬鬆之認定。因接受特定醫療行為並非基於百分之百的成功率而考量，其背後亦代表接受醫療失敗或併發症帶來之風險。現代醫學帶來更大的問題是生命之延長不代表生活品質之延長，故當不利益之結果發生時，承受結果的病患在為承諾時不僅是單純對身體權或生命權的放棄，更是生活方式、生活品質與死亡方式的平衡問題。²²²此時倫理的議題存在於醫師尊重病患能自主、且由病患自行決定何為最符合自身利益之決策；若法律評價時反而不尊重病患之選擇，則當人陷入疾病或死亡之進程，將完全失去身體自主的權利。

實際的案例如由缺乏腹腔鏡 (laparoscope) 經驗之醫師執刀手術，並不符合醫

²²⁰ 陳軍宇，我國醫療過失刑事責任之研究，東吳大學法學院法律學系碩士學位論文，2009 年，頁 129

²²¹ 武藤真朗，治療行為と傷害の構成要件該當性—專斷的治療行為と患者の自己決定權に関する研究の予備作業，早稻田大學大學院法研論集，54 號，1990 年，頁 261。轉引自 陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（下），月旦法學雜誌，2010 年，第 179 期，頁 253。

²²² 黃璽文，論醫療上病患同意的刑法上效力，東吳大學法律學系碩士學位論文，2008 年，頁 61。

療專業水準。²²³但所有醫師皆是經歷「缺乏經驗」的時期才可能到達「有經驗」的時期。若病患明知風險之存在卻仍同意接受特定缺乏經驗之醫師進行手術，事後果然因手術時間過長而產生肺栓塞（pulmonary embolism）。另一可能如高危險妊娠（high risk pregnancy）之孕婦，明知有大出血之風險，卻仍執意要在地區小診所生產，而於生產中果然子宮破裂死亡。以上之狀況不論病患之考量為何，是基於對醫師之信任或傳統之傳承，基於對個人尊嚴與醫學倫理之尊重，法院皆不應將病患承擔風險之後果轉嫁而評價醫師之行為有何不法性存在。

－ 義務衝突

義務衝突於刑法上屬於超法規阻卻違法事由之另一態樣。當行為義務人同時有數個不相容之義務存在，且衝突非可歸責於行為人之行為所引起，且義務人除侵害他方之外別無他法，則對於他方之侵害可主張義務衝突以阻卻違法。²²⁴有認為義務衝突之阻卻違法事由，因為必須係為履行較高或同等之義務而怠於履行較低或同等之義務，故其實可以緊急避難取代者，但亦有認義務衝突之情形存在義務違反之必然性，應與為較高位階法益緊急避難的情形有所區別。²²⁵由於存在義務衝突之情形，未必皆可以單純法益高低比較衡量，而可能存在其他之原因，如法定刑之輕重、群體利益或個人利益、法益侵害之迫切性、義務之普遍性、達成目的的機率大小等。²²⁶本論文認為，醫師於決定何義務應先履行之時，由於有醫學倫理之考量，法院應尊重其資源分配之選擇，而非單純以法益位階之高低與緊急與否作為判斷標準；否則可能因此將設備、制度與系統性之欠缺所應受之非難加諸個別醫師而有欠妥適。如一整形外科醫師甲正欲進行已事先安排之乙病患脂肪瘤切

²²³ Bowers, Steven P.; Hunter, John G., *The Sages Manual, Perioperative Care in Minimally Invasive Surgery*, Springer New York. 2006. pp. 25-32.

²²⁴ 甘添貴，義務衝突之性質與解決原則（上），月旦法學教室刑事法學篇，1998年，第40期，頁14-15。

²²⁵ 勝亦藤彦，違法阻卻事由としての義務衝突とその類型に関する考察（三），早稻田大学大学院法研論集第七七号，1996年，頁27-52。轉引自 蔡志宏，刑法上義務衝突之研究，國立台北大學法學系碩士學位論文，2003年，頁80。

²²⁶ 甘添貴，義務衝突之性質與解決原則（下），月旦法學教室刑事法學篇，1998年，第41期，頁13。

除手術，同時病房內之丙病患卻因股動脈阻塞而一腳中毒壞死需要切除。雖乙之手術並不緊急、手術延期或交由他人完成僅可能影響乙之身體美觀，丙之等待卻可能影響其切除之部位大小或甚至存活，但甲選擇優先治療乙或丙皆不應被法評價。因法秩序從體系單一的角度不應賦予衝突而無法同時被履行之義務，當產生規範衝突時，應僅承認其中一方義務之拘束性，方能解決規範之矛盾。²²⁷因法律既無法指示何種行為方為合法，即應承認行為人選擇之合法性，此方能達成法秩序之整全性。

第三目 罪責

醫療行為若非業務上正當行為，亦不具阻卻違法事由，仍有可能因不具備良知非價而可減免罪責。例如防衛過當、避難過當、不知法律、無期待可能性等。若一違法行為無法減免罪責，仍可能因罪責內涵的不同，依刑法第 57 條各款成為科刑輕重之標準。

有時醫療行為不符合醫療注意義務，但法官仍應考慮醫師是否面臨過多的要求而無法回應。此時則應考慮減輕醫師之罪責。實務上之案例如北榮電腦斷層瘧疾案。²²⁸個案事實略為民國 84 年間台北榮民總院引進新型電腦斷層攝影機，需要由裝有顯影劑之注射筒，連接螺旋導管、三向接頭、延長線、小針筒、留置針，將顯影劑打入病患體內；該機器所附使用手冊已明確記載注射筒及螺旋導管，屬於丟棄式器材，不可連續及重複使用，以避免發生感染而危及病患之健康。詎因當時該機器檢查費受限於無法請領健保給付，放射部主任甲乃指示所屬除非導管器材毀損或顯受感染，可以使用消毒方式代替「一人一套」之使用原則，以避免器材之浪費。又職司該機器管理之乙醫師為達節省耗材之指示，僅明定每半天由護士更換一次；如遇損壞或特殊狀況時，由線上操作之醫師臨時決定更換之原則。

²²⁷ 山中敬一，刑法における義務衝突について，甘添貴教授六秩祝壽論文集－刑事法學之理想與探索，第一卷，刑法總論，2003 年 3 月，初版一刷，頁 170-172。轉引自 蔡志宏，刑法上義務衝突之研究，國立台北大學法學系碩士學位論文，2003 年，頁 110

²²⁸ 臺灣高等法院刑事判決 94 年度重上更（三）字第 184 號。

嗣於 84 年 10 月間有自非洲奈及利亞感染瘧疾傳染病返國之病患李○風至臺北榮民總醫院急診，當時李○風已呈現忽冷忽熱、黃疸等病情，但尚未被判定感染瘧疾前，於同月 5 日 13 時 20 分許，被安排至放射部第 46 室接受肝臟、腎臟之電腦斷層掃描檢查，由當時輪值之住院醫師丙負責檢查。丙於為李春風檢查後，未能提高警覺，堅守一人一套之無菌原則，將使用於李春風注射導管更換，仍沿習不適當之成規，未立即指示護理人員更換注射器材，致其後接續使用該儀器室之另一住院醫師丁（於 87 年 4 月 13 日注射氯化鉀中毒自殺死亡，已經本院前審判決公訴不受理確定在案）於同日先後以該感染有瘧原蟲之注射器材，依序為六病患注射顯影劑作電腦斷層掃描檢查，使其均受瘧疾感染，其中四人且發病死亡。

本案判決理由中法院認為「…丙身為該項檢查顯影劑注射之執行醫師，自應基於醫療實際需要，本於其專業考量決定是否更換注射器材，自不得呆板地以奉行此項上級主管所定上、下午各使用一套之常規不渝，即可免除因本件醫療行為過失所應負之法律責任…」而認為此案丙應負責。對於違反醫療專業之行為，若從醫學倫理要求醫師們做「對」的事的角度觀察，甲乙丙之行為雖看似違反利益病人原則應被譴責，因醫師們亦可選擇自負虧損更換管路、或要求病患自負耗材費再面對健保局之罰鍰。然應知將財務形勢所造成之無奈，無限要求醫事機構或醫師負擔亦不公平。由於醫學倫理並非無限的道德要求，理性之倫理選擇並非要求醫師自我犧牲，法律既然僅在醫學倫理之違反達到社會所不容之情形始介入評價，則於連倫理選擇亦有困難之倫理困境，法律須容有形成之空間。²²⁹因本案中丙面對的不只是利他之病患法益保護，還有是否遭醫院內部檢討、自掏腰包、以求或無愧良心之自利心態的綜合考量。於本個案中，病患僅獲得較危險且低水準之醫療服務，實屬市場經濟之殘酷現象，²³⁰而認更換管路對丙無期待可能性，病患所

²²⁹ 形成倫理困境之情形包括個人所秉持的兩倫理原則相衝突、兩可行的措施各有利弊、某措施沒有明確的規定可循、兩可行的措施都不太理想、個人的倫理原則與角色要求有所衝突等。有些狀況可藉由強化醫師之倫理敏銳度解決，但有些只能兩害相權取其輕。見 Smith S.J., Davis A.J. (1980). Ethical Dilemmas: Conflicts among rights duties and obligation, *Am J Nurs*, 1980 80 (8):1462-6.

²³⁰ 黃茂榮，醫療契約（三），植根法律，2009 年，第 25 卷第 3 期，頁 4。

受之損害則或可由民事獲得賠償。

第二款 民事法之觀察

第一目 醫療契約之締結

醫療契約之內容，係病患委託醫療提供者為檢查、診斷、處方、治療等醫療事務。對於醫療契約之定性有認為屬委任契約、準委任契約、僱傭契約、承攬契約、無名契約等。然基於醫療與委任有特性上之不同，以委任契約無法完全達到醫療契約之契約目的，因此應依契約具體內容不同認為醫療契約屬委任、僱傭、承攬之混合契約。²³¹而在判斷權利義務關係時，應依個案狀況之不同妥善處理。²³²

醫師基於利益病人之醫學倫理要求，不應任意拒絕病患；醫療契約於締結時因為特殊之社會考量，亦於法律上有強制締約之要求。醫師法第 21 條要求「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延」。對於醫療機構，醫療法第 60 條第一項亦有一定義務之要求：「醫院、診所遇有危急病人，應先予適當之急救，並即依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延」。對於參加全民健康保險之保險醫事機構，全民健康保險法第 70 條進一步要求：「保險醫事服務機構於保險對象發生保險事故時，應依專長及設備提供適當醫療服務或協助其轉診，不得無故拒絕其以保險對象身分就醫」。雖醫師或醫療機構拒絕病患契約之要約後不一定成立契約，但無故拒絕病人若造成病患之損害，在民法上可能構成民法第 184 條第二項「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任」，或甚至須負擔行政責任。²³³

通常醫療契約視情況不同而成立於病患與醫療機構或病患與醫師之間。於無行為能力人或限制行為能力人，則由法定代理人代為意思表示、或締結第三人利

²³¹ 陳佩吟，醫生產前檢查失誤之民事賠償責任，東吳大學法律學系研究所碩士學位論文，2005 年，頁 68。

²³² 鄭其昀，論組織醫療之賠償與補償，中國文化大學法律研究所碩士學位論文，2005 年，頁 64。

²³³ 黃茂榮，醫療契約（二），植根法律，2009 年，第 25 卷第 2 期，頁 19。

益契約。若病患於到院之際，無法為有效之意思表示，如陷入昏迷或意識混亂，或甚至病患本人拒絕治療，則契約因尚未成立，亦無法進行有償契約之風險分散功能，有認應將此時之醫療行為定性為無因管理者。²³⁴然本論文認為僅因病患暫時無法為意思表示，其陷入危急仍不能正當化使醫療服務提供者僅負民法第 175 條之重大過失責任；由於醫療服務之特性本為報酬後付，且因醫師往往可請求報酬，故應類推適用民法第 535 條使醫療服務提供者於病患危急時仍負善良管理人義務。但此爭議由於全民健康保險之普遍於我國應較少見，若病患為全民健康保險被保險人，雖存在複雜之「健保局、醫事機構、醫師、病患」之四方關係，但為說明之方便，可認為契約成立於健保局與保險醫事機構間，而病患僅為醫療契約之受益第三人；醫事機構或醫師則與病患成立準契約關係，對病患負契約法之責任。

第二目 醫療契約之義務之違反

在大型醫院，醫療給付係以團隊之形式完成，故在醫療業務執行之過程中，從掛號櫃台、護理師、醫師、放射師、醫檢師、到採購人員、清潔人員、營養師等，皆為醫療機構之履行輔助人。若醫療給付因有瑕疵而造成病患之損害，醫師於此過程中所能掌控者著實有限，因此本論文主張，醫師所執行之醫療行為僅需滿足「醫療注意義務」，即醫療專業義務與告知同意義務，便可認為該醫療行為屬於符合契約債之本旨之履行；若醫師因故意或過失違反上開義務，實務上即認違反「善良管理人注意義務」而有過失，並可能構成民法上之侵權行為。²³⁵雖然判斷醫療行為構成侵權行為與否，學界與實務普遍認為適用推定過失與推定因果關係，²³⁶但因侵權行為之要件為違法與不當之行為，故可認醫師之醫療行為若無不法性即可免責。²³⁷若病患因其他原因所受之損害，則非大型醫院內醫師可得監督之範圍。

²³⁴ 黃茂榮，醫療契約（二），植根法律，2009 年，第 25 卷第 2 期，頁 20。

²³⁵ 最高法院民事判例 19 年上字第 2746 號。

²³⁶ 黃鈺嫻，從醫療水準談婦產科醫療責任注意義務之認定，律師雜誌，2005 年，第 308 期，頁 40。

²³⁷ 最高法院民事裁判 55 年度台上字第 2053 號判例。

契約之當事人固然可以約定較臨床醫療水準為高之注意義務，例如要求保證治癒，但此時已超越理性醫師所能預見而得注意之範疇，屬危險責任而非行為決策範疇，則與醫學倫理無涉，此處暫不討論。

值得特別提出者為，民事契約與侵權行為不同者在於，侵權行為著重損害填補與損害預防之機能，契約則著重於規範經濟秩序，使經濟秩序得滿足個人生活需要，並使社會資源做有效率的使用與分配。²³⁸因此基於危險責任之分配，侵權行為當事人與僱用人或契約當事人之責任認定有所不同。學說與實務上普遍認為僱用人依民法第 188 條第一項為其受僱人之侵權行為負連帶損害賠償責任，係採推定過失原則，推定僱用人具有選任監督之過失²³⁹且縱僱用人得證明選任監督並無過失，若被害人因而無法獲得賠償，僱用人仍須依第 188 條第二項負「衡平責任」。²⁴⁰實務上亦有認即使無法指認實際為侵權行為之人，仍可基於整體「醫療團隊」之照護過失肯認醫療機構負連帶賠償之責。²⁴¹由於契約義務係為確保契約之利益能獲得最大之滿足，故醫療契約中縱無侵權之行為，仍可能因契約當事人違反契約注意義務，例如建構完善組織與安全系統之義務，而負擔民法第 227 條之債務不履行損害賠償責任。²⁴²有認對於契約當事人之注意義務，由於著重者為系統性之義務，故判斷是否有故意過失，僅需判斷是否呈現不理性的危險而違反社會對其所冀望之標準。²⁴³在契約上需負損害賠償責任，並不必然需要有注意義務的違反。此時契約當事人即使主張符合醫學倫理之要求，亦與是否需負契約責任無涉。惟當契約義務之討論已溢出個人責任層次時，實已無臨床醫學倫理問題，而屬於醫療組織倫理之問題，非本論文所欲討論之重點。²⁴⁴

²³⁸ 王澤鑑，民法概要，王慕華，2007 年，頁 28。

²³⁹ 王澤鑑，僱用人無過失侵權責任的建立，民法學說與判例研究（一），2004 年，頁 7-8。

²⁴⁰ 王澤鑑，侵權行為法，自版，2010 年，頁 12

²⁴¹ 台灣高等法院民事判決 96 年度醫上更（一）字第 1 號。

²⁴² 林幸怡。醫療機構之民事責任。台灣大學法律研究所學位論文 2010 年碩士。頁 213。

²⁴³ 林幸怡。醫療機構之民事責任。台灣大學法律研究所學位論文 2010 年碩士。頁 219。

²⁴⁴ Spencer, Edward M., *Organization Ethics in Health Care*, Oxford University Press, 2000, pp. 5.

第三款 行政法之觀察

第一目 行政罰

醫療行為在行政法上受到評價有兩種可能的態樣，一為行政罰，一為行政處分。行政罰包括罰鍰與其他種類行政罰，例如吊扣或吊銷執照、命令停業或歇業、輔導教育等。行政罰於操作上與醫學倫理直接最相關者，莫過於醫師法第 25 條第 4 款規定醫師「執行業務違背醫學倫理」時，由醫師公會或主管機關移付醫師懲戒委員會懲戒。有認為醫學倫理僅為醫療專業人員內心之道德良知，是一種基於人類共同價值所形成的美德。此種引導人向良善前進的美德，一旦被違反，本不必然「出禮入刑」，而只是良知的譴責。²⁴⁵但若真如此，則在醫師行為雖然未明顯造成他人損害時卻要移送懲戒，則成為以多數人之道德意識強加在少數人的多數暴力狀態。此種關於醫療法上「醫學倫理」的解釋，與目前法治社會要求之法明確性顯然不符。若醫學倫理原只是醫療專業團體為維持專業性的內規，則對於社群不具公益性質，司法院大法官也毋庸在解釋文中聲明醫師法第 25 條係為維護醫師職業倫理所必要。²⁴⁶因此應認為較符合大法官所闡述之所欲維持的醫學倫理，毋寧是一由病患、醫師、社會所共同形塑的「促進醫療事業健全發展、提高醫療品質、保障病人權益、增進國民健康」的價值考量。因為醫療服務與國民健康和社會安全有重大的關係，才不得不將醫學倫理也納入法律管理的範疇。然本論文以為，以價值考量作為出發點的觀念，在操作上需要非常小心，因為一旦價值有所模糊或變動，卻以法律支持，等於在壓迫少數人或非支配階級。²⁴⁷

以民國 92 年間爆發的嚴重急性呼吸道症候群（severe acute respiratory syndrome, SARS）為例，當時和平醫院被列為 SARS 集中收容中心，而將該院醫

²⁴⁵ 何清池，醫療倫理與法律，司法研究年報第 26 輯第 13 篇，2009 年，頁 75。

²⁴⁶ 見司法院大法官解釋第 545 號解釋文

²⁴⁷ 顏厥安，鼠肝與蟲臂的管制—法理學與生命倫理論文集，元照，2004 年，頁 104。

護人員召回集中隔離。²⁴⁸當時因為欠缺分級管制與配套措施，防疫設備不全，導致有醫師與護理人員趁亂離院，還有醫療人員抗議被欺騙、遺棄而拒絕執行醫療行為。之後引出和平醫院醫師違反醫學倫理而被懲處之案外案。²⁴⁹當時台北市長回應：衝破封鎖線「視同敵前抗命」，社會大眾則有認為醫師護理師沒有醫德、違反醫學倫理應當被譴責者。但現在我們走過了因為無知與恐懼而造成的恐慌，更應該認真看待法律理性治理的一面，用法律概念馴服直觀的欲望。²⁵⁰所謂醫學倫理並非大眾以道德的願望強加在醫護人員身上，要求醫護人員以肉身阻擋大眾面對 SARS 病毒的慌亂。惟任何對於傳染病的抗戰必然要先有精良的軍隊，缺乏適當之隔離設施與足夠之裝備，又無適宜之隔離配套措施，讓自己暴露於院內交叉感染之高危險環境中，只會使醫療人員自身先染病而成為累贅。醫療人員在理性的判斷下，自利的心態必然勝過宗教信念般自我犧牲的要求，拒絕回到醫院乃其人格權的展現，難謂有何醫學倫理之違背。若事後對於這些人採取近似迫害的懲戒、撤照等措施，則是政府擁有醫療暴政（medical tyranny）或公衛專制（dictatorship of public health）權力的展現，而此乃現代民主法治國所不允許的。²⁵¹

至於其他行政罰的違法性與罪責判斷因與刑法相似，本論文不欲詳細討論。僅欲特別提出者為，行政法仍有其他中性、僅為管理方便而生的一般性規定。此時應認為法律之中性規範亦屬醫師為醫學倫理決策時應考量之一環。例如立法者為管理方便，在醫療法第 78 條第一項僅限教學醫院以上等級的醫療機構得施行人體試驗。地方診所的開業醫師即使有志於研究，違反該條者仍依同法第 105 條第一項由中央主管機關處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰；情節重大者，並得處一個月以上一年以下停業處分或廢止其開業執照。惟人體試驗原係為提高醫療

²⁴⁸龔招健。和平醫院 SARS 大事記，中時電子報，中國時報，2003 年 5 月 9 日。引用網址：http://forums.chinatimes.com/report/SARS/Taiwan/htm/Peace_list.htm。最後拜訪日期：2012 年 5 月 21 日。

²⁴⁹見臺北高等行政法院判決 95 年度訴字第 01136 號，最後該醫師的廢止醫師證書等不利處分被撤銷。

²⁵⁰顏厥安，同註 162，疫情法域，頁 218。

²⁵¹顏厥安，莫讓人權染煞。中國時報，2005 年 7 月 5 日。

技術的水準，或預防疾病的需要而存在，管制不過為了避免不人道的人體試驗，侵害受試者的權利。若一未經核准的人體試驗在地區診所執行，即使事後審查發現並不違反人體試驗的其他規定，仍可基於秩序或管制的理由處以罰鍰。

第二目 行政處分

行政處分係將具體的法律效力歸屬到一個具體的生活事實，從而使該具體的法律效力因系爭行政處分或司法裁判而直接發生。²⁵²因此行政處分與司法裁判在了結特定生活事實、賦予法律效果之面向，有相同之特質。²⁵³故行政機關對於醫師所為之第一時間之行政處分與對醫師訴願之考量，亦應採取具有整全性之詮釋態度。尤其當立法者賦予行政機關判斷餘地，關於專業性或風險性之評估若具有醫學倫理之考量，則於操作時應特別謹慎，以避免不合理之結果。



²⁵²翁岳生，論行政處分之概念，行政法與現代法治國家，自版，1990年，11版

²⁵³黃茂榮，法律規定之邏輯結構（上），植根雜誌，2006年，第22卷第3期，頁13-15。

第三節 藉由法律補充達到醫療注意義務一致化以整合社群價值

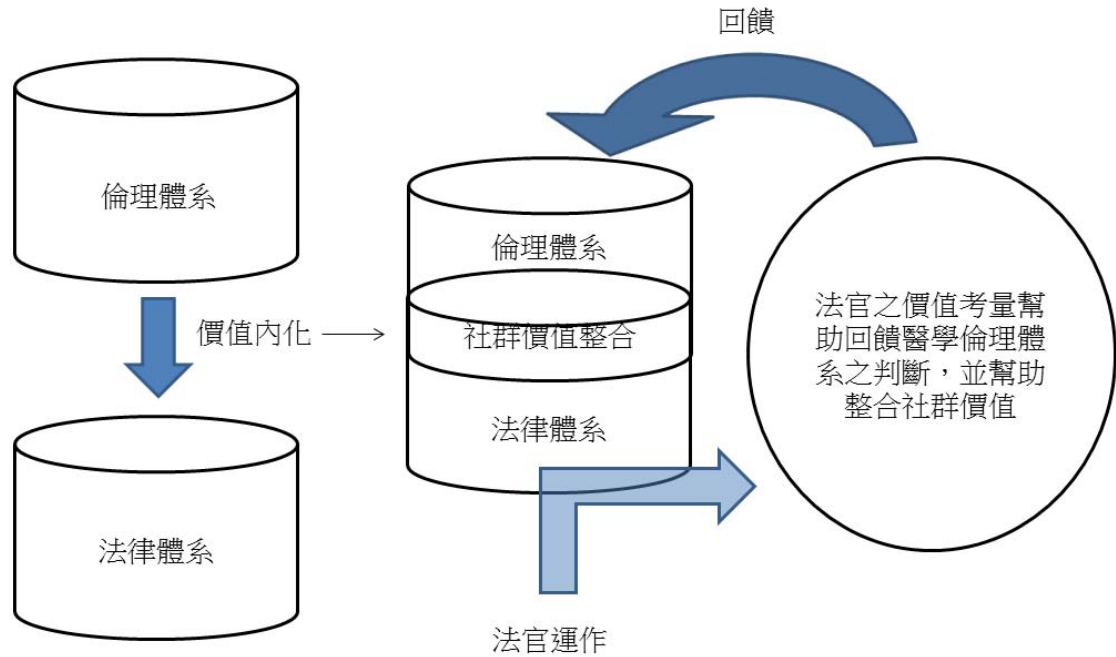


圖 4 藉判決達社群價值整合

第一項 從原則的普遍性考量

從不同法域的價值取向觀察，法律的原則可能在不同法域之間產生衝突。身為適用特定法條的法官，究竟應該忠於他基於特定法域所強調的原則取向，還是超越法域追求某種社群價值的一致性？在第三章中，本論文曾說明法律的原則在法律適用的過程通常比抽象的法律價值易於使用，也通常可以解決大多數的法律問題。但當少數困難案件中若原則產生衝突，則本論文主張，前節中分析的所謂「原則衝突」只是表象上的衝突；一具有整全性追求的法官，應可自更上位的概念中搜尋出一定的、使跨法域也能整合的結論。²⁵⁴ 在德沃金主張的具有整全性的法

²⁵⁴ 這個問題在基礎法學的領域也有一些討論。關於如何發現與填補法律漏洞，根據舊的法學方法論無法確定法律適用的「正確性」。因此有主張「法院補充法律的行為無法僅用已存在之法律原則

律詮釋過程中，其考量的只是法律的整體本身，即追求內部的整全性。然本論文認為，體系解釋不只是在法律本身之中探求，還可以擴張到更宏觀的面向；如考量其他法規，其他法體系，其他實質理論（政治哲學、倫理學、社會理論）。

以實際例子觀察，如病患的皮膚被意外撕裂，醫師因幫病患縫合以求美觀與可能的回復，但該片皮膚卻因缺氧而壞死，病患以醫師未消毒乾淨為由提告。²⁵⁵此時在刑法上檢察官無法舉證醫師有消毒不完全的情形。但在民法實務因醫療契約中普遍被認可的事實說明自己原則（*res ipsa loquitur*），病患僅須證明其受有損害之事實，即可依一般經驗法則推定有醫療過失；醫師則需要證明該結果並非典型的發展。²⁵⁶在民事訴訟法中也常依第 277 條但書而使醫療給付訴訟適用舉證責任倒置。本案中的判決理由為醫師無法舉證自己完全無汙染傷口，而須負擔損害賠償責任。這種情形造成醫界同業間的恐慌，在醫師間也產生「醫界同業要慎選『病人』，以免毫無過失卻挨告。而撕裂成皮瓣的傷口，若皮瓣太薄，最好不要縫合，因為若發生皮瓣壞死，可能有可能會惹來麻煩的，最好把皮瓣鋪回原來的位置就可以了，若壞死了，沒人會怪到醫師身上了」²⁵⁷的說法。

對於本例，或有人會質疑此僅為舉證責任處理的問題。因為「舉證責任之所在，敗訴之所在」的危險承擔概念，醫師本來站在法律關係中較優勢的一方，就應承擔舉證責任的危險，即在事實真偽不明時承擔敗訴結果。但首先從程序法上觀察，仔細分析本案，可以發現病人已舉證皮瓣壞死而受有損害，但「壞死之組織皆會長菌」此事實卻被法院略而不談。此處法院要求醫師所負擔的舉證責任並非醫師已消毒完全的積極事實，而是醫師沒有汙染傷口的消極事實。消極事實本

為基礎，超法律之原則，特別是倫理原則也應被考慮到」。見 Esser, *Schuldrecht*, AT, 4. Aufl., S. 183ff，轉引自 黃茂榮，同註 86，頁 36。

²⁵⁵ 本案例查無案號，係引自 戴鐵雄，醫師的夢魘－醫療糾紛與誤診，*台灣醫界*，2012 年，第 55 卷第 1 期，頁 57。

²⁵⁶ 朱柏松等，醫療過失舉證責任之比較，元照，2008 年，頁 162。本論文對於此推定有不同意見之處，除非是非必要的醫療（例如醫學美容），否則大多時候病人早已有疾病事實的存在，與一般的民事契約不同。病患雖然產生損害的結果，不表示即為醫療行為的介入或過失無介入造成。或有謂醫療契約中也應有「推定因果關係」存在，但即使如此仍不能直接認為醫師有疏失的行為就是過失，因為疏失是否構成法律上的過失並非事實判斷，而為法律判斷。

²⁵⁷ 戴鐵雄，醫師的夢魘－醫療糾紛與誤診，*台灣醫界*，2012 年，第 55 卷第 1 期，頁 57。

非無法舉證，只是舉證非常困難，對於「某事實不存在」之事實如何證明學說上有許多爭議，通常僅能間接證明或藉由經驗法則判斷。²⁵⁸即使舉證責任在主張消極事實之一方，仍應使主張積極事實之人負具體陳述義務，再由他造舉反證。²⁵⁹實務上也認為要求當事人就消極事實負舉證責任，違反舉證責任公平分配之規定，應課與當事人真實與完全具體陳述的說明義務，以供他造得據以反駁。²⁶⁰此處法官若非民事訴訟法之素養不足，就是有其他的考量或理由，但卻沒有說明。最可能的原因是基於民法契約中經濟損害填補的考量而認為其優於平等舉證原則的分配。

僅考量民法法域原則的結果，在個案中看似符合個案損害填補的要求，使遭遇不幸醫療結果的病人得以獲得實質的填補，卻會因為醫療糾紛中往往不價格不斐的賠償金額造成醫師在行為模式上的改變。例如採取防禦性醫療，採取不符合倫理要求卻在民法上可免責的行為。其次從實體法上觀察，考量超越法體系的整全性的價值追求，可以發現原則衝突只是表面上的衝突。所謂對經濟利益的補充，社群經濟利益的最大化只是民法原則之一，「社會中強勢的一方應該對於弱勢的一方負更多的填補性責任」之原則只存在少數的民法條文中。例如在民法第 188 條的僱用人責任、在民法特別法的消費者保護法中，而應該被認為是一種例外；相對的平等原則卻從憲法基本價值的宣示而存在各個法域。從平等原則觀察，僱用人責任與消保法的填補性責任是基於風險有效管理、與損益同歸的理由，通常參與契約之人皆為市場經濟下之理性計算之人；但因為醫療契約涉及人之身體與生命權，公法上因而限制醫師與醫療機構自由締約之權利；更由於醫療中的不確定性，使醫療過程與結果經常亦非醫療提供者所能掌控。²⁶¹又醫療契約中，醫師基於收入有限，無法藉由民間保險做風險的有效管理，亦不存在公家的醫療意外保險以分散風險；加之台灣全民健保總額預算的箝制與對於醫療費用的法定限制，醫

²⁵⁸ 張永輝，論民事舉證責任分配法則在我國之發展。國立台北大學法律系碩士學位論文，2008 年，頁 174

²⁵⁹ 許士宦，不負舉證責任當事人之事實證明義務，證據蒐集與紛爭解決，學林，2005 年，頁 536。

²⁶⁰ 見最高法院 96 年度台上字第 2738 號判決，與最高法院 98 年度台上字第 391 號判決。

²⁶¹ 陳聰富，醫療契約之法律關係（上），月旦法學教室，2008 年，第 72 期，頁 92。

師的收費實質上沒有變動空間，而無法達成損益同歸。²⁶²綜上，法官在適用民法各原則之時，應考量何時經濟利益最大化的原則應對平等原則作出讓步。試想一皮膚撕裂的病患再不濟也僅係造成醜陋的傷疤，醫師基於行善的原則尋求病人可能美觀的機會幫病人開刀，卻引發不必要的糾紛，在個案中病患的損失得到填補，但在往後的個案中使醫師們寧可選擇不開刀，病患失去復原的機會而不自知；長久以觀實非病患之福。

第二項 跨法域之法律補充

法律的文字在不同法域之間或有不同之解釋脈絡，但為達法律適用與醫學倫理之價值整合，根據融貫之價值訴求所驅動之相同之行為，在不同法域也應有相同之評價。在同一法域之中，若法體系之價值本身、或法體系與醫學倫理之價值體系產生矛盾，法官可藉由體系解釋等法律解釋方法、或藉由普遍被承認之體系內法律補充回復社群價值之融貫。然亦有無法藉由單一法體系達成法律補充之情形，此時法官則需要回歸醫療之本質、社群價值原則等抽象性之信念，探求跨法域之法律補充。

舉例言之，醫師法第 12-1 條規定「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」。違反此要求之醫師則依醫師法第 29 條處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰。縱觀醫師法，皆要求醫師執業以保護病患之自主權為宗旨而無例外；尤其第 12 至 14 條，更要求醫師貫徹「告知同意」之原則。但醫師故意違反病人自主原則，卻具有醫學倫理考量者，最為人所知之例證即為「醫療特權」(therapeutic privilege) 的表現。醫療特權在醫學倫理之定位是醫師基於父權的利益病人之考量，而犧牲病人自主的可能性；安慰劑 (placebo) 之使用即屬之。有倫理學家認為基於真誠與信用，安慰

²⁶² 許森豪，醫療行為適用無過失責任適宜性之探討－兼論醫療行為依其性質分類之可行性，國立成功大學法律學系碩士學位論文，2006 年，頁 31-60。

劑之使用應被禁止，²⁶³但安慰劑因為其有效性仍被廣泛的使用。最廣為使用的莫過於治療退化性關節炎（osteoarthritis）的葡萄糖胺（glucosamine）。雖多方研究已證實葡萄糖胺與軟骨素（chondroitin）的功用來自於安慰劑效果，但因對於退化性關節炎的止痛藥與類固醇等內科療法皆效果不彰，醫師仍經常性的開立此類保養品。²⁶⁴又如術後使用之自控式止痛裝置，在達到一定劑量後藉由安慰劑效果達到減緩疼痛的目的。於安慰劑產生負面效果時應如何評價？有論者認為對於治療特權是病人自主之例外，若醫師若未具體提出因說明而產生不良影響之具體事實將不能免責。²⁶⁵更極端之案例如醫師未告知罹患肝癌末期之低收入病患有新的標靶藥物，係因考量長期使用標靶藥物需要自負一個月十數萬之藥費，但只能平均增加存活三個月；此種狀況係以父權之思考剝奪病患存活之機會。²⁶⁶但若正如學者所言，在醫療場域中，若醫師與病人之間欲營造的是「溫暖的父權」，而非疏離的「病人自主權」，²⁶⁷則縱於行政法之領域並未容許此類醫療特權，告知同意義務是否被履行亦非法院唯一之審查義務；而是判斷醫師是否已基於善意父權思想，為維護病患最大利益而為說明。²⁶⁸準此，審查醫師之倫理判斷是否真正侵蝕病患之「權利」時，應有較寬鬆之標準，認為醫師所施行之部分醫療特權係基於其善意之信念，而告知無期待可能性，可阻卻責任。

²⁶³ Jonsen, Albert R et al.著，辛幸珍等譯，臨床倫理學：臨床醫學倫理的實務引導，美商麥格羅·希爾，2011年，頁61。

²⁶⁴ Kalunian, Kenneth C.. Pharmacologic Therapy of Osteoarthritis, In: UpToDate, Basow, DS (Ed), UpToDate, Waltham, MA, 2012.

²⁶⁵ 陳子平，醫療上「充分說明與同意（informed consent）」之法理，東吳大學法律學報，2000年，第12卷第1期，頁66。

²⁶⁶ Llovet, Josep M., Bruix Jordi, Molecular targeted therapies in hepatocellular carcinoma, Hepatology, 2008 48 (4) :1312-27.

²⁶⁷ 楊秀儀，論病人自主權，國立臺灣大學法學論叢，2006年，第36卷第2期，頁35。

²⁶⁸ 陳聰富，拒絕醫療與告知後同意，月旦民商法，2009年，第23期，頁84。

第四節 以法律適用的方式整合醫學倫理的不足及其立法解決

第一項 立法做為醫學倫理行為決定爭議的終結

法官作為整全性之追求者，需要以自身對整體法律價值之認識，於個案中選擇所應貫徹之法律原則。但如此一來，當法官所適用之原則越上位時，不同法官對於個案之價值詮釋越有可能產生差異。尤其當新的社會事實產生，且尚無明文之法律規範時，越有可能產生爭議。此時對於個案法律效果之歧異雖可藉由長期的個案累積消除，但立法者可加速此整全性之達成，並終結司法判決之歧異與醫學倫理之行為爭議。

人體器官移植條例之立法與修法可認為係此種爭議終結之例證。由於自人體取得器官對於個人自主權、身體權、生命權等影響重大，亦與我國保留「全屍」之傳統思想有所不同，故何時應容許自屍體取得器官不僅為法律問題，更有醫學倫理與禮俗上之考量。自器官移植成為可能以來，病患是否與何時可捐贈器官即成為一大爭議。在醫學倫理上究應優先尊重已死亡之病患之意願，或尊重家屬之意願？器官捐贈為病人自主權之展現，但卻是病患家屬在病患死亡後承受壓力與哀傷。此一爭議在法律上卻於人體器官移植條例於民國 76 年公布施行後獲得初步的解決。人體器官移植條例舊法第 6 條規定：「醫師自屍體摘取器官以合於左列規定之一者為限：一、死者生前以書面或遺囑同意者。二、死者最近親屬以書面同意者。三、死者生前為捐贈之意思表示，經醫師二人以上之書面證明者。但死者身分不明或其最近親屬不同意者，不適用之。」由第 6 條第一款與第二款可知立法者承認死者本人與最近親屬皆可處分死者之器官，解釋上可認為死者本人可處分自身之器官，是死者人格權之展現在死後之延伸，尊重其人格權行使則為對人性尊嚴之保護；最近親屬可處分死者之器官，則是基於受人格權限制之物權。²⁶⁹然

²⁶⁹林秉欽，器官移植合憲性之研究－以我國人體器官移植條例為中心，東吳大學法學院法律學系碩

而第三款中親屬之反對權應被如何定性與承認到何種程度亦有爭議：有認為第三款表示當死者無書面或遺囑證明時，應有最近親屬同意權適用空間；亦有認為既然家屬所行使者為受死者本人人格權所限制之物權，則死者本人既已同意器官捐贈，親屬自無反對之權利而僅為舉證死者意願。²⁷⁰此爭議可認為係法院行法律解釋時可能產生之歧異，且醫師面臨不確定之法律操作，皆僅採取保守不介入之消極做法，以致臨床實務上未曾有此種情形。第三款後於民國 100 年修法刪除後，可認為死者之自主權更加擴張，因家屬失去介入死者明示意願之可能性，但若醫師違反死者之意願有何效果仍不明確。

第二項 立法做為醫療環境改變的推手

縱然法官在法律適用的過程已善用各種方法確保社群價值的整全性，有時我們仍不得不承認，法院作為社群整全價值的追求者有其極限。此時構成的整全性缺陷僅能透過立法者之手來補救。造成缺陷的原因，有時是因為現實的限制，使立法者在立法時基於資源的有限性，只能對對特定法律事實訂立較佳的規範；有時是因為立法者在立法時，無法預料未來的社會變遷所帶來的新難題。此時某位以 Hercules 為典範的法官，可能已很努力地去追求整全性思考，仍僅能達到差強人意的結果。²⁷¹此時我們期待立法者藉由法律規範或制度之改變，以追求更公平之資源分配。以下舉數個實務判決做為例證：

第一款 跳樓自殺案²⁷²

本案案件事實略為，被害人患有妄想，精神不穩等症狀，於民國 87 年至仁慈醫院住院治療。甲為仁慈醫院院長。民國 87 年 6 月 9 日下午 2 時許，仁慈醫院於

士學位論文，2011 年，頁 148。

²⁷⁰ 林秉嶽，器官移植合憲性之研究－以我國人體器官移植條例為中心，東吳大學法學院法律學系碩士學位論文，2011 年，頁 152。

²⁷¹ 關於 Dworkin 對於 Hercules 的論述，見 Dworkin, Ronald, Ibid. 151, pp. 239。

²⁷² 台灣高等法院 91 年訴字第 12 號民事判決。

13 樓活動大廳舉行由乙護理師與丙心理治療師負責安排之電影欣賞。被害人於護士丁於 14 樓樓梯口點名後，即自行沿 14 樓之樓梯下樓。然而被害人在 2 時 20 分單獨進入團體治療事後反鎖並自該室窗戶墜樓至三樓平台當場死亡。被害人之父母復起訴仁慈醫院，主張甲、乙、丙為仁慈醫院之僱用人，因過失致被害人死亡，使原告受有精神與扶養費之損害；仁慈醫院依民法第 184 條第 1 項前段、第 185 條第 1 項前段、第 192 條第 2 項、第 194 條、第 188 條第 1 項前段之規定，應連帶給付原告 500 萬元。

本案法院判決理由則為：本案發生時，仁慈醫院於該團體治療室出入口與窗戶並未加設防護設備，且強化玻璃亦未上鎖，病患可輕易打開，對防範精神病患自殺之應有設備並不完善。依病歷紀載，病患在死亡前一日有自殺企圖，且經主治醫師處置應防範病患自殺，但死亡當日卻在沒有醫護人員的監護下行動。是以被害人得自該院 14 樓之旋轉樓梯下樓單獨進入團體治療室後反鎖在內，並自該室之窗戶墜樓死亡，甲身為仁慈醫院院長，自有安全措施設置不當之疏失，應負仁慈醫院未設置完善安全防護設施之過失責任甚明。

本論文認為，雖然病患是因為窗戶設備不完善而墜樓身亡，其父母也因此受有損害，但本案的特性就如同醫療過失的「瑞士起司理論」，難以將過失歸咎到個案中的任一人身上。²⁷³本案中的法官最終將過失配置在院長身上，但醫療機構之代表人所扮演的角色，應為促使醫療機構運作之完善，例如制定一套妥適的內規、提供安全設備等方式善盡職守而建立更安全之醫療系統。要求院長對於醫院的每扇窗戶安全設備都需注意，是忽略現代大型機構的負責人沒有能力事必躬親的事實。²⁷⁴ 本論中即使法官適用民法第 28 條「法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任。」而擴張代表人的義務，主張醫療機構應該為代表人負責，是否為妥適的責任模式也值得商榷，尤

²⁷³ Reason, James, Human Error: Model and Management, *BMJ*, 320 (7237):768-70.

²⁷⁴ 林幸怡。醫療機構之民事責任。台灣大學法律研究所學位論文 2010 年碩士。頁 152。

其現代產生許多純粹經濟上損失也需要賠償的趨勢。從跳樓自殺案中可以說明目前法律的缺陷，如果窗戶已上鎖，是因為偶然而破裂還來不及修理，病患就從窗戶跳出造成損害，此時若能在立法上開發醫療機構的過失責任，就醫療機構是否有服務上的缺陷就可以認為醫療機構來不及派員修理而沒有過失。²⁷⁵

第二款 檢驗結果未通報案²⁷⁶

本案案件事實略為，病患許俊輝於民國 95 年 6 月 5 日下午 1 時 50 分許，因右足傷口 3 天未癒合且有發燒症狀，至聯合醫院中興院區急診室；由急診醫師甲診治，於下午 2 時 10 分安排病患進行血液檢查、細菌培養等生化檢驗，繼而給予 Prostaphyllin 藥物治療，迨同日下午 4 時住院由乙醫師主治。95 年 6 月 8 日下午 1 時 43 分病患細菌培養結果完成，培養結果為抗藥性金黃色葡萄球菌 MRSA (Methicillin-resistant *Staphylococcus aureus*)，但因被告聯合醫院中興院區通知臨床醫師之機制，致乙未能於下午 4 時巡房時確認病患 MRSA 感染，改變抗生素之使用。同日晚間 8 時 30 分病患出現呼吸喘、血壓下降、心跳加速，嗣於隔日上午 10 時 10 分因敗血性休克死亡。

法院於判決理由認為：「... 因細菌培養結果非可即時知悉，被告乙接手治療後，負有持續追蹤病患血液或患部細菌培養結果及根據細菌培養結果施以適當療效抗生素之照護義務，... 又甲於急診期間囑咐採集病患檢體細菌送交位於仁愛院區之聯合醫院檢驗中心培養結果係 MRSA 菌種，已於同年 6 月 8 日下午 1 時 43 分傳輸被告聯合醫院中興院區，業如前述，被告乙於當日下午 4 時巡房時應可知悉上開細菌培養報告，並依細菌培養報告結果改用適當療效之抗生素，縱因被告聯合醫院中興院區通知臨床醫師之機制，致被告乙未能於當時確認病患 MRSA 感染，改變抗生素之使用，給予適當輸液治療，甚至使用呼吸與升壓強心劑，就被告乙

²⁷⁵ 林幸怡。醫療機構之民事責任。台灣大學法律研究所學位論文 2010 年碩士。頁 237。

²⁷⁶ 臺灣臺北地方法院民事判決 96 年度醫字第 2 號。

而言，其既為病患之主治醫師，依其醫學知識經驗，當可預見病患若有敗血症之 MRSA 感染，所使用之抗生素（包括 Prostaphlin 及 U-Save-A）效果不彰，應改變抗生素之使用並採取對 MRSA 感染之醫療措施，客觀上本有迴避上開不利病患惡害結果之可能，雖以醫囑指示追蹤急診血液培養結果，卻僅消極等待護理人員將細菌培養結果黏貼於病歷上，未積極向檢驗單位持續追蹤、確認病患感染菌種，違反照護病患之義務，未能改變抗生素用藥，終至病患病情惡化，不治死亡；... 是被告乙辯稱：其不知細菌培養結果，並無過失云云，委無可採。」

本案之爭點在於醫師是否有主動追蹤細菌培養結果之義務？細菌培養之結果非立即可知，根據菌種之不同，亦無法確切得知培養結果完成之時間。²⁷⁷有認為在大型組織化的醫療機構中，應是期待設計健全之醫院通報系統，而非要求醫師事必躬親；法院要求醫師主動追蹤檢驗報告，已超越理性之人之注意義務。本案法院認定此案為受僱之乙醫師之過失，使真正該負責醫療機構隱匿於醫療人員之過失之下。²⁷⁸本論文認同以上之見解，並認此案中隱含資源分配之議題。目前因台灣醫療人力與醫療給付之不足，醫療人員同時照顧之病人數量遠多於其他實行全民健康保險之國家。²⁷⁹在醫學倫理的考量中，積極追蹤病患之病況為利益病人原則之實現，因此在醫療資源充足之國家，醫師與醫檢師行有餘力，固可以認為醫師有積極追蹤之義務、或醫檢師有積極通知報告結果之義務；但在業務量大時，考量到醫療行為之集團性，單一病患要求過多之資源則不符合正義之考量。此時應認積極追蹤已超越個別醫師所能達到之醫療專業之臨床注意義務標準，若當時醫療機構並無能力建構即時之通報系統，則在締約自由被限制之情況下要求醫療機構負擔危險責任亦屬過苛。

在個案中法官有時不得不面對資源有限性的政治問題，因為資源有限性是醫

²⁷⁷ Levinson, Warren, *Bacteriologic Methods*, Chapter 9. Laboratory Diagnosis, Basic Bacteriology, Review of Medical Microbiology and Immunology, The McGraw-Hill Companies, 2010.

²⁷⁸ 林幸怡。醫療機構之民事責任。台灣大學法律研究所學位論文 2010 年碩士。頁 140-141。

²⁷⁹ 伍焜玉，護理人力及專科護理師制度：願景與挑戰，財團法人國家衛生研究院，2010 年，頁 131。

病關係中常見的糾紛來源，也是司法判決中無法迴避的難題。實務上另有案例如浴室滑倒案。²⁸⁰該案原告主張若廁所可有兩側扶手，或護理人員之全天照護，則損害不會發生。本案承審法官基於醫療服務的對價性，認為病患僅住在普通病房，無權要求被告提供更多的資源。但上述案例病患受有損害究因醫療服務之不夠完善所致。病患所能要求之合理資源範圍該劃在哪裡（被動通知或主動追蹤？單側扶手或雙側扶手？），則顯現醫療資源有限性實乃棘手的問題。本論文主張，立法者作為資源分配者，更適於對此議題劃下界線，首先立法者在處理政治問題上，因為有民主的支持而更加正當；其次若認為對資源不足所產生之殘酷現象應有所補償，法官在司法判決中達到點狀之分配正義亦僅是使他造當事人承擔不幸之後果，不如立法者有能力建置全面化之補償制度；例如建立無論過失之補償制度。²⁸¹

第五章 由實務案例論法官應介入醫學倫理決定的程度

第一節 法律體系應否介入醫學倫理的決定及其態樣

從前面的論述可以發現，目前的法律規範體系確可影響醫學倫理指引的形成。但從實務上，法律規範體系尚在法官詮釋法律的過程中評價醫學倫理的決定。本處將嘗試論述究竟法律評價的體系是否應該介入醫學倫理決定的空間，若答案為真，又應如何決定介入之程度與態樣。

首先本論文將嘗試回答第一個問題。第一個問題的答案可以從醫學倫理百家爭鳴的各種學說出發。傳統文化和宗教通常會主張他們對於醫學倫理的堅定立場，並主張這些看法應該適用於所有人；例如從天主教出發的自然法學派就認為存在一種普世的價值適用於全人類；但從個人自由主義或個人權利出發者，卻往往認

²⁸⁰ 台灣高等法院民事判決 96 年度醫上易字第 1 號。詳見林幸怡。醫療機構之民事責任。台灣大學法律研究所學位論文 2010 年碩士。頁 224。

²⁸¹ 楊秀儀，論醫療糾紛之定義、成因及歸責原則，臺灣本土法學，2002 年，第 39 期，頁 121-123。

為倫理選擇存在於個人的道德信念，以上兩種不同的看法經常處於角力之中。單就此兩相對抗的主張來看，即表示倫理可以有許多可能的選擇；醫師若是單純從醫學倫理的認知要做出判斷可能產生截然不同的後果，因為倫理選擇背後表彰的價值可能有分歧。但由於我們生活在同一社群，有必要確認各種行為可允許與否，以免造成大環境的混亂，此時則需要法律規範的介入，來限制選擇的自由。例如安樂死的可行與否，在各個社群中都需要由法律介入來規範。

因此不可避免地，法律的選擇被拖進倫理的爭議中，有些自由的社會，會盡量避免法律介入價值選擇。²⁸²有自由主義的法學理論就認為法律應當價值中立，只處理每個人自我實現的基本條件與調整，而不應介入評價的問題。雖然讓法律自成體系，看似內部完美，但卻使法律淪為技術問題，因為排除價值的法律不啻是不切實際的。²⁸³討論法律議題時，不可避免地會追求正當性的問題。而正當性問題的背後，就涉及各種道德價值的判斷。例如吾人如何從中華民國憲法第 23 條的個人權利衝突中，判斷何者才是需要保護的；如何在個人權利與公共利益間做取捨，其背後都有社會倫理的考量。雖然當前有些國際性的法律組織嘗試建立全球性的倫理價值，但考量到目前社會的多元性，過度抽象、流於空泛的基本價值很難功解決現代醫學的種種複雜問題，聯合國教育科學與文化組織在 2005 年發布的世界生物倫理與人權宣言即為適例。舉第 8 條後段「對具有特殊脆弱性的個人和群體應當加以保護，對他們的人格應當給予尊重」作為例證，即可發現本條文之抽象性概念需要更多的具體建構。「特殊脆弱性」和「尊重」皆為不確定法律概念，誰才能被定義為有特殊脆弱性？尊重又當達何等程度，應用在實際案例中，解釋在寬鬆與嚴格間可以有極端不同的結果。²⁸⁴我們於是需要在自己的規範場域中，開發出適合自己族群文化的獨特法律規範與倫理指引，而這背後的價值為何，又必須回到如何結合法律的基本框架與台灣本身獨特的醫療體制、醫療行為的本質、及

²⁸² Ashcroft, R., The Troubled Relationship between Bioethics and Human Rights, in: Freeman, Michael, Law and Bioethics, Oxford Scholarship Online, 2008. pp. 31-52.

²⁸³ 王正嘉，同註 27，頁 78。

²⁸⁴ UNESCO, Universal Declaration on Bioethics and Human Rights (2005) .

台灣人民的傳統價值，才能得到答案。

得到法律應該介入醫學倫理決定的結論，此時我們可以開始嘗試回答第二個問題：法律體系應該介入醫學倫理之程度與態樣。由第四章中可見醫學倫理之判斷可隱含於法律解釋與法律補充之操作中，故除非立法者有意留予個案中當事人形成之空間，否則當法官自法律體系或法律整體原則觀察，可推知立法者對於何原則優位之價值選擇時，對社群與當事人則存在闡述何者為「應為」之義務。醫學倫理的價值因為亦須受到外界檢驗，而非封閉之價值體系；法官所闡明之心證亦可能為調整醫學倫理決策之指標。但法官闡述社群價值之同時並不必然要對違犯社群價值之當事人宣告何等法律效果，而僅於立法者明白表示法律效果、或醫師之行為決策與社群價值有「重大悖離」時，始認為醫師之行為違反「醫療注意義務」，而介入評價。之所以容有醫師犯錯的空間，不單是基於醫療行為本質的觀察，更基於醫學倫理與法律規範之調和。有論者主張倫理講求「應然與實踐」，²⁸⁵但本論文認為雖倫理講求「應然的層面」卻非絕對的行為要求，例如「絕不說謊」即為與倫理脫節的道德論述，況倫理是要從實然的層面觀察，以推敲出何為道德所要求的合理行為。另倫理亦為價值的實踐，若事實的狀況使當事人無法以自由意志達到「誠實」時，誠實即非合理的選擇。是以法律強制介入醫學倫理而要求醫師遵守特定的道德誡命，於無法律明文之下將變成權力的壓迫。

至何時可認醫師之行為「重大悖離」社群價值，實為法官之價值衡量範圍，已跳脫邏輯法學之操作，無法藉文字提出抽象之判斷標準，而僅能由具體個案中判決累積逐漸形成。本論文關於價值衡量的描述相當粗淺，僅為初步的想法。但這種價值確立的主張有必要透過法律的語言具體實踐。規避看似虛無而空泛的價值論證，而緊抓住明確的條文或其上位的原則對法律詮釋者而言是較簡單的做法，但跳脫純邏輯的價值取向法學仍不能失去以理解與驗證的可能性。當原則衝突發生的困難，僅能透過價值標準的具體化（die Konkretisierung der Wertkriterien）及

²⁸⁵ 黃苓嵐，醫學倫理教育——由理論到實踐，新文京，2009年。頁7。

具體案件之類型化（die Typisierung der konkreten Fälle）慢慢去克服。這個過程可能是極艱難，效果有時也不彰，甚至在努力的初期，由於不夠成熟而顯得可笑。但如果人們因而失去耐性，並放棄或嘲笑這方面的努力，然則大家極其量將只能在「價值中立的」（wertneutral）概念堆中拼湊，或在「感情法學」（die Gefühlsjurisprudenz）的籠罩下去聽那「人治遠勝於法治」的滔滔大辯。²⁸⁶ 因為僅強調價值的追求而不將其透過法體系貫徹到生活上，則該價值終究會淪為口號而失去倫理的說服力。若某價值就社群而言是可欲的，卻沒有被具體貫徹，則所謂「個案情況的考量」很可能僅是循私的藉口。

為拋磚引玉，以下各節欲以司法判決介入與回饋醫學倫理決策的態樣進行分類，並舉例判決中法官應如何回應，以對社群之整全價值追求得出最佳解答。本論文的判決評析方法並非一結果論的分析，而是先確立法官在個案中形成的法律價值，其與醫學倫理的價值從整全性的角度而言當如何整合，若可能在個案中發爭價值的衝突有如何選擇。其次論法律價值形成後，法官對於適用與解釋法律應當如何選擇才能貫徹該價值。為確立整全性的考量可以用在傳統的法律適用的方法學中，本章擬藉由類似解題的方式對實際判決做出探討，以證立前文中整全性法律適用法的可行性。

第二節 確實還原法律事實與法律概念

法院的基本價值取向一旦確定，當法官心證與可能的法律解釋之結論有所不同，法官所能採取之法律推演的途徑便有以下數種：一種是在事實的認定上，將事實上的關係扭曲以符合某種法律規範；一種是在法律規範的尋找與適用上，將條文的某些概念加以修改（擴張、縮小或扭曲法律概念）；一種是若不論如何解釋都無法達到法官所欲的結果時，則藉由法律補充的方式達成。第一種途徑從法律

²⁸⁶ Engisch, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl. 1968. 轉引自黃茂榮，同註 80，頁 10。

事實的角度加以觀察，是「裁判者對法律解釋的濫用，以偽裝其從法律自身無從直接找到的規定」，是藉由扭曲事實，以符合法律類型；例如虛擬一個默示的意思表示、虛設一個不存在的注意義務。²⁸⁷ 扭曲法律事實的狀態是最不可欲的，但扭曲法律事實對法官而言卻可能是最簡便的做法，它讓法官免於面對他人對其所主張之實質論據的質疑，亦不需長篇大論而得採用前人已盡說理義務的主張，以減輕業務負擔。然如此使他人無法真正檢視法官論據之合理性。法官有義務要將其取向於某價值標準，依據某依規定，賦予某事實一法律效果的思考與判斷過程清楚交代，以便當事人或第三人能夠在事後審核該裁判的正確性。²⁸⁸ 而該事後審核的可能性是法律追求合理性的第一條件，只有說理義務能有效控制法官的恣意，否則法律將脫離嚴謹的理性推演過程。

第二種途徑對法官而言亦屬簡便的方式，即採取將個案事實套入一扭曲之法律概念中；但此種作法亦導致規範之衝突，與法律認定之不一致。如實務有判決將因果關係與醫學倫理結合者²⁸⁹：「……被告及辯護人雖均辯稱，被害人當時病況已達 Killip 氏第四類，死亡率本已高達八十五至九十五%，其死亡率甚高，即便施以電擊仍不保證蔡敏雄得以存活，故認被告未施以電擊與被害人之死亡並無因果關係云云。……且倘被告上開辯解可採，則無異承認日後醫師在面臨死亡率極高之重症病患均可任意不作為，任憑病患死亡之結果發生，而均無過失責任可言，此豈為社會通念、醫療倫理及因果關係理論所期待之結果？故本院認被告之上開辯解並不足採，只要被告當時倘依醫療常規給予被害人電擊處置，有一定程

²⁸⁷ Ecker, Gesetzesauslegung von Ergebnis her, JZ 67, 268f. Anm. 57; Wieacker, Die juristische Sekunde zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz, S.421ff; Stoll, Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz, S. 60ff. In :Tüb. Festgabe 1931; Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl., 1969, S. 256f.; ders, Die Natur der Sache als juristische Denkform, 1960, S. 30ff. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Verlag Gehlen, 1968, S. 164ff., 205ff. 轉引自 同註 59，頁 11。

²⁸⁸ 同註 80，頁 22。

²⁸⁹ 見台灣高等法院台南分院 99 年度重醫上更（一）字第 114 號刑事判決。

「倘被告上開辯解可採，則無異承認日後醫師在 面臨死亡率極高之重症病患均可任意不作為，任憑病患死亡之結果發生，而均無過失責任可言，此豈為社會通念、醫療倫理及因果關係理論所期待之結果？」

度之降低被害人死亡之可能性，而被告未為此符合醫療常規之作為，導致被害人生存之機率無法提高，終致死亡，即認被告之過失不作為與被害人之死亡結果間有相當因果關係。……」因果關係中的條件理論本為客觀事實，但在法律上若僅採條件理論，則使條件的選擇過度膨脹。故於法律上判斷因果關係，仍要加入主觀的人類對自然律以統計經驗的分析判斷。²⁹⁰實務上所採的相當因果關係理論，第一階段判斷因果關係是以行為時一切存在的事實，及可能預測的行為後事實為基礎，第二階段判斷相當性，則以「一般情形下，有此行為之同一條件，均可發生同一結果者」事後推測認定。²⁹¹若僅因社會通念與法院認定之醫學倫理覺得醫師應該負責，即判斷具備相當因果關係，法院此舉無異明白宣示應該「先有結果，再找答案」；且其結果來自於浮動的、缺乏明文的社會通念和醫學倫理，則其所主張的已非判決所宣稱的相當因果關係。本論文認為，為達法官心中之「社會通念」而造成法律規範之矛盾實為不妥，故適宜之途徑仍以法律補充詳細說理為要。

第一項 實習醫師插管案²⁹²：案件事實與判決理由

－ 案例事實

原告甲在民國 94 年 2 月 14 日因被診斷為腸阻塞住院，由主治醫師丙治療，住院醫師丁照顧。在住院期間，原告持續出現胃食道逆流而產生吸入性肺炎的情形。94 年 2 月 19 日由主治醫師丙開立鼻胃管醫囑單；在丙指導後，由實習醫師乙於 16:55 單獨置入鼻胃管。鼻胃管雖無錯插入氣管，但甲在置入鼻胃管後於 17:15 出現突發性無呼吸、血壓與心跳減緩之狀況；經緊急急救後產生缺氧性腦病變，已呈現植物人狀態。甲與家屬復起訴請求醫院給付侵權行為與醫療契約不完全給付之損害賠償。

－ 判決理由

²⁹⁰ 黃榮堅。基礎刑法學（上）。元照，2012 年。4 版，第 282 頁。

²⁹¹ 林山田，刑法通論（上冊），自版，2005 年，9 版，第 212 頁。

²⁹² 臺灣臺中地方法院民事判決 96 年度醫字第 7 號

本案送有三次鑑定，財團法人消費者文教基金會鑑定結果，認：「……94年2月19日插鼻胃管後的像片，顯示鼻胃管插入右側支氣管，右側肺臟有肺炎病變，可推斷插鼻胃管後發生吸入性肺炎，導致急性肺功能衰竭，續發心衰竭……」。行政院衛生署醫事審議委員會第一次鑑定結果則認「……若由護理記錄以及急救記錄中記載，鼻胃管皆可引流出多量之黃綠色液體。因此，鼻胃管應無錯插入病人氣管。且若鼻胃管位置有所不妥時，於急救過程進行氣管內管置放時，即可進一步加以確認，但氣管插管記錄中並未提及鼻胃管置放不妥之處。因此，實習醫師為病人插鼻胃管之行為，尚未發現有疏失之處……」。衛生署醫事審議委員會的鑑定報告認為乙的插管行為並無疏失，且鼻胃管放置與病人發生急救事件之間有20分鐘間隔而認為無因果關係，故鑑定報告指出病患本身就存在的吸入性肺炎應為造成無呼吸、血壓與心跳減緩的原因。但根據證人證詞，法院認為實際插管時間與出現緊急狀況時間的時間不足20分鐘，因此醫審會之第一次鑑定不足採。第二次鑑定意見書則指出「因病人住院後，醫師雖然有針對功能性腸阻塞，憂鬱症等病況加以診治，會診精神科醫師以及進行大腸鏡檢查，但仍有相關病人不適與症狀表現（如心搏過速），未進一步確認其原因（藥物、精神病相關，體液不足、心臟疾病、甲狀腺疾病、感染或其他原因）。而此相關症狀，也或許與前述突發狀況有關。故此病人之治療過程，仍有未盡注意之部分。但是否因此部分未注意而與病人突發病況有直接相關，難以確認……」。

法院最終引用第二次鑑定意見，認被告醫院所提供之醫療給付既仍有未盡注意之部分，則被告醫院所提供之整體醫療給付即屬不完全（即使無法認為特定之醫師有疏失）；而原告突發無呼吸及心搏過緩既與未盡注意之部分「或許有關」，即使未盡注意之部分與原告突發無呼吸、心搏過緩是否直接相關，仍難以確認，而無法達成自然科學上之必然判斷；但依上開說明，仍應認為原告已為蓋然性因果關係之證明。再按民法第184條第1項前項規定侵權行為，以故意或過失不法侵害他人之權利為成立要件，故主張對造應負侵權行為責任者，應就對造之有故

意或過失負舉證責任。又在債務不履行，債務人所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。故債務人苟證明債之關係存在，債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受損害，即得請求債務人負債務不履行責任；如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，即應由其負舉證責任；如未能舉證證明，自不能免責。本件被告未能就上開給付不完全有何不可歸責之事由舉證證明，則原告依不完全給付損害賠償請求權請求被告賠償損害，於法有據，應予准許。被告應支付原告共 31,008,804 元。

第二項 醫學倫理在法律適用上之分析

本件中造成病患缺氧性腦病變之原因事實不明，法院雖特別指出無法認定特定醫師之過失，卻認醫院所提供之醫療給付有未盡注意之部分，而實習醫師丙插管與病患呼吸停止之間無法排除有因果關係；雖法院未指明未盡注意部分為何，但顯係推定由實習醫師乙單獨置入鼻胃管違反契約注意義務。因此本案之醫學倫理議題在於：實習醫師是否可於無合格醫師現場監督之情形下，行侵入性之醫療行為。

由於醫學倫理之判斷無法排除法律規範，故需先檢視法律中有無禁止誡命。查無醫師執照，依醫師法第 28 條禁止擅自執行醫療業務；惟但書第一款排除在中央主管機關認可之醫療機構，於醫師指導下實習之醫學院、校學生或畢業生。在醫院的內部標準流程中，通常認為實習醫師在上級醫師指導協助之下，可施行簡單或初步之工作，操作熟悉後，並可單獨行之，僅在特殊及困難情形下，或各種穿刺檢查，不得單獨實施。²⁹³ 本案中之鼻胃管置入屬於簡單之工作，病患亦無特殊情形，而可認實習醫師單獨插管並無違反醫師法之規範。然置入鼻胃管仍屬有潛在風險的侵入性醫療業務，因其經由鼻孔穿過鼻咽、經食道到胃部，在插管的過

²⁹³高雄榮民總醫院實習醫師實習須知第 7 條。資料來源：高雄榮民總醫院全球資訊網，網址：<http://www.vghks.gov.tw/erli/各項管理辦法/通則.doc>。最後擷取日 2012 年 2 月 11 日。

程中可能造成病患鼻腔或消化道出血、消化道穿孔、鼻胃管進入肺部或胃內食物倒流導致肺炎、甚嚴重者如本案中發生迷走神經刺激而導致呼吸抑制、心跳緩慢而有生命危險，僅此類狀況極為少見。²⁹⁴

本案中之相關之醫學倫理議題為病人自主與利益病人問題。首先關於病人自主問題，團隊中之主治醫師已告知病患插管之必要性與風險，亦已先徵得病患之同意，因插管導致呼吸抑制之情形因甚為少見缺乏可預見性，可認此部分之告知超越醫師告知同意義務之範圍；故乙為病患為鼻胃管放置並無違反病患之自主決定權。其次關於利益病人問題，因為胃食道逆流持續產生吸入性肺炎的風險，越早進行鼻胃管的置入，對病患的生活品質與疾病治療越有利；雖由實習醫師進行鼻胃管放置可能因技巧不夠純熟較易產生黏膜受損、出血等併發症，且沒有合格醫師在場監督，也可能使病患其無法得到最好的即時救護；但考量到黏膜受損之輕微與嚴重併發症之機率微小，而病患每多一餐的時間就可能有胃內食物嗆入肺中而造成更嚴重的肺炎；因此若住院醫師仍能及時趕到病房進行救護，則此時單獨插管就利益病人原則而言應為合理的選擇。

第三項 具有整全性的法律適用建議

實習醫師無照插管的行為是否在醫療契約中構成加害給付而使醫院應負擔醫療契約責任，可以從實習醫師是否為醫院的使用人、是否存在不完全給付、是否存在可歸責事由等三層次加以討論。首先實習醫師與醫院之間存在僱傭與教學混合之雙務契約，由實習醫師對病患為醫療與照護行為，醫院則負責安排醫療團隊指導與監督實習醫師，並給付實習薪水，足見對就醫病患的醫療給付而言，實習醫師為醫院的使用人。依民法第 224 條本論文，當實習醫師就醫療給付有故意或過失時，醫院應與自己之故意或過失負同一責任。

至於醫療契約之給付是否有故意或過失，在舉證責任上基於專業知識之不對

²⁹⁴ Myers, Eugene N. et al., A unique complication of primary tracheoesophageal puncture: knotting of the nasogastric tube, *Otolaryngol Head Neck Surg.*, 1999 120 (4) : 528.

等性，我國普遍採用醫療契約之舉證責任減輕。首先「表見證明原則」使當事人若可證明有典型之結果，則對典型事實之過失與因果關係皆推定存在；本案中病患因插管導致呼吸停止並非典型之結果，而難有本原則之適用。²⁹⁵「事實說明自己法則」則需要原告證明系爭事故之發生除非因醫事人員欠缺注意，否則通常情形不會發生，其事故發生之情形又完全在被告之掌控範圍內而無其他因素介入，而本案亦不符合以上要件。²⁹⁶又法院縱採「危險領域理論」，而認由實習醫師施行治療導致之損害，屬於醫院可完全控制之風險，如損害發生時，應由醫院就其無過失，及治療失敗與醫師欠缺經驗之間不具因果關係負舉證責任，本案於鑑定中亦已證明乙之鼻胃管放置行為並無疏失。然而有論者認為，實習醫師的所有醫療行為，都應該在合格醫師具體的監督下才能實施者；²⁹⁷ 本案例中法院應係認同此種見解，採取「重大醫療瑕疵原則」，認定由實習醫師單獨放置鼻胃管屬重大醫療瑕疵，而對於病患遭受之損害結果推定具有因果關係。²⁹⁸

此種解釋忽略社會實際狀態，而單從應然面思考法規範下理想狀態，可能產生概念法學的謬誤。本案之推定因果關係，對不幸成為植物人的病患與負擔沉重的家屬較為有利。但不問其中之醫學倫理考量，而將實習醫師單獨放置鼻胃管皆推定為有過失，或甚成功與否皆論為重大醫療瑕疵，則為減輕責任，實習醫師為避免法律危險，將不顧蓋醫學倫理中利益病人之要求，而選擇不放置鼻胃管。若實習醫師除基本的詢問病史、探視病人外，都不執行任何侵入性之行為，在目前醫療人力普遍缺乏的情況下，最終反是病人無法得到及時的適當照顧，而產生健康的損害。

若是在判決中同時要兼顧倫理判斷與法律判斷的一致性，需要進行更加精緻的法律分析。在是否存在不完全給付的討論上，對於符合醫學倫理判斷之行為，

²⁹⁵ 陳聰富，醫療訴訟之舉證責任－最高法院 98 年度台上字第 276 號民事判決評釋，法令月刊，第 61 卷第 4 期，頁 34-48。

²⁹⁶ 臺灣臺北地方法院民事判決 89 年度重訴字第 472 號。

²⁹⁷ 張麗卿，實習醫師無照行醫的例外允許-與談：「遲來的解釋--台灣桃園地方法院八十八年度易字第 2002 號刑事判決評釋」，月旦法學，2010 年，第 176 期，頁 295-303

²⁹⁸ 臺灣臺北地方法院民事判決 95 年度醫字第 14 號。

不應即推定有過失，法官若認醫療給付有未盡注意之處，應明白指出本案中醫療行為之過失何在，始得採所謂推定因果關係之理論。否則對於醫師而言，醫師僅係成為病患之「深口袋」(deep pocket)，並不真正能夠使當事人行為更謹慎，也不能正當化醫師需要負擔推定過失之危險責任。²⁹⁹實務上亦有認為「法庭不是譴責醫師的地方，而是讓醫療進步的地方，醫師擔心過度，就無法使醫療進步」。³⁰⁰若本案法官確實認為醫院之給付有未盡注意之處，應係因病房的護士、實習醫師、住院醫師與主治醫師照顧病人的床數過多，顯然無法對個別病患提供最即時的照護；此時可認為醫院就人力安排有瑕疵而構成不完全給付，而推定其與突然產生之呼吸抑制有因果關係。如此才不會對個別醫師之行為義務要求產生過多之負擔；或甚無法認為醫院之給付有何過失時，即不應使醫院負擔損害賠償責任。縱遭遇不幸事件的病患與家屬無法獲得補償，但對於醫療不幸事件，由於台灣有健保制度統一資源的分配，醫療服務提供者無法藉由價格調控或額外保險進行風險分散，因此並不適合由醫院或個別醫師承擔醫療不幸的結果，若欲進行資源重分配，應藉由全面性的病人補償保險為之。

第三節 對醫師之倫理判斷留下一定尊重

若法官確實地將法律事實套用在生活事實中，則接下來醫學倫理將在法官評價行為時擁有一定地位。本論文主張，醫師為或不為特定行為可能存在決策層面的理由，若某一行為被當事人認為是較佳的方案，則初步法院應給予的一時間判斷的醫師「行為符合理性醫師標準」之評價。當然法官之見解可能和個案中之醫師不同，但只要醫師之行為非明顯不合理，則法官基於追求社群價值整全性之目的應公開心證表明其認為「正確」之行為；但於認定是否違反法律規範之要求時，應謹慎認定，而不要任意賦予負面之法律效果。

²⁹⁹ Galabresi, Guido, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, *The Yale Law Journal*, 1961, 70 (4):499-553.

³⁰⁰ 臺灣高等法院刑事判決 96 年度醫上訴字第 3 號。

第一項 乳房切除案³⁰¹：案件事實與判決理由

－ 案件事實

原告於 92 年 3 月 19 日因乳房有異常腫塊三週，至被告長庚醫院臺北分院一般外科被告陳訓徹醫師門診就診，除觸診外，陳訓徹並安排乳房超音波及 X 光檢查。經超音波檢查，發現原告右乳有一腫塊（6.74X3.35X 1.8 cm），而 X 光檢查並無腫瘤。被告陳訓徹於 92 年 3 月 24 日為原告進行冷凍切片，發現乳房發炎有膿，開刀切片後，被告陳訓徹未為原告引流，而係將傷口縫合，並以抗生素治療。嗣後原告住院至同年 28 日出院。原告主張被告陳訓徹為原告開刀切片，而未以粗（細）針抽吸檢驗，為過度診療行為，且未善盡告知義務。被告陳訓徹將切口縫合投以抗生素治療，而未以引流方式處置，違反醫學常規。分別依侵權行為、債務不履行即消費者保護法請求被告陳訓徹與財團法人長庚紀念醫院連帶賠償。

－ 判決理由

關於侵權行為部分，採用開刀切片方式檢驗，以及開刀後決定縫合傷口 投以抗生素之治療行為，均無任何不符醫學常規之處。自無從認為被告有何故意或過失，其行為亦無不法性可言。揆諸上開法條要件，原告請求被告陳訓徹依民法第 184 條第 1 項前段、第 193 條、第 195 條負損害賠償責任，即屬無據。關於債務不履行部分，醫療契約固具有委任性質，惟本於醫療行為之專業性及醫藥法規之規範，病患對醫師具體之醫療行為不具絕對之「指示」權限，此與一般委任契約委任人之指示權迥異。採用開刀切片而非粗、細針抽吸診斷乳癌之判斷符合醫學常規，第 540 條之報告義務，尚無可採。被告陳訓徹既無違反民法第 535 條、第 540 條之行為，自無庸依民法第 544 條負賠償責任之問題；亦無從認為有何須依民法第 227 條、第 227 條之 1 負不完全給付責任之情況。從而，原告依上開法條請求被告負債務不履行之賠償責任，即屬無據。關於消費者保護法部分，醫療服務並

³⁰¹ 台灣臺北地方法院民事判決 93 年度醫字第 16 號。

無消費者保護法第7條無過失責任之適用，而被告就其醫療行為並無故意過失。原告自無從請求被告陳訓徹、被告長庚醫院於無過失之情況下仍負賠償責任。從而，原告依消費者保護法第7條、第51條請求被告二人連帶負賠償之責，即屬無據。因此原告依依侵權行為、債務不履行及消費者保護法請求被告連帶給付原告1,926,924元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為無理由，應予駁回。

第二項 醫學倫理在法律適用上之分析

本案例中倫理的議題為醫師究應選擇直接開刀切片，或是選擇細針抽吸。本案例中法官直接認為此種選擇是醫療專業問題，故病患並無「指示」醫師選擇的權限。有認為醫療契約中醫師沒有遵照病患指示採取醫療行為的義務，否則等於病患即可自我診療，而與醫療秩序相違背。醫療的不確定因素涉及醫師評價，為高度專業。即使病患之主張合理，也不宜因為合理就遵從病患。但以上之行為決定仔細分析，可發現所謂「醫療專業」與「告知同意」是分開討論的。屬於醫療專業的部分，首先是三週時間產生六公分大的腫塊，統計上腫塊屬於良性機率較惡性機率高；其次是對於乳房病灶的診斷治療方法，除病史詢問、觸診、影像學之外，當上述較無侵入性的作法無法排除惡性或嚴重疾病，則臨床上仍有細針抽吸、粗針抽吸、及開刀切片之診斷方法。細針抽吸與粗針抽吸的診斷敏感度為70-90%，切片的敏感度則為99%；另開刀若發現惡性腫瘤，亦可直接切除。³⁰²被告醫師若是因為對前述的認知有誤，例如誤以為腫塊非常可能是惡性腫瘤，此時不將粗細針抽吸列為考量因素，而未對病人告知細針抽吸的可能。之所以有過失乃因該醫師違反醫療常規要求的合理醫師注意義務。但當醫療專業的背景知識已清晰，接下來行為決定就不只是專業問題而法官或病人無從置喙。因為此時先採粗細針抽吸

³⁰² 在實務判決中，通常是藉由行政院衛生署醫事審議委員會的鑑定意見書使法官獲得醫療專業知識的意見。

或開刀切片皆符合醫療常規，考量的則是究竟以侵害性與美觀考量優先，還是確診與治療為優先，而非法院所言只要符合醫療常規醫師即無報告義務。醫師擅自基於診斷治療的考量將病患乳房腫塊切除，屬於專斷醫療的行為。在醫學倫理上是由於對病人自主的忽略而造成違反利益病人原則的結果，可認違反「告知同意」義務而不符合醫療注意義務。違反醫療注意義務而使病人有所損害，根據事實證明自己原則，可以初步認為有醫療契約不完全給付而與病患之損害有因果關係，因此醫師或醫院需要負責的結論。然因無法期待醫師採取違背自身信念之治療，故若醫師認為腫瘤屬惡性之機率極高時，則無法期待醫師為病人提供細針或粗針抽吸之選項；因提供開刀切片係為幫助病人之健康，而粗細針抽吸並無法達此目的。

第三項 具有整全性的法律適用建議

多數人皆可同意醫學是一發展中的應用科學，醫師在行醫療專業判斷時，多因為人類知識的有限性，對於未知或缺乏具體認識的病症，經常是採取嘗試性、實驗性與探索性的診斷與治療；甚有研究顯示，對於同一疾病應如何治療始為正確，在醫師之間亦有 48% 的個案可能產生歧異。基於醫療專業層次上的不確定性，認為醫師之行為符合「臨床醫療水準」，不僅對於法官、對於醫師同儕亦需要受到高度的尊重與推定。同樣許多的風險與醫療結果承擔之決策問題，皆是在醫學科技進步的過程中才逐漸發展，例如是否要允許複製人或訂製寶寶皆是在 30 年前無法想像之議題。對於因科技發展帶來的新的決策問題，社會同樣缺乏普遍的共識，何種決策才是社會所欲或「正確」的決定，需要在具體個案中逐漸形塑，故法官對於醫師之判斷不宜直接嚴格地認為違反特定法律原則而賦予法律效果，而是留給社會具體形成共識的空間。

因此，法官即使不認同個案醫師的判斷，亦不能簡單的做出醫師的敗訴判決。根據文前所描述的醫療特性與整全性的理由，法官有義務要探知醫師做此決定之

原由，縱不同意醫師所本之原因；法官也有責任具體說明，並留給醫師一定的裁量空間。³⁰³因為對於根據特定原因而為或不為特定醫療行為的當事人而言，該決定是時間壓力和條件限制下的急迫判斷，而不能以事後從容與全面之思考判斷的結論，任意加以指摘。故法官非但要回到行為時，設身處地捍衛「臨床應具有之專業裁量範圍而作為或不作為」的空間，醫師行為未「顯然逾越」此空間時，不應任意加以指摘。³⁰⁴故本案中法官容有醫師醫療專業與醫學倫理之判斷空間，當值贊同。

第四節 重大悖離社群價值

雖法院應給予醫師之醫療行為決策高度之尊重，但當醫師之行為重大悖離社群價值時，在醫學倫理上必然為不合理之判斷。此時法院不僅應依照法律規範予以評價，為追求社群之價值整全性，法院亦應闡明其中之價值考量。或甚至當醫學倫理之考量因外部監督力道不足產生荒謬之結論，法院應適時扮演回饋之角色，指出何為社群所欲之價值，以改變未來之倫理操作，達到兩體系互相統合與再確認之效果

第一項 痔瘡變癌症案³⁰⁵：案件事實與判決理由

－ 案件事實

羅○男前係「臺北市立聯合醫院仁愛院區」消化外科醫師，為從事醫療業務之人。其明知應據實填載病歷，將就診日期、主訴、檢查項目及結果、診斷或病名、治療、處置或用藥及其他情形如實記載於病患之病歷，且明知林○吉並未罹患直腸癌，竟於民國 97 年 3 月中旬，以新臺幣 50 萬元之代價，與林○吉、傅○森共同基於行使業務上登載不實文書、意圖為自己不法所有及得財產上不法利益

³⁰³ 裁量空間的範圍為何，因涉及太多篇幅本論文僅粗略帶過，希望將來有機會能更加深入探討。

³⁰⁴ 鄭逸哲，醫療法第 82 條之 1 修法建議，出版中，2012 年。

³⁰⁵ 臺灣臺北地方法院刑事判決 99 年度易字第 2473 號

之犯意聯絡，由傅○森提供 1 罐泡有福馬林之不詳來源直腸癌組織 2 塊予羅○男，再於 97 年 4 月 3 日偕患有痔瘡而未罹患直腸癌之林良吉至仁愛醫院接受羅○男之診療，羅○男即為林○吉安排於 97 年 4 月 30 日 15 時 30 分許進行痔瘡手術，羅○男為林○吉手術切除痔瘡組織 1 塊，流動護士林○鈞則交付 1 個空檢體瓶與羅○男盛裝上開痔瘡組織，於手術結束後，羅○男在手術室旁之病理室內，依其等已訂之計劃，以器械自前揭傅○森所交付之不詳來源直腸癌組織上，剪取 2 小塊組織，放入其預先準備之空檢體瓶內，連同上開痔瘡檢體瓶以橡皮筋細綁後置於病理室之組織暫存冰箱內，再於「組織病理檢查申請單」之「組織來源」欄位虛偽填載「直腸切片 (Rectal Biopsy)」，及於「手術發現及手術方式」欄位虛偽填載「不正常的突起物，在下直腸區被發現」。之後送由仁愛醫院病理科不知情之張○勤醫師進行病理切片檢查，檢查結果係肛門直腸組織，一有病理學上痔瘡之表現；另一則有病理學上腺癌之表現。羅○男、林○吉二人均明知林○吉實際並未罹患直腸癌，為使林○吉得順利按已訂計劃向保險公司詐取保險理賠，乃以該罹癌之病理切片檢驗報告，由林○吉於 97 年 5 月 8 日、5 月 22 日、6 月 5 日、7 月 3 日、9 月 25 日、10 月 2 日、10 月 16 日以健保身分，持健保卡至仁愛醫院接受直腸癌方面之診療服務，羅○男則在前揭數次診療中，將林○吉罹患直腸癌及進行治療之不實內容，接續登載於其業務上作成之病歷，及於 97 年 6 月 4 日開具林○吉罹患直腸癌之不實診斷證明書予林良吉，足生損害於臺北市立聯合醫院、健保局審核醫療費用給付及病歷管理之正確性。仁愛醫院不知情之職員，以羅○男所作之前揭不實病歷紀錄，依該院與健保局間之「全民健康保險特約醫事服務合約」，向行政院衛生署中央健康保險局（下稱健保局）申請健保給付，使林○吉因而獲得免除給付直腸癌部分醫療費用之不法利益（相當於不超過 5071 元之利益）。林○吉則於 97 年 6 月 4 日取得前揭罹患直腸癌之診斷證明書後，以罹患癌症為由，於 97 年 6 月 5 日以郵寄之方式，持該不實診斷證明書，向宏利人壽保險股份有限公司、臺銀人壽保險股份有限公司及富邦人壽保險股份有限公司，及於 97 年 6 月 6

日向三商美邦人壽保險股份有限公司，分別請求給付保險金 493 萬 7850 元、69 萬 5000 元、1017 萬 7000 元、452 萬 5350 元，總計應理賠金額為 2,033 萬 5,200 元保險理賠而行使之。惟上開 4 家保險公司因察覺有異，拒絕理賠，致未得逞。

- 判決理由

被告 4 次行使業務上登載不實之診斷證明書以詐取財物而未得逞，以及行使業務登載不實病歷，向健保局詐取健保費部分，各係一行為觸犯行使業務上登載不實文書罪、詐欺取財未遂罪、詐欺得利罪，分別為想像競合犯，均應依刑法第 55 條前段，分別從一重之詐欺取財未遂罪、詐欺得利既遂罪處斷。被告二人所犯上開 4 次詐欺取財未遂及 1 次詐欺得利既遂罪間，犯意各別，行為互殊，非侵害同一法益，應予分論併罰。被告二人所犯上開 4 次向保險公司申請理賠，因保險公司察覺有異，尚未給付理賠金額而未得逞，均為未遂犯，均依刑法第 25 條第 2 項規定減輕其刑。爰審酌被告羅○男、林○吉為貪圖金錢，竟與傅○森互相勾結，共謀以虛假之癌症檢體，向保險公司申請保險金，行為實屬不該。幸保險公司發覺而未生實際損害，另所獲得之不法醫療服務利益非鉅。被告羅○男身為醫生，本應潔身自愛，卻配合不法之徒，為虛假之病歷資料，其非本案之主謀，惟若無其以其專業之身分、地位配合，被告林○吉亦無法成事。故被告羅○男於本件犯罪所居者為關鍵地位，醫師醫德之破壞惡性甚大，然被告羅○男犯罪後，已均坦白承認，並繳回全部之所得，被告羅○男較被告林○吉勇於承擔犯行，尚有悔悟之心；處有期徒刑貳月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。應執行有期徒刑壹年，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日。緩刑貳年，並應於本判決確定後陸個月內，向公庫支付新臺幣貳拾萬元。

第二項 醫學倫理在法律適用上之分析

本案中之醫師切除病患痔瘡並非因具有醫學上之適應症，而僅係為開刀取得檢體組織，應認違反醫療專業之適應性；但此違反醫療專業之行為究非違反利益

病人原則之行為。雖有認基於不傷害之原則，不應基於私利而損害病人身體整全性，但切除痔瘡之後果已得病患本人同意，而病患並已於換取詐領之保費與切除痔瘡間為利益衡量，故可認切除痔瘡並不違反病人自主與利益病人之原則。惟將檢體掉包以詐取保險金之行為，傷害全民健康保險之財務健全，對於私人或國家保險基金之集體財產產生侵害並不符合社會正義。故本案醫師與病患此種為私利而侵害他人財產權之情形應認違反醫學倫理之要求。

第三項 具有整全性的法律適用建議

本案實不屬醫學倫理中之困難案件，因本案中醫師違反醫學倫理與法律規範之要求甚明。但本論文主張，法官除介入此種明顯悖離社群價值而明文賦予法律效果之案例，於醫療社群缺乏動力改變醫學倫理決策時亦應藉由法律評價表明立場。如於 2011 年 1 月修正之安寧緩和醫療條例第 7 條第 1 項明文賦予末期病人拒絕急救，可選擇自然死亡之生命處分權，此乃否定家屬父權主義而縱於病患意識昏迷時亦捍衛當事人之自主權。³⁰⁶但醫界卻難以捨棄因襲已久之家屬至上主義，衛生署醫事處長石崇良亦明言許多醫師不願意當「劊子手」。³⁰⁷雖然多數時候，縱醫師基於「活人才會告我們」的思想，將家屬意願置於優位並忽視病患拒絕急救之聲明，虛弱的末期病患失去善終的機會，卻仍終難逃死神之召喚，亦無人會為死者主張權利；³⁰⁸但若此類案例有幸到達法院，法官應堅定表明病患「拒絕醫療權」，而捍衛當事人對於自身有尊嚴地死亡的安排，以破除醫師對法令之誤解與改變社會氛圍。³⁰⁹

³⁰⁶ 楊秀儀，病人，家屬，社會：論基因年代病患自主權可能之發展，國立臺灣大學法學論叢，2002 年，第 31 卷第 5 期，頁 1-31。

³⁰⁷ 高麗玲，3 要件把關 有醫師不願當劊子手，蘋果日報，2011 年 1 月 11 日。

³⁰⁸ 黃勝堅，夕陽山外山（生死迷藏 2），大塊文化，2011 年。

³⁰⁹ 楊秀儀，救到死為止？從國際間安樂死爭議之發展評析台灣「安寧緩和醫療條例」，國立臺灣大學法學論叢，2004 年，第 33 卷第 3 期，頁 15。

第六章 結論

本論文認為，醫學倫理其實是價值追求的手段。其作為醫師的行為指引是原則性的，需要藉由醫師自行具體化，並由整個社會做第二時間的檢證。醫學倫理實質上介入了法律建構跟法律詮釋；雖然形式上在法律上的地位是補充性質，但其背後的價值不容忽視，因為醫學倫理與醫療相關法律相同，皆需要探討規範存在的正當性基礎，而無法與道德徹底地切割。由於醫療倫理與法律皆不能獨立於社會價值，醫師所認知的醫療倫理必須與台灣社會有所連結。醫師應透過合理的言說與社會進行對話，以理性訴說而非一律服膺多數，並希望社會大眾以具有同理心的方式接受醫療專業倫理。³¹⁰

法律介入醫學倫理的界線究竟何在，本論文認為社群價值的建構需要不同體系的相互支持。醫療專業社群與立法者、法院作為有權解釋者，皆有義務要創建一符合社會期待之整合性的價值體系。醫師本於良知，透過醫學倫理之判準做出最佳判斷，並應加強自己對法律規範的敏銳度；除現有的醫事法律教育，也應持續觀察法規動向與法院的判決面向，以免自身之判斷與社會大眾期待有異。立法政策亦應考慮倫理期待，以減少醫學倫理與現狀的落差。若成文法與醫學倫理之理性判斷有所違背，法院作為第三線之價值整合者則需要理性的論述，不可扭曲法律事實，以使其判決有以法學方法檢證的可能。一位追求整全性的法官，當於法律規範和以往脈絡所形成的價值體系內做法律詮釋的判斷。若法官藉由說理的平台，可以證明某種法律的要求更加符合整個法律體系所追求的中心價值，而與社群的期待相符合，則其所為的法律判斷其背後的價值判斷，就比個別醫師或其他機關更具正當性。但法院的介入因為將成為醫學倫理外圍規範的指標，因此更要謹慎，不要因法律解釋之不當，而使醫學倫理失去價值；此時醫學倫理背後所彰顯之社群價值則扮演限制法官心證的角色。

³¹⁰ 黃芷芊，SARS 時期護理專業人員的倫理困境，應用倫理研究通訊，2005 年，第 34 期，頁 23-24。

參考文獻

一、中文文獻

(一) 專書

Jonsen, Albert R et al.著，辛幸珍等譯，臨床倫理學：臨床醫學倫理的實務引導，美商麥格羅·希爾，2011年。

Singer, Peter A.著，蔡甫昌譯，臨床生命倫理學，財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會，2009年，2版。

Thiroux, Jacques Paul; Krasemann, Keith W.著，程立显、刘建譯，倫理學与生活，世界图书，2009年，9版。

王澤鑑，法律思維與民法實例，王慕華，1999年。

王澤鑑，民法學說與判例研究（一），自版，2004年。

王澤鑑。民法概要，王慕華，2007年。

王澤鑑，侵權行為法，自版，2010年。

朱柏松等，醫療過失舉證責任之比較，元照，2008年。

伍焜玉，護理人力及專科護理師制度：願景與挑戰，財團法人國家衛生研究院，2010年。

何清池，醫療倫理與法律，司法研究年報第26輯第13篇，2009年。

李聖隆，醫護法規概論，華杏，2005年，5版。

沈宗靈，法理學，五南，2007年，2版。

林山田，刑法各罪論（上冊），自版，2005年，5版。

林山田，刑法通論（上冊），自版，2005年，9版。

林火旺，倫理學，五南，2007年。

洪鎌德，法律社會學，揚智，2004年，2版。

翁岳生，行政法與現代法治國家，自版，1990年，11版。

許士宦，證據蒐集與紛爭解決，學林，2005年。

- 黃榮堅，刑法問題與利益思考，元照，1999年。
- 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2012年。4版。
- 黃苓嵐，醫學倫理教育——由理論到實踐，新文京，2009年。
- 黃勝堅，夕陽山外山（生死迷藏2），大塊文化，2011年。
- 曾淑瑜，醫療·法律·倫理，元照，2007年。
- 曾淑瑜，醫療倫理與法律15講，元照，2010年。
- 顏厥安，鼠肝與蟲臂的管制——法理學與生命倫理論文集，元照，2004年。
- 顏厥安，幕垂鴉翔——法理學與政治思想論文集，元照，2006年。
- 嚴久元，當代醫事倫理學，台北，橘井文化。1999年。

（二）論文

- 王正嘉，新自然法學理論的開展與聖多瑪斯亞奎納，哲學與文化，2011年，第38卷第4期，頁63-83。
- 王皇玉，論醫師的說明義務與親自診察義務——評九十四年度台上字第二六七六號判決，月旦法學，2006年，頁265-280。
- 王皇玉，論醫療行為與業務上之正當行為，國立臺灣大學法學論叢，2007年，第36卷第2期，頁41-92。
- 王皇玉，德國醫療刑法論述概說，月旦法學，2009年，第170期，頁122-144。
- 毛家齡、張珏，倫理困境與護理決策過程，護理雜誌，1996年，第43期第1卷。頁41-45。
- 甘添貴，義務衝突之性質與解決原則（上），月旦法學教室刑事法學篇，1998年，第40期，頁14-15。
- 甘添貴，義務衝突之性質與解決原則（下），月旦法學教室刑事法學篇，1998年，第41期，頁13。
- 甘添貴，醫療糾紛與法律適用論專斷醫療行為的刑事責任。月旦法學，2008年，

第 157 期，頁 31-44。

李茂生，動物權的概念與我國動物保護法的文化意義，月旦法學，2003 年，第 94 期，頁 155-180。

林萍章，醫療常規與刑事責任－評最高法院九十六年度台上字第三〇八四號刑事判決，月旦法學，2009 年，第 175 期，頁 233-252。

陳子平，醫療上「充分說明與同意 (informed consent)」之法理，東吳大學法律學報，2000 年，第 12 卷第 1 期，頁 48-84。

陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應(上)，月旦法學雜誌，2010 年，第 178 期，頁 227-245。

陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應(下)，月旦法學雜誌，2010 年，第 179 期，頁 248-271。

陳志龍，醫生對自殺者的保證人地位－探論行為歷程的轉換問題，月旦法學，2001 年，第 72 期，頁 16-17。

陳榮基、謝啟瑞，醫療糾紛對醫療成本之影響：台灣西醫師的實證研究，衛生署委託研究計畫，1992 年。

陳聰富，醫療常規、醫療準則與醫師的注意義務，台灣內科醫學會 96 年會員大會暨學術演講會，2007 年。

陳聰富，醫療契約之法律關係(上)，月旦法學教室，2008 年，第 72 期，頁 87-98。

陳聰富，拒絕醫療與告知後同意，月旦民商法，2009 年，第 23 期，頁 72-84。

陳聰富，告知後同意與醫師說明義務(上)，月旦法學教室，第 80 期，2009 年，頁 75-91。

陳聰富，告知後同意與醫師說明義務(下)，月旦法學教室，第 82 期，2009 年，頁 66-80。

陳聰富，醫療訴訟之舉證責任－最高法院 98 年度台上字第 276 號民事判決評釋，法令月刊，第 61 卷第 4 期，頁 28-55。

- 莫兆鳳，利己與利他的概念分析，中央研究院三民所第四次社會科學研討會論文集，1989年，頁353-361。
- 黃芷芊，SARS時期護理專業人員的倫理困境，應用倫理研究通訊，2005年，第34期，頁23-24。
- 黃鈺嫻，從醫療水準談婦產科醫療責任注意義務之認定，律師雜誌，2005年，第308期，頁36-47。
- 黃茂榮，法律解釋（上），植根法律，2005年，第21卷第8期，頁1-40。
- 黃茂榮，法律解釋（下），植根法律，2005年，第21卷第9期，頁1-22。
- 黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法（上），植根法律，2005年，第21卷第12期，頁1-22。
- 黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法（中），植根法律，2006年，第22卷第1期，頁1-40。
- 黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法（下），植根法律，2006年，第22卷第2期，頁1-48。
- 黃茂榮，法律規定之邏輯結構（上），植根雜誌，2006年，第22卷第3期，頁1-40。
- 黃茂榮，醫療契約（一），植根法律，2009年第25卷第1期，頁22-34。
- 黃茂榮，醫療契約（二），植根法律，2009年，第25卷第2期，頁16-29。
- 黃茂榮，醫療契約（三），植根法律，2009年，第25卷第3期，頁1-9。
- 黃榮堅，外科新醫療科技之發展與醫療風險之界定及分擔—外科醫療風險與刑事責任，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2003年。
- 張慈桂、李燕鳴、蕭正光，全民健康保險實施後花蓮偏遠地區民眾醫療可近性之探討，慈濟醫學，1998年，第10卷第3期，頁201-209。
- 鄭逸哲，搶救自殺者屬「正當防衛行為」，台灣法學，2009年，頁174-176。
- 鄭逸哲、林萍章，宗教信仰不得凌駕醫學與法律，軍法專刊，2010年，第56卷第4期，頁255-259。

- 鄭逸哲，醫療法第 82 條之 1 修法建議，出版中，2012 年。
- 張麗卿，醫療糾紛鑑定與對質詰問權，東吳法律學報，2008 年，第 20 卷第 2 期，頁 1~28。
- 張麗卿，實習醫師無照行醫的例外允許-與談：「遲來的解釋--台灣桃園地方法院八十八年度易字第 2002 號刑事判決評釋」，月旦法學，2010 年，第 176 期，頁 295-303。
- 楊秀儀，病人，家屬，社會：論基因年代病患自主權可能之發展，國立臺灣大學法學論叢，2002 年，第 31 卷第 5 期，頁 1-31。
- 楊秀儀，救到死為止？從國際間安樂死爭議之發展評析台灣「安寧緩和醫療條例」，國立臺灣大學法學論叢，2004 年，第 33 卷第 3 期，頁 1-44。
- 楊秀儀，美國「告知後同意」法則之考察分析，月旦法學，第 121 期，2005 年，頁 138-152。
- 楊秀儀，論病人自主權，國立臺灣大學法學論叢，2006 年，第 36 卷第 2 期，頁 229-268。
- 楊秀儀，醫療人員所必備的倫理觀—倫理只是八股教條嗎？澄清醫護雜誌，2007 年，第 3 卷第 4 期，頁 4-7。
- 楊秀儀，論醫療糾紛之定義、成因及歸責原則，臺灣本土法學，2002 年，第 39 期，頁 121-132。
- 蔡甫昌，醫學實驗室中的道德問題 複製人的倫理爭議 3 之 1，健康世界，2003 年，第 209 期，頁 79-82。
- 蔡甫昌，以個案為導向之醫學倫理教學：以原則主義與決疑論之對話為進路，行政院國家科學委員會專題研究計畫期中進度報告，2004 年。
- 蔡墩銘，論刑法上之承諾，國立臺灣大學法學論叢，第 22 卷第 2 期，頁 95-127。
- 廖建瑜，論醫師說明義務之建構與發展—兼評最高法院 94 年台上字第 2676 號判決，成大法學，2005 年，頁 231-293。

盧映潔、葛建成、高忠漢，論醫療行為之常規診療義務，國立臺灣大學法學論叢，第 35 卷第 4 期，頁 161-188。

劉邦揚，我國地方法院刑事醫療糾紛判決的實證分析：2000 年至 2010 年，科技法學評論，2001 年，第 8 卷第 2 期，頁 257-261

蕭力暢、史明偉、李怡靜，雙磷酸鹽用於骨質疏鬆症治療之探討，藥學雜誌，2010 年，第 26 卷第 4 期，頁 110-116。

劉錦昌，從多瑪斯的自然法看道德倫理學，哲學與文化，2011 年，第 38 卷第 4 期，頁 3-24。

戴鐵雄，醫師的夢魘－醫療糾紛與誤診，台灣醫界，2012 年，第 55 卷第 1 期，頁 55-58。

(三) 學位論文

余依婷，全民健保之醫學倫理觀，台北醫學院醫學研究所碩士學位論文，1998 年。

李淑瓊，人工生殖子女法律地位之研究，國立政治大學法律學系碩士班學士後法學組碩士學位論文，2002 年。

宋恩同，結果取向的憲法解釋與適用，國立政治大學法律學研究所碩士學位論文，2006 年。

林芳丞，從「平等的關懷與尊重」論司法裁判實踐公平正義之可能性，國立政治大學法律學研究所碩士學位論文，2006 年。

林秉嶽，器官移植合憲性之研究－以我國人體器官移植條例為中心，東吳大學法學院法律學系碩士學位論文，2011 年。

郭良基，以知情同意為核心－探討醫學倫理與法律實務，國立清華大學科技法律研究所碩士學位論文，2006 年。

陳立愷，知情同意之研究：以手術同意書為例，東吳大學法律學系碩士在職專班法律專業組碩士學位論文，2006 年。

陳軍宇，我國醫療過失刑事責任之研究，東吳大學法學院法律學系碩士學位論文，2009年。

陳佩吟，醫生產前檢查失誤之民事賠償責任，東吳大學法律學系研究所碩士學位論文，2005年。

許森豪，醫療行為適用無過失責任適宜性之探討－兼論醫療行為依其性質分類之可行性，國立成功大學法律學系碩士學位論文，2006年。

黃叔鈴，論基本權之第三人效力與保護義務－以關愛之家判決為例，東吳大學法律學院法律系法律專業碩士班碩士學位論文，2008年。

黃璽文，論醫療上病患同意的刑法上效力，東吳大學法律學系碩士學位論文，2008年。

張永輝，論民事舉證責任分配法則在我國之發展，國立台北大學法律系碩士學位論文，2008年。

張明蘭，促進台灣地區腦死患者器官捐贈之可行性探討，國立成功大學政治經濟學研究所碩士學位論文，2003年。

蔡志宏，刑法上義務衝突之研究，國立台北大學法學系碩士學位論文，2003年。

鄭其昀，論組織醫療之賠償與補償，中國文化大學法律研究所碩士學位論文，2005年。

一、英文文獻

(一) 專書

Ashcroft, Richard E. et al., *Principles of Health Care Ethics*, John Wiley & Sons, 2nd Edition, 2007.

Beauchamp, Tom; Childress, James, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 6th edition, 2008.

Bowers, Steven P.; Hunter, John G., *The Sages Manual, Perioperative Care in*

- Minimally Invasive Surgery, Springer New York. 2006.
- Dworkin, Gerald, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, 1988.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*. Belknap Press, 1986.
- Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000.
- Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*, the Belknap Press of Harvard University, 2006.
- Edge, Raymond S.; Groves, John Randall, *Ethics of Health Care: A Guide for Clinical Practice*, Delmar Cengage Learning, 3rd edition, 2005.
- Endicott, Timothy A.O., *Vagueness in Law*, Oxford Univ. Press, 2000.
- Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, 1980.
- Frankena, William, *Ethics*, Prentice Hall, 2nd edition, 1988.
- Freeman, Michael, *Law and Bioethics*, Oxford Scholarship Online, 2008.
- Hall, Jacquelyn Kay, *Law and Ethics for Clinicians*, Jackhal Books, 2005.
- Hart, H.A.L., *The Concept of Law*, Clarendon Press, 2nd edition, 1994, 1961.
- Herring, Jonathan, *Medical Law*, Oxford University Press, 2011.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, 1651.
- Jecker, Nancy S.; Jonsen, Albert R.; *Bioethics, An Introduction to the History, Methods, and Practice*, Jones and Bartlett Publishers, 1997.
- Kuhse, Helga; Singer, Peter, *A Companion to Bioethics*, Wiley-Blackwell, 2nd edition, 2012.
- Levinson, Warren, *Review of Medical Microbiology and Immunology*, The McGraw-Hill Companies, 2010.
- Lo, Bernard, *Resolving ethical dilemmas: a guide for clinicians*, Lippincott Williams & Wilkins, 2009.

Mason, Kenyon; Laurie, Graeme, Law and Medical Ethics, Oxford, 8th edition, 2011.

Morrison, Eileen E., Ethics in Health Administration: A Practical Approach for
Decision Makers, Jones and Bartlett Publishers, 2006.

Rawls, John, A Theory of Justice, Belknap Press, 1999.

Singer, Peter, The origin of ethics: the origin of ethics Blackwell publishing. 1991.

Singer, Peter, One World, Yale University Press, 2002.

Singer, P. A.; Viens, A. M., The Cambridge Textbook of Bioethics, Cambridge
University Press, 2008.

Smith, Adam. The Theory of Moral Sentiments. Jonathan Bennett, 2008, 1759.

Spencer, Edward M., Organization Ethics in Health Care, Oxford University Press,
2000.

U.S. Congress, Office of Technology Assessment, Defensive Medicine and Medical
Malpractice, Washington, DC: U.S. Government Printing Office, 1994.

Williams, John R., Medical Ethics Manual, World Medical Association, 2nd Edition,
2009.

(二) 論文

Eckmann K. R., et al., Chemotherapy outcomes for the treatment of unresectable
intrahepatic and hilar cholangiocarcinoma: a retrospective analysis,
Gastrointest Cancer Res, 2011 4 (5-6) :155-60.

Eddy, David M., Variations in Physician Practice: The Role of Uncertainty, Health Aff,
1984 3 (2) :74-89.

Eddy, David M., Evidence-Based Medicine: A Unified Approach. Health Aff, 2005 24
(1) :9-17.

Edelstein, Ludwig, The Hippocratic Oath, The American Journal of the Medical

- Sciences, 1944 207 (6) :816.
- Galabresi, Guido, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, The Yale Law Journal, 1961, 70 (4) :499-553.
- Graham, D., Revisiting Hippocrates: Does an Oath Really Matter? JAMA, 2000 284 (22) :2841-42.
- Gross, M. L., Treating competent patients by force: The limits and lessons of Israel's Patient's Rights Act, J Med Ethics, 2005 31 (1) :29-34.
- Kalunian, Kenneth C.. Pharmacologic Therapy of Osteoarthritis, In: UpToDate, Basow, DS (Ed) , UpToDate, Waltham, MA, 2012.
- Llovet, Josep M., Bruix Jordi, Molecular targeted therapies in hepatocellular carcinoma, Hepatology, 2008 48 (4) :1312-27.
- Myers, Eugene N. et al., A unique complication of primary tracheoesophageal puncture: knotting of the nasogastric tube, Otolaryngol Head Neck Surg., 1999 120 (4) : 528-529.
- Müller, Sabine, Body Integrity Identity Disorder (BIID) —Is the Amputation of Healthy Limbs Ethically Justified?, Am J Bioeth, 2009 9 (1) :36-43.
- Pinzur, Micheael S. et al., Guidelines for Diabetic Foot Care: Recommendations Endorsed by the Diabetes Committee of the American Orthopaedic Foot and Ankle Society, Foot & Ankle International, 2005 26 (1) :113-9.
- Reason, James, Human Error: Model and Management, BMJ, 2000 320(7237) :768-70.
- Ruddick, William, "Biographical Lives" Revisited and Extended, The Journal of Ethics, 2005 9 (3-4) :501-15.
- Sharon, Smith.J., Davis A.J., Ethical Dilemmas: Conflicts among Rights Duties and Obligation, Am J Nurs, 1980 80 (8) :1462-6.