

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論醫師違反告知義務之刑事責任

Physician's Criminal Liability of Violating Informed Consent

陳淑玲

Shu-Ling Chen

指導教授：王皇玉博士

Advisor: Huang-Yu Wang, Ph.D.

中華民國 108 年 7 月

July, 2019



口試委員審定書



國立臺灣大學碩士學位論文

口試委員會審定書

論醫師違反告知義務之刑事責任

Physician's Criminal Liability of Violating Informed
Consent

本論文係 陳淑玲君 (學號: R05A21063) 在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文, 於民國 108 年 6 月 26 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: 王 皇 玉

口試委員: _____

王 皇 玉

王 志 嘉

吳 光 正

誌謝



歷經十個月的撰寫，跟告知義務的纏鬥亦終告一段落。我想，刑法的迷人之處莫過於，用各種不同的角度，去探究、剖析人與人疊加的關係與牽絆，看來不起眼的環節，總會關鍵的行為中，發揮不經意的作用和影響，蕩起陣陣的漣漪。

醫病關係也是如此，在社會學中，病人「被」呈現一種「弱勢、恐懼」之形象，無不受到外在的牽連以及醫師話語權的左右，彷彿病人的自主權利是脆弱，且難以觸及的。但這樣的思考，終究只是集體病人最大公因數的取捨，如果欲強調病人之主體性，誠如王皇玉老師所言，又似乎必須個案判定，每位病人抵禦外界的能力以及吸納他人意見的程度，無法一體視之。

更為困難的問題是，要如何「量化」醫師話語對於個人的影響，法院必須在病人及其家屬的陳述、醫師與其醫療團隊之抗辯中，找尋影響力發揮的時間點和程度，如王志嘉老師所提出的，關於因果關係，尤其是針對相當性之判斷，如何從客觀事實中探求與得知，是一個深擾我已久的難題，最後，只能採取一種最迂迴的路徑，試圖勾勒出絕對應告知範疇，去拉攏這條搖擺不定之界線。

對於阻卻違法事由，是否在醫療行為內，僅以業務上正當行為、被害人承諾或者是推測承諾，作為是一種概括的全貌，則是吳志正老師所提出的構思，結合前告知行為與後醫療行為之法評價一體性，區分不同醫療行為可能侵擾的保護法益，進而劃分相對應之阻卻違法事由，能夠折衝現行路徑下，對於醫師課與過重義務之結果。

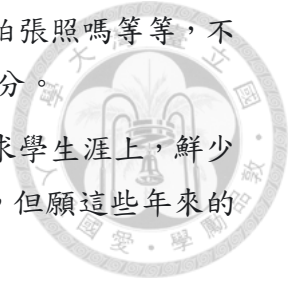
在如此天馬行空的想像下，謝謝王皇玉老師總是耐心地一章一字的閱讀，並佐以其在醫審會的經驗和學說看法，讓論文的走向不至逸脫現實，但也總是對我天馬行空的想法予以尊重；謝謝吳志正老師賦予這個題目一個開端，雖與老師起初給予的建議方向不盡相同，但仍多次提醒我應多加注意之處，並給予我適切的鼓勵；謝謝王志嘉老師在溫和的態度下，提出犀利的問題，縱使有些語塞，亦願意包容不同意見，並在相異的脈絡下開展對話。

這條跌跌撞撞的道路上，對於刑法學的啟蒙與誘發，必須要感謝蕭宏宜老師、林書楷老師以及在下鄉期間諄諄教誨的王乃彥老師。如果說，我對法學有一丁點的興趣或者是成就，都一定要歸功於黃心怡老師，從大專生研究計畫、智慧財產權辯論比賽到侵權助理，從老師的待人處事到對學生的關懷，一直都是我心目中的典範。當然也必須要感謝在這一路上傾力相助的法 D、刑法組 R05、學長姐與

學弟妹、由二爺帶領的搶救論文大作戰、不好意思可以幫我們拍張照嗎等等，不論是法學討論或是瘋狂胡鬧，都是構築我生活上不可或缺的部分。

最後感謝我的父母，從你們身上理解愛和無私的純粹，在求學生涯上，鮮少施加壓力，也盡力瞭解我所做的決定，接納我所有任性的要求，但願這些年來的努力，都沒有讓你們失望。

不管如何，希望這十個月的路程沒有白費。



中文摘要



近十年關於刑事醫療之告知義務，從原先過失犯注意義務之一環，變成與醫療行為無涉之前階段歷程，不難看出最高法院在病人自主權及醫師專業性天秤兩側的掙扎。

現行實務判決深受最高法院 101 年度台上字第 2637 號判決之影響，截然劃分刑法注意義務與告知義務，以兩大理由排除兩者連結的非難可能，因此，本文首要將試圖從刑法過失犯架構中，建構告知義務違反之意義。此部分涉及刑法傷害罪的保護法益、自主在醫療行為的意義與刑法注意義務的本質，從三者的串連，勾勒出醫師告知義務成為刑法注意義務的路徑。

其次，本文將接續討論，究竟醫師未說明什麼樣的副作用、併發症，會被評價為製造法所不容許的風險？此部分囿於我國缺少可參照之實務判決，因此，將從美國法院與德國法院判決中，尋找兩國法院所審酌之個案要素，加以歸納、分析。另外，亦會從應然面探討歸納與分析所得出的結論，在法理上是否有待調整之處。

最後，在醫病關係的互動中，雖已從過去的醫療父權逐漸走向平等對話，但某些情況下，仍有賴醫師的專業裁量，決定告知與否以及內容上之取捨。在違法性中，如何一方面維護醫師的專業性與醫療行為之本質，另一方面彌補病人流失的自主，以及有無必要援引德國法之假設同意概念，成為本文第三個欲討論之重點。

關鍵字：告知義務;病人自主權;注意義務;醫師裁量權;假設同意

ABSTRACT



The role of informed consent in the clinical context, as be regarded as the duty of care, has transformed into pre-medical procedure which is not relevant to medical practice in recent ten years. It is not difficult to find out struggle of the Supreme Court between patient autonomy and medical professionals' own judgments.

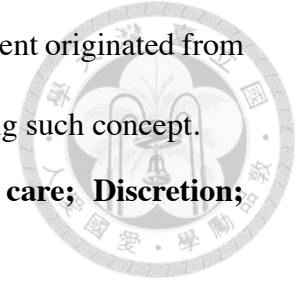
Nowadays, the courts follow the decision made by Supreme Court 101 Tai-Shang-Tzu 2637 and demonstrate that duty of care and informed consent are distinctly separate based on two reasons. Therefore, this article will attempt to establish the meaning of violating informed consent from the framework of negligence in criminal law. This article will show the relationship between duty of care and informed consent by connecting the legal interest of offences of causing bodily harm, the meaning of autonomy in the medical field and the essence of duty of care.

What's more, this article will discuss that what kind of side effects or complications that doctors don't inform patients will be assessed of generating risks which are not allowed. Due to lack of relevant judgments in Taiwan, therefore, this article will analyze the court's opinions of United States and Germany. Besides, this article will also examine the factors adopted by courts of United States and Germany from perspectives of the legal principle.

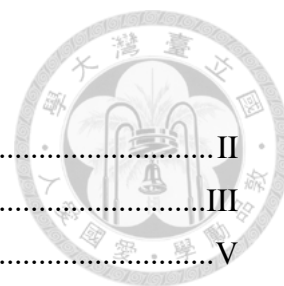
At last, the doctor-patient relationship has been gradually turned into an equal partnership. However, whether to inform the patient and how to inform are at the discretion of the doctor in specific situations. Hence, how to balance discretion of the doctor and autonomy of the patient becomes an important problem. In addition, in order

to achieve perfect balance, is it necessary to apply hypothetical consent originated from German Civil Code? This article will illustrate the difficulty of using such concept.

Keywords: Informed Consent; Patient Autonomy; duty of care; Discretion; Hypothetical Consent



目錄



口試委員審定書.....	II
誌謝	III
中文摘要	V
ABSTRACT	VI
第一章 緒論	12
第一節 研究動機與問題意識.....	12
第二節 研究方法.....	13
第三節 論文架構.....	14
第二章 縱覽醫療行為	16
第一節 醫療行為之定義.....	16
第一項 包山包海的醫療概念？.....	16
第二項 涵蓋非治療性目的醫療舉措可能之疑義.....	17
第一款 業務上正當行為之困境？.....	17
第二款 醫療法第 82 條第 3 項適用之餘地？.....	19
第三項 告知行為與醫療行為之緊密關聯性.....	21
第二節 醫療行為之特性.....	22
第一項 專業性、複雜性與裁量性.....	22
第二項 資訊不對稱性.....	24
第三項 風險性、不確定性以及有限性.....	25
第三節 醫療行為於刑法釋義學之定位.....	26
第一項 德國實務.....	26
第二項 德國學說.....	29
第一款 結果理論.....	29
第二款 修正之結果理論（Modifizierte Erfolgtheorie）.....	31
第三款 行為理論（Erfolgsunabhängige Lösungsansätze）.....	32
第四款 二元理論（Die zweispurige Lösung）.....	33
第三項 本文看法.....	35
第一款 傷害罪之保護法益.....	35
第二款 採非傷害說可能之疑義.....	40
第三章 告知義務的解構：重回自主	43
第一節 船過水無痕的困境.....	43
第一項 不當割裂告知義務與醫療行為.....	45
第二項 不知探討告知義務的真正實益.....	45

第三項	否定因果關係與客觀歸責的妥適性.....	46
第二節	自主在醫療行為之意義與建構.....	47
第一項	自主之多重意義.....	49
第一款	效益論下的自主.....	50
第二款	義務論下的自主.....	52
第三款	醫療倫理下的自主.....	54
第一目	原則主義下的定義.....	54
第二目	兩大倫理學派對於現代醫學自主的影響.....	57
第三目	質疑浪潮.....	59
第二項	以關係性填充個人式自主觀.....	62
第一款	關係性自主之概念.....	62
第二款	權力的基礎與作用.....	67
第三款	潛藏在醫病關係中的權力運作.....	69
第三節	自主與其他三倫理原則之互動.....	71
第一項	行善原則（principles of beneficence）.....	72
第二項	不傷害原則（principle of nonmaleficence）.....	73
第三項	正義原則（principle of justice）.....	74
第四項	互動之圖像：作為日後探討的路徑.....	74
第四章	告知義務作為客觀注意義務之一環.....	79
第一節	爭論不休之定位.....	79
第二節	注意義務之虛與實.....	83
第一項	從內在和外在注意義務出發.....	83
第二項	一般化理論與個別化理論：以行為規範為中心.....	88
第三項	聚焦行為規範所衍生之省思.....	91
第一款	行為規範之法益保護要求.....	91
第二款	以刑法作為唯一之注意義務來源.....	92
第三款	專業規則對於注意義務所產生的提示.....	94
第三節	告知義務如何成為注意義務.....	95
第一項	告知義務作為傷害罪所關切之行為.....	95
第一款	重申傷害罪的自由面向.....	96
第二款	違反告知義務侵害身體完整性之途徑.....	97
第二項	醫療特別規範對於形塑注意義務的功能.....	101
第一款	四不像的現況.....	101
第二款	醫療特別規範之功能定位.....	103
第五章	違反告知義務之類型化分析.....	105

第一節	說與不說的兩難—比較法之觀點.....	105
第一項	我國法.....	105
第一款	判決整理.....	105
第一目	尊重醫師裁量權.....	105
第二目	違反告知義務與傷害結果不具相當因果關係.....	108
第三目	假設同意？--臺北地方法院 103 年度聲判字第 238 號刑事裁定.....	108
第二款	分析.....	109
第一目	醫師裁量權.....	109
第二目	違反告知義務與傷害結果不具相當因果關係.....	111
第三目	假設同意之操作？.....	112
第二項	美國法.....	113
第一款	行為人主觀犯意之區別.....	113
第二款	刑事法與侵權法的主觀對應.....	116
第一目	法院用語歧異.....	116
第二目	懲罰性損害賠償、重大過失與輕率之關聯性.....	118
第三款	以侵權法案例洞察刑法標準.....	121
第一目	案例整理.....	121
第二目	嚴重身體損害之標準.....	126
第三目	非一般公認醫學之實踐—以藥品仿單標示外使 用為中心.....	128
第四款	小結.....	129
第三項	德國法.....	130
第一款	診斷告知.....	131
第二款	病程告知.....	131
第三款	風險告知（Risikoaufklärung）.....	134
第一目	併發症發生之頻率.....	134
第二目	醫療行為之適應性（Indikation）與緊急性.....	139
第三目	醫療行為之嚴重性.....	140
第四款	小結.....	140
第二節	告知義務之絕對與相對界限.....	142
第一項	容許風險作為一種集合式名詞.....	142
第二項	利益衡量引發的危機.....	143
第三項	以被害人承諾範圍作為告知義務之界定.....	146
第一款	被害人之同意、保護法益可處分性與容許風險.....	147

第二款	違反告知義務構成非容許風險所參酌之要素.....	149
第三款	「重大」身體法益之界定.....	150
第一目	德國法院關於善良風俗認定之流變.....	152
第二目	刑法學者間之歧異.....	153
第三目	本文見解.....	156
第六章	重構違法性階層之利益衡平	158
第一節	醫療倫理於告知義務例外的適用	158
第一項	治療特權.....	159
第一款	內容.....	159
第二款	倫理基礎.....	161
第一目	治療特權的道德本質.....	161
第二目	效益論與義務論對於當代醫療倫理的影響....	164
第三款	適用疑義.....	166
第一目	破壞醫病關係間的信賴.....	166
第二目	家父長主義的假設介入病人自主.....	167
第四款	對我國之啟發.....	168
第一目	醫師專業裁量權對於病人自主的破壞.....	169
第二目	建構程序以維護病人流失的自主.....	170
第二項	病人放棄受告知之權利.....	176
第二節	假設同意.....	177
第一項	民法上的假設同意.....	177
第二項	刑法援用假設同意的發展.....	179
第一款	實務見解.....	179
第一目	判決縱覽.....	179
第二目	德國實務見解之脈絡解析.....	182
第二款	學說爭議.....	183
第三項	本文見解.....	185
第一款	假設同意之適用對自主決定權產生矛盾結果.....	186
第二款	假設同意可能架空被害人承諾.....	187
第七章	結論	189
參考文獻	192

第一章 緒論

第一節 研究動機與問題意識



於研究所二年級上學期，修研吳志正老師的醫事法案例研習時，老師拋出醫師違反告知義務刑事責任的議題，並且在課堂上詢問我是否有興趣撰寫文章，當時笑而不答。但隨後返家查詢相關資料，發現許多錯綜複雜的研究主題，亦投稿月旦醫事法報告，因礙於字數限制及語言關係，無法細緻地處理這個問題，也冀求往後能有機會再行修飾、擴充內容。

在 2018 年 7 月，司法院大法官釋字第 767 號解釋出爐，給了我一個研究契機，亦再次突顯告知義務的重要性。該解釋對於藥害救濟法第 13 條第 9 款作出合憲的決定，解釋理由書第五段將所謂「常見且可預期之藥物不良反應」與醫師之告知義務相掛鉤，認為縱受規範者無法完全確知其用藥行為得否符合藥害救濟之要件，仍可透過告知義務之課與、仿單上之記載與標示等，有一合理程度之預見，並參酌國際歸類定義，將「預見」界定為大於或等於百分之一，因此在知悉相關風險而仍自願承擔的情況下，則排除於藥害救濟範圍之外。

此解釋一出，不僅引起外界譁然，大法官內部意見亦有所分歧，其中四位大法官之不同意見書，同時點出一個謬誤：非經醫師告知、藥袋標示或藥物仿單記載，不能獲悉之「常見藥物不良反應」，真如解釋文所言具備法明確性？而另外此解釋文並未明說，卻極具重點的訊息，係以醫師告知義務、藥袋仿單記載之有無，作為受規範人得否提起藥害救濟之關鍵¹。而此處牽涉一個更為根本的問題是，醫療行為本身即具風險性和不確定性，基於專業能力之極限，並非所有不良反應皆為醫師所能預見，但什麼樣的風險是醫生應該告知的，為一實務上難解的

¹ 司法院釋字第 767 號許宗力大法官協同意見書。

議題，且截至目前，並無統一的標準，界線之劃分仍處於晦暗不明的狀態。

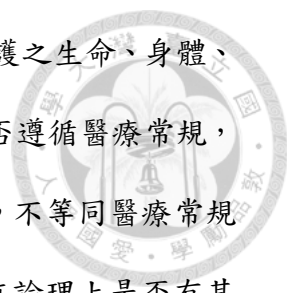
從刑法著重保護法益之觀點來看，最高法院 94 年度台上字第 2676 號判決作成後，不僅確立最低限度的告知範圍，更以「醫師若未盡上開說明之義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務」一言，將告知義務納入注意義務的一部，試圖劃出製造且實現法所不容許風險之界線，但經過將近十年，這樣的概念卻出現 180 度的轉變，最高法院 101 年度台上字第 2637 號判決（下稱史蒂文強森症候群案）完全否定違反告知義務屬於風險的可能，將醫療過失繫於後端診療過程，也深切影響之後下級審的態度。

面對這樣見解的歧異，有三個主要問題值得討論：（1）告知義務作為刑法注意義務的可能性，（2）未盡告知義務與最後死傷結果之因果關係，以及（3）法益侵害結果可否歸責於違反告知義務之行為，若為肯定，其歸責路徑為何？而在此之前，必須要確立在何種情況，探討告知義務始有其實益，因此本文的脈絡，將依循一個前提及三個問題進行梳理，嘗試對於告知義務的刑事責任，開展出不同以往文獻之論述。

第二節 研究方法

本文研究希望能透過細緻化的論理，分析告知義務的本質，以及其與後端醫療行為之連動關係，開展出若干實務得以運用之審查順序和判斷標準，因此，本文將先藉由爬梳自史蒂文強森症候群案後之刑事判決，並點出其論理上之錯誤，也藉此知悉目前實務，對於告知義務違反之觀點。另外，此議題引起國內刑法學者廣泛討論，並且因行為不法與結果不法取徑的不同，而有其正反論述，因此，本文將先透過學說與實務判決之整理，觀察將告知義務排除於刑事責任外之實質理由。

告知義務之所以在刑事責任上，無法佔有一席之地，主要有兩大理由：第一，



告知義務所維護之自主權益，與刑法業務過失致死傷罪所欲保護之生命、身體、健康法益無涉；第二，目前實務見解將醫療過失寄託於醫師是否遵循醫療常規，且認為告知義務非屬醫療常規之一部，因此，告知義務之違反，不等同醫療常規之違反，也不屬於醫療過失。本文的目的，即是檢驗以上兩種在論理上是否有其正當性。

針對第一個理由，本文將以德國法之文獻作為基底，探求注意義務與傷害罪保護法益，並結合 Mackenzie 與 Stoljar 兩位女性主義學者所提倡之「關係性自主」，勾勒出告知義務成為刑法上注意義務的釋義路徑。第二個理由，則必須依附於注意義務的理論，梳理出注意義務所真正關心的目標，以及專業規範對於注意義務所產生的提示作用。

囿於醫療行為之不確定性、試驗性與裁量性，本文無法一一羅列醫師應告知的確切事項與範圍，只能盡可能劃出絕對應告知範疇之外緣，此為本文的極限所在。雖我國有零星之判決，討論相當因果關係與違法性，但素材仍稍嫌不足，為釐清醫師說與不說的兩難，本文亦將觀察美國與德國法院將何種因素納進處理風險告知範疇的問題中，歸納二者相同之處，以作為我國法院日後參照之對象。

最後，本文在違法性階層提出一個問題：利益權衡的安排，若仰賴抽象性、不確定之操作，則可能過度壓縮病人自主權之行使。因此，本文將大量援引美國法之概念，透過重新解構告知義務之例外規定，反思我國目前的做法，嘗試建構流程，以平衡病人所失去的自主性，並藉此挑戰德國法所使用之假設同意概念。

第三節 論文架構

第二章「縱覽醫療行為」為本文的討論拉開序幕，討論醫療行為之定義、特殊性以及在刑法上的釋義定位，作為後續討論的基礎。

第三章「告知義務的解構：重回自主」，爬梳實務判決與學說見解後，發現

多數意見認為告知義務係維護病人之自主決定權，但卻鮮少說明其中的定義，因此，本文試圖重新釐清「自主」在倫理學上之內涵，並認為目前自主的建構，過於朝向個人，應從「關係」理解，較為貼近自主的形塑。



第四章「告知義務作為客觀注意義務之一環」，則結合前述兩章的討論，並透過判決的分析，一窺醫師的話語系統，如何對病人產生作用，進而影響病人對於身體安適與完整性的感受。

第五章「違反告知義務之類型化分析」，是在確立告知義務得以成為刑法注意義務後，企圖劃設醫師應予告知範疇。此章節將透過兩部分進行：其一歸納、分析美國與德國法院之素材，其二則從被害人承諾—保護法益之可處分性觀察，目的係觀察實然面與應然面的重合與差異。

第六章「重構違法性階層之利益衡平」，取用第三章所提及的醫療倫理，作為法益價值取捨之依據，並反思醫師專業裁量權之行使與病人自主權行使的拉扯。

第七章「結論」，作為本文之結尾，冀求重新檢討告知義務之定位，才能真正重建良善的醫病關係。

第二章 縱覽醫療行為

本章除了為論文的討論揭開序幕外，有以下之目的：首要必須（一）先確立醫療行為之定義，以界定目前討論之範疇；（二）瞭解醫療行為之特殊性，使本文在理解醫療與其他行業之差別下，討論醫師的說與不說之間的兩難與其刑法評價；（三）醫療行為於刑法上釋義學的定位，涉及是否成立傷害罪之構成要件，此議題與後章之醫療論理原則，與後述注意義務的討論，具密切關連性。

第一節 醫療行為之定義

第一項 包山包海的醫療概念？

醫療行為一詞，其實並無確切的定義，僅中央衛生主管機關，基於醫政管理之需求，勉強藉由行政解釋表示見解。最早指的是凡以治療矯正或預防人體疾病、傷害殘缺或保健為直接目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察或診斷結果，以治療為目的，所為的處分或用藥等行為的全部或一部總稱為醫療行為（65.04.06 衛署醫字第 107880 號函）²。經過 16 年後，行政機關將保健排除於醫療範疇，直接目的改為目的，並增列施術、處置等行為³。

模糊不清的定義，亦連帶影響行為種類之認定，面對五花八門的醫療行為，主管機關只能利用個別函釋處理⁴。實務判決亦大抵以行政解釋，作為認定醫療行為之標準，基於醫務行政的見解，醫療行為包含：具診療目的性，且具實質診治行為者；雖非具診療目的性，但含處方藥物或對人體有侵犯性之給予，或已達影響、改變人體結構及生理機能者⁵。

² 蔡墩銘（2005），《醫事刑法要論》，2 版，頁 213，臺北：翰蘆。

³ 81 年 8 月 11 日衛署醫字第 8156514 號函釋。

⁴ 如 82 年 11 月 19 日衛署醫字第 82075656 號函釋表示未涉及接骨或交付內服藥品之處置行為不列入醫療管理；衛生署 85 年 9 月 23 日衛署醫字第 126788 號函文載有「齒模製造技術員為人修整假牙應不屬於醫療行為」等。

⁵ 吳志正（2005），《解讀醫病關係 I》，頁 36-37，臺北：元照。

學說對此用語雖不同，但皆圍繞在診療、預防、治癒、施行的型態⁶。比較有歧異的部分，在於不具醫療目的之醫學行為，有學者肯認涵蓋非診療目的性的類別，因在醫療科技快速之發展下，以醫學基本理論為非診療目的性的醫療行為，比比皆是，因此不應局限於疾病的診斷、治療及預防⁷。惟有論者認為其刑法正當性薄弱，且若將如此醫療舉措行為納入該範疇，則以醫療目的為要件之業務上正當行為，並無法適用，強調動態阻卻違法事由之內涵以及適法性要件⁸。

面對現行如此廣義的醫療行為⁹，亦有見解同樣質疑在刑事責任的認定上，是否所有涉及醫療專業之行為，都需要受到刑法之規制，而與一般加害行為不同之評價¹⁰。就此，本文認為，破壞他人身體之完整性以及健康，本屬於傷害罪欲保護的射程，墮胎手術、變性手術、醫學美容等等，固然不具傳統的醫療目的，但仍有侵害他人生命、身體健康之虞¹¹。若單純僅以醫學專業知識、技術云云，作為否定特定醫療專業行為，受刑法規制的理由在刑法以保護法益為任務之命題中，可能並不成立。

第二項 涵蓋非治療性目的醫療舉措可能之疑義

第一款 業務上正當行為之困境？

刑法第 22 條業務上正當行為，作為醫療行為之阻卻違法事由，目前學說上認為包含四個要件：出於醫療目的、具備醫療上的適應性、得病人之同意且需以醫學上一般所承認之方法進行¹²。對於有學者認為，倘若將廣義的醫療舉措納入

⁶ 參李柏璋、曾平杉（2017），《醫療紛爭在臨床醫學與法律實務的探討》，頁 8-9，臺北：新學林。

⁷ 曾淑瑜（2016），《醫療倫理與法律 15 講》，2 版，頁 2，臺北：元照。

⁸ 王志嘉（2013），《病人自主的刑法效應》，頁 53、74-75，東吳大學法律學系博士班博士論文。

⁹ 有學者以是否具備醫療目的、醫術正當性以及醫療適應性等要件為標準，並劃分為廣義及狹義醫療行為，惟本文認為，後兩者其實牽涉業務上正當行為之要件，不宜在定義上純然依循違法性要件，因此僅保留醫療目的作為分野，並沿襲其名詞。參蔡振修（2005），《醫事過失犯罪專論》，頁 58，臺北：自刊。

¹⁰ 陳聰富（2014），《醫療責任的形成與展開》，頁 87，臺北：國立臺灣大學。

¹¹ 王皇玉（2005），〈整形美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則——評臺北地院九十一年訴字第七三〇號判決〉，《月旦法學雜誌》，127 期，頁 54。

¹² 王皇玉（2007），〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，《臺大法學論叢》，36 卷 2 期，頁 41。

現行醫療行為的定義中，可能會因欠缺醫療目的，或不具醫療適應性，無法以刑法第 22 條作為阻卻違法之依據，本文認為其顧慮固然正確，但可能忽略亦有刑法第 21 條依法令上行為及被害人承諾的路徑。

析言之，自病人自主權逐漸受到重視後，病人承諾已整合至正當行為，成為其中一個要件¹³，並且應以告知後同意作為前提要件，畢竟欠缺醫師之專業說明，只是空有權利無行使之餘地，惟至什麼樣程度之說明，始堪足夠，或低於一定門檻的告知，有可能使病人同意歸於無效，則有待本章後續更細緻化的論理。同樣，被害人承諾在醫學上的適用，亦必須建立在病人的同意之上，惟二者於被害人所得放棄法益的限度上，有所不同，後者若係以重傷或死亡為目的的方向之廣義醫療行為，仍受刑法第 282 條之規制，這樣的論理或可與整體立法政策相符。

狹義醫療行為之所以能與一般傷害行為相區隔，甚至獲得非傷害說的學者支持，係基於其醫療目的，允許市民犧牲部分之健康或身體完整性，以追求更高的人身狀態，傷害本身只是手段，而非目的。但非出於醫療目的，而利用醫學知識、技術之廣義醫療行為，同樣，不以傷害本身為施行行為的目的，惟其所追求的目標，可能是提高人口素質、保護母子健康及增進家庭幸福之結紮手術、增進知識與謀求社會利益之人體試驗、為恢復特定器官功能或挽救生命之器官移植以及以主觀美感取向所為之美容醫學等等¹⁴，前三者皆有特別法規得以依循，以阻卻醫師行為之不法性。例如，縱醫師所為之醫療舉措，如輸卵管結紮手術，為一永久性避孕方法，固可能毀敗生殖機能¹⁵，亦得依刑法第 21 條第 1 項阻卻違法，而人

¹³ 同前註，頁 80 以下。

¹⁴ 變性慾症患者因處於生理及心理性別相衝突之狀態，因此所尋求之變性手術，其本質為一治療行為，因此不在討論之範疇，參張永明（2011），〈變性是醫療問題還是法律問題〉，《月旦法學教室》，109 期，頁 110；郭吉助（2008），〈論醫療法律上之醫療行為（一）由法制面談起〉，《法務通訊》，2379 期，頁 4。而治療不孕之人工生殖手術，除非醫療疏失，殊難想像會有重傷害甚或死亡之情形，因此並不會有被害人無法處分其法益之疑問，另其傷害行為，應優先適用人工生殖法，作為其法定阻卻違法事由。

¹⁵ 若嚴格來說，器官移植難以尋覓一適例，因目前現行法，僅允許肝、腎之活體器官移植，剩餘

體試驗則得依循醫療法第 79 條，並搭配嚴格之告知義務，作為其阻卻違法之要件。

從上開的說明，可以得知阻卻違法事由的適用，在所謂廣義醫療行為的範疇中，多數並不會有問題。最有可能引起爭議的部分，即為美容醫學，若排除以診療為目的處理身體疾病者，如燙傷後之植皮手術，其他因其本質上，係以改善接受者之外貌作為訴求，在接受該等行為之動機上，與傳統醫療行為之動機，存在根本差異，另有選擇權、資訊流通以及營利性質的不同¹⁶，且並未像其他上述輸卵管結紮、人體試驗，得以援用特別法規以阻卻違法，僅得仰賴被害人承諾。但仔細思考，可以發現於此種「滿足願望取向之醫療」（Wunschmedizin）¹⁷，一來幾乎沒有以重傷或死亡為籌碼的手術，二來縱使這樣類型的手術存在，觀察保護不必要的健康損害的立法政策，國家亦會基於家父長主義，加以禁止之，從不必要之醫療可能構成傷害行為的觀點，亦可略知一二¹⁸，以被害人承諾作為此類醫療舉措的阻卻違法事由，其實更為貼切。

就此，本文認為上述學者的疑問，過於專注單一阻卻違法事由之解釋，透過前述說明，可發現在違法性的階層上，廣義醫療行為仍得找尋各自之獨立定位。

第二款 醫療法第 82 條第 3 項適用之餘地？

從 81 年 8 月 11 日衛署醫字第 8156514 號函釋以來，關於醫療行為之解釋，其實多少傳達一個想法：「只要係基於醫學知識及技術所實施，對人體具有危險性之行為，皆屬醫療行為，至於行為者主觀上是否以醫療為目的在所不問。」但

肝臟仍會繼續成長，而腎臟之移植，按最高法院 76 年台上字第 2967 號之意旨，應可成立重傷害罪，惟有學者認為一顆腎臟仍可擔負過濾機能，故非重傷，參林東茂（2012），《刑法綜覽》，7 版，頁 2-42，臺北：一品。

¹⁶ 魏伶娟（2017），〈論非治療型微整形美容與消費者保護法之適用〉，《高大法學論叢》，12 卷 2 期，頁 259-263。

¹⁷ Wagner, Die Schönheitsoperation im Strafrecht: Eine Untersuchung zu den normativen Grenzen chirurgischer Eingriffe bei fehlender medizinischer Indikation, 2015, S. 54 ff.

¹⁸ 蔡墩銘，前揭註 2，頁 38。

這樣的立論，於新修正醫療法第 82 條第 3 項是否能相配合，成為一大問題。

新修正醫療法第 82 條第 3 項規定：「醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任。」參其修正歷程，鑑於醫療糾紛具有以刑逼民及無罪率高的傾向，且為顧及醫療行為本身的特殊性與社會公平正義的期待，爰以故意或重大過失為限負刑事責任，並以臨床裁量權作為重大過失之準據¹⁹。本條之目的係為減輕醫師之刑事責任，但問題是該項之文字，與前項民事責任如出一徹，又民事責任以善良管理人之抽象輕過失為本，如此解釋，使得醫師於刑事責任的認定，變質成為抽象輕過失²⁰，完全比現行實務操作之結果，更為嚴苛²¹。

姑且不論其立法技術優劣，抑或是如法務部所擔憂的，新修正醫療法將在刑事法領域創設重大過失概念，惟這個概念並無法相容於我國刑事法體系中等等²²，比較首當其衝的問題是，若以重大過失作為醫療行為刑事責任的認定，在前端醫療行為概念上之釐清，即顯得重要。有學者便於當時法務部所舉辦之公聽會中，表示在未界明醫療行為範疇之情況下，可能會將很多事實上不適合或根本屬於商業行為者，如美容醫學，皆受重大過失這把大傘所庇蔭²³。這個問題，從實然面觀察，現行法下的操作，並不會有太大疑問，因為最後的結果，其實和抽象輕過失相同，只是從應然面來看，究竟此種高度商業色彩之醫療舉措，是否應與狹義醫療行為，共同享有重大過失責任的「優惠」？

¹⁹ 立法院第 9 屆第 4 會期第 15 次會議議案關係文書。

²⁰ 楊秀儀（2018），〈論醫療過失：兼評醫療法第 82 條修法〉，《月旦醫事法報告》，16 期，頁 76-77。

²¹ 有學者觀察 2002 年至 2012 年之實證資料，得出有罪定讞之過失程度有 95% 皆為重大過失，參吳志正（2017），〈醫療過失刑罰化之現況與變革〉，《月旦醫事法報告》，13 期，頁 23-31。

²² 惟已有學者指出不論系大陸法系或英美法系，皆存有相同之概念。參王皇玉（2013），〈論醫療刑責合理化〉，《月旦法學雜誌》，213 期，頁 86 以下；張麗卿（2014），〈醫療刑事責任認定與相關醫療法修正之探討〉，《醫療人權與刑法正義》，頁 52 以下，臺北：元照。

²³ 法務部（2012），〈醫療行為刑事責任探討 101 年 7 月 6 日公聽會會議記錄〉，頁 14-15、41、66。

新修正醫療法第 82 條，不外乎係為降低防禦性醫療的發生，但現實上因醫療行為多樣性之緣故，倘將其規範效力及於所有廣義醫療行為，則顯然過度簡化²⁴。綜觀提案要旨，其強調：「醫療行為乃醫事人員出於救死扶傷之初衷，其主要目的乃為降低病人生命與身體的風險，且醫事人員對救治病人之業務，並無拒絕或置之不理的權利。」著重行為對象、動機、行為必要性、急迫性、強制性，多重暗示排除非診療目的之醫療行為。換言之，過去行政機關、實務見解及學說，所贊同包山包海的醫療概念，在新修正的醫療法，必須正視可能面臨的問題，並予以修正。

於此，本文認為在醫療刑事責任限縮於重大過失之框架下，應排除廣義醫療行為樣態。除爭議最大的美容醫學外，可能亦涵蓋活體器官移植，因對於器官捐贈者而言，欠缺醫學適應症(*medizinische Indikation*)，且行為係基於助益他人(*fremdnützig*)²⁵、結紮是為達避孕之目的，與身體健康之回復無涉、人體試驗是透過對於實驗者之侵害，調查結果與反應²⁶。但不要忘记，診療目的會隨著社會型態、經濟、保健、生活方式等觀念之調整，而有與時俱進的變化²⁷，而本文亦會限縮於此範圍，進行討論。

第三項 告知行為與醫療行為之緊密關聯性

確立醫療行為之範圍後，下一個問題則是，貫穿本文之「告知行為」，與醫療行為之關聯性為何？綜合觀察醫療法規，告知行為無所不在，例如醫師法第 12-1 條要求醫師於診治病人時，必須告知與病情相關之事物，醫療法第 81 條則規制醫療機構；另醫療法第 63 條及 64 條則宣示以告知作為實施手術或侵入性檢

²⁴ 吳志正，前揭註 5，頁 57。

²⁵ Zillgens, *Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende*, 2004, S. 93.

²⁶ 許義明(2005)，《人體試驗與刑事責任》，頁 73，東吳大學法律學院法律學系碩士在職專班專業法律組碩士論文。

²⁷ 吳志正，前揭註 5，頁 33。

查、治療之前提要件。

告知行為雖然未若醫療行為，在物理上對於身體完整性，直接造成實際的侵害，但能否執行醫療業務，在非急迫的情形下，必須透過醫病互動，揭露必要之醫療資訊，最終獲得病人真摯之同意，因此，在學理上，亦才會在業務上的正當行為中，特別強調此要件。換言之，告知等同於開啟醫療行為的鑰匙，縱使將告知義務視為醫療義務的衍生義務，而非其一部²⁸，皆無法改變醫療歷程中必定涵蓋告知的事實，不論是在注意義務的判斷，抑或是阻卻違法事由的認定，都難以將二者切割觀察，而僅單獨關注醫療行為本身，此部分詳見後述。

之所以提到告知行為與醫療行為之不可分性，主要是因為史帝文強森症侯群案，最高法院之見解，將告知義務與後續醫療行為一分為二，完全沒有意識到二者之關聯，導致論理相互矛盾，純粹僅論述醫療行為對於過失責任的作用，但忽視因果的考量，其實真正存在於告知，等同截斷真正的因果歷程所在，在第四章注意義務的討論中，將會更明顯看出告知與醫療行為互動的狀態，以及前者如何影響後者之適法性。

第二節 醫療行為之特性

第一項 專業性、複雜性與裁量性

一個行業之所以能夠成為專業，必然是因為其能形成一套知識的理論系統，且透過專業的教育機構，長期而有系統地訓練新進者，並且以專業組織的專業行為及專業倫理守則作為參考架構，著重自主性，排除非專業人員之建議、判斷或影響，最後確立專業證照制度的權威性，以得到社會之認可²⁹。

上述的特性，在醫療行為中展露無遺，醫療行為因具有內在之侵權性、個案

²⁸ 鄭逸哲（2015），〈醫療行為之刑事過失責任判斷與病人或其家屬之同意無涉——評析最高法院一〇一年台上字第二三七號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，240期，頁15。

²⁹ 張苙雲（2003），《醫療與社會：醫療社會學的初探》，3版，頁165，臺北：巨流。

專屬性，並且以病人的身體、健康為客體之特性³⁰，於治療疾病的過程中，醫師須戰戰兢兢地面對突發的狀況，更何況仍有許多未知病原體。因此，醫師培育需經過長時間之學習及訓練，並經國家嚴格之專業考試，始能取得合法的醫師資格，因此非具備專門醫學知識與資格者，不得為之。是國家以特別法規作為資格取得之依循，且以特定考試加以審核，並處罰密醫行為，具強烈之排他性。

析言之，醫師必須借助各種檢驗手段，釐清顯現病徵，並從病徵之表現判讀可能之疾病，最後在瞭解病人體質、醫療行為之適應性、副作用及其機率高低後，選擇出最適於病人之治療，這不僅有賴於最為基礎的書本知識，亦繫於醫師個人臨床經驗、病人體質差異性、疾病多變性、醫療行為多樣性、醫療風險之不可預測性等等，在在都顯示醫療行為的高度專業及複雜。

如此專業性，必然會帶出另一個特點，即為裁量，不論係從醫學倫理之觀點、醫病溝通理念、全人照護想法之推廣，皆可導出醫療裁量權之法理基礎³¹。囿於疾病變化無窮，臨床表徵亦因人而異，加上上述多重之不確定性，難以制式要求什麼樣的表徵，必定使用何治療方法，因此，承認醫師在治療時，在相當範圍內有一定的專業裁量權，實屬必要，所以過去所強調的醫療常規，難以一一運用至具體臨床診治的情形，否則等同以「依法看病」取代「依病看病」³²。

不論是在醫療行為本身，抑或是告知行為上，皆有醫師裁量權的需求。若完全否決醫師對於告知事項的裁量權，對病人而言也非美事一樁。現實上，許多醫療緊急情況，難以落實告知義務³³，而病人個別差異極大，醫師難以確切掌握其

³⁰ 吳志正，前揭註 5，頁 125。

³¹ 張嘉琪（2018），〈論民事醫療過失之判斷標準〉，頁 26，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文。

³² 鄭逸哲（2013），〈「臨床裁量權」未入法，等於沒修—評析醫療法第八十二條之一條文修正草案〉，《軍法專刊》，59 卷 1 期，頁 103-104。

³³ 王皇玉（2012），〈醫師的說明義務與說明義務之免除〉，《萬國法律》，186 期，頁 31。

所需之醫療資訊，提供過多或過於困難之訊息，以致病人無法做出決定³⁴。亦有文獻指出，風險的發生可能極低，但因牽涉死亡、重傷之情況，時常使病人評估醫療選項時遭遇情感上的困難³⁵。

從上述文獻所舉出的適例可看出，要求醫師鉅細彌遺地說明所有醫療行為相關之事項，不僅無濟於事，也可能使病人自主之期待落空，但醫師未盡某種程度說明或完全未說明的情況下，此種衡量毋寧是依自身主觀經驗代替病人為判斷，而觸及他人領域所衍生之結果狀態都不應強迫他人承擔³⁶。由此，裁量這件事本身涵蓋取捨的過程，如果我們說告知背後代表的是病人自主權利，則裁量即代表醫師自由、判斷之餘地，兩者之間呈現消長之關係，亦代表容許風險的角力爭鬥，因此欲劃出風險之範疇，就必須考量醫師裁量所能夠發揮的界線。

第二項 資訊不對稱性

醫療社會學家 Turner 依循 Foucault 的論理，從知識與權力的關係，描述專業之所以無法取代，係透過知識的建立，以及以「圈內」用語溝通，艱澀拗口的名詞，形成外行人無法跨越的橫溝³⁷。正是因為醫療行為的高度專業性，一般民眾難以理解，使得雙方在醫療資訊的認知上，有相當程度的落差。

在過去醫療父權的時代，醫師與病人處於主被動關係（activity—passivity），囿於民眾知識不足，使得醫師變相成為病人之家長，亦處於為病人決定醫療事項的最佳位置，因此，病人通常全盤接受醫師的意見，甚至有時會壓抑自身的傾向。但逐漸病人並不滿意這樣的單向互動，因此在醫療決策中，意圖尋求更高的參與度，告知義務逐漸受到重視，要求醫師在執行醫療行為時，應主動、詳細告知病

³⁴ 施茂林（2015），《醫病關係與法律風險管理防範》，頁 122，臺北：五南。

³⁵ S. Allan Adelman, *The Evolution of Patient Rights: Individual Benefits and Provider Burdens*, 10 J. Health & Life Sci. L. 66, 70 (2017).

³⁶ 周漾沂（2014），〈風險承擔作為阻卻不法事由--重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14 期，頁 199。

³⁷ BRYAN S. TURNER, *MEDICAL POWER AND SOCIAL KNOWLEDGE*, 151 (2nd ed. 1995).

人與其病情有關之重要資訊，並取得病人對該特定醫療行為之同意，除奠基於病人自主權利的提升，亦是對於醫療科技帶來的選擇可能性所生的自然回應³⁸。告知義務不僅內化成醫療倫理的指導原則，也同樣具體化成為法條文字，不論狹義或廣義的醫療行為，皆有告知後同意法則的體現，如人體器官移植條例第 9 條第 1 項、醫療法第 79 條第 3 項等等。

隨著自主意識的蓬勃發展，以及網際網絡之發達，越來越多病人勇於發問，且積極投入決策，但仍有相當比例之民眾，處在知識落差及資訊不對等情形下，做出與自身健康相關之決策³⁹。要澄清的是，這是一個結構性的問題，僅苛責醫師並無法徹底解決，只會使情況更加惡劣，不論是醫療生態之崩壞，如工時過長、基本人力有限，又或是病人人數過多，時間緊湊，造成看診關係緊張⁴⁰，容易使得告知僅具形式意義，而缺乏實質內涵。況且在欠缺可依循的準則下，面臨眾多風險及多樣醫療行為的現況，醫師難以在個案當中，準確判斷什麼應予以告知，種種因素導致醫病關係降到冰點，因此，若能創設出告知之界限與範疇，亦有助於關係之修復及信任之回溫。

第三項 風險性、不確定性以及有限性

醫療行為之所以需要專業人士操刀，關鍵在於人體反應的多樣性及疾病的不可捉摸性，醫療不只是簡單的醫師—病人之互動關係，更牽涉手術、用藥等行為和病人身體之互動。詳言之，醫療行為的本質並非僅有獲益，而是同時具備損害的雙面刃性格，而引發損害的變因，除病人體質差異之外，更有病理、心理、環

³⁸ 楊秀儀（2002），〈寬容文化與病人自主—從告知後同意到告知後選擇〉，劉幸義（等著），《多元價值、寬容與法律—亞圖·考夫曼教授紀念集—》，頁 104，臺北：五南。

³⁹ 醫改會曾於 2006 年對曾發生醫糾之病家進行電訪，發現有四分之一的病家表示，主因源於醫病溝通及風險揭露的問題。參財團法人台灣醫療改革基金會，http://issue.thrf.org.tw/Page_Show.asp?Page_ID=1611（最後瀏覽日：07/06/2019）。

⁴⁰ 郭書琴（2015），〈從法律人類學觀點看醫療糾紛之法律技術與法律文化〉，陳學德（等著），《醫療糾紛處理之法制與實證—醫療糾紛處理新思維（三）》，頁 126，臺北：元照。

境等多重因素，在重重不確定的因子包圍之下，醫師並非全知，難以預見個案中從未出現過的風險，亦無從保證風險發生的可能，再加上醫療對於人體結構與機能的治癒，有其極限，醫師只能就自身臨床經驗，推估病徵，因此醫療事件的本身，吾人必須體認到，並非都能夠找到可歸責的行為人，也有純粹不幸意外發生的可能。

因此，如果結合刑法的過失理論，可以發現到，倘醫師若能於事前預見相關風險，並且能夠加以迴避，卻疏於避免該風險，其實即為注意義務的操作，但問題是醫療行為固有的風險，並無法透過告知行為排除，而這也是部分學者基於法益保護的立場⁴¹，認為告知行為無法成為注意義務的論調，而這亦為本文欲釐清的問題，究竟告知行為的行使，對於法益保護能產生何種作用？

以上醫療行為的特性，不僅先點出創設告知義務的法理，也提醒吾人在處理醫療注意義務，以及劃分容許風險的界限時，必須注意到這些特殊性，才能夠真正中性的在病家與醫師之間，尋求平衡。

第三節 醫療行為於刑法釋義學之定位

確立醫療行為之特性，接下來則處理其刑法釋義之定位。醫療行為是否成立刑法之傷害罪，德國學說與實務有極大的歧異，關鍵在於是否僅關注於醫療行為本身，抑或是連同後續病人身體健康之改善一併考慮，除了釐清傷害與非傷害之分野外，亦能看見不同學說，對於病人同意在失敗醫療結果/行為，扮演何種角色，有不同之歧異。

第一項 德國實務

法院首次指明醫療行為符合傷害罪之構成要件，係於 1894 年之截肢案

⁴¹ 盧映潔等著(2015)，《醫療行為與刑事過失責任》，2版，頁288，臺北：新學林；古承宗(2016)，〈醫師告知說明義務作為(客觀)注意義務？——最高院99台上558判決〉，《刑法之理論與釋義(一)》，頁48，臺北：元照。

(Amputation-Fall) 中，因醫師違背父親明確之意願，而對其七歲女兒實施截肢手術，若任該結核性化膿擴大，則可能危及生命，雖該醫療行為符合適應性，且效果良好，惟帝國法院認為，該醫療行為實際上已對於身體之不可侵犯性，造成嚴重之干預 (Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit)，因此構成要件該當⁴²。

此判決重要之處有三，第一是破除傳統業務權 (Berufrecht) 之迷思，Binding 於其教科書中，採取推定業務權的模式，強調醫師所使用之治療方式，只要足以達到醫療目的，即被允許使用⁴³，法院特別表示，理論上之業務權只不過是醫師得以執行醫療業務之資格，並非創設醫師與病人的具體權利義務關係，亦非賦予醫師強制力⁴⁴；第二，闡釋傷害罪構成要件之設計，本意即係欲涵蓋所有直接作用於身體之物理性侵害，如果僅憑行為目的的合理性，作為干預他人行使自主權之理由，則等同得基於自我裁量判斷，獨裁式地侵入他人權利領域⁴⁵；第三，本案雖然未討論告知義務與醫療行為之關係，但學者觀察到一個有效之承諾，實際上與醫師之充分告知密不可分，換言之，欠缺醫師說明相關醫療行為之方案和結果之前提，承諾將淪為紙上談兵。因此，本案可以說是告知義務發展的契機，正如同 Bauer 所言：「醫師之告知義務，至 1994 年 5 月 31 日止，亦已慶祝其百歲誕辰。」⁴⁶二者的強烈連結性，不言可喻。

二次世界大戰後，病人同意的重要性，更因德國基本法制定關於人性尊嚴、自由發展及身體不受侵犯之權利保障，獲得前所未有的支持。聯邦最高法院於 1957 年之子宮肌瘤案中 (Myom-Fall) 中，將抽象基本權利適用於具體個案，法

⁴² RGSt 25, 375 (377).

⁴³ Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 1992, S. 48.

⁴⁴ RGSt 25, 375 (380).

⁴⁵ RGSt 25, 375 (382).

⁴⁶ Bockelmann, Aufklärungspflicht aus juristischer Sicht, in: Indikation zur Operation, 2 Aufl., 2013, S. 10.

院強調身體不受侵犯之權利受基本法第 2 條第 2 項所保障，並且當病人拒絕可能免於其受疾病威脅之治療時，仍應予以尊重，沒有人能夠去假設自己處於病人的地位，而做出決定，是否犧牲身體部分完整性，以換取整體健康的合理性，個人皆有不同之考量與決定。醫師雖負有法律上的義務，以其自身專業治療病人，惟必須在病人之自主決定的限度內行使之⁴⁷。

自此之後，法院即維持穩定之見解⁴⁸，且逐漸有學者認同之⁴⁹，認為對於身體所進行的醫療行為，本質上即構成傷害罪，不論其結果是成功或失敗，有無符合專業規則，都必須需要特別的正當化事由，例如病人之承諾⁵⁰，或事實上無法承諾，由其法定代理人為之，不允許病人成為醫療理性高權（Vernunftthoheit）之客體，因此以刑法保護自主決定權有其必要。一有效之承諾，必須透過醫師告知病人，該醫療行為通常會發生的結果，並且亦有學者主張，告知義務應擴張至診斷階段⁵¹。

在考量病人承諾時，必須注意兩個前提：其一係欠缺技藝之醫療行為（Kunstfehler），包含不必要或不具醫學適應性之醫療舉措，已構成注意義務之違反，病人是否承諾並不會列入考量。詳言之，所謂具備醫師技藝之醫療行為，指的是遵循醫療常規所為，需奠基在特殊知識與紀律的標準之下，且屬於現有已知之方法，具備該要素之醫療行為，屬病人得以承諾之條件⁵²。其二則是病人能夠自己做決定，如德國著名之拔牙案，病人自認常年頭痛，係因牙齒填充物所致，基於不具專業性的考量，要求醫師拔除所有牙齒，法院認定該病人係於不理性之狀態下所為之決定⁵³，因此該承諾無效，結論即如同其他聯邦最高法院一樣，認

⁴⁷ BGH, 28. 11. 1957 - 4 StR 525/57.

⁴⁸ BGH, NSTZ 2000, 885; BGHSt 35, 246; BGHSt 43, 306.

⁴⁹ Vgl. Kindhäuser, Lehrbuch des Strafrechts BT, Bd.1, 2003, S. 79 ff.

⁵⁰ BGH, 28. 11. 1957 - 4 StR 525/57; BGH, 10. 2. 1959 - 5 StR 533/58.

⁵¹ Gössel, Strafrecht BT, Bd.1, 1987, S. 162.

⁵² BGH, 23.03.1982 - 1 StR 674/81.

⁵³ BGH JR 1978, 518.

定侵害個人對於身體之自主決定權。惟有學者認為並不合理，等同要求醫師需承擔因病人自身決定所造成的結果⁵⁴。



第二項 德國學說

針對法院穩定之見解，學者極力反對，更形容這是一場法學家與醫師之戰爭，判決等同將醫師之醫療行為與一般之執刀者相提並論，而欠缺理解的決定（unverständliche Entscheidungen）則無法滿足有效承諾的要求，更是嚴苛⁵⁵，況且，當個人的醫療方法自由（Methodenfreiheit），不同於病人意願時，縱其遵守醫療常規或最終達到良善結果，仍然會被斷定為身體完整性之侵害，是不合理的⁵⁶。

非傷害說的看法最早是由 Hess 所提出，從主觀要件來看，認為醫師執行醫療業務時，並無傷害之意思，並以未經他人同意，而修繕屋頂之例子比擬之。惟其忽略主觀構成要件，係為反應客觀構成要件而存在，立法者於設定條文之際，並未加入是否善良或無惡意的意圖，Hess 的說法其實增加法所欠缺的要件，而有違反罪刑法定主義之嫌。真正透過構成要件的解釋，將成功的治療行為排除於傷害罪之外者，須從 Beling 追溯起，雖後世學者受其深切影響，發展出所謂的結果理論（Erfolgtheorie），惟其中表述仍有不同，以下將比較各派學者不同之差異

⁵⁷。

第一款 結果理論

Beling 係奠基於醫療舉措的結果是否成功而論，歸納刑法第 223 條的傷害型態—健康侵害與身體虐待，將其定位在對身體利益之侵害。換言之，僅單看醫療行為本身是不充足的，必須連同後端之醫療結果一併觀察，只要在終局上促進了

⁵⁴ Gössel, (Fn. 51), S. 155.

⁵⁵ Gössel, a.a.O.

⁵⁶ Kindhäuser, (Fn. 49), S. 79.

⁵⁷ 以下之分類，係參酌 Brigitte, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, Bd. 4, 2000, S. 22 ff; Rengier, Strafrecht BT, Bd. 2, 5. Aufl., 2003, S. 79 ff.

更大的健康效果，即無傷害罪之評價；而所謂健康損害則代表出現醫療行為的負面目標。另一方面，構成要件是否該當之判斷，須以自然的、一般性的評價基準，對於外在的結果進行評價，並不會因患者是否同意而受到影響（unabhängig von der Einwilligung des Patienten），換言之，這種客觀屬性並不會欠缺病人之承諾而喪失⁵⁸。

針對失敗的醫療，不同於 Beling，Bockelmann 認為傷害罪的意欲，通常會被拯救意圖（Rettungsabsicht）或治療的結果所取代，因此，不會成立故意犯。過失犯是否成立，取決於是否違反醫療常規的注意義務，而針對實務所強調之告知義務，Bockelmann 採取消極的態度，基於醫療行為之不確定性，難以在具體狀況下精準預測可能發生的結果，加上醫療方法自由的原則下，難以在個案證明有何不當。

更有甚者，在面臨病人生命垂危之極端狀況，在無從獲取病人承諾的情境下，等同要求醫師放棄對於相關病徵之經驗⁵⁹，況且醫師基於保護之目的執行醫療業務，病人卻能夠依未取得有效同意之理由，向醫師請求損害賠償的情況，將會成為常態⁶⁰。Kaufmann 對於醫療侵害的可罰性，則採取總體教條式的考量，理由是，當我們談到在行為不法欠缺的情況下，所依法進行的醫療侵害，醫師之行為所造成的傷害或死亡，在容許風險的架構下，可能具有社會相當性（sozialadäquat）

⁶¹。

Beling 的見解，大多被學者所接受，並成為自身主張的養分，其後主流見解區隔成功與失敗之醫療侵害，亦即，若最終的侵害結果，對於病人之整體健康有

⁵⁸ Beling, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44 (1924), S. 222 ff; Gössel/Dölling, Strafrecht BT, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, S. 161.

⁵⁹ Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 53. Aufl., 2006, S. 1395.

⁶⁰ Bockelmann, Strafrecht BT, Bd. 2, 1977, S. 58 f.

⁶¹ Kaufmann, Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73 (1961), S. 373.

所增加或改善時，從情境的內在分析上，根本不該當德國刑法第 223 條的構成要件；但倘該醫療行為是失敗的，使得病人的身體狀況更加惡化時，雖會該當傷害罪之構成要件，惟其若為必要者，則可透過病人的同意，加以正當化結果風險 (Erfolgsrisiko)⁶²。明顯可看出，意願之違反在傷害罪構成要件的架構中，並未表彰任何獨立的意義，但對於此種已違反他人人格自由的專斷醫療行為 (Eigenmächtigkeit)，實應受懲罰，因此即有學者加以修正之，並對於違反他人意願之醫療行為，進行評價。

第二款 修正之結果理論 (Modifizierte Erfolgtheorie)

在維持現有刑法的前提下，病人自主權的意義，已經從父權主義的束縛下破蛹而出，但為避免刑法恫嚇，造成防衛性醫療的出現，修正之結果論者意圖於二者間尋找一個平衡點。Eser 等人區分「造成身體本質性變化的治療行為」和「不包含身體本質部分永久喪失的治療行為」，實質上採取的路徑和結果理論學者相同，同樣區辨成功/失敗之治療行為。

Eser 認為在「不包含身體本質部分永久喪失的治療行為」的情況中，倘為一成功的醫療行為，當然不該當傷害罪之構成要件，因其對於身體回復或改善之狀態，並未造成主要本質之損失 (Substanzverlust)，不存在所謂的結果非價。但若係對於身體本質造成重大改變之治療 (wesentliche Substanzveränderungen)，如截肢，則必須藉由病人之同意，始能脫離結果非價⁶³。存在一造成健康損害的失敗、不恰當的治療時，倘該治療行為是基於醫患之間的合意，遵守醫療準則而具社會相當性，且亦具醫療目的的適應性，即缺乏行為無價值，換言之，傷害罪之構成要件不該當 (Tatbestandslosigkeit)⁶⁴。

⁶² Joecks (Hardtung), in: MK-StGB., Bd. 4, 3. Aufl., 2017, § 223, Rn. 48.

⁶³ Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 223, Rn. 32.

⁶⁴ Eser, Juristischer Studienkurs III, 2. Aufl., 1981, S. 90 f.

惟此種區別在論理上是有問題的，因為此說法對於身體本質重大改變之定義模糊不清，亦未說明為何在這種狀況下，病人之同意能夠發揮阻卻構成要件之效力，Hirsch 亦批評，Eser 的說法係將一個本質上屬於自由法益侵害之犯罪，套用至傷害罪中⁶⁵。

第三款 行為理論 (Erfolgsunabhängige Lösungsansätze)

此說的學者有別於上述二者，以醫療之結果論斷⁶⁶，而是以當下醫療行為實施的手段為基準，只要從事前觀點 (ex ante-Sicht)，該醫療行為具備適應性，以及符合醫療常規，從根本上即完全抽離傷害罪之客觀構成要件⁶⁷，行為的處罰性將會基於欠缺的意圖或者是有效的同意而消失。換句話說，這兩種要件構成社會生活之必要注意義務邊界，該理論的學者起初達成一致的共識，並且認為所謂「醫療過誤」或「健康損害」的用語，在法學的說法上，都不是中性的。

惟有學者對於失敗之醫療行為，拋出反思，並走向不同之解決途徑。Engisch 提出所謂的身體利益衡量理論 (Körperinteressentheorie)，揭示傷害指涉的是福祉、主體健全的利益，而同樣必須從醫療行為實施的當下出發，倘綜觀醫療侵害，係為病人整體之優越利益而考量，則不構成傷害⁶⁸。看似脈絡與 Beling 相同，但 Beling 純粹以結果論之，惟 Engisch 係從蓋然性要素 (Wahrscheinlichkeitkomponent) 觀察身體利益衡量，優越利益是否能夠達成，一切都必須求諸於行為的蓋然性結果，而非偶然的機率，氏在上述的情況中，並非在傷害罪內部，進行病人意願的法律判斷，而是在自由法益侵害的架構下，評估被忽視的病人自主權⁶⁹。

Schmidt 亦提出類似的說法，並且特別探討依照醫療常規進行的醫療，卻造

⁶⁵ Hirsch, in: LK-StGB, Bd. 6, 11. Aufl., 2005, § 223, Rn. 32.

⁶⁶ Erfolgsunabhängig 一詞，直譯為與結果無關，為避免語意過於拗口，故以學說內容所著重之「醫療行為」作為理論名稱。

⁶⁷ Ebermayer, Der Arzt im Recht, 1930, S. 117, 150.

⁶⁸ Engisch, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58 (1939), S. 6 ff.

⁶⁹ Engisch, a.a.O., S. 8.

成失敗結果之情形。撇除結果的成敗，而係僅觀察醫療行為的社會意義（sozialen Sinngehalt），醫師以手術刀切入病人之身體，只是無意義的物理舉止，不應成為評價之對象。對於 Schmidt 而言，醫療行為的雙面性質，為身體同時帶來優劣的可能，借用不真正不作為犯之概念，醫師所承擔僅是迴避風險傾向之行為⁷⁰。因此 Schmidt 的想法下，只要該醫療行為具備適應性，不論結果失敗與否，皆不會落入傷害罪之評價，未經病人同意之醫療行為，則侵害其意思決定之自由法益，而以事前觀點來看，缺乏醫療正確性者，縱使結果成功，仍會被評價為傷害罪。這種失衡的結論亦遭受許多批評，更何況社會行為論（soziale Handlungslehre）程度上加入社會規範之評價，但從未清楚言明具體評價之基礎，容易使得非法律結構化的社會外部評價，滲入刑法路徑⁷¹。

Schmidhäuser 則另闢蹊徑，提出危險減縮理論（Gefahrverminderungstheorie），表面上醫療行為確實造成身體完整性之侵害，惟此種侵害，係為替換疾病所原有更大之風險，取代後之結果，實質上並無法益侵害⁷²。而 Meyer 同樣也認同醫療行為減緩原先疾病對於法益客體的威脅，和結果成敗無涉，但倘若屬於病人過度承擔，進一步的相關損害或者風險時，則需要透過告知程序，以排除傷害罪之構成要件⁷³。

第四款 二元理論（ Die zweispurige Lösung）

Horn 與 Wolters 則將刑法第 223 條的構成要件，拆解為虐待身體以及損害健康。針對前者，基於身體狀況之改變牽涉自主決定權，以及身體不受侵害屬於刑法第 223 條之雙重保護法益範疇，因此每一個對於身體器官造成直接作用的行

⁷⁰ Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, 1970, S. 69, 78.

⁷¹ 國內文獻參周漾沂（2014），〈刑法上作為與不作為之區分〉，《科技法學評論》，11 卷 2 期，頁 91-93。

⁷² Schmidhäuser, Strafrecht AT., 2. Aufl., 1975, S. 121.

⁷³ Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984, S. 211 ff.

為，不論是透過醫療傷害換取健康，抑或對於身體健康狀態造成重大干擾，實際上皆已實現虐待身體的構成要件，亦造成對於自主權的輕視。因此一個有效的同意，將會使得醫療舉措不構成虐待身體之要件，惟若醫師對於病人之同意發生錯誤時，等同對於正當化事由前提的誤認，則欠缺傷害罪的主觀意欲⁷⁴。

另外，若該侵害以事前觀點而言，符合醫學適應性，且依當下之醫療常規而行者，則並不會造成健康的損害。但在欠缺這些前提之下，健康損害將會存在於經醫療行為的損益抵銷計算後，仍使得健康惡化的情形，簡言之，必須去比較醫療行為實施前後，對於整體健康是否提升或惡化，或者缺乏對於病人整體狀態假設決定的醫療舉措⁷⁵。當然，亦有其他不同之意見，如 Weizel 認為只要侵害係往傾向治癒之方向（Heilungstendenz）邁進，並且由專家執行者，即符合所謂專業規則（kuntsgerecht），則根本上與傷害罪無涉⁷⁶。

但對於未得病人同意所得之醫療行為，應如何評價？有學者捨棄傷害罪之路徑，但又認為本質上雖侵害病人之意思決定，但若以所謂之強制罪（Nötigung）或私行拘禁（Freiheitsberaubung）相繩者，殊難想像⁷⁷。因此，在這種兩難的情境下，1996 年由官方所提出的刑法修正草案似可解決，意圖使得專斷醫療行為以及不當醫療舉措避免落入傷害罪之範疇，且主張未發生預期結果的醫療行為不受刑法處罰⁷⁸。換言之，只要醫療行為符合所謂醫學正當性即可，專斷醫療行為的處罰，則不論醫療結果之成敗，惟其後這樣的改革卻宣告失敗，除醫療目的之範

⁷⁴ Horn/Wolters, in SK-StGB, Bd. 4, 7. Aufl., 2003, § 223, Rn. 34, 38.

⁷⁵ Horn/Wolters, a.a.O.

⁷⁶ Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 289.

⁷⁷ 醫療行為除罪化在德國刑法修法過程中的挫敗，詳參王皇玉，前揭註 12，頁 52-56。

⁷⁸ Art. 229 Abs. 1 StGB (Referententwurf 1996), 'Wer ohne wirksame Einwilligung bei einer anderen Person einen körperlichen Eingriff oder eine andere deren körperliche Integrität oder deren Gesundheitszustand nicht nur unwesentlich beeinflussende Behandlung vornimmt, um bei ihr oder ihrer Leibesfrucht vorhandene oder künftige körperliche oder seelische Krankheiten, Schäden, Leiden, Beschwerden oder Störungen zu erkennen, zu heilen, zu lindern oder ihnen vorzubeugen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. § 226 gilt sinngemäß.'

疇不明確外，規範內容亦欠缺實踐性，因此自 20 世紀以來的問題，仍處於未定之天⁷⁹。

綜合上述的觀點，不論是從健康改善的意義，或是醫師所具備的專業，可以發現到學界通說處心積慮地，將成功的醫療踢除傷害罪構成要件之外⁸⁰，而對於失敗的醫療，則多以病人同意、醫療適應性及社會相當性否定其不法。為了區隔醫療行為與一般傷害罪，可以發現到上數學說大多從兩途徑排除刑責：第一個途徑是，醫師之醫療行為，其救助目的具備合理性，且整體手段具正當性，因此排除行為非價(Handlungsunwert)。第二個主張則基於醫學適應性及遵循醫療常規，而剔除結果非價。現今則已逐漸形成穩定的整合性見解，只要醫療人員實施之醫療行為，最後成功使病人獲得更完善之健康狀態，並依循專業準則者，則非屬傷害行為⁸¹。

第三項 本文看法

第一款 傷害罪之保護法益

學說面對醫療行為，之所以不願意將其與一般傷害行為相提並論，著重於該行為之目的性以及對於醫療專業之尊重，但這樣的說法，似乎有社會評價凌駕於刑法評價之意味。

當我們要處理行為是否落入犯罪之構成要件範疇中，其實永遠要面對的是兩個問題：本罪之保護法益以及依著該保護法益所得到之構成要件解釋，也就是說，在刑法以保護法益為前提之要求下，釋義學的關鍵操作機制，基本上皆圍繞在法益之侵害。從功能面向來看，法益概念扮演清楚解釋犯罪構成要件實質內容之角

⁷⁹ Ulsenheimer/Biermann/Bock, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Auflage., 2014, S. 186 f.

⁸⁰ Paeffgen/Zabel, in *NK-StGB*, Bd. 2, 5. Aufl., 2017, § 223, Rn. 57.

⁸¹ Otto, *Strafrecht BT*, 7. Aufl., 2005 § 15 Rn. 9, 11. 轉引自古承宗(2012)，〈過期、展期藥物之使用與病人承諾〉，余振華(等著)，《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集上冊》，頁 218，臺北：承法數位。

色，藉此引領保護對象，而具備解釋之機能，另外，基於刑法最後手段性，清楚限縮刑法保護之範圍，禁止刑法純粹處罰道德與感情之不悅，又稱為法益之可罰性限縮機能⁸²。因此確立本罪之保護法益，是處理醫療行為定性之前提，且此命題亦與後章注意義務的討論習習相關。

傷害罪之保護法益，是為了維護人類身體之不可侵犯性（Unversehrtheit）以及身體健康（Gesundheit），但看似統一的保護法益內涵，其實實質內容多有分歧。19世紀通說多保守地以物質主義觀點（materialistischen Standpunkt）作為法益概念，在理解傷害罪時，將身體與心靈兩部分分離的想法⁸³，以一般健康損害、身體功能之干擾、毀容、物質侵入造成之疼痛以及以違反人性尊嚴的方式，在身體上造成影響等等，作為傷害罪概念發展之外緣。因此，不難理解此時期之學者，對於傷害罪保護法益，採取較為狹隘之看法，如 Beling 及 Engisch 既然將傷害罪定義成為身體利益之侵害，則理所當然以其作為本罪之保護法益⁸⁴；Eser 認為傷害罪保護個人健全（Wohl），因此及於其身體完整性（körperlichen Integrität）以及健康狀態，行為人得以透過物理或心理上之作用達到傷害結果⁸⁵；Nagler/Schaefer 則定位在每一個人之自然狀態（Leiblichkeit），因其提供人類物理、心理、法社會功能及活動能力之基礎⁸⁶。惟仍有學者提出質疑，認為傷害罪之保護範疇指涉身體之完整性，而非不可侵犯性⁸⁷。儘管德國學說內容有些微差異，但其主要仍然著重身體狀態之變化。健康則是代表著引起被害人病理性症狀，既然強調病理性的概念，損害的結果需遵循醫學準則，而身體健康之損害雖得透過

⁸² 許恒達（2016），〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《法益保護與行為刑法》，頁 2-3，臺北：元照；李聖傑（2017），〈侵害生命、身體法益之修法芻議〉，《檢察新論》，22 期，頁 143。

⁸³ Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT, Bd. 1, 9. Aufl., 2003, S. 99.

⁸⁴ Schroeder, Begriff und Rechtsgut der „Körperverletzung“, in: Hirsch-FS, 1999, S. 735.

⁸⁵ Eser (Fn. 63), § 223, Rn. 1.

⁸⁶ Schroeder (Fn. 84).

⁸⁷ Schroeder a.a.O.

虐待達成，惟並非以其作為前提要件。

另外一種更廣之觀點，則是將身體之不可侵犯性作為一種自由法益來理解。Freund 及 Heubel 將刑法第 223 條以下視為是個人潛在自由發展結果之核心範疇 (Kernbereich des Freiheitsentfaltungspotentials einer Person)，摧毀儲藏在精子庫內的精子，會被認為是對於身體部分的干擾⁸⁸。從宏觀面來看，每一個個人法益的保護，都可以被理解成總體自由法益的形式，而刑法規範對於個人法益形式的具體化具有重要性，如生命或財產法益，因此，若對於四肢之損害屬於對身體不可侵犯性之干擾者，則毀壞自身體分離的部分，例如精子，也必須同等對待⁸⁹。

姑且不論侵害體外之器官，是否屬傷害罪之範疇，以自由作為理解傷害罪的觀點，是一種別於傳統通說身心分離之解釋，傷害個人身體之同時，其實亦代表著侵犯決定身體狀態之意願，這樣的路徑與德國實務在解釋構成要件的态度，不謀而合。德國聯邦最高法院將身體虐待闡釋為惡劣、不恰當、對於身體舒適以及完整性，造成非顯微小之損害⁹⁰，但個人身體是否安適或者完整，相當程度取決於被害人對於自身身體狀況之感覺。也就是說，健康損害需仰賴醫學對於疾病之定義，但身體虐待必須透過被害人之主觀情緒以及客觀身體狀態改變之程度加以解釋，如長期跟蹤與騷擾，導致情緒不穩定，難以集中注意力或打被害人耳光⁹¹，使其感到疼痛；隨意剪去被害人之頭髮⁹²。以上這幾個例子，雖然在醫學實證上難以證明所受的病理傷害，但能夠以個人的主觀意願作為解釋是否完整或安適之基礎，充分體現基本法保障身體自主決定權的原則，因此，未經他人同意所為之傷害，其背後代表的意義，等同侵害他人決定是否受到該侵害之自由與意願。

⁸⁸ Gössel/Dölling, (Fn. 58), S. 136.

⁸⁹ Paeffgen/Zabel, (Fn. 80), § 223, S. 2.

⁹⁰ BGH, 24.10.2006 - 1 StR 44/06 = NStZ 2007, 218

⁹¹ BGH, 07.03.1990 - 2 StR 615/89 .

⁹² BGH, 17.04.2008 - 4 StR 634/07.

但有論者提出質疑，強調將自由法益納入傷害罪保護法益範疇之中的作法，將會對法構成要件系統造成危險，並且解消原先明確之界線，進而發生曖昧不明之問題⁹³，這樣的解釋，等同加入立法者所未設定之構成要件，甚至有可能違反基本法第 103 條第 2 項之處罰明定原則⁹⁴。因此，必須釐清的是，所有犯罪雖然都是侵犯法益持有人之意志，但這並不代表會被化約成妨害自由犯罪，僅是強調個人法益概念之本身，必然涵蓋法益持有人之處分自由，等同個人法益犯罪共通之不成文不法要素⁹⁵。但立法者在設計犯罪構成要件之際，早就預設最終保護客體，毋寧將意志之行使，作為操作其他個人法益之媒介或橋樑，這是一個必然會經過的過程，如同未經他人同意，竊取動產，持有支配關係之破壞，本即擁有使持有人喪失支配該物之意志，但這並不會使得財產法益質變為自由法益之侵害。

觀察保護法益之機能，可以發現到最終的目的指向個人自由之發展，當一個行為是奠基於法益載體（Rechtsgutsträgers）時，並不會對於個人自由發展造成干擾。而一個人之意志在醫療行為中，若能在未受限的情況下得以行使，該醫療舉措對於身體仍然提供一個人格發展之可能，其他各行各業也是如此，理髮師、足病診療師（Fußarzt）⁹⁶、美容醫學手術，其所執行之業務在形式上雖然符合傷害罪之構成要件，但得到顧客允許所執行之行為，並不因此干擾其自由，反而是幫助他人塑造意欲之身體形象（der Körperlichen Selbstdarstellung）。因此，所謂法益侵害所包含的不僅是行為與法益載體之意志相左，而是以意志作為行使之前提，如同 Stratenwerth 所言：「保護潛在被害人之意願，不僅對於法益保護而言是重要

⁹³ Niese, Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff, in: Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 366.

⁹⁴ Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 71.

⁹⁵ 薛智仁（2018），〈專斷醫療的刑事責任--以違反醫師說明義務為中心〉，王志嘉（等著），《法學與風範：陳子平教授榮退論文集》，頁 293，臺北：元照。

⁹⁶ 足病診療師專門診治足部及下肢病人。就嚴重足患例如糖尿病足部潰瘍，足病診療師會提供全面的下肢血管和神經檢查。其他足病如雞眼厚皮、腳疣、香港腳、灰甲、內生陷甲、腳跟痛、扁平足和腳趾變型的治療包括處理增生厚皮、剪除腳甲、清理傷口、冷凍治療、處方外塗藥物、製作舒緩性鞋墊或器具。

的，也屬於受保護之客體。」⁹⁷

意願之所發生能夠發生排除構成要件的效果，並非源於普通法或者是其社會相當性之性質，而是基於基本法第 2 條第 1 項保障行為自由之效力。從正當化事由之概念來看，法益保護指的不僅是身體、行動自由等等，而是保護這些價值的意志，這兩者是不可分離的，比方行動自由的行使，仰賴移動的意志，自己決定何去何從；身體作為保護客體，不是代表骨頭與血肉的組合，而是其與精神之連結，一種精神棲身於軀體並加以控制之關係⁹⁸。這種人格導向的法益概念，事實上，由法益持有人自行決定法益之內涵，是衍生自法益概念之本質，因為利益本身無一絕對標準，會隨著個體不同之經驗而變化，也正因為由自己決定外部事物的用益，才能真正有助於自我人格的自由開展，因此一個未得病人同意之醫療行為，從上述觀點而言，必須綜合主客觀以決定是否達到干擾保護法益之程度⁹⁹。

在我國刑法第 277 條，傷害罪亦區分為兩種傷害類型—身體與健康，但對於什麼樣之行為侵害人體，符合本罪之構成要件，學說及實務容有疑義。實務¹⁰⁰與少數學者¹⁰¹採生理機能障礙說，基於文義解釋及結合一般社會上使用傷害之意義，認使人之生理機能發生障礙，或使健康狀態導致不良變更，朝向不利益之方向發展者，即屬傷害。另多數學者則採身體完整性侵害說，奠基於外觀物理變化之觀點，保障身體固有之完整狀態¹⁰²。

在一經典例子中，凸顯出二者之差別，即剪去他人之頭髮，適用前後者見解便會得出不同之結論，以生理機能作為基礎，所欲了解的是生物有機體及其部分

⁹⁷ Roxin, Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, S. 545 f.

⁹⁸ Roxin, a.a.O., S. 546.

⁹⁹ 薛智仁，前揭註 95，頁 292。

¹⁰⁰ 36 年院解字第 3711 號解釋：「某甲因其妻某乙行為不檢...強行剪去頭髮...尚不構成刑法上之犯罪。」

¹⁰¹ 甘添貴（2010），《刑法各論（上）》，2 版，頁 50-51，臺北：三民。

¹⁰² 林山田（2005），《刑法各罪論（上冊）》，5 版，頁 138，臺北：自刊；林東茂，前揭註 15，頁 2-3。

之功能，是否遭到破壞，必須仰賴醫學客觀判斷，但身體完整性的維護，除了客觀物理意義的變化之外，本文認為實質亦牽涉到個人身體意象（body image）的改變，也就是說，以被害人之主觀視角觀察身體變化，才是身體完整性感關注之對象。

學說上對於身體與健康之區分，採取是否有形之看法，在有形之身體傷害通常表示外觀上之變化，但在以健康傷害之範疇中，尤其是精神上之打擊，最能體現是否納入主觀價值作為判斷標準之差別，因為若採取原先身體完整性之解釋，心理、精神創傷必須重大至疾病之程度。但問題是無法從肉眼得知的變化，不代表不存在保護之必要，心理作為身體之部分，其受到侵害等同身體完整性之一部亦受到傷害，只是個人心理素質是否與社會共識相符，是下一個要處理的問題，但這並不因此妨礙人格或多或少被侵蝕之事實。就此，本文贊同學說上結合持有人處分自由之身體完整性及健康之見解，使得身體權真正落實於刑法保護之中，而唯有採取這樣的路徑，才有可能與過失犯之注意義務相結合。

第二款 採非傷害說可能之疑義

就我國學說而言，有學者基於承諾與同意不區分說之立場，認為已取得病人同意之醫療行為，阻卻構成要件該當性，採取醫療行為非傷害說之看法¹⁰³。但綜合以上德國學說，採取非傷害說之看法有紊亂刑法體系之可能。

首先，一個醫療行為是否會被定義成傷害行為，若採取非傷害說之途徑，則關注的焦點並非個別的獨立行為，而是最後整體結果是否良好，等同由結果回溯該行為的實質內容¹⁰⁴。這樣的說法忽略醫療行為不確定性與風險性之本質，亦將病人自身因素屏除於促成結果的原因之外，到最後醫師是否負刑事責任，皆繫於

¹⁰³ 林東茂（2008），〈醫療上病人承諾之刑法問題〉，《月旦法學雜誌》，157期，頁49-50。

¹⁰⁴ Hirsch (Fn. 65), Vor § 223, Rn. 1.

偶然的因素，一切都只是運氣好壞的問題。換言之，醫師在處理不同個案的相同情況時，可能面臨的是天壤之別的待遇，而淪為宿命論，處罰此種不幸醫療事件之醫事人員，根本無從達到預防目的。

其次，非傷害說將醫療行為在本質上區分不同之階段，並且使用類似加減的算式，視該醫療行為最終呈現正數或負數，而論其性質。但這樣對於法益的損益結算，意味著將其他人之價值標準強迫加諸於法益擁有者之上，在財產利益計算經濟上交換客體之價值，尚可接受，但若係牽涉個人健康與私人之生命形態¹⁰⁵，則等同可以醫師之想法，取代病人個人之實際意願，但到底哪種生活態樣較符合本人之想像，其實只有病人才有權決定。病人自身所為之抉擇，並不能夠以用他人所認為的理性加以評斷，享受好的生命品質，而非在意壽命年限，本來就是人生的其中一個選項，因此這種加減乘除的損益相抵，在評價對生命的風險計算，有一定的困難。

再者，醫師執行醫療業務固然係基於醫療目的而為，但立法者制定構成要件時，並未排除醫療行為成為傷害行為之可能。理由是，構成要件是一描述性的事實，而非評價性的事件，只要行為落入該設定之框架，就已經該當構成要件，不會因為現實事件本身的好壞，而影響刑法要件之判斷。這也正是刑法創設違法性之理由，進一步將構成要件該當之行為，置於整體法規秩序底下衡量，就如同終止妊娠之執行，並不會因為具備醫師資格，且出於為母體健全之良善動機，而否認其該當刑法第 289 條之構成要件，而是推定其不法，再觀察有無優生保健法第 10 條之阻卻違法事由。

最後，學說以執行業務之動機為由，阻卻主觀故意，似乎混淆主觀構成要件

¹⁰⁵ Ingeborg Puppe (著)，趙彥清 (譯) (2003)，〈醫師未說明其他醫療選擇之刑事責任〉，許玉秀 (編)，《刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯》，頁 280-281，臺北：新學林。

與行為意圖，從事犯罪行為可以有千百種理由，但前者僅單純著重於行為人實施客觀構成要件行為當下，是否具備知欲，只要醫師於執行業務之際，知道其所從事者為侵害病人身體之行為，並且有意使其發生，主觀上即具備故意¹⁰⁶。

本文至此，對於傷害罪之保護法益兼採客、主觀併行的見解，作為確認醫療行為傷害說的論據，第四章所欲討論的注意義務，亦須藉由該保護法益的解釋，充實行為規範的內容，但實質進入注意義務的拆解之前，吾人必須先釐清告知義務所欲保障的自主概念，以利探求刑法之評價，因此以下將從倫理學及社會學的層面解構告知義務。

¹⁰⁶ 古承宗，前揭註 81，頁 223。

第三章 告知義務的解構：重回自主

第一節 船過水無痕的困境



最高法院 94 年台上字 2676 號判決出現，創設出告知之範疇，使得告知義務確實受到前所未有的矚目，但這真的是一場值得慶祝的勝利嗎？雖有學者觀察認為，在該案後下集審的態度，逐漸釐清告知義務與注意義務間之關係，並肯認刑事責任成立的可能¹⁰⁷。但其中仍然不乏採取脫節的路徑，如高等法院刑事判決 93 年度上易字第 2118 號判決，即認定告知義務與醫師有無過失行為，原則上並無關聯¹⁰⁸，這代表著告知義務作為刑事注意義務的說法，並非統一的見解，甚至在本文的觀察下，可能亦僅產生寥寥無幾的影響。

96 年 10 月，台中地方法院審理史帝文強森症侯群案時，雖援引 94 年台上字 2676 號判決的內容，但話鋒一轉強調本案係屬用藥，非實施手術醫療行為，並無需要徵求病人同意之法律上基礎，因此在整體的論理脈絡上，與 94 年台上字 2676 號判決走向截然不同的道路。史帝文強森症侯群案選擇遵循嘉義地方法院 92 年度自字第 20 號刑事判決的脈絡，將基調訂立在醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價為犯罪行為之可能。

自此之後，本文在史帝文強森症侯群案後的 21 件刑事裁判中¹⁰⁹，觀察到一個很有趣的現象（見表一），裁判結果與醫師於醫療行為中是否遵守醫療常規，有正相關，而告知義務和過失責任幾乎無關連性，甚至在高等法院臺南分院刑事

¹⁰⁷ 張麗卿（2013），〈刑事醫療判決關於告知義務變遷之研究〉，《東海大學法學研究》，39 期，頁 130-131。

¹⁰⁸ 臺灣高等法院 99 年度醫上易字第 2 號刑事判決、臺灣高等法院 98 年度上易字第 2680 號刑事判決、臺灣高等法院 97 年度醫上易字第 3 號刑事判決、臺灣高等法院 96 年度醫上訴字第 6 號刑事判決等皆同此見解。

¹⁰⁹ 本文以「告知告知義務&醫療」等關鍵字，於司法院法學資料檢索系統查詢 101 年 5 月 24 日後之案件，共得 23 筆資料，其中臺北，101，醫訴，4 及臺北，101，醫易，4 分別為高等，102，醫上訴，10 及高等，104，醫上易，2 之下級審。

103 年度醫上訴字第 589 號判決中，對於醫師有無確實說明之事實，隻字未提。告知義務在醫療刑事案件中，所扮演的角色為何，成為一個問號，法院在遇到相關問題時，起手式大多鏗鏘有力地講述告知義務的範圍，但悄悄地移除判決對於注意義務的闡釋¹⁰⁰，轉而否定告知義務的因果關係，使得告知義務的漣漪不復存在。本文以下將藉由史帝文強森症候群案，呈現告知義務目前的三個困境，而其中因果關係及客觀歸責的部分，將為本文後續集中討論的主題。

(表一)

	是否盡告知義務？	醫療行為是否遵守醫療常規？	裁判結果
臺中, 101, 聲判, 100 彰化, 102, 聲判, 2 臺北, 102, 聲判, 101 南投, 103, 聲判, 14 臺中, 104, 聲判, 52 臺北, 104, 聲判, 132 高雄, 105, 聲判, 120 高雄, 106, 聲判, 5	O	O	聲請駁回
臺北, 101, 醫訴, 4 嘉義, 104, 易, 90			無罪判決
高等, 101, 醫上訴, 2 高等, 102, 醫上訴, 10 高等, 104, 醫上訴, 1			上訴駁回
高等, 104, 醫上易, 2			原判決撤銷， 改處 6 個月徒刑
臺北, 102, 聲判, 110 臺北, 103, 聲判, 238 桃園, 105, 聲判, 49 臺北, 105, 聲判, 194	X	O	聲請駁回
嘉義, 105, 易, 88			無罪判決
高等, 101, 醫上訴, 1			上訴駁回
臺北, 101, 醫易, 4 臺北, 104, 醫訴, 2	X	X	有罪判決

¹⁰⁰ 如高等法院 100 年度醫上訴字第 2 號刑事判決謂：「故醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之告知義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權；又上開告知義務，以實質上予以說明為必要（最高法院 94 年臺上字第 2676 號判決參照）。」為一適例。

高南, 103, 醫上訴, 589	?	O	上訴駁回
-------------------	---	---	------

第一項 不當割裂告知義務與醫療行為

自史帝文強森症候群案後，所有涉及告知義務的醫療刑事裁判，以其為準繩，一字不漏地引用該判決內容。按最高法院之見解，將告知義務與後續醫療行為一分為二，此後之刑事裁判，也同樣分別討論前告知行為以及後醫療行為。但問題是，告知義務真的與後續醫療行為的進行無涉嗎？縱然吾人將討論範圍限縮於醫學專業知識以及技術，且有侵害他人生命、身體健康之虞的狹義醫療行為，但亦無從否認二者的緊密關聯性，醫療行為之多樣性以及細節的繁雜性，牽動醫師告知病人的內容，故何程度始謂已盡告知義務，仍因具體醫療行為之不同而有異¹¹¹，而欠缺告知後的同意，將會使得醫療行為成為具備不法的傷害行為。

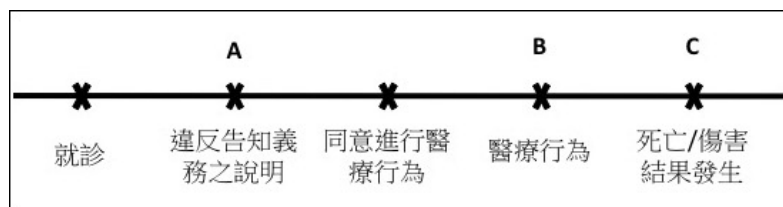
甚而，在因果關係的討論下，醫師是否善盡告知義務，影響病人之決策，而病人是否接受醫療措施，將出現截然不同的因果路徑，亦連帶影響醫療結果是否出現。因果關係的嫁接，是存於告知義務與死傷結果之間，而非著力於醫療行為之上，若最高法院真係意圖闡釋告知義務與死傷結果毫無關聯，則花費大量篇幅，關注一個獨立於死傷結果外的行為，豈非徒勞無功？換言之，縱告知義務非屬醫療行為的一部，在法評價上亦不得割裂判斷，否將造成相互矛盾的情況。

第二項 不知探討告知義務的真正實益

醫師於整體醫療過程中，遵守注意義務實為當然，縱發生不幸結果，也屬於病人接受該醫療行為所應承擔的可容許風險。醫師於醫療行為中未盡注意義務，致病人死傷，刑法僅需針對該部分審酌非難性，回溯至前階告知義務，則稍嫌突兀。因此，真正討論告知義務的場合，應為醫師未為說明，使病人承擔其所不知悉的風險，最終所發生之死傷結果，可否歸咎於前述的告知階段（見表一粗框）。

¹¹¹ 臺灣高等法院 99 年度醫上易字第 2 號刑事判決。

下級審法院於裁判中，一律先討論醫師是否盡告知義務，縱釐清該部分事實，不論答案是肯定或否定，必定引用最高法院關於違反告知義務與過失無必然關聯之內容，顯未察覺探討告知義務之實益；再者，部分下級審裁判受最高法院影響，否定告知義務在過失責任之作用後，又回馬槍地分析告知義務與死傷結果間是否具相當因果關係，頗有「食之無味，棄之可惜」的成分¹¹²。實際上，探討違反告知義務刑事責任的問題，其困難之處在於（見圖一），倘醫師於醫療行為（B 時點）已盡注意義務，仍發生病人死傷之結果，後段行為固然無可非難。惟病人係於資訊不完全的狀況下，同意為之，本可透過告知，使病人有機會拒絕風險性高、副作用大的醫療行為，醫師違反告知義務的說明（A 時點），與最後之死傷結果，是否真如最高法院所言，欠缺因果關係？再者，在前後事實上因果關係，都能夠確立之下（A-B/B-C 區段），死傷結果能否歸責於醫師未盡告知義務的行為（A-C 區段）？為本文所關注之議題。



〔圖一〕

第三項 否定因果關係與客觀歸責的妥適性

在史帝文強森症候群案中的另一個重點，即法院認為醫師於診療過程中，如未遵循醫療準則致生死傷之結果，事先縱已踐行告知同意程序，亦無以阻卻違法；反之，如醫師事先未踐行告知同意法則，但對於醫療行為已善盡其注意之義務，仍難謂與病人之死傷結果，有必然之因果關係。但問題是，若醫師踐行告知說明，且其內容足以使病人拒絕接受治療者，縱後續醫療行為已善盡注意義務，則該死

¹¹² 如臺灣臺北地方法院 102 年度聲判字第 110 號裁定、臺灣桃園地方法院刑事 105 年度聲判字第 49 號裁定及臺灣臺北地方法院 105 年度聲判字第 194 號裁定。

傷結果與醫師事先未踐行告知同意，仍有因果關係¹¹³。換言之，觀察的重點不在於死傷結果是否會發生，而是病人是否會拒絕告知的醫療舉措，如果為肯定，則醫師的告知行為是死傷結果不可想像其不存在的條件。

詳言之，因果關係的流程，應該自「說明告知—病人同意—醫療行為實施—不利結果發生」整體觀察之，只要該告知事項足以影響病人自主權之行使，而不利結果又為應告知的事項，則應肯認因果關係的成立¹¹⁴。這同時亦反映出割裂前告知行為與後醫療行為，進而獨立判斷的缺失，當我們將整體因果關係切割成前後兩部分時，將無法發現其中的鏈結，亦當然會得出欠缺因果關係的結論，但若回歸條件理論下的公式，則不難發現其謬誤的所在。

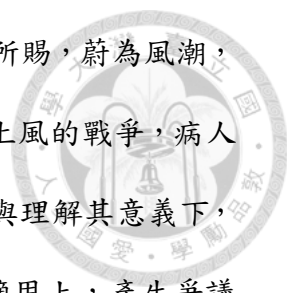
另外，觀乎醫事審議委員會意見迭次陳稱：史蒂文強森症候群，其症候之發生應與特殊體質有關，無法預防，亦無法藉由檢查而預測；告知並無法避免史蒂文強森症候群之發生等語。可看出法院混淆告知義務創設的重點，告知義務從來都不是阻止副作用發生的有效手段，而是讓病人決定是否開啟該作用發生的可能，要預防的是病人在未知的情況下，暴露在隨時受到副作用威脅的風險，一旦告知，病人有可能拒絕該醫療措施的實施。若係足以造成嚴重後果的訊息未予以告知，等於由醫師片面阻絕病人迴避危險的可能，應可認為屬造成法所不容許之風險¹¹⁵。醫師係透過何路徑阻絕病人之資訊來源，本文於後節將觀察自主在人際網絡中的建構，並描繪其中權力的作用，明確指出醫師對於病人自主的形成，具有舉足輕重的地位；至於嚴重後果程度的界定，本文將留待風險一章討論之。

第二節 自主在醫療行為之意義與建構

¹¹³ 吳志正、廖建瑜、姚念慈（2016），〈藥源性史蒂文強森症候群案：醫師違反告知義務之刑事責任〉，《月旦醫事法報告》，2期，頁130。

¹¹⁴ 同前著，頁151。

¹¹⁵ 王皇玉（2012），〈論醫師對藥物副作用之說明—從99年台上字第558號判決談起〉，余振華（等著），《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集上冊》，頁162，臺北：承法數位。



告知義務的內涵，拜最高法院 94 年台上字第 2676 號判決所賜，蔚為風潮，亦逐漸成為新興議題。但如同學者所言，這場看似病人權利佔上風的戰爭，病人自主的「大獲全勝」太過於容易，使得法界在未思及概念的內涵與理解其意義下，即全盤接受之，不利於概念本身之「深化」¹¹⁶。在日後判決的適用上，產生爭議及誤解，亦引起醫界之反彈，例如告知義務與刑法過失犯之關聯性、風險告知之界線、不告知例外狀況等等，種種問題一再出現，但卻無力解決。本文認為作為尊重病人自主下的子原則，告知義務本身帶有濃厚的倫理性格，若未能從醫療倫理切入，難以解決在告知義務中遇到的難題，法規範既然要介入特定之法制度內，釐清、討論這些概念觀，是吾人能夠合理進行解釋適用之必要條件¹¹⁷。

詳言之，作為制約醫療行為之道德原則，不但指引臨床醫學的實施，亦提供健康照護之政策方向。但顧名思義，道德原則強調自省、自律的力量，意欲創設或建立共同群體生活的統一法則，使得社會決定行為的對錯。問題是道德原則欠缺強制作用，而為實際維護國民健康與安全，將這樣的倫理原則落實於法規範有其必要，例如司法院釋字第 545 解釋即闡明，醫療倫理屬醫師執行醫療業務不得違背之事項¹¹⁸，倫理原則亦散落於醫事法規範中，成為具體化之法條文字，呈現醫療倫理與法律互相影響之結果。更重要的是，醫療倫理得以作為填充客觀注意義務之內容，只是從西方社會所創設出的傳統倫理原則，在亞洲地域是否適用，抑或需要融入當地價值觀而加以修正，仍有待觀察。

Beauchamp 及 Childress 雖強調四倫理原則為一共同道德(common morality)，屬於普世價值的一環，但畢竟生活往來所必需注意的事情，是以共同社群的觀點作為依據，因此醫學倫理縱然可成為判斷注意義務的選項，也應注意東西方實質

¹¹⁶ 楊秀儀(2006)，〈病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討〉，《臺大法學論叢》，36 卷 2 期，頁 230。

¹¹⁷ 顏厥安、王照宇(2013)，〈法的解釋與法律倫理的概念觀〉，《世新法學》，7 卷 1 期，頁 24。

¹¹⁸ 曾淑瑜，前揭註 7，頁 162。

內涵的差異，尤其西方著重個體單位，惟東方的倫理觀念卻傾向家庭為本，這部分對於告知義務的創設或其實質內容的影響，則詳待後述。

在文獻回顧中，眾多文獻皆不可置否告知義務的重要性，但卻鮮少深思其緣由，甚至亦難以明確說明自主之定義，若要釐清病人自主的意義，則必須先跳脫醫療範疇，追尋個人自主的內涵。換言之，病人自主並非憑空存在的，而係依附於上位概念而發展，未能理解前提，遑論處理後續的疑問；而另一個介紹醫療倫理原則之目的，則係為了解在病人自主權高昂之現在，「自主」對於倫理原則產生什麼影響。雖然在倫理四原則中，Beauchamp 等人認為四個原則同時彰顯基本價值，因此需獲得同等尊重，但現實往往不盡人意¹¹⁹，當病人自主性與醫師專業性、裁量性相互衝突時，應求諸醫療倫理的解決模式，進而給予法律評價。

在實際個案中，四倫理原則如何互相作用以及運用，本文所關注「是否告知醫療相關事項」即為一衝突適例，在醫師評估病人身心健康、病情作用等等，認為告知反而有害於病人之健康，固然出於病人最大利益而考量，惟此舉實然已侵害病人知的權利，尤其在嚴重傷害以及死亡之場合，在倫理原則下，孰優先尊重之問題，將會一直不斷出現在告知義務的兩難中，若以刑法觀點思考，其實本質上是容許風險以及違法性的精細化。從後文脈絡中，吾人將呈現病人自主相對性的面貌，並且解析倫理學在衝突情況中，如何取捨的路徑，至於其與法律的互動關係，則待第五章與第六章的詳細說明。

第一項 自主之多重意義

自主的概念並非現代社會之產物，早在希臘三哲時期，即已開始探討構築人類內部核心的本質。惟病人自主概念，遲於二次世界大戰後紐倫堡準則的訂定（Nuremberg Code）始受到矚目。既然自主係作為發展病人決定權之基底，因此，

¹¹⁹ Robert M. Taylor, *Ethical principles and concepts in medicine*, 118 *Handb Clin Neurol*. 1, 9 (2013).

本文將先釐清最基本的自主內容，並觀察在醫療行為中，自主所發揮的作用，及其對其他倫理原則所發生的影響，對於理解「尊重病人自主」的道德和法律義務，有所助益。



第一款 效益論下的自主

醫學倫理作為道德哲學之分支，並且試圖解決義務與其潛在結果之衝突，實源於兩倫理理論的融合，分別為效益論（utilitarian）及義務論（deontology）。在效益論的路徑中，以 Bentham 及 Mill 作為代表。

Bentham 認為人類受到痛苦與享樂的主宰，以此決定我們應該做什麼，而效益正是以快樂（happiness）作為衡量依據。換言之，一個行為之所以在道德上是正確的，是因為其結果對於受影響對象之福祉是最佳的——是不是獲得最大的快樂¹²⁰，決定做成與否繫於整體利益的最大化，仰賴損益分析的計算，亦就此產生快樂微積分（Felicific Calculus）的公式。

一個行為的享樂價值（gratification value）取決於行為所造成的痛苦與愉悅的差距，而計算的前提必須建立在經驗知識，也就是具備對於特定行為會發生特定結果的認知，以及該結果對於社會福祉的意義。既然採取加減模式，其實也代表 Bentham 所追求的是效益累積，因此有可能在某些場合中，追求整體幸福而造成個體傷害，例如對於孕齡的新生兒，或者是傷燙傷病人，是否實施心肺復甦術，取決於時間及資源的可用性¹²¹。

相反地，對於 Mill 來說，效益所關心的應該是高品質的快樂，而不是積累的愉悅，兩個行為縱使在量上產生同等愉悅，惟行為本質仍然帶來質的差異。因此理所當然，心靈愉悅的價值，會高於身體之愉悅，之所以產生這種導向，是因為

¹²⁰ KLAUS MATHIS, EFFICIENCY INSTEAD OF JUSTICE? 105 (2009).

¹²¹ Jharna Mandal et al., *Utilitarian and Deontological Ethics in Medicine*, 6(1) TROPICAL PARASITOLOGY 5, 5 (2016).

人類擁有自尊(sense of dignity)，以致於幸福的追求並非倚靠如此制式化的公式，而是質量交錯評估之結果¹²²。Mill 強調，只要每個人擁有適切的道德與智識能力，都能夠擁有相當之幸福，除非有不好的法律，或屈從於他人之意志，以致個人無法自由使用身邊資源以追求幸福¹²³。

效益論所發展出的自主，從 Bentham 的角度來說，自主代表自我管理 (self-governing)，不成為他人意志利益與渴望的客體。但 Bentham 對於自主的定義，僅限於主體擁有做出理性選擇 (rational choices)，因此，自主行為人不僅能夠自複雜利益中，做出策略抉擇，亦有能力對於社會所提供的選擇，採取批判的態度，而非囫圇吞棗的接納，以致於不會成為社會作用下的受害人。另外，自主僅具有工具性價值 (instrumental value)，因為唯一追求的目的是愉悅感受，並非自主能力的行使，或者是社會對於自主權的認知，如同 Mill 於自由論中所提及，個人最能夠做出會讓自身感到愉悅的決定，因此自主權以及自主能力的行使，有其濃厚的工具性性格。

換另一個角度觀察，即會得出不同之結論。Mill 因自身經歷之緣故，不採當時盛行經驗主義者對於自由之定義，因主流認為缺少外部干擾即為自主，對於行為人的慾望認為出於真實。但 Mill 強調，一個真正自主的人，必須要有能力分辨出這個慾望是否是自己的，存在人際共同、相互牽連的社會中，除受限於法令明確之規範外，公眾所帶來的輿論壓力，並不亞於政治上的壓迫¹²⁴，進而一個人必須真正的知道自己想要什麼，而非隨波逐流。這件事情對於衡量個人自由的內容，是無比的重要，因此，以自身方式追求善的自由，必須涵蓋追求屬於從己身所出

¹²² JOHN S. MILL, UTILITARIANISM 11-12 (George Sher ed., 2002).

¹²³ *Id.* at 16.

¹²⁴ JOHN S. MILL, ON LIBERTY 223, 220 (2002).

的信念、渴望與目的¹²⁵，現代觀點將其稱為自主的展現¹²⁶。惟 Mill 所強調的重點，與現代道德概念並不相同，Mill 強調自主的程度、權力對於行為人性格產生的作用等等，將完全地自由 (completely free) 建築在選擇模式之上，而非採取正確選擇的討論¹²⁷。

從此可知，Mill 所認為的自主並非全有全無的概念，而是不同自由程度的差別。不同於 Bentham，Mill 認為自主對於個人幸福之追求具內在利益 (intrinsically beneficial)，進而成為構築幸福的重要部分，但並不因此成為被追求的客體¹²⁸。因此幸福、自由與自主，三點的關係構築個體的理想狀態，自由是達成幸福的必然之事，而一個人真正追求心之所向，成為自由不可或缺的元素。

第二款 義務論下的自主

相較於效益論的結果取向，義務論認為行為的對錯應獨立於結果之好壞。以 Kant 為首，否定將權利奠基於幸福最大化的立場，況且以快樂與否作為個人道德基礎，是錯誤的思考方式，因此行為是否合乎道德，必須仰賴定言令式 (categorical imperative)。換言之，不考量該行為所導致的結果，一個不良結果仍然可能導向道德的行動，行動的正確與否優先於結果之好壞¹²⁹，對於行動的評價取決於特定的義務與責任。

Kant 將自由行動寄託於行為人的意志之中，而意志即為理性實踐 (practical reason)，但自由行動並非未決定的對象 (undetermined)，亦即自由行動並非透過感性，將外在對象具體呈現予吾人，其需遵循特定的控制。Kant 將上述概念與定言令式結合，串起之間的關聯，自由取決於理性，而理性又必須受到先驗 (priori)

¹²⁵ *Id.* at 246.

¹²⁶ 在此需注意的是，Mill 在其文本僅一次提及 autonomy 一詞，且其內涵代表獨立或免於干擾的自由，似與當代哲學之內涵不同，參 JOHN GRAY, *MILL ON LIBERTY: A DEFENCE* 71 (2nd ed. 1996).

¹²⁷ Bruce Baum, *J. S. Mill on Freedom and Power*, 31(2) *Polity* 187, 199-200 (1998).

¹²⁸ Stephen Darwall, *The Value of Autonomy and Autonomy of the Will*, 116 (2) *Ethics* 263, 265-266 (2006).

¹²⁹ MICHAEL BOYLAN, *TEACHING ETHICS WITH THREE PHILOSOPHICAL NOVELS* 63-64 (2017).

與普通法則 (universal laws) 的控制，亦即遵循操控實踐理性的規範，因此代表自由必須依循這些規範所設下的模式。

理性實踐帶來從自身產生行動的能力，雖然受制於理性的道德法則，吾人的意志行動，在吾人追隨自身的情況下，仍為自由，在這樣的場合，吾人的意志被視為自律 (autonomous)。在道德的形上學基礎一書中，亦確實將意志的自主 (autonomy) 定義為：「意志的自律是意志的特性，由於這種特性，意志對其自己是一項法則 (無關乎意欲的對象之一切特性)」，因此，對於自主的想法，並非免於法制規範，而是被自身頒布的法律所規範¹³⁰。

自由構成個人基本權體系之一環，沒有任何人能夠強制我，按照他人所設想的方式追求幸福，是否幸福應由我自行決定之，因人本身為目的，而非他存有之工具，當然亦不受他存有制定的規律約束¹³¹。這種要求強調的是，如果每個人皆為理性，而因此同樣受到普遍法則之拘束，則每個人亦就擁有內在尊嚴，使得他人必須加以尊重之。

自律令式 (autonomy formula) 所強調的是理性人之意志作為普遍法則的給予者，一個理性意志僅受限於普遍法則，換言之，行為所遵循的原則，必須如自然規律般具有客觀普遍性，一個不能自律的意志，往往是受到主觀喜好所影響¹³²。因此，有學者將這種普遍法則論為自給自足的測試 (test of self-sufficiency)，決定該潛在義務的道德價值，是否取決於外部因素 (主觀)。自主同樣是奠基於普通法則，是一種策略，用來被設計成促使行為人做成自我滿足 (Autarkeia) 的決定，從這個途徑，道德價值係存於道德決定的令式中，而非其中的內容，由此，

¹³⁰ Iain Brassington, *The Concept of Autonomy and Its Role in Kantian Ethics*, 21 *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* 166, 167-168 (2012).

¹³¹ HERBERT J. PATON, *THE CATEGORICAL IMPERATIVE* 181 (1971).

¹³² *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, at <https://plato.stanford.edu/entries/kant-moral/#AutFor> (last visited 07/06/2019).

道德自主能夠透過自足公式獲得滿足¹³³。

Kant 對於自主的討論，深深影響現代名詞的使用，如 Feinberg 雖羅列現代對於自主不同的四種闡釋，惟取其最大公因數即為「獨立」，正好是自主公式下的一種形式¹³⁴。綜合上述，Kant 認為理性個體須獨立於因果律而行動，遵循自身所提供之道德原則，若受到人類所產出的事物或自然法影響者，則不得謂為自主。

第三款 醫療倫理下的自主

第一目 原則主義下的定義

1979 年貝爾蒙特報告書 (Belmont Report) 出爐，將取得告知後同意作為尊重他人之方式，無疑是告知後同意新紀年的開端。在「人體試驗」基本倫理，原則上需尊重個人 (respect for persons)，並強調個人必須被視為自主個體對待，保護自主減損之人。關於自主，指的是能夠熟思個人目標且加以執行的能力，對於個人之選擇，除其已造成他人之危害，否則原則上仍須加以尊重，採取消極自由的觀點。倘若在沒有令人信服的 (compelling) 理由下，否定他人深思熟慮的判斷、拒絕個人執行行動的自由，以及保留有助於該判斷作成之資訊，即屬不尊重他人之自主¹³⁵。

Beauchamp 與 Childress 撰寫的生物醫學倫理原則，堪為當代醫療倫理的經典。Beauchamp 作為當時撰擬貝爾蒙特報告書的委員之一，同時亦與 Childress 著手生物醫學倫理原則的寫作，但報告書與倫理原則在道德版本的取捨上，仍有很大的差別，甚至在名詞上亦有所不同，例如個人 (person) 被替換成自主，以藉此強調自主的重要性。

自主在 Beauchamp 等人的定義下，代表自治 (self-rule)，由病人自身決定是

¹³³ Thomas May, *The Concept of Autonomy*, 31(2) *Am Philos Q.* 133, 136-137 (1994).

¹³⁴ JOHN CHRISTMAN, *THE INNER CITADEL* 5-6 (1989).

¹³⁵ NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, *THE BELMONT REPORT* 4-5 (1979).

否接受或拒絕特定醫療行為，這顯示出病人對於影響其自身生活之事務，擁有決定之權利，並且影響程度與自主權之強度成正比，而保障自主權之前提，在最低程度上，病人必須能夠通盤了解決定之情況及結果，也就是需具備決定能力（decision-making capacity），亦不能受到外部不適當之干預，如同一獨立政府得以處理其領地並制定政策，換言之，強調不受控制之獨立性（liberty）以及作出意欲行為之能力（intention）¹³⁶。

意圖、不受控制以及理解，構成病人自主的原貌，而自主涵義的不同理解，將會呈現出倫理意義上之差異，進而影響醫療事實的判斷。Beauchamp 認為我們所要求的理解，當然不可能像全知一樣洞燭機先，因此所需要的僅是大體上（substantial）的知悉，而除了意圖是全有或全無的概念外，理解與支配有程度之別，以能力（資格）作為區辨的標準，並且能力之高低影響的是同意是否有效的依據¹³⁷。

就此，原則主義（Principlism）所強調的自主與效益論、義務論有所區別，非從自然權利的角度出發，因此一個病人能夠理解與醫療事務的重要訊息，並且依據自身的價值觀做出判斷，進而自由地將想法訴諸於醫師，並作出決定，即代表其具備決定能力¹³⁸。因此，原則上，具備決定能力者得以做出客觀第三人認為不好的決定，欠缺該項能力者，則擁有免於其受到壞決定影響之權利，但這並不代表其喪失自主決定權，最為典型的困境，即為病人做出客觀第三人所不能理解，或與其利益相反之決定時，醫師應如何因應的問題。

二人所認為的自主，指的不是人本身，亦非總體深思熟慮的能力，而是行動，自主的理想化需與自主實際決定的狀況相區別。也就是說，一個人本身雖具備自

¹³⁶ TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS* 100-101 (7th 2013).

¹³⁷ *Id.* at 104-105.

¹³⁸ Tom L. Beauchamp, *Who Deserves Autonomy, and Whose Autonomy Deserves Respect*, in *Personal Autonomy* 311 (Taylor ed., 2005).

主決定能力，但卻因某些事由而無法行使，如毒癮、酒精中毒，這時仍謂為欠缺自主性，重點在於能不能實際地做出自主選擇，而非有無具備該項能力¹³⁹。反之，一個無法照料自己，或在法律上被視為不能作出自主選擇之人，仍有可能做出自主行為。

對於是否絕對否認某部分群體的自主，如孩童、精神障礙者，二人並未給出一個明確的答案，這是可預見的，因二人對於自主的概念採取量差的想法，並以行動作為觀察對象，以兒童為例，理解能力、抵抗外部影響的能力隨著年齡增長而增加，僵化地、片斷式地以年齡層作為區分標準，無法實際探求自主是否存在，Beauchamp 甚至在文內直率地迴避這些問題，並將目光轉向自主特質的尋覓¹⁴⁰。Childress 亦同樣僅正面肯定成人自主，並羅列不具決定能力的情形，如欠缺執行特定工作的能力、理解與自願¹⁴¹，因此，在兩人僅拋出判准，而無意預先否定特定群體自主的能力。

總結上述的說法，一個行動是否出於自發性，必須具備意圖、理解及不受控制，企圖呈現概念分析，拼湊適用概念的必要與充要條件，以拋出與原則相衝突的解藥。從規範面觀之，在積極層面上，必須揭露資訊且培育自發決定的能力，消極層面上則是在不傷害他人的情況下，不得介入病人之價值觀及權利¹⁴²。

之所以如此強調病人自主的理由在於，每個醫療決定實質上都包含價值面向，與醫療利益放在天秤另一端衡量的，除了醫療風險外，亦包含非出於醫療考量的決定，如侵入性手術之風險雖然相較非侵入性醫療舉措，減少約百分之三的復發程度，但這樣的利益是否被規劃在病人醫療藍圖之中，不是科學問題，而是個人價值觀取向的差別，尤其對於擁有宗教信仰的病人而言，病人自主的重要性更是

¹³⁹ James F. Childress, *The Place of Autonomy in Bioethics*, 20(1) *Hastings Cent Rep.* 12, 13-14 (1990).

¹⁴⁰ *Supra* note 136, at 316, 321

¹⁴¹ *Supra* note 139, at 15.

¹⁴² *Supra* note 136, at 107.

明顯。

第二目 兩大倫理學派對於現代醫學自主的影響

現代醫學倫理的建構，有學者認為實質上深受 Kant 的影響，因其所提出之自身目的程式（The Formula of the End in itself），藉由強調共同人性，使得病人在醫病關係中的弱勢地位，獲得提升¹⁴³。但其實不然，回溯至第 1 版的內容，不難看見 Beauchamp 及 Childress 兩人之間，在理論上選擇的差異，一為規則效益論的擁護者，另一則是規則義務論的提倡者。此亦反映在醫療倫理四原則的建構上，行善原則與不傷害原則，主要確保行為所獲得之利益大於傷害，在風險評估與損益分析後，為病人之福祉謀求最大之利益，尊重病人自主則是相信，每個人對於自身身體有控制的權利，而選擇對己最佳之治療，不論該決定自醫師之角度出發，是否認為並非出自理性，或實質有害病人健康，病人作為自身軀殼之主宰，其決定不受到任意干涉，再者，醫師亦不得隱瞞病情。當顯示出無法自主的現象時，則基於行善原則得以介入¹⁴⁴，正義原則則為二者之交錯。二位學者雖支持不同之倫理論，但實際發現兩種理論並非衝突關係，皆同樣指涉善的方向，僅路徑不同，而兩人的合作，其實亦某程度反映共同道德的存在可能。

回到自主概念，雖然現代有許多學者，以 Kant 見解作為論理基礎(Kantian)，或字裡行間潛藏 Kant 的影子，但其實這些說法早已失去原先論理的共通性。相較於原則主義強調自主決定、控制，Kant 所定義的自主，指的是理性的自為立法（self-legislation），且必須與道德性相連結，再者，Kant 並非從個人主義式的觀點出發，去問什麼是我真正想做的，而且對我最好的，而是採用普通法則的道德自主觀點，去探求什麼事我應該（ought）去做的¹⁴⁵。因此，按照 Kant 的想法，若

¹⁴³ Chase M. Donaldson, *Using Kantian Ethics in Medical Ethics Education*, 27 *Med. Sci. Educ.* 841, 843 (2017).

¹⁴⁴ *Supra* note 139, at 15.

¹⁴⁵ Barbara Secker, *The Appearance of Kant's Deontology in Contemporary Kantianism: Concepts of*

一個病人係基於情緒、錯誤的知覺或者不恰當之理解時，縱然遵循客觀資訊或其價值系統，其決定仍不具道德價值，而這顯然與當代病人自主的概念相佐。況且，Kant 所認為的理想，實際上難以適用，醫療機構之氣氛、家庭朋友之影響、醫病結構的不對等，有太多外在因素干擾著病人的抉擇，非奠基於理性的決定，不一定不具與自主之關聯性。

另外，雖然現代之學者亦同樣著墨於理性，但在 Kant 的理解脈絡下，要求邏輯與意願上的一致性，使得人的行動遵循格準（maxim）成為普遍法則，而非僅僅工具性及內部連貫性¹⁴⁶。這樣的路徑會使得自主概念，呈現全有或全無的面貌，操作的結果，很有可能大部分的病人並無自主可言，進而助長父權主義，甚至連 Beauchamp 本人亦反對，將自主概念與 Kant 的想法相提並論¹⁴⁷。

Beauchamp 等人認為，很難找到在倫理醫學中制霸的單一理論，但與其將多樣的倫理學派比擬為在戰場上的敵人，不如視為聚合（coverance）關係，不執著於單一理論的內涵，而係在不同理論中尋求可接受的特徵¹⁴⁸。從本文的觀察，這樣的結論，可能係考量臨床醫學面臨的難題，醫療行為特殊性、多變性、醫療結構的不對等性等等，使得個案中的倫理衝突，呈現多重面貌，無法以單一倫理作為解決途徑，必須求助他倫理原則的融合，因此，在醫療倫理原則相衝突的場合，實質上是不同道德倫理的互動。

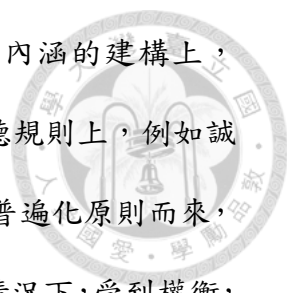
在自主概念的生成，亦是如此，並且表現在三個面向：第一個，尊重他人的理由，實源於 Kant 與 Mill 的想法，每個人都具備無條件的價值，且有能力決定自身的道德命運，違反自主無異將他人視為目的對待，是自身目的令式的展現，Mill 則主張消極不干涉他人，及積極協助他人強化自主表達，與 Beauchamp 等

Patient Autonomy in Bioethics, 24(1) *J Med Philos.* 43, 44-45 (1999).

¹⁴⁶ *Supra* note 136, at 48.

¹⁴⁷ *Id.* at 351.

¹⁴⁸ *Id.* at 376-378.



人所觀察的消極與積極層面，不謀而合。第二，縱使在實質內涵的建構上，Beauchamp 等人的主張與 Kant 的想法並不相容，但在特殊道德規則上，例如誠實、尊重他人隱私、保護機密資訊等等，實際上卻是定言令式的普遍化原則而來，這樣的自主道德雖不具絕對意義，仍然可以在正當事由存在的情況下，受到權衡，以追求最大利益的展現，無疑是效益論的說法。第三則是，Kant 及 Mill 同樣皆提供判斷誰的自主應予以尊重的基準。Kant 基於理性要求，對於兒童、心神喪志者等人，認為多數並不具備理性能力者，允許帶有家父長主義色彩的行善原則介入決定。Mill 認為自由原則的資格，必須適用於官能成熟的個人（maturity of faculties），因個人是對於自身利益的最佳守護者，只要具備該條件，則其他人不得任意置喙其抉擇，因此排除的對象與 Kant 的想法部分重合。雖然二人與 Beauchamp 等人的想法有所差異，但 Beauchamp 所主張的量差，在評估各種因素衡量後，將自主劃分為完全、部分與欠缺自主，從結果論而言，排除的對象亦與 Kant 及 Mill 的主張，具高度重合性。

第三目 質疑浪潮

病人自主權利的重視，雖是一不可抹滅的價值，但對於過度強調病人自主的現況、原則主義對於自主的解釋以及共同道德存在的可能，開始出現許多質疑的聲音。

首先，針對病人自主優位的問題。Dawson 談道，當一般論著在提及為何需要醫療告知說明，以及進一步指示為何重要時，總是推出尊重病人自主的理由。但這樣的說法，其實忽視經驗法與規範法上的問題，一來總是過於直觀地以其作為正當化依據，但卻從未經過論證或過於薄弱，二來在方法論上，並未察覺有些特殊案例，其實不適宜尋求同意。而最重要的是，將自主作為是抵抗邪惡醫療父權的護身符，在行善原則的框架下，難道告知醫療行為所可能產生之危險，比維

護病人之健康更為重要嗎？因此強調，四倫理原則的重要性應該均等，甚至在有些情況下，假如我們真的把病人安全置於第一位，其他三原則實際上應得以凌駕尊重個人自主¹⁴⁹。



Rhodes 不僅贊同上述原則主義不具啟發性的評語，也認為這種化約原則的絢爛外表下，暗藏不合理的危機。以孩童騎乘單車之政策為例，保證孩童絕對不受傷害的方法，就只有禁止其騎乘單車一途，這顯然是不合理的，因阻礙孩童重要學習與技能發展的可能，同樣地，要求絕對的告知，將會扼殺其與健康政策、臨床醫學與醫學教育相互作用的機會，反而適得其反¹⁵⁰。亦有論者認為，原則主義的過度渲染下，使得人類精細的理性思考，被減縮成簡單的流程表，道德本身應該隨著新挑戰的來臨以及個人細微狀況的不同，而與時俱進的改變¹⁵¹。

第二，這種個體式的界定，同樣引發爭議，有學者認為目前醫病關係的低落，源於病人過於強調個人的主體性¹⁵²。但這樣的觀點，似乎有譴責病人之意味，當代對於病人自主的省思，係為跳脫不適當之醫療父權思考模式，醫病關係本應處於平等地位，對於個人主體性身分的重視，不應成為醫病關係惡化的藉口。況且自主概念並非等於獨立，人身為一種社群動物，在作出決策之際，所關注的對象不會單單只有自己而已，必然包括處於人際網絡的其他人，醫師作為其中一份子，或多或少也會成為病人所考量的因子，例如醫療技術、處理經驗、過去經歷、醫病互動等等，以決定是否將委由該名醫師執行醫療業務，這是一種信任建立之過程，而非學者所言的崩壞。

這種從 Kant 到 Beauchamp 著重控制的自由個人主義式觀點，真正碰到的難

¹⁴⁹ Angus Dawson, *The Future of Bioethics: Three Dogmas and A Cup of Hemlock*, 24(5) *Bioethics* 218, 220 (2010).

¹⁵⁰ Rosamond Rhodes, *Good and Not So Good Medical Ethics*, 41 *Good Medical Ethics* 71, 72-73 (2015).

¹⁵¹ Wing May Kong, *What Is Good Medical Ethics? A Clinician's Perspective*, 41 *J Med Ethics* 79, 81 (2015).

¹⁵² ONORA O' NEILL, *AUTONOMY AND TRUST IN BIOETHICS*, 36 (2002).

題是，容易忽略社會、政治與醫療處境對於個人在做決定時的影響，使得糾葛在整個決策過程中的各種結構性因素成為不可見，難以顧及許多隱藏在決定背後的关系脈絡與權力配置，易將自主定位成個人自願選擇的行為，忽略社會結構性的問題¹⁵³。舉例而言，醫師提供多種醫療選項，但在講解的過程中，特別著重於某手術的優點，其餘則輕描淡寫，無形中亦左右病人的選擇，能否謂病人的決定非出於自主？這種脈絡的描繪及影響的挪移，在 Beauchamp 等人的著作中，關於自主一節並未出現¹⁵⁴，僅關心決定能力是否充分被運用，以及如何保障、培育的問題。

第三，倫理道德不僅根據其所探求的人類行為面向，依循的道德原則，而有所不同外，亦會在多變的文化基礎上，產生差異。在東方文化中，個人自主的概念與家庭相關，人與人之間的界線，並未若西方劃分明確，而正因為個人是相互影響的關係，因此存在共同義務感，成員作為家庭之一部，在面臨醫藥決定時，時常受到親屬關係及家庭價值的影響¹⁵⁵。這樣的導向，源於儒家文化的影響，其將群體視為個人追求自我實現時不可或缺的要素，因自身並非離群索居的個體，而是從生長於經驗中和實踐著的人際關係¹⁵⁶。相較於以儒家思想作為基底的東方醫藥倫理，西方醫藥倫理時刻提醒著風靡的個人主義，以及以尊重個人自主作為基調，其實並無法描繪出全體的道德觀，對於以家庭及社會為軌跡的東方論點，難以發揮實質作用力¹⁵⁷。

¹⁵³ 林雅萍（2016），〈對自主的再思考：關係取向〉，《應用倫理評論》，61期，頁45。

¹⁵⁴ 惟於告知義務中的自願性要件，曾提及操縱（manipulation）的影響形式，但欠缺結構性的論述，參 *Supra* note 136, at 94-95.

¹⁵⁵ Bruce Jennings et al., *Access to Hospice Care: Expanding Boundaries, Overcoming Barriers*, 33(2 Suppl.) *Hastings Cent Rep.* 3, 42 (2003); Roy Gilbar & José Miola, *One Size Fits All? On Patient Autonomy, Medical Decision-Making, And The Impact of Culture*, 23(3) *Med Law Rev.* 375, 377-378 (2015).

¹⁵⁶ 楊琇茹（2004），〈從病人自主權看病人家屬參與醫療決定之權限〉，頁46，中原大學財經法律學系碩士論文。

¹⁵⁷ Daniel Fu-Chang Tsai, *How Should Doctors Approach Patients? A Confucian Reflection on Personhood*, 27 *J Med Ethics.* 44, 49 (2001).

第二項 以關係性填充個人式自主觀

從倫理自主到病人自主，再論東西方醫藥倫理的差異，以規範性來說，這樣的西方論理脈絡並無法完全相容於我國文化，西方國家覺得正確的，或是值得如此這麼做的，不同文化背景下，並不一定在非西方國家中，亦得出正向的結論。但如果從描述性的命題來看，尊重自主當然是普世價值，純粹僅係講述自主的重要性，並無指導或價值判斷的意涵，而要能夠跨文化的適用，則必須在四倫理原則的基礎下，融入本土價值觀，藉以形塑特定版本的原則主義。縱我國深受儒家文化的影響，這種跨文化的醫療倫理實踐，反應的是家庭成員對於個人自主的影響，惟本文無意進一步深思這部份對於自主所產生的作用。

值得注意的是，這種關係式的思考，確實是一啟發性的路徑。從 Kant、Mill 到 Beauchamp 等人所談論的自主，是種對於自身內部最低限度地要求，個體本身必須具備特定的條件，其做出的決定，才有不受他人干擾的自由。但尊重自主不單單僅是將目光著重於個人選擇的保護，同時亦必須考量支持及孕育該等決定的社會、經濟、政治環境，從外部結構性的角度觀察，社群網絡如何影響個人內在的決定。

換言之，採取單一的個人路徑，無從釐清外部壓迫及施壓的社會狀況，如何侵蝕個人自主，個體脫離關係的具象化，使得個人式的自我，僅能存於理想之中，而無法呼應現實。尤其在醫病關係中，縱使醫病地位處於平等，但權力關係仍無所不在，這並非對於醫療人員的貶抑，而係每個專業的固有現象，正因為先天上的結構不對等，才需要後天的程序措施加以平衡之，以下將更詳細說明，以關係性自主觀察病人自主決定權的妥適性。

第一款 關係性自主之概念

這種重視社會脈絡的討論，其實早潛藏在 Mill 的想法中，即社會結構對於

個人的影響。Mill 於邏輯學體系一書中，同意個人的性格決定欲望，並且促使其依偏好而行動，而性格則由其所在客觀環境形塑之，我們不可能從一開始（ab initio）即脫離外環社會而發展自我，我們正是從這些社會狀態、機構、關係、語言及架構而來¹⁵⁸。但 Mill 更強調的是自我創造的力量，換言之，個人能夠擺脫外在框架對己身的束縛，因而將自身置於意欲的環境中，發展另一個不同的自我，這種創造個人性格的力量，源於先前原性格所遭遇的痛苦結果，進而產生改變個人的契機¹⁵⁹。


發軔於女性主義中關係性自主（relational autonomy），所討論的並非跳脫原生社會的能力，而是人現處的社會網絡，對自主所造成的影響，要處理的是 Mill 後續所沒說明的：「跳脫原社會，然後呢？」處在一個自身所渴望的社會，難道就不受到任何關係的干擾嗎？而自身渴望的人格，是否能夠在欠缺社會影響下，自我生成？這些問題的種種，是當代關係性自主所關心之命題。換言之，對於自由狀態（freedom conditions）或機會狀態（opportunity conditions），孰應優先受到重視，是個人性自主與關係性自主最大的差別。

首先，關係性自主建立在三個假設前提之上，第一，人類並非如效益論或義務論所言，係一自足、獨立或理性的，而是脆弱且依賴，尤其在醫療照護的脈絡更是顯著，照護病人脆弱性的義務，必須與尊重病人自主相平衡，實質上是與行善原則的衝突；第二，個人是被社會性地、歷史性地以及文化性地鑲嵌在社會中，因此身份係在多重因素下被建構而成；第三，某些社會狀態限制個人自決的行使，並不合理¹⁶⁰。

¹⁵⁸ Nancy J. Hirschmann, *Autonomy? Or Freedom? A Return to Psychoanalytic Theory*, in: *Autonomy, Oppression, and Gender* 82 (Andrea Veltman & Mark Piper ed., 2014).

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ Catriona Mackenzie, *Three Dimensions of Autonomy: A Relational Analysis*, in: *Autonomy, Oppression, and Gender* 21-23 (Andrea Veltman & Mark Piper ed., 2014).



奠基在這三前提下，Mackenzie 及 Stoljar 兩位學者，將關係性自主比擬為傘式術語 (umbrella term)，企圖集結所有關於自主意義的觀點，並發現各家學者所採假設之共通點，即個人嵌入於社會的背景，以及個人身份在社會關係中被形塑的事實¹⁶¹。自由的個人主義將獨立視為自主的途徑，Nedelsky 認為，將會使得獨立成為一種看不見的迷思¹⁶²，實際上，當吾人去探討真正使人成為自主，答案並非「孤立」，而是對於自主的發展與經驗提供支持與指引的「關係」，透過與他人的互動，內化至自主中，因此人與人之間無形的羈絆，是自主發展的先決條件，相互依賴則是自主的常素¹⁶³。和 Mill 不同的是，與他人互動的樣態，並非屬於自主的潛在威脅，而是自主形成的來源¹⁶⁴，如果忽略關係，純粹原子式的自主觀，可能會使得尊重自主的命題，淪為假議題，尤其是灰色地帶間的外部影響。

這樣關係式的想法，其實時常出現於刑事判決中，尤其是死刑量刑，以原生家庭、求學經歷、職場生涯、社會交往與婚姻及親子關係等等，由緊密的人際網絡勾勒出被告的人格，充分凸顯關係對於形塑自我的重要性，亦反映個人無法脫離社會開展自我的現實。但要注意的是，個人式的自主觀與關係式自主並非不相容的概念，需將二者合併觀察之，一是評估自我不同要素的內部整合，二則自我由社會要素建構而成，與社會關係密不可分，外部結構的影響與作用力不容小覷¹⁶⁵。兩者相輔相成，融為一體，而非對立，同時得以作為填充自主的不同面向。

對於 Nedelsky 等學者來說，Kant 所言尋找自己的律法，必須以關係作為出

¹⁶¹ CATRIONA MACKENZIE & NATALIE STOLJAR, *RELATIONAL AUTONOMY: FEMINIST PERSPECTIVES ON AUTONOMY, AGENCY, AND THE SOCIAL SELF* 4 (2000).

¹⁶² 有學者對於獨立有不同的解讀，參 Marilyn Friedman, *Relational Autonomy and Independence*, in: *Autonomy, Oppression, and Gender* 56-60 (Andrea Veltman & Mark Piper ed., 2014).

¹⁶³ *Supra note 161*, at 7, 12.

¹⁶⁴ JENNIFER NEDELSKY, *LAW'S RELATIONS: A RELATIONAL THEORY OF SELF, AUTONOMY, AND LAW* 55 (2011).

¹⁶⁵ John Christman, *Relational Autonomy, Liberal Individualism, and the Social Constitution of Selves*, 117 *Philosophical Studies* 143, 146 (2003).

路¹⁶⁶，而且是以人對於社會連結、權力與結構的不斷理解下加以構築。在時刻變動的情境下，自主的概念應該是一種動態的表達，觀察什麼樣的關係為自主注入一股活水，亦或是摧毀其基底，進而將關係區分為助益性（constructive）及破壞性的（destructive）本質。

助益性關係對於個人自決權極端重要，透過助益的互動，使得個人得以發掘利益的新區域、偏好的改變以及增強創新能力¹⁶⁷，而其對於自主反思的過程亦生一定的影響，在某些案例中，不論是具體緊急的決定抑或是長遠的人生計畫，他人對於特定偏好或選擇的解釋，得以協助行為人精準地思量與作出決定¹⁶⁸。相反地，破壞性關係以強制、剝削、壓抑、暴力及鄙棄為特徵，限制個人形塑適當選擇的能力，縮減建構性反思過程的可能性與削弱個人自信和價值¹⁶⁹，但這並不意味著深陷於破壞性關係的行為人，皆無自主能力，這必須取決於被剝奪的程度。另外，考量到並非人人皆可克服一切困難，找尋屬於自己的律法，學者在論理上強調國家責任，使公民之助益性關係得以被確保，同時防免破壞性關係的侵入，更重要的是啟動、鼓勵自主增進的過程，以利做出決定。

從上述之爬梳，可知關係性自主的重點在於：「探求助益關係性，而國家需確保其存在。」學者之所以如此著重人與人所串連起的線，是為了解離在自由主義中的男—女從屬連結，並從脈絡中解放婦女，使婦女得以形塑自身生活，並脫離以男性為中心的社會思想。本文認為，該路徑解釋之目的係為攫取無所不在的權力，權力作為一種影響他人行為的能力，並且以各種形式滲透至每個人的生活，甚至偽裝成一般正常的互動狀態，進而左右決定，這種潛移默化的作用，以及模

¹⁶⁶ *Supra* note 164, at 58.

¹⁶⁷ Yael Braudo-Bahat, *Towards a Relational Conceptualization of the Right to Personal Autonomy*, 25(2) *Am. U. J. Gender & Soc. Pol'y & L.* 111, 133 (2017).

¹⁶⁸ Andrea C. Westlund, *Autonomy and Self-Care*, in: *Autonomy, Oppression, and Gender* 181 (Andrea Veltman & Mark Piper ed., 2014).

¹⁶⁹ *Supra* note 161, at 87.

凌兩可的影響，正是學者企圖描繪的現象。從過去的可見、強硬暴力，到現今以不同程度的合法化包裝，偷渡權力，使得被支配者難以察覺，順而接受，對於自主的壓縮，已難以透過肉眼清晰看見，因此才需要進入關係內一一釐清，視其華麗的外衣下是否藏匿權力，更重要的是，這樣的權力支配並不僅侷限於男女關係，而是適用所有網絡。

甚而，若以 Foucault 的角度理解權力，則更能夠凸顯權力隨處可見的現實，在系譜學中，權力是一種活生生的力量之關係，產生於各種因素此消彼長的較量中，並不斷隨著之間的爭鬥而改變，且在社會生活中產生作用¹⁷⁰。在社會結構中，我們並非僅受權力濫用的規訓，而是所有權力孕育我們現在的模樣，只是不一定能夠認知到，這些權力關係在我們身上的運行，實質上與女性主義學者在探討關係對於個人自主的作用，路徑相一致¹⁷¹。

Foucault 將傳統與現代的權力模式，區分為破壞性、壓制性及生產性與建設性，與女性主義者在關係的分類，亦有異曲同工之妙。同樣地，Foucault 清楚地指出個人高度置於關係之中，在做出自由主義視角下所定義的道德抉擇時，從理論上而言，根本無從將自身自社會中分離，而這些人際網絡正是構成我們所無法逃脫的權力關係（power relations），是否所有關係本質上皆為權力，非本文欲處理的範疇，但要強調的是，所有權力遁入關係的現象，而權力的運作連帶影響自主的發展。

在醫病關係之中，同樣有權力運作的印記，尤其其具備高度專業性、知識性的範疇，提供知識運作的理性基礎，兩者間存有密切互動的關係，舉例而言，醫師使用的是吾人所不明的專業醫學名詞、溝通的是科學客觀語言，在多重論述符

¹⁷⁰ 高宣揚（1999），《後現代論》，頁 352-353，臺北：五南。

¹⁷¹ Carolyn Ells, *Foucault, Feminism, and Informed Choice*, 24(3/4) *Journal of Medical Humanities* 213, 218 (2003).

碼下，層層構築其與病人間的壁壘，若無法理解權力的本質、作用路徑及影響結果，難以察覺權力對於個人自主的細微作用，因此，將從人際網絡的概念，繼續開展權力的基礎及其帶來的影響。



第二款 權力的基礎與作用

從多數社會學所援用的觀點來說，權力被定義成個人在社會關係中，得以在他人抵抗之下，實行其意志的可能性，以及個人能夠在他人所意欲的方式中，修改其行為，或避免自身的行為遭受修改¹⁷²，而亦有以前置概念、行為人意圖、目標回應、利益結果作為面向之討論。但若要延續前述的社會相互影響的脈絡，或可以社會權力基礎理論（Bases of Social Power Theory）作為立足點，因其假設任何系統和生活空間相互影響，進而其一系統得以在另一部分產生改變，和關係性自主的假設路徑類似，皆著重社會影響的討論，特別是人際權力（interpersonal power），涵蓋影響他人自由的權力，以及決定他人命運的決定權¹⁷³。

French 及 Raven 被視為開展社會權力基礎理論的先河，將權力定義為對其他人發揮影響力的潛能，涵蓋對於信念、態度或個人行為的改變，主要係為辨別權力行使的主要態樣，並定義出五種形式的權力態樣。以下本文將以 A 代表影響者，B 代表受影響者，說明權力基礎之結構¹⁷⁴：


1. 獎賞權力（reward power）/強制權力（coercive power）¹⁷⁵：在 B 達成目標時，A 擁有提供正向誘因的能力，反之，A 則具備促使負面、討厭結果發生的能力，藉此威脅 B 需遵循規定。

¹⁷² Analee E. Beisecker, *Patient Power in Doctor-Patient Communication: What Do We Know?*, 2(2) *Health Communication* 105, 106 (1990).

¹⁷³ Joris Lammers et al., *Differentiating Social and Personal Power: Opposite Effects on Stereotyping, but Parallel Effects on Behavioral Approach Tendencies*, 20(12) *Psychol Sci.* 1543, 1544 (2009).

¹⁷⁴ John R. P. French, Bertram H. Raven, *The Bases of Social Power*, in: *Studies in Social Power* 156-164 (Cartwright ed., 1959).

¹⁷⁵ 惟 Raven 爾後認為兩組概念係奠基於同一架構，應以人（personal）或非人（impersonal）作為理解的角度，僅參 BERTRAM H. RAVEN & JEFFREY Z. RUBIN, *SOCIAL PSYCHOLOGY* 410-412 (1983).

- 
2. 法定權力 (legitimate power)：指涉特定職務或地位，但該權力的行使，需仰賴 B 先前的社會化經驗，使其產生 A 應該 (oughtness)、有權這麼做的感受，進而自己有義務必須接受影響。
 3. 參照權力 (referent power)：指 A 及 B 之間的認同關係，渴望合一的感受或身份，B 對 A 有與之看齊，或以其作為本身參考之標準，因而願意聽從或支持。
 4. 專家權力 (expert power) 則是指 B 將 A 視為在特定領域中具備知識或技術，並且 B 相信 A 係善意且真誠的行動，但將資訊權力 (informational power) 排除在外，因其指涉的是次要影響，與 French 及 Raven 以主要影響 (primary influence) 作為權力的定義，並不一致。

在此見解下，繼續深思人際影響的權力/相互影響模式，以更廣的面向理解權力基礎。Raven 在後續著作中，談論更精細的問題，以影響力的發生是否與行為人有關，而區別獨立於社會 (socially independent) 以及奠基於社會 (socially dependent) 之類型。以實驗進行為例，倘若數以千計的問題，對於實驗的主題並無意義，學生當然不會繼續執行如此無聊的任務，除非指導教授具備規定的權力或不明言的威脅，此情形屬於社會性依賴的範疇；倘教授仔細闡述問題對於實驗的重要性，學生或許即著手操作，行為人的影響與學生的行為無涉，進而屬於社會性獨立的範疇¹⁷⁶。

這樣的思考模式，促使學者增添第六種的權力形式，即所謂的資訊權力，由影響者告知相關信息，並透過信息改變受影響者的認知系統 (cognitive system)，進而在欠缺必要目標的指涉，或甚至不記得影響者身為改變型態

¹⁷⁶ Bertram H. Raven, *Social Influence and Power*, in: *Current Studies in Social Psychology* 372 (Steiner, Fishbein eds., 1965).

的行為人的情況下，持續發揮其影響力¹⁷⁷。換言之，真正發揮影響力的因子是資訊內容本身，而非行為人，明顯屬於獨立性影響的範疇，而前述所提及的五種權力形式，發揮之影響與行為人息息相關。

另外，本文想指出的是關於權力在過程中（power process）的問題，講的是對於決策、解決問題及衝突管理的互動，所用以發揮權力的策略¹⁷⁸。簡言之，在整體決策的過程中，藉由修正對話或擺放特定選項及想法等方式，取得主控權¹⁷⁹，在決定做成之際，固然可以明確指出形式上的決策者，但從一種微觀權力的角度觀察，實質指引特定結果可能另有他人，因此，縱使決定係行為人所做成的，惟其所能夠選擇的路徑，早已被他人設定，或在重重暗示性的情況下所為的抉擇，仍難以謂為完全自主。

第三款 潛藏在醫病關係中的權力運作

觀察醫病關係，從極端父權主義，走向講求以病人作為中心的照護，醫師作為病人健康的守護者，審視身體狀態、給予醫療建議，進而實施醫療行為，在這個時間軸上的每個時點，醫師都在在發揮其影響力，但這並不是父權主義的展現，而是職業專業性的固有現象。具體而言，共享資訊、回應病人提供的線索，並且全盤理解病人所欲渴望的事項，是醫療程序最核心的部分，醫師必須協助病人，試圖說出自己的故事，以形塑及表達偏好，藉此才能依據病人之喜好，對於特定醫療選項進行說明。

醫師在整體過程中，態度需懇切且有耐心，時刻將源於疾病及死亡恐懼的情緒脆弱，謹記在心，如果沒有權力運作，這些誘引與勸導，並不足以使病人主動

¹⁷⁷ Bertram H. Raven, *The Bases of Power and the Power/Interaction Model of Interpersonal Influence*, 8(1) *ASAP* 1, 3 (2008).

¹⁷⁸ Norah E. Dunbar, *A Review of Theoretical Approaches to Interpersonal Power*, 15(1) *Review of Communication* 1, 3 (2015).

¹⁷⁹ Allison K. Farrell et al., *The Relationship Power Inventory: Development and Validation*, 22(3) *Personal Relations* 387, 390 (2015).

或有意地與醫師互動¹⁸⁰。因此，上述六種權力運作的基礎，皆有可能在醫病關係中發生，可能強調其法定角色，要求病人需尊重醫師身分；嘗試以病人的語言溝通；著重所受專業訓練及文憑；以同意與否作為個人獎賞及威脅病人失去醫藥賠償的可能性；解釋疾病以及後續醫藥給予的理由¹⁸¹。既然醫病關係是雙向的，當然亦不能忽略病人在關係中擁有權力的可能，例如病人對於生命的計畫決定治療的目標；過往病史由病人所掌控，通常亦仰賴病人之協助等等，而不得以單向權力理解醫病互動。

採用關係式的結構，看待醫病關係，才能夠落實所謂以病人為中心的照護，強化病人的主動角色以及支持性的關係，亦能夠避免醫師為病人之善做出醫療處置時，偷渡父權思想，替代病人自身在決策過程的主宰¹⁸²。縱使醫病關係中潛藏權力運作，亦並非代表所有病人的決定都是不自主的，如同病人得知罹患罕見疾病，雖無意願繼續治療，惟受家庭成員言語、行動的渲染或受到家族觀念、價值、孝道的影響，最後仍然選擇進行手術，雖其在作出決策時，受到大量外部的干擾，但幾經衡量下所選擇的結果，是一種機會成本下的產物，仍然是出於自主。

在醫病關係下的互動，必須認清本質上潛藏權力，甚至嚴格來說，如果權力不復存在，則醫療效益亦將不存在，權力可以被視為制度化醫藥知識、醫療常規以及世俗對於照護相關現象概念的一個集合體，而社會對於醫療權限創設一個支配與從屬的正當階層制度，具備共同的認知¹⁸³。在理想狀態上，醫師應該是扮演一個協助病人辨識對自身最重要的價值，並鼓勵其追尋自我，要求病人回答提問、表達偏好、意願，這雖然屬於權力的一環，惟這顯然屬於助益性的關係，能夠幫

¹⁸⁰ Felicity Goodyear-Smith & Stephen Buetow, *Power Issues in the Doctor-Patient Relationship*, 9(4) *Health Care Analysis* 449, 452 (2001).

¹⁸¹ *Supra* 176, at 380.

¹⁸² Carolyn Ells et al., *Relational Autonomy as an Essential Component of Patient-Centered Care*, 4(2) *IJFAB* 79, 90 (2011).

¹⁸³ Edvin Schei, *Doctoring as Leadership: The Power To Heal*, 49(3) *Perspectives in Biology and Medicine* 393, 397 (2006).

助病人尋找最佳價值的所在。

水能載舟，亦能覆舟，並非每個醫病關係都能夠順利開展，病人在整個醫療過程中，最能夠體現其自主即為決策階段，由其決定接受或拒絕什麼樣的治療。但如前述，在關係的脈絡下，決策自主並無法單靠病人個人達成，而是必須藉由醫師提供、討論資訊，使得病人得以在其所接受的社群信念中，比較價值的輕重，缺少與他人連結，以及仰賴他人的偏好與價值，病人在不知悉有他種可能的情況下，並無機會去改變或再次確認自身的價值，加上醫師典型的專家象徵，使得病人容易接受醫師的建議，因此，創設告知義務，讓病人成為自己真正的主人，而醫師從旁輔助行使資訊權力。問題是由醫師所掌握的資訊，其所應該釋放的數量及深度，既然影響個人自主的完整程度，這條界線的劃分即為關鍵。

具體來說，若病人在診療階段的當下，基於自身過去經驗所形成的自主為 A，而醫師作為資訊的傳遞者，本應傳達相關醫療事項的風險，卻未為告知或僅部分告知，又因為自主在關係及情境脈絡下，是一個不斷變動的概念，病人在需要作出醫療決策的當下，並無充足的智識，使得自主缺少一角而成為 A-，與原本意圖圓滿的自主程度相比，二者之差距即為刑法欲評價的風險。抑或，醫師確實告知，但在陳述的過程中，大量加入主觀意見或過於強調特定醫療程序的優點，誘使病人做出決定，能否謂為自主，尚屬疑問，因而於此，本文暫且確立一個輪廓：自主必然需在關係之中始能形塑，但也必須注意外部因素所發揮的影響力，亦即權力的作用，而醫師在醫病關係中所擁有的資訊權力，如果發揮得宜，對於病人的自主有其助益，但若不當甚至有濫用之情形，對於病人自主無疑是種破壞。必須注意的是，本文強調的是適當與否的問題，而非全盤托出、毫不保留，而對於自主的侵蝕，是否受到刑法的懲罰，則待後述。

第三節 自主與其他三倫理原則之互動

第一項 行善原則 (principles of beneficence)

行善是個公認的美德，但這樣的美德是否具強制性而成為積極義務，則視行善對象是否特定，義務性的善行，僅存於特定關係之中，因此在醫病關係之中，醫師進入醫療專業領域，進而承擔照護義務¹⁸⁴。在醫療行為中，病人推定醫師為其最大利益執行醫療業務，代表醫師需作出積極的決定，且須遵守最低程度的照護及考量病人之感受，再者，醫師在面臨多重醫療選擇時，必須在相互比較下進行評估，哪一種醫療措施對於病人而言是最好的¹⁸⁵。

過去過於著重行善原則的狀況下，可能導致醫療父權的產生，這種「以病人好」的高權態度，實然壓縮病人表達自主意願的空間。就台灣學者從權力與知識的角度，所描繪出之醫病關係，可略知一二，如溝通上使用技術語言，使病人難以理解所面臨的疾病；約有 85% 的病人，未參與侵入性手術的決策過程；亦有醫師選擇性提供手術資訊，誘使病人選擇醫師所屬意之治療模式¹⁸⁶。換言之，只要醫師係為病人的最佳利益出發所做的醫療決策，基本上並無病人發語的空間，但隨著病人自主意識的抬頭，以及個人權利在政治及哲學上所受到的矚目，很大程度地強化尊重個人自主的原則¹⁸⁷，甚至將尊重自主列為最優先考量的原則。為鞏固病人自決，則必須透過要求醫師必須與病人溝通，告知接下來所可能發生的事情以及治療必要性，始能達成。

行善原則與尊重病人自主兩種模式，看似在某程度上為衝突的概念，例如以病人最佳利益之名所為的醫療決定，Childress 認為在概念上不能稱作善的行為，因為忽視病人個人的抉擇，實質上已傷害病人的人性層面。但不得不承認，當病

¹⁸⁴ *Supra* note 136, at 167-175.

¹⁸⁵ JOHN E. SNYDER & CANDACE C. GAUTHIER, EVIDENCE-BASED MEDICAL ETHICS: CASES FOR PRACTICE-BASED LEARNING 12 (2008).

¹⁸⁶ 成令方 (2002)，〈醫「用」關係的知識與權力〉，《台灣社會學》，3 期，頁 12 以下。

¹⁸⁷ Lawrence J. Schneiderman et al., *Medical Futility: Its Meaning and Ethical Implications*, 112(12) *Ann. Intern. Med.* 949, 949 (1990).

人的自主能力受損至一定程度時，這種父權式的思考始有正當性¹⁸⁸。Pellegrino 和 Thomasma 則反其道而行，認為法院在判斷個案時，是以個人的偏好、願望作為依據，兩種模式都沒有佔上風，在行善原則與尊重病人自主外，創設父權主義（paternalism），並以其作為自主模式的對立面，等於在光譜面上，以行善原則作為自主模式與父權主義的折衷點，換言之，對於病人的利益考量始為重點，也才能夠符合臨床實務¹⁸⁹。但這樣的見解，除了有以實然回推應然之嫌外，論理上顯然過於跳躍，亦體現出對於自主模式的誤解，若病人的最佳利益視為絕對義務，則病人的喜好將毫無價值¹⁹⁰。

吾人必須承認，在二種模式孰優孰劣的辯論中，其實無濟於事，因為會隨著醫療行為、病人自身狀況、家庭情境的不同，而得出相異的答案，換句話說，病人或醫師並不具絕對、首要的地位，行善原則提供主要目標以及醫藥照護的解釋，而其他三原則則是限制醫師追求目的之手段¹⁹¹，難以事前形成具體方案，完全適用於每一個個案之中。

第二項 不傷害原則（principle of nonmaleficence）

所謂不傷害，本質上代表減少不利益的發生，使得為病人最佳利益執行醫療業務變得更為複雜，因為醫療行為的實施，有雙向發展的可能，無法保證完全治癒或往有利方向前進，但最低的要求，是必須不能造成病人的傷害，或是必須將該傷害降到最小程度。雖然行善原則與不傷害原則是一體兩面之關係，但將後者獨立宣示的效果，是要強調不可使病人承受不必要且不合理之損害，除了身體物理上之侵害外，也應盡量減少病人之時間與金錢支出¹⁹²。更重要的是，不傷害原

¹⁸⁸ JAMES F. CHILDRESS, WHO SHOULD DECIDE?: PATERNALISM IN HEALTH CARE 102 (1982).

¹⁸⁹ EDMUND D. PELLEGRINO & DAVID C. THOMASMA, FOR THE PATIENT'S GOOD: THE RESTORATION OF BENEFICENCE IN HEALTH CARE 32, 46 (1988).

¹⁹⁰ Tom L. Beauchamp, *Promise of the Beneficence Model for Medical Ethics*, 6(1) J. Contemp. Health L. & Pol'y 145, 154-155 (1990).

¹⁹¹ *Supra* note 136, at 177.

¹⁹² 何建志（2013），《醫療法律與醫學論理》，2版，頁29，臺北：元照。

則的行使應較行善義務為嚴格，縱使該義務之行使能夠獲得最大效益，在兩者發生衝突時，需以前者為優先考量¹⁹³。

另外，傷害原則除代表不施加傷害於病人的義務外，亦涵蓋不得造成傷害之風險，而為避免該情況發生，法律與道德層面創設出所謂的合理注意義務，以決定在因果上需為該風險負責之情形，是否在法律與道德責任上，亦會得出相同結論，於此，應衡量為追求該目標，風險的創設是否必要¹⁹⁴。

雖然多數文獻強調尊重病人自主的益處，但告知病人實情不一定全然係最佳的方法，若病人處於極度脆弱的狀態，知悉身體的不良狀況，有可能導致其輕易放棄恢復的希望，亦或遭受更加嚴重的打擊，在這樣的情境下，將會面臨傷害原則與自主原則的衝突。

第三項 正義原則 (principle of justice)

正義時常被認為係公平的同義詞，而在醫療倫理的領域，Gillon 將其區分為稀少資源的公平分配、尊重人權以及尊重接受道德的律法，平等雖然為正義的核心，但並不僅僅於此，並羅列許多正義理論以取其異同¹⁹⁵。另外，以組織性、專業性以及社會性的路徑，解構個人自主決定及公平正義的關係，從這三個角度，去觀察個案之醫療行為：首先需將欠缺道德基礎或正當性之決定，排除於外，包含收賄或處罰病人之方式。第二，在自身所能處置的範圍內，充分運用資源而不浪費，成本對於分配式正義而言極為重要，但亦需尊重病人的權利。最後，若該法的制定注入道德正當性，並通過民主政治系統的檢驗，在初始層面上，吾人需遵守之¹⁹⁶。

第四項 互動之圖像：作為日後探討的路徑

¹⁹³ *Supra* note 136, at 115.

¹⁹⁴ *Id.* at 152.

¹⁹⁵ Raanan Gillon, *Justice and Medical Ethics*, 291 *Philosophical Medical Ethics* 201, 202 (1985).

¹⁹⁶ Raanan Gillon, *Medical Ethics: Four Principles Plus Attention to Scope*, 309 *BMJ* 184, 187 (1994).

Beauchamp 等人指出，四道德原則被界定為具有初確約束力（*prima facie binding*），原則上皆需被實現，並尋求平衡（*balancing*），除非在具體個案中，有其他義務凌駕（*override*）成為實際義務（*actual binding*）的必要，換言之，透過過往案例所集結之法則，以限制平衡公式的適用，如：

1. 有更好的理由優先遵守凌駕規範。
2. 成果有實際的展望。
3. 無其他更為合適的道德選擇得以替代之。
4. 屬於最小侵害手段且行為人需尋求最低的負面影響。
5. 行為人必須公平地行動，而不受其他道德上不相干資訊的影響。

以上的條件，得以更精細化地去探討，避免以純粹直觀或主觀的方式，判斷究竟醫療干預是否為法所需要，抑或僅是傳統習俗下的遺毒，同時，亦可藉由特定化（*specification*）的方式，以減少原則的抽象性及不確定性¹⁹⁷。於此強調倫理學的概念，以及上述對於四倫理原則互動的看法，固然能對刑法產生一定之提示作用，惟該作用係對客觀階層之容許風險，抑或是違法性階層發生效果，應在此先予以釐清。

討論風險是否容許，必須認清其為規範性之命題，以目前最為流行的利益衡量模式為例，需依循各種特別規範為判斷，例如道路交通管理處罰條例、職業常規等等，劃定出社會參與者應有的自由領域界線¹⁹⁸。行為容許與否的判斷基礎，是人們行動自由及與自由實現相連結的社會利益，和由此而生之必然風險之間的權衡，既然不法構成要件的設置是以利益衡量程序為據，其適用亦不得跳脫這個精神，同樣必須展現在具體的司法層次之上¹⁹⁹。刑法立法思考保護法益、犯罪型

¹⁹⁷ *Supra* note 136, at 20-21.

¹⁹⁸ 古承宗（2016），〈同時性的雙重義務違反與客觀歸責〉，《刑法之理論與釋義（一）》，頁 30，臺北：元照。

¹⁹⁹ Roxin, *Bemerkungen zum Regreßverbot*, in: Jescheck/Vogler (Hrsg.), *Festschrift für Herbert Tröndle*

態、填補法律漏洞、量刑、法概念與理論建立，時常與倫理道德相牽連，涵蓋構成要件中之規範性要素，部分本身即為道德、價值判斷，如刑法第 273 條之義憤。

對於醫療倫理與注意義務之結合，以檢察官不服臺北地方法院 92 年度易字第 2462 號刑事判決，進而提起之上訴理由最為精闢，其認為是凡專業知識領域內之法令，內部規則、契約、條理甚或經驗法則等，均可為注意義務之依據，並依據不傷害原則，強調醫師對於病人負有避免其因診療行為致受不必要之身心傷害之義務。惟法院認為倫理原則之違反是否即躍升至刑事不法，仍有待審酌。

上訴理由所表達的想法固然正確，不傷害原則本身雖代表不執行有害病人福祉之事，但其在倫理意義上，所強調的，不只是病人現有的健康狀態與身體完整性的維護，亦涵蓋為病人利益進行權衡的層面。換言之，醫療倫理上不傷害原則，不能只是從字面意義解讀之，Jonsen 認為醫師在醫療過程中，必須致力於追求病人之福祉，提供適切的照護，並且妥善地進行風險—利益衡量²⁰⁰。Beauchamp 等人更進一步指出，醫療上的傷害並非微不足道，但有時致命的危險卻對於病人之福祉有更大的助益，即所謂醫藥的雙重效應（double effect medication），在這樣的情況下，必須滿足四個條件始能證立其道德正當性：一、行為本身不具備內在錯誤（intrinsically wrong）；二、行為人僅意欲使好的效果發生，雖可預見壞的效果發生的可能，惟其並非在行為人的意圖內；三、好的效果必須直接透過行為達成，而非借助壞的效果始能發生；四、好的效果在利益衡量上需大於壞的效果²⁰¹。

因此，由此可看出，如果真的要將醫療倫理的傷害原則置於刑法評價中，其

zum 70. Geburtstag, 1989, S. 187. 轉引自周濛沂（2013），〈風險承擔作為阻卻不法事由—重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14 期，頁 189。

²⁰⁰ Albert R. Jonsen, *Do No Harm*, In: *Philosophical Medical Ethics: Its Nature and Significance* 26 (Stuart F. Spicker & H. Tristram Engelhardt, Jr. eds. 1977). 另參王志嘉（2009），〈論醫療上「病人自我決定權」及其刑法相關問題〉，《東吳法研論集》，5 卷，頁 61。

²⁰¹ Peter F. Omonzejele, *Obligation of Non-Maleficence: Moral Dilemma in Physician-Patient Relationship*, 4(1) *JMBR* 22, 24 (2005).

所對應的應該是違法性階層，因為傷害原則考量的已不只是醫療行為對於病人的壞處，亦不再是中性評價，同時兼含醫療行為好處衡量的價值判斷。另外，行善原則與正義原則亦是相同之評價。在確立醫師未告知的行為，已構成法所不容許之風險，惟在面臨緊急情況、病人明白表示不欲知情或不需告知以及醫師妥適裁量權之行使下，亦難以將醫師之行為評價為不法²⁰²，實質上，即屬醫療倫理原則的折衝結果。

若欲使傷害原則確切影響容許風險之判斷，得從另一方面繼續探討之。Beauchamp 與 Childress 曾提及，只有在醫療目標具充分重要性，以及行為人善盡其注意義務時，對於病人施加傷害始有其正當性。法律上的注意義務之標準涵蓋完備的智識 (knowledge)、技巧 (skills) 以及審慎 (diligence)，因此，如果我們將目光置於智識、技巧與勤勉，則注意義務的標準，實際上即是關於不傷害原則的討論²⁰³。這也就是為什麼，整個社會中不斷建構體制，透過學校教學、證照考取與身份驗證，以確認各個醫師在承擔醫療責任時，達到最低程度的期待標準

²⁰⁴。

於此，本文認為醫療倫理作為醫病關係最上位的規範，亦作為形塑醫療常規之來源，在功能上當然亦屬醫師之職業常規，甚至散落於各醫事法規範之中。若肯定過失犯注意義務違反的意義，等同於製造法所不容許之風險，則醫療倫理的運用亦能夠補充過失之具體內容，使得規範性之風險，在適用上得以更符合該專業領域之要求，並充分體現社會價值觀的變化。換言之，當醫療倫理具體化成各個醫療法規時，立法者已經先行權衡醫療倫理的價值，如果能從中探求到與保護法益之關聯性，則當然可作為形成注意義務的來源之一，等同醫療倫理在法釋義

²⁰² 王皇玉，前揭註 33，頁 30 以下。

²⁰³ JAMES A. MARCUM, AN INTRODUCTORY PHILOSOPHY OF MEDICINE: HUMANIZING MODERN MEDICINE 236 (2008).

²⁰⁴ RONALD MUNSON, INTERVENTION AND REFLECTION: BASIC ISSUES IN BIOETHICS, 501 (2013).

學的操作。惟醫療倫理「本身」涉及的是整體價值判斷，應置於違法性階層，此部分將於第六章有更进一步之探討。



第四章 告知義務作為客觀注意義務之一環

第一節 爭論不休之定位



在醫療糾紛之案件中，以業務過失致死傷為大宗²⁰⁵，而在過失犯的體系中，於不法的階層，邏輯上須先審查行為人是否違反客觀注意義務，若為肯定者，再進一步檢視該違反與「製造法所不容許之風險」，是否具直接關連性²⁰⁶。接續討論風險以及利益衡平，而這一切疑問的基礎，都奠基在告知義務得否作為刑法上注意義務的命題之上。

但問題是，關於告知義務是否屬於刑法上客觀注意義務，並沒有一個穩定的見解，不論是觀察實務判決的流變，或探求學說歧義之處，皆可略知一二。最高法院 94 年台上字第 2676 號判決，揭示實質告知義務的到來，除確立應告知之範疇，亦以「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」一語，奠定告知義務於刑事法上的地位。

惟歷經 8 年，告知義務之角色卻發生截然不同的轉變，法院於史蒂文強森症候群案中指稱：「醫師未依規定為告知，固然侵害病人之醫療自主權，但醫療自主權之侵害，非屬醫師過失責任之必然。蓋以醫療過失繫於診斷與治療過程有無遵循醫療準則為斷。」法院將醫療過失之認定，寄託於後端醫療行為之施行，硬生割裂整體醫療程序，自此之後，下級審亦深受該判決之影響²⁰⁷。史蒂文強森症候群案雖未明白表示是否為將告知義務排除於刑法注意義務之外，但從近幾年的

²⁰⁵ 須予以注意的是，考量過去「業務過失傷害」及「業務過失致死」加重刑責的規定有違平等原則，故立法院已於 108 年 5 月 29 日三讀通過「刑法部分條文修正案」，刪除「業務」之加重罪責事由，並提高一般過失傷害與傷害致死之法定刑度。

²⁰⁶ 王皇玉，前揭註 115，頁 162。

²⁰⁷ 但其實早已在史蒂文強森症候群案出現前，即有判決認為違反告知義務無從構成業務傷害過失罪，如臺灣高等法院臺中分院 101 年度上易字第 970 號刑事判決謂：「刑法第 284 條第 2 項後段之業務過失傷害罪，其保障之法益係個人之身體有形、無形之健康權，而醫生於醫療過程中僅違反實質告知義務，係侵犯病人知之權利，或身體自主權，自無從構成業務過失傷害罪，故本件縱使被告違反說明義務，亦不構成業務過失傷害罪責。」

高等法院之刑事判決的敘事結構中，可以觀察到這樣的趨勢。高等法院多強調「苟醫師以符合醫療常規之方式對病人為診療行為，即難謂其醫療行為有何未盡到注意義務之情形，自不能以過失犯相繩。」²⁰⁸，以醫療常規作為注意義務之主要判準，並接續「醫師告知義務之違反與否，與醫療常規違背與否，二者範疇、判斷標準尚非一致，醫師違反告知義務不必然導致其醫療行為違背醫療常規之有過失結果。」等語²⁰⁸，換言之，在高等法院的理解下，告知義務非屬於醫療常規之環節，則當然非為注意義務。

學說上亦有採取與史蒂文強森症候群案，以及上述高等法院判決理由之論理，並可歸納以下幾種說法。第一種見解認為，純粹尊重病人之說明告知，不論是病人情況、治療方法的可選擇性以及每一種治療可能造成後果的機率與原因，僅係獲取病人信賴，即使醫師詳盡說明，亦不能改變醫療行為原先即存在的風險²⁰⁹，因此無法成為注意義務。第二種說法，結合客觀歸責理論之風險釋義方法，將注意義務設定在行為人是否採取一定之注意措施，避免自己陷入特定風險地位，而告知說明之規範功能，與生命、身體、健康法益無涉²¹⁰。第三種見解則從行為非價的論述出發，將告知後同意解為一種有前提的法律要件²¹¹。

惟對於上述不同之說法，本文各自回應如下：


關於第一種見解，將醫療上之說明告知，區分為具有迴避法益侵害功能者，以及尊重病人之告知，其實益固然係為維護刑法作為預防法益侵害防線的目的，但同樣一個醫療行為，本可能涵蓋二範疇，況且，其區分標準亦模糊不清。以伴隨治療所引發的副作用及機率為例，病人本身疾病造成的死傷結果，本為醫療行

²⁰⁸ 參臺灣高等法院 101 年度醫上訴字第 1 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上訴字第 358 號刑事判決、臺灣高等法院臺南分院 103 年度醫上訴字第 589 號刑事判決、臺灣高等法院 104 年度醫上訴字第 1 號刑事判決。

²⁰⁹ 盧映潔等著，前揭註 41，頁 288。

²¹⁰ 古承宗，前揭註 41，頁 48。

²¹¹ 鄭逸哲，前揭註 28，頁 13。



為欲關注的對象，但為了迴避該疾病之影響，在取捨下選擇另一醫療行為，其對於身體所可能產生的侵害，不也是屬於人身完整性的侵犯嗎？在醫療程序的時間軸上，免除或降低疾病所造成的痛苦，是重要的，也是醫療目的所追求的，惟維護固有益不受侵害，亦須同等受到重視，告知說明不僅係為維持醫病之信賴關係，同時也具備迴避功能，倘採取前述的說法，等同忽略醫療行為的雙面刃面向，亦將醫療程序視為是一簡單的加減乘除。

對於第二種說法，告知義務的履行，從來都不是為了排除或改變疾病的既存風險，也不可能達成。其所關心的重點，應該是當醫師確實履行告知義務時，病人有可能因該醫療行為之後遺症、副作用等而拒絕，迴避可能發生的死傷結果。從告知義務之脈絡，可知其與病人之自主決定權息息相關，雖從主要發展歷史而言，其直接影響的是病人自主權，也就是病人有權利知悉與病情相關之事項，以利做出合乎其內心真意之醫療選擇，但病人之決定有可能間接導致醫療行為之施行。

詳言之，在這個病人主權高漲以及資訊膨脹的時代，病人在做出最終醫療決定時，必定會查閱各種不同資料，亦會多次詢問醫師之建議，對於一般不具專業醫學知識的病人而言，醫師的說明與意見，極具參考價值，亦高度信賴醫師之專業與權威，在面臨生死關頭之際，醫師的話語，對於病人來說，更是多了一份安心感與保障。從這樣的醫病互動關係可觀察出，醫師之說明與否和病人最終是否接受相關法益之侵害，其實具備密接關聯性，病人自主權欠缺醫師之協助，終淪為一種虛無的存在，但能否就此斷定說明與生命、身體、健康法益之維護無涉呢？

一個行為本來就有可能或近或遠侵害數法益，而這些結果最終是否能夠被涵蓋在該行為本預設之注意義務中，若仰賴有效迴避法益侵害相關措施之觀點，則必須界定該義務欲保護之法益範疇，因此這個問題，其實實質隱含傷害罪保護法

益之核心，亦牽涉意志與身體完整性之關聯，將留於第三節進一步探討。

最後，針對第三種主張，另將阻卻違法事由的判斷，單獨取決於行為非價²¹²，可能忽略保護法益與社會共同生活的基本倫理價值之關係。就目前通說之體系，刑法之主要任務在於保護法益的維護²¹³，而唯有法益侵害結果之評價出現時，始足以認定行為人破壞客觀的共同生活秩序，專注於行為規範論的思考，可能導致可罰性之時點提前，造成刑罰過度箝制個人自由之後果²¹⁴。

再者，犯罪行為判斷時點以「行為時」為基準，固然正確，但這並不妨礙「告知」作為判斷犯罪時點的可能。刑法上所欲評價之「行為」，指的是人在意識狀態下的特定意志，所能夠支配的身體舉止²¹⁵，僅為了過濾與刑法無關連的事物，除此之外，並未設定其他要件。在整個犯罪歷程中，物理舉止的片段或點，當然可以被切割出來，進行三階段之審查，只是有無必要的問題而已。因此選擇風險未告知之時點，或者是施行醫療行為之片刻，作為犯罪的評論對象，純粹是觀察角度的不同，該結論稍嫌速斷。

本文認為要解決告知義務之定位，其實要回歸到注意義務(Sorgfaltspflicht)的命題。但於此之前，必須要處理三個問題：

首要須先探求一般注意義務之內涵，瞭解日常生活之舉止行為，應遵從何標準，並留意醫療行為特殊性，對於注意義務可能造成何影響。

再者，從抽象至具體，在目前醫療法上之行政法規或醫療常規等，已成為法院創設醫療法上注意義務之來源，這樣的論理是否恰當，因這些規範構築社群應遵守之注意事項，若該基礎並無刑法上之正當性，是否應揚棄並另覓出路，抑或

²¹² 鄭逸哲(2013)，〈「臨床裁量權」和「行為有價值」乃「醫療民法」和「醫療刑法」不可牴觸的底線〉，《軍法專刊》，59卷2期，頁128。

²¹³ 王皇玉(2017)，《刑法總則》，3版，頁22，臺北：新學林。

²¹⁴ 許恒達(2009)，〈「行為非價」與「結果非價」——論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114期，頁252。

²¹⁵ 黃榮堅(2003)，〈刑法上的「行為」概念〉，《刑法問題與利益思考》，頁77-78，臺北：元照。

加以修正，為第二個欲處理的問題。

最後，則須說明注意義務和保護法益密不可分之關聯性，進而確立傷害罪保護法益之輪廓，探求其核心意義，並觀察醫師之告知說明，與病人處分其法益之連動關係，始能確立告知義務之面貌。



第二節 注意義務之虛與實

第一項 從內在和外在注意義務出發

過失犯在本質上，係行為人違背注意義務，而在不知與不欲的主觀心態下，致造成構成要件該當結果之發生²¹⁶，並幻化為刑法（下同）第 14 條之「應注意能注意而不注意」的用語。然而，過失犯之構成要件在法規範中，關於適用義務的種類和方法上，並未提供任何資訊，同樣地在德國民法第 276 條中，亦僅涵蓋粗略的方向，即社會生活交往中必要的義務（wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt）²¹⁷。但隱藏在後的規範目的，是為了避免法益受到侵害，探討什麼是這個社會中所認為應該謹慎（Vorsicht）以及注意（Aufmerksamkeit）的事情。另因德國法採用違法性一元論，某行為是否違法，於各個法領域之評價須相互一致，而這個由民法所援用的公式，以作為過失犯客觀準則的基礎規範，亦為刑法過失犯的構成要件帶來補充²¹⁸。

當吾人談論到義務違反時，其所涉及到的是，這件事情，對於被干擾的法益保護是重要的，並且造成法益的侵害，且行為人得以其知識和能力避免損害之發生，而必要注意義務的種類和方法，則由其按自身要求加以決定之²¹⁹。但問題是，客觀注意義務的內涵為何，學說及實務多數直接從來源加以分析之，例如醫療法

²¹⁶ 林山田（2008），《刑法通論（下）》，10 版，頁 168，臺北：自刊。

²¹⁷ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., 1996, S. 578.

²¹⁸ Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikt, 1961, S. 15.

²¹⁹ Eschelbach, in: BeckOK, StGB, 2019, § 222, Rn. 15.

規、交通條例或建築行規等等，這樣子的路徑是可想像的，因為成文規範、一般生活注意要求、專業人員所遵從的技術準則等，其實都是活在共同社會的社群，或是特定團體所肯認或默許的準據，一種長久以來所依循的經驗法則。這些規範彰顯的是與法益的保護目的相符，並且使得行為人得以因未避免風險結果，而負刑事責任，但行為人應如何實現注意義務所期盼的保護法益效能，若僅從注意義務的來源加以探索，其效果相對有限²²⁰，甚至可能造成反效果，逸脫保護法益的任務範疇，此部分亦會於本節第三項中詳述。

若吾人以法益之保護的角度，觀察客觀注意義務，傳統對於注意義務的區分，值得注意。內在注意義務（innere Sorgfalt）與外在注意義務（äußerer Sorgfalt）之區辨，最早係由 Exner 所引介，爾後，Engisch 更加深論述的力道，打破古典過失理論的窠臼，而 Jakobs 則以避免可能性（Die Vermeidbarkeit），推導出內/外在注意義務之存廢²²¹以及其實際內涵。必須先予以說明的是，此部分的爬梳以及理論選擇，係為釐清注意義務之創設與法益之間之關聯性，而又與其判斷標準產生密不可分的關連，因此，將會在前後兩部分，依稀看出相互影響之殘影。

Engisch 從規範論將過失犯定性在決定規範（Bestimmungsnorm）的立場出發。在規範論的想法裡，過失犯如同所有的禁止（Verbot）和誡命要求（Gebot），並非全然禁止因不意欲的心智狀態，所引發的結果，而僅僅是一種對於外部行動之謹慎界線所為的指引，義務的程度高低，則是以共同生活內的法社群的合理期待

²²⁰ 許恒達（2015），〈交通過失與信賴原則—簡評新北地院 102 年度交易字第 812 號刑事判決〉，《月旦法學教室》，157 期，頁 59。

²²¹ 惟外在義務之創設是否必要，Jakobs 提出質疑，因 Jakobs 係以足夠的避免動機（Vermeidung dieser Folgen zielenden dominanten Motivation）為假設出發，行為人若能預見附隨結果（Nebenfolgen），就能基於避免法益受侵害之動機，而放棄行為，因此根據個案實際情形，謹慎地處理風險結果的外在注意，始終只是落實內在注意的結果。惟本文認為目前探求注意義務來源，多數關注於外部法規的創設，而為強調其來源與保護法益的不可分性，仍保留外在注意義務之脈絡。Vgl. Jakobs, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1972, S. 62.

為標準²²²。其認為過失本身代表的是「欠缺注意」(mangelnde Sorgfalt)，倘將過失概念的形成，建立在對於違法性結果或構成要件該當性，因可歸責而未能預見的這件事情上，以人的主觀意識為本，這可能是不充足的，應將違法的構成要件該當性的實現，解為行為人應該且能夠避免結果的發生，即迴避構成要件該當性的不法 (vermeidbar tatbestandsmäßiges Unrecht) ²²³。

詳言之，當一個危害法益之行為是可被控制時，注意義務從一開始的功用，即是指出可避免的風險，而這種避免可能性的前提基礎，是對於危險的認知性以及構成要件結果實現的預見可能性，並將有效迴避傷害影響的行為納入考量，藉由理解規範行為遵守的意義，以及做出適當舉措的雙重節閥，達到保護法益的目的。

注意的內涵，在 Engisch 的詮釋下，已有所改變。在這裡須說明的是，因在十九世紀的刑法理論，犯罪要件區分為客觀與主觀兩部分，將主觀要件置於罪責階層，以行為人的主觀狀態為核心，建構罪責的內涵，亦即心理罪責理論 (psychologische Schuldauflassung) ²²⁴。但 Engisch 反對將過失定義為缺乏預見的結果，強調以迴避構成要件不法之角度，理解過失，並將其區分為結果預見義務的「內在注意」與結果迴避義務的「外在注意」。前者，產生自總體誠命的義務，存在於認知和顯示受保護法益遭受危害的狀況之中，因為所有避免損害發生的預防措施，在種類和方法上，都會將有威脅性的危害記錄下來。換句話說，透過過去經驗之積累，得以預測特定行為、社會角色應做出什麼合乎規範的行為，及其違反對於法益帶來之危險與機率。

Binding 將此種內在注意義務，稱作為預察義務 (Vorprüfungspflicht)，其存在

²²² Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke-Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 15, Rn. 123.

²²³ Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 2. Aufl., 1930, S. 266 f.

²²⁴ Engisch, (Fn. 223), S. 275.

於行為發生時，對於整體狀況的觀察、評估行為可能造成的結果、任何參與情境的變化，以及已顯現的危害所可能造成的發展和影響，對於必要的程度而言，特別重要的是危害的遠近以及受到危害法益的價值²²⁵，強調行為人在具體情形下，必須觀察、思考其行為對於法益所可能帶來的危險²²⁶，同時此亦為判斷有無外在注意義務之前提²²⁷。但接續的問題是，究竟這樣的預見應該取決於什麼樣的標準，換言之，以整體法社群所能預見者為準，抑或以行為人本身情狀為據，其實也就是後來學理上一般化理論以及個別化理論的戰鬥。

對於違反預見義務的解讀，能夠明顯看出與當代注意義務來源的關聯性。其本身所描述的是違背法誠命要求的謹慎，彰顯出行為人對於構成要件缺乏認識，並且這樣的謹慎誠命，存在於每一個事件之中。但有論者質疑，這樣的誠命從何而來，其實謹慎的誠命，很大一部分，被涵蓋在慣習（Verkehrssitte）之中，也部份存於大量個別的法規範，例如特別法、使用說明、警察法，從此可觀察到，從認識所創造出的內在謹慎，不知不覺被外部行為取代²²⁸，亦能夠嗅出注意義務之來源所在。

此可能的疑問是，若以決定規範的角度理解法規，則意味規範的內涵將形成對於行為人生效的具體行為義務，亦提供一行為為準據²²⁹，但若此標準非以法益保護為依歸，這樣的禁止與誠命將與刑法之目的產生扞格，甚至有違其謙抑性，換言之，縱使欠缺形式上的行為指引，惟該義務違反無論如何，都必須與避免法益侵害之義務（der Pflicht der Vermeidung von Rechtsgutsverletzungen）相符²³⁰，但目

²²⁵ Jescheck/Weigend, (Fn. 217), S. 578.

²²⁶ 黃榮堅（2003），〈從醫療疏失論過失概念〉，劉幸義（等著），《刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯—》，頁 256，臺北：新學林。

²²⁷ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 1872, S. 135 ff.

²²⁸ Engisch, (Fn. 223), S. 276 ff.

²²⁹ 許恒達，前揭註 214，頁 223。

²³⁰ Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 22, Rn. 38.

前所尋求的注意義務來源，並非全然圍繞法益保護，此部分亦待於後述。

至於外在義務，Engisch 認為，若創設該義務之考量，係被作為是對於內在心理狀態那種小心注意的疏忽時，過失判斷的經驗上，在這裡扮演舉足輕重的角色。以實務見解處理汽車交通事件的現象為例，要尋找意外的歸因，可能是車速過快、未及時煞車、延遲避開的時間、疏忽標誌、未停於右側街道等等，從行為當中將意外的原因認定為必要義務的疏忽，不論是讓一個三歲孩子待在家中，抑或是使第三人拿到上膛的武器等等，都是缺乏必要的注意。

換言之，對於外在義務的疏忽，人們會對於過失檢驗有一個自然前提的印象，但這樣的觀察並沒有碰觸到事物的核心，另外若以避免義務的違反，解釋為決定規範之侵害，在這個層面上，外在義務的疏忽並未扮演任何角色，這個觀點的根本理由，是因為一開始即從心理認識的欠缺，去談論過失的事實，這兩種角度觀察外部義務，並不妥當²³¹。

外在義務之實質內涵，係源於對危險的認識，而有一適當之外部行動，以避免構成要件該當的結果發生，行為人有數種方式得以滿足外在義務之需求²³²：

1. 危害行為的停止 (Unterlassung gefährlicher Handlungen)，其一關於違反放棄義務的特別案例，則是超越承擔之過失 (Übernahmeverschulden)，亦即客觀上欠缺足夠的專業知識，但因相信其自身具備能力，而違反注意義務之情況。
2. 比較常見的情形是，有一些危害行為是被允許的，因為其有益於現代社會之生活，比如使用快速交通工具、有毒藥物、危險性機器等等，此義務代表著，須盡一切必要之謹慎、控制以及監視，目的係為消除相關危害或使危害停留於一定範疇，亦即危險情境下的謹慎舉止 (vorsichtiges

²³¹ Engisch, (Fn. 223), S. 276 ff.

²³² Jescheck/Weigend, (Fn. 217), S. 524 ff.

Handeln in Gefahrensituationen))，例如當醫師的專業個人見解不同於一般、共通的診療方式時，應優先適用後者。

3. 第三，則為事前的諮詢以及資訊取得之義務違反，即詢問義務的履行 (Erfüllung einer Erkundigungspflicht)，行為人必須獲取充足的認知能力、經驗以及才能，在缺乏智識的情況下，無法負責其行為所伴隨而來之風險，特別是習得特定行為相應的法規範以及其他行為規範，如醫師需增進醫藥知識以及當代醫療發展。
4. 另外，外部義務亦得建立法規範之上，尋求不同的法基礎，交通規則即為適例。對於特定行為、職業以一般規則作為規範面向，抽象表現行為之危險性，源於生命經驗的堆疊，避免受保護的行為客體被侵害。

第二項 一般化理論與個別化理論：以行為規範為中心

承上述，究竟應以何基準判斷行為人合於預見可能性，學理上有其爭議，特別是在行為人之能力無法與一般平均者等同視之的情形。在刑法學界，較為主流之觀點提出雙重標準，認為故意與過失兼具不法與罪責的性格，因此，行為必須透過違反上述進一步客觀之具體標準，而獲得不法要素上的滿足，才能依據其智力、教育、能力、生活經驗與社會地位，審查謹慎性與預見性要求是否同樣獲得滿足²³³。若行為人低於平均之人的標準，並無法排除不法，僅得排除罪責，因客觀歸責階層所討論之製造風險與規範保護目的關聯，並非取決於行為人本身²³⁴，若依個人之智識程度、教育程度、年齡或當下之身心狀況為不法之判斷，則會造成無知者不成立過失犯的結果，進而失去保護法益的規範意義²³⁵。

一般化理論從 50 年代開始，即成為經典的過失見解，由客觀誠命義務與客

²³³ Roxin, (Fn. 97), S. 724.

²³⁴ Stratenwerth, Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstab beim Fahrlässigkeitsdelikt, in: Jescheck-FS, 1985, S. 287.

²³⁵ 王皇玉，前揭註 213，頁 490。

觀結果預見可能構築不法階層。當法創設出要求社會公民在具體狀況實施正確舉止的行為規範時，這種規範的形塑不僅為法秩序期待的最低標準，亦彰顯出受到刑法規制的行為不法之行為規範意義²³⁶。



由此得以看出，一般化理論對於行為規範的設想，立法者藉由行為規範向社會成員宣示特定行為對於社會秩序所可能造成的危害，透過刑罰之施予指引成員之行為，並且在過失犯的框架下，其所規制的對象不僅是特定、個別之行為人，而係擴及至所有人，回到源頭即是以一般人的能力制定行為規範，預設個人在特定情況同其他成員，得以實施因應的行為²³⁷。

但必須注意的是，有學者認為，如此的刑法構成要件設計極待補充，因其自身並無法說明客觀誡命義務的內容，必須仰賴法院價值判斷的填補，並辨識出義務要求之所在²³⁸，因此，不難看出為何探求注意義務時，紛紛向外尋求規範標準，而非僅關注於刑法本身，亦以該規範標準所劃設之範疇，作為風險容許與否之依據²³⁹。該規範要求所描繪的是一般具備良知、謹慎之人的形象，亦是最小程度的要求，為處理高於平均能力者注意義務之情境，提供解決之路徑，將個人特殊認知、能力的事實納入風險製造的命題之中，以其作為注意義務的上限²⁴⁰。再者從罪責原則的內涵，探求行為人得否依其個人能力與認知維持客觀誡命之義務，並且預見結果，多數學者將其歸類至主觀過失，並置於罪責階層。

惟個別化理論對於一般化理論提出質疑。這種以典型客觀、平均人的假設圖像，在操作上有其困難，因為吾人所設想的都是最完美的狀態，例如一個正常成年的駕駛，開著狀況良好的車輛，行駛於鄉間道路之中，但這樣的想法過於獨斷，

²³⁶ Freund, *Strafrecht AT*, 1998, §5, Rn. 15 ff.

²³⁷ Jescheck/Weigend, (Fn. 217), §27 I 2.

²³⁸ Jescheck/Weigend, a.a. O., §54 I 3.

²³⁹ Eisele, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *StGB*, 12 Aufl., 2016, §12, Rn. 302.

²⁴⁰ Roxin, (Fn. 97), S. 725.



例如護士縱使擁有諸多臨床經驗，但在雨林之中實施緊急手術，病人可能面臨的是衛生環境不佳的高感染風險，因此，具體行為人所處的客觀情境對於行為的評估亦同等重要²⁴¹。

再者，在雙重標準下，永遠都會有一活生生的行為人以及假設的平均人成為受審的對象，多數學者認為所謂構成要件實現的客觀認識能力，完全取決於後者，探求個人實際上是否具備特定才能，在不法階層中並不重要。但問題是假設平均人所應該具備的特質，實源於對具體行為人的觀察，從其年齡、健康狀況、性別、教育程度等特徵，拼湊出客觀平均人的圖像，可能面臨的問題是究竟什麼樣的特徵，才是這個圖像所需要的？特徵越多，其實亦就越接近行為人本身的標準，使得雙重標準淪為單一評價²⁴²。

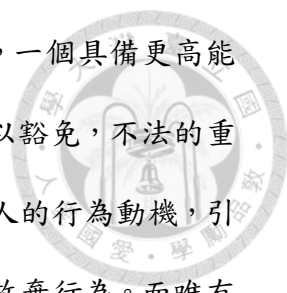
另外，虛幻的標準角色有可能使得具體行為獲得不適當的負面評價，尤其是具備特別認知（Sonderwissen）與特別能力（Sonderfähigkeiten）的情況。從排中律的觀點來說（tertium non datur），要求思維必須具備明確性，在兩相互矛盾的命題之中，不得在是與否之中模糊不清。在面臨具備特殊智識者的場合中，雖然一般化理論與個別化理論，在這個問題上的結論相互一致，但一般化理論取巧地以行為人的特別認識作為補充，完全是透過破壞其自身的系統指引而得到正確的結果，甚至可以發現，該理論是將本屬於主觀的知欲，提前至客觀構成要件審查，實際上亦紊亂主客觀構成要件要素²⁴³。而可能引發更多的疑問是一個在平均之上有能力之行為人，其僅需適用以平均之人所發展出的義務，是否對於法益保護有不周的疑義，況且，亦無法期待這些平均之下的人，遵守從平均之人所衍生而來的總體義務規範²⁴⁴。

²⁴¹ Freund, (Fn. 236), §5, Rn. 25.

²⁴² Otto, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, §10, Rn. 14.

²⁴³ a.a.O., §5, Rn. 30.

²⁴⁴ Sternberg-Lieben/Schuster, (Fn. 222), § 15, Rn. 119.



因此個別化理論認為應取決於行為人之個人能力。換言之，一個具備更高能力的行為人，吾人得以向其提出更多的要求，而不至於使其得以豁免，不法的重心係賦予社會成員合乎規範的行動指南，其功能在於影響行為人的行為動機，引導行為人遵守規範、做出正確的行為或出於善意預見結果進而放棄行為。而唯有法規範成為社會生活中的行為動機時，才能真正成為社會成員之行事準則，但當這些功能都無法達成時，行為規範存在的基礎亦瞬間瓦解。一個客觀的行為規範並沒有任何意義，固然其塑造一個榜樣供行為人模仿，縱然知悉該客觀標準，仍無法使得行為人具備一般的預見能力，而行為人對於結果欠缺預見能力，代表行為規範無法成為行為人的行為動機，其引導之功能亦宣告失效²⁴⁵。換言之，行為規範必須依據個別社會成員不同的經驗、知識與能力而對其產生行為調控的作用，否則僅是紙上談兵的空話²⁴⁶。

第三項 聚焦行為規範所衍生之省思

第一款 行為規範之法益保護要求

爬梳一般化理論與個別化理論的脈絡，兩者其實都強調行為規範的重要性，只是對於這樣的行為規範是否一體適用抑或量身打造，而有不同的見解。本文無意對於二者的優劣做出評判，而是試圖從中尋覓最大公因數，並解釋目前注意義務之探求，過於著重形式，而忽視實質法益侵害的存在與連結。

法益之保護屬於國家之任務範疇，得透過刑法工具性格所傳達的意義而達成，但宣示的目的不在於回復過去受侵害法益，而係向未來保證法益的不可侵性。涉及禁止與誡命的行為規範，立法者集結已發生的法益侵害，使用抽象之法條用語，描繪出威脅法益的行為態樣，透過制裁規範間接維護其受危害之實效性

²⁴⁵ 簡竹君（2005），〈過失犯個別化理論和過失犯實務案例的研究〉，頁 91，政治大學法律學研究所碩士論文。

²⁴⁶ Weigend, Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat, in: Gössel-FS, 2002, S. 139 ff. 轉引自許恆達（2008），〈超越承擔過失的刑法歸責〉，《東吳法律學報》，20 卷 2 期，頁 120，註 84。

(Geltungskraft)，明確界定行為規範之機能，亦顯示出法益保護作為制定行為規範的根本要求。從另一個角度思考，當條文表達出「不得」的禁止規定，實際上係在限制他人自由的代價上，達到法益保護的目的，因此行為規範亦必須是達成保護法益目的的必要途徑²⁴⁷。

詳言之，刑罰要求必須是行為人違犯一個法的行為規範，亦即對於法誠命或禁止要求的挑戰，而且此種行為規範的正當性基礎必須被強調，這不僅是特定出與刑法相關的行為規範，該行為規範亦必須能夠掌握特定的構成要件行為，即罪刑法定原則之展現。這種特定性範疇是法益保護層面的展現，也同樣是損害避免可能性的律法，例如傷害罪的懲罰，即源於應避免對身體不可侵性的影響²⁴⁸。由此，多數的刑法規範預設違犯某一行為規範的情境作為適用前提，並且該行為規範建立在特別法益保護的支柱之上。

但以法益作為形塑行為規範範圍的想法，並無法得出什麼是規範禁止之行為，吾人只能透過對於保護法益的釋義進而定性，將目光放置在那些以合理經驗的角度推想，有可能對於圈設的法益產生侵害後續作用的行為，不致使所有違反行為規範的行為，皆落入刑法歸責的範疇之中，以兼顧結果非價²⁴⁹，即法所不容許之風險製造與實現的體現。

第二款 以刑法作為唯一之注意義務來源

回到過失犯的判斷，故且不論其論理之爭議，一般而言，必先存在一違反客觀注意義務的行為，而其行為與結果間之因果關係，則透過事實和法律意義兩階段加以歸責評價²⁵⁰。注意義務作為人群體生活的邊界，避免自己行使自由的同時，不慎侵害他人法益，釐清這條界限的劃定，也助於一般人民理解，以符所謂明確

²⁴⁷ Freund, (Fn. 236), §1, Rn. 5 ff, §2, Rn. 10.

²⁴⁸ Freund, in: MK-StGB, Bd.1, 3 Aufl., 2017, §13, Rn. 17 f.

²⁴⁹ 參許恒達，前揭註 214，頁 246 以下。

²⁵⁰ 王皇玉，前揭註 213，頁 506-507。

性之要求²⁵¹，但吾人必須體認到語言的限度，追求絕對的明確，反而失去解釋的彈性，因此價值的填補以及概括條款的设计，有其必要，而我們不免問的是：人民應該遵守什麼樣的依據，其行為才不致被認定為注意義務的違反？

目前通說對於注意義務之建構，從法益侵害結果的因果關係中演繹而來，並將違反注意義務之命題與客觀歸責理論所提出的風險相提並論²⁵²。惟本文認為，這樣的論理是奠基於後見之明，頗有倒果為因的意味，因為現行對於注意義務的推導，多直接關注於現有的規範，並比較行為人的行為是否合於特定規範，但在未檢驗現有規範與法益保護之關聯性下，往往已減損刑法的機能。

既然法益屬於行為規範之根本性要求，則注意義務作為行為規範之一環，當然亦必須追求法益侵害之結果，因此，該注意義務必須具有刑法品質，將刑法當成是注意義務的唯一來源，其他特別法律規範僅止於輔助的角色²⁵³，有意識地將注意義務限縮於法益的範疇，而避免過度箝制人民之行為自由。

因此，必須是對事件的發展，能夠阻止其走向法益侵害結果的有效措施，才是刑法上關切而要求行為人應履行的注意義務內容²⁵⁴，從而，吾人無需也不應將注意義務的來源，寄託於零零總總的行政法規或習慣，實務上，亦有類似之見解，如臺灣高等法院 104 年度交上易字第 173 號刑事判決即表示：「然刑法本身即為保護法益而存在，其對於不得侵害他人生命、身體、自由、財產等法益，而設定不同類型之構成要件，本身即足以誡命行為人在特定情境下對於他人法益應盡之注意義務，而資為演繹注意義務之基礎。」

²⁵¹ 林鈺雄（2016），《新刑法總則》，5 版，頁 44，臺北：三民。

²⁵² 但有論者認為兩者並不相同，在評價上仍然必須連結刑法上的侵害禁止要求或避免義務。參古承宗（2012），〈同時性的雙重義務違反與客觀歸責--評析臺灣高等法院 90 年度交上易字第 295 號判決〉，《台灣本土法學雜誌》，193 期，頁 22 以下。

²⁵³ 黃榮堅（2003），前揭註 226。同此見解，參張明偉（2015），〈違反心血管疾病醫療常規之刑事責任〉，《醫事法學》，22 卷 1 期，頁 80-81。

²⁵⁴ 盧映潔、高忠漢、朱鎮國（2008），〈病人同意與醫師刑事過失責任之辯正-評臺北地方法院九一年訴字第七三 0 號判決〉，《台灣法學雜誌》，112 期，頁 45-47。

第三款 專業規則對於注意義務所產生的提示

從上述的推論可知，行政法規之違反並不必然等同刑法注意義務的違反，於近期關於過失犯的刑事判決中，越發明顯²⁵⁵。但在專業領域中處理生活中具有特殊危險性事項的規範，若不將其當作是刑法的注意義務，對於過失犯的判斷能夠發生何種作用，值得探討。國家允許私人發展細節性的行為規範，這些涵蓋於規範的行為，某程度係歸納行為與損害結果之因果關係，體現一定之經驗法則，因此遵守該規範，基本上並不會落入違反客觀義務之範疇，其規則受到嚴格的因果律檢驗，因而具有較高度之客觀性。

對此，可彰顯出兩個意義：一是該義務規則顯示出特定的風險，例如道路參與者皆仰賴交通號誌而行動，並熟知燈號所表徵之意義，行為人闖紅燈代表與他車道之車輛碰撞機會增加，有侵害他人法益之虞。二則顯現高度的預見可能性，因此當行為人擅闖紅燈並因而發生車禍，可「推定」其預見意外事故發生的可能²⁵⁶，作為輔助過失犯成立的參考基準之一。

詳言之，日常生活中的具體特別規範 (konkreten Sondernormen) 在行為模式的指引上發揮作用，更準確來說，是表達容許風險的一種方式，向規範接收者宣示有哪些方法得以抵禦存在於特定範圍的危險，但這並不代表行為人必須謹守特別規範之要求，甚至在某些情況下放棄根本原則是可以被容許的。換言之，具體特別規範是否一律適用至個案中，應予以保留，因為在具體狀況當中，行為人也有可能為了避免法益侵害而偏離法規範。當行為人在重要的行為狀況下適用該規範，吾人並不會允許行為人援引以作為例證行為的容許性，因此，既然法益保護的要求關切的是禁止任何危害容許的懈怠行為²⁵⁷，特別規範充其量只能作為證據

²⁵⁵ 最高法院 105 年台上字第 1296 號判決、最高法院 104 年台上字第 3967 號判決。

²⁵⁶ 黃榮堅 (2012)，《基礎刑法學 (上)》，4 版，頁 384，臺北：元照。

²⁵⁷ Duttge, in: MK-StGB, 3. Aufl., 2017, §15, Rn. 137 f.

徵兆 (Beweisanzeichens)，並無法對科技或認知的實際狀態所帶來的危險及避免提供任何保證，德國實務見解亦體認到特別規範所代表的表徵效果 (Indizwirkung)。

258。



第三節 告知義務如何成為注意義務

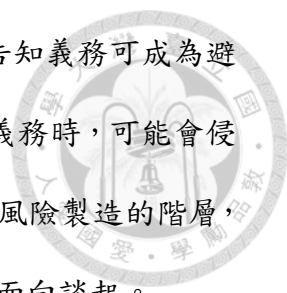
刑法立法者在立法之際，在設想分則的保護法益時，並沒有去標準化特定中性的行為，實際上亦不可能，因為在無窮無盡的人類活動中，永遠無法猜到什麼樣的行為直搗該罪欲保護的核心。當談論到過失傷害，第一時間浮現腦海的交通事故、工安意外，只是在經驗法則上具有高強度的連結性，而這種包裹式的名稱，也只是從每個禁止或誡命規範所衍生而來的刑法分則中，加以類型化的描述，試圖在不盡其數的人類行為中，挑選具備適格的非價及社會損害性的行為模式²⁵⁹。但不因此代表所有行為的面貌都被呈現，這個問題在不定式犯罪中更能夠被凸顯，也才必須透過條件理論與客觀歸責，呈現行為與結果的連結性。

學者與實務判決，一開始即將告知義務從注意義務中脫離，顯然認為違反告知義務的行為，不可能是傷害罪欲規制的行為態樣，是一種直觀的經驗推演，但欠缺說理。因此，本文以下將繼續說明，為何告知義務能夠落入傷害罪的射程之內，這並非直指違反告知義務即構成傷害罪，而是指出在「因果關係」上連結告知義務與最終傷害結果的可能性，並以判決中原告（病家）對於如何信賴醫師的話語，且基於該話語所為的醫療決定等語，作為判讀依據，指出醫師言說/不言說之力量，深切影響病人之主觀感受，此恰為傷害罪之保護法益，惟是否製造法所不容許之風險，則有待下章之處理。

第一項 告知義務作為傷害罪所關切之行為

²⁵⁸ RG, 09.05.1940 - 2 D 138/40; RG, 15.04.1943 - 3 D 14/43.

²⁵⁹ Dölling, Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im System der strafrechtlichen Sozialkontrolle, ZStW 96 (1984), S. 56.



如前述所言，行為規範以法益保護為根基，因此，在假設告知義務可成為避免他人法益受到侵害之命題下，必須問的是，當醫師違反告知義務時，可能會侵害何種法益，以及履行告知義務，是否真能迴避風險？前者屬於風險製造的階層，後者則為風險實現的問題，兩者不可混為一談，以下亦將從二面向談起。

第一款 重申傷害罪的自由面向

關於法益持有人之意志，與傷害罪欲保護之身體完整性面向的討論，已於第二章有詳盡的討論，僅於此做進一步的補充說明。身體權作為憲法第 22 條所保障的人格權態樣²⁶⁰，其內涵包括外在形體與內在器官、組織不受到傷害，從人的精神層面出發，則是指人在心理、精神、靈魂上，對其身體完整性有不受外在操控之主體地位，換言之，自我決定形塑之表現形式，亦一併受到保護²⁶¹。但以純客觀物理變化，無法充分理解個人意欲夢想型態之決定，這個決定會基於個體不同之經驗、歷程，而對於自身身體功能、感覺、結構評估標準有所異，同樣面臨削髮、剃眉之舉動，較不注重個人形象者，可能不以為然，但對於視髮如命者，則是如同天塌下來一樣的大事。

當個人「感受」到自身完整性受到侵害時，其實能夠得到的推論是，個體對於身體享有決定是否受到外界刺激之自由，以及侵害方式之選擇，但今日以一種出乎個體意料之途徑，造成其身體上之缺失，不論這樣的缺損，是否已經達到影響生理機能之程度，其實都是對於主觀感受之破壞。以純粹客觀之物理變動，作為理解身體完整性之內涵是不夠的，需要主觀感受之協助，身體權若僅保有消極不受他人侵害之層面，這樣的解釋實際上並無法充分體現該權利之內涵，必然須帶入積極控制之元素，因為自我操控權之喪失或侵害，無疑侵害人性尊嚴之生物

²⁶⁰ 身體權受憲法保障之根據，詳參陳仲嶙（2009），〈身體權作為一種憲法權利〉，《法學新論》，14 期，頁 115 以下。

²⁶¹ 李震山（2001），〈從憲法觀點論身體不受傷害權〉，《人性尊嚴與人權保障》，頁 162-163，臺北：元照。

基礎，以及限制人格外在形象發展之本質²⁶²。但為避免法益侵害流於恣意，對於被害人所感受到之侵害，是否落入保護法益之範疇之中，仍然需取決於各個社會之文化與價值共識²⁶³，畢竟如前所言，法益之功能並非保障個人不悅之感受，需以社會共識限縮可罰性範疇。

因此，傷害罪的釋義路徑，應結合處分權人之主觀意念與價值，當行為人以自身所不欲的舉動，侵入身體領域者，不論該行為在社會意義上被賦予何程度的正當性，皆無法改變傷害的中性本質。

第二款 違反告知義務侵害身體完整性之途徑

延續前章的關係性自主的論據，當病人進入醫療場域之中，處於病痛的折磨、未知的恐懼以及醫藥知識的不足，在情緒混雜、專業欠缺狀況下，難以期待病人自主決定權的真切實現，因此必須仰賴醫師專業知識的發揮，適當地釋出與病人相關之醫療資訊，以形塑自主，醫師之說與未說，從病人或其家屬的角度易解讀為有與無相關治療的利弊。

換言之，當醫師沒有講的時候，病人所接收到的信息是沒有風險的存在，連帶影響是否接受醫療舉措的意願，言與未言的兩種態樣，實質上皆潛藏醫師的權力運作。一直以來，病人之醫療決策某程度上依靠醫師所釋出的資訊，這件事情並非子虛烏有或是憑空想像，而是確切存在，從許多實務判決中，原告所為動態的陳述，能夠找出一些蛛絲馬跡，說明醫師的言語在病人的醫療決策中，具有舉足輕重的地位²⁶⁴：

1. 臺北地方法院 99 年度醫字第 27 號民事判決

原告：我之前不知道有這個手術，是醫師告訴我有這個手術，沒有告訴

²⁶² 李震山，同前著，頁 164。

²⁶³ 蔡聖偉（2010），〈髮理之爭——論傷害罪的構成要件結果〉，《月旦法學教室》，88 期，頁 21。

²⁶⁴ 惟於刑事判決中，欠缺原告完整的陳述，以致無法觀察到醫師與病人的互動關係，因此以民事判決作為舉例。

我手術如何做，也沒有告訴我手術會有什麼風險，只有告訴我這是壹個小手術...可是我是相信醫師的專業。當時只強調我左眼的眼球突出，要動手術才會回復回去，吃藥沒有用，只有動手術才會回去，我還問醫師，這個手術在長庚醫院是怎樣，他說是小手術。

2. 臺灣新北地方法院 101 年度醫字第 19 號民事判決

醫師見面時對原告等人口頭保證：「這是小手術，且可以一次進行兩種手術（即腰椎及頸椎手術）。請放心，我會讓你（指原告）帶一個健康的老婆回屏東。」

3. 臺灣高等法院 98 年度醫上字第 32 號民事判決

伊於 95 年 6 月 13 日，再次確認手術之必要性及可行性，上訴人再次作如上之強調，並宣稱其對此等病症之治療有豐富經驗，手術從未失敗，成功率百分之百，絕對安全無虞，伊乃決定聽從其建議。

4. 臺灣桃園地方法院 98 年度醫字第 11 號民事判決

原告陳稱：「范醫師在急診時強調我母親脊椎斷了，一定要開刀，我母親大喊他不要開刀，我問了范醫師，難道沒有保守的治療方法嗎？他稱沒有其他方法。」、「我母親個人意願是極度不想開刀，如當下我們有其他選擇是不可能選擇開刀一途」等語，而原告亦稱：「開刀前...范醫師的態度非常權威，就是要用手術治療」等語。

5. 臺灣高等法院高雄分院 100 年度醫上字第 8 號民事判決

上訴人陳稱：「我當時很緊張，拿著建佑醫院的轉診單去就醫，醫生一進來就對我說，要幫我作腸代膀胱」、「我雖然有簽立手術同意書，但當時醫生跟我說，只要把膀胱切除，就不會再有膀胱癌的問題，他並沒有跟我提及可以採取部分切除或刮除的方式治療」等語。


6. 臺灣士林地方法院 100 年度醫字第 23 號民事判決

原告在庭陳稱：「若醫師有說出敗血症，我們會立刻考慮作處置，我有能力去作別的處置。因為我太太的食道癌是由醫師所發現，所以我願意在振興醫院作診療，...，9 月 20 日當天這麼危險醫師為何不告知？反而讓我誤以為退燒以後就可以出院。」

在第一個判決中，醫師並未告知雙眼失明的風險，亦未提供非雙眼同時進行系爭醫療行為之方案，僅以小手術一詞包裝眼窩減壓手術。「小」意味著低風險，在術後日常生活的安排毋庸考量鉅大的衝擊及轉變，「小」等同平常，是一種在醫師眼中稀鬆不過的舉措。基於對醫師專業之信賴，醫師對於醫療行為的描述與形容，小/大、嚴重/輕微、急迫/穩定、初期/末期，在在都影響病人看待該活動的態度，當然會觸及接受治療的意願。

如同第二、三個判決一樣，醫師保證零風險、從未失敗的態度，無疑是為病人打了一劑強心針，進而加深選擇的意願，這種言者無心，聽者有意的現象，充分體現在醫病關係的溝通，因此，很難在病人的抉擇中，剔除醫師的言論所產生的作用。因為疾病是透過「說」而被理解、定義，由醫師向病人說明，但囿於醫療行為之極限性與不明確性，言說不一定和事實相符，且會因交雜的價值觀、用詞揀選，而使得原本中性的言說過程增添好或壞的色彩，例如前、後方減壓及骨融合手術、脊椎減壓探查及神經修補手術，遇上「沒問題」、「百分之百」等語，不僅沖淡專業術語帶來的恐懼，亦剝去一層危險的外衣，換言之，醫師的話語是病人形塑對於疾病想像的重要來源。

另外，若吾人從病人的角度觀察，也可以發現到發語想像與接受信息的落差，同樣的一個名詞，專業用語轉換成庶民用詞，就可能產生解讀的差距，因而發生醫師以其專業對於疾病的解讀（A）、病人所想像中的疾病（B）與治療方式以及



現實狀況 (C)，這三種闡釋疾病的不同說詞，其關係得以「B 是透過 A 達到趨於 C」的簡易命題作為表示。因此，當 B 與 C 落差甚遠時，A 的問題就會被凸顯出來，究竟是醫師在診斷當下並無法預見該結果，或是並未即時告知病人，使得病人對於疾病的想像缺少一塊拼圖，抑或是病人在轉譯時，誤讀醫師字裡行間的意思。但無論如何，醫師的話語描述始終左右著病人之想法與抉擇，告知的缺漏實質上代表侵蝕想像，因為這項風險或副作用從來都不在 B 的藍圖之中，而當風險以病人未曾想像的途徑出現時，自然會感受到突襲與措手不及，主觀上對於身體完整性受到侵害的感受，亦會湧現而出。

第四、五、六個判決則是體現醫師未言說之力量。第四與第五個案例，係醫師隱匿其他替代治療方式，使得病人僅得在醫師所提供的選擇下，做出有或無的決定。也就是說，醫師切割資訊並且釋出，縱然係本於為病人好的角度出發，自行評估利弊後，給予最具療效的建議，但會讓病人在無從比較的情況下，忍受無可回復之結果（膀胱摘除）或者是死亡的風險（左側大腦缺血性中風進而死亡）。而醫師的權威形象也傳達一件事情：「目前只有唯一的醫療選項始能徹底根治疾病，若病人無法接受，就只能維持現狀的苦痛。」無形之間加深病人選擇的強度。

若以上述簡式看待此例，當醫師所能夠知道的醫療選項其實涵蓋他種 (A)，但在釋出资訊的過程中，基於特定因素而限縮範圍，使得病人對於疾病處置的醫療資訊，只有片段式的理解 (B)，但現有醫療行為之範圍遠比病人所知來的多 (C)， $A=C > B$ 的結果，即是讓病人承受原本無欲忍受的風險。但和前者不同的是，此處風險之發生確實是在病人一開始的想像之中，因此讓病人主觀感受受到侵害的是，倘醫師當初有告知他種醫療選項，根本無需承擔高度風險，指的是風險本來不會發生的情形。第六個判決較為特殊，食道癌化療的過程中，因免疫力降低增加罹患敗血症機會，本案病人及原告因醫師未為告知，而喪失選擇治療

之機會，相較於第四、五個判決屬未說明其他替代之治療方式，本案係直接未告知病人已發生的事實，使得 B 的數值趨近於零，只存有發燒的想像。

若將本文所主張傷害罪的保護法益，納入前述的簡式中，得以具體化成以下之情境：「病人對於自身身體及健康具有一定之支配權限，並且擁有是否以及如何受侵害之權利，透過醫師之話語系統，試圖建構出最貼近現況關於疾病的想像，但與實際狀況落差過大的結果，往往感受到對身體掌握的失序與脫節，進而衝擊或減損病人對於身體完整與舒適性的感受。」但截至目前這樣的想法，僅能夠表徵醫師的告知行為，以合理之經驗推知，確實得以作為傷害罪規範行為之「候選人」，但並非每個侵襲病人主觀感受的個案，皆為傷害罪所關心之行為，端視社會共識對於界限之取捨，唯有行為人踏入劃分場域之內，始能稱其製造法所不容許的風險，即為下一章欲處理的內容。

第二項 醫療特別規範對於形塑注意義務的功能

第一款 四不像的現況

目前對於醫療倫理等專業規則，皆將其置於注意義務來源的探討，通說與實務之論述大略合致，最高法院認為未超越社會相當性之範圍即屬之²⁶⁵，在價值的判斷上，採取相當寬鬆的解釋，舉凡在日常生活中，基於尊重他人法益所為者，皆為注意義務之根據。

在法令範疇中，除了原先一般規範之刑法分則外，也納入特別規範，尤以行政法規以及該專業領域之常規為大宗，前者如醫師法第 12-1 條及 64 條、醫療法第 63、64、65、81 條等等行政法規，皆為法院作為論述告知之法義務來源。惟

²⁶⁵ 最高法院 74 年台上字第 4219 號判例：「汽車駕駛人雖可信賴其他參與交通之對方亦能遵守交通規則，同時為必要之注意，謹慎採取適當之行動，而對於不可知之對方違規行為並無預防之義務，然因對於違規行為所導致之危險，若屬已可預見，且依法律、契約、習慣、法理及日常生活經驗等，在不超越社會相當性之範圍應有注意之義務者，自仍有以一定之行為避免結果發生之義務。」

其創設的規範目的，從整體法律一以觀之，可能是基於資格取得要件、便宜管理、預防危害等理由，與刑法著重法益的保護²⁶⁶，不盡相同，而探求刑法法規範以外的規定，有可能使得不具法益侵害性的行政法規，搖身一變成為刑法所關注的對象，實質掏空注意義務的基礎內涵。可惜的是，實務判決通常以行政法規，作為判斷注意義務違反之依歸²⁶⁷，該規範儼然已成為推定行為人不法的依據。

專業規範在醫療法上，則又是一混沌的戰場。醫療常規、醫療水準、醫療準則、醫界慣行等用語於判決中時常交錯使用，其內涵更是百家爭鳴²⁶⁸。但唯一可以確認的是，我國實務在敘事結構上，多為醫師為該手術符合醫療常規，故醫師無醫療疏失²⁶⁹，直接串連二者的因果關係，遲至今日，醫療常規在認定注意義務的比重上仍顯得吃重²⁷⁰。

於此，必須說明的是，醫療常規與注意義務並不能相提並論，是否違反注意義務，仍須建立在具體個案的綜合因素，加以判斷之。簡言之，一般醫療成員之平均、通常具備之技術，僅為參考依據，並非絕對標準，否則法院即淪為醫療現況之守護者²⁷¹，面對千變萬化的風險世界，本來就不可能以單一僵化框架，處理所有難以預料的意外，而目前實務，至少在民事法的部分，亦逐漸朝向此方向而努力²⁷²。

²⁶⁶ 古承宗，前揭註 210，頁 193。

²⁶⁷ 劉豐州（1995），〈最高法院刑事判決有關過失犯注意義務之判斷標準之整理〉，《萬國法律》，83 期，頁 42。雖該文獻較為久遠，惟筆者於司法院法學資料檢索系統，查詢最高法院 101 年台上字第 2637 號判決前，關於告知義務違反之刑事案件，仍有同樣情形，如最高法院 99 年台上字第 8005 號判決、最高法院 99 年台上字第 7588 號判決、最高法院 99 年台上字第 558 號判決等。

²⁶⁸ 詳參廖建瑜（2017），〈醫療水準與醫療慣行之注意義務〉，《月旦醫事法報告》，10 期，頁 87 以下。

²⁶⁹ 最高法院 91 年度台上字第 1105 號刑事判決、最高法院 94 年度台上字第 2761 號刑事判決、最高法院 94 年度台上字第 5227 號刑事判決、最高法院 95 年度台上字第 3661 號刑事判決、最高法院 97 年度台上字第 2111 號刑事判決、最高法院 97 年度台上字第 2905 號刑事判決。

²⁷⁰ 臺灣高等法院 106 年度醫上易字第 1 號刑事判決、臺灣高等法院 106 年度重醫上更(一)字第 34 號刑事判決。

²⁷¹ 廖建瑜，前揭註 268，頁 94-95。

²⁷² 最高法院 106 年度台上字第 1048 號民事判決：「醫護人員於實施醫療行為時是否已盡善良管理人或依醫療法規規定或醫療契約約定或基於該醫療事件之特性所應具備之注意義務，應就醫

因此，可觀察出不論是現行行政法規，或者是醫療慣行，其實都不足以作為告知義務的依據，更遑論發展出具體內涵，因此，本文主張回歸刑法，以其作為唯一注意義務來源的立場，得以滿足法益保護的要求，但下一個問題是，應如何理解五花八門的醫療規則？

第二款 醫療特別規範之功能定位

於前述，已提到特別規範作為證據表徵的意義。對於醫療常規等準則²⁷³，也應該如此理解，所謂的常規是一種系統性發展的陳述，以協助醫事人員或病人在特定臨床狀況所為的決定，在診斷或篩選項目、如何提供醫藥服務等等細節給予簡要的指示，屬於醫療此一專門職業團體集體智慧的結晶，在平衡病人個人與他人利益、成本考量、有效醫療等等的前提下，所思量的結果²⁷⁴。

常規是一種工具，得以更有效率地提供醫療照護，並且拉近醫師實際操作與科學證據的差距，但醫療常規並非萬靈丹，企圖標準化照護，實質上忽視病人的異質性以及決定的複雜性，甚至有可能在法庭上成為獨斷的照護標準。從科學證據的局限性、過時假設之偷渡、人為因素的參雜等方面，皆顯示遵守醫療常規與良好醫療照護無法劃上等號，甚至過度追求依循常規，會產生犧牲病人權益之疑慮²⁷⁵，因此，對於醫界而言，常規只是一種建議，而非凌駕於醫師的個人判斷。

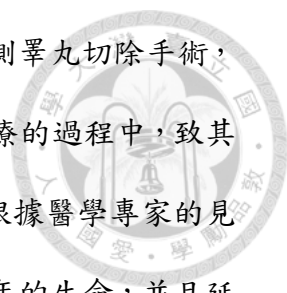
將這樣的理解帶進注意義務，在應然面上應可得出證據表徵的結論。以德國

療個案、病人病情、就診時之身體狀況、醫院層級、設備、能力、醫護人員有無定期按規定施以必要之在職訓練及當日配置人力、病人多寡，醫護人員有無充裕時間問診照護與其他情形，綜合而為研判，尚不能僅以制式之醫療常規（醫療慣行或慣例）作為認定醫護人員有無違反注意義務之唯一標準。」

²⁷³ 於此，本文無意探討醫療常規、醫療水準、醫療準則、醫界慣行個別代表之意涵，僅說明本章在客觀注意義務僅以最常見之醫療常規作為代表，而醫療水準則應置於責任階層討論，二者不可混為一談，參李茂生（2012），〈醫療事故刑事責任的判斷架構初探〉，許華孚（等著），《刑事政策與犯罪研究論文集（15）》，頁 131，臺北：法務部。

²⁷⁴ 王志嘉（2014），〈末期病人醫療常規－臺灣高等法院高雄分院九十六年度醫上更（一）字第二號刑事判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，211 期，頁 234。

²⁷⁵ Steven H. Woolf, Do Clinical Practice Guidelines Define Good Medical Care?, 113(3) Chest Journal 166, 167 (1998).



聯邦最高法院判決為例，一名病人因一期精母細胞瘤而執行右側睪丸切除手術，但卻因醫師之疏忽，而未能在手術後依醫療常規接受放射線治療的過程中，致其兩年後死亡，故醫師被依德國刑法第 222 條過失致死罪起訴。根據醫學專家的見解，在將近 90% 的個案，放射線治療的實施得延長病人五至十年的生命，並且延長壽命的可能性高達 94%。這些專家意見成為刑事法庭審酌的重要依據，認為決定病人是否會因該手術之實施而延長生命，考量的不僅是罹癌本身的事實，亦涵蓋病人身體與心理的整體狀態、立即且正確的放射線治療、精母細胞瘤被發現的階段等等因素，建立在固定數值的科學知識難以適用於全體案例之中，因此無法單憑未依醫療常規而為，即斷定需負過失責任²⁷⁶，完全呼應前述醫界對於常規的理解。

但可惜的是，在新修正的醫療法第 82 條第 4 項中，明定醫療常規等客觀情況作為判斷注意義務及臨床專業裁量之範圍的依據，其立法固然良善，希望法院在過失的判斷上，能夠考量第一線醫療人員人力設備的限制²⁷⁷。但問題是過失的理解從來都不是教條式的，這些客觀因素本來就會被納入以作為形塑理性醫師形象的素材，無列舉的必要，所以關鍵並不在於將特別規範納入法規內，而是對其有真正的理解，醫療特別規範僅僅是宣示性的反映出這種知識水準而已，並非法律上的直接結構性要素，對於法院來說，只是一種無涉個案的客觀化行為指示²⁷⁸。

²⁷⁶ BGH, 08.07.1987 - 2 StR 269/87. 惟需進一步說明的事，法院固然認為醫學專家之意見具有參考性，惟相較之下，被告有其義務將病人轉介至美因茨大學醫院進行治療和護理，理由在於該大學醫院在當時擁有最佳的醫療護理資源與人力，因此，被告醫師需負過失責任，仍為有罪。

²⁷⁷ 立法院第 9 屆第 3 會期社會福利及衛生環境委員會第 12 次全體委員會議紀錄。

²⁷⁸ 盧映潔，前揭註 209，頁 16。

第五章 違反告知義務之類型化分析



第一節 說與不說的兩難—比較法之觀點

實務目前對於告知義務的態度，即如前述所言，否定其注意義務之性格，亦拒絕承認因果關係。因為，實務將非難重點置於醫療行為本身是否符合醫療常規之非價判斷，而既然告知義務非屬於醫療常規之一環，醫師違反告知義務，當然不必然導致其醫療行為違背醫療常規的有過失結果。惟本文的想法為醫療常規僅具證據徵兆之輔佐作用，而非決定注意義務存否的唯一條件²⁷⁹，已如前述。

在現行實務的運作下，使得製造風險的階層，完全無參考的素材，但吾人仍得以相關判決所牽涉的併發症種類、發生機率等等，勾勒出醫師在醫療情境下可能面臨的言說困境，目的係為了呈現說與不說的兩難，以及在製造風險的衡量上，可能碰觸的情境因子。

另外，除我國判決外，亦將觀察美國法與德國法將何種因素納進處理風險告知範疇的問題中，進而取捨其間的價值。選擇美國法的原因在於，當時學者將告知義務引進國內，即係參酌美國法制的相關概念，因此在內涵上亦深受其影響，惟歐陸法系與英美法系在刑法過失理論的建構上，有所不同，因此亦以德國法作為取徑、比較之對象。

第一項 我國法

第一款 判決整理

第一目 尊重醫師裁量權

1. 臺灣高等法院 93 年度上易字第 2118 號刑事判決

²⁷⁹ 惟新修正醫療法第 82 條第 3 項，將臨床裁量權入法，並在第 4 項羅列判斷注意義務與臨床裁量權的要素，是否屬刑法第 2 條所稱法律變更，目前實務認為其已變更醫療過失之構成要件，應有其適用，惟本文認為臨床裁量權只不過是注意義務下的子判斷，不具有獨立的地位。

病人至該診所婦產科就診，醫師明知病人並無性經驗，原應注意如實施內診可能造成病人處女膜破裂，竟疏於告知病人內診過程係以擴陰器（俗稱鴨嘴器）撐開陰道檢查，即貿然以鴨嘴器伸入病人陰道內進行內診，致不慎造成病人處女膜破裂流血之傷害。

法院強調診斷與治療既為二不同概念，伴隨風險不同亦影響說明之程度，除對於生命、身體健康有重大危害之侵入性檢查，醫師應詳為說明各項風險外，如無此種情形，通常僅以告知診斷方式為已足，如不分各種診斷行為之風險高、低，率認醫師均須窮盡說明，致醫師、病人同受其擾，亦不合法定醫師告知義務之本旨。

2. 臺灣高等法院 98 年度上易字第 2680 號刑事判決

被害人因左側後方之牙齒疼痛，由醫師診療，經判定為「顛顎關節咬合」發生問題，而醫師採取採取「不可逆」的修磨牙齒咬合干擾治療方法，且大幅修磨，致被害人產生說話口吃、咬字困難、嘴巴無法閉合無法咬碎食物，伴隨顏面肌筋膜疼痛等傷害。

法院認為醫療本即存在不可預知之危險及變異，醫師於醫療過程中，選擇對病人最有利之治療方式，尤其就存在斟酌判斷空間之事項，原即見仁見智，利弊互見，事涉高度醫療專業，及個人學養，理應尊重專業醫師之判斷。本案醫師依其專業判斷，認先前被害人採取之保守治療並未發生療效，故採不可逆治療，縱不合時宜，但可能有效，是尚難遽此即認醫師有何過失。

3. 臺灣高等法院臺南分院 100 年度重醫上更(一)字第 7 號刑事判決

上訴人主張醫師進行冠狀動脈繞道手術，應依醫療法之規定，於手術前應向病人或家屬詳細說明開刀方法共有設置血管夾、縫線結紮及縫線縫合等 3 種方法，以提供病人或家屬選擇，最高法院亦認為若採行血管夾夾斷分枝

血管，須承受較另二種方法為高之醫療風險，此既關乎病人評估手術風險之選擇權益及對侵入性醫療行為接受與否之自主決定，即非僅屬醫療上內部之技術層面問題，因而發回。

高等法院亦肯認如屬過於專業或細部療法之醫療行為或步驟，則不在告知義務範圍內。但參酌外科學會之意見，本案醫師於執行手術過程，雖未就其將以血管夾為止血之方式告知被害人或其家屬，惟該部分係屬心臟外科醫師在開刀手術過程中止血步驟之措施之一，為醫師之「技術領域範圍」，雖無告知，亦無過失可言。

4. 臺灣高等法院 104 年度醫上訴字第 1 號刑事判決

醫師基於被害人所罹伯基特氏淋巴瘤第 1 期需化學治療殺死癌細胞，於 98 年 9 月 22 日至 10 月 8 日間給予化學治療藥物脊髓內給藥及靜脈注射化學治療藥物高劑量 MTX 與 doxorubicin，惟於 10 月 10 日後持續發燒，10 月 17 日即死亡，嗣被害人經法醫進行解剖後，鑑定其死因係惡性淋巴瘤化療後，骨髓抑制，因敗血性休克而死亡等節。告訴人主張「接受全身性化學治療說明書暨同意書」上，醫師並未勾選 Doxorubicin 及 Prednisolone，更遑論治療前已告知被害人兩種化學治療藥物之副作用及說明。

法院認為，醫師為治療被害人之惡性淋巴瘤所採取之化學治療方式並非每次均以單一藥物為之即可，有時尚需要接續施打兩種化學治療藥物或 1 次混合多種藥物共同施打，足認此乃涉及醫療之專業性，醫師在病人同意之治療目的及範圍內應有相當之醫療裁量權。倘如告訴人所述，如此一來，不僅剝奪醫師之醫療裁量權，且醫師為了避免醫療糾紛，勢必要將每項藥物均予以勾選，並需逐項告知每種藥物之副作用，則所需耗費之時間及人力成本必然倍增，造成醫療資源之浪費，病人亦無從知悉醫師每次之用藥內容，造成

病人同意權之行使空洞化。



第二目 違反告知義務與傷害結果不具相當因果關係

1. 桃園地方法院 105 年度聲判字第 49 號刑事裁定

聲請人罹患甲狀腺突眼症，醫師建議聲請人進行眼窩減壓手術治療，惟術後聲請人之雙眼無光感及瞳孔反射，兩眼已完全喪失視力。

法院參酌醫審會鑑定書，表示醫學文獻報告顯示僅有零星病例發生失明，其機率約為 0.12%，尚難認醫師未盡告知及說明義務之侵權行為與聲請人「雙眼失明」結果間有相當因果關係。

2. 臺北地方法院 105 年度聲判字第 194 號刑事裁定：

聲請人罹患乾燥症，而接受醫師之治療，惟醫師使用莫須瘤藥物以治療被害人之乾燥症時，屬仿單外使用，依衛生署函示，應充分告知病人，取得其同意始得使用，以避免發生醫療爭議，卻未為告知，使聲請人壽有心包膜積水、胸腔感染、間質性肺病變等傷害，應負過失責任。

法院固然同意醫師疏失，但需近一步檢視醫師過失未盡藥物仿單外使用之說明告知義務，與被害人受有傷害之結果，而傷害與過失間有相當因果關係。惟本案傷害目前縱使存在，但其可能導致之原因非僅一端，又既然被害人目前呈現之本案傷害症狀不能證明為使用莫須瘤藥物所造成，則縱使醫師按藥物仿單外使用之規則，應充分告知說明其係以莫須瘤之仿單外使用進行治療，且無不能告知情事，竟漏未告知而用藥，致被害人因不知此節、無從拒絕而有過失。但其過失與被害人所稱之本案傷害間，難認有相當因果關係。則自不能課醫師以業務過失傷害之罪責。

第三目 假設同意？--臺北地方法院 103 年度聲判字第 238 號刑事裁定

聲請人表示其本身有多項妊娠糖尿病風險因子或症狀，醫師「可得預見聲請

人有妊娠糖尿病之肩難產高風險」，其在施打 Yutopar 安胎藥物前應該告知聲請人其他安胎方式或無升高血糖副作用之藥物，以供選擇。

法院自聲請人對於安胎滿足週數以及未來財務安排之重視以觀，亦難認苟醫師已說明上情，聲請人會寧願承擔早產風險，而選擇不用藥或使用其他無升血糖副作用但安胎效果較差之藥物，或願意花費百萬多元選擇改用自費藥物安胎。從而，縱然有其他安胎方式可選擇，仍無從認為聲請人經由醫師本其醫療學識及經驗進行專業告知說明後，客觀上能選擇出比醫師或醫療團隊診療更優之醫療方式。

第二款 分析

承接前章高等法院判決之脈絡，將醫療常規與注意義務等量齊觀，而又因告知義務非屬於醫療常規之環節，而將業務過失傷害或致死之非難重點，置於醫師所進行的醫療處置。既然告知義務無法成為刑法上之注意義務，其實根本無需後述醫師裁量權、相當因果關係等要素，進一步揭示為何縱使醫師毋庸告知，亦不會過度影響病人之身體自主權，這些情境要件的說明，實質上已進入是否製造法所不容許風險之探討，甚至是違法性階層的討論。

第一目 醫師裁量權

基於醫療之高度專業性、不確定性以及疾病治療的多樣選擇性，為謀求病人醫療上之利益，賦予醫師在一定範圍內，對於醫療行為得享有自由、任意判斷或選擇之餘地，而醫師在裁量權範圍內，對於醫療相關事務可得自由、任意選擇，且該決定本身應無過失可言²⁸⁰。

當數種治療措施均具一定之效果（效益）與副作用（風險），如高等法院臺南分院 100 年度重醫上更(一)字第 7 號刑事判決關於隱靜脈分支止血的方式，三種可採用之方法，安全性皆相同，且細部瑣碎的醫療步驟，並非病人決定是否接

²⁸⁰ 吳志正，前揭註 5，頁 99-100。

受醫療的重要資訊，使得醫師只要在醫療裁量權範圍內所選擇之醫療處置，均可解釋為是一種容許風險，而不具行為不法。從另一個角度來看，臺灣高等法院 93 年度上易字第 2118 號刑事判決之所以區分診斷及治療行為，亦是鑑於後者所創設的風險顯然較前者為高，須藉詳盡的說明以維護實施侵入性手術的正當性。

本於醫療行為的專業性與不確定性，醫師當然享有該等醫療行為的裁量權，但這個裁量權範圍指的是多種治療方式的選擇，抑或是治療方式的細部性操作，和告知義務之互動成為關鍵。理由是，在治療方式的細部性操作中，醫師不需透過病人之協力，即可做出決定，既然病人發語權在該範圍內無置喙餘地，這個裁量空間勢必需與病人自主權做出調和²⁸¹。這個答案其實可以從最高法院 94 年台上字第 2676 號判決反面得出：「醫師無庸針對過於專業或細部療法為告知」但在療法的選擇上，醫師的任意裁量空間即會受到減縮，因為如果醫師能夠依自身的經驗與智識，在未與病人討論之情況下，即為病人選擇一個自己覺得最好的治療方式，則完全與告知義務的法理相扞格。

有另外一種狀況是，當醫師認為從與病人之互動過程中，合理相信揭露醫療行為的併發症或副作用，反而會使病人身體與心理承受不必要之負擔，如何維護病人自主權、不傷害病人以及行善原則的三方平衡，遂成為一大重點，英美法對此發展出所謂的醫療特權（therapeutic privilege）。要進一步討論的是，告知義務的行使一直以來，都是為了防止以「為病人好」的口號取代病人自決的精神，但為什麼在這樣的情況下，例外允許醫師代替病人做成醫療決策呢？換句話說，不法的背後是以利益衡量作為思考，而在沒有任何一個衡量因子，擁有關鍵性地位的情況下，自主是很有可能被吞噬在這些客觀上對病人有利的事實中，因此，當

²⁸¹ 詳細區分參王志嘉（2014），《醫師、病人誰說的算？病人自主之刑法實例剖析》，頁 10-14，臺北：元照。

吾人歸納出實務見解以利益衡量作為解除醫師告知義務的依據時，接下來要進一步探討的是，其背後是否有正當性基礎予以支撐？詳待後述。

需特別注意的是，臺灣高等法院 104 年度醫上訴字第 1 號刑事判決所涉及的事實較為特殊，屬於藥物治療之範疇。藥物通常為國家高度管制的行為，且研發過程繁複、專業，通常由國家介入作為把關的第一線，醫師再基於專業而為處方，因此，在藥物的使用上，基於醫療慣例與醫療常規，較為尊重醫師的裁量權²⁸²。本案中，doxorubicin 的目的係為阻礙 DNA 複製與轉錄，但會產生心臟毒性的副作用，而 prednisolone 則為一種有效對付淋巴細胞的藥物，惟有影響免疫力之風險²⁸³。在惡性淋巴瘤的治療上，需使用較強之複方化學治療，CHOP (cyclophosphamide、doxorubicin、vincristine 與 prednisolone) 即為一標準治療²⁸⁴，因此，醫師使用該等藥物，確屬裁量權行使之範疇。

第二目 違反告知義務與傷害結果不具相當因果關係

兩個案例所涉及的都是，該案所發生的傷害結果（失明及心包膜積水等），醫師並無法從醫學文獻或是仿單記載中知悉，因此造成未能告知的情事，雖實務見解係以相當因果關係作為連結，但亦可以不具客觀預見可能性，以及未製造法所不容許之風險作為解讀依據。在判定行為人是否製造不受容許之風險時，會考量到客觀上對於該種行為模式可能引發的後果的一般性預測²⁸⁵，若現實上對於特定行為是否引發後續的危險，欠缺一個概然性/相當性的認識，縱使行為人做出該行為時，社群成員自然亦不會聯想到會產生什麼風險。


回到違反告知義務的判決，地方法院強調的是醫師根本不知道醫療行為會發

²⁸² 王志嘉，同前著，頁 103。

²⁸³ 張俊彥、黃偉修、于國平、李偉政（1988），〈以綜合化學藥物 CHOP 治療非何杰金氏淋巴瘤之評估〉，《醫學研究》，8 卷 4 期，頁 259。

²⁸⁴ 行政院衛生署中央健康保險局電子報（15/06/2011），〈如何治療淋巴癌？〉，<https://is.gd/P56IXc>（最後瀏覽日：07/06/2019）。

²⁸⁵ 蔡聖偉（2014），《刑法案例解析方法論》，頁 234，臺北：元照。



生該等的傷害結果，或者零星的案例無從構成認知的基礎，在欠缺預見可能性的情況下，如何能苛求醫師盡到所謂的告知義務？該論述脈絡，其實亦可套用於史帝文強森症候群案中，因其發生率約萬分之一點四，發生率極低意味醫師難以預見症候群發生的可能。但必然會遇到一個問題：究竟這個數字要到多高，才會認為醫師應該預見？未說明才成為一種法所不容許之風險？若搭配最高法院 94 年度台上字第 2676 號刑事判決，可以將這個問題描繪的更加具體。該判決表示副作用暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險者，需予以告知，因此，如何界定「不常」發生但「可能」發生的界限，以及所謂「嚴重後果之風險」，或可從以下比較法的觀點中探出端倪。

第三目 假設同意之操作？

在臺北地方法院 103 年度聲判字第 238 號刑事裁定，法院認為實際上確實存有數種安胎方式，且效果與相應的風險皆不相同，但依照過去的醫病互動，縱使向病人說明其他安胎方式的優缺點，亦不會加以選擇。這樣的想法，係先假定醫師的告知合乎法規要求，審視病人在完全知悉醫療資訊的狀態下，是否會做出相異的決定，若病人在假設事實內所做出的選擇，和實際上已作成者相同，則代表有無告知最後都不會影響病人之決定。

探討過失犯的結果歸責中，亦有相類似之概念，用合法替代行為代換違反注意義務之行為，探究同樣法益侵害之結果是否會發生，只要在假設因果流程中，無法確定結果可迴避，則傾向於否定結果歸責，即義務違反關聯性之思考²⁸⁶。德國學說將客觀歸責的思考，延伸至違法性階層，發展出假設同意（hypothetische Einwilligung），也就是說，當事後結果證明，在醫療行為實施前，病人縱被合乎規

²⁸⁶ 許恒達(2011)，〈合法替代行為與過失犯的結果歸責：假設容許風險實現理論的提出與應用〉，《臺大法學論叢》，40 卷 2 期，頁 714。

範地說明者，病人應該也同樣會予以同意，因此醫師違反的是一個欠缺保護自主決定作用的告知義務，基於比例原則的思考，該行為欠缺予以制裁的正當性²⁸⁷。

但在醫師違反告知義務的情況中，援引義務違反關聯性，是否會得出阻卻結果歸責之結果？而對於已經存在病人決定，如何擁有一個客觀、確切的一般法則加以查證？甚至，若如學說主張，在病人在假設流程中的選擇無法確定時，應運用罪疑唯輕作有利於醫師的認定，如此一來是否會完全架空病人自主決定權？因此，本文將於第六章接續探討，德國法上的假設同意概念是否有繼受之必要。

第二項 美國法

第一款 行為人主觀犯意之區別

在進入相關討論之前，需先了解美國刑法關於過失的定位。美國刑法未若我國，有一部通用的成文刑法，而係由各州制定自身的刑事法，使得同樣的犯罪因管轄權不同而適用相異的刑度，甚至是有罪無罪之差別。省思欠缺一致性的缺點後，由教授、法官以及執業律師所組成的美國法律協會（American Law Institution），於 1956 年制定模範刑法典（Model Penal Code，下稱 MPC）藉以標準化與統一刑法²⁸⁸，並且更重要的是促進國家的立法改革。雖然 MPC 非立法機關所制定而缺乏拘束力，但其仍然對於各州刑法發揮一定之影響力，甚而多數州法在大方向至少皆採納 MPC 的規定²⁸⁹。

MPC 在方法論中，尤以主觀犯意（mens rea）發揮最為深層的波瀾作用，這個集合式的概念包含四種選項：蓄意、明知、輕率與過失，分別代表不同程度的可責性²⁹⁰。蓄意與明知屬於故意（willful），雖皆確信結果會發生，但是否具備積

²⁸⁷ 薛智仁，前揭註 95，頁 302。

²⁸⁸ LINDA L. EDWARDS & J. STANLEY EDWARDS, INTRODUCTION TO PARALEGAL STUDIES: A PRACTICAL APPROACH 420 (2002).

²⁸⁹ Herbert Wechsler, *Codification of Criminal Law in the United States: The Model Penal Code*, 68 Colum. L. Rev. 1425, 1425-26 (1968).

²⁹⁰ Ted Sampson-Jones, *Mens Rea in Minnesota And The Model Penal Code*, 39(5) Wm. Mitchell L. Rev. 1457, 1460-61 (2013).

極意欲 (positive desire) 仍有差異，若行為人僅知悉重大風險 (substantial risk) 發生之可能，與故意行為所要求的程度有一定之落差，因此將會被評價為輕率行為，而假如行為人未注意重大風險發生之可能，則落至過失的範疇²⁹¹。正因為其不論是認知跟意欲，可非難性皆較前三者為低，因此惟有行為人做出重大偏離合理之人在相同情境下的行為時，始具可罰性²⁹²。

MPC 對於醫師之醫療疏失並無特別規定，因此一切仍回歸普通法²⁹³。若以傷害與死亡結果作為區隔，得分為傷害罪 (battery)、企圖傷害罪 (assault)、謀殺罪、義憤殺人罪 (voluntary manslaughter)、輕率致死罪 (involuntary manslaughter) 與過失致死罪 (negligent homicide)。謀殺與義憤殺人之構成要件相類似，惟前者必須伴隨預謀之惡意 (malice aforethought)，後者則要求行為人需因受強力刺激而產生盛怒的心理狀態下實行犯罪 (provocation formula)²⁹⁴，或係防衛過當、能力減損以與二級謀殺罪相區隔²⁹⁵。輕率與過失致死罪則是指行為人出於輕率或過失主觀，雖其可罰性未至謀殺程度，但仍高於普通之民事過失²⁹⁶。

傷害與企圖傷害二者，在各州之規定不盡相同，甚至定義亦五花八門，可粗略區分為以下二類：

1. 二者為相異之犯罪類型：以佛羅里達州為例，其係以是否實際碰觸他人作為區別，雖 784.011 條及 784.03 條僅明文規定意圖的主觀犯意，惟行為人對於他人之安危抱持輕率冷漠 (reckless indifference) 或極漫不經心 (grossly careless) 之態度，已達可罰性過失 (culpable negligence) 的程

²⁹¹ Paul H. Robinson & Jane A. Grall, *Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond*, 35 (4) Stan. L. Rev. 681, 695-96 (1983).

²⁹² MODEL PENAL CODE § 2.02(2)(c).

²⁹³ 普通法與 MPC 在定義殺人罪時，對於謀殺、義憤殺人、輕率致死罪等界線有實質的相似性，惟這些名字在兩系統的定義上仍有所不同，因此以下某部分用語係源於普通法系，非全然為 MPC 之內涵。

²⁹⁴ 40 C.J.S. Homicide § 35.

²⁹⁵ CYNTHIA LEE & ANGELA HARRIS, *CRIMINAL LAW, CASES AND MATERIALS* 303 (2nd ed. 2009).

²⁹⁶ RICHARD BONNIE et al., *CRIMINAL LAW* 920 (3rd ed. 2010).

度²⁹⁷，且使其人身安危暴露於傷害之中或造成傷害者²⁹⁸，仍可能該當二者之構成要件。

2. 僅有 assault：MPC 在用語上將二者統稱為 assault，並以不同的主觀犯意要求對應相異之行為態樣；紐約州刑法典以 assault 取代 battery，並以「造成傷害」作為其構成要件，因此概念上實然已轉化為傷害罪，進而以傷害嚴重性、是否使用致命性武器、被告是否精神障礙或心智缺陷等，而羅列一至三級之傷害罪。其中第一級傷害罪之主觀犯意涵蓋故意、輕率與過失，惟僅在使用致命性武器或危險器具時始成立過失傷害，而第二級傷害罪亦同²⁹⁹。

解析傷害結果可能涉及之罪名，可以發現到美國法以三個條件為組合，以作為節制因過失成立犯罪的範圍，分別為**可罰性過失、使用致命性武器與造成嚴重身體傷害**，再加上起訴獨占制，使得醫師需承擔刑事責任之比例極低³⁰⁰，在死亡結果中，設定特定主觀犯意以限縮成立犯罪之範疇。因此，從法理而言，醫師違反告知義務可能雖成立刑事責任，惟實際上卻無相關判例。

但這不代表觀察即嘎然而止，因吾人仍得從侵權案件的角度切入，只是必須處理一個前提，即刑事法上的輕率與過失在侵權行為法（下稱侵權法）的對應概念。換言之，二者在立法目的、功能雖有其根本上的差異，但從整體法制歷史發展而言，侵權法係源於刑法，而二者概念亦時常交錯援用³⁰¹，並且共同具備嚇阻

²⁹⁷ State v. Greene, 348 So. 2d 3, 4 (Fla. 1977).

²⁹⁸ FL Stat § 784.05. See RI ST § 11-5-2.2, GA ST T. 16, Ch. 5, Art. 2.

²⁹⁹ NY Penal Law §§ 120.00, 120.05. See 13a AL ST Ch. 6, Art. 2, AZ ST § 13-1203, 18 CO ST Art. 3, Pt. 2, 53a CT ST Ch. 952, Pt. V, HI ST § 707-713.

³⁰⁰ 雖有學者提出根本原因在於其醫療過失之構成要件界定在客觀上注意義務的偏離必須達到明顯重大的程度，惟本文認為兩國在構成要件之設計以及主觀犯意與客觀犯行之對應要求皆有所異，況美國法上並無針對業務身份之特別規定，因此案件數量的計算是以整體為單位，而非醫師一職，因此不論從統計學、法制度面，難以導出孰優孰劣的結論，參林萍章（2009），〈醫療常規與刑事責任—評最高法院九十六年度台上第三〇八四號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，175期，頁233-252。

³⁰¹ See ROLLIN M. PERKINS, PERKINS ON CRIMINAL LAW 116-117 (2nd ed. 1969); Global-Tech Appliances,

不法行為之功能，惟分別採取損害賠償與刑罰作為手段。再者，通常因主觀要件無法在客觀上為他人所確知或解讀，僅能透過間接證據（Indiz）與經驗法則作為推論之依據³⁰²，因此或可觀察在同一主觀層次的侵權案件中，什麼樣的客觀行為情狀或因子得以被法院判定為歸責基礎，並作為在刑事案件中的參考對象，也就是說，本文試圖在相同主觀犯意的水平上，從民事案件「轉譯」至刑事案件。

第二款 刑事法與侵權法的主觀對應

第一目 法院用語歧異

MPC 第 2.02 條第 2 項 d 款將過失定義為：「當行為人應注意客觀要件所存有重要且不法的危險或該危險係源於其行為卻未注意，即屬過失，行為人所未注意的危險，其本質與程度從行為的性質、目的與行為人所在環境定之，屬行為人所能注意，並且其行為『嚴重』偏離（gross deviation）合理之人（reasonable person）在相同情境下的行動³⁰³。」雖侵權法之過失同樣以合理謹慎之人為標準，惟其僅探求行為人是否未按照理性自然人的標準行事，使得刑事過失在可罰性的程度上高於後者³⁰⁴。

但聯邦上訴巡迴法院認為，刑事過失的概念實源於侵權法的重大過失（gross negligence），或者二者概念上如出一轍。1966 年，聯邦第四巡迴上訴法院在 *United States v. Pardee* 案中表示，美國聯邦法典（United States Code，下稱 U.S.C.）第 18 篇第 1112 條的過失致死罪³⁰⁵，其不法行為所要求之過失需達重大的程度，並

Inc. v. SEB S.A., 563 U.S. 754, 764-769 (2011).

³⁰² Joachim Hruschka, Über Schwierigkeit mit dem Beweis des Vorsatzes, in: Kleinknecht-FS, 1985, S. 191. 轉引自徐育安（2012），〈故意認定之理論與實務—以殺人與傷害故意之區分難題為核心〉，《中研院法學期刊》，10 期，註 26。

³⁰³ “A person acts negligently with respect to a material element of an offense when he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that the actor's failure to perceive it, considering the nature and purpose of his conduct and the circumstances known to him, involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation.”

³⁰⁴ STEVEN L. EMANUEL, CRIMINAL LAW 32 (7th ed. 2010).

³⁰⁵ U.S.C. 第 18 篇第 1112 條原文分別為 voluntary manslaughter 與 involuntary manslaughter，前者

以恣意 (wanton) 或輕率漠視他人人身作為標準，更進一步闡明被告實際上需知悉 (actual knowledge) 其行為對於他人危安構成威脅，或依其智識可合理預見行為可能將置他人於危難之中³⁰⁶，自此之後，聯邦法院之判決皆遵循該論理³⁰⁷。學者認為因當時侵權法正在思索因過失而負擔損害賠償之妥適性，而這股思潮亦間接影響刑罰可責性的程度，並借用侵權法上的概念³⁰⁸。

各州亦同樣有相似之意見，佛羅里達州彙編評論中提及，當我們借用侵權法上的理性自然人之標準，作為重大偏離的依據時，刑事過失事實上即相當於侵權法上的重大過失概念³⁰⁹，由於重大過失在該州屬於懲罰性損害賠償的要件³¹⁰，因此多數見解認為過失致死罪彰顯的過失程度，須和民事訴訟的懲罰性損害賠償相等。換言之，這樣的過失應具備重大且罪惡昭彰的性格，顯露出重大漠視生命，或將他人的安全置於危險之境、對於結果有知覺地漠不關心、恣意、輕率或嚴重漠視他人安危與公眾福祉，或對於他人權利輕率冷漠³¹¹。堪薩斯州則表達類似的立場，表示能夠獲取懲罰性損害賠償的行為，所隱含的過錯和受刑罰規制的犯罪潛藏的惡 (wickedness) 相一致³¹²。有些州法院雖認為無法精準定義刑事過失，但在描述上大量援用相同或相似的用語，例如明尼蘇達州提出，行為人需顯示出對他人安危嚴重欠缺注意或恣意冷漠³¹³，紐約州法院亦多以輕率、重大、漠不關心等字詞

係接受判例之要件，進而實體法化，後者並未明確主觀犯意之程度，僅描述客觀行為，惟 *United States v. Pardee* 一案對先前 *State of Maryland v. Chapman* 案提出的標準進行補充，以重大過失作為刑事過失的基準，故於此翻譯為過失致死罪，與 MPC 的用語需予以區隔。

³⁰⁶ 368 F.2d 368, 374 (4th Cir. 1966).

³⁰⁷ *United States v. Benally*, 756 F.2d 773 (10th Cir. 1985); *United States v. Keith*, 605 F.2d 462 (9th Cir. 1979); *United States v. Dixon*, 419 F.2d 288 (D.C. Cir. 1969).

³⁰⁸ Patrick H. Martin, *The BP Spill and the Meaning of "Gross Negligence or Willful Misconduct"*, 71(3) *La. L. Rev.* 957, 1015 (2011).

³⁰⁹ LA. REV. STAT. ANN. §14:12 (2007).

³¹⁰ See Nance A. O'Donnell, *Punitive Damages in Florida Negligence Cases: How Much Negligence Is Enough?*, 42 *U. Miami L. Rev.* 803, 808-814 (1988).

³¹¹ *Cannon v. State*, 91 Fla. 214, 107 So. 360 (1926); *Franklin v. State*, 120 Fla. 686, 163 So. 55 (1935); *Santarelli v. State*, 62 So.3d 1211, 36 Fla. L. Weekly D1243 (2011).

³¹² *State v. Carman*, 292 Neb. 207, 872 N.W.2d 559 (2015).

³¹³ *State v. Lester*, 127 Minn.282 (1914).

作為形容³¹⁴。

第二目 懲罰性損害賠償、重大過失與輕率之關聯性

從前述法院判決脈絡，可粗略找出三個關鍵字，分別為：懲罰性損害賠償、重大過失與輕率。懲罰性損害賠償係陪審團考量不法行為的嚴重性、原告所受損害之程度以及被告資力，以評估被告侵害原告權利之主觀惡性程度，決定實際損害以外的數額。因其帶有應報色彩 (retribution)，且不論本質、功能亦得與罰金相比擬³¹⁵，因此被聯邦最高法院認為屬準刑法 (quasi-criminal)³¹⁶。但除故意侵權行為外，過失侵權行為須至什麼程度的惡行，始允許陪審員要求被告負擔相關責任，係懲罰性損害賠償最大的難題，各州法院在用詞上多以「輕率漠視他人權利」、「蓄意的不當行為 (willful misconduct)、恣意、重大過失或對於結果之發生冷漠以對」³¹⁷。

從美國法整編侵權法第 2 版第 500 條對於輕率之定義³¹⁸，加上法院釋義與用詞之努力，多數法院見解係將輕率與蓄意、恣意視為同義³¹⁹，並置於故意 (intent) 和過失侵權行為的光譜之間³²⁰，肯認其滿足懲罰性損害賠償所要求的主觀，惟重大過失的地位卻顯曖昧不明。有認為重大過失實質即為輕率，或者許多法院在解釋上增添壞的主觀心智狀態 (bad state of mind) 及極端的過錯為要件，使得在意

³¹⁴ People v. Angelo, 246 NY 451, 159 NE 394 (1927). See C.T. Foster, Annotation, *Test or Criterion of Term "Culpable Negligence," "Criminal Negligence," or "Gross Negligence," Appearing in Statute Defining or Governing Manslaughter*, 161 A.L.R. 21 (1946); WAYNE R. LAFAVE, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* § 5.4(b) Criminal negligence (3rd 2017).

³¹⁵ David G. Owen, *A Punitive Damages Overview: Functions, Problems And Reform*, 39 Vill. L. Rev. 363, 375 (1994).

³¹⁶ Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 532 U.S. 424, 432 (2001).

³¹⁷ VICTOR E. SCHWARTZ et al., *PROSSER, WADE AND SCHWARTZ'S TORTS: CASES AND MATERIALS* 554 (11th ed. 2005).

³¹⁸ 美國法整編侵權法第 2 版第 500 條：「行為人若明知或有理由知悉，合理之人將會認為其行為不僅已對他人人身傷害創設出不合理的危險，且該危險較過失更為嚴重，則其行為則屬輕率漠視他人安危。」

³¹⁹ Craig v. Driscoll, 262 Conn. 312, 342, 813 A.2d 1003, 1022 (2003). See also Bowman v. McNary, 853 N.E.2d 984 (Ind. App. 2006), Tranby v. Brodock, 348 N.W.2d 458, 461 (S.D.1984).

³²⁰ 1 DAN B. DOBBS et al., *THE LAW OF TORTS* 79 (2nd ed. 2011).

義上等同蓄意與恣意³²¹；亦有論者將二者獨立視之，而輕率之可責性高於重大過失³²²。

依此，在解釋的路徑上，就會有三種可能的排列組合，並以等式表現：刑事過失=侵權輕率>侵權重大過失、刑事過失=侵權輕率=侵權重大過失與侵權輕率>刑事過失=侵權重大過失。以思考脈絡而言，若能將刑事過失比擬為侵權法上的草率，又草率為各州課與懲罰性損害賠償的共通要件，則可進一步探討陪審團在課與懲罰性損害賠償所考量的因素。

從認識風險(*conscious*)的層面來看，刑事過失與其他三種犯意最大的差別，即未認識風險，是一種客觀責任的具體化³²³，但在侵權法上之輕率，是否需以行為人主觀上得計算不幸結果發生的概然率為必要，聯邦法與州法卻有不同的解讀。聯邦最高法院在 *Safeco Ins. Co. of America v. Burr* 一案中表明以客觀理性人的標準，評估傷害的風險程度³²⁴，但許多州法院持相反意見，要求行為人必須認識到其選擇之行為將會對於他人造成嚴重的危險³²⁵。

在聯邦法的邏輯下，侵權法的輕率和刑事過失皆不要求行為人須有真切的認識，並以嚴重偏離理性自然人為依歸，惟風險的程度在不同語意的解讀下，會有明顯的差別，因為侵權法要求不合理(*unreasonable*)的風險，刑事過失則指涉重大且不合理(*substantial and unjustifiable*)。觀察句構排列，重大及不合理可以被拆解為獨立之形容詞，作為描述風險的不同面向，若將二者視為具有個別意義的

³²¹ DAN B. DOBBS et al., *HORNBOOK ON TORTS* 240 (2nd ed. 2015); Edwin H. Byrd III, *Reflections on Willful, Wanton, Reckless, and Gross Negligence*, 48(6) *La. L. Rev.* 1383, 1396-1397(1988).

³²² *Suffield Development Associates Ltd. Partnership v. National Loan Investors, L.P.*, 97 Conn. App. 541, 905 A.2d 1214, 1236 (2006); *Doe v. Boy Scouts of America Corporation*, 323 Conn. 303, 147 A.3d 104 (2016).

³²³ SANFORD H. KADISH & STEPHEN J. SCHULHOFER, *CRIMINAL LAW AND ITS PROCESSES: CASES AND MATERIALS* 449 (6th ed. 1995).

³²⁴ 551 U.S. 47, 68 (2007). See also *Slade v. Bd. of Sch. Directors of City of Milwaukee*, 702 F.3d 1027, 1029 (7th Cir. 2012); *Estate of Parsons v. Palestinian Auth.*, 651 F.3d 118, 128 (D.C. Cir. 2011).

³²⁵ *Matthiessen v. Vanech*, 266 Conn. 822, 836 A.2d 394 (2003); *Archibald v. Kemble*, 2009 PA Super 79, 971 A.2d 513 (2009); *Noffke ex rel. Swenson v. Bakke*, 760 N.W.2d 156, 241 Ed. Law Rep. 335 (2009); *Griffin v. Haunted Hotel, Inc.*, 194 Cal. Rptr. 3d 830 (2015).

字詞，則刑事過失所要求的風險程度大於侵權法上的輕率，或者是將重大的意義寄託於不合理的程度³²⁶；而在學說上一致認為 unreasonable 等同 unjustifiable 的解釋下，二者的風險則趨近相似或相同。

另一方面，在州法的脈絡下，「認識」在刑法中所扮演的角色，係為限縮人民因受罰而喪失之行動自由³²⁷，倘行為人僅因未符合社會所形塑的理性人標準而受懲，則刑罰之施加僅能達到應報之目的，而無預防的可能，使得刑事過失在主觀犯意中成為例外，亦與侵權法之輕率產生質的差別。如果再提升一個層級，將目光擺向刑法的輕率，在 MPC 第 2.02 條第 2 項 c 款將輕率定義為：「當行為人有意識地漠視客觀要件所存有重大且不法的危險或該危險係源於其行為，即為輕率，危險之本質與程度需從行為的性質、目的與行為人所在環境定之，並且其行為嚴重偏離（gross deviation）守法之人在相同情境下的行動³²⁸。」亦會遇到風險程度有別的問題，甚至是侵權法上的「合理之人」與刑事輕率所指「守法之人」範圍是否重疊的疑問³²⁹。

依此，刑事過失的主觀犯意要求，在聯邦法下得以相等或高於侵權法上的輕率；而在州法的操作下，刑事輕率與侵權法之輕率得以相提並論（參表二）。因此，接下來進一步觀察，當醫師違反告知義務時，陪審團會參酌哪些要素以決定懲罰性損害賠償之課與？

³²⁶ Kenneth W. Simons, *Should the Model Penal Code's Mens Rea Provisions Be Amended?*, 1(1) Ohio St. L.J. 179, 189-191 (2003); Joshua Dressler, *Does One Mens Rea Fit All: Thoughts on Alexander's Unified Conception of Criminal Culpability*, 88 Calif. L. Rev. 955, 958 (2000).

³²⁷ Samuel W. Buell & Lisa Kern Griffin, *On the Mental State of Consciousness of Wrongdoing*, 75 Law & Contemp. Probs. 133, 138 (2012).

³²⁸ "A person acts recklessly with respect to a material element of an offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct. The risk must be of such a nature and degree that, considering the nature and purpose of the actor's conduct and the circumstances known to him, its disregard involves a gross deviation from the standard of conduct that a law-abiding person would observe in the actor's situation."

³²⁹ 有學者認為守法之人應為合理之人的高標，參 Victoria Nourse, *After the Reasonable Man: Getting Over the Subjectivity Objectivity Question*, 11(1) New Crim. L. Rev. 33, 48 (2008).

	刑事法主觀犯意	侵權法主觀歸責
聯邦法	刑事過失 \cong	輕率
州法	輕率 \cong	輕率

(表二)

第三款 以侵權法案例洞察刑法標準

第一目 案例整理

承前述，懲罰性損害賠償既然具有達成與刑事法相同之處罰及嚇阻功能，學說紛紛主張，當原告請求相關金額時，應盡可能參酌並適用刑事訴訟程序，例如舉證程度應從優勢證據法則提高至「清楚且具說服力的證據」(clear and convincing evidence)，已有將近 31 個州採取該標準³³⁰；在刑事訴訟程序，通常由陪審團決定被告是否有罪，並由法官決定刑期，而有些州則認為懲罰性損害賠償的課與，亦必須以同樣的方式進行³³¹；抑或是設定賠償數額的法定上限，或將部分之數額強制撥付予州政府，一方面避免原告濫訴的取巧心態，另一方面盡可能合理化賠償數額的界限³³²。

因違反告知義務，而被法院課與懲罰性損害賠償之案例，最早可追溯至 1905 年 Pratt v. Davis 案，本案亦開啟醫療傷害的先河。原告因受癲癇所苦而尋求被告醫師之協助，醫師檢查過後發現原告的子宮發育不全，且有會陰撕裂的跡象，並向其表示欲治癒其癲癇，需在子宮與卵巢表面實施小手術。然而實際上係進行切除子宮與卵巢的重大手術，而手術前皆未得到原告之同意，甚至原告早已在先前表明，拒絕接受任何改變身體形態的手術或治療³³³。上訴法院在審查下級法院所

³³⁰ William Douglas Woody & Edie Greene, *Jurors' Use of Standards of Proof in Decisions About Punitive Damages*, 30(6) Behav. Sci. & L. 856, 857 (2012).

³³¹ *Supra* note 315, at 411-412.

³³² Lisa M. Sharkey, *Judge Or Jury: Who Should Assess Punitive Damages*, 64 U. Cin. L. Rev. 1089, 1095 (1996).

³³³ 118 Ill.App. 161, 172 (1905).

決定之懲罰性損害賠償數額時，強調所謂惡意、暴力或輕率等字詞，不只意味著不喜歡、厭惡或傷害原告的渴望，同時也包含行為人知悉或依其智識應知悉，其無權在未經他人之同意下，恣意地毀傷他人身體之一部（mutilation of body）³³⁴，進而肯認下級審法院之決定。

自此後，未經病人同意之治療，縱使醫師技藝專精或整體對於病人有所助益，仍會構成侵權法上之傷害罪，且原告有機會獲得懲罰性損害賠償，20 世紀中期後，法院漸以過失理論分析同意的請求權基礎³³⁵。在學界檢討相關損害賠償之要件與數額的風潮漸起時，這股聲浪亦逐漸影響實務與立法者的態度，不論是在實務判決或修法上，皆盡其所能地嚴格化懲罰性損害賠償的適用，因此間接使得因違反告知義務而課與懲罰性損害賠償的適例，極為稀少。因此本文將整理陪審團或法院在有限案例中決定或否定懲罰性損害賠償時參酌的因素，並進而歸納、分析。

1. 違反病人明示之意思：

(1) 在 Davis v. Hoffman 一案中，原告因下腹部疼痛而求助醫師，經診斷後發現子宮肌瘤，被告醫師不但安排子宮內膜刮除手術，亦建議進行腹腔鏡及子宮鏡檢查。在經過護士播放相關手術之影片後，原告特別告知醫師與護士，其並不同意子宮切除術的實施，惟醫師在進行相關手術時，違反原告先前明示之意仍切除子宮，致原告受到嚴重之傷害³³⁶。法院認為未經病人同意即切除子宮，足以構成懲罰性損害賠償所要求的輕率冷漠或恣意的程度³³⁷；而護士雖亦需負懲罰性損害賠償之責，惟其非承擔告知義務的主體，而係因未盡注意

³³⁴ *Id.* at 182.

³³⁵ Howard v. University of Medicine and Dentistry of New Jersey, 172 N.J. 537, 546 (2002).

³³⁶ 972 F.Supp. 308, 310 (1997).

³³⁷ *Id.* at 313.

義務而負之過失責任³³⁸。

(2) 相同情況亦發生於 Treib v. Glatt 案，原告主張被告醫師未經其同意，即在未使用麻醉之情況下，打開傷口以清除感染的部分，況且其先前已口頭表示拒絕該項程序³³⁹，因此醫師的行為足以顯示有知覺地漠視病人之權利。法院表示若陪審團相信原告在過程中確實表達拒絕該程序之意思，則相關證據將符合惡意的情境，亦能進一步考量懲罰性損害賠償之數額³⁴⁰，言下之意，陪審團需認定原告在過程中，是否曾明確表達意願的事實問題。

(3) 在 Brownstein v. Gieda 案，原告被拘留於警察局時，癲癇突然發作，被送往醫院時，在清醒的狀態下不斷拒絕醫療行為，但被告醫師卻執意執行抽血檢查³⁴¹。法院認為若此以暴力的手段強迫他人接受醫療行為，確實發生者，則陪審團應可認為該行為係屬輕率³⁴²。

2. 嚴重身體損害：

(1) Giambrone v. Farha 一案，原告長期受牙周炎所苦，向被告醫師表示希望能夠拔除 15 顆牙齒，並安裝活動式牙齒，醫師在未告知相關風險及替代治療方法的情況下，遵照原告的指示拔除牙齒，使原告術後感受牙齦不適、難以吞嚥並且呼吸困難³⁴³。法院認為未取得病人之同意，即拔除 15 顆牙齒，況且多數牙齒仍可挽救，因此醫師的行為對於陪審團而言可能已達到懲罰性損害賠償的要求³⁴⁴。

³³⁸ *Id.*

³³⁹ Not Reported in F.Supp.2d, 2010 WL 5068075, at 2 (2010).

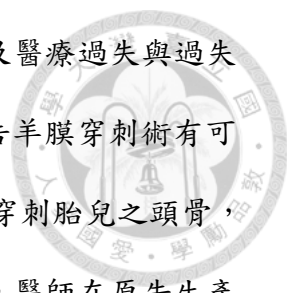
³⁴⁰ *Id.* at 6.

³⁴¹ 649 F.Supp.2d 368, 371 (2009).

³⁴² *Id.* at 378.

³⁴³ 946 N.Y.S.2d 66, 67 (2011).

³⁴⁴ *Id.* at 75.

- 
- (2) *Azarbal v. Medical Center of Delaware, Inc.* 案涉及醫療過失與過失致死 (wrongful death)。被告醫師並未告知原告羊膜穿刺術有可能傷害胎兒的風險，而在實施該項手術時不慎穿刺胎兒之頭骨，致其出生後腦部損傷並於 8 個月後死亡，另外，醫師在原告生產後隨即實施輸卵管結紮手術，同樣未得原告之同意³⁴⁵。法院表示，原告主張醫師有相當智識得以知悉潛在的胎兒傷害，該項主張充分滿足懲罰性損害賠償的要件，並適用於輸卵管結紮的部分³⁴⁶。
- (3) *Ferguson v. Parke-Davis, Division of Warner-Lambert Company* 一案，原告在懷孕期間為治療癲癇，在被告醫師的建議下，服用苯巴比妥及苯妥英，但醫師卻未告知該藥物可能會造成胎兒腦部異常發展之風險，在嬰兒出生經診斷發現，其身體、神經受有損害³⁴⁷。法院認為醫師在未告知有害的影響下，過度推銷藥物，實質上可被認定屬於重大過失的行為³⁴⁸。
- (4) *Barton v. Tomecek* 一案，原告因背部疼痛而接受複雜的脊椎手術，實施該手術前，原告確實有簽署同意書，惟同意書上並未明確表明副作用與風險，致其術後發生直背綜合症³⁴⁹。原告所委託之專家證人表示，原告的生活徹底被摧毀，術後結果極度惡劣，法院認為此已充分證明醫師行為係出於重大過失³⁵⁰。

3. 非一般公認醫學之實踐：

- (1) 在 *Charell v. Gonzalez* 案中，原告罹患子宮內膜癌，在尋求醫療意

³⁴⁵ 724 F.Supp. 279, 280 (1989).

³⁴⁶ *Id.* at 283-284.

³⁴⁷ 1985 WL 967, 968 (1985).

³⁴⁸ *Id.* at 969.

³⁴⁹ 2013 WL 4521148, at 3 (2013).

³⁵⁰ *Id.* at 4.

見之過程中，被告醫師說服原告放棄傳統的化療或雷射療法，選擇其所推薦的營養治療法，但並未告知相關之醫療風險，且醫師與推廣該療法之企業具有利益關係。法院強調此種新興醫療手段的應用，容易使得醫師偏離普遍公認的醫療標準，而這個問題只能透過向病人說明其中涉及的風險，進而取得病人通盤的同意³⁵¹，基於上述理由肯認陪審團的懲罰性損害賠償決定。

(2) 另外，*DeNeui v. Wellman* 一案，被告醫師在實施前位頸椎間盤切除及骨融合手術的過程中，使用骨塑型蛋白，屬於藥品仿單標示外使用，原告宣稱此舉造成呼吸、吞嚥與言語困難，使其永久喪失自理與工作能力³⁵²。法院認為醫師固然須盡告知義務，但要請求懲罰性損害賠償，相關證據必須顯示出醫師有知覺地知悉，其行為造成原告傷害之概然性，需達到很有可能的程度（in all probability）³⁵³。

(3) 在 *Taylor v. Medenica* 案，原告罹患乳癌並切除乳房後，被告醫師建議原告進行化療及使用排多癌注射劑，以減緩或停止體內癌細胞的生長，但卻未告知後者潛藏骨髓造血功能抑制的風險，致原告發生溶血性尿毒綜合症，造成其腎臟永久喪失功能與視力損毀³⁵⁴。原告委託之專家證人表示，醫界並無以排多癌注射劑作為乳癌輔助療法的研究，法院認為醫師知曉現行並無任何研究支持其所選擇的療法，又未充分告知原告相關之風險，肯認陪審團所為的裁定

³⁵⁵ ○

³⁵¹ 173 Misc.2d 227, 232 (1997). 惟上級法院採不同看法，參 *Charell v. Gonzalez*, 251 A.D.2d 72, 73-74 (1998).

³⁵² 2009 WL 4847086, at 1 (2009).

³⁵³ *Id.* at 7.

³⁵⁴ 324 S.C. 200, 208 (1996).

³⁵⁵ *Id.* at 221-222.

(4) *Corrigan v. Methodist Hosp.* 案中，原告因背痛而諮詢醫師，被告醫師宣稱椎間孔切開術、後外側植骨融合術等手術，係唯一能改善原告狀況之醫療選項，術後持續發生肌肉痙攣與抽筋的情形³⁵⁶，且醫師等人持有 Acromed 公司的員工認股權，而該公司正是發展椎弓根螺釘系統的企業，顯然具有利益關係。原告委託之專家證人表示，手術中所使用的骨釘目前仍處於實驗階段，且亦未告知原告該等器具所可能造成之風險，法院認為醫師在明知的情況下實施手術，陪審團可能會認定此行為係無法容忍的³⁵⁷。

第二目 嚴重身體損害之標準

本文以關鍵字搜尋相關案例時，符合條件者總共有 37 個案例³⁵⁸，但主要因違反告知義務而被課與懲罰性損害賠償僅 11 個案例，其餘多為原告舉證不足、因主請求權基礎未能成立，連帶影響具備附屬性質的懲罰性損害賠償以及人犯自主權利之限制三種情況。上述違反原告明示意願的情況中，若以刑法的角度觀之，在明知該醫療行為對於病人可能造成之傷害，恣意忽視病人的需求所為的醫療措施，應屬於故意傷害罪之範疇，但與我國目前多數違反告知義務的個案內容並不相符。

比較接近的是，因未告知病人治療風險、常發生之併發症及副作用等，使得病人在一無所悉的情況下，接受該醫療行為。囿於無法洞悉行為人的主觀，因此陪審團或法院係以醫師知悉醫療行為可能造成之嚴重身體損害，卻未告知病人的客觀事實，推論醫師已達重大過失之程度，惟何謂嚴重，在侵權法下卻無定義，必須仰賴陪審團或法院個案判斷之。巧合的是，前述判決有特別提到，各州在過

³⁵⁶ 869 F.Supp. 1208, 1210 (1994).

³⁵⁷ *Id.* at 1213-1214.

³⁵⁸ 本文以「punitive damages & informed consent」等關鍵字，於 Westlaw 查詢相關案例。

失犯罪的構成要件上，亦多設置嚴重身體損害的要件作為節閥，換言之，行為人縱具備可罰性過失，惟該傷害結果係屬輕微者，仍無加諸刑事制裁之必要。

在侵權法懲罰性損害賠償的成立，犯行主觀程度的要求可對應至刑法的可罰性過失或輕率，已如前述，而懲罰性損害賠償所關注的嚴重身體損害，亦為可罰性過失或輕率傷害/致死罪的構成要件。因此，當相同的案件置於刑事法院中，陪審團同樣亦須仰賴該客觀事實，例如犯行發生之情境、傷害結果、雙方力量的比較³⁵⁹，藉以推導出行為人主觀達可罰性過失或輕率，就如同使用致命性武器得以作為意圖的推測（inference）一樣。當然證明力需超越合理懷疑之程度，而嚴重身體損害亦並非唯一參酌之因素，只是該結果的出現，不僅充實客觀要件，亦得以具體化行為人之意圖，依此，探求各州刑法對於嚴重身體損害的定義，有其必要。

除喬治亞州與維吉尼亞州外，其餘州法皆在刑法典中，特別針對嚴重身體損害予以定義，並可歸納為以下類別³⁶⁰：

1. 死亡的高度風險。
2. 無意識或極度身體疼痛。
3. 永久性毀容、永久性健康的毀敗、任何身體部位、器官之功能、四肢功能或智力的永久性喪失或毀敗，或縱其身體功能、毀容狀況僅暫時性無法恢復原狀，惟其所受傷害的程度極為巨大。
4. 不法終止妊娠或造成死胎。
5. 孩童需接受手術修復，並且有執行全身麻醉之必要，或 8 歲以下兒童骨折。

因此，當醫師知悉醫療行為潛在風險之發生，如併發症、副作用等，具有高

³⁵⁹ Teague v. Stephens, 2014 WL 4365345, at 8 (2014).

³⁶⁰ Francis X. Shen, Mind, Body, And The Criminal Law, 97 Minn. L. Rev. 2036, 2121-2157 (2013).

度概然性時，在此情況下，本應交由病人選擇是否接受該醫療措施，卻未告知病人該風險，任意執行該醫療行為，而造成嚴重身體損害或死亡者，在美國法上，醫師有可能成立傷害罪、輕率致死罪或過失致死罪之刑責。



第三目 非一般公認醫學之實踐—以藥品仿單標示外使用為中心

醫療準則的目的，是透過針對特定臨床情況，系統性地發展病人照護，以協助醫事人員與病人作成妥善的醫藥決定，因此，醫療準則對於相關疾病、醫藥問題與狀況會提出醫界普遍可接受的方法，而醫師原則上需遵守這些普遍被接受的醫療標準，以符合所謂的注意義務。但違反公認的醫療實踐準則，並非即構成刑事責任³⁶¹。

但在某些例外情況中，鑑於主要醫療已無法發生效果，這些輔助及另類醫學（complementary and alternative medicine，下稱 CAM）成為病人最後一線生機。因此，不論是在州法或者是法院判決上，皆肯認醫師在符合特定條件下得使用 CAM，例如路易斯安那州、內華達州與德州規定，醫師需完整評估病人的狀況，包括常規醫療的診斷、提供醫療診斷與病人治療計畫，以及在執行任何非常規的醫藥治療前，必須盡告知義務以取得病人之同意³⁶²。另外，法院亦認為當病人同意非常規醫藥治療所衍生之風險時，或可減輕醫師之責任，惟醫師行為因偏離醫界標準，仍可能面臨吊銷執照的命運³⁶³。

藥品仿單標示外使用（off-label use，下稱仿單外使用）作為醫師最常使用的 CAM，是指醫師處方用藥超過食品藥物管理局（Food and Drug Administration，下稱 FDA）原核准之使用範疇，因醫師本於其醫學專業知識及經驗，對於患者最佳利益而決定醫療處置，自然期待對於醫療行為中最重要之用藥，希望能有最大

³⁶¹ United States v. Feingold, 454 F.3d 1001, 1007 (9th Cir. 2006).

³⁶² Joseph A. Barrette, *The Alternative Medical Practice Act: Does It Adequately Protect The Right Of Physicians To Use Complementary And Alternative Medicine?*, 77(1) St. John's L. Rev. 75, 92 (2003).

³⁶³ *Id.* at 89.

自由運用之空間。只要基於醫師自己之經驗、醫學文獻閱讀及繼續教育所得之新知，而對於既存核准藥物為不同適應症之運用，並無不可³⁶⁴。

惟醫師是否應告知病人用藥為仿單外使用，多數法院採取否定的見解，因為 FDA 的核准並非為醫師的判斷背書，且揭露該等資訊將會造成過度恐慌，使病人將「FDA 尚未予以核准」與「FDA 未予以核准」相提並論，進而錯失最佳的治療方法，甚至亦會使得醫師的焦點，從日新月異的醫學文獻轉移至 FDA 的行政規範而變得墨守成規³⁶⁵。

但有研究指出，仿單外使用與多數民眾的想法是背道而馳的，因為民眾多相信其服用之藥物已經 FDA 核准，或係用於自身的適應症，而正因為仿單外使用並未經過嚴密的審查，且欠缺相關科學證據的支持，未必能為病人帶來益處。從經驗法則來看，藥物被廣泛使用的時間越長，其潛在的風險亦為人所悉，相較之下，仿單外使用所可能引發的傷害，卻通常尚未被察覺，因此，有學者認為告知義務的課與，係為澄清病人對於藥物所存的錯誤想像³⁶⁶。另外，比較特別的是，藥商的推銷手段或多或少亦會對於醫師用藥造成影響，因此，若醫師與生產藥物的廠商，具利益關係者，亦應予以告知³⁶⁷。

第四款 小結

從侵權法上之案例來看，在同一水平的主觀犯意上，可以推論因未告知而造成嚴重的身體損害以及未告知使用一般非公認醫學的方法，二者很有可能成為刑事責任關注的對象。

美國法在界定所謂的「嚴重傷害」，概念較我國刑法定義為寬，刑法第 10 條

³⁶⁴ 廖建瑜 (2011)，〈藥品 OFF-LABEL USE 之管制 (上)〉，《法學新論》，31 期，頁 44。

³⁶⁵ Margaret Z. Johns, *Informed Consent: Requiring Doctors To Disclose Off- Label Prescriptions And Conflicts of Interest*, 58 *Hastings L.J.* 967, 1014-1015 (2007).

³⁶⁶ *Id.* at 1019.

³⁶⁷ *Id.* at 1021.

第 4 項之重傷前 5 款所列係指重要生理機能達毀損之程度，而第 6 款之概括性規定，則係將重傷的認定標準繫於治療結果，且傷害的客體對於人體組織、機能係屬重大，惟美國法認為縱使後續傷害有回復之可能，但在受傷當時或期間遭受極度痛感，仍屬嚴重身體傷害，不以不治或難治為必要。

至於一般非公認醫學的方法，既然醫療常規在我國刑法注意義務的判斷上仍發揮主要影響力，偏離醫療常規的醫療措施通常亦會成為非難重點。但仿單外使用不同於美國法，我國衛生署已明白表示，需據實告知病人始謂合法的仿單外使用³⁶⁸，終究都會回歸至前述風險高低以及業務上正當行為的適法性問題³⁶⁹。

第三項 德國法

為了使病人掌握對於身體照護與控制的權利，亦為確保病人並非在錯誤情況下所為之決定，進而讓自決權的實現成為可能，德國法同樣強調醫師的告知義務（ärztliche Aufklärungspflicht）。不論是學界或實務，皆肯認告知事項涵蓋診斷、方法、醫療行為現存之風險、概然率等抽象概念，而德國民法典第 630d 條以下亦清楚羅列告知說明的範圍、形式與記載。

惟學理上認為，民法以損害賠償為取向的責任原則，並無法適用於刑法的責任性（verantwortlichkeit），在考量刑法最後手段性的本質下，必須要探求對於身體完整性的自決權，是否因欠缺告知的行為而被嚴重扭曲³⁷⁰。但不能夠僅僅從「義務」本身觀察告知行為，而需考量課與如此告知義務，醫師背後所承受的負擔，因此，破壞病人意願實現的不充足告知，在欠缺其他阻卻違法事由的前提下，將會被評價為不法³⁷¹。

但什麼樣的情況得以被論為不足，實際上仍須取決於在臨床醫療中，所遇的

³⁶⁸ 91 年 2 月 8 日衛署醫字第 0910014830 號函。

³⁶⁹ 王志嘉，前揭註 281，頁 118。

³⁷⁰ Sternberg-Lieben, in SK-StGB, Bd. 4, 30. Aufl., 2019, § 223, Rn. 40.

³⁷¹ Paeffgen/Zabel, (Fn. 80), § 228, Rn. 74.

具體事件而定，目前德國刑法學者傾向關注具體個案在告知義務要求中，所扮演之角色³⁷²。依據自決權實現的層面不同，被區分為診斷 (Diagnoseaufklärung)、病程 (Verlaufsaufklärung)、風險和替代方案 (Risikoaufklärung)，而治療告知 (therapeutische Aufklärung) 則屬於安全性告知義務 (Sicherungsaufklärung) 之一環³⁷³。惟實際上自我決定之內容彼此間並非可清楚區分或不相容，但為求完整說明，以下仍就不同細項說明之。

第一款 診斷告知

告知診斷病況可謂是自決權行使之起點，必須使病人知悉其所患疾病名稱、情形。換言之，一個妥適且自主的決定，奠基於病人獲悉自身病況、可能實施的醫療選項、存活率等，屬於為實現自主決定的必要基礎知識³⁷⁴。必須注意的是，違反診斷告知義務，幾乎不會導致刑事制裁，只能以民事補償病人之損失，例如病人因相信醫師的診斷，做了一連串的檢查和治療，惟事後發現醫師診斷錯誤，而相關花費為徒勞無功者，屬損害賠償範圍。同樣，財產損失也是可想像的，若病人聽聞罹患嚴重疾病，而詢問醫師是否需為自身健康做出更大的投資或改變，在經驗法則下，病人通常會支付該筆款項³⁷⁵。

但當涉及醫療行為或者治療的執行時，但卻未說明執行的理由時，即可能產生刑事責任，如一外科醫師執行肩膀手術的過程中，鑽頭疑似斷裂，而遺留兩公分長的尖端於骨頭中，醫師為移除該碎片，向病人謊稱第二次手術執行有其必要，隱匿再次手術的真實理由，醫師實質上已違反診斷告知義務的誠命³⁷⁶。

第二款 病程告知

³⁷² Paeffgen/Zabel, a.a.O., § 228, Rn.75.

³⁷³ Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 57.

³⁷⁴ Eisner, Die Aufklärungspflicht des Arztes: die Rechtslage in Deutschland, Schweiz und den USA, 1992, S. 63.

³⁷⁵ Holzer, Die Aufklärung unheilbar Kranker aus rechtlicher Sicht, WMW 1989, S. 495-496.

³⁷⁶ BGH, 20.01.2004 - 1 StR 319/03.

當醫師依據診斷，向病人說明目前身體狀態的情形後，進一步須告知健康的後續走向以及必要的醫療行為，尤其是醫療替代方案告知 (Behandlungsalternativen)，例如數種手術方法之選擇或者比較。只是吾人同樣也承認當醫學上同時有多種被承認的治療方法，在尚無任何妥適標準的情況下，醫生即享有自由選擇醫療方法之權利 (ärztlicher Therapiefreiheit)，此種權利受德國基本法第 12 條第 1 項工作自由所保障³⁷⁷。

接下來就會產生一個問題，當現實上存有數種治療方法時，醫師是否需告知病人之間的優劣與比較？抑或是在行使裁量權後，只需說明其所偏愛的醫療選項？德國聯邦最高法院在 1996 年的獸骨移植案中，明確表示醫師在選擇移植椎間盤時，醫學上存有兩種治療方式，一為自體移植，雖無併發症發生之可能，惟須實施兩次手術且可能傷害骨盆頂端，另一則為獸骨移植，容易引發併發症，但僅需一次手術即可完成，上述兩種治療方式具有相同的價值，醫師可依其對於病人之評估，選擇治療方式，且僅需說明該選項的併發症與風險³⁷⁸。因此，如果多種治療方式具有不同的後果或風險，則告知治療方案其中的差異，成為必要，甚至涵蓋不同形式的麻醉³⁷⁹。

就此，學說見解趨向正反兩極，Giesen 認為醫師之責任不當地被免除，將享有其他職業所沒有的特權，醫師因為方法自由，無庸承擔裁量權行使後的不利結果，使得病人變相地需承受不利益³⁸⁰。Puppe 強調此舉等同將醫師視為病人之監護人，由醫師片面決定病人應犧牲何種健康以及冒何種風險來得到重獲健康的可能性³⁸¹。Pflüger 指出縱使根據醫師的專業意見，選擇最為妥適的治療方法，但病

³⁷⁷ Sternberg-Lieben/Schuster, (Fn. 222), § 15, Rn. 212d.

³⁷⁸ BGH, 29.06.1995 - 4 StR 760/94.

³⁷⁹ BGH 12.2.1974 - VI ZR 141/72.

³⁸⁰ Giesen, Arzthaftungsrecht, 1995, Rn. 105.

³⁸¹ Ingeborg Puppe, 前揭註 105, 頁 282。

人對於技術現況的理解以及願望，或許和醫師所想像的相衝突³⁸²。Paeffgen 等人亦表示只要有合理、適當的治療選項，對於患者造成較小的壓力、風險，或提供不同的成功機會，都不能將其視為具有同等功效³⁸³。

但 Laufs 則採取不同看法。首先，在治療的選擇上，醫生必須依據具體情況，以及治療方法上所具備的經驗和技巧進行醫療評估。聯邦最高法院固然承認治療自由的原則，但倘醫師在可預見其所相信之醫療方法將失敗的情況下，仍未能即時中止醫療行為，或係偏離一般公認醫學實踐的路徑，但卻未比較其中醫療程序的有效性（Wirksamkeit eines Verfahrens），仍有被定罪之可能。因此，法律雖不要求醫師需遵循傳統的醫學方法，但醫師必須對於其所優先選擇的醫療方式，具備精準的瞭解³⁸⁴。

其次，方法自由不該視為是醫師的特權，而是一種有利於病人的權利（fremdnütziges Recht），方法自由允許醫生視具體情況，選擇使病人取得最佳利益的治療措施。換言之，保護患者的身體利益得以與醫師工作自由同時並存，可部分有效地實現同一目標，兩者並非處於衝突狀態，而是彼此相互調和³⁸⁵。Laufs 更進一步言，醫師並不受到醫學公認實踐的拘束，其他職業關係中無法適用醫界捍衛的自由裁量和判斷餘地，有其理由，因為成功的治療取決於很多理性無法捉摸的因素，在與病人達成共識的情況下，醫師有可能會超出醫療常規的範疇，進行嘗試，在此前提下，方法自由顯得不可或缺³⁸⁶。

另外，有些醫療方法在醫學上的功效，尚未受到認可，但處於穩定醫療科學的邊緣，並且在申請時無義務支付法定健康保險，被稱之為局外人的醫療方法

³⁸² Pflüger, Patientenaufklärung über Behandlungsqualität und Versorgungsstrukturen-Erweiterte Haftungsrisiken für Arzt und Krankenhaus?, MedR 2000, S. 8.

³⁸³ Paeffgen/Zabel, (Fn. 80), § 228, Rn. 82.

³⁸⁴ Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., 2010, §6, Rn. 35.

³⁸⁵ Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, 7. Aufl., 2015, Rn. 93.

³⁸⁶ Laufs/Kern, (Fn. 384), § 97, Rn. 36.

(Außenseitermethode)。從某種意義來說，此種未被醫界接納的方法可以被視為醫療實踐自我理解的指標、進步信念之追求以及求新求變的精神³⁸⁷。但正因為欠缺長遠醫學的觀察與常識，因此，法院特別強調必須提供比標準醫療更為詳細的資訊，使病人瞭解醫療行為的性質、重要性與範圍，以及針對為何不遵循常規醫療的情事加以說明³⁸⁸。

第三款 風險告知 (Risikoaufklärung)

對於病人的理解，從被動接受醫療行為之客體，躍升成為獨立的主體，尊重病人自決權以及禁止醫療權威重現，不能僅僅因專業或疾病為由，而質疑憲法的要求，對醫師的家長式理解，並不符合基本法中的人類圖像，因此，該等醫療行為的併發症、副作用及風險須一併告知。但這條界限的劃分對於德國法而言，同樣是一大挑戰。是否告知需從合理之人的角度出發，考量醫療行為侵害的緊迫性、危險性和概然率的計算，決定告知需要性 (Aufklärungsbedürftigkeit)³⁸⁹。觀察德國刑事判決，其主要是以與該併發症發生之頻率、適應性、病人意願等作為判斷醫師是否告知的依據，並得以區分為以下數種類型。

第一目 併發症發生之頻率

第一個決定因素，是以確切醫療風險發生之頻率為斷，但重要的並非以數字比例呈現的可能性，對於非常遙遠的風險可能性或者是發生極為罕見者，原則上並不需要告知³⁹⁰，按其性質又可分為一般已知、一般及典型、特別與主觀因素有關之風險。

1. 一般已知風險 (Allgemein bekannte Risiken)

在手術的一般已知風險中，因其普遍性及非特別侵害性的固有本質，允

³⁸⁷ Jung, Außenseitermethoden und strafrechtliche Haftung, ZStW 97 (2009), S. 47.

³⁸⁸ Jung, a.a.O., S. 58.

³⁸⁹ Joecks (Hardtung), (Fn. 62), § 223, Rn. 99.

³⁹⁰ Ulsenheimer/Biermann/Bock, (Fn. 79), Rn. 67.

許醫師假設每位病人認知到手術侵害的一般性風險，因為該風險的發生通常並非在病人考量的範疇，亦避免過度施加醫師的告知負擔³⁹¹。

目前法院已承認的情形包含一般感染、傷口感染、發紅和小血腫、切口性疝氣、出血、與麻醉相關的暫時性神經損傷或麻木感與血栓³⁹²。這些醫學基本知識的收集，表示醫師在該領域中無庸進一步說明。但現實往往不如想像美好，每個病人智識、能力與病史皆有所異，因此出現以病人為導向的個案評估，為了實質理解患者的基礎知識，應以醫學門外漢（medizinischen Laien）的角度進行觀察。

醫師需評估，該併發症的發展是否朝外行人不可預期的方向前進，而這樣損失的發生是否將會特別嚴重侵擾病人生活狀態，若為肯定，縱屬一般已知風險仍需告知。若病人已表達出認為該醫療行為無害的印象時，現有資訊的缺漏亦應補足³⁹³。

2. 一般風險（Allgemein Risiken）

一般風險則是指手術伴隨流血的可能，或者是複雜心臟手術帶來的死亡風險等確切危險實現的情況，但併發症頻率與醫師提示義務之間同樣不存有正比關係，換言之，醫師告知義務並非絕對取決於併發症頻率的高低，重要的是去權衡實施醫療行為的情況。

告知的事項，並非告訴病人專業的醫學知識，而是具體的風險光譜，更重要的是，真正關注的對象並非欲實施的醫療行為，而是病人個人的期望水平（Erwartungshorizont）與決策偏好，因此，對於病人是不可預期的或者是嚴重侵擾生活態樣者，例如鎖骨植入填充物進而影響能見度以及重要器官的

³⁹¹ BGH, NJW 1992, S. 743.

³⁹² Schenk, Die medizinische Grundaufklärung, 2013, S. 143-144.

³⁹³ Knauer/Brose, Medizinrecht, 3. Aufl., 2018, § 223, Rn. 36.

功能減損，在極度罕見的情況下仍須告知³⁹⁴。另外，撤除不可預期或嚴重影響生活方式者，假若有發生嚴重影響健康之風險，如面臨生命危險、喪失對生命運作重要的身體或器官功能者，亦有告知之必要³⁹⁵。



3. 典型侵害風險 (Eingriffstypische Risiken)

和前述一般風險不同的是，有些風險係特定醫療行為所固有的，且與其直接相關，稱之為典型風險或特別侵害風險 (eingriffsspezifische Risiken)，不論其發生機率之高低，皆有告知之必要³⁹⁶。

風險伴隨於醫療侵害之發生，在何種情況下會被認為典型，並不是仰賴特定的風險密度或者確切的數據，而是當極端罕見的風險發生時，對於病人之職業或私人生活態樣是否會造成特別嚴重的影響。例如輸血感染愛滋病的風險，雖然在當時感染風險僅有 1:20000 到 1:30000 之可能，但聯邦最高法院認為，只要不是百分之百確定不會感染者，仍然需在手術前即時告知病人；因執行鼻腔之篩竇手術致病人失明，雖專家證人表示依其 35 年之臨床經驗中，100 例手術僅出現兩例，法院表示仍需告知；硬脊膜外麻醉產生截癱風險僅為 19 萬分之一，仍具備特別侵害之適格性³⁹⁷。非典型風險則取決於併發症發生的概然率，通常以醫學上該併發症實現的方式與程度作為分類標準³⁹⁸。

4. 主觀因素之風險

若病人的主觀需求，著重某種特定風險，縱然其發生之頻率、嚴重程度並不顯著，醫師仍需告知，因病人所要求之資訊對於同意醫療行為之意願，

³⁹⁴ Ulsenheimer/Biermann/Bock, (Fn. 79), Rn. 353.

³⁹⁵ Ulsenheimer/Biermann/Bock, a.a.O.

³⁹⁶ Wessels/Hettinger, Strafrecht BT, Bd.1, 36 Aufl., 2012, § 612, Rn. 332.

³⁹⁷ Ulsenheimer/Biermann/Bock, (Fn. 79), Rn. 355 f.

³⁹⁸ Laufs/Kern, (Fn. 384), § 60, Rn. 1.

佔有重要之地位³⁹⁹，例如歌手對於傷害聲帶的風險較為敏感，而鋼琴家特別珍惜手部靈活。

上述判決，其中因未說明典型與非典型風險間之差別，且易淪於主觀判斷，而具備較少之觀察價值⁴⁰⁰。其他類別皆著重於病人本身的狀態，病人作為醫療決定的主體，縱使醫療行為本質上落入傷害罪之構成要件，但得到病人同意所執行的醫療行為，反而是協助他人朝向理想中的身體意象。同樣的，病人充分了解風險進而拒絕醫療行為之實施，亦需予以尊重，其亦為人格發展之途徑，病人自身所為之抉擇，並不能夠以用他人所認為的理性加以評斷。

因此，最重要的是讓病人了解風險光譜上最嚴重的狀況，以及基本病情的發展方向，並且告知訊息的多寡，主要取決於個人私領域與職業生活方式，以及由此所產生的決策偏好⁴⁰¹，不論該風險罕見與否，若其實現將嚴重限制病人之生活方式，則必須明確予以告知⁴⁰²。

特別的是，風險統計與併發症發生的頻率僅具次要地位，而法院也始終拒絕斷定併發症密度與告知義務之間的固定關係，沒有所謂一般邊界線，一切都依據個案進行衡量。以牙醫實施麻醉所導致的舌神經永久損害為例，有法院認為該併發症發生的機率低於 1：400,000⁴⁰³，因此對於有辨別力的患者而言，並不會對其意志產生嚴重影響，而短暫的神經損傷則可能被認為是常識，無庸進行說明⁴⁰⁴；

³⁹⁹ Lechner, Die Auswirkungen des Patientenrechtegesetzes auf den Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht – eine strafrechtliche Analyse, MedR 31(7) 2013, S. 432.

⁴⁰⁰ Ulsenheimer, Zur zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der neueren Judikatur und ihrer Folgen für eine defensive Medizin, MedR 1992, S. 133.

⁴⁰¹ Ulsenheimer/Biermann/Bock, (Fn. 79), Rn. 353.

⁴⁰² BGH, 22.12.2010 - 3 StR 239/10.

⁴⁰³ 德國在關於併發症發生的機率上，可分為非常常見、可能影響十分之一以上的人、常見、可能影響多達十分之一的人、不常見、最多可影響 100 人中的 1 人、罕見、可能影響多達 1000 人中的 1 人、非常罕見、可能影響 10,000 人中的 1 人、未知、無法從可用數據估計頻率。Vgl. Knauer/Brose, (Fn. 393), § 223, Rn. 35a.

⁴⁰⁴ OLG Stuttgart, 17.11.1998 - 14 U 69/97.

但亦有判決強調病人所面臨的是一危及生命的風險，應予以告知⁴⁰⁵。

Knauer 等人則指出，事實上若存有其他等效的麻醉程序，始需要解釋風險，因為在具備選項的情形下，病人才會認真考慮該採用哪一種方式，撇除數種醫療選項存在的情況，不得課與醫師過高的義務⁴⁰⁶。另外，若併發症與醫療行為之關係僅係推測而來，欠缺實質意義的統計數字證明者，則該併發症亦無庸解釋⁴⁰⁷。

但假設因告知所可能引發的危害，較自決權的侵害更為嚴重者，基於救助原則 (Fürsorgeprinzip)，告知義務需要受到限制甚至捨棄，學理上稱之為治療特權 (therapeutisches Privileg)。詳言之，告知義務依其運作之功能，可區分為動機或合作型態的告知以及蒙紗的告知型態，後者係指以面紗遮掩疾病的實際面貌，避免病人受到更進一步的刺激，在現行實務見解，已承認若因告知可能導致病人嚴重，且不可回復的健康損害者，將免除醫師之告知義務，僅僅因得知病情而情緒低落者，無法滿足該條件，且醫師需憑藉具體線索判斷，而非仰賴模糊的臆測與假設⁴⁰⁸。這種善意謊言雖深切干預病人自決權，但仍然有其必要。

以上的區分，確實有其實益，一般已知風險與典型侵害風險分別代表醫師原則上無/有告知義務，而一般風險則取決於具體個案，相同的概念亦出現於最高法院 99 年台上字第 558 號刑事判決⁴⁰⁹。惟區分標準流於恣意且模糊，在三項目中存有理不清的模糊地帶以及大量的操作空間，若以風險密度以及併發症發生頻率作為界限，如此一來，等同是以合理之人的心智能力取代實際上接受醫療行為之病人，與告知義務之目的相違背，另一方面，過多的細節對於某些病人而言，反

⁴⁰⁵ OLG Koblenz, 13.05.2004 - 5 U 41/03.

⁴⁰⁶ Knauer/Brose, (Fn. 393), § 223 Rn. 35.

⁴⁰⁷ OLG Koblenz, 21.03.2012 - 5 U 1011/11.

⁴⁰⁸ Sternberg-Lieben/Schuster, (Fn. 222), § 223, Rn. 42a.

⁴⁰⁹ 最高法院 99 年台上字第 558 號刑事判決：「病人...對醫師之診斷、治療、在醫療過程中於一定侵襲程度內，依社會一般人通常智識、經驗已可預見者...而得不需告知」

而使其更加困惑而無法評估⁴¹⁰。因此，這樣的區分僅得看作是歸納案例所得出的結論，但不論是哪種風險，德國法院大致肯認只要是會對於病人的生活領域造成嚴重影響者，縱使罕見亦不免除醫師之告知義務。



第二目 醫療行為之適應性 (Indikation) 與緊急性

所謂醫學適應性係指醫療行為所使用之醫療範圍，需具有被容許適用的性質⁴¹¹。對於告知義務原則在欠缺適應性的範圍內，德國實務和學說發展出所謂的相互性理論 (Reziprozitätsthese)，係指醫師告知的精確性與詳細性應當是取決於系爭侵害的急迫性和必要性。

此論點首先由 Kallfelz 所提出「告知義務之程度在具絕對及必要之適應性侵害中是減輕的，反之則增加。」嗣後德國實務便以此為固定的命題，將適應性與告知義務之間建立起一個相互關連性，並且認為告知義務在欠缺適應性或非急迫性的醫療侵害中是更為提高的。

因此，德國聯邦最高法院要求，一個侵害如果越不具醫療上必要性者，則醫師便必須就其成功機會與可能發生的有害結果等，向病人進行更加詳細的說明，等同以告知補強醫學指標的欠缺。德國學界採取相同之看法，肯認告知義務與急迫性間之相互關係，且是一個「不可避免的關聯性」⁴¹²。

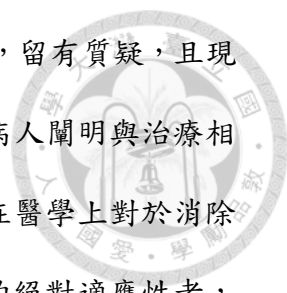
據此，學者將相互性理論所考量的適應性與緊急性，劃分為數種情況。對於欠缺適應性之醫療行為，以美容醫學為例，要求醫師必須以特別懇切的態度，向病人完整揭露該美容行為之優劣以及罕見之風險，而既然出於美的考量，告知亦須符合病人主觀美學之需求，因其欠缺緊急性，因此需提供延遲治療的選項⁴¹³。

⁴¹⁰ Ulsenheimer/Biermann/Bock, (Fn. 79), Rn. 360.

⁴¹¹ 靳宗立 (2009)，〈日本醫療過誤行為與刑事責任關係之探討〉，《軍法專刊》，55 卷 3 期，頁 74。

⁴¹² 張宇蟬 (2017)，〈非治療性美容醫學行為之刑法上評價〉，頁 117，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文。

⁴¹³ Ulsenheimer/Biermann/Bock, (Fn. 79), Rn. 361 f.



在具備相對適應性的醫療行為中，因是否採用該醫療行為，留有質疑，且現實上仍有其他之替代醫療選項，因此要求高度的告知義務，向病人闡明與治療相關之結果，使其擁有是否接受醫療行為的選項。當該醫療行為在醫學上對於消除該病痛具令人信服的必要性（*zwingend erforderlich*），即所謂的絕對適應性者，告知義務同樣也不會被免除，理由在於縱使特定醫療行為屬於病人唯一的解藥，不論病人的決定從醫學角度來看是否已幾近不理性，基於自主權的維護，仍應予以尊重，畢竟係由病人承受醫療行為之苦痛，而非醫師。

但假若該醫療行為具有重要適應性，且對陷於生命威脅之情狀具緊急性者，告知義務即傾向減縮，因為拯救生命的義務優先於自主決定權之保護，且考量現實上，在此種情況下，病人對於醫護人員的問題不會有任何回應，因此告知義務可減免至無⁴⁴。

第三目 醫療行為之嚴重性


醫療行為之結果越嚴重者，不論罕見與否皆需告知，如永久損害之風險或高死亡者，此部分和前述具重疊性，故不再贅述。

第四款 小結

在德國法中，學界固然努力地提出許多判準，作為是否告知之依據，但實質上並無法成為原則，因為這些判準只是眾多案例的歸納，甚至在原則中創設出許多例外。只不過在告知義務的參酌因素中，有三點值得吾人所注意。

一、在風險告知中，重要的是對於不知情之病人是否會造成突襲之感，併發症發生的頻率與醫學根據反而置於次要地位。這和美國法強調「違反病人明示意图」不同，在美國法的案例事實中，病人已經確切表達不願意接受特定醫療行為，醫師明知的情況下仍執意為之，惟德國法院所著重的層面是，縱使病人未表示意

⁴⁴ Ulsenheimer/Biermann/Bock, a.a.O., Rn. 362 f.




見，但醫療行為的風險發生將會對整體生活造成天翻地覆的改變時，即需告知。但如何界定對「私人和職業生活的重大影響」，按德國實務見解之脈絡似以「具體病人」作為基礎，因為何種醫療資訊對於病人利益事關重大，因人而異。因此必須探求醫師在醫療過程中，透過醫病對談、互動與氛圍，是否能得知此重要事項，甚至若病人對於醫療行為有無害的錯誤印象時，醫師亦須補足資訊。

二、相較於醫療常規，欠缺穩定的醫藥文獻基礎之非一般公認醫學實踐，不論是美國，抑或是德國，法院見解無一不強調告知的強度。因為在醫療行為，因具專業性、錯綜性及不可預測性，並為求醫療水準提升及保障病人權益的均衡，一般均以醫療常規作為醫護人員注意義務的判別標準，醫療常規的領域內實然被轉化為容許之風險，因此跳脫該場域的醫療行為被傾向認定為非容許之風險，而需靠病人同意加以彌補。

三、本文必須肯認完全否決醫師對於告知事項的裁量權，對病人而言並非良善。問題是，裁量權行使的範圍與界限，一直都是個未被說清楚的問題，德國實務判決的見解中，在裁量權與存在數種醫療選項的案例中已經表明，醫師僅需在行使裁量權後，針對其選擇之醫療選項進行說明。

雖然學說見解歧異，但不難發現，縱然是贊成此說法的學者，亦努力限縮在醫師需精準了解該醫療選項，以便在失控的情況下隨時終止醫療行為，其裁量權之行使始謂無過失，或者是狹義看待所謂「相同價值之醫療選項」。只是這樣的路徑，仍然未能顧及病人有知悉他種醫療選項存在之權利，因為相同價值之基準從來沒有被說清楚，究竟係從醫療行為之正面效益觀之，抑或是減損層面？是從病人角度衡量是否具備同等價值，抑或是醫師代替病人決定之？是否涵蓋和醫療行為具緊密關聯性之事項，如等候執行醫療行為、住院與復原時間、飲食注意等等？在未能釐清相同價值的意義前，學者之努力亦顯徒勞無功。



爬梳美國與德國法院在醫師違反告知義務之刑事責任的論理，兩國法院在告知義務的層次上，著重哪些參考因素的命題中，不難發現，在病人意願之外，二國法院參酌多種客觀因素，以決定天秤的傾斜是否合理，風險是否被容許於社會之中。但這種容許性的判定，不可避免地壓縮病人自主的空間，亦與告知義務保障自主決定權之真諦相違背，若利益折衝是不可避免的結果，將遇到一個問題：病人自主在什麼樣的情況下允許被犧牲以及不容被妥協的界限劃分。前述比較法之觀點，是從實然的角度觀察，以下則將從應然面進行分析，並檢討、調整實然面不足之處，以作為我國之借鏡。

病人必須知悉醫療行為侵害之嚴重性，以及相應而來之風險，才能夠獲取對於整個疾病的想像，進而做出與日常生活安排相關之醫療決定，這件事情的重要性在於病人有權利選擇冀求之生活態樣和私人的期望範疇。但潛藏於醫療行為本質上的不確定性、複雜性及有限性，使得醫生只能呈現醫療風險的可能性，而無法給予病人標準答案，況且醫療風險級距甚廣，難以期待醫師逐一說明，甚至情緒承擔能力較低之患者，容易受到醫師話語之影響，囿於醫療風險無法窮盡列舉。因此比較可行的方式，是從醫療行為之嚴重性及具體風險光譜的角度，提出一個總體圖像。

第二節 告知義務之絕對與相對界限

第一項 容許風險作為一種集合式名詞

在過失犯的體系中，決定行為人是否跨越處罰界線，和故意犯相同，實際上是討論行為人所製造之風險，是否已達不受容許的程度⁴¹⁵。因為理性冒險的行為，即使不幸製造了利益侵害，行為並非不法，而其判斷的主軸，不外乎相對利益大

⁴¹⁵ 蔡聖偉，前揭註 285，頁 234。

小與風險實現概然率的取捨⁴¹⁶。如果用另外一種方式，觀察注意義務，要求行為人實施保護法益的措施，包含認識具體行為對於法益危險性的內在注意義務，以及採取足夠安全措施或放棄其行為之外在義務⁴¹⁷，同樣也暗示行為人從事該風險行為，作到所有控制風險的安全措施，將風險控制法律允許的界限之內⁴¹⁸，雖然觀察角度相異，但其實都指涉同一個方向：容許風險。

當一個法律圖像被賦予容許風險的名稱，代表已經預設前提且不可違背，一旦行為被檢視出超越該範疇者，即屬非容許之風險。其在刑事階層的內容上，相當於可罰性，行為的容許與否與刑法課與的決定呈正相關⁴¹⁹。然而自由是由不同層面所構築而成的，並且在促進某部分的自由同時，需注意是否過度限制他部的自由，進而在分類的討論上，才會有容許風險的阻卻違法事由、過失犯的框架、構成要件或違法性的排除及社會相當性作為否定構成要件的理由等等多樣的見解。

因此，Freund 認為與其爭論究竟容許風險應該置於何種階層，不如說容許風險是不同現象集結而成的集合性名詞（Sammelbezeichnung），某部分代表行為的構成要件要素，而亦有某部分與在阻卻違法原則的優越利益衡量相關⁴²⁰，換言之，犯罪階層隨處可見容許風險的身影，因為利害權衡的觀點，反映在憲法上即所謂之比例原則，從法律上的效力關係而言，容許風險是比例原則衡平性在刑事法領域的落實⁴²¹。

第二項 利益衡量引發的危機

⁴¹⁶ 黃榮堅（2000），〈論風險實現〉，收錄於：《刑罰的極限》，元照，2 版，頁 153-154。

⁴¹⁷ 黃榮堅，同註 9，頁 256。

⁴¹⁸ 許恒達，前揭註 220，頁 61。

⁴¹⁹ Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, 29. Aufl., 2018, § 16, Rn. 5.

⁴²⁰ Freund, (Fn. 236), S. 79.

⁴²¹ 黃榮堅（2003），〈從容許風險概念看和平內亂罪〉，收錄於：《刑罰的極限》，元照，3 版，頁 243。

在客觀歸責理論的體系中，對於風險是否被製造，係以反面方式排除那些對於保護法益不具風險之行為，其中一項即為容許風險。相較於「未」製造具法重要性的風險，此處講的是，一個行為儘管製造一定之風險，惟考量其伴隨而來的社會利益，刑法仍然容許之。

最典型的例子即為道路交通，生命、身體法益固然在道路交通參與面臨潛在的危險，但衡酌交通工具所帶來之便捷性，立法者仍然容許這個風險，其他如工業活動、高風險的運動或醫療行為等等⁴²²。Jakobs 對此有更一步的說明，刑法制裁以規制人類行為的目的，是為確保規範性期待，使社會生活得以成為可能，但越是不計犧牲任何代價，避免規範性期待被破壞，就越來可能限縮其他受規範人行為的活動自由性，直接把社會生活轉變為標準化、無任何風險的行為模式⁴²³。

惟應如何判斷行為的容許性，有論者認為其為社會相當性(*sozialen Adäquanz*)的具體化概念，若行為對於社會生活與參與的維持係屬不可或缺者，則等同其實踐一個歷史演變而來，存於社群生活內在社會秩序的行為⁴²⁴，不會僅因武器製造商製造具威脅生命、身體法益之殺傷力器械，而課與其刑事責任，或者是警察局長原則上，亦無庸僅因發號施令所帶來的過失傷害或過失致死的情事負責，因作為整體法秩序所接受的風險，其同時欠缺行為不法及結果犯之構成要件⁴²⁵。

但這樣的說法會使得刑法解釋產生曖昧化的危機，因為符合社會秩序的圖像是由社會共識所構成的，而非在實定法中，使得構成要件的範圍處於浮動不明的狀態，另外，一個行為應存續多久，始能被認定是習以為常，亦從來未提出任何具體標準，無疑是直覺式的認定⁴²⁶。

⁴²² Roxin, (Fn. 97), § 11, Rn. 65.

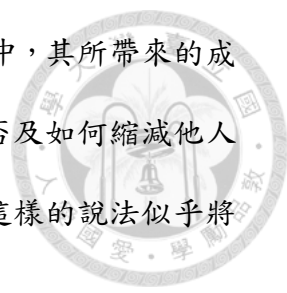
⁴²³ Jakobs, *Strafrecht*, AT, 2. Aufl., 1993, S. 201.

⁴²⁴ Welzel, (Fn. 76), S. 56.

⁴²⁵ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, *StGB*, 27. Aufl., 2006, § 15, Rn. 146.

⁴²⁶ Roxin, (Fn. 97), § 11, Rn. 65.

最流行的看法是，當一個特定的價值同樣存於這場遊戲之中，其所帶來的成本與犧牲，透過衡量保護利益的輕重、方法、急迫性，思考是否及如何縮減他人



在社會上的自由空間，使行為人得以行使其受允許的行為。但這樣的說法似乎將容許風險提升至獨立的法結構（Rechtsfigur）。

緊接而來的疑問則是，因為透過法定刑事要素對於個案具體的涵攝，不論是構成要件或阻卻違法事由的實現，甚至是罪責階層，皆獲得相同之結論，究竟容許風險應置於哪一個階層之中⁴²⁷？如同上述所言，容許風險本為比例原則的具體化，因此不論是哪個階層，皆無法擺脫權衡的考量。

比較根本的問題在於，容許風險所強調的是，行為人得否被允許從事某一具風險的行為，強調的是行為容許性（Handlungserlaubnis），同時創設一系列的規範與法架構以界定其行為不法，而非是否取得侵害保護法益的權限（Eingriffsbefugnis），因為此處討論的，是行為人欲透過該行為實現的利益，這個利益本身是否具備值得保護的地方⁴²⁸。

只是現行的做法，係以被侵害的利益作為衡量基準，在一般想像中，利益在多數情形中是相互衝突、對立的，但利益的相互消長不一定存於法益處分權人之中，亦可能涵蓋無辜第三人，例如醫師為拯救性命垂危的病人因而超速，使得路上行人之生命、身體法益受到潛在威脅，牽涉德國刑法第 34 條之適用。就受到影響的法益層面來看，二者雖相同，皆屬於生命法益的侵害，但若以時間急迫性而言，學理上認為，病人生命的消逝迫在眉睫，反觀，交通參與者受到侵害只是一種可能性，不一定會發生，因此縱使行人因而受實際上的損害，醫師亦毋庸受到不法的非難⁴²⁹。

⁴²⁷ Mitsch, Das erlaubte Risiko im Strafrecht, JuS 2018, S. 1161 f.

⁴²⁸ Jescheck, Strafrecht, AT, 4 Aufl., 1988, S. 361.

⁴²⁹ Maiwald, Zum Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“, in: Jescheck-FS, 1985, S. 415 f.

但利益衡量從來都不僅僅是法益位階比較的問題，而涵蓋侵害急迫性、手段、影響程度等等，從這個案例可以很明顯地看出一件事情，當醫師欲保全病人之利益時，犧牲的是他人的利益，問題是，為何行為人得以利用干預他人行為作為手段，以企求達成特定目的，實質潛藏獨斷侵害第三者法權領域的想法，受侵蝕的被害人在效益主義的思考模式下，被強迫接受風險分配的計畫，卻毫無參與決定的機會⁴³⁰。

相同的情境，置於醫療行為中，亦會得出一樣的結論。醫病雙方在主觀上，皆冀求病人健康狀態能透過醫療行為而獲得圓滿，因此在利益犧牲與成就上，同屬病人一人所有，但實際上基於醫療高度專業、不確定性以及疾病治療多樣性等理由，醫師對於該醫療行為享有自由、判斷之餘地⁴³¹，參酌現有醫療選項之優劣，醫師對於具體病例應採行之治療方式，擁有一定程度的裁量，這其中當然也涵蓋病人復原/惡化的利益取向，不論醫師決定為何，接受或拒絕該醫療行為的結果，終究會作用於病人身上。

若醫師未盡某種程度說明的情況下，出於為病人健康良善之目的為醫療行為，此種衡量毋寧是依自身主觀經驗代替病人為判斷，而觸及他人領域所衍生之結果狀態都不應強迫他人承擔，因此重點不應放在該治療行為本身附有之風險，是否得透過告知義務排除⁴³²，而應著重於該病人知悉種種事項後，所做出之抉擇。

因此，若欲以利益衡量作為判斷醫師應否告知的標準，要處理的問題是，這種「為病人好」選擇不告知，實質侵蝕病人自主決定權的行為，有何正當性基礎？實質牽涉醫療倫理在阻卻違法事由階層的具體適用，詳參下章。

第三項 以被害人承諾範圍作為告知義務之界定

⁴³⁰ 詳參周漾沂，前揭註 36，191 頁以下。

⁴³¹ 吳志正，前揭註 5，頁 99。

⁴³² 不同意見參盧映潔、梁興禮（2018），〈告知同意法則與醫療刑事過失責任之關連探討——我國實務判決之發展與評析〉，《月旦裁判時報》，69 期，100 頁。

關於告知義務之程度和範圍，學說已提出理性醫師標準、理性病人標準、具體病人標準以及折衷說⁴³³。但問題是這些概念，多源於英美法處理違反告知義務之民事判決，是否能在刑法中直接作為判斷依據，是一大問題，而最重要的是，上述標準實際上仍難以解決告知義務界線模糊之難題。從個體差異、資訊爆炸以及醫學進步三方面而言，吾人需承認劃設明確範圍是不具期待可能的，唯一的辦法僅能尋找絕對應保護之輪廓，探求對於病人而言，什麼資訊才是重要的，重要到病人會拒絕該醫療行為之施行。

第一款 被害人之同意、保護法益可處分性與容許風險

在超法規阻卻違法事由的被害人承諾中，其中一個條件即涉及保護法益的處分性，詳言之，意願本身是種法體制（Rechtsinstitut），對於人民的關係具引導性之作用，特別是個人安排自由發展之空間。根據德國基本法第 2 條第 1 項對於行動自由的保障上，法益所有人的意願權限（Einwilligungsbefugnis）擁有一定之憲法基礎，而這樣的權限亦包含法益所有人放棄刑法保護，並創設出憲法法益權衡（Güterabwägung）之狀態⁴³⁴。


被害人固然可捨棄刑法之保護，惟處分權之行使有其界線。理由在於因為法益保護之程度有別，立法者對於生命法益以及重大身體傷害的關注最高，並預設底線，對於具體危及生命之傷害，或屬於無法回復、彌補之嚴重傷害，縱使得到被害人承諾，仍屬於應罰的傷害⁴³⁵，也宣告不允許被害人透過剝奪自主而去實現自我，除社會上評價經驗之考慮及理智之刑事政策外⁴³⁶，亦有對於人生存價值不可抹滅之考量。

⁴³³ 參張麗卿，前揭註 107，頁 109-111。

⁴³⁴ Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Bd. 1, 8. Aufl., 1992, § 17, Rn. 35.

⁴³⁵ 彭美英（2009），〈被害人之同意與犯罪構成要件之結構與解釋〉，《月旦法學雜誌》，167 期，頁 233。

⁴³⁶ 陳志龍（1989），〈法益持有者之法益保護放棄處分權〉，《臺大法學論叢》，19 卷 1 期，頁 190。



醫療行為之所以能夠突破可處分性的限制，是因為該傷害行為是一促成病人整體健康之手段，而非單純侵害，而為維護病人決定權，除原先在刑法第 22 條業務上正當行為之要件外，亦需涵蓋病人同意之要素⁴³⁷。若更進一步觀察一般傷害行為和醫療行為之差別，可以發現到，病人於後者情形，並非純粹放棄法益的保護，而是衡量如何追求更優越的利益所為之同意⁴³⁸，若未奠基於對於重要事項之理解，病人根本無從抉擇。如果我們在被害人承諾的階段，傳達生命及重大身體傷害法益支配權限制的概念，但卻僅因醫療行為之實施，允許縱使在病人不知實際風險下所為之承諾，法院仍得進行利益衡量，除了模糊醫療行為與傷害行為之本質，也無非是將病人置於被決定的客體地位。

因此，本文認為保護法益可處分性的觀點提供告知義務界線之素材，雖然本文認為應於構成要件階層處理風險問題，但無意進一步處理同意承諾二分說（Zweiteilungslehre）抑或是不區分說。原因在於，立法者選擇界定個人行使處分權的底限，無非是認為生命及重大身體傷害法益在整體法秩序中具有不可權衡的地位，以致於個人不能依其意願決定是否犧牲。

當在構成要件階層處理容許風險問題，所涉及的並非單純客觀解釋的命題，實際上多少都會揉合被害人之主觀價值，例如刑法第 315-1 條之妨害秘密罪，對於非公開活動的解釋，融合主觀隱私期待於內；刑法第 309 條之公然侮辱罪，其所欲保護之感情名譽，亦是個人對於他人就其人格價值所為評價之主觀感受或反應。

在本文所圍繞的傷害罪保護法益解釋，在某程度上同樣也是以被害人之主觀評斷是否構成傷害。但在容許風險的利益衡量下，被害人的主觀感受不是唯一的

⁴³⁷ 王皇玉（2007），〈論醫療行為與業務上正當行為〉，《臺大法學論叢》，36 卷 2 期，頁 81。

⁴³⁸ 同前著，頁 79。

判斷標準，而是必須擺在檯桌上，與其他價值一併考量，例如對身體法益侵害的程度越深，或者發生之可能性越大，就越有可能被評價為傷害罪。又例如刑法第339條詐欺罪之詐術，如預售屋宣稱「現買現賺」等對於一般人而言，並無危險性的誇大不實用語者，基於商業廣告行為利益之考量，通常不認為屬於詐術行為，即是將容許風險融入構成要件要素中，限縮法律保護範圍之適例⁴³⁹。

本文所欲強調的是，保護法益的處分性對於傷害罪保護法益之解釋有一提示作用，立法者既然已經預設生命與重大身體法益之不可處分性，代表實質上做出價值選擇，在構成要件的解釋上，當行為人之行為涉及該等法益之核心時，實越接近傷害罪保護法益的質，而侵害可能性之高低，則決定侵害保護法益的受危險程度。

第二款 違反告知義務構成非容許風險所參酌之要素

病人針對醫療決定的選擇和意願，當然與個人處分法益有別，因為病人是用其他的身體侵害（副作用發生之可能）作為治癒或提升健康狀態的籌碼，和直接捨棄刑法保護有所不同。但想像一下兩組對照之事實：一是病人自身願意忍受輕微的風險求得治癒/醫師代替病人決定之，二則是病人甘冒死亡或重大身體侵害之風險換取健康狀態之恢復/醫師代替病人決定之，從病人的視角觀察，不論是哪一種情況，只要病人是在獲悉充分醫療資訊下所為之決定，其承諾並不會因為涉及生命法益侵害而失效。

若從醫師之角度來看，在第一個情況中，當法院檢視醫師病歷上所記載之副作用的輕微性、適應性有無、風險發生之機率等，並評估醫師違反告知義務是否創設風險時，基本上就是衡量醫師行為是否落入傷害罪之構成要件解釋中。詳言

⁴³⁹ 黃榮堅（2003），〈從容許風險概念看和平內亂罪〉，收錄於：《刑法問題與利益思考》，頁15，臺北：元照。

之，生命與身體法益是醫療個案中所考量的利益，風險則代表傷害發生之可能與強度，法院必須評估醫師所剝奪的病人自主權，是病人對於哪一種身體功能減損的取捨，這個功能在人體運作的重要性、減損發生之可能性。因此，當吾人在判斷違反告知義務，是否構成法所不容許之風險時，除審酌被害人主觀感受外，**身體功能重要性、侵害發生可能性**，成為主觀價值外的客觀評斷，當疾病的特性與嚴重度越趨重大，且醫療行為越具備侵襲性與危險性者，則告知的強度和力道亦越趨加重⁴⁴⁰。於此，亦可跟美國法院關注嚴重身體損害以及德國法院強調併發症發生之頻率、生活領域影響性與嚴重性相對照。

第三款 「重大」身體法益之界定

第二個情況下，若醫師取代病人成為實際的決策者，以生命或重大身體法益，作為獲取良好健康狀態之交換價值，則有不同的評價。刑法對於一切法秩序基礎的生命法益，採取絕對保護性的原則，也宣示一定程度身體運作的高度價值。之所以特別著重二者，無非是因其為構建人格之基礎，失去生命，抑或是某程度身體運作之機能，都將無從透過軀體與外界互動、溝通，此種失控的可能性不論多小，都為人類所不能承受。因此，並不是代表在醫療行為中不能「冒險」，而是這個事關重大的決定必須交由病人行使。

如果以海德格對於死亡的闡釋，更能體現死亡的特殊性。死亡具確定性，如同海德格所言：「人是向死存有的（Sein zum Tode）」，但當自身面臨他人的死亡時，卻總是逃避式的安慰自己與我無關⁴⁴¹，因為死亡的當前壓迫性（Bevorstand）、無相關性（umbezüglich）以及不可刪除性，深切影響此有（Dasein），在逃避與怖慄中輪迴⁴⁴²。這一種矛盾式的情感，面對思考死亡風險時，更被放大，抽象事

⁴⁴⁰ 王志嘉（2014），《醫師、病人誰說的算？病人自主之刑法基礎理論》，頁 104-107，臺北：元照。

⁴⁴¹ 如托爾斯泰所著之《伊凡·伊里奇之死》中，伊凡認為在邏輯學上所說「人人都會死」，只適用於蓋尤斯，而不及於他。

⁴⁴² 陳榮華（2017），《海德格《存有與時間》闡釋》，3 版，頁 211，臺北：國立臺灣大學出版中心。

件在具體化數字的渲染下，變得鮮明，本以為遙不可及的恐懼，瞬間跳躍於面前。不管風險有多低，縱使在客觀數據顯示，不幸的到來微乎其微，我們總是會下意識地將自己替換成分子，而這種預設性其實凸顯人對死亡的悲觀態度，也顯示人在想像與世界失去連結時，難以保持理性。

死亡的恐懼誘發無力感、失去控制及無意義感，而對於身體一定程度的損害，也有相同的道理。人格透過對身體的控制獲得自主，在當代，所有的自主性理論都必須滿足兩個本質：自由（免於他人控制性影響）和行動力（完成有意圖行為的能力）⁴⁴³，換言之，身體完整性（bodily integrity）作為人類基礎能力之一，正是實踐該本質之條件⁴⁴⁴。然而，生病會使得身體完整性受到損害，被另一種生活態樣所取代，喪失對於身體的控制，仰賴他人之照護，而隨著主體被治癒，也會逐漸拾回身體的掌握。但是在某些情況下，陌生的生活型態將會永久固著於主體的生命經驗中，對於身體失控的恐懼，其中混雜羞愧的情緒，並不亞於死亡。

從本章第一節比較法之觀點，可以發現到在醫療行為對於身體的影響上，美國法著重嚴重之身體損害，而德國法則強調個人生活領域是否造遭受嚴重影響，就涵蓋範圍而言，後者略大於前者，因為德國法院亦將個人主觀上所認為的特殊風險，納入判斷之因素中。但剔除純粹的主觀要素，兩者具有高度的重疊性，因為對於病人而言，發生不可預期之嚴重身體損害，實質上即代表對於生活領域的重大侵擾與改變。

如何界定身體損害「重大」的界限，需要有價值的填補並加以具體化⁴⁴⁵。我國實務上並無明確定義，最高法院 94 年台上字 2676 號判決僅以「可能發生嚴重後果」一語帶過。現行其他法規中，以刑法第 10 條第 4 項之重傷及全民健康保

⁴⁴³ TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, *supra* note 136, at 102.

⁴⁴⁴ MARTHA C. NUSSBAUM, *WOMEN AND HUMAN DEVELOPMENT: THE CAPABILITIES APPROACH* 77-78 (2001).

⁴⁴⁵ 贊同「重大風險」應予以告知者，參王志嘉，前揭註 440，頁 111。

險法第 48 條第 1 項第 1 款的重大傷病，概念上最為接近，惟以前者作為依據，其範圍過於狹隘，因失去對於身體場域發語權的情境，並不侷限於重傷，而後者為疾病與意外傷害所形成的集合，主要依據長期治療以及醫療費用高昂的疾病為認定依據⁴⁴⁶，同樣也未考量身體失控之情狀。

從比較法上來看，或可參酌德國刑法第 228 條⁴⁴⁷，明定基於被害人承諾實施的身體傷害，原則上不具有違法性，但違反善良風俗的傷害行為，即便獲得被害人的承諾也仍然違法。因此，善良風俗的認定，實質上牽引被害人承諾之有效性，亦對傷害罪保護法益的核心，劃設一較為明確的輪廓。從下述的討論將可發現，目前德國學界與實務亦朝向具生命危險之侵害或不可逆之嚴重傷害的方向解釋。

第一目 德國法院關於善良風俗認定之流變

早期德國聯邦最高法院判決認定，當一個行為依其目標、動機、手段和傷害之種類，違反所有理性公正思考者的體面感（Anstandsgefühl）時，即屬違反善良風俗⁴⁴⁸。從判決著重的重點來看，通常德國法院在判斷刑事不法時，多以危險程度與行為—目的之關係決定之，不論是具體之生命威脅、嚴重特別是永久性之身體傷害⁴⁴⁹。特別的是，若行為的目的具有重要的動機和目標時，而可被認定為具有邪惡目的（bösen Zweck）亦會一併斟酌考量⁴⁵⁰。但這樣的見解引來學者的抨擊，認為所謂理性公正思考者的體面感的輔助標準，導致在道德上的非難成為刑法不

⁴⁴⁶ 黃泓智、劉明志、余清祥（2004），〈台灣地區重大傷病醫療費用推估〉，《人口學刊》，29 期，頁 39。

⁴⁴⁷ 同意承諾二分說以及不區分說的學者，在德國刑法第 228 條的本質，究竟是屬於構成要件階層，抑或是違法性階層。Geerds 等人表示，立法者已在第 228 條表明，唯有被害人承諾違反善良風俗者（die guten Sitten），行為人的行為才會被評價具備違法性（rechtswidrig），其他針對人身安全、名譽、個人秘密、財產之違法行為，亦同。而 Roxin 則認為從體系解釋來看，德國刑法第 11 條第 1 項第 5 款已表示，所謂違法之行為（rechtswidrige Tat）係指實現刑法上構成要件之行為，因此第 228 條之違法性應為構成要件是否該當之問題。至於法律用語的選擇，只是形式上的偶然，而不具法的意義。參 Roxin, (Fn. 97), §13, Rn. 29.

⁴⁴⁸ RG, 15.10.1912 - Rep. VII. 231/12; BGH, 09.07.1953 - IV ZR 242/52.

⁴⁴⁹ Hardtung, in: MüKoStGB, Bd. 4, 3. Aufl., 2017, § 228 Rn. 34.

⁴⁵⁰ OLG Düsseldorf 06.06.1997 - 2 Ss 147/97-49/97 = NStZ-RR 1997, 325 (327).

法之評價依據，況且這樣的輔助標準純粹只是個體的價值觀，實務見解卻為了能夠使用這個標準，不顧社會未對這樣的標準達成共識，毫無猶豫地否定了他種解釋，將特定群體之價值觀加諸於全體⁴⁵¹。

近期之德國實務發展顯示，行為目的在善良風俗之評價上越來越少見，而更專心於觀察**風險之嚴重性**⁴⁵²。2003年第三刑事審判庭，以及2004年的第二刑事審判庭，均指出違反善良風俗行為係針對嚴重損害人身安全之風險，但對於是否放棄違反所有理性公正思考者的體面感之經典公式，二刑事審判庭有不同之意見⁴⁵³。2008年第四刑事審判庭採用新之判決，對於嚴重健康威脅採取事前觀點，認為在具體死亡風險情況下，無論實際權利是否受到侵犯，都已逾越善良風俗之範疇，隨後，第五刑事審判庭亦採取相同看法。2012年，第三刑事審判庭則設定在具體之致命危險中⁴⁵⁴。從近期的實務見解可以看出，法院將**具體之死亡風險 (konkret lebensgefährliche Verletzungen) 或至少嚴重之身體損害**作為是違反善良風俗之先決條件。

第二目 刑法學者間之歧異

目前學說則多採取嚴重性理論 (Schweretheorie)，認為當被害人之身體或健康被貶損成為單純工具之角色，因而其人性尊嚴之價值完全被壓抑時，縱存在同意，亦應違反善良風俗而無效⁴⁵⁵。但如何解釋重大身體侵害之違反，屬於違反善良風俗，學者在釋義的路徑上仍有歧異。

1. 權衡理論

Hardtung 將善良風俗解釋為是一種行為規範，並認為所有的規範制定者

⁴⁵¹ Hardtung, (Fn. 449), § 228, Rn. 35.

⁴⁵² Hardtung, Die guten Sitten am Bundesgerichtshof, Jura 2005, S. 401.

⁴⁵³ 對於第二與第三刑事審判庭未能成功釐清違背善良風俗正當性基礎之批判，參 Duttge, Der BGH auf rechtsphilosophischen Abwegen - Einwilligung in Körperverletzung und „guten Sitten“, NJW 2005, S. 260.

⁴⁵⁴ Hardtung, (Fn. 449), § 228, Rn. 36.

⁴⁵⁵ Heghmanns, Strafrecht für alle Semester: Besonderer Teil, 2009, S. 114.

必定都會先衡量受檢驗行為之優劣，透過權衡之結果，進而決定是禁止抑或是容許該行為。行為規範特殊之處，即在於其是從個案中探求是否容許該行為的作成，例如，同樣丟擲石塊的動作，在財產受有危害之情況下，是被禁止的，但若往無人駐足的窗玻璃丟擲，則是可被容許的⁴⁵⁶。

Hardtung 更進一步問道，當被害人已經徹底表達放棄刑法之保護時，國家的執意介入究竟係為保護什麼樣的法益？Hardtung 認為最好的解釋方式，是為了保護法社群的一般預防利益，不受到嚴重侵害禁忌之干預（*Interesse der Rechtsgemeinschaft an der Tabuisierung schwer wiegender Eingriffe*），並且將禁忌宣示在嚴重和永久性或至少長期性的身體完整侵害。因為生命與四肢是如此重要的法益，且受到侵害時影響甚遠，因此法律制度希望儘可能地激起對於二者的尊重⁴⁵⁷。另外，必須考量行為人與受害人之意圖與目標，如果行為人具備法所贊同之目標，則其個人利益亦所受法之保護（行為自由之展現），應被納入權衡之中⁴⁵⁸。

2. 修正之嚴重性理論

Roxin 即認為，僅僅審酌行為人涉及到具體生命危險之身體侵害，或會對於身體運作造成不可逆之結果，是不夠的，至少在行為人本身的希望上，必須具備一種主觀性的充分根據，即行為人之行為欠缺容易理解或良善的理由⁴⁵⁹。

Jakobs 亦有類似的想法，在極為罕見之情況下，當被害人因自身的愚蠢而捨棄法益保護時，國家為維持其自我決定權的基礎發展利益，並不願意承認該處分權之行使。最典型之情形即屬嚴重之身體侵害，特別是伴隨不可回

⁴⁵⁶ Hardtung, (Fn. 449), § 228, Rn. 18.

⁴⁵⁷ Hardtung, a.a.O., § 228, Rn. 23.

⁴⁵⁸ Hardtung, (Fn. 449), § 228, Rn. 26.

⁴⁵⁹ Roxin, (Fn. 97), § 13, Rn. 41.

復之結果，在欠缺明顯或可理解之理由下，被害人之同意是無法被允許的。在此見解下，學者已經預設一般合理之人，不會同意放棄存有和自由，或重要的身體功能運作、截肢，從經驗上來說，會做出這樣決定的人，不外乎在事實上做出嚴重的錯誤判斷，或者是無法做出理性的選擇，從而在法律上應被保護⁴⁶⁰。

Hirsch 則不同於 Roxin 與 Jakobs，認為在合法意願本質的外圍，若未將將行為目的納入考量，將產生限縮行為合法性之結果。如果所涉及的身體傷害本身被認為是不道德的，那麼這種負面評估可以通過積極或至少可見的目的來彌補⁴⁶¹。

3. 朝向自主解釋

Frisch 則從德國刑法第 228 條以及第 226 條 a 項重傷罪談起。從 1933 年當時立法制定的背景來看，草案對於二罪之可罰性是在於自主權的落差 (Autonomiedefizit)，而非違反善良風俗，並搭配當時為了保護被害人欠缺真實意志之想法。進而，在釋義的路徑中，德國刑法第 228 條是直接明文規定心理上的自主權落差，並保護被害人免受到非自主決定結果的侵害⁴⁶²。

現行學界對於刑法第 228 條的解釋，實然已偏離當初立法的概念，且亦限縮立法概念本欲涵蓋之範圍，從而 Frisch 所認為的善良風俗，概念原則上應遵照被害人的自主決定，但只是在文末仍以客觀平均人的角度，看待被害人的決定。換言之，若被害人之決定欠缺客觀理性人可理解的內涵，則被害人之意願應受到限制⁴⁶³。

⁴⁶⁰ Jakobs, (Fn. 423), §14, Rn. 9, 12.

⁴⁶¹ Hirsch, in: LK-StGB, 11. Aufl., 2001, § 228, Rn. 9.

⁴⁶² Frisch, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB), in: Hirsch-FS, 1999, S. 504 f.

⁴⁶³ Frisch, a.a.O., S. 506.

第三目 本文見解

所謂善良風俗之概念，實源於民法而來，雖然從憲法的角度來看，對於行為自由的限制，只要是在不侵犯該基本權之本質內容的範圍下，符合所謂限制之限制規定 (Schranken-Schranken-Bestimmung)，即屬妥適⁴⁶⁴。然而，善良風俗並不應該被理解為歷史上傳承的道德觀念，或係道德倫理意義上的道德，而是必須在思索被害人身體完整性，與他人行動自由衡平的過程，找到最低限度的道德行為。依據實質法治國原則，國家所有的公權力行使，皆受到憲法上自由民主法治的價值秩序，與人民所有基本權的拘束，最低限度的道德是在欠缺普遍的道德共識下，一個現有法律秩序的基本價值⁴⁶⁵。

從刑法觀點而言，需牢記的是，只有在狹隘的框架內，才能確定普遍存在的社會道德，懲罰與否不能只是取決於偶然性 (Zufälligkeit)。因此，只有從法秩序中，作為道德最低限度的法律表達出反對的意見，認為特定行為符合違反善良風俗之意義者，才能假定該行為存在不道德⁴⁶⁶。法律作為社會價值觀之具體化，這個價值觀本身並非固定不變，而是經過人類的腳步，往過去被認為是超現實的方向邁進，從而不可避免地受到歷史—社會和精神條件的洗禮。

被害人意願的實質功能，即是在刑法範疇中，劃分自我決定權以及個人關於法益保護之社會義務⁴⁶⁷。換言之，被害人在可處分之法益範圍內，具有自我決定之權利，但在不具可處分性之法益中，屬於國家置喙的餘地，要求個人不得任意處分該等權利，在我國即為重要的身體以及生命法益。保護法益是否具備可處分性的命題，實質上亦奠基於社群的共識之上，Zipf 認為，會隨著時空背景的不同

⁴⁶⁴ Vgl. BVerfGE 67, 213 (228).

⁴⁶⁵ Brigitte, (Fn. 57), S. 299 f. 關於實質法治國原則之內容，中文文獻詳參許育典，〈法治國作為和諧社會的理論基礎〉，《南京大學法律評論》，秋季號，2010年9月，頁45-59。

⁴⁶⁶ Roxin, (Fn. 97), § 13, Rn. 37.

⁴⁶⁷ Maurach/Zipf, (Fn. 434), § 17, Rn. 36.

而有所異，如同法秩序欠缺統一的社會道德價值，當刑法作為規制行為秩序之工具，被賦予新的任務時，亦很難有一統一具拘束力的道德準則，因此立法者通常仍會保有過往的模式並靜觀其變，是否有社群力量能夠尋覓到統一的界線，簡言之，個人圖像的輪廓有待社群形塑⁴⁶⁸。目前，我國已透過刑法第 275 條及第 282 條，明確宣示法益持有人喪失處分自由，亦代表整體社群對於人類圖像的認定，是一個截至目前為止時間與文化所形塑的共識⁴⁶⁹。

不論是從德國實務判決，抑或是學說見解，都認為具體之死亡風險或不可逆之嚴重傷害，都是被害人所無法自行處分之權利，進而提示構成要件階層，兩者屬於傷害罪所不可侵犯之核心內容。之所以整體法秩序允許病人，以具體之死亡風險或不可逆之嚴重傷害，作為「交換」更為良好的身體健康狀態的籌碼，而之所以能夠透過「交換」的方式，犧牲此等不可侵犯的權利，除了醫療行為與一般傷害行為不同外，更重要的是，必須是由病人自行決定，而非透過第三人。

本文認為，若從影響時間和程度加以限縮，除了能夠維持主體透過身體控制形塑人格的重要性外，也得以藉由縮小絕對告知範圍，於此，死亡及重大身體損害之風險縱其為遠距之危險，也應向病人說明⁴⁷⁰。而「重大」之界線，參酌德國法，應考量受到侵害之身體功能運作，對於身體之重要性、傷害結果是否不可逆⁴⁷¹，亦須審酌行為是否會造成法益主體將來之生活活動可能性持續受到限制⁴⁷²。

⁴⁶⁸ Zipf, *Kriminalpolitik: Ein Lehrbuch*, 2. Aufl., 1980, S. 45 f.

⁴⁶⁹ Göbel 即認為法益處分之界限，並非固定不變，如戰爭中消滅敵人及危及生命安全的激烈競賽，縱涉及生命與重大身體法益之侵害，在某些情況下仍不具不法性，因此有賴時間和文化的凝聚。參 Göbel, *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts*, 1992, S. 60 f.

⁴⁷⁰ Paeffgen/ Zabel, (Fn. 80), § 228, Rn. 75.

⁴⁷¹ 王皇玉 (2006)，〈論醫師的說明義務與親自診察義務—評九十四年度台上字第二六七六號判決〉，《月旦法學雜誌》，137 期，2006 年 9 月，頁 271。

⁴⁷² Roxin, (Fn. 97), §13, Rn. 41-42.

第六章 重構違法性階層之利益衡平



第一節 醫療倫理於告知義務例外的適用

第五章的重點在於從實然面上探求美國法與德國法，在處理告知義務違反時，所參酌的要素，以及從應然面討論這些要素，置於傷害罪構成要件的合理性。在第三章的尾聲，本文試圖勾勒出醫療倫理在告知義務違反案件中的定位，即作為違法性階層價值取捨之依據。

比例原則的概念，充斥在刑法三階層中，不論是容許風險或者是違法性，背後皆隱含利益衡量的概念，只是被取捨、比較的對象有所不同。容許風險討論的是，著重於保護法益本身，行為會不會對於犯罪的保護法益，造成法社群所不可容忍的侵害，只是在判斷上，會透過一個預先揉合各方價值觀，並達成折衝共識的原則，進行風險是否容許的討論，例如在行車速限的設定上，因應不同之道路狀況，設定不同速限，考量路型、車道條件、行經處、交通流暢度、用路人安全等等的條件，進而當駕駛超出設定速限，不慎撞傷行人時，法院通常都會「推定」駕駛的行為，已對於用路人的身體法益造成風險。換言之，容許風險最終仍會回歸保護法益本身的討論。

析言之，由 Beling 所引入的構成要件構念，凸顯地係一價值中立的因果現象（das wertfreie Kausalkgeschehen），一種先於社會價值判斷、純粹違背規範之行為概念（Normwidrigkeit），透過共通行為對於行為人的認知、意欲之描述，而具備指示性功能（Indizierungsfunktion）⁴⁷³。但違反法條的文字表述，僅係表徵形式上的違法性，但並不因此視為係對搖動整體社會秩序之行為，這種臨時性的性格會在特別的情況下被弱化，或是沖淡其不法的色彩。

⁴⁷³ Otto, (Fn. 242), S. 58.

Roxin 進一步認為構成要件與阻卻違法事由，二者有其特殊之刑事政策功能：
第一，構成要件在最嚴格的意義上，屬於罪刑法定原則，構設不被允許的行為圖像，進而擁有一般預防之功能，阻卻違法事由是以最大公因數的樣貌，呈現在社會利益權衡下，孰輕孰重的安排規則，不同於立法者在構成要件中所為的歸類，阻卻違法事由需要盡可能地在素材上具體開展。第二，違法性的評價，牽涉的是已發生案件對於社會所產生的具體危害性所為的權衡，因此，當一個行為具備阻卻違法事由時，原則上必須被相關人等所接受⁴⁷⁴。換言之，在三階犯罪論的想法中，一個構成要件該當的行為，在違法性的審查，只有不法與合法的途徑，並無第三種可能性。

本文認為，透過醫療倫理四原則所達成的平衡，基本上即是利益權衡的安排，學理上目前所承認告知義務三大免除之情形，分別為治療特權、緊急情況以及病人放棄知情權利⁴⁷⁵，大多亦是在行善原則、傷害原則與自主原則彼此調和，最後行善原則與傷害原則凌駕於自主原則的結論。但進一步要思考的問題是，如果在折衝的判斷上，都是仰賴抽象性、不確定性的操作，很有可能即淪於主觀，亦可能不當地壓縮自主原則。

以下，本文將特別著重於治療特權與病人放棄告知義務二大免除情形⁴⁷⁶，凸顯醫療倫理原則在其中所發揮的作用，並且希望縱使在利益權衡的考量下，亦應搭配一定之配套措施，以維護、平衡病人所失去的自主性。

第一項 治療特權

第一款 內容

⁴⁷⁴ Roxin, (Fn. 97), §10, Rn. 20 ff.

⁴⁷⁵ 參陳聰富，前揭註 10，頁 237 以下；曾淑瑜（2007），《醫療過失與因果關係》，2 版，頁 275-276，臺北：翰蘆。

⁴⁷⁶ 因我國已有許多討論緊急狀態之文獻，故不再此贅述。詳參張麗卿（2015），〈醫療常規與專斷醫療的刑法容許性－評析拒絕輸血案〉，《台灣法學雜誌》，272 期，頁 27 以下；王皇玉，前揭註 33，頁 30；王皇玉，前揭註 12，頁 50 以下。

在特定之情況下，若完整揭露醫療行為之資訊，將惡化病人之心理狀態者，醫師將擁有不揭露資訊的治療特權（therapeutic privilege）。美國法上，這個概念最早形成於 *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Bd. of Trustees* 案中⁴⁷⁷，加州上訴法院表示，不論風險遙遠與否，一律告知病人醫療行為所存在之各個風險，將擾亂病人的思緒，進而拒絕實施手術，縱使實際上僅存有極小的風險，亦或是造成病人身體與心理層面的傷害，因此醫師對於資訊的釋放具有一定之裁量權限⁴⁷⁸。

在美國法的 *Canterbury v. Spence* 案（下稱 *Canterbury* 案）中⁴⁷⁹，治療特權的內涵被建構地更加完整。哥倫比亞特區巡迴上訴法院在 *Canterbury* 案同樣亦明白表示，當風險揭露從醫學角度觀之，因對於病人造成不利之影響，而成為不可行或禁忌時，例如病人因得知醫療風險，情感上心煩意亂，阻礙病人理性決定的思量，甚至造成病人心理上的損害，此時，醫師即享有這樣的特權⁴⁸⁰。但考量到此舉將壓縮病人自主空間，甚至吞噬告知義務，因此法院亦進一步闡述，帶有父權色彩的想法，並不適用治療特權，例如醫師認為告知風險，將促使病人放棄醫師認為患者真正所需要的治療⁴⁸¹。

自此之後，各州法院紛紛表態支持治療特權的存在，肯定醫師可自行決定是否行使裁量權限，並以「**合理醫師**」作為標準，換言之，行為人需證明其他醫師在類似案件中，亦會隱瞞信息。但需注意的是，法院多限縮在三種情形，肯認治療特權的適用，分別為**複雜化或阻礙治療、造成精神痛苦以致無法做成理性決定以及心理創傷**⁴⁸²。另外，縱使治療特權之行使有其正當性，醫療照護提供者仍然必須揭露，與被隱瞞訊息最相關的資訊予病人⁴⁸³。

⁴⁷⁷ 154 Cal. App. 2d 560, 317 P.2d 170 (1st Dist. 1957).

⁴⁷⁸ *Id.* at 578.

⁴⁷⁹ 464 F.2d. 772 (D.C. Cir. 1972).

⁴⁸⁰ *Id.* at 789.

⁴⁸¹ *Id.*

⁴⁸² CLAIRE C. OBADE, *PATIENT CARE DECISION-MAKING: A LEGAL GUIDE FOR PROVIDERS* § 1:10 (2018).

⁴⁸³ *Id.*

不只是法院判決，甚至某些州直接在法規中納入治療特權⁴⁸⁴，具體化醫師之抗辯事由，例如阿拉斯加州規定照護提供者在綜合考量所有因素後，合理相信揭露訊息將對於病人狀態產生重大的負面影響者，得成為未盡告知義務的抗辯事由⁴⁸⁵；德拉瓦州則亦有類似之規定，當醫師可預期到進一步之說明，將對病人之狀態、治療、醫療程序與手術的結果，有重大負面的影響者，得行使不予告知的裁量權⁴⁸⁶；佛蒙特州更是直接明文以合理醫師的角度論不告知行為的合法性⁴⁸⁷。

在德國法中，聯邦最高法院判決同樣亦認為，過於縝密、細瑣的告知，可能會削弱病人同意之意願，且違背希波克拉底原則中，所強調的「以病人的福祉為最上位原則」(salus aegroti suprema lex)⁴⁸⁸。在作為醫師注意義務的一部中，醫師必須認真衡酌、預測告知的毀滅性後果，同時考慮到所有的已知事實⁴⁸⁹，並且只有在告知對於病人之健康造成嚴重且不可回復的損害下，或者至少應考量到嚴重的心理問題，治療特權始有其適用之餘地，目的是為了避免醫療善意，破壞病人應取得綜合資訊之基本要求⁴⁹⁰。倘若醫師對於告知與否存在不確定性時，詢問親屬不失為一種了解病人之方式，尤其是在緊急情況之下。另外，縱出於治療原因，隱瞞病人嚴重或死亡的預後風險，亦必須至少提供相關資訊予親屬⁴⁹¹。

第二款 倫理基礎

第一目 治療特權的道德本質

從美國法與德國法的案例可知，醫師的告知義務與為病人最佳利益行動的義務之間，存在著緊張關係。為了追求病人福祉的極大化，遵守不傷害原則與行善

⁴⁸⁴ See DIETER GIESEN, INTERNATIONAL MEDICAL MALPRACTICE LAW 376 (1988).

⁴⁸⁵ Alaska Stat § 09.55.556(b)(4).

⁴⁸⁶ Delaware Code Ann § 6852(b)(3).

⁴⁸⁷ Vermont Stat Ann title 12 § 1909(d).

⁴⁸⁸ Schnelling, Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung, 2003, S. 45.

⁴⁸⁹ Fink, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen, 2008, S. 154.

⁴⁹⁰ Schnelling, (Fn. 488).

⁴⁹¹ Wiegand, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Heinrich (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 1994, S. 146.

原則，得以使治療特權取得一定的正當性基礎，實際上，確定哪些資訊的揭露，對於病人是最佳的，或者何時隱瞞特定資訊對於病人更為有利，可以被視為是醫師行使臨床判斷義務的一部。因此，誠實通常是值得讚賞的，但並不總是最好的出路，因為得以被其他道德考慮所抵銷⁴⁹²。

不同的倫理理論，對於治療特權，各有不同的解讀與道德主張。在進入各個道德流派對於治療特權的討論時，必須先釐清治療特權的本質，究竟是純粹隱瞞資訊 (withhold the information)、說謊 (lying) 抑或是欺騙 (deception)，因為三者⁴⁹³在道德上有不同的評價。在說謊的道德概念上，最為他人所接受的定義，必須滿足以下要件：行為人必須為陳述，主觀上必須相信其所述為虛假，並且對他者為該不實的陳述，目的是為了讓資訊接受者相信，其所述為真⁴⁹³。欺騙的概念，則沒有一致的看法，甚至有學者指出，各家見解唯一的共通點即是行為人意圖引誘的主觀要件⁴⁹⁴。Sokol 努力嘗試集結並汲取合理的要件，將欺騙定義為一種溝通的行為 (communicative act)，意圖誘使目標相信，行為人主觀上認為錯誤的看法，或使目標繼續維持相信，當 (1) 目標對於誠實的期待係屬合理，且 (2) 行為人成功地使預期的欺騙性結果發生⁴⁹⁵。

說謊與欺騙的差別有四：第一，是否要求需達到行為人預期的目標。欺騙本身是一種含有成功意味的動詞，因此，當特定結果被達成時，始謂欺騙，說謊則不具備成功結果要素。第二，說謊所要求的陳述條件 (statement condition)，在欺騙中可以符號、圖像、象徵意義，或甚至保持沈默代替之⁴⁹⁶。第三，欺騙亦並不要求不實條件 (untruthfulness condition)，透過真實的陳述，亦能向接收者傳達錯

⁴⁹² Daniel K. Sokol, *Truth-Telling in The Doctor–Patient Relationship: A Case Analysis*, 1(3) *Clinical Ethics* 130, 131 (2006).

⁴⁹³ Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Supra* note 132 (last visited 07/06/2019).

⁴⁹⁴ DARIUSZ GALASINSKI, *THE LANGUAGE OF DECEPTION: A DISCOURSE ANALYTICAL STUDY* 18 (2000).

⁴⁹⁵ Daniel K. Sokol, *Dissecting “Deception”*, 15(4) *Camb Q Healthc Ethics* 457, 462 (2006).

⁴⁹⁶ Stanford Encyclopedia of Philosophy, *Supra* note 132 (last visited 07/06/2019).

誤訊息，例如甲向乙介紹名人丙時，以名字稱呼，將會使乙相信甲與丙二人擁有好交情，真實陳述搭配客觀環境、互動所形塑的模稜兩可 (palter)，會使接收者產生錯誤的想像⁴⁹⁷。第四，在欺騙中，不要求接收者條見 (addressee condition)。因此，說謊與欺騙並非截然二分的概念，在符合條件情況下，一個行為可能同時被評價為說謊與欺騙。

當我們不想要讓他人知悉真相時，類似將他人繼續置於黑暗之中 (keeping someone in the dark)，隱瞞資訊就是屬於這樣的情形。但隱瞞資訊的手段和方法，可能是透過保持沈默 (什麼都不告知)、委婉或保守 (採取階段性的告知或選擇性部分告知) 以及積極性地創設和客觀事實不一致的資訊，不同的方法，在道德的評價上即有所異，進而影響存在的正當性基礎。

延續第三章關係性自主與第四章注意義務的探討，可以發現到醫師的說與不說都具備權力的流動，當醫師對於醫療風險保持沈默或僅對說明部分風險，病人基於與醫師的互動與信賴，傾向解讀為「除了醫師所表述的風險外，剩下應該沒有什麼大礙」這也是在一方具備專業性的情境下，很容易發生的狀況。理由在於，病人非常清楚，醫師所掌握的專業知識與資訊具備相對的優勢，也了解醫師和自己的最終目的，都是盡可能讓自身健康狀態獲得提升，因此醫師理應會將重要的事項告訴自己，並且予以討論，其他所未提及的風險，都與我無關，進而形塑出，屬於病人自身對於疾病的想像。

隱匿資訊所創設的想像，不是透過積極話語的作用 (陳述條件)，例如：「這個疾病絕對不會有 x 副作用」而是含糊帶過，並搭配話語互動，病人所形成的想像和醫師預期的相同，在這樣的情況下，隱匿資訊可被解為是一種欺瞞形式⁴⁹⁸。

⁴⁹⁷ FREDERICK SCHAUER & RICHARD ZECKHAUSER, PALTERING, in: DECEPTION : FROM ANCIENT EMPIRES TO INTERNET DATING 45 (Brooke Harrington ed., 2009).

⁴⁹⁸ JASON T. EBERL, THERE ARE NO CIRCUMSTANCES IN WHICH A DOCTOR MAY WITHHOLD INFORMATION, in: CONTEMPORARY DEBATES IN BIOETHICS 419-420 (Arthur L. Caplan & Robert Arp eds., 2013).

第二目 效益論與義務論對於當代醫療倫理的影響

從前述可知，治療特權在道德意義上，可以是說謊，也可以是欺騙，端視其行為態樣。在效益論下，其所提倡的快樂微積分，衡量說與不說的所可能造成的痛苦與愉悅，充分為治療特權提供一理論基礎。尤其是行動效益論者，總是以最終的結果論斷道德正當性。因此，只要現實上不存有他種的可能選項，得以達到更好的結果時，說謊與欺瞞在道德上即屬正確⁴⁹⁹，例如，Lipkin 主張告知病人全部的事實，是不可能達成的，因為病人並未擁有相當的醫療知識。另外一個很重要的原因則是，病人本質上焦慮不安且脆弱，實際上容易受到字面意義的錯誤誘導，進而使病人出現非理性或破壞的行為，例如「癌症」與「心臟問題」，從可治癒、低度風險到不可治癒、高度風險，對於不同病人代表不同的意義，並以安慰劑效果（placebo effect）作為比擬⁵⁰⁰。

從 Kant 的角度看待說謊，則是另一個極端的主張。Kant 對於謊言的定義，係指故意不真實的陳述，在道德形而上學一書中，強調說謊在道德意義上，縱使是為了無關痛癢的事物，甚至是出於好的本性，發言者甚至意圖透過說謊，藉以實現真正的好結局。但是，這種方式，實際上是一個人反於自己個人與其自身的無價性，進而使其在自身的眼中變得可鄙⁵⁰¹。甚而，即使是為了拯救無辜者的生命而說謊，在道德上都是錯誤的，因為說實話本身，是一種神聖而無條件的法則，不應附上任何的便利性考量⁵⁰²。

Kant 雖然並未區分說謊與欺騙，但後世學者運用定言令式，試圖揣測 Kant 對於欺騙的想法。從普遍法則的第一形式來看，一個行為所依據的準則，必須經

⁴⁹⁹ THOMAS L. CARSON, LYING AND DECEPTION: THEORY AND PRACTICE 94 (2010).

⁵⁰⁰ Robert S. Stewart, *Telling Patients the Truth*, 6(1) Online Journal of Health Ethics 1, 5 (2010).

⁵⁰¹ IMMANUEL KANT, THE METAPHYSICS OF MORALS 429-431 (Lara Denis & Mary J. Gregor ed., Mary J. Gregor. tran., 1996).

⁵⁰² THOMAS L. CARSON, LYING AND DECEPTION: THEORY AND PRACTICE 72 (2010).

過可普遍化的測試 (universally)，該行為始合乎道德，若欺騙符合第一形式，則代表人欺騙他人的同時，亦會接受被欺騙，但這個命題與現實相悖，且亦非為社會所意欲發生的。另外，從目的自身形式而言，對他人誠實，即是一種尊重他人自由選擇的方法，欺騙顯然亦違背該命題⁵⁰³。

在當代的醫療倫理架構下，Beauchamp 和 Childress 兩人所提出醫療倫理四原則，正是效益論與義務論的共同產物，並認為在特定的情況下，其中一倫理原則，得以凌駕其他，以取得優先地位。二人面對說謊與欺瞞的態度，在其第 5 版的生物醫學倫理原則裡特別提到，不告知、欺騙與說謊都是醫療資訊的管理，無參雜說謊性質的欺騙，在道德上較說謊更易取得正當性，間接肯認縱使為不實陳述，在一定條件下，仍不具道德非難性⁵⁰⁴。

Beauchamp 更提到，限制自主原則 (autonomy-limiting principle) 可以回溯至 Mill 在自由論的剖析，當個人選擇與其他權利與道德原則相衝突時，否定個人的自由權利在道德上具備正當性。Beauchamp 肯認 Mill 以傷害原則 (harm principle) 作為主軸，但對於 Mill 堅決反對家父長主義的論理提出質疑，因為家父長主義係指「一個人故意凌駕於另一個人已知的偏好或行為之上，其中凌駕者係透過為被凌駕者取得利益，或避免傷害其偏好或行為，以證明行動是正當的」因此，病人的利益與風險必須被放置在天秤的一端，與自主相衡量，當破壞病人福祉的風險增加，資訊揭露重要性降低時，家父長主義介入正當性的可能就會提高⁵⁰⁵。

要如何界定醫師的介入，是否正當，需要借助專業判斷，換言之，任何以治療特權為由，拒絕提供醫療資訊的決定，都要求醫生在必要的專業和法律實踐標

⁵⁰³ TIMOTHY R. LEVINE, ENCYCLOPEDIA OF DECEPTION 571-572 (2014).

⁵⁰⁴ TOM L. BEAUCHAMP & JAMES F. CHILDRESS, PRINCIPLES OF BIOMEDICAL ETHICS 100-101 (5th 2001).

⁵⁰⁵ TOM L. BEAUCHAMP, THERE ARE CIRCUMSTANCES IN WHICH A DOCTOR MAY WITHHOLD INFORMATION, in: CONTEMPORARY DEBATES IN BIOETHICS 414 (Arthur L. Caplan & Robert Arp ed., 2013).

準之外考慮其行為的道德基礎。在臨床判斷上，惻隱之心、客觀評估、照護回應、慰藉與資訊管理，都有各自的角色，也是醫師得以運用的策略，Beauchamp 強調在告知災難性的醫療資訊時，醫師可以搭配富有希望的語句，以彌補負面資訊對於病人所造成的傷害⁵⁰⁶。

第三款 適用疑義

從 1970 年代開始，法界與醫界對於總體倫理原則，允許醫學針對自主利益與病人福祉進行部分裁量，產生興趣。這一波探討促使醫學倫理的改變，加強病人獲悉資訊的力道，亦保留醫師在特定情形裁量的權利，但治療特權的概念，在近期卻越來越備受質疑。美國醫學會道德與司法事務委員會（American Medical Association Council on Ethical and Judicial Affairs，下稱 CEJA）在 2006 年所發佈的報告中提到，醫師在病人不知情的情況下隱瞞資訊，是道德上所不能接受的。醫師所能做的，是評估此時此刻，告知病人相關資訊是否適當，換言之，CEJA 允許醫師在利益評估後，延後告知時點（delayed disclosure）。另外，當醫師與病人對於特定風險的不告知達成協議時，不告知亦具備道德正當性，因此，醫師必須鼓勵病人明確指出，關於醫療資訊的偏好⁵⁰⁷。顯然地，在此議題上，CEJA 採取極為嚴格的限縮態度，企圖全面保障病人的資訊自決權。

第一目 破壞醫病關係間的信賴

治療特權適用上遇到的第一個問題，是醫師長期使用治療特權，不論是說謊抑或欺瞞，醫病關係之間所重視的信賴，都將蕩然無存。Mill 提供完整的論述，其雖身為效益論的擁護者，但卻對於說謊一事抱持全然否定的看法。Mill 開宗明義地說道，效益論本身即為便利性的法則（expediency），通常說謊是種權宜之計，

⁵⁰⁶ *Id.* at 415.

⁵⁰⁷ Nathan A. Bostick, *Report of the American Medical Association Council on Ethical and Judicial Affairs: Withholding Information From Patients: Rethinking The Propriety of "Therapeutic Privilege"*, 17(4) *The Journal of Clinical Ethics* 302, 306 (2006).

可能是為了克服短暫的尷尬，亦可能是為了或許對自己有用的資訊，因此，這種
便利性是為了行為人自己的特殊利益考量。但問題是，對於立即客體、暫時性目
的具有便利性者，不一定具備最好的結果，相反地，遵守法則反而才能擁有更高
的便利性⁵⁰⁸。

Mill 嚴肅地表示，任何甚至是無意的偏離真理的做法，都會削弱人類維持當
前社會福祉所仰賴的誠信，甚至誠信的不足比保持文明、美德等任何人類幸福所
奠基的事物，更加重要。因此在 Mill 的想法中，說謊被歸類為違反超然權宜之計
的行為，並不能被認定具備便利性，因為這是為了方便自己或其他個人，進而剝
奪人類之利益⁵⁰⁹。簡言之，說謊間接所帶來的長期壞處，包括弱化個人的誠實與
真實，以及人際之間的信任，遠遠大於短期好處。

許多學者亦贊同此說法，醫病關係係建立在信任的基礎之上，倘若病人懷疑，
或甚至後來知情資訊的存在，缺乏坦承的揭露，可能會損害這種關係。因此，個
別醫師所抱持的仁慈，不僅會破壞個人，亦會連帶損害公眾對於醫界之信任與信
心⁵¹⁰。Higgs 亦特別提到說實話的短期效果，有時可能創設相當大的心理障礙，但
長遠來看似乎又能達到平衡，換言之，這個短期效果的出現並非如此嚴重。但當
信賴逐漸被腐蝕，如同水井下毒之擴散效應，醫療進展亦會越來越困難，不信任
將造成構通的缺乏與恐懼感的增加⁵¹¹。

第二目 家父長主義的假設介入病人自主

治療特權適用的前提，必須有清楚跡象顯示，揭露資訊將造成嚴重的傷害，
但問題是，現實上並不存在任何實際標準，供醫師依循以作出精準的判斷。判例

⁵⁰⁸ JOHN S. MILL, *supra* note 122, at 22-23.

⁵⁰⁹ *Id.*

⁵¹⁰ Nathan Bostick, *supra* note 507, at 308.

⁵¹¹ ROGER HIGGS, ON TELLING PATIENTS THE TRUTH, in: MORAL DILEMMAS IN MODERN MEDICINE 190 (Michael Lockwood ed., 1985).

以「完全例外」、「嚴重威脅」、「最佳利益」以限縮治療特權的適用情境，但這些術語傾向主觀且難以界定，因此，不可避免地，醫師個人的預設將會取代病人的意願。雖然對於什麼是應予以揭露的資訊，採取重要性相關基準（materially relevant），仍必須仰賴醫師的判斷，但在這種狀況下，更有機會探求較為明確的法則與做法，例如操作指南或者訴諸於合理病人標準，且更能降低醫師錯失告知相關風險之資訊⁵¹²。

另外，除了「未來嚴重傷害」用語的不明確性，更為重要的問題是，治療特權是否可以合法地擴展至風險告知以外的情形？有不少學者，如 Côté 與 Dimond 肯認治療特權得以涵蓋「診斷」範疇⁵¹³，但 Johnson 與 Holt 則認為，如果告知義務是獲取病人有效同意的必要前提，這樣的說法似乎在論理上顯得相互矛盾，因為告知病人診斷結果，是病人可以做出任何進一步選擇的基礎，欠缺診斷資訊將會妨礙病人作出明智選擇，因此絕對不能保留⁵¹⁴。

第四款 對我國之啟發

他國法所強調的治療特權，實際上雖屬於醫師裁量權的具體化⁵¹⁵，但與我國所強調的醫師裁量權的概念，在本質上有完全不同的。醫師在運用治療特權時，心裡面明確知悉其所為的陳述，與現實上並不相符，或是具有目的性的操作，是為了安撫病人情緒，不得不為言語的「潤飾」，但我國的案例中，醫師之所以不說，是依其自身專業，認為該等風險出現的機率微小，為避免過度影響病人決策，因而剔除在告知的範圍之列，代表醫師與病人溝通的過程中，相信自己所述為真，

⁵¹² JASON T. EBERL, REPLY TO BEAUCHAMP, in: CONTEMPORARY DEBATES IN BIOETHICS 419-420 (Arthur L. Caplan & Robert Arp ed., 2013).

⁵¹³ Anne Côté, *Telling the Truth? Disclosure, Therapeutic Privilege and Intersexuality in Children*, 8 Health Law Journal 199, 206 (2000); BRIDGIT DIMOND, LEGAL ASPECTS OF NURSING 156 (7th ed., 2011).

⁵¹⁴ Carolyn Johnston & Genevieve Holt, *The Legal And Ethical Implications of Therapeutic Privilege- Is It Ever Justified To Withhold Treatment Information From A Competent Patient?*, 1(3) Clinical Ethics 146, 148 (2006).

⁵¹⁵ 最高法院 99 年度台上字第 558 號刑事判決曾提及治療特權之概念，謂：「完全說明，對病人精神造成重大負擔，而得以預測治療結果將蒙受鉅大損傷者...而得不需告知...」

不符合欺瞞的意義，在道德正當性上，更容易被證成，進而影響法律評價。

但二者所造成的影響，卻是非常相似的。從效益論到當代醫療倫理原則，對於是否肯認治療特權的存在，幾乎都圍繞在一個核心問題：「從倫理學的觀點，是否允許醫師以自身的裁量取代病人意願？」我國雖然尚未出現治療特權的概念，但在第五章第一項判決整理中，可以發現到醫師裁量權實際上亦是以醫師的利益衡量價值，加諸於病人身上。因此，治療特權所面臨的疑義，也會出現在我國醫師裁量權的概念中，本文認為，基於醫療行為的特性，醫師裁量權是一個不可抹滅的存在，但永遠都存在如何劃分行使的場域，以及如何與病人自主權調和的問題。

第一目 醫師專業裁量權對於病人自主的破壞

我國法院通常是先設定界線，進而強調界線內屬於醫師裁量權行使的範圍，必須予以尊重，只是這些界限的劃定，通常並不存在通則標準，且因個案不同而有所浮動，甚至過於簡化醫療事實。在臺灣高等法院 93 年度上易字第 2118 號刑事判決（下稱處女膜破裂案）中，法院認為非涉及重大危害的侵入性檢查，僅告知「診斷方式」為己足。本文固然肯認診斷行為與治療行為所遇的風險不同，無法課與相同程度的告知義務，但對於一般病人而言，只獲悉醫療行為名稱，無助於病人對於診療的認識，更何況，診療方法多樣，並非都只是非侵入性檢查、觸診或肉眼觀察等方式，仍然需個案認定告知的必要性⁵¹⁶。

在臺灣高等法院 104 年度醫上訴字第 1 號刑事判決，法院甚至更表示，醫師在病人同意之治療目的及範圍內應有相當之醫療裁量權。這樣的說法其實與德國法所強調的方法自由相通，醫師能夠以自己的專業智識選擇手術方法與用藥，但

⁵¹⁶ 該案涉及擴陰器使用，是否應予以告知病人處女膜破裂流血之風險，該案雖將重點置於醫師是否違反醫療常規，惟臺北地方法院 95 年度醫字第 27 號民事判決，在同一案件中，已表示被告應告知原告關於擴陰器之使用方式、目的及可能造成處女膜撕裂之結果，而非僅僅陳稱內診為己足。反對意見參王皇玉，前揭註 33，頁 30。

這項自由的行使，仍需落實病人的自主決定權，並非如字面意義所載地如此不受拘束。因此，縱使病人理解治療目的與範圍，其仍須進一步理解，為了達到理想中的治療目的，需要付出的代價與風險。

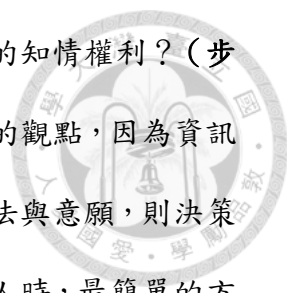
治療特權所衍生的問題，亦同樣可能在我國的判決脈絡下發生。他國在治療特權的適用上，採取較為抽象的解釋原則，我國法院雖企圖具象化專業裁量權的適用空間，但從上面兩則判決來看，無法說是成功的嘗試，反而壓縮病人自主決定的機會。利益衡量的取向，亦造成醫師取代病人成為決策者的結果。

第二目 建構程序以維護病人流失的自主

1. 治療特權的反思過程 (reflexive process)

對於治療特權所面臨的疑義，許多學者提出以完備的程序維護病人自主，換言之，若醫師揣測病人的意願是實然發生的結果，則應盡可能地使醫師的想像與病人真實意願趨於一致。Richard 等人認為，告知義務要考慮的不只是傳遞資訊的性質、臨床情況的緊迫性，亦須考量被保留資訊的性質、嚴重性和可靠性。另外，需進一步確定的是，向患者傳播偏頗或與實況不相符的資訊時，醫生是否採取負責任的行動。

Richard 奠基於 Sokol 的理論，主張治療特權的適用與否，是一個內省的過程，醫師必須不斷地思考自身的行為，是否擔起應負的責任，並提出系統性的流程檢索。首先，醫師選擇與病人共享的資訊，隱藏或顯著修改已知事實(步驟 1)。其次，則是思量醫師選擇遠離事實的原因，是否真有可能確實地提升病人之福祉？防止病人因壓倒性的焦慮或壓力，導致在相對無決策能力之際，做出醫療決定、保留病人之希望與維持病人長期的自主，都可以是原因之一(步驟 2)。惟在此階段，醫師亦須確保傳達「被改變後的資訊」的好處，是否超越否認病人獲悉真相權利的有害後果(步驟 3)。下一步則必



須探求是否有任何其他可能的行動方案，會更加尊重病人的知情權利？（步驟4）。再者，醫師必須知道病人對於想要隱藏或改變資訊的觀點，因為資訊的重要性評估是因人而異的，如果醫師相信了解病人的想法與意願，則決策合法性將會大幅提高。例如醫師有機會長時間反覆觀察病人時，最簡單的方式，是可以清楚地詢問病人，是否總是想知道關於病情的一切，透過醫病雙向溝通，勾勒出病人真實的意願（步驟5）。最後，醫師需確信決定完全出於合法論據（步驟6）⁵¹⁷。

另外，學者也特別強調溝通的動態過程。一開始，醫師會根據情況的緊迫性展開對話，並依據病人當時的情緒狀態與認知能力，調整談話內容。之後，當病人準備就緒時，醫師就會在討論中添加新元素，對話的目的即使擴大病人對於疾病的理解（求得真相），新的面會都會鼓勵持續的決策過程，交流的多樣性亦可使病人更加全面地了解身體狀態⁵¹⁸。這樣的說法，與本文所主張的關係性自主不謀而合，自主在不斷變動的社會脈絡中，透過人際互動被加以形塑與填充。

2. 醫師裁量權的思考程序

醫師在行使裁量權時，進行利益衡量的評估時，必須考量兩個主要的客觀事實。第一，個案醫療行為的風險與併發症發生率，以及實施醫療行為對於個案的助益。正如第五章第三節第三項所言，身體功能重要性越大、侵害發生可能性越高，越限縮醫師的裁量空間，若有醫學文獻支持醫師之判斷，則裁量權的行使越具正當性基礎。因此，這也是為什麼在處女膜破裂案中，法院特別區分診斷與治療行為，因為診斷行為通常所牽涉的身體侵害較為輕

⁵¹⁷ Claude Richard et al., *Therapeutic Privilege: Between The Ethics of Lying And The Practice of Truth*, 36 J. Med. Ethics 353, 355-356 (2010).

⁵¹⁸ *Id.* at 356-357.



微。

第二，有無其他**替代方案**，能夠達到前述相同的效益，且併發症更少或發生的機率更低。

第三，**實施醫療行為的緊急性**，但須釐清的是，本文此處所指的「緊急性」，與告知義務免除的第二種情形，即緊急狀況時，略有不同。學理上認為，緊急狀況必須限縮在（1）有一清楚、立即的對生命、身體健康的嚴重威脅存在；（2）若要得到病人的告知後同意將會嚴重損及病人康復之希望；（3）病人有明顯的徵狀，無法有效行使同意權⁵¹⁹。因此，在這些情況下，病人現實上無法給予同意，為顧全病人整體福祉，推定其在相同情況下，若具有決策能力，亦會予以同意。惟本文所指的緊急性，較接近於刑法第 24 條緊急避難的概念，醫師欲主張緊急避難，需現實上遇有急迫性的危難，即未在一定時間內及時為必要或適當之處置，病人的生命、身體或健康將會陷入重大風險；或救助時間稍有遲延，嗣後需冒更大的風險，才有可能加以救助⁵²⁰。對於急迫性的認定，則採取「客觀的事前標準」，例如採取整體之判斷，而不偏重單一數值與病人之臨床徵象加以判斷⁵²¹。

參酌上述三種客觀事實後，能夠得出行使裁量權後對於病人的好處，即在未告知風險即實施醫療行為，對於病人整體福祉的加分作用。另一方面，則必須衡酌實施醫療行為本身，對於病人整體福祉的減分效果。惟利益衡量得出的加減乘除，終究體現的是醫師個人的價值觀點，因此探求病人**自身意願的表達**，即屬不可或缺。醫師與病人溝通的過程中，病人是否曾有明確表

⁵¹⁹ 楊秀儀（1999），〈誰來同意？誰作決定？--從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察〉，《臺灣法學會學報》，20 期，頁 388。

⁵²⁰ 王皇玉（2007），〈強制治療與緊急避難—評基隆地方法院 95 年易字第 223 號判決〉，《月旦法學雜誌》，151 期，頁 263-264。

⁵²¹ 王志嘉（2009），〈評台灣高等法院九十六年度上易字第二〇二〇號「強制罪」刑事判決—兼論病人生命身體法益的處分與醫師緊急救治義務〉，《月旦法學雜誌》，174 期，頁 310。

示欲瞭解特定風險，或者從字裡行間，能夠推敲出病人較重視哪部分的風險，這些都能作為醫師揣測病人真實意願的依據。倘病人不曾表達出相關的資訊，醫師即可發揮其專業權力，循序漸進地詢問病人相關問題，以獲取此部分的事實。

探求病人的意願，除了在告知範圍的選擇有其基礎外，對於推測承諾的超阻卻違法事由的操作上，亦有其助益。推測承諾指的是，因事實上無法獲得有效承諾的情形，雖未得到被害人之承諾，惟為法益持有人的實質利益而行為，因此種行為有利於被害人，故可認為縱被害人知其情事，應會承諾該行為⁵²²。評價基準則在於從行為時的觀點，推測法益持有人真正的主觀意思，必須從各種根據加以探求之，例如個人利益、需要及價值觀等等⁵²³。在毫無其他具體根據時，或可探尋配偶、家屬對病人之瞭解，推測病人主觀上之意願，作為參考依據之一⁵²⁴。

最後，當醫師以其利益衡量的結果作為裁量權行使之依據，亦須採取對病人自主侵害最小的手段為之，例如分階段告知（staged disclosure）、溫和委婉的方式取代完全不告知的情形。本文認為，若能夠建構醫師行使裁量權的通則，則最後所做出的醫療決策也才具備較為堅固的正當性基礎，而非僅憑醫師之言。

3. 實際操作

本文以臺灣高等法院臺南分院 106 年度醫上易字第 427 號刑事判決作為操作的對象。本案病人因尿瀦留、排尿困難、血尿等症狀求診，醫師判讀超音波檢查結果，診斷罹患膀胱腫瘤，並建議其進行手術。兩天後，當醫師

⁵²² Kindhäuser, Strafrecht, AT, 4. Aufl., 2009, § 19, Rn. 2.

⁵²³ 林鈺雄，前揭註 251，頁 286-287。

⁵²⁴ 王皇玉，前揭註 520，頁 260。

進行經尿道內視鏡手術時，確認未發現膀胱腫瘤，而係攝護腺肥大，在未告知病人與其家屬的情況下，醫師遂為病人實施「經尿道前列腺切除術」(下稱 TURP)。病人出院後，仍因無法自行排尿，且因發炎導致敗血症及泌尿道感染等併發症，檢查後結果為尿道狹窄，係尿道攝護腺刮除手術可能產生之併發症。本案其中應予審酌的問題是如醫師未踐行告知義務，是否即違反注意義務而應負刑事業務過失之責？

以本文的主張來看，如果先將重點置於因攝護腺刮除手術所造成的併發症⁵²⁵，第一，需衡酌醫療行為的助益與風險。一方面，目前該手術已被確定的風險中，術後尿道或膀胱狹窄的發生率小於 5%⁵²⁶，屬於常見的併發症尿道狹窄則會導致排尿困難、尿路感染、難以控制尿液、排尿疼痛、腹痛與膀胱排空不全⁵²⁷。小便次數頻密量少，短期間有可能影響日常生活，長期下來，則可能無法排尿。

從另一方面來看，病人因血尿、排尿困難、尿滯留等症狀而反覆求診，代表長期服用藥物無法改善其攝護腺肥大之問題，在此情況下 TURP 符合適應症的要求。手術後，約 80% 以上病人的解尿狀況有所改善，術後五年亦維持順暢，並且不需長期服用前列腺肥大的藥物。從醫師的說法，可以觀察到醫師參閱病歷紀錄，已得知病人有攝護腺肥大之問題，且深受尿滯留、血尿、尿道感染所苦，考量 TURP 是現今處理攝護腺肥大的標準治療，為公認

⁵²⁵ 違反告知義務的案例，通常醫師有向病人說明預計實施的醫療行為，但未告知其後的副作用與風險，因此，在處理不法性的評價時，會將重點置於「未告知醫療行為的副作用與風險」。惟本案較為特殊，醫師連醫療行為的實施都未向病人說明，產生兩個可評價的時點。為符合本文以上的論點，才會先將討論焦點置於因攝護腺刮除手術所造成的併發症。

⁵²⁶ 醫審會鑑定意見書提及，依文獻報告，內視鏡攝護腺刮除手術後產生尿道狹窄機率約 2.2 至 9.8%。另本文參閱國立臺灣大學醫學院附設醫院之經尿道前列腺刮除術手術說明書，其載之發生率則小於 5%。

⁵²⁷ Cleveland Clinic, *Posterior Urethral Stenosis*, available at <https://my.clevelandclinic.org/health/diseases/17757-posterior-urethral-stenosis> (last visited 4/4/2019).

實踐的醫學標準，認為 TURP 能夠有效改善病人的現況。

第二，目前 TURP 的替代方案有藥物治療、雷射前列腺氣化或切除（下稱雷射手術）與尿液分流。本案病人長期服用藥物，未見效果，已如前述。對於輕度及中度攝護腺肥大病人，TURP 與雷射手術的效果相同，後者的出血較少，術後亦可縮短放置導尿管之天數，惟術後發生勃起功能障礙比率、逆行性射精比率更高，且長期效果仍不確定。相較之下，TURP 術後的攝護腺肥大再發率與再手術率可能性更低⁵²⁸。

第三部分，醫療行為是否具備緊急性。本例牽涉的事實更為複雜，醫師在實施手術時，未發現當初預期的膀胱腫瘤，而僅係攝護腺肥大，醫師究竟是要重新將傷口縫合，待病人清醒後，再行確認病人是否欲進行攝護腺刮除手術，抑或是冒著違反病人意願的風險，逕行刮除之，避免病人受到二次鼻肉之苦？當醫療行為越緊急時，醫師選擇後者的處理方式，越能排除不法性，惟本案縱未立即實施 TURP，病人之生命、身體亦不會陷入重大風險，難謂有何緊急情狀。

最後，從判決理由未能看出病人對於 TURP 之意願，僅能推斷出病人在兩個禮拜內反覆求診兩次，其急欲改善尿滯留、血尿、尿道感染的症狀。當發現手術部位變更時，在非屬緊急之情況下，或可與病人之女兒探求病人對於 TURP 的看法，例如病人是否曾表達「希望能盡快治療症狀」、「在無生命危險的情況下，能動刀就趕快動刀」等語。

在本案中，醫師考量 TURP 的實施，對於改變病人目前的狀況有所助益，且造成的併發症雖屬常見，但對於生活品質的影響，以及整體病人福祉

⁵²⁸ 參臺灣楓城泌尿學會，攝護腺肥大的手術治療－雷射手術真的有必要嗎？，[https://www.tmua.org.tw/drSpecialColumn/drSpecialColumnArticle/LaserOp\(drSpecialColumn\).html](https://www.tmua.org.tw/drSpecialColumn/drSpecialColumnArticle/LaserOp(drSpecialColumn).html)（最後瀏覽日：07/06/2019）。

應屬輕微。惟本案情況非屬緊急，且醫師有機會詢問病人之家屬，關於病人實施 TURP 之意願，因此，在利益衡量的正當性上，稍嫌薄弱⁵²⁹。

相較之下，臺北地方法院 102 年度聲判字第 110 號刑事裁定的案例事實，得以相互參照。醫師進行胰頭癌手術中，臨時發覺病人罹有胃癌，並判斷需要一併進行胃癌病灶切除手術，在考量無法暫停手術下，便迅速告知病人家屬，分析利弊，提供替代方案，無執意強求手術繼續進行。

第二項 病人放棄受告知之權利

病人獲悉與病情相關之資訊，既然是種權利，當然可依其意志自由放棄。病人放棄受告知的權利，必須滿足四個要件，分別為病人獲悉其擁有受告知的權利、其不想受告知的原因需被記錄、醫師不應是開啟是否放棄受告知權利話題者以及病人之承諾能力需被測試⁵³⁰。

這些要件看似清楚明確，但許多學者對於病人放棄該等權利是否出於自願，有所懷疑，理由在於醫師存在相當的能力，可以對患者施加影響，即話語權力⁵³¹。如同第三章第二節第三項的討論，醫師在醫病關係中的資訊權力，對於病人的自主發揮填補性之作用，惟資訊權力搭配不同的話語形式，可能會產生誘引、說服與權威形式的效果，而這些形式在特定情況下，會被認定是一種強迫、一種不被允許的壓力，侵蝕病人決定的自願性與自主。

然而，不斷地去追問，什麼樣的情況下，當醫師講出：「這個醫療行為的進行對你而言是有效的。」具備正當性，或者怎麼樣過度使用權威，誘使病人放棄自主決定權是錯誤的，是一種徒勞無功的嘗試，因為告知義務的例外，本身就是

⁵²⁹ 此種變更手術內容的情況，使醫師面臨兩難，一律詢問家屬之意見，可能殘害病人自主性，但若一律依循病人同意之內容，則無疑將病人置於更大的風險，參王志嘉，前揭註 281，頁 28。

⁵³⁰ STEPHEN WEAR, *INFORMED CONSENT: PATIENT AUTONOMY AND PHYSICIAN BENEFICENCE WITHIN CLINICAL MEDICINE* 141 (1992).

⁵³¹ Douglas A. Grimm, *Informed Consent For All! No Exceptions*, 37 N.M. L. Rev. 39, 77 (2007).

利益的權衡，難以通案描繪出「被允許的壓力」的輪廓⁵³²。

因此，本文只能透過關係性自主，觀察出醫師對於病人的影響，醫師必須亦注意到這件事情，並且明智地加以運用。換言之，這可以是一種醫療策略，醫師在推薦特定醫療選項時，無庸感到不適或壓力，只是在互動過程中，必須適當地提醒病人自決權的行使。

第二節 假設同意

當醫師違反告知義務，未取得病人有效之同意時，多以緊急避難、推測承諾，作為阻卻違法的事由⁵³³，換言之，在醫師有進行醫療之必要，但病人陷於昏迷或無法表示意見，以致現實上無法得到病人之承諾時，醫師可透過病人先前透露之訊息、行止與其他客觀狀況，推測病人的主觀意願⁵³⁴。

有感於醫師因違反告知義務所負的刑事責任風險升高，德國聯邦最高法院在 1995 年承認民法「假設同意」(die hypothetische Einwilligung) 的概念，即病人並無不能被告知的情况，例如昏迷、失去意識等等，醫師卻未為告知，但只要病人在獲得完全說明的情況，仍會同意該項醫療舉措，則醫師便不具不法性。

然而，這一論點不僅涉及教條的建構，亦涵蓋客觀歸責理論與違法性事由的交叉討論，此法律概念是否值得被承認，為學說目前的兵家之地。本文試圖追蹤討論的發展，並分析此概念不宜適用於刑法的理由。

第一項 民法上的假設同意

假設同意的想法在民法中，一開始深受懷疑論的質疑，直到 1984 年，德國

⁵³² JESSICA W. BERG, INFORMED CONSENT: LEGAL THEORY AND CLINICAL PRACTICE 88 (2nd 2001).

⁵³³ 惟緊急避難是否得用於個人內部利益衡量，學說有不同的看法，參薛智仁 (2015)，〈刑法觀點下的公民不服從〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 160-161。

⁵³⁴ 王皇玉 (2009)，〈德國醫療刑法論述概說〉，《月旦法學雜誌》，170 期，頁 134；王皇玉 (2019)，〈未經同意變更術式案：醫療刑法中的假設同意〉，《月旦醫事法報告》，31 期，頁 79；張麗卿 (2015)，〈醫療常規與專斷醫療的刑法容許性—評析拒絕輸血案〉，《台灣法學雜誌》，272 期，頁 15-31。

聯邦最高法院民事第六庭的判決出現，才開始出現明顯的轉變。該庭在使用這樣的概念時，就意識到無限制地引用假設同意，會產生消滅告知義務的危機，因此，必須嚴格地限制在極端案例中⁵³⁵。

一方面，法院透過巧妙地充實訴訟上主張責任之具體和證明責任的體系，以達到限縮假設同意適用的目的。醫師負有主張責任，說明病人在被充分告知下仍然會選擇相同的治療方式。病人則可就此提出反對意見，說明行為當下面臨真切的決策衝突 (echten Entscheidungskonflikts)，在得知醫療行為所附有的風險後，出於個人原因或其他緣由，不會願意接受⁵³⁶。如果病人的主張被確信為真實時，醫師所主張的假設同意就會被否定，因此，可以看出整個法體制被縮減至證明真切的決策衝突的解釋問題。

另一方面，聯邦最高法院施加嚴格的責任，必須具備一項前提要件，即病人獲得基本之說明。但當病人欠缺理解的能力，使得醫病之間的溝通無法實現，在這樣的情況下，與病人討論手術的擴張或醫療行為的風險，顯然是有疑問的，因此，為病人獲得基本說明之例外⁵³⁷。

假設同意看似在民法中如魚得水，但卻面臨棘手的體系問題，究竟假設同意是一種替代因果歷程 (alternativen Kausalverlauf)、病人權利濫用的行為 (Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhalten) 抑或是單純的阻卻違法事由？在地方法院的見解，通常會將假設同意設定為因果關係的問題，而德國聯邦最高法院民事第六庭則解為合法的替代行為 (rechtmäßigen Alternativverhalten)，更有許多法院直接在判決中避免分類的問題⁵³⁸。假設同意在法體系的定位疑義，於刑法中更是眾說紛紜，詳如下述。

⁵³⁵ BGH NJW 1984, 1395.

⁵³⁶ BGH NJW 1990, 2928 (2929); BGH NJW 1991, 1543 (1544).

⁵³⁷ BGH NJW 1991, 2342 (2343).

⁵³⁸ Albrecht, Die "hypothetische Einwilligung" im Strafrecht, 2009, S. 81 f.



第二項 刑法援用假設同意的發展

第一款 實務見解

第一目 判決縱覽

1. O 型腿案 (O-Beine-Fall)

1990 年，德國聯邦最高法院第五庭為假設同意的適用拉開序幕，本案雖未明確提及假設同意，但判決要旨的思考脈絡與假設同意的論理，相互一致⁵³⁹。原告長期深受腿部彎曲不全所苦，並尋求手術的建議。兩位整形外科醫師都認為，原告腿部不對稱的情況並不明顯，況且矯正之風險不符合成本效益。惟醫師向原告說明，可以在小腿中段進行長斜截骨術，以消除腿部彎曲和扭曲誤差，但關於手術的併發症的風險，醫師僅籠統帶過，而未明確說明骨髓炎與融合不全等特別風險。

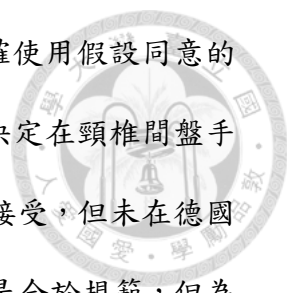
原告承認其確實有意識到，其所欲進行的手術並不簡單，且非毫無風險，但他很高興終於找到能夠值得信賴的醫師，醫師可說是當時支撐其進行手術的最大原因，在當下，原告會同意醫師在手術方面提出的所有建議。惟手術後，原告之左腿發生骨髓炎與融合不全之症狀，儘管嗣後有實施更進一步的手術，原告仍僅能仰賴輪椅或者輔助儀器行走。

德國聯邦最高法院第五庭認為，醫師確實並未向原告說明風險，但正如原告承認所言，其對於醫師的無條件信任，可以推估在行為當下，若醫師向原告說明，原告也會同意手術的進行，因此，醫師的告知義務與原告的傷害結果，欠缺因果關係⁵⁴⁰。

2. 獸骨案 (Surgibone-Dübel-Fall)

⁵³⁹ Joecks 提到，早在 1963 年即有刑事判決承認假設同意之跡象。Vgl. Joecks (Hardtung), (Fn. 62), § 223, Rn. 115.

⁵⁴⁰ BGH, 25.09.1990 - 5 StR 342/90.



1995 年，德國聯邦最高法院第四庭的判決，首次明確使用假設同意的用語。醫師為大學醫院神經外科的主任醫師，於 1990 年決定在頸椎間盤手術後，使用獸骨作為支架，獸骨的使用在當時已被他國所接受，但未在德國境內獲得批准。醫師認為其在醫院推薦獸骨材質的支架，是合於規範，但為避免病人不安，並未對該支架的材質多作解釋。其中，有 6 個病例在使用該等支架後，產生新的併發症，並額外進行新的手術。

德國聯邦最高法院不認為醫師構成故意傷害罪，因為其相信使用獸骨材質的支架，合乎規範，但屬一容許構成要件錯誤，至多僅得考慮是否構成過失犯。第四庭指出，告知義務唯有在病人未獲得充足的告知時，始得證成醫師的刑事責任，並使用民法的概念表示，若調查結果有任何的疑問，必須假定病人在獲得適當的告知後，仍會予以同意⁵⁴¹。

3. 椎間盤案 (Bandscheiben-Fall)

外科醫師意外地在相鄰的椎間盤中，移除較為輕微的椎間盤突出。隔天，當病人發生癱瘓時，外科醫師才發現她的錯誤，根據主任醫師的建議，其隱瞞上開事實，向病人謊稱原手術部位發生早期復發的現象，需進行第二次的手術。在此澄清事實的基礎上，病人同意進一步手術切除原先嚴重的椎間盤突出。

關於第一次手術，醫師是出於事實的誤解，錯誤的假設其所做的椎間盤突出移出手術，將會為病人所同意，屬於容許構成要件錯誤。第二次的手術，則涉及德國刑法第 223 條故意傷害罪的討論，德國聯邦最高法院第一庭表示，審查醫師違反告知義務與病人傷害結果間的因果關係，需取決於個別病人決策的具體結果，換言之，醫學客觀表徵與合理病人的選擇，並不會優於

⁵⁴¹ BGH, 29.06.1995 - 4 StR 760/94.

個案病人的意願與期許。若有任何的疑問，需依罪疑唯輕原則為有利之認定

⁵⁴² ◦

4. 肩關節鑽頭案 (Bohrerspitzzen-Fall)

幾個月後，德國聯邦最高法院第一庭亦處理與椎間盤案事實相類似之案件。一名醫師在肩關節的手術中，將鑽頭遺留於病人體內，為取回鑽頭，向病人謊稱需進行另一背部關節囊縫褶術，以取得進行第二次手術的同意。在第二次的手術，同樣涉及故意傷害罪的討論，且原審的結果已表明，病人不會同意拆除鑽頭，因此聯邦最高法院第一庭認為，本案並無假設同意之適用

⁵⁴³ ◦

5. 抽脂案 (Liposuktions-Fall)

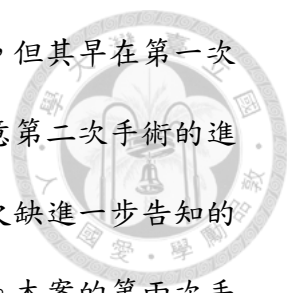
醫師為一整形診所之醫師，2002年4月底/5月初，醫師為原告進行第一次門診手術，在全身麻醉的情況下透過手術切除脂肪組織。相隔一個月，醫師進行第二次的手術，目的係為再次切除脂肪，但卻未告知風險。由於手術當天，並無護士值班，因此，醫師要求其姐夫從旁協助手術的進行。

醫師首先給予病人促進睡眠之藥物，爾後又給予抗焦慮藥物與鎮痛劑，在執行手術的過程中，因原告抱怨疼痛，因此醫師施打 7.5 毫克之止痛藥。惟醫師不知道，其所用藥物在交互作用下，已增加病人抑制呼吸中樞之風險。經過 1.5 小時後，被害人的氧氣面罩開始出現霧化，直到 20 分鐘後，監視設備發現警報，醫師才察覺被害人的狀況，加上未能及時採取對策，致被害人最終宣告不治。

關於告知義務的部分，地區法院地區認為本案有假設同意之適用，理由

⁵⁴² BGH, 15.10.2003 - 1 StR 300/03. Vgl. Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, S. 10.

⁵⁴³ BGH, 20.01.2004 - 1 StR 319/03.



在於醫師雖未在第二次手術，向病人解釋抽脂的所有風險，但其早在第一次手術醫師便已告知，因此即使醫師再次告知，病人也會同意第二次手術的進行。德國聯邦最高法院第四庭則駁斥這樣的說法，認為在欠缺進一步告知的情況下，假設同意僅得擴及至依醫療常規實施的醫療行為。本案的第二次手術，醫師並未讓被害人選擇麻醉方法（局部或全身麻醉），要求毫無經驗的人在場，而非訓練有素之護士，亦未在手術期間持續對病人進行監測，且應急準備不足。因此，地區法院必須討論，縱使偏離第一次手術的常規運作，被害人仍會同意手術之進行⁵⁴⁴。

有學者認為，本案最大的重點在於，德國聯邦最高法院首次使用「違法性」，確立假設同意的地位，強調縱使在第二次手術欠缺告知的情況下，假設病人被適當告知，亦會同意手術之進行，則得阻卻違法⁵⁴⁵。

第二目 德國實務見解之脈絡解析

從 1990 至迄今，德國聯邦最高法院在發展出一套測驗公式。公式的靈感來自於椎間盤案，法院必須回溯至行為當下，討論「若告知病人相關風險，病人是否仍會予以同意」的假設命題，意願的探求，並非取決於合理病人，而是尋求特定患者在個案中實際做出的選擇，以探求當事人的真意。德國聯邦最高法院發展的公式，凸顯一個問題，即難以證明病人當下的主觀意願，時光無法倒回至醫療行為實施的彼時。在刑事法中，若無法證明病人當下面臨確切的決策衝突，則依罪疑唯輕原則處理⁵⁴⁶。

由此衍生的疑問是，對於已經存在的人類決定，例如病人一定會如何地選擇應用在其身上的治療措施，並不存在一個確切的判別法則，只要我們仍然認真地

⁵⁴⁴ BGH, NStZ-RR 2007, 340 (341).

⁵⁴⁵ Swoboda, Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?, ZIS 2013, S. 24.

⁵⁴⁶ Swoboda, a.a.O., S. 24.

看待個人的自由和人性尊嚴，就無法妄加認定以個人福祉作為猜測的事實⁵⁴⁷。前述所提及的推測承諾或緊急避難，都是在病人事實上無法為承諾或者是病人生命、身體有重大風險，需立即進行醫療行為，這些客觀情境的描述，在在都證明，對於病人自我決定權行使的限制，被加以嚴格的限縮。本文所提出關於醫師裁量權的思考流程，亦是冀求醫師以個人主觀價值評斷好壞時，能盡可能地接近病人真實的想法，但假設同意卻違背這樣的想法，詢問病人一個沒有意義且無從查證的假設性問題。

另外，在假設同意的定位上，早期德國聯邦最高法院將違反告知義務，認定為注意義務之違反，因此引用注意義務違反的因果關係理論，表明告知義務之欠缺與承諾之間，存在某種關聯性⁵⁴⁸，論述的邏輯其實與在過失犯中，以合法替代行為，審查假設因果流程的結果歸責相同。而當結果歸責與前述的問題相結合，即假設詢問病人獲得完全說明的當下，是否仍會同意醫師所選擇的醫療行為時，再加上罪疑唯輕的適用下，會使得相關案例的任何歸責無法成為可能，因為一但病人的實質說明不夠堅實，法院就無法認定醫師有罪。

隨後，聯邦最高法院開始避免使用因果關係一詞，認為假設同意是違法性階層的問題，因為最終仍是保護個人的相關利益，正確的告知並無法扭轉或改變任何結果⁵⁴⁹。不論如何，都可以看出法院極力彌補告知義務擴張後，對於醫師所帶來的非難。

第二款 學說爭議

部分學者因採取承諾同意不區分說的看法，因此在構成要件的客觀歸責中，審查同意的概念，因而產生排除構成要件之效果。特別需要說明的是，病人的無

⁵⁴⁷ Ingeborg Puppe，前揭註 105，頁 287。

⁵⁴⁸ 同前註。

⁵⁴⁹ Kühl, Strafrecht, AT, 6. Aufl., 2008, § 9, Rn. 47a.

效意願與傷害結果之間，欠缺的是「規範控制的歸責關聯」，而非因果關聯，因為合乎規範的告知即會取得病人有效之承諾，無效意願正是傷害結果發生所不可想像其不存在之條件（*conditio-sine-qua-non*）⁵⁵⁰。

另外，亦有學者贊同阻卻違法事由的說法，惟 Otto 與 Albrecht 即表示，違法性階層旨在藉由利益衡量的手段，達到保障優越利益的目的，自我決定權屬於法社群欲保護的利益，當然亦會被納入衡平考量中。以推測承諾為例，醫師的行為之所以得阻卻違法，是在一個事實存在的狀態下，進行利益衡量，而非憑空設想一虛擬情狀。在假設同意中，不存在這樣的權衡，況且，當事人放棄刑法保護的決定，並非有效，因此，一個完整、充足的利益仍留於天秤的一端，等待衡量、評估。假設同意的操作下，等同犧牲這樣一個完備的法益（病人自我決定權），去保護「假想的利益」，根本不存在達到保障優越利益的目的⁵⁵¹。

另一個問題是，在假設同意中，是否應發展主觀阻卻違法要素？以承諾或推測承諾來說，刑法要求醫師必須認知到，病人會同意這樣盡忠職守的行為。但在假設同意中，縱使醫師相信個案存有客觀阻卻違法要素（即具備主觀客觀阻卻違法要素），但現實上病人會極力地反駁、推翻，使得醫師的行為往往具備行為不法，而構成反面容許構成要件錯誤，依據主流見解，需論以未遂。最終操作的結果，反而使醫師立於不利的地位⁵⁵²。

Kuhlen 看見構成要件排除說與阻卻違法說的優劣，進而將欠缺特定阻卻違法事由視為義務違法性或風險性的標準。因為，同意因奠基於有瑕疵的說明而無效，進而使得醫療侵害具備義務違法性，如果欠缺阻卻違法事由對於結果發生並

⁵⁵⁰ Paeffgen, Gefahr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich - Problem-Beschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virus-infektiösen Chirurgen, in: Rudolphi-FS, 2004, S. 209.

⁵⁵¹ Otto/Albrecht, Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff, JURA 32(4) (2005), S. 268.

⁵⁵² Böcker, Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil und Strafrecht, JZ 2005, S. 927.

非重要，即病人死傷結果非由告知的瑕疵所造成者，則代表醫師沒有實現行為的違法性或是風險性⁵⁵³。

Kuhlen 將客觀歸責移至阻卻違法事由領域的見解，遭受許多批評。首先，從法體例來看，創設客觀歸責係為矯正因果責任的缺失，與違法性無涉。其次，Kuhlen 以從過失犯與不作為犯所衍生的合法替代行為，證立欠缺義務違反關聯性，在醫療行為中是有疑義的。Kindhäuser 即主張，醫療行為的本質屬故意犯，與合法替代行為的概念，並不相容。Jäger 則表示，作為與不作為犯是以非難重點說（Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit）作為區別，將焦點置於整體事件中非難的重點，若將違反告知義務論為不作為犯，而醫療行為係屬作為犯時，使用合法替代行為的概念，就會產生與該犯罪結構相互矛盾的評價⁵⁵⁴。

另外，Mitsch 認為客觀構成要件對於結果的描述，是以客觀歸責為基礎，必然地排除在違法性階層中，所有之餘刑法行為系統具備重要意義的觀點，換言之，客觀構成要件是一種不帶價值判斷的中性評價。這個暫時性的結果不法進一步在違法性階層折衝時，不再適用構成要件結果的評價，因此，在論理上是相互矛盾的⁵⁵⁵。Puppe 強調，Kuhlen 的想法等同要求，唯有在欠缺阻卻違法事由時，構成要件結果才會成立，卻未說明其中的緣由。更質疑如果這個前提是被證立的，是不是可以操作每一項阻卻違法事由，換言之，「假設」該阻卻違法事由不存在，犯罪結果是否仍然會發生，Kuhlen 卻將假設的情形，限縮在特定阻卻違法事由⁵⁵⁶。

第三項 本文見解

假設同意的出發點，固然係為減輕醫師可能承擔的刑事責任，惟細究其論理，

⁵⁵³ Kuhlen, Hypothetische Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“, JZ 2005, S. 714 f.

⁵⁵⁴ Jansen, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?, ZJS 6/2011, S. 487.

⁵⁵⁵ Wolfgang Mitsch (著)，古承宗（譯）（2007），〈醫療刑法的「假設同意」〉，《世新法學》，第4期，頁14。

⁵⁵⁶ Ingeborg Puppe，前揭註105，頁288。

不僅無法相容於刑法中，更可能實質架空病人自主決定權。

第一款 假設同意之適用對自主決定權產生矛盾結果

如第四章所言，自主決定權可為傷害罪所獨立保護之利益，且可能透過未盡告知義務的途徑，受到侵害。這種受到憲法所保障的權利，會因假設同意的承認，病人被剝奪有效同意和表達意見的可能性，意願亦將變得微不足道，因為不法性將可透過回溯至行為當下而被沖淡，甚至消解⁵⁵⁷。

詳言之，當以揣測代替個人實際的決定，認為其在知悉所有重要的前提事實時，極有可能或可能做出相同的醫療決策時，實際上已經侵害其自由。這樣的問題是沒有意義的，況且亦無法真正探求行為人的真意，因為個人並非永遠都是在理性下作成決定，在決策當下往往受到各種主客觀因素的左右，價值觀亦隨著人生經驗的積累，形成浮動的狀態，因此，非所自然法則所控制的抉擇，是不可確定的⁵⁵⁸。將結果歸責和這樣一個沒有意義的問題相連結時，就可能產生罪疑唯輕得以介入的空間，因為要去說清楚病人在當下可能的決策，實際上是不可能的，因此，在醫師違反告知義務的案例中，幾乎無法勾勒出歸責路徑⁵⁵⁹。


更重要的是，假設同意的操作，實質上，將醫師刑事責任的確立與否，訴諸於事實的事後認定，等同由病人片面決定醫師的責任，使得未來醫師將透過對價向病人取得積極聲明，以保全自身免於牢獄之災。但這可能導致德國刑事訴訟法所奉行的職權主義（*Offizialmaxime*）遭到破壞，按常理言，在證詞調查的過程中，透過檢驗醫療行為的種種，認定醫療侵害是否需受刑罰規制，一但醫師擁有病人的事前聲明時，刑事訴訟的進行將受到私人任意性（*Privatwillkür*）的干擾，形同無用⁵⁶⁰。

⁵⁵⁷ Riedelmaier, *Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik*, 2004, S. 80.

⁵⁵⁸ Puppe, *Anmerkungen zum Urteil des BGH v. 20.1.2004*, JR 2004, S. 470.

⁵⁵⁹ Ingeborg Puppe, 前揭註 105, 頁 287。

⁵⁶⁰ Albrecht, (Fn. 538), S. 368.



另一個問題是，罪疑唯輕於此是否真有適用餘地？如果無法確定，病人在告知當下是否仍會予以同意時，德國實務見解明確地表示，醫生將透過罪疑唯輕的適用，獲得豁免。這樣的說法引起學者激烈的抵制，因為揣測是種未發生的假設性事件，但罪疑唯輕僅在實際發生的狀況下，始有適用的可能。雖有論者認為，病人如何選擇的問題，可以透過合理的方式加以回應，此時便具備足夠的確定性，至於其他之剩餘不確定性，則應予接受之⁵⁶¹，但不管如何，假設同意都是一種推定，虛構的決策過程都欠缺病人實際的參與，甚至病人死亡時，更是難以證明⁵⁶²。

第二款 假設同意可能架空被害人承諾

推測承諾在醫療行為中，通常用於事實上無法取得病人承諾的情境，避免對於承諾進行嚴格的認定，因為推測承諾的本身是一種「自決友善」（selbstbestimmungsfreundlich），使病人的意志執行程度最高，在欠缺行為能力的情況下，不要求客觀的合理性，而是假定的個人意願。因此，推測承諾具有輔助性（Subsidiarität），確保只有在無法獲得當前自主決定的情況下，才能接受次要的最佳實現⁵⁶³。

顯然地，假設同意的適用，往往忽略這樣的從屬性格，在適用上，假設同意不僅完全替代推測承諾的地位，更有可能擱置被害人承諾的真實意願⁵⁶⁴。在醫療行為中，逕自以醫師的主觀價值，為病人擇其所好，早已為學者所批評⁵⁶⁵，假設同意更是將病人形象的幻化，發揮到極限。

從實務到學說見解，可以觀察到，假設同意的創設目的，很大程度係基於刑事政策的考量，避免醫師承擔過重的刑事責任，在進行結論性評估時，應該再次

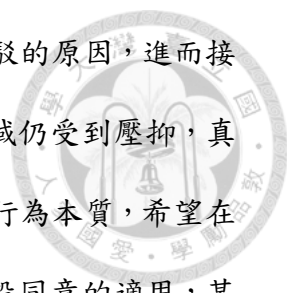
⁵⁶¹ Kühl, (Fn. 549), § 9, Rn. 47a.

⁵⁶² Jansen, (Fn. 554), S. 491.

⁵⁶³ Sowada, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, NStZ 2012, S. 8.

⁵⁶⁴ Jansen, (Fn. 554), S. 493.

⁵⁶⁵ 詳參周漾沂，前揭註 199，頁 225 以下。



關注此一法律結構中使用的論點，並捫心自問是否存在無可辯駁的原因，進而接受假設同意概念的援用。惟本文認為一直以來，病人的發聲場域仍受到壓抑，真實意願也往往由醫師假定之，而在考量醫師職業特殊性與醫療行為本質，希望在違法性階層的衡平中，為病人的意願表達找到一席之地。惟假設同意的適用，某程度悖離本文的意旨，變相消解病人之自主決定權，因此，此概念是否應適用於我國，仍有待商榷。

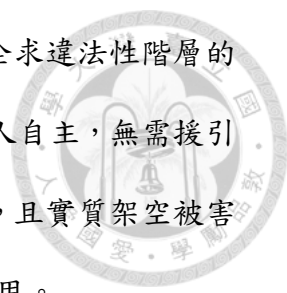
第七章 結論

行筆至此，本文嘗試描繪出告知義務的釋義路徑、風險製造所考量的因子以及利益衡平的重新思考，雖仍有未竟之功之處，但亦已企圖開展出過去文獻所未走過的路徑。本文重點有三：

第一，最高法院分別以告知義務所欲維護的自主法益與業務過失致死傷罪之保護法益無涉，以及告知義務非屬醫療常規之一環，排除告知義務成為刑法注意義務的理由，並不妥適。注意義務的創設，係圍繞於保護法益而生，結合關係式自主與人格導向的傷害罪保護法益，可以觀察到醫師於病人的醫療決策中，扮演不可或缺的角色，進而病人在醫師話語與實際病況落差甚大之間，感受到身體控制的失序與脫節。於此，醫療常規作為醫學專業規則，並非出於保護法益之考量，僅作為探討注意義務有無的「輔助」標準，無法全然取代注意義務。

第二，在容許風險的討論上，從美國法院與德國實務判決中，可以觀察到前者關注於重大身體傷害，後者則著重疾病對個人生活的突襲，二者具有高度的重疊性。從應然面而言，這樣的結論亦符合法理，理由在於立法者已於違法性階層中表達生命法益與重大身體法益的不可處分性，立法政策的宣示亦會對構成要件的解釋發揮一定之作用。惟如何界定「重大」，或可參酌德國刑法第 228 條，關於善良風俗之討論，將受到侵害之身體功能運作，對於身體之重要性、傷害結果之可逆性以及行為是否會造成法益主體將來之生活活動可能性持續受到限制納入考量。

第三，違法性階層，以利益衡量為取向，目前學界所承認的告知義務例外情形，實質上亦為醫療倫理原則權衡下之產物，在違法性的判斷上，醫師固然可援引醫療倫理原則阻卻違法，但將會某程度地壓抑病人自主之行使。



因此，本文試圖拋出以程序維護病人流失的自主的想法，企求違法性階層的權衡中，病人仍有發聲的空間。但為平衡醫師的專業與病人自主，無需援引德國法上假設同意的概念，因其對病人自主權的傷害甚鉅，且實質架空被害人承諾，適用於相關案例中，並無太大助益，不宜貿然援用。

醫病互動可說是人類生活經驗中所共同擁有，最有意義，亦最觸人心弦的關係，但這段關係總是衝突不斷，甚至已瀕臨崩潰邊緣。社會學大師 Parsons 對於病人角色 (sick role) 曾提出四個特點：病人無需對病人身份負任何責任、病人日常與工作事務之免除、令人不愉快的生活經驗以及尋求適當的協助，雖相關概念已逐漸受到挑戰且式微⁵⁶⁶，但不難看出，當病人進入醫療場域時，本身即處於戒慎恐懼的狀態，害怕疼痛、害怕失序，更擔憂生命的逝去。潛意識所產生的抗拒和逃避，促使病人本質上帶有一定的脆弱性，但有時並非源於身體的苦痛，而是對於疾病未知的恐懼。

美國一位以怪奇小說著稱之作家 Lovecraft，曾經說道：「人類最古老而強烈的情緒，便是恐懼；而最古老最強烈的恐懼，便是對未知的恐懼。」套用於病人的身上，可說是再適合不過了，病人之所以恐懼，是因為無法掌控與瞭解，不清楚自身身體面對的是什麼樣的疾病，以及伴隨而來的病徵，對於在一知半解下所做的醫療決策，感到困惑與質疑。但這樣的恐懼難以單憑病人自身的理性消化，需透過醫師的協力，始能消除，除了醫師本身的專業技術外，更重要的是，讓病人清楚了解自身所面對的狀況與因應，從未知走向已知，醫病關係也才能實際建立在「信任」之上，而非純粹淪為口號。

醫療倫理之要求，固然賦予醫療人員極大的責任，期待能完整地向病人或其家屬解釋病情，讓醫病互動真正朝向夥伴關係之路前進。但醫療環境與健保制度

⁵⁶⁶ Burnham, *Why sociologists abandoned the sick role concept?*, 27(1) HHS 70, 76 (2014).

的加乘下，醫病互動不再是客製化的關係，轉為機械式的應對，在「人力有限，病人無限」的背景下，刑法永遠都無法成為解決醫病關係惡化的仙丹妙藥，過度的訴諸於刑法，僅可能加速醫病關係的惡化，而無實質的助益。

本文只能從刑法學中，論斷醫病關係中的爭議，但臨床上，醫師所面臨的無窮困境，是一種「歷史共業」，牽涉整體健保的分配、分級醫療、轉診制度的推行與醫師的勞動權益，本文無法亦無能一一分析之，只盼望醫病關係能真正邁向合作與互助，使醫師善盡告知義務，具有期待可能。

參考文獻



壹、中文文獻

一、書籍

1. 王志嘉(2014),《醫師、病人誰說的算?病人自主之刑法基礎理論》,臺北:元照。
2. 王志嘉(2014),《醫師、病人誰說的算?病人自主之刑法實例剖析》,臺北:元照。
3. 王皇玉(2017),《刑法總則》,3版,臺北:新學林。
4. 古承宗(2016),《刑法之理論與釋義(一)》,臺北:元照。
5. 甘添貴(2010),《刑法各論(上)》,2版,臺北:三民。
6. 何建志(2013),《醫療法律與醫學論理》,2版,臺北:元照。
7. 吳志正(2005),《解讀醫病關係I》,臺北:元照。
8. 李柏璋、曾平杉(2017),《醫療紛爭在臨床醫學與法律實務的探討》,臺北:新學林。
9. 李震山(2001),《人性尊嚴與人權保障》,臺北:元照
10. 林山田(2005),《刑法各罪論(上冊)》,5版,臺北:自刊。
11. 林山田(2008),《刑法通論(下)》,10版,臺北:自刊。
12. 林東茂(2012),《刑法綜覽》,7版,臺北:一品。
13. 林鈺雄(2016),《新刑法總則》,5版,臺北:三民。
14. 施茂林(2015),《醫病關係與法律風險管理防範》,臺北:五南。
15. 高宣揚(1999),《後現代論》,臺北:五南。
16. 張苙雲(2003),《醫療與社會:醫療社會學的初探》,3版,臺北:巨流。
17. 張麗卿(2014),《醫療人權與刑法正義》,臺北:元照。
18. 許恒達(2016),《法益保護與行為刑法》,臺北:元照
19. 陳榮華(2017),《海德格《存有與時間》闡釋》,3版,臺北:國立臺灣大學出版中心。
20. 陳聰富(2014),《醫療責任的形成與展開》,臺北:國立臺灣大學。
21. 曾淑瑜(2007),《醫療過失與因果關係》,2版,臺北:翰蘆。
22. 曾淑瑜(2016),《醫療倫理與法律15講》,2版,臺北:元照。
23. 黃榮堅(2000),《刑罰的極限》,2版,臺北:元照。
24. 黃榮堅(2003),《刑罰的極限》,3版,臺北:元照。
25. 黃榮堅(2003),《刑法問題與利益思考》,臺北:元照。
26. 蔡振修(2005),《醫事過失犯罪專論》,臺北:自刊。


27. 蔡聖偉 (2014),《刑法案例解析方法論》,臺北:元照。
28. 蔡墩銘 (2005),《醫事刑法要論》,2版,臺北:翰蘆。

二、專書論文

1. 王皇玉 (2012),〈論醫師對藥物副作用之說明—從 99 年台上字第 558 號判決談起〉,收於:甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員(編),《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集上冊》,頁 153-174,臺北:承法數位。
2. 古承宗 (2012),〈過期、展期藥物之使用與病人承諾〉,收錄於:甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會(編),《甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集上冊》,頁 215-240,臺北:承法數位。
3. 李茂生 (2012),〈醫療事故刑事責任的判斷架構初探〉,收錄於:法務部(編),《刑事政策與犯罪研究論文集(15)》,臺北:法務部。
4. 郭書琴 (2015),〈從法律人類學觀點看醫療糾紛之法律技術與法律文化〉,收於:陳學德(編),《醫療糾紛處理之法制與實證—醫療糾紛處理新思維(三)》,頁 106-146,臺北:元照。
5. 黃榮堅 (2003),〈從醫療疏失論過失概念〉,收錄於:許玉秀(編),《刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯—》,頁 249-266,臺北:新學林。
6. 楊秀儀 (2002),〈寬容文化與病人自主—從告知後同意到告知後選擇〉,收於:劉幸義(編),《多元價值、寬容與法律—亞圖·考夫曼教授紀念集—》,頁 99-129,臺北:五南。
7. 薛智仁 (2018),〈專斷醫療的刑事責任--以違反醫師說明義務為中心〉,收錄於:陳子平教授榮退論文集編輯委員會(編),《法學與風範:陳子平教授榮退論文集》,頁 281-310,臺北:元照。
8. Ingeborg Puppe (著),趙彥清(譯)(2003),〈醫師未說明其他醫療選擇之刑事責任〉,收錄於:許玉秀(編),《刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念專輯》,頁 277-299,臺北:新學林。

三、期刊論文

1. 王志嘉 (2009),〈評台灣高等法院九十六年度上易字第○二○號「強制罪」刑事判決—兼論病人生命身體法益的處分與醫師緊急救治義務〉,《月旦法學雜誌》,174期,頁 298-320。
2. 王志嘉 (2009),〈論醫療上「病人自我決定權」及其刑法相關問題〉,《東吳法研論集》,5卷,頁 53-94。
3. 王志嘉 (2014),〈末期病人醫療常規—臺灣高等法院高雄分院九十六年度醫上更(一)字第第二號刑事判決評釋〉,《月旦法學雜誌》,

- 
- 211 期，頁 232-256。
4. 王皇玉(2005)，〈整形美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則——評臺北地院九十一年訴字第730號判決〉，《月旦法學雜誌》，127 期，頁 50-63。
 5. 王皇玉(2006)，〈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2676號判決〉，《月旦法學雜誌》，137 期，頁 265-280。
 6. 王皇玉(2007)，〈強制治療與緊急避難——評基隆地方法院 95 年易字第 223 號判決〉，《月旦法學雜誌》，151 期，頁 255-267。
 7. 王皇玉(2007)，〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，《臺大法學論叢》，36 卷 2 期，頁 41-92。
 8. 王皇玉(2007)，〈論醫療行為與業務上正當行為〉，《臺大法學論叢》，36 卷 2 期，頁 41-91。
 9. 王皇玉(2009)，〈德國醫療刑法論述概說〉，《月旦法學雜誌》，170 期，頁 122-144。
 10. 王皇玉(2012)，〈醫師的說明義務與說明義務之免除〉，《萬國法律》，186 期，頁 26-34。
 11. 王皇玉(2013)，〈論醫療刑責合理化〉，《月旦法學雜誌》，213 期，頁 73-92。
 12. 王皇玉(2019)，〈未經同意變更術式案：醫療刑法中的假設同意〉，《月旦醫事法報告》，31 期，頁 69-80。
 13. 古承宗(2012)，〈同時性的雙重義務違反與客觀歸責——評析臺灣高等法院 90 年度交上易字第 295 號判決〉，《台灣本土法學雜誌》，193 期，頁 18-28。
 14. 成令方(2002)，〈醫「用」關係的知識與權力〉，《台灣社會學》，3 期，頁 11-71。
 15. 吳志正(2017)，〈醫療過失刑罰化之現況與變革〉，《月旦醫事法報告》，13 期，頁 22-37。
 16. 吳志正、廖建瑜、姚念慈(2016)，〈藥源性史蒂文強森症候群案：醫師違反告知義務之刑事責任〉，《月旦醫事法報告》，2 期，頁 116-152。
 17. 李聖傑(2017)，〈侵害生命、身體法益之修法芻議〉，《檢察新論》，22 期，頁 142-151。
 18. 周漾沂(2013)，〈風險承擔作為阻卻不法事由——重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14 期，頁 169-243。

- 
19. 周漾沂 (2014),〈風險承擔作為阻卻不法事由--重構容許風險的實質理由〉,《中研院法學期刊》,14 期,頁 199。
 20. 林東茂 (2008),〈醫療上病人承諾之刑法問題〉,《月旦法學雜誌》,157 期,頁 45-70。
 21. 林萍章 (2009),〈醫療常規與刑事責任—評最高法院九十六年度台上第三〇八四號刑事判決〉,《月旦法學雜誌》,175 期,頁 233-252。
 22. 林雅萍 (2016),〈對自主的再思考:關係取向〉,《應用倫理評論》,61 期,頁 37-57。
 23. 徐育安 (2012),〈故意認定之理論與實務—以殺人與傷害故意之區分難題為核心〉,《中研院法學期刊》,10 期,頁 81-159。
 24. 廖建瑜 (2017),〈醫療水準與醫療慣行之注意義務〉,《月旦醫事法報告》,10 期,頁 86-95。
 25. 張永明 (2011),〈變性是醫療問題還是法律問題〉,《月旦法學教室》,109 期,頁 107-112。
 26. 張明偉 (2015),〈違反心血管疾病醫療常規之刑事責任〉,《醫事法學》,22 卷 1 期,頁 67-83。
 27. 張俊彥、黃偉修、于國平、李偉政 (1988),〈以綜合化學藥物 CHOP 治療非何杰金氏淋巴瘤之評估〉,《醫學研究》,8 卷 4 期,頁 255-262。
 28. 張麗卿 (2013),〈刑事醫療判決關於告知義務變遷之研究〉,《東海大學法學研究》,39 期,頁 99-179。
 29. 張麗卿 (2015),〈醫療常規與專斷醫療的刑法容許性—評析拒絕輸血案〉,《台灣法學雜誌》,272 期,頁 15-32。
 30. 許育典,〈法治國作為和諧社會的理論基礎〉,《南京大學法律評論》,秋季號,2010 年 9 月,頁 45-59。
 31. 許恒達 (2008),〈超越承擔過失的刑法歸責〉,《東吳法律學報》,20 卷 2 期,頁 97-138。
 32. 許恒達 (2009),〈「行為非價」與「結果非價」——論刑事不法概念的實質內涵〉,《政大法學評論》,114 期,頁 215-300。
 33. 許恒達 (2011),〈合法替代行為與過失犯的結果歸責:假設容許風險實現理論的提出與應用〉,《臺大法學論叢》,40 卷 2 期,頁 707-788。
 34. 許恒達 (2015),〈交通過失與信賴原則—簡評新北地院 102 年度交易字第 812 號刑事判決〉,《月旦法學教室》,157 期,頁 53-62。
 35. 郭吉助 (2008),〈論醫療法律上之醫療行為(一)由法制面談起〉,

- 《法務通訊》，2379 期，頁 3-6。
36. 陳仲嶙 (2009)，〈身體權作為一種憲法權利〉，《法學新論》，14 期，頁 113-131。
37. 陳志龍 (1989)，〈法益持有者之法益保護放棄處分權〉，《臺大法學論叢》，19 卷 1 期，頁 179-223。
38. 彭美英 (2009)，〈被害人之同意與犯罪構成要件之結構與解釋〉，《月旦法學雜誌》，167 期，頁 228-241。
39. 黃泓智、劉明志、余清祥 (2004)，〈台灣地區重大傷病醫療費費用推估〉，《人口學刊》，29 期，頁 36-70。
40. 楊秀儀 (1999)，〈誰來同意？誰作決定？--從「告知後同意法則」談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察〉，《臺灣法學會學報》，20 期，頁 367-410。
41. 楊秀儀 (2006)，〈病人自主權—我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討〉，《臺大法學論叢》，36 卷 2 期，頁 229-268。
42. 楊秀儀 (2018)，〈論醫療過失：兼評醫療法第 82 條修法〉，《月旦醫事法報告》，16 期，頁 67-82。
43. 靳宗立 (2009)，〈日本醫療過誤行為與刑事責任關係之探討〉，《軍法專刊》，55 卷 3 期，頁 72-85。
44. 廖建瑜 (2011)，〈藥品 OFF-LABEL USE 之管制 (上)〉，《法學新論》，31 期，頁 37-64。
45. 劉豐州 (1995)，〈最高法院刑事判決有關過失犯注意義務之判斷標準之整理〉，《萬國法律》，83 期，頁 37-42。
46. 蔡聖偉 (2010)，〈髮理之爭——論傷害罪的構成要件結果〉，《月旦法學教室》，88 期，頁 20-21。
47. 鄭逸哲 (2013)，〈「臨床裁量權」未入法，等於沒修—評析醫療法第八十二條之一條文修正草案〉，《軍法專刊》，59 卷 1 期，頁 98-106。
48. 鄭逸哲 (2013)，〈「臨床裁量權」和「行為有價值」乃「醫療民法」和「醫療刑法」不可抵觸的底線〉，《軍法專刊》，59 卷 2 期，頁 123-133。
49. 鄭逸哲 (2015)，〈醫療行為之刑事過失責任判斷與病人或其家屬之同意無涉——評析最高法院一〇一年台上字第二六三七號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，240 期，頁 5-18。
50. 盧映潔、高忠漢、朱鎮國 (2008)，〈病人同意與醫師刑事過失責任之辯正-評台北地方法院九一年訴字第七三 0 號判決〉，《台灣法學

雜誌》，112期，頁37-56。

51. 盧映潔、梁興禮(2018)，〈告知同意法則與醫療刑事過失責任之關連探討——我國實務判決之發展與評析〉，《月旦裁判時報》，69期，頁90-107。
52. 薛智仁(2015)，〈刑法觀點下的公民不服從〉，《中研院法學期刊》，17期，頁131-204。
53. 顏厥安、王照宇(2013)，〈法的解釋與法律倫理的概念觀〉，《世新法學》，7卷1期，頁9-37。
54. 魏伶娟(2017)，〈論非治療型微整形美容與消費者保護法之適用〉，《高大法學論叢》，12卷2期，頁245-298。
55. Wolfgang Mitsch(著)，古承宗(譯)(2007)，〈醫療刑法的「假設同意」〉，《世新法學》，第4期，頁1-23。

四、學位論文

1. 王志嘉(2013)，《病人自主的刑法效應》，東吳大學法律學系博士班博士論文，臺北。
2. 張宇蟬(2017)，《非治療性美容醫學行為之刑法上評價》，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文，台南。
3. 張嘉琪(2018)，《論民事醫療過失之判斷標準》，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文，台南。
4. 許義明(2005)，《人體試驗與刑事責任》，東吳大學法律學院法律學系碩士在職專班專業法律組碩士論文，臺北。
5. 楊琇茹(2004)，《從病人自主權看病人家屬參與醫療決定之權限》，中原大學財經法律學系碩士論文，桃園。
6. 簡竹君(2005)，《過失犯個別化理論和過失犯實務案例的研究》，政治大學法律學研究所碩士論文，臺北。


五、網路資源

1. 財團法人台灣醫療改革基金會，http://issue.thrf.org.tw/Page_Show.asp?Page_ID=1611（最後瀏覽日：07/06/2019）。
2. 臺灣楓城泌尿學會，攝護腺肥大的手術治療—雷射手術真的有必要嗎？，[https://www.tmua.org.tw/drSpecialColumn/drSpecialColumnArticle/LaserOp\(drSpecialColumn\).html](https://www.tmua.org.tw/drSpecialColumn/drSpecialColumnArticle/LaserOp(drSpecialColumn).html)（最後瀏覽日：07/06/2019）。

貳、英文文獻

一、專書

1. Beauchamp, T. L., & Childress, J. F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*

- 
- (5th ed.). New York: Oxford University Press.
2. Beauchamp, T. L., & Childress, J. F. (2013). *Principles of Biomedical Ethics* (7th ed.). New York: Oxford University Press.
 3. Berg, J. W. (2001). *Informed Consent: Legal Theory And Clinical Practice* (2nd. ed.). Oxford : Oxford University Press.
 4. Bonnie, R., Coughlin, A., Jeffries, J. Jr., & Low, P. (2010). *Criminal Law* (3rd ed.). La Habra: Foundation Press.
 5. Boylan, M. (2017). *Teaching Ethics With Three Philosophical Novels*. Cham: Springer Nature.
 6. Childress, J. F. (1982). *Who Should Decide?: Paternalism in Health Care*. New York: Oxford University Press.
 7. Christman, J. (1989). *The Inner Citadel: Essays on Individual Autonomy*. New York: Oxford University Press.
 8. Dimond, B. (2011). *Legal Aspects of Nursing* (7th ed.). Harlow: Pearson.
 9. Dobbs, D. B., Hayden, P. T., & Bublick, E. M. (2011). *Practitioner Treatise Series: Vol. 1. The Law of Torts* (2nd ed.). St. Paul: Thomson West.
 10. Dobbs, D. B., Hayden, P. T., & Bublick, E. M. (2015). *Hornbook On Torts* (2nd ed.). St. Paul: West Academic Publishing.
 11. Edwards, L. L., & Edwards, J. S. (2002). *Introduction To Paralegal Studies: A Practical Approach*. Albany : West/Thomson Learning.
 12. Emanuel, S. L. (2010). *Emanuel Law Outlines: Criminal Law* (7th ed.). New York: Aspen Publishers.
 13. Galasinski, D. (2000). *The Language of Deception: A Discourse Analytical Study*. Thousand Oaks: Sage Publication, Inc.
 14. Giesen, D. (1988). *International Medical Malpractice Law: A Comparative Study of Civil Responsibility Arising from Medical Care*. Boston : J.C.B. Mohr
 15. Gray, J. (1996). *Mill On Liberty: A Defence*. (2nd ed.). London: Routledge.
 16. Kadish, S. H., & Schulhofer, S. J. (1995). *Criminal Law And Its Processes: Cases And Materials* (6th ed.). Boston: Little, Brown and Company.
 17. LaFave, W. R. (2017). *Substantive Criminal Law* (3th ed.). Eagan: Thomson West.
 18. Lee, C., & Harris, A. (2009). *Criminal Law, Cases and Materials* (2nd ed.). New York: West Academic Publishing.
 19. Mackenzie, C., & Stoljar N. (2000). *Relational Autonomy: Feminist*

Perspectives on Autonomy, Agency, And The Social Self. New York: Oxford University Press.

20. Marcum, J. A. (2008). *An Introductory Philosophy of Medicine: Humanizing Modern Medicine*. Dordrecht: Springer
21. Mathis, K. (2009). *Efficiency Instead of Justice? : Searching for The Philosophical Foundations of The Economic Analysis of Law* (D. Shannon, Trans.). New York: Springer.
22. Mill, J. S. (2002). *On Liberty*. New York: Dover.
23. Mill, J. S. (2002). *Utilitarianism* (G. Sher, Ed.). Indianapolis: Hackett Publishing Company, Inc.
24. Munson, R. (2013). *Intervention And Reflection: Basic Issues in Bioethics*. Belmont : Wadsworth
25. Nedelsky, J. (2011). *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, And Law*. New York: Oxford University Press.
26. Nussbaum, M. C. (2001). *Women And Human Development: The Capabilities Approach*. New York: Cambridge University Press.
27. O'Neill, O. (2002). *Autonomy and Trust in Bioethics*. New York: Cambridge University Press.
28. Obade, C. C. (2018). *Patient Care Decision-Making: A Legal Guide For Providers*. Eagan: Thomson Reuters.
29. Paton, H. J. (1971). *The Categorical Imperative: A Study in Kant's Moral Philosophy*. Whitefish: Kessinger Publishing
30. Pellegrino, E. D., & Thomasma, D. C. (1988). *For The Patient's Good: The Restoration Of Beneficence In Health Care*. New York: Oxford University Press.
31. Perkins, R. M. (1969). *Perkins On Criminal Law* (2nd ed.). Mineola: Foundation Press.
32. Raven B. H., & Rubin J. Z. (1983). *Social Psychology: People in Groups*. New York: John Wiley and Sons.
33. Schwartz, V. E., Kelly, K., & Partlett, D. F. (2005). *Prosser, Wade And Schwartz's Torts: Cases And Materials* (11th ed.). St. Paul: Foundation Press.
34. Snyder, J. E., & Gauthier, C. C. (2008). *Evidence-Based Medical Ethics: Cases For Practice-Based Learning*. Totowa: Humana Press.
35. Turner, B.S. (1995). *Medical Power and Social Knowledge*. London: Sage.
36. Wear, S. (1992). *Informed Consent: Patient Autonomy And Physician*

Beneficence Within Clinical Medicine. Dordrecht: Springer.

二、專書論文

1. Beauchamp, T. L. (2005). Who Deserves Autonomy, and Whose Autonomy Deserves Respect. In J. S. Taylor (Ed.), *Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and its Role in Contemporary Moral Philosophy* (pp. 310-329). Cambridge: Cambridge University Press.
2. Beauchamp, T. L. (2013). There Are Circumstances in Which A Doctor May Withhold Information, In: A. L. Caplan & R. Arp (Eds.), *Contemporary Debates in Bioethics* (pp. 409-417). Chichester: John Wiley and Sons.
3. Eberl, J. T. (2013). Reply To Beauchamp, In: A. L. Caplan & R. Arp (Eds.), *Contemporary Debates in Bioethics* (pp. 431-434). Chichester: John Wiley and Sons.
4. Eberl, J. T. (2013). There Are No Circumstances in Which A Doctor May Withhold Information, In: A. L. Caplan & R. Arp (Eds.), *Contemporary Debates in Bioethics* (pp. 418-427). Chichester: John Wiley and Sons.
5. French, J. R. P., & Raven, B. H. (1953). Studies in Social Power, In D. Cartwright (Ed.), *The Bases of Social Power* (pp. 151-164). Michigan: Research Center for Group Dynamics, Institute for Social Research, University of Michigan.
6. Friedman, M. (2014). Relational Autonomy and Independence, In A. Veltman & M. Piper (Eds.), *Autonomy, Oppression, and Gender* (pp. 42-60). New York: Oxford University Press.
7. Higgs, R. (1985). On Telling Patients The Truth, In: M. Lockwood (Ed.), *Moral Dilemmas In Modern Medicine* (pp. 621-627). New York : Oxford University Press.
8. Hirschmann, N. J. (2014). Autonomy? Or Freedom? A Return to Psychoanalytic Theory, In A. Veltman & M. Piper (Eds.), *Autonomy, Oppression, and Gender* (pp. 61-86). New York: Oxford University Press.
9. Jonsen, A. R. (1977). Do No Harm: Axiom of Medical Ethics, In S. F. Spicker & H. T. Engelhardt Jr. (Eds.), *Philosophical Medical Ethics: Its Nature and Significance* (pp. 27-41). Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
10. Mackenzie, C. Autonomy? Or Freedom? A Return to Psychoanalytic Theory, In A. Veltman & M. Piper (Eds.), *Autonomy, Oppression, and Gender* (pp. 15-41). New York: Oxford University Press.
11. Raven, B. H. (1965). Current Studies in Social Psychology, In D. Steiner, &

M. Fishbein (Eds.), *Social Influence and Power* (pp. 371-382). Los Angeles : University of California, Department of Psychology.

12. Schauer, F., & Zeckhauser, R. (2009). Paltering, In B. Harrington (Ed.), *Deception: From Ancient Empires To Internet Dating* (pp. 38-54). Stanford: Stanford University Press.
13. Westlund, A. C. (2014). Autonomy and Self-Care, In A. Veltman & M. Piper (Eds.), *Autonomy, Oppression, and Gender* (pp. 181-200). New York: Oxford University Press.

三、 期刊論文

1. Adelman, S. A. (2017). The Evolution of Patient Rights: Individual Benefits and Provider Burdens. *Journal of Health & Life Sciences Law*, 10, 66-88.
2. Barrette, J. A. (2003). The Alternative Medical Practice Act: Does It Adequately Protect The Right Of Physicians To Use Complementary And Alternative Medicine?. *St. John's Law Review*, 77(1), 75-122.
3. Baum, B. (1998). J. S. Mill on Freedom and Power. *Polity*, 31(2), 187-216.
4. Beauchamp, T. L. (1990). Promise of the Beneficence Model for Medical Ethics. *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, 6(1), 145-155.
5. Beisecker, A. E. (1990). Patient Power in Doctor-Patient Communication: What Do We Know?. *Health Communication*, 2(2), 105-122.
6. Bostick, N. A. (2006). Report of the American Medical Association Council on Ethical and Judicial Affairs: Withholding Information From Patients: Rethinking The Propriety of "Therapeutic Privilege". *The Journal of Clinical Ethics*, 17(4), 302-306.
7. Brassington, I. (2012). The Concept of Autonomy and Its Role in Kantian Ethics. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 21(2), 166-176.
8. Braudo-Bahat, Y. (2017). Towards a Relational Conceptualization of the Right to Personal Autonomy. *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 25(2), 111-154.
9. Buell, S. W., & Griffin, L. K. (2012). On the Mental State of Consciousness of Wrongdoing. *Law and Contemporary Problems*, 75, 133-166.
10. Burnham, J. C. (2014). Why sociologists abandoned the sick role concept?. *History of the Human Sciences*, 27(1), 70-87.
11. Byrd, E. H. III (1988). Reflections on Willful, Wanton, Reckless, and Gross Negligence. *Louisiana Law Review*, 48(6), 1383-1409.
12. Childress, J. F. (1990). The Place of Autonomy in Bioethics. *The Hastings*

Center Report, 20(1), 12-17.

13. Christman, J. (2003). Relational Autonomy, Liberal Individualism, and the Social Constitution of Selves. *Philosophical Studies*, 117, 143-164.
14. Côté, A. (2000). Telling the Truth? Disclosure, Therapeutic Privilege and Intersexuality in Children. *Health Law Journal*, 8, 199-216.
15. Darwall, S. (2006). The Value of Autonomy and Autonomy of the Will. *Ethics*, 116(2), 263-284.
16. Dawson, A. (2010). The Future of Bioethics: Three Dogmas and A Cup of Hemlock. *Bioethics*, 24(5), 218-225.
17. Donaldson, C. M. (2017). Using Kantian Ethics in Medical Ethics Education. *Medical Science Educator*, 27, 841-845.
18. Dressler, J. (2000). Does One Mens Rea Fit All: Thoughts on Alexander's Unified Conception of Criminal Culpability. *California Law Review*, 88, 955-963.
19. Dunbar, N. E. (2015). A Review of Theoretical Approaches to Interpersonal Power. *Review of Communication*, 15(1), 1-18.
20. Ells, C. (2003). Foucault, Feminism, and Informed Choice, *Journal of Medical Humanities*, 24(3/4), 213-228 (2003).
21. Ells, C., Hunt, M. R., & Chambers-Evans, J. (2011). Relational Autonomy as an Essential Component of Patient-Centered Care. *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 4(2), 79-101.
22. Farrell, A. K., Simpson, J. A., & Rothman, A. J. (2015). The Relationship Power Inventory: Development and Validation. *Personal Relations*, 22(3), 387-413 (2015).
23. Foster, C.T. (1946). Annotation, Test or Criterion of Term "Culpable Negligence," "Criminal Negligence," or "Gross Negligence," Appearing in Statute Defining or Governing Manslaughter. *American Law Reports*, 161, 1-115 (1946).
24. Gilbar, R., & Miola, J. (2015). One Size Fits All? On Patient Autonomy, Medical Decision-Making, And The Impact of Culture. *Medical Law Review*, 23(3), 375-399.
25. Gillon, R. (1985). Justice and Medical Ethics. *Philosophical Medical Ethics*, 291, 201-202 (1985).
26. Gillon, R. (1994). Medical Ethics: Four Principles Plus Attention to Scope. *British Medical Journal*, 309, 184-188.

- 
27. Goodyear-Smith, F., & Buetow, S. (2001). Power Issues in the Doctor-Patient Relationship. *Health Care Analysis*, 9(4), 449-462.
28. Grimm, D. A. (2007). Informed Consent For All! No Exceptions. *New Mexico Law Review*, 37, 39-83.
29. Jennings, B., Ryndes, T., D'Onofrio, C., & Baily, MA. (2003). Access to Hospice Care: Expanding Boundaries, Overcoming Barriers. Hastings Center Report, 33(2 Suppl.), 3-60.
30. Johns, M. Z. (2007). Informed Consent: Requiring Doctors To Disclose Off-Label Prescriptions And Conflicts of Interest. *Hastings Law Journal*, 58, 967-1024.
31. Johnston C., & Holt, G. (2006). The Legal And Ethical Implications of Therapeutic Privilege- Is It Ever Justified To Withhold Treatment Information From A Competent Patient?. *Clinical Ethics*, 1(3), 146-151.
32. Kong, W. M. (2015). What Is Good Medical Ethics? A Clinician's Perspective. *Journal of Medical Ethics*, 41, 79-82.
33. Lammers, J., Stoker, J. I., & Stapel, D.A. (2009). Differentiating Social and Personal Power: Opposite Effects on Stereotyping, but Parallel Effects on Behavioral Approach Tendencies. *Psychological Science*, 20(12), 1543-1549.
34. Mandal, J., Ponnambath, D. K., & Parija, S. C. (2016). Utilitarian and deontological ethics in medicine. *Tropical parasitology*, 6(1), 5-7.
35. Martin, P. H. (2011). The BP Spill and the Meaning of "Gross Negligence or Willful Misconduct". *Louisiana Law Review*, 71(3), 957-1028.
36. May, T. (1994). The Concept of Autonomy. *American Philosophical Quarterly*, 31(2), 133-144.
37. Nourse, V. (2008). After the Reasonable Man: Getting Over the Subjectivity Objectivity Question. *New Criminal Law Review*, 11(1), 33-50.
38. O'Donnell, N. A. (1988). Punitive Damages in Florida Negligence Cases: How Much Negligence Is Enough?. *University of Miami Law Review*, 42, 803-828.
39. Omonzejele, P. F. (2005). Obligation of Non-Maleficence: Moral Dilemma in Physician-Patient Relationship. *Journal of Medicine and Biomedical Research*, 4(1), 22-30.
40. Owen, D. G. (1994). A Punitive Damages Overview: Functions, Problems And Reform. *Villanova Law Review*, 39, 363-413.
41. Raven, B. H. (2008). The Bases of Power and the Power/Interaction Model

- of Interpersonal Influence. *Analyses of Social Issues and Public Policy*, 8(1), 1-22 (2008).
42. Rhodes, R. (2010). Good and Not So Good Medical Ethics. *Good Medical Ethics*, 41, 71-74.
43. Richard C., Lajeunesse Y., & Lussier M. T. (2010). Therapeutic Privilege: Between The Ethics of Lying And The Practice of Truth. *Journal of Medical Ethics*, 353-357.
44. Robinson, P. H., & Grall, J. A. (1983). Element Analysis in Defining Criminal Liability: The Model Penal Code and Beyond. *Stanford Law Review*, 35 (4), 681-762.
45. Sampsell-Jones, T. (2013). Mens Rea in Minnesota And The Model Penal Code. *William Mitchell Law Review*, 39(5), 1457-1479.
46. Schei, E. (2006). Doctoring as Leadership: The Power To Heal. *Perspectives in Biology and Medicine*, 49(3) 393-406.
47. Schneiderman, L. J., Jecker N.S., & Jonsen A. R. (1990). Medical Futility: Its Meaning and Ethical Implications. *Annals of Internal Medicine*, 112(12), 949-954.
48. Secker, B. (1999). The Appearance of Kant's Deontology in Contemporary Kantianism: Concepts of Patient Autonomy in Bioethics. *Journal of Medicine and Philosophy*, 24(1), 43-66.
49. Sharkey, L. M. (1996). Judge Or Jury: Who Should Assess Punitive Damages. *University of Cincinnati Law Review*, 64, 1089-1139 (1996).
50. Simons, K. W. (2003). Should the Model Penal Code's Mens Rea Provisions Be Amended?. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 1(1), 179-205.
51. Sokol, D. K. (2006). Dissecting "Deception". *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 15(4), 457-464.
52. Sokol, D. K. (2006). Truth-Telling in The Doctor-Patient Relationship: A Case Analysis. *Clinical Ethics*, 1(3), 130-134.
53. Taylor, R. M. (2013). Ethical principles and concepts in medicine. *Handbook of Clinical Neurology*, 118, 1-9.
54. Tsai, D. F. (2001). How Should Doctors Approach Patients? A Confucian Reflection on Personhood. *Journal of Medical Ethics*, 27, 44-50.
55. Wechsler, H. (1968). *Codification of Criminal Law in the United States: The Model Penal Code*. *Columbia Law Review*, 68, 1425-1456.
56. Woody, W. D., & Greene, E. (2012). Jurors' Use of Standards of Proof in

Decisions About Punitive Damages. *Behavioral Sciences & the Law*, 30(6), 856-872.

57. Woolf, S. H. (1988). Do Clinical Practice Guidelines Define Good Medical Care?. *Chest Journal*, 113(3), 166-171.

四、政府資訊

National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. (1979). *The Belmont report: Ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research*. [Bethesda, Md.]: The Commission.


五、網路資源

1. Johnson, R., & Cureton, A. (2016, July 07). Kant's Moral Philosophy. Retrieved from <https://plato.stanford.edu/entries/kant-moral/#AutFor>. (last visited 07/06/2019).
2. Cleveland Clinic, Posterior Urethral Stenosis. Retrieved from <https://my.clevelandclinic.org/health/diseases/17757-posterior-urethral-stenosis> (last visited 07/06/2019).

參、德文文獻

一、專書

1. Albrecht, A. (2009). *Die "hypothetische Einwilligung" im Strafrecht*. Berlin : Duncker & Humblot.
2. Baumann, J./Weber, U./Mitsch, W. (2003). *Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch* (11. Aufl.). Bielefeld : Verlag Ernst und Werner Gieseking.
3. Binding, K. (1872). *Die Normen und ihre Übertretung : Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*. Leipzig: Wilhelm Engelmann.
4. Bockelmann, P. (1968). *Strafrecht des Arztes*. Stuttgart: Thieme.
5. Bockelmann, P. (1977). *Strafrecht Besonderer Teil* (Bd. 2). München: C. H. Beck.
6. Brigitte, T. (2000). *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis: Eine arztstrafrechtliche Untersuchung* (Bd. 4). Berlin: Springer.
7. Ebermayer, L. (1930). *Der Arzt im Recht: rechtliches Handbuch für Ärzte*. Stuttgart: Thieme.
8. Eisner, B. (1992). *Die Aufklärungspflicht des Arztes: die Rechtslage in Deutschland, Schweiz und den USA*. Bern: Hans Huber.

- 
9. Engisch, K. (1930). *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (2. Aufl.). Leipzig: Liebmann.
 10. Eser, A. (1981). *Juristischer Studienkurs III* (2 Aufl.). München: C. H. Beck.
 11. Fink, C. (2008). *Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen*. Bern: Stämpfli Verlag.
 12. Freund, G. (1988). *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*. Berlin: Springer.
 13. Gaede, K. (2014). *Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*. Heidelberg: C.F. Müller.
 14. Giesen, D. (1995). *Arzthaftungsrecht*. Baden: Mohr Siebeck GmbH & Co. K.
 15. Göbel, A. A. (1992). *Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts*. Frankfurt am Main : Peter Lang
 16. Gössel, K. (1987). *Strafrecht Besonderer Teil* (Bd. 1). Heidelberg: C. F. Müller.
 17. Gössel, K./Dölling, D. (2004). *Strafrecht Besonderer Teil* (2. Aufl., Bd. 1). Heidelberg: C. F. Müller.
 18. Heghmanns, M. (2009). *Strafrecht für alle Semester: Besonderer Teil*. Berlin: Springer.
 19. Hirsch, H. (2005). *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch* (11. Aufl., Bd. 6), § 223. Berlin: De Gruyter.
 20. Jakobs, G. (1972). *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*. Berlin: De Gruyter.
 21. Jakobs, G. (1993). *Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (2. Aufl.). Berlin: De Gruyter.
 22. Jescheck, H. H./Weigend, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts* (5. Aufl.). Berlin: Duncker & Humblot.
 23. Kindhäuser, U. (2003). *Lehrbuch des Strafrechts Besonderer Teil* (Bd. 1). Baden-Baden: Nomos.
 24. Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen, H. (2017). *Strafgesetzbuch* (5 Aufl., Bd. 2), Baden-Baden: Nomos.
 25. Kühl, K. (2008). *Strafrecht: Allgemeiner Teil* (6. Aufl.). München: Vahlen.
 26. Laufs, A./Katzenmeier, C./Lipp, V. (2015). *Arztrecht* (7. Aufl.). München: C. H. Beck.
 27. Laufs, A./Kern, B. R. (2010). *Handbuch des Arztrechts* (4. Aufl.). München: C. H. Beck.
 28. Laufs, A./Uhlenbruck, W. (1992). *Handbuch des Arztrechts*. München: C. H.

- Beck.
29. Maurach, R./Schroeder, F./Maiwald, M. (2003). *Strafrecht Besonderer Teil* (9. Aufl., Bd. 1). Heidelberg: C. F. Müller.
30. Maurach, R./Zipf, C. (1992). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Bd. 1, 8. Aufl.). Heidelberg: C. F. Müller.
31. Meyer, K. (1984). *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum: Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*. Köln: Carl Heymanns.
32. Otto, H. (1996). *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre* (5. Aufl.). Berlin: De Gruyter.
33. Otto, H. (2005). *Grundkurs Strafrecht: Die einzelnen Delikte* (7. Aufl.). Berlin: De Gruyter.
34. Rengier, R. (2003). *Strafrecht Besonderer Teil* (5. Aufl., Bd. 2). München: C. H. Beck.
35. Riedelmaier, S. (2004). *Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik*. Baden-Baden : Nomos.
36. Roxin, C. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (4. Aufl., Bd. 1). München: C. H. Beck.
37. Roxin, C./Schroth, U. (2010). *Handbuch des Medizinstrafrechts* (4. Aufl.). Stuttgart: Richard Boorberg.
38. Schenk, R. (2013). *Die medizinische Grundaufklärung: Aufklärung im Großen und Ganzen, Grundaufklärung und Basiswissen als Zurechnungsebenen eines Haftungssystems für medizinische Aufklärungsfehler*. Berlin: Springer.
39. Schmidhäuser, Eb. (1975). *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Aufl.). Heidelberg: Mohr.
40. Schmidt, Eb. (1970). *Der Arzt im Strafrecht*. Frankfurt am Main: Keip Verlag.
41. Schnellling, P. (2003). *Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung*. Berlin: Heidelberg Springer Berlin Heidelberg.
42. Schönke A./Schröder H. (2014). *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch: StGB* (29. Aufl.). München: C. H. Beck.
43. Tröndle, H./Fischer, T. (2006). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (53. Aufl.). München: C. H. Beck.
44. Ulsenheimer, K./Biermann, E./Bock, R. W. (2014). *Arztstrafrecht in der Praxis* (5. Aufl.). Heidelberg: C. F. Müller.
45. Wagner, C. (2015). *Die Schönheitsoperation im Strafrecht: Eine*

Untersuchung zu den normativen Grenzen chirurgischer Eingriffe bei fehlender medizinischer Indikation. Berlin: Duncker & Humblot.

46. Welzel, H. (1961). *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte: Zur Dogmatik d. fahrlässigen Delikte.* Heidelberg: C. F. Müller.
47. Welzel, H. (1969). *Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung* (11. Aufl.). Berlin: De Gruyter.
48. Wessels, J./Hettinger, M. (2012). *Strafrecht Besonderer Teil* (Bd.1, 36 Aufl.). Heidelberg: C. F. Müller.
49. Zillgens, B. (2004). *Die strafrechtlichen Grenzen der Lebendorganspende.* Frankfurt am Main: Peter Lang.
50. Zipf, H. (1980). *Kriminalpolitik: Ein Lehrbuch* (2. Aufl.). Heidelberg: C. F. Müller.

二、 註釋書

1. Duttge, G. (Hrsg.) (2017). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3. Aufl., Bd. 1), §15. München: C. H. Beck.
2. Eisele, J. (Hrsg.)(2016). *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (12. Aufl.), §12. Bielefeld: Giesecking.
3. Eser, A. (Hrsg.) (2014). *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch: StGB* (29. Aufl.), §§ 221–223. München: C. H. Beck.
4. Freund, G. (Hrsg.) (2017). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3. Aufl., Bd. 1), §13. München: C. H. Beck.
5. Hardtung, B. (Hrsg.) (2017). *Münchener Kommentar zum StGB* (3. Aufl., Bd. 4), §228. München: C. H. Beck.
6. Horn, E./Wolters, J. (Hrsg.) (2003). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (7. Aufl., Bd. 4), § 223. Köln: Carl Heymanns.
7. Joecks, W. (Hrsg.) (2017). *Münchener Kommentar zum StGB* (3. Aufl., Bd. 4), Vor §223, §223. München: C. H. Beck.
8. Knauer, C./Brosem J. (Hrsg.) (2018). *Medizinrecht* (3. Aufl.), § 223. München: C. H. Beck.
9. Kühl, K. (Hrsg.) (2018). *Lackner/ Kühl StGB* (29. Aufl.), § 16. München: C. H. Beck.
10. Paeffgen, H./Zabel, B. (Hrsg.) (2017). *Strafgesetzbuch* (5 Aufl., Bd. 2), § 223. Baden-Baden: Nomos.
11. Sternberg-Lieben (Hrsg.) (2019). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl., Bd. 4), § 223. Köln: Carl Heymanns.

12. Sternberg-Lieben, D. (2006). *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch* (27. Aufl.), § 15. München: C. H. Beck.
13. Sternberg-Lieben, D./Schuster, F. K. (Hrsg.) (2014). *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch* (29. Aufl.), § 15. München: C. H. Beck.




三、 專書論文

1. Bockelmann, P. (2013). *Aufklärungspflicht aus juristischer Sicht*. In: G. Heberer/L. Schweiberer (Hrsg.), *Indikation zur Operation* (2. Aufl., S. 10-22). Berlin: Springer Berlin Heidelberg.
2. Frisch, W. (1999). *Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB)*. In: T. Weigend/G. Küpper (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999* (S. 485-506). Berlin: De Gruyter.
3. Maiwald, M. (1985). *Zum Leistungsfähigkeit des Begriffs „erlaubtes Risiko“*. In: V. Theo (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag* (S. 405-425). Berlin : Duncker & Humblot.
4. Niese, W. (1961). *Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff*. In: P. Bockelmann/W. Gallas (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag* (S. 364-382). Aalen: Scientia.
5. Paeffgen, H. U. (2004). *Gefahr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich - Problem-Beschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virus-infektiösen Chirurgen*. In: K. Rogall, I. Puppe, U. Stein & J. Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag* (S. 187-212). Neuwied : Luchterhand.
6. Schroeder, F. (1999). *Begriff und Rechtsgut der „Körperverletzung“*. In: T. Weigend/G. Küpper (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999* (S. 725-738). Berlin: De Gruyter.
7. Stratenwerth, G. (1985). *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstab beim Fahrlässigkeitsdelikt*. In: V. Theo (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag* (S. 285-302). Berlin : Duncker & Humblot.
8. Wiegand, W. (1994). *Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung*. In: Heinrich, H. (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts* (S. 119-213). Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.

四、 註釋書

1. Duttge, G. (Hrsg.) (2017). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3.

- 
- Aufl., Bd. 1), §15. München: C. H. Beck.
2. Eisele, J. (Hrsg.)(2016). *Strafrecht, Allgemeiner Teil* (12. Aufl.), §12. Bielefeld: Giesecking.
 3. Eser, A. (Hrsg.) (2014). *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch: StGB* (29. Aufl.), §§ 221–223. München: C. H. Beck.
 4. Freund, G. (Hrsg.) (2017). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (3. Aufl., Bd. 1), §13. München: C. H. Beck.
 5. Hardtung, B. (Hrsg.) (2017). *Münchener Kommentar zum StGB* (3. Aufl., Bd. 4), §228. München: C. H. Beck.
 6. Horn, E./Wolters, J. (Hrsg.) (2003). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (7. Aufl., Bd. 4), § 223. Köln: Carl Heymanns.
 7. Joecks, W. (Hrsg.) (2017). *Münchener Kommentar zum StGB* (3. Aufl., Bd. 4), Vor §223, §223. München: C. H. Beck.
 8. Knauer, C./Brosem J. (Hrsg.) (2018). *Medizinrecht* (3. Aufl.), § 223. München: C. H. Beck.
 9. Kühl, K. (Hrsg.) (2018). *Lackner/ Kühl StGB* (29. Aufl.), § 16. München: C. H. Beck.
 10. Paeffgen, H./Zabel, B. (Hrsg.) (2017). *Strafgesetzbuch* (5 Aufl., Bd. 2), § 223. Baden-Baden: Nomos.
 11. Sternberg-Lieben (Hrsg.) (2019). *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (30. Aufl., Bd. 4), § 223. Köln: Carl Heymanns.
 12. Sternberg-Lieben, D. (2006). *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch* (27. Aufl.), § 15. München: C. H. Beck.
 13. Sternberg-Lieben, D./Schuster, F. K. (Hrsg.) (2014). *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch* (29. Aufl.), § 15. München: C. H. Beck.

五、 期刊論文

1. Appel, I. (1999). Rechtsgüter durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 82(3), 278-311.
2. Beling, E. (1924). Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 44, 220-243.
3. Böcker, P. (2005). Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil und Strafrecht. *Juristen Zeitung*, 925-932.
4. Dölling, D. (1984). Die Behandlung der Körperverletzung im Sport im

- System der strafrechtlichen Sozialkontrolle. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 36-65.
5. Duttge, G. (2005). Der BGH auf rechtsphilosophischen Abwegen - Einwilligung in Körperverletzung und „guten Sitten“. *Neue Juristische Wochenschrift*, 260-263.
6. Engisch, K. (1939). Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 58, 1-52.
7. Hardtung, B. (2005). Die guten Sitten am Bundesgerichtshof. *Jura*, 401-408.
8. Holzer, W. (1989). Die Aufklärung unheilbar Kranker aus rechtlicher Sicht. *Wiener Medizinische Wochenschrift*, 495-497.
9. Jansen, S. (2011). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?. *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 482-495.
10. Jung, H. (2009). Außenseitermethoden und strafrechtliche Haftung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 47-67.
11. Kaufmann, A. (1961). Die eigenmächtige Heilbehandlung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 73(3), 341-384.
12. Kuhlen, L. (2005). Hypothetische Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“. *Juristen Zeitung*, S. 713-718.
13. Lechner, D. (2013). Die Auswirkungen des Patientenrechtegesetzes auf den Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht – eine strafrechtliche Analyse. *Medizinrecht*, 31(7), 429-432.
14. Mitsch, W. (2018). Das erlaubte Risiko im Strafrecht. *Juristische Schulung*, 1161-1167.
15. Otto, H./Albrecht, A. (2005). Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff. *Juristische Ausbildung*, 32(4), 264-271.
16. Pflüger, F. (2000). Patientenaufklärung über Behandlungsqualität und Versorgungsstrukturen-Erweiterte Haftungsrisiken für Arzt und Krankenhaus?. *Medizinrecht*, 6-9.
17. Puppe, I. (2004). Anmerkungen zum Urteil des BGH v. 20.1.2004. *Juristische Rundschau*, 469-472.
18. Sowada, C. (2012). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1-10.
19. Swoboda, S. (2013). Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen

Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 18-32.

20. Ulsenheimer, K. (1992). Zur zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes unter besonderer Berücksichtigung der neueren Judikatur und ihrer Folgen für eine defensive Medizin. *Medizinrecht*, 127-134.

