

醫療行為與傷害罪之關係

編目：刑法



主筆人：莫台大 碩士、律師資格

莫台大老師在教學上，以清楚易懂的說明帶領同學思考刑事事實體法體系下的各個重要概念，並輔以大量的實例及圖表幫助學習記憶，期使同學在考試之途更加順利！

◎最新課程請點閱高點法律網 www.license.com.tw/lawyer

一、前言

醫療行為於刑法上的評價究竟為何？在學說上是頗具爭議性的一個議題，從判斷犯罪成立的三階體系以觀，在構成要件該當性的層次上，醫療行為究竟是否為傷害罪構成要件該當之行爲？抑或根本並非傷害罪保護目的下之傷害行爲？再者，若醫療行為屬傷害罪構成要件該當之行爲，則合法的醫療行為與不合法的醫療行為之分際何在？而若認醫療行為屬傷害罪構成要件該當之行爲，則在違法性的層次上，醫療行為是否可主張屬依法令之行爲、阻卻違法承諾、可推測承諾或是緊急避難等法定阻卻違法事由或超法規阻卻違法事由，而阻卻行爲的違法性？又該如何在具體案例中予以適用？此又涉及了醫療人員告知義務認定的爭議，此些皆為本文所要處理的問題。

本文以下將先就醫療行為的定義進行探討，接著再處理醫療行為於構成要件該當性層次以及違法性層次脈絡下的爭議分析，以期能對於醫療行為與傷害罪之關係能有較徹底的認識。

二、醫療行為的意義

醫療行為的定義可參考行政院衛生署於民國六十五年四月六日的「衛署醫字第107880號函」之見解，其認為：「有關疾病之診斷治療、疾病之預防、畸型之矯正、助產、墮胎及各種基於治療目的與增進醫學技術之實驗行爲，亦即以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健目的所爲之診察及治療；或基於診察、診斷結果而以治療爲目的所爲之處方、或用藥等行爲之一部或全部之總



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段2號8樓·02-23115586(代表號)

稱。」

在這樣的見解之下，似認為醫療行為須出於治療作為其目的，然學說上認為諸如整型美容，儘管醫師的措施或處置不具有疾病治療或預防等目的，但無論如何皆需運用醫學知識與技術，而且對人的身體具有侵入性質，因此亦應認屬於醫療行為(註 1)。是以可認為醫療行為除了在於治療或是預防疾病之外，尚包含其他對於人體有侵入作用，而須運用醫學知識、技術之行為(註 2)。

三、醫療行為與傷害行為？

醫療行為的實施，先會取得病患之承諾或是依其情狀可推測之承諾，此時的醫療行為的性質在學說上有二種見解：

(一)傷害行為說：

此為通說見解，此說認為醫療行為由於其本身帶有對病患身體或生理機能的侵襲性，也就是為人的身體法益造成侵害或危險，故醫療行為本身在構成要件層次上會該當於傷害罪(普通傷害罪或是加工重傷罪)(註 3)。

(二)非傷害行為說：

此說為林東茂教授之見解，此說認為承諾與同意兩者並無區分之必要，承諾與同意皆應得以排除構成要件該當性(註 4)，故醫療行為若是在得到病患的承諾或是可得推測之承諾時，則阻卻傷害罪的構成要件該當性，即非屬於傷害罪意義下的傷害行為。

四、告知後同意

(一)意義：

合法的醫療行為以得到病患有效的同意為前提，然有效的病患同意須立基於醫師告知義務的合法履行，此即所謂「告知後同意」，又稱為「充分說明與同意」(Informed Consent=IC)。

此即是將醫師對病人的說明告知與病患的同意治療兩者連結，主張為了保障病患之充分自主決定權，為了使病患之同意真正具有實質意義，須以病患充分了解其同意對象(即該醫療行為)為前提，但因一般病患通常欠缺高度的醫學知識，自須對醫生課予必要且充分的說明義務，才能使病患就加諸於己身的醫療行為作出理性的意思決定，因而病患的充分說明是為獲得病患的有效同意(註 5)。

(二)內涵：

1.說明的主體：



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

醫師具有向病患作充分說明之義務，雖然我國醫療法第六三條(註 6)、第六四條(註 7)與第八一條(註 8)似乎認為凡屬醫療機構的人員皆可向病患說明治療的內容，然並非所有醫療機構的成員都具有充分專業的醫療知識(註 9)。

2.說明的對象：

為尊重病人對於醫療所擁有的「自主決定權」，醫師說明的對象，應以病患本人為原則；若病患已意識不清或無決定能力時，始得例外向其家屬或關係人等作說明(註 10) (註 11)。至於我國醫療法第六三條、第六四條與第八一條更規定說明的對象可為病患、家屬、法定代理人、配偶、親屬或關係人，此與病人告知後同意法保障病患自主決定權的目的有所不符。

3.說明的內容：

依學說見解，醫師的說明義務包括，診斷的說明、醫療方法的說明、安全性的說明以及醫療風險的說明(註 12)。

4.說明的程度：

學說認為，凡當作治療對象的具體病患，於自我決定之際所認為重要且必要的資訊，擔當醫師都應說明之，此既尊重病患的自我決定權，且亦不加重擔當醫師的責任，並適當地達到醫療目的(註 13)。

5.說明的例外：

在有下列狀況之一者，醫師即不負說明義務(註 14)：

- (1)緊急事態的狀況，然此時會有可推測承諾的問題。
- (2)危險性程度非常輕微之狀況。
- (3)病患無判斷能力之狀況，但此時須先視有無可代為同意者(如家屬等)。
- (4)法律有特別規定之情況，如基於公共衛生上理由而接受強制性醫療行為時，接受該措施之病患的自我決定權即被否定。
- (5)對病患有不良影響之狀況。

五、醫療行為的違法性

(一)概說：

在採取醫療行為屬於傷害行為的立場之下，雖然在構成要件該當性的層次上推定行為的不法性，但接著須判斷是否有責性的層次上得主張阻卻違法事由的適用來推翻此不法推定。

而在學說的討論上，阻卻違法事由於醫療行為上的適用，可分為阻卻違法



承諾、可推測承諾、第二一條第一項依法令之行爲、第二二條業務上的正當行爲以及第二四條緊急避難等五種，以下將逐一檢討之。

(二)阻卻違法承諾：

阻卻違法承諾在違法性的層次上屬於非刑法明定的超法規阻卻違法事由，學說上有認爲，欲主張阻卻違法承諾來作爲醫療行爲的阻卻違法事由者，須限於該醫療行爲只是造成普通傷害的結果；若造成了重傷的結果，由於我國刑法認爲法益持有人對於自己的生命法益或重大身體法益並無處分權存在，因此不但在構成要件上會該當於第二八二條加工重傷罪，且在違法性的層次上也不得主張阻卻違法承諾(註 15)。

而至於此承諾是否爲有效的承諾，很重要的一個要求就是醫師須合法的盡告知義務，對此須參照本文前述「告知後同意」之內涵。

(三)可推測承諾：

可推測承諾和阻卻違法承諾皆同爲刑法未明文規定的超法規阻卻違法事由，醫療行爲上的承諾，通常是在當事人意識清醒下，放棄法益保護的意思表示；然法益持有人可能無法即時的承諾，或意識不清無法表示承諾，基於保護法益持有人的利益，他人得強爲處分(註 16)。

然要適用可推測承諾作爲阻卻違法事由，和阻卻違法承諾相同，必須此承諾的內容爲法律所允許，是以若涉及重大身體法益的醫療行爲，由於法律並不允許法益持有人對於自己的生命法益或重大身體法益具有處分權，是在構成要件該當性的層次上會涉及第二七八條第一項重傷罪(註 17)，且在違法性的層次上也不得主張可推測承諾，不得阻卻重傷行爲的爲法性。

(四)依法令之行爲：

對於身體造成重大侵襲性的手術，若其施行係依照醫療法第六三條第一項之規定，即：「向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得爲之。但情況緊急者，不在此限。」則可主張手術之施行係屬依法令的行爲而得阻卻違法(註 18)。而至條文內規定的「說明」及「同意」則須參照本文前述「告知後同意」之內涵作爲認定。

(五)業務上正當行爲：

業務上正當行爲此一阻卻違法事由，其指某些行爲雖然在一般生活的利害關係是不被容許，但從業務行爲的目的來看，此一類型的行爲有其特殊的正面意義，因此應該被容許。而醫療行爲顧及到了醫療上的意義，若也符合醫療常規者，即會具有正當性而爲業務上的正當行爲(註 19)。在案例上



涉及手術者，即可依據醫療法第六三條的規定而認屬於業務上的正當行為，然須注意，醫療行為若欲符合業務上正當行為者，仍須得到相對人——即病患有效的承諾，而欲得到有效的承諾，則須參照本文前述「告知後同意」之內涵。

(六)緊急避難：

在未獲得病患之承諾時，若醫療行為的實施係涉及避免病患生命、身體的緊急危難，而為病人實施醫療行為，此一具備避難適當性、必要性以及衡平性之避難手段者，不論屬該當於普通傷害或是重傷之行為，亦得根據第二四條緊急避難來阻卻醫療行為的違法性(註 20)。

六、結語

在處理醫療行為之爭議時，從三階論的角度以觀，在構成要件該當性此一層次上要面對的問題就是醫療行為究竟是否為傷害罪意義下的傷害行為？通說認為醫療行為對於身體仍具有侵襲性，是以仍屬傷害罪意義下的傷害行為。而醫療行為必須區分為具普通傷害效果的醫療行為以及具重傷效果的醫療行為，兩者區別的實益在於，我國刑法並不承認法益持有人對於其生命法益和重大身體法益具有處分權限，是以在具重傷效果的醫療行為時，並不得依病患的承諾或可推測承諾而作為阻卻違法事由，而是必須判斷是否具備依法定之行為、業務上正當行為或是緊急避難等阻卻違法事由；至於在具普通傷害效果的醫療行為時，則除了前述可適用的阻卻違法事由外，尚可依病患的承諾或是可推測承諾而作為阻卻違法事由。

《備註》

註 1： 盧映潔、高忠翰、朱振國，〈病患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七三〇號判決〉，《台灣法學雜誌》，第 112 期，2008 年 9 月，頁 44-45。

註 2： 但就對於人體有侵入作用者點，學說上有認為醫療行為未必侵襲患者之身體，如為發現疾病或預防疾病所實施之診察、診斷或處方、用藥、施術或處置等行為，以及在現代醫學上，雖無法治癒，但可緩和患者痛苦之醫療處置行為均包括在內，見甘添貴，〈治療行為與傷害〉，《月旦法學教室》，第 15 期，2004 年 1 月，頁 18。



- 註 3：盧映潔、高忠翰、朱振國，〈病患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七三〇號判決〉，《台灣法學雜誌》，第 112 期，2008 年 9 月，頁 42；甘添貴，〈治療行為與傷害〉，《月旦法學教室》，第 15 期，2004 年 1 月，頁 18-19；陳子平，〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應(下)〉，《月旦法學雜誌》，第 179 期，2010 年 4 月，頁 250-252；鄭逸哲，〈重大手術不可能僅基於「同意」而阻卻違法〉，《月旦法學教室》，第 91 期，2010 年 4 月，頁 24-25。
- 註 4：林東茂，〈醫療上病患承諾的刑法問題〉，《月旦法學雜誌》，第 157 期，2008 年 6 月，頁 49-50。蓋林東茂教授認為如果法益是在保護個人的自由發展，那當一個行為是出於法益持有人的處置時，就沒有法益侵害可言，此無損於自由之發展，而是自由發展之表現。
- 註 5：盧映潔、高忠翰、朱振國，〈病患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七三〇號判決〉，《台灣法學雜誌》，第 112 期，2008 年 9 月，頁 38。
- 註 6：醫療法第六三條：I. 醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。II. 前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。III. 第一項手術同意書及麻醉同意書格式，由中央主管機關定之。
- 註 7：醫療法第六四條：I. 醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限。II. 前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。
- 註 8：醫療法第八一條：醫療機構診治病人時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。
- 註 9：陳子平，〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應(上)〉，《月旦法學雜誌》，第 178 期，2010 年 3 月，頁 230。
- 註 10：甘添貴，〈醫療糾紛與法律適用—論專斷醫療行為的刑事責任〉，



- 《月旦法學雜誌》，第 157 期，2008 年 6 月，頁 33。
- 註 11：至於在連其病患之家屬或關係人也無得同意時(如家屬或關係人不明，或是事態緊急而無法及時聯繫)，此時即是可推測承諾的問題。
- 註 12：林東茂，〈醫療上病患承諾的刑法問題〉，《月旦法學雜誌》，第 157 期，2008 年 6 月，頁 60。
- 註 13：此即所謂的雙重標準說，即同時著重於合理性醫師以及合理性病患的角度，見陳子平，〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應(上)〉，《月旦法學雜誌》，第 178 期，2010 年 3 月，頁 235-237。
- 註 14：陳子平，〈醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應(上)〉，《月旦法學雜誌》，第 178 期，2010 年 3 月，頁 237-239。
- 註 15：盧映潔、高忠翰、朱振國，〈病患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七三〇號判決〉，《台灣法學雜誌》，第 112 期，2008 年 9 月，頁 46；鄭逸哲，〈重大手術不可能僅基於「同意」而阻卻違法〉，《月旦法學教室》，第 91 期，2010 年 4 月，頁 24。
- 註 16：林東茂，〈醫療上病患承諾的刑法問題〉，《月旦法學雜誌》，第 157 期，2008 年 6 月，頁 63。
- 註 17：這裡不會在構成要件上該當加工重傷罪之原因是加工重傷罪之承諾在刑法上的定位是屬於構成要件要素，因此若在案例上不存在承諾者，則不會有加工重傷的問題，而是該當於第二七八條第一項重傷罪的構成要件，並進而繼續作違法性的審查。
- 註 18：鄭逸哲，〈重大手術不可能僅基於「同意」而阻卻違法〉，《月旦法學教室》，第 91 期，2010 年 4 月，頁 25。
- 註 19：盧映潔、高忠翰、朱振國，〈病患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七三〇號判決〉，《台灣法學雜誌》，第 112 期，2008 年 9 月，頁 43。
- 註 20：王皇玉，〈醫師未盡說明義務之法律效果—簡評九四年台上字第二六七六號判決〉，《台灣本土法學雜誌》，第 75 期，2005 年 10 月。

