

## 治療行為與病人之同意（承諾）之關聯性 —從刑法觀點之思考

編目：刑法

出處	月旦法學雜誌，第240期，頁19~35	
作者	陳子平教授	
關鍵詞	醫療行為、治療行為、被害人同意（承諾）、業務上之正當行為、告知後同意	
摘要	學說上治療行為是否為傷害罪之傷害行為，向有「治療行為非傷害說」與「治療行為傷害說」之立場；若採前者立場，則治療行為係在傷害罪之構成要件該當性階段處理，病人之同意（承諾）在此階段扮演何種角色？若採後者立場，則治療行為具有構成要件該當性，惟得以在違法性階段處理是否具有違法性，病人之同意（承諾）究竟係以「超法規違法性阻卻事由」加以處理，抑或是以「業務上之正當行為」加以處理？	
重點整理	本案爭點	1.何謂「醫療（治療）行為」及醫療（治療）行為是否符合傷害行為之類型？ 2.治療行為係根據「被害人同意」或「業務上之正當行為」而阻卻違法性？ 3.«病人之同意（承諾）」或「告知後同意」與醫療行為之關聯？
	解評	一、醫療行為與治療行為 (一)醫療行為 1.實務 <sup>註1</sup> 及多數學說見解： 醫療行為包含兩大類：第一，以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診

<sup>註1</sup>衛生署民國65年4月6日衛署醫字第10788號函釋等、81年8月11日衛署醫字第8156514號函釋或91年2月8日衛食字第091002479號函釋。

重點整理	解評	<p>察、診斷及治療；第二，基於診察、診斷之結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術或處置等行為。</p> <p>2.其他學說見解：</p> <p>(1)有認為醫療行為可分為狹義及廣義，狹義醫療行為即為衛生署所稱之醫療行為；廣義醫療行為則除狹義醫療行為外，還包括「實驗性醫療行為」，而主張應採取廣義醫療行為，即包含「臨床醫療行為」、「實驗性醫療行為」及「非診療目的性的醫療行為」。</p> <p>(2)另有認為在主觀上具有醫療目的（治療、矯正、預防目的），客觀上具有醫療適應性（醫療適正性）等要件之行為，始稱為醫療行為。</p> <p>(二)治療行為</p> <p>1.學說對於治療行為之定義有若干差異，惟對於治療行為係包含於醫療行為中，即屬於醫療行為之一部分，並無疑問，茲將學說列舉如下：</p> <p>(1)有認為醫療行為是以治療為目的，獲得患者的承諾或推定的承諾，以一般醫學上所承認的方法，所實施的手術或其他醫療處置行為。醫療行為之概念較治療行為為廣，治療行為僅屬於醫療行為的一部。</p> <p>(2)有稱治療行為係指，以治療之目的而得到病人本人之承諾或其保護者之承諾或推定之承諾下，依醫學上所承認之方法而傷害人之身體的行為而言。</p> <p>(3)或有稱治療行為乃圖謀病人生命、健康之維持或回復之措施，而以疾病、創傷之存在為前提，相對於醫療行為並不限於對疾病等治療有用之行為。</p> <p>2.本文認為，<u>必須該醫療行為或治療行為係屬於以治療為目的所為之侵襲病人身體之行為，即侵襲性的醫療行為，或可稱為「治療行為」。</u>易言之，治療行為係伴隨對於人之生命、身體的侵襲，本質上具有侵害的危險性，例如：手術刀侵襲皮膚或器官、以針筒注射皮膚、筋肉等有形力之介入及光照射等物理性介入、藥物等化學性介入。</p> <p>【高點法律專班】 二、侵襲性之治療行為與刑法之傷害行為</p>
------	----	--

版權所有，重製必究！

關於侵襲性之治療行為是否該當傷害罪之構成要件，學說討論如下：

(一)我國通說見解——治療行為傷害說

此說認為，即便具有醫術正當性之治療行為亦或多或少對於人體之完整性或生理機能帶有侵襲性，因此其行為本身即為傷害罪之實行行為，故應理解為具有構成要件該當性；另有認為治療行為因可維持及回復病患之健康，係為達成國家所承認社會生活目的之一種適當手段，故雖有傷害罪之構成要件該當性，但可阻卻違法。

(二)我國少數說——治療行為非傷害說

此說主張，以醫學上一般承認的方法所實施的醫療，不能說在類型上是對於人的身體帶來危險的行為，畢竟是對於健康的回復、維持、增進屬於必要的行為，因此應該不該當社會通念上的傷害概念，而不該當傷害罪的構成要件；即便在未獲得病患同意的情況（即所謂「專斷的治療行為」），既然是以治療目的而實施，且該手段、方法乃醫學上一般所承認而在社會通念上得以認可的限度內，並不能說是不良變更人身體的外形乃至於生理機能的行為，因此應該理解為不該當傷害罪的構成要件。

(三)本文見解

目前國內外多數見解所採之犯罪成立三要件之三階層體系，其中構成要件乃刑法所禁止之行為類型；所謂「傷害行為類型」係指凡對於人的身體或健康有傷害危險的行為類型，因此屬於該罪客觀要素的「傷害行為」係指對於人的身體或健康有傷害危險的行為，而不論行為人的主觀意思如何，亦不論治療後因此使病患恢復健康。依此，治療行為即便具有醫術正當性，但是因為該行為亦或多或少對於人體之完整性或生理機能帶有侵襲性，因此其行為本身即為傷害罪之實行行為。

三、治療行為與病人之同意（承諾）及告知後同意

(一)被害人之同意（承諾）

1. 被害人之同意（承諾）之意義

係指法益主體之被害人同意（承諾）對於其所持有之法益加以侵害。關於「同意」與「承諾」在刑法上意義，我國多數學說採區別說之立場。

重點整理	解評	<p>2.被害人之同意（承諾）之效果 依多數說理解應具有下列不同之效果：</p> <p>(1)被害人之承諾絲毫不發生刑法上之任何效果，即不問被害人承諾之有無，依然該當構成要件。例如：刑法第 227 條與少年男女性交、猥褻罪、刑法第 241 條準略誘罪等。</p> <p>(2)承諾屬於刑罰減輕事由之構成要件要素。例如：刑法第 275 條參與自殺罪、第 282 條參與自傷罪。</p> <p>(3)以被害人承諾之不存在作為構成要件要素，即凡存在承諾則欠缺構成要件該當性。例如：刑法第 221 條強制性交罪、第 224 條強制猥褻罪、第 306 條侵入住居罪等。</p> <p>(4)被害人之承諾屬於違法性阻卻事由。</p> <p>(二)治療行為與病人之同意（承諾）及告知後同意之關聯性 如前所述，學說上治療行為是否為傷害罪之傷害行為，向有「治療行為非傷害說」與「治療行為傷害說」之立場；若採前者立場，則治療行為係在傷害罪之構成要件該當性階段處理，而採後者立場，則治療行為具有構成要件該當性，惟得以在違法性階段處理是否具有違法性，則病人之同意（承諾）究竟在各階段扮演何種角色？</p> <p>1.採治療行為非傷害說之立場</p> <p>(1)否定「病人之同意（承諾）」之作用</p> <p>A.有認為既然係以治療目的而實施，且手段、方法乃醫學上一般所承認而在社會通念上得以認可的限度內，不能說是不良變更人身體外形乃至於生理機能的行為，因此即便未得病人同意，亦應理解為不該當傷害罪之構成要件。且雖然根據告知後同意原則，刑法亦有保護病人自我決定權之必要，惟現行刑法對於專斷的治療行為並無法構成犯罪。</p> <p>B.有認為，並非將醫療行為的各階段行為逐一評價，而應將各階段當作用以醫治並恢復健康的整體行為，因此一個成果良好的醫療行為，自非傷害行為；縱使醫療行為使病人身體健康狀況惡化，醫生也因其醫療目的是要使病人恢復健康，而不具有傷害罪的構成要件。</p>
------	----	---

【高點法律研習班】

版權所有，重製必究！

重點整理	解評	<p>件故意，而無傷害罪的構成要件該當性可言。</p> <p>(2)肯定「病人之同意（承諾）」之作用</p> <p>A.有認為，以是否有病患明確表示拒絕治療行為作為基準，以區分成立傷害罪之可能；即若病患有清楚的意識，從醫師獲得充分的說明後，拒絕該治療行為時，即便該治療行為屬於醫學上所必要，亦符合客觀醫療準則，依然該當傷害罪的構成要件，理由在於醫師的治療行為侵害了病患的自我決定權。</p> <p>B.有認為，以治療行為是否成功為基準，即僅在確實是違反病患明確的意思所產生不良結果的情況下，根據「不被容許的危險」而肯定過失犯的構成要件該當性與違法性，即有成立過失傷害或過失致死罪之可能。</p> <p>2.採治療行為傷害說之立場</p> <p>(1)以「被害人同意（承諾）」作為超法規違法性阻卻事由</p> <p>A.依德國刑法第 228 條「同意傷害罪規定」之反面解釋，若不違反善良風俗之同意傷害行為並不具有違法性；日本並無此規定，學說討論包含：身體之安全乃個人得處分之法益可阻卻違法、不違反國家社會倫理規範時得阻卻違法、除重大傷害外可阻卻違法。</p> <p>B.我國刑法未有如德國之規定，卻有德、日所無之「加工重傷罪」（刑法第 282 條）。若醫師所為之治療行為該當重傷罪之傷害行為時，僅根據超法規違法性阻卻事由之「被害人同意（承諾）」明顯的無法阻卻重傷罪之違法性，即無法作為治療行為之違法性阻卻事由。</p> <p>(2)以「業務上之正當行為」作為違法性阻卻事由所謂「業務上之正當行為」，例如：優生保健法之墮胎、結紮等、人體器官移植條例之各種器官之移植等。業務上之正當行為作為阻卻違法性事由之「治療行為」必須具備何種要件使得排除違法性，為另一重要議題。</p> <p>(3)治療行為之合法性要件</p> <p>A.一般而言，治療行為之合法性要件，以具備</p>
------	----	--

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

重點整理	解評	<p>下列要件為必要：醫學之適應性、醫療技術之正當性、病人之承諾（同意）或推定之承諾。</p> <p>B.其中「病人之承諾或推定之承諾」部分，我國學者近年有以「告知後同意」代替。告知後同意之法理包括不可或缺的兩部分，一為說明原則（醫師之說明義務），一為同意原則（病患之自我決定權）。</p> <p>C.「IC（告知後同意、充分說明與同意）」之法理，就是以患者之人權為前提，以再度建構醫師與患者相互信賴關係之原則。此原則改變既有之「醫療父權主義」而傾向「患者主權主義」。</p>
	結語	<p><u>「IC」法理已受我國實務及學說多數接受，因此在醫師以治療目的為病患實施治療行為時「病人之承諾（同意）」或「告知後同意」必然緊密連結，此可謂係醫師之「善行原則」（即醫師有義務依據醫學上之判斷而為患者謀最高利益）與病人之「自我決定（自主）之原則」（即病人有權依據生活目標或價值觀，以自己之意思為自己生命與健康價值之最高利益作決定）之緊密連結關係。</u>醫療乃醫師與病患之關係，如何取得醫師之自主權及病人之自我決定間之平衡點，乃醫病關係上之難題，尤其在治療行為上之「病人之同意（承諾）」或「告知後同意」所扮演之角色，乃醫病關係之核心。</p>
考題趨勢	治療行為是否為傷害罪之傷害行為？病人之同意（承諾）在構成要件或違法性階層扮演何種角色？	
延伸閱讀	<p>一、鄭逸哲，〈「告知後同意原則」不適用於「醫療刑法」領域〉，《軍法專刊》，第58卷第2期，頁146-153。</p> <p>二、林東茂，〈醫療上病患承諾的刑法問題〉，《月旦法學雜誌》，第157期，頁45-70。</p> <p>三、王皇玉，〈論醫療行為與業務上之正當行為〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第36卷第2期，頁41-92。</p> <p>※延伸知識推薦，都可在最多法學資源的【月旦法學知識庫】 www.lawdata.com.tw立即在線搜尋！</p>	

## 【高點法律專班】

版權所有，重製必究！