

可得推測之承諾與利益衡量

編目：刑法

出處	月旦法學教室，第 209 期，頁 32-35	
作者	古承宗 成功大學法律學系教授	
關鍵詞	醫療刑法、可得推測承諾、緊急避難、利益衡量	
摘要	<p>一、可得推測承諾為阻卻違法事由，僅在被害人現實上確定無法就法益侵害表達同意或拒絕的情況下，方可適用。故適用上應以「實際承諾」為最優先，而在個人自決原則的框架下，第二適用「可得推測承諾」，第三才考慮社會連帶犧牲的緊急避難。</p> <p>二、「可得推測承諾」係單一主體內部的利益衡量，若暫停手術並不會造成生命健康上的危險，考量到切除器官的不可恢復性，利益衡量結果應暫停手術，重新告知以尊重病人之自主權。</p>	
重點整理	案件事實	依診斷結果，乙體內長了一顆良性的子宮肌瘤，但不排除未來發展成惡性。醫師甲建議切除，在甲取得乙同意後，為其執行切除手術。手術過程中，甲發現不切除子宮的話，根本無法完全移除腫瘤。當下便決定將乙的子宮切除。試問甲得否就重傷行為主張可得推測承諾？
	本案爭點	醫生得否以基於病患無須面臨第二次手術之負擔與風險，以及暫停手術可能違反乙希望在第一次手術就完成切除腫瘤與子宮的意思等理由，主張可得推測之承諾？
	解析	<p>一、獨立的阻卻違法事由</p> <p>可得推測的承諾在適用上可能與實際承諾及緊急避難有部分重疊之處。但是可得推測承諾實際上有其獨立之評價結構。</p> <p>(一)與實際承諾之比較：</p> <ol style="list-style-type: none">1. 實際承諾依通說見解為超法規阻卻違法事由，但亦有論者認為應是在構成要件阻卻不法的效果。2. 相較之下，可得推測承諾並無爭議地作為阻卻違法事由。其中可得推測承諾僅限於被害人現實上確定無法就法益侵害表達同意或拒絕的情況下，方可適用。 <p>(二)與緊急避難之比較：</p> <p>可得推測承諾與緊急避難皆是被害人處於一定危險情狀，行為人採取救助行為，以避免危險發展成</p>

重點整理

解析

實害結果。其差異在於：

1. 可得推測承諾之適用不必然限於保全利益「明顯超越」不採取行為的利益，也可以是在被害人欠缺值得保護利益之情形。
2. 緊急避難攸關不同主體間的外部利益衡量；可得推測承諾係單一主體間內部利益衡量。
3. 法理上，緊急避難是社會共同生活連帶互負犧牲義務，但被救助者可以依個人自決權，拒絕接受避難行為，即使客觀上非理性也應尊重。「因此在個人自決原則的框架下，可得推測承諾比緊急避難更具優先適用地位。」

二、利益衡量之模式選擇

(一) 可得推測承諾之備位性：

1. 依照本題案例，德國聯邦最高法院認為甲沒有向乙說明其他手術的可能性，屬說明瑕疵。因乙尚有恢復意思之可能，因此應等乙恢復意識，重新說明且取得實際承諾後，才能執行手術。
2. 多數見解認為，有益的醫療行為經驗上都會符合病患主觀利益，但基於個人自決權，若病患已經事先表達相關接受或拒絕醫療之意思，則可得推測承諾須以之為前提。

(二) 單一主體內部的利益衡量：

在本案例中，即使乙事後表示「不同意」切除子宮，也沒有犯罪評價上之意義。因為乙可能事後不滿意手術結果，也可能因為醫師未盡告知，但不論如何，已經無法得知在當下尚未有具體手術結果前，乙是否會同意。因此假設性的決定程序無助於利益衡量結構。但若真要利益衡量仍有以下兩種模式：

1. 「切除子宮」，不利益是乙永遠失去器官，事後也表示反對；「暫停手術」，不利益可能是乙的第一次手術失去價值，且乙不願意接受第二次手術的負擔與風險。
2. 從醫師牴觸病人事後意思之風險切入，若乙的生理狀態可能子宮已經喪失應有功能，腫瘤可能隨時轉變成惡性，此時牴觸病患「事後拒絕切除子宮」的風險小於「事後拒絕暫停手術」的風險。
3. 然而回歸到可得推測承諾本質上屬於單一主體內部的利益衡量，醫師應是協助病人實現自我維持與自我實現的輔助地位，應採第一種模式為宜。

重點整理	解析	<p>三、結論</p> <p>(一)本案中，甲沒有暫停手術，而是在第一次手術中即切除乙的子宮，創造了新的利益衝突。</p> <p>(二)乙「被迫在確定永久失去器官的條件下，向醫師表示同意或拒絕此手術」，而沒有再次選擇的機會。在個人內部利益衡量上，屬於不利益的具體表現，故甲不得主張可得推測承諾。</p>
考題趨勢	<p>一、可得推測之承諾與實際承諾之適用情況有何不同，其檢驗階層為何？</p> <p>二、檢驗可得推測之承諾，其利益衡量之方法為何？</p> <p>三、可得推測之承諾、實際承諾、緊急避難三者間之優先適用順序？</p>	
延伸閱讀	<p>一、古承宗，〈刑法上的假設同意〉，《月旦法學教室》，第 202 期，頁 29-32。</p> <p>二、張麗卿，〈被害人承諾的法律效力—高等法院 102 年度上訴字第 261 號刑事判決評析〉，《台灣法學雜誌》，第 327 期，頁 39-48。</p> <p>三、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 58:2 期，頁 146-153。</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！