

放棄醫療 或專斷醫療

張麗卿* / 高雄大學特聘教授

耶和華見證人甲，因車禍導致骨折，骨端由右大腿內側約7公分長的開放性傷口穿出體外，主治醫師乙建議手術治療。甲及其家屬基於宗教信仰的原因，拒絕輸血，但仍經家屬同意進行手術。由於手術前拒絕輸血，造成術中失血，血紅素降至5mg/dL。手術後隔日，甲的血紅素再降至4mg/dL，呼吸困難，有生命危險。問：乙不顧反對，為甲進行輸血等緊急醫療處置，刑法上如何評價？

壹、爭點

- 一、病人與醫師彼此的決定發生衝突時，該如何處理？
- 二、醫師可否基於醫療裁量，以病人最佳的利益為考量，採取病人所不同意的醫療措施？



* 本文作者亦為台灣刑事法學會理事長

關鍵詞：告知同意 (informed consent)、業務上正當行為 (a proper act performed in the course of business)、緊急避難 (emergency avoidance)、醫療專斷 (arbitrarily medical)

DOI : 10.3966/241553062017010003011

貳、解析

一、醫療行為未經病人同意，可能引發的刑法效果為何？

醫師未經病人同意的醫療處置，無論基於何種原因與動機，都稱為「專斷醫療行為」。刑法所關注的是，專斷醫療行為如果改變了病人的身體完整性，該如何評價這個醫療行為？

這個問題，在構成要件的評價層次上，有正反意見。主張「非傷害說」者，主要是德國學界所採取的「醫療行為整體性觀察法」¹。依此說，醫療不同於一般傷害，醫療行為所造成的傷害，僅是為了維持病患健康或保護生命所經的過程，最終的治療結果並非傷害病人的健康，而是維持或增進病人的健康。從醫療行為整體角度來看，應將醫療手術過程中的麻醉、動刀到縫合等階段性處置，視為單一的醫療行為。一個成效良好的醫療處置，自然沒有傷害健康的結果可言。

主張「傷害說」者，是德國實務判決的主流看法²，日本學者也有採取相同見解者³。依此說，即便侵入性醫療行為具有適應性與正當性，仍難避免對病人身體帶來損害。諸如手術成功後伴隨的副作用與後遺症，有時甚至會對生命形成高度風險（如造成重傷的截肢手術），因此不能以治療成功與否作為傷害罪的標準判斷。

本文認為，主張醫療行為非傷害說者，從醫療目的特殊性，作為構成要件的評價方式，忽略構成要件的規範功能是對應於一般人，具有一體適用的涵攝效果。傷害罪的保護法

1 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2014, §223, Rn.8.; Fischer, StGB Kommentar, 63. Aufl., 2016, §223, Rn.11; Kindhäuser, Strafrecht BT-1, 9. Aufl., 2016, §223, Rn.9 ff.

2 Arzt/Weber/Heinrich/Heigendorf, Strafrecht BT, 3. Aufl., 2015, § 6 Rn. 99; Kindhäuser, Strafrecht BT-1, § 8 Rn.27.

3 山中敬一，刑法總論，成文堂，2008年3月，561頁；佐久間修，刑法總論，成文堂，2009年11月，185頁。