

侵入性醫療行為 在刑法上之評價

Criminal Legal Evaluation of
Invasive Procedures

劉傳璟 Chuan-Ching Liu *



摘要

侵入性治療行為是否屬於傷害罪構成要件行為，為德國爭論已久的問題。德國實務見解向來將醫療行為視為傷害行為。早期德國多數學說則主張在一定條件之下，應將醫療行為排除在傷害罪構成要件之外，例如符合醫術規則或是治療成功之醫療行為，自始就非傷害行為。然而，依照傷害罪構成要件之解釋，難以將侵入性醫療行為排除在傷害構成要件之外；以及，基於病人身體自主決定權之保障，本文最終認為，將醫療行為視為傷害行為應是適當之看法。

It has been a disputing topic for the long time in Germany whether invasive procedures are the element of offenses of causing bodily harm. German legal practice has a positive answer for it, whereas the invasive procedures would ad initio be excluded from the element of offenses of causing

*高雄大學法律學系助理教授（Assistant Professor, Department of Law, University of Kaohsiung）

關鍵詞：侵入性醫療行為（invasive procedures）、病人自主決定權（patient autonomy）、傷害罪（offenses of causing bodily harm）

DOI：10.3966/241553062020030041002

bodily harm according to many scholars, like the medical treatments match medical standards or have successful results. However, it would be difficult to exclude the invasive procedures ad initio from the elements of offenses causing bodily harm according to its interpretation. Besides, in the opinion from this essay, it would be proper to contend that the medical treatments should be actions with harms on the ground of patient autonomy.

壹、前言

本文所要處理的問題是，侵入性治療行為（ärztlicher Heileingriff）是否屬於傷害罪構成要件行為。這個問題的重要性在於，如果將治療行為自始視為非傷害構成要件行為，就無需透過病人的有效同意¹來排除其傷害不法，而未事先取得病人有效同意所進行的侵入性治療行為，即所謂的專斷治療行為（eigenmächtiger Heileingriff），亦無傷害罪之適用；反之，若肯定醫療行為的傷害構成要件該當性，原則上，則必須透過病人的有效同意使其合法化，如果未獲病人之有效同意，亦無其他阻卻不法事由存在，就會成立傷害罪。

本文以下所探討者，僅限於侵入性治療行為，該類行為之定義為：以預防、發現、治療或緩和疾病、身體損傷不適、精神障礙為目的，並且會侵害身體完整性之醫療處置²。至於不是為了達到以上所述目的之措施，例如美容手術、捐贈血液或

1 在此所稱之「同意」，係指臺灣刑法學界慣稱之超法規阻卻違法事由中的「承諾」（Einwilligung），而非阻卻構成要件之「同意」（Einverständnis）。由於在醫療領域臺灣習慣以「同意」一詞指稱病人接受醫療處置之表示，本文亦沿用之，合先敘明。

2 Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl., 2018, § 223 Rn. 9.

器官、人體試驗等，則非本文探討對象³。

貳、理論介紹

侵入性醫療行為是否應該評價為傷害行為，或是應該在特定條件之下，排除其傷害構成要件該當性，在德國已爭論許久，也發展出許多不同的理論想法，分述如下：

一、肯定醫療行為傷害性之見解

德國刑法實務向來主張，任何的侵入性醫療行為皆該當傷害罪構成要件。雖然醫療行為之目的在於治療疾病，但若將醫療行為拆解觀察，醫師一開始所進行的醫療處置，例如切開腹部的開刀行為、插入針頭的打針行為等，皆屬於直接地、物理性地施加於人體組織的侵害，符合傷害的概念。至於醫療措施是否具有醫療適應性（medizinische Indikation）、是否符合醫術規則（*lege artis*）以及最後是否成功，皆不影響醫療行為的傷害性⁴。亦即，在傷害構成要件該當性之判斷上，德國刑法

3 因為此種不具醫療適應性之措施，德國學界與實務一致認為該當傷害罪構成要件，並無爭議。Vgl. dazu nur *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1, 10. Aufl., 2009, § 8 Rn. 31 ff.; *Kraatz*, Arztstrafrecht, 2. Aufl., 2018, Rn. 34a.

4 BGHSt 11, 111, 112; 16, 309; 43, 306, 308; 45, 219, 221。德國實務見解最早可追溯至1894年德國帝國法院的一則判決（RGSt 25, 375）。目前德國多數學說見解亦贊同此立場。Vgl. etwa *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 3. Aufl., 2015, § 6 Rn. 99; *Fehn*, Der medizinische Heileingriff als Körperverletzung und die strafrechtliche Bedeutung von Aufklärungsmängeln im Überblick, GesR 2009, 11, 12; *Kindhäuser*, Strafrecht BT 1, 8. Aufl., 2017, § 8 Rn. 27; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht BT 1, 16. Aufl., 2015, Rn. 217 ff.; *Joecks* (Hardtung), in: Münchener Kommentar StGB, Bd. 4, 3. Aufl., 2017, § 223 Rn. 53 f.; *Paeffgen*, in: Nomos Kommentar StGB, Bd. 2, 4. Aufl., 2013, § 228 Rn. 57; *Rengier*, Strafrecht BT II, 19. Aufl., 2018, § 13 Rn. 17; *Schroth*, Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., 2010, S. 21, 28 f. 臺灣學界支持此立場者

實務係使用同一標準來處理醫療行為與其他傷害行為，不特別為醫療行為另設判斷標準⁵。

二、否定醫療行為傷害性之見解

早期德國多數學說則反對將侵入性醫療行為一律評價為傷害行為，並主張在一定條件之下，應否定醫療行為的傷害性⁶。此一見解建立在兩個基本想法：（一）醫療行為的目的並非在於傷害，而是在於治療疾病，故有其正當目的；若將醫療行為視為傷害行為，無非是將治療疾病行為與持刀刺傷他人的行為等同視之，此舉將貶低了醫療行為的社會意義⁷；（二）不能將醫療行為切割觀察，而必須視為一個整體加以評價。至於在什麼條件之下醫療行為不該當傷害構成要件，學說上主要有以下兩種見解⁸：

如：薛智仁，專斷醫療之刑事責任——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主編，法學與風範——陳子平教授榮退論文集，元照，2018年1月，290頁以下；陳子平，治療行為與病人之同意（承諾）之關聯性——從刑法觀點之思考，月旦法學雜誌，240期，2015年5月，26頁；盧映潔，病患自主權與醫師刑事過失責任——最高法院94年台上字第2676號、95年台上字第3476號判決之批判，台灣本土法學雜誌，101期，2007年12月，128-129頁；甘添貴，專斷醫療與承諾，月旦法學教室，17期，2004年3月，21頁。

5 Siehe Tag, Richterliche Rechtsfortbildung am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, ZStW 127 (2015), 523, 524.

6 此一主張主要來自德國早期文獻，現今已難以再被視為通說或是多數見解。Vgl. dazu Grünwald, in: Leipziger Kommentar StGB, Bd. 7/1, 12. Aufl., 2018, § 223 Rn. 67 m.w.N. 臺灣學界支持此立場者如：林東茂，專斷醫療的刑法問題，月旦法學教室，67期，2008年5月，16-17頁；許澤天，刑法分則（下）：人格與公共法益篇，新學林，2019年9月，134頁以下；林山田，刑法各罪論（上），元照，五版，2006年11月，157頁。

7 Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, BT 1, 2. Aufl., 1902, S. 56; Bockelmann, Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1961, 945, 946.

8 德國學界早在十九世紀初就已針對此一議題展開熱烈討論，也發展出許多不同學說見解。限於篇幅，本文以下僅介紹較重要之理論內