



《高大法學論叢》

第 14 卷第 2 期 (3/2019), 頁 203-254

從刑法釋義界定重症新生兒 的治療界限

韓政道*

摘要

自 1970 年代起，日本陸續導入了具備先端治療設施的重症新生兒集中治療室（NICU）。醫療技術設備的精進，明顯改善了重症新生兒的存活機率。不過，先進的治療技術，雖能及時拯救病童生命，但面對重大後遺症的殘存，反倒會讓病童父母陷入救與不救的兩難境地。

因此，如何確保父母的決策符合病童的最善利益最佳利益，除需仰賴醫療專業人員的建議外，較棘手的是，當父母做出凌駕於醫療專業的不理性決策，進而可能侵害新生兒的相關權利時，有無較為周全的處理或應對方式。同樣的問題，在我國現行法未有特別著墨的情況下，應有深入探討的必要性。

日本發生的現實案例是，某新生兒之父母拒絕醫師為其進行

* 僑光科技大學財經法律系講師。

必要的手術，導致新生兒因延誤病情而死亡。藉此案例，本文的探討將聚焦於：其一，說明日本 NICU 臨床指引如何形塑重症新生兒的最佳利益；其二，從刑法之觀點，思索如何避免父母做出違背新生兒利益的醫療決策後造成的不幸結果。

類似於齋藤事件，也會發生在我國新生兒的臨床治療現況中。一旦刑法秉持國家保護義務的精神，作為醫師執行業務的後盾，當下強行拯救了重症新生兒之生命，但在未來，家屬必須成為日後主要照顧者的前提下，從「事前機制」介入調整所衍生的後續效益中，我們必須思考，往後可能耗費的治療成本與家庭失去的生活品質。

Defining the Decisions to Limit Treatments of Critically Ill Neonates from the Interpretation of Criminal Law

Cheng-Tao Han **

Abstract

Since the 1970s, Japan has introduced a Neonatal Intensive Care Unit (NICU) with advanced treatment facilities. Medical technology and equipment of the sophisticated, significantly improved the survival rate of critically ill neonates. However, the advanced treatment technology, although the timely rescue of severe neonatal, but the face of major sequelae of the remnants of the parents will fall into the rescue and not save the dilemma.

Therefore, how to ensure that parents make decisions in line with the best interests of the critically ill neonate, in addition to relying on the recommendations of medical professionals, the more difficult is that when parents make irrational decisions over the medical profession, which may infringe the neonatal related Rights, there is no more comprehensive treatment or coping style. The same problem, in our current law is not particularly in the case of ink, there should be the need for in-depth discussion.

Japan has occurred in the reality case, a newborn's parents

** Lecturer, Department of Financial and Economic Law.

refused to physicians for the necessary surgery, resulting in neonatal death due to delay in the disease. In this case, this paper will focus on: First, explain how the Japanese NICU clinical guidelines to shape the best interests of critically ill neonates; Second, from the criminal point of view, thinking about how to avoid parents make against the interests of the critically ill neonates medical decision-making, resulting in unfortunate results.

Cases similar to the Saito incident would also occur in the clinical treatment of neonates in our country. Once the criminal law upholds the spirit of the protective obligation of the state and support the doctors in practice to save current lives of those critically ill neonates forcibly, we will have to consider the possible cost of the treatment and the quality of life lost by the family afterwards under the follow-up effectiveness derived from the adjustment of the prior mechanism on the premise that family members must become main caretakers in the future.

從刑法釋義界定重症新生兒 的治療界限

韓政道

目錄

壹、前言

貳、重症新生兒醫療現況與概說

參、齋藤事件的始末

一、求救訊號

二、事件轉折

三、問題提出

肆、重症新生兒最佳利益的形塑－NICU 臨床指引

一、日本 NICU 的醫療臨床指引

二、重症新生兒的家族和醫療部門溝通指引

三、醫院內部溝通機制的法規範擔保

伍、從刑法釋義界定重症新生兒的治療界線

一、日本學說論述的開展

二、借鑒德國治療義務的探求

三、父母非理性拒絕治療的應對

四、本文看法

陸、結語

關鍵字：重症新生兒、臨床指引、最佳利益、親權濫用、治療義務

Keywords:critically ill neonates, the best interests, clinical practice guideline, abuse of parental rights, medical obligations

壹、前言

我國方於 2015 年 12 月通過病人自主權利法，該法賦予病人得以請求醫療資訊或於特殊病況中，行使拒絕醫療的權限。但，對未成年之相關自主權益，本法中卻未見有深入著墨。一個現實上的困境是，一般年紀稍長的未成年病人，就治療與否或如何治療等決策，都難以掌握或評估其中效應，更遑論剛出世的新生兒，連表達自身需求的能力都付之闕如。當新生兒的醫療權益與法規範之保障幾乎一片空白的現狀下，我們似乎就須審慎思考，新生兒當面臨重症，且與一般病人相通需要進行醫療抉擇時，是否有更加周全的處置方式。

自先端醫療技術高速展，新生兒也同樣納入新興治療之受益對象後，無意的也與一般人同樣面臨終末期醫療抉擇的倫理困境。例如，一味請求醫師實施延命治療而不慎陷入「絕對延命至上主義」的迷霧中。過去，有關於先端醫療問題的相關爭論有如：尊嚴死與安樂死、人體器官移植、腦死判定等適法性之爭議¹，直到現今，類似問題依舊在法規範與倫理價值選擇上產成各種衝突，自當留有持續探討的空間。

除了上述問題外，本文所欲探討的主軸則是圍繞於重症新生兒的醫療決策上。由於甫出生的新生兒，凡是罹患重大疾病，病況多半多重複雜，病程走向也難以評估，生命是否已到末期的時點更是難以判定，若父母想要放棄繼續醫療，但此項抉擇卻與當下醫師臨床準則的要求產生衝突時，究竟應該聽從何者的意見，尊重何者的意願？有論者就曾提及，醫師的治療義務，面臨到當

¹ 例如，先端醫療雖能拯救新生兒生命，但相對於日後長期的生活不便與照顧問題，除了會耗費社會成本外，家屬可能在救治當下就會陷入是否應當拒絕治療，任憑子女死去的掙扎。

病人屬於欠缺自主能力的孩童等弱勢時，倫理上的衝突格外顯得鮮明沉重。相對的，父母或代理決定者做出違反病人最佳利益的決定時，當下醫師可能就是唯一能直接保護病人權益的「病人擁護者 (patient advocator)」²。

本文以下將先說明重症新生兒的醫療概況，並透過日本齋藤事件點出問之所在後，對於問題的解決上，將以日本新生兒醫療臨床指引的介紹，以即從刑法對於生命法益的觀點來探討醫師治療義務的界線，希冀能從中尋求重症新生兒醫療的最佳保障。

貳、重症新生兒醫療現況與概說

每一位來到世上的新生兒，都是父母辛苦孕育的結晶，對於新生兒醫療權利與須求的支配與掌控等意識，相較醫療人員而言，勢必更加強烈。當父母與醫師雙方對於新生兒的治療決策發生衝突時，按理應當經過更加審慎細緻的思考後方能提出解決之道。然而，以日本新生兒病童的臨床醫療經驗為例，早在 1980 年代就曾有發生父母對新生兒病童刻意「醫療忽略」的問題³。所謂「兒童的醫療忽略」，是指父母雖是新生兒的當然義務看顧者，但卻時常對於重症病童的治療決策，表現出不願配合的消極態度。長久以來，面對這類現象，醫院往往也是採取鄉愿的態度，犧牲病童應當擁有的醫療權利。兒童的醫療忽略是一種醫療文化與共業，應有必要透過醫療制度的調整與法規範的建立予以導正。後續，於本文中也會陸續從日本的經驗進行相關的說明與介紹。

² 蔡甫昌、楊哲銘、周弘傑 (2005)，〈家屬拒絕手術治療多重可矯治先天畸型新生兒之倫理法律社會問題〉，《台灣醫學》，9 卷 5 期，頁 281 以下。

³ 所謂對於兒童的忽略，尚有其他面向，諸如育兒放棄、育兒怠慢、監護放棄等。

所謂的「新生兒 (neonate)」，依世界衛生組織定義 (WHO)，是指出生後未滿 28 日者。而出生約經過 1 個月 (足月) 後，則稱為兒童 (或稱為學齡前之兒童；乳幼兒等)⁴。隨著醫學發展，對於新生兒疾病抗制臨床研究的快速進展，逐漸形成了小兒醫療之專門領域。在此領域中，本文進一步將探討的議題對象限定於無論是皆完全無法表達自身意願的新生兒身上⁵。詳言之，意思表示能力的絕對欠缺，是甫出生新生兒的特色之一，正因為新生兒無法傳達自己愉快或痛苦的感受，也無法以語言表達自身意願，同時，也相異於年紀稍長的未成年人，對於醫療決策與意向，仍有機會受到外界的關注與傾聽⁶。因此，新生兒如有嚴重畸形或其他重大病徵時，是否選擇持續治療，習慣上都會優先尊重病童父母的意願，也就是有關於新生兒的重大醫療選擇與決策，可能都需仰賴醫事法律或民法賦予父母的法定代理機制來執行。

實際而言，欠缺自主決定意思能力的新生兒，剛來到世上時，無論是人格的養成、生活態度與外在性格等表徵，就算是身為法定代理人的父母親都完全無法推估。因此，法定代理人縱然

⁴ 長谷川功 (2005)，《最新 NICU マニュアル》，初版，頁 5 以下，東京：診斷と治療社。

⁵ 無論是各國的醫療或法律實務中，都逐漸承認成熟的未成年人此概念。換言之，對於醫療與健康等涉及自身生命、生存等利益之問題，應該揮別民法傳統為交易安全所建立的行為能力制度，而是採取識別能力之標準，具體判斷個案中的未成年人是否有判斷與取捨的決策能力。參照：張麗卿 (2014)，《醫療人權與刑法正義》，初版，150 以下，台北：元照。

⁶ 例如，目前英國法律已有明確規定，對於滿 16 歲精神健全的未成年人，或 16 歲以下有 Gillick 能力的未成年人，皆能有不經父母同意而自己進行醫療決策的能力。所謂 Gillick 能力是指：「有能力完全理解治療的後果、可能的副作用及不進行治療的預期後果」。參照：葛瑾 (2010)，〈Gillick 行為能力——最高法院 95 年度台非字第 115 號刑事判決評釋〉，《醫事法學》，第 17 卷第 1 期，頁 38 以下。

是協助當事人表達自身意願的意思支援機制，但就新生兒來說，反倒成為一種純粹「依循他人（父母）意志的直接決定」。父母作為重症新生兒主要醫療決策者的做法是否妥當，日本就曾有深入探討。

詳言之，自 1970 年到 1980 年間，日本陸續導入擁有各種先端檢查、治療設備的新生兒集中治療室（*Neonatal Intensive Care Unit* 簡稱：NICU），當時新生兒醫療技術高速發展，明顯改善病童生存機率。然而，生命維持治療設備的進步，雖大幅提升重症病童生存的可能性，但對罹患重大疾病的新生兒來說，即使積極治療後能延續生命，但因疾病留下的後遺症，如身體機能的永久障礙等情況也不在少數。在這樣的時空背景下，有關新生兒的治療活動，特別在攸關生死或對身體健康形成重大影響時，例如，對於是否積極實施維持生命治療的決擇上，父母在考量積極治療可能留下永久性的後遺症，以及如果放棄治療，子女必然就會死亡的選擇中，就容易陷入進退維谷的困境。換言之，對於治療後可能形成身體殘缺的重症病童，縱然繼續治療將有延續生命的可能性，但父母若為追求「內在的優生思想與價值⁷」，反倒會拒絕一切的積極治療。此時，醫師一旦完全遵照父母拒絕治療的決定，就等同於默許父母對於新生兒握有生殺大權。

日本曾經發生一件社會矚目的事件（詳待後述），在重症病童父母的強烈拒絕下，醫院無法進行積極的手術來延續病童生命，最終導致病童因延誤治療死亡。而這樣的不幸結果，恰好就突顯出早期的日本醫療機構與病童父母等，都有嚴重忽略新生兒醫療權益與保障的現象。

相較於我國，目前似乎沒有受到社會矚目與探討的類似醫療

⁷ 也有學者稱為優生思想的濫用。參照：甲斐克則（2013），《終末期医療と医事法：医事法講座4》，初版，頁287，東京：信山社。

衝突與爭端，推測的原因是，甫受打擊的父母，恐怕短時間只能居於較為被動的位置來遵從醫師的專業判斷。但近年來，我國經濟發展不比從前，健保給付項目金額緊縮，父母若預見未來龐大的醫療或預後等費用，自己可能無力負擔，加上逐漸深化於醫療系統中的病人自主權能，強調對病人告知治療方針與取得同意的程序，也容易讓父母誤解，新生兒醫療事務應當完全交由他們代理，自然有權針對病童的一切治療內容與方針進行決策。因此，對於新生兒的醫療忽略，未來如果陸續發生於我國醫療臨床實務當中，醫師與父母各自應當扮演何種角色？當父母消極拒絕子女繼續接受醫師治療時，又該如何避免新生兒的醫療權益就此犧牲。觀察目前相關問題於國內同時聚焦於法規範層面的探討著實有限⁸，故本文希望透過以下的探討來思索具體可行的應對模式。

本文的探討架構，雖基本呈現出的是醫師、新生兒（病人）、父母等三方關係。但實際會形成決策衝突者，僅在於醫師與父母之間。在此衝突中，該如何確保新生兒的治療權益，本文將從發生於日本 1980 年代一起新生兒拒絕治療的實際案例談起，接著除了介紹日本重症新生兒的治療指引外，也會從德國關於治療義務範圍與界限的探討，論述醫師刑事責任成立的可能性，希冀作為醫師未來執行新生兒治療業務活動時的具體參考。

參、齋藤事件的始末

日本 1983 年，發生一對父母拒絕醫院對其罹患唐氏症新生兒（簡稱 A）治療的事件，遭到日本共同通信社的齋藤茂男記者

⁸ 多從醫療倫理面等層次來進行探討。詳可參照：張麗娟、黃美智（2009），〈先天性畸形新生兒不實行心肺復甦術的倫理抉擇〉，《護理雜誌》，56 卷 3 期，頁 99 以下。

公開揭露⁹（以下稱齋藤事件¹⁰）。事件公諸於世的原因是來自於東京少數設置 NCIU 新生兒治療室的綜合醫院內，任職與該單位護理師的一封信件，說明 A 面臨父母拒絕治療的困境，並向齋藤尋求解決的建議。

一、求救訊號

這封信件的內容指出，A 經母親懷胎 34 週早產出生的約兩周間，進入該院治療。A 所罹患的病症除唐氏症外，也合併有腸閉鎖的情況。A 的母親表示，雖然懷孕中有為了避免異常，有接受羊膜檢查，但在結果出來前，就已早產。

入院不久後，醫師對父親說明的病情是「檢查結果未出來前無法確定，但可能是唐氏症；此外，有腸閉鎖的合併症狀出現，若不進行手術，將會有生命危險」，父親當時的回應是：「檢查結果若確定是唐氏症，希望可以不要動手術。」顯然父親在一開始的時點，就堅決表達拒絕治療的態度。經過約一週後，醫院告知了 A 罹患唐氏症的確診結果，母親也隨即表明拒絕治療的意思：「考慮孩子的將來與可能承擔的苦痛，希望不要進行手術。這絕對是作最好的考量，縱然是殺人行為，我也知道自己會後悔一輩子，也無所謂。」

同時，A 正因為腸閉鎖而進行輸液等維持生命的治療，根據外科的判斷，實施腸閉塞手術的話，確實能拯救 A 的生命。相對的，若不進行手術，必將導致肝、腎機能不全或其他感染症而死亡。

⁹ 當時齋藤茂男記者的記事，從 1983 年 11 月中旬到同年 12 月下旬，共同通信社加盟的 40 家地方報紙，共計進行了 32 回的連載，當時全國的反響巨大，造成十分熱烈的討論。

¹⁰ 相關整理，請參照：小山剛、玉井真理子編集（2012），《子どもの医療と法》，二版，頁 32 以下，東京：尚学社。

當時，齋藤記者將信拿給律師看後，請求律師給予法律意見。該律師認為，目前警方已表明不動手術就無法維持 A 生命的醫學見解，儘管如此，父母依然堅持主張拒絕治療，如不幸拖延治療導致 A 死亡，可能會有被追究刑法違背義務遺棄致死罪，或不作為殺人罪的可能性。

二、事件轉折

當 A 的病情逐步惡化，齋藤記者決定到該綜合醫院進行訪問。根據 A 主治醫師的說明，儘管傾向實施手術，且不斷的嘗試說服家屬同意，但特別是父親拒絕醫療的意志依然極為強烈。此外，A 父親似乎具備一定的法律知識，警告醫院不能在未得親權者同意的情況下，任意對 A 進行治療手術。在此事態下，醫方決定傾向於抱持消極的態度，並認為醫療始終是一種契約行為，雖然考量 A 的生存可能性，不能與癌症末期病人放棄治療的情形相比，但當下若沒有危及生命的緊急情況，沒有親屬同意，醫師就無法為 A 進行手術。從醫院消極的立場上，也請 A 的父母簽下切結書，表明若非實施手術，就無法繼續維持生命，而親屬是在知悉這項事實情況下來拒絕手術，未來如造成任何不幸結果也不能追究醫院任何責任¹¹。

隨著時間一分一秒的流失，僅僅依賴點滴輸液處置維持生命的 A，全身開始出現浮腫狀態，發生尿量低下等腎功能不全的明顯症狀，由於全身狀態的惡化，醫院也開始擔心 A 已經無法接受手術。經過約 50 日後，醫院的擔憂成了事實，A 的生體狀況已經無法承受任何手術。此時，齋藤記者開始嘗試尋找政府單位

¹¹ 明顯可以看出，當相對於新生兒的醫生大人們都在為確保自己不被追究責任的情況下，顯然已經沒有任何人在關心 A 的生命究竟要由何人拯救。

的積極介入¹²，當相關單位準備展開調查時，A 父親態度突然大為逆轉，同意醫院為 A 進行手術。當時，雖不明白父親內心轉折的理由，但令人惋惜的是，經過醫院的評估，A 的身體狀況已經無法接受手術的治療，最終死亡。

三、問題提出

不同於發生在 1980 年代的齋藤事件，近年來無論是我國或日本，隨著病人自主醫療權力的抬頭，對於臨床醫療活動的司法調查，實務也逐漸從謙抑主義轉為積極主義。例如，近年日本陸續發生醫療機構撤除終末期病人維生設備，提早終結生命的案例（一般稱為尊嚴死），其中多有檢察機關介入調查的足跡。相較之下，父母拒絕重症新生兒接受治療的情況，鮮少形成刑事案件的主要原因，當法律解釋對於醫師治療義務的內涵與界限尚未明朗前，偵查機關必然能有明確可供判斷的切入點。不過，基於新生兒醫療忽略的重視與醫療權利的確保，相關問題，本文以下將借助此一事件進一步深入探討。

關於齋藤事件的問題，以下將分為兩大部分進行探討。其一，從事件脈絡可循，醫院與主治醫師與 A 的父母互動的過程中，除了告知病情後續發展，就是消極等待父母的進一步消息，顯示出醫師不願按其專業判斷逕自決策與醫病雙方的溝通協調等，顯然都有未盡完善之處，本文將在「肆、重症新生兒最佳利益的形塑－NICU 臨床指引」中介紹，本案發生後的日本相關單位與醫療院所，開始建構 NICU 推行的臨床指引，希望透過醫療專業與積極溝通協調的方式，尋求重症新生兒於醫療決策中的最佳利益；其二，若從新生兒生命法益保障的觀點進行刑法評價，

¹² 主要是運用親權喪失宣告制度，向兒童相談所申請調查醫院是否有違反保護者責任，而有遺棄的可能性；A 的父母是否有親權濫用之情事。

假若事件中的醫院已盡一切的溝通與努力，父母依然執意拒絕治療時，醫師此刻的「不作為」是否有成立刑法違背義務遺棄致死罪或不作為殺人罪等可能性，這部分則會在「伍、從刑法釋義界定重症新生兒的治療界線」章節中進行探討。

肆、重症新生兒最佳利益的形塑－NICU 臨床指引

發生醫療糾紛後的處理（如和解、訴訟到賠償或定罪判刑等程序），屬於事後行為法制約的一環，但從積極保障重症新生兒童的醫療權利等效益考量，重症病情往往瞬息萬變，父母當下對於不理性的治療選擇或拒絕治療等，若不慎延誤病情造成死傷結果，縱然事後再去追究相關人員的法律責任，也已無濟於事。因此，本文以下將借助日本關於重症新生兒的治療與家屬溝通等臨床指引等寶貴經驗，從醫療專業的立場，思考對於重症新生兒來說最為妥適的治療決策與模式。

原則來說，新生兒的治療決策絕非單純出自醫師或父母等單方決定，決策的依據，應徹底圍繞與建立在「兒童最佳利益」的基礎之上。然而，從齋藤事件的事例可知，標舉兒童最佳利益的旗幟，也會猶如雙面刀刃，成為父母堅定拒絕治療的藉口。何謂重症新生兒的最佳利益，除了尚有諸多面向的問題需要考量外，從醫療的目的來說，基於不傷害、行善等倫理原則，似乎仍應先從臨床醫療專業的角度來思考與形塑。以下將從日本醫學界於NICU 中提出與重症新生兒相關的醫療指引為例，分別說明之。

一、日本 NICU 的醫療臨床指引

下列內容主要是從「醫療專業」為出發點，說明日本如何從新生兒集中治療室（NICU）的臨床指引來找出重症新生兒的最

佳利益¹³。

(一) 東京女子附屬醫院 NICU 指引

東京女子醫學院附屬醫院 NICU 指引（以下簡稱：東京女子醫院 GL¹⁴），是於 1986 至 1987 年間，參考仁志田博司教授的論文中，提出以標示病名與等級區分為主軸。東京女子醫院 GL 的作成，是省思長久以救命主義為首要的 NICU 新生兒治療活動，可能無法同時達到家屬的真正期望，轉而開始重視協助重症病童安然步入死亡的安寧與看顧醫療。

東京女子醫院 GL 的判斷原則是，以病人本身利益為第一要務，已新生兒為判斷中心。判斷與評估依據，除了衡量病人家庭背景下的社會經濟能力、倫理與法律等資訊外，但仍需以正確的醫學情報為優先對象。至於，判斷與評估的過程，必須經過醫學情報為中心的各項情報的統合分析後，方能朝病人最佳的方向進行判斷。同時，醫師必須對家庭提供最大限度的醫學情報與意見，並慎審傾聽與理解家人的期望與考量。

對於新生兒的病情審慎評估後，最終進行抉擇者應是 NICU。換言之，NICU 的責任是，綜合家屬與相關醫療人員的意見，但不能強迫家屬進行最終的決斷。主要原因是，為了明確責任之所在，避免馬虎拖延與曖昧的決定內容，如果尚未討論達成一致決定時，就不能要求家屬承擔最後決定的重擔。另外，醫療人員間若有意見不一致的情況，也不能急於作出醫療抉擇。

東京女子醫院 GL 最終判斷的相應階段與處置，主要分為四個階段：Class A：以全體新生兒病人為對象，積極進行所有治療；Class B：針對明確的生命短暫或預後效果不佳的病症，限制

¹³ 相關資料內容，整理自：小山剛、玉井真理子編集，同前註 10，頁 24-28。

¹⁴ 全名為：東京女子医科大学新生児集中治療室における医療方針決定のクラス分け

手術或血液透析等治療措施；Class C：停止目前的一切治療，改為一般養護如保溫、維持營養、清拭或親情接觸等治療¹⁵；Class D：中止所有直到目前為止的一切治療。在這四大階段的判斷與歸納前，醫院必須提供家屬最大的情報與支持。醫療人員間也需慎重避免不和諧的聲音與可能造成最終決斷的瑕疵。

（二）大阪淀川基督教醫院 NICU 指引

直到了 1990 年代，受到東京女子醫院 GL 的影響下，大阪淀川基督教醫院的新生兒教護病房也創設了大阪淀川基督教醫院 NICU 臨床指引（以下簡稱淀川 GL¹⁶）。本指引主要承襲東京女子醫院 GL 對病情程度區分四階段的架構，不同之處則在於，淀川 GL 特別針對 Class C 與 Class D 等之重症新生兒，標示了例示病名，如 Class D 的病症有：重症假死狀態下，經 DNR 處置後，Apgar 指數仍持續 10 分鐘以上為 0 點者¹⁷，或 30 分鐘後未開始自發性呼吸者；重度腦室內出血（IVH）、腦死判定者等。Class C 的病症則有致死類畸形中，如無腦兒、人魚體畸形等。此外，淀川 GL 尚有明確劃分出兩種不同程度的診療方案與內容。分別為緩和醫療（Class c）與看顧醫療（Class D）

1. 緩和醫療（Class c）

緩和醫療是指，不加諸現行治療的情況下，生命完全委由病人自身來支持。但在此階段中，仍需要積極的看護，與家庭等最大限度的持續觀照。同時，面對疼痛、不快、痙攣等讓新生兒痛

¹⁵ 如，無腦兒、重症假死狀態下出生僅 500 公克，或未滿 24 周早產，高度腦室出血等。

¹⁶ 全名為：淀川キリスト教病院における倫理的・医学的意志決定のガイドライン

¹⁷ Apgar 指數的檢查項目有，Appearance（皮膚膚色）、Pulse（心拍數）、Grimace（對刺激的反射）、Activity（筋の緊張度）、Respiration（呼吸）等。參照：新生兒仮死や健康状態を測定するアプガースコア（アプガー指数）を解説，載於：<http://mamari.jp/3463>（最後瀏覽日 2016.05.12）

苦的症狀，必須進行積極的緩和醫療。諸如，給予鎮痛劑、鎮靜劑與抗筋攣劑等處方。另外，也不進行心跳停止時的心肺復甦術（DNR），委由病情自然邁入死期。但是，撤除所有的積極延命治療後，病人若仍然持續存活，如在拖離人工呼吸器的情況下，仍需視新生兒的生命力，給予最大限度的支持。

2. 看顧醫療（Class D）

當病情達到看顧醫療的階段，包含目前運作的人工呼吸器等相關全部的治療，將被視為「過剩醫療」而中止，並任由病情自然發展。所有醫學介入中止後，將新生兒交回兩親手中，讓新生兒與父母親密接觸的時間，視為一種看顧時刻。可以的話，醫院也能邀集家族成員共同陪伴新生兒一段時間，直到大家都能接受這個事實。此外，家族如有要求的話，也能邀請宗教家、社工等人到場進行最後的告別儀式。原則來說，在看顧醫療階段時，必須同時是在家族的期望下，以及新生兒的病情狀態已惡化致無效醫療的階段時，才能有所適用。

二、重症新生兒的家族和醫療部門溝通指引

從東京女子 GL 與淀川 GL 的內容可知，早期重症新生兒的臨床指引，純粹建立在醫學知識的專業基礎上，其中最明顯的特徵就是，相關指引中皆例示了輕重不同的病名，同時表列出相應的醫療處置（又稱為等級區分）。但是，將不同病名的處理方式具體化與標準化後，臨床上恐會造成醫師傾向消極，放棄積極主動為新生兒設想更為理想的治療方式。

隨後，邁入 21 世紀初期，日本官方針對東京女子大學醫院 GL 及淀川 GL 重新檢討評估後，2004 年，由厚生勞動省下轄的育成醫療委託研究所進行的「重症障害新生兒醫療指引與高風險性新生兒診斷系統綜合研究案」，共同邀請醫師、護理師、法

律、社會、宗教學、哲學、神學、社會福祉學等學者專家與病人代表等反覆研討後提出所謂：「重症新生兒的家屬與醫療人員的溝通指引」（簡稱：溝通 GL）¹⁸。以下將從溝通 GL 的發展脈絡談起，並說明其具體內容。

（一）發展脈絡

從倫理的觀點來說，新生兒先天的成長現實，完全無法表達自身意願，醫院的醫療專業人員與父母間，在做出抉擇的過程中，溝通就成為找出新生兒的最佳利益的重要手段。

日本雖於 90 年代陸續做出了上述兩項專門針對重症新生兒的醫療指引，但隨後於 2001 年，日本厚生勞動省對於過去一整年間的重症新生兒治療中止或撤除維生設備等病例，針對國內 107 所新生兒醫療機構進行質性與量性的統計調查，對於該等病例中，有無特別使用治療指引的設問，僅有 24% 的答案為肯定，且不外乎皆是採用東京女子醫院 GL 與淀川 GL 等兩項指引。至於，重症新生兒治療方針的決策時，有無必要建立標準指引的設問，83% 的答案是為肯定。同時，部分受訪者也希望該項指引能納入治療中止的法律解釋與實施程序、對應預後效益與病情分類等具體治療方針的內容。但另一方面，也有受訪者憂心的舉出指引做成後可能形成的弊端。諸如，治療評估欠缺彈性，成為簡單劃一的機械式決策，引發醫療人員思考停頓的問題、按病情分類治療方式，家屬的意思將不被受到重視¹⁹。

儘管當時有近半數的新生兒治療機構，對於重症新生兒治療中止問題展開積極的檢討，但基於上述的危險性，仍有高達 76%

¹⁸ 該指引之研究，是由日本政府厚生勞動省主導的育成醫療委託研究所贊助，稱為：「重症障害新生兒醫療の指引與高風險性新生兒診斷系統之綜合研究案」。

¹⁹ 上述實證數據與說明，詳請參照：櫻井浩子（2009），〈重症新生兒の治療をめぐる「話し合い」のガイドライン〉，《Core ethics》，5 期，頁 181 以下。

的醫療機構，站在贊成建構標準指引的相對立場，認為不同醫療機構對於重症新生兒的治療方針，應有各自的作法與決策方式，沒有必要建立明確指引來阻礙這個彈性空間。

為了回應上述臨床現狀的多數建議，溝通 GL 淡化了東京女子醫院 GL 與淀川 GL 以病名等級基準來區分治療方針的作法，轉而著重於病人家屬與醫療機構團隊成員間的意見溝通與交流機制的設計，最終方制定出相異於臨床醫療專業常規外的溝通協商指引。此外，溝通 GL 不僅限於治療中止或撤除維生設備的情況下方能使用，凡是在醫療過程中，面臨治療抉擇的局面時，皆得由醫院來啟動並遵循的指引機制。

（二）具體內涵

溝通 GL 的基本理念主要有三，其一，重症新生兒撤除維生設備或中止的決策，具有複雜的倫理衝突，故應考量個案的特殊性來分別處理，本指引不會提出具體治療方針的指導或建議；其二，醫師評估病情並未邁入中止維生醫療設備的時機，但家屬卻期望中止時，本指引應建立雙方通暢的溝通管道；其三，相較醫師或家屬利益，本指引應將新生兒的最佳利益置於最優先位置。總之，不論重症新生兒的治療方針和照顧方向，或對應病情的治療決策出現中止治療的選項時，對醫療人員或家屬來說，如何抉擇都會陷入非常艱難的處境，而溝通 GL 將，處理這些情緒與協助理性決策的。

溝通 GL 的具體內涵，首先宣示了對於任何罹患疾患障害的新生兒，醫療人員應以祝福生命與秉持慈悲的精神與態度來面對新生兒家屬。關於「治療方針的決定」，醫師與家屬皆須優先考量「新生兒的最佳利益」。關於新生兒最佳利益的判斷，是指任何治療方針皆須慎重考量新生兒健康的利益與不利益。考量的重點，不僅僅是病人的生存期間，治療過程中所衍生的身體與精神

上等痛苦皆應包含在內。

關於「醫事人員與家族的互動原則」，溝通 GL 要求醫事人員（這裡是指 NICU 的醫療團隊成員）必須顧及家屬隱私，努力與病人父母培養立場對等的信賴關係。此外，關於「說明義務的具體方式」，醫事人員須以各自的立場與角度，向父母迅速、正確清楚地說明有關新生兒的醫療情報。說明過程中，以父母雙方在場為原則，如有須先向一方說明的緊急狀況，當父母同時在場時，仍有必要再度說明。

關於「應當說明的情報」，諸如診斷名稱、病情、正在實施的治療內容、替代療法、不同治療方式選擇後的利益與不利益和預後等之評估，有關照顧的看護情報、療養有關的情報、以及日後可供協助的社會資源等之情報。重要的醫療情報，醫事人員必須提供書面，並且耐心回應父母問題，說明時也需對父母提供精神上的照應與支持。總之，父母身為新生兒養育責任的承擔者，就有必要聽取醫療情報的說明；醫療人員也需盡最大的努力要求父母參與。

此外，關於「醫療團隊的情緒處理」也於溝通 GL 中特別說明，成員彼此間應互相交換情報與意見，並把握緩解情感與壓力的機會。所謂的情感壓力，是專指在重症新生兒治療過程對醫事人員造成的特殊壓力，容易接連引發各種負面情緒，諸如憤怒、悲傷或無力感等。對於這類負面情緒，醫事人員往往都不願正面承認或尋求協助。雖然承接這些來自家屬的相同情緒，但為了維持團隊合作的默契，醫事人員應藉由溝通，坦率的表達自身情感，成員彼此間在情緒上就能達到相互支援扶持的理想情境。

對於各科醫師有限的專業經驗與知識，無法單獨勝任重症新生兒複雜病情的評估。因此，關於「預後效益的判斷」，應由不同領域的專科醫師，根據新生兒身體的最新狀況綜合判斷。並

且，無論維生設備的中止治療或撤除，最終都有可能招致不可逆轉的遺憾結果，故於「探討維生醫療抉擇」時，所有醫療成員皆須有表達意見的機會，慎重討論各種治療方案或可能性。總之，無論是家屬的要求，或由醫療人員主動提出的建議，維生醫療抉擇都要避免少數醫療成員的獨斷，盡量在有限時間內，要求全體團隊成員進行溝通與意見的交換。

關於「決定中止維生醫療」的情況，醫療人員務必先與父母充分的協商溝通。這個溝通過程中，不僅主治醫師，其他醫療團隊成員等（如護理士）都須出席共同聽取父母的心情與確認其意願。同時，也期望能有醫療外第三方人事共同在場，諸如，臨床心理士、宗教家、或與親族間有信賴關係之人士等。在場進行說明與溝通的醫療人員，也須顧慮對於病童家屬產生心理壓迫的可能性。

此外，生命維持治療的中止或不介入的情況下，應該是以「新生兒最佳利益」為判斷基礎。對於決定的商討過程則須記載於診療紀錄。最後，溝通 GL 特別要求，每一次中止維生醫療的決定，都應以追求實現「新生兒的最佳利益」為最高指導原則。除了關注新生兒病況與父母的心情等變化，隨時評估中止醫療的妥當性外，治療中也須時刻留意保有新生兒的人性尊嚴。

三、醫院內部溝通機制的法規範擔保

醫療臨床實務中，病人治療方針的選擇與決定，本是醫療專業人員的職責。但，囿於重症新生兒病情的複雜性與治療預後的不確定性，時常會面臨治療猶豫的倫理困境。上述臨床指引的陸續推出，就是希望能在確保新生兒最佳利益的前提下，盡量迴避醫方與家屬發生爭端，推延治療時機或形成更大的衝突。因此，努力促成醫病雙方自主達成共識，協助醫師放心採取符合病人最

佳利益的治療方針，是日本制定重症新生兒臨床指引的核心目標。

早於日本厚生勞動省制定溝通 GL 前，2001 年日本就曾於區域性醫療機構，嘗試透過醫院內部的倫理委員會作為醫病雙方的溝通平台，成功說服重症新生兒家屬做出理性的醫療抉擇，屬於藉由溝通達到自律性紛爭解決的典型事例。本文以下將對本案說明後，進而檢討目前日本相關指引可能面臨的問題。

（一）日本岐阜醫院案的借鏡

本案發生於 2001 年 8 月的日本岐阜市立岐阜醫院²⁰，該院內的 NICU 病房收治一名 25 周僅有 896 公克的早產新生兒 X。X 經診斷罹患非交通性水腦症，必須實施手術將腦室脊髓液排出。但 X 住院三個月後，經醫師再次評估 X 日後有重度腦性麻痺的可能性。X 父母得知後，當下向主治醫師表示，希望為其辦理出院手續，並拒絕實施腦脊髓液排除手術。院方獲悉 X 父母拒絕治療的要求後，NICU 成員間也不斷開會討論，但內部仍舊呈現意見分歧，沒有共識的情況。

最後，本案交由院內的倫理委員會審議，最終決定方針有二：其一，病人家屬對於治療方針的選擇，僅能在符合醫學與倫理妥當性的範圍內為之。X 父母的辦理出院的要求，院方不能同意；其二，醫事人員與 X 父母間的協議過程，必須盡力避免提出如向法院申請親權喪失宣告等法律途徑，並以說服父母同意 X 接受手術為最大努力為方向。同時，必須尋求醫學專業領域外的第三方專家意見，共同研擬溝通對策。因此，除了院內 NICU 醫療成員外，院方也尋求當時所屬公部門的兒童福利專門機構人員，以及處理兒童虐待問題的專業律師等，共同商討解決之道。

²⁰ 參照：小山剛、玉井真理子編集，同前註 10，頁 58 以下。

最終，主治醫師與家屬歷經四次協調，X 父母終於同意 X 繼續接受醫院腦部手術的治療。

本案經過醫院內部倫理委員會的居間協調，確實發揮了制定溝通 GL 的理想與所欲達成的效益。換言之，院方採取的溝通策略是，刻意避免對 X 父母進行倫理道德的批判或採取法律途徑的威脅，積極運用「非審判式」的思維，嘗試以理解代替對抗，透過溝通成功說服 X 父母。因此，此種醫院內部自律性的衝突解決機制，也是當時日本制定隨後制定溝通 GL 的重要經驗與契機。

（二）法律效益擔保的必要性

其實，並非透過積極耐心的溝通，就能妥善處理所有問題。上述倫理委員會的溝通與協調，僅是院內的自主作為，未有規範效力，而日本隨後制定的溝通 GL 的定位上，也僅是院內眾多的常規準則之一。在欠缺法效性的擔保下，站在醫院經營管理者的立場，如何第一時間迅速排除或避免與病人家屬產生糾紛，或許才是優先考量之點，如此一來，病人的利益反倒容易遭到忽略。例如，齋藤事件中，院方採取消極配合家屬的態度就為顯例。此外，一般醫院內部倫理委員會，多在處理與臨床研究相關的先端醫療技術（如器官移植、生殖醫學等）等倫理問題，對於病人權益的保障與衝突，委員會有無抉擇的專業經驗與能力，也不無疑問。

觀察上述介紹日本近年建立的相關臨床指引可知，溝通 GL 相較於東京女子 GL 與淀川 GL，兩者間最大的區別是，前者著眼於醫師與家屬雙方間信賴關係的建立，相互溝通與對話，即是該指引的主要內涵；後者則是偏重以「醫學專業」為通盤考量，屬於純粹相應病情來制定治療方針的典型醫療常規。兩者背後對於病人最佳利益的追求，則是在重視家族主觀意願為取向（溝通

GL)，抑或從醫學適應性來判斷治療的客觀利益（如東京女子醫院 GL、淀川 GL）等不同價值的採擇。

如同齋藤事件所欲探討的主要問題：「對於病人的治療仍有挽回生命的效益時，醫師能否順應家屬拒絕治的要求，或是逕行實施治療手術？」從東京女子 GL 與淀川 GL 觀之，X 罹有唐氏症與腸閉鎖等病情，皆非屬明確生命短暫或預後效果不佳的病症（Class B），更遑論是 Class C 或 Class D 等須進行緩和醫療或看顧醫療等情況。是故，醫師依照該等指引，就應逕自對 A 施予治療。相對來說，假定 A 父母堅持不願溝通並拒絕一切治療，我們就不得不去思考，面臨類似處境下，溝通 GL 雖能積極促成醫病雙方溝通對話，但溝通失敗後的有效對策為何？指引本身卻未有進一步的說明。

本文認為，所謂的「溝通」終究只是達到目的的手段，在重症新生兒的治療決策中，若是以保障「新生兒最佳利益」為首要目標，為求目的之達成，就應當借助法規範與解釋的效果，作為保障病人權利的後盾。例如，岐阜市立醫院的案例中，醫院的倫理委員會其實也早有協調破局後，仍應採取法律途徑的最壞打算。總之，唯有法規範的完善，方能與院內的溝通機制或臨床指引發揮相乘效益。

伍、從刑法釋義界定重症新生兒的治療界線

承上所述，重症新生兒治療方針的判斷，無論採取何種指引模式，後續仍須要法令規範的配合與擔保，方能視為有效避免爭端的處理機制。從近年來日本 NICU 的努力與經驗可知，重症新生兒治療的理想決策情境應是，醫師基於專業提出符合新生兒病情適應性的方案後（東京女子醫院 GL、淀川 GL），並向家屬詳細的說明與溝通，並從家屬回饋的相關資訊中，再次確保該治療

方針是否符合病童的最佳利益（溝通 GL）。

然而，從溝通到決策的過程中，面對不理性的家屬堅決拒絕治療時，似乎仍須從法規範來尋求有效的解決之道。尤其，一旦發生醫療事故或糾紛，醫療從業人員首先擔憂者，就是承擔刑事責任追究的風險。若能藉由刑法釋義的說理，作為醫師進行醫療決策時的適法標準，為上述指引溝通無效時，消弭醫師盡職時可能遭受刑事訴追的疑慮。因此，本文探討醫師治療義務與刑法評價間的關係，即是為了將問題聚焦於：「如何以刑事法學釋義的觀點，明確醫師治療義務的範圍，作為醫師的後盾，藉以發揮保障重症新生兒最佳利益的相乘效益」。

如同齋藤事件中，醫院為了避免專斷醫療行為的違法風險，不願在未得父母同意的情況下，逕自為 A 進行挽救生命的常規性手術。但從刑法評價可知，醫師持續放任 A 病情惡化至最終死亡的「不作為」，也可能會有該當違背義務遺棄罪或不作為殺人罪等可能性²¹。從刑法對於不作為犯罪型態的審查可知，醫師對自己的病人理應具有自願承擔風險的保證人地位（治療義務），凡有治療（作為）可能性的情況下，醫師就不可恣意的放棄治療²²。本事件中的主治醫師，究竟應當不顧父母拒絕，本於

²¹ 思考遺棄致死罪與不作為殺人罪的評價理由是，一般死亡協助的案例類型中，若是依照病人本身的自主意願，要求醫師不進行任何延命治療，基於病人真摯意思，將可解除醫師的保證人義務與地位，任由病人安寧去世，這是我國學者於文獻中提出德國學理與實務的處理方式。然而，不同於有自主意識的成年人，自使欠缺自主決定能力的新生兒，醫師自然無法經過其本人的「囑託」來解除保證人地位。參照：林東茂（2015），〈死亡協助的刑法問題〉，《高大法學論叢》，第10卷第2期，頁108以下。

²² 齋藤事件在當時的日本社會，雖然隨著新聞大肆報導受到矚目，但卻未有醫師須受刑事訴追的聲音。主要原因在於，當時日本司法實務對於醫療事故普遍採取謙抑的立場，同時在欠缺對於相類事件曾有刑事處置的前例可循，故本事件在當時並未受到司法機關的重視。

職責實施手術；抑或依循父母的意願，放棄一切仍然有效的治療行為？問題關鍵就在於，本案醫師究竟是否從有治療 A（病人）義務的義務。

本文以下將分從日本與德國等學理上的論述，分別探討醫師治療義務的內涵與界限。期能明確重症新生兒醫療決策的刑事責任與歸屬，這將有助於事前避免類似不幸的發生。

一、日本學說論述的開展

齋藤事件中，A 的病情若於手術後，顯然是有回復健康的醫學適應性，基於醫療專業的判斷，醫師對 A 應有作為可能性的治療義務。因此，本案中，無論拒絕醫院治療的雙親或消極配合的醫療人員，對於維持生命治療義務的不作為，恐怕都有可能成立不作為殺人罪的問題。相較於齋藤事件被普遍認定醫師應有治療義務，該事件發生前後約 1970 年至 80 年代間，日本學說曾認為，針對不幸罹患嚴重疾病或甫出生體重過低等的重症新生兒，若經專業評估縱然施予延命治療，也無法達到良好的預後效果時（如生命象徵不穩定），就能直接否定醫師於該情況下仍對病人有治療義務，無論家屬拒絕治療或醫師不為治療等結果，都不會有遭刑事責任追究的風險。

具體來說，對於重症新生兒治療義務與不治療時之刑法評價，早期日本學理上主要有下述幾種看法²³：

首先，有學者以「重症畸形兒」為例，認為維持生命的必要身體組織，縱因先天上高度損害得預期未來生活能力勢必減弱，但當病人生命尚未自然邁入終點時，通常醫師仍會本於職責全力救治。然而，醫療技術畢竟有其極限，在專業能力範圍內，理應就是醫師治療義務界限之所在。對於醫療領域中的小兒醫學專科

²³ 小山剛、玉井真理子編集，同前註 10，頁 42 以下。

來說，重症新生兒的病情往往複雜特殊，採取的治療對策，勢必在醫療技術與能力上有更多的侷限。同時，當治療對於維繫重症畸形兒生命效果極為低落時，臨床上在何時點中止治療，病人就會立即死亡，醫師其實並無法精確掌握。因此只能如此認定：「當醫療處置對病人無法發揮任何效用時，該時點即為治療義務的界線」，依序有三項要件：其一，對於臨近新生兒死亡時點的事實狀態，能否明確的被診斷出來；其二，由於新生兒身體組織的高度損傷，現代醫學已無能力阻止其自然邁入死亡，或是欠缺任何維持新生兒生命的治療手段時；其三，對於現有治療的中止或不介入（不作為），必須取得新生兒父母同意，醫師方得免除治療義務。符合上述三項條件後，縱然醫師的不作為導致了新生兒最終死亡的結果，也不會被追究刑事責任²⁴。

其次，也有論者從「可罰的違法性」的觀點，直接否定醫師中止重症新生兒治療活動的可罰性²⁵。此是著眼於被害法益的輕微性與行為脫逸規範控制微弱等理由，緊扣在違法程度輕微的論點為開展²⁶。詳言之，法益侵害的事實，必需達到「處罰必要性」的程度方會該當不法。但，諸如殺人罪與違背義務遺棄罪等犯罪類型，立法者的初步設想，就是一種嚴重侵害人民情感與社會秩序的違法情境，無論作為或不作為，顯然皆非輕微的法脫逸行為。正因這類犯罪的構成要件具有極為鮮明的違法性「推定機能」，自然難以想像尚有主張可罰違法性的餘地。然而，以往必然死產的胎兒，拜醫學進步所賜而幸運保有出生後繼續維持生命

²⁴ 宮野彬（1986），〈患者の生命をひき延ばす問題——治療義務の限界の一側面〉，《医療と生命：医事法学叢書》，初版，頁17以下，東京：日本評論社。

²⁵ 青柳文雄、安富潔編集（1989），《刑事裁判と国民性：医療編》，初版，頁162以下，東京：信山社。

²⁶ 關於可罰違法性的相關探討，國內學說上也十分豐富。參照：張麗卿（2016），《刑法總則理論與運用》，六版，頁192以下，台北：五南。

的機會下，醫師一旦中止治療就會先被推定具有不作為殺人或違背義務遺棄罪等不法，解釋上似乎也非妥適。換言之，假如給予重症新生兒的治療僅能換來持續性的痛苦與短暫生命的延續時，醫師選擇不為治療，雖仍會該當不作為殺人罪或是違背義務遺棄罪等構成要件，但從全體法秩序的視點觀之，仍應適用可罰的違法性理論來說明為何並未達處罰必要的違法程度。

最後，有論者主張，對於重度先天異常障害的新生兒，不給予任何治療的情況下任其死去，與遵照成年人自主意願而中止延命措施者，兩種情況相較下顯然有所不同。就前者來說，正因為涉及到欠缺自主意思能力的生命態樣，程序上除應有更為嚴謹與審慎的要件必須遵守，刑法評價上則應從「個案中」實質觀察違法性有無或阻卻責任等問題。例如，顯著低體重新生兒的生命維持醫療，發生障害後遺症的或然率，也須納入醫師是否仍有治療義務的考量當中。例如，出生僅有 1000 公克的早產兒，依據當時的醫療水準約有 80% 左右的育成存活率，但可能引發的種種後遺症（如視網膜症）也是當下必須思考「延命至上主義」（治療義務有無）是否依然妥當的重要依據²⁷。

回到齋藤事件來談，由於當時無論學理或實務的共識是：對未成年人的醫療處置，未經父母同意的情況下，原則將被視為不適法的專斷醫療行為，若是具有侵襲性的治療手術，甚至會有成立刑法傷害罪的可能²⁸。不過，本文認為，對於未成年人的法定

²⁷ 中谷瑾子（1999），《21 世紀につなぐ生命と法と倫理—生命の始期をめぐる諸問題》，初版，頁 134 以下，東京：有斐閣。

²⁸ 主要採取醫療行為傷害說為開展，認為侵入性醫療行為的傷害違法，必須優先考量被害人承諾之阻卻違法性事由。參照：西田典之（2010），《刑法總論》，二版，頁 185 以下，東京：弘文堂。另，治療行為傷害說是日本國內學界通說。參照：山中敬一（2008），《刑法總論》，二版，頁 561，東京：成文堂；佐久間修（2009），《刑法總論》，二版，頁 150 以下，東京：成文堂。關於醫療行為

醫療代理機制，在刑法評價的意義上，至多屬於一種被害人推測承諾的規範機制，設想的是，伴隨兒童成長的父母，應能充分理解孩童的人格性向與發展，並代為做出最佳抉擇。但，唯獨尚未具有任何人生經歷與形成人格特質的重症新生兒，治療預後不定或嚴重的後遺症等，往往造成父母往後數十年間的龐大精神與經濟壓力，父母一旦因現實因素的影響，選擇拒絕治療時，醫師一方面有治療義務的誡命，另一方面又要擔憂未經父母同意下貿然為之，最後可能須要獨自承擔專斷醫療的究責風險。因此，有論者就有主張，從民法親權的立場，創設親權立法意旨應在維護子女的最佳利益。父母對於子女治療行為的拒絕，不得直接解除醫師的治療義務，反倒應解釋為親權濫用而無效。同時，醫師的專斷治療，仍可依據日本刑法第 35 條的業務上正當行為阻卻違法²⁹。

此外，早期日本學理的思考，對比現今的醫療水準，似乎有過於保守之嫌，對於嘗試透過刑法理論建構治療義務界線的探討上也衍生出不少疑義。例如，主張採取可罰的違法理論之論者，假若實行手術必能延長新生兒生命，為何放棄實行此不作為，就能從整體法秩序的立場來阻卻違法，此點並未見到有更加細緻的說明。本文認為，對於重症新生兒治療義務的界線，似乎仍應回歸新生兒最佳利益與權利擁護等觀點來思考。近年來對於能否解除終末期病人治療義務等問題，日本實務就曾經主張應在「有懷疑時生命利益必須優先」(in dubio pro vita) 的原則下³⁰，重新建構刑法評價的理論模式，自然與重症新生兒治療的問題上也有

傷害說與非傷害說的介紹，詳請參照：陳子平（2005），《刑法各論》，二版，頁 120 以下，台北：元照。

²⁹ 保条成宏（1999），〈障害新生児の生命維持治療と法：新生児医療における権利擁護システムの構築に向けて〉，《周産期医学》，29 卷 12 号，頁 1512-1516。

³⁰ 參照：横浜地判（平成 17 年 3 月 25 日）「疑わしきは生命の利益に」，日判夕 1185 号 114 頁。

值得借鑑之處。進一步的深入探討，以下將從重症新生兒治療義務與刑法的評價等問題上繼續說明。

二、借鑒德國治療義務的探求

司法實務追究醫師中止末期病人生命的刑事責任，一再地顯示了刑法本質屬於「事後介入法」的具體實踐與任務。因此，學說對於重症新生兒治療義務限度的探求，都會嘗試的來思考，如何典型的事後規制法，調整轉換為一種「事先預防新生兒權利侵害的機制」。

大體而言，關於重症新生兒治療義務限度的探求，有論者主張應當思考，於特定臨床條件下，邏輯上指若能否定醫師治療義務的存在，自然就能肯定醫師當下「片面」放棄治療的適法性，這是採取「治療放棄適法說」的立場。本說認為，新生兒的生命屬於個人一身專屬利益，在沒有妨礙到他人自由時，原則就能將父母的決定，排除在醫師是否放棄治療的考量之外，確立此理論基礎後，剩下的就是須在醫師的治療義務中，探討其「單方治療放棄」的適法性。換言之，等同是將醫師與原來受到刑法強力規制下的治療義務與範圍，能在符合特定條件後有所限縮，所謂的「治療義務限定論」就隨之生成³¹。

另一方面，從少年病人拒絕治療權限的廣泛探討為開展，普遍是將問題焦點放在如何制約醫師忽略少年病人的意見而逕為治療的專斷行為上。而一般會從個案中，檢驗醫師是否有先從病人本身或其他醫療決策代理人等身上取得「同意」的問題。例如，

³¹ 相對來說，齋藤事件中，就是要探討當上未落入單方治療放棄與治療義務限定論的範圍中時，無論是 A 的父母或醫院都應當在法的規制下，要求醫師或醫師逕自進行必要之手術。詳請參照：小山剛、玉井真理子編集，同前註 10，頁 233 以下。

從刑法評價的立場，醫師實施侵入性醫療行為，若未得到父母等法定醫療決策代理人的同意，等同就是違反本人意願的違法專斷醫療行為，可能是情況會成立刑法傷害罪或強制罪等罪名。是故，相對來說，從醫師的觀點，凡是醫療處置的發動，都有必要先行得到決策代理人的同意時，等同就是對於醫師專業裁量的制約，這是以「治療行為制約論」為根據。

然而，從治療行為制約論主張的理念可知，不僅能就專斷醫療行為進行事後評價，也能發揮「事前制約」醫師專斷發動治療的可能性。而在思考重症新生兒治療義務限度的問題上，由於父母代為拒絕治療，似乎就能輕易阻卻醫師放棄治療的違法性，換言之，父母一旦明白拒絕後，就能視為醫師治療義務的界線。這樣的看法是否妥當，不無疑問。

本文以下將先從治療義務制約論為開展，說明同意原則與重症新生兒醫療決策所可能面臨的問題與困境，進一步將以「治療義務限定論」為核心，輔以刑法評價的觀點，試圖探求醫療決策的最佳模式，維護重症新生兒醫療的最佳利益。

（一）以病人同意原則為治療義務的限度

般會將其理解為一部「事後行為的歸咎法」。然而，上述提到治療行為制約論的主要精神，則是希望能將刑法詮釋置於「事前調整醫病關係」的法體系當中。透過刑法調整醫師行為的方式，主要圍繞於「同意原則³²」的操作下進行。

「同意原則」濫觴於德國 1894 年最高聯邦法院的刑事判決，依該判決主張，侵入性醫療行為除被為該當傷害罪的構成要

³² 關於同意原則的內容於我國學者之論述，可參照：甘添貴（2008），〈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》，157期，頁36以下；曾淑瑜（2006），〈醫師之說明義務與病人之同意〉，《法官協會雜誌》，9卷1期，頁73以下；林書楷（2016），《刑法總則》，三版，頁190以下，台北：五南。

件外（醫療行為傷害說），並將病人的同意當作阻卻構成要件違法性的正當化要素。該判決的事實背景是一位 7 歲女童，因腳骨折病發結核性的化膿潰瘍，女童父親卻因信奉自然療法拒絕了一切必要的手術治療，但醫師基於放任病情惡化可能招致死亡結果的診斷，不顧父親的堅持，分別對該女童進行兩次手術，最後一次手術則將腳部截肢。事後，女童身體狀況預後良好並順利復原。然而，當時的德國聯邦法院卻認定，醫師和病人的關係，無論在民法或刑法領域中，醫療行為的發動，都須以醫病間意思表示合致為基礎，任何情況下，是否治療，應由病人、親屬或其法定代理人的意思表示為根據。一旦病人或法定代理人已拒絕，就無法阻卻依治療行為所伴隨傷害不法的違法性³³。

二次大戰後，德國聯邦法院持續強化了「同意原則」在治療行為適法性的重要地位。如 1957 年，成年病人經子宮頸切除手術過程中，醫師並未再次取得病人同意就變更手術內容，改為直接摘除其全部子宮。當時的聯邦法院即引用基本法第 2 條第 2 項關於身體不可侵犯性此基本權利的理念金精神，並主張該項基本權利是指，縱然該手術能避免疾病危及病人的生命，但假若病人寧願犧牲自己的生命，也不願承擔手術伴隨的侵襲結果（此指摘除全部的子宮），此項拒絕表示，醫生仍應給予尊重，否則就是對於病人的人格自由與人性尊嚴等之嚴重侵犯。顯然的，此時期德國實務於論述上，已將病人自主決定權與人民身體不可侵犯性等理念與精神，同時納入視為強化「同意原則」作為制約醫療行為的理論與基礎³⁴。

然而，在德國聯邦法院墨守「同意原則」的教示下，對於新

³³ 關於該判決的相關說明，詳可參照：王皇玉（2011），《刑法上的生命、死亡與醫療》，初版，頁 141 以下，台北：承法。

³⁴ 小山剛、玉井真理子編集，同前註 10，頁 236 以下。

生兒等現實上欠缺同意能力的病人類型來說，為了確保同意原則的實踐，即發展出以「他人」的同意表示，補充病人本身現實意思欠缺的隙縫。而他人的身分，往往以病人的最近親屬為優先考量。是以，欠缺最近親屬代為同意的醫療行為，同樣會被視作違法的專斷醫療行為。然而，一般具有同意能力的病人和需要「他人同意」補充同意能力欠缺的病人，將兩者等同視之，顯然並不妥當。

例如，具有同意能力的成年病人，拒絕了能挽救其生命的治療處置，而與這種欠缺醫學合理性的拒絕治療意思相左的延命治療行為，如果也被視為違法同意原則而違法的話，等同就是向醫師宣告，同意原則顯然就是醫師治療義務的限度³⁵。如此一來，病人不同意治療的意思表示，將會對醫師的醫療行為與處置，形成「事前」絕對與終局的制約效果。若將同意原則理論導入，成為醫師治療新生兒病人的行為準則，顯然一旦發生父母等最近親屬濫用「他人同意」而不理性的拒絕治療時，將會抵觸醫學救命主義與不傷害等倫理原則。上述 1894 年的聯邦判決，雖然肯定同意原則於醫師治療活動中的重要性，但也忽視了兒童福祉的考量與親權濫用等問題。因此，在德國聯邦法院發展下的「治療行為制約論」，雖然創設了制約醫師恣意實施治療行為的根據：但相較於欠缺同意能力等新生兒病人來說，該理論對於「親屬一方的同意權」顯然欠缺了抑制或避免權利濫用的配套機制。

（二）以治療期待不能為治療義務的限度

由於在治療行為制約論發展下所建構的「同意原則」，於重症新生兒的三方醫療決策關係中，將有可能嚴重傾向擁有代行同

³⁵ 同意能力的內容，是以意思能力（識別能力）為基礎，關於意思能力的內涵，詳細說明可參照：邱玟惠（2016），〈論人體試驗同意權人之現行法制與修法建議〉，《東吳法律學報》，28 卷第 2 期，頁 175 以下。

意親權的父母一方，萬一父母不理性的醫療決策，醫師也墨守同意原則的教示時，勢必將阻礙重症新生兒接受妥善醫療照護的權益。是故，如果能從類似民法學理主張權利濫用的方式，「事前」積極排除父母拒絕治療的表示，從擁護重症新生兒權利的觀點來建構醫師治療義務範圍的限度，應屬較為妥當的處理方式。

曾有學說認為³⁶，當重症新生兒的生命陷入急迫危險時，醫師無待父母同意就能發動緊急醫療處置的適法性，可嘗試以刑法正當防衛或緊急避難之法理作為依據。但，主張緊急避難，須是現實上無從得知父母的意思後，醫師才得行使的「補充性權限³⁷」。換言之，基於治療行為制約論的效果，醫師依然無法在父母拒絕治療時，主張緊急避難逕自為病人實施醫療處置。因此，為了避免產生親權利濫用之情事，學說上逐漸形成對抗親屬同意權之教示的「治療義務限定論」，本理論的內涵，主要是在擁護重症新生兒權利的立場上，避免父母拒絕治療形成權利濫用時，作為調整治療行為制約論對醫師專業造成事前不當制約的「治療放棄適法說³⁸」。

本理論認為，生命維持治療的放棄（也就是探討治療義務的範圍與界線），必須從「事後的視點」來討論其適法性。首先，構成治療義務的限定理論是出於生命維持治療的實施，對於醫師與父母來說，都已是「無法期待」的情況。實質根據則是思考

³⁶ 小山剛、玉井真理子編集，同前註 10，頁 244 以下。

³⁷ 由於緊急避難的法理是來自於客觀利益的衡量，故基於病人自主決定權的保障，現實上若仍有可代為表達擁護病人主觀利益之人（推測承諾），醫師就不能貿然主張緊急避難作為正當化之依據。詳請參照：山中敬一，（2015）〈臨死介助における同一法益主体内の利益衝突について：推定的同意論および緊急避難論の序論的考察〉，《近畿大学法学》，第 62 卷第 3、4 號，頁 288 以下。

³⁸ 町野朔（1986），《患者の自己決定権と法》，初版，頁 227，東京：東京大学出版会。

「作為醫師的任務與目標」為何。近代醫學對於生命維持技術精進的追求，將是擁護與援助「病人人格自我實現」的重要手段。因此，當生命維持治療無法達成此目標的同時，就會形成治療義務的界線，這是一種將人性尊嚴與人類的自然生命觀相互結合的思考。

同時，考量 1960 年代以來，先端醫療技術的高速發展，「過剩」的延命治療將無差別的生命維持，視為一種達到醫療目的之手段，反倒成為侵害病人尊嚴的嚴重問題。在此反思下，勢必須將「有人格尊嚴的生命觀」注入刑法生命法益的價值概念中，進而轉化為以「人格尊嚴與價值³⁹」為前提，具有衡量與比較可能性的相對性價值利益。例如，具有人格保障價值的病人，與重症障害或陷入無法逆轉之昏迷狀態的「無人格生命」，兩者相較下，就會在生命的質量上有優劣之分。

凡是病人意識終局無法回復或病情嚴重時，就是醫師治療義務的限度。就重症新生兒的治療義務來說，當治療無法排除新生兒的身體障害，且幾乎確定未來無法進行有意義的人生時，無論是醫師逕自放棄治療或父母代為拒絕，皆為適法。而當德國學界逐漸開始接受「治療放棄適法說」的同時，1986 年 26 位學者專家也推出了臨死介助法提案⁴⁰，該法案對於重症新生兒治療義務的界線設定了兩項條件：其一，根據醫師的診斷，病人意識呈現不可逆轉的喪失時，或重症新生兒的病症中，確定無法獲得意識時；其二，當迫切邁入死亡時，考量被害者的疾病狀態或治療的預估效果，開始或實施生命維持治療，根據醫師的判斷已經屬於

³⁹ 類似看法，可參照：甘添貴（2014），《刑法各論（上）》，四版，頁 16 以下，台北：三民。

⁴⁰ 關於本案的具體內容，可參照：曾淑瑜（2016），《醫療倫理與法律 15 講》，二版，頁 200 以下，台北：元照。

不適切的情況時⁴¹。

值得說明的是，第二項條件即是屬於非基於本人同意或他人推定同意等之典型「單方（醫師）治療放棄」之情況，主要考量生命維持治療的期待不能，乃至於醫師若繼續履行治療義務，反而成為不適當的傷害行為。顯然者，本理論是以與生命等價與絕對保護等原則大相逕庭的視點來勾勒醫師治療義務的範圍與界線，於重症新生兒治療決策的考量中，應有其重要的參考之價值。

治療放棄適法說揚棄了生命法益為最上位階價值序列的傳統思維，同時認為，爭論新生兒是否有必要繼續接受延命治療，答案終究會回到醫師與父母兩者間，對於治療能獲得多少具體效益的歧見之上。因此，為了讓治療義務的內涵與範圍更加客觀合理，應從人類社會生活的歷史觀中，思考醫師的職業圖像，探究醫學倫理的價值與目的。總之，在生命具衡量可能性的考量下，從人性尊嚴的視點來觀察，若任何治療都沒有康復的機會時，應能透過醫師的單方判斷，否定治療義務的存在。例如，新生兒罹患重度小頭症或極重度的腦障害等情況，即使進行治療救回一命，也將喪失對外界的理解與溝通能力時，應可勸告家屬同意放棄治療，或醫師逕自中止治療⁴²。

三、父母非理性拒絕治療的應對

治療義務限定論，是以人性尊嚴與生命價值相互結合為理念

⁴¹ 小山剛、玉井真理子編集，同前註 10，頁 247 以下。

⁴² 治療放棄的指針第 6 項：考量醫學上，考量預後的極限，特別是醫學治療措施將對新生兒的未來生活伴隨最重度之障礙時，醫師將有斷放棄治療的餘地。醫療後續的效果與負擔，將會凌駕於追求治療可能性時，是否進行或嘗試治療，將是專屬於醫師倫理上的義務。參照：小山剛、玉井真理子編集，同前註 10，頁 250 以下

之核心與框架，根據「人格的生命」與「非人格的生命」為二分法，以前者的優越性來創設後者作為治療義務極限的根據。不過，這樣的人格價值生命觀，不僅限於治療義務限定論，在治療行為制約論中也能窺見。例如，以往視同意原則為啟動醫療程序的基本教示，是指擁有「人格自由與尊嚴」的父母，對於無人格自由的子女來說，具有絕對與終局有效的醫療決策權。亦即，這是一種具有人格尊嚴（父母）的自主決定權優先於無人格尊嚴（新生兒）的思考。因此，至少對於人類人格之尊重此點而言，可謂具有交集與共識。不過，將父母的價值決定視同子女的意思，等同將新生兒作為能被他人決定的工具，顯然又與人性尊嚴的理念背道而馳⁴³。

就重症新生兒的醫療決策來說，堅守父母同意原則的立場（治療行為制約論），就會如同齋藤事件一般衍生親權濫用的問題。如何透過治療義務限定論的具體操作，能在「違反父母拒絕治療的意願」下，探求醫師專斷實施生命維持治療行為的適法性，以下將繼續說明。

（一）治療行為的正當化解構

學理上普遍認為，治療行為的正當化構造是由：1.醫學的適應性；2.技術的正當性；3.病人同意，此三要素所組成⁴⁴。醫學適應性是以刑法違法性層次中的優越利益衡量原則為基礎，主張具有適應性的醫療行為，是指客觀上得創造穩定或增進病人生命、身體健康等之利益，且該利益必須遠大於治療伴隨的附隨傷害。一般而言，醫學適應性與優越利益原則是一體兩面的概念，

⁴³ 本說理最大的問題在於，人都是獨立之個體，父母的人格尊嚴為何能替代作為新生兒的人格尊嚴，根本上就有其矛盾之處。

⁴⁴ 大嶋一泰（1994），〈治療行為：說明義務を中心して〉，《刑法基本講座（第3卷）：違法論／責任論》，初版，頁116以下，東京：法學書院。

是治療行為正當化的核心要素。技術正當性則在強調治療行為必須符合現階段的醫療水準，要求醫療處置能確實能迴避或減輕治療過程中的各項風險，本要素的要求，是為醫療追求病人客觀利益的同時，能有法效性作為擔保⁴⁵。

近代以來，包含德國聯邦法院創設病人同意的教示，以及英美法上之告知同意法則導入我國後的積極發展，「病人同意」逐漸成為構成治療行為正當化的核心要素。其實，個人法益的特性，本有蘊藏「個人自主決定」的價值秩序。例如，學說上就有認為，病人的身體法益（客觀），應與本身主觀利益（自我決定）具有整體不得分離的關係，並成此關係為「自主決定權的融合狀態⁴⁶」。為了確保主觀利益不可或缺的地位，「病人同意」就是在醫學適應性與技術正當性等之框架內，調和治療行為的獨斷性與維護病人自我決定權等主觀利益⁴⁷。從而，建構「病人同意」的初衷應在於：治療行為的妥當性，除了在追求客觀優越利益外，同時該利益應受到病人主觀價值趨向與意願的確認與擔

⁴⁵ 關於醫療適應性與醫療技術正當性的說明，可參照：蔡墩銘（2005），《醫事刑法要論》，二版，頁 37 以下，台北：翰盧；靳宗立（2007），〈醫療行為與犯罪評價之探討：以醫療法規與刑法「法令行為」為中心〉，《軍法專刊》，第 53 卷 3 期，頁 53。

⁴⁶ 如果法益的保障是為確保個人能在生活中自由發展，則當某種行為是出於法益持有人的意思處置，就沒有法益侵害可言，反而是一種肯定法益持有者能自由發展的表現。有學者認為，如果所有權人自由決定，承諾或甚至是懇求他人可以毀壞所有權人之物，這個得到承諾的人，就沒有侵害所有權，而是參與所有權人的自由負責的活動。林東茂（2008），〈醫療上病人承諾的刑法問題〉，《月旦法學》，157 期，頁 49；相類看法，可參照：許澤天（2016），〈消極死亡協助與病人自主決定權－德國學說、立法與實務的相互影響〉，《臺北大學法學論叢》，100 期，頁 187-188。

⁴⁷ 告知同意法則的核心概念也在於此，這是一個溝通的連動過程，透過醫師告知符合醫療適應性的治療手段，再透過病人主觀特殊價值觀的訴求，共同形成符合病人最佳利益的治療方案。

保，學理稱此概念為「自我利益保證人⁴⁸」。

一般具有同意能力的病人，理應能確保自我利益，清楚醫師的處置能夠取得符合自身情況的最佳利益。但對於自始欠缺同意能力的重症新生兒來說，反倒會陷入「自我利益保證人虛位化」的窘境。本文以下與探討說明者，就是從自我利益保證人的概念出發，當重症新生兒的治療活動遭到父母不理性的干擾或拒絕時，如何透過刑法學理的詮釋，建構一套符合該情境下，醫師治療行為正當化的特別標準。

（二）父母親權獨立活動的限縮

親權的賦予，是父母對於新生兒治療能有同意權限的前提。從遠古傳統的羅馬法時代，就認為親權的本質，是一種基於親子身分關係而生的排他性支配權力⁴⁹。但，隨著時代的進展，保障人性尊嚴等普世價值，賦予了親權近代化的嶄新面貌。德國基本法第6條第2項規定：「子女的培養與教育是父母自然的權利，也是父母的首要義務，同時對於義務的實踐，國家具有監督的責任」而從基本法的揭示中可明確理解，親權已不再是父母的「權力」，子女也非父母權力支配下的客體，而是以子女為權利主體的身分，要求父母應對其成長教育等權利維護進行奉獻的「信託、服務的權利⁵⁰」。因此，若將親權視為新生兒醫療忽視的暫時保護手段，一旦父母無法履行義務，自然能讓國家等第三方人員介入保障每一位子女應當擁有的「權利」。

⁴⁸ 保条成宏子（2015），〈子どもの医療ネグレクトと一時保護による対応：刑法・民法・児童福祉法の協働による「総合的医事法」の観点に立脚して〉，《中京法学》，49卷3・4合併号，頁285-286。

⁴⁹ 親權在德語是 *elterliche Gewalt*，意義就是父母權力。

⁵⁰ 即使在日本，依據日本民法 820 條規定：「親權行使者，為子女之利益，擁有監護與教育之權利與義務。」故從利益的維護此角度，也能看出親權存有明確的義務面向。

從親權的義務性格來看，在重症新生兒的治療場合中，賦予父母醫療決策權的根據在於：「父母同意並非是代替子女行使對自身生命、身體法益處分的自我決定權，而是基於（日本）民法 820 條對子女利益的保護義務，應屬獨立的權能活動。」學說上稱此為「親權獨立活動說」⁵¹。本說主張，當父母表示拒絕治療，將會危及子女生命，而與「子女利益」背道而馳時，該拒絕表示應當無效，醫師縱然獨斷執行生命維持治療，刑法評價上，也不會遭論斷為專斷醫療行為。

而須進一步深究的是，該如何進一步論定構成本理論的具體要件與範圍？力主「親權獨立活動說」之論者認為，未經父母同意的治療行為，其正當化根據應同時運用「推定同意說」⁵²的法理來進行操作⁵³。但這樣的說法並非毫無疑問，按「親權獨立活動說」的目的就是要將「父母同意」與「子女自我決定」兩者切割。換言之，相較本說主張，父母為求子女利益的維護，應有獨斷的醫療決策權利與義務，「推定同意說」仍須依附於本人自我決定（同意）原則的基調上，透過他人的推測，作為本人意思的主觀延伸，故兩者顯然於概念上有不同之處。

不過，主張援用推定同意理論之論者進一步說明，原本「病人同意」就是治療行為正當化的要素之一。而本要素在刑法上的意義在於：「病人的意思對於治療行為正當化的意義在於，病人

⁵¹ 參照：山中敬一（2014），《医事刑法概論 I：序論 医療過誤》，初版，頁 164 以下，東京：成文堂。

⁵² 我國學說文獻普遍將推定同意稱為推測承諾，兩者僅為用語上的不同，概念內容並無二致，國內學者也有直接稱為推定同意者，參照：靳宗立（2010），《刑法總論 I：刑法基礎理論暨犯罪論》，初版，頁 275 以下，台北：自版；有學者則稱為「得被害人同意之行為」。參照：黃仲夫（2016），《刑法精義》，31 版，頁 124 以下，台北：犁齋社。

⁵³ 町野朔，同前註 38，頁 231。

必須在擁有自我決定權的前提下，方能保證病人得透過主觀利益的抉擇，選出符合自身客觀優越利益的治療方案，進而阻卻傷害罪的違法性⁵⁴。」因此，所謂的病人同意，其實並非單純要求醫師無限度的遵從病人主觀意願。相對者，病人僅能在符合醫學適應性與正當性的治療方案中，判斷何種治療方式符合本身的最佳利益，作為一個擔保治療行為具有客觀優越利益的保證人。

就「親權獨立活動說」而言，雖然究其本質並非病人自主決定權的延伸，但將「推定同意說」的精神納入後，就能理解父母同意對於重症新生兒治療行為正當化的重要功能與義務。首先，關於父母同意的本質，是指父母擁有獨自的權能與義務，為維護子女利益，進而代替病人作為治療行為客觀優越利益的主觀利益保證人。其次，對於父母做出與新生兒客觀治療利益明顯相反的拒絕治療表示（親權濫用），由於該決定已經違反了治療行為的適應性或正當性，此時應當排除其保證人之身分，進而讓醫師或第三方人士作為新任之保證人，擔保治療行為應能符合重症新生兒的最佳利益。

總之，在同意原則的教條式框架下，藉由父母意思來填充新生兒現實意思的空白，本應為理所當然之事。但於個案中，如有非理性之父母獨斷拒絕治療，為了防止權力濫用，維護新生兒之權益，就應當以「親權獨立活動說」融合「推定同意說」，做為親權獨立權能濫用之限制。進一步來說，作為重症新生兒醫療決策過程衝突時的調整模式，同時為了強化這樣的模式論述的架構，以下本文將會進一步針對推定同意說在面對「新生兒醫療忽略」的情況下，如何成為一種事前規制法的即時性保護應對措施。

⁵⁴ 町野朔，同前註 38，頁 197。

（三）以優越利益的擔保為標準

推定同意做為刑法理論中的阻卻違法原理，學說上一般會有下列三種說法：1. 被害者同意表示的延長，屬於一種現實意思的推定⁵⁵；2. 被害人是否同意，需從事前判斷伴隨危險的概然率，也就是同意後的損害是否為「被容許的風險」；3. 必須存有緊急避難之事由為發動要件⁵⁶。援用「推定同意說」的學者認為⁵⁷，父母拒絕治療下的治療正當化事由，必須以容許風險的觀點來說明推定同意的具體要件與範圍。不過，主張援用推定同意說，仍會在具體要件與範圍中形成一些問題，例如，當被害者現實意思和推定同意間，發生矛盾不一致的情況時，是否仍能阻卻違法？是否仍需透過「補充性」原則來限定推定同意的成立範圍？

例如，欠缺現實意思新生兒的治療場合中，必須運用補充性原理來說明此種治療行為利益的優越性與父母現實意思間優劣關係的問題。首先，學說上曾有認為，當新生兒的病情迫切，縱然生命維持治療行為得為病童帶來優越利益，但凡是在現實物理情況下，父母有表達接受或拒絕治療的可能性時，醫師於個案中就無法形成合法專斷醫療的「緊急權限」。這是基於「同意原則」的理念，認為援用推定同意阻卻違法的前提，必須是在無法探知父母意願時，作為一種「同意替代品」的補充機制。推定同意依照補充性原則的要求，勢必將會阻斷父母濫用親權拒絕治療時，

⁵⁵ 學說上也有強調，推定同意是指在行為時，對於法益持有人真正主觀意思之推測，是為法益持有人之實質利益而為之行為。參照：林鈺雄（2016），《新刑法總則》，五版，頁 286 以下，台北：自版。

⁵⁶ 大塚仁（2008），《刑法概說》，四版，頁 422 以下，東京：有斐閣；須之內克彥（2004），《刑法における被害者の同意》，初版，頁 90-91，東京：成文堂；山中敬一，同前註 51，頁 574 以下；齊藤誠二（1997），《医事刑法の基礎理論》，頁 42 以下，東京：多賀出版。

⁵⁷ 町野朔，同前註 38，頁 201。

醫師援用推定同意履行治療義務的機會。因此，若需將「親權獨立活動說」與「推定同意說」視為維護重症新生兒醫療權利的最後手段，當重症新生兒的父母，失去擔保新生兒生命維持治療優越利益的地位時，最終仍應由醫師等取而代之，「補充性」原理於重症新生兒治療の場合中，就須受到限制，不得適用。總之，融合「親權獨立活動說」與「推定同意說」後，將構成擔保治療行為優越利益的論理根據，成為避免親權濫用的事前調整機制。為了明確事前關係調整機制的操作標準，對於推定同意的法性格姿態，就須與同意原則之法理稍加脫鉤。換言之，為充分保障新生兒病人的醫療權利，若須與「補充性原則」劃清界線，或許將「推定同意說」改稱為「優越利益擔保說」，反倒能更加突顯出本理論的核心價值⁵⁸。

綜上所述，依據治療行為制約論的看法，父母的拒絕醫療會終局遮斷新生兒接受治療的可能性，應不足採；治療義務限定論則是試圖找出醫師單方放棄治療的適法性與治療義務的內涵與界限等之重要理論，由於醫師作為客觀利益的塑造者，以本理論為開展，較能妥當建構不理性決策者（父母）的處理機制。是以，本文認為，採取「優越利益擔保說」的主要理念在於，為免父母非理性的斷絕新生兒接受醫療的機會與權利，應採取優說利益擔保說排除父母原先的利益保證人地位，將父母的拒絕治療意思無效化。同時，醫師將成為新生兒的客觀利益保證人。而從治療義務限定論的觀點來看，所謂優越利益的形塑，就是從「人格的生命觀」來思考治療義務的範圍與界線。理所當然，為了防止醫師恣意，未來勢必同樣仍有必要持續深化優越利益的精神與內涵⁵⁹。

⁵⁸ 保条成宏子，同前註 48，頁 290。

⁵⁹ 這邊可以思考的標準，大致上仍應從醫療專業的角度判斷。

四、本文看法

基於「親權獨立活動說」與「優越利益擔保說」的結合，透過刑法解釋建構的事前關係調整機制，仍應透過「自我利益保證人」理論來進一步的探究。如同前文所述，由於新生兒自使欠缺醫療自主決定權能，一般於醫療正當化之事由中，對於治療行為客觀優越利益的擔保，就會轉向由父母的親權獨立活動說來作為擔保。根據該理論的精神，父母行使醫療決策並非代位權限，而是一種依法律關係而生的權利義務。因此，父母同意自然也非新生兒主觀利益具象化的延伸，而是同樣在執行兒童醫療權益與社會生存福祉之維護等客觀最佳利益的確保任務。

因此，若以「優越利益擔保說」的理念來審慎思考，父母對於醫學適應性與技術正當性等客觀優越利益進行擔保，是享有獨立地位的「子女利益保證人」。在此情況下，若父母拒絕治療的意思表示已違反子女的客觀利益，將會形成保證人不適格的情況，並逕自將此地位轉換於為病人治療的醫師身上。主要的理由是，填補「子女利益保證人」空缺的醫師，對於新生兒的治療行為，應能透過自身醫療專業技術的裁量權限，擔保治療新生兒的客觀性優越利益。

可能會引發的質疑是，其一，醫師實施與父母意見相左的治療處置，是否屬於一種對親權的不當干涉？其二，僅有醫師裁量就給與生命維持治療，可能將會成為新生兒權利保障與醫療倫理上的新問題。關於第一項疑慮，國際聯合規約中，於 1900 年通過的聯合國兒童權利法案（UN Convention on the Rights of the Child）除有明文對雙親課予子女的養護責任外，同時也強調責任的形成應有多元考量的餘地⁶⁰。根據傳統二元論主張，父母負

⁶⁰ 此外，第 6 條規定，兒童都有與生俱來的生命權，國家有確保其生存和發展的

有養育子女的第一次責任，國家則承擔第二次責任。此種具有「國親思想」的著眼點在於，當父母無法承擔第一次養育義務時，國家就應對兒童形成第二道保護義務的防線⁶¹。但是，如同齋藤事件中，醫院與 A 的醫療團隊其實也承擔很大的壓力，若一味的將國家對於新生兒的保護義務移轉加諸於醫方負責，恐怕對於新生兒最佳利益的追求來說，也非妥適。

關於此點，有論者認為，應當朝向「親權責任擔保多樣化與共同化」的方向思考，對於個案中是否應該實施生命維持治療，仍需有多元性的專業組織或個人共同加入組成一個有系統的利益擔保機制⁶²。例如，醫師成為新生兒的保證人後，經專業判斷下所實施的生命維持治療，解釋上雖能符合刑事正當化的要求，但從新生兒權利保障與醫療倫理等行善原則之要求，法政策上為追求新生兒最佳利益，細緻親權缺口的擔保機制，應是目前之當務之急。例如，尋求專業的社工、法界人事以及醫療人員等共同組成如醫院內的倫理委員會，甚至指定律師等作為該新生兒擔保人來予以解決。

如同齋藤事件的影響下，日本相關臨床準則與學理探討已有很多的資料值得我們參考與借鑑。本文建議，我國當務之急，應當先從重症新生兒臨床專業治療指引的建構為優先，進一步於院內建立與家屬父母溝通之管道，一旦父母拒絕治療或選擇治療的方案已經偏離病人的最佳利益時，此時除了醫院外，也希望能尋求法界、社工等專業人士來共同擔保重症新生兒的治療行為符合

義務；第 3 條規定所有與兒童有關事務都應以其最佳利益為考量，當家屬無法履行義務時，國家時候提供適當的協助。參照：蔡甫昌、楊哲銘、周弘傑，同前註 2，頁 283 以下。

⁶¹ 例如，無論是台灣或日本，都會有類似於兒童福祉保障之法律規定，透過國家強制力的介入，即時性與暫時性的取得應受保護兒童的親權。

⁶² 保条成宏子，同前註 48，頁 293-294。

其最佳利益。

最後，回到齋藤事件的探討，醫師對於重症新生兒的治療義務，其範圍與界線仍應以治療行為為限定論為根本思考，回歸醫療專業的角度，藉由優越利益說來探詢新生兒的最佳利益。換言之，符合新生兒最佳利益的最佳決策，可能是繼續實施維生治療，也可能為放棄無意義的延命治療。此外，基於親權擔保責任多元化的精神，個案中可透過社會多元角色的加入，共同形塑新生兒的最佳利益。齋藤事件中，假若 A 在接受醫師手術後確定能挽回生命，順利長大成人。醫院的治療義務自然不應在父母拒絕後逕自解除。相反的，醫師必須基於自身的專業職責，即刻為 A 進行手術治療。

陸、結語

告知同意法則與病人自主決定權，是當代臨床醫療從專業父權模式走向著重醫病雙向溝通與互動模式的關鍵。我國醫療法第 63 條與第 64 條分別對與侵入性的醫療處置，設有經過醫師告知說明，獲得病人同意使得為之的原則規定。但從法理精神來談，新生兒未有任何人生體驗，人格塑造與愛好等種種習慣也未養成。縱然同法設有例外，規定思慮未周的未成年者，手術應由父母等法定代理人代為同意。但，唯獨對與新生兒來說，父母如何根據空白的人格習性或興趣愛好等來論斷其最佳利益？這個疑問，長久以來，往往都被埋沒在家族父權主義的醫病關係文化之下。

本文認為，衡酌自主決定權的前提，病人必須具有成熟思維的人格狀態，因此，法規設計上，往往都會透過法定代理或成年監護等機制，阻隔未成年人或精神疾病患者等，直接參與醫療決策。尤其，在新生兒為醫療主體時，這樣的態勢似乎更加理所

當然。不過，如同本文一再提及，縱然是新生兒的父母，也非能自然成為醫療決策的最佳代言人⁶³。從日本 NCIU 建構的臨床指引可知，最佳利益的形塑重心，依然在於臨床醫療專業的決斷⁶⁴。但不容否認的，透過指引的積極溝通與協調，應得適度避免醫療殘酷切割父母與新生兒間情感羈絆，同時也能防止醫療的公益價值對於社會家族倫理關係的過度撕裂。但，令人遺憾的是，從齋藤事件可知，對與重症新生兒預後的漫漫長路，如嚴重畸形與精神缺陷，造成父母家庭經濟或情感上之嚴重負擔等，似乎不是一句救命至上主義方為最佳利益的宣示，社會就能無視父母未來必須獨自面對的困難與艱辛。

從刑法評價的觀點來說，醫師有無履行說明義務，在新生兒醫療決策中似乎已非刑法評價的重點。如同本文主張，從治療行為限制論到「親權獨立活動說」與「優越利益擔保說」等理論結合下，「子女利益保證人」將成為刑法劃定醫師治療義務範圍與界線的關鍵。本理論主要是為迴避以治療義務制約論所強調的同意原則，可能造成決策生命維持治療的場合下，父母與醫師形成意見上的膠著與衝突，故為了將刑法理論朝「事先預防機制」的方向調整，仍要考量塑造最佳利益的妥當性，將子女利益保證人的角色轉換到醫師身上。

⁶³ 其實，醫療現場中，無論從醫療契約的精神與刑法保證人義務理論觀察，醫病關係永遠存在於醫師與病人兩人之間，醫師應當以病人的最佳利益為首要考量。在新生兒治療的情況中，可能遇到的問題就是，新生兒的弱勢性，很容易讓外界誤解父母理所當然就是新生兒利益的最佳代言人，如此反倒忽略了新生兒才是醫病關係中的主體地位。

⁶⁴ 如同美國醫師會曾說明，新生兒最佳利益必須考量五個項目：1.治療成功的可能性（醫學的適應性）；2.治療與不治療的風險；3.治療成功的情況下，能延長生命的程度；4.治療伴隨的痛苦或不快感；5.從實施治療的情況與不實施治療的情況來預先評估新生兒的生活品質（quality of life）。參照：甲斐克則（2013），《終末期医療と医事法：医事法講座4》，初版，頁283-284，東京：信山社。

當然，角色的轉換並非全無疑慮，醫師除了執行醫療業務外，恐怕難以面面俱到，顧及有關新生兒最佳利益的種種面相。此時，必須進一步考量納入多樣化與共同化的利益保證人角色，諸如倫理委員會的組織、法界人士與社工人員的參與等，方能在重症新生兒的複雜醫療決策中，尋求最好的答案。

類似於齋藤事件，或也曾經發生在我國新生兒的臨床治療現況中。一旦刑法秉持國家保護義務的精神，作為醫師執行業務的後盾，當下強行拯救了重症新生兒之生命，但在未來，家屬必須成為日後主要照顧者的前提下，從「事前機制」介入調整所衍生的後續效益中，我們也不得不去思考，往後可能耗費的治療成本與家庭失去的生活品質。誠然，就醫學倫理秉持的救命主義與不傷害原則等精神來說，這些負面的風險與困境，理應不得恣意轉嫁予新生兒，畢竟在刑法的價值判斷中，當下應當非難禁止者，應是未達治療義務界線的治療放棄行為。因此，本文認為，該問題仍需從社會整體制度的支援上去思考與解決，當社會的法秩序思維傾向於保障新生兒延續生命的價值秩序時，社會自然就需建構相應的社會保險與福利制度，方能衡平國家積極介入履行新生兒保護義務的利弊得失⁶⁵。

⁶⁵ 兒童及少年福利與權益保障法第 23 條就明文規定，對於早產兒、罕見疾病、重病兒童、少年及發展遲緩兒童等，依法得對扶養義務人無力支付醫療費用時進行補助。

參考文獻

一、中文部分

- 王皇玉（2011）。《刑法上的生命、死亡與醫療》，初版。台北：承法。
- 甘添貴（2014）。《刑法各論（上）》，四版。台北：三民。
- 甘添貴（2008）。〈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》，157期，頁31-44。
- 林東茂（2015）。〈死亡協助的刑法問題〉，《高大大學論叢》，10卷2期，頁93-121。
- 林東茂（2008）。〈醫療上病人承諾的刑法問題〉，《月旦法學》，157期，頁45-70。
- 林書楷（2016）。《刑法總則》，三版。台北：五南。
- 林鈺雄（2016）。《新刑法總則》，五版。台北：作者自版。
- 邱玟惠（2016）。〈論人體試驗同意權人之現行法制與修法建議〉，《東吳法律學報》，28卷2期，頁159-204。
- 張麗娟、黃美智（2009）。〈先天性畸形新生兒不實行心肺復甦術的倫理抉擇〉，《護理雜誌》，56卷3期，頁99-104。
- 張麗卿（2016）。《刑法總則理論與運用》，六版。台北：五南。
- 張麗卿（2014）。《醫療人權與刑法正義》，初版。台北：元照。
- 許澤天（2016）。〈消極死亡協助與病人自主決定權—德國學說、立法與實務的相互影響〉，《臺北大學法學論叢》，100期，頁179-243。
- 陳子平（2005）。《刑法各論》，二版。台北：元照。
- 曾淑瑜（2016）。《醫療倫理與法律15講》，二版。台北：元照。
- 曾淑瑜（2006）。〈醫師之說明義務與病人之同意〉，《法官協會雜

誌》，9 卷 1 期，頁 71-76。

黃仲夫（2016）。《刑法精義》，三十一版，台北：犁齋社。

葛瑾（2010）。〈Gillick 行為能力——最高法院 95 年度台非字第 115 號刑事判決評釋〉，《醫事法學》，17 卷 1 期，頁 33-40。

靳宗立（2010）。《刑法總論 I：刑法基礎理論暨犯罪論》，初版。台北：作者自版。

靳宗立（2007）。〈醫療行為與犯罪評價之探討：以醫療法規與刑法「法令行為」為中心〉，《軍法專刊》，53 卷 3 期，頁 53-70。

蔡墩銘（2005）。《醫事刑法要論》，二版，台北：翰盧。

蔡甫昌、楊哲銘、周弘傑（2005）。〈家屬拒絕手術治療多重可矯治先天畸型新生兒之倫理法律社會問題〉，《台灣醫學》，9 卷 5 期，頁 671-678。

二、日文部分

山中敬一（2015）。〈臨死介助における同一法益主体内の利益衝突について：推定的同意論および緊急避難論の序論的考察〉，《近畿大学法学》，62 卷 3、4 號，頁 265-299。

山中敬一（2014）。《医事刑法概論 I：序論 医療過誤》，初版。東京：成文堂。

山中敬一（2008）。《刑法総論》，二版。東京：成文堂。

小山剛、玉井真理子編集（2012）。《子どもの医療と法》，二版。東京：尚学社。

大塚仁（2008）。《刑法概説》，四版。東京：有斐閣。

大嶋一泰（1994）。〈治療行為：説明義務を中心して〉，《刑法基本講座（第 3 卷）：違法論／責任論》，初版，頁 110-124。東京：法學書院。

中谷瑾子（1999）。《21 世紀につなぐ生命と法と倫理—生命の始

- 期をめぐる諸問題》，初版。東京：有斐閣。
- 甲斐克則（2013）。《終末期医療と医事法：医事法講座 4》，初版。東京：信山社。
- 西田典之（2010）。《刑法総論》，二版。東京：弘文堂。
- 佐久間修（2009）。《刑法総論》，二版。東京：成文堂。
- 町野朔（1986）。《患者の自己決定権と法》，初版。東京：東京大学出版会。
- 青柳文雄、安富潔（1989）。《刑事裁判と国民性：医療編》，初版。東京：信山社。
- 斉藤誠二（1997）。《医事刑法の基礎理論》，初版。東京：多賀出版。
- 長谷川功（2005）。《最新 NICU マニュアル》，初版。東京：診断と治療社。
- 保条成宏（2015）。〈子どもの医療ネグレクトと一時保護による対応：刑法・民法・児童福祉法の協働による「総合的医事法」の観点に立脚して〉，《中京法学》，49 卷 3・4 合併号，頁 223-310。
- 保条成宏（1999）。〈障害新生児の生命維持治療と法：新生児医療における権利擁護システムの構築に向けて〉，《周産期医学》，29 卷 12 号，頁 1512-1516。
- 宮野彬（1986）。〈患者の生命をひき延ばす問題——治療義務の限界の一側面〉，《医療と生命：医事法学叢書》，初版，頁 9-34。東京：日本評論社。
- 須之内克彦（2004）。《刑法における被害者の同意》，初版。東京：成文堂。
- 櫻井浩子（2009）。〈重症新生児の治療をめぐる「話し合い」のガイドライン〉，《Core ethics》，5 期，頁 181-189。