



元照出版提供 請勿公開散布

# 從比較法觀點談未成年病人之 醫療自主決定權

## ——兼論未成年病人為預立醫療決定之 可能性

魏 伶 娟\*\*

### 要 目

壹、前言與問題意識	二、我國現行相關醫療法律之建置
貳、未成年病人之醫療自主決定權於 我國的規劃暨討論概況	方向
一、依賴與自主——未成年病人可能 併存的雙重性及其調和	(一)醫療法及醫師法 (二)安寧緩和醫療條例 (三)病主法

DOI : 10.53106/102398202023030172004

\* 本文初稿曾發表於東海大學法律學院在2021年10月1日舉辦之醫事法學術研討會系列(卅)——「尋訪病人最佳利益之現代意象」學術研討會。會中承蒙簡良育教授、黃馨葆醫師兩位與談人惠賜諸多寶貴意見；以及三位匿名審稿委員悉心斧正本文思慮未周之處，誠感獲益良多，在此一併敬致謝忱。

另，本文係執行科技部補助之專題研究計畫「醫師、病人及其家屬交錯互動下共同形塑之病人自主決定權現代意象暨相關法律問題研究——以臺灣與德國法為中心」（計畫編號：MOST 108-2410-H-029-038-MY2）的部分研究成果，特此申謝。

\*\* 東海大學法律學院法律學系副教授，德國哥廷根大學法學博士。

投稿日期：一一一年二月二十一日；接受刊登日期：一一一年十二月十二日

責任校對：鍾淑婷

三、以「行為能力」概念打造未成年病人醫療自主決定權施展空間之妥適性

參、德國法就未成年病人之醫療自主決定權的規劃暨討論概況——從二〇〇九年之預立病人意願同意書出發

一、預立病人意願同意書之法規建置方向

二、以「成年」作為病人意願同意書生效要件之迴響

三、未成年病人就醫療行為之同意或拒絕在法律層面的意義

(一) 未成年病人同意醫療行為之必要性

(二) 未成年病人對醫療行為之拒絕

(三) 共同同意模式與多元的自主決定系統

四、德國法上就現行法之解釋及立法論的建議方向

肆、德國法討論歷程對我國法之啟發與展望——代結語

## 摘 要

在病人的醫療自主決定權已廣被認知到應予尊重和保障的今日，未成年病人是否亦得獨立行使此項權利，乃漸受關注之議題。於我國現行重要醫療法律的框架下，病人是否具有完全行為能力，乃攸劃其醫療自主決定權的行使空間時，相當重要的衡量因素。惟考量到如：不同個體的心智成熟度或其過往面對醫療行為的經驗不一，故若逕以此作為評斷未成年病人得否有效就醫療行為表示同意或拒絕的標準，是否有可能出現「基於保護未成年病人的善意初衷」，卻反而導致「未成年病人的醫療自主決定權受到不盡合理限制」的結果？值得探究。

有鑑於此，本文擬從比較法之觀點來分析並反思：上揭規劃方向是否足資營造出與未成年病人之最佳利益盡可能貼合的環境，且將嘗試提出本文之見解，冀能略有助於拓展我國對未成年病人權益之學術討論面向。

**關鍵詞：**未成年病人、醫療自主決定權、預立醫療決定、行為能力、意思能力、共同同意模式

## 壹、前言與問題意識

醫學的發展源遠流長，從古老的放血療法<sup>1</sup>，到十六世紀由達文西（Leonardo da Vinci）、維薩里（Andreas Vesalius）等人在人體解剖學方面帶來了重要突破<sup>2</sup>；又如為了減輕病人在外科手術中承受的疼痛感，醫界長久以來不斷嘗試尋找有效的麻醉技術，終於二十世紀初開始普遍使用靜脈內麻醉<sup>3</sup>。時至今日，琳瑯滿目的藥品、醫療器材等，均為醫師在診治病人時的有力工具。綜觀整個醫學史的演進歷程，其嘔心瀝血所欲追求者，無非是治癒為疾病所苦的病人、或緩和其身心之不適；兼而醫學領域的知識、技術具有高度專業性，醫師的養成須經過嚴格之培訓過程，使得披上白袍者在大眾心中向享有崇高之地位。

在此背景下，不難想見以醫師為決策中心的父權式（paternalistic model）醫病關係，長期在醫療實務上被視為常態。特別是基於醫界迄今仍奉為主臬的醫學倫理四大原則<sup>4</sup>，其中的「行善」原則要求醫師應關心並促進病人之最佳利益<sup>5</sup>，故其根據專業知識而提出之醫療方案，也易被直觀的認為：乃對所知有限的病人最佳之醫療決定；至於病人本身的價值觀或偏好，不免即常遭忽視而退居後

<sup>1</sup> 早自古希臘時代，即已見應用放血療法。對此參羅伯托·瑪格塔（Roberto Margotta）著，李城譯，*醫學的歷史*，頁26，2005年9月。

<sup>2</sup> 同前註，頁76-81。

<sup>3</sup> 羅伯托·瑪格塔（Roberto Margotta）著，李城譯，同註1，頁148-151。

<sup>4</sup> 目前常見論及之醫學倫理四大原則，係由學者Tom L. Beauchamp與James F. Childress於1979年所統整提出之「尊重自主」（Respect for Autonomy）、「行善」（Beneficence）、「不傷害」（Non-maleficence）、「正義」（Justice）原則。對此詳參何建志，*醫療法律與醫學倫理*，頁29-58，2018年2月，3版。

<sup>5</sup> 參蔡甫昌、郭蕙心，*病人自主權利法之倫理觀點與實務挑戰*，*醫事法學*，25卷1期、2期合輯，頁20，2020年6月；何建志，同前註，頁39。

線。惟仔細探究醫療之本質，畢竟是以病人身體作為與疾病進行攻防之戰場；且自紐倫堡大審將德國納粹醫師於二戰期間所為之殘酷人體試驗公開後，對醫師倫理素養之確信，亦不免出現鬆動。因此在一九四七年的「紐倫堡守則」中，已明確將受試者的知情、同意，納入進行人體試驗的基本原則，目的是為了確保其自主決定權。而這樣的思維，也涓滴滲透至其他醫療診治情境中<sup>6</sup>。

自六〇年代開始，美國即啟動了對「告知後同意」法則（the doctrine of informed consent）的探討，並於八〇年代達到研究巔峰。而據我國學者之考察，所謂「告知後同意」法則之意涵，係指「醫師有法律上的義務，以病人得以瞭解的語言，主動告知病人病情、可能之治療方案、各方案可能之風險與利益，以及不治療之後果，以利病人做出合乎其生活型態的醫療選擇。未取得病人之告知後同意所進行之醫療行為，醫師應對該醫療行為所造成的一切後果負責<sup>7</sup>。」此一影響醫病互動模式甚鉅之觀點，隨後也向外擴展其影響力及於歐洲、日本等地<sup>8</sup>。以我國來說，上揭概念經飄洋過海、於本土扎根發展數十載後，今日亦成為醫病雙方所普遍認知的詞彙。反映在法律層面上，過去包括如：醫療法第63條第1項：「醫療機構**實施手術**（粗體字均為本文所加，下同），應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人**說明手術原因、手術成功率**

<sup>6</sup> 參蘇嘉瑞，「誰開了這臺刀？」——「告知後同意」法則的精緻化與法學實證分析，科技法學評論，9卷2期，頁258-259，2012年12月。

<sup>7</sup> 參楊秀儀，美國「告知後同意」法則之考察分析，月旦法學雜誌，121期，頁139，2005年6月。值得一併注意的是，學者陳聰富教授亦強調：「告知後同意」法則的發展初衷，乃是為了追求病人福利，而非僅片面執著於病人的醫療自主決定權是否被放置於首位，對此參陳聰富，醫療責任的形成與展開，頁193，2019年12月，修訂版。

<sup>8</sup> 參楊秀儀，同前註，頁139。

或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。」同法第64條第1項：「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限。」等規定，均被視為將「尊重病人自主決定」的意旨加以明文化之例證<sup>9</sup>。

值得注意的是，在醫病關係走出純粹父權式思維、「病人主體性」獲得越來越多關注的社會氛圍下，我國於二〇一六年公布、二〇一九年正式施行的病人自主權利法（下稱「病主法」），可謂一極富指標性的里程碑，蓋該法乃亞洲第一部以病人為主體、將保障病人自主權利置於運轉軸心的專法<sup>10</sup>。然而，病主法的面世雖獲得了高度肯定，當中細節之設計是否確能實踐「尊重病人醫療自主」的理念<sup>11</sup>，卻也有待更進一步檢視<sup>12</sup>。在此背後的本質性問題或可化約為：根據我國現行之相關醫療法律規範，是否已足資應對醫師、病人及病人家屬在流動且依個案有所不同之醫療過程中，可能產生的立場不一，進而打造出以病人自主決定為依歸、並盡可能貼近病人最佳利益的環境？

<sup>9</sup> 參陳聰富，同註7，頁85；侯英冷，從臺中高分院103年度醫上字第4號民事判決看延誤癌症診斷之精神損害賠償，裁判時報，57期，頁48-49，2017年3月。

<sup>10</sup> 參衛生福利部醫事司，保障病人自主，病人自主權利法三讀通過，<https://www.mohw.gov.tw/cp-2651-19687-1.html>，最後瀏覽日：2022年9月2日。

<sup>11</sup> 病主法第1條規定：「為尊重病人醫療自主、保障其善終權益，促進醫病關係和諧，特制定本法。」

<sup>12</sup> 針對病主法中較具爭議、以及可考慮再行調整或強化之處，陸續可見有學者撰文討論。對此可參如：陳鈺雄，尊嚴死的權利：論病人自主權利法，東海大學法學研究，55期，頁18-32，2018年8月；孫效智，病人自主權利法修法芻議，生命教育研究，12卷1期，頁3-38，2020年6月。

舉例來說，除非存在著某些例外情況，否則吾人對一位成年<sup>13</sup>病人有能力進行醫療決定，大多不會產生質疑。但疾病對生命或健康的迎頭痛擊，實不會因男、女、老、幼而有所區別，當情境轉換成面對一位未成年病人時，是否能毫不遲疑地將醫療自主決定權交置於其手中？卻可能會出現迥異的看法。在美國小說家Jodi Picoult所撰寫、於二〇〇四年出版的《姊姊的守護者》（My sister's Keeper）一書中，即曾觸及此議題。而在該書經改編為電影，一躍進入大眾眼簾後，更是帶動了廣泛的關注。書中以一位從小罹患「急性前骨髓性白血病」的病人、和其透過基因篩選而成為完美捐贈者的妹妹作為主人翁，後者自出生以來，即不斷為生病的姊姊提供血液、骨髓等，以助其渡過每次發病時的生命難關。但在父母為延續虛弱孩子的生命而始終不遺餘力之背景下，身為時刻受苦的病人，卻長年深陷於未能自主決定醫療處置的無奈裡。即便該未成年病人在意識清楚時，已曾表達了對某些醫療處置的消極意願，但設身處地從父母角度來看，是否真能坦然的放手尊重？恐非易事。而這也不免使得醫師在本即複雜又多變的醫療現場中，一再迴旋於既為難又不確定之心態。

<sup>13</sup> 我國已於2021年1月13日修正公布民法第12條規定，將成年年齡由20歲降至18歲。又，該條文之自2023年1月1日施行。在修正理由中謂：「……，鑑於現今社會網路科技發達、大眾傳播媒體普及、資訊大量流通，青年之身心發展及建構自我意識之能力已不同以往，本條對於成年之定義，似已不符合社會當今現況；又世界多數國家就成年多定為18歲，與我國鄰近之日本亦於2018年將成年年齡自20歲下修為18歲；另現行法制上，有關應負刑事責任及行政罰責任之完全責任年齡，亦均規定為18歲（刑法第18條、行政罰法第9條），與民法成年年齡有異，使外界產生權責不相符之感，是為符合當今社會青年身心發展現況，保障其權益，並與國際接軌，爰將成年年齡修正為18歲。」因此，在論及未成年人之概念時，亦應同時注意此一調整。

有鑑於未成年病人之醫療自主決定權所衍生的相關議題，乃近年來漸受重視之領域<sup>14</sup>，故本文擬以此為主題進行探討。惟考慮到未成年病人可能身處之醫療情境不一，而其間待考慮之面向，並非全無相應調整的必要。受限於篇幅，本文主要將討論情境置於為預立醫療決定之區塊，至於如：進行人工流產、人體試驗等事項，雖亦與未成年病人之醫療自主決定權有密切連結，但尚非本文所欲深究之對象。

承上，初步閱覽我國現行病主法第8條第1項之規定：「具完全行為能力之人，得為預立醫療決定，並得隨時以書面撤回或變更之。」從中可知：未成年病人係被排除在此範疇之外。然而，當特定臨床條件發生時，是否有可能就未成年病人預先表達之醫療意願，賦予一定的法律上拘束性（*rechtliche Verbindlichkeit*）；抑或全無顧慮之必要，非無進一步研究之餘地。另一方面，本文為求拓展討論之廣度及深度，選擇以德國法為主要的比較觀察對象。背後緣由在於，我國國內從英、美等國之角度切入，據此細緻剖析未成年病人之醫療自主決定權的文獻，相比於以德國為借鏡者，較顯豐富<sup>15</sup>。惟德國法也早於二〇〇九年透過（舊）民法第1901a條設有預

<sup>14</sup> 相關重要學術論文，可參如：王志嘉，未成年人的醫療決策與生育自主權——最高法院九十五年度台非字第一一五號、台灣高等法院九十一年度上訴字第二九八七號刑事判決評釋，月旦法學雜誌，181期，頁261-278，2010年6月；戴瑀如，從親屬法上之父母子女關係論未成年子女之醫療決定權，生物醫學，3卷4期，頁503-515，2010年12月；林欣柔，未成年人醫療自主權——以愛滋檢測為中心，法律與生命科學，5卷1期，頁11-27，2016年3月。

<sup>15</sup> 相關重要文獻如：林欣柔，同前註，頁11-27；謝宛婷、王敏真、陳炳仁，意思能力喪失之病人的醫療決策——英國意思能力法案給臺灣的啟發與省思，醫療品質雜誌，10卷5期，頁52-61，2016年9月；張濱璿，兒童醫療自主之探討——以病童臨床經驗出發，政治大學法學院法律科際整合研究所碩士論文，頁106-114，2012年7月。

立病人意願同意書 (Patientenverfügung) 之規定；而該條文之內容復於二〇一七年經過調整，其後又隨著德國的「監護與輔助法改革法案」 (Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts)，自二〇二三年一月一日被移列至民法第1827條。綜觀其設計脈絡，可見非與我國盡皆一致；再者，德國法之發展方向及其論理基礎，對我國向來具一定的參考價值，故本文擬就上揭制度之建置內容、以及德國國內對此所提出之批評或建議，進行引介。緊接著，本文將針對德國學說、實務裁判就未成年病人之醫療自主決定權的討論歷程中，富有指標性的議題加以耙梳，俾從德國經驗汲取可供我國參考之處。最後，考慮到現行奧地利民法就未成年人之醫療事務設有相關規定，此點為德國法所未見<sup>16</sup>，故頗受德國學者關注，是以本文亦會就這部分有所著墨。

## 貳、未成年病人之醫療自主決定權於我國的規劃暨討論概況

如前所述，我國於二〇一六年公布的病主法，乃將「尊重病人醫療自主」之精神落實在法律系統中的重大成果。其中包括如：明定病人對醫療選項有知情、選擇及決定之權利，以及得為預立醫療決定等制度，均係以達到此一終極目標為取向。而本文在此擬先簡要說明：相較於成年病人，在醫療場域面對未成年病人時可能呈現之特殊性。又在此基礎上，循序觀察醫療法、醫師法、安寧緩和醫療條例到病主法等重要的醫療法律，係如何就未成年病人之醫療自

<sup>16</sup> Gleixner-Eberle, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger: Eine arztrechtliche Untersuchung im Rechtsvergleich mit Österreich und der Schweiz sowie mit Blick auf das Internationale Privat- und Strafrecht, 2014, zugl. Göttingen, Univ., Diss., 2012, S. 240.

主決定權進行規劃，以銜接隨後探討的「未成年病人為預立醫療決定」議題；並就我國現所採取之立場是否妥適進行分析。

### 一、依賴與自主——未成年病人可能併存的雙重性及其調和

當某個個體體驗到自己是自由的，並出於這樣的自由而行動時，由其自主決定的行為始有可能出現<sup>17</sup>。然而，因未成年人此一族群在認知和情緒等方面的掌控，常被認為有程度不一的情況存在，而當吾人尚難以普遍肯定未成年人的認知能力、道德—倫理觀念之發展狀態，以及進行自主決定之獨立性等皆告充分，從而具備了自主決定之基本要件時，由未成年人之父母來維護其最佳利益，即為初步看來既合理、又合情的選項。也因此，在醫療領域中觀察醫病關係的內部結構時，於成年病人所呈現的醫病二元基本態樣，在面對未成年病人時，卻會擴展成以醫師、未成年病人及其父母共同組成的三角模式<sup>18</sup>，且常係以父母之意見為主，從中即隱隱流露出未成年病人與父母間的依賴關係。

但從另一方面來說，隨著年紀增長、又或者是基於自身經年累月的疾病治療經驗，未成年病人是否盡皆沒有能力進行醫療決定，也逐漸受到質疑，其中不乏有認為未成年病人亦能實質參與討論、並在上述三角模式中扮演著越形吃重角色的聲音<sup>19</sup>。換言之，在可行的情況下，將未成年病人納為討論圈的一員，使其亦須受到尊重的主體性和自主性能在討論過程中被彰顯出來，對未成年病人而言應有一定的正面意義。蓋在追尋其最佳利益的路途上，這也有助於釐清通往目標的方向。

<sup>17</sup> *Kölch/Fegert*, FPR 2007, S. 76.

<sup>18</sup> *AaO.*, S. 76.

<sup>19</sup> *Kölch/Fegert*, *aaO.* (Fn. 17), S. 76.

事實上，這樣的看法也與目前的國際潮流相符。以聯合國於一九八九年決議通過的「兒童權利公約」(UN Convention on the Rights of the Child, CRC)<sup>20</sup>來說，在第1條規定首先表明：「為本公約之目的，兒童係指未滿18歲之人，但其所適用之法律規定未滿18歲為成年者，不在此限<sup>21</sup>。」而第3條第1項之規定內容為：「所有關係兒童之事務，無論是由公私社會福利機構、法院、行政機關或立法機關作為，均應以兒童最佳利益為優先考量<sup>22</sup>。」此即「兒童最佳利益原則」之明文<sup>23</sup>。另在第12條第1項規定則清楚肯認兒童之「自由表意權」<sup>24</sup>：「締約國應確保有形成其自己意見能力之兒童有權就影響其本身之所有事物自由表示其意見，其所表示之意見應依其年齡及成熟度予以權衡<sup>25</sup>。」值得注意的是，根據聯合國兒童權利委員會對兒童權利公約所提出的第14號一般性意見<sup>26</sup>，

<sup>20</sup> 我國學者指出：「『兒童權利公約』係國際社會首次以條約方式臚列兒童在政治、經濟、社會、健康及文化上的權利。」參施慧玲、陳竹上、廖宗聖，回顧過去、展望未來——兒童權利公約國內法化之社會分析與後續課題，月旦法學雜誌，240期，頁120，2015年5月。

<sup>21</sup> 本條條文之中譯，參CRC資訊網，兒童權利公約\_中文版，<https://crc.sfaa.gov.tw/PublishCRC/CommonDetail?documentId=45733006-3802-4A3F-BBA1-91D23E1195AE>，最後瀏覽日：2022年9月2日。

<sup>22</sup> 本條條文之中譯，同前註，最後瀏覽日：2022年9月2日。

<sup>23</sup> 參高玉泉、蔡沛倫，兒童權利公約逐條要義，頁19-20，2016年4月（電子檔可參：[https://crc.sfaa.gov.tw/Uploadfile/Material/1\\_20210318210026\\_8172784.pdf](https://crc.sfaa.gov.tw/Uploadfile/Material/1_20210318210026_8172784.pdf)，最後瀏覽日：2022年9月2日）；張濱璿，兒少權益保障與兒童友善醫療環境的建構，月旦醫事法報告，53期，頁44，2021年3月。

<sup>24</sup> 參施慧玲、陳竹上、廖宗聖，同註20，頁122。

<sup>25</sup> 本條條文之中譯，參CRC資訊網，同註21，最後瀏覽日：2022年9月2日。

<sup>26</sup> UN Treaty Body Database, CRC/C/GC/14, available at [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f14&Lang=en) (last visited: 2022/09/02).

「兒童最佳利益」並非是僵化不變的概念；相反地，必須依個案的具體情況而逐一進行認定。也因此，在嘗試評斷兒童最佳利益的過程中，當應尊重兒童表達意見之權利，兩者實難彼此脫鉤、各自運作<sup>27</sup>。

按我國學者之看法，上述公約之核心理念在於：兒童本身作為權利主體，擁有與成人等質的人權與人性尊嚴。惟因慮及兒童智能尚在持續發展、仍未臻成熟的狀態，恐難以充分有效地保護其權益，故基於使兒童能健全成長發展之目的，方就其行使權利有所監督或限制。但應審慎斟酌的是，此時是否符合所謂的必要性前提，亦即為保障兒童自身權益，而確有監督或限制之必要<sup>28</sup>。

於一九九五年九月，外交部發表聲明，重申我國願遵守兒童權利公約之精神與原則<sup>29</sup>；而為將上述之兒童權利公約國內法化，立法院於二〇一四年五月二十三日三讀通過了兒童權利公約施行法，並自同年十一月二十日施行。其中，兒童權利公約施行法第2條、第3條分別規定：「公約所揭示保障及促進兒童及少年權利之規定，具有國內法律之效力。」「適用公約規定之法規及行政措施，應參照公約意旨及聯合國兒童權利委員會對公約之解釋。」據此，上述所論及之兒童權利及其核心精神，自也應落實在醫療領域中。

<sup>27</sup> 對此詳參高玉泉、蔡沛倫，同註23，頁20-22。

<sup>28</sup> 參施慧玲，論我國兒童人權法制之發展——兼談落實「聯合國兒童權利公約」之社會運動，國立中正大學法學集刊，14期，頁173-174，2004年1月；施慧玲，從《聯合國兒童權利公約》到子女最佳利益原則——兼談法律資訊之應用與台日比較研究方法，台灣國際法季刊，8卷2期，頁99，2011年6月；張濱璿，同註23，頁43-44。

<sup>29</sup> 參CRC資訊網，兒童權利公約大事紀，<https://crc.sfaa.gov.tw/PublishCRC/CommonDetail?documentId=CB7A3CEE-06C0-471B-9498-CF96967914FF>，最後瀏覽日：2022年9月2日。

## 二、我國現行相關醫療法律之建置方向

尊重病人之醫療自主雖非萌生於我國本土之價值觀<sup>30</sup>，但目前不論是在司法實務或學說上，均普遍認同病人之醫療自主決定權乃一項應受保障的權利<sup>31</sup>。整體以觀，此項權利的內涵——不論是在

<sup>30</sup> 參何建志，同註4，頁31。

<sup>31</sup> 參陳聰富，醫療責任的形成與展開，頁28-29，2014年5月。相關實務裁判，可參如最高法院105年度臺上字第89號民事判決：「按因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。民法第184條第1項前段定有明文。而基於『尊重人格』、『尊重自主』及『維護病人健康』、『調和醫病關係』等倫理原則所發展出之病患『自主決定權』，雖非既存法律體系所明認之權利，但為保障病患權益並促進醫病關係和諧，應將之納入上開規定所保護之客體，使之成為病人之一般人格權，以符合追求增進國民健康及提升醫療服務品質之時代潮流。是凡醫療行為，無論是檢驗目的之抽血、採取檢體，常規治療之打針、投與藥物，或是侵入性檢驗、治療，甚至移除腫瘤、摘取器官、為器官移植等，其本質上係侵害病人『身體權』之行為，醫師為醫療行為時，除本於其倫理價值之考量，為維持病患之生命，有絕對實施之必要者外，應得病患同意（包括明示同意、默示同意、推定同意、意思實現等）或有其他阻卻違法事由（如緊急避難或依當時之醫療水準所建立之醫療專業準則所為之業務上正當行為），始得阻卻違法。且為尊重病患對其人格尊嚴延伸之自主決定權，病患當有權利透過醫師或醫療機構其他醫事人員對各種治療計畫的充分說明（醫師法第十二條之一、醫療法第八十一條規定參照），共享醫療資訊，以為決定選擇符合自己最佳利益之醫療方案或拒絕一部或全部之醫療行為。」

最高法院106年度臺上字第505號民事判決：「按醫師對病人進行診斷或治療之前，應向病人或其家屬告知其病情、治療方法、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應等資訊，由病人或其家屬在獲得充分醫療資訊情形下，表示同意（包括明示同意、默示同意、推定同意）後，醫師始得實施醫療計畫，此乃所謂『告知後同意法則（doctrine of informed consent）』，其目的在於保障病人之自主決定權（人格權），兼作為醫療行為違法性之阻卻違法事由。」

另值得注意的是，學者楊秀儀教授指出：「……，病主法將病人的自主『意願』正式強化成一種必須受到法律保障的『權利』（right）；從今而後，病人

積極面所顯示的要求提供醫療、抑或消極面所呈現的拒絕接受醫療<sup>32</sup>，發展迄今已逐漸清晰的表露於吾人面前。而一來在為數眾多的醫療法律中，當無可能將未成年病人摒除在外；二來，未成年病人之醫療自主決定權也斷無遭棄置不問的道理，是故在我國仍保有相當程度家族觀念的文化體系下，對未成年病人之醫療自主決定權於法律面的展現狀態，應有其值得進一步觀察之處。

#### (一) 醫療法及醫師法

首先，雖上文曾提及：一般咸認醫療法第63條第1項、同法第64條第1項等規定，均屬體現「告知後同意」法則之明文，而其背後目的乃為了維護病人之醫療自主決定權；但仔細再探兩條文對於未成年病人之規範內容，其中醫療法第63條第2項為：「前項同意書（按：即手術同意書、麻醉同意書）之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人<sup>33</sup>簽具。」至於同法第64條第2項之規定結構亦頗為類似：「前項同意書（按：即侵入性檢查或治療同意書）之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽

---

自主權無庸藉由一般人格權、身體權、自由權或隱私權來加以推導，病人自主權正式成為『權利』家族列舉記名的一員，而這個『自主權』的內涵包括了『知情權』和『選擇決定權』。」參楊秀儀，再論病人之拒絕治療權：病人自主權利法施行之後，國立臺灣大學法學論叢，50卷3期，頁802，2021年9月。

<sup>32</sup> 參孫效智，安寧緩和醫療條例中的末期病患與病人自主權，政治與社會哲學評論，41期，頁68，2012年6月。另可同參蔡甫昌、郭蕙心，同註5，頁25。

<sup>33</sup> 有關醫療法第63條、第64條規定所稱之「關係人」範圍，參衛生福利部104年衛部醫字第1051667240號函釋：「病人之關係人，原則上係指與病人有特別密切關係人，如同居人、摯友等；或依法令或契約關係，對病人負有保護義務之人，如監護人、少年保護官、學校教職員、肇事駕駛人、軍警消防人員等。」

具。」有學者即認為，在臨床實務上，當面對的是一未成年病人時，似多傾向於「應」由法定代理人簽具同意書，甚而僅須獲法定代理人同意即可<sup>34</sup>。如此作法之結果，顯然一律置未成年病人之意願於後位。惟若立基於上揭條文所採之用語來進行文義解釋，應可認為未成年病人之醫療自主決定權當受保障，蓋此時僅係「得」由法定代理人代理同意而已<sup>35</sup>。再者，若同時參照二〇〇四年醫療法第63條規定的修正理由說明：「有關同意書之簽具，於病人為未成年或無法親自簽具時，得由其法定代理人、配偶、親屬或其他關係人簽具，爰增列第2項予以明定。」其中亦未強調在面對未成年病人時，必須由其法定代理人簽具同意書、或法定代理人亦須簽具同意書。

另根據醫療法第81條規定：「醫療機構診治病人時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」和醫師法第12條之1規定：「醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」可見為確保病人知的權利<sup>36</sup>，故課予醫療機構、醫師一項「一般告知說明義務」<sup>37</sup>。

<sup>34</sup> 參林欣柔，同註14，頁23（內文註41）。

<sup>35</sup> 另可一併參江浣翠，未成年人之醫療決定與自主——臺灣規範現況與評析，月旦醫事法報告，53期，頁27，2021年3月；戴瑪如，同註14，頁514-515；陳聰富，同註7，頁143。

此外欲補充說明的是，學者陳聰富教授認為，上揭規定並非以行為能力制度來取代病人之識別能力；而是將病人是否已成年，作為其是否具備識別能力之判斷基準。惟病人是否確具有識別能力，仍應就病人之具體情況予以評斷，參陳聰富，同註7，頁173。

<sup>36</sup> 陳聰富，同註7，頁85。陳教授於該頁中指出：醫療法第81條、醫師法第12條之1規定之目的，在於保護病人的知情權。

另，醫療法於2004年進行修正時，就第81條規定之修正理由說明可見：「為

雖相較於施行手術、侵入性檢查或治療時，有明定須恪守「告知後同意」法則，以保護病人之醫療自主決定權；而此處似著重於告知說明的層面，惟不論是學說或實務均強調，縱所涉及者乃一般醫療行為，但也不會因法無明文，即逕得出此時毋須尊重病人醫療自主決定權之結論<sup>38</sup>。本文認為，此項見解可茲贊同；且即便面對的是一未成年病人，亦然。

### (二)安寧緩和醫療條例

我國於二〇〇〇年六月七日公布、並正式施行安寧緩和醫療條例，為末期病人逐步開啟了得「選擇安寧緩和醫療」、「作維生醫療抉擇」之機會（參安寧緩和醫療條例第4條第1項規定<sup>39</sup>）。而按本條例第5條之規定：「（第1項）成年且具行為能力之人，得預立第4條之意願書。（第2項）前項意願書，意願人得預立醫療委任代理人，並以書面載明委任意旨，於其無法表達意願時，由代理人代為簽署。」姑且先不論安寧緩和醫療條例在二〇〇二年、二〇一一年、二〇一三年及二〇二一年經過了數次修法後，就某些議題之討

---

強化醫療機構告知義務，……；另為使其對病情及醫療更為瞭解，俾能配合治療計畫，達到治療效果，有關醫療機構應告知之內容，爰增訂『處置、用藥及可能之不良反應』。」此外，於2001年增訂醫師法第12條之1規定時，在理由說明中亦明確提及：「為保障病人及其家屬知的權利，規定醫師有告知病情等事項之義務。」

37 參黃鳳岐，法定代理人拒絕醫療案：未成年人醫療自主決定權，月旦醫事法報告，21期，頁68，2018年7月。

亦有學者稱之為「醫師之治療及安全說明義務」，參陳聰富，同註7，頁85。

另，尚可見學者稱之為「一般資訊揭露義務」，參侯英冷，同註9，頁49。

38 參江浣翠，同註35，頁27；陳聰富，同註7，頁135-138。

39 在2000年所公布之安寧緩和醫療條例第4條第1項規定，其內容原為：「末期病人得立意願書選擇安寧緩和醫療。」至2013年時，已見調整為：「末期病人得立意願書選擇安寧緩和醫療或作維生醫療抉擇。」

論仍餘波盪漾<sup>40</sup>，若純粹就本條規定來看，似意味著未成年病人未能預立意願書選擇安寧緩和醫療、或作維生醫療抉擇。惟在安寧緩和醫療條例第7條第1項規定之內容中，則另指出：「不施行心肺復甦術或維生醫療，應符合下列規定：一、應由二位醫師診斷確為末期病人。二、應有意願人簽署之意願書。但未成年人簽署意願書時，應得其法定代理人之同意。未成年人無法表達意願時，則應由法定代理人簽署意願書。」至此可見幾個容有探討空間之現象：

第一，就未成年病人之安寧緩和醫療、心肺復甦術、維生醫療等事項，在本條例中呈現分裂式的處理。特別是關於「未成年病人能否選擇接受安寧緩和醫療」之規定頗為模糊，不免徒增疑義。雖有學者對此採肯定見解<sup>41</sup>，但根本性的釐清方式，毋寧是在條文中明確予以承認。

第二，按安寧緩和醫療條例第1條之規定，其立法意旨乃為「尊重末期病人之醫療意願及保障其權益」；而根據本條例第3條第2款就「末期病人」一詞所採之定義，係「指患嚴重傷病，經醫師診斷認為不可治癒，且有醫學上之證據，近期內病程進行至死亡已不可避免者<sup>42</sup>。」在未成年病人之病況達此程度、但尚非無法表

<sup>40</sup> 例如：非屬「末期病人」定義之病人，是否亦得拒絕施行心肺復甦術或維生醫療？針對安寧緩和醫療條例可能續存的疑問，詳細評論可參如：孫效智，同註32，頁52-77；王志嘉，末期病人生命身體法益的處分——談安寧緩和醫療條例立修法後的現況與展望，醫療品質雜誌，9卷2期，頁91-95，2015年3月；楊秀儀，論病人之拒絕維生醫療權：法律理論與臨床實踐，生命教育研究，5卷1期，頁13-18，2013年6月。

<sup>41</sup> 參江浣翠，同註35，頁29-30。江教授認為，如未成年末期病人有意思能力，則可按安寧緩和醫療條例第4條之要件立意願書，毋須得法定代理人之同意。相反地，若其已無意思能力，則由法定代理人代為同意、並簽署意願書。

<sup>42</sup> 有關「末期病人」所採定義所引發之爭議和疑慮，詳參孫效智，同註32，頁59-67。

達意願時，若其欲簽署不施行心肺復甦術或維生醫療之意願書，依本條例中的第7條第1項第2款但書規定，仍須法定代理人輔助同意<sup>43</sup>。有學者即指出，此時雖係由未成年病人就涉及生命權之事項，自行決定；但法定代理人具有能力補充權<sup>44</sup>。也因此，在這樣的搭配模式下，於臨床實務是否有可能導向箝制未成年末期病人消極性醫療自主決定權之結果？或有再追蹤觀察之餘地。

### (三)病主法

透過上揭醫療法律之引介，可見我國在未有病主法之前，亦存在著以維護病人醫療自主決定權為取向的規範。但即便如此，考量到在臨床實務上，不乏出現病人之配偶或親屬等人強勢介入，希望醫師對病人保留病情、而僅向自己為告知說明的情形<sup>45</sup>，最終可能造成病人反被排除在知情圈以外，更遑論為施加於己身的醫療行為進行自主決定。再者，當病人陷入昏迷、或已無法清楚表達意願時，如何確保病人的醫療自主決定權，亦難從中獲得圓滿解答。此外，因安寧緩和醫療條例之適用對象及範圍均有其侷限性，故出於更完備的保障病人醫療自主決定權之初衷，立法者終選擇另立病主法<sup>46</sup>。

在此背景下，於病主法中可見諸多以「病人」為主詞的規範，

<sup>43</sup> 參江浣翠，同註35，頁30配合頁38。

<sup>44</sup> 參陳聰富，同註31，頁6。

<sup>45</sup> 參吳俊穎，醫師告知義務急速擴張的時代——法界的期待與醫界的臨床實務之間的鴻溝，法學新論，14期，頁101-102，2009年9月。

另有論者指出，醫療法、醫師法或安寧緩和醫療條例中的相關規定，使得告知對象原則是病人或其法定代理人、配偶、親屬、關係人等之一，並未明確展現病人之優先性。對此參李伯璋，病人自主權利法內涵及疑義初探，萬國法律，212期，頁3，2017年4月。

<sup>46</sup> 參立法院公報，104卷98期院會紀錄，頁185-187。

其中如本法第4條第1項規定：「病人對於病情、醫療選項及各選項之可能成效與風險預後，有知情之權利。對於醫師提供之醫療選項有選擇與決定之權利。」即為其中相當具代表性的條文之一，蓋其明確將病情、醫療選項等事項的知情、選擇及決定權置於病人手中，而未見其後接續「或其法定代理人……」等文字，減少了在解釋上可能產生的模糊或不確定性。但須一併觀察的是，按該條第2項規定：「病人之法定代理人、配偶、親屬、醫療委任代理人或與病人有特別密切關係之人（以下統稱關係人），不得妨礙醫療機構或醫師依病人就醫療選項決定之作為。」而病主法施行細則第3條卻又指出：「病人為無行為能力或限制行為能力者，其法定代理人不受本法第4條第2項不得妨礙醫療選項決定之限制。但病人具完全行為能力時，已預立醫療決定者，應受本法第4條第2項規定之限制。」在此若採文義解釋方法來分析上揭規定間的互動關係，似可認為：法定代理人透過其輔助同意權<sup>47</sup>，得妨礙醫療機構或醫師依未成年病人就醫療選項決定之作為，且不論所涉者為積極性或消極性的醫療選項決定<sup>48</sup>。此外，在當時的病主法施行細則草案總說明中，就施行細則第3條規定亦表示：「本法第4條第2項保障所有病人在醫療選擇與決定之意願，惟當病人無完全行為能力時，其醫療選擇與決定之意願，有可能無法保障其最佳利益。故病人之法定代理人或監護人不應囿於該項規定而無法行使其保護病人之責任。」但以未成年病人來說，其所橫跨之年齡層甚廣；且如前所述，未必盡皆缺乏進行自主決定之條件而不如成年病人。因此，若立基於是否具備完全行為能力一節，究能否盡可能地有效達到「保護病人」之目標，恐仍有待觀察。

<sup>47</sup> 在此所採用之「輔助同意權」一詞，參孫效智，同註12，頁5。

<sup>48</sup> 就此可另參江浣翠，同註35，頁37。

其次，按病主法第5條之規定：「（第1項）病人就診時，醫療機構或醫師應以其所判斷之適當時機及方式，將病人之病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應等相關事項告知本人。病人未明示反對時，亦得告知其關係人。（第2項）病人為無行為能力人、限制行為能力人、受輔助宣告之人或不能為意思表示或受意思表示時，醫療機構或醫師應以適當方式告知本人及其關係人。」由此可見，病主法亦意識到：未成年病人受告知的權利有被明確保障之必要<sup>49</sup>。而透過本條規定之正面肯認，對強化未成年病人在接受醫療行為過程中的主體性和自主性，確有高度意義。蓋惟有在知情的前提下，後續方有可能為自己作出貼近價值觀的醫療決定。

再者，病主法第6條規定：「病人接受手術、中央主管機關規定之侵入性檢查或治療前，醫療機構應經病人或關係人同意，簽具同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。」而在病主法施行細則第5條更進一步補充：「（第1項）本法第6條所定同意，應以病人同意為優先，病人未明示反對時，得以關係人同意為之。（第2項）病人為限制行為能力人、受輔助宣告，或意思表示能力，顯有不足者，除病人同意外，應經關係人同意。（第3項）病人為無行為能力、意識昏迷或無法清楚表達意願者，應經關係人同意。」觀其內容，可見與醫療法第63條、第64條規定有所重疊，蓋均涉及手術、中央主管機關規定之侵入性檢查或治療。但仔細再探其各自對未成年病人之規範狀況，前者除了病人同意外，「應」經關係人同意、或僅要求「應」經關係人同意；至於後者則為「得」由法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具同意書。而如前所述，本文認為在

<sup>49</sup> 參戴瑀如，法定代理人拒絕醫療案：未成年子女之醫療決定權與醫師的告知義務，月旦醫事法報告，21期，頁61，2018年7月。

解釋上，醫療法僅係列舉法定代理人等可代理同意；相較之下，於病主法之領域卻可見將病人、關係人的同意並陳<sup>50</sup>。又，病主法作為我國目前就保障病人醫療自主決定權的主要規範<sup>51</sup>，此處之設計是否隱約傳遞了我國在面對未成年病人醫療自主決定權之議題時，仍傾向於保留的訊號？值得再思。

最後，為預立醫療決定<sup>52</sup>和參與預立醫療照護諮商<sup>53</sup>，乃病主法中為落實病人醫療自主決定意旨的重要措施<sup>54</sup>。具體而言，前文曾述及之病主法第8條乃有關預立醫療決定實體要件的規定<sup>55</sup>：

50 有學者即明確表示：病主法第6條搭配病主法施行細則第5條規定，整體呈現出關係人在輔助原則的意義下，針對病人為限制行為能力人、無行為能力人之不同態樣，就其醫療選項有不同程度的輔助性選擇和決定權（同意權）。對此參孫效智，同註12，頁3註5處、頁4-5。

51 參江浣翠，同註35，頁35。此外，在立法院社會福利及衛生環境委員會舉行「病人自主權利法草案」公聽會會議紀錄中，由楊玉欣委員、同時為病主法提案人所提出之補充資料「病人自主權利法常見問題釋疑」（電子檔可參<http://www.leeandli.org.tw/download/%E6%B3%95%E7%90%86%E6%83%85%E8%AB%87/201601/%E7%97%85%E4%BA%BA%E8%87%AA%E4%B8%BB%E6%AC%8A%E5%88%A9%E6%B3%95%E5%B8%B8%E8%A6%8B%E5%95%8F%E9%A1%8C%E9%87%8B%E7%96%91.pdf>，最後瀏覽日：2022年9月12日），亦曾就病主法與醫療法、醫師法間的關係進行解釋，並指出在病人權利部分，病主法為特別法，醫療法、醫師法則為普通法。

52 按病主法第3條第3款之規定，所謂預立醫療決定，係「指事先立下之書面意思表示，指明處於特定臨床條件時，希望接受或拒絕之維持生命治療、人工營養及流體餵養或其他與醫療照護、善終等相關意願之決定。」

53 按病主法第3條第6款之規定，所謂預立醫療照護諮商，係「指病人與醫療服務提供者、親屬或其他相關人士所進行之溝通過程，商討當病人處於特定臨床條件、意識昏迷或無法清楚表達意願時，對病人應提供之適當照護方式以及病人得接受或拒絕之維持生命治療與人工營養及流體餵養。」

54 參楊秀儀，評論：實踐中的病人自主權利法，台灣公共衛生雜誌，39卷3期，頁350，2020年6月。

55 參病主法第8條規定之立法理由說明。

「(第1項)具完全行為能力之人，得為預立醫療決定，並得隨時以書面撤回或變更之。(第2項)前項預立醫療決定應包括意願人於第14條特定臨床條件時<sup>56</sup>，接受或拒絕維持生命治療或人工營養及流體餵養之全部或一部。(第3項)預立醫療決定之內容、範圍及格式，由中央主管機關定之。」而第9條則規範了程序要件<sup>57</sup>：「(第1項)意願人為預立醫療決定，應符合下列規定：一、經醫療機構提供預立醫療照護諮商，並經其於預立醫療決定上核章證明。二、經公證人公證或有具完全行為能力者二人以上在場見證。三、經註記於全民健康保險憑證。(第2項)意願人、二親等內之親屬至少一人及醫療委任代理人應參與前項第1款預立醫療照護諮商。經意願人同意之親屬亦得參與。但二親等內之親屬死亡、失蹤或具特殊事由時，得不參與。(第3項)第1項第1款提供預立醫療照護諮商之醫療機構，有事實足認意願人具心智缺陷或非出於自願者，不得為核章證明。(第4項)意願人之醫療委任代理人、主責照護醫療團隊成員及第10條第2項各款之人不得為第1項第2款之見證人。(第5項)提供預立醫療照護諮商之醫療機構，其資格、應組成之諮商團隊成員與條件、程序及其他應遵循事項之辦法，由中央主管機關定之。」從中可發現：在設立嚴謹程序要求之前提下，未成年病人縱已處於特定臨床條件，但其本身仍非得有效為預立醫療決定之群體。據此現況似很難否認：未成年病人亦應被保障之醫療自主決定權，將相當程度的受他人意念所干預。

<sup>56</sup> 亦即「末期病人」、「處於不可逆轉之昏迷狀況」、「永久植物人狀態」、「極重度失智」、「其他經中央主管機關公告之病人疾病狀況或痛苦難以忍受、疾病無法治癒且依當時醫療水準無其他合適解決方法之情形」。

<sup>57</sup> 參病主法第9條規定之立法理由說明。

### 三、以「行為能力」概念打造未成年病人醫療自主決定權施展空間之妥適性

病人的醫療自主決定權，在我國已為一項廣受認同之權利；而吾人亦無由否定一未成年病人同樣得享有之。惟有待慎重考慮的問題是：如何在校量未成年病人的智慮成熟度、和行使醫療自主決定權所需之能力間，適度規劃出未成年病人施展該項權利之空間。透過上文的耙梳，似可認為我國目前對未成年病人在醫療事務上能否自主決定的問題，傾向較為保留之立場；甚至亦有將未成年病人排除在外的情形，例如其不得為預立醫療決定，即屬一例。從而在臨床實務上，多半認為在替未成年病人進行或不進行醫療行為前，應先確認如法定代理人的態度，也屬可以想見的結果。

整體而言，我國係以行為能力之概念為基石，藉此建構未成年病人醫療自主決定權的揮灑空間。而按學者之見解，所謂行為能力，係指當事人「得以獨自的意思表示，使其行為發生法律上效果的資格」<sup>58</sup>，且針對的是與經濟活動相關之財產行為<sup>59</sup>。行為能力固以個人具有意思能力<sup>60</sup>、識別能力<sup>61</sup>為前提，但在日常交易活動

<sup>58</sup> 參王澤鑑，民法總則，頁350，2014年2月，增訂新版。

<sup>59</sup> 參戴瑀如，身分關係的成立與解消：第一講——身分行為的特殊性，月旦法學教室，93期，頁53，2010年6月。

<sup>60</sup> 我國學者多認為所謂的意思能力，係指「判斷自己行為將產生如何結果之精神能力」。對此參邱玟惠，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176，2016年10月。  
而我國學者中，亦有從美國法之視角切入，詳細探討意思能力之判斷標準者，對此詳參吳建昌，精神病患者之意思能力，護理雜誌，57卷6期，頁6-8，2010年12月。舉例而言，氏於文中談到美國學者「Grisso及Appelbaum認為，意思能力可以包括下列四種能力：第一，表達決定之能力；第二，了解資訊之能力；第三，評價資訊對己身重要性之能力；第四，使用相關資訊論理並進行邏輯分析之能力。兩位學者認為，這些能力本身並非全有全無，而

中，若須一一事前確認行為人具有意思能力、或於事後證明其不具有意思能力，恐會帶來諸多困擾，故為在「保護思慮有所不足之人」、及「維護交易安全」間取得平衡，我國採取以年齡為劃分基礎的作法，呈現出成年人（民法第12條）、限制行為能力人（民法第13條第2項）、無行為能力人（民法第13條第1項）三種區間，並配合其他輔助方式來緩和行為能力制度的僵硬性<sup>62</sup>。

其次，我國學者多認為：接受或拒絕醫療行為乃與高度人格法益相關的事項，蓋其可能涉及者，涵括了病人之身體、健康、隱私甚或生命法益；且最終治療方案之選擇，亦常與個人價值觀相扣。更遑論不管是否接受醫療行為的實施，其結果好壞均一應由病人承擔，他人無從代替<sup>63</sup>。也因此，綜合上述各面向看來，病人有無能力決定自身的醫療處置，在判斷上應與作成一具有高度人格性的身分行為較接近<sup>64</sup>。而考慮到身分行為和財產行為在本質上有所不同，前者非如後者以財產利益之交換為目的，故在能力之要求上，兩者亦呈現出未盡一致的思考方向。具體而言，身分行為既意在與他人建立具有社會和法律意義的身分關係，那麼主要係以意思能力

---

是有程度上之差別，而且也需考慮病人之臨床狀態與決定之內容；而且這四種能力之間並無必然之簡單關係，而且美國法院在做決定時，也是可能僅選擇上述其中幾種能力概念之一來判斷受告知者之法律上意思能力。」

另欲補充說明的是，我國法上常見使用的「意思能力」一詞，相當於本文在論及德國法時所稱之「同意能力」。對此同參戴瑀如，監護與輔助宣告下之醫療自主權——以意思能力為中心，萬國法律，218期，頁19、30註1處，2018年4月。

61 我國學者多認為識別能力即為意思能力。對此參邱玟惠，同前註，頁177-178。

62 參王澤鑑，同註58，頁351；邱玟惠，同註60，頁179-180。

63 參戴瑀如，同註14，頁508；戴瑀如，同註49，頁52-53；林欣柔，同註14，頁26-27。

64 參戴瑀如，同註14，頁508。

為啟動軸心，亦即能理解該身分關係之意義、及隨之而來的效果，即可獨立為身分行為<sup>65</sup>。沿此邏輯脈絡來考慮，在醫療事務領域套用行為能力之概念，是否為一妥適的認定標準？或者更確切的說，以法定年齡來預設某個病人是否擁有自我決定醫療處置的能力，究竟是在「追求病人最佳利益」思維下，經多方斟酌後的折衷方案；抑或僅為借重此乃一界線明確的客觀尺度，不會產生判斷上的模糊地帶致後續出現爭議？即非無再思考之實益。

按我國目前多數學者之看法，應係傾向於認為：病人有無進行醫療決定的能力，將視其有無意思能力乃較適切的判斷基礎。換言之，病人的年齡數字並非唯一關鍵，而是取決於其智慮成熟度，是否足以透過醫師所提供的醫療資訊和協助，去理解醫療行為的意義及可能出現的結果<sup>66</sup>。但以本文所關注的未成年病人來說，當被劃歸為無行為能力人或限制行為能力人之範疇時，會直接影響其醫療自主決定權的行使空間，此時卻未將其實際上有無意思能力一事，周全地納入考慮。是以本文認為，若單純套用行為能力制度下的行為能力概念，較難真實反映病人就各個具體醫療行為的意願。而在這樣的制度設計下，於臨床實務運作後的結果，恐與上述兒童權利公約之意旨產生不小落差。

<sup>65</sup> 參戴瑀如，同註59，頁53。值得一併注意的是，戴教授於文中另亦指出：純粹的身分行為、和身分法上的財產行為間，存有性質上的不同。以身分法上的財產行為來說，未必全無適用財產法原理原則之可能。對此同參戴瑀如，同註59，頁54-59。

<sup>66</sup> 參戴瑀如，同註60，頁19；陳聰富，同註7，頁170-174；林欣柔，同註14，頁16-18、頁23-27；張麗卿、韓政道，醫療自主與生命抉擇——從「姊姊的守護者」談起，月旦法學雜誌，198期，頁116-122，2011年11月。

## 參、德國法就未成年病人之醫療自主決定權的規劃暨 討論概況——從二〇〇九年之預立病人意願同意書 出發

### 一、預立病人意願同意書之法規建置方向

於二〇〇九年的成年輔助法第三次修正法案（*Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts*）中，德國民法透過（舊）第1901a條規定導入了預立病人意願同意書的制度<sup>67</sup>。在彼時之草案說明曾提及：隨著醫學科技的快速發展，現代人在邁向死亡的過程中，可見大量醫療介入的痕跡，這使得死亡一事，早不再僅被視作天意所定的結果，而與人為的決定有密切關連。也正因如此，人們在另一方面也害怕會出現過度治療（*Übertherapie*），特別是考慮到走向死亡之歷程和痛苦的延長<sup>68</sup>。對許多民眾來說，當其因疾病或意外而喪失決定能力（*Entscheidungsfähigkeit*）時，仍渴盼能自行決斷施加於己身的醫療行為種類、方式等事項。而預立病人意願同意書，即為實踐人人皆享有的自主決定權之其中一條路徑<sup>69</sup>。

在此共識下，德國（舊）民法第1901a條規定為病人意願同意書的法律拘束力和相關處置提供了明文依據，並為所有參與其中者創造更充分的法安定性（*Rechtssicherheit*）<sup>70</sup>。而其當時之規範內容為：「（第1項）對於一有同意能力之成年人，就日後陷入無同意能力時，針對提出聲請時尚未面臨之健康狀況檢查、身體治療或侵

<sup>67</sup> MüKoBGB/*Schneider*, 8. Aufl., 2020, BGB § 1901a Rn. 1.

<sup>68</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/8442, S. 7. Online abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/16/084/1608442.pdf> (Letzter Abruf: 2021/04/06).

<sup>69</sup> Vgl. aaO., S. 2.

<sup>70</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/8442, aaO. (Fn. 68), S. 2f.

入性之醫療處置，而為同意或拒絕所提出之書面聲明，應由其輔助人加以檢驗，該聲明是否符合現在之生活及治療情形。如有符合者，輔助人應明確表示受輔助人之意願，並依其意願同意書加以履行。病人意願同意書得隨時以不要式方式撤回。（第2項）未訂有病人意願同意書，或該病人意願同意書之內容並未符合其現在之生活及治療情形者，輔助人應以受輔助人明示或可得推知之意願，或以其為基礎，決定是否同意或拒絕第1項所定之醫療行為。所謂可得推知之意願，應以具體之情事為依據。於此情形，特別應斟酌受輔助人先前以口頭或書面所為之意思表示，或考量受輔助人對倫理及宗教之信念，或其個人之價值觀。（第3項）第1項及第2項規定之適用，不因受輔助人所生疾病之種類或病況之嚴重性而受限制。（第4項）任何人不負有訂定病人意願同意書之義務。設定或提出病人意願同意書不得成為訂定契約之條件。（第5項）第1項至第3項規定，於代理人準用之<sup>71</sup>。」時至二〇一七年，上揭內容進行了若干修正，包括將原第4項、第5項規定分別挪至第5項、第6項；而第4項規定則調整為「在適當之情況下，輔助人應向受輔助人指明病人意願同意書之可能，並支持其按自身意願來訂定病人意願同意書」。又如前文曾述及，該條文隨著德國的「監護與輔助法改革法案」，已正式於二〇二三年一月一日移列至第1827條。

<sup>71</sup> 本條條文之中譯，併參國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會編譯，德國民法（下）：親屬編、繼承編，頁329-330，2016年10月，2版。另須補充說明者有二：第一，針對原文中的 „einwilligungsfähig“、„Einwilligungsunfähigkeit“等用語，本文係相應採取「有同意能力」、「無同意能力」之中譯，而略有不同於此處所參考之文獻，蓋後者乃以「有同意能力」、「無同意能力」來表述。第二，為求行文之一致，本文在此係採「病人意願同意書」之中譯；而略有不同於參考文獻所稱之「病患意願同意書」的用語。

據此，一來可儘量使病人在將來陷入無同意能力之狀態時，仍能確保積極施加、或消極不施加於己身之醫療行為係符合其期待；二來也為醫療提供者在臨床上指引了相對清晰的行動方向，對增進法安定性有所助益<sup>72</sup>。更進一步來看，病人意願同意書之規範標的（*Regelungsgegenstand*）包括了健康檢查、身體治療和侵入性之醫療處置。以最後一項來說，涵蓋了所有由醫師來進行或負責，而會侵犯病人身體完整性的檢查、治療及不具療效之措施<sup>73</sup>。此外，由本條第3項規定之內容亦能發現，病人意願同意書的預立並不限於不可逆的、步向死亡的背景狀態<sup>74</sup>；換言之，並非以特定臨床條件為框架，而是在每一個生命階段（*Lebensphase*）均應尊重病人經確認的意願<sup>75</sup>。

## 二、以「成年」作為病人意願同意書生效要件之迴響

在冗長的德國民法第1827條規定中，以「成年與否」作為病人意願同意書是否具法律拘束力的生效要件之一，乃其中頗引人注目之處。事實上，德國學界與實務過去長期以來，亦曾反覆就此要件之必要性進行探討，而多數看法傾向於認為：預立病人意願同意書係以具備同意能力為關鍵、並非行為能力<sup>76</sup>。回顧德國在初始立法

<sup>72</sup> *Sternberg-Lieben/Reichmann*, NJW 2012, S. 257.

<sup>73</sup> *Hornung*, Die psychiatrische Patientenverfügung im Betreuungsrecht: Ihre zulässigen Regelungsgegenstände – unter besonderer Beachtung der antizipierten Selbstbestimmung gegen sich selbst, 2017, zugl. Mannheim, Univ., Diss., 2016, S. 83ff.

<sup>74</sup> *Streit*, Patientenverfügungen Minderjähriger nach dem Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetz, 2015, zugl. Köln., Univ., Diss., 2014, S. 17; *Sternberg-Lieben/Reichmann*, aaO. (Fn. 72), S. 257.

<sup>75</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/8442, aaO. (Fn. 68), S. 12.

<sup>76</sup> *MüKoBGB/Schneider*, aaO. (Fn. 67), BGB § 1901a Rn. 11; *Sternberg-Lieben/*

過程中的不同草案版本——包括Bosbach草案<sup>77</sup>、Zöller草案<sup>78</sup>及Stünker草案<sup>79</sup>，在前兩者中全然未提及將「成年」納為要件；但最後者則認為，此乃預立病人意願同意書所必要之生效基準（Wirksamkeitskriterium）<sup>80</sup>。惟遭受不少質疑的是，在最終被採納的Stünker草案裡，並未針對病人意願同意書的預立，為何須跨越「成年」門檻多作說明<sup>81</sup>，使人難以一窺其考量緣由。再者，於Stünker草案之逐條說明內容中，可見如上揭多數學者及實務裁判的立場，認為在確認病人意願同意書之有效性時，尚非取決於病人有無行為能力、而是同意能力。至於病人是否具備同意能力，則將綜合觀察病人對醫療行為的種類、意義、範圍及所生之風險等是否能理解，並進一步據此來決定其意願<sup>82</sup>。也因此，德國學者就彼時之（舊）民法第1901a條、即現行第1827條的規範狀態多持批判態度，認為與未成年病人之醫療自主決定權亦應受尊重、保障的理念未盡相合<sup>83</sup>。

---

Reichmann, aaO. (Fn. 72), S. 258 m.w.N.; Müller, DNotZ 2010, S. 182; Lange, ZEV 2009, S. 539f.; Kern, NJW 1994, S. 753.

<sup>77</sup> BT-Drucks. 16/11360. Online abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/16/113/1611360.pdf> (Letzter Abruf: 2021/04/06).

<sup>78</sup> BT-Drucks. 16/11493. Online abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/16/114/1611493.pdf> (Letzter Abruf: 2021/04/06).

<sup>79</sup> BT-Drucks. 16/8442, aaO. (Fn. 68).

<sup>80</sup> Sternberg-Lieben/Reichmann, aaO. (Fn. 72), S. 258; Diener, Patientenverfügungen psychisch kranker Personen und fürsorglicher Zwang, 2013, zugl. Leipzig, Univ., Diss., 2012/2013, S. 50ff.

<sup>81</sup> Müller, aaO. (Fn. 76), S. 182; Streit, aaO. (Fn. 74), S. 119.

<sup>82</sup> BT-Drucks. 16/8442, aaO. (Fn. 68), S. 12f.; Sternberg-Lieben/Reichmann, aaO. (Fn. 72), S. 258; Lipp, Krankheit und Autonomie im Zivilrecht, S. 185.

<sup>83</sup> Vgl. dazu MüKoBGB/Schneider, aaO. (Fn. 67), BGB § 1901a Rn. 11; Sternberg-Lieben/Reichmann, aaO. (Fn. 72), S. 258f.; Lange, aaO. (Fn. 76), S. 539f., 543;

### 三、未成年病人就醫行為之同意或拒絕在法律層面的意義

由上述德國民法第1827條之規定內容可見，其針對病人預立意願同意書的情形，亦全面的慮及病人將來可能是同意、也可能是拒絕某些醫療行為。因此，本文以下亦按照這樣的架構，嘗試探討未成年病人對醫療行為之同意或拒絕，在法律視角下究具有何種意義。此一問題及其延伸爭議的耙梳，對於吾人進一步反思：未成年病人之醫療自主決定權是否確獲得了相應的尊重，以及排斥未成年病人成為預立意願同意書之適格主體，是否確存有某些本質上的缺陷，應可提供更多元的觀察切入點。而本文在此將分別以法律規定、相關實務裁判及學說見解作為參考素材，力求完整呈現德國法就此部分之討論狀況。

#### (一) 未成年病人同意醫療行為之必要性

##### 1. 法律基礎之尋訪

德國法在建構自主決定權之論理基礎時，常見由基本法第2條第2項第1句規定：「人人享有生命權及身體不受侵犯之權利<sup>84</sup>。」以及同法第1條第1項：「人之尊嚴不可侵犯。尊重及保護此項尊嚴為所有國家權力之義務<sup>85</sup>。」連結第2條第1項規定：「人人於不侵害他人之權利或不牴觸憲政秩序或道德規範之範圍內，享有自由發展其人格之權利<sup>86</sup>。」作為出發點<sup>87</sup>。具體而言，包括受基本法保

---

*Beermann*, FPR 2010, S. 252f.

84 本條條文之中譯，參司法院，中譯外國法規：德意志聯邦共和國基本法，<https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-157-22-dfce6-1.html>，最後瀏覽日：2022年9月17日。

85 參同前註。

86 本條條文之中譯，參司法院，同註84。

87 Ausführliche Darstellung s. dazu *Wietfeld*, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung –

障之身體完整不可侵性 (körperliche Unversehrtheit) 和一般人格權，均為自主決定權的概念發展提供了穩固立基點。而按德國聯邦憲法法院之見解，在醫療職責範圍內，本應就每位病人均享有的自主決定權予以尊重<sup>88</sup>。也因此，對病人之身體完整性進行干預前，原則上應尊重病人之意願。即便所面對者係一未成年病人，亦無由輕忽其該項權利<sup>89</sup>。

上述價值理念亦可見反映在如德國民法中。舉例來說，德國立法者透過於二〇一三年施行的民法第630a條至第630h條規定，將醫療契約 (Behandlungsvertrag) 正式導入民法體系內，期能有助於釐清醫病間之權利義務關係<sup>90</sup>。其中第630d條第1項第1句規定：「於醫療措施實施前，特別是侵入身體或健康之醫療措施，醫療提供者有義務取得病人之同意<sup>91</sup>。」亦即將病人同意之必要性加以明文化。按當時之草案說明所示，其立法目的乃為了維護病人的自主決定權，以落實憲法對病人人格的自由開展及人性尊嚴之保障。另一方面，在侵權行為法之法益保護框架下，病人同意與否對醫療行為之違法性、合法性問題也具有重要意義<sup>92</sup>。承上，亦有論者根據

---

Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, 2012, zugl. Bochum, Univ., Diss., 2010, S. 30ff.; Coester-Waltjen, MedR 2012, S. 553; Kaeding/Schwenke, MedR 2016, S. 935; Vossler, ZRP 2002, S. 295.

<sup>88</sup> BVerfG, Beschl. v. 25.07.1979 – 2 BvR 878/74, NJW 1979, S.1930; Streit, aaO. (Fn. 74), S. 44; Coester-Waltjen, aaO., S. 553.

<sup>89</sup> Streit, aaO. (Fn. 74), S. 45; Kaeding/Schwenke, aaO. (Fn. 87), S. 935.

<sup>90</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 224.

<sup>91</sup> 本條條文之中譯，併參國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會編譯，德國民法（上）：總則編、債編、物權編，頁647，2016年10月，2版。

<sup>92</sup> BT-Drucks. 17/10488, S. 23. Online abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/104/1710488.pdf> (Letzter Abruf: 2022/09/18).

同條項第2句規定：「病人無同意能力，且未依民法第1827條第1項第1句之病人意願同意書同意、或反對該醫療措施時，應取得有權代理病人同意者之同意<sup>93</sup>。」指出立法者將無同意能力之人與未成年病人加以區別，蓋未成年病人未必即無同意能力，故從中可推論出：在對未成年病人實施醫療行為前，原則上亦以取得其同意為必要條件<sup>94</sup>。

## 2. 未成年病人同意醫療行為之法律性質及其父母之允許

在探討未成年病人能否獨立且有效地同意醫療行為之實施時，對醫療行為之「同意」究屬何種法律性質，有其先予釐清之實益。對此問題，德國司法實務和學說之多數看法認為，病人之同意乃異於民法中的意思表示（*Willenserklärung*）概念<sup>95</sup>，蓋病人的動機通常是為了透過醫療行為來減輕痛苦，而非希望藉由其同意來發生一定具拘束力之法律效果（*Rechtsfolge*）<sup>96</sup>。再者，病人同意實施某些會對其高度人格法益進行干預的醫療行為，但這類法益尚非為法律行為（*Rechtsgeschäft*）之標的<sup>97</sup>。惟值得一併注意的是，德國聯邦最高法院因考慮到未成年病人對醫療行為之同意，事涉其表達個人決定；且類如進行法律行為所可能帶來的重大影響，故也不否認

<sup>93</sup> 本條條文之中譯，併參國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會編譯，同註91，頁647。

<sup>94</sup> *Streit*, aaO. (Fn. 74), S. 46.

<sup>95</sup> BGH, Urt. v. 05.12.1958 – VI ZR 266/57, NJW 1959, S. 811; OLG Hamm, Beschl. v. 16.07.1998 – 15 W 274/98, NJW 1998, S. 3424; *Hornung*, aaO. (Fn. 73), S. 80; *Wietfeld*, aaO. (Fn. 87), S. 133ff.; *Streit*, aaO. (Fn. 74), S. 49f. m.w.N.; *Kaeding/Schwenke*, aaO. (Fn. 87), S. 936; *Coester-Waltjen*, aaO. (Fn. 87), S. 556; *Lauf/Birck*, NJW 2018, S. 2234.

<sup>96</sup> Ausführliche Darstellung s. *Wietfeld*, aaO. (Fn. 87), S. 133ff.

<sup>97</sup> *Kaeding/Schwenke*, aaO. (Fn. 87), S. 936.

這項同意與未成年人之意思表示在法評價上的類似性<sup>98</sup>。隨之即不免產生了：民法中關於行為能力（*Geschäftsfähigkeit*）之規定，得否類推適用（*eine analoge Anwendung*）於此的激烈爭論。

德國聯邦最高法院就此處所探討之爭議問題，呈現出前、後立場未盡一致的情形。在其早期於一九五八年之一則裁判<sup>99</sup>中可見曾表示：只有出於「保護未成年人」之目的，始有類推適用行為能力規定的需求。換個角度來說，當未成年人的精神上或道德上成熟度足以衡量醫療行為之意義和影響時，即已毋庸受到特別的法律保護，而能夠有效地對此表示同意，並使得這項醫療行為之實施被評價為是合法的（*rechtmäßig*）。在本件父母與已近成年的未成年子女分居於東、西德，但未成年子女因甲狀腺疾病欲接受手術之案例中，德國聯邦最高法院進一步指出，此時取得父母之允許乃不切實際的，而在未成年子女具備上述成熟度的前提下，其對身體完整不可侵性的決定權（*Bestimmungsrecht*）不會受到父母對未成年子女的人身照顧權（*Personensorgerecht*）所排斥<sup>100</sup>。

惟在一九七一年之另則裁判<sup>101</sup>中，卻又見德國聯邦最高法院持不同看法，認為除未成年人之同意外，父母之允許亦屬必要。具體而言，彼時的德國民法係以21歲為成年界線，而在本件案例中，就其左手上的疣進行放射治療之未成年病人則近17歲。德國聯邦最高法院著眼於此，認為在此年齡區間的個體於精神發展和整體成熟度上，通常仍存在著明顯差異，故未成年人在法律行為領域以外進行重要決定時，仍須借助其父母的判斷能力。整體來說，當面對的

<sup>98</sup> BGH, aaO. (Fn. 95), S. 811; *Streit*, aaO. (Fn. 74), S. 50; *Kaeding/Schwenke*, aaO. (Fn. 87), S. 936.

<sup>99</sup> BGH, aaO. (Fn. 95), S. 811ff.

<sup>100</sup> BGH, aaO. (Fn. 95), S. 811; vgl. auch *Streit*, aaO. (Fn. 74), S. 51.

<sup>101</sup> BGH, Urt. v. 16.11.1971 – VI ZR 76/70, NJW 1972, S. 335ff.

是一個在時間上並不急迫而可往後推遲、取得父母之事前同意並非不可能、且難謂微不足道的醫療處置決定時（如在本件中，該治療使其手部產生嚴重的潰瘍和疤痕），未成年人本身的同意並不夠充分<sup>102</sup>。換言之，德國聯邦最高法院在此係否認未成年人有效同意之存在，而無效的同意（*die Unwirksamkeit der Einwilligung*）將導向醫療行為之違法性（*Rechtswidrigkeit*）<sup>103</sup>。又在此之後，亦陸續可見德國聯邦最高法院於裁判中表達類似的看法<sup>104</sup>。

學說上也有部分見解指出，對醫療行為之同意屬於準法律行為（*geschäftähnliche Handlung*），故此時至少得類推適用民法第107條規定：「未成年人為意思表示，除純獲法律上之利益外，應得法定代理人之允許<sup>105</sup>。」<sup>106</sup>但持相反立場者則認為，一具備同意能力之未成年病人擁有獨立決定的權限（*Alleinentscheidungskompetenz*），而毋須取得法定代理人之允許<sup>107</sup>。對此議題另可見有學者表示，若類推適用行為能力之相關規定，不僅與醫療行為涉及高度人格法益之本質相牴觸；且基本法所保障的身體完整不可侵性及自主決定權，乃人人均享有之基本權利，實與年齡的考量無關。再者，未成

<sup>102</sup> AaO., S. 335, 337; MüKoBGB/Huber, 8. Aufl., 2020, BGB § 1626 Rn. 41.

<sup>103</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 257.

<sup>104</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 16.04.1991 - VI ZR 176/90, NJW 1991, S. 2344f.; BGH, Urt. v. 10.10.2006 - VI ZR 74/05, NJW 2007, S. 218f.; Lipp, in: Lipp (Hg.), Handbuch der Vorsorgeverfügungen, 2009, § 17 Rn. 129; Lauf/Birck, aaO. (Fn. 95), S. 2234.

<sup>105</sup> 本條條文之中譯，參國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會編譯，同註91，頁102。

<sup>106</sup> BeckOK BGB/Wendtland, 63. Ed. Stand: 01.08.2022, BGB § 107 Rn. 2; Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 276 m.w.N.; Kaeding/Schwenke, aaO. (Fn. 87), S. 936.

<sup>107</sup> Spickhoff/Spickhoff, 3. Aufl., 2018, BGB § 630d Rn. 8; MüKoBGB/Huber, aaO. (Fn. 102), BGB § 1626 Rn. 42ff.; Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 334f. m.w.N.; Hoffmann, NZFam 2015, S. 986.

年人不論是在生理或心理層面均處於發展階段，但實際的發展程度或成熟度如何，卻沒有固定模板、而是因人而異。此外，根據德國民法第1626條第2項之規定：「父母照護和教養子女時，應注意子女成長能力及需求，而使其培養成為能獨立自主之負責行為。視子女成長情況而以適合者為限，父母應與子女檢討關於進行照顧之問題，並力求雙方意見之一致<sup>108</sup>。」由此可知，父母有義務引導子女之人格發展、並培養子女之自我負責性。而在子女之人格發展逐漸開展的過程中，父母為其子女進行決定的空間亦隨之縮減。如此一來，將產生類推適用行為能力之規定，會否與父母的這項任務背道而馳之疑慮。整體而言，在思考未成年病人對醫療行為之同意、與行為能力之相關法規間的嵌合性時，應同時斟酌上述考量<sup>109</sup>。

除此之外，另有學者從「法定的局部成熟」（gesetzliche Teilmündigkeit）概念切入。舉例而言，根據德國兒童宗教教育法（Gesetz über die religiöse Kindererziehung, RelKERzG）第5條第1句之規定，年滿14歲之兒童得自行決定其所欲信仰之宗教信條；另，同條第2句亦規定，不得違背年滿12歲之兒童的意願，使其接受與其先前宗教信仰不同之宗教信條教育。又例如，根據德國民法第2229條第1項：「未成年人滿16歲者，始得訂立遺囑<sup>110</sup>。」以及同條第2項規定：「未成年人訂定遺囑，得不經法定代理人之允許<sup>111</sup>。」

<sup>108</sup> 本條條文之中譯，併參國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會編譯，同註71，頁194。

<sup>109</sup> Kaeding/Schwenke, aaO. (Fn. 87), S. 936ff.; Sternberg-Lieben/Reichmann, aaO. (Fn. 72), S. 258f. m.w.N.

<sup>110</sup> 本條條文之中譯，參國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會編譯，同註71，頁562。

<sup>111</sup> 本條條文之中譯，併參國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會編譯，同註71，頁562。

透過上揭規範，可見未成年人不論是在人身或財產事務的領域，並非全無可能擁有不受限制的自我決定機會<sup>112</sup>。而一旦個案中的未成年病人，對是否要進行具體的醫療行為擁有必要之同意能力時，即可認為其對此已達局部成熟，並得獨立自主的加以決定；換言之，此時父母對未成年子女的人身照顧權即應退讓，而轉向所謂的資訊權（*ein Recht auf Information*），亦即父母有權獲悉該醫療行為、及其可能對未成年病人日後的生活帶來哪些後果等資訊，蓋父母作為未成年子女的人身照顧權人（*Personensorgeberechtigte*），應在醫療行為實施後，照護其未成年子女遵從醫囑等<sup>113</sup>。

綜上以觀，可見不論是德國司法實務或學界，對於一個具同意能力之未成年病人能否獨立且有效地同意醫療行為的進行，尚非看法一致而毫無爭議存在<sup>114</sup>。由此也凸顯出，在醫療領域面對未成年病人時，確仍存在著許多在法律上有待尋求共識之難題。

## （二）未成年病人對醫療行為之拒絕

與上述情境相反的是，若父母對某一侵入性醫療行為採取支持的立場，但未成年病人卻拒絕接受，此時應如何評價父母與未成年病人間的衝突狀態，亦非無疑。換個角度來說，在這類情況下所涉及者，乃一位未成年病人得否獨立且有效地拒絕醫療行為之問題<sup>115</sup>。

針對上述在臨床醫療實務亦非罕見之情節，德國聯邦最高法院於一則一九九一年所作之判決<sup>116</sup>中，似隱含著肯認未成年病人擁

<sup>112</sup> MüKoBGB/Huber, aaO. (Fn. 102), BGB § 1626 Rn. 29f.

<sup>113</sup> MüKoBGB/Huber, aaO. (Fn. 102), BGB § 1626 Rn. 43.

<sup>114</sup> Streit, aaO. (Fn. 74), S. 57, 73.

<sup>115</sup> Streit, aaO. (Fn. 74), S. 58.

<sup>116</sup> BGH, aaO. (Fn. 104), S. 2344ff.

有所謂否決權（*Vetorecht*）之徵兆<sup>117</sup>。雖在本件案例中，患有主動脈瓣狹窄之未成年病人及其父母間，實際上並未就醫療處置存在著分歧；而是在進行手術前，三人於未獲得充分告知說明的情況下，對此加以同意，但病人在手術後卻發生癱瘓的狀況。在隨後之訴訟程序裡，其全體均表示：若醫師有告知說明癱瘓的風險，則不會同意手術的進行。而在判決理由中可見德國聯邦最高法院指出，除父母外，在手術當時已近18歲之原告的意願如何，亦屬關鍵；而原告在本件案例中，係表示其當然不會選擇進行手術<sup>118</sup>。有論者即認為，從中可尋得未成年病人亦擁有決定或否決權之論據<sup>119</sup>。此外，在另一則二〇〇六年之判決<sup>120</sup>中，德國聯邦最高法院明確論及了未成年病人之否決權概念。本件案例之主角，乃一位自13歲起即受脊椎側彎所苦、而於接受手術時尚未滿16歲之病人。在醫師為其進行手術之過程中，因椎管出血終導致了半身不遂的結果。德國聯邦最高法院在判決理由中提到：若法定代理人針對符合相對適應症、且對未成年病人將來之生活形成（*Lebensgestaltung*）可能會帶來重大後果的侵入性醫療行為表示同意，則具有充分同意能力之未成年病人得以否決權對抗之<sup>121</sup>。

學說上亦可聞支持未成年病人對其不願進行的醫療行為，擁有一項否決權的聲音<sup>122</sup>。其中不乏強調此乃為保障其醫療自主決定

<sup>117</sup> *Streit*, aaO. (Fn. 74), S. 64.

<sup>118</sup> BGH, aaO. (Fn. 104), S. 2345.

<sup>119</sup> *Streit*, aaO. (Fn. 74), S. 64f.

<sup>120</sup> BGH, aaO. (Fn. 104), S. 217ff.

<sup>121</sup> BGH, aaO. (Fn. 104), S. 218, Rn. 8; vgl. dazu auch *Lorenz*, NZFam 2017, S. 783.

<sup>122</sup> *MüKoBGB/Huber*, aaO. (Fn. 102), BGB § 1626 Rn. 44; *Streit*, aaO. (Fn. 74), S. 67ff.; *Wölk*, MedR 2001, S. 83; *Kohte*, AcP (1985), S. 146. 我國學者中，在肯定具同意能力之未成年病人對醫療行為有同意權之情況下，亦可見更細緻的論及未成年病人之否決權者。對此參戴瑀如，同註14，頁508-509。

權<sup>123</sup>，或謂此時未成年病人的醫療自主決定權係以否決權之形式來呈現<sup>124</sup>。亦有指出，縱父母基於民法第1626條之規定而得出人身照顧權，但對於具同意能力之未成年病人拒絕的侵入性醫療行為，卻也無法逕予同意<sup>125</sup>。此外，也有論者認為，在達到識別能力和判斷能力所必要之成熟度門檻前，即得承認未成年病人具有否決能力（*Vetofähigkeit*），以有效拒絕其父母希望進行的醫療行為<sup>126</sup>。而傾向於採此立場者中，另有進一步表示應特別考量之處，乃未成年病人是否能形成自然意願（*ein natürlicher Wille*）<sup>127</sup>。

同樣值得注意的是，德國藥品交易法（*Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln, AMG*）第40b條乃有關臨床試驗特別前提要件（*besondere Voraussetzungen für die klinische Prüfung*）之規範，其中該條第3項規定係針對受試者為未成人之情形<sup>128</sup>。進一步觀察

<sup>123</sup> Kohte, aaO., S. 145.

<sup>124</sup> Streit, aaO. (Fn. 74), S. 74.

<sup>125</sup> Knothe, in: Staudinger, BGB, 14. Aufl., 2012, Vorbem. zu §§ 104-115 Rn. 58.

<sup>126</sup> Vgl. dazu sehr ausführlich Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 315ff.

<sup>127</sup> Coester-Waltjen, aaO. (Fn. 87), S. 557, 559. 在此另補充說明的是，德國司法實務和學說於論及「自然意願」之概念時，常見回溯在（舊）民法第1901a條之立法理由中提到：輔助人除應檢驗病人意願同意書是否與病人當前之生活及治療情形相符外，還包括如確認不再具有決定能力之病人的現時行為，是否顯現出他在目前之狀況下，不願再接受先前於書面所表達之意願的具體跡象等。而這些具體跡象，舉例來說可能是基於病人對採取、或不採取的醫療處置之情境自發行爲；但非來自於不由自主的、純粹的身體反射動作。又，特別是在面對失智症時，這項確認會別具意義。對此參BT-Drucks. 16/8442, aaO. (Fn. 68), S. 14f.; BGH, Beschl. v. 06.07.2016 – XII ZB 61/16, NJW 2016, S. 3300 Rn. 35. 另，有關病人的自然意願與病人意願同意書的互動關係，詳細討論參 Lindner/Huber, NJW 2017, S. 6ff.; Steenbreker, NJW 2012, S. 3207ff.

<sup>128</sup> 此部分係源出於歐盟第536/2014號規則（*Regulation (EU) No 536/2014 of The European Parliament and of The Council of 16 April 2014 in clinical trials on medicinal products for human use, and repealing Directive 2001/20/EC*;

該條項第1句之內容，可見當未成年人有能力瞭解該臨床試驗之本質、意義及影響範圍，並據此來形成其意願時，臨床試驗之進行，即以在對未成年人、及其法定代理人進行歐盟第536/2014號規則第29條規定所要求之告知說明後，取得兩者之書面同意（*schriftliche Einwilligung*）為必要條件<sup>129</sup>。而在接續的同條項第2句規定中也指出，若一位不能瞭解該臨床試驗之本質、意義及影響範圍，並據此來形成意願之未成年人，聲明其不願參與、或是以其他方式來表達之，則應被視為前揭規則第31條第1項第(c)款所稱之「明確意願」（*ausdrücklicher Wunsch*）。有學者即談到，從中不免使人產生：德國立法者似希望朝向讓未成年人及不具同意能力之受試者，得盡可能以不複雜和低門檻的途徑來退出臨床試驗的印象<sup>130</sup>。無論如何，從德國藥品交易法第40b條第3項規定之整體架構來看，可認為也傳遞出一種重要的基本價值，亦即在對未成年病人的高度人格法益進行干預前，不得在無視其意願的情況下，即逕自擺布。

### （三）共同同意模式與多元的自主決定系統

透過上文之引介，可略見德國國內對於如何看待未成年病人之醫療自主決定權，確亦存在著不少棘手爭議。而在大力支持未成年病人之醫療自主決定權、或者對此仍持觀望立場的搖擺狀態間，另有學者嘗試從所謂的「共同同意模式」著手，冀能慮及並納入更多元的討論視角。

---

Verordnung (EU) Nr. 536/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über klinische Prüfung mit Humanarzneimitteln und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/20/EG ) 的第 32 條 規定。Vgl. dazu *Koyuncu*, in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, 3. Aufl., 2022, § 40b Rn. 20.

<sup>129</sup> *Koyuncu*, in: Kügel/Müller/Hofmann, aaO., § 40b Rn. 42.

<sup>130</sup> *Koyuncu*, in: Kügel/Müller/Hofmann, aaO. (Fn. 128), § 40b Rn. 47.

首先，因德國基本法第6條第2項明定：「撫養與教育子女為父母之自然權利，亦為其至高義務，其行使應受國家監督<sup>131</sup>。」因此，父母之親權（*Elternrecht*）被評價為一項「行義務的權利」（*Pflichtenrecht*），以維護子女之最佳利益（*Wohle des Kindes*）為其目的<sup>132</sup>；而德國民法第1626條以下關於父母照顧（*elterliche Sorge*）規範之建構，乃反映如是理念之表現。在此背景下，雖於未成年人真正跨過成年門檻前，法律僅在少數情況始接受「局部成熟」之概念，但學者Coester-Waltjen認為在涉及高度人格法益之事項時，具同意能力之未成年子女的自主決定權會壓縮父母決定權的行使空間；且此時肯定未成年子女之自主性，並不致對父母之照顧帶來難以容許的干擾<sup>133</sup>。

但從另一個角度思考，當面對的是特別重大的、對未成年人將來的生活會帶來深刻影響之決定時，父母照顧所蘊含的義務性色彩，會否使父母亦有責任來參與其中，似非全無再斟酌的餘地。慮及於此，如學者Coester-Waltjen即支持未成年人及其父母共同同意（*Co-Konsens*）模式。雖初步看來，當未成年人已具備自我決定能力時，尋求父母之共同同意顯得在概念上不是那麼一致，惟若個案中所涉者乃極度重要之決定，則相較於將決斷壓力全數移往具同意能力之未成年人一方，其認為此時採取共同同意模式，應屬更符合事理之選項<sup>134</sup>。具體而言，按照該模式之邏輯脈絡，將一併把未成年人、照顧權人（*Sorgerechtsinhaber*）納為資訊暨告知說明義務（*Informations- und Aufklärungspflichten*）之相對人；且在如未成

<sup>131</sup> 本條條文之中譯，參司法院，同註84。

<sup>132</sup> Vgl. dazu BVerfG, NJW 1968, S. 2235.

<sup>133</sup> Coester-Waltjen, aaO. (Fn. 87), S. 559.

<sup>134</sup> Coester-Waltjen, aaO. (Fn. 87), S. 559.

年人嘗試透過德國民法第1666條規定<sup>135</sup>來尋求法院之介入前，也可為雙方提供一個溝通平台。進一步來看，學者Coester-Waltjen認為父母之照顧在性質上本即屬逐漸消退的他主決定（Fremdbestimmung），而分層式的自主決定系統（ein gestuftes System der Selbstbestimmung）因與上述特質相符，故在釋義學觀點下有其合理性。在這樣的系統下，其認為第一層次所涉者乃較不重要的醫療行為，此時具同意能力之未成年病人對自己生命、身體和健康的干涉，有單獨決定之權限。至於父母之照顧雖然存在，但父母之決定將因事關高度人格法益、以及未成年病人有同意能力而應向後退讓。在第二層次中，考慮到父母照顧之保護功能（Schutzfunktion），若未成年病人和其父母對某個重大的醫療行為存有爭論，則需要獲得照顧權人之共同同意。至於第三層次，乃聚焦於不能肯定未成年病人具同意能力的情形；如其尚可形成自然的意願，那麼在此範圍內，仍得肯定未成年病人的否決權。最後在第四層次中，若未成年病人亦喪失了自然的意願，即全面由其父母

<sup>135</sup> 德國民法第1666條規定：「（第1項）子女就身體、心理或精神上之利益或其財產有受危害之虞，而其父母無意或無能力排除該危害者，家事法院得採取消除該危害之必要措施。（第2項）為財產監護之人，於違反對子女之扶養義務或與其財產監護有關之義務，或未遵守法院對於財產監護所為之命令者，通常應推定子女之財產有受危害之虞。（第3項）依第1項規定之法院措施，尤應包括下列各款之情事：1.對於官方提供之援助，例如關於兒童或少年扶助之給付及請求健康救濟所為之命令。2.對於注意遵守學校義務教育所為之命令。3.禁止其暫時或於不確定期間內，使用家庭住所或其他居所、禁止其於住所特定周圍停留或禁止其探訪子女通常停留之其他特定處所而為之命令。4.對於與子女聯繫或會面所為之禁止命令。5.替代照顧權人之聲明。6.部分或全部剝奪父母之照顧。（第4項）關於人身照顧之事項，法院亦得採取效力及於第三人之措施。」本條條文之中譯，併參國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會編譯，同註71，頁214-215。

之決定為據<sup>136</sup>。而在此視角下，學者Coester-Waltjen亦指出，按德國（舊）民法第1901a條第1項、即現行第1827條第1項規定之文義，具同意能力之未成年病人被排除在得預立病人意願同意書的群體外，但立法者顯然未意識到其醫療自主決定權也有受保障之必要，故於此存在著無意識（*unbewusst*）的法律漏洞。倘若未成年病人就將來陷入無同意能力時的健康檢查、身體治療或侵入性醫療行為表達了個人意願，而其中涉及了會造成重大影響者，則在取得照顧權人之共同同意時，基於現行民法第1827條之基本理念，應依循該未成年病人之決定<sup>137</sup>。

而學者Wagner指出，在醫療領域中以成年、行為能力之概念來作為指標依據，具有相當程度的僵硬性；相較之下，不妨考慮以相對的同意能力模式（*Modell einer relativen Einwilligungsfähigkeit*）來區分層次。據此，關鍵的考量因素包括如：該醫療行為是否會對未成年病人的健康帶來嚴重且巨大的風險、是否會造成生理上或心理上不可逆的改變、從醫療觀點來看，該醫療行為是否可推遲至未成年病人成年後再實施，以及是否屬於符合適應症之醫療行為等<sup>138</sup>。而在這樣的指引方向下，Wagner認為未成年人若欲進行一項美容醫學的整形手術或紋身時，應否定其有獨自決定之權限<sup>139</sup>。學者Kaeding/Schwenke亦持類似見解，其指出發展心理學（*Entwicklungspsychologie*）之研究結果顯示：平均而言，青少年之發展狀態領先青少年約一·五年；而來到13歲的年齡點，甚至可以達到六年的差距<sup>140</sup>。由此面向切入，Kaeding/Schwenke認為，若涉及的是屬

<sup>136</sup> Coester-Waltjen, aaO. (Fn. 87), S. 559.

<sup>137</sup> Coester-Waltjen, aaO. (Fn. 87), S. 560.

<sup>138</sup> MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl., 2020, BGB § 630d Rn. 43.

<sup>139</sup> AaO., BGB § 630d Rn. 44.

<sup>140</sup> Kaeding/Schwenke, aaO. (Fn. 87), S. 936.

於符合適應症之醫療行為，則在未成年病人年滿13歲、至其具備完整的同意能力以前，醫師須取得未成年病人及其法定代理人之同意。但若屬於符合適應症以外的醫療行為，那麼直至未成年病人成年以前，醫師須取得未成年病人及其法定代理人之雙重同意。按其看法，這樣的運作規則不僅顧慮到未成年病人的身體完整不可侵性以及自主決定權，也合理的考量了父母照顧之權利與義務。因此舉例來說，若一個17歲且具同意能力之未成年人，對其臉上大範圍、但實則無害的黑色胎記頗感困擾，那麼除待至其成年後，即可獨自決定透過醫療行為來消除之；另一個可能的選項，即為現時亦獲得父母之允許。但若該未成年人是因車禍事故，致有必要（*erforderlich*）進行顏面的部分重建，那麼應肯認其有機會得獨立、且有效的同意該醫療行為<sup>141</sup>。

綜觀上述德國學者所提出之見解，除未成年病人是否具同意能力外，尚包括如：醫療行為對未成年病人之生命、身體、健康的干涉程度，是否屬於符合適應症之醫療行為，以及醫療行為是否可推遲、未成年病人之年齡區間……等，乃於面對未成年病人行使醫療自主決定權之爭議時，為兼顧其利益而會加以衡量的因素，故非純然以年齡為斷，俾盡可能避免發生與現實脫節而未盡公平之結果。整體而言，亦有值得借鏡之處。

#### 四、德國法上就現行法之解釋及立法論的建議方向

在上文之說明中，可見德國法多傾向於認為：醫療行為之實施或不實施，應特別慮及其同意能力之未成年病人的意願<sup>142</sup>。而以二〇〇九年起明文化的預立病人意願同意書來說，其乃表現病人之

<sup>141</sup> Kaeding/Schwenke, aaO. (Fn. 87), S. 940.

<sup>142</sup> Streit, aaO. (Fn. 74), S. 73; Kaeding/Schwenke, aaO. (Fn. 87), S. 940.

同意或拒絕的下位類型（Unterfall），因此亦不適宜與意思表示、行為能力等概念逕行連結<sup>143</sup>。

誠然，相較於以法定年齡界線為基礎的行為能力制度，未成年病人是否具有同意能力，因取決於其個人狀態，故不免產生基準浮動之印象和疑慮。惟有學者指出，德國司法實務於現行法之框架下，在考慮未成年病人之成熟度時，亦非全然未參酌年齡因素，蓋當個案中的未成年病人越接近成年邊界，那麼就越容易出現肯定其具有同意能力的結論。和上文所提到的學者Kaeding/Schwenke看法接近的是，目前也有不少聲音認為，可以14歲作為其中一個評斷未成年病人是否具有同意能力的參考方向。而這除了根據學術研究之結論外，同時也顧及如：前述之兒童宗教教育法第5條第1句規定，以14歲作為兒童得自行決定宗教信仰之起點、或民法第1746條第2項規定，讓年滿14歲者於收養生效前，得向家事法院撤回其同意等<sup>144</sup>。

至於在立法論（de lege ferenda）之建議上，因德國法目前針對未成年病人就醫療行為之同意能力問題，確仍未見明文規範，故有學者認為奧地利民法（Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch）第173條規定之設計，不失為一值得參考的對象<sup>145</sup>。具體而言，該條規定之內容為：「（第1項）有決定能力之子女（das entscheidungsfähige Kind）得自行同意醫療行為；有疑慮時，推定成熟的未成年人有決定能力。若欠缺必要之決定能力，則取得受託在照護和教養面擔任法定代理人者之允許為必要的。（第2項）若有決定能力之未成年子女，同意實施一項通常會嚴重或持續損害其身體完整性或人格之醫療行為，則該醫療行為僅得於受託在照護和教養面擔任法定代理

<sup>143</sup> Streit, aaO. (Fn. 74), S. 79ff.

<sup>144</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 288ff.

<sup>145</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 291.

人者亦允許時，得予進行。（第3項）若有迫切實施醫療行為之必要，以致於為取得同意或允許而經受之推遲，將危及子女之生命或使其面臨健康嚴重受損之危險，則有決定能力之子女的同意及受託進行照護和教養者之允許，並非必要。」此外，根據該國民法第21條第2項規定：「未滿18歲之人，為未成年人；未滿14歲之人，尚未成熟。」綜上觀察，可見幾個值得注意之處：

首先，奧地利民法對未成年人就醫療行為之同意能力，並非與固定的法定年齡相掛勾。原則上，一個具同意能力之未成年人得自行、且獨立地同意或拒絕醫療行為<sup>146</sup>；而對一定年齡時起、亦即年滿14歲的未成年人同意能力之存在，係採取得以反證推翻之法律上推定原則（*gesetzliche Vermutungsregel*）<sup>147</sup>。因此在本條規定中，並未就未成年人之同意能力明文預設了不得撼動的年齡下限，蓋14歲以下的未成年人也可能在個案中被評價為具同意能力<sup>148</sup>。

其次，按該法第173條第2項規定可知：當事關重大之醫療行為、亦即「通常會嚴重或持續損害其身體完整性或人格之醫療行為」時，除了具同意能力之未成年人的同意外，也應注意父母之允許。學說上之主流見解認為，本項規定對醫師而言乃「單純的行為指引」（*bloße Handlungsanleitung*），故此時仍係以具有同意能力之未成年人對於醫療行為的同意，作為實施醫療行為之正當性依據；至於欠缺父母的允許，並不會影響其同意之有效性<sup>149</sup>。另有將上揭規定與所謂的「資訊權」相連結者，亦即認為本項規定之意義和目

<sup>146</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 36, 101.

<sup>147</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 36, 39f., 50ff., 54f., 291f.

<sup>148</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 40, 50ff., 54f., 292.

<sup>149</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 68, 73f.; Lindenberg, Rechtsfragen medizinischer Intervention bei intersexuell geborenen Minderjährigen, 2020, zugl. Düsseldorf, Univ., Diss., 2019, S. 276, 322; Bernat, VersR 2002, S. 1472.

的，乃在於當涉及重大醫療行為時，讓父母有機會先與子女及醫師進行討論，俾在父母之建議和鼓勵下，支持未成年人逐步作成決策<sup>150</sup>。此外，從中也可反面推論出：若父母欲實施、但具有同意能力之未成年人拒絕這類重大醫療行為時，則仍應以後者之意願為準<sup>151</sup>。

最後，考慮到若有緊急實施醫療行為之必要，則基於急迫危險原則（*Gefahr-im-Verzug-Regel*），透過本條第3項之明文規定，將例外地完全放棄取得同意之必要性<sup>152</sup>。

另一方面，觀察奧地利在二〇〇六年即已生效之「病人意願同意書法」（*Patientenverfügungsgesetz*），其中第1條第2項規定指出，病人意願同意書對於確認病人拒絕醫療行為的意願具有拘束力，且其乃探求病人意願之基礎。而在第3條則明定病人意願同意書僅能親自為之，且病人須具備決定能力。至於病人是否已成年、又或者行為能力之概念，在此並非關鍵。換言之，即便是一未成年人，也有機會預立有效的病人意願同意書<sup>153</sup>，顯現出與德國法不盡相同之法規設計邏輯。

上述奧地利相關法律所採之規範方向，頗受德國學者關注，特別是在民法第173條第1項明確納入之推定規定，被認為可一定程度的強化法安定性，同時也維護了未成年病人之醫療自主決定權的實質可行性（*die faktische Ausübbarkeit*）<sup>154</sup>。此外，一如前述，德國法將「成年與否」納為病人意願同意書的生效要件之一，本即引起不少抨擊的聲音。從現實的角度來說，一個17歲未成年病人在預立

<sup>150</sup> Bernat, aaO., S. 1473; Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 78.

<sup>151</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 77.

<sup>152</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 36.

<sup>153</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 100f.

<sup>154</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 292.

之病人意願同意書中傳達的意願，未必能獲得尊重；但一旦跨過18歲的年齡界線，卻待之截然不同，兩者在法律評價上所呈現的巨大差異，究有何具強烈說服力的考量，並非無疑<sup>155</sup>。從而不乏有學者指出，如奧地利法在此所採取之立場，亦即將病人之決定能力直接與病人意願同意書之效力相連結，應有可供德國法借鏡之處<sup>156</sup>。

#### 肆、德國法討論歷程對我國法之啟發與展望——代結語

在正視病人本身主體性之普世價值下，不論於我國或德國，以病人醫療自主決定權為中心所展開的討論，均可謂歷久不衰。當實施或不實施醫療行為的對象是未成年病人時，在法律層面可見存有不同的設計；而這樣的規範狀態，不免導致未成年病人行使醫療自主決定權之空間受到一定壓縮。也因此，其背後之考量為何、以及該考量是否具備充分的妥適性，自有審慎加以檢視之必要。

一方面，在民法中為保護思慮恐仍未盡周全之未成年人，同時兼顧交易活動之安全，故預先以法定年齡為客觀基準而建構出行為能力制度，確有其必要性和實益性。但另一方面，行為能力制度側重由財產性質的法律行為出發，故在面對如未成年病人之醫療問題時，因這類事務明顯與未成年病人之人格法益呈高度相關，與一般交易尚難劃上等號，逕行將之置於行為能力制度下來進行法律評價，即不免產生扞格不入之感。是以，有關醫療行為之同意或拒絕，不論在我國或德國皆可見以同意能力、而非行為能力為依歸之看法。

對於未成年病人能否獨立且有效地同意或拒絕醫療行為之實

<sup>155</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 409.

<sup>156</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 440f.

施，雖德國過往之實務裁判在不同的個案背景下，呈現出立場未盡一致的態勢；但學說上多傾向於肯定有同意能力之未成年病人亦擁有決定之權限，其中不乏由醫療行為之本質會觸及如：病人之身體完整不可侵性、自主決定權等高度人格法益，以及父母人身照顧權之行使空間在其未成年子女成長過程中的消長，又或者「法定的局部成熟」概念等作為立論依據。另值得一併注意者，尚包括共同同意模式的觀點。此一模式嘗試在未成年病人之醫療自主決定權、以及父母之人身照顧權間尋求折衷，故父母並非被全然排除在未成年子女的醫療事務參與決策圈外。此時包括如：醫療行為對未成年病人之生命或健康的影響程度、是否屬於一項符合適應症的醫療行為等，均有學者提出以作為是否除未成年病人之意向外，另應確認父母立場之考量因素，誠具一定的參考價值。

而以我國來說，針對未成年病人之醫療自主決定權的討論，目前亦處於持續開展之階段。而上述德國法在實務與學說面的研究歷程，在我國戮力深化此一議題領域的論理基礎時，不失為一可供借鏡之對象。整體而言，在我國現行重要之醫療法律框架下，可見並未特別慮及未成年病人之主體性、人格性，以致於未成年病人對醫療行為之同意或拒絕，在現實上似乎僅被看作是微弱的呼喊，更遑論嚴肅去探討未成年病人能否獨立且有效地同意實施醫療行為、或否決父母所欲實施之醫療行為等議題，恐與兒童權利公約之精神有所落差。

以未成年人能否為預立醫療決定為例，既事涉處於特定臨床條件時，希望接受或拒絕之維持生命治療、人工營養及流體餵養等相關意願的決定，則一來未成年人亦有充分之動機對此表達個人偏好；二來上揭醫療事務皆與其高度人格法益緊密相關，若將具有同意能力之未成年病人概拒於門外，恐未盡公平。又，透過上文曾提及之病主法第9條第1項及第2項規定，可知若欲為預立醫療決定，

應經醫療機構提供預立醫療照護諮商；且一般來說，包括二親等內之親屬至少一人應參與該溝通過程。在此若參考德國法所論及之共同同意模式的精神，或可考慮當未成年病人之父母得參與、且亦願參與時，應將其納為預立醫療照護諮商的當然成員之一，除非未成年病人基於合理原因而明確表示拒絕。如此一來，在專業的醫療服務提供者從旁協助下，針對未成年病人於其後陷入特定狀況時的醫療行為決定等，盡可能周到的尋求各方共識；而非自始即排斥未成年病人為預立醫療決定之可能性，應屬相對兼顧到各方權益之操作方向。

其次，若期待醫師以未成年病人是否具同意能力來作為其後續行動的指引，但此一前提問題實又因個案而異，則課與醫師對此先逐一詳查的任務，並在其後出現爭議時自負舉證責任，對醫師的要求恐有過苛之虞。從現實的角度來說，不難想見醫師在這種情況下，將傾向於確認未成年病人之父母係持何種態度，並以其意見為主。本文認為，醫師在判斷未成年病人同意能力之存否時，本即會蘊含某程度的不確定性，如何適當緩和此一實際狀況在法律面可能為醫師帶來的負荷，乃推進未成年病人之醫療自主決定權的一塊重要拼圖。也因此，奧地利民法第173條第1項規定之設計，除放棄以客觀年齡為基準的思考方向外，更正面推定了年滿14歲之未成年人原則上具有同意能力，使得為相反主張之一方須舉證證明其欠缺同意能力<sup>157</sup>。整體而言，上揭作法應有助於適切反映病人就醫療事務為決定之本質，並達到減輕醫師壓力之效果，或不失為我國法將來在擘劃未成年病人之醫療事務時，值得注意的規範模式之一。

---

<sup>157</sup> Gleixner-Eberle, aaO. (Fn. 16), S. 50f.

## 參考文獻

## 一、中 文

1. 王志嘉，未成年人的醫療決策與生育自主權——最高法院九十五年度台非字第一一五號、台灣高等法院九十一年度上訴字第二九八七號刑事判決評釋，月旦法學雜誌，181期，頁261-278，2010年6月。
2. 王志嘉，末期病人生命身體法益的處分——談安寧緩和醫療條例立修法後的現況與展望，醫療品質雜誌，9卷2期，頁90-96，2015年3月。
3. 王澤鑑，民法總則，增訂新版，2014年2月。
4. 江浣翠，未成年人之醫療決定與自主——臺灣規範現況與評析，月旦醫事法報告，53期，頁24-39，2021年3月。
5. 何建志，醫療法律與醫學倫理，3版，2018年2月。
6. 吳俊穎，醫師告知義務急速擴張的時代——法界的期待與醫界的臨床實務之間的鴻溝，法學新論，14期，頁87-111，2009年9月。
7. 吳建昌，精神疾病患者之意思能力，護理雜誌，57卷6期，頁5-10，2010年12月。
8. 李伯璋，病人自主權利法內涵及疑義初探，萬國法律，212期，頁2-10，2017年4月。
9. 邱玟惠，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159-204，2016年10月。
10. 林欣柔，未成年人醫療自主權——以愛滋檢測為中心，法律與生命科學，5卷1期，頁11-27，2016年3月。
11. 侯英冷，從臺中高分院103年度醫上字第4號民事判決看延誤癌症診斷之精神損害賠償，裁判時報，57期，頁42-51，2017年3月。
12. 施慧玲，論我國兒童人權法制之發展——兼談落實「聯合國兒童權利公約」之社會運動，國立中正大學法學集刊，14期，頁169-204，2004年1月。
13. 施慧玲，從《聯合國兒童權利公約》到子女最佳利益原則——兼談法律資訊之應用與台日比較研究方法，台灣國際法季刊，8卷2期，頁95-150，2011年6月。

14. 施慧玲、陳竹上、廖宗聖，回顧過去、展望未來——兒童權利公約國內法化之社會分析與後續課題，月旦法學雜誌，240期，頁113-129，2015年5月。
15. 孫效智，安寧緩和醫療條例中的末期病患與病人自主權，政治與社會哲學評論，41期，頁45-91，2012年6月。
16. 孫效智，病人自主權利法修法芻議，生命教育研究，12卷1期，頁1-44，2020年6月。
17. 陳鈺雄，尊嚴死的權利：論病人自主權利法，東海大學法學研究，55期，頁1-36，2018年8月。
18. 陳聰富，醫療責任的形成與展開，2014年5月。
19. 陳聰富，醫療責任的形成與展開，修訂版，2019年12月。
20. 國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會編譯，德國民法（上）：總則編、債編、物權編，2版，2016年10月。
21. 國立臺灣大學法律學院、財團法人台大法學基金會編譯，德國民法（下）：親屬編、繼承編，2版，2016年10月。
22. 張濱璿，兒童醫療自主之探討——以病童臨床經驗出發，政治大學法學院法律科際整合研究所碩士論文，2012年7月。
23. 張濱璿，兒少權益保障與兒童友善醫療環境的建構，月旦醫事法報告，53期，頁40-52，2021年3月。
24. 張麗卿、韓政道，醫療自主與生命抉擇——從「姊姊的守護者」談起，月旦法學雜誌，198期，頁102-123，2011年11月。
25. 黃鳳岐，法定代理人拒絕醫療案：未成年人醫療自主決定權，月旦醫事法報告，21期，頁64-79，2018年7月。
26. 楊秀儀，美國「告知後同意」法則之考察分析，月旦法學雜誌，121期，頁138-152，2005年6月。
27. 楊秀儀，論病人之拒絕維生醫療權：法律理論與臨床實踐，生命教育研究，5卷1期，頁1-23，2013年6月。
28. 楊秀儀，評論：實踐中的病人自主權利法，台灣公共衛生雜誌，39卷3期，頁350-351，2020年6月。
29. 楊秀儀，再論病人之拒絕醫療權：病人自主權利法施行之後，國立臺灣大學法學論叢，50卷3期，頁789-865，2021年9月。

30. 蔡甫昌、郭蕙心，病人自主權利法之倫理觀點與實務挑戰，醫事法學，25卷1期、2期合輯，頁17-33，2020年6月。
31. 謝宛婷、王敏真、陳炳仁，意思能力喪失之病人的醫療決策——英國意思能力法案給臺灣的啟發與省思，醫療品質雜誌，10卷5期，頁52-61，2016年9月。
32. 戴瑀如，身分關係的成立與解消：第一講——身分行為的特殊性，月旦法學教室，93期，頁52-62，2010年6月。
33. 戴瑀如，從親屬法上之父母子女關係論未成年子女之醫療決定權，生物醫學，3卷4期，頁503-515，2010年12月。
34. 戴瑀如，監護與輔助宣告下之醫療自主權——以意思能力為中心，萬國法律，218期，頁18-31，2018年4月。
35. 戴瑀如，法定代理人拒絕醫療案：未成年子女之醫療決定權與醫師的告知義務，月旦醫事法報告，21期，頁48-63，2018年7月。
36. 羅伯托·瑪格塔（Roberto Margotta）著，李城譯，醫學的歷史，2005年9月。
37. 蘇嘉瑞，「誰開了這臺刀？」——「告知後同意」法則的精緻化與法學實證分析，科技法學評論，9卷2期，頁249-300，2012年12月。

## 二、外 文

1. *Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* (Hg.), Beck'sche Online-Kommentare (BeckOK), 63. Edition Stand: 01.08.2022 (zitiert: BeckOK BGB/Bearbeiter, 63. Ed. Stand: 01.08.2022, BGB § ... Rn. ...).
2. *Beermann, Christopher*, Die Patientenverfügung, FPR 2010, S. 252ff.
3. *Bernat, Erwin*, Die medizinische Behandlung Minderjähriger im österreichischen Recht – Selbst- und Fremdbestimmung nach dem Inkrafttreten des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 – , VersR 2002, S. 1467ff.
4. *Coester-Waltjen, Dagmar*, Reichweite und Grenzen der Patientenautonomie von Jungen und Alten – Ein Vergleich, MedR 2012, S. 553ff.
5. *Diener, Jens*, Patientenverfügungen psychisch kranker Personen und fürsorglicher



- Zwang, 2013, zugl. Leipzig, Univ., Diss., 2012/2013.
6. *Gleixner-Eberle, Elisabeth*, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger: Eine arztrechtliche Untersuchung im Rechtsvergleich mit Österreich und der Schweiz sowie mit Blick auf das Internationale Privat- und Strafrecht, 2014, zugl. Göttingen, Univ., Diss., 2012.
7. *Hoffmann, Birgit*, Zwangsbehandlung Minderjähriger vor dem Hintergrund der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG und des BGH, NZFam 2015, S. 985ff.
8. *Hornung, Julia*, Die psychiatrische Patientenverfügung im Betreuungsrecht: Ihre zulässigen Regelungsgegenstände – unter besonderer Beachtung der antizipierten Selbstbestimmung gegen sich selbst, 2017, zugl. Mannheim, Univ., Diss., 2016.
9. *Kaeding, Nadja/Schwenke, Laura*, Medizinische Behandlung Minderjähriger – Anforderungen an die Einwilligung, MedR 2016, S. 935ff.
10. *Kern, Bernd-Rüdiger*, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, S. 753ff.
11. *Kohte, Wolfhard*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), S. 105ff.
12. *Kölch, Michael/Fegert, Jörg M.*, Patientenautonomie – Minderjährige als Patienten, FPR 2007, S. 76ff.
13. *Kügel, Wilfried/Müller, Rolf-Georg/Hofmann, Hans-Peter* (Hg.), Arzneimittelgesetz, 3. Aufl., 2022 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, 3. Aufl., 2022, § ... Rn. ...).
14. *Lange, Wolfgang*, Das Patientenverfügungsgesetz – Überblick und kritische Würdigung –, ZEV 2009, S. 537ff.
15. *Lauf, Niclas/Birck, Leon*, Minderjährige als Partei des Behandlungsvertrags, NJW 2018, S. 2230ff.
16. *Lindenberg, Helen*, Rechtsfragen medizinischer Intervention bei intersexuell geborenen Minderjährigen, 2020, zugl. Düsseldorf, Univ., Diss., 2019.
17. *Lindner, Josef Franz/Huber, Franziska*, Widerruf der Patientenverfügung durch den einwilligungsunfähigen Patienten? – Das Problem des „natürlichen Willens“, NJW 2017, S. 6ff.
18. *Lipp, Volker*, Krankheit und Autonomie im Zivilrecht, in: *Beck, Susanne* (Hg.),

- Krankheit und Recht - Ethische und Juristische Perspektiven, 2017, S. 171ff.
19. *Lipp, Volker* (Hg.), Handbuch der Vorsorgeverfügungen: Vorsorgevollmacht – Patientenverfügung – Betreuungsverfügung, 2009 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Lipp (Hg.), Handbuch der Vorsorgeverfügungen, 2009, § ... Rn. ...).
20. *Lorenz, Annegret*, Das Selbstbestimmungsrecht des einsichtsfähigen Minderjährigen bei Eingriffen in die körperliche Integrität, NZFam 2017, S. 782ff.
21. *Müller, Gabriele*, Die Patientenverfügung nach dem 3. Betreuungsrechtsänderungsgesetz: alles geregelt und vieles ungeklärt, DNotZ 2010, S. 169ff.
22. *Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II §§ 535-630h, BetrKV, HeizkostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, red. v. Henssler, Martin/Krüger, Wolfgang, 8. Aufl., 2020 (zitiert: *MüKoBGB/Bearbeiter*, 8. Aufl., 2020, BGB § ... Rn. ...).
23. *Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10: Familienrecht II §§ 1589-1921, SGB VIII, red. v. Schwab. Dieter, 8. Aufl., 2020 (zitiert: *MüKoBGB/Bearbeiter*, 8. Aufl., 2020, BGB § ... Rn. ...).
24. *Spickhoff, Andreas* (Hg.), Medizinrecht, 3. Aufl., 2018 (zitiert: *Spickhoff/Bearbeiter*, 3. Aufl., 2018, § ... Rn. ...).
25. *Staudinger, Julius von* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen: Buch 1, Allgemeiner Teil 3: §§ 90-124; §§ 130-133, 14. Aufl., 2012 (zitiert: *Bearbeiter*, in: Staudinger, BGB, 14. Aufl., 2012, §§ ... Rn. ...).
26. *Steenbreker, Thomas*, Zivilrechtliche Unbeachtlichkeit eines „natürlichen Willens“ für den Widerruf der Patientenverfügung, NJW 2012, S. 3207ff.
27. *Sternberg-Lieben, Detlev/Reichmann, Philipp C.*, Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung und das medizinische Selbstbestimmungsrecht Minderjähriger, NJW 2012, S. 257ff.
28. *Streit, Jenny*, Patientenverfügungen Minderjähriger nach dem Dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetz, 2015, zugl. Köln., Univ., Diss., 2014.

29. *Vossler, Norbert*, Bindungswirkung von Patientenverfügungen? – Gesetzgeberischer Handlungsbedarf?, ZRP 2002, S. 295ff.
30. *Wietfeld, Dominik*, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung – Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung: Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, 2012, zugl. Bochum, Univ., Diss., 2010.
31. *Wölk, Florian*, Der minderjährige Patient in der ärztlichen Behandlung – Bedingungen für die Wahrnehmung des Selbstbestimmungsrechts von Minderjährigen bei medizinischen Eingriffen, MedR 2001, S. 80ff.

# Discussion on Medical Autonomy of Minor Patients from the Point of Comparative Law, and the Possibility of Making Advance Decisions by Minor Patients Themselves

Ling-Chuan Wei\*

## Abstract

At a time when the medical autonomy of patients is widely recognized as something to be respected and protected, there has been a growing concern about whether minor patients can independently exercise such rights. Under the framework of our nation's current major medical regulations, whether a patient is of full capacity to make juridical acts is an essential criterion when marking the space for exercising their medical autonomy. However, with the different levels of maturity or past experiences of facing medical situations of different individuals, when using this as a criterion for judging whether a minor patient can effectively consent or refuse a medical practice, is it possible that “the good intentions to protect minor patients” result in

---

\* Associate Professor, College of Law, Tunghai University; Dr. jur., Göttingen University, Germany.

Received: February 21, 2022; accepted: December 12, 2022

“unreasonable restrictions on the medical autonomy of minor patients”?

In light of the aforementioned context, this article aims to analyze and reflect—from the point of view of comparative law—whether the disclosed planned method is sufficient to create an environment that is in the best possible interest of the minor patient, and further propose relevant insights, hopefully helping to expand the academic discussion on the rights and interests of minor patients in our nation.

**Keywords:** Minor Patient, Medical Autonomy, Advance Decision, Capacity to Make Juridical Acts, Mental Capacity, Co-Consensus Model