

摘 要

醫療行為在刑法上一直被評價為傷害行為的一種。醫療行為正當性與適法性的基礎，刑法學說常以現行刑法第 22 條「業務上之正當行為，不罰」做為論述論據。至於「業務上正當行為」此一阻卻違法事由的要件與運用，學說上則是少有探討，實務上也乏見相關判決。最常見者，乃是參考日本學說見解，且每每論及業務上正當行為時，即舉醫療行為作為典型事例。但另一方面，刑法學說在探討醫療行為正當性的要件時，亦有主張揚棄業務上正當行為概念，採取德國學說見解，以「得被害人承諾」此一超法規阻卻違法事由來阻卻違法。此一看法隨著醫療領域中「告知後同意」原則的確定，其立論則是愈行堅實，且日益廣泛為醫學界與法律界所認同。

作為法律繼受國的我國，對於醫療行為正當性的看法，學說見解常在德、日學說爭論之間擺盪，且因德、日見解之不同而存在著分歧意見。本文嘗試整合德國與日本學說，並針對我國刑法條文之不同規定，發展出以「告知後同意」結合「業務上正當行為」概念的論述模式。這樣的論述雖非新穎，但亦希望能藉此文提供我國刑法學界與實務界對醫療行為之正當性事由較為合理且統一的想法。