

發生「阻卻違法的緊急避難」和「正當防衛」競合的「急救手術行為」 —併論「急救手術行為」即使欠缺病患本人或其親屬「同意」，亦不具「違法性」

鄭逸哲*、劉威佐**

一、案例事實

甲正要上吊自殺，突然發生大地震，被屋樑壓成重傷，命在旦夕，被緊急送往醫院急救，但其死意甚堅，醫師乙不顧其反對，為之截肢而保住生命。問：本案如何論處？若截肢後，甲仍不治，本案如何論處？

二、理論先探

1. 「急救手術行為」通常所具有的「構成要件該當性」

「急救手術行為」很難想像不「故意」為之，否則如何依「計劃」進行手術？手術刀怎「過失」下刀？而且，急救是「故意」使「身體現狀加以改變」，因而只要是「急救手術行為」，依其對「身體現狀加以改變」的「幅度大小」，不是實現「傷害構成要件」，就是實現「重傷害構成要件」。

「急救手術行為」者，若只實現「傷害構成要件」，則其「構成要件該當性」為「傷害構成要件該當性」並無問題；但若實現「重傷害構成要件」，則其「構成要件該當性」也未必就是「重傷害構成要件該當性」。因為，刑法除了第二百七十八條第一項的構成要件規定外，另於第二百八十二條規定有「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件」。若「急救手術行為」者，得到「被施行急救手術」者的「囑託」或「承諾」——俗稱為「病患本人同意」——而後行之，則除了實現「重傷害構成要件」外，亦實現「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件」——其實也難以想像其不同時實現「傷害構成要件」——，基於「法條競合」，由於「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件」之於「重傷

* 鄭逸哲，德國慕尼黑大學法學博士，國立臺北大學法律學系教授。

** 劉威佐，中國醫藥大學醫學系醫學士，前中國醫藥大學附設醫院急診醫學部醫師，國立臺北大學法律學研究所碩士班法律專業組研究生。

害構成要件」和「傷害構成要件」均構成「全——偏關係」，因此，雖然行為人以同一「事實行為」同時實現「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件」、「重傷害構成要件」和「傷害構成要件」，而同時具有「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件實現性」、「重傷害構成要件實現性」和「傷害構成要件實現性」，但僅以「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件實現性」作為其「構成要件該當性」，亦即其「構成要件該當性」為「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」。

另應注意，由於刑法構成要件上所謂「囑託」或「承諾」，專指「法益持有人」的「囑託」或「承諾」，因此，即使「急救手術行為」者，得到「被施行急救手術」者的「親屬」的「囑託」或「承諾」而後行之，仍不影響其「構成要件該當性」的判斷。

綜合上述，我們可將「急救手術行為」通常所具有的「構成要件該當性」，整理為以下圖表：

急救手術變更病患身體現狀的程度	病患本人是否「同意」？	病患親屬是否「同意」？	「急救手術行為」所具有的「構成要件實現性」	「急救手術行為」所具有的「構成要件該當性」
輕傷害程度範圍內	病患「同意」	親屬「同意」	傷害構成要件實現性	傷害構成要件該當性
	病患「同意」	親屬「不同意」		
	病患「不同意」	親屬「同意」		
	病患「不同意」	親屬「不同意」		
重傷害程度以上	病患「同意」	親屬「同意」	- 傷害構成要件實現性 - 重傷害構成要件實現性 - 受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件實現性	受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性
	病患「同意」	親屬「不同意」	- 傷害構成要件實現性 - 重傷害構成要件實現性	重傷害構成要件該當性
	病患「不同意」	親屬「同意」		
	病患「不同意」	親屬「不同意」		

由此整理，可以看出：

- 輕傷害程度範圍內的「急救手術行為」的「構成要件該當性」為「傷害構成要件該當性」；至於病患本人和其親屬對「急救手術行為」是否「同意」，全然不影響其具有「傷害構成要件該當性」的判斷。
- 重傷害程度以上的「急救手術行為」，雖然必具有「傷害構成要件實現性」和「重傷害



構成要件實現性」，但因病患本人的「同意」和「不同意」，分別具有「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」和「重傷害構成要件該當性」。

- 至於病患親屬是否「同意」，對於重傷害程度以上的「急救手術行為」的「構成要件該當性」判斷，全然欠缺影響的可能。

2. 「阻卻違法的為第三人緊急避難」作為「急救手術行為」的「阻卻違法事由」

既然曰「急救」，則病患的「身體法益」或「生命法益」必然陷入「惡化」或發生的「緊急危險」，因而，「急救手術行為」者，無論以「傷害構成要件該當行為」、「重傷害構成要件該當行為」或「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當行為」為病患進行「急救」，必然符合「法益權衡」原則；詳言之：

- 若病患出現輕傷害程度範圍內「惡化」的「緊急危險」，則「急救手術行為」者是以「傷害構成要件該當行為」，嘗試犧牲「程度較低」的「輕傷害程度範圍內身體法益」來保全「程度較高」的「輕傷害程度範圍內身體法益」，因而符合「法益權衡」原則。
- 若病患出現重傷害程度以上「惡化」的「緊急危險」，若「急救手術行為」者是以「傷害構成要件該當行為」，嘗試犧牲「程度較低」的「輕傷害程度範圍內身體法益」來保全「程度較高」的「重傷害程度以上身體法益」，因而符合「法益權衡」原則。
- 若病患出現死亡發生的「緊急危險」，若「急救手術行為」者是以「傷害構成要件該當行為」，嘗試犧牲「程度較低」的「輕傷害程度範圍內身體法益」來保全「程度較高」的「生命法益」，因而符合「法益權衡」原則。
- 若病患出現重傷害程度以上「惡化」的「緊急危險」，若「急救手術行為」者是以「重傷害構成要件該當行為」，嘗試犧牲「程度較低」的「重傷害程度以上身體法益」來保全「程度較高」的「重傷害程度以上身體法益」，因而符合「法益權衡」原則。
- 若病患出現死亡發生的「緊急危險」，若「急救手術行為」者是以「重傷害構成要件該當行為」，嘗試犧牲「程度較低」的「重傷害程度以上身體法益」來保全「程度較高」的「生命法益」，因而符合「法益權衡」原則。
- 若病患出現重傷害程度以上「惡化」的「緊急危險」，若「急救手術行為」者是以「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當行為」，嘗試犧牲「程度較低」的「重傷害程度以上身體法益」來保全「程度較高」的「重傷害程度以上身體法益」，因而符合「法益權衡」原則。
- 若病患出現死亡發生的「緊急危險」，若「急救手術行為」者是以「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當行為」，嘗試犧牲「程度較低」的「重傷害程度以上身體法益」來保全「程度較高」的「生命法益」，因而符合「法益權衡」原則。

綜合上述，無論「急救手術行為」所具有的「構成要件該當性」為「傷害構成要件該當性」、「重傷害構成要件該當性」或「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」，均得以「阻卻違法的緊急避難」作為其「阻卻違法事由」，而不犯罪。

比較有趣的是，「阻卻違法的緊急避難」尚可區分為「阻卻違法的為自己緊急避難」和

「阻卻違法的為第三人緊急避難」。作為「急救手術行為」的「阻卻違法事由」，究竟是哪一種呢？答案是：「阻卻違法的為第三人緊急避難」！

在法律上，所謂「第一人」、「第二人」或「第三人」，其實是指「資格」或「地位」而言，而非以「具體」的「自然人」為準！「行為人」和「被害人」，亦復如是！舉例來說，所謂「自殺」和「自殘」，不就是「行為人」和「被害人」乃同一「自然人」嗎？

當「急救手術行為」必然「攻擊」病患的「身體法益」，而其所欲「急救者」，亦復為同一「自然人」病患，則其所犧牲的必然的是「第二人」病患的「身體法益」，而所欲拯救的是「第三人」病患的「程度較高」的「身體法益」或「生命法益」。因而，同一「自然人」病患，又是「第二人」，又是「第三人」，因而，作為「急救手術行為」的「阻卻違法事由」的「阻卻違法的緊急避難」應屬「阻卻違法的為第三人緊急避難」！

3.「依法律之行為」與「阻卻違法的為第三人緊急避難」形成「阻卻違法事由競合」而作為「急救手術行為」的「阻卻違法事由」

一個特定的「構成要件該當行為」，只要其具有一個「阻卻違法事由」，即足以否定其「違法性」。換言之，如果就一個特定的「構成要件該當行為」，如果找到一個特定的「阻卻違法事由」，既然就已確定該特定「構成要件該當行為」不具「違法性」，實無必要再多此一舉去探究該「構成要件該當行為」是否猶仍具有其他的「阻卻違法事由」，因為就算有，也還是一樣，該特定「構成要件該當行為」就是不具有「違法性」。

因此，一個特定的「構成要件該當行為」而有具有多數「阻卻違法事由」——即發生「阻卻違法事由競合」的現象——，對實務的意義並不大，只是對學理的論述完整性，有其重要性。

如前所述，「急救手術行為」，無論其具有的「構成要件該當性」為「傷害構成要件該當性」、「重傷害構成要件該當性」或「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」，均具有「阻卻違法的為第三人緊急避難」作為其「阻卻違法事由」。其實，除此之外，其亦同時具有「依法律之行為」另一「阻卻違法事由」。質言之，「依法律之行為」與「阻卻違法的為第三人緊急避難」形成「阻卻違法事由競合」而作為「急救手術行為」的「阻卻違法事由」。

因為，醫療法第六十條第一項規定：「醫院、診所遇有危急病人，應先予急救，並依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延」；第七十三條第一項復規定：「醫院因限於人員、設備及專長能力，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診。但危急病人應依第六十條第一項規定，先予適當急救，始可轉診」；可見，「急救手術行為」因屬履行醫療法所明定的「急救義務」之行為，因此，亦得以「依法律之行為」作為其「構成要件該當行為」的「阻卻違法事由」。

4.就「急救手術行為」，以「阻卻違法的為第三人緊急避難」與「依法律之行為」作為「阻卻違法事由」，均不必考慮病患本人或其親屬是否「同意」

在醫療實務上，或許醫院和醫師很在乎「急救手術行為」是否先取得病患本人或其親屬



的「同意」，但從刑法角度來看，以「阻卻違法的為第三人緊急避難」與「依法律之行為」作為具有「構成要件該當性」的「急救手術行為」的「阻卻違法事由」，根本毋庸考慮是否具有病患本人或其親屬的「同意」。換言之，即使欠缺該「同意」或其根本就「不同意」，也不會影響「阻卻違法的為第三人緊急避難」與「依法律之行為」成立。

依刑法第二十四條的規定和「法益權衡」理論，「行為人出於為自己或第三人避難的意思，為拯救現在陷於緊急危險之法益，在別無他法的不得已情況下，以構成要件該當行為攻擊並不法引起該法益陷入危險之人的法益，嘗試保全該陷入危險之較高法益，符合法益權衡原則，成立阻卻違法的緊急避難，阻卻該構成要件該當行為的違法性」。可見，病患本人或其親屬的「同意」，在任何情況下，均不屬於「阻卻違法的（為第三人）緊急避難」的「成立要件」，所以，欠缺該「同意」或其根本就「不同意」，也不會影響「阻卻違法的為第三人緊急避難」成立。

此外，雖然醫療法第六十三條第一項本文規定：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率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」，然而，全項但書復規定，「但情況緊急者，不在此限」。可見，若「情況急迫」，即使同屬醫療法的規定，但第六十條第一項的「醫院、診所遇有危急病人，應先予急救，並依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延」規定，以及第七十三條第一項的「醫院因限於人員、設備及專長能力，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診。但危急病人應依第六十條第一項規定，先予適當急救，始可轉診」的規定，應優先於第六十三條第一項本文的規定而為適用。因而，「急救手術行為」即使不符合第六十三條第一項本文的規定而行之，仍因其屬履行醫療法所明定的「急救義務」之行為，仍屬「依法律之行為」而不具「違法性」。所以，欠缺病患本人或其親屬的「同意」或其根本就「不同意」，也不會影響「依法律之行為」成立。

就「急救手術行為」，醫界如此在乎病患本人或其親屬的「同意」，從刑法角度來看，實在是一件很難理解的事！其所應關心者，應該是「危急」的判斷標準吧！

5. 「阻卻違法的承諾」有可能和「阻卻違法的為第三人緊急避難」和「依法律之行為」同時作為具有「傷害構成要件該當性」的「急救手術行為」的「阻卻違法事由」

如果「急救手術行為」所具有的「構成要件該當性」為「傷害構成要件該當性」，則除了具有「阻卻違法的為第三人緊急避難」和「依法律之行為」作為其「阻卻違法事由」外，尚可能以「阻卻違法的承諾」作為其「阻卻違法事由」。

由於刑法承認「身體法益持有人」，就其「輕傷害程度範圍內」的「身體法益」具有「處分權」。因此，具有「傷害構成要件該當性」的「急救手術行為」，若取得病患本人的「同意」，則於「阻卻違法的為第三人緊急避難」和「依法律之行為」外，同時另具有「阻卻違法的承諾」這樣的「超法規阻卻違法事由」，而形成就同一「傷害構成要件該當行為」，發生罕見的「阻卻違法的為第三人緊急避難」、「依法律之行為」和「阻卻違法的承諾」等三者的「阻卻違法事由競合」。

但要注意，若未有病患本人的「同意」，即使取得其親屬的「同意」，亦不成立「阻卻違法的承諾」。因為，刑法上的「承諾」，僅指「法益持有人」的「承諾」，而不及於其他人。

綜合上述，我們可將具有「傷害構成要件該當性」的「急救手術行為」所具有的「阻卻違法事由」，整理為以下圖表：

具有「傷害構成要件該當性」的「急救手術行為」所具有的「阻卻違法事由」		
病患本人是否「同意」？	病患親屬是否「同意」？	所具有的「阻卻違法事由」
病患「同意」	親屬「同意」	• 阻卻違法的為第三人緊急避難 • 依法律之行為 • 阻卻違法的承諾
病患「同意」	親屬「不同意」	
病患「不同意」	親屬「同意」	• 阻卻違法的為第三人緊急避難 • 依法律之行為
病患「不同意」	親屬「不同意」	

但具有「傷害構成要件該當性」的「急救手術行為」，即使於「阻卻違法的為第三人緊急避難」和「依法律之行為」之外，多了一個「超法規阻卻違法事由」「阻卻違法的承諾」，也還是和不多這麼一個一樣，就是不具「違法性」。

6. 具有「重傷害構成要件該當性」和「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」的「急救手術行為」，不可能以「阻卻違法的承諾」作為其「阻卻違法事由」

雖然就重傷害程度以上的「急救手術行為」，依其是否取得病患本人的「同意」，分別適用「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件」和「重傷害構成要件」，而分別具有「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」和「重傷害構成要件該當性」。也因此，病患本人的「同意」，就重傷害程度以上的行為，具有「減輕構成要件要素」的意義。

但就「阻卻違法事由」來說，病患本人的「同意」就扮演不上任何角色了！既然就重傷害程度以上的行為，刑法只將病患本人的「同意」作為「減輕構成要件要素」，則表示其就重傷害程度以上的「身體法益」，並不承認「法益持有人」具有「處分權」；即使「法益持有人」有所「處分」，亦屬「無權處分」，既然屬「無權處分」，則此「承諾」，怎可能作為「阻卻違法事由」呢？

所以，具有「重傷害構成要件該當性」和「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」的「急救手術行為」，不可能以「阻卻違法的承諾」作為其「阻卻違法事由」。但即使如此，該「重傷害構成要件該當行為」和「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當行為」，亦已具有「阻卻違法的為第三人緊急避難」和「依法律之行為」



二個「阻卻違法事由」而不具「違法性」。

病患本人的「同意」，就具有「重傷害構成要件該當性」和「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」的「急救手術行為」，於「阻卻違法」判斷即已不具意義，遑論其親屬的「同意」。因而，我們可將具有「重傷害構成要件該當性」和「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」的「急救手術行為」的「阻卻違法事由」，整理為以下圖表——相對於具有「傷害構成要件該當性」的「急救手術行為」所具有的「阻卻違法事由」的圖表，更為簡單——：

具有「重傷害構成要件該當性」和「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」的「急救手術行為」所具有的「阻卻違法事由」		
病患本人是否「同意」？	病患親屬是否「同意」？	所具有的「阻卻違法事由」
病患「同意」	親屬「同意」	- 阻卻違法的為第三人緊急避難 - 依法律之行為
病患「同意」	親屬「不同意」	
病患「不同意」	親屬「同意」	
病患「不同意」	親屬「不同意」	

7. 「急救自殘自殺者之手術行為」所具有的「構成要件該當性」

「急救自殘自殺者之手術行為」當然屬「急救手術行為」，因而其所具有的「構成要件該當性」，與一般「急救手術行為」並無不同，不是「傷害構成要件該當性」，就是「重傷害構成要件該當性」，再不然就是「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」。

「急救自殘自殺者之手術行為」當然屬「急救手術行為」，故也和一般「急救手術行為」一樣：

- 輕傷害程度範圍內的「急救自殘自殺者之手術行為」的「構成要件該當性」為「傷害構成要件該當性」；至於病患本人和其親屬對「急救手術行為」是否「同意」，全然不影響其具有「傷害構成要件該當性」的判斷。
- 重傷害程度以上的「急救自殘自殺者之手術行為」，雖然必具有的「傷害構成要件實現性」和「重傷害構成要件實現性」，但因病患本人的「同意」和「不同意」，分別具有「受其囑託或得其承諾傷害之使之成重傷構成要件該當性」和「重傷害構成要件該當性」。
- 至於病患親屬是否「同意」，對於重傷害程度以上的「急救自殘自殺者之手術行為」的「構成要件該當性」判斷，全然欠缺影響的可能。

如果要說「急救自殘自殺者之手術行為」和一般「急救手術行為」有什麼不同，其實不是在「構成要件該當性」本身，而是自殘自殺被送急救者，較常見不肯「同意」，也因此「受

其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」和「重傷害構成要件該當性」的出現頻率，會有易位現象。

8. 「急救自殘自殺者之手術行為」還是必然具有「依法律之行為」作為「阻卻違法事由」

如前所述，「急救自殘自殺者之手術行為」當然屬「急救手術行為」，而「急救手術行為」必然屬履行醫療法所明定的「急救義務」之行為，是以「急救自殘自殺者之手術行為」當然屬「依法律之行為」而不具「違法性」。所以，欠缺病患本人或其親屬的「同意」或其根本就「不同意」，也不會影響「依法律之行為」成立。

簡言之，「急救自殘自殺者之手術行為」還是必然具有「依法律之行為」作為「阻卻違法事由」。

9. 「急救自殘自殺者之手術行為」無從以「阻卻違法的為第三人緊急避難」作為「阻卻違法事由」

依刑法第二百八十二條前段和第二百七十五條第一項的規定，刑法並不承認「法益持有人」對自己重傷害程度以上的「身體法益」和「生命法益」具有「處分權」，則「法益持有人」對自己重傷害程度以上的「身體法益」和「生命法益」加以「攻擊」，仍屬「不法攻擊」——即使刑法不處罰重傷害程度以上的「自殘行為」和「自殺行為」。

換言之，所謂「自殘行為」和「自殺行為」，均屬「行為人」和「被害人」由同一「自然人」扮演的行為，若因而病患的「身體法益」陷入「惡化」至重傷害程度以上或「生命法益」發生死亡的「緊急危險」，則亦為「第二人」「法益持有人」「不法攻擊」「第三人」「法益持有人」，因而，其重傷害程度以上的「身體法益」和「生命法益」並非非因「不法攻擊」而陷入「緊急危險」，也因此「阻卻違法的為第三人緊急避難」，就具有「傷害構成要件該當性」、「重傷害構成要件該當性」或「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」，並無適用的餘地，不可能作為其「阻卻違法事由」。

若病患「自殘行為」僅於輕傷害度內為之，因為「法益持有人」對自己輕傷害程度範圍內「身體法益」具有「處分權」，雖難謂其有所「不法侵害」，但亦非非因「人為攻擊」而使其輕傷害程度範圍內「身體法益」陷入「緊急危險」，也因此「阻卻違法的為第三人緊急避難」，就具有「傷害構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」，亦無適用的餘地，也不可能作為其「阻卻違法事由」。

10. 「阻卻違法的承諾」或「為第三人正當防衛」有可能和「依法律之行為」同時作為具有「傷害構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」的「阻卻違法事由」

「未遂」的「自殘自殺」者，亦有可能「反悔」，一旦其被送醫急救後，給予「急救自殘自殺者之手術行為」者「同意」，若該行為所具有的「構成要件該當性」屬「傷害構成要件該當性」，因具有「阻卻違法的承諾」，故同一「傷害構成要件該當行為」，即具有「依

法律之行為」和「阻卻違法的承諾」雙重「阻卻違法事由」，而不具「違法性」。

若「未遂」的「自殘行為」或「自殺行為」，使病患的「身體法益」陷入「惡化」至重傷害程度以上或「生命法益」發生死亡的「緊急危險」，但病患以「不同意」而「拒絕急救」而「不作為」繼續「不法攻擊」其重傷害程度以上的「身體法益」或「生命法益」，則具有「傷害構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」，即使不得以「阻卻違法的為第三人緊急避難」作為其「阻卻違法事由」，但仍成立「為第三人正當防衛」。

最麻煩的是，若「未遂」的「自殘行為」或「自殺行為」，僅使病患的「身體法益」至多在輕傷害程度範圍內「惡化」，即使其屬「緊急危險」，但病患對自己輕傷害程度範圍內的「身體法益」具有「處分權」，因此，病患以「不同意」而「拒絕急救」而「不作為」繼續「人為攻擊」其輕傷害程度範圍內的「身體法益」，具有「傷害構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」，仍不得以「為第三人正當防衛」作為其「阻卻違法事由」。儘管如此，該「傷害構成要件該當行為」僅憑「依法律之行為」作為「阻卻違法事由」，即已不具有「違法性」。

至於病患親屬是否「同意」，在此，根本無從影響「阻卻違法事由」的判斷，因為——如前所述——，刑法上的「承諾」，僅指「法益持有人」的「承諾」，而不及於其他人。

綜合上述，我們可將具有「傷害構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」所具有的「阻卻違法事由」，整理為以下圖表：

具有「傷害構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」所具有的「阻卻違法事由」			
緊急危險	病患本人是否「同意」？	病患親屬是否「同意」？	所具有的「阻卻違法事由」
「身體法益」「惡化」至重傷害程度以上或「生命法益」發生死亡	病患「同意」	親屬「同意」	• 依法律之行為 • 阻卻違法的承諾
	病患「同意」	親屬「不同意」	
	病患「不同意」	親屬「同意」	• 依法律之行為 • 為第三人正當防衛
	病患「不同意」	親屬「不同意」	
在輕傷害程度範圍內「惡化」	病患「同意」	親屬「同意」	• 依法律之行為 • 阻卻違法的承諾
	病患「同意」	親屬「不同意」	
	病患「不同意」	親屬「同意」	• 依法律之行為
	病患「不同意」	親屬「不同意」	

11. 具有「重傷害構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」具有「依法律之行為」和「為第三人正當防衛」雙重「阻卻違法事由」

若「急救自殘自殺者之手術行為」所具有的「構成要件該當性」為「重傷害構成要件該當性」，則必然因「減輕構成要件要素」「被害人承諾」未實現，亦即在欠缺病患「同意」下行之。

而得以「重傷害構成要件該當行為」而為「急救自殘自殺者之手術行為」，必然屬病患的「身體法益」陷入「惡化」至重傷害程度以上或「生命法益」發生死亡的「緊急危險」，若病患本人未予「同意」或根本就「不同意」，則因其欠缺對自己重傷害程度以上的「身體法益」和「生命法益」的「處分權」，而屬以「不作為」的方式繼續「不法攻擊」「第三人」「法益持有人」的重傷害程度以上的「身體法益」和「生命法益」。

因而，「急救自殘自殺者之手術行為」者乃以「重傷害構成要件該當行為」為「第三人」「法益持有人」反擊「現在不法攻擊人」「第二人」「法益持有人」，故屬「為第三人正當防衛」，而具有「阻卻違法事由」。

綜合上述，具有「重傷害構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」，除了所有「急救（自殘自殺者之）手術行為」均具有的「阻卻違法事由」「依法律之行為」外，亦具有「為第三人正當防衛」作為「阻卻違法事由」，而具有雙重「阻卻違法事由」，而形成「阻卻違法事由競合」的現象。

至於病患親屬是否「同意」，對於重傷害程度以上的「急救手術行為」的「構成要件該當性」判斷，全然欠缺影響的可能，已於前述，自然對具有「重傷害構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」，因其亦屬「急救手術行為」，所以也不可能發生影響。

12. 具有「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」僅以「依法律之行為」作為其「阻卻違法事由」

若「急救自殘自殺者之手術行為」所具有的「構成要件該當性」為「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」，則必然因「減輕構成要件要素」「被害人承諾」亦被實現，亦即在病患「同意」下行之。

而得以「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當行為」而為「急救自殘自殺者之手術行為」，必然屬病患的「身體法益」陷入「惡化」至重傷害程度以上或「生命法益」發生死亡的「緊急危險」，即使如此，因為「不法攻擊」者病患已予「同意」，則該「不法攻擊」即已結束，「急救自殘自殺者之手術行為」者自無為「第三人」病患「反擊」「過去不法攻擊」的可能，在此情況下，自不可能以「為第三人正當防衛」作為「阻卻違法事由」。

除此之外，由於「法益持有人」對自己重傷害程度以上的「身體法益」和「生命法益」並無「處分權」，即使其有所「處分」，亦僅屬「減輕構成要件要素」，因而「急救自殘自殺者之手術行為」者，方因「未遂」的「自殘自殺」者的「同意」，而不適用「基本構成要件」「重傷害構成要件」，而改適用「減輕構成要件」「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件」而具有「構成要件該當性」。所以，具有「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」，亦不可能以「阻卻違法的承諾」作為「阻卻違法的承諾」。

綜合上述，不同於具有「重傷害構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」，具有「依法律之行為」和「為第三人正當防衛」雙重「阻卻違法事由」；具有「受其囑託或

得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」，僅具有單一「阻卻違法事由」：「依法律之行為」。儘管如此，該「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當行為」僅憑「依法律之行為」作為「阻卻違法事由」，即已不具有「違法性」。

至於病患親屬是否「同意」，對於重傷害程度以上的「急救手術行為」的「構成要件該當性」判斷，全然欠缺影響的可能，已於前述，自然對具有「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」的「急救自殘自殺者之手術行為」，因其亦屬「急救手術行為」，所以也不可能發生影響。

13. 小結：病患的「同意」充其量僅影響「急救（自殘自殺者之）手術行為」的「阻卻違法事由」屬「單數」或「多數」，無從影響其欠缺「違法性」

綜合上述，在任何情況下，病患親屬是否「同意」，對於「急救（自殘自殺者之）手術行為」的「構成要件該當性」和「阻卻違法事由」，全然欠缺任何影響力，因而不再討論——從刑法的角度來看，醫界對這點似乎沒有清楚的認識！

至於病患本人是否「同意」，對「急救（自殘自殺者之）手術行為」的「構成要件該當性」，若其所具有的是「傷害構成要件該當性」，根本毫無影響，若其實現「重傷害構成要件」，則因病患本人之「同意」和「不同意」分別具有「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件該當性」和「重傷害構成要件該當性」；於此範圍內，病患本人是否「同意」，對「急救（自殘自殺者之）手術行為」的「構成要件該當性」，是有影響力的。

對於「急救（自殘自殺者之）手術行為」所具有的三種不同的「構成要件該當行為」的「阻卻違法事由」，病患本人是否「同意」，則均具有影響的可能，但即使不具有病患本人的「同意」，具有「構成要件該當性」的「急救（自殘自殺者之）手術行為」，至少至少都還具有一個「阻卻違法事由」「依法律之行為」，但更經常發生「阻卻違法事由競合」。

在醫療實務上，醫院和醫師很在乎「急救手術行為」是否先取得病患本人或其親屬的「同意」，但從刑法角度來看，實在有點錯置焦點。因為，即使病患本人有所「同意」，充其量僅影響「急救（自殘自殺者之）手術行為」的「阻卻違法事由」屬「單數」或「多數」，無從影響其欠缺「違法性」。簡單講：「急救（自殘自殺者之）手術行為」即使欠缺病患本人或其親屬「同意」，也不可能具有「違法性」！

換言之，——再強調一次——，醫界更應關心的是——法界無能為力的——病人的「危急性」和「急救」的判斷標準，而非病患本人或其親屬的「同意（書）」之有無！所以，「急救（自殘自殺者之）手術行為」的「阻卻違法事由」，其認識的關鍵中的關鍵，乃規定於醫療法第六十條第一項和第七十三條第一項，而非於第六十三條第一項的本文。

三、案例題解參考

1. 乙所具有的「構成要件該當性」：

- ① 依刑法第二百七十八條第一項的規定，基於重傷害故意，而有重傷害行為，而對他人身體現狀予以重大改變者，具有「重傷害構成要件該當性」。
- ② 本案，乙基於重傷害故意，而將甲截肢而有重傷害行為，而對他人甲身體現狀予以重大改變。
- ③ 故乙具有「重傷害構成要件該當性」。因為甲反對，並未予以乙「截肢同意」，因而「減輕構成要件要素」「被害人的承諾」並未實現，故甲並無適用減輕的「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件」的餘地。

2. 乙的「重傷害構成要件該當行為」，具有三重「阻卻違法事由」：

- ① 乙具有「依法律之行為」的「阻卻違法事由」：
 - A. 依刑法第二十一條的規定，「構成要件該當行為」，依法律者，不具「違法性」。
 - B. 本案，醫療法第六十條第一項規定：「醫院、診所遇有危急病人，應先予急救，並依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延」，既然甲命在旦夕，乙施以具有「重傷害構成要件該當性」的「急救手術行為」，自屬履行醫療法所明定的前述「急救義務」之行為。
 - C. 故乙的「重傷害構成要件該當行為」，具有「依法律之行為」的「阻卻違法事由」。
- ② 乙具有「為第三人正當防衛」的「阻卻違法事由」：
 - A. 依刑法第二十三條的規定，出於為自己或第三人防衛意思，對於現在不法之攻擊，以「構成要件該當行為」進行必要且適當的反擊，則該「構成要件該當行為」，成立「正當防衛」，不具「違法性」。
 - B. 本案，「法益持有人」病患甲，對於自己的「生命法益」並無「處分權」，但以「不同意」而「拒絕急救」，實乃以「不作為」而進行「自殺」，而現在不法攻擊「第三人」病患甲的「生命法益」，乙出於為「第三人」病患甲防衛的意思，以履行醫療法所明定的前述「急救義務」的「重傷害構成要件該當行為」為「第三人」病患甲進行反擊，自屬必要且適當的反擊。
 - C. 故乙的「重傷害構成要件該當行為」，具有「為第三人正當防衛」的「阻卻違法事由」。
- ③ 乙具有「阻卻違法的為第三人緊急避難」的「阻卻違法事由」：
 - A. 依刑法第二十四條的規定和「法益權衡」理論，行為人出於為自己或第三人避難的意思，為拯救現在陷於緊急危險之法益，在別無他法的不得已情況下，以「構成要件該當行為」攻擊並不法引起該法益陷入危險之人的法益，嘗試保全該陷入危險之較高法益，符合「法益權衡」原則，成立「阻卻違法的緊急避難」，阻卻該「構成要件該當行為」的「違法性」。



B.本案，行為人乙出於為「第三人」甲避難的意思，為拯救現在因地震壓傷而陷於緊急危險之「第三人」甲的生命法益，在別無他法的不得已情況下，以「重傷害構成要件該當行為」加以截肢而攻擊並不法引起該「生命法益」陷入危險之「第二人」甲的重傷害程度以上的「身體法益」，嘗試保全該陷入危險之「第三人」甲較高的「生命法益」，符合「法益權衡」原則。

C.故乙的「重傷害構成要件該當行為」，成立「阻卻違法的為第三人緊急避難」，而不具「違法性」。

④綜合上述，乙的「重傷害構成要件該當行為」同時具有「依法律之行為」、「為第三人正當防衛」和「阻卻違法的為第三人緊急避難」三重「阻卻違法事由」，不具「違法性」，而不犯罪。

3.甲截肢後，仍告不治，並不影響乙的「重傷害構成要件該當行為」同時具有三重「阻卻違法事由」的判斷：

①醫療法第六十條第一項所規定的「急救義務」之履行，僅以「依其人員及設備能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延」為限，並未以「急救成功」為要件。因而，即使乙將甲截肢後，甲仍告不治而未「急救成功」，乙仍屬履行前述的「急救義務」。故乙的「重傷害構成要件該當行為」，仍得以「依法律之行為」作為其「阻卻違法事由」。

②無論是「為第三人正當防衛」，或是「阻卻違法的為第三人緊急避難」，均未將「防衛成功」或「避難成功」作為其成立要件，因此，即使甲仍告不治，而「防衛不成功」或「避難不成功」，仍不影響「為第三人正當防衛」和「阻卻違法的為第三人緊急避難」的成立。是以，「為第三人正當防衛」和「阻卻違法的為第三人緊急避難」，均仍作為乙的「重傷害構成要件該當行為」的「阻卻違法事由」。

③綜合上述，即使甲截肢後，仍告不治，乙的「重傷害構成要件該當行為」仍然同時具有「依法律之行為」、「為第三人正當防衛」和「阻卻違法的為第三人緊急避難」三重「阻卻違法事由」，不具「違法性」，而不犯罪。

四、同一「構成要件該當行為」發生「阻卻違法的緊急避難」和「正當防衛」的「阻卻違法事由競合」，並非不能想像——代結論

傳統上，刑法理論有此確信：就同一「構成要件該當行為」，「阻卻違法的緊急避難」和「正當防衛」不可能同時作為其「阻卻違法事由」。此確信之所以形成，乃因為「正當防衛」必須針對「不法攻擊人」加以反擊，而「阻卻違法的緊急避難」乃攻擊非屬「不法攻擊人」的「無辜者」以為避難。

但由本實例，可以發現：就地震壓傷來看，「無辜者」甲的重傷害程度以上「身體法益」被醫師乙的「重傷害構成要件該當行為」加以「攻擊」，而為「第三人」甲的「生命法益」避難；且在此同時，「第三人」甲亦受到「第二人」甲以「拒絕急救」的「不作為自殺」加

以「不法攻擊」。

在此情況下，行為人乙以同一具有「重傷害構成要件該當性」的「急救（自殘自殺者之）手術行為」，一方面，為「第三人」甲「緊急避難」——由此角度來看，其屬「避難行為」——；另一方面，亦為「第三人」甲對「第二人」甲加以反擊——由此角度來看，其屬「防衛行為」——。

因此，刑法理論對「就同一『構成要件該當行為』，『阻卻違法的緊急避難』和『正當防衛』不可能同時作為其『阻卻違法事由』」的確信，應有修正的必要。

或許在其他領域，就同一「構成要件該當行為」，「阻卻違法的緊急避難」和「正當防衛」同時作為其「阻卻違法事由」，頗難想像。但在急診室中，即使以「不作為」進行「自殺自殘」者，於平時亦屬罕見，但於天災地變或戰場而受傷者，因一時的疼痛而「寧死者」，亦在所有多有，此時「就同一『構成要件該當行為』，『阻卻違法的緊急避難』和『正當防衛』同時作為其『阻卻違法事由』」就不是什麼奇怪的事！就算台灣長時間未蒙戰火，但天災地變，年年有之，參與急救之醫療人員，當心有悽悽！

故曰：同一「構成要件該當行為」發生「阻卻違法的緊急避難」和「正當防衛」的「阻卻違法事由競合」，並非不能想像！