

履行「醫療義務」當然無罪，未履行也未必有罪

—醫界和法界對「醫療刑法」應有的正確認識（中）

鄭 逸 哲*

八、病患本人或其家屬的「同意」在「醫療刑法」上的正確定位

如前所述，具有「故意構成要件該當性」的「履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，其之所以具有「阻卻違法事由」，乃取決於「行為有價值」。因而，嚴格說來，就「刑法」來說，於「違法性」的判斷層次，病患本人或其家屬的「同意」，並不發生絲毫的影響力；充其量其僅影響「構成要件該當性」的判斷。

然而，於「非重大」的「身體法益」範圍內，即使取得病患本人的「同意」，也絲毫影響不了其具有「傷害構成要件該當性」判斷，更何況其家屬的「同意」。就「重大」的「身體法益」和「生命法益」，病患本人的「同意」亦僅作為「減輕構成要件要素」，即使行為人不具有「重傷害構成要件該當性」和「殺人構成要件該當性」，亦無礙於「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「受其囑託或得其承諾而殺之構成要件該當性」的成立。至於病患家屬的「同意」，則根本不可能影響其「構成要件該當性」，一律具有「重傷害構成要件該當性」和「殺人構成要件該當性」。

綜合上述，從刑法的角度來看，僅有病患本人的「同意」，於作為「減輕構成要件要素」範圍內，方具有意義。但由於具有「故意構成要件該當性」的「履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，其之所以具有「阻卻違法事由」而不犯罪，關鍵在「行為有價值」；而「行為有價值」的判斷，全然和是否具有病患本人或其家屬的「同意」無關。因而，醫療實務對於病患本人或其家屬的「同意」與其簽具所謂「同意書」，予以強烈關注，這種現象，對「刑法」——乃至於「醫療刑法」來說，似乎多餘。

至於病患本人或其家屬的「同意」與其簽具所謂「同意書」，對於其他法領域是否具有意義，終究是另一回事。

九、「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，亦有可能具有「故意構成要件該當性」

* 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。

對「醫療刑法」，最普遍的錯誤認知之一，恐怕就是認為，「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，莫非出於「過失」，亦即誤認「醫療上所發生的行為」若「未履行醫療義務」，僅有可能實現「過失構成要件」，其實不然。

事實上，並非不能想像「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」乃出於「故意」者。但要注意，即使出於「故意」，其所具有的「構成要件該當性」，或是「作為的故意構成要件該當性」，或是「不純正不作為的故意構成要件該當性」。若以「依醫療成規而為處理」，即屬已履行「醫療義務」，則前者，例如「未依醫療成規而作為者」；後者，例如，自始自終均「不作為」者。

換言之，「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，仍有可能負起「故意責任」，但在此同時，也喚起就具有「作為的故意構成要件該當性」和「不純正不作為的故意構成要件該當性」的「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，其所可能具有的「阻卻違法事由」，有加以研究的必要——而這個領域，向來為「醫療刑法」的研究，所完全漠視；甚至可以說，對之全然欠缺意識。

除此之外，就其所可能具有的「阻卻違法事由」加以研究之前，於「醫療刑法」的領域，這些實現「作為的故意構成要件」和「不純正不作為的故意構成要件」的「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，是否有可能因亦同時實現不成文的「消極構成要件」，而自始不具「構成要件該當性」，似乎亦屬應加以研究的課題。

十、實現「故意構成要件」的「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，亦可能實現不成文的「消極構成要件」而自始不具有「構成要件該當性」

一般，就不成文「消極構成要件」——即「阻卻構成要件（該當）事由」，大抵都只想到「阻卻構成要件（該當）同意」、「阻卻構成要件（該當）的可推測同意」和「客觀不可避免性」三者：前二者適用於實現「故意構成要件」者，而最後一者適用於實現「過失構成要件」者。

純就「刑法」來說，這樣的認識和對問題的處理，大致上難謂不正確，但就「醫療刑法」的領域，則有所不逮。

與一般的「因果進程」相較下，「醫療刑法」所要處理的「行為」具有其特性。一般說來，「刑法」所預設的「行為」，大體上指「創設」「因果進程」的「行為」；但「醫療刑法」所要處理的「行為」，絕大部分是涉及已因先前的「事實」或其他「行為」而已啟動「因果進程」者。例如，對先前因天災或他人砍殺而生命危急的病患的「醫療上所發生的行為」。

從這個角度來看，「醫療上所發生的行為」若屬「履行醫療義務」者，必然為對原已啟動的「因果進程」的「攔截行為」。若該原已啟動的「因果進程」，自始並無「攔截」的可能，即所涉及的病患法益的「減損」或「消滅」，無由因行為人的「攔截行為」加以變更，即使其放棄或未盡力加以「攔截」，所涉及的病患法益，還是如此「減損」或「消滅」。

在此情況下，即使行為人出於「故意」而放棄或未盡力加以「攔截」，自始對「因果進程」的隨後發展，全然欠缺影響力，而出現「方法不能」。當於二〇〇五年，刑法修法時，



於第二十六條將所有「不能未遂構成要件」均修改為「不可罰的構成要件」，則行為人即使具有「不能未遂構成要件該當性」，仍不可罰。

在此理解下，以「作為」或「不純正不作為」的方式，未履行「醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，是有可能出現「作為的不能未遂構成要件該當性」和「不純正不作為的不能未遂構成要件該當性」的；但既然所有「不能未遂構成要件」均屬「不可罰的構成要件」，自然不犯罪。

由是可知，未履行「醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，也未必有罪。

若對原已啟動的「因果進程」，的確有「攔截」的可能，使所涉及的病患法益的「減損」中止或「消滅」避免，但因行為人「故意」放棄或未盡力加以「攔截」，而使所涉及的病患法益，繼續「減損」，乃至於「消滅」；行為人即具有「作為的故意構成要件該當性」或「不純正不作為的故意構成要件該當性」，並無問題。然而，若行為人傾全力加以「攔截」，但充其量僅能使所涉及的病患法益，其「減損」或「消滅」的「因果進程」短暫中止，旋即續行；在此情況下，若行為人「故意」放棄或未盡力加以「攔截」，猶仍認為其具有「作為的故意構成要件該當性」或「不純正不作為的故意構成要件該當性」，難免「過度評價」。

事實上，於醫療實務，實現「作為的故意構成要件」或「不純正不作為的故意構成要件」的未履行「醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，最常見於「有限急救」、「放棄急救」或「不予急救」。而之所以如此，乃大多即使「予以急救」，亦僅能使所涉及的病患法益，其「減損」或「消滅」的「因果進程」短暫中止，旋即續行。就此種情形，實務上雖乏人有異見，不生爭訟，但於學理上，究竟應如何說明，終究是另一回事。

其實，「明知不可為而為」的「急救」，亦在所多有；但何以絕大多數「有限急救」、「放棄急救」或「不予急救」，亦不起非議？若待其具有「作為的故意構成要件該當性」或「不純正不作為的故意構成要件該當性」後，再嘗試以「行為有價值」，阻卻其「違法性」，實難以立論。因此，若不自始否定其具有「構成要件該當性」，則徒生困擾。

若施以「急救」的「攔截作為」，顯然可逆轉因先前的「事實」或其他「行為」而已啟動「因果進程」，自無考量「有限急救」、「放棄急救」或「不予急救」的餘地；但施以「急救」的「攔截作為」，充其量僅「不足道」「暫緩」該「因果進程」，則「醫療義務」是否履行，已無甚意義。畢竟「義務之履行」，目的在防止法益損害結果之出現；若即使「履行義務」，法益損害結果仍不免於發生，在此情況下，仍令行為人具有「構成要件該當性」，則不復立於法治國應堅守的「因果關係刑法」立場，而轉採處罰單純的「命令不服從」，自非所宜。

當「刑法」已普遍承認「客觀不可避免性」適用於實現「過失構成要件」者，亦即行為人即使已實現成文的「過失構成要件」，但若同時不成文的「消極構成要件」「客觀不可避免性」亦告實現，則行為人仍不具「過失構成要件該當性」。

「等則等之，不等則不等之」，基於「平等原則」的考慮，醫療實務之所以「有限急救」、「放棄急救」或「不予急救」，絕大部分的情形，實乃基於「客觀不可避免性」的考慮，因而，行為人即使已實現「作為的故意構成要件」或「不純正不作為的故意構成要件」，

但仍得因不成文的「消極構成要件」「客觀不可避免性」同時亦告實現，行為人仍不具「作為的故意構成要件該當性」或「不純正不作為的故意構成要件該當性」。

或許在這樣的理解下，才能妥當說明何以絕大多數的「有限急救」、「放棄急救」或「不予急救」行為，不構成犯罪——乃因其不具有「構成要件該當性」，而非其不具有「違法性」。

當然，這裡的「客觀不可避免性」屬法律概念，並無疑義，然而具體醫療個案，如何判斷的標準，即非法學所能勝任，端賴醫學形成專業的明確判斷標準，提供——尤其——檢察官和法院參照。

其實，醫界和法界就「醫療刑法」展開對話，其中非常重要的議題之一，乃是就判斷標準的形成，二者如何分工。

總之，實現「故意構成要件」的「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，亦可能實現不成文的「消極構成要件」而自始不具有「構成要件該當性」。

十一、具有「作為的故意構成要件該當性」的「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」所可能具有的「阻卻違法事由」

如前所述，即使「未履行醫療義務」，行為人的「醫療上所發生的行為」雖然實現成文的「作為的故意構成要件」，若因不成文的「消極構成要件」「客觀不可避免性」同時亦告實現，行為人仍不具「作為的故意構成要件該當性」。換言之，具有「作為的故意構成要件該當性」的「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，必然未實現不成文的「消極構成要件」「客觀不可避免性」。

但由於是否「履行醫療義務」，通常以「依醫療成規而為處理」作為判斷標準，因此「未履行醫療義務」，也還只是「中性」的判斷，僅指其「未依醫療成規而為處理」，尚未根本決定其是否「行為無價值」，而具「違法性」。

人體是極玄妙結構，醫學是極深奧之學，醫療是極個案性的處理程序；而「成規」乃經驗的歸納，並不像演繹所得者具有普遍的正确性，因此，「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，即使其具有「作為的故意構成要件該當性」，充其量僅得「推定」其具有「違法性」——即僅具有「形式的違法性」；而是否具有「實質的違法性」，尚待進一步是否「行為有價值」的判斷。

舉例來說，有某種「醫療技術」或「藥物」仍未經醫政機關核准，但行為人仍冒險一試，結果竟功。當該「醫療技術」或「藥物」仍未經醫政機關核准，自不可能依「成規」而為使用，然而若情況緊急，別無他法不得已而行之，亦仍符合「阻卻違法的為第三人緊急避難」規定，仍不具「違法性」。無論行為人所具有者，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」，均因具有此「阻卻違法事由」，而不犯罪。

所以，尤其法律實務，應特別注意，不宜僅依「行政院醫事審議委會」的「未依醫療成規而為處理」的鑑定結果，即輕率認為行為人所具有者為「過失構成要件該當性」，且屬「行為無價值」，而具「違法性」；而應更進一步，就具體個案，基於醫療屬極個案性處理程序



的考慮，審酌其是否具有「行為有價值」。

但要注意，若「未履行醫療義務」而實現「殺人構成要件」或「受其囑託或得其承諾而殺之構成要件」者，若不犯罪，嚴格說來，應不屬於「行為有價值」的判斷結果，通常均發生在「明知不可為而為」的「生命急救」，如此，由於「消極構成要件」「客觀不可避免性」同時亦告實現，行為人仍自始即不具有「殺人構成要件該當性」或「受其囑託或得其承諾而殺之構成要件該當性」。

除此之外，尚可想像，於天災或意外時，病患湧入，醫療機構人手不足，即使行為人對個別收容的病患均有「醫療義務」，但顧此當然失彼，於此情況下，勢必出現「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，進而具有「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」。但這些「構成要件該當行為」，往往得以「等價的義務衝突」為由，而「阻卻違法」。甚至也有可能，同一行為人的多數「構成要件該當行為」，均同樣以「等價的義務衝突」為由，而「阻卻違法」。

如果，舉例來說，多數病患的情況嚴重性有別，行為人擇重加以救治，而不得已棄輕者，或僅有限加以醫療，也因而就輕者「未履行醫療義務」而具有「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」。但這些「構成要件該當行為」，事實上並無必要訴諸不成文的「等價的義務衝突」，而「阻卻違法」。一來，因為數個「義務」間並不等價，並無適用的可能。二來，由於符合「法益權衡」，已有成文的「阻卻違法的為第三人緊急避難」，足資適用，而已不具有「違法性」。

當然若上述二種情形同時發生，則「等價的義務衝突」和「阻卻違法的為第三人緊急避難」同時作為「阻卻違法事由」。但要注意，此並不屬於「阻卻違法事由競合」，因為「等價的義務衝突」屬二個「等價義務」間的關係，而「阻卻違法的為第三人緊急避難」屬二個「不等價」的法益間的關係。

至此，事實上我們舉例說明，具有「作為的故意構成要件該當性」的「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，是有可能具有「阻卻違法事由」的。是否窮盡列舉其所有可能具有的「阻卻違法事由」，則應加以保留。但無論如何，也再度證明：「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，也未必犯罪。（待續）