

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（下）

鄭逸哲*

十二、僅具有「過失構成要件該當性」的「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」

現在學界和實務界，幾乎都認為「醫療上所發生的行為」都僅有可能具有「過失構成要件該當性」，這是徹底錯誤的！

我們實在很難想像，若行為人「履行醫療義務」，如何以「過失」方式行之？因而，根本不存在「履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」具有「過失構成要件該當性」者；否則既荒謬也悖理。

在此同時，「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，卻非不可能僅具有「過失構成要件該當性」——但更精確講，其所具有的必然是「不純正不作為的過失構成要件該當性」，而非「作為的過失構成要件該當性」或「不作為的過失構成要件該當性」。

當「醫療上所發生的行為」行為人應「履行醫療義務」時，若其「故意」不履行，則其所具有的「構成要件該當性」為「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」。但若「過失」未履行，行為人並未啟動某種「事實的因果關係」，而是「若其履行醫療義務」，則「結果將不發生」；也就是說，其所實現的是「擬制的因果關係」，因而其所具有的「構成要件該當性」，並非「作為的過失構成要件該當性」或「不作為的過失構成要件該當性」，而僅有可能是「不純正不作為的過失構成要件該當性」。

要具有「不純正不作為的過失構成要件該當性」，行為人必然具有「保全型的保證人義務」或「監控型的保證人義務」，且已進入「保證人地位」。就「醫療上所發生的行為」來說，實在難以想像行為人因其「危險的前行為」而發生「保證人義務」，因而「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，其所具有的「不純正不作為的過失構成要件該當性」，必然屬未履行「保全型的保證人義務」的「不純正不作為的過失構成要件該當性」。

* 鄭逸哲，國立臺北大學法律學系教授，德國慕尼黑大學法學博士。

十三、實現「不純正不作為的過失構成要件」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」

如前所述，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」。

全理，即使行為人履行其「醫療義務」，結果猶仍發生，則其雖然實現成文的「不純正不作為過失構成要件」，但因不成文的「消極構成要件」「客觀不可避免性」亦告實現，則行為人仍不具「不純正不作為的過失構成要件該當性」。

但更精確來講，應該優先進行「客觀不可避免性」是否實現的判斷，也就是說，若一般在客觀上所謂「救不活了！」或「救了也白救！」，則「客觀不可避免性」即告實現，實則並無必要再進行成文的「構成要件」是否實現判斷——無論是「故意構成要件」或「過失構成要件」；乃至於「作為構成要件」、「不作為構成要件」或「不純正不作為構成要件」——，因為即使其實現了，行為人必然還是不具有「構成要件該當性」，若再進行成文的「構成要件」是否實現判斷，不是多此一舉？

由是觀之，不僅「客觀不可避免性」是否實現的判斷優先於成文的「構成要件」是否實現的判斷；甚至，一旦「客觀不可避免性」被實現，我們也不再去思考「醫療義務」是否被履行的問題，因為「醫療義務」是否被履行，乃屬成文的「構成要件」是否實現的判斷的一部分。由是，再度驗證：履行「醫療義務」當然無罪，未履行「醫療義務」也未必有罪。

十四、具有「不純正不作為的過失構成要件該當性」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」

任何「構成要件該當行為」，均有可能具有「阻卻違法事由」，「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，若具有「不純正不作為的過失構成要件該當性」，當然也不例外。

舉例來說，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，甚至「忘了」還有這麼一個病患存在，全然未加以「醫療」，當然也就「未履行醫療義務」，而具有「不純正不作為（業務）過失傷害構成要件該當性」或「不純正不作為（業務）過失致重傷構成要件該當性」或「不純正不作為（業務）過失致人於死構成要件該當性」。

但這些「構成要件該當行為」，即使均屬「不純正不作為的故意構成要件該當行為」，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」。所以，在此情況下，「未履行醫療義務」，而具有「不純正不作為（業務）過失傷害構成要件該當行為」或「不純正不作為（業務）過失致重傷構成要件該當行為」或「不純正不作為（業務）過失致

人於死構成要件該當行為」，即具有「等價的義務衝突」這樣的「阻卻違法事由」。

若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」。

也因此，在此情況下發生的「不純正不作為（業務）過失傷害構成要件該當行為」或「不純正不作為（業務）過失致重傷構成要件該當行為」或「不純正不作為（業務）過失致人於死構成要件該當行為」，亦因成立「阻卻違法的為第三人緊急避難」，而不具有「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「不純正不作為（業務）過失傷害構成要件該當行為」或「不純正不作為（業務）過失致重傷構成要件該當行為」或「不純正不作為（業務）過失致人於死構成要件該當行為」的「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「不純正不作為的過失構成要件該當性」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。

十五、「履行醫療義務」和「未履行醫療義務」競合而實現「結果加重構成要件」的「醫療上所發生的行為」

如前所述，若基於「醫療目的」，實在難以想像不以著手「故意構成要件」而開始；但之所以出現「醫療刑事糾紛」，往往是因為繼之又出現「意外結果」。

但「意外結果」並不等於「過失結果」，此從刑法第 14 條一開始就說「行為人雖非故意，但…」的立法形式可知。因此，若行為人因「醫療上所發生的行為」而實現「結果加重構成要件」，則必然出現「履行醫療義務」和「未履行醫療義務」競合現象。否則，即使「意外結果」出現，因其屬「既非基於故意，亦非出於過失的結果」，就此部分，行為人自始即欠缺「醫療義務」，自然不可能發生所謂「未履行醫療義務」的問題。

十六、實現「結果加重構成要件」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」

「結果加重構成要件」屬「結合犯構成要件」，由一個「故意構成要件」和一個「過失構成要件」所競合構成。因而，當「故意構成要件」和「過失構成要件」均有可能即使成文的「構成要件」全然被實現，但因不成文的「消極構成要件」「客觀不可避免性」亦告實現，

則自始不具有「構成要件該當性」時；實現成文的「結果加重構成要件」者，亦有可能因不成文的「消極構成要件」「客觀不可避免性」亦告實現，而自始不具有「構成要件該當性」。

但要注意，不同於僅具有「過失構成要件該當性」的「醫療上所發生的行為」，其所具有的「構成要件該當性」必然是「不純正不作為的過失構成要件該當性」時；實現「結果加重構成要件」的「醫療上所發生的行為」，其所結合的「過失構成要件」，必然是「作為的過失構成要件」，不可能是「不純正不作為的過失構成要件」。因為，在「罪刑法定主義」下，現行刑法並不存在「故意構成要件」和「不純正不作為的構成要件」相結合的「結果加重構成要件」。若行為人以同一「醫療上所發生的行為」，既實現「故意構成要件」和「不純正不作為的過失構成要件」，則應分開判斷，至於其是否亦因不成文的「消極構成要件」「客觀不可避免性」亦告實現，而自始不具有「構成要件該當性」，也應分開判斷，不得也無從逕就「結果加重構成要件」而為判斷。

十七、具有「結果加重構成要件該當性」的「醫療上所發生的行為」其「阻卻違法事由」判斷應二階段行之

即使「結果加重構成要件」屬「結合犯構成要件」，由一個「故意構成要件」和一個「過失構成要件」所競合構成；但由於任何「構成要件該當行為」均有可能具有「阻卻違法事由」，所以「結果加重構成要件該當行為」亦不例外！

然而不同於純粹的「故意構成要件該當行為」和「過失構成要件該當行為」，「結果加重構成要件行為」的「阻卻違法事由」判斷，必須分別就「實現故意構成要件的事實部分」和「實現過失構成要件的事實部分」，個別加以審查，無從「一次完成」。

若因「醫療上所發生的行為」而具有「結果加重構成要件該當性」，就其「實現故意構成要件的事實部分」和「實現過失構成要件的事實部分」，個別均具有「阻卻違法由」，則整個「結果加重構成要件該當行為」，不具「違法性」，而不犯罪。

若因「醫療上所發生的行為」而具有「結果加重構成要件該當性」，就其「實現故意構成要件的事實部分」和「實現過失構成要件的事實部分」，個別均欠缺「阻卻違法由」，則整個「結果加重構成要件該當行為」，即具有「違法性」，若其亦具有「有責性」，則犯「結果加重之罪」。

若因「醫療上所發生的行為」而具有「結果加重構成要件該當性」，就其「實現故意構成要件的事實部分」具有「阻卻違法由」，但「實現過失構成要件的事實部分」欠缺「阻卻違法由」，則整個「結果加重構成要件該當行為」，僅就「實現過失構成要件的事實部分」具有「違法性」，若其亦具有「有責性」，則犯「過失之罪」。於此最應注意的是，不可能不應該如實務科以「業務過失」的罪名，因為刑法上並無「故意而業務過失構成要件」，即使於事實上有所謂「業務過失」，但行為人的「構成要件該當性」既然是「結果加重構成要件該當性」，且已進入「違法性」審查，即不容許再「倒車」進行「構成要件該當性」審查。因此，即使認為屬「業務過失」，亦僅成立「（普通）過失罪名」，不得成立「業務過失罪名」，否則和「罪刑法定主義」相牴觸。



若因「醫療上所發生的行為」而具有「結果加重構成要件該當性」，就其「實現故意構成要件的事實部分」欠缺「阻卻違法由」，但「實現過失構成要件的事實部分」具有「阻卻違法由」，則整個「結果加重構成要件該當行為」，似乎應僅就「實現故意構成要件的事實部分」具有「違法性」，若其亦具有「有責性」，而犯「故意之罪」。但這種情形根本難以想像在事實上會發生，因此根本沒有討論的必要。

茲將上述，整理為以下圖表：

「醫療上所發生的行為」而具有「結果加重構成要件該當性」		
實現故意構成要件的事實部分	實現過失構成要件的事實部分	是否犯罪？犯何罪？
具有阻卻違法事由	具有阻卻違法事由	不犯罪
不具有阻卻違法事由	不具有阻卻違法事由	犯結果加重之罪
具有阻卻違法事由	不具有阻卻違法事由	犯過失之罪
不具有阻卻違法事由	具有阻卻違法事由	難以想像有發生的可能

十八、不犯罪的「醫療上所發生的行為」的快速篩選流程

對醫界人士來說，前面應屬極龐大的論述；或許，對他們來說，一時難以完全理解，甚至覺得眼花瞭而覺得有點不耐煩！也因此，或許他們更關切的是：「你簡單點告訴我：『我不犯罪』，就好！」事實上，對不犯罪的「醫療上所發生的行為」，的確存在著快速篩選流程，以下五句，大概就概括了一切：

1. 若結果具有「客觀不可避免性」，就確定不犯罪。
2. 即使結果具有「客觀可避免性」，若欠缺「醫療義務」，也確定不犯罪。
3. 即使具有「醫療義務」，若已履行，也確定不犯罪。
4. 即使「未履行醫療義務」，若不具有「構成要件該當性」，也確定不犯罪。
5. 即使具有「構成要件該當性」，若具有任何一個「阻卻違法事由」，也確定不犯罪。

詳言之，針對「醫療上所發生的行為」進行犯罪判斷，最優先對「客觀不可避免性」是否存在進行判斷，恐怕屬最「經濟」的路徑，因為一旦結果具有「客觀不可避免性」，根本不必再問行為人是否履行「醫療義務」，因為在任何情況下，行為人必然不具有「構成要件該當性」，而根本就不可能犯罪。所以我們說：「未履行醫療義務」的「醫療上所發生的行為」，也未必犯罪。

即使結果具有「客觀可避免性」，也不必急著去檢視行為是否實現「構成要件」，毋寧應先檢視行為人是否具有「醫療義務」，若不具有「醫療義務」，則在任何情況下，根本不可能具有「構成要件該當性」，也就因此，也確定不可能犯罪。

若其具有「醫療義務」，但已履行，也不必去檢視行為是否實現「構成要件」，因為在

任何情況下，根本不可能具有「構成要件該當性」，也就因此，也確定不可能犯罪。

若其具有「醫療義務」，卻未履行，仍有可能不具有「構成要件該當性」，而不犯罪。再強調一次：履行「醫療義務」當然無罪，未履行「醫療義務」也未必有罪。

「醫療上所發生的行為」具有「構成要件該當性」者，一般說來，均具有「阻卻違法事由」，而且往往不只一個，亦即出現「阻卻違法事由競合」。但不必該「構成要件該當行為」所具有的所有「阻卻違法事由」都找到，只要找到其中任何一個，就已確定不具「違法性」，而確定不犯罪；即使再找到另一個「阻卻違法事由」，也還是一樣不具「違法性」，而確定不犯罪。

十九、「醫療刑法」基本關鍵概念的矯正——代結論

從以上大篇幅的討論——但即使是篇幅的討論，猶仍掛一漏萬——，不難看出，迄今我們對「醫療刑法」的研究，自始就是偏頗的——尤其，從幾乎只侷限在所謂「醫療過失刑法」，使整個問題的觀察，自始就遭到扭曲。之所以如此，作者認為，大概可以歸結成三個原因：翻譯代替省思，此其一；法界和醫界分工不良，此其二；將一般理論適用到特殊問題，此其三：

法學界迄今處理「醫療刑法」的問題，似乎有個大毛病，常把德國和日本的東西翻譯一下，就算「研究」，也不管他們的「研究」是否有問題。碰到具體問題，法學界和醫界未能各司其職，協力解決問題，各持本位，非份「撈過界」，使問題愈搞愈無解。此外，既曰「醫療刑法」，則其所研究的問題，除具有「刑法」的通性，自亦具有「醫療（領域）」的特性，但往往企圖逕以一般理論來處理特殊問題，自然捉襟見肘。

因而，要妥善展開「醫療刑法」的研究，邁向正途，必須優先對「醫療刑法」基本關鍵概念，進行矯正；否則，也是白費功夫。以下，對「醫療刑法」若干基本關鍵概念進行澄清，對法學界來說，應屬研究「醫療刑法」的出發點矯正；對醫界來說，應屬其認識「醫療刑法」的正確切入點——為此，本文前述內容，為使醫界讀者閱方便，或有重覆，敬請見諒！當然，以下的論述，只是擇要行之，並不周詳，但相信對法學界和醫界的對話展開，有一定程度的幫助，並以之代為本文結論：

1. 已有「因果進程」先行啟動，才有「醫療行為」

就時間來說，「醫療行為」並不屬於第一次的觀念，而是一種「衍生」的概念。如果欠缺一個「因果進程」已先行啟動，根本就欠缺「醫療」的對象。

這個已先行啟動的「因果進程」，不是「死亡的因果進程」，就是「（重）傷害的因果進程」。因為所謂「病患」，必然屬陷於「生命法益滅失危險」或者「身體法益惡化危險」。

這種「因果進程」的啟動，或因「純粹事實」，例如細菌病毒的感染，或因他人的「行為」——乃至於「病患」本人的行為——例如遭砍傷或自殘——，而非「醫療行為」所啟動。

但無論如何，必然有此類的「因果進程」已先行啟動，才有可能有「醫療行為」的出現，否則，要「醫」什麼呢？

2. 「醫療行為」乃啟動另一「因果進程」



一般說來，「醫療行為」必然具有「構成要件該當性」，所以難以想像其不啟動另一「因果進程」。因為有所「醫療」，幾乎都得對病患加以「身體現狀改變」，不然怎麼「醫」呢？不「改變」怎麼「醫好」呢？而且，如此的對病患加以「身體現狀改變」，都是依「計劃」而「故意」行之；很難想像「過失」進行「醫療行為」吧！

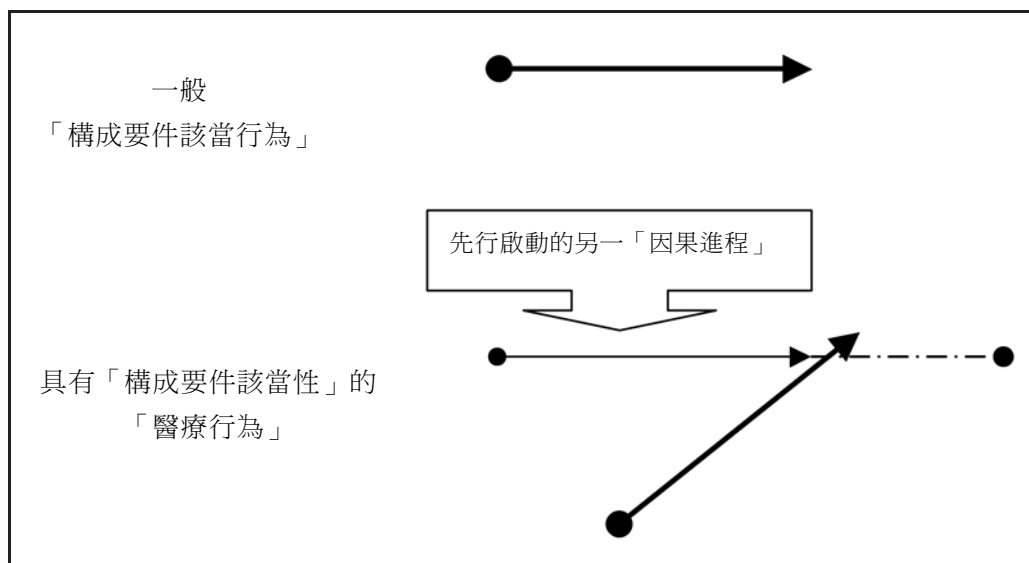
所以，「醫療行為」必然具有「構成要件該當性」，而且所具有的是「故意構成要件該當性」；而最常見的是「傷害構成要件該當性」，以及——依病患「承諾」之有無——「重傷害構成要件該當性」和「受其囑託或得其承諾傷害之使之成重傷構成要件該當性」。

3. 「醫療行為」乃啟動一個「因果進程」以「攔截」已先行啟動的另一「因果進程」

綜合上述，「醫療行為」乃啟動一個實現「構成要件因果關係要素」的「因果進程」以「攔截」已因「純粹事實」或他人的「行為」而已先行啟動的另一「因果進程」。

即使「醫療行為」的「構成要件該當性」判斷，並不必考慮已進行的另一「因果進程」，但此另一「因果進程」，並不能想像其不存在。因此，——類似於「因果關係中斷」——，「醫療行為」乃「中斷」另一「因果進程」的「行為」；其所不同者，在於其「防止」「更糟結果」的發生，卻又於「構成要件」範圍內實現「構成要件結果要素」。

我們可將具有「構成要件該當性」的「醫療行為」和純粹「創設因果進程」的一般「構成要件該當行為」的結構，於下圖進行比較觀察：



4. 「醫療行為」的「攔截」是否成功，應以其所欲防止的「結果」是否出現為準

從上圖可以看出，一般「構成要件該當行為」只涉及一個「因果進程」，因而只有一個結果，且屬「構成要件結果」。對照來看，具有「構成要件該當性」的「醫療行為」涉及二個「因果進程」：一個已先行啟動的「因果進程」，另一個則是「醫療行為」所啟動的「因果進程」；因而有二個「結果」：一屬前者所形成者，另一則為「醫療行為」所形成者。

雖然，「醫療行為」所具有的「構成要件該當性」判斷，並不考慮另一「因果進程」，

因為並非其所啟動者，但於其是否具有違法性的判斷，就不得不考慮到另一「因果進程」；更精確講，要考慮到二個「因果進程」間的「關係」。

以「急救生命行為」為例，若對病患甲施以緊急氣管插管及心肺復甦術，至少就氣管插管部分，醫師乙至少已實現「傷害構成要件」，其所啟動者為「傷害因果進程」，其所形之結果為「傷害結果」。至此，不必也不可能考慮到甲「病危」的事實，因為此均不屬其「傷害行為」所形成者，而與其「傷害構成要件該當性」判斷無關。

但乙是否成立——例如——「阻卻違法的緊急避難」，就不得不考慮到已先行啟動的「死亡因果進程」，以及其所形成的可能「結果」。

但應注意！乙之所以以急救行為作為「避難行為」，所要「攔截」者，為甲的「死亡因果進程」，因而其「攔截」是否成功，乃以其所欲防止出現的「結果」為準，而非以先前已先行啟動的另一「因果進程」所致的「結果」為準。即使甲最後不幸陷於「植物人狀態」，但乙的「急救行為」所欲「攔截」者，乃防止「死亡結果」出現，由此觀之，此「阻卻違法的緊急避難」屬「避難成功」——亦即「急救成功」！

5. 「醫療行為」所衍生的「意外結果」，並不等於「過失結果」

人各有體，有其同，但亦有異；而醫學發展迄今，仍屬「發展中」的「經驗科學」或「實驗科學」，因而其「成規」或「準則」，僅具統計學上的「相對正確性」，而不具有也不可能具有邏輯的「絕對正確性」。施於此病患有效的「治療方法」，施於彼卻可能致命，因此，「醫療行為」衍生「意外結果」，履見不鮮；反倒是不見「意外結果」，才是神話。

但要注意，「意外結果」固然是個「事實」，但並不等於「過失結果」，即使有可能是「過失結果」，但通常是「既非出於故意，亦非因過失的結果」。

6. 醫療法上的「注意義務」指「醫療義務」，而非刑法上的「注意義務」，且屬「浮動」概念

「過失行為」是依「注意義務」展開的概念，要判斷行為人就「醫療行為」所衍生的「意外結果」，是否有所「過失」，當然要判斷其是否違反「注意義務」，但此「注意義務」，並不是醫療法第八二條第一項所規定的「注意義務」。

該項規定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意」。由「應」字，我們可以看出：施行醫療者，對病患具有「醫療上之必要注意『義務』」。但「醫療義務」，就是「醫療上之必要注意義務」嗎？至少從「刑法」的角度來看，並不是！因為，在「刑法」上，「注意義務」僅就「過失行為」而言，但醫療法第八二條第一項所規定的「醫療上之必要『注意義務』」，不僅就「過失行為」有其適用，就「故意行為」亦然！因為全條第二項又規定：「醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任」。即使第二項是就民事的損害賠償責任加以規定，但還是可以看出第一項中的「醫療上之必要『注意義務』」，就「故意行為」亦有其適用。

因而，醫療法上所稱的「注意義務」，其實是指「醫療義務」。

此外，有普遍適用的「醫療義務」嗎？答案：並沒有！

法律並不是一條一條孤獨存在著！任何一條法律的規定，都存在於法律「森林」中。除了第八二條的規定外，醫療法第六十條第一項規定「醫院、診所遇有危急病人，應先予適當



之急救，並即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」，第七三條第一項則規定：「醫院、診所因限於人員、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，先予適當之急救，始可轉診」。將這些規定合併加以觀察，可以得知：醫療人員的「醫療義務」並非絕對的，而是在於「人員、設備及專長能力」的客觀條件範圍內方有之。因此，「醫療義務」的範圍，於具體個案，不同的醫療人員，或有不同的「醫療義務」範圍。

所以，所謂「醫療義務」乃指「於人員、設備及專長能力客觀條件範圍內，施以醫療義務」。可見，「醫療義務」是種「浮動」的概念。

7. 「依醫療成規而行」即應強制推定其「已履行醫療義務」

如前所述，醫學的「成規」或「準則」，僅具統計學上的「相對正確性」；但「醫療行為」又不得不有所依循，是以行為人「依醫療成規而行之」，即應強制推定其「已履行醫療義務」。

另應注意，「醫療手冊」並不等於「醫療成規」，由於一般「醫療手冊」，均依「有限變項」的「理想模型」而製作，難以窮盡萬變之病況——例如特殊體質或罕見疾病——，因而只要行為人「依一般慣行而行之」，即屬所謂「依醫療成規而行之」。無論檢察官、法院或鑑定機關，均不得以其「事後之明」，加以指摘；否則，不僅違反刑法的「行為時主義」，亦使「醫療業」不復為「職業」，而成為「冒險業」或「賭博業」。

適用民法時，尤其不得以「視病如親」等口號式的「道德義務」來調昇此一判斷標準，適用法律者，應嚴格遵守區分法律和道德的分際。

8. 「已履行醫療義務」，即已確定不犯罪

若行為人「已履行醫療義務」，無論其具有何種「構成要件該當行為」——即使其具有「故意」或「過失」——，也均將因其符合醫療法的規定，而屬「依法律之行為」，而具有「阻卻違法事由」，而不犯罪。

適用法律者應特別注意：因「醫療行為」衍生某種「意外結果」，二者間具有「因果關係」是一回事，但要先確定具有「因果關係」，才有所謂要不要對之負責的問題；若行為人「已履行醫療義務」，即使其具有「構成要件該當行為」，但其既已屬「依法律之行為」，即已不具違法性，則當然不必對之負責。

9. 「醫療疏失」只是指「客觀上」「未依醫療成規而行」，並不等於「醫療過失」

由於法院通常缺乏醫學的專業知識，行為人是否履行「醫療義務」，其實難以自為判斷，往往必須仰賴「行政院衛生署醫事審議委員會」的「鑑定」。

基本上，「鑑定」乃屬刑事訴訟法上認定「事實」的方法，或更精確說，「協助」就特殊領域欠缺「特別知識」的法院，就「事實」加以認定的方法。因此，在任何情況下，「鑑定」只針對「事實」，也只涉及「事實」，不可能也不得涉及「價值」或「價值判斷」！

一般，就「醫療刑事糾紛」，法院往往行文「行政院衛生署醫事審議委員會」，請求就「該醫療（上所發生的）行為（的施行流程），有無疏失？」加以「鑑定」。而「行政院衛生署醫事審議委員會」的「鑑定書」，大致上乃依以下「三段論法」模式而為撰寫：

- ①於X X的情況下，通常醫師會為X X的處理。
- ②本案，發生X X的情況，醫師A為（或未為）X X的處理。
- ③故醫師A乃依（或未依）醫療成規而為處理。

在此模式下，「於X X的情況下，通常醫師會為X X的處理」就是作為「判斷標準」的「醫療成規」，「醫師A實際如何處理」乃屬「判斷對象」，而「醫師A乃依醫療成規而為處理」或「醫師A並未依醫療成規而為處理」即「判斷結論」。

因此，「行政院衛生署醫事審議委員會」就只有也應該只有就醫師A是否依「醫療成規」而為處理的判斷，並不及於其他，也不能及於其他，否則即屬「無中生有」！

所以，「醫療疏失」只是指客觀上「未依醫療成規而行」，並不等於「醫療過失」。更何況，有無「過失」，乃適用法律之結果，為「法官保留」，不可能委由鑑定人行之，司法實務幾乎未注意及此。

10.即使「未依醫療成規而行」也未必具有「可罰的構成要件該當性」

即使病患「病危」，但醫師「未依醫療成規而行」，全然不加急救，也有可能根本就不具有「可罰的構成要件該當性」。舉例來說，因為地震病患被壓傷，即使急救，也是「盡人事」而已，即使行為人「故意」放棄或未盡力「攔截」因地震壓傷所啟動的「死亡因果進程」，其實和其全力「攔截」一樣，自始對該「死亡因果進程」，全然欠缺影響力，故其屬「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。

因此，不僅不能將「醫療疏失」逕自當成「醫療過失」來看，甚至行為人「未依醫療成規而行」而有「醫療疏失」，也不見得會犯罪。

就「醫療行為」適用民刑法律時，要特別注意！即使醫師違反「醫德」，而於「醫師法」有所意義，但此問題就民刑法的判斷來說，並非其所得適用者，否則，即屬「不應適用而為適用」。

11.因「醫療行為」而有「過失」，也未必具有「過失構成要件該當性」

如前所述，「醫療行為」乃屬「攔截」另一已先行啟動的「因果進程」的行為，因而，即使行為人有所「過失」，和——例如——單純「創設因果進程」的交通肇事行為人相較下，其更經常會出現，有「過失」但無「過失構成要件該當性」的現象。

若對先行已啟動的「因果進程」，的確有「攔截」的可能，即有可能使所涉及的病患法益的「減損」中止或「消滅」避免，而行為人不加以或未全力加以「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「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「過失」不加以或未盡力加以「攔截」，猶仍認為其具有「過失構成要件該當性」，難免「過度評價」。

若施以「醫療行為」的「攔截行為」，充其量僅「不足道」「暫緩」該先行已啟動的「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。

撇開「故意行為」不說，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，則行為人仍不具有「過失構成要件該當性」。

因此，因「醫療行為」而有「過失」，也未必具有「過失構成要件該當性」。

12. 就「醫療行為」，應架構符合「平等原則」的法律適用理論

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確性，因此，就「醫療行為」的法律適用，不宜全然套用依「演繹法」所形成的理論架構。尤其，「不可預見性」的相關問題，非具有醫學專業，更是難以理解——即使具有醫學專業，也因專科差異，而不得甚解。

此外，「醫療行為」屬「攔截另一因果進程的行為」，有其特殊性，但迄今所形成的傳統「因果關係理論」，無論刑法或民法，均限於針對單純「創設因果進程」的行為而為架構，學界和實務界也往往不察而逕自套用。

基於「等則等之，不等則不等之」的「平等原則」，如此「不等而等之」的法律適用，實乃「違憲」，應集思集益，就「醫療行為」的問題，加速推動符合「平等原則」的法律適用理論架構。

此外，就「醫療行為」的問題，適用法律時，應謹守「法律分工」的分際，病患因醫療而有所「損害」，當然應加以扶助和照顧，宜比照目前藥害救濟方式，設立「醫療傷害補償基金」，加以照應，不宜於適用民刑法時，「逾越分際」，自行擴張其「照應病患任務」。事實上，照顧醫療而有所「損害」的病患，屬國家的義務，若「轉嫁」給醫院或醫事人員，非但病患因訟累未必可得到及時的扶助，而且，一旦醫事人員為避罪免賠，而集體出現「防禦性醫療」心態，亦非全民之福。

最後要呼籲，就「醫療行為」的法律適用問題，醫界和法界應儘早結束意氣的「對罵」局面，而展開「對話」，切實掌握醫療行為屬「攔截另一因果進程的行為」的問題癥結，分進合擊形成合理的判斷標準，不要繼續讓「無辜」的醫事人員形成另類的「醫害被害人」——但也同時並不縱容應加制裁者。（全文完）