

「開錯刀」之刑法適用流程

鄭 逸 哲*

壹、案例事實

2013年10月10日的「東森新聞雲」網路新聞，有一則以「左右不分？巴西醫師手術開錯刀，無辜病患失去兩條腿」的報導，內容如下：

手術大烏龍？巴西里約熱內盧一名醫院醫師，在為一名因糖尿病導致腎衰竭，必須切除右腿的病患進行截肢手術時，卻錯把左腿截肢，導致這名病患被迫要失去雙腿。

根據《Courier mail》報導，這名醫師不僅切除錯了腿，事後還遲遲未察覺，是因病患的女兒事後向醫院反映後，醫師才再將右腿切除想補救。院方目前正在釐清醫生是否犯下醫療失誤，還是評估後認為病人的左腿也該截肢。

即使在台灣，像這種「開錯刀」的情事，也時有所聞，若走上刑事訴訟之途，多以「（業務）過失責任」論究。如此結論固然無誤，但刑法適用過程，卻幾乎全然未見，僅曰被告有「過失」，但卻不見究竟對什麼有「過失」？

本文的目的，即在就醫療案件的「開錯刀」事實類型，全盤還原其所應遵循的「刑法適用流程」。

故本文以上述新聞內容作為「案例事實」，並以「若本案發生於台灣，應如何論處？」作為提問。

貳、理論先探

一、任何手術行為均「至少」具有「傷害構成要件該當性」

尤其醫界朋友應了解，在刑法上所謂「傷害」，和日常生活用語的意涵並不相同，其僅指「對身體『現狀』加以改變」——無論變「好」或變「壞」，不管是「增加」或「減少」，都是加以「改變」——，並無日常生活用語涉及「動機」的

* 國立臺北大學法律學系教授，德國慕尼黑大學法學博士。

問題。

因此，即使基於「醫療目的」而動手術，首先並不考慮這個「醫療動機」，而僅是問是否對病患的身體「現狀」加以改變而已！我們難以想像，任何手術行為不對病患身體「現狀」加以改變，否則哪有手術可言？

如果手術行為對病患身體「現狀」加以「未達重大程度」的改變，就是「傷害」，若「達重大程度」則屬「重傷害」。即使完全無爭議的手術行為，亦然如此！

再者，任何手術行為均不能想像，醫師不在「我要從這裏切下去」的想像下開始，也就是說，醫師做這樣的動作，無從想像他不是「有意的」，故所有手術行為均屬「故意」的。因而，即使毫無爭議的手術行為，不是實現「故意」的「傷害構成要件」，就是——於重大手術——實現「故意」的「重傷害構成要件」。

所以，我們說：任何手術行為均「至少」具有「傷害構成要件該當性」。

二、病患的「同意」，有時會影響到手術行為所具有的「構成要件該當性」

手術行為往往會涉及病患本人對之有無「同意」的問題，而這種病患「允許」醫師對其「身體」加以改變的「同意」，在刑法上稱為「承諾」。

對身體「現狀」「未達重大程度」的改變這樣的「傷害」，刑法並未依是否具有被害人的「承諾」，而於「傷害構成要件」外，別有規定，所以無論手術行為是否取得病患的「承諾」，均一體適用「傷害構成要件」，而具有「傷害構成要件該當性」。

但對身體「現狀」「達重大程度」的改變這樣的「重傷害」，刑法依是否具有被害人的「承諾」，而區別適用：若不具有被害人的「承諾」，則適用「重傷害構成要件」，而具有「重傷害構成要件該當性」；若具有被害人的「承諾」，則適用減輕的「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件」，而具有「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」。亦即，在「構成要件該當性」判斷層次，就「重傷害構成要件」，被害人的「承諾」乃作為其「減輕構成要件要素」，「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件」乃屬「重傷害構成要件」的「減輕構成要件」，後者乃前者的「基本構成要件」。

特別要注意，在刑法上的「承諾」，僅指被害人本人的「承諾」，並不及於其他人，即使醫師的手術行為，依醫療法或其他法律的規定，得到其他人的「同意」，但終究非刑法上的「承諾」，因而仍不適用「受其囑託或得其承諾而傷害之使之成重傷構成要件」，而仍屬「重傷害構成要件該當行為」。

所以，我們說：病患的「同意」，有時會影響到手術行為所具有的「構成要件