

「醫療法」下的「醫療刑法」

－「醫療刑法」導論

鄭逸哲*、莊裕棠**

近年來，醫療糾紛演變成刑事案件明顯增加，使「醫療刑法」成為新興的討論話題。然而，無論在國內外，學界和實務，乃至於訴訟當事人，似乎僅憑「法感」和「直覺」進行討論和論辯，即使相關「定義」、「概念」、「法理」充斥著學術刊物的版面，往往因缺乏必要的論證、反省與批判，使這些看似蓬勃的研究，事實上成為空洞或似是而非的拼湊。復以，法界和醫界欠缺「語意」上的溝通與「翻譯」，使得「醫療刑法」並未成為化解紛爭的利器，反倒使訴訟當事人間的紛爭，進一步擴展而形成法界和醫界的相互叫陣。這種紛亂而非理性的現象，當為各界所不樂見。

作為法學工作者，本文所致力的，當屬側重「醫療刑法」法律面的初步認識與檢討——事實上，也只有能力如此；但在此同時，仍希望以較淺顯的文字，就「醫療刑法」的若干基本理解加以陳述，冀望能啟開法界和醫界良性對話的橋樑：

一、「『醫療法』適用」應作為「『醫療刑法』適用」的起點

就「醫療刑法」，作者觀察邇近的法學論述和相關司法判決，普遍對「醫療法」於「醫療刑法」中所應扮演的角色不夠重視——甚至忽視——，即使有所引述或適用，幾乎僅用以陪襯「刑法」。

既然以「醫療刑法」名之，則就是討論涉及「醫療」領域的「刑法」，既然涉及「醫療」領域，所有「醫療」相關的概念，自宜以「醫療法」為依歸，「刑法」不宜另行自訂判斷標準，否則法安定性和法平等性將被動搖，罪刑法定主義的保障機能，也將遭到侵蝕。

因此，「醫療刑法」所架構的判斷標準，不得片面取決於「刑法」，而應由「醫療法」和「刑法」所共同形成。舉例來說，「刑法」的「作為義務」或「不作為義務」，乃至於「注意義務」，一旦涉及「醫療」領域，其判斷標準，不僅必須符合刑法理論的架構，也必須合乎「醫療法」理論的架構。從這個角度來看，「醫療法」在某種意義上成為「刑法」的適用範圍限縮事由。

也就因此，一旦「醫療行為」符合「醫療法」的規定，而履行「醫療義務」，事實上就足以確定行為人不成立犯罪——即使尚未經「刑法」的判斷。

* 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。

** 莊裕棠，開南大學法律學研究所碩士生。

但要注意，這種「無罪快速篩選法」，僅就履行「醫療義務」者，能加以運用；也僅能促使法律適用者（法院）不致作成錯誤的有罪結論，但其進一步的「刑法適用」並不能加以減省，因為其之所以無罪，或因欠缺「構成要件該當性」，或因具有「阻卻違法事由」，對之，法律適用者（法院）仍有說明的義務。

但無論如何，應先依「醫療法」進行判斷，非但能使法律適用者（法院）不致忽略「醫療法」所應扮演的角色，亦使「『醫療刑法』適用流程」不致窄化為「『刑法』適用流程」。

如此一來，我們也可以說：「『醫療法』適用」應作為「『醫療刑法』適用」的起點。

二、「醫療義務」的概念

如前所述，「醫療刑法」所涉及的「醫療」概念，應以「醫療法」為依歸。因而，要了解何謂「醫療義務」，就得訴諸「醫療法」的規定。

可以想見的是，「醫療法」的制定，不同於「刑法」的制定，除了法界有所參與外，醫界亦扮演著吃重的角色；然而，最後所使用的文字和規定形式，實在有些糟糕！

「醫療法」第八十二條第一項規定：「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」第八十二條第一項所規定的「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，當「醫療法」和「刑法」應互相諧合而協力構成為「醫療刑法」的情況下，「醫療法」所規定的「醫療上之必要『注意義務』」，必須正確理解為「施以醫療所必要者之義務」——長遠來說，宜將之取代現有條文用語，以避免誤導。

由是觀之，「未履行醫療義務」者，有可能基於「故意」，也有可能因為「過失」。因而，學界和實務經常以「醫療行為的過失責任」作為討論範圍的限制，顯然是錯誤的。

然而，「施以醫療所必要者之義務」就是「醫療義務」的「全貌」嗎？並不是！

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。除了第八十二條的規定外，「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」，第七十三條第一項則規定：「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「施以醫療所必要者之義務」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。

舉例來說，A就醫於大型教學醫院和小型診所，或B胃病問診於腸胃科醫師和家庭科醫

師，後者的「醫療義務」範圍，顯然會遠小於前者。也就是說，即使在客觀上，病患同樣的醫療需要，但不同的醫療人員，會因「人員、設備及專長能力」的客觀條件差異，其「醫療義務」範圍會有所不同。於此履行「醫療義務」，於彼未必然，反之，亦復如此。

綜合上述，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，施以醫療所必要者之義務」。

因而，「未履行醫療義務」，必先確定具體個別的「醫療義務」，否則無以判斷。

三、不可能排除「故意構成要件」適用於「醫療行為」的可能

事實上，「醫療行為」是一個極為空泛不明確的概念，依行政院生署 1994 年 10 月 27 日衛署醫字第 83062227 號函釋：「凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為診察、診斷、及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術、或處置等行為的全部或一部的總稱為醫療行為」，因而「醫療行為」的態樣，多不勝數，有待長期、廣泛和大量人員投入研究。

但在此之前，最要先矯正的是：不要誤以為只有適用「過失構成要件」的「未履行醫療義務」的「醫療行為」；即使是「履行醫療義務」的「醫療行為」也有可能適用「故意構成要件」。

舉例來說，即使是「成功」而得到病患及其家屬感念的「侵入性外科手術醫療行為」，即使施以手術者全然「履行醫療義務」，仍具有「傷害構成要件該當性」或「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」。因為，我們根本不能想像，「外科手術行為」，非以「故意」行之。或許進行手術的醫生會質疑，我是要「救人」，又不是要「害人」，怎會是「（重）傷害」？作者認為，這就是醫界和法界最有必要進行溝通的問題之一。

醫界朋友一定要了解，「傷害」二字，在「刑法中文」中，僅僅是指「對於身體現狀加以改變」；即使我們說你有所「傷害」，也只是說你「對於（他人）身體現狀加以改變」，完全沒有提到你要「救人」或「害人」啊！

即使基於「救人的目的」或「醫療的目的」而「傷害」，那也是要確定有「對於（他人）身體現狀加以改變」的「事實」發生，才有必要與可能討論是否基於「救人的目的」或「醫療的目的」而「傷害」，如果根本沒有動手術，不就本來啥事也沒有嗎？

從「刑法」的角度來看，「侵入性外科手術醫療行為」因「對於（他人）身體現狀加以改變」而屬「傷害」，至於基於「救人的目的」或「醫療的目的」，那無關是否「傷害」問題，而是進一步追問「傷害的動機」，才開始討論的問題。質言之，「救人的目的」或「醫療的目的」，乃進行「侵入性外科手術醫療行為」的醫生「對於（他人）身體現狀加以改變」的「行為動機」。

由於，除非屬「意圖犯構成要件」，否則「動機」並非屬「構成要件」的一部分，因此，就「侵入性外科手術醫療行為」，其「救人的目的」或「醫療的目的」，和行為的「構成要件該當性」判斷無關，至於和「阻卻違法事由」的判斷有關，那又是另外一回事。

若醫界對於「外科手術醫療行為」會「對於（他人）身體現狀加以改變」也予認同，如果是這樣，醫界所反彈的恐怕不是「刑法中文」對「傷害」的理解，而是「刑法中文」使用「傷害」二字，很容易使人對「中性」的「傷害事實」，產生錯誤的評價。其實，醫界真正要關心的，恐怕不是「外科手術醫療行為」屬不屬於「傷害」，而應該是去推動以「中性」的「對於（他人）身體現狀加以改變」來取代「傷害」用字的立法。

另外，——如前所述——，「未履行醫療義務」的「醫療行為」，亦有基於「故意」，因此我們不可能排除「故意構成要件」適用於「醫療行為」的可能。

四、「未履行醫療義務」的「醫療行為」有可能適用「不純正不作為構成要件」

如前所述，「未履行醫療義務」者，有可能基於「故意」，也有可能因為「過失」。學界和實務經常以「醫療行為的過失責任」作為討論範圍的限制，顯然是錯誤的。

舉例來說，A因車禍送急救，醫師B為其素仇，非但未為其縫合傷口止血，反而藉機「擴大傷口」，致A大量失血死亡。在此情況下，「未履行醫療義務」者A，所應適用的就是「故意殺人構成要件」，而非「（業務）過失…構成要件」。

若C「故意」延宕為D縫合傷口止血，雖稍後仍為為其縫合傷口，但D仍不治，則C所適用的並不是「殺人構成要件」，而是「不純正不作為殺人構成要件」。

由此來看，學界和實務界非但長期漠視「未履行醫療義務」者適用「故意構成要件」的可能性，甚至完全忽略了適用「不純正不作為故意構成要件」的可能性。

以「殺人構成要件」和「不純正不作為殺人構成要件」為例，前者刑法直接規定於第二百七十一條第一項，而後者並未直接規定，而是由適用者自行從第二百七十一條第一項和第十五條第一項或第二項導出。因此，二個構成要件的「實定法源」並不相同，並非同一構成要件，所以常見所謂「以不作為實現『殺人構成要件』」的說法，是徹底錯誤；應該是：「以不作為實現『不純正不作為殺人構成要件』」。

同樣的，因「過失」而「未履行醫療義務」者，所應適用者，或為「業務過失構成要件」，或為「不純正不作為業務過失構成要件」。

「未履行醫療義務」者，究竟應適用「故意構成要件」、「不純正不作為故意構成要件」、「業務過失構成要件」或「不純正不作為業務過失構成要件」，乃至於其他，整體來說，普遍未受到應有之重視。

總之，「未履行醫療義務」的「醫療行為」有可能適用「不純正不作為構成要件」。

五、「說明義務」和「手術過失」判斷無關

截至目前為止，就「醫療刑法」的討論，最常見的重大錯誤之一，乃將「說明義務」和「手術過失」判斷相連結。

雖然「醫療法」第六十三條第一項規定：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、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。但情況緊急者，不在此限。」然而，這樣的



「說明義務」，在任何情況下，均不可能和「手術過失」判斷有所關連。

手術屬「醫療行為」，施行醫療行為者應履行「於人員、設備及專長能力客觀條件範圍內，施以醫療所必要者之義務」，並沒有問題。但所謂「說明義務」，嚴格說來，並不屬於「醫療義務」，因為這樣的「說明」並不是「醫療行為」的一部分。所以，「說明義務」，充其量僅屬於「醫療衍生義務」。也因此，即使有所違反，亦不屬於「未履行醫療義務」。

此外，「說明」必須於手術「前」為之，而手術「未履行醫療義務」，是否有「過失」，乃屬「事中」。如何可能「事前」的「說明」或「未說明」，來論斷「事中」是否有「過失」？

其實，「事前」的「說明」與否，根本無由影響「因果進程」，既然不可能影響「因果進程」，根本欠缺判斷的對象，怎麼會和「手術過失」扯在一起？

如果手術「前」，詳加「說明」，但於手術「中」，卻和其他醫療人員嬉鬧玩耍，竟而鬧出人命，不要說是「過失」了，恐怕有殺人的「未必故意」！即使手術「前」未履行其「說明義務」，但於手術「中」，全然履行其「醫療義務」，又何來「過失」可言？更何況，「醫療法」第六十三條第一項但書規定「情況緊急」時，根本不生「說明義務」，更足以說明於手術「前」是否有所「說明」，根本不可能和「手術過失」有關。

即使有所「說明義務」，而違反未履行，充其量也只是依「醫療法」第一百零三條第一項第一款的規定，處新臺幣五萬元以上二十五萬元以下罰鍰——行政罰哦！

在現行「醫療法」和「刑法」的架構下，反倒是「說明不實」取得「同意」，可能導致「同意無效」，進而使施行手術者，不復具有「阻卻違法事由」。但「同意」不可能針對「過失行為」，因此，即使「說明不實」猶仍未履行「說明義務」，但也不可能和「過失行為」相涉。

六、「醫療法」並非「醫療行為」的唯一「阻卻違法事由」的法源

「醫療法」第六十三條第一項規定：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、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。但情況緊急者，不在此限。」即使如此，於「情況不緊急」且「未取得同意」的情況下，進行手術而具有「構成要件該當性」者，也未必具有「違法性」——即使其不得以刑法第二十二條的「依法律之行為」為由，而「阻卻違法」。

舉例來說，割腕自殺者被送至急診室，猶仍拒絕接受醫療，醫師強行為其縫合傷口而具有「傷害構成要件該當性」，且不可能訴諸「醫療法」第六十三條第一項的規定，而以「依法律之行為」為由，而「阻卻違法」，因為醫師並未取得「手術同意」，但「依法律之行為」並非具有「構成要件該當性」的「醫療行為」的唯一「阻卻違法事由」，該醫師猶仍因「為第三人正當防衛」，而不具「違法性」。

刑法固然不處罰「自殺行為」和「自重傷行為」，但不表示刑法承認生命法益和重大身體法益的「持有人」，具有「自殺權」和「自重傷權」。

依刑法第二百七十五條和第二百八十二條的規定，對「加工自殺」者和「加工成重傷」者仍加以處罰，顯見刑法並不承認生命法益和重大身體法益的「持有人」，對於自己的生命

法益和重大身體法益具有「處分權」；即使其事實上有所「處分」，仍然欠缺「阻卻犯罪」的效力；而不若對財產法益、名譽法益和自由法益的「處分」具有「阻卻構成要件該當的效力」，以及對於輕傷害範圍內的身體法益的「處分」具有「阻卻違法的效力」。

但被害人對於生命法益和重大身體法益的欠缺「阻卻犯罪」效力的「處分」，在刑法上猶仍有意義，仍作為「減輕構成要件要素」，行為人不再適用基本的「殺人構成要件」和「重傷害構成要件」，而改適用減輕的「加工自殺構成要件」和「加工成重傷構成要件」。

綜合上述，可見「刑法」即使基於現實考慮而不罰「自殺」者和「自重傷」者，但仍認為「自殺行為」和「自重傷行為」仍屬法所不許的「不法行為」——此亦在相當程度上呼應民法第十六條「權利能力，不得拋棄」的立場——，否則何以處罰「加工自殺」者和「加工成重傷」者？

由於刑法並不處罰「自殺行為」和「自重傷行為」，因而「自殺」者和「自重傷」者並不可能成為刑法上的「行為人」。固然如此，並不表示，其不可能在刑法上作為「第二人」或「第三人」。

如果我們假設刑法處罰「自殺行為」和「自重傷行為」，就可以很清楚看出，所謂「自殺」和「自重傷」，其「行為人」和「被害人」均由同一「自然人」扮演。

全理，如果我們從「行為人」的角度來觀察，所謂的「自殺行為」和「自重傷行為」，不正就是「『第二人』A」對「『第三人』A」加以殺害或重傷害嗎？可見，「自殺行為」和「自重傷行為」均屬「『第二人』不法攻擊『第三人』」的行為。

既然「自殺行為」和「自重傷行為」均屬「『第二人』不法攻擊『第三人』」的行為，若「第二人」發動此「不法攻擊」，自得以「構成要件該當行為」當場進行「反擊」。

換言之，若發生「自殺行為」和「自重傷行為」，從「刑法」的角度來看，就是發生了「現在不法的攻擊」，行為人自得以「構成要件該當行為」當場進行「反擊」，若該「反擊」具有「必要性」和「適當性」，則其「構成要件該當行為」，則具有「為第三人正當防衛」的阻卻違法事由，而不犯罪。

很驚訝是吧！搶救「自殺」者和「自重傷」者的「構成要件該當行為」，其阻卻違法事由為「為第三人正當防衛」，而非「阻卻違法的為第三人緊急避難」！

由此例可以看出，就具有「構成要件該當性」的「醫療行為」，是否具有「阻卻違法事由」，就算主要依「醫療法」所規定的「醫療義務」和「醫療衍生義務」是否被履行而為判斷，但即使不能因「依法律之行為」而「阻卻違法」，也不表示行為人當然不具有「阻卻違法事由」。

綜合上述，「醫療法」並非「醫療行為」的唯一「阻卻違法事由」的法源——甚至，未履行「醫療法」所規定的「醫療義務」和「醫療衍生義務」而具有「構成要件該當性」的「醫療行為」，猶仍有可能具有「阻卻違法事由」，而不犯罪。

七、醫療上並無所謂「轉診義務」，僅有「建議轉診義務」

嚴格說來，「轉診」並不屬於「醫療義務」的範圍，醫師也沒有所謂「轉診義務」，依



醫療法第七十三條第一項本文的「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」規定，其僅具有「轉診建議義務」。要不要「轉診」，應由病患及其家屬為之，醫師並無「強制」的權限，既然無「強制轉診權」，何來「轉診義務」？

之所以會有「轉診義務」的錯誤概念，或許來自同條第二項「前項轉診，應填具轉診病歷摘要交予病人，不得無故拖延或拒絕」，用語不明確的誤導。其實第二項的「原文」是：「病患自行轉診時，應填具轉診病歷摘要交予病人，不得無故拖延或拒絕填具交付之」。

所以，醫療上並無所謂「轉診義務」，而僅有「建議轉診義務」和「轉診病歷摘要填具交付義務」，此乃屬「醫療義務」的「衍生義務」，而非屬「醫療義務」。

更要注意，「醫療義務」並不因履行「建議轉診義務」而解除。依第七十三條第一項的「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」規定，未轉診前，至少就「危急病人」，仍具有「適當急救」的「醫療義務」——從另一個角度來看，甚至具有「阻止轉診義務」直至「適當急救」完成為止。

綜上所述，「建議轉診義務」並非「醫療義務」，而屬其「衍生義務」，反倒是「轉診前的急救義務」方屬「醫療義務」。

但應注意，本文所謂醫療上並無所謂「轉診義務」，僅指於未「承接轉診」的情況下。「醫療法」第七十五條第一項的規定：「醫院得應出院病人之要求，為其安排適當之醫療場所及人員，繼續追蹤照顧。」因此，若於履行「建議轉診義務」後，應病人之要求，而為其安排適當之「轉診」醫療場所，則其即因「自願承接轉診」，而產生「轉診義務」。但這樣的「轉診義務」，並不是前述的「醫療義務」所衍生，毋寧是與之無涉的另一「契約義務」。

八、醫療法上所謂「出院」，只是指「離開原醫療醫院」

「醫療法」上所謂「出院」，只是指「離開原醫療醫院」，並不當然表示「返家」，也無「治癒」的意思，其含義尚且包括「轉院」在內。依「醫療法」第七十五條第三項的「病人經診治並依醫囑通知可出院時，應即辦理出院或轉院」規定來看，「轉診」亦屬「出院事由」。

復依同條第二項的「醫院對尚未治癒而要求出院之病人，得要求病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人，簽具自動出院書」規定來看，「自動出院」和「轉診」併列為「出院事由」。

因而，一旦病人「轉診」或「自動出院」成為「醫療義務」的「解除條件」。但應注意，若有「轉診」必要，但病患並未自行「轉診」，且未依「醫療法」第七十五條第二項「自動出院」，仍於既有的「人員、設備及專長能力」的客觀條件範圍內，仍負有「醫療義務」。

九、「醫療法」上的「親屬（代為）同意」，並非「刑法」上的「同意」或「承諾」

現行「醫療法」涉及「親屬同意」的規定，如下：

- 第六十三條 醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、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。但情況緊急者，不在此限。

前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具…

- 第六十四條 醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限。

前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。

- 第七十四條 醫院、診所診治病人時，得依需要，並經病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人之同意，商洽病人原診治之醫院、診所，提供病歷複製本或病歷摘要及各種檢查報告資料。原診治之醫院、診所不得拒絕；其所需費用，由病人負擔。

- 第七十九條 醫療機構施行人體試驗時，應善盡醫療上必要之注意，並應先取得接受試驗者之書面同意；受試驗者為無行為能力或限制行為能力人，應得其法定代理人之同意…

整個看來，除了第七十四條所規定者外，其餘均涉及對病患「身體法益」的「處分」，但在「刑法」中，對「身體法益」的「處分」，專指「身體法益持有人」的「處分」，並無所謂「親屬（代為）處分」。而且，在「刑法」上，這樣的「處分」，以「承諾」名之，而非「同意」。

由於「刑法」上，就「身體法益」，無所謂「親屬（代為）處分」，因而就「構成要件該當性」的判斷，其不扮演任何角色。即使是「身體法益持有人」的「處分」，於「傷害構成要件該當性」的判斷，亦無任何影響，僅作為「阻卻違法事由」——「阻卻違法的承諾」。

但由於「刑法」並不承認「身體法益持有人」對「重大身體法益」具有「處分權」——即使其實事上有所「處分」，亦屬無效！但無效，並非無意義，行為人不再適用「重傷害構成要件」，而適用減輕的「受其囑託或得其承諾傷害之使之成重傷構成要件」，因而，這樣的「無效承諾」仍作為「減輕構成要件要素」。

由於大部分的手術行為，已屬「受其囑託或得其承諾傷害之使之成重傷構成要件該當行為」，因而其「阻卻違法事由」，已不可能再訴諸「身體法益持有人」這樣的「無效承諾」！如果手術具有「急迫性」，則「刑法」第二十四條所規定的「阻卻違法的緊急避難」往往成為其主要的「阻卻違法事由」。

若手術不具有「急迫性」，則「身體法益持有人」的「無效承諾」或「親屬（代為）同意」，才會浮上檯面！若病患本人和「親屬」皆「同意」，則因符合「醫療法」的規定，則該「受其囑託或得其承諾傷害之使之成重傷構成要件該當行為」，屬「依法律的行為」，而不具「違法性」。

最大的問題在於：若病患本人「不同意」，——甚至其「親屬」大多數皆「不同意」——，僅有一人同意時，是否仍屬「依法律的行為」，恐怕「醫療法」應修法而詳為規定。

不過，從法理上來看，基於「利害直接關連性」，應該依病患本人、配偶、親等近者、親等遠者、「關係人」的順序定之。但在修法前，法律規定不明確的不利益不得令行為人承擔，因而僅這些人中的一人有所「同意」，「受其囑託或得其承諾傷害之使之成重傷構成要件該當行為」即屬「依法律的行為」，而不具「違法性」。

十、鑑定為「疏失」，只是指「未履行醫療義務」

「醫療」問題，屬極端專業的問題，根本不可能仰賴法學而為判斷。所以，涉及「醫療」問題，法院往往訴諸專業機構——尤其行政院衛生署醫事審議委員會——的鑑定結果，亦屬正確。

然而，所應注意者，行為人是否具有「故意」或「過失」，屬「法律適用」的問題，根本不得作為「鑑定」的對象，若法院以之作為「鑑定」的對象，不僅不當，也嚴重失職，未履行其所應履行的「適用法律義務」。法院應嚴肅意識到，就「認定事實」，法院可以找「幫手」，但「適用法律」必須「己手」完成。

因此，以行政院衛生署醫事審議委員會的鑑定為例，法院充其量僅得要求其鑑定「醫療行為之執行，醫師是否依醫療相關『成規』而進行？」，即使鑑定結果認為有所「疏失」，也僅在於認為「醫療行為之執行，未依醫療相關『成規』進行，而未履行醫療義務」。法院不得逕以「疏失」作為「過失」。何況，如果行為人違反「醫療成規」，也不當然屬「（業務）過失」，若其於「故意」下為之呢？若逕以「疏失」作為「過失」，豈不自始就排除適用「故意構成要件」的可能？莫非就「故意犯」，真的「刑不上『大夫』」？

其實，各級法院就所謂「醫療刑事糾紛」的處理，一直困陷在二個先入為主的錯誤立場：即使因「醫療行為」而具有「構成要件該當行為」，也必然是「（業務）過失構成要件該當行為」，此其一；其二為：行政院衛生署醫事審議委員會鑑定的結果若為「無疏失」，即「無過失」。若不將這二項偏見先予糾正，則不會有正確的「事實認定」和「法律適用」。

總之，鑑定為「疏失」，只是指「未履行醫療義務」，至於是否有所「過失」，或應適用「故意構成要件」，法院應自行為之。

行文至此，我們大概對研究「醫療刑法」的若干必要先行理解有所著墨，但由於——如前所述——「醫療行為」的態樣萬千，掛一漏萬，在所難免，亦屬必然。但無論如何，本文多少已就當前研究「醫療刑法」的若干常見重大謬誤，有所指出，企望更廣泛、更深入、更正確的「醫療刑法」研究，能落實於臺灣這塊土地！共勉之！