

國立政治大學法學院碩士在職專班

碩士論文

指導教授：王千維 博士



醫療糾紛之理論與實證研究

研究生：劉惠芝

中華民國 100 年 7 月

## 謝 辭

這篇論文能夠順利完成，首先要向我的碩士論文指導老師王千維教授致上最深的謝意。特別是在寫作期間，老師的鼓勵未曾間斷，能讓我有自信地去走完自己都覺得不可能完成的任務。尤其老師知道我工作忙碌，仍關心我論文寫作的進度，總讓我在洩氣時、疲倦時、放棄時，可以咬緊牙關加把勁，繼續向前行。除此之外，老師也給了我相當廣闊、自由的揮灑空間，但卻能適時地指出寫作上之不足及意見，使本文的架構與內涵更完整，老師對學生的關懷，學生將銘記在心。

另外，由衷感謝我的論文口試委員林誠二老師、吳瑾瑜老師，以及我的論文書面審查人姜世明老師。感謝老師各自就其所長，對論文中的缺失詳一指正，並就部分議題處理未盡周慮之處，提出不少寶貴的建議及修正方向，使學生在口試的過程中受益良多，亦得以使本論文更盡周延，萬分感謝。

研讀法律對我個人而言，實非易事。在我學習法律遭遇困境時，要感謝東吳大學法律學系碩士在職專班的吳千里，原是我臺北醫學大學護理學系學妹，不斷給予支持及提供醫學與法律寫作的靈感及意見，令我感激不已。碩士論文的完成，不斷給予加油打氣的還有僑務委員會政風室主任張光志及法規會專門委員徐佑伶，以及過去所服務臺北市立仁愛醫院的同事們：如錚護理長、京容與佳菁。在此，也一併致上我的謝意。

最後要感謝一直支持我的家人，特別是我的母親，總是提醒我在待人處事、學習及工作上，要嚴格地要求自己。因為母親的呵護，自己才能朝設定的夢想前進，她是我繼續前進的最大驅力。希望我親愛的家人，惠蘭、建弘、嘉慧以及我摯愛的雙親，在未來的日子都能平安健康。

劉惠芝 2011 年於臺北

## 論文摘要

近年來有關醫療法律糾紛案件有逐漸增加之趨勢，本文嘗試藉由實證分析，剖析目前實務與學理上之不同見解，簡要提出個人淺見。於實證分析前，本論文先就文獻理論作簡略之論述，首要說明醫療行為與醫療糾紛之相關概念，以界定醫師或醫療機構對其醫療行為應負之責任。並從實體法上論述醫療過失民事責任之基礎及其內涵，如醫療契約責任、醫療侵權責任、消保法與醫療法之適用，以及醫療過失之因果關係等。次就程序法上探討民事醫療訴訟舉證責任分配之基本原則，同時就美國法與德國法有關醫療過失舉證責任分配的調整於我國實務上之運用，作概略分析及探討。再者，鑑於法官於具體個案中判斷醫療糾紛之相關要件，往往需將訴訟資料送請醫療專業機構加以鑑定，因此，本文亦加以說明我國醫療鑑定制度運作之現況，並據此指出現行醫療糾紛鑑定問題之所在。

最後，本文就最高法院民事案件，分別從醫療糾紛判決背景資料之「年度」、「醫療機構層級」、「科別」、「上訴人」與「上訴結果」，以及醫療糾紛審判實務，如「醫療過失」、「因果關係的認定」、「民事責任請求權基礎及舉證責任之分配情況」、「告知義務」、「醫療鑑定在醫療糾紛應用」，進行實證分析，並依實證數據成果，提出「醫療科別屬性與醫療糾紛案件量多寡密切攸關」、「法院對於醫師在個案是否盡注意義務，應以理性醫師之注意標準綜合評價」、「針對醫療訴訟特性，適度分配醫病雙方之舉證責任」、「宜建立醫療傷害補償基金制度」、「醫事人員確切履行告知說明義務」、「健全現行病歷表之相關問題」、「關於醫療糾紛鑑定實務」暨「透過消保法填補醫療（院）組織疏失之責任」等八項結論及建議，以供實務與學術研究者未來對於醫療糾紛訴訟案件研析時之參考。

關鍵詞：醫療行為、醫療契約、醫療侵權行為、醫療因果關係、醫療舉證責任、醫療鑑定制度、醫療糾紛實證研究

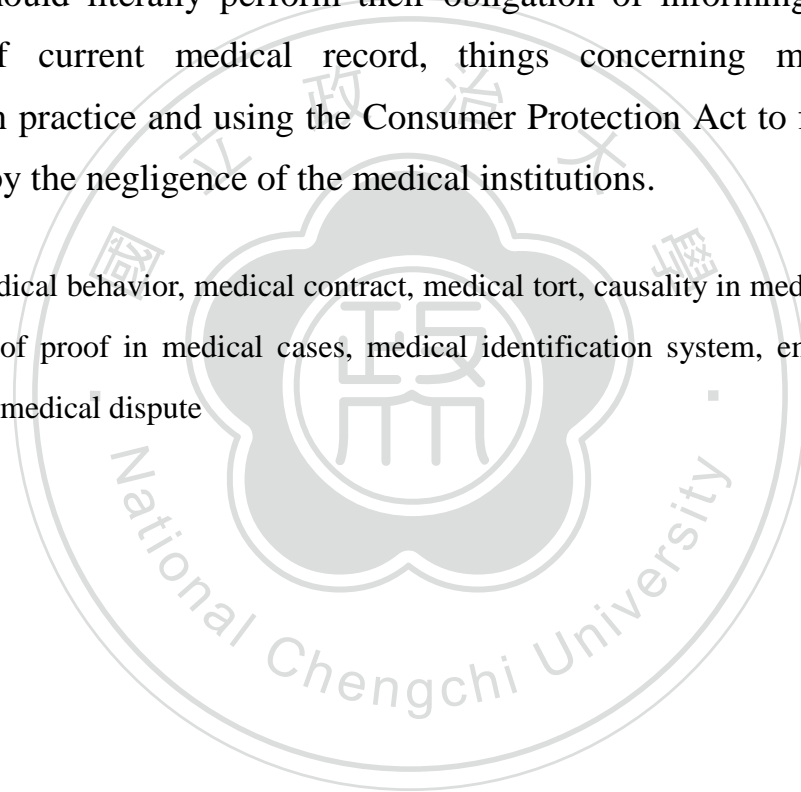
## Summary

Recently, legal cases concerning medical dispute have a tendency to increase gradually. This article tries to explore different viewpoints between practice and academic theory by empirical analysis and then briefly indicates some of my humble views. Before doing the empirical analysis, this article will briefly introduce the related literatures and theories. Firstly, explains related concepts between medical behavior and medical dispute to define the liability that doctor and medical institution should bear because of their medical behaviors. Then, discuss the basis and connotation of the civil liability for medical malpractice from the substantive law viewpoint, such as the liability for medical contract, medical tort liability, the implementation of the Consumer Protection Law and the Medical Care Act and the causality from the medical malpractice etc. Secondly, this article will discuss the basic principles of allocation of burden of proof for civil medical dispute from the procedural law viewpoint and in the same time, briefly analyze and research that whether it is appropriate to adopt the allocation of burden of proof for medical malpractice from American and German law in our own practice. Furthermore, respecting the fact that for judges to make their decisions in particular medical dispute cases, they always have to send action materials to professional medical institutes for identification, thus, this article also wants to explain the current situation of implementation of our medical identification system, and points out the problems of current medical dispute identification system accordingly.

Lastly, this article will proceed empirical analysis according to the Year, Levels of the medical institutions, Divisions, Appellant, Result of Appeal from the background of the verdicts of the civil medical dispute cases awarded by the Supreme Court and according to the medical malpractice, the determination of the causality, the condition of basis of civil title of claiming and allocation of burden of proof, obligation of informing, medical identification in the medical dispute from the medical dispute trial practice. Base upon these results, this

article indicates eight conclusions and suggestions for reference for the active participants and academic researchers in future medical dispute lawsuits: the attribution of the medical care division and the number of the medical dispute cases are closely related, court should do omnibus assessment using the standard of due diligence as a rational doctor to determine whether a doctor fulfill his duty of care in a specific case, with the particularity of medical actions in mind, appropriately allocate the burden of proof between doctor and patient, it is better to establish the compensation foundation system for medical damage, medical personnel should literally perform their obligation of informing, to refine the problems of current medical record, things concerning medical dispute identification practice and using the Consumer Protection Act to fill the vacancy that caused by the negligence of the medical institutions.

Keywords: medical behavior, medical contract, medical tort, causality in medical cases, burden of proof in medical cases, medical identification system, empirical study for medical dispute



# 醫療糾紛之理論與實證研究

## 目錄

### 第一章 緒論

第一節 研究背景與目的	1
第一項 研究背景	1
第二項 研究目的	3
第二節 研究方法與範圍	5
第一項 研究方法	5
第一款 文獻資料蒐集法方法	5
第二款 比較方法	5
第三款 法院判決實務評析	6
第二項 研究範圍	6
第三節 論文架構	

### 第二章 醫療過失民事責任之實體法請求權基礎

第一節 前言	8
第二節 醫療行為與醫療糾紛	8
第一項 醫療行為之相關意涵	8
第一款 醫療行為的定義及範圍	8
第一目 我國醫政實務之見解	8

第二目 我國學說之見解	9
第三目 美國法院之見解	10
第四目 日本學說及日本行政法之見解	10
第五目 德國學說	11
第六目 小結	11
第二款 醫療行為之特性	12
第三款 醫療輔助行為	12
第二項 醫療糾紛之概念	14
第一款 我國醫療糾紛的現況	14
第二款 醫療糾紛之定義	14
第三款 醫療過失之型態	16
第四款 醫療糾紛增加之原因	17
第三節 醫療契約之法律關係	19
第一項 醫療契約之法律性質	19
第一款 委任契約說	19
第二款 準委任契約說	19
第三款 僱傭契約說	20
第四款 承攬契約說	20
第五款 非典型契約說	20

第六款 小結	21
第二項 醫療契約之成立與終了	22
第一款 意義及成立	22
第一目 要約之時點	22
第二目 承諾之時點	23
第二款 強制締約與無因管理	23
第三款 契約之終止	24
第一目 病患之終止權	24
第二目 醫療提供者之終止權	25
第三項 醫療契約當事人	25
第一款 醫療提供者	25
第一目 公立醫療機構	26
第二目 私立醫療機構	27
一、個人醫療機構	27
二、合夥醫療機構	28
三、聯合診所	28
第三目 醫療法人	28
第四目 法人附設醫療機構	29
第二款 醫療需求者	29



第一目 行為能力人	29
第二目 限制行為能力人	30
第三目 無行為能力人	30
第四目 無意識或精神錯亂之人	30
一、法定扶養義務人	31
二、無法定扶養義務人	31
第四項 特殊契約條款	31
第一款 包醫契約之法律關係	31
第二款 定型化契約與免責條款	32
第五項 醫療義務之內容	33
第一款 醫療給付提供者之給付義務	33
第一目 主給付義務	33
一、診療義務	33
二、提供合格醫護人員及必要設備之義務	34
第二目 從給付義務	35
一、說明義務	35
(一) 說明的主體	36
(二) 說明義務範圍	36
(三) 說明義務的例外	37

(四) 違反說明義務之請求權基礎	37
二、製作、保存及提供病歷義務	38
(一) 病歷之定義	38
1. 狹義的病歷	39
2. 廣義的病歷	39
(二) 病歷的功能	39
(三) 病歷的法律性質	40
(四) 病歷之查閱權	40
(五) 病歷登載不實	41
三、急救義務與轉診義務	42
(一) 急救義務	42
(二) 告知與轉診之義務	43
第三目 附隨義務	43
一、告知義務	44
二、保密義務	44
三、保護義務	45
四、後契約義務	46
五、協力義務	46
第二款 病患之給付義務及附隨義務	46

第一目 醫療報酬的支付義務	46
第二目 協助治療義務	47
第六項 醫療提供者之債務不履行責任	47
第一款 歸責原則	47
第二款 債務不履行之類型	48
第一目 給付不能	48
第二目 給付遲延	48
第三目 不完全給付	49
第三款 舉證責任	49
第四節 醫療侵權行為	51
第一項 侵權行為法概述	52
第一款 侵權行為的意義及成立要件	52
第二款 侵權行為的類型	52
第一目 民法上的侵權行為	52
第二目 特別法上的侵權行為	53
第三款 侵權行為過失的概念	53
第一目 過失的意義	53
第二目 判斷過失的成立標準	54
第三目 過失概念的客觀化	54

第四目 過失的經濟分析	55
第四款 醫療過失認定標準	56
第一目 醫師之注意義務	56
第二目 醫師醫療行為注意義務之態樣	56
一、醫療常規	56
二、醫療準則	57
三、醫療水準	57
(一) 當時當地之醫療水準	58
(二) 醫院分級與醫療水準	58
(三) 專科醫師與非專科醫師	59
四、理性醫師注意標準	59
第三目 麻醉醫師應負之注意義務	60
第五款 因果關係之理論與判斷	60
第一目 概述	61
第二目 我國通說與實務對因果關係的判斷	61
第三目 事實面之因果關係與法律面之因果關係	62
一、事實面之因果關係	62
(一) 條件理論	63
(二) 經驗法則	63

二、法律面之因果關係	63
(一) 合理可預見說	63
(二) 相當因果關係說	65
(三) 法規目的說	65
第四目 醫療因果關係認定之相關學說	66
一、比例因果關係說	66
(一) 全有或全無原則之意義	66
(二) 原則之批評	66
(三) 比例因果關係之理論與應用	67
二、疫學因果關係理論	67
(一) 審查基準	68
(二) 疫學因果關係於醫療過失案件引用之可能	68
三、機會喪失理論	69
(一) 美國法上之「存活機會喪失」理論	69
(二) 日本法之「相當程度可能性」理論	70
(三) 我國法上之「存活機會喪失」理論	71
第六款 請求權之競合	72
第一目 損害賠償請求權之競合	72
第二目 侵害人格權請求權之競合	73

第七款 舉證責任-----	73
第二項 民法第 184 條第 2 項-----	73
第一款 前言 -----	74
第二款 學說上肯認醫療法律為保護他人法律之見解-----	74
第三款 實務上肯認醫療法律為保護他人法律之見解-----	75
第四款 小結 -----	77
第三項 民法第 191 條之 3 的侵權行為責任-----	77
第一款 立法理由及特殊性 -----	77
第一目 立法理由 -----	77
第二目 特殊性 -----	78
第二款 醫療行為適用民法第 191 條之 3 危險責任之爭議-----	78
第一目 學界見解 -----	78
一、肯定說-----	78
二、否定說-----	79
第二目 實務見解 -----	79
第四項 醫師民事責任與無過失責任之探討-----	81
第一款 醫療行為適用消保法之爭議 -----	81
第一目 學說見解 -----	81
一、肯定說-----	81

二、否定說	83
第二目 實務見解	83
第二款 醫療法修正後之醫療法過失責任與消保法無過失責任之競合	85
第一目 持肯定見解	85
第二目 持否定見解	85
第三款 小結	86
<b>第三章 民事醫療過失舉證責任的分配原則</b>	
第一節 舉證責任與證明度	87
第一項 前言	87
第二項 舉證責任	87
第一款 舉證責任分配之法律依據	87
第二款 舉證責任分配法則	88
第一目 舉證責任分配之一般原則	88
第二目 舉證責任減輕	88
第三款 民事訴訟法第 277 條但書之解釋運用	89
第三項 證明度	90
第一款 證明度之意義	90
第二款 證明度的標準	91
第四項 小結	91

第二節 醫療民事訴訟的特徵-----	92
第一項 屬於「現代型訴訟」-----	92
第二項 被害人在醫療過失訴訟中舉證之困難性-----	93
第三項 依規範理論分配舉證責任易產生不公平之結果-----	94
第四項 過度依賴醫療鑑定機關意見-----	95
第三節 訴訟上醫療過失舉證責任分配的調整-----	95
第一項 前言-----	95
第二項 美國法-----	95
第一款 事實說明自己法則-----	95
第一目 事實說明自己法則之起源-----	95
第二目 事實說明自己法則之要件-----	96
第三目 事實說明自己法則之建立-----	96
第四目 事實說明自己法則在訴訟上的法律效果-----	97
第二款 我國實務上的運用-----	98
第一目 案件事實-----	98
第二目 判決理由-----	99
第三項 德國法-----	100
第一款 表現證明原則-----	101
第一目 表現證明之概念-----	101



第二目 表現證明原則於醫療訴訟上之適用	101
一、過失之表現證明	101
二、因果關係之表現證明	102
三、德國實務運用表現證明之重要案例	102
第三目 表現證明在訴訟上之法律效果	102
第四目 我國實務上的運用	103
一、案件事實	103
二、判決理由	103
第五目 表現證明與事實說明自己法則之異同	104
第二款 病歷資料的證明妨礙情況	105
第一目 證明妨礙之意義與法理依據	106
一、意義	106
二、法理依據	107
第二目 證明妨礙的構成要件	107
一、當事人	107
二、可歸責性	108
(一) 故意之證明妨礙	108
(二) 過失之證明妨礙	108
三、證明妨礙之行為	109

四、義務之違反	109
(一) 事案解明協力義務	109
(二) 訴訟前之證據保持義務	110
1. 一般之訴訟前證據保持義務	110
2. 個別之訴訟前證據保持義務	110
五、因果關係	111
第三目 證明妨礙的法律效果	111
第四目 證明妨礙與病歷記載義務	112
一、病歷記載義務之目的	112
二、病歷記載不完全是否有證明妨礙之適用	113
三、病歷未記載是否等同於醫師未施作	113
四、違反檢查義務及檢查結果義務	114
五、違背病歷記載義務之法律效果	114
第五目 小結	115
第三款 重大醫療瑕疵原則	115
第一目 重大醫療瑕疵舉證責任轉換之要件	115
第二目 適用類型	117
第三目 德國實務上的運用	117
一、不作為案例	118

二、誤診案例	119
第四目 我國實務見解	119
一、案例事實與原告主張	119
二、判決理由	120
第四款 危險領域理論	121
第一目 醫療科技設備之使用	121
第二目 醫院組織不完善	122
第三目 本國案例—新光醫院產前遺傳診斷事件	123
一、案例事實	123
二、判決理由	123
三、醫院行政或組織管理上之過失	124
<b>第四章 我國醫療鑑定制度現況之介紹</b>	
第一節 民事鑑定概說	126
第一項 鑑定在訴訟程序上之地位	126
第二項 鑑定人之公正性確保	127
第一款 鑑定人之積極資格	127
第二款 鑑定人之消極資格	127
第三款 鑑定人之拒卻	128
第三項 鑑定人之義務與權利	129

第一款 具結義務-----	129
第二款 到場義務-----	130
第三款 陳述義務-----	130
第四款 鑑定人得拒絕鑑定-----	130
第五款 請求相當報酬之權利-----	131
第四項 鑑定意見之拘束力-----	131
第二節 我國醫療鑑定制度-----	132
第一項 醫療糾紛鑑定現況-----	132
第二項 醫療鑑定之法律依據-----	133
第三項 醫審會之鑑定作業及原則-----	134
第一款 醫事鑑定小組成員-----	134
第二款 被動受理司法或檢察機關委託鑑定-----	134
第三款 依司法或檢察機關所提供之卷證作鑑定-----	135
第四款 醫療鑑定作業流程-----	135
第五款 鑑定報告應記載事項-----	136
第三節 現行醫療糾紛鑑定之問題-----	136
第一項 鑑定制度面相關之問題-----	136
第一款 大體解剖鑑定未能落實-----	137
第二款 醫療專業法庭運作上之困境-----	137

第三款 囑託外國機關團體鑑定制度無法落實	139
第二項 鑑定程序面相關之問題	140
第一款 重複鑑定比例過高	140
第二款 跨科鑑定之難題	140
第三款 送交鑑定資料缺漏	141
第四款 鑑定過程耗日費時	141
第五款 欠缺覆議機制	142
第六款 欠缺鑑定人/機關與當事人參與程序之設計	142
第三項 鑑定實質面相關之問題	143
第一款 公正性無法獲得充分肯認	143
第二款 欠缺全國一致性的鑑定判斷準則	143
第三款 過度依賴鑑定結論	144

## 第五章 最高法院民事醫療訴訟判決之實證分析

第一節 醫療糾紛判決背景資料之實證分析	145
(一) 以「年度」統計	145
(二) 以「醫療機構層級」分析	146
(三) 以「科別」分析	146
(四) 以「上訴人」類別分析	146
(五) 上訴結果	146

第二節 醫療糾紛審判實務之實證分析 -----	147
一、因醫療過失而引起之醫療糾紛-----	147
(一) 醫療過失之告訴原因 -----	147
(二) 各醫事人員所占比例及類型 -----	148
(三) 醫院行政管理措施之過失 (醫療制度) -----	148
(四) 醫療過失認定之判斷基準 -----	148
(五) 病患與有過失減輕賠償之法院判決 -----	150
1. 因肩難產及臍帶擠壓或先天性因素 -----	150
2. 拒絕住院建議 -----	151
(六) 消費者保護法適用爭議之實證分析 -----	151
1. 有醫療過失、無消保法之適用 -----	151
2. 無醫療過失、無消保法之適用 -----	151
3. 醫院場所責任 (消保法於醫療機構之適用) -----	151
二、因果關係的認定-----	152
(一) 採傳統理論說 -----	152
(二) 似採用存活機會喪失理論 -----	153
三、民事責任請求權基礎及舉證責任之分配情況 -----	154
(一) 請求權基礎於醫療糾紛審判實務的應用 -----	154
(二) 舉證責任之分配 -----	155

四、「告知義務」於法院判決之實證分析	156
(一) 已盡「告知後同意」之判決態樣	157
(二) 爭議態樣	158
(三) 其他說明義務違反之類型	159
(四) 舉證責任	159
五、醫療鑑定在醫療糾紛應用之實證分析	160
(一) 受理委託鑑定案件數量	160
(二) 鑑定案件之科別及病患特性	160
(三) 申請鑑定事由	160
(四) 鑑定案件被告之身分	161
(五) 鑑定案件委託鑑定機關之統計	161
(六) 鑑定結果對法院之拘束力	161
(七) 鑑定結果標準之爭議	162
(八) 請求鑑定事項	162
(九) 重複鑑定類型	162

## 第六章：結論及建議

結論及建議	162
-------	-----

## 附錄、參考文獻目錄

一、圖目錄-----	168
二、參考文獻目錄-----	176
(一) 專書-----	176
(二) 論文集、合著-----	177
(三) 期刊、雜誌-----	177
(四) 學位論文及研究計畫-----	182
(五) 研討會書面資料-----	183
三、89年至98年最高法院醫療訴訟民事判決一覽表	
四、最高法院對高等法院之判決不認同原因對照表	



# 醫療糾紛之理論與實證研究

## 第一章 緒論

### 第一節 研究背景與目的

#### 第一項 研究背景

近年來，醫學的進步雖然使可救的疾病增加，人類平均壽命延長，但是隨著資訊發達、醫療人權意識抬頭及民眾對醫療品質的重視與期待愈來愈高，世界各地的醫學工作者皆同樣面臨「醫療糾紛事故有大幅增加現象」，台灣也不能免除於此趨勢<sup>1</sup>。加上媒體對醫療糾紛推波助瀾的報導，然其報導方式往往只是將醫療糾紛的問題簡化為「家屬不理性」與「醫療人員個人失誤」，此種將問題個人化的報導，欠缺對於醫療體系與醫療總體服務本身的反省，並無助於民眾與醫療人員體認到醫療糾紛所急須正視的重要性。

醫療糾紛案件主要之爭點通常在於醫師、護理師(士)、藥師(生)及醫檢師等醫療專業人員或醫療院所在為病人治療、給藥、檢查或住院過程中因疏失致病人有傷害、殘廢與死亡之情形發生，所衍生之醫療傷害爭執。在醫療糾紛，過失責任的歸責原因是醫療疏失，醫事人員或醫療機構之民事責任，從早期民法第184條第1項前段之過失責任主義，將不可歸責於行為人之損害委由被害人來承擔，僅在少數特殊情形採取舉證責任倒置或過失推定方式，減輕被害人之不利地位；之後於民國83年1月11日消費者保護法(下稱「消保法」)公佈施行後，則以「當時科技或專業水準可合理期待之安全性」來取代傳統過失責任之認定，不再探討活動者有無傳統過失，引起醫界及法界對醫療行為是否有消保法之適用而爭論

---

<sup>1</sup> 1987年至2006年，醫事審議委員會醫療糾紛鑑定小組接受委託案件數，二十年間共計有5,344件，其中扣除非醫療糾紛的案件，共計有4,947個鑑定案件，1987年醫療糾紛的案件有140件，1997年增加至236件，至2006年則已達到360件，鑑定案件數不斷向上攀升的現象，亦充分反應台灣醫療糾紛逐年增加的現象。參閱吳俊穎，「台灣醫療糾紛的實證研究」，醫療法制之整合研究計畫(二)實證醫學與法律醫療法研討會，會議論文集，國立台灣大學法律學院頂尖計畫主辦，2009年12月26日，2頁。

不休；嗣於，民國 93 年 4 月 9 日修正通過，同年 28 日公布施行之醫療法第 82 條明文規定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。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。」準此，醫療機構及醫事人員之損害賠償以故意或過失為其主觀要件，從而，排除無過失責任之適用。惟鑑於醫療訴訟，相較於醫院及醫師之高度醫療專業，病患顯然處於弱勢地位，基於衡平原則，則民事訴訟法第 277 條但書有關舉證責任之調整規定，即有適用之必要<sup>2</sup>。

不可諱言，醫療過失訴訟因醫療行為的特性，使醫療事故的受害人在主張醫療提供者於醫療過程中有未盡照顧義務及因果關係的存在，實有舉證上的困難。再者，醫療糾紛有別於其他民事糾紛，判定醫事人員應否負責，涉及醫學與法學雙領域之專業知識，具有高度技術性，而醫療行為本質上的獨特性、不確定性、危險性及複雜性，單由不良的治療結果無法驟以論斷是非曲折，因此當醫療糾紛發生時，不獨病患或其家屬常因缺乏相關專業知識，處於資訊不對稱之不利地位<sup>3</sup>，檢察官和法官，於此亦同。醫療糾紛之責任成立與否常涉及醫療領域之專業核心，是以，除非是明顯不當的疏失，如錯誤切除健康部位、輸錯血、打錯針或拔錯牙，否則囿於法官對於醫療專業的不足，現行就被告是否有過失、其傷害是否由被告之醫療行為所造成等事實，往往必須委由具有醫療專業背景之個人或團體作判斷，目前實務上就醫療過失責任之釐清，法院為探求真實、爭點確認，常須大量仰賴甚或倚重醫療鑑定意見作為判斷標準<sup>4</sup>。

據衛生署醫事處科長周道君表示，從 1987 年到 2007 年底，醫事審議委員會 20 年來共完成 5,381 份醫療訴訟鑑定報告，最後有一成一（約 590 多案）被鑑定為醫事人員有疏失，若被裁定處罰，多以上進修課程為主，沒有一位醫師因此被吊銷執照<sup>5</sup>。雖然醫療鑑定之結果不等於法院最終的判斷，但鑑定結果，醫事人員有過失之比率偏低，鑑定機構公信力亦讓當事人有醫醫相護的疑慮，間接影響司法威信。本文認為法律本意在及時實現公平正

<sup>2</sup> 關於我國醫療民事法律糾紛之實務發展進一步介紹，參閱曾品傑，「醫療法制之整合研究計畫（二）實證醫學與法律醫療法研討會」，會議論文集，國立台灣大學法律學院頂尖計畫主辦，2009 年 12 月 26 日，11-48 頁。

<sup>3</sup> 參閱許振東，「醫療糾紛處理程序的現況與困境」，台灣法學雜誌 142 期，79 頁。

<sup>4</sup> 參閱許振東，「醫療糾紛處理程序的現況與困境」，台灣法學雜誌，142 期，80 頁謂：「司法機關目前採用之醫療糾紛鑑定作業方式主要有兩種：委託『醫事審議委員會』鑑定，或交由高檢署法醫中心、法務部法醫研究所、各大醫學中心辦理鑑定事宜，惟實際上大多數的案件中皆交由前者鑑定。」

<sup>5</sup> 資料來源：蘋果日報，2007 年 11 月 20 日。

義，要怎樣作才能實踐司法正義？特別是醫療事故之責任歸屬，究竟司法實務在具體個案中，法官能否衡量雙方當事人利益，因應各種不同類型事件需要，合理分配舉證責任，作對於被害人比以往更有利之認定，以達成程序及實體法上之公平？現今醫療過失的認定，常需藉助醫療專業鑑定，而鑑定結果常左右醫療訴訟之勝敗；惟其運作，長久以來卻備受爭議，如為何會形成鑑定不一致、重複鑑定的現象？法院判決是否過度採信鑑定報告專業意見而作為有無醫療疏失之判斷依據？鑑定內容不允許超出司法官請求鑑定的範圍，而將其他不同意見屏除在鑑定報告之外等。是以，本文擬從醫療事件之過失責任與我國鑑定制度做相關說明，並配合研析法院之實務判決，就提起訴訟時民事的請求權基礎、過失的認定、舉證責任分配原則適用情形、鑑定書對於判決的影響及其判斷基準等相關議題，做一綜合比較，期望針對前揭問題，試圖提出可行之建議，就教於高明，此乃本文研究的動機。

## 第二項 研究目的

自 2000 年至 2005 年，據統計，在各地方法院醫療訴訟判決 173 件案件中，病患或其家屬勝訴者僅有 39 件，亦即百分之 22.54，醫院勝訴者有 134 件，亦即百分之 77.45<sup>6</sup>。一般認為是主張權利之病患通常就醫療事故之舉證上有困難。而其舉證困難之原因可能有一、病患於醫療過程中因麻醉、意識不清、昏迷、死亡，或者家屬對於醫療過程不知悉（如病患住在加護病房、恢復室、開刀房、隔離病房或家屬未陪侍在床）；二、民眾對於醫學專業知識之認知有所欠缺，醫療行為乃一高度技術與知識的專業領域，通常情形下，對艱深的醫療專有名詞及知識，仍不是病患及家屬所能輕易學習而能將之具體描述，故醫療事故的受害人即便取得病歷等證據資料也往往無法知其真正原因；三、病患或家屬未受醫療專業訓練或不具醫學專業背景，即便治療過程中醫事人員出現醫療疏失，家屬亦無從即時發現及蒐證；四、醫療事故之重要證據，如病歷、參與醫療過程之其他人員，多由醫院一造所掌握<sup>7</sup>，而在此訴訟武器不平等情況下，難免產生不公平之結果，病患要勝訴的機會顯然不大；五、目前醫療科技分工已日益精細，整個

<sup>6</sup> 參閱吳光明，「醫療爭議之仲裁——兼評醫療糾紛處理法草案」，月旦法學雜誌，第 169 期，2008 年 9 月，177 頁。

<sup>7</sup> 參閱沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第 127 期，2005 年 12 月，29-30 頁。

醫療過程有賴醫療團隊間環環相扣的接合，方能順利完成醫療過程，醫療活動的片段化，使得病患永遠搞不清楚到底誰才是真正在負責他們的健康，於發生糾紛時因無法釐清責任分際至常遭敗訴判決。

醫病爭議的最後仲裁處在法院，針對本文所擬研究的議題，在學位論文研究方面，對醫療糾紛訴訟判決的實證研究文獻，有鄭明輝，「臺灣地區醫療糾紛刑事敗訴判決實證分析」(長庚大學管理學院醫務管理研究所碩士生論文，2004年)，此篇研究範圍是以刑事敗訴判決分析為主，未涉民事判決部分；而黃鈺嫻，「我國婦產科醫療糾紛裁判之實証研究—理論與實務之檢討」(臺灣大學法律學研究所碩士生論文，2004年)，則以婦產科醫療技術上的過失類型為主，分析相關民刑事判決，以俾做為將來婦產科爭端解決之實證參考；另外，吳俊穎，「實證醫學對於醫療糾紛鑑定制度可能影響之實證研究」(行政院衛生署委託計畫，2005年)一文，則分別從醫界與法界的觀點，藉由問卷調查，以實證研究方式，探討臺灣的實證醫學推動之後，可能對於醫療糾紛的鑑定制度產生怎樣的影響<sup>8</sup>，內容有助於對未來進一步研究此議題對於醫療糾紛影響的參考；另外還有兩篇論文，吳澤誠，「從病患觀點探討引起醫療糾紛產生的原因與類型」(臺灣大學醫療機構管理研究所碩士生論文，2006年)<sup>9</sup>、王復堯，「醫療訴訟之實證分析—以最高法院民事判決為依據」(東海大學工業工程與經營資訊研究所碩士生論文，2008年)<sup>10</sup>，雖然都以醫療訴訟之實證分析介紹臺灣發生醫療糾紛現況及興訟求償前之參考，然僅止於廣泛性表示意見；至於國內研究計畫，有吳俊穎，「臺灣醫療糾紛的實證研究」<sup>11</sup>(國家衛生研究院委託計畫)，本篇研究內容是由不同面向分析醫師、病患特性與醫療糾紛、訴訟結果、民事損害賠償及對於實證醫學與臨床指引用於醫療訴訟的看法<sup>12</sup>，對於醫療糾紛有較深入之剖析。

<sup>8</sup> 執行機構台中榮民總醫院胃腸科，計畫編號：DOH94-TD-M-113-009，關於該研究報告詳目可參閱網址 <http://grbsearch.stpi.org.tw>，查訪日期，2010年5月20日。

<sup>9</sup> 本篇研究範圍主要以各地方民事法院之判決資料為基礎；研究目的乃為藉內容分析法解析法院之醫療紛判決文中所記載之發生糾紛之基礎資料、治療行為資料、醫療鑑定結果，來瞭解台灣發生醫療糾紛的趨勢、醫療疏失類型、醫療鑑定之疏失認定比率，分析。在台灣北、中、南區，與在各科別之間、各醫療機構層級間之差異性。

<sup>10</sup> 研究對象僅限最高法院第三審有關「損害賠償」之醫療訴訟判決書，自85年1月1日起至96年12月31日止計28件，分就「科別」、「上訴人」、「上訴結果」、「過失原因」、「因果關係」、「第三審法官對行政院衛生署醫事審議委員會鑑定報告之認同度」、「第三審法官確認第二審法官判決的比例」、「財產損失」、「非財產損失」等判決內容作分析與比較。

<sup>11</sup> 參閱吳俊穎，「台灣醫療糾紛的實證研究」，醫療法制之整合研究計畫(二)實證醫學與法律醫療法研討會，會議論文集，國立台灣大學法律學院頂尖計畫主辦，2009年12月26日，2-9頁。

<sup>12</sup> 進一步內容，參閱吳俊穎，醫療法制之整合研究計畫(二)實證醫學與法律醫療法研討會，會議論文集，

綜上，觀之前揭文獻之研究議題及方向雖然廣泛，惟尚有部分議題未進行較深入的探討。爰本研究的目的擬透過對醫療訴訟相關民事判決的實證分析，針對台灣醫療糾紛實務之現況趨勢作類型化的了解，諸如：醫療疏失的型態；醫療過失責任的認定標準；訴訟上當病患主張，如消保法無過失責任、醫療契約的債務不履行或醫療侵權行為等，不同的請求權基礎對於民事舉證責任的負擔是否不同，有何差別及影響；民事訴訟法第 277 條但書、第 282 條之 1 規定，對於舉證責任的分配，實務上之運作如何？病患是否因武器不平等、證據偏在等致舉證困難而難獲得勝訴；醫療鑑定對審判實務之影響、法院審酌基準等。期望能透過實務判決分析呈現實證數據成果，配合文獻的查證和歸納，探求理論和實務上的差距並提出可行性的建議，提供立法者和司法工作者客觀及足夠的資料，俾利日後做進一步的辯論及參考依據。

## **第二節 研究方法與範圍**

### **第一項 研究方法**

本論文使用下列研究方法以期獲致研究成果：

#### **第一款 文獻資料蒐集法方法**

於撰寫本文相關文獻蒐集方面，將會參考國內、外與醫療糾紛之相關專書、期刊雜誌文章以及學術論文，同時併參閱國內各大學院校研究所之碩士論文，網際網路相關資料，報紙社會事實面的有關報導，以及就此議題所舉辦之相關研討會會議資料等均包括之。冀望透過文獻資料之整理、分析，瞭解各界對於現行醫療糾紛處理之模式與面向，期能鑑古之今，以作為醫療糾紛實證研究之佐證與參考。

#### **第二款 比較方法**

對照實證研究醫療民事審判實務動向與理論之對照觀察，檢視我國學說見解與法院見解在醫療糾紛議題適用上之爭議，面臨之困境為何，並予嘗試

簡略介紹外國學說和相關立法規範，是否有值得我國引為借鏡之處，最後再表示本文之拙見。

### 第三款 法院判決實務評析

針對醫療訴訟案件上訴至最高法院、台灣高等法院、台灣高等法院各分院之民事判決，就引動起訴主要疏失型態、民事的請求權基礎、過失責任之認定、舉證責任負擔、醫療過失責任成否之判斷標準等相關議題作判決評析，並嘗試加以類型化，藉此瞭解我國法院實務上對於醫療爭訟案件處理之趨勢。

### 第二項 研究範圍

鑑於管轄第三審之法院為最高法院，其判決在實務發展上常為觀察的指標與對象且除有再審事由外，否則即為終局之確定判決。爰本研究遂以最高法院即第三審之判決書為依據，以「醫療糾紛（含醫療）」全文當檢索詞，透過司法院法學資料檢索系統資料庫－裁判書查詢網站（<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>）中，逐筆查詢、確實過濾自民國89年1月1日起至98年12月31日止，純屬醫療糾紛的民事判決，排除與醫療訴訟案件內容不相關之裁判案由（例如確認本票債權不存在、聲請限期起訴、履行同居、訴訟救助、給付保險金、確認委任關係不存在、返還借款、履行契約、給付薪資、管理費用等案件），並合併相同案件後，再排除第三審判定「不合法」及重複醫療糾紛的判決案件後，共計40件，做為本研究範圍。

### 第三節 論文架構

本論文架構共分為六章，分別為緒論、醫療過失民事責任之實體法請求權基礎、民事醫療過失舉證責任的分配原則、我國醫療鑑定制度現況之介紹、最高法院民事醫療訴訟判決之實證分析、結論及建議、參考文獻與書目，目的在於簡要提出本論文欲解決之問題，茲僅就各章節相關的討論內容說明如下：

#### 第一章 緒論

先序明本文之研究背景與目的及研究方法與範圍。

## 第二章 醫療過失民事責任之實體法請求權基礎

於探討本章之前，先略要說明醫療行為與醫療糾紛之相關概念，再說明醫方與病方之實體法律關係。例如「醫療契約」與「醫療侵權行為」，參考我國及國外學說及實務見解，並佐以實務案例，作深入的論述。

## 第三章 民事醫療過失舉證責任的分配原則

以訴訟法關於舉證責任之理論為核心，先析述舉證責任之基本原則，再說明醫療事件中原告於醫療爭議時有何舉證困難，並參考國內、外學說及相關法理依據及將之移植於我國民事訴訟程序中應如何調整和適用，藉由舉證責任減輕或轉換之方法，以謀求雙方當事人訴訟上之實質公平。

## 第四章 我國醫療鑑定制度現況之介紹

不同於其他案件，醫療糾紛案件有其存在之高度專業性，而且醫療行為有無法反演之技術上的困難，以致在判斷上有所不易，因此，在醫療糾紛訴訟過程中，鑑定佔了極大的部分。故本章先從我國民事鑑定之相關規範做一概要說明，再介紹我國目前醫療鑑定制度，最後解析我國醫療糾紛鑑定之相關問題及所面臨的窘境。

## 第五章 最高法院民事醫療訴訟判決之實證分析

本研究收集 40 件最高法院，有關醫療訴訟民事判決案件，以實證分析將之區分為二：(一) 醫療糾紛判決背景資料的實證分析；(二) 醫療糾紛審判實務之實證分析。雖然此部分的研究成果，僅能提供一個較為單純的數據，惟仍希望對醫療糾紛議題研究的分析與探討有所助益。

## 第六章 結論及建議

綜合整理並做出本文研究之結論及建議。

## 第二章 醫療過失民事責任之實體法請求權基礎

### 第一節 前言

以往醫師給予病患及其家屬之印象總是高度專業不容質疑，惟隨著國民權利意識高漲，醫療糾紛訴諸法律救濟途徑之機率不斷增加。醫師於診療行為時因過失致病患受傷或死亡，其相關民事責任有契約責任與侵權責任，而此二責任在民國 83 年 1 月 11 日制定公布消保法第 7 條及民國 88 年 4 月 2 日民法債篇修正通過增設第 191 條之 3 及第 227 條之 1 後，關於醫師民事責任之請求權基礎，乃增加頗多發展空間。此外，民法第 184 條第 2 項、第 226 條、第 229 條及醫療法第 82 條第 2 項過失責任等，於部分情形亦可能成為請求權基礎。其中，就契約責任中之給付遲延及給付不能之請求權，因較不具爭議性，暫不在此論述。另於探討本章之前，先略要說明醫療行為與醫療糾紛之相關概念。

### 第二節 醫療行為與醫療糾紛

#### 第一項 醫療行為之相關意涵

醫療行為係使醫病雙方產生聯結、發生法律關係，最根本之原因，爰醫療行為乃醫療關係之核心所在，欲探討醫療關係所衍生之各種民刑事法律關係，應先釐清何謂醫療行為，茲介紹我國及國外相關見解如下：

#### 第一款 醫療行為的定義及範圍

##### 第一目 我國醫政實務之見解

我國民法及目前相關醫療法規並無對於醫療行為<sup>13</sup>作一明確的立法定義。行政院衛生署基於醫政管理上之需要，則是藉由行政函示方式先後解釋醫療行為的概念並給予定義，其中最具有代表性者，乃是該署民國 81 年 8 月 11 日衛署醫字第 8156514 號函釋所持之見解，其謂：「按醫療行為係為指

<sup>13</sup> 依醫師法第 28 條規定：「未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰金，其所使用之藥械沒收之。」及醫療法第二條規定：「本法所稱醫療機構，係指供醫師執行醫療業務之機構。」可知，醫療行為之實施除有無因管理或緊急避難之情事外，應由醫師或醫療機構之醫事人員為之。



凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、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」。<sup>14</sup>

爰據以上函示，構成醫療行為應包含兩大類：第一大類為：以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為診察、診斷及治療行為；第二大類為：基於診察、診斷之結果，以治療為目的，所為處方、用藥、施術或處置之行為。申言之，醫療行為的判斷標準有三：(一) 是否以治療、矯正或預防為目的；(二) 是否有診察、診斷及治療行為；(三) 是否有用藥或處方行為。若符合前述三項要件，原則上即可認為係醫療行為，而應受相關醫療法規的規範。

## 第二目 我國學說之見解

(一) 醫療行為之定義有狹義與廣義之區別。行政院衛生署之函釋對醫療行為之定義，認醫療行為必須以診斷及治療疾病為目的，此見解屬狹義之醫療行為，又稱「臨床之醫療行為<sup>15</sup>」或「診療目的之醫療行為」；(二) 廣義之醫療行為，則指凡以治療、矯正、預防人體疾病、傷害、殘缺及保健為直接或間接目的所為之醫療行為。換言之，有關疾病之診斷治療、疾病之預防、畸形之矯正、助產、墮胎及各種基於治療目的及增進醫學技術之實驗行為，均屬醫療行為之範疇，是廣義之醫療行為不限於診斷、治療疾病之醫療行為，始符合現實之醫療狀況及法學目的性之要求<sup>16</sup>；(三) 醫療行為概念之發軔固然來自疾病之治療（狹義之醫療行為），但現今醫師或醫療機構從事之醫療相關行為，不乏基於治療疾病以外之目的，例如臨床實驗、保健或整型美容<sup>17</sup>目的等，此等行為雖不以治療疾病為目的，但其實施之手段與狹

<sup>14</sup> 行政院衛生署對於醫療行為所作之定義，最早係見諸於該署民國 65 年 4 月 6 日衛署醫字第 107880 號函，該函指稱：「凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺或保健為直接目的，所為的診察、診斷及治療，或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處方或用藥等行為的全部或一部的總稱。」此一解釋，適用長達 16 年之久，一直到民國 81 年 8 月 11 日，該署才以衛署醫字第 8156514 號函，酌予變更其內容，變更之處在於：將「保健」一詞刪除；將「直接目的」修改為「目的」；並增列「施術」、「處置」等行為。

<sup>15</sup> 所謂「臨床之醫療行為」係指醫療方法或醫療技術，經由動物或人體實驗以證實其療效，此臨床性之醫療行為，係醫界公認採行之醫療行為。參閱黃丁全，「醫事法」，初版，月旦出版社股份有限公司，1995 年 11 月，77、82-83 頁。

<sup>16</sup> 參閱林洲富，「探討消費者保護法對醫療行為之適用」，2002 年國立中正大學法律學研究所碩士論文，26、29-30 頁。

<sup>17</sup> 依據 74 年 3 月 8 日衛署醫字第 521079 號函之解釋，整型美容亦屬醫療行為一種。同時我國司法實務上亦認為，整型美容手術之執行，應屬醫師法第 28 條所謂的「醫療業務」範圍。因此無合法醫師資格而為他人施打人工矽膠隆乳之行為（參見士林地院 90 年度易字第 4 號判決），或是無醫師資格之人在整型美容

義之醫療行為無異，對於病人或醫師而言，仍有若干不可預知之風險存在，故解釋上仍應包含於（廣義）之醫療行為當中<sup>18</sup>；（四）醫療行為之定義應重在於一個行為是否以治療為目的，以及該行為對於病人之身體或健康有無侵入性，而將醫療行為定義為：以回復病患之健康、除去其身體上之傷害，或以矯正其身體之缺陷、殘障為目的（治療目的），利用藥物、器材、手術或其他處理所從事的行為。包括為前述目的所從事之問診、檢查、檢驗、診斷等準備或輔助行為。整型、墮胎<sup>19</sup>、或為移植或實驗之目的，而對身體所採取，足以影響其健康或身體之完整狀態的措施視為醫療行為<sup>20</sup>；（五）醫療行為具專業知識之特性，其行為得為一侵入性醫療行為或僅以單純之言語診療之非侵入性醫療行為，應按該醫療行為所採取實質措施而論，主要以該行為是否以診斷治療為目的所為之，或是否對人的身體完整性具有侵入性措施，凡具備其中一項特性，通常應即被認定為醫療行為<sup>21</sup>。

### 第三目 美國法院之見解<sup>22</sup>

美國法院就醫療行為之定義，係採廣義之概念，認醫療行為之內容，為醫療行為人對醫療需求人提供醫學專業服務、診斷及治療等綜合性行為，其範圍不以診斷為目的之醫療行為為限。例如，醫療行為人依據醫療需求人之要求，提供非治療疾病之美容、減肥、整型及體檢等服務，均屬醫療行為之一部。

### 第四目 日本學說及日本行政法之見解

現行日本學說及行政法就醫療行為之概念，已和日本傳統的醫療行為之

---

診所所從事隆乳、抽脂、陰道整型手術等行為（參見台北地院 89 年度訴字第 451 號判決；高等法院 89 年度上訴字第 3753 號判決。），均構成醫師法第 28 條第 1 項之密醫行為。因此從實務判決意見來看，即使無醫療目的之美容醫療行為，但仍然屬於必須要具備醫師資格才能執行之醫療業務範疇，仍然應該納為整型外科醫療行為。

<sup>18</sup> 參閱林誠二，「醫療行為與消保法之適用」，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，81 頁。並謂：「二者之區別應在於狹義之醫療行為具有生活中不可避免之特性，亦即於人類社會中狹義之醫療行為必然也必須存在。」

<sup>19</sup> 優生保健法施行細則第 15 條第 1 項規定：「人工流產應於妊娠二十四週內施行。但屬於醫療行為者，不在此限。」由該項規定可見，人工流產（墮胎）有屬於醫療行為及非醫療行為者。按同一用語為不同之規範目的可能有範圍廣狹不一的定義。為杜爭議，爰以擬制的方式將之定性為醫療行為，對醫療行為之定義採較為廣義方式。反之，為禁止非醫師從事醫療行為所作之規定中的醫療行為在定義上應為狹義的觀點。參閱黃茂榮，「醫療契約（一）」，植根雜誌，第 25 卷第 1 期，2009 年 1 月，25 頁，註 20。

<sup>20</sup> 參閱黃茂榮，「醫療契約（一）」，植根雜誌，第 25 卷第 1 期，2009 年 1 月，25 頁。

<sup>21</sup> 參閱李淑如，「醫療行為與消費者保護法適用之爭議」，99 年度消費者保護理論與實務研討會，台北市政府法規委員會主辦，2010 年 9 月 24 日，28-29 頁。

<sup>22</sup> 參閱劉盈宏，「醫療服務責任之研究」，軍法專刊，第 54 卷第 1 期，2008 年 2 月，60 頁。

概念不同，認為醫療行為已不限於以診療病患為主要目的，還包括以促進醫學技術進步為目的之實驗性醫療行為，故其亦採廣義之解釋<sup>23</sup>。

## 第五目 德國學說

德國傳統學說對於醫療行為之定義，亦如同我國一般，以行為是否出於醫療之目的，作為判斷醫療行為與非醫療行為之標準，所謂醫療行為，被認為是對人體所進行之預防、診斷、醫治疾病、疼痛、身體受傷、殘缺或精神障礙所為之侵害或處置<sup>24</sup>。爰非出於醫療目的的行為如墮胎手術、結紮手術、變性手術、人工生殖、人體試驗，或是對健康之人摘取器官以移植於受贈病人身上之行為等，非出於醫療目的的行為，常被認為是欠缺「醫療適應性」，亦即欠缺醫療必要性之行為。惟近年來，德國學說已有逐漸改變傳統見解之趨勢，即前述這些行為之發動，儘管非出於醫療目的，但卻必須運用醫學技術與醫學知識於健康無疾病人身上之行為，亦有侵害他人生命、身體健康之虞，因此，原則上必須要有受過醫師養成訓練且取得醫師資格之人，始可為這類醫療行為。<sup>25</sup>

## 第六目 小結

綜觀上述，我國醫政實務上就醫療行為的定義係指狹義之醫療行為；惟我國多數學說、美國法院、日本及德國學說，多採廣義的概念。蓋若改變病人的身體狀態，回復病人健康之醫療行為，對病人之身體，多帶有侵入性，此種侵入，依其使用方法，可分為接觸性、器械性、藥物性、手術性與處理性之侵入，姑不論所使用之方法為何，醫療行為對病人之身體或健康必有侵入，此亦為醫療行為之重要特徵<sup>26</sup>。鑑於現今醫療事故<sup>27</sup>所爭執之重點往往

<sup>23</sup> 參閱康弼周，「組織醫療過失責任歸屬之研究」，司法研究年報，第 20 輯第 13 篇，司法院印行，2000 年 11 月出版，66 頁；轉引自劉盈宏，「醫療服務責任之研究」，軍法專刊，第 54 卷第 1 期，2008 年 2 月，83 頁，註 13。

<sup>24</sup> 參閱 Vgl.Laufs/Uhlenbruck,Handbuch des Arztrechts,3.Aufl.,2002,S.419.轉引自王皇玉，「整型美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則—評台北地院九十一年訴字第七三〇號判決」，月旦法學雜誌，第 127 期，2005 年 12 月，53-54 頁，註 5。

<sup>25</sup> Vgl.Laufs/Uhlenbruck,a.a.O.,S.100. 轉引自王皇玉，「整型美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則—評台北地院九十一年訴字第七三〇號判決」，月旦法學雜誌，第 127 期，2005 年 12 月，54 頁，註 7。

<sup>26</sup> 例如，為器官移植而自健康者身上摘除器官、為輸血之需要而自健康者身上抽取血液、為施行人工生殖而自捐贈者身上取精採卵、為進行骨髓移植而抽取他人身上造血系統之骨髓液、以美容為目的之整形行為、非基於治療上之需要而施行的變性手術等。綜觀上述行為，除取精之行為因不涉及侵入性之醫療動作而不認屬醫療行為外，其他各種行為於衛生行政管理上，目前仍屬醫療行為，蓋因該等行為往往涉及侵入性之醫療動作，且均係基於醫學之專業知識並以醫學之專業方法行之，基於保障民眾健康之考量，事實上仍有列為醫療行為管理之必要。參閱郭吉助，「論醫事法律上之醫療行為（一）—由法制面談起—」，法務

離不開醫療行為的認定，且隨時代進步，醫療行為亦漸趨多樣性，基於現代醫學發展迅速及保障醫療品質、病人權益及其生命、身體之安全考量，若僅以我國衛生署對醫療行為定義之函釋，範圍未免過窄，因此即使無醫療目的之醫療行為，仍應受包括醫療法等醫療相關規範之拘束，以界定醫師或醫療機構對其醫療行為應負之責任。

## 第二款 醫療行為之特性<sup>28</sup>

醫療行為具有下列三大特質<sup>29</sup>：(一) 需於人體因遭受外來及內在疾病傷害、殘缺及其他健康所為之損害；(二) 以回復健康為目的；(三) 本於醫師醫學之知識及技能，對患者施行任何治療、矯正、預防及用藥處方等行為。惟本文所探討之醫療行為係以回復病人之健康、除去其身體之傷害、矯正其身體之缺陷、避免其身體之殘障為目的（亦即以治療為目的），利用藥品、器材、手術或其他處理所從事之行為，以及包括基於前述目的所從事之問診、檢查、檢驗、診斷等準備或輔助之行為。而從事整型、變性、墮胎、器官移植或人體實驗，而對病人採取足以影響其身體之完整性或造成其健康之危害性的措施，已如前述，均視為醫療行為。

## 第三款 醫療輔助行為

何謂醫療輔助行為，依據行政院衛生署民國 65 年 06 月 14 日衛署醫字第 116053 號函之解釋：「醫療工作之診斷、處方、手術、病歷記載、施行麻醉等醫療行為，應由醫師親自執行，其餘醫療工作得在醫師親自指導下，由輔助人員為之，但該行為所產生之責任應由指導醫師負責<sup>30</sup>。」由以上詮釋內容可發現，行政院衛生署將醫療行為區分為主要之醫療行為與輔助之醫

---

通訊，第 2379 期，2008 年 2 月 28 日，3-4 版。

<sup>27</sup> 醫療事故之概念：在醫療過程中，由於醫事人員診療，護理過失造成病患死亡、傷害、殘疾或組織器官損傷者，統稱為醫療事故。參閱李伯璋、曾平杉，「醫療紛爭－在臨床醫學與法律實務的探討」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2010 年 1 月，17 頁。而本文之研究範圍，僅指因醫療行為本身造成患者生命、身體、健康權侵害之結果。

<sup>28</sup> 參閱李伯璋、曾平杉，「醫療紛爭－在臨床醫學與法律實務的探討」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2010 年 1 月，10-11 頁；郭吉助，「論醫事法律上之醫療行為（一）－由法制面談起」，法務通訊，第 2379 期，2008 年 2 月 28 日，4-5 頁；劉盈宏，「醫療服務責任之研究」，軍法專刊，第 54 卷第 1 期，2008 年 2 月，62 頁。

<sup>29</sup> 參閱黃翰義，「論醫療行為之本質－兼評日本實務上幾則代表性案例」，法學叢刊，第 49 卷第 2 期，2004 年 4 月，80 頁。

<sup>30</sup> 資料來源參閱行政院衛生署衛生法規資料檢索系統，網址：<http://dohlaw.doh.gov.tw/>，查訪日期 2010 年 8 月 3 日。

療行為。主要醫療行為指醫療工作中之診斷、處方、手術、病歷記載、施行麻醉等行為，應由醫師親自執行；輔助醫療行為則指主要醫療行為以外之醫療工作，得在醫師親自指導下，由輔助人員為之。衛生署的解釋釐清了醫療契約履行上的重要疑問：就哪些醫療債務之履行行為，債務人得交由不具醫師資格<sup>31</sup>之履行輔助人為之；否則由未具醫師資格之助手執行應由醫師親自執行之醫療行為，即構成密醫行為<sup>32</sup>。此時，醫師除應負醫師法第 25 條之 1<sup>33</sup>及第 28 條規定之行政、刑事責任外，如因該醫療行為致病患受有損害，並應負契約及侵權行為的損害賠償責任。

另有關醫師之輔助人員定義，依上開函示，係指在醫師指導下協助醫師為醫療行為之人，其資格尚無特別限制。但因民國 75 年 12 月 26 日修正公布後之醫師法第 28 條規定：「未取得合法醫師資格，擅自<sup>34</sup>執行醫療業務者，處六個月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰金，其所使用之藥械沒收之。但合於下列情形之一者，不罰：一、在中央主管機關認可之醫療機構，於醫師指導下實習之醫學院、校學生或畢業生。二、在醫療機構於醫師指示下之護理人員、助產人員或其他醫事人員。三、合於第十一條第一項但書規定。四、臨時施行急救。」因此，行政院衛生署前所為「醫師之輔助人員其資格尚無特別限制」之解釋，業以廢止而不再適用。

關於醫療輔助行為之範圍，行政院衛生署依據醫師法之規定，認為診斷、處方、手術、病歷記載及施行麻醉等醫療行為，若非由醫師親自執行，則對人體有危害之虞，故應由醫師親自執行。除此，其餘醫療行為得在醫師親自指導下，由醫事輔助人員為之，而此等醫事人員應屬從事醫療行為之輔助人，即該等輔助人關於醫療契約之履行有故意或過失時，醫師依民法第 224 條之規定，應與自己之故意或過失負同一責任。

<sup>31</sup> 就醫師法第 28 條所稱之合法醫師，有行政院衛生署 65 年 04 月 06 日衛署醫字第 107880 號函釋，必須具備下列條件：1. 中華民國人民經考試院醫師考試及格，領有醫師考試及格證書者。2. 領有中央衛生主管機關核發之醫師證書者。前項所稱之醫師，包括「醫師」、「中醫師」、「牙醫師」。

<sup>32</sup> 醫師法第 28 條規定，未取得合法醫師資格，擅自執行醫療業務者，為密醫罪。

<sup>33</sup> 醫師法第 25 條之 1 規定：「醫師懲戒之方式如下：一、警告。二、命接受額外之一定時數繼續教育或臨床進修。三、限制執業範圍或停業一個月以上一年以下。四、廢止執業執照。五、廢止醫師證書。」

<sup>34</sup> 依據行政院衛生署 65 年 4 月 6 日公布之衛署醫字第 107880 號函解釋「擅自」之涵義：1. 未具醫師資格，執行醫療業務者，稱為「擅自」。2. 應由醫師親自執行之醫療行為，由非醫師執行者，稱為擅自，其他得由醫院診所輔助人員，在醫師指導下執行之醫療行為，不視為擅自執行醫療業務，但該行為應視為指導醫師之行爲。3. 醫院診所輔助人員未經醫師指示，逕自執行任何醫療行為，或於醫師在場時，執行應由醫師親自執行之醫療行為，均屬擅自執行醫療業務。

## 第二項 醫療糾紛之概念

醫病之間一有爭議，須基於何種事故所生，始得稱之為醫療糾紛？茲述如下：

### 第一款 我國醫療糾紛的現況

醫療糾紛是醫療社會中醫（師）病（人）之間的一種衝突，隨著臺灣人口的日益老化、民眾知識提昇、資訊取得之便利、以及醫療技術的日益複雜，醫療糾紛的發生也隨之增加。據衛生署「醫事審議委員會」（以下簡稱醫審會）醫療糾紛鑑定小組接受委託案件數統計由1987年至2006年，20年間共計有5,344件，其中扣除非醫療糾紛的案件，共計有4,979件個鑑定案件，1987年醫療糾紛的案件有140件，1997年增加至236件，至2006年則已達到360件。鑑定案件數不斷向上攀升的現象，亦充分反應臺灣醫療糾紛逐年增加的現象<sup>35</sup>、<sup>36</sup>。

另1987年至2001年台灣醫事鑑定統計3,418告訴原因，其中醫療不當佔23%；手術相關佔16%；誤診延醫佔15%；用藥不當佔9%；查明原因佔8%；產科胎兒佔5%；產科母親佔4%；不滿意佔4%；延誤轉診佔3%<sup>37</sup>。而1999年至2005年台灣法院指摘718件醫療糾紛事項，其中（一）有疏失而須負責的：手術佔15.5%；告知佔10.7%；處置佔9.1%；診斷佔9.1%；用藥佔7.9%。（二）不作為疏失：檢查佔3.8%；轉院（診）佔3.3%；處置佔3.3%；告知佔2.8%；檢驗佔2.6%<sup>38</sup>。比較二者之醫療爭議事件比率無明顯差異。

### 第二款 醫療糾紛之定義

台灣的醫療糾紛定義不清，眾說紛紜，查我國目前對於醫療糾紛之定

<sup>35</sup> 參閱吳俊穎，「醫療法制之整合研究計畫（二）實證醫學與法律醫療法研討會」，會議論文集，國立台灣大學法律學院頂尖計畫主辦，2009年12月26日，2頁。

<sup>36</sup> 另據司法院統計室的資料，地方法院受理的醫療糾紛案件，民事部分，由民國92年的154件，迄98年，達412件（約2.6倍）。刑事案件，更是由92年之24件，變成98年的114件（約4.7倍）。足見醫療糾紛與日俱增。資料來源：參閱姚念慈，「從司法判決實例－談傳統與發展的醫療糾紛類型與因應」，護理倫理與法律研討會，2010年5月18日，2頁。

<sup>37</sup> 參閱宋永魁，「醫療爭議、逆流而上一談病人安全及醫療品質的改善」，醫療品質雜誌，第1卷第4期，2007年7月，90頁。

<sup>38</sup> 參閱吳澤誠醫師報告，轉引自宋永魁，「醫療爭議、逆流而上一談病人安全及醫療品質的改善」，醫療品質雜誌，第1卷第4期，2007年7月，90頁。

義，並無直接明文規定，僅衛生署「醫療糾紛處理法」草案<sup>39</sup>第3條規定：「本法所稱醫療糾紛，指在醫療過程中，病人與醫事人員或醫療機構間，因傷害、殘廢或死亡之醫療事故所生之糾紛。」及「病人安全及醫療糾紛處理法」草案第2條規定：「本條例所稱醫療糾紛，係指在醫療過程中，病患與醫事人員或醫療機構間，因醫療事故所生之糾紛。<sup>41</sup>」

此外，學者及實務關於醫療糾紛之定義則有：(一)「醫師或其他醫事人員為病患施行相關醫療行為時，因病患或其家屬親友對醫療之過程和結果不能滿意，與醫師或其他醫事人員間發生糾紛<sup>42</sup>。」；(二)「專指醫病之間因為醫療傷害所生之責任歸屬的爭執」，病患認為他受有醫療傷害，誰要為這個傷害負責叫醫療糾紛<sup>43</sup>。」；(三)「醫療提供者與病人(或病人家屬)之間，在醫療過程中因醫療傷害的責任問題，所形成的民事或刑事糾紛<sup>44</sup>。」；(四)「病患或其親友，對於提供醫療服務者之行為、態度，或對醫療過程、結果不滿。<sup>45</sup>」；(五)「病患死亡或傷殘等結果的發生是由醫護人員的過失所致，但病患或其家屬對此不良結果的性質、程度及處理結果等存在不同看法<sup>46</sup>或

<sup>39</sup> 據行政院衛生署表示，近年來醫療糾紛案件日漸增多，影響醫病關係和諧，為期建立醫療糾紛適當處理機制，讓病人在提起訴訟之前，經由調解程序，取得溝通管道，釐清賠償責任，給予道義補償，以減少不必要之醫療訴訟，經邀集司法院、法務部、各級衛生主管機關，行政院消保會、中華民國消費者文教基金會及醫師公會等有關機關、團體研商後，擬具「醫療糾紛處理法」草案。該草案已於民國91年2月24日經行政院第2670次院會審查通過，民國94年5月24日第6屆行政院送請立法院審議中，網址：<http://info.gio.gov.tw/ct.asp?xItem=21093&ctNode=3901>，查訪日期：2010年7月31日。

<sup>40</sup> 原名稱為「醫療糾紛處理條例草案」，94年送立法院審查；於97年4月衛生署將本草案改變名稱為「病人安全及醫療糾紛處理條例」。其立法目的參見本草案第1條：「為迅速、經濟、有效處理醫療糾紛。保障當事人權益，促進醫病關係和諧，特制定本條例。」本條立法說明：「有鑑於醫療糾紛爭議日漸增多，為強化現行之調處制度，迅速、經濟、有效處理醫療糾紛，並保障醫病雙方權益，促進醫病關係和諧，爰制訂本條例。」有關「醫療糾紛處理條例草案」解析介紹，請參閱黃立，「醫療糾紛處理法及實務判決評析」，醫學倫理與醫療法律學術研討會，台北縣醫師公會、國立政治大學法學院主辦，2008年5月3日，1-33頁。

<sup>41</sup> 參見北德醫師公會醫師責任問題調解處調解程序規則第2條第1項：「調解處就醫師與病人間基於指責有瑕疵之醫療行為，所生之損害賠償請求權而作為。」因此若醫院與其供應商（器材或藥品供應）間發生爭議，不在本條例之適用範圍。資料來源：黃立，「醫療糾紛處理法及實務判決評析」，醫學倫理與醫療法律學術研討會，台北縣醫師公會、國立政治大學法學院主辦，2008年5月3日，19頁。

<sup>42</sup> 參閱羅俊璋，「略論醫療糾紛(上)」，立法院院聞，第27卷第2期，1999年2月，77-78頁。

<sup>43</sup> 參閱楊秀儀，「論醫療糾紛之定義、成因及歸責原則」，台灣本土法學雜誌，第39期，2002年10月，121-123頁。

<sup>44</sup> 參閱陳榮基，「台灣醫療糾紛現況與處理」，健康出版社，1993年。轉引自楊秀儀，「論醫療糾紛之定義、成因及歸責原則」，台灣本土法學雜誌，第39期，2002年10月，123頁。

<sup>45</sup> 參閱姚念慈，「從司法判決實例－談傳統與發展的醫療糾紛類型與因應」，護理倫理與法律研討會，行政院衛生署北區醫療網、長庚醫院財團法人林口長庚紀念醫院護理部、桃園縣護理師護士公會、桃園縣政府衛生局主辦，2010年5月18日，2頁。

<sup>46</sup> 如病人及家屬對於醫學知識或基本的常識不夠，引用不適當的案例或自行解讀臨床的變異過程，強行解釋學理上沒有直接因果關係的病因與結果。

發生事由並非醫護人員的過失所致<sup>47</sup>，但病患或其家屬認為醫護人員有過失而引起的糾紛。<sup>48</sup>」

綜合上開說明，本文就醫療糾紛的定義排除非法律上的爭議即醫療過程中所有醫病雙方的不和諧，僅以法律上的爭議為範圍，認為院版草案醫療糾紛的定義，即「醫療糾紛，指在醫療過程中，病人與醫事人員或醫療機構間，因傷害、殘廢或死亡之醫療事故所生之糾紛。」，其內涵為：「醫療傷害責任的歸屬，即病人對於醫療傷害要求負責<sup>49</sup>。」

### 第三款 醫療過失之型態<sup>50</sup>

醫療行為的客體是病患之身體、健康，具有本質上的脆弱性，醫療給付中任何一個環節的差錯，任何一個參與者的疏忽，都有可能引起醫療傷害，即從問診至診療後的看護，都有可能產生醫療過失而起醫療糾紛，其發生之主要型態有：一、醫師之過失：（一）問診錯誤：醫師於實施醫療時，對病患之身體症狀未詳問當事人，而忽視病患症狀，以致延誤病情；（二）檢查錯誤（該做的沒做、做了不該做的）：對於病患之體質或疾病之徵兆未為詳查而產生之醫療錯誤；（三）症狀觀察錯誤：醫師對病患之疾病徵兆未能發覺並迅以實施治療而造成醫療上的延遲，如對心肌梗塞之疾病徵兆未能察覺並及時處置，而造成醫療上之延遲；（四）判斷錯誤：因錯誤的判斷，而未能正確地實施醫療導致病患變為重病或死亡，如醫師將盲腸炎誤診為糞石填塞；（五）醫療方法選擇錯誤：醫師使用錯誤的醫療方法，而對病患之疾病未能予以治療或產生其他後遺症；（六）技術或遺留之錯誤：醫師實施醫療技術時發生錯誤，如開錯刀<sup>51</sup>或手術時將紗布、棉球等醫療器材遺留於體內

<sup>47</sup> 如病人的疾病變化太快，有時超乎事前可預料到的情形，家屬對於結果不能接受；或有時礙於事前檢查儀器的精密限制或是醫療保險的顧慮沒有檢查到或是無法得到正確的診斷，隔了一段時間再度檢查而轉變成較嚴重的程度，病家無法接受。

<sup>48</sup> 參閱吳正吉，轉引自，任爾崇醫師，「從醫療糾紛實例—談醫事專業人員應具備的倫理與法律觀點」，護理倫理與法律研討會，行政院衛生署北區醫療網、長庚醫院財團法人林口長庚紀念醫院護理部、桃園縣護理師護士公會、桃園縣政府衛生局主辦，2010年5月18日，6頁。

<sup>49</sup> 參閱宗志強，「民事醫療糾紛舉證責任之研究」，2007年銘傳大學碩士論文，22頁。

<sup>50</sup> 進一步說明參閱：楊秀儀，「論醫療糾紛之定義、成因及歸責原則」，台灣本土法學雜誌，第39期，2002年10月，123-124頁；陳春山，「醫師病人醫療糾紛」，三版一刷，書泉出版社，2004年11月，6-9頁；李伯璋、曾平杉，「醫療紛爭—在臨床醫學與法律實務的探討」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2010年1月，23-26頁；羅俊瑋，「略論醫療糾紛(上)」，立法院院聞，第27卷第2期，1999年2月，87頁。

<sup>51</sup> 例如：26歲的陳○能因打籃球致右腳腳掌骨碎，到林口長庚求診，由張○○醫師主刀，竟被誤開成左腳，之後重新麻醉又動刀一次，林口長庚醫院調查是主刀的骨科醫師張○○在手術電腦排程「誤輸左腳」，手術時又未再次核對造成的。資料來源：聯合新聞網，開刀開錯腳林口長庚道歉賠償，網址：<http://udn.com/NEWS/NATIONAL/NATS1/5680609.shtml>，查訪日期：2010年8月16日。



而導致感染；(七)用藥失誤<sup>52</sup>及放射線之錯誤<sup>53</sup>；(八)未善盡告知或說明義務。二、護理人員之過失：護士打錯針劑、輸錯血及術後照護疏失。三、轉診之過失：轉診時未實施必要之救護或資料之轉送，而使其轉院治療時，導致病患傷亡。四、醫院行政管理措施上的缺失：如院內感染管控之疏失、醫療器材設備維護之疏失、醫院設施管理之疏失及病歷管理之疏失。五、急救時之過失：醫師或醫院對於急救病患未能實施適當治療，而導致病患傷亡。

#### 第四款 醫療糾紛增加之原因<sup>54</sup>

醫療糾紛的問題隨著國民的權益意識提高，醫師地位改變，全民健保造成醫病關係的疏離，在臺灣急遽增加，窺其原因，主要有四：

(一) 國民權利意識的高漲：臺灣於農業社會人民知識未大為提高之前，一般民眾對其權益之保障並無確切之認識，就如何尋求法律途徑來保護其權益，亦無認識。然隨人民教育水準之提高，法律教育之普及，及近年來消費者保護運動之運作，有關人性尊嚴、人格權、健康權及病患自主決定權等權利漸為大眾所周知，民眾不再像過往對醫方逆來順受，也不願忍受其權益受侵害，當面對醫師不當之醫療行為，消費者終於站在法律的水平上，向水平的另一端（即醫護人員），請求其應有之權益及利益。

(二) 民眾對於醫療服務之失望：由於科技之發展，醫療技術之迅速提昇，

<sup>52</sup> 2002年11月30日民生報報導：「用藥失誤醫界X檔案」(節錄)：所謂用藥失誤是指所有可預防的人為用藥錯誤，可能是醫師拼錯藥名、藥師調錯劑、或護理人員給錯藥、病人看錯用藥方式等；據估計，美國醫院內每年因此死亡者，相當於摔掉2架波音七四七飛機的受害人數，十分驚人。國內雖無類似統計，但台北和信醫院藥劑科主任陳昭姿表示，該院曾統計用藥失誤事件，給藥錯誤率達千分之二，這包括藥名或用藥方式不清楚、醫院沒有醫師開的藥、用藥不符健保規定、藥名、品項錯誤等，幸經及早發現，才未造成傷害。事實上，據了解，國內就曾有醫師把應採肌肉注射(IM)的藥，筆誤為靜脈注射(IV)，護理人員也因缺乏經驗未發現，導致病人死亡；還有婦女接受人工生殖，本該使用荷爾蒙，醫師卻給成肌肉鬆弛劑，讓病人枉送性命；另有醫院把降血糖藥誤當胃藥，病患用後竟成植物人，嚴重案例屢見不鮮。資料來源：網址[http://www.hantang.com/chinese/ch\\_Articles/malpractice.htm](http://www.hantang.com/chinese/ch_Articles/malpractice.htm)，查訪日期：2010年8月16日。

<sup>53</sup> 關於放射線錯誤的實例—美1200起放射治療投訴FDA收緊管理，參閱大紀元網址，網址<http://www.epochtimes.com/b5/10/5/17/n2910529.htm>，謂：「2010年1月紐約市發生二起病人因接受高劑量直線加速器放射線治療而喪命的案例。第一例的病人得了舌癌，放射線治療的範圍本應限於腫瘤所在位置，但是因為電腦設定錯誤，放射線竟然對準他的腦幹和頸部照射，進行了三天的療程，電腦螢幕上出現警告訊號，但是操作人員並未注意到。第二例是位患乳癌女性，因為治療師的電腦程式設定錯誤，沒有加入一項重要的過濾條件，使得這位病患接受的放射線照射劑量是醫師指定的三倍，照了27天，治療師也沒有注意到螢幕上的指示。」，查訪日期：2010年8月16日。

<sup>54</sup> 對於醫療糾紛增加之原因整理自以下文獻：陳忠五，「醫療糾紛的現象與問題」，台灣本土法學雜誌，第55期，2004年2月，1-2頁；陳春山，「醫師病人醫療糾紛」，三版一刷，書泉出版社，2004年11月，4-6頁。

固可解決病患之疾病，更提高病患要求進一步及更完整的醫療服務。民眾一方面以為科技之發展，應能解除其疾病及痛苦，使得其對醫療行為治療效果的期待大幅提昇，惟醫療行為的實際效果與事前的期待有所落差時，導致越來越多不甘生命或身體健康平白無辜受損的病患或家屬，向醫師或醫院請求賠償。

- (三) 醫師與病患關係的變化：在以往醫療給付，通常僅基於醫師與病人之關係；而今日大醫院之管理及運作，變成一種企業化行為，醫師與病人之間的信賴及親密關係，已大為減小。進一步言之，醫師在社會上之權威地位，已受到嚴重挑戰；以病人而言，病人於社會中扮演弱者的角色，醫療糾紛受害者之訴求可引起社會之同情，往往造成要求醫師負起醫療糾紛責任的壓力。
- (四) 醫療供給量的增加：由於社會條件與經濟情況的進步，國人利用醫療資源，接受醫療服務的能力與意願，與日俱增。加上全民健康保險制度的實施，國人接近使用醫療資源的機會與頻率，也大為增加。醫療需求的不斷擴充，導致醫病當事人間頻繁互動的現象，伴隨而來的是不斷增加的醫療風險，各種醫療失誤或意外事故時有所聞。
- (五) 新興醫療儀器、藥品或治療方法的大膽嘗試運用：現代醫療科技水準不斷提昇進步，各種新興的診斷儀器或設備、醫療用品或材料以及治療技術或方法大膽嘗試運用的結果，不可避免地也同時帶來許多新的醫療風險，增加醫療失誤或意外事故發生的可能性。眾多病患的生命或身體健康，也因而更加暴露在各種突然的、偶發的、不可知或不確的危險因素中。
- (六) 醫療服務的企業化經營趨勢：企業化的醫療服務模式，使得醫療服務的提供過程，與商品在生產線上或行銷通路上的製造或流通過程，沒有什麼差異。「效率」，成為醫療組織、經營、管理上重要的追求目標。其背後，同時也潛藏著種種缺失或盲點，其所犧牲，往往就是病患的「人身安全」。此種伴隨著醫療服務企業化經營方式所產生的醫療風險，自然容易促成醫療糾紛的增加。

### 第三節 醫療契約之法律關係

#### 第一項 醫療契約之法律性質

學者通說均認定醫師與病患訂立契約，為之診療者，是為醫療契約，且實務上亦早已肯認。由於醫療契約之內容係以醫師提供特殊之知識、經驗及技能為內容，故本質上應屬於勞務供給契約一種。惟醫療本身具有侵入性，發生之狀況較為緊急，又與病人之生命、身體及健康權休戚相關，故醫療行為相較於一般勞務而言，具有一定之特殊性<sup>55</sup>。

關於醫療契約之法律性質究竟如何，學說間之見解並不一致，共有委任契約說、準委任契約說、僱傭契約說、承攬契約說、非典型契約說等不同主張<sup>56</sup>。

#### 第一款 委任契約說

我國民法對醫療行為並未規範，醫師法第 11 條對醫師執行業務的行為使用「診察」、「治療」、「開給方劑」、「交付診斷書」來形容，可知醫師執行業務是勞務的提供，依民法第 529 條規定，關於勞務給付的契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。因此一般醫療行為也是一種委任契約，我國學說<sup>57</sup>及實務界<sup>58</sup>亦多採此見解。

#### 第二款 準委任契約說

此說係日本學理及實務之通說。因日本民法上委任契約之內容只限於受

<sup>55</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係（上）」，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，92 頁。

<sup>56</sup> 關於醫療契約之法律性質，各國立法例上僅有荷蘭民法，於 1995 年將醫療契約規定為有名契約，獨立成為民法上的典型契約。關於荷蘭民法有關醫療契約規定之介紹，參見寧紅麗，「大陸法係國家的醫療合同立法及其對中國大陸之借鑑意義」，月旦民商法雜誌，第 4 期，2004 年 6 月，113-120 頁。

<sup>57</sup> 戴修瓚，「民法債論各論（下）」，五版，文光圖書公司，1955 年，頁 3；史尚寬，「債論各論（上）」，自刊，1986 年 11 月，361 頁；林誠二，「民法債論各論（中）」，瑞興圖書股份有限公司，初版，2002 年 3 月，216 頁；邱聰智，「醫療過失與侵權行為」，二版一刷，收錄於氏著民法研究（一），五南圖書出版公司，2000 年 9 月，413-415 頁；邱聰智，「新訂債法各論（中）」，初版一刷，元照出版社，2002 年 10 月，192 頁；劉春堂，「民法債論各論（中）」，初版一刷，三民書局有限公司，2004 年 3 月，136 頁。轉引自吳志正，「解讀醫病關係 I—醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006 年 9 月，282 頁，註 5。

<sup>58</sup> 採委任契約之民事裁判：最高法院 53 年度台上字第 2354 號、同院 70 年度台上字第 1049 號、同院 82 年度台上字第 267 號、同院 92 年度台上字第 1057 號、台灣高等法院台中分院 92 年度上字第 121 號、台灣台中地方法院 90 年度重訴字第 1045 號等。轉引自吳志正，「醫療契約篇-解讀醫病關係 I」，初版第 1 刷，元照出版有限公司，2006 年 9 月，282 頁，註 6；黃丁全，「醫事法」，月旦出版社股份有限公司，初版，1995 年 11 月，143 頁。

任人處理法律行為，而醫療行為在性質上是一種事實行為，故不屬於委任關係，僅能視為準委任契約，而類推適用委任之規定<sup>59</sup>。

### 第三款 僱傭契約說

此說為德國通說。鑑於醫師的醫療行為本身所帶的危險，不是醫師或當代醫學所能完全控制的，所以德國通說認為，醫療契約不是承攬契約。基於委任原則上屬無償行為，而事實上醫療契約絕大多數為有償雙務契約，所以通說將醫療關係歸類為僱傭契約<sup>60</sup>，英、美等國亦同<sup>61</sup>。

### 第四款 承攬契約說

德國民法囿於該國民法第 662 條委任之規定僅限於無償委任，故德國通說視醫療契約為其民法第 611 條所稱之勞務契約<sup>62</sup>。但有些醫療行為本身與人體器官反應的不可預測性無關，而是純粹醫療技術的問題，例如：外科美容手術、牙齒矯正、X光片的拍攝等，德國通說認為醫病之間不妨成立承攬契約。因為此類醫療契約的給付內容，涉及純粹的醫療技術，結果產生與否可以控制，從而，要求醫師應對病人擔保一定之醫療結果<sup>63</sup>。

### 第五款 非典型契約說

民法第 535 條前段規定，受任人處理委任事務，應依委任人之指示。惟在整個屬於醫療行為過程之事務處理中，醫師係本於當時的醫療專業，全權地對病人診斷、說明，並決定是否予以治療，病患幾乎是毫無置喙之餘地，此與一般委任，受任人尚應接受委任人之指示不同。且醫療契約所面對之事務處理，幾乎是難有定性的病患生理表現，與委任契約處理事務之範圍於締約時即已確定者，有相當大之差異。醫療契約之實質社會關係乃基於病患信

<sup>59</sup> 參閱劉文裕，「醫事法要義」，初版，合記圖書出版社，1999年11月，200頁；寧紅麗，「大陸法系國家的醫療合同立法及其對中國大陸之借鑑意義」，月旦民商法雜誌，第4期，2004年6月，112頁。

<sup>60</sup> 參閱侯英冷，「醫療行為的民事上賠償責任（上）—從德國醫師責任法(Arzthaftungsrecht)切入探討」，月旦法學雜誌，第72期，2001年5月，118頁。

<sup>61</sup> 參閱吳志正，「解讀醫病關係 I —醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006年9月，285頁；劉盈宏，「醫療服務責任之研究」，軍法專刊，第54卷第1期，2008年2月，66頁。

<sup>62</sup> 德國民法第 611 條略謂：「因勞務契約，承諾提供勞務之一方當事人，負提供該勞務之義務，他方當事人負給付約定報酬之義務。勞務契約之客體，得為任何種類之勞務。」同法第 662 條則略謂：「就委任為承諾者，受任人負無償為委任人處理其所委任事務之義務。」轉引自吳志正，「解讀醫病關係 I —醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006年9月，285頁，註 18。

<sup>63</sup> 參閱侯英冷，「醫療行為的民事上賠償責任（上）—從德國醫師責任法(Arzthaftungsrecht)切入探討」，月旦法學雜誌，第72期，2001年5月，118頁。

賴醫師，並委任醫師為醫療行為之事實關係，可謂是類似委任之一種特別契約，就醫療行為的特殊性格而言，醫療契約係屬近似委任契約之非典型契約<sup>64</sup>。

## 第六款 小結

處理醫療契約的困難，即在於醫療的不確定性：包括疾病過程的不確定和醫療處置結果的不確定，因此，用僱傭、承攬、委任契約來界定，都有其困難之處。原則上醫療契約之內涵，係負擔提供醫療給付行為之「方法債務」，而非實現特定之工作成果之「結果債務」<sup>65</sup>，與承攬之得提出工作成果有別。易言之，醫師基於醫療契約僅承諾「依其良知、注意及科學既存知識而為治療」，非保證「治癒疾病」，因而病患不得以其疾病並未治癒，治療結果並未發生，而主張醫師未盡契約上的診療義務。從而，醫療提供者提供之醫療給付債務，係依據治療當時的臨床醫療水準而決定，無法擔保治癒病患之醫療結果必定發生，而僅負擔提供善良管理人的醫療給付義務<sup>66</sup>。況且醫師得基於其專業知識享有一定範圍之自由裁量權，非病患所得監督掌控，而在僱傭契約中，受僱人服勞務，需絕對服從僱傭人的指示，自己並無獨立的裁量權<sup>67</sup>，而醫師的醫療行為，主要目的係在於治療疾病或創傷，並非僅單純的勞務供給，因此，醫療契約非僱傭契約，應認為委任契約或類似委任

<sup>64</sup> 參閱曾隆興，「現代非典型契約論」，自版，1994年1月，291-292頁；劉文瑤，「醫事法要義」，初版，合記圖書出版社，1999年11月，200頁。

<sup>65</sup> 「方法債務」與「結果債務」的區別，參閱陳忠五，「法國法上醫療過錯的舉證責任」，收錄於朱柏松等5人合著，「醫療過失舉證責任之比較」，初版一刷，元照出版有限公司，2008年5月，124頁。

<sup>66</sup> 相關實務見解參照最高法院99年度台上字第1064號、同院98年度台上字第2175號、同院98年度醫上字第26號、同院97年度台上字第2735號、同院97年度台上字第1000號判決及同院97年度醫上字第18號等民事判決（節錄）謂：「按醫療契約係受有報酬之勞務契約，其性質類似有償之委任關係，依民法第五二九條、第五三五條後段規定，醫院既應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對病患履行診斷或治療之義務。故為其履行輔助人之醫師或其他醫療人員（即醫療團隊）於從事診療時，如未具當時醫療水準，或已具上開醫療水準而欠缺善良管理人之注意，因而誤診或未能為適當之治療，終致病患受有傷害時，醫療機構即應與之同負債務不履行之損害賠償責任。」

<sup>67</sup> 參照台灣高等法院98年度重勞上字第5號民事判決（節錄）謂：「按所謂委任，係指委任人委託受任人處理事務之契約而言。委任之目的，在一定事務之處理。故受任人給付勞務，僅為手段，除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。而所謂僱傭，則指受僱人為僱用人服勞務之契約而言。僱傭之目的，僅在受僱人單純提供勞務，有如機械，對於服勞務之方法毫無自由裁量之餘地。兩者之內容及當事人間之權利義務均不相同。（最高法院83年度台上字第1018號判決意旨參照）」另孫森焱，「侵權行為行為人之注意義務」，裁判時報，第1期，2010年2月，47-48頁謂：「所謂僱傭是指當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約（民法第482條）。委任是謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約（民法第528條）。二者均為勞務契約，但其不同處有三：僱傭是以給付勞務為契約目的；委任是以處理事務為契約目的。其次，受僱人須聽從僱用人之指示；受任人雖依委任人之指示而處理事務，但依其所委託事務之目的，以自己之裁量處理之。」

契約之關係<sup>68</sup>。

不過，醫療行為被論斷為委任契約或近似委任契約之非典型契約，係僅就一般醫療行為之常態而言，倘若當事人訂有特約，例如以治癒疾病為給付報酬的條件，即所謂的包醫，或以安裝義齒、義肢、修補牙齒及美容整型為內容之醫療契約，凡此皆係以一定工作之完成為其契約之目的，性質上與承攬契約相當，而可適用承攬契約之規定<sup>69</sup>。惟不論本質上被歸納為何種契約，皆不外乎為以一定服務之提供(準委任契約)或一定工作之完成(承攬)，與對價之給付為其內容之雙務契約。

## 第二項 醫療契約之成立與終了

### 第一款 意義及成立<sup>70</sup>

我國醫病雙方是否成立醫療契約，應依我國民法第 153 條之規定，判斷醫病雙方是否有締結契約之意思，並且就契約必要之點達成意思表示合致。爰醫療契約亦為契約之一種，因此民法債篇中有關契約的規定在醫療契約亦有其適用。因此，醫療契約的成立，以醫療行為人<sup>71</sup>（即醫療供給者）與醫療需求者意思表示合致，其間的醫療契約即為成立，而其締約方式自由，明示或默示意思表示，均在所不問。

### 第一目 要約之時點

按我國醫療現狀，醫療契約成立最常見之模式，通說以認為當其步入醫院申請掛號之時起，即已為醫療行為之要約，如經醫療供給者承諾，醫療契約即成立。另有少數說則認為，病患之要約應包括陳述症狀，並概括地請求醫師為其診治，若僅掛號而未向醫師說明其症狀，並不能屬契約之意思表

<sup>68</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係（上）」，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，92 頁。

<sup>69</sup> 參閱劉盈宏，「醫療服務責任之研究」，軍法專刊，第 54 卷第 1 期，2008 年 2 月，66-67 頁；陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係（上）」，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，93 頁；薛瑞元，「醫療契約與告知義務」，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月，38-39 頁。

<sup>70</sup> 參閱劉盈宏，「醫療服務責任之研究」，軍法專刊，第 54 卷第 1 期，2008 年 2 月，63-64 頁；邱琦，「醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付」，月旦法學雜誌，第 164 期，2009 年 1 月，39 頁；謝瑞智，「醫療行為與刑事責任」，法令月刊，第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月，277 頁；吳志正，「解讀醫病關係 I—醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006 年 9 月，246-247 頁。

<sup>71</sup> 何謂醫療行為人，本文將其範圍界定於醫療法第 10 條所稱醫事人員，係指領有中央主管機關核發之醫師、藥師、護理師、物理治療師、職能治療師、醫事檢驗師、醫事放射師、營養師、藥劑生、護士、助產士、物理治療生、職能治療生、醫事檢驗生、醫事放射士及其他醫事專門職業證書之人員。

示<sup>72</sup>。本文以為，病患掛號之目的，即以向醫師求診為主，其欲與醫師成立醫療契約之意圖甚明，則關於醫療需求者要約時點之認定，依通說見解採「掛號說」，仍以其掛號時為要約之意思表示。

## 第二目 承諾之時點

醫療實務上，醫療供給者之承諾，通常都以默示為之，至難以認定醫療契約具體成立之時點。故一般說來，當病患完成掛號之後，即「足以推斷醫療供給者有承諾之事實」<sup>73</sup>。再者，醫師執業，常懸掛招牌，因此掛牌營業性質，解釋上應認為係一種承受委託處理一定醫療事務之公然表示，亦即有承受診治病症之公然表示。對於病患之求診，如「不即為拒絕之通知時」，應依民法第 530 條之規定視為承諾，而成立醫療契約。

### 第二款 強制締約與無因管理

典型的醫療契約由病人與醫師締結，為一種委任契約，主要以病人委託醫師為其檢查、診斷、處方、治療、他方允為該醫療事務之處理為其內容之契約（民法第 528 條）。基於上述，由於開業醫師或醫療機構通常有承受委託處理一定事務之公然表示，所以對於該事務之委託，不即為拒絕之通知時，依民法第 530 條之規定視為允受委託<sup>74</sup>。而契約之締結，基於契約自由原則，醫療提供者具有接受締約或拒絕締約的自由。但醫療法第 60 條規定：「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。」及醫師法第 21 條規定：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」，可知醫院及醫師負有緊急醫療之義務，原則上排除契約自由原則，而有「強制締約」之適用<sup>75</sup>。所謂強制締約，係指課予醫院或診所承諾為醫

<sup>72</sup> 參閱吳建樑，「醫師與病患醫療關係之法律分析」，東吳大學法律學系碩士論文，1994 年，10 頁。

<sup>73</sup> 通常情形下，醫院或診所掛牌營業，性質上屬於民法第 530 條之公然表示，而為要約之引誘。於病人掛號時方屬要約，醫院是否已經承諾，則得按民法第 161 條關於意思實現之規定，在相當時期內判斷之，例如在掛號後所取得之門診序號時，抑或是在急診時，未掛號但醫師開始診察之情形，均得認為契約已因醫院之承諾，意思表示合致而成立。至於電話語音或網路預約掛號之情形，應認電子訊號顯示掛號成功時，契約已成立，醫師是否檢視該訊息，則無關重要。

<sup>74</sup> 參閱黃茂榮，「醫療契約（二）」，植根雜誌，第 25 卷第 2 期，2009 年 2 月，58-63 頁。

<sup>75</sup> 參閱楊秀儀，「法定急救義務？強制締約義務？—醫師法第二一條、醫療法第四三條性質解析」，台灣本土法學雜誌，第 49 期，2003 年 8 月，114-118 頁；王澤鑑，「債法原理（一），（基本理論、債之發生）」，再刷，三民書局，2009 年 9 月，85 頁，王氏認為法律所以設此規定，乃基於對生命健康之重視。但我國司法實務對於醫師法第 21 條「緊急救治義務」之規定，則認為：「（舊）醫師法第二十一條規定：醫師對於危急之病症，不得無故不應招請或無故遲延。此係法律賦予醫師對於危急病患強制診療之義務，旨在保障

療之義務，原則上不得以其專業能力或設備不足而拒絕締約，此種承諾而為醫療之義務，僅為公法上之義務，仍與「強制契約」之直接令當事人間成立契約關係有異，而有拒絕締約之可能<sup>76</sup>、<sup>77</sup>。倘若醫師、醫院機構違反規定，無故拒絕收治危急病人致病情加劇，甚至因為延誤醫療而死亡，此時病患或其家屬可依民法第 184 條第 2 項之規定，因違反醫療法第 60 條或醫師法第 21 條等保護他人之法律而主張侵權行為之損害賠償<sup>78</sup>。

### 第三款 契約之終止<sup>79</sup>

醫療契約性質上如採委任契約說。則依民法第 549 條之規定，當事人之任何一方，得隨時終止委任契約。但於不利於他方之時期終止者，應負損害賠償責任。惟因醫療契約涉及病患之生命與身體健康法益，對於契約之終止，未可一概適用本條之規定。

#### 第一目 病患之終止權

就病患之契約終止權而言，基於病患自主權之尊重，及病患與醫療提供者的信賴關係，病患原則上享有任意終止契約之權利。但若病患行使任意終止權而違反誠信原則者，醫療提供者得依民法 549 條規定，請求損害賠償。例如，病患與醫院訂立手術住院契約，待醫院一切準備就緒，進行術前檢查及醫師配置後，惟於進行手術前夕，突然

---

危急病患得以隨時就診之利益。」(90 年度台上字第 3137 號刑事判決)、「醫院及醫師對於危急之病人，應有施予救治、處置之積極作為義務，應即施予適當之救治或採取必要措施。」(93 年度重上字第 398 號民事判決)。換言之，實務認為「緊急救治義務」屬於國家對於醫師強制診療之積極作為義務，是公法上之義務，並且醫師法第 21 條乃強制診療義務之規定，其意旨在於「保障危急病患得以隨時就診之利益」，換言之，該規定之義務是強制診療之義務，並非強制締約之義務，並且並未將該義務之負擔主體限於公立醫院或公立醫院之醫師。參閱陳子平，「醫師違反緊急救治義務之刑事責任—與日本法之比較」，月旦法學雜誌，第 158 期，2008 年 7 月，141 頁。

<sup>76</sup> 所謂締約強制，參閱黃茂榮，「醫療契約(二)」，植根雜誌，第 25 卷第 2 期，2009 年 2 月，58 頁謂：「指在當事人之一方於他方對其為要約時，他方有義務為承諾。」；王澤鑑，「債法原理(一)：(基本理論、債之發生)」，再刷，三民書局，2009 年 9 月，84 頁及姚志明，「契約之成立—契約成立之方法」，月旦法學教室，第 36 期，2005 年 10 月，45 頁謂：「個人或企業(尤其是法人)負有應相對人之請求，與其訂立契約之義務，易言之，即對相對人之要約，非有正當理由不得拒絕承諾。法律對強制締約設有明文規定者，如醫療契約之締結。」

<sup>77</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係(上)」，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，87-90 頁。

<sup>78</sup> 參閱孫森焱，「民法債篇總論(上)」，修訂版，三民書局，2008 年 8 月，36、40 頁；楊秀儀，「法定急救義務？強制締約義務？—醫師法第二一條、醫療法第四三條性質解析」，台灣本土法學雜誌，第 49 期，2003 年 8 月，119 頁；王澤鑑，「債法原理(一)：(基本理論、債之發生)」，再刷，三民書局，2009 年 9 月，87 頁。

<sup>79</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係(上)」，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，90-92 頁。



拒絕手術，則醫院就所發生之費用，得請求給付。

## 第二目 醫療提供者之終止權

就醫療提供者之終止契約而言，按民法第 549 條第 1 項規定醫療提供者似乎得主張終止權；惟因醫師所處理之事務，涉及病患的生命、身體及健康等重大法益，倘若允許醫療提供者任意終止醫療契約，將對病患上開法益造成重大不利益，故而應對第 549 條第 1 項規定為限縮解釋，認為醫療提供者原則上不得任意無故終止契約。至於醫師何時得終止醫療契約，應依據契約之目的、誠信原則與公序良俗加以判斷之。在醫師無法繼續診治病人時，須於病患無危急之情況下，預先通知，給予病人充分時間尋找代替之醫療提供者，而後始能終止契約。若因醫療提供者能力不足或設備欠缺而無法治癒病人，醫師於完成轉診前，不得任意終止契約。

## 第三項 醫療契約當事人

醫療契約既係於醫療需求者與醫療提供者間訂立，以疾病之診斷、治療為給付內容所成立之勞務型契約。故而醫療契約之當事人，自應為醫療提供者與病患，惟在實務運作上，醫療提供者究何所指？傳統上醫療契約固由醫師與病人締結，並以醫師為醫方之當事人，但由於醫療機構事業化或機構化的結果，使醫療關係或醫療行為的可能主體，除傳統以自然人之地位充之的醫師外，還有醫療機構，致使醫療契約之當事人益趨複雜。爰醫方當事人究其為醫師或醫療機構，在醫療責任之歸屬上實具有重要意義。以下就醫療契約當事人之種類及關係作分析與介紹。

### 第一款 醫療提供者

就醫療提供者而言，可能成為契約當事人者，不外乎實際診治之醫師、機構負責醫師或出資者等自然人，以及以醫師為履行輔助人的醫療機構<sup>80</sup>等。對於醫療契約當事人的判斷，除醫病雙方成立醫療契約之締約真意應予考慮外，尚須以當事人權利能力之有無為判斷依據。自然人固有權利能力，

<sup>80</sup> 所謂「醫療機構」，依醫療法第 2 條規定：「係指供醫師執行醫療業務之機構。」供其他醫事人員執行業務者，如供護理人員執行業務之護理機構，則非醫療機構。參閱李壽星，「醫療法—醫療機構的法定義務」，台灣法學，第 147 期，2010 年 3 月，45 頁。

可為締約當事人；至於醫療機構本身是否有權利能力，則端賴其組織及經營型態而定。因此，就醫療提供方而言，其締約當事人為何<sup>81</sup>？遇有醫療糾紛發生時，如何確定法律責任？以下就醫師與醫療機構的種類<sup>82</sup>以及關係作分析與介紹。

## 第一目 公立醫療機構<sup>83</sup>

醫療機構的設置者為政府機關、公營事業機構或公立學校時，其所設立之醫療機構為公立醫療機構，即一般所稱的公立醫院或衛生所等醫療機構。例如，由衛生署所設立之「署立醫院」、衛生所及群體醫療中心。

公立醫療機構屬公立營造物，依其組織法規而成立，惟實體上本身不具法人資格，無享受權利、負擔義務之資格，依醫療法第 15 條<sup>84</sup>規定，由其代表人為申請人，向所在地直轄市或縣市衛生管轄機關申請核准登記，發給開業執照。顯然我國公立醫療機構與私立醫院或診所所有別，其非純屬醫師之個人開業場所，依醫療法第 60 條第 1 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。」在違反本條項之規定，處醫院新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰，並令限期改善，屆期未改善者，按次連續處罰（同法第 102 條第 1 項第 1 款規定），即以公立醫療機構為處罰對象。按公立醫院與病患間之醫療關係，通說認為屬私法契約<sup>85</sup>，公立醫院之醫療行為仍屬私法上作用，乃政府機關立於私法主體之地位所從事之私經濟行為，實務見解亦有以公立醫療機構本身為契約當事人<sup>86</sup>。

<sup>81</sup> 參閱吳志正，「解讀醫病關係 I－醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006 年 9 月，209 頁。

<sup>82</sup> 醫療機構之分類，可包括：公立醫療機構（醫療法第 3 條）、私立醫療機構（醫療法第 4 條）、醫療法人（醫療法第 5 條）、法人附設醫療機構及教學醫院（醫療法第 6 條、醫療法第 7 條）等 5 種。

<sup>83</sup> 參閱醫療法第 3 條規定：「本法所稱公立醫療機構，係指由政府機關、公營事業機構或公立學校所設立之醫療機構。」

<sup>84</sup> 醫療法第 15 條第 1 項規定：「醫療機構之開業，應向所在地直轄市、縣（市）主管機關申請核准登記，經發給開業執照，始得為之；……」。

<sup>85</sup> 參閱林昱梅，「緊急病患成人球與國家賠償」，月旦法學教室，第 31 期，2005 年 5 月，28 頁謂：「公立醫院只是行政組織上屬於公立機構而已，若醫師因故意或過失導致病人權利受損害，應依醫療法第八二條第二項負賠償責任，不符合國家賠償之行使公權力要件。」另參照最高法院 93 年度台上字第 1486 號判決，及行政院衛生署編印，醫療法解釋彙編，1995 年，161 頁謂：「我國公立醫療機構被視為保育性營造物，其屬於行政主體之一部分，而不具有獨立的法人資格地位，正因為其屬於無權利能力團體，依中央衛生主管機關之解釋，就我國現有法制而言，公立醫療機構的利用關係，其法律性質之定位，仍為私立關係，」爰民眾與公立醫療機構間締結之契約，基本上多屬私法契約。

<sup>86</sup> 參照台灣高等法院 92 年度上字第 396 號民事判決以台北市立和平醫院為當事人；援引吳志正，「解讀醫病關係 I－醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006 年 9 月，221 頁，註 27。

## 第二目 私立醫療機構

私立醫療機構，原係指「由醫師或依有關法律規定辦理醫療業務之公益法人及事業單位所設之醫療機構」，93年修法時，因應醫療環境之變遷，將私立醫療機構修正界定為純由醫師個人所設立之醫療機構<sup>87</sup>。其組織架構，可能由個人組成，即所謂「個人醫療機構」；亦有可能由幾位不同專科醫師合夥經營，即所謂「合夥醫療機構」。<sup>88</sup>

### 一、個人醫療機構

在目前醫療實務上，私人醫療機構若由醫師獨資經營者，病患就診時即與該醫師個人訂立醫療契約。診所係指僅應門診之醫療機構，但診所得設置9張以下之觀察病床；婦產科診所，得依醫療業務需要設置10張以下產科病床<sup>89</sup>。依據醫療法第18條第1項規定：「醫療機構應置負責醫師<sup>90</sup>一人，對其機構醫療業務，負督導責任。私立醫療機構，並以其申請人為負責醫師。」職是，私人醫療機構若由個別醫師獨資經營者（即俗稱所長或院長<sup>91</sup>），即個人開業之診所，病患到診所看診，該開業醫師為負責人，爰診所之負責人即為與醫療需求人締結醫療契約之當事人<sup>92</sup>。

倘負責醫師係受僱於獨資者為其經營事業，醫師僅為真正出資人之受僱人。但為符合醫療法第18條第1項、第20條之規定，醫療機構應置負責醫師一人，對其機構醫療業務，負督導責任；私立醫療機構，並以其申請人為負責醫師；復按醫療機構應將其開業執照、診療時間及其他有關診療事項揭示於明顯處所（如掛號處或候診間）。一般人如前往掛號看診，均得以目睹該張執照，依社會現狀，僅能信任該開業執照上所表明之資訊外觀，認知該

<sup>87</sup> 參閱醫療法第4條規定：「本法所稱私立醫療機構，係指由醫師設立之醫療機構。」

<sup>88</sup> 參閱陳櫻琴、黃于玉、顏忠漢著，「醫療法律」，四版一刷，五南圖書出版股份有限公司，2007年6月，42頁。

<sup>89</sup> 診所與醫院之區別，參閱醫療法第12條規定：「醫療機構設有病房收治病者為醫院，僅應門診者為診所；非以直接診治病人為目的而辦理醫療業務之機構為其他醫療機構。前項診所得設置九張以下之觀察病床；婦產科診所，得依醫療業務需要設置十張以下產科病床。」故醫院係以提供病床，收治住院病人為其主要業務內容。

<sup>90</sup> 其資格限制依醫療法第18條第2項規定：「即負責醫師以在中央主管機關指定之醫院、診所，接受兩年以上之醫師訓練並取得證明文件者為限。」

<sup>91</sup> 所謂「院長」一職，並非醫療法所定之名詞，醫院之負責醫師應以其醫院開業執照所登載為準（87年7月16日衛署醫字第87030739號函）參照。

<sup>92</sup> 參閱參閱黃茂榮，「醫療契約（二）」，植根雜誌，第25卷第2期，2009年2月，64頁；陳聰富，「醫療法：第四講－醫療契約之法律關係（上）」，月旦法學教室，第72期，2008年10月，93頁；林洲富，「醫病關係與瑕疵醫療行為之舉證責任（上）」，司法周刊，第1414期，2008年11月，2頁。

診所係由該負責醫師所申請設立，並由其總籌與督導醫療業務，與居於幕後真正之出資者為何人無關。因而病患與獨資設立之醫療機構訂立契約時，契約之當事人應為該負責醫師與病患<sup>93</sup>。

## 二、合夥醫療機構

若私人醫療機構係由數名醫師以合夥方式設立者，而以其中一人登記為負責醫師時，該登記之負責醫師應認為係該合夥醫療機構之代表人。病患係與所有合夥醫師訂立醫療契約，於發生醫療事故時，這時候共同開業之醫師應連帶為其共同所開之醫療機構的醫療債務負責<sup>94</sup>。至於受僱於合夥醫療機構之醫師，仍為醫療契約之履行輔助人而已<sup>95</sup>。

## 三、聯合診所

醫療法第 13 條規定：「二家以上診所得於同一場所設置為聯合診所，使用共同設施，分別執行門診業務；其管理辦法，由中央衛生主管機關定之。」是其經營型態，係指二家以上診所得於同一場所設置為聯合診所，使用共同設施，但分別執行門診業務。如名為「○○聯合診所」，於其內部組織實為兩個以上的診所共用同一場所與設施（甚至同一組櫃臺人員、藥師以及醫療輔助人員）但分別執行其業務而言。雖各診所以聯合診所之名義對外揭示，然該聯合診所仍有表明該各診所均為獨立之醫療機構之開業執照，各診所各有其負責之醫師<sup>96</sup>，病患至聯合診所就醫之締約相對人，應解為個別診所之負責醫師<sup>97</sup>。

## 第三目 醫療法人

<sup>93</sup> 參閱邱琦，「醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付」，月旦法學雜誌，第 164 期，2009 年 1 月，39 頁；陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係（上）」，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，93-94 頁；吳志正，「解讀醫病關係 I—醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006 年 9 月，212-213 頁。

<sup>94</sup> 參閱黃茂榮，「醫療契約（二）」，植根雜誌，第 25 卷第 2 期，2009 年 2 月，63、64 頁謂：「在私法上極其量只能認為數名醫師共同開業的情形，其醫療機構有準法人的地位，可以作為醫療契約之當事人。該不具法人地位之醫療機構因無獨立之權利能力不能阻斷共同開業之醫師對於病人之醫療關係。」

<sup>95</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係（上）」，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，94 頁。

<sup>96</sup> 參閱聯合診所管理辦法第 3 條規定：「聯合診所之各該診所應各自獨立設置事項，依下列規定辦理：一、各該診所名稱應依規定分別辦理。二、診療科別應依規定分別登記設置。三、診療室之隔間應與其他診所明確區隔。四、診所獨立區域內之消防設備及安全設施，應符合規定。五、診所視需要設置之其他設施應與診療室鄰接且與其他診所隔間明確區隔。」

<sup>97</sup> 參閱吳志正，「解讀醫病關係 I—醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006 年 9 月，220 頁。

醫療法人依醫療法第 5 條第 1 項規定：「包括醫療財團法人及醫療社團法人」，法人依民法第 26 條規定，自有權利能力。是以，在醫療機構為醫療法人時，無論為「醫療財團法人」或「醫療社團法人」，均具有民法上之權利能力。因而病患至具有法人地位之醫院（醫療機構）就醫，醫療契約之當事人即為該醫療法人與病患，其受僱醫師與其他護理人員一樣都僅是依該醫療契約所生醫療債務的履行輔助人<sup>98</sup>。

#### 第四目 法人附設醫療機構<sup>99</sup>

病患至大學附設醫院就診所成立之醫療契約，就私立大學附設醫院而言（如臺北醫學大學附設醫院、中山醫學大學附設醫院），當事人為何？依我國現行法制，私立大學均具有財團法人之資格，得為權利義務主體，病患至其附設醫院就醫，所締結的醫療契約，應以該私立學校為當事人<sup>100</sup>。

就公立大學附設醫院而言（如臺灣大學附設醫院），因公立大學法人化之法制尚在草擬階段，並非法人，而屬於公務機關，無法成為權利義務主體。在實務上，幾乎所有公務機關均以其名義與他人訂立契約，從事私法活動。法院實務上認為，臺灣大學附設醫院所訂立之契約（如工程契約），於發生民事紛爭時遭起訴或被訴時，均以臺灣大學附設醫院為訴訟主體。因此，病患至臺灣大學附設醫院就醫締結醫療契約，得以其為當事人<sup>101</sup>。

#### 第二款 醫療需求者

醫療契約之另一方當事人為醫療提供者之相對人即醫療需求者，原則上為病患，然常因其有無行為能力，致影響契約當事人之認定，本文依據行為能力人、限制行為能力人、無行為能力人及無意識之人等四種類型分述之：

#### 第一目 行為能力人

<sup>98</sup> 參閱黃茂榮，「醫療契約（二）」，植根雜誌，第 25 卷第 2 期，2009 年 2 月，63 頁；吳志正，「解讀醫病關係 I－醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006 年 9 月，220-221 頁；陳聰富，「醫療法：第四講－醫療契約之法律關係（上）」，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，94 頁。

<sup>99</sup> 參閱醫療法第 6 條規定：「本法所稱法人附設醫療機構，係指下列醫療機構：一、私立醫學院、校為學生臨床教學需要附設之醫院。二、公益法人依有關法律規定辦理醫療業務所設之醫療機構。三、其他依法規定，應對其員工或成員提供醫療衛生服務或緊急醫療救護之事業單位、學校或機構所附設之醫務室。」

<sup>100</sup> 參閱吳志正，「解讀醫病關係 I－醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006 年 9 月，222-223 頁。

<sup>101</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講－醫療契約之法律關係（上）」，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，94 頁。

醫療需求者為有行為能力之人（民法第 12 條、第 13 條第 3 項），於就醫時非無意識或精神錯亂者（民法第 75 條），可完全自主地與醫療院所訂立醫療契約，原則上醫療契約之當事人應為醫療院所與病患，其意思表示無論其為明示或默示，醫療契約均得有效成立（民法第 153 條第 1 項）。

## 第二目 限制行為能力人

限制行為能力人，即非有完全之行為能力之人，其所為之法律行為，因其意思不健全，是原則上需得法定代理人之允許或承認（民法第 77 條、第 79 條）。由法定代理人偕同限制行為能力人就醫時，醫療契約當事人為法定代理人。倘限制行為能力人自行就醫者，應視診療內容而異契約當事人為法定代理或限制行為能力人。例如，限制行為能力人因感冒、輕傷縫合施藥就醫、或作一般身體健康檢查，依據民法第 77 條但書規定，因就醫行為依其年齡及身分，係日常生活所必需者，而無須法定代理允許，是該醫療契約以限制行為能力人為契約當事人。若診療內容事涉住院開刀、捐贈身體器官、接受實驗性醫療等，並非限制行為能力人依其年齡及身份、日常生活所必需者，原則上需得到法定代理人之事先允許或事後承認，否則醫療契約不生效力<sup>102</sup>。

## 第三目 無行為能力人

醫療需求者為未滿 7 歲之未成年人（民法第 13 條第 1 項）或受宣護監告之人（民法第 15 條），為無行為能力人，無行為能力人，所為之法律行為無效，不得與醫療院所訂立醫療契約，此時應以法定代理人或監護人作為醫療契約之當事人，負擔給付醫療費用之義務，而由無行為能力人作為第三人利益契約之受益人<sup>103</sup>。

## 第四目 無意識或精神錯亂之人

雖非無行為能力人，但其意思表示，係在無意識或精神錯亂中所為者，例如，車禍昏迷，因事實上欠缺意思能力，其所為之法律行為，依據民法第 75 條之規定。從而，有無行為能力人係處於無意識或精神錯亂之狀況下送醫

<sup>102</sup> 參閱林洲富，「醫病關係與瑕疵醫療行為之舉證責任（上）」，司法周刊，第 1414 期，2008 年 11 月，2 頁。

<sup>103</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講醫療契約之法律關係（上）」，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，94 頁。

治療，此時醫療契約之當事人，應視送醫之第三人與醫療需求人間有無法定扶養義務<sup>104</sup>而定。

### 一、法定扶養義務人

於該第三人負有扶養義務時，因就醫診療本屬扶養義務之一部，是該法定扶養義務人為醫療契約當事人，與醫療提供者間締結為病患利益之第三人利益醫療契約<sup>105</sup>。

### 二、無法定扶養義務人

協助送醫之人為無法定扶養義務或由無具任何法律關係之第三人時，如該無法定扶養義務人明示與醫療行為人成立醫療契約，此時，可將此種第三人與醫師之間所成立，由醫師向病患所為之醫療契約，論斷為第三人利益契約。此時醫療需求人固得對醫療行為人有請求醫療給付之權利，於醫師有違約時，並有債務不履行之損害賠償請求權，如病患不能或未有所請求時，亦可由債權人（即成立契約之人）向醫師有所請求<sup>106</sup>（最高法院 66 年台上字第 1204 號判例參照）。如此解釋於病患權益之保護較為周延。

## 第四項 特殊契約條款<sup>107</sup>

醫師或醫院與病人間訂立之特殊條款，可能有保證治療一定疾病之特約，亦有專為免除醫師或醫院責任之免責條款，或由特定醫師親自治療之約款等，在不違反公序良俗及強行法規之範圍內，依據契約自由原則，並無否定當事人間契約效力之必要，以下就包醫契約與免責條款討論之：

### 第一款 包醫契約之法律關係

包醫契約係指，當事人間約定，醫療提供者保證為病患治療一定

<sup>104</sup> 所謂法定代理人，在未成年人為父母或監護人（民法第 1086 條）；而父母對於未成年之子女，有保護及教養之權利義務（民法第 1084 條第 2 項）。

<sup>105</sup> 參閱林洲富，「醫病關係與瑕疵醫療行為之舉證責任（上）」，司法周刊，第 1414 期，2008 年 11 月，2 頁；吳志正，「解讀醫病關係 I — 醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006 年 9 月，233 頁。

<sup>106</sup> 參閱林洲富，「醫病關係與瑕疵醫療行為之舉證責任（上）」，司法周刊，第 1414 期，2008 年 11 月，2 頁；吳志正，「解讀醫病關係 I — 醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006 年 9 月，234 頁；朱柏松，「適用消保法論斷醫師之責任」，國立臺灣大學法學論叢，第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月，17 頁。

<sup>107</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係（上）」，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，95-98 頁。

之疾病，病患同意支付報酬之契約。然而，此種契約於我國法上得否有效成立，非無疑義。基於契約自由原則之契約內容自由保障，就我國實務與學說均認為，倘若包醫契約約定之給付內容，在當時醫療水準並非所不能達到，而無客觀給付不能情形者，即應認包醫契約有效<sup>108</sup>。

至於包醫契約之性質，通說認為，包醫契約既屬以「結果債務」為契約目的，而提供一定工作成果之契約，性質上應為承攬契約，並無疑義<sup>109</sup>。包醫契約既屬承攬契約，則若依當代醫學水準不可能治療之情形，即屬於客觀給付不能，依民法第 246 條第 1 項之規定，契約無效。在醫療結果可能達成而成立有效的包醫契約，若最後醫療提供者無法完成目的，達成契約擔保之效果，則屬契約義務之不履行，病患自得本於契約之違反，依民法第 495 條之規定，向醫師請求損害賠償。

## 第二款 定型化契約與免責條款

醫療行為涉及人之生命、身體與健康，且本質上具有風險性，醫療提供者為使自己或醫師遠離治療失敗之賠償風險，於醫療契約中經常以其預先擬定供不特定多數人使用之契約或同意書，於病患同意後，作為規範雙方權利義務之基礎，如手術同意書或其他文件之免責條款約定，以免除醫療提供者之故意或重大過失責任。

此項免責條款看似符合民法第 222 條<sup>110</sup>及 224 條<sup>111</sup>規定，但上開條文關於契約上之免責規定，其前提假設為當事人雙方具有相同的契約談判能力，因而對於債務人責任得以事先約定免責。惟查醫病關係上，醫師與病患之間，因資訊不對等之差距、病患病情嚴重或知識不

<sup>108</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係（上）」，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，97 頁。

<sup>109</sup> 參閱王澤鑑，「債法原理（一），（基本理論、債之發生）」，再刷，三民書局，2009 年 9 月，38-39 頁。

<sup>110</sup> 按民法第 222 條規定：「故意或重大過失之責任，不得預先免除。」，本條屬強制規定，僅得排除抽象和具體輕過失之責任，倘若免責約款約定排除醫療提供者之重大過失責任，即屬違反強制規定，依民法第 71 條規定：「法律行為，違反強制或禁止規定者，無效」，該免責約款仍屬無效。

<sup>111</sup> 在醫院與病患訂立契約，而利用其所屬之醫護人員履行債務時，依民法第 224 條規定，醫院應就其履行輔助人之故意過失，負同一責任。此項規定係屬任意規定，得依特約排除。在侵權責任方面，為貫徹民法第 224 條之立法目的，並尊重當事人之真意，應認為債務人醫院之侵權責任亦一併被排除。王澤鑑，為債務履行輔助人而負責，「民法學說與判例研究第六冊」，三民書局有限公司，1990 年 9 月，89 頁。



足，致雙方處於極度不平等的地位，根本無締約磋商之能力，而簽署該同意書。為保障病患權益，應認為醫療契約中之定型化契約條款，應受到民法第 247 條之 1 關於定型化契約之規範及消保法第 12 條之規定<sup>112</sup>，因免責約款違反誠信原則或顯失公平，而認為無效。但醫療契約本身，除去該部分約款之無效，仍可成立，故而按民法第 111 條但書之規定，除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效，故醫療提供者仍應負契約責任。

## 第五項 醫療義務之內容

民法上債之關係建立在給付義務之內涵。主給付義務係指債之關係中固有、必備，並用以決定債之關係（尤其是契約）類型的基本義務。從給付義務係基於法律明文規定、當事人約定、或誠信原則與補充的契約解釋而發生，具有補助主給付義務之功能。另外，在債之關係發展中，尚會發生相關之附隨義務，以保護或照顧債務人之利益<sup>113</sup>。鑑於醫療行為之發生絕大都是本於醫師（或醫院）之間的醫療契約而開始，在醫療契約，無論主給付義務、從給付義務或附隨義務，均圍繞著醫療行為之提供而發生，並以病人之生命、身體健康及自主決定為核心<sup>114</sup>。同時，為探究醫療契約的責任歸屬前，自應先探討醫療義務之類型，以確定醫療行為人因醫療契約之成立對於病人應負何種契約義務。茲說明如下：

### 第一款 醫療給付提供者之給付義務

#### 第一目 主給付義務

##### 一、診療義務

醫病關係之發生，主要是，病患有所疾病，請求醫師運用專業知

<sup>112</sup> 參閱林誠二，「醫療行為與消保法之適用」，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，84 頁謂：「關於醫師或醫療機構與病人簽訂之定型化契約條款，因醫療法第八二條第二項僅排除無過失責任之情形，與無過失服務責任無關之規定仍有適用之餘地，故仍應受消保法之規範。」及陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係（上）」，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，98 頁謂：「蓋消費者保護法對於定型化契約條款之管制規定，與醫療提供者負擔無過失侵權責任之規定，二者立法目的顯不相同。解釋上不可以侵權責任規定之不適用，即謂對於契約條款之限制規定亦不適用。因而在醫院（企業經營者）與病患之間所簽署之定型化契約條款，仍得適用消費者保護法第 12 條之規定，而宣告無效。」

<sup>113</sup> 參閱王澤鑑，「債法原理（一），（基本理論、債之發生）」，再刷，三民書局，2009 年 9 月，37-48 頁。

<sup>114</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係（下）」，月旦法學教室，第 73 期，2008 年 11 月，57 頁。

識施以治療，故醫師正確診斷病人之疾病，並施以適當之治療行為，即為醫療契約中最重要之主給付義務。醫師法第 11 條第 1 項前段規定：「醫師非親自<sup>115</sup>診察<sup>116</sup>，不得施行治療、開給方劑或交付診斷書。」為醫師親自診察義務的規範來源，雖然其原始立法理由已難找到，但最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決指出了醫師親自診察義務的規範理由<sup>117</sup>，「旨在強制醫師親自到場診察，以免對病人病情誤判而造成錯誤治療或延宕正確治療時機，尤以高危險病人，其病情瞬息萬變，遇病情有所變化，醫師自有親自到場診察的注意義務及作為義務，依正確的診察，給予妥適的處置治療，以保障醫、病雙方權益。」

醫師的診療義務，通說認為是「方法債務」而非「結果債務」，亦即醫師基於醫療契約，並未對病人承諾「治癒疾病」，而僅承諾「依其良知，注意及科學既存知識，以從事疾病之治療行為。因而病患不得以其疾病並未治癒，治癒結果並未發生，而主張醫師未盡契約上的診療義務。」

## 二、提供合格醫護人員及必要設備之義務

為達到正確診斷、適當治療之醫療目的，醫療提供者亦應按照所醫療之不同疾病類型，而負有提供合格人員與必要設備之義務。例如牙醫師為拔牙之需，必須為病患施打麻醉針劑，但麻醉針劑可能引起病人休克等突發危急症狀，因而牙醫診所必須配置病人休克時的急救

<sup>115</sup> 何謂「親自」診察，實務見解有採取「形式意義的親自診察原則」：每次診察說，這是從「形式意義」的解釋，所強調的是「醫師必須親自看到病人的必要性」，參見最高法院 94 年度台上字 2676 號刑事判決、95 年度台上字 3476 號刑事判決。惟有論者認為，醫師親自診察原則，並非形式上一成不變的要求醫師每次均需親自診察始足當之，除不符醫學慣例與事實上的不可能外，最大理由是每次均需醫師親自親為之，實已喪失醫療專業分工的必要，喪失了各類醫事人員的專業角色功能與獨立性。因此，醫師的親自診察原則，應採實質意義的觀點，醫師是否每次參與並非重點，應著重在醫師的專業參與與主導角色，重點在醫師曾經診察過該病人，並瞭解該病人的情形下，透過醫師的統籌、協調與分工，指示或指導各醫事專業人員，或依各醫事專業人員自身專業的獨立性，透過醫療團隊的專業分工與合作共同完成整個醫療行為與病人的照護，即該當醫師親自診察的要件。係採「實質意義診察」的見解：掌握病人說。參閱王志嘉，「論醫師親自診察義務」，軍法專刊，第 56 卷第 1 期，2010 年 2 月，197 頁。

<sup>116</sup> 「診察」的意義：從醫學學理及醫學教育的訓練過程，要得到病人完整之資訊以利正確診斷，可透過病史詢問（包括：主訴、病程、過去病史、過去用藥、旅遊史、過敏史、以及家族史等）、身體檢查（舊稱為理學檢查，包括：視診、觸診、扣診、聽診等，類似中醫的望、聞、問、切等臨床技巧）、血液檢查、儀器檢查（各類超音波、電腦斷層掃描）或侵入性檢查「胃鏡、大腸直腸鏡、心導管等」等方式完成。參閱王志嘉，「傳統與發展的刑事責任—論醫師親自診察義務及其相關的法律責任」，台灣法學，第 149 期，2010 年 4 月，67-68 頁。

<sup>117</sup> 參閱王皇玉，「再評邱小妹人球案—醫師親自診察義務之違反/高院九六醫上訴三」，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，174 頁。王氏並認為醫師法第 11 條規定有一定之目的導向，也就是醫師就「治療」、「開給方劑」、或「交付診斷書」三件事項之做成，必須經由親自對病人加以診察之後，始得為之。

設備，否則違反醫療院所提供必要設備之義務，對於病人因而引起之損害，應負賠償責任<sup>118</sup>。

## 第二目 從給付義務

從給付義務不具獨立的意義，僅具輔助主給付義務之功能，其存在之目的，不在於決定債之關係之類型，而是在於確保債權人之利益能夠獲得最大的滿足。從給付義務與主給付義務同，亦得依訴請求之。<sup>119</sup>

### 一、說明義務

基於病人自主權及契約上之誠信原則，醫師對於病人具有說明義務，醫師說明義務之種類，包含告知後同意的說明義務、避免損害發生之說明義務及報告義務。<sup>120</sup>

<sup>118</sup> 實務案例參照台灣台北地方法院民事判決 95 年度醫字第 5 號案例內容：「原告於民國 94 年 4 月 1 日下午 3 時許前往被告診所就診，並由被告為其進行下排智齒拔牙手術，惟被告並未先向原告告知實際病情、可能之治療方案、治癒率、可能之副作用、併發症等，並未取得原告簽署之麻醉同意書，亦未向原告說明注射麻醉藥品之副作用及風險，即施打含有 1:25000 血管收縮劑 (Epinephrine) 之麻醉注射劑 Xylonor。嗣因被告注射麻醉劑量、方式不當致原告於實施麻醉後數分鐘內即出現頭痛、暈眩症狀，隨即喪失意識，而被告診所內並無配置急救藥品、設備，亦未當場立即對原告施予急救措施，延誤急救時間，遲至當日下午 5 時 06 分始將原告送往訴外人景美綜合醫院急救，再轉院至醫學院附設醫院急救仍無效，經判定原告為「椎動脈剝離併腦幹中風暨蜘蛛膜下腔出血」，而成為永久性植物人。」

<sup>119</sup> 參閱王澤鑑，「債法原理（一），（基本理論、債之發生）」，再刷，三民書局，2009 年 9 月，40-41 頁。

<sup>120</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係（下）」，月旦法學教室，第 73 期，2008 年 11 月，58 頁。另學者侯英冷謂：「以往醫病間之關係是家父長式關係，病人生病就醫，基於醫療診斷屬於醫師之專業自由裁量範圍，醫師直接以個人專業幫病人決定治療方式，若有任何副作用或併發症發生，病人僅能將之視為『命運』，隨著個人自主決定權意識覺醒之後，已不被視為理所當然之態度。既然任何併發症或副作用終局承受者係病人，則病人理應事先認識該風險，並由其自主決定是否願意承擔該風險。從而病人對於疾病治療風險之認識與否成為今日醫療法學的重點之一，這在歐美都已積極發展而各有其理論基礎與處理模式。於美國稱之為 informed consent，從病人自主權之保障切入，而德國將之稱為說明義務 (Aufklärungspflicht)，並且有所謂契約上說明義務 (vertragliche Aufklärungspflicht) 與病人自主決定權說明義務 (Selbstbestimmungsaufklärungspflicht) 之分。而契約法中則是從締約過失與積極侵害債權中之保護義務導出醫師對病人有說明義務，其理論基礎則以誠實信用原則導出醫病之間彼此有說明義務。」該論者並表示，基於契約法制下之告知義務架構，較諸於侵權行為法制下之告知義務，將更形完善與多元，參閱氏著「從德國法論醫師之契約上說明義務」，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月，9 頁。另英美法中「informed consent」係指醫師應做必要說明，使病人得就某種醫療行為，做成同意的決定，其詳細介紹，參見楊秀儀，「誰來同意？誰作決定？--從『告知後同意法則』談病人自主權的理論與實際：美國經驗之考察」，台灣法學會學報，第 20 期，1999 年 11 月，367-410 頁；楊秀儀，「美國『告知後同意』法則之考察分析」，月旦法學雜誌，第 121 期，2005 年 6 月，頁 138-152；林欣柔、楊秀儀，「告別馬偕肩難產事件？—新醫療法第八十二條第二項評析」，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月，頁 24-34。「informed consent」已成為一個法律上概念，並為我國醫療法所接受，參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月，294-301 頁。有關告知後同意與醫師說明義務之性質、意義、類型及實務判決等，參閱陳聰富，「醫療法：第六講—告知後同意與醫師說明義務（上）」，月旦法學教室，第 80 期，2009 年 6 月，75-91 頁；陳聰富，「醫療法：第六講—告知後同意與醫師說明義務（中）」，月旦法學教室，第 81 期，2009 年 7 月，77-87 頁；陳聰富，「醫療法：第六講—告知後同意與醫師說明義務（下）」，月旦法學教室，第 82 期，2009 年 8

## (一) 說明的主體

醫療法第 63 條第 1 項、第 64 條第 1 項、第 65 條第 1 項及第 81 條規定，說明的主體為醫療機構<sup>121</sup>，醫療機構，係提供醫師執行醫療業務的機構。目前各大醫院於實施手術或進行侵襲性檢查或治療時，大都制定有制式的同意書或說明書，詳細告知病人有關某種手術或侵襲性檢查或治療的風險、必要的醫療資訊以及應行注意之事項，因此醫療機構對於在其機構內所施行之手術與麻醉行為都有術前取得病人同意之必要。

醫療機構固屬於說明的主體；但因實際執行醫療業務者為醫師，依醫師法第 12 條之 1 醫師對於病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應等應向病人或其家屬告知，所以醫師亦應負說明的義務<sup>122</sup>。

比較有問題的是，醫院往往組成醫療團隊進行手術行為，其中常包含有相關科別的醫師在內，為尊重病人對於醫療所擁有的「自主決定權」，解釋上，任何具有侵襲性的醫療行為，均須獲得病人的同意。因此，所有參與病人的手術或其他侵襲性檢查或治療之醫師，均須負說明的義務，始能就其負責的部分，說明各種醫療行為的執行、所可能產生的危險、副作用或後遺症，及其他替代之治療方案<sup>123</sup>。

## (二) 說明義務範圍

醫師對病人具說明義務，可謂國內外皆無爭議，但是說明範圍，卻是一直屬於說明義務之主要問題點，關於醫師說明義務之範圍<sup>124</sup>，最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決認為：「醫療乃為高度專業及危險之行為，直接

---

月，66-80 頁。

<sup>121</sup> 醫療法第 63 條第 1 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。」第 64 條第 1 項亦規定：「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。」第 65 條第 1 項規定：「醫療機構對採取之組織檢體或手術切取之器官，應送請病理檢查，並將結果告知病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人。」及第 81 條規定：「醫療機構診治病人時，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。」

<sup>122</sup> 民國 91 年所新修正施行之醫師法中，增訂第 12 條之 1 規定，明訂醫師有病情告知義務，是「告知後同意」成文法化的第一步。

<sup>123</sup> 參閱甘添貴，「醫療糾紛與法律適用—論專斷醫療行為的刑事責任」，月旦法學雜誌，第 157 期，2008 年 6 月，32-33 頁，不過甘氏亦認為在醫療實務上，如要求醫療團隊的每位醫師均須向病人分別作說明，不但不合情理，且亦無必要。如由其中一名醫師向病人或其家屬作總說明，已能使病人或其家屬獲得必要的醫療資訊時，應認為以盡醫師說明的義務。

<sup>124</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係（下）」，月旦法學教室，第 73 期，2008 年 11 月，58-59 頁。

涉及病人之身體健康或生命，病人本人或其家屬通常須賴醫師之說明，方得明瞭醫療行為之必要、風險及效果，故醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡相當之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權；上開醫師應盡之說明義務，除過於專業或細部療法外，至少應包含：(一)診斷之病名、病況、預後及不接受治療之後果。(二)建議治療方案及其他可能之替代治療方案暨其利弊。(三)治療風險、常發生之併發症及副作用暨雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險。(四)治療之成功率（死亡率）。(五)醫院之設備及醫師之專業能力等事項；亦即在一般情形下，如曾說明，病人即有拒絕醫療之可能時，即有說明之義務；於此，醫師若未盡上開說明之義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務；又上開說明之義務，以實質上已予說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務<sup>125</sup>。」最高法院此一判決，對於醫師說明義務的內容及程度，闡述綦詳，並且對我國臨床實務中，究竟醫師在取得病人告知後同意時，其應該審酌之事項為何，有清楚的說明。同時，儘管病人在形式上已為同意書之簽署，醫療機構仍須就說明義務之履行負舉證責任；本文亦贊同此判解<sup>126</sup>。

### (三) 說明義務的例外

上開判決行文中「醫師若未盡上開說明之義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務」，意味醫師的說明義務並非絕對，換言之，在有「正當理由」的情況下，醫師的告知義務是可以例外免除的，此例外情況為：1. 緊急狀態時；2. 病人表明無須說明時；3. 當醫師認為告知病人一部或全部的資訊將有害於病患之整體利益時，可以選擇不告知病人。<sup>127</sup>

<sup>125</sup> 告知後同意主要希望藉著課予醫師說明義務來增加醫病之間的互動與溝通，台灣臨床實務上行之有年的「檢查同意書」、「手術同意書」是否就足以代表醫師已經履行其說明義務了呢？法院向來的見解都是否定的。台灣高等法院 87 年度上字第 151 號民事判決中，就清楚表明：「...同意書為一定型化書面，是否簽署同意書與醫院是否善盡告知分娩、手術等一切相關事項之義務，並無必然關係。」本件中法院亦強調：「上開說明之義務，以實質上已予說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務。」參閱楊秀儀，「告知後同意法則之司法實務發展—最高法院九四年度台上字第二六七六號判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第 73 期，2005 年 8 月，213-215 頁。

<sup>126</sup> 相同見解如：楊秀儀，「告知後同意法則之司法實務發展—最高法院九四年度台上字第二六七六號判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第 73 期，2005 年 8 月，214 頁；王皇玉，「醫師未盡說明義務之法律效果—簡評九四年台上字第二六七六號判決」，台灣本土法學雜誌，第 75 期，2005 年 10 月，226 頁；林瑞珠，「醫療手術實施之說明義務」，台灣本土法學雜誌，第 76 期，2005 年 11 月，158 頁。

<sup>127</sup> 進一步論述參閱楊秀儀，「告知後同意法則之司法實務發展—最高法院九四年度台上字第二六七六號判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第 73 期，2005 年 8 月，214 頁；甘添貴，「醫療糾紛與法律適用—論專斷醫

#### (四) 違反說明義務之請求權基礎

對於未善盡醫師法與醫療法上之說明義務，導致醫療糾紛時，依侵權行為<sup>128</sup>或依契約之法理<sup>129</sup>，醫師有可能應負損害賠償責任<sup>130</sup>；惟病患以醫院或醫師有違反說明義務為由，無論主張契約責任或侵權責任，首先均須證明醫方就某特定事項負有告知義務。因此，該等告知義務之認定，即成為核心問題<sup>131</sup>。

### 二、製作、保存及提供病歷義務

醫療機構執行醫療業務必須製作病歷，病歷依醫療法第 67 條、第 68 條第 1 項、第 70 條、第 71 條及第 74 條之規定，病歷製作應清晰、詳實、完整並指定適當場所及人員保管。此外，醫療機構尚有應病患之要求，提供病歷複製本之義務<sup>132</sup>。

#### (一) 病歷之定義

療行為的刑事責任」，月旦法學雜誌，第 157 期，2008 年 6 月，35-36 頁。

<sup>128</sup> 違反說明義務之請求權基礎，有學者主張可依民法第 184 條第 1 項前段以故意或過失侵害病患知的權利及同意權，向醫師請求損害賠償，如楊秀儀謂：「當一個醫療行為沒有取得病人之告知後同意時，醫師將構成侵犯病人之自主權，自主權是個積極的權利，在性質上是人格權的一種，若受侵害，可以依照民法第一八四條第一項前段，向醫師主張損害賠償。」參閱氏著，「論病人自主權—我國法上『告知後同意』之請求權基礎探討」，國立台灣大學法學論叢，第 36 卷第 2 期，2007 年 6 月，33 頁。但亦有論者係採違反法律上保護的規定而推定其有過失，如吳俊穎、賴惠蔡、陳榮基，「告知義務的因果關係」，當代醫學，第 35 卷第 11 期，2008 年 11 月，56 頁謂：「醫師告知義務所要保護的法律上的利益是病患自主權，當醫師未善盡告知義務而違反醫師法第一二條之一及醫療法第六三條及六四條之規定時，在侵權行為的請求權屬於民法第一八四條第二項違反保護他人之法律」；相關實務判決：最高法院 86 年度台上字第 56 號（該案例事實為患者神智清醒，且有配偶陪伴在旁，然醫師未向渠等說明手術之原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，由患者自行選擇是否承擔手術可能之危險，醫師未經患者同意，擅自施行人工流產手術。）、同院 94 年度台上字第 2676 號判決及台灣台北地方法院 95 年度醫字第 19 號判決。均利用民法第 184 條第 2 項去建構醫師之說明義務。

<sup>129</sup> 依委任契約，醫師違反受任事務的告知義務，應認對委任事務之處理有過失或逾越權限。

<sup>130</sup> 參閱李伯璋、曾平杉，「醫療紛爭—在臨床醫學與法律實務的探討」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2010 年 1 月，34 頁；陳春山，「醫師病人醫療糾紛」，三版一刷，書泉出版社，2004 年 11 月，90 頁。

<sup>131</sup> 參閱邱琦，「醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付」，月旦法學雜誌，第 164 期，2009 年 1 月，47 頁。

<sup>132</sup> 醫療法第 67 條：「醫療機構應建立清晰、詳實、完整之病歷（第一項）。醫院對於病歷，應製作各項索引及統計分析，以利研究及查考（第三項）。」；第 68 條第 1 項：「醫療機構應督導其所屬醫事人員於執行業務時，親自記載病歷或製作紀錄，並簽名或蓋章及加註執行年、月、日。」；第 70 條：「醫療機構之病歷，應指定適當場所及人員保管，並至少保存七年。但未成年者之病歷，至少應保存至其成年後七年；人體試驗之病歷，應永久保存。」；第 71 條：「醫療機構應依其診治之病人要求，提供病歷複製本，必要時提供中文病歷摘要，不得無故拖延或拒絕；其所需費用，由病人負擔。」；第 74 條規定：「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。」

病歷是指在醫療機構從事醫療工作之人，於從事醫療業務時，對病人實施醫療過程中，所做的各項診察、診斷與治療等所製作有關於醫療事項之紀錄，總稱為醫療業務文書<sup>133</sup>。在現行法律之規定，可區分為狹義及廣義的病歷<sup>134</sup>。

1. **狹義的病歷**：依醫師法第 12 條第 1 項及第 2 項之規定：「醫師執行業務時，應製作病歷，並簽名或蓋章及加註執行年、月、日。並應載明病人姓名、出生年、月、日、性別及住址等基本資料、就診日期、主訴、檢查項目及結果、診斷或病名、治療、處置或用藥等情形所製作之紀錄文書。」
2. **廣義的病歷**：醫療法第 67 條規定：「醫療機構應建立清晰、詳實、完整之病歷。前項所稱病歷，應包括下列各款之資料：一、醫師依醫師法執行業務所製作之病歷。二、各項檢查、檢驗報告資料。三、其他各類醫事人員<sup>135</sup>執行業務所製作之紀錄。醫院對於病歷，應製作各項索引及統計分析，以利研究及查考。」<sup>136</sup>

由醫師法的規定可知，狹義的病歷只是針對醫師執行醫療業務所記載的文書紀錄而言，範圍較為狹隘；然而由醫療法之規定可知，只要是任何醫事人員從事其醫療業務時，所記載的文書紀錄，皆屬病歷的一種。所以，當涉及到病歷的製作與修改時，應該以醫療法的「廣義」病歷來做探討，因為不論是醫師或其他醫事人員製作的紀錄，或是檢查、檢驗的報告，皆屬法定文書，同時亦均涉及誰有權製作、有權修改和內容是否真實的問題<sup>137</sup>。

## (二) 病歷的功能

<sup>133</sup> 參閱黃丁全，「醫事法」，初版，月旦出版社股份有限公司，1995 年 11 月，184 頁。

<sup>134</sup> 參閱呂俊儒，「病歷記載與使用之形式案例分析」講義，台北縣基督教耕新醫院(新店分院)主辦之演講會，2009 年 7 月 11 日，2-6 頁；劉宜廉，「醫學教育—病歷記載相關法律問題」，醫療品質雜誌，第 1 卷第 2 期，2007 年 3 月，83-84 頁；薛瑞元，「從新制醫院評鑑談病歷書寫—法律觀點」，醫療品質雜誌，第 2 卷第 2 期，2008 年 3 月，58 頁。

<sup>135</sup> 何謂醫事人員？依據醫事人員人事條例第 2 條規定：「本條例所稱醫事人員，指依法領有專門職業證書之醫師、中醫師、牙醫師、藥師、醫事檢驗師、護理師、助產師、營養師、物理治療師、職能治療師、醫事放射師、臨床心理師、諮商心理師、呼吸治療師、藥劑生、醫事檢驗生、護士、助產士、物理治療生、職能治療生、醫事放射士及其他經中央衛生主管機關核發醫事專門職業證書，並擔任公立醫療機構、政府機關或公立學校（以下簡稱各機關）組織法規所定醫事職務之人員。」

<sup>136</sup> 故有關證明書類之出生證明書、診斷書、死亡證明書、死產證明書、手術同意書、麻醉同意書、自動出院書、人體試驗同意書、安寧緩和醫療意願書、家屬同意書、病理檢查報告、檢查造影片、心電圖紀錄、描述病情病歷摘要、轉診病歷摘要、出院病歷摘要、護理人員之護理紀錄、醫務行政之住院許可書、病危通知書、出院許可書，以及其他復健紀錄、飲食紀錄等文件均屬廣義之病歷。參閱林四海，「醫療機構病歷管理之法律責任與趨勢」，醫事法學季刊，第 9 卷第 2 期，2001 年 6 月，24-25 頁。

<sup>137</sup> 參閱薛瑞元，「從新制醫院評鑑談病歷書寫—法律觀點」，醫療品質雜誌，第 2 卷第 2 期，2008 年 3 月，58 頁。

病歷是記錄醫療專業人員對病人病情的判斷和處置的重要依據，其不僅是健保給付的重要參考依據，並有取締密醫、醫療糾紛鑑定、醫療品質審核及醫學研究等功能<sup>138</sup>。尤其在醫療糾紛發生時，其於相關鑑定及訴訟過程中扮演著非常重要的文書證據<sup>139</sup>，常用以認定醫療行為是否有過失，以及相關醫事人員過失責任之歸屬。如果病人要獲得勝訴，必須舉證證明：1. 病人受有「醫療傷害」；2. 醫師之醫療行為有「過失」；3. 病人之醫療傷害和醫師之過失行為之間具有「相當因果關係」<sup>140</sup>。

### (三) 病歷的法律性質<sup>141</sup>

病歷之法律性質，最高法院 80 年台上字第 2198 號刑事判決要旨指出：「醫師係以醫療為業務，製作之病歷表、醫囑單及用藥紀錄等之文書，法律上應係執行醫療業務所製作之業務上文書。」故病歷是醫事人員「業務上製作的私文書」，從醫療實務的角度觀察，病歷的記載與修改<sup>142</sup>，可能涉及刑法的「偽造變造私文書罪（刑法第 210 條）」，以及「從事業務者登載不實事項於業務上之文書罪（刑法第 215 條）」。

由最高法院判決要旨得知，病歷係醫師執行醫療業務所製作之業務文書，紀錄著病患就醫過程之中所接受的相關醫療行為。因此，病歷具備了「文書」的性質，也是醫事人員執行業務所製作的「業務上文書」<sup>143</sup>。

### (四) 病歷之查閱權

病歷乃是病人生病而出資請醫師診療所做之治療紀錄，亦是醫療糾紛中主要依據之文件。病患對於病歷之查閱權，德國法基於病人的自己決定權及

<sup>138</sup> 參閱 85 年 2 月 7 日衛署醫字第 85000844 號函內容。

<sup>139</sup> 病歷是刑事訴訟法第 165 條第 1 項「書證」之一種。刑事訴訟法第 165 條第 1 項規定：「卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，審判長應向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨。」

<sup>140</sup> 參閱劉宜廉，「醫學教育－病歷記載相關法律問題」，醫療品質雜誌，第 1 卷第 2 期，2007 年 3 月，85 頁。

<sup>141</sup> 參閱呂俊儒，「病歷記載與使用之形式案例分析」講義，台北縣基督教耕新醫院(新店分院)主辦之演講會，2009 年 7 月 11 日，24-27 頁；王志嘉，「淺談各類醫事人員病歷記載相關法律問題」，醫療品質雜誌，第 4 卷第 1 期，2010 年 1 月，77 頁；吳俊穎、賴惠蕓、陳榮基，「病歷事後補登的法律問題」，當代醫學，第 36 卷第 5 期，2009 年 5 月，54-56 頁。

<sup>142</sup> 所謂的「修改」，係依照法定的方式而改，除了本人的據實修改外，醫療第 68 條第 1 項：「醫療機構應督導其所屬醫事人員於執行業務時，親自記載病歷或製作紀錄，並簽名或蓋章及加註執行年、月、日。」；病歷修改的方式依醫療第 68 條第 2 項規定：「前項病歷或紀錄如有增刪，應於增刪處簽名或蓋章及註明年、月、日；刪改部分，應以畫線去除，不得塗燬。」依此方式而改的病歷是合法的。

<sup>143</sup> 參閱參閱吳俊穎、賴惠蕓、陳榮基，「病歷事後補登的法律問題」，當代醫學，第 36 卷第 5 期，2009 年 5 月，55 頁。



尊重個人尊嚴，認為病人的診療紀錄查閱請求權，依據民法上的誠信原則，其性質可以視為契約上的附隨請求權。日本學界通說也認為病人享有診療紀錄查閱請求權，除非醫師或醫院能證明禁止查詢對於病患具有「特別利益」，否則病人的診療紀錄查閱請求權不應受限制。荷蘭法第 7:456 明文規定：「病人可以不受限制地查閱所有的醫療紀錄，但查閱有可能對他人造成侵害的除外。」<sup>144</sup>

參照我國醫療法第 71 條、同法第 74 條規定及行政院衛生署衛 82 年 1 月 13 日衛署醫字第 8200619 號函謂<sup>145</sup>：「病歷為記載病人個人之病史、診斷、治療過程之原始資料，依民法規定應屬醫療機構依其與病人間之委任契約，於執行委任（醫療）業務時所製作之文書，除醫療法律有特別規定外，應由醫療機構自行保管。」據此，醫療法及醫師法均未禁止病人索取病歷影印之規定，爰醫療機構有保存病歷並供查閱之義務<sup>146</sup>。

#### （五）病歷登載不實

醫護人員負有病歷記載之義務<sup>147</sup>，而病歷記載依醫療法規定病人已有明確閱讀權，以便病人或其相關家屬可以知悉醫護人員所執行醫療行為之情形。從而，當發生醫療糾紛時，若因醫院組織疏漏以及醫護人員之疏失未記載或未為完整之記載時，其違反製作病歷之義務，在實體法上，應認為醫院或醫護人員具有重大過失。在訴訟法上，在醫療行為是否具有過失，或因果關係難以證明而妨礙該病歷作為訴訟的證據時，所產生的程序上不利益，應由被告負擔，而應適用證明妨礙之規定<sup>148</sup>，減輕原告之舉證責任，甚而發生舉證責任倒置的效果<sup>149</sup>。

<sup>144</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係（下）」，月旦法學教室，第 73 期，2008 年 11 月，60 頁；寧紅麗，「大陸法系國家的醫療合同立法及其對中國大陸的借鑒意義」，月旦民商法雜誌，第 4 期，2004 年 6 月，119 頁。

<sup>145</sup> 參閱陳櫻琴、黃于玉、顏忠漢合著，「醫療法律」，四版一刷，五南圖書出版股份有限公司，2007 年 6 月，81 頁。

<sup>146</sup> 「其實醫院也可檢討現行病歷表的問題。例如在德國慕尼黑大學眼科的門診，醫師採用的是複寫的病歷表，看診完畢醫院保留原本，給病人一份帶走，病人對醫師的信賴感當然就增加了。愈神秘就會引起更多之臆測。」可供參考。參閱黃立，「醫療糾紛處理條例草案解析」，月旦法學雜誌，第 164 期，2009 年 1 月，10 頁。

<sup>147</sup> 參閱醫師法第 12 條及護理人員法第 25 條（護理人員執行業務之紀錄及保存期限）規定：「護理人員執行業務時，應製作紀錄（第一項）。前項紀錄應由該護理人員執業之機構保存十年（第二項）。」

<sup>148</sup> 有關病歷資料的證明妨礙情況，請參閱本文第 3 章第 3 節第 3 項第 2 款之規定。

<sup>149</sup> 參閱陳聰富，醫療法：「第四講—醫療契約之法律關係（下）」，月旦法學教室，第 73 期，2008 年 11 月，61 頁；侯英冷，「醫療機構、外科醫師與麻醉科醫師之說明義務—最高法院九六年台上字第二四七六號判決簡評」，台灣法學雜誌，第 107 期，2008 年 6 月，296 頁；沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，

病歷具有幫助醫師記憶以及幫助不同醫師瞭解病人病史與目前治療現況，以便正在執行醫療以及任何接手治療工作之醫護人員可以迅速正確判斷與執行治療方針。其最主要目的在於確保醫療品質，而確保醫療品質的另一面即是保障病人之生命、身體、健康法益，此保護私法益之功能屬無庸置疑之功能，具有保護他人法律之性質。此義務在醫療院所，醫師負責其個人治療過程之記載，醫療院所負責整個病人治療之病史與紀錄，包括保存與轉診間之病歷處理義務。因此當醫療院所違反確實、完整、詳細之病歷記載之義務，若因此誤導後治療醫師無法確實知道病人病史及治療現況，而延誤最佳治療時機或甚而誤診，致生損害於病人時，應屬違反保護他人之法律，醫院或醫師應依民法第 184 條第 2 項，負損害賠償責任。

### 三、急救義務與轉診義務

醫院、診所遇有危急病人，應先給予適當之急救措施，不但法有明文，亦是醫護人員的天職。醫院或診所若因限於人員、設備及專長能力，無法提供完整的診斷或治療，應將實情告之，並勸其轉至人員、設備及專長能力符合病人需要的醫院，使病患有接受較佳之診治機會，以免耽誤時機。但若病人病情危急，醫院或診所不能以轉診為手段，將病患轉送他院，成為醫療人球，即使人員設備有限，仍應先盡全力予以適當之急救，始可轉診<sup>150</sup>。

#### (一) 急救義務

適當急救之先行為：依醫療法第 60 條第 1 項、醫師法第 21 條，並參酌緊急醫療救護法第 36 條第 1 項之規定<sup>151</sup>可知，在決定轉診前，轉出醫院之醫師，即使人員設備有限，仍應「採取必要措施」，先盡其全力救治病人，讓病人狀況穩定下來，並同時協調聯絡轉診。

同時如前所述，醫師、醫療機構遇有危急病人，即應依其專業能力，當

---

月旦法學雜誌，第 127 期，2005 年 12 月，29 頁；吳俊穎、賴惠秦、陳榮基，「病歷事後補登的法律問題」，當代醫學，第 36 卷第 5 期，2009 年 5 月，55 頁。

<sup>150</sup> 醫療法第 73 條第 1 項規定：「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。」

<sup>151</sup> 參閱醫療法第 60 條第 1 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。」；醫師法第 21 條：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」；緊急醫療救護法第 36 條第 1 項規定：「醫院為有效調度人力與設備，應建立緊急傷病患處理作業流程及內部協調指揮系統，遇有緊急傷病患時應即檢視，並依其醫療能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延；其無法提供適切治療時，應先做適當處置，並協助安排轉診至適當之醫療機構或報請救災救護指揮中心協助。」

時的設備條件，予以救治或一切必要的行為。這是法律所課與醫療提供者在危急之時，對求診病患的強制締約義務。惟當醫師、醫療機構因為履行法定的強制締約義務而可能陷自己或他人生命、身體、自由或財產上急迫危險時，如SARS期間，醫院因為沒有負壓隔離病房設備，若一旦收治SARS病人，擔心會造成院內其他病患感染，得有緊急避難之抗辯而可拒絕收治危急病人<sup>152</sup>。

## （二）告知與轉診之義務

當今之醫療分科日細，已形成一股潮流，卻也造成各科類間的隔閡；同時醫療資源之分配不均，導致鄉下或偏遠醫師醫療專業不足。有學者指出，若以醫療水準為論斷醫師之責任，具體言之，特定疾病的診斷與治療，對於特定之醫師而言，如果係屬其專科內的病患，自應期待該醫師應有該醫療專業水準之具備，則該醫師對病患自應以該具備之專業水準，盡善良管理人之注意義務予以診療。對於非專科醫師，或是對於偏遠地區因設備不全或規模不具全之小診所，如係不可期待其具備，應不得以該醫學專業水準不具備係有其正當理由，即以該醫師已盡善良管理人之注意義務為已足，而得就因不具科技專業水準所及於病患之死亡、傷害或其他損害，發生免除責任之效力，各該醫師仍須盡其對病患說明及轉診義務，若未履行此等義務，至病患受有損害者，應受損害賠償責任之論斷<sup>153</sup>。目前法院之判決，對於應轉診而未轉診者，則是認定或推定有過失<sup>154</sup>。

### 第三目 附隨義務

所謂附隨義務，係補助實現債權人給付利益，通說認為此類義務之發生，係以誠實信用原則為依據，一方當事人應善盡必要注意，以保護相對人

<sup>152</sup> 參閱楊秀儀，「法定急救義務？強制締約義務？—醫師法第二一條、醫療法第四三條性質解析」，台灣本土法學雜誌，第49期，2003年8月，120-121頁。

<sup>153</sup> 參閱朱柏松，「適用消保法論斷醫師之責任」，國立台灣大學法學論叢，第27卷第4期，1998年7月，23頁。

<sup>154</sup> 參閱最高法院92度台上字第2695號判決（節錄）謂：「醫院、診所因限於設備及專長，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診...，醫療法第五十條第一項前段、第七十六條第一項分別定有明文，此為保護他人法律之規定。...本件上訴人醫院固有外科之設置及手術台三台之設備，並有外科醫師四位人員在職，惟無腦神經外科專業醫師駐院，須向外以特約方式約聘來院主治，既為上訴人所自承，則其對於因發生車禍致腦部受創之急診患者，自無法即時提供完整、迅速之治療服務，此由被上訴人於下午三時四十分入院迄孫醫師六時許抵院期間，歷時二小時二十分之久益明。乃上訴人竟未告知被上訴人家屬或友人應立刻轉院，仍逕予留置，終致被上訴人因時間延誤腦血腫擴大而成為植物人，實已違反上開醫療法之規定，應推定其有過失。」

的權益。就其功能言，可別為二類：(一) 促進實現主給付義務，使債權人之給付利益獲得最大可能之滿足(輔助功能)，(二) 維護他方當事人身或財產上利益(保護功能)。醫師若違反附隨義務時，均應依不完全給付之規定，負損害賠償責任，並得依侵權責任發生競合關係<sup>155</sup>。醫療提供者之附隨義務包括告知義務<sup>156</sup>、醫療法第 72 條不得洩漏病情或健康資訊之保密義務、提供安全診療場所之保護義務等。<sup>157</sup>

## 一、告知義務

在醫學實務上，當醫護人員本身經測試發現是 HIV Positive 帶原者時，是否有義務告知病患，其為愛滋病毒帶原者？這是一項病患權益與醫師權益衝突的難題。人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 4 條規定：「感染者之人格與合法權益應受尊重及保障，不得予以歧視，拒絕其就學、就醫、就業、安養、居住或予其他不公平之待遇。」醫師從事醫療行為，屬於其執業範圍，且於醫師資格的消極要件上，法律並沒有規定罹患傳染病者不能從事醫療工作。但是，有鑑於愛滋病於目前的醫療水準尚無有效的治療方法，而且愛滋的主要傳染途徑就是血液傳染，因此在醫護人員是愛滋病患時，有必要採取必要步驟來保護病人。且病患尋求醫師看診，目的亦在於醫治其疾病，而非將自己暴露於感染愛滋病毒之環境。從而，病患應有權知悉，從事醫療行為的醫師是否感染愛滋病毒，以決定其是否同意接受該醫師的醫療行為<sup>158</sup>。

## 二、保密義務

<sup>155</sup> 參閱王澤鑑，「債法原理(一)，(基本理論、債之發生)」，再刷，三民書局，2009年9月，42-47頁；姚志明，「二〇〇二年德國民債編修正介紹——一般給付障礙與買賣契約」，月旦法學教室，第8期，2003年6月，102-103頁謂：「債務人履行其債務時，除了須依債之本旨履行其給付義務外，債務人負有確保債權人之權利及利益，不會因其給付行為而受侵害之義務，此義務稱之為附隨義務。」

<sup>156</sup> 至於附隨義務之告知義務，乃基於病患與醫師間之信賴關係，為保護病患之固有利益，避免損害病患身體或健康所生之義務。參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係(下)」，月旦法學教室，第73期，2008年11月，61頁。

<sup>157</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係(下)」，月旦法學教室，第73期，2008年11月，61-63頁。

<sup>158</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係(下)」，月旦法學教室，第73期，2008年11月，61頁。另美國就此問題的解決手段是：1.對未來的病人：若該醫療人員將對病人進行侵襲性醫療，而有可能發生血液的接觸時，應事先告知該病患，並取得其書面的同意(Behringer v. MedicalCenter at Princeton, 592 A. 2d. 1251, N.J. Super Ct. April 25, 1991)；2.對過去的病人：醫院得申請法院的命令，授權醫院得通知病患，其有可能罹患愛滋病，因為其醫師經檢查發現罹患愛滋病。資料來源：楊秀儀，知的自由與免於恐懼的權利—建立一套合理的愛滋病預警制度，網址：<http://www.cgmh.org.tw/new1/new8903-801.htm>，查訪日期：2010年8月22日。楊氏並認為美國的經驗值得參考。

在治療過程中病人必須對醫生真實告知各種情形，病人有權期待其所提供給醫療照護人員之資訊受到保護，是故各國的法律均將醫師在倫理上的保密義務<sup>159</sup>進一步強化成法律上的義務。在德國，醫方的保密義務已經與德國基本法第一條關於人格尊嚴的保護有著密切的聯繫，在 1972 年，德國聯邦憲法法院又通過判例將醫生的診療義務與基本法第 2 條關於一般人格權保護的規定相關連，肯定醫生的保密義務是「公權力介入私人利益的保護」，將醫生的保密義務提昇到憲法的層次上進行要求<sup>160</sup>。

在我國保密義務係附隨醫療業務而生，醫療行為者基於與病患之忠誠與信賴關係，不得揭露基於雙方信賴關係所獲知之事實。關於保密義務，現行醫師法第 23 條及醫療法第 72 條均有規定<sup>161、162</sup>，醫師、醫療機構及其人員因業務而知悉或持有病人病情或健康資訊，不得無故洩露。但若雙方之秘密，已涉及公眾利益時，醫師非但不得保密，且有通報或警告義務，如醫師法第 15 條、傳染病防制法第 39 條第 1 項及人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 13 條<sup>163、164、165</sup>。<sup>166</sup>

### 三、保護義務<sup>167</sup>

契約當事人在履行契約過程中，負有避免他人生命、身體或健康遭受侵害之保護義務。醫療院所提供診療場所，供病人等候、檢查及診療，即負有

<sup>159</sup> 早在公元 2000 多年前，希波克拉底斯的醫者誓詞便有：「凡行醫過程中所見所聞關於病人之事，吾將謹誌於己心，並以散播為恥。」這便是醫師在在醫療倫理上的保密義務。資料來源參見楊秀儀，「論健全病歷制度之建立及健康資訊隱私權保護」，全國律師，第 10 卷第 8 期，2006 年 8 月，44 頁，註 15。

<sup>160</sup> 參見寧紅麗，「大陸法系國家的醫療合同立法及其對中國大陸的借鑒意義」，月旦民商法雜誌，第 4 期，2004 年 6 月，118 頁。

<sup>161</sup> 醫師法第 23 條規定：「醫師除依前條規定外，對於因業務知悉或持有他人病情或健康資訊，不得無故洩露。」

<sup>162</sup> 醫療法第 72 條規定：「醫療機構及其人員因業務而知悉或持有病人病情或健康資訊，不得無故洩露。」

<sup>163</sup> 醫師法第 15 條規定：「醫師診治病人或檢驗屍體，發現罹患傳染病或疑似罹患傳染病時，應依傳染病防治法規定辦理。」

<sup>164</sup> 傳染病防制法第 39 條第 1 項規定：「醫師診治病人或醫師、法醫師檢驗屍體，發現傳染病或疑似傳染病時，應立即採行必要之感染控制措施，並報告當地主管機關。」

<sup>165</sup> 人類免疫缺乏病毒傳染防治及感染者權益保障條例第 13 條規定：「醫事人員發現感染者應於二十四小時內向地方主管機關通報；其通報程序與內容，由中央主管機關訂定之（第一項）。主管機關為防治需要，得要求醫事機構、醫師或法醫師限期提供感染者之相關檢驗結果及治療情形，醫事機構、醫師或法醫師不得拒絕、規避或妨礙（第二項）。」

<sup>166</sup> 參閱李壽星，「醫療法－醫療機構的法定義務－」，台灣法學，第 147 期，2010 年 3 月，49 頁；陳聰富，「醫療法：第四講－醫療契約之法律關係（下）」，月旦法學教室，第 73 期，2008 年 11 月，62 頁；劉盈宏，「醫療服務責任之研究」，軍法專刊，第 54 卷第 1 期，2008 年 2 月，69 頁；楊秀儀，「論健全病歷制度之建立及健康資訊隱私權保護」，全國律師，第 10 卷第 8 期，2006 年 8 月，45 頁。

<sup>167</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講－醫療契約之法律關係（下）」，月旦法學教室，第 73 期，2008 年 11 月，62 頁。

不侵害病人固有利益之義務。例如醫療院所地板或樓梯之安全措施或防滑設備，或避免病人遭受其他疾病感染等危險。參酌醫療法第 12 條第 3 項、第 26 條及第 56 條<sup>168</sup>之規定意旨，醫療機構應負有提供適當、並符合設置標準與安全的治療環境之義務<sup>169</sup>。如醫院就其醫療設備或其他設施之管理有瑕疵者，醫院對於病患或其他使用者應負擔損害賠償責任，病患所依據者乃是根據契約及侵權責任的規定而請求賠償。

#### 四、後契約義務

所謂後契約義務，係指在契約關係消滅後，為維護相對人人身及財產上之利益，當事人間衍生以保護義務為內容，所負某種作為或不作為之義務<sup>170</sup>。醫療提供者之後契約義務，包含醫療完成後之病歷保存、不得洩漏病情或健康資訊之保密義務、提供病歷複本或病歷摘要之義務，此等義務之存在均不因醫療契約終了而消滅<sup>171</sup>。債務人違反後契約義務時，與違反一般契約義務同，應依債務不履行之規定負其責任<sup>172</sup>。

#### 五、協力義務<sup>173</sup>

醫療法第 75 條第 1 項規定：「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。」或可視為附隨協力義務之適例<sup>174</sup>。

### 第二款 病患之給付義務及附隨義務

#### 第一目 醫療報酬的支付義務

病患就醫或住院，對於院方規定的醫療費用，都有如期繳納的義務。按醫療契約一般為有償契約，患者負有支付醫療費用的義務，故而病患之主

<sup>168</sup> 醫療法第 56 條規定：「醫療機構應依其提供服務之性質，具備適當之醫療場所及安全設施。」

<sup>169</sup> 參閱吳志正，「解讀醫病關係 I－醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006 年 9 月，394-395 頁。

<sup>170</sup> 實務見解參照最高法院 95 年度台上字 1076 號民事判決；王澤鑑，「債法原理（一），（基本理論、債之發生）」，再刷，三民書局，2009 年 9 月，50 頁謂：「契約關係消滅後，當事人尚負有某種作為或不作為之義務，以維護給付效果，或協助相對人處理契約終了善後事務。」

<sup>171</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講－醫療契約之法律關係（下）」，月旦法學教室，第 73 期，2008 年 11 月，62-63 頁。

<sup>172</sup> Erman-Sirg §242 Rdnr. 58；Esser/Schmidt, Schuldrecht I, S. 91f. 轉引自王澤鑑，「債法原理（一），（基本理論、債之發生）」，再刷，三民書局，2009 年 9 月，50 頁，註 4。

<sup>173</sup> 參閱吳志正，「解讀醫病關係 I－醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006 年 9 月，395 頁。

<sup>174</sup> 參閱本文，註 185：加害給付。

給付義務即為給付報酬。如病患不予履行，即屬債務人給付遲延，醫院或醫師即得起訴請求給付，並加計法定遲延利息<sup>175</sup>。

## 第二目 協助治療義務

病患有配合治療之協力義務，如應遵從醫護人員提出並經個人同意的治療程序、接受醫護人員專業照護的建議採取合作態度及有關指示、準時接受醫療以及提供與其健康狀況有關資料、過去病史、藥物過敏及傳染性疾病等有關詳情，以協助醫療過程的順利進行<sup>176</sup>。若病患違反此項義務，即為債權人受領遲延，醫院或醫師即不負擔債務不履行之損害賠償責任。

### 第六項 醫療提供者之債務不履行責任

債務人應依債之關係成立的本旨而為給付。如其違反給付義務即屬不給付，是為債務不履行。於醫療行為，其發生絕大都是本於醫師（或醫院）之間的醫療契約而開始，因此，在醫療事故發生而致病患損害時，自法理論之構成而言，當然應以契約法為其論斷醫師（或醫院）之損害賠償責任為其正途。如因違反契約義務<sup>177</sup>，自應依民法就債務不履行時應負契約責任之規定，對債務人負「債務不履行責任」。債務不履行有不能給付者，有雖為給付而遲延者，有雖為給付而不完全者，均屬債之內容未依債之本旨實現，在法律上自應有所救濟，此即聲請強制執行或請求賠償損害，而賠償責任要件，須以債務人有可歸責之事由為前提。<sup>178</sup>

#### 第一款 歸責原則

債務不履行：以「可歸責事由」為責任原因。所謂可歸責事由，通常係指故意、過失之行為而言。民法第 220 條第 1 項規定：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。」如行為人之行為達於令人可以指責的程度，此種

<sup>175</sup> 民法第 233 條第 1 項規定：「遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。」

<sup>176</sup> 荷蘭民法典第 7：452 條規定病人的合作義務：「病人應當盡最大能力向健康照護者提供資訊，並在照護者履行醫療合同時提供合理的合作。」可供參照。參閱寧紅麗，「大陸法系國家的醫療合同立法及其對中國大陸的借鑒意義」，月旦民商法雜誌，第 4 期，2004 年 6 月，62 頁。

<sup>177</sup> 有學者論契約責任，以「契約義務」之違反為前提；債務不履行責任，以「債務」之違反為前提。契約義務，固然是「債務」之一種，但「債務」不以「契約義務」為限。此二種用語區分詳見陳忠五，「契約責任與侵權責任的保護客體」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2008 年 12 月，5-6 頁。

<sup>178</sup> 參閱孫森焱，「民法債篇總論（下）」，修訂版，三民書局，2009 年 2 月，481 頁。

行為即為有可歸責性<sup>179</sup>。由於債權人與債務人間之特定關係，以主觀因素居多，契約上注意程度得由當事人約定，當事人未為約定時，原則上以故意或過失為要件，但過失之責任，則依民法第 220 條第 2 項規定酌定過失之輕重。例如：依法律對不同契約類型而設的注意程度，有為善良管理人之注意（如租賃）；有為應與處理自己事務盡同一的注意（如無償寄託）；亦有僅就故意或重大過失負責（如贈與）。法律未特別規定時（如買賣），應適用一般原則。又對第三人行為負責言，民法第 224 條規定：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失，負同一責任。」<sup>180</sup>

當事人雖然就債務人應負過失責任之輕重，得以契約訂定之，惟依民法第 222 條規定：「故意或重大過失之責任，不得預先免除。」蓋重大過失，就其欠缺注意之情形，已幾近故意，僅其不欲結果之發生而已。因此，醫師於開刀前，囑病患簽寫志願書者，即使記載免除醫師因為開刀應負之責任，對於故意或重大過失之責任，亦不生免除之效力。<sup>181</sup>

## 第二款 債務不履行之類型

由醫療契約所產生的法律上責任，原則上有下列三種類型：

### 第一目 給付不能

所謂的「給付不能」，指債之原因發生後，債務人應為之給付，不能依債務本旨實現之意<sup>182</sup>。在醫療契約履行中，發生給付不能之情形較少，例如，當病患於手術進行中，醫師因心肌梗塞而無法繼續手術，而國內僅該醫師嫻熟此技術，若病患因此發生身體上之其他傷害，由於醫方透過醫療契約，約定一定的給付內容，因某種因素完全無法進行，則屬債務人之給付不能。

### 第二目 給付遲延

「給付遲延」，係指債務已屆清償期，給付可能而未為給付之意<sup>183</sup>。如，醫師承諾病患在某年某月之前，實施醫療行為或開刀，然於事實上的困難，

<sup>179</sup> 參閱黃立，「民法債篇總論」，修正三版一刷，元照出版有限公司，2006 年 11 月，441 頁。

<sup>180</sup> 參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月，95 頁。

<sup>181</sup> 參閱孫森焱，「民法債篇總論（下）」，修訂版，三民書局，2009 年 2 月，483 頁。

<sup>182</sup> 參閱孫森焱，「民法債篇總論（下）」，修訂版，三民書局，2009 年 2 月，495 頁。

<sup>183</sup> 參閱孫森焱，「民法債篇總論（下）」，修訂版，三民書局，2009 年 2 月，530 頁。



而造成病患在遲延後的痛苦與損害，便屬於「給付遲延」的問題；再如，患者掛急診後，醫院未即時為患者安排醫師進行診治致病情加重。

### 第三目 不完全給付

「不完全給付」乃債務人已為給付，而因可歸責於債務人之事由，致給付之內容不符合債之本旨<sup>184</sup>。我國民法第 227 條規定，不完全給付所造成之損害，可分為瑕疵給付<sup>185</sup>與加害給付<sup>186</sup>。在醫病關係中，瑕疵給付是指債務人所為之給付具有瑕疵，例如假牙、義肢、眼鏡之配置具有瑕疵等。而加害給付係指債務人之給付有瑕疵造成債權人之固有利益受損<sup>187</sup>。

由於醫療糾紛多發生於醫師所為之醫療行為造成病患之生命、身體及健康之損害，多屬不完全給付中之加害給付，則醫療需求者於證明其所受之損害，係可歸責於醫方之違反醫療行為給付義務及附隨義務後，即可依不完全給付之規定請求損害賠償。<sup>188</sup>

### 第三款 舉證責任

<sup>184</sup> 參閱姚志明，「契約之效力（二）—契約債務之不履行（中）」，月旦法學教室，第 80 期，2009 年 6 月，53 頁；黃立，「民法債篇總論」，修正三版一刷，元照出版有限公司，2006 年 11 月，469 頁；林誠二，「民法債編總論（下）」，初版，瑞興圖書股份有限公司，2001 年 3 月，90 頁；孫森焱，「民法債篇總論（下）」，修訂版，三民書局，2009 年 2 月，564 頁。

<sup>185</sup> 瑕疵給付（民法 227 條第 1 項）：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。」其成立要件：（1）須債務人已為給付（最高法院 98 年度台上字第 2461 號判決：「民法第二百二十七條所謂之不完全給付，係指債務人提出之給付，不合債之本旨而言，其型態有瑕疵給付及加害給付兩種。是以構成不完全給付之要件，須債務人已為給付，僅所提出之給付與債之本旨不相符合，若債務人未為給付，雖可能構成給付不能、給付拒絕或給付遲延，惟均非屬不完全給付之範疇。」）；（2）須給付違反給付義務—違反主給付義務或從給付義務（最高法院 95 年度台上字第 804 號判決：「於債之關係中，債務人之給付義務包括主給付義務與從給付義務在內。從給付義務之違反，若致主給付義務無法依債之本旨履行，即構成不完全給付，債權人自得請求債務人賠償損害。」）學者姚志明謂：「主給付義務之違反（不良給付）與從給付義務之違反，應合稱為瑕疵給付。而此時所造成之損害為瑕疵損害，其應賠償之範圍則為履行利益之賠償，一般又稱之為積極利益之賠償。我國民法第 227 條第一項之規定即是指此」，參閱式著「二〇〇二年德國民法債編修正介紹—一般給付障礙與買賣契約」，月旦法學教室，第 8 期，2003 年 6 月，103 頁。

<sup>186</sup> 加害給付（民法 227 第 2 項）：「因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。」其成立要件：（1）須債務人已為給付；（2）須違反附隨義務。最高法院 99 年度台上字第 789 號判決：「按契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。此項附隨義務不僅係基於誠信原則及補充契約解釋（契約漏洞之填補）而生，且於 88 年 4 月 21 日修正公布之民法第 227 條第二項立法理由亦加以承認。附隨義務包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益，倘債務人未盡此項義務，債權人自得依民法第 227 條不完全給付規定行使其權利。」

<sup>187</sup> 參閱姚志明，「二〇〇二年德國民法債編修正介紹—一般給付障礙與買賣契約」，月旦法學教室，第 8 期，2003 年 6 月，103 頁謂：「若是債務人違反其附隨義務，在學說上則稱之為加害給付，其所造成之損害為瑕疵結果損害。此時損害賠償之範圍為固有利益損害之賠償。」

<sup>188</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第四講—醫療契約之法律關係（下）」，月旦法學教室，第 73 期，2008 年 11 月，65 頁；李伯璋、曾平杉，「醫療紛爭—在臨床醫學與法律實務的探討」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2010 年 1 月，64 頁。

在契約的債務不履行，係以債務人有可歸責事由，為責任原因，針對醫療紛爭向來的重點是關於「醫師（或醫院）具可歸責之事由」之舉證責任應由何造當事人負擔？在契約債務不履行的舉證責任而言，通說認為，原告主張契約責任，對於被告可歸責之事由，不負舉證責任。如學者王澤鑑認為在契約債務不履行，債權人無須證明債務人的故意或過失，而以證明債務不履行及損害及因果關係為已足，債務人則須證明有不可歸責於自己之事由，始得免責<sup>189</sup>。此外，學者孫森焱<sup>190</sup>、黃立<sup>191</sup>及實務<sup>192</sup>亦認為債務人如有債務不履行的不可歸責之事由，須舉證證明其並無過失，始能免除債務不履行之損害賠償責任<sup>193</sup>。又不完全給付既為債務不履行的一種型態，依民國 89 年民法債編修正施行後第 227 條關於不完全給付的規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。」明定直接適用給付遲延或給付不能之規定，自應採同一舉證責任分配原則<sup>194</sup>，學者姜世明亦表贊同<sup>195</sup>。

另外，亦有學者參酌德國醫療訴訟實務發展，而認為在病人之損害，非來自於其個人體質對於醫療行為之反應，而係肇因於醫師或醫院所控制之風

<sup>189</sup> 參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法律學院福利社，2009 年 7 月，96 頁。另謂「債務不履行的不可歸責事由，應由債務人負舉證責任，各國立法例多設明文。我國民法第 225 條第 1 項規定：『因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務』亦寓有舉證責任分配的意思。」參見王澤鑑，「民法學說與判例研究（第八冊）」，三民書局，2006 年 2 月，241 頁。

<sup>190</sup> 學者孫森焱謂「在債務不履行之舉證責任，如債務人主張損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，應由其負舉證責任，如未能舉證證明，即不能免責。」參見「民法債篇總論（下）」三民書局，2009 年 2 月修訂版，591 頁。

<sup>191</sup> 學者黃立謂「依德國民法第 280 條第 1 項規定，就所有可歸責之義務違反，均構成損害賠償義務，債務人必須舉證證明其並無可歸責之事由，才能免除賠償的責任。我民法雖於第 225 條第 1 項規定；然關於給付不能，如債務人無法證明，則縱無可歸責之事由，仍應就其給付義務之履行負責。」參見黃立，「民法債篇總論」，修正三版一刷，元照出版有限公司，2006 年 11 月，442 頁。

<sup>192</sup> 最高法院 82 年台上字第 267 號判例要旨：「……又在債務不履行，債務人所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。故債務人苟證明債之關係存在，債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受損害，即得請求債務人負債務不履行責任，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，即應由其負舉證責任，如未能舉證證明，自不能免責……」，最高法院 21 年上字第 1956 號及 29 年上字第 1139 號判例亦採相同見解。

<sup>193</sup> 學者陳忠五對此有不同看法，其認為縱係契約責任之主張，有關於醫療提供者之過失，原則上仍是由原告負舉證責任，僅在許多例外情況，應減輕原告之舉證責任，甚或採取舉證責任至倒置，令被告負擔舉證責任。參閱陳忠五，「法國法上醫療過錯的舉證責任」，收錄於朱柏松等 5 人合著，「醫療過失舉證責任之比較」初版一刷，元照出版有限公司，2008 年 5 月，124 頁。

<sup>194</sup> 誠如最高法院所云，不可歸責事由係屬免責要件，就當事人利益衡量言，實符公平原則。參見學者王澤鑑，「民法學說與判例研究（第八冊）」，三民書局，2006 年 2 月，242 頁。

<sup>195</sup> 其以為，於台灣因有新民法第 227 條規定，因此就不完全給付之可歸責之舉證問題，即應適用或類推適用民法第 230 條之規定，由債務人就不可歸責事由負舉證之責。如此，則於醫師民事責任程序中，若被害人主張之法律依據係不完全給付請求權，則應由債務人就不可歸責性要件負舉證責任。參見姜世明，「醫師民事責任程序中之舉證責任減輕」，月旦民商法雜誌，第 6 期，2004 年 12 月，22 頁。

險時，不論病患係依契約責任或侵權行為責任為主張，均應將舉證責任分配予醫院或醫師，尤其是醫師違反說明義務或病歷記載義務，或發生重大醫療瑕疵時，更應由醫院或醫師負舉證責任，此項見解亦值參酌<sup>196</sup>。

鑑於病人舉證醫師有過失，囿於醫學知識，以及證據資料、病歷皆掌握在醫院手中，且病患並無能力分辨其資料內容之適當性，故證據方法明顯偏在醫院一方，若要以病患證明醫師的醫療行為有過失誠屬不易並有失公允。管見以為，病患欲主張醫院或醫師負債務不履行之損害賠償責任，只需病患證明雙方契約存在，且醫師（或醫院）具可歸責之事由，病患無須舉證，此時，醫師如要免責，則必須證明損害的發生係不可歸責於己。再就債務不履行責任舉證責任之分配原則，債務人本即應就其不可歸責事由之存在負舉證責任，否則將造成法律適用上的不公平。

#### 第四節 醫療侵權行為

我國大部分醫療過失損害賠償均以侵權行為為請求權基礎，而過失及因果關係為醫療侵權行為責任<sup>197</sup>成立之重要基礎。蓋過失及因果關係之認定乃兼具事實認定與規範評價，為具體個案審理中最難處理部分。因醫療行為本質上具有侵權性<sup>198</sup>。因此，於我國醫療訴訟實務上，病方多主張侵權責任<sup>199</sup>向醫方請求賠償，是以，當有損害發生，即有其歸屬的問題，爰醫療糾紛之歸責原則遂成為首要之問。而醫療機構及醫師關於醫療侵權責任之歸責原則，亦涉及醫療事故發生之損害，究竟應於何種條件下，由被害人承擔轉嫁予醫院或醫師承擔，使其負賠償責任<sup>200</sup>。關於侵權行為法上

<sup>196</sup> 參閱詹森林，「德國醫療過失舉證責任之研究」，朱柏松等著，醫療過失舉證責任之比較，元照出版有限公司，初版一刷，2008年5月，50-69頁；吳從周，「醫療過失舉證責任的實務新發展：醫病鬥『法』第二回合—簡評最高法院九六年台上字第二七三八號判決」，台灣法學雜誌，第109期，2008年8月，265-266頁。

<sup>197</sup> 王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009年7月，78頁謂：「侵權責任，指加害人應對其侵權行為應負損害賠償的義務，關於損害賠償的方法及內容，民法第二一三條以下設有一般規定。針對侵權行為，民法第一九二條以下設有特別規定。」

<sup>198</sup> 參閱吳志正，「解讀醫病關係 I—醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006年9月，67頁謂：「醫療行為本身對病患的精神或肉體必然或多或少造成侵害與危險，此謂醫療行為之『侵權性』。」

<sup>199</sup> 探究其原因，除侵權責任具有與刑事責任類似之目的外，尚具有懲罰及制裁之性質，因此，病方面對醫療糾紛之因應方式，以提起刑事訴訟為首要，再附帶提起民事訴訟而主張侵權責任，希冀藉由檢察官強大的偵查力量，而得以減輕病患之舉證責任。參閱邱琦，「醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付」，月旦法學雜誌，第164期，2009年1月，38頁。

<sup>200</sup> 參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009年7月，11頁謂：「任何國家的侵權行為法皆面臨一個基本問題：因權益受侵害而生的損害究應由被害人承擔，抑或使加害人負損害賠償責任？關於此點，各國法律多採相同原則，即被害人須自己承擔所生的損害，僅於有特殊理由時，始得向加害人

的歸責原則，首先應提出的是過失責任。

基於長期以來，我國關於醫療事故賠償責任之爭執，醫方應負擔過失或無過失責任等爭論不休，雖然期間曾有醫療糾紛應適用消保法之無過失責任並衍生出醫療法第 82 條之修訂、民法第 191 條之 3 之危險責任之適用，其後亦發展出醫療法律是否屬於民法第 184 條第 2 項「保護他人之法律」。惟以我國醫療損害賠償審判實務而言，醫療過失不易成立亦是不爭之事實，如何使被害人的損害能獲得實質、完整、迅速的填補，而發揮侵權行為填補損害公平正義的理念，頗值吾人進一步探討。

## 第一項 侵權行為法概述

### 第一款 侵權行為的意義及成立要件

民法第 184 條第 1 項前段規定：「因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」旨在宣示過失責任原則，至其成立要件，通說認為須具備者有六：（一）須有加害行為；（二）行為須不法；（三）須侵害他人之權利；（四）須致生損害；（五）須有責任能力；（六）須有故意或過失。此等要件在結構上可歸納為「構成要件該當性」、「違法性」及「有責性」，是為侵權行為的三層結構。<sup>201</sup>

### 第二款 侵權行為的類型

#### 第一目 民法上的侵權行為

我國民法侵權行為的規定，學說上向來分為「一般侵權行為」及「特殊侵權行為」二種類型。前者指民法第 184 條規定而言。後者於民法上則指同法第 185 條以下至第 191 條之 3 等侵權行為，以及散見於民法其他各編之侵權行為規定等<sup>202</sup>。

所謂「一般侵權行為」，主要係指民法第 184 條的規定而言。依其條文構成要件之不同，可將其類型化為：一、故意或過失，不法侵害他人之權利（第 184 條第 1 項前段）；二、故意以背於善良風俗之方法加損害於他人（第

---

請求損害賠償。所謂特殊理由指應將損害歸由加害人承擔，使其負賠償責任的事由，學說上稱之為損害歸責事由或歸責原則。」

<sup>201</sup> 參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法律學院福利社，2009 年 7 月，105 頁。

<sup>202</sup> 如民法第 28 條、第 149 條、第 150 條等。

184 條第 1 項後段)；三、違反保護他人之法律 (第 184 條第 2 項)。

在「特殊侵權行為」，主要係指第 185 條的共同侵權行為責任，第 186 條規定的公務員之侵權行為責任，第 187 條法定代理人之責任，第 188 條僱用人之責任，第 189 條定作人之責任，第 190 條動物之占有人責任，第 191 條工作物所有人之責任，第 191 條之 1 商品製造人責任，第 191 條之 2 的動力車輛駕駛人責任及第 191 條之 3 的危險製造人責任。

## 第二目 特別法上的侵權行為

於特別法上關於侵權行為之規定尚屬不少，主要如消費者保護法第 7 條<sup>203</sup>。在法律適用關係上依「特別法優先於普通法原則」，即於特別法有規定時，應先適用該特別法之規定，其無規定時，則依民法規定。

### 第三款 侵權行為過失的概念

侵權行為的成立，除構成要件、違法性外，就民法第 184 條第 1 項前段言，尚須侵害行為係出於故意或過失，此屬主觀的歸責。本文係以過失責任為重心，暫不討論故意之情況。

#### 第一目 過失的意義

關於過失，民法上並無明文規定，學者有認為應依刑法第 14 條規定，而將侵權行為上的過失解釋為：行為人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意者，或對於構成侵權行為之事實，雖預見其能發生，而確信其不發生者，易言之，過失者乃殆於注意之一種心理狀態<sup>204</sup>。過失，因其欠缺注意程度之標準可分為抽象輕過失、具體輕過失及重大過失三種<sup>205</sup>。應盡善良管理人之注意而欠缺者為抽象輕過失；應與處理自己事務為同一注意而欠缺者為具體輕過失；顯然欠缺普通人之注意，如稍加注意，即得避免損害之情形者為重大過失。是以有無抽象輕過失係以是否欠缺應盡善良管理人之注意定之；有無具體輕過失係以是否欠缺應與處理自己事務為同一之注意定之；有

<sup>203</sup> 其它尚有民用航空法第 89 條、著作權法第 88 條、商標法第 61 條、核子損害賠償法第 11 條及公平交易法第 31 條等。

<sup>204</sup> 參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月，307 頁。

<sup>205</sup> 參照最高法院 96 年度台上字第 1649 號判決；95 年度台上字第 89 號（參見本院 42 年台上字第 865 號判例意旨）。

無重大過失係以是否顯然欠缺普通人之注意定之<sup>206</sup>。

## 第二目 判斷過失的成立標準

惟言過失，必先有作為之注意義務，而違反此作為義務後，始有過失可言。而過失應依何種標準加以認定？民法上之侵權行為，通說<sup>207</sup>及實務<sup>208</sup>均認為解釋上應以抽象輕過失為準，亦即行為人之注意義務，應以善良管理人的注意為準，若未盡此注意標準者，即認為有過失。例如（一）手術時將紗布遺留腹腔內或其他患處，顯未盡善良管理醫生的注意義務，應負醫療上過失責任<sup>209</sup>；（二）已知病人有骨折病史且屬骨質疏鬆症之高危險群，卻疏於查明疼痛原因及為相關檢測，即以一般方式及力道進行物理治療，致病患受骨折傷害顯然欠缺善良醫師之注意義務，應負醫療上之過失責任<sup>210</sup>。

## 第三目 過失概念的客觀化

何謂善良管理人之注意義務？學者王澤鑑教授在認定上，係將加害人具體的「現實行為」與同一情況下善良管理人的「當為行為」作比較，倘具體行為人的行為低於善良管理人的注意標準時，即屬有過失<sup>211</sup>。另依最高法院42年台上字第865號判例意旨，所謂「善良管理人之注意」謂依交易上一般觀念，認為有相當之知識經驗及誠意之人，應盡之注意。換言之，應視行為當時，當地之交易上一般觀念為準，依社會上認為有相當知識經驗及誠意之人具有之注意能力為判斷依據<sup>212</sup>。似亦採此見解。此亦所謂善良管理人的注

<sup>206</sup> 參閱孫森焱，「民法債篇總論（上）」，修訂版，三民書局，2008年8月，123頁；林誠二，「民法債編總論（上）」，初版，瑞興圖書股份有限公司，2000年9月，241頁。

<sup>207</sup> 史上寬，「債法總論」，台北五刷，1978年9月，第112頁；林誠二，「民法債編總論（上）」，初版，瑞興圖書股份有限公司，2000年9月，241頁；孫森焱，「民法債篇總論（上）」，修訂版，三民書局，2008年8月，第239-240頁；鄭玉波，「民法債篇總論」，二版二刷，三民書局，2004年10月，第183頁；黃立，「民法債篇總論」，修正三版一刷，元照出版有限公司，2006年11月，263頁。

<sup>208</sup> 參照最高法院19年上字第2746號判例所示：「因過失不法侵害他人之權利者，固應負損害賠償責任，但過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意為斷者，苟非怠於此種注意，即不得謂之有過失。」；同院90年度台上字第749號判決：「按過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任，民法第一百八十四條第一項前段有明文。過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意為斷。」及97年度台上字第2090號判決：「侵權行為所發生之損害賠償請求權，以有故意或過失不法侵害他人權利為其成立要件，若其行為並無故意或過失，即無賠償之可言。再過失之有無，應以是否怠於善良管理人之注意為斷，苟非怠於此種注意，即不得謂之有過失。」

<sup>209</sup> 最高法院96年度台上字第692號判決，最高法院民刑事裁判專輯（有關醫療糾紛之裁判），85頁。

<sup>210</sup> 最高法院97年度台上字第1000號民事判決參照。

<sup>211</sup> 參閱其著「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009年7月，308-309頁。

<sup>212</sup> 參閱孫森焱，「侵權行為行為人之注意義務」，裁判時報，第1期，2010年2月，48頁。如以醫師應盡之善良管理人注意義務而言，台大醫院醫師應盡善良管理人之注意義務，與在離島開業之醫師注意能力相較，衡諸醫院設備、學識經驗及研究環境，實難相提並論。故所謂過失之客觀化，係指同一社會環境下，

意，係一種客觀化或類型化的過失標準，即行為人應具其所屬職業（如醫生、建築師、律師、藥品製造者）、或某種社會活動的成員（如汽車駕駛人），通常所具有的智識能力而作認定。使得責任的產生不再強調行為人道德上之非難性，而是著重於社會活動應有的客觀規範標準，要求行為人之行為應符合客觀上社會的一般正當期待，具有規範性概念。故過失概念由向來內在注意義務的違反，轉為客觀損害迴避義務之違反<sup>213</sup>。在此觀點下，行為人若以善盡善良管理人之注意義務而防免損害之發生者，即為無過失<sup>214</sup>。

#### 第四目 過失的經濟分析

關於侵權行為法上過失之判斷標準，值得重視的是經濟分析的思考方式。美國著名法官漢德（Learned Hand）對過失的定義為：如果意外所造成之損失乘上意外發生的機率大於被告為避免意外所必須負擔的預防辦法成本，則被告有過失。此為一經濟測試，預防措施的負擔是為避免意外的成本，而損失乘上意外發生之機率是意外預期成本，此一成本可因預防措施而避免<sup>215</sup>。此一所謂「漢德公式」，經柏士納（Richard Posner）著書闡揚以後，不僅對過失標準產生重大影響，也成為侵權行為法的核心概念。學者王澤鑑教授認為「漢德公式」及對過失的經濟分析，具有啟發性。加害人活動的價值及防止危險的經濟因素，應作為認定過失的相關因素，自值贊同<sup>216</sup>。我國實務上亦有將此公式運用於醫療糾紛的法院判決<sup>217</sup>。

---

一般的誠實、勤勉而有相當經驗之人，所應具備的注意而言。

<sup>213</sup> 參閱江順雄，「醫療意外侵權責任歸責原則之探討與分析」，1994年國立成功大學法律學系碩士班碩士論文，21-22頁。

<sup>214</sup> 參閱蔡佩玲，「醫療糾紛中民事過失之認定－論醫療水準與醫療常規」，2007年國立政治大學法律學研究所碩士論文，25頁。

<sup>215</sup> 參閱蔡永祥，「醫療行為過失推定立法可行性之探討－兼論因果關係舉證責任分配」，2004年國立成功大學法律學研究所碩士論文，20頁。

<sup>216</sup> 參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009年7月，311-313頁；惟王教授亦指出，侵權行為法上的過失，不應使之等同純經濟上的方程式。綜合言之，過失的概念時具功利之性質，過失的認定亦應考量經濟因素，誠有必要，然侵權行為法的理念在維護個人自由並合理地分配損害，非僅為成本效益的微積分，不能使侵權行為法上的善良管理人成為冷血、精於計算的經濟人。

<sup>217</sup> Learned Hand 提出的注意義務標準，其中有一些參考因素，例如損害嚴重性多大、損害發生機率多高，以及被告避免損害的成本等。其運用於台灣醫療事故案例如台灣高等法院 95 年度醫上字第 14 號民事判決（食指切除案），本案醫師並未告知病人要轉院，反而違背病人意願而切除整隻食指。此時損害很大，但告知轉院的預防成本極小，故法院認為醫師要負責。另外是台北地方法院 89 年度重訴字第 919 號民事判決（胃癌延誤治療案），病人主張依照「胃腸學守則」，醫師做切片檢查應該作六至八片而非二片，故醫師有過失。但法院認為在個案中，因病人吐血且身體虛弱，故只作二片是合理的。這就是考量到實施該項檢查會造成的危險甚大，而免除醫師不作為之責任。

## 第四款 醫療過失認定標準

### 第一目 醫師之注意義務

過失標準之認定，已於前述，即必須善盡善良管理人的注意義務。而醫師一職，其性質乃屬於專門職業，對於專門職業人員之過失認定，「知識與技術」經常影響其察知危險存在，及避免損害發生的能力。知識與技術固然因人而異，但得因適當訓練與充足經驗而改善<sup>218</sup>。在過失採取客觀標準之觀念下，此種客觀的注意義務，就醫師而言，非指其個人主觀的注意能力，而是指醫師所負的注意義務的標準客觀化，亦即以一般醫師在處理醫療疾病時所須注意的義務<sup>219</sup>。從而醫師不得以只是年資尚淺<sup>220</sup>、受教育背景之不同及本身之學習能力，作為減免責任之事由。而是以一般行業上所須有的知識經驗為注意義務之標準<sup>221</sup>。

### 第二目 醫師醫療行為注意義務之態樣

雖然法律規範係以平均的注意義務基準來要求從事某生活事務的行為人；惟此種基準本身無法具體地以明示之法律加以規定，在醫療領域中，醫師醫療行為的施作，以醫療常規、實證醫學或醫療標準作業準則為一般醫師的客觀注意義務。

#### 一、醫療常規

亦有稱醫療習慣<sup>222</sup>、醫療慣性<sup>223</sup>。惟不論是常規、習慣、慣性等用語，在一般之醫療文獻上，均係指醫療團體中大多數成員所慣常使用之診療方式及程序。「醫療常規」之用語雖常見於行政院衛生署醫事審議委員會（下稱

<sup>218</sup> 參閱陳聰富，「醫療過失之判定標準」，台北醫法論壇（Ⅲ）實務判決評析，行政院衛生署、台北榮民總醫院主辦，2010年5月29日，166頁。

<sup>219</sup> 因醫療行為人大致有一般科及專科之分，其注意能力之標準亦應有所區別。換言之，一般科醫療行為人注意能力之標準，係以一般醫療行為人之平均水準決定之。如為專科醫療行為人（specialist），則以專科醫療行為人之平均水準（average state）為基準，不受醫療行為人主觀注意力之影響。參閱林洲富，「醫病關係與瑕疵醫療行為之舉證責任（下）」，司法周刊，第1415期，2008年11月，版2。

<sup>220</sup> 一般住院醫師，雖為職業新手，但仍應盡到與一般具有知識與經驗的主治醫師相同之注意標準。

<sup>221</sup> 參閱陳春山，「醫師病人醫療糾紛」，三版一刷，書泉出版社，2004年11月，132-133頁。

<sup>222</sup> 依美國學者的詮釋，為醫療符合傳統上同儕慣用及通常的療法。參閱李伯璋、曾平杉，「醫療紛爭—在臨床醫學與法律實務的探討」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2010年1月，75頁。

<sup>223</sup> 所謂「醫療慣性只是平均醫師，現階段所因襲下來的醫療措施行為」，參照最高裁判所昭和六十三年元月十九日，早產兒網膜症判決，法官伊藤正己之補充意見；轉引自朱柏松，「適用消保法論斷醫師之責任」，國立台灣大學法學論叢，第27卷第4期，1998年7月，59頁，註110。



「醫審會」)之鑑定意見書中，但其實質內涵定義並不明確<sup>224</sup>。而學者盧映潔、葛建成、高忠漢等著「論醫療行為之常規診療義務」一文，明確表示所謂醫療行為之常規診療義務之具體內涵，應以當時之醫療準則為斷<sup>225</sup>。

在我國醫療過失訴訟中，被告醫師經常以其醫療行為，符合醫療常規，而無過失，作為抗辯。法院判決，亦多依據衛生署醫審會或醫療機構之鑑定意見，認為醫療行為符合醫療常規者，被告醫師之行為即無過失可言。因此，依據醫療慣例之注意標準，醫師雖欠缺一般人通常應有之注意標準而具有過失時，只需其遵循醫師專業的實務運作，即無需負責。是以，在醫療慣例之標準下，醫療專業人員並非因其未盡注意而負責，而是因其未能符合醫學專業慣例而負責，此時被害人在醫療人員構成過失責任時，無法請求賠償。<sup>226</sup>

## 二、醫療準則

醫療準則是由醫師中的專家集體依據高度的專門知識，經過討論而形成，且於一定的期間之後，均會對各種準則依近期文獻報告的統合見解，進行修正，並藉由醫師繼續教育課程的安排，傳授給醫師，作為臨床實際應用的醫療實務執行規範。如心臟醫學會對於急性冠狀動脈心臟病、高血壓、高血脂及心臟衰竭，均建立醫療準則。我國學說上主張，鑑於醫師應盡到平均的注意義務，以醫療準則作為醫師的常規診療義務標準，應屬合理。<sup>227</sup>

## 三、醫療水準

有關醫療水準之定義，美國學者定義為：「醫學專業人士可接受的可行醫療行為<sup>228</sup>」。日本松倉教授則稱「現在作為一般普遍化，在醫療上現在加以實施的目標<sup>229</sup>」。實務見解：「醫療水準則是醫師注意義務的一個基準，它

<sup>224</sup> 參閱蔡佩玲，「醫療糾紛中民事過失之認定－論醫療水準與醫療常規」，2007年國立政治大學法律學研究所碩士論文，64頁。

<sup>225</sup> 參閱盧映潔、葛建成、高忠漢，「論醫療行為之常規診療義務」，台灣本土法學雜誌，第83期，2006年6月，102頁。

<sup>226</sup> 參閱陳聰富，「醫療過失之判定標準」，台北醫法論壇（Ⅲ）實務判決評析，行政院衛生署、台北榮民總醫院主辦，2010年5月29日，170頁。

<sup>227</sup> 參閱盧映潔、葛建成、高忠漢，「論醫療行為之常規診療義務」，台灣本土法學雜誌，第83期，2006年6月，102頁；參閱陳聰富，「醫療過失之判定標準」，台北醫法論壇（Ⅲ）實務判決評析，行政院衛生署、台北榮民總醫院主辦，2010年5月29日，176頁。

<sup>228</sup> 參閱李伯璋、曾平杉，「醫療紛爭－在臨床醫學與法律實務的探討」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2010年1月，75頁。

<sup>229</sup> 參閱朱柏松，「適用消保法論斷醫師之責任」，國立台灣大學法學論叢，第27卷第4期，1998年7月，59頁，註111。

是一種已具備專家相應能力之醫師，盡其研鑽義務、轉診義務、說明、勸告義務的一個前提標準<sup>230</sup>」<sup>231</sup>。而於德國實務見解為「醫師及其他醫療工作者，必須通曉進步之醫學，熟悉最新之治療方法，若因其存著安逸、固執或傲慢的心理，至對於新的醫學理論閉鎖無知時，為法所不許。<sup>232</sup>」我國實務則認為：「因醫療行為有其特殊性，自容許相當程度之風險，應以醫療當時臨床醫療實踐之醫療水準判斷是否違反注意義務<sup>233</sup>」。鑑於醫師、醫院因專業歷練、醫院等級及醫療資源有別，應以何種程度之專業水準來認定醫療過失？

### （一）當時當地之醫療水準

實務上以「醫療機構因醫療契約之訂立，負有以盡善良管理人之注意，自應依當時醫療水準，對病患履行診斷或治療之義務。故為其履行輔助人之醫師或其他醫療人員（即醫療團隊）於從事診療時，如未具當時醫療水準，或已具醫療水準而欠缺善良管理人之注意，因而誤診或未能為適當之治療，終致病患死亡或受傷者，醫療機構自應負債務不履行損害賠償責任<sup>234</sup>」。故鄉鎮地區或人力、物力配置、技術不足之醫療院所，有轉診義務，違反此義務致延誤患者就醫，擴大死傷者，仍難免應受損害賠償責任之論斷。

### （二）醫院分級與醫療水準

經查最高法院曾於 95 年度台上字第 3884 號、同院 97 年度台上字第 2346 號及高等法院台南高分院 96 年度醫上訴字第 946 號刑事判決說道：「……原則上醫學中心之醫療水準高於區域醫院，區域醫院又高於地區醫院，一般診所最後；專科醫師高於非專科醫師。尚不得一律以醫學中心之醫療水準資為判斷標準。參諸行政院衛生署所訂醫療糾紛鑑定作業要點第 16 條：醫事鑑定小組委員及初審醫師，對於鑑定案件，應就委託鑑定機關提供之相關卷

<sup>230</sup> 參照最高裁判所昭和 63 年 1 月 19 日，早產兒網膜症判決，法官伊藤正己之補充意見，轉引自朱柏松，「適用消保法論斷醫師之責任」，國立臺灣大學法學論叢，第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月，59 頁，註 110。

<sup>231</sup> 松倉教授並認為醫療水準應區分為「學問上之醫學水準」與「實踐上之醫學水準」。前者係指「研究水準之學界水準」，為「問題之全部內容或其核心之方向，受學界階層一致承認使為形成」，「於將來一般化之目標下，現實上重覆之基礎研究水準」；後者係指「包含經驗水準或技術水準之意義」為「現在作為一般普遍化醫療之現在實施目標」而醫療過失注意之程度，係以「醫療水準」為基準，而非「醫學水準」。參閱曾淑瑜，「醫療水準論之建立」，法令月刊，第 48 卷第 9 期，1997 年 9 月，32 頁。

<sup>232</sup> 德國帝國最高法院 1930 年 7 月 8 日判決，RG64S .263；轉引自曾淑瑜，「醫療過失與因果關係」，1997 年台灣大學法學博士論文。

<sup>233</sup> 參照最高法院 95 年度台上字第 3884 號刑事判決。

<sup>234</sup> 參照最高法院民事判決 94 年度台上字第 1605 號；同院 87 年度台上字第 1000 號；同院 97 年度台上字第 2735 號；同院 98 年度台上字第 2175 號；同院 99 年度台上字第 1064 號。

證資料，基於醫學知識與醫療常規，並衡酌當地醫療資源與醫療水準，提供公正、客觀之意見。」

### （三）專科醫師與非專科醫師

由於醫學技術及知識進步，專科醫師須不斷追求新知，而我國醫師法上，建立有專科醫師制度<sup>235</sup>，專科醫師的分科<sup>236</sup>及甄審，由衛生署頒布之辦法而實施。由於各類專科醫師甄審及延展之程序，專科醫師得以繼續其醫學上的新知，則對其臨床之注意義務水準，將隨醫學知識之進步而升高。醫師如遇有非其專長，如內科醫師遇有頭部外傷或外科之病患，若對病況不具足夠能力判斷時，則應請其他專科醫師會診診斷或建議病人轉診，以免耽誤病情<sup>237</sup>。

### 四、理性醫師注意標準<sup>238</sup>

基於前述醫療常規並非必然代表醫學上，醫師應有的注意標準，採取醫療常規之醫療標準，無疑降低醫師應有之注意義務，觀之英美法近來發展<sup>239</sup>則認為，醫療行為應以理性醫師的注意標準為基礎<sup>240</sup>。在判斷醫師行為是否

<sup>235</sup> 參照醫師法第7之1條第1項規定：「醫師經完成專科醫師訓練，並經中央主管機關甄審合格者，得請領專科醫師證書。」；第7之2條第1項規定：「非領有專科醫師證書者，不得使用專科醫師名稱。」

<sup>236</sup> 目前專科醫師分科依專科醫師分科及甄審辦法第3條：「醫師之專科分科如下：一、家庭醫學科。二、內科。三、外科。四、兒科。五、婦產科。六、骨科。七、神經外科。八、泌尿科。九、耳鼻喉科。十、眼科。十一、皮膚科。十二、神經科。十三、精神科。十四、復健科。十五、麻醉科。十六、放射診斷科。十七、放射腫瘤科。十八、解剖病理科。十九、臨床病理科。二十、核子醫學科。二十一、急診醫學科。二十二、職業醫學科。二十三、整形外科。」

<sup>237</sup> 參照陳春山，「醫師病人醫療糾紛」，三版一刷，書泉出版社，2004年11月，149-150頁；黃丁全，「醫事法」，初版，月旦出版社股份有限公司，1995年11月，311-312頁。

<sup>238</sup> 參閱陳聰富，「醫療過失之判定標準」，台北醫法論壇（Ⅲ）實務判決評析，行政院衛生署、台北榮民總醫院主辦，2010年5月29日，172-174頁。

<sup>239</sup> 關於注意義務於美國法及英國法的演變發展，參閱范君凱，「注意標準（Standard of care）在普通法的歷史發展及比較研究」，台灣法學，第153期，2010年6月，63-68頁之論述。

<sup>240</sup> 近年來美國有些州不再以醫師是否符合醫療慣例，作為判斷過失與否的標準，而是改採理性人之注意標準。最有名的案例是 *Helling v. Carey* 案，本案原告病患多年前檢查眼睛沒事，但九年後看同一個醫生時，卻發現罹患青光眼，而且患病症狀在十年前就可發現。原告病人質疑當初醫師為何不做眼壓等青光眼檢查。醫師抗辯，原告當時年紀尚輕，不符合四十歲才做青光眼檢查的醫療慣例。本案法院不接受被告醫師的抗辯，法院認為雖然年輕人得到青光眼機率很低，但得到後會失明，此損害極大；再加上青光眼檢查，只須做簡單眼壓測試即可。故即使有前述醫療常規存在，法院仍認為眼科醫師對任何年齡的病患，都應該做青光眼測試，因而判決醫師有過失。學者陳聰富謂：「本案指出兩個重點：一、醫療常規不是作為醫師是否具有醫療過失的判斷標準；二、過失的判斷必須看危險發生的機率、損害的嚴重性，以及防止損害的成本有多高。」另外，在英國的 *Hucks v. Cole* 案子，對於產後熱病症，被告施以相對便宜的四環素(tetracycline)治療，而非施以較佳抗生素的盤尼西林治療。本案中法官也是參考前述二之三個因素，而認為醫師不能僅因符合醫療常規而規避責任。參閱黃立等，「醫療法制論文研討會—法律學院邁向頂尖大學計畫活動」，台灣大學法律學院科際整合法律研究所主辦，陳聰富學者之發言，月旦民商法雜誌，第20期，2008年6月，174-175頁。

具有過失，必須考量系爭醫療方法的安全性、使用系爭診斷或治療方法的代價、使用系爭醫療行為對病人可能獲得的利益，及系爭醫療行為可能引起之危險。如此，醫師不再享有醫療專門職業人員的特權，此與一般侵權行為法在其他領域，包括專業領域（如工程師的注意義務），所適用之注意標準相同。

### 第三目 麻醉醫師<sup>241</sup>應負之注意義務

外科手術成功與否，與麻醉品質息息相關，因為手術病患除了外科疾病外，還可能合併其他內科疾病，如高血壓、心臟病、糖尿病及肝、腎功能不良等，當專心於手術進行之外科醫師無暇顧及這些內科疾病時，就必須靠麻醉醫師的處理，故麻醉醫師必須具備全面的醫學知識。除此之外，麻醉醫師還必須應付外科手術進行中隨時可能發生的異常狀況，如手術本身所造成的生理變化（如麻藥副作用）。據此而論，外科醫師與麻醉醫師基本上在手術過程是分工的，麻醉醫師於外科醫師中具獨立性，不論是外科醫師或麻醉醫師，均為專科醫師，各有其專業性（Speciality），於外科手術中，同負協力完成之義務，對於手術之成敗，均不能疏於其應負之注意事項。爰自應就其各自領域內，對其違反注意義務分別負其責任<sup>242</sup>。因此，麻醉科醫師有在術前詢問病人病史、親自診斷病人麻醉方式、針劑與劑量以及特別注意病人術後有麻醉回復狀況之義務<sup>243</sup>。

### 第五款 因果關係之理論與判斷

病患對醫師的醫療過失行為，不僅要證明醫師有過失行為，亦須證明其所受的損害與醫療過失之間有所謂因果關係存在。同時無論就民事損害賠償責任，或是刑事上業務過失致人於死罪刑事責任的認定，亦皆以結果與其行為有因果關係為前題要素。因此，因果關係的確定，在醫療過失的法律責任

<sup>241</sup> 嚴格地說，在麻醉專業當中，並沒有所謂麻醉師；「麻醉專科醫師」如同一般內、外、婦、兒科專科醫師，其係依據行政院衛生署訂定之「麻醉科專科醫師甄審原則」須通過麻醉住院醫師訓練並通過專科醫師考試，才能執行麻醉醫療業務；而麻醉護士則是協助麻醉醫師提供手術病患的麻醉照護，是不能單獨執行麻醉。

<sup>242</sup> 參照黃丁全，「醫事法」，初版，月旦出版社股份有限公司，1995年11月，411-412頁，作者並詳列麻醉醫師於手術過程中應負之注意責任。

<sup>243</sup> 參閱周笑華，「麻醉醫師在外科手術中扮演的角色」，高醫醫訊第8卷第9期，1989年2月，18頁；引自黃丁全，「醫事法」，初版，月旦出版社股份有限公司，1995年11月，412頁，註5。

上即扮演著非常重要的決定因素，爰有必要對醫療糾紛之因果關係作一認識。

## 第一目 概述

在民法上，以構成要件為前提而以法律效果為結果所設計的法條基礎結構，在因果關係的規劃方面，將損害賠償責任上之因果關係，區分為責任成立成立的因果關係與責任範圍的因果關係二者，此為德國法上的通說<sup>244</sup>。前者係指可歸責的行為（保護他人法律之違反）與權利受侵害之間具有因果關係；後者乃指「權利受侵害」與「損害」之間的因果關係。因此，因果關係於侵權行為法上的功能有二，即分別決定侵權行為是否成立及判斷損害賠償之範圍<sup>245</sup>。

## 第二目 我國通說與實務對因果關係的判斷

我國學說及實務上對於侵權行為法上之因果關係，通說係採「相當因果關係說」。依據最高法院 23 年上字第 107 號判例謂：「甲之行為與乙之死亡間，縱有如無甲之行為，乙即不致死亡之關係，而此種行為，按諸一般情形，不適於發生該項結果者，即無相當因果關係，自不得謂乙係被甲侵害致死。」<sup>246</sup>學說亦採此見解，王伯琦氏謂：「無此行為，雖必不生此損害，有此行為，通常即足生此種損害者，是為有因果關係。無此行為，必不生此種損害，有此行為，通常亦不生此種損害者，即無因果關係<sup>247</sup>。」學者王澤鑑教授則明確指出，相當因果關係是由「條件關係」及「相當性」所構成，在適用時應區別二個階段：第一階段審究條件上的因果關係；如為肯定，再於第二階段認定其條件的相當性。英美侵權行為法即採此二階段思考方法，分別稱為事實上因果關係及法律上原因，前者以“but-for”（若無，則不）作為判斷標準；後者以direct（直接）、proximate（接近、密切，近因）或

<sup>244</sup> 參閱王千維，「侵權行為：第一講—責任成立的因果關係」，月旦法學教室，第 23 期，2004 年 9 月，41 頁；王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月，232-233 頁。

<sup>245</sup> 參閱林誠二，「民法債編總論（上）」，初版，瑞興圖書股份有限公司，2000 年 9 月，246 頁。

<sup>246</sup> 參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月，236 頁；陳聰富，「因果關係與損害賠償」，初版二刷，元照出版有限公司，2007 年 1 月，17 頁；林誠二，「民法債編總論（上）」，初版，瑞興圖書股份有限公司，2000 年 9 月，245-246 頁。

<sup>247</sup> 參閱王伯琦，「民法債編總論」，77 頁；轉引自王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月，236 頁。實務見解有最高法院 48 年台上 481 判例、80 年台上字第 1773 號判決及 84 年台上字 2170 號判決。

foreseeable (可得預見) 作為判斷標準<sup>248</sup>。此外，學者黃立謂：「相當因果關係說 (die Adaquanztheorie) 須先以條件說為基礎，判斷此一原因是否為結果發生之必要條件 (conditio sine qua non)。然後再以下列程式限制：特定情況對於結果之發生，依其一般性質本無關係，卻由於非尋常之情況，而成為結果之條件時，原則上不認為有因果關係<sup>249</sup>。」

綜合言之，相當因果關係由兩個階段的判斷所構成，亦即先通過條件關係之檢驗，確認原因與結果間具備事實上的因果關係之後，再透過法律政策上的檢討，基於公平正義及當時社會之需求等，確認行為人之賠償責任範圍<sup>250</sup>。

### 第三目 事實面之因果關係與法律面之因果關係

責任成立的因果關係可分別自事實面及法律面的觀點來論述，前者即稱為「事實面之因果關係」，而後者則稱為「法律面之因果關係」<sup>251</sup>。鑑於實務上醫療事故案件涉及之問題，均屬責任成立之因果關係的議題，因而本文擬就「事實面之因果關係」及「法律面之因果關係」之判斷分述之。

#### 一、 事實面之因果關係<sup>252</sup>

所謂事實面因果關係，係指事實上因果律之判斷的問題，亦即加害人之侵害行為，對於損害之發生，是否具有事實上的原因力。在此判斷層次，不論損害之發生是否還有其他原因力，只要加害人之行為造成了實際上的損害，即可認定行為與損害之間具有事實面的因果關係。在事實面因果關係的認定上，係採用條件理論作為判斷基準。而判斷行為與權利受侵害之間有無因果關係，則是依據「經驗法則」，以認定該行為是否為造成此項損害的條件之一。

<sup>248</sup> 參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009年7月，236-237頁。

<sup>249</sup> 參閱黃立，「民法債篇總論」，修正三版一刷，元照出版有限公司，2006年11月，284頁。

<sup>250</sup> 參閱李小芬，「醫療民事責任因果關係之研究」，2008年國立台灣大學法律學研究所碩士論文，18頁。

<sup>251</sup> 參閱王千維，「侵權行為：第一講—責任成立的因果關係」，月旦法學教室，第23期，2004年9月，41頁；王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009年7月，41-42頁。

<sup>252</sup> 參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009年7月，237-238頁；陳聰富，「因果關係與損害賠償」，初版第2刷，元照出版有限公司，2007年1月，182-183頁；陳聰富，「醫療事故之因果關係—最高法院96年度台上字第2032號民事判決評析」，法令月刊，第60卷第10期，2009年10月，35頁；王千維，「侵權行為：第一講—責任成立的因果關係」，月旦法學教室，第23期，2004年9月，41-43頁；郭仙和，「侵權行為法上因果關係之研究—以我國實務案例為中心」，2007年國立中正大學法律學研究所碩士論文，72-79頁。

## (一) 條件理論

如前所述我國學說及實務所稱之「無此行為，必不生此種損害」，即指行為與損害之間所具備的條件關係；亦即行為係損害所「不可想像其不存在之條件」。其判斷基準與英美法所採之必要條件說的「若無，則不」(but for rule)之法則相同，亦即「若無被告之行為（作為或不作為<sup>253</sup>），則損害將不會發生，該行為始為損害之原因。反之，若無被告之行為，損害仍會發生，則被告之行為非損害之原因」。據此，某種行為必須為某項損害結果發生之不可欠缺的條件，始與損害之間具有事實面因果關係。

## (二) 經驗法則<sup>254</sup>

在法律實務方面，運用經驗法則於因果關係的判斷上，例如最高法院 76 年度台上字第 158 號判決謂：「侵權行為之債，固須損害之發生與侵權行為間有相當因果關係始能成立，惟所謂相當因果關係，係以行為人之行為所造成的客觀存在事實，為觀察的基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，該行為人之行為與損害間，即有因果關係。」此處「吾人智識經驗」，即指經驗法則而言。

## 二、 法律面之因果關係<sup>255</sup>

法律面之因果關係重點在於法律政策或目的性之考量，責任成立與否，與因果律無關。依法律政策目的或社會公平正義原則，若有限制加害人責任成立之必要時，加害人仍不須為其侵權行為負責。其判斷標準，我國係採用「相當因果關係說」，英美法採取「預見可能性說」，德國舊說採「相當因果關係說」晚近則流行「法規目的說」。

### (一) 合理可預見說

<sup>253</sup> 學者孫森焱謂：「不作為亦有因果關係，倘若有所作為即得防止結果之發生者，因其不作為乃致發生損害，則不作為與損害之間有因果關係」參閱氏著「民法債篇總論（上）」，修訂版，三民書局，2008 年 8 月，233 頁；實務見解有最高法院 90 年度台上字第 1682 號民事判決（節錄）謂：「按侵權行為損害賠償責任規範之目的乃在防範危險，凡因自己之行為致有發生一定損害之危險時，即負有防範危險發生之義務。如因防範危險之發生，依當時情況，應有所作為，即得防止危險之發生者，則因其不作為，致他人之權利受損害，其不作為與損害之間即有因果關係，應負不作為侵權損害賠償責任。」

<sup>254</sup> 參閱郭仙和，「侵權行為法上因果關係之研究—以我國實務案例為中心」，2007 年國立中正大學法律學研究所碩士論文，第 76-77 頁。

<sup>255</sup> 參閱郭仙和，「侵權行為法上因果關係之研究—以我國實務案例為中心」，2007 年國立中正大學法律學研究所碩士論文，第 72、79-80 頁。

英美法關於法律上原因之判斷，採取所謂合理可預見說（reasonable foreseeability）。關於可預見結果之判斷，是以損害發生是否為被告行為所造成之危險範圍內，以及該損害是否為被告行為合理可預見之結果為基礎。依據合理可預見說，被告僅就可預見之損害結果，且就該損害結果可預期發生之原告，負賠償責任<sup>256</sup>。

值得提出特別討論的是，英美法為符合法律正義的要求，對於合理可預見說採取例外之見解，即關於不可預見之損害結果案例，雖然被害人之損害超越加害人合理可預見之範圍，特別是醫療事故中，病患因特殊體質導致傷亡，得否作為被告免除責任之理由？法院通說認為被害人之特殊體質，縱非加害人可得預見，依據英美法之「蛋殼頭蓋骨理論」<sup>257</sup>（the egg-shell skull rule），被告仍應負損害賠償責任<sup>258</sup>，不影響法律上因果關係之成立。惟特殊體質之人，對於此種危險，未為必要的防範時，應認為其對損害的發生與有過失，而有民法第 217 條的適用，減輕加害人之賠償責任<sup>259</sup>。

我國在判斷侵權行為人是否應負損害賠償責任時，只須可預見其損害發生即可，不須預見其損害嚴重之程度，即符合侵權行為人應負損害賠償責任的要件之一。而「蛋殼頭蓋骨理論」是無論原告如何脆弱，被告因過失行為引起之損害，即便非一般人可以預期，被告仍須負擔損害賠償責任。管見以為，雖然為了限制加害人的賠償責任範圍不可預期的無限擴張，侵權行為人須以加害時被害人之情況負責，即以合理可預見說決定被告過失責任。但「蛋殼頭蓋骨理論」旨在保護被害人，避免因相當因果關係之闕漏，無法主張其權利。上述二說，均有其見解獨到之處，因而在決定法律上因果關係時，價值判斷扮演重要角色，應就具體個案，綜合一切情狀，個別予以審酌判斷才

<sup>256</sup> 參閱陳聰富，「因果關係與損害賠償」，初版二刷，元照出版有限公司，2007 年 1 月，第 100、103、142 頁。

<sup>257</sup> 依據此項理論，無論原告如何脆弱，被告因過失行為引起之損害，即便非一般人可以預期，被告仍須負擔損害賠償責任。參閱陳聰富，「因果關係與損害賠償」，初版二刷，元照出版有限公司，2007 年 1 月，103 頁，註 266。

<sup>258</sup> 被害人的特殊體質對因果關係的成立不生影響，加害人不得主張被害人患有嚴重心臟病、血友病、藥物過敏、如蛋殼般的頭蓋骨，而不負侵權責任。此為比較法上的共通見解；惟我國實務上迄未見其例，但亦應採之。參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月，第 229、254-255 頁及 254 頁註 2；陳聰富，「醫療事故之因果關係－最高法院 96 年度台上字第 2032 號民事判決評析」，法令月刊，第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月，55 頁。在我國關於特異體質最著名的案例是維他命休克過敏致死案例，參閱最高法院 95 年度台上字第 1226 號、94 年度台上字第 936 號及 92 年度台上字第 1453 號民事判決，但其主要是在過失層次探討醫師之責任。

<sup>259</sup> 參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月，255 頁；陳聰富，「醫療事故之因果關係－最高法院 96 年度台上字第 2032 號民事判決評析」，法令月刊，第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月，56 頁。



是。

## (二) 相當因果關係說

「相當」一詞，係指自然意義的「通常」及「可能」<sup>260</sup>。而「相當性」係以「通常足生此種損害」為判斷基準<sup>261</sup>；關於判斷通常性所應考察的範圍，有採主觀說，以行為當時所認識之事實為基礎；有採客觀說，以行為時所存在之一切事實及行為後一般人預見可能之事實為基礎；有採折衷說，以行為當時一般人有認識之事實及行為人特別認識之事實為基礎<sup>262</sup>。於我國實務上，係採取客觀的相當條件說<sup>263</sup>。

## (三) 法規目的說

強調侵權行為所生損害賠償責任應探究侵權行為法規之目的而為決定，尤其探討其意旨究在保護何種利益。因此本說所著重的是依法條規定之目的，將不尋常之必要條件加以剔除，而非以數學上或然率之計算，剔除不尋常之必要條件<sup>264</sup>。惟法規目的說與相當因果關係說的適用關係為何？則尚有爭論。現今多數學者認為二者可以並存，亦即探究行為人應否對損害結果負責時，首先須認定行為與損害之間有無相當因果關係，其次再判斷課以行為人損害賠償責任，是否符合法規保護目的，易言之，即損害之發生縱成立相當因果關係，但係在法規保護目的之外者，被害人仍不得請求損害賠償<sup>265</sup>。我國民法第 184 條第 2 項關於違反保護他人法律的情形，即屬法規目的說之相關規範。

<sup>260</sup> 參閱黃立，「重新檢討民法的因果關係理論—台北地院八十八年重訴字第一一二二號判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第 28 期，2001 年 11 月，61 頁。

<sup>261</sup> 參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月；郭仙和，「侵權行為法上因果關係之研究—以我國實務案例為中心」，2007 年國立中正大學法律學研究所碩士論文，第 72、81-82 頁。

<sup>262</sup> 參閱史尚寬，「債法總論」，台北五刷，1978 年 9 月，161-162 頁。

<sup>263</sup> 相關裁判有最高法院 76 年度台上字第 158 號判決、最高法院 82 年度台上字第 2161 號判決謂：「所謂相當因果關係，係以行為人之行為所造成的客觀存在事實，為觀察的基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，該行為人之行為與損害間，即有因果關係。」及最高法院 94 年度台上字第 940 號判決謂：「所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係。」就以上判決觀之，可看出最高法院係採客觀說。

<sup>264</sup> 參閱黃立，「民法債篇總論」，修正三版一刷，元照出版有限公司，2006 年 11 月，285-286 頁。

<sup>265</sup> 德國聯邦法院亦採此見解。參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月，268 頁。

## 第四目 醫療因果關係認定之相關學說

### 一、比例因果關係說

#### (一) 全有或全無原則之意義

在醫療事故中，由於醫療行為與人體的複雜性，經常發生某種損害結果究竟是因某特定原因所導致，或是由多數原因所共同造成，並不容易判定。例如：臺灣士林地方法院 86 年訴字 311 號民事判決中關於原告眼球萎縮是因為急性術後眼球眼內炎，但是該眼內炎發生的原因可能有：(1) 傷口組織自發原因；(2) 手術中使用之醫療設備；(3) 病人衛生習慣不好；(4) 病人有糖尿病史或免疫功能不良；(5) 醫護人員污染。則醫護人員與病患自己造成眼內炎之可能性各自均為五分之二，在無法確認何者為眼內炎之真正原因時，若病患想要證明醫師有過失，其證明程度，依據美國舉證責任之優勢證據原則，必須達到可合理推知被告加害事實確屬存在之程度，美國法稱之為「more likely than not」，英國法稱為「preponderance of evidence」而該程度若以百分比表示，則要求至少應有高於百分之五十的可能性，即當原告能證明因果關係存在之可能性大於不存在之可能性時，才能獲得賠償<sup>266</sup>。從而，當原告能夠成功舉證因果關係存在時，被告應就原告之損害負全部賠償責任，若舉證失敗，則原告必須承擔所有損害結果，亦即對於因果關係之認定，是採取全有或全無 (All or Nothing Rule) 之判斷<sup>267</sup>。

#### (二) 原則之批評

在醫療事故案件中，若造成損害之可能原因為複數，且無法確定何者是損害的真正原因時，若仍堅持採取傳統因果關係全有或全無原則，是否符合公平正義，不無疑問。按傳統「全有或全無」因果理論，係以證據證明因果

<sup>266</sup> Joseph. H. King, *The Law of Medical Malpractice in a Nutshell*, 192-194, West Publishing (1977).轉引自李小芬，「醫療民事責任因果關係之研究」，2008 年國立台灣大學法律學研究所碩士論文，73 頁，註 181。

<sup>267</sup> 此不單純是英美法侵權行為法上之原則，即使是在大陸法系的德國、日本或我國，在適用條件理論進行事實上因果關係存否之判斷時，所得之結論也只能是「P 為 Q 之原因」，而不會有「P 可能是 Q 之原因」的結果產生。這是因為不論一般民事責任或醫療民事責任，其歸責基礎均包括因果關係之存在，如果被告之行為是原因損害之原因，才可能課與其損害賠償責任；如果被告之行為不是原告損害之原因，當然沒有賠償責任之問題。因此，以因果關係為責任成立的要件之一來探討原告能否求償時，自然不是全有，就是全無。參閱李小芬，「醫療民事責任因果關係之研究」，2008 年國立台灣大學法律學研究所碩士論文，73 頁。

關係之事實存在，而非因果關係之可能性，基於醫療糾紛事實之不確定性，顯有無法滿足百分之五十該程度的高可能性，爰學說上開始有主張以比例認定因果關係之聲音出現。

### （三）比例因果關係之理論與應用

採取比例因果關係說者為John Makdisi教授。氏認為比例因果關係僅就因果關係的可能性比例，加以證明，而無須證明因果關係確屬存在。從而法院依據證據所需判斷者，並非因果關係「是否存在」，而是因果關係存在的「可能性如何」。依據此項理論，因果關係應依據被告行為發生損害的可能性認定，不再適用傳統的「全有或全無」原則，僅依據因果關係可能性之比例，判斷因果關係，並相應於該比例，設計被告應賠償之數額。此外，David Pricer教授主張，依據此項理論，在對於原因與結果之知識欠缺精確瞭解時，若被告行為經證明確已增加損害之危險時，因果關係不確定之責任則應歸由具有過失行為之被告負擔，以減輕原告的舉證責任<sup>268</sup>。

據此而論，在上開「術後眼內炎案」，若適用比例因果關係理論，認定因果關係是否存在，依可能性或貢獻度之比例，則法院得依醫事人員造成術後眼內炎之可能性比例，判決被告負擔40%的損害賠償。同時採取此理論，不再將當事人無法舉證之責任，全部歸由原告負擔，原告亦將更為容易獲得損害賠償<sup>269</sup>。

## 二、疫學因果關係理論

當一般侵權行為因果關係理論，在不符合條件關係即無事實上因果關係存在時，即無庸再討論有無相當性或法律上因果的問題，故在條件關係不明時，相當性因果關係在適用上即會發生困難。特別是在許多新興科技發生之損害事件，其發生之原因與損害結果之間，是否具有「抽象因果關係」，常因欠缺經驗法則或可供參考之實證或科學資料，致不能建構出抽象因果關係之存在，進而無法認定個案之因果關係是否存在，因此，日本法學界遂發展出以「疫學因果關係」作為民事因果關係認定之學說。

<sup>268</sup> 參閱陳聰富，「存活機會喪失」之損害賠償，收錄於「因果關係與損害賠償」，初版二刷，元照出版有限公司，2007年1月，229-231頁。

<sup>269</sup> 參閱陳聰富，「醫療事故之因果關係—最高法院96年度台上字第2032號民事判決評析」，法令月刊，第60卷第10期，2009年10月，49-52頁。

## (一) 審查基準

所謂疫學因果關係，係對人群健康狀態分布情形與其決定因素之研究。其用於判斷抽象因果關係是否存在，需符合下述之「疫學四條件」，亦即被害人倘能就此四要件予以舉證，即認定或推定個案因果關係成立，藉以緩和被害人就因果關係舉證之困難<sup>270</sup>：

條件一、損害結果出現前，可疑因子必須已先存在一定期間。

條件二、該可疑因子的作用程度愈顯著，損害結果的發生率就愈高。

條件三、若將該可疑因子除去後，損害結果的發生率就會降低，並且在不  
存在該因子的團體中，該損害結果的發生率極低微。

條件四、若認為損害結果是該因子所造成，從既存的科學角度觀察，並無  
不合理之處。

## (二) 疫學因果關係於醫療過失案件引用之可能性

有學者認為疫學因果關係應適用於損害必須大量、團體的發生及自然科學上或病理學上機轉不明且欠缺相類似的前經驗之事件，故原係用於證明公害因果關係之手段，之後並在專業性公害事件、高度科技性及藥害等合成化學物質之製造物責任案例中廣為利用。故疫學因果關係理論之應用時機，首需確定是否具有可供參酌之經驗法則或科學資料。若有，則無適用疫學因果關係之必要，只需藉由既存之經驗法則或科學資料，判斷個案因果關係是否存在；若無，始需藉由疫學因果關係建立抽象因果關係存在。

就一般醫療事故而言，因人體反應，或醫療事故之損害範圍，均具有不確定性，因而在醫療損害事故發生時，某種器官之損害是否為被告醫師之行為所致，經常難以辨明，而發生「不確定因果關係」之情形。此時可否適用疫學因果關係理論？多數論者認為，原則上應不適用疫學因果關係理論<sup>271</sup>，

<sup>270</sup> 參閱吳志正，「以疫學手法作為民事因果關係認定之檢討」，東吳法律學報，第 20 卷第 1 期，2008 年 7 月，215-216 頁。

<sup>271</sup> 係針對民事責任之認定；於實際案例之操作參見台灣高等法院 91 年度上更(二)字第 513 號刑事判決，就因果關係部份認為：「被害人張○強、周○森、周○生、徐○、黃○琇、吳○勳等六人，因在台北榮民總醫院，接續於在非洲奈及利亞感染瘧疾返國之病患李○風之後，使用同一套注射器材注射顯影劑，接受電腦斷層掃描檢查，致感染瘧疾，其中周○森、周○生、徐○、吳○勳等四人因而不治死亡，張○強、黃○琇因之影響身體健康一節，有被害人病歷表、死亡證明書在卷可憑；又查因我國內近三十餘年來為瘧疾絕跡地區，從未發現本土病例，台北榮民總醫院卻先後傳出周○森、周○生、徐○、吳○勳、張○強、黃○琇等人未出國但感染瘧疾之個案，案發後台北榮民總醫院為找出造成事故發生之原因，於八十四年十月三十日邀集國內專家學者深入研商檢討，其討論會會議紀錄之結論記載：『雖然無直接證據，但是根據流

其理由有二：(1) 醫療事故通常並非大量發生的集團現象<sup>272</sup>，是類案件具有個別性。每一案件都必須個別探究其發生原因，是故與統計方法是在分析大量數據資料有所不同；(2) 由於醫師之疏失而導致各種併發症的出現，醫界在醫學文獻中豐富的統計數據，多已有相類似之前經驗存在，足以闡明醫師疏失與併發症間之抽象因果關係，並作為具體個案判斷因果關係之根據；除非面對的是一種前所未知、機轉不明之新型傷害，否則，斷無適用疫學因果關係之餘地。<sup>273</sup>

### 三、機會喪失理論

#### (一) 美國法上之「存活機會喪失」理論

學說上肯認「機會喪失」本身可作為被害人之損害者首推美國法教授 Joseph King，氏為了解決醫療事故之被害人在其傳統優勢證據法則下，無從依「全有或全無 (all-or-nothing)」因果關係理論證明具體損害存在之困境，遂提出「機會喪失理論 (Loss-of-Chance Doctrine)」<sup>274</sup>。「機會喪失理論」至今為美國多數法院所肯認，依其見解，係指被告之醫療過失行為，結合既存條件（如癌症），而發生死亡之結果者，醫師對於其過失誤診行為而剝奪病患低於 50% 的存活率，仍應依該存活率的多寡，負擔損害賠償責任。此項理論具有如下特色<sup>275</sup>：(1) 肯定「存活機會喪失」本身單獨作為法律保護之法益；(2) 被害人業已罹患疾病，因被告之過失行為，致既存疾病

---

行病學資料顯示，可能是無法辨識血液回流污染顯影劑導致感染.....」由上開報告顯示，上開被害人之死亡係因使用自動注射系統不當，注射系統及顯影劑遭受污染，致隨後受檢病患得到瘡疾而導致死亡，足堪認定。」本案是發生了一集團現象「數人感染瘡疾並死亡」後，開始追查原因。專家學者於使用疫學手法調查後，認為係因無法辨識血液回流污染顯影劑導致感染。而法院即依照該調查結果認定未遵守一人一套原則，使注射系統顯影劑遭受污染，與隨後受檢病患得到瘡疾而死亡間有因果關係。資料來源：李小芬，「醫療民事責任因果關係之研究」，2008 年國立台灣大學法律學研究所碩士論文，69-70 頁。但亦有刑法學者持反對看法，認為當今疫學因果關係較不能被刑法領域接納為判斷因果關係的理由可能是，吾人對某事務的理解及掌握上不明朗，而且提出來做為統計的事實基礎量太低，如此尋得的機率關係就會降低，所以倘若要將認定因果關係的自然律標準降到過低，當然無法被刑法價值接受。參閱盧映潔、施宏明、劉士煒，「癌症與因果關係之探討」，台灣本土法學雜誌，第 83 期，2006 年 6 月，106-107 頁。

<sup>272</sup> 本文所謂之集團現象係指：有許多人發生和個案原告相同之情形。

<sup>273</sup> 參閱吳志正，「以疫學手法作為民事因果關係認定之檢討」，東吳法律學報，第 20 卷第 1 期，2008 年 7 月，218 頁；陳聰富，「醫療事故之因果關係－最高法院 96 年度台上字第 2032 號民事判決評析」，法令月刊，第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月，54 頁；李小芬，「醫療民事責任因果關係之研究」，2008 年國立台灣大學法律學研究所碩士論文，67-68 頁。

<sup>274</sup> Joseph King, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 YALE L. J. 1353, 1358-1360 (1981); 轉引自吳志正，「存活機會喪失－醫療損害之迷思」，月旦法學雜誌，第 150 期，2007 年 11 月，93 頁，註 9。

<sup>275</sup> 參閱陳聰富，「醫療事故之因果關係－最高法院 96 年度台上字第 2032 號民事判決評析」，法令月刊，第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月，41 頁。

惡；(3) 被害人最終發生死亡之結果；(4) 損害賠償範圍以被害人被剝奪之存活機率計算。因此，美國多數法院採取機會喪失理論時，均限最終結果已經發生，始得主張損害賠償；但亦有少數法院認為，原告對於醫師誤診、延誤治療，意味著將比適當治療提早死亡之損害，亦得請求賠償<sup>276</sup>。

## (二) 日本法之「相當程度可能性」理論

美國法上之「存活機會喪失」理論，對於單純醫療過失，在醫師因過失不法行為直接引發被害人損害時，因醫師獨立之不法行為即為患者死亡之直接原因，被告不得主張被害人之存活機會比例，而減輕賠償責任<sup>277</sup>。然而，日本法院則創設「相當程度可能性」理論，在一般醫療意外事故，認為「活命機率」係法律保護之法益，被告應予以賠償，在最高法院裁判所第二小法廷延平成 12 年 9 月 22 日之法院判決提出：「在醫師之醫療行為因過失而未符合當時醫療水準時，醫療行為與病患死亡間之因果關係雖無法證明，但假使醫師施行合乎醫療水準之醫療行為，患者在其死亡的時點上仍會有生存之相當程度可能性者<sup>278</sup>，醫師對病患應負侵權行為之損害賠償責任<sup>279</sup>。」該法院創設「生存可能性」為新的法律保護之法益，其觀察時點為病患死亡時，是否存在繼續生存的可能性。原告應證明之因果關係，係「醫師過失行為」與病患生存「相當程度可能性喪失」間之因果關係，而非救命之高度蓋然性。此項見解，並擴及於遲延轉診遺留後遺症之案件，認為不會遺留重大後遺症之「相當程度可能性」（即「避免後遺症之機率」），亦應予以保護<sup>280</sup>。從而，

<sup>276</sup> 參閱陳聰富，「存活機會喪失」之損害賠償，收錄於「因果關係與損害賠償」，初版二刷，元照出版有限公司，2007 年 1 月，243-244 頁。例如在 Deburkate v. Louvar 案，原告罹患乳癌，因醫師誤診使癌細胞擴散至腳部及脊椎。原告因而請求因該誤診導致的醫療費用、精神痛苦及生命縮短的損失賠償。被告抗辯原告無法舉證其誤診引發原告損害。愛荷華州最高法院採取 King 的見解，認為若非被告之不法行為，即無需面臨如此無法估價的機會喪失，因而允許機會喪失之賠償，應屬最為公平之方法。從而原告對於診斷延遲，意味著比適當治療將提早死亡之損害，得以請求賠償。

<sup>277</sup> 參閱參閱陳聰富，「存活機會喪失」之損害賠償，收錄於「因果關係與損害賠償」，初版二刷，元照出版有限公司，2007 年 1 月，243 頁。

<sup>278</sup> 該判決事實概要：「病患主訴上背部痛及心部痛，醫師臆診病患罹患急性胰臟炎及狹心症，對病患施打治療急性胰臟炎之藥物點滴，於注射中病患發生痙攣、心律不整、急性心肌梗塞而死亡。經調查，病患之心肌梗塞於醫師診察時已有相當惡化之情形，但醫師僅進行觸診及聽診，而未施行血壓、脈搏等測定及心電圖之檢查，且未針對狹心症投與藥物。」經查，本案醫師如對病患進行適切治療，固難認病患之高度蓋然性，但仍有救命之可能性（其活命率為 20% 以下）。日本最高法院依據鑑定意見所指出之「……雖然機率只有 20% 以下，但的確存有救命可能性」一事，進而肯認「相當程度可能性」的存在。參見李小芬，「醫療民事責任因果關係之研究」，2008 年國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，115-116、140 頁。

<sup>279</sup> 參閱陳聰富，「醫療事故之因果關係－最高法院 96 年度台上字第 2032 號民事判決評析」，法令月刊，第 60 卷第 10 期，2009 年 10 月，41-42 頁。氏謂由於生命本身即是極為重要的法益，維持自己生命的客觀可能性當然也是重要的保護法益，因此違法侵害該可能性會構成侵權行為。

<sup>280</sup> 參日最高裁第三小法廷平成 15 年 11 月 11 日判決。該判決於因果關係部分，日本最高法院認為，為病

日本法院已自「存活機會喪失」理論延伸為「治癒機會喪失」理論<sup>281</sup>。

### (三) 我國法上之「存活機會<sup>282</sup>喪失」理論

在美國法上之「存活機會喪失」理論，原告必須證明醫師之過失行為與被害人之「存活機會喪失間」具有因果關係，在此等案件仍適用傳統因果關係之全有或全無原則。易言之，若被告剝奪病患之存活機會為20%，原告需依一般優勢證據之舉證責任法則，證明被告之加害行為與病患喪失20%的存活機會之間具有因果關係。若原告舉證成功，被告即需就此20%的存活機會喪失，負賠償責任；反之，則否<sup>283</sup>。而日本法上之「相當程度可能性」理論與上述「存活機會喪失」理論，就因果關係之證明，採相同見解，即原告需證明者為醫師之過失行為與病患喪失其存活或避免後遺症之「相當程度可能性」間，具有因果關係。至於該因果關係之證明程度，日本多數學說認為，仍應遵循向來「生存之高度蓋然性」之程度要求<sup>284</sup>。

在我國，無論對一般醫療案件或存活機會喪失案件，就事實上因果關係而言，均採取必要條件說或充要條件說，且依據傳統因果關係全有或全無原則，原告必須舉證證明因果關係確屬存在。對此，有學者主張於判斷加害人之行為與被害人「死亡」間，是否具有因果關係時，或可採取「實質可能性說」或「比例因果關係說」，以從寬認定存活機會喪失之因果關係<sup>285</sup>，進而

---

患治療之醫師，因其過失而未盡將患者轉送至適切的醫療機構，即使無法證明其違反轉送義務的行為與病患殘留重度腦部損傷後遺症間有因果關係；惟如果適時轉送至適當醫療機構接受檢查及治療，病患仍有「相當程度可能性」不致產生該重大後遺症時，醫師就侵害該可能性即應負損害賠償責任。參閱李小芬，「醫療民事責任因果關係之研究」，2008年國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，119-120頁。平成15年判決認為「避免產生重大後遺症之可能性」，亦是人類最基本之利益，所以應予保護，而平成12年判決重視生命之重要性，保護的是「生存可能性」。

<sup>281</sup> 「治癒機會喪失」理論之法理基礎在於：「醫師負有義務，選擇最佳治癒疾病之方法與手段，並施行合於醫療水準之醫療行為。在醫師過失行為導致病患喪失回復健康之機會時，已非單純患者主觀願望之問題，而係客觀上違反病患之信賴，對於病患應為法律上之保護。」；另有關於其與「存活機會喪失」理論之同異，均請參閱陳聰富，「醫療事故之因果關係－最高法院96年度台上字第2032號民事判決評析」，法令月刊，第60卷第10期，2009年10月，43頁。

<sup>282</sup> 病患之「存活機會」一詞係源自醫學上之統計數值，原只是反映疾病惡化的可能性、或評估器官機能狀態的一種方式而已，前者與因果關係之判斷有關，而後者可作為損害計算之參考。參閱吳志正，「存活機會喪失－醫療損害之迷思」，月旦法學雜誌，第150期，2007年11月，90頁，摘要部分。

<sup>283</sup> 參閱陳聰富，「醫療事故之因果關係－最高法院96年度台上字第2032號民事判決評析」，法令月刊，第60卷第10期，2009年10月，48頁。

<sup>284</sup> 參閱李小芬，「醫療民事責任因果關係之研究」，2008年國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，139頁。

<sup>285</sup> 美國法對傳統優勢證據法則之緩和與修正，有「實質可能性說（Substantial Possibility Test）」，按：主張此說者認為，只需被告之行為確有發生被害人損害的實質可能性，縱使該可能性低於百分之五十，被告仍應對全部損害負賠償責任。換言之，原告對於因果關係之舉證程度，因此而降低。此說雖對優勢證據法則作有利於被害人舉證程度之修正，但基本上仍嚴守因果關係之「全有或全無」原則。直接對「全有或全無」原則之修正則有「比例因果關係說（Proportional Liability）」，主張被害人僅須舉證因果關係之可能性比例，

降低原告對於因果關係的舉證程度，對於被害人之保護較為周到<sup>286</sup>。至於何種情形得適用「存活機會喪失」理論，我國學者普遍認為僅在醫療過失行為結合既存條件導致被害人遭受損害的案件中，始能適用。同時，該理論不僅於病患最終發生死亡損害之情形，始有適用，亦即在最終損害發生前，倘若被害人能證明，因其存活機會喪失，引發特定之損害時（以存活機會喪失作為損害），被害人仍得請求損害賠償，始屬合理<sup>287</sup>。

## 第六款 請求權之競合

### 第一目 損害賠償請求權之競合

依醫療過失成立民事責任者，一般不外乎「侵權行為損害賠償請求權」及「債務不履行損害賠償請求權」。如病人送醫後，因醫師延遲治療，造成病人死亡；醫師手術時因麻醉劑量不足，造成病人痛苦不堪。因兩者之效果均在賠償損害<sup>288</sup>，倘兩者發生競合時，應如何適用法律？我國學說及實務說法不一，主要有法條競合說、請求權競合說（可再分為請求權自由競合說及請求權相互影響說）及請求權規範競合說三種<sup>289</sup>。惟無論就實體法或訴訟法之觀點而論，依現行法及目前實務而言，仍以請求權相互影響說較為可採<sup>290</sup>。換言之，就醫療糾紛而言，同時具備契約責任及侵權責任時，其所產生的兩個請求權得獨立併存，就此兩個請求權，債權人得擇一行使。

---

而無須證明因果關係確實存在，即可就該比例獲得損害賠償。參閱陳聰富，「存活機會喪失」之損害賠償，收錄於「因果關係與損害賠償」，初版二刷，元照出版有限公司，2007年1月，247-248頁；吳志正，「存活機會喪失—醫療損害之迷思」，月旦法學雜誌，第150期，2007年11月，94頁，註10。

<sup>286</sup> 參閱陳聰富，「存活機會喪失」之損害賠償，收錄於「因果關係與損害賠償」，初版二刷，元照出版有限公司，2007年1月，247-248頁。

<sup>287</sup> 參閱陳聰富，「存活機會喪失」之損害賠償，收錄於「因果關係與損害賠償」，初版二刷，元照出版有限公司，2007年1月，243-244頁。

<sup>288</sup> 參閱孫森焱，「民法債篇總論（上）」，修訂版，三民書局，2008年8月，192頁。

<sup>289</sup> 參閱孫森焱，「民法債篇總論（下）」，修訂版，三民書局，2009年2月，593-596頁；王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009年7月，97-102頁。

<sup>290</sup> 採此見解有學者孫森焱謂「如採法條競合說則侵權行為的規定於債務不履行不適用之，無異剝奪被害人可依侵權行為請求賠償的權利；採請求權規範競合說則將多數請求權視為單一請求權，其衡量標準又不具體，無異重新創設實體權利，似有逾越；故請求權競合說較為合理，其中請求權自由競合說使法律以特別規定減輕債務人之注意義務，並使特別短期時效規定形同具文，請求權互相影響說則無此缺點，故可採之。」孫森焱，「民法債篇總論（下）」，修訂版，三民書局，2009年2月，598-600頁；另可參閱林大洋，「債務不履行與侵權行為競合適用之基準—實務上相關見解之探索與辯正一」，法令月刊，第61卷第3期，2010年3月，100頁；劉盈宏，「醫療服務責任之研究」，軍法專刊，第54卷第1期，2008年2月，73頁；林誠二，「民法債編總論（下）」，初版，瑞典圖書股份有限公司，2001年3月，108-109頁。實務見解有最高法院63年度台上字第1987號判決及最高法院77年11月1日第19次民事庭會議決議，正式宣告於侵權與契約的競合，改採請求權競合說，可資參照。



## 第二目 侵害人格權請求權之競合

過去債務不履行損害賠償，因為契約責任無法請求慰撫金的損害賠償；嗣於民國 89 年施行之民法債編部分條文修正中增設第 227 條之 1 規定：「債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用第一百九十二條至第一百九十五條及第一百九十七條之規定，負損害賠償責任。<sup>291</sup>」至此，債務不履行藉由民法第 192 條至第 195 條及第 197 條規定之準用，債務不履行損害賠償也可以要求非財產上損害賠償(慰撫金)，與侵權責任之差異性已趨於緩和。

### 第七款 舉證責任<sup>292</sup>

故意或過失既為侵權行為成立的要件，則故意或過失之有無，在舉證責任方面，原則上應由主張侵權行為成立之人(通常為原告)負舉證責任。但如前述，故意或過失乃行為人之一種心理狀態，被害人要舉證證明，殊屬不易，故在訴訟上往往處於不利之地位。因此，民法上即設有過失推定與舉證責任轉換的補救措施，亦即由法律規定，侵權行為之成立，不必由被害人(原告)負舉證責任，而轉換由行為人須提出反證證明其無過失，否則即推定其有過失，須負損害賠償責任，例如民法第 184 條第 2 項的相關規定。此外，民法關於特殊侵權行為責任，設有舉證轉換的規定與本文有關的有：第 188 條第 1 項但書(僱用人之舉證責任)、第 191 條第 1 項但書(工作物所有人之舉證責任)<sup>293</sup>及第 191 條之 3 但書(危險製造人之舉證責任)等。

### 第二項 民法第 184 條第 2 項

<sup>291</sup> 立法理由謂：「債權人因債務不履行致其財產權受侵害者，固得依債務不履行之有關規定求償。惟如同時侵害債權人之人格權致其受有非財產上之侵害者，依現行規定，只得依據侵權行為之規定求償。是同一事件所發生之損害竟應分別適用不同之規定解決，理論上尚有未妥，且因侵權行為之要件較之債務不履行規定嚴苛，如故意、過失等要件舉證困難，對債權人之保護亦嫌未周。為免法律割裂適用，並充分保障債權人之權益，爰增訂本條規定，俾求公允。」參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月，102 頁；黃立，「民法債篇總論」，修正三版一刷，元照出版有限公司，2006 年 11 月，475 頁；劉盈宏，「醫療服務責任之研究」，軍法專刊，第 54 卷第 1 期，2008 年 2 月，73 頁；王澤鑑，「債法原理(一)」，(基本理論、債之發生)，再刷，三民書局，2009 年 9 月，71 頁。

<sup>292</sup> 參閱郭仙和，「侵權行為法上因果關係之研究—以我國實務案例為中心」，2007 年國立中正大學法律學研究所碩士論文，42 頁。

<sup>293</sup> 醫療機構應依照其服務的性質，提供適當的醫療場所及安全設施(參考醫療法第 56 條)。如醫院就其醫療設備或其他設施之管理有瑕疵者，病患對於醫院管理上之欠缺，除依照侵權行為加以求償外，也可依據工作物的所有人責任而加以求償。

## 第一款 前言

立法者於民國 88 年 4 月 28 日將民法第 184 條第 2 項修正為：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」而確立違反保護他人之法律亦屬獨立之侵權行為類型，至於本條「違反保護他人之法律」之意涵，據最高法院 88 年度台上字第 1862 判決，係指：「違反保護他人之法律而構成侵權行為損害賠償義務，必需具備二個要件，一為被害人須屬於法律所欲保護之人之範圍，一為請求賠償之損害，其發生係法律所欲防止者」。

學者指出 184 條第 2 項具有形式上及實質上雙重功能，實質上之功能除有為眾所熟知之推定加害人過失及保護客體擴及於權利以外之利益，其形式上之功能則有將「其他領域的規範」遷入侵權行為法，使侵權行為得與整個法律規範體系相連接，並具有使立法簡化、合理化之作用<sup>294</sup>。此外，前述功能尚對病人於醫療案件中請求醫師及醫療院所負損害賠償責任具有一定之意義，蓋醫療案件之民事責任除牽涉到民法外，尚會牽涉到醫療法及醫師法等相關法律，則上開醫療法律是否屬於民法第 184 條第 2 項規定「保護他人之法律」，攸關病患可否以醫師或醫療院所違反上開法律規定為由，而主張推定過失，並請求其等負損害賠償責任。蓋此項過失由法律推定，具有舉證責任轉換之效果<sup>295</sup>，若適用於醫療事故案件，則醫院或醫師的責任將被推定。必須醫院或醫師舉證其無過失，始得免責。<sup>296</sup>

## 第二款 學說上肯認醫療法律為保護他人法律之見解

王澤鑑教授認為醫療法第 46 條第 1 項（新醫療法第 63 條第 1 項<sup>297</sup>）關

<sup>294</sup> 參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月，362-363 頁。

<sup>295</sup> 參閱王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月，364-365 頁。

<sup>296</sup> 參閱張家琦，「醫療糾紛民事責任與訴訟實務」，法官協會雜誌，第 9 卷第 1 期，2007 年 6 月，41 頁。

<sup>297</sup> 2004 年 4 月 28 日醫療法修正，原第 46 條內容為第 63 條第 1 項取代。舊醫療法第 46 條第 1 項規定：「醫院實施手術時，應取得病人或其配偶、親屬或關係人之同意，簽具手術同意書及麻醉同意書；在簽具之前，醫師應向其本人或配偶、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，在其同意下，始得為之。但如情況緊急，不在此限。」；新醫療法第 63 條第 1 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。」此次修正重點如：(1) 將簽署範圍由「醫院」擴及到所有「醫療機構」，包括診所亦在內；(2) 將簽署內容由原先所規定「實施手術」（醫療法第 63 條），擴及至「依中央主管機關規定之侵入性檢查或治療」（醫療法第 64 條）及「人體試驗」（醫療法第 79 條）；(3) 「知情同意」之實務運作：以新版手術同意書為例，更詳細分類為：擬實施手術、醫師之聲明及病人之聲明。

於醫院手術應得病人同意之規定，屬於保護他人的法律<sup>298</sup>；學者孫森焱認醫師如對危急之病人未依其專業能力即時予以救治或採取必要措施而違反醫師法第 21 條規定，或醫療機構未依醫療法第 81 條規定，對病人負法律上告知義務時，此時醫師及醫療機構應依民法第 184 條第 2 項負損害賠償責任<sup>299</sup>；陳聰富教授認為，按醫師法及醫療法規定甚多醫療機構與醫師的法律上義務，例如親自診療義務、說明義務、製作病歷義務、告知義務、保密義務及保護義務等。此等義務，對於病患之生命與健康，影響甚鉅，具有防止病患發生危害、保護病患權益之目的，屬於保護特定個人權益之法律，故性質上為保護他人之法律，應無疑義<sup>300</sup>；學者楊秀儀則述醫療法第 63 條、64 條及醫師法第 12 條之 1 法律的新增或修正，已逐步建立醫師對病人告知及說明義務，其法律目的在強化病患在醫療過程之參與，享有與醫師分享資訊的權利，要求醫師尊重病人自主決定權。基此理由，既然醫師說明義務是在賦予病人為自己身體做出選擇權利，則醫療法第 63 條、64 條及醫師法第 12 條之 1 可以評價為屬於民法第 184 條第 2 項「保護他人之法律」；若醫師未盡說明義務，侵害了病人參與醫療決定的權益，推定其有過失<sup>301</sup>。

### 第三款 實務上肯認醫療法律為保護他人法律之見解<sup>302</sup>

實務見解對此採肯定見解，最早見於最高法院 86 年台上字第 56 號未經病患同意之人工流產手術案件<sup>303</sup>，本案判決謂：「第二次手術，並無不立

<sup>298</sup> 最高法院 77 年度台上字第 839 號判決；參閱王澤鑑，*侵權行為法*，三民書局台大法學院福利社，2009 年 7 月，370 頁及同頁註 6。

<sup>299</sup> 參閱孫森焱，*「民法債篇總論（上）」*，修訂版，三民書局，2008 年 8 月，246 頁。

<sup>300</sup> 參閱陳聰富，*「醫療法：第五講－醫療侵權之歸責原則（下）」*，月旦法學教室，第 76 期，2009 年 2 月，101-102 頁。

<sup>301</sup> 醫療法第 81 條規範主體為「醫院及醫療機構」而非醫師，為彌補其闕漏，2002 年醫師法修正時，增訂了第 12 條之 1：「醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應」。該條文之制定，使踐行告知後同意法則的義務人為醫師，取得法律基礎。參閱楊秀儀，*「告別馬偕肩難產事件？－新醫療法第八二條第二項評析」*，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月，32-33 頁。

<sup>302</sup> 參閱陳聰富，*「醫療法：第五講－醫療侵權之歸責原則（下）」*，月旦法學教室，第 76 期，2009 年 2 月，100-101 頁；張家琦，*「醫療糾紛民事責任與訴訟實務」*，法官協會雜誌，第 9 卷第 1 期，2007 年 6 月，42-43 頁；廖建瑜，*「論醫師說明義務之發展－兼評最高法院 94 年台上字第 2676 號判決」*，成大法學，第 10 期，2005 年 12 月，245 頁。

<sup>303</sup> 案例事實：被告將原告的雙胎正常活胎誤診為單生異常死胎，而進行人工流產手術。嗣因仍有懷孕跡象，在其他醫院施行超音波檢查，發現體內仍有雙胞胎兒存在，懷孕約十一週。原告前往被告婦產科要求解釋，被告竟以檢查為由，未經原告及其配偶同意，即擅自進行第二次人工流產手術。原告於手術後臉色蒼白，進食、排便不正常，無法站立行走。經其他醫院剖腹探查，發現子宮內仍有妊娠十二週之雙胞胎，並有子宮穿孔、併發小腸三處穿孔及腹

即手術，將危急被上訴人生命安全之情形，被上訴人既然神識清醒，且有配偶鄭○基陪伴在旁，上訴人即應說明手術之原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，由被上訴人自行選擇是否承擔手術可能之危險。上訴人未經被上訴人同意，擅自施行第二次手術，原審認係違反醫療法第四十六條第一項保護病人之法律，依民法第一百八十四條第二項，推定上訴人為有過失，尚無不合。」爾後，在台灣高等法院台南分院 93 年度上更(一)字第 20 號判決：以民法第 184 條第 2 項違反保護他人法律作為醫師告知說明義務之依據<sup>304</sup>、台灣高等法院 95 年度醫上易字第 1 號判決：認定醫療法屬保護他人之法律範疇<sup>305</sup>、台灣高等法院 90 年度上字第 491 號判決：認定醫師法第 28 條第 1 項規定屬保護他人之法律<sup>306</sup>及台北地方法院 95 年醫字第 19 號判決：認醫師法第 12 條之 1 及醫療法第 82 條第 1 項，在於保護特定範圍之人即病人之權益，屬於民法第 184 條第 2 項規定之「保護他人之法律」<sup>307</sup>。觀之上述幾則判決，有關醫療法律是否為保護他人法律之見解，幾乎都援引民法第 184 條第 2 項，作為請求權賠償之依據。

---

膜炎等現象，最後施行右子宮角切除、部分小腸切除並吻合手術及盲腸切除等手術。因而原告請求被告損害賠償。本案患者意識清醒，且有配偶陪伴在旁，醫師未向渠等說明手術之原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，由患者自行選擇是否承擔手術可能之危險，醫師未經患者同意，擅自施行人工流產手術。

<sup>304</sup> 本案判決謂：「若上訴人出現右眼瞼下垂及右眼球運動障礙等症狀，若係眼球後腫瘤手術常見的併發症，則依醫師法第十二之一條、醫療法第六三條第一項、第六四條一項、第八一條等規定，醫師於手術前，有法律上之義務，以病人得以理解之語言，詳細告知病人或其配偶、親屬或關係人，可能治療方案，各方案之治癒率、併發症及不治之後果等重要資訊，以利病人等作出合乎其生活型態之醫療選擇。醫師違反上開告知說明義務者，依民法第一八四條第二項規定，自得認定醫師具有過失。」

<sup>305</sup> 本案判決謂：「又醫療法第一條及第五六條均屬民法第一八四條第二項所規定『保護他人之法律』，而耕莘醫院未提供安全無虞之病床予乙○○使用，即該當民法第一八四條第二項之規定，並應推定有過失，應負損害賠償之責。」註：醫療法第 1 條規定：「為促進醫療事業之健全發展，合理分布醫療資源，提高醫療品質，保障病人權益，增進國民健康，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律規定。」同法第 56 條規定：「醫療機構應依其提供服務之性質，具備適當之醫療場所及安全設施。」

<sup>306</sup> 本案判決謂：「按醫療行為影響人之生命、身體及健康，事涉極專門知識與技術，因此，必須由具有合法醫師資格之人，始得實施醫療行為，違反此一規定者，除在刑法上應受刑事處罰(醫師法第二十八條第一項參照)外，在民法上，亦應認為係違反保護他人之法律之行為。」此見解業經 91 年度台上字第 1545 號判決所肯認。

<sup>307</sup> 本案判決謂：「按違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任，民法第一八四條第二項定有明文。而所謂『保護他人之法律』，係指任何以保護個人或特定範圍之人為目的之法規，但專以保護國家公益或社會秩序為目的之法律則不包括在內。從而權利受侵害之人，必須屬於法律所欲保護之人之範圍，且其所請求賠償之損害，其發生須係法律所欲防止者，始足當之。而醫師法第十二條之一、醫療法第八二條第一項分別規定：『醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應』、『醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意』，則等規定之目的，應認為在於保護特定範圍之人即病人之權益，屬於民法第一八四條第二項規定之『保護他人之法律』。」

## 第四款 小結

舉證責任的轉換，係為保護被害人所採的一種方法，民法第 184 條第 2 項規定違反保護他人法律的規定推定其有過失，此項過失由法律推定，以轉換其舉證責任，俾保護被害人的利益。所謂的推定過失，乃是法律上規定的醫師的義務，如醫師法、醫療法等法律，皆明白規定醫療服務提供者之義務<sup>308</sup>，而醫師違反該等義務者，推定該醫師就行為有過失。觀之上開學者及實務見解，亦多肯認醫師法、醫療法等法律係屬民法第 184 條第 2 項保護他人之法律。

## 第三項 民法第 191 條之 3 的侵權行為責任

### 第一款 立法理由及特殊性

#### 第一目 立法理由

民法第 191 條之 3 規定：「經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之生已盡相當之注意者，不在此限。」關於本條規定，立法理由作有甚為詳細之說明：「近代企業發達，科技進步，人類工作或活動之方式及其使用之工具與方法日新月異，伴隨繁榮而產生危險性之機會大增。如有損害發生，而需由被害人證明一定事業或從事其他工作或活動之人有過失，被害人將難獲得賠償機會，實為社會不公平現象。且鑑於：（一）從事危險事業或活動者製造危險來源。（二）僅從事危險事業或活動者能於某種程度控制危險。（三）從事危險事業或活動者，因危險事業或活動而獲取利益，就此危險所生之損害負賠償之責，係符合公平正義之要求。為使被害人獲得周密之保護，凡經營一定事業或從事其他工作或活動之人，對於因其工作或活動之性質或其他使用之工具或方法有生損害於他人之危險（例如

<sup>308</sup> 依醫師法及醫療法之規定，醫師應盡之義務，一般而言，主要指：（1）醫師法明文規定之義務：①取得執業資格義務（醫師法第 1-10 條，第 1 章總則與第 2 章執業之規定）②親自診療義務（醫師法第 11 條）③記載病歷義務（醫師法第 12 條）④傳染病防治義務（醫師法第 15 條）⑤開立交付證明書義務（醫師法第 17 條）⑥保密義務（醫師法第 23 條）⑦遵從主管機關指揮義務（醫師法第 23 條）；（2）醫療法明文規定之義務：①轉診義務（醫療法第 73 條）②分散規定在許多法律上的一通報義務③告知義務（醫師法第 12 條之 1、醫療法第 63 條、醫療法第 64 條、醫療法第 65 條、醫療法第 81 條及優生保健法第 11 條）詳細內容參見李詩應，「醫師的多重義務間之衝突」，月旦法學雜誌，第 185 期，2010 年 10 月，107-112 頁。

工廠排放廢水或廢氣、筒裝瓦斯廠裝填瓦斯、爆竹廠製造爆竹、舉行賽車活動、使用炸藥開礦、開山或燃放焰火)，對於他人之損害，應負損害賠償責任。請求賠償時，被害人只須證明加害人之工作或活動之性質或其使用之工具或方法，有生損害於他人之危險性，而在其工作或活動中受損害即可，不須證明其間有因果關係。但加害人能證明損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，則免負賠償責任，以期平允，爰增訂本條規定。」

## 第二目 特殊性<sup>309</sup>

民法第 191 條之 3 規定「危險工作或活動者的侵權責任」，屬於一種特殊侵權行為，與民法第 184 條規定的一般侵權行為加以比較，具有二個特殊性：(一) 推定過失，即倒置防止危險發生損害的舉證責任。依本條但書規定加害人若不能證明其對於防止損害之發生已盡相當之注意<sup>310</sup>，即應負過失責任。(二) 推定因果關係，即推定損害之發生與工作或活動的危險之間具有因果關係。被害人對工作或活動的危險須負舉證責任，其因果關係則由法律推定，蓋此屬加害人得控制領域，惟加害人得舉證推翻之，此種因果關係屬責任成立上事實的因果關係，多涉及科技問題，實務上多藉助專家鑑定，以資認定。

## 第二款 醫療行為適用民法第 191 條之 3 危險責任之爭議

醫療行為得否適用本條規定，學者及實務見解說法不一，茲分述如下：

### 第一目 學界見解

#### 一、肯定說

有認為：醫療行為對病人之身體或健康必有侵入，從而其為一種危險的事業活動或工作，自不待言。而民法第 191 條之 3 既係對一般的事業活動或工作加以規定，除非另有排除醫療服務之特別規定，否則因醫療行為所引發之爭議自有該條之適用<sup>311</sup>；另則主張在醫療糾

<sup>309</sup> 參閱王澤鑑，「特殊侵權行為（九）—危險工作或活動責任—民法第一九一條之三與侵權行為法的發展」，*台灣本土法學雜誌*，第 74 期，2005 年 9 月，41-42、51-52 頁。

<sup>310</sup> 此相當注意的違反係指抽象的輕過失而言。參閱黃立，「民法債篇總論」，修正三版一刷，元照出版有限公司，2006 年 11 月，339-340 頁。

<sup>311</sup> 參閱黃茂榮，「醫療損害之危險責任」，收錄於：*債法總論（第二冊）*，植根法學叢書，2002 年 9 月，57

紛，消費者可依消費者保護法來對付醫院，用 191 條之 3 來對付醫生<sup>312</sup>；但亦有學者對 191 條之 3 適用於醫師，則有所保留<sup>313</sup>。

## 二、否定說

相對於肯定見解，多數學者則採否定見解。否定說學者認為，衡諸本條規範的目的，191 條之 3 之規定並不適用醫療事業及醫療行為，蓋醫療行為具有危險性，乃其行為本質使然，非現代科技或社會經濟活動所創設<sup>314</sup>；亦有學者認為，醫療行為並不屬於現代科技之危險行為，醫療侵入行為雖皆具有一定危險性，但此並非因現代科技之發展有以致之。再者，醫師對於醫療行為之危險，並無法管領，且不因其管領使用而獲利。申言之，將醫療行為認為屬於民法第 191 條之 3 之危險行為實有不當<sup>315</sup>；另有學者提出醫療行為在本質上，不符合外國法關於危險責任之適用案例。換言之，醫療行為傳統上不認為係屬醫師創造危險來源，且得以控制危險之危險行為。再者，我國目前並無充分之醫療責任保險機制以分散醫療事故之風險，職是，在欠缺損害分散制度之情形下，醫療事故不應適用民法第 191 條之 3 之危險責任<sup>316</sup>；另為防免此一條文之適用範圍無限制擴大，有主張可能將之解釋為係適用在現代型科技所引發之危險較為妥適，而不宜適用在醫師等自由業之工作活動<sup>317</sup>。

### 第二目 實務見解

實務上，幾乎多按民法第 191 條之 3 之立法理由，而云醫療行為並無民法第 191 條之 3 危險責任規定之適用，例如：台灣台北地方法院 90 訴字第 2760 號判決、台北地方法院 91 年度重訴字第 2151 號判決、台灣高

---

頁；轉引自陳聰富，「醫療法：第五講－醫療侵權之歸責原則(下)」，月旦法學教室，第 76 期，2009 年 2 月，98 頁，註 1。

<sup>312</sup> 參閱黃立，「消保法第七條與民法第一九一條之三對醫療行為適用之研析」，政大法學評論，第 75 期，2003 年 9 月，66-67 頁。氏認為：「第一九一條之三將加害人的資格區分為三種：經營一定之事業，如經營西餐廳、化學工廠，或者從事桶裝瓦斯銷售。從事其他工作，如經營做月子中心。從事其他活動，如醫療行為、在海上從事浮潛活動……在醫療糾紛，消費者多了一條救濟管道。」

<sup>313</sup> 詹森林教授，轉引自劉盈宏，「醫療服務責任之研究」，軍法專刊，第 54 卷第 1 期，2008 年 2 月，81 頁。

<sup>314</sup> 參閱王澤鑑，「特殊侵權行為（九）－危險工作或活動責任－民法第一九一條之三與侵權行為法的發展」，台灣本土法學雜誌，第 74 期，2005 年 9 月，49-50 頁。

<sup>315</sup> 參閱陳自強，「民法侵權行為法體系之再構成（下）民法第一九一之三之體系地位」，台灣本土法學雜誌，第 17 期，2000 年 12 月，33 頁。

<sup>316</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第五講－醫療侵權之歸責原則(下)」，月旦法學教室，第 76 期，2009 年 2 月，99 頁。

<sup>317</sup> 參閱姜世明，「醫師民事責任程序中之舉證責任減輕」，月旦民商法雜誌，第 6 期，2004 年 12 月，15 頁。

等法院 92 年度上字第 893 號判決及台灣高等法院 94 年度醫上字第 3 號判決。而其他持否定見解理由或有採學者陳自強教授見解，如台灣高等法院台南分院 93 年度上字第 124 號判決；或認醫療行為在性質上不同於民法第 191 條之 3 立法說明列舉之危險活動，如台灣高等法院 92 年度上字第 853 號判決等。由上述判決可知，法院多不認為醫療係危險活動，而排除 191 條之 3 的適用；但是仍有少數判決採肯定見解，如台灣高等法院 95 年度醫上字第 17 號民事判決即認有適用<sup>318</sup>；另於台灣台中地方法院 92 年度度醫字第 12 號判決認為：醫療行為本身即具有高度的危險性與不確定性，故醫療行為人所從事之醫療行為，其工作之性質或所使用之醫療器材、方法，對於人之身體通常會造成一定之危險，其因此所造成之損害，自應先優先適用上開規定；而台灣高等法院台中分院 94 年度醫上字第 3 號判決及台灣高等法院台中分院 94 年度醫上字第 7 號判決，則依本條但書舉證責任之分配，認為被上訴人即被告所為之醫療行為並無疏失之處，且其已證明上訴人即原告之損害非由於其醫療行為所致，故無須負賠償責任，似認醫療行為有民法第 191 條之 3 之適用，僅因該醫療行為並無疏失及原告不能證明損害係被告所致，而否准原告請求<sup>319</sup>。不過，嗣後在最高法院（民事第七庭先後作出）

<sup>318</sup> 事實理由的六（一）。此一判決（進行上下肢整型重建手術，手術後發生強烈嘔吐現象、身體抽筋，雖經急救，仍於兩週後死亡）表示：「惟被上訴人已主張民法第 191 條之 3 規定，且上開各該待證事實概以上訴人所製作之蔣○彥病歷為認定依據，被上訴人均非具有醫學知識之人，上訴人則為專業醫院及醫師，故就提出相關醫學文獻佐證或聲請法院囑託有醫療專業知識之人或機關檢視蔣○彥之病歷進行鑑定事項及詢問之能力，上訴人顯然較被上訴人具有優勢，而容易取得及提出證明方法，是本院認為有適用民事訴訟法第 277 條但書及民法第 191 條之 3 規定，免除被上訴人上開待證事項之舉證責任，而應轉由上訴人等就上訴人丙○○並無違反上開各項注意義務，及如其有違反上開注意義務之行為，亦與蔣○彥死亡之結果無相當因果關係等事項，負舉證之責。」

<sup>319</sup> 台灣高等法院台中分院 94 年度醫上字第 3 號判決陳述及理由部分三、（一）6：「民法第 191 條之 3 定有明文。再本條立法理由略以：『為使被害人獲得周密之保護，請求賠償時，被害人只須證明加害人之工作或活動之性質或其使用之工具或方法，生損害於他人之危險性，而在其工作上或活動中受損害即可，不須證明其間有因果關係。但加害人能證明損害非由其於工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，則免負賠償責任，以期公允，爰增訂本條。』，依上說明，如被上訴人證明上訴人之損害非由其所致，即無須負損害賠償責任。經查，被上訴人童綜合醫院僱用之醫師被上訴人已○○對上訴人所為之上開治療並無疏失之處，已如前述，堪認被上訴人童綜合醫院及被上訴人已○○提供之服務，已確保前開醫療服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。此外，上訴人亦未能證明其損害係被上訴人所致，依前開法條規定及說明，上訴人主張被上訴人應負損害賠償責任，即屬無據。」；台灣高等法院台中分院 94 年度醫上字第 7 號判決（節略）「經查，被上訴人童綜合醫院僱用之醫師被上訴人庚○○、己○○對王○民所為之上開醫療行為並無疏失之處，已如前述，堪認被上訴人童綜合醫院及被上訴人庚○○、己○○提供之服務，已確保前開醫療服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。此外，上訴人亦未能證明其損害係被上訴人所致，依前開法條規定及說明，上訴人主張被上訴人應負損害賠償責任，即屬無據。」其陳述及理由部分四、（一）6 之說明同上述台灣高等法院台中分院 94 年度醫上字第 3 號判決陳述及理由部分三、（一）6。



95 年度台上字第 2178 號判決<sup>320</sup>及 96 年度台上字第 450 號判決<sup>321</sup>，均明確採取否定見解後；後續其他各庭是否有不同意見，殊值觀察。

## 第四項 醫師民事責任與無過失責任之探討

### 第一款 醫療行為適用消保法之爭議

關於醫療行為能否適用消保法，學說與實務見解向來存在頗多爭議，尤其民國 87 年台北地方法院對「馬偕醫院肩難產」一案<sup>322</sup>，依據消保法第 7 條做出醫院及醫師必須負企業經營者無過失賠償責任後，造成醫界極為恐慌，並引起學界熱烈之討論及爭辯，而司法實務界對此亦作出贊成與反對之不同判決。觀之，其主要爭點乃在醫療行為是否為消保法所規範之服務範疇？醫療提供者是否為消保法上所規定之企業經營者。

#### 第一目 學說見解

##### 一、 肯定說

持肯定說者認為（一）就醫療服務之提供所需具備之專業知識、技術與資訊而言，病患與醫院或診所間顯然存在一種相當強烈之依賴從屬關係，從而病患請求提供或接受醫療服務之行為，是一種消費行為，病患是消保法上之消費者，應無疑義<sup>323</sup>；但是否任何醫療事故均可適用消保法之服務無過失責任，則須依損害發生原因為「單純治療失敗」或「醫療意外事故」而為不

<sup>320</sup> 此一判決（真空吸引方式生產，胎兒出生時即有頭部血腫，嗣因永久性腦部病變致罹患腦性麻痺）表示：「原審台灣高等法院第二審判決九十四年度醫上字第三號）認醫療行為並無消費者保護法之適用，亦無民法第一百九十一條之三之適用，經核於法並無違誤。」

<sup>321</sup> 此一判決（酒醉急診就醫，突腦內出血，昏迷死亡）表示：「……況醫療行為並非從事危險事業或活動者製造危險來源，亦非因危險事業或活動而獲取利益為主要目的，亦與民法第一百九十一條之三之立法理由所例示之工廠排放廢水或廢氣、桶裝瓦斯場填裝瓦斯、爆竹場製造爆竹、舉行賽車活動、使用炸藥開礦、開山或燃放焰火等性質有間，是醫療行為並無民法第一百九十一條之三之適用。原審因以上述理由，為不利於上訴人之論斷，經核於法洵無違誤。」

<sup>322</sup> 85 年度訴字第 5125 號。而後續的法院判決對醫療行為是否適用消保法則有不同的裁判結果：台北地院 87 年度訴字第 4511 號、台北地院 87 年度訴字第 1521 號採否定見解；台灣高等法院 92 年度上字第 596 號、板橋地院 91 年度重訴字第 285 號採肯定見解。

<sup>323</sup> 參閱陳忠五，「醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域—台灣台北地方法院八五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第 7 期，2000 年 2 月，47-48 頁；林誠二，「醫療行為與消保法之適用」，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月，82 頁。謂：「就醫療服務之提供所需具備之專業知識、技術與資訊而言，病患與醫院或診所間，顯然存在一種相當強烈之依賴從屬關係，從而病患請求提供或接受醫療服務之行為，亦在於生活上之最終使用為目的，故於解釋上應可認其屬消保法所規範之消費關係。」

同處置，若屬後者，即有消保法的服務無過失責任的適用<sup>324</sup>。(二)消保法規範的責任主體僅限於「醫療院所」(即事業單位或企業經營者本身)，而不含個別醫事人員(即受僱人或從業人員)<sup>325</sup>。(三)消保法上「企業經營者」之概念甚為廣泛，只要其提供之商品或服務具有危險性，並可能致他人於損害即可，不以商業行為為限。且「消費行為」若限定於滿足人類生活之所需，則「醫療服務不但是人類生活的重點，而且是極具重要性的重點，否定醫療服務為消費行為，其他之消費行為自將更不具意義矣。<sup>326</sup>(四)消保法之立法目的在於保障消費者的生活安全，以生命與健康為主要保護對象，而消保法所稱服務，亦不以與商品有關聯者為限，醫療服務應為消保法規律之範圍<sup>327</sup>。(五)本質上醫療行為或醫療服務並無絕對排除消保法適用之理由，充其量僅因醫療行為之特性而因為不同於消保法之固有風險分配調整<sup>328</sup>。(六)屬「技術性的醫療行為」，可適用消保法無過失責任。蓋因「技術性的醫療行為」乃施行過程中的意外危險，屬於疾病治療固有的危險之外，外加、突發製造的危險。故病患有合理理由要求於接受治療時，醫療行為應符合當時科技水準，避免安全或衛生上的危險，以確保就醫安全<sup>329</sup>。

<sup>324</sup> 所謂「單純治療失敗」係屬於醫療行為內含的風險，涉及疾病是否痊癒、病患是否必須忍受治療過程中所發生之副作用等病程可能結果之問題，亦即醫療服務提供者是否依債務本旨履行其醫療契約上義務之問題，例如：服用某種藥物後，發生頭昏、噁心、嗜睡、食慾不振、胃腸不適等副作用。因病人求診時本身即帶有一定危險，且人之生理體質各有不同，反應亦有不確定，往往相同之醫療行為對相同症狀之病患經常產生不同之結果，因之，單純治療失敗所生之損害，屬於醫療科技上內含、固有之風險，此種風險不應任意轉嫁由醫療提供者負擔，而應適用民法契約法之規定，視其是否依債之本旨履行義務，而定其責任。而「醫療意外事故」為突發的、不可預期或不合理的損害，屬於醫療行為「外加」的風險，例如：接受輸血後，伴隨感染B型肝炎病毒或愛滋病毒；接受麻醉手術後，卻造成病患全身癱瘓或呈現植物人現象。這種因醫療行為的介入或醫療服務之提供所增加、難以預測、緊急之危險，屬醫療行為外加的風險，既然損害之發生是獨立於醫療契約關係之外，與當事人間醫療契約是否存在無關，亦與醫療契約之契約目的、治療效果無關。對病患而言，此種損害之發生與嚴格意義下所謂醫學技術之偶然性、不可知性或不確定性無關，而是欠缺接受醫療服務之一般病患通常所能合理期待之安全性。此時，不問醫療提供者主觀上有無故意或過失，皆有消保法第7條服務責任所規範。參閱陳忠五，「產前遺傳診斷失誤的損害賠償責任—從『新光醫院唐氏症事件』論我國民事責任法的新課題」，國立台灣大學法學論叢，第34卷第6期，2005年11月，125-126頁。

<sup>325</sup> 參閱陳忠五，「醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題(上)—最高法院九〇年度臺上字第七〇九號(馬偕紀念醫院肩難產案)判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第36期，2002年7月，62-63頁。持相同見解者有李淑如，「醫療行為與消費者保護法適用之爭議」，99年度消費者保護理論與實務研討會，台北市政府法規委員會主辦，2010年9月24日，31頁。

<sup>326</sup> 參閱朱柏松，「適用消保法論斷醫師之責任」，國立台灣大學法學論叢，第27卷第4期，1998年7月，28-31頁。

<sup>327</sup> 參閱黃立，「消費者保護法對醫療行為的適用」，律師雜誌，第217期，1997年10月，74-76頁；黃立，「我國消費者保護法之商品與服務責任(一)」，月旦法學教室，第8期，2003年6月，77頁。

<sup>328</sup> 參閱林誠二，「醫療行為與消保法之適用」，台灣法學雜誌，第140期，2009年11月，85頁。

<sup>329</sup> 參閱侯英冷，「論醫療意外的風險分擔問題—消費者保護法對純粹醫療行為與醫院提供相關醫療服務的企業是服務行為之適用」，收錄於：民法研究會第26次學術研究會紀錄，法學叢刊，第187期，2002年7月，167頁。

## 二、 否定說

否定說所持理由，則認為（一）病人接受醫療行為依行政院衛生署 65 年 4 月 6 日衛署醫字第 107880 號函釋<sup>330</sup>應解為係「以治療為目的」，本質上殊非「以消費為目的」的營利性目的可比。何況「診察、診斷、治療、處方或用藥」在概念上又難視為等同於「設計、生產、製造、輸入或經銷」。是以，消保法的確不宜規範醫療行為。<sup>331</sup>（二）醫療行為之治療過程，充滿不確定性與危險性，非醫師所能控制，若採取無過失責任，易生「防禦性醫療<sup>332</sup>」之結果，除大量浪費醫療資源增加社會成本外，對病患亦反生不利。<sup>333</sup>（三）就醫師的醫療行為，商品無過失責任法的理論無法使醫療行為無過失責任法實質合法化。<sup>334</sup>

### 第二目 實務見解

行政院衛生署曾發表一份「本署主管業務是否納入消費者保護法之範疇及理由」，其中表明醫療服務非屬消保法第 2 條第 1 款所稱以消費為目的之服務行為<sup>335</sup>。不過行政院消費者保護委員會於台 84 消保法字第 00351 號書函中表明醫療服務之行為為消費行為，從而肯定醫療行為在本法和施行細則範圍內。另外在民國 86 年 4 月司法院民事法律專題研究，對於醫療服務是否屬於消保法之規範現象？提供醫療服務的企業者主張發展上危險（消保法施行細則第 5 條參照）時，認定「科技或專業水準」的標準為何？研討結論

<sup>330</sup> 參照本文，前揭註 14。

<sup>331</sup> 參閱李聖隆，「醫療衛生事務與消費者保護法的關係」，律師通訊，第 175 期，1994 年 4 月，17-18 頁。但李律師認為某些醫藥衛生事務，尚非全無適用「消保法」的機會，例如：（一）疫苗（生物製劑）或藥物所造成的傷亡事件；（二）食品及化妝品之消費爭議自「消保法」實施後更應列入其規範領域。

<sup>332</sup> 所謂防禦性醫療（defensive medicine），依其態樣可分為消極性與積極性，消極性防禦性醫療係指少看高風險的病人，多開設低風險的科別，例如台灣目前醫療人力往復健科、皮膚科移動，更嚴重的是退出醫療市場，例如醫師提早退休；積極性防禦性醫療係指醫師執行醫療行為時，增加不必要之檢查，以減少醫療糾紛發生之可能。參閱林欣柔；楊秀儀，「告別馬偕肩難產事件？—新醫療法第八十二條第二項評析」，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月，25 頁，註 2。

<sup>333</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第五講—醫療侵權之歸責原則(上)」，月旦法學教室，第 75 期，2009 年 1 月，86-87 頁。

<sup>334</sup> 其理由如下：（一）醫療行為的危險，原則上不是由一般的醫療行為所引起的；而是，疾病本身與病人身體器官的反應。（二）醫師醫療行為的執行非基於單方面的積極利益，而是基於雙方的積極利益而施行的，故所謂的危險分配不公平的現象，在醫療行為的醫療關係中並不存在。（三）一般的醫療行為也沒有因高科技或儀器的使用，對病患造成特別危險，反而是降低危險。（四）法律經濟分析理論，所期待的福利效果並不存在，因此也無法使醫療無過失責任法的實質合法化。（五）最後消保法中的無過失責任制，仍無法合目的的解決學證上的困難。參閱侯英冷，「探討醫療無過失責任的適宜性」，月旦法學雜誌，第 49 期，1999 年 9 月，128、135 頁。

<sup>335</sup> 參閱黃立，「消費者保護法對醫療行為的適用」，律師雜誌，第 217 期，1997 年 10 月，74 頁。

採肯定說，即認醫療服務應適用消保法之規定，醫療糾紛可適用消保法，但「科技或專業水準」的標準認定以國內的科技或專業水準為主<sup>336</sup>。最後，雖然消保法於民國 83 年 1 月 11 日公布施行，並未將醫療行為排除在外，醫療行為雖有本法之適用，然並非發生損害之結果，必然須負損害賠償之責，仍應審究該醫療行為是否已符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。亦即本法對於提供服務者所負之無過失並非毫無界限，此觀諸 92 年 1 月 22 日修正通過後之本法第 7 條及第 7 條之 1，對於企業經營者之責任要件及舉證責任之規定，已限縮無過失之範圍可知<sup>337</sup>。

鑑於多數學者及消費者保護團體堅持醫療行為無過失責任，嗣於台灣高等法院 87 年度上字第 151 號判決有關肩難產新生兒右臂神經叢受傷事件判決，亦採肯定見解，遂引起醫界人士極大反彈，認為將陷醫師及醫療院所於無盡的醫療糾紛中，因此積極遊說修改法律，試圖將醫療行為排除於消保法第 7 條適用範圍之外，以擺脫無過失責任的緊箍咒<sup>338</sup>。但此項修正意見，無法獲得消費者保護委員會同意<sup>339</sup>，因而醫界人士轉而修訂醫療法。在 2004 年 4 月醫療法大幅修正，於同年 4 月 28 日總統公布施行的新醫療法條文中，增訂第 82 條第 2 項，明定：「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。」雖然不適用消保法的草案沒有過關<sup>340</sup>，但仍在社會大眾之間產生醫療事故不適用消保法無過失責任的輿論觀感。

<sup>336</sup> 司法院，民事法律專題研究（十四），司法院，1997 年 4 月，299-300 頁。轉引自許正順，「從實務理論探討醫療關係之改善」，台灣法學雜誌，152 期，2010 年 5 月，82 頁；曾育裕，「醫療糾紛民事過失責任之專題探討」，台灣法學，第 140 期，2009 年 11 月，11 頁。

<sup>337</sup> 行政院消費者保護委員會中華民國 92 年 3 月 25 日消保法字第 0920000392 號函。另楊瓊櫻等三十二委員則以消費者保護法已於 2003 年修法將無過失責任限縮於當時科技及專業水準所及範圍，醫療供給者之風險，已大幅降低而無須再自外於消費者保護法。參閱蔡惠如，「台灣醫療糾紛之法律課題」，月旦民商法雜誌，第 4 期，2004 年 6 月，133 頁。

<sup>338</sup> 消保法於 92 年 1 月 22 日修正前，經立法院院會討論消保法第 7 條修正條文時，原有立法委員主張於該條第 1 項增列後段「但危險係醫療行為內含之風險者，不在此限」，即希望將醫療行為排除於消保法之外，但經一連串討論後，仍採納行政院提案條文通過（即現行條文）。轉引自陳文清，「非治療性醫學美容民事法律關係之研究」，2009 年國立中正大學法律學系碩士論文，86-87 頁。從 92 年 1 月 22 日修法時之附帶決議內容得之，於立法論上，立法院已有排除消保法適用於醫療行為之具體行動；但該次修正條文，行政院版的修正理由特別提到，關於「將醫療行為排除適用消保法」部分，現階段尚不宜採行，並指出消保法於制訂時，即已考慮過醫療行為是否適用問題，因為消費者顯處於不利之地位故並未排除。但此行政院版本的立法理由後經刪除，而未能在此次修法中明確解決此一爭議，但修正後之消保法亦未排除醫療服務之適用。

<sup>339</sup> 行政院消費者保護委員會中華民國 92 年 3 月 25 日消保法字第 0920000392 號函。

<sup>340</sup> 衛生署所提出的修正草案中，第 82 條第 3 項規定：「前項情形，不適用消費者保護法之規定。」

## 第二款 醫療法修正後之醫療法過失責任與消保法無過失責任之競合

新醫療法公布施行後，立即引起的疑問為：該法第 82 條第 2 項既然明定醫療機構及醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以有故意或過失為限，排除了無過失責任，則因醫療行為而受有損害之病患，是否仍得依消保法第 7 條規定，請求醫療機構或醫事人員負無過失之賠償責任？就此問題學者亦有肯否二說之見解整理如下：

### 第一目 持肯定見解

有認為（一）此次修正只是提供消費者另一種可以對醫療機構與其醫事人員損害賠償請求權的基礎，並未明文排除消保法 7 條的適用，未來消費者對於醫療糾紛的請求，仍可依據消保法 7 條而主張。<sup>341</sup>（二）醫療法第 82 條第 2 項所謂「以故意或過失為限」，雖然排除無過失責任，但不能排除消保法的適用，該增訂條文只是重申了向來民法侵權行為法過失責任的歸責原則，並無意義。<sup>342</sup>（三）以消保法立法精神觀之「保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質<sup>343</sup>」之理念下，與消保法第 7 條文義之解釋，醫療服務提供實難排除消保法之適用。醫療行為應得一體適用消保法的規定，始能保障消費者權益。<sup>344</sup>

### 第二目 持否定見解

有認為新醫療法第 82 條第 2 項特別明文規定病人因就醫受有損害者，以醫療機構或醫事人員有故意或過失為限，始得請求賠償。足見針對醫療事故，新醫療法係採取過失責任主義，並藉以澄清有無適用消保法之爭議，顯然有意排除消保法之適用<sup>345</sup>。準此，在現行法之解釋上，消保法關於服務無

<sup>341</sup> 論述理由參閱黃立、嚴嘉雯，「醫療法修正後醫療糾紛之解決」，載行政院衛生署醫事處、財團法人中華民國消費者文教基金會聯合主辦「醫療糾紛研討會」，2004 年 8 月 31 日，34 頁。

<sup>342</sup> 其主要理由在於醫療法並無明文排除醫療行為不適用消費者保護法適用之明文規定。因此，馬偕醫院肩難產事件若在今日發生，醫院並無法透過醫療法第 82 條第 2 項的增訂而獲得勝訴。參閱林欣柔；楊秀儀，「告別馬偕肩難產事件？—新醫療法第八十二條第二項評析」，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月，34-35 頁。

<sup>343</sup> 消費者保護法第 1 條第 1 項。

<sup>344</sup> 參閱李淑如，「醫療行為與消費者保護法適用之爭議」，99 年度消費者保護理論與實務研討會，台北市政府法規委員會主辦，2010 年 9 月 24 日，39 頁。

<sup>345</sup> 詹森林教授認為醫療法優先於消保法之適用理由為：醫療法之立法目的於第 1 條規定：「為促進醫療事業之健全發展，合理分布醫療資源，提高醫療品質，保障病人權益，增進國民健康，特制定本法。本法未

過失責任之規定，應無適用醫療行為之餘地<sup>346</sup>。或有認為於法律適用上，若仍解釋消保法為保護消費者之特別法規，相較於醫療法應優先適用，顯然與醫療法修訂之立法政策背道而馳。是以，在法律適用上，醫療法第 82 條應優先於消保法第 7 條之適用<sup>347</sup>。

### 第三款 小結

醫療疏失爭議是否有消費者保護法之適用，肯、否兩說長久以來爭議不斷。修正後之醫療法第 82 條規定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。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」，雖然醫療法並未明文排除醫行為適用消保法之規定，但由條文可知，新醫療法就醫療業務之執行，明文採過失責任主義。然主張醫療行為服務責任適用消保法無過失賠償責任，均在保護病患權益，若肯認醫療服務納入消保法服務責任規定的適用範圍，觀之目前醫療機構管理階層為考量成本常不當精簡醫護人力<sup>348</sup>而影響照護品質、或因醫療設備儀器平時疏於維修造成病患使用時受有損害、或礙於健保給付採購較便宜之醫療器材而影響病人之生命、身體及健康安全。於此，是否亦可思考就部分醫療損害之類型，考量以「醫療無過失責任」即醫療服務的提供欠缺安全性，來鞭策醫療機構之醫療經營者改善其經營方向，以保障病人權益。

---

規定者，適用其他法律規定」故「保障病人權益」乃該法之重要立法目的，就保障病人權益之事項，該法屬特別專門立法，應優先適用。而消保法第 1 條第 2 項規定：「有關消費者之保護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律」。惟「消費者之保護」與「保障病人權益」兩者相較之下，前者係屬概括而抽象，後者則明顯更為特定且具體，故關於「保障病人權益」之事項，醫療法第 82 條應優先於消保法第 7 條而適用。參閱詹森林，「修正後的醫療法與民眾權益」，載於行政院衛生署醫事處、財團法人中華民國消費者文教基金會聯合主辦「醫療糾紛研討會」，2004 年 8 月 31 日，5 頁。轉引自李淑如，「醫療行為與消費者保護法適用之爭議」，99 年度消費者保護理論與實務研討會，台北市政府法規委員會主辦，2010 年 9 月 24 日，34-35 頁。

<sup>346</sup> 資料來源：參閱詹森林（台灣大學法學院科際整合法律研究所），「修正後的醫療法與民眾權益簡介」，網址：財團法人中華民國消費者文教基金會，<http://www.consumers.org.tw/unit422.aspx?id=98>，查訪日期 2010 年 10 月 23 日。

<sup>347</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第五講—醫療侵權之歸責原則(上)」，月旦法學教室，第 75 期，2009 年 1 月，91 頁。

<sup>348</sup> 全聯護訊理事長盧美秀表示：「台灣的護病比嚴重偏高，白天班平均一位護理師要照顧七到十二位病人，小夜班十五到二十人，大夜班十五至三十人，『用跑都還照顧不完』，國內多篇研究亦指出護理人員照護病人數與異常事件發生的相關性，根據醫策會之病人安全通報系統的數據，病人跌倒、管路異常事件發生時段以照護病患數最多之大夜班最高，顯見護理人力的不足已經造成台灣醫療照護出現了很大的問題。」參閱全聯護訊，「護理給付不公平病人安全誰人顧記者會」，第 77 期，2010 年 10 月，2 頁。

### 第三章 民事醫療過失舉證責任的分配原則

關於醫療訴訟，多聚焦於舉證責任之分配，而當事人對醫療糾紛的爭議有爭執時，究應由醫師或病患負舉證責任？此乃醫療過失責任判斷之最重要因素，常涉及二方面之價值平衡。首先，如由病患或其家屬承擔就醫師或醫療機構有無故意或過失負舉證責任，礙於病患或家屬非醫療專家，且醫療行為多涉及醫學專業領域，其對醫學知識之認知遠不及於醫師，再加上病歷紀錄、醫療器材等攸關醫療賠償責任認定之證據，均由醫方保管，病方較難於第一時間立即獲取或保全證據，以為日後訴訟時之憑證。法諺有云：「舉證之所在，即敗訴之所在」，就訴訟舉證能力而言，醫療需求者居於相對弱勢之地位，若由其負擔舉證責任，對病人而言，易顯失公平。但於另一方面，如由醫師或醫療機構負舉證責任，則醫師將面臨較多醫療糾紛的機會，且囿於醫療事故之特殊性（人體反應不確定性、醫學有限性、過失及因果關係認定困難性），倘由其負擔舉證責任，勢對醫療生態造成衝擊，可能造成防禦性醫療，亦非病患之福。則如何在醫療訴訟過程中，將兩造之舉證責任作公平、合理之分配，即成為現代訴訟法學上之重要課題。

#### 第一節 舉證責任與證明度

##### 第一項 前言

民事訴訟的目的，在於由法院視當事人爭訟的事實，如何適用法律以判斷正義的歸屬。其操作流程則是由法院依當事人具體主張的事實與提出的證據，透過經驗法則予以評價，而得出一個法律事實，最後再對該認定的法律事實加以抽象的法的價值判斷。既然法院是依證據而為裁判，故當事人在訴訟進行中為求勝訴，必須進行舉證行為。而證明度係法院認定事實之標準，就應負舉證責任之一造當事人如何使法官對於待證事實形成確信，始可謂舉證成功，其心證程度無論於爭點整理程序或證據調查後為事實真偽之判斷，可謂攸關重大。

##### 第二項 舉證責任

##### 第一款 舉證責任分配之法律依據

「原告應負舉證責任」、「肯定者應負舉證責任」、「否定者不負舉證責任」為近代舉證責任分配法則起源。關於舉證責任，各國立法例略有不同，有將舉證責任規定於訴訟法者，如匈牙利之民事訴訟法；也有不在訴訟法中規定，而委由實體法及學說之補充發展，如德日兩國是<sup>349</sup>。而相較德、日，我國舉證責任分配方法，於民事訴訟法第 277 條定有明文，其前段規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」此可視為舉證責任一般原則之宣示。

## 第二款 舉證責任分配法則

舉證責任分配法則係交錯於民事實體法與民事程序法之制度，其應符合實體法的期待，與考量程序法上的特殊性，因此學說上提出舉證責任分配法則之體系建構思想。其所謂之舉證責任分配法則體系，則包括了「舉證責任分配之一般原則」與「舉證責任減輕」兩大部分<sup>350</sup>。

### 第一目 舉證責任分配之一般原則

我國目前學說對於舉證責任之分配存在各種不同見解，通說從實體法規定出發，贊成德國學者Rosenberg在 1900 年所提出的「規範理論」作為舉證責任分配之一般原則，亦即，各當事人應就其有利之規範要件為主張及舉證<sup>351</sup>。我國之通說與德國同，亦採「規範說（特別要件說）」<sup>352</sup>。Rosenberg將實體法法律規範區分為權利發生規範、權利障礙規範、權利消滅規範、或權利抑制規範，其內涵為「主張權利存在之人，應就權利發生之法律要件存在之事實為舉證；否認權利存在之人，應就權利妨害法律要件、權利消滅法律要件或權利受制法律要件負舉證責任」<sup>353</sup>。

### 第二目 舉證責任減輕<sup>354</sup>

<sup>349</sup> 參閱王甲乙、楊建華、鄭健才，「民事訴訟法新論」，三民書局有限公司，2004 年 9 月，400 頁。

<sup>350</sup> 參閱姜世明，「舉證責任與真實義務」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2006 年 3 月，15-27 頁；姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004 年 1 月，184-187 頁。

<sup>351</sup> Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., 1965, S. 98 f. 轉引自姜世明，「醫師民事責任程序中之舉證責任減輕」，月旦民商法雜誌，第 6 期，2004 年 12 月，9 頁，註 7。

<sup>352</sup> 參閱王甲乙、楊建華、鄭健才，「民事訴訟法新論」，三民書局有限公司，2004 年 9 月，403-404 頁。

<sup>353</sup> Rosenberg, a.a. O., S. 105 f. 轉引自姜世明，「醫師民事責任程序中之舉證責任減輕」，月旦民商法雜誌，第 6 期，2004 年 12 月，9 頁，註 8。

<sup>354</sup> 參閱姜世明，「醫師民事責任程序中之舉證責任減輕」，月旦民商法雜誌，第 6 期，2004 年 12 月，8、9 及 16 頁。



基於規範理論之分類，係先就舉證責任為初步之認定，但為符合個案正義的需求，則有彈性加以調整之必要。如在醫療事件中，醫師與病人存在專業知識的落差，若要求病人就侵權行為及不完全給付請求權各要件均應負舉證責任，則對被害人似屬過苛，因而有舉證責任減輕之必要，至於舉證責任減輕則係指經契約、法定或實務創設之悖離舉證責任分配一般原則之舉證規則。其方法，基本上可區分為訴訟前、訴訟上之舉證責任減輕方法；同時，亦得區分為實體法上之舉證責任減輕與程序法上之舉證責任減輕。而所謂「訴訟前之舉證責任減輕」，乃指在訴訟前經由私人間協議（證據契約）或由法律或實務承認之資訊請求權（情報請求權），而對某造當事人之舉證責任予以減輕。至於「訴訟上之舉證責任減輕」，係指在訴訟中經由法律或實務承認以舉證責任轉換、表現證明、證明妨礙、損害賠償額之確定、非負舉證責任人說明義務之強化等方式，而於一造之舉證責任減輕。另外「實體法」或「訴訟法」上之舉證責任減輕，前者主要指由實體法承認之舉證責任減輕方法，在此乃指法有明文舉證責任減輕之規定及實體法資訊義務（情報請求權）之承認等；至於後者，即指由訴訟法所構設（由程序法或實務承認）之舉證責任減輕方式。

### 第三款 民事訴訟法第 277 條但書之解釋運用

民國 89 年 2 月 11 日新施行民事訴訟法於第 277 條增設但書規定「法律別有規定」或「依其情形顯失公平者」二種情形<sup>355</sup>，明文肯認於某些特殊類型事件，若依一般舉證責任分配原則會導致結果不公平者，法官可視情形調整舉證責任之分配。關於「法律別有規定」，應係指法律於悖離依舉證責任分配之一般原則情形有明文規定者，如我國民訴法第 222 條第 2 項損害賠償數額之確定、第 282 條之 1 的證明妨礙、第 345 條當事人違背文書提出義務

<sup>355</sup> 民國 89 年 2 月 9 日，民事訴訟法第 277 條修正原條文，增設於「法律別有規定」或「依其情形顯失公平者」二種情形時，不必由主張利己事實之當事人舉證之但書規定，修正理由謂：「…關於舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，於具體事件之適用上，自難免發生困難，故最高法院於判例中，即曾依誠信原則定舉證責任之分配，尤以關於公害訴訟、交通事故、商品製造人責任及醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則，爰於原條文之下增訂但書…以資因應。」要說明的是修正理由中所舉最高法院判例，有學者提出：「似乎應為『決議』之誤，最高法院似無『判例』依誠信原則定舉證責任分配者，但最高法院 51 年 12 月 10 日之決議則有：『在此種特殊情形下，按照誠信法則，應由甲負舉證責任』，至 70 年 8 月 4 日則又決議此項決議不再援用」參見姚瑞光，民事訴訟法論，2004 年 2 月，頁 434，轉引自吳從周，「醫療過失舉證責任的實務新發展：醫病鬥『法』第二回合—簡評最高法院九六年台上字第 2738 號判決」，台灣法學雜誌，第 109 期，2008 年 8 月，264 頁，註 19。

之效果及民法第 184 條第 2 項，故就實務上之運作應較容易理解<sup>356</sup>。然而「依其情形顯失公平」乃一不確定之法律概念，實務上應如何操作始符合立法目的及程序之法律安定性，是舉證責任發展的重大挑戰。故有學者認「依其情形顯失公平」之意義，應依關於舉證責任一般原則悖離之探尋方向進行理解，尤應注意立法理由中舉出公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛等事件類型，於法律解釋上，應斟酌事件之類型思考。即法院所需考慮者乃個案之類型隸屬，是否具有危險領域理論、武器平等原則、誠信原則、蓋然性理論等所強調之舉證責任調整必要性之特徵（尤指證據偏在問題），而不可恣意於相同事件類型（例如一般借貸類型），卻於不同個案因基於直覺、感性（同情）等非理性因素或理由不足之論據，而任為舉證責任之轉換<sup>357</sup>，以致造成實體法原已設定之價值體系及法律安定性遭破壞，並造成人民於舉證責任法則之客觀性與平等性及喪失可預見性<sup>358</sup>。

### 第三項 證明度

訴訟中，證明度與當事人的訴訟活動及法官的審理過程密切相關，對當事人而言，證明度是當事人提出證據以說服法官的程度，對法官而言，是認定事實形成心證的程度<sup>359</sup>。對於證明度標準的取捨，也不免影響到法官如何形成確信以認定事實，始能使裁判者就訟爭客觀事實存在與否，獲得最低心證，始可謂舉證成功。

#### 第一款 證明度之意義

證明度是法院認定事實的標準，是指涉法院對待證事實，經審酌訴訟資料後所形成認為該待證事實為真實之心證度，是否已達到可認為該待證事實為真之確信標準，此一標準乃某最低限度之心證度要求，唯有達到該最低要

<sup>356</sup> 參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004 年 1 月，209 頁。

<sup>357</sup> 舉證責任轉換之概念，必須在理論上先承認 Rosenberg 之規範說所建立之基本原則為瞭解之出發點，始有可比較之相對概念而獲知其概念之意義。在不採取 Rosenberg 之舉證責任分配原則之學者而言，並無舉證責任轉換之明確概念界線。參閱陳榮宗、林慶苗合著，「民事訴訟法(中)」，修訂四版，三民書局，2005 年 3 月，491 頁。

<sup>358</sup> 至於法院所得運用之舉證責任分配調整方法則包括舉證責任轉換、證明度降低、資訊義務（情報請求權）、具體化義務降低、非負舉證責任一造之說明義務之加強或表現證明等，其運用方式應依事件性質與證據偏在嚴重性而定之。參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004 年 1 月，209-210 頁；姜世明，「舉證責任與真實義務」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2006 年 3 月，25 頁。

<sup>359</sup> Vgl. MünchKomm Z30-3rütting, 3. Aufl., München 2008, §286, Rn.28. 轉引自張永輝，「論民事舉證責任分配發展在我國之發展」，2009 年國立台北大學法律學系碩士論文，13 頁，註 18。

求，法院始能形成確信。據此，在當事人的舉證活動中，應負舉證責任一造當事人乃尋求藉由事實主張及證據資料之提出，促使法官斟酌訴訟資料後，累積心證度之高度，使能拉近證明度所要求之最下限心證度之距離，期能更進一步等同或超越之，而順利使法官能對待證事實形成確信<sup>360</sup>。

## 第二款 證明度的標準

關於證明度標準，在民事訴訟中有兩個不同的標準：一是大陸法系（特別是德國）採用的「高度蓋然性」，一則為英美法系（尤其美國）採用的「優越蓋然性」（或稱優勢證據原則）。在英美法系國家，民事案件中原則上要求的證明度，以百分比言之，原告必須證明被告行為引發原告損害的可能性超過百分之五十一，即當原告能證明因果關係存在之可能性大於不存在之可能性時，才能獲得賠償<sup>361</sup>。而在德國，通說及實務上對於證明度之要求，基本上認為「法官於真實之確信」乃係認定事實之基礎，其對證明度之標準，原則上多要求「非常高之蓋然性」，若以數字表示，應約為百分之九十至九十五<sup>362</sup>。可知，證明度如果採取較低之優勢證明，蓋然性僅須大於百分之五十，即可令法官形成確信，而容易認定負舉證責任當事人所主張之事實存在，其舉證即屬成功，此相對於對造，則無異於將舉證責任轉換至被告。故有學者認為我國乃採職業法官，其認定事實若採「優越蓋然性」，則其可能發生錯誤機率為百分之四十九，而認民事訴訟證明度理論在我國應設定在百分之九十以上，較能去除其有發生誤判之疑慮；如此。才能使判決較接近於真實之發現，以符合實體正義及實體法價值預設<sup>363</sup>。

## 第四項 小結

本文認為，在大陸法系國家，有關民事訴訟的勝敗多取決於法官對舉證責任的分配，而在醫療糾紛中，無論原告即病患是基於侵權行為或不完全給付請求損害賠償，如依傳統的舉證責任分配之基本原則一規範說之適用下，

<sup>360</sup> 參閱姜世明，「正義之可容許自然耗損－談證明度兼評台北地方法院九十四年度重訴字第五九五號民事判決」，月旦法學雜誌，第152期，2008年1月，244頁；姜世明，「舉證責任與證明度」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2008年10月，122-123頁。

<sup>361</sup> 參閱陳聰富，「因果關係與損害賠償」，初版二刷，元照出版有限公司，2007年1月，219-220、222頁。

<sup>362</sup> 參閱姜世明，「舉證責任與證明度」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2008年10月，178-182頁。

<sup>363</sup> 參閱姜世明，「正義之可容許自然耗損－談證明度兼評台北地方法院九十四年度重訴字第五九五號民事判決」，月旦法學雜誌，第152期，2008年1月，255頁。而姜氏認為德國法上對於優越蓋然理論之批評，應值得我國法參考，並整理德國通說所持之反對理由共13項。

病患（或家屬）原則上仍必須就「醫療疏失行為」、「受有損害」、「兩者間存在因果關係」負舉證責任，然因證據偏在被告等緣故，致使勝訴率已不高的原告更無法取得勝訴之可能性。故基於武器平等原則，對於原告接近事實之證據的低度可能性、醫療資訊上的高度專業性以及原告的經濟能力等因素考量，法院有必要在一定條件下，就原告舉證的證明程度為適度的緩和與修正，或發展出醫療訴訟舉證責任分配特別規則，以減輕病患的舉證責任，達到真實的公平原則。

## 第二節 醫療民事訴訟的特徵

### 第一項 屬於「現代型訴訟」<sup>364</sup>

我國 2000 年修正後民訴法第 277 條但書規定立法理由認為：「公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，屬於應適用民事訴訟法第 277 條但書之情形。」明顯可知修法者體認到在上開事件中，在舉證責任的分配上存有顯失公平的可能情況發生。觀察修正理由所列舉之事件，與傳統訴訟事件存在相當之差異性，係因通常有所謂「證據偏在」的情況，此可由最高法院 99 年度台上字第 40 號民事判決就民訴法 277 條但書：「法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限」，然何謂依其情形顯失公平？高院判決謂：「又尋繹八十九年二月九日修正之民事訴訟法第二百七十七條所以增設但書，規定「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限」，乃肇源於民事舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性之概括規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，為因應傳統型及現代型之訴訟型態，尤以公害訴訟、交通事故，商品製造人責任及醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則。是以受訴法院於決定是否適用該條但書所定公平之要求時，應視各該具體事件之訴訟類型特性暨待證事實之性質，斟酌當事人間

<sup>364</sup> 現代型訴訟，係現代社會所新產生的法律紛爭之訴訟，其意義未必明確，所涵蓋的訴訟類型為何，亦因論者而有異，但概念上包括公害訴訟、環境訴訟、消費者訴訟及醫療過誤訴訟。現代型訴訟具有複雜化、專業化以及巨大化之特徵，以及傳統之訴訟案件（以有關於財產權之訴訟為其典型）所欠缺之特質，而合稱為現代型訴訟。而之所以會有「現代型訴訟」的概念出現，是因傳統型訴訟的概念或者救濟方式已產生緩不濟急的可能，才需要以新的思維和新的方式來解決新時代的不同議題下所生的現代型紛爭，以因應時代的進步、科學的發展以及社會產生的新現象。參閱劉玉中，「證據保全之認知與運用」，玄奘法律學報，第 2 期，2004 年 12 月，13 頁，註 27；宗志強，「民事醫療糾紛舉證責任之研究」，2007 年銘傳大學法律學系碩士班碩士論文，141-143 頁。

能力、財力之不平等、證據偏在一方、蒐證之困難、因果關係證明之困難及法律本身之不備等因素，透過實體法之解釋及政策論為重要因素等法律規定之意旨，較量所涉實體利益及程序利益之大小輕重，按待證事項與證據之距離、舉證之難易、蓋然性之順序（依人類之生活經驗及統計上之高低），並依誠信原則，定其舉證責任或是否減輕其證明度，進而為事實之認定並予判決，以符上揭但書規定之旨趣，實現裁判公正之目的。若與該條但書所定之本旨不相涉者，自仍適用該本文之規定，以定其舉證責任。」可知醫療糾紛事件非屬於傳統訴訟事件，而是屬於現代型訴訟中的一種，實因訴訟上有著強烈的證據偏在情況。

## 第二項 被害人在醫療過失訴訟中舉證之困難性

在醫療過失訴訟中，經常發生被害人舉證困難之情形，使身為原告之病患，對於做為請求權基礎之構成要件事實，因為無法舉證而未能獲得應得之賠償，歸納其原因包括<sup>365</sup>：（一）醫病專業地位差距，專業知識掌握度明顯落差。（二）訴訟所須相關事證等證據通常偏在醫方，致被害人取證困難。（三）司法機關移送鑑定時之相關物證保全不足，法律的判斷係奠基於鑑定機關的鑑定事實上。（四）病人因缺乏專業知識，要在醫療訴訟中具體指證醫療提供者的錯誤有其困難，而此一專業知識之不平等，尚且不能因聘請律師而扭轉頹勢。（五）當病患在手術及治療期間，乃置於醫師（或醫院）所能掌控之領域，相關人員、設備之安排與使用，皆為醫師所能且應負責者；即關於醫療過程中病歷之記載及診斷結果確保乃亦均由醫師所主宰，而非病人所能參與及影響。（六）醫療糾紛係屬非常專門領域之紛爭，對於未受有該項專業訓練的職業法官而言，因欠缺醫療專業知識，除不易精確掌握該項紛爭關鍵的爭點判斷，亦對醫師所為陳述或對鑑定人所提供之意見欠缺審查之能力，此時病患即無從藉由法官的闡明而獲得救濟。（七）無論原告主張之請求權基礎為契約責任或侵權責任，適用規範理論之結果，原則上均應由原告對於被告之可歸責性及因果關係負舉證責任，而未對部分類型事件減輕或轉換原告之舉證責任，以維護病患權益。（八）醫師對於法律知識之缺乏，或基於醫師職業慣性，故未對診斷結果調查與確保及文件義務之製作、保管等

<sup>365</sup> 參閱姜世明，「醫師民事責任程序中之舉證責任減輕」，月旦民商法雜誌，第6期，2004年12月，6頁；丁中原，「淺談醫療過失訴訟之舉證責任分配」，律師雜誌，第217期，1997年10月，92頁。

多加用心，致造成事後證明困難，此一不利益若歸於病人負擔，即屬不公平。

(九) 由於醫療行為本身具有不確定性及不可掌握性之特殊性因素，使得患者不易瞭解診療內容，益使病人之舉證發生困難，而在訴訟中居於不利地位。(十) 在醫療過失訴訟中，其他醫生通常都不願擔任原告（即病患）之專家證人（expert witness），提供其專業知識而成為對被告醫生不利的證人，更增加病人之舉證困難。綜上，由於病患欠缺專業醫學知識、或對醫療行為的內容無從知悉（如手術麻醉、昏迷）、或因證據偏在、舉證困難，使得患者在訴訟上之攻擊防禦能力處於弱勢的地位，而無法達到憲法上「武器平等」<sup>366</sup>的要求。

### 第三項 依規範理論分配舉證責任易產生不公平之結果

規範說（特別要件說）雖較民事訴訟法第 277 條之文字清楚，惟仍有其缺點，即適用僵化、可能造成個案正義難以伸張，例如：若病人於手術過程中死亡，死後亦未進行病理解剖，該病患家屬起訴時控告手術醫師或麻醉過程有醫療過失，倘以侵權行為為請求權基礎，則依規範說（特別要件說）此時原告須證明醫師有過失、違法性、以及因果關係等侵權行為請求權發生要件，但在受害病患已死亡，家屬難以察知損害發生時之事實狀況，且相關事證均偏在醫師一方下（如麻醉時病人處於非意識清醒狀態、開刀過程家屬不能進入開刀房及麻醉、手術等相關紀錄由醫方保管等），此時若要求患者或其家屬就權利發生之特別要件事實提出證明，即對於醫師之醫療行為是否具有過失提出證據證明，除非是明顯重大之醫療疏失，否則原告幾無勝訴之可

<sup>366</sup> 所謂「武器平等原則」，係指在訴訟程序上，必須保障兩造享有地位平等、機會平等、以及風險平等，此係源自於憲法上平等權保障之要求。就地位平等而言，係指當事人不論係攻擊者（原告）或防禦者（被告），亦不論其在訴訟外之實體法律關係是否有上下從屬關係，在訴訟上，均享有相同之地位。就機會平等而言，則指當事人享有平等地接近、利用法院之機會，以及提出攻擊防禦方法之機會。就風險平等而言，則指訴訟之勝敗風險，對兩造當事人應為平等之分配，不應由一造負擔較高之敗訴不利益風險。前述各項平等，不僅須為形式上之平等，亦須為實質平等之保障，使有意主張權利之人均能有機會使用訴訟制度，並得排除其主張權利之障礙。為使當事人能有平等提出攻擊防禦方法之機會，落實憲法上平等原則之要求，我國於 2000 年修正之新民事訴訟法於證據法部分，增加不少新的規定，例如：強化法院之闡明義務（民訴法 199、199 之 1、296 之 1 條）、當事人之解明事案協力義務（民訴法 266 至 286 條）、舉證責任調整（民訴法 277 條但書）、證明妨礙（民訴法 282 之 1 條）、損害額之酌定（民訴法 222 條第 2 項）、法院依職權調查證據（民訴法 288 條）、課持有文書之當事人或第三人負有文書提出義務（民訴法 344、345 條）、勘驗協助義務（民訴法 367 條）、鑑定制度之健全化（民訴法 330、334、337 條）等修正，皆是為了落實武器平等原則的相關法規範；惟此等規定，於醫療訴訟上究竟應如何具體適用，在考量醫療訴訟所具有之特性下，則有進一步觀察及評估之必要。參閱沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第 127 期，2005 年 12 月，28-29 頁；沈冠伶，「民事證據法與武器平等原則」，初版一刷，元照出版社，2007 年 10 月，92 頁。

能。

## 第四項 過度依賴醫療鑑定機關意見

我國實務上醫療過失的認定，不論民事或刑事訴訟，常需藉助醫療專業加以鑑定，故鑑定報告在醫療糾紛訴訟中不僅位居重要地位，且往往左右訴訟的勝敗。蓋因醫療過失之判斷涉及許多專業知識，而在法官或律師欠缺醫學專業背景下，僅能仰賴醫療鑑定提供專業意見，致公正性不被充分肯認。此外，鑑定過程不透明、鑑定名單不公開、亦不受理雙方當事人到場說明，且醫審會的鑑定報告作業流程皆為書面，未充分賦予當事人直接詰問的程序保障，鑑定意見僅針對所詢事項等，可知現行醫療法所規定之醫療鑑定制度仍存在不少爭議。

## 第三節 訴訟上醫療過失舉證責任分配的調整

### 第一項 前言

不可否認的是，在醫療過失訴訟中主張權利者，無論主張之請求權基礎為契約責任或侵權責任，原則上均應由原告對於被告之可歸責性及因果關係負舉證責任；但由上述內容可知，我國目前醫療糾紛使用民事訴訟作為紛爭解決之途徑，具有病患難以舉證、適用民訴法舉證責任之分配原則易導致不公結果，以及過度仰賴醫療鑑定機關意見等有待改進問題。對此問題的解決，德國及美國發展出一些舉證責任減輕之方式，可供我國參考，以解決醫療訴訟舉證責任分配不公之現況，實現訴訟法上武器平等原則。因此，以下擬先介紹美、德等國相關理論及我國法之適用現況。

### 第二項 美國法

#### 第一款 事實說明自己法則<sup>367</sup>

##### 第一目 事實說明自己法則之起源

事實說明自己法則（*res ipsa loquitur*），始於英國法，後為美國法院所繼

<sup>367</sup> 參閱陳聰富，「醫療訴訟之舉證責任－最高法院 98 年度台上字第 276 號民事判決評釋」，法令月刊，第 61 卷第 4 期，2010 年 4 月，37-40 頁；陳聰富，「美國醫療過失舉證責任之研究」，政大法學評論，第 98 期，2007 年 8 月，183-227 頁；陳聰富，「美國醫療過失舉證責任之研究」，收錄於朱柏松等 5 人合著，「醫療過失舉證責任之比較」初版一刷，元照出版有限公司，2008 年 5 月，159-199 頁。

受，此原則之建立始於西元 1863 年之 *Bryne v.Boadle* 一案，而其較為具體之判準則於西元 1865 年的 *Scott v.London & St.Katherine Docks Co* 一案中建立，該案之原告為海關人員，至被告倉庫中進行檢查時，因數袋糖包掉落擊傷原告，致其產生永久性傷害，因而提告。該案法官認為：本案應適用事實說明自己法則，蓋任何人對於自己倉儲中保管之木桶，必須注意避免其掉落。被告使用該建物，木桶在其管理之中，且被告對於其受僱人具有監督責任。從而木桶掉落之事實，即足為過失之表面證據（*prima facie evidance*），原告無須舉證：若無被告之過失，該木桶即不會掉落。本件被告應推定為具有過失，但被告得舉證與過失不相符合之其他事實，以免除過失責任。

## 第二目 事實說明自己法則之要件

此原則適用之前提要件有三：（一）如無被告之過失行為，系爭損害通常不會發生。（二）被告對於損害發生之工具或方法，具有排他性的控制力。（三）原告對於損害之發生，必須無故意行為或具有任何原因力。除此之外，有些判決還要求，對於損害發生之原因，被告比原告更有說明之可能性<sup>368</sup>。關於第一項要件，美國多數法院認為，醫療事故案件得適用專家證言，以推論被告之過失存在。第二項要件所謂「被告具有排他性控制力」，就此要件之成立，原告必須證明兩件事實：1. 系爭工具或方法事實上造成原告損害；2. 造成原告損害之系爭工具或方法，於被告之排他性控制之下。所謂的排他控制力，應從寬解釋，只要被告具有不可推卸之管領義務即可，並非意指被告必須事實上控制該器具或方法。此外，在多數被告共同侵權行為之案件，醫師與其他醫師或護士之間，互為使用人，只需多數被告對於被害人均負有避免損害發生之注意義務，即應認為全部被告均推定為具有過失，而轉由被告舉證免責。在第三項要件則認為，除非原告對於損害發生具有原因力，否則即有本法則之適用。

## 第三目 事實說明自己法則之建立

本原則於醫療訴訟上之適用，一開始係依據情況證據，基於一般人的知識經驗判斷，足可判定被告行為具有過失者，主要有以下兩種基本類型：（一）手術過程中，將醫療器械或紗布留置於病患體內：例如在 *Johnson v. Ely*<sup>369</sup> 乙

<sup>368</sup> 參閱沈冠伶，「民事證據法與武器平等原則」，初版一刷，元照出版社，2007 年 10 月，106 頁。

<sup>369</sup> *Johnson v. Ely*, 205 S.W. 2d753 (Tenn. Ct. App. 1947)；轉引自李小芬，「醫療民事責任因果關係之研究」，



案，病患因盲腸手術後發生不適，嗣經檢查結果，發現係因手術用的縫針留在病人體內所引起。法院即因病人於手術時是在醫師的排他控制下，而縫針於術後竟留在病人體內未取出，任何外行人都可理解如非醫師有過失，則不會發生此種情況，而認為本案有「事實說明自己」法則的適用。(二) 在與手術不相關的部位受傷：例如病患接受手術時，其腿部及生殖器卻因手術而損傷，法院認為，病患於開刀房中，因麻醉處於昏迷狀態，縱使原告未指出被告之特定過失行為，仍得認為原告之請求權存在<sup>370</sup>。

如前所述，事實說明自己法則之適用，是基於一般人的知識經驗判斷，即可判定被告行為有無過失；然而隨著實務發展，因醫療科技的發展漸趨多樣性與複雜性，普通一般人無法瞭解高度專業及技術性的醫療行為，故目前美國多數法院認為，於醫療事故案件得適用專家證言，同時適用事實說明自己原則，以推論被告醫師是否具有過失。例如，在States v.Lourdes Hosp.乙案<sup>371</sup>，病患在進行卵巢囊腫切除手術後，發現右肩、右手臂、右手掌及身體右側發生疼痛。被告抗辯原告並無證據證明手術中有任何不當行為。原告之專家證人則證稱，手術中原告手臂不當放置，為傷害發生之原因。二審法院雖然認為，本件醫療過失必須由專家證明，因而不適用事實說明自己原則。但第三審法院認為，專家證言得與事實說明自己原則並存，且「專家證言得在陪審團的普通常識及醫生的普通常識之間，構築橋梁，而彌補其差異。」

#### 第四目 事實說明自己法則在訴訟上的法律效果

<sup>372</sup>適用事實說明自己法則時，不僅推定過失存在，並推定因果關係存在，法官因而必須將案件交由陪審團認定事實，其在訴訟上的法律效果，各州法院之見解不同，主要可分為：(一)「可推翻的推定說」(rebuttable presumption)，被告必須舉證以推翻過失之推定，否則陪審團即需認定被告具有過失，而判決原告勝訴。(二)說服責任(burden of persuasion)轉換說，亦即原告引用「事實說明自己」法則後，只需舉證百分之五十的可能性，即

---

2008年國立台灣大學法律學研究所碩士論文，157頁。

<sup>370</sup> Holiday v. Peden, 359 So.2d 640 (La. Ct. App. 1978)；轉引自陳琬渝，「論建立符合強制醫療責任保險制度之醫療鑑定及舉證責任制度」，萬國法律，第162期，2008年12月，25頁，註47。

<sup>371</sup> 2003 N.Y.LEXIS 954 (May 6, 2003.)；轉引自陳聰富，「美國醫療過失舉證責任之研究」，政大法學評論，第98期，2007年8月，203頁。

<sup>372</sup> 參閱陳聰富，「醫療訴訟之舉證責任－最高法院98年度台上字第276號民事判決評釋」，法令月刊，第61卷第4期，2010年4月，38頁。

認定被告具有過失，而不再適用優勢證據原則。(三)「允許的推論說」(permissible inference)，即陪審團有裁量空間，其得認為被告之不法行為乃造成原告損害發生之原因；但亦可不如此認定。此見解為美國多數法院所採。依據此說，原告病患對於其因醫療過程中造成之傷害，雖然無法以直接證據證明係因被告醫師之過失而造成，或無法證明該傷害與被告醫師之醫療行為是否具有因果關係。但只需原告依據事實情況證據，輔以專家證言，得以認定被告醫師之行為，為原告損害發生之可能原因時，原告之主張即得經由陪審團推論，認定被告醫師對於原告之損害具有過失及因果關係存在。此時，除非被告對於原告之損害，提出充分之證據，證明原告受害之原因，非因其過失行為所致，否則即應負擔損害賠償責任。

關於原告之舉證程度，美國法院認為只要原告舉證之事實，足以認為被告之過失，為損害事故最可能的解釋，即可適用事實說明自己法則。原告無須明確證明係被告之何種過失行為，導致損害發生。然而，在其他原因與被告之過失，均可能為損害事故之合理原因時，則無本原則之適用。<sup>373</sup>

## 第二款 我國實務上的運用

我國實務裁判於醫療訴訟採取事實說明自己法則者，首見於台灣台北地方法院 89 年度重訴字第 472 判決「子宮肌瘤手術後致切除左腎案」。

### 第一目 案件事實

原告因患有子宮肌瘤於民國 87 年 4 月至被告醫院就診，由該院婦產科主任為其進行子宮肌瘤切除手術，因被告醫師於手術中止血不慎，致原告大量失血，且被告醫師亦未替原告裝上引流管將多餘血液及體液排出體外，使得原告整個腹腔蓄積大量血液及體液而受嚴重感染引發腹膜炎，同時左側輸尿管也遭被告手術器械損傷，以致原告因左側輸尿管阻塞而有排尿困難、左腎發生腎水腫情形。為補救被告醫師手術不當所致之傷害，經轉診，由同院泌尿科醫師為原告進行左側輸尿管重建手術，並為找出輸尿管狹窄原因，與放射科醫師共同為原告進行顯影照相。為進行照相，醫師必須先關閉原告之排尿管開關，並注入顯影劑至原告體內。詎檢查完畢後，泌尿科醫師竟疏忽未開啟原告排尿管開關，使原告尿液無法排出，顯影劑回流至左腎內而發生

<sup>373</sup> 參閱陳聰富，「美國醫療過失舉證責任之研究」，收錄於朱柏松等 5 人合著，「醫療過失舉證責任之比較」，初版一刷，元照出版有限公司，2008 年 5 月，199 頁。

尿路敗血症。接著又為重建左側輸尿管及挽回腎功能，原告陸續接受輸尿管手術計 12 次；然因原告之左側輸尿管狹窄始終無法重建，左腎水腎情形嚴重，腎功能幾乎完全衰退，終至民國 88 年 7 月經由手術摘除左腎。

## 第二目 判決理由

法院認為：「關於侵權行為之故意或過失，基於侵權行為法均採過失責任主義，原則上應由主張此一有利於己事實之被害人或原告，負舉證之責。惟本院認為本件醫療事故原告之舉證責任應予減輕，而依原告所提出之證據資料，應足以認為原告已經舉證證明被告甲○○之過失，及其過失行為與損害結果間之因果關係存在，其理由如左：……查原告係因子宮肌瘤至被告醫院就醫，並由被告甲○○醫師為其進行子宮肌瘤手術，原告除因手術之需而切除子宮及摘除右側卵巢外，最後尚切除左側腎臟，此為兩造所不爭。依本件病歷內之八十七年五月八日『會診請求單』之『簡單病史』，被告台大醫院之○○○醫師記載：『…手術後引起左邊輸尿管狹窄…』；八十七年五月十一日『出院病歷摘要』…『併發症』記載『輸尿管狹窄引發左腎水腫；傷口感染』等語，有原告提出且為被告所不爭之會診請求單、出院病歷摘要影本及其譯文在卷可考。足見原告左側輸尿管狹窄，係因先前子宮肌瘤切除手術所引起，且因輸尿管狹窄引發左側水腫，傷口有感染現象。經本院將本件送交行政院衛生署醫事審議委員會鑑定結果，鑑定意見認定『輸尿管狹窄』係指輸尿管之內徑變窄小，導致腎臟排出之尿液無法順利通過，其為一種疾病型態，有該會九十年九月二十五日衛署醫字第○九○○○五七八三九號書函所附之九○一四三號鑑定書在卷可稽，又依該鑑定書之意見，本件原告左腎摘除之原因，係因左腎皮質嚴重萎縮、慢性腎盂腎炎、腎小管萎縮，造成左腎功能嚴重不足而摘除，再者，鑑定書並認為子宮肌瘤切除手術約百分之一會傷到輸尿管，足見子宮肌瘤手術通常情形並不會傷及輸尿管，詎被告甲○○於手術過程中殊未注意，造成原告輸尿管發生狹窄，進而引發左腎水腫，依上述各節，應認原告已經舉證證明被告甲○○有過失。再自結果以觀，原告係因子宮肌瘤而至被告醫院就醫並接收手術治療，一般而言，子宮肌瘤（或卵巢畸胎瘤）病症之必要手術，或應包括子宮切除及卵巢摘除，然通常情形，其手術結果或產生之影響應與泌尿系統之腎臟無關，其竟於手術後發生『輸尿管狹窄』之現象，並因而接受多次輸尿管手術（見原告所提出之手

術情形附表)，最後進而必須切除左腎，依英美法侵權行為法或醫療事件中所謂『Res ipsa loquitur』(『事實說明自己』或『事情本身說明一切』)之法則，亦應減輕或緩和原告之舉證責任。本件原告已經證明系爭事故之發生，除非係因醫事人員欠缺注意，否則通常情形不會發生，其事故發生之情形又完全在被告之掌控範圍內而無其他因素介入，且原告係因子宮肌瘤病症入院治療，卻因輸尿管狹窄而造成腎臟嗣遭切除，自應認為其舉證責任已經足夠，故原告主張被告甲○○於子宮肌瘤手術過程中具有過失，應可採信。」

在上開判決中，台灣台北地方法院認為，本件原告已經證明（一）系爭事故之發生，除非是因醫事人員欠缺注意，否則通常情形不會發生（該事件必須若無過失通常即不會發生者）。（二）事故發生之情形又完全在被告之掌控範圍內。（三）無其他因素介入。且子宮肌瘤切除手術約百分之一會傷到輸尿管，足見子宮肌瘤手術通常情形並不會傷及輸尿管，而其手術結果或產生之影響應與泌尿系統之腎臟無關，孰料原告最後竟遭左腎切除，而認為依原告所提出之證據資料，應足以認為原告已經舉證證明被告之過失，因而適用事實說明自己法則<sup>374</sup>。

### 第三項 德國法

在德國，有關醫療過失舉證責任之問題，原則上仍就規範說之舉證責任分配原則加以適用，即被害人（病人）應就其主張之權利（不論是契約或侵權行為請求權）之發生要件，包括醫療過失、醫療過失與損害間之因果關係以及醫師或醫療機構有可歸責性等構成要件，負舉證責任。惟為兼顧病患與醫師或醫院在醫療資訊、專業上的極度不對稱，以及病人取得證據的困難性，德國於醫療訴訟實務上，愈來愈透過武器平等原則以及在訴訟上平等分配風險的公平要求，致力減輕或合理轉換病人的舉證負擔，以公平合理分配舉證責任。主要包括以下制度：表現證明原則、證明妨礙制度、重大醫療瑕疵原則以及危險領域理論<sup>375</sup>，茲分述如下：

<sup>374</sup> 本案上訴後，台灣高等法院 91 年度上字第 371 號民事判決為一部廢棄判決，但不再論「事實說明自己」法則之可適用性，而依間接證明之論證方式為之。參閱姜世明，「表現證明在我國實務上運用之評估—兼論其與事實說明自己原則之區辨民事訴訟法研究會第一百零二次研討紀錄」，法學叢刊，第 54 卷第 1 期，2009 年 1 月，154 頁，註 4。另學者沈冠伶就本案之相關論述請參閱氏著，「民事證據法與武器平等原則」，初版一刷，元照出版社，2007 年 10 月，106 頁。

<sup>375</sup> 參閱詹森林，「德國醫療過失舉證責任之研究」，收錄於朱柏松等 5 人合著，「醫療過失舉證責任之比較」，初版一刷，元照出版有限公司，2008 年 5 月，50-69 頁；沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月

## 第一款 表現證明原則

### 第一目 表現證明之概念

表現證明係由德國實務發展形成概念，主要是為減輕醫師民事責任程序中被害人對於侵權行為可歸責性之舉證責任<sup>376</sup>。所謂表現證明原則，乃指法院依據經驗法則，有特定之事實，即發生特定典型結果者，則於出現該特定結果時，法官在不排除其他可能性之情形下，得推論有該特定事實存在<sup>377</sup>。故表現證明的前提是存在有所謂的「典型的事件過程」，是指由生活經驗證明過的相同形式的過程<sup>378</sup>。例如貨車司機將貨車開上人行道撞傷行人，將貨車開上人行道之客觀事實，於一般生活經驗無其他特殊原因時，通常可以推斷該司機有故意過失之事實<sup>379</sup>。

### 第二目 表現證明原則於醫療訴訟上之適用

表現證明最初僅適用於侵權行為訴訟，以解決被害人對於故意過失舉證困難之問題，其後並擴張及於因果關係證明之領域。故表現證明原則不僅適用於認定醫療瑕疵與病人損害間之因果關係，亦適用於認定醫師或醫院之過失。以下舉數例說明：

#### 一、 過失之表現證明<sup>380</sup>

(一) 病人主張其於接受手術後，竟然發現手術部位遺留棉花棒、手術刀等物品，並因而受有損害，若被告無法舉證其他「非典型事由」可能導致相同結果，以動搖法院之推論，法院得基於自由心證而認定該手術工具係屬於醫療人員之過失而遺留於病人體內。(二) 病人於牙科手術時，吞下一支未固定之神經針，則推定醫師有過失。(三) 在外科手術使用熱燒灼器卻生

且法學雜誌，第127期，2005年12月，29-49頁。

<sup>376</sup> 參閱姜世明，「醫師民事責任程序中之舉證責任減輕」，月旦民商法雜誌，第6期，2004年12月，23頁。

<sup>377</sup> 參閱詹森林，「德國醫療過失舉證責任之研究」，收錄於朱柏松等5人合著，「醫療過失舉證責任之比較」，初版一刷，元照出版有限公司，2008年5月，56頁；詹森林，「德國醫療過失舉證責任之研究」，台北大學法學論叢，第63期，2007年9月，66-67頁。

<sup>378</sup> 參閱吳從周，「醫療過失舉證責任的實務新發展：醫病鬥『法』第二回合—簡評最高法院九六年台上字第二七三三號判決」，台灣法學雜誌，第109期，2008年8月，265頁。

<sup>379</sup> 參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004年1月，211頁。

<sup>380</sup> 參閱詹森林，「德國醫療過失舉證責任之研究」，收錄於朱柏松等5人合著，「醫療過失舉證責任之比較」，初版一刷，元照出版有限公司，2008年5月，56頁；沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第127期，2005年12月，39頁。

皮膚灼傷時，則推定係醫師未注意使用規則而有過失。(四) 在肌肉注射後立即出現麻痺現象時，亦推定有過失。

## 二、 因果關係之表現證明<sup>381</sup>

(一) 醫師在病人肩關節之關節內注射腎上腺皮質素，因注射部位化膿引起患者受傷害，依通常之生活經驗判斷，若非出於醫師之過失，患者不可能因注射產生化膿之結果，故推定兩者間有因果關係。(二) 醫師對骨折病患綁上石膏繃帶，於病人出現血液循環不良時因過慢移除繃帶，致發生組織壞死情形並進而截肢，則推定截肢結果與未拆除繃帶之間具有因果關係。(三) 在肩難產案件，助產士僅採取較大力量轉動並牽引胎兒方向，而未由醫師採取會陰切開處置，則於出生後之嬰兒與卡住之肩部發生神經叢損害之結果時，推定損害與接生過程之處置不當，具有因果關係<sup>382</sup>。

## 三、 德國實務運用表現證明之重要案例<sup>383</sup>

德國實務運用表現證明原則而減輕病人舉證責任之重要案例為傳染與麻醉之情形。就傳染案例而言，其適用要件為：原告因被告之行為，致長期或密集與帶菌者接觸後，發生與該帶菌者相同之病症。如被告之行為導致有多數病人出現相同症狀時，更可正當化表現證明原則之適用。故原告經被告醫院將其安排與患有猩紅熱、面部丹毒或結核菌之病人共住同一病房後，若出現相同症狀，即得適用表現證明原則，推論原告係因與該傳染病患共用病房而傳染。就麻醉案例而言，病人被麻醉後，支氣管痙攣，但麻醉師卻未採取防範胃液回流之措施，則適用表現證明原則，應認定病人因而所受損害，與該麻醉師之過失有因果關係。

## 第三目 表現證明在訴訟上之法律效果<sup>384</sup>

表現證明之法律本質，於學說及實務上，始終存有爭議，有證據評價說及舉證責任分配轉換說。依德國聯邦最高法院及學說之多數說，表現證明係歸類於證據評價，並視其為證據評價規則 (eine Beweiswürdigungsregel)。由

<sup>381</sup> 參閱姜世明，「表現證明之研究」，政大法學評論，第 104 期，2008 年 8 月，237-238 頁。

<sup>382</sup> 參閱沈冠伶，「民事證據法與武器平等原則」，初版一刷，元照出版社，2007 年 10 月，106 頁。

<sup>383</sup> 參閱詹森林，「德國醫療過失舉證責任之研究」，收錄於朱柏松等 5 人合著，「醫療過失舉證責任之比較」，初版一刷，元照出版有限公司，2008 年 5 月，56-58 頁。

<sup>384</sup> 參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004 年 1 月，421-423 頁。

於表現證明非屬舉證責任轉換，因此駁斥表現證明並不須為「相對部分證明<sup>385</sup>」，而僅須提出反證以動搖法官之心證即可。蓋表現證明所依據的雖係高度蓋然性之生活經驗原則，然非指法官形成心證僅為蓋然性證明（Wahrscheinlichkeitsbeweis）而已，乃如其他證據一般，法院應就待證事實形成完全確信。若法院認為某事實僅存在蓋然性時，而尚未就之形成確信，則表現證明即視為未提出，負舉證責任者仍應就待證事實提出完整說明之義務。

#### 第四目 我國實務上的運用

於我國醫療訴訟之實務判決上，尚無單獨引用表現證明原則；但併合運用表現證明及事實說明自己法則者有台灣台北地方法院95年度醫字第5號民事判決「產後拔牙麻醉變植物人事件」<sup>386</sup>。

##### 一、案件事實：

原告為年輕之健康女性，於產後2個月因下排智齒疼痛而前往熟悉的醫院就醫，被告醫師在明知病患甫生產完畢2個月之情形下，並未於手術前對病患說明各種治療之可能性，亦未說明若拔牙則須施打麻醉注射劑，且未解釋該麻醉注射劑內含腎上腺素，一旦注入血管後，會引起血管升壓，尤其是懷孕前後的婦女會有較強烈的反應，致病患在不知情下接受拔牙手術。結果牙醫師為其注射麻醉針劑後數分鐘內，即陷入昏迷，最後成為永久性植物人。

##### 二、判決理由

就因果關係部分，法院認為：「就比較法觀察，在醫療事故因果關係之認定，德國聯邦最高法院係採取表現證明原則，以減輕病人之舉證責任，亦即依據經驗法則，有特定之事實，即發生特定典型結果者，則於出現該特定結果時，法院於不排除其他可能性之情形下，得推論有該特定事實存在；且德國實務運用表現證明原則之重要案例，為傳染與麻醉之情形。……雖然並無證據證明被告於施打系爭麻醉注射劑時，有何種特定行為未妥適進行，亦

<sup>385</sup> F.Hoffmann, a.a.O., S. 73. 相對部分之證明，須使法官形成確信，但反證者，僅須達動搖本證之心證之程度即可。參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004年1月，423頁，註40。

<sup>386</sup> 本案台北地方法院審理後，判決醫師應賠償一千一百六十二萬多元；此外，家屬除提起民事訴訟外，亦控告被告牙醫師涉及業務過失重傷害罪，由於衛生署醫事審議委員會鑑定結果認定醫師沒有疏失，檢方已不起訴處分。因拔牙智齒麻醉成為植物人的詹○雲，在北縣佑林醫院安養。她無法言語，僅能眨眼示意。

即雖無證據證明被告將系爭麻醉注射劑注入原告之血管、其注射時間與劑量不當、原告於妊娠後兩個月就系爭麻醉注射劑有強烈反應；但因麻醉之目的在於輔助拔牙之實施，並應確保原告於麻醉後能安全地甦醒，沒有不可挽回之合併症發生，而被告之麻醉行為明顯未達成目的，且原告年輕健康，在被告不具可歸責性時，應不致於發生中風之傷害，因此應認為原告之損害，與被告之義務違反間，有相當因果關係。」本判決認為，原告年僅 30 歲，無任何心血管疾病，也無藥物過敏病史，且過去手術時亦曾施打過系爭麻醉注射劑，並未有任何異狀。此次，原告於產後 2 個月進行下排智齒拔牙手術，而被告醫師始終無法證明其沒有將麻醉劑注入血管內，但因原告於實施麻醉後數分鐘內即出現頭痛、暈眩症狀，隨即喪失意識，顯然可認定麻醉藥劑注入血管與原告昏迷成為植物人，兩者間有因果關係。

由於表現證明原則之運用必須有一典型事項之經過情形始被考慮；然而，鑑於人體體質殊異、醫療處置之條件有所不同，在醫療訴訟，基於個案之情形，一般難有所謂「典型事項經過」的存在，而不適用表現證明原則。而且，縱然有表現證明原則之適用，但醫師本於其專業知識，較容易提出存在有一反於典型因果歷程之證據，而推翻過失或因果關係之推定，是以病人藉助表現證明原則而在醫療訴訟勝訴之案例，其實有限<sup>387</sup>。由於此制度仍屬有利於病人之利器，故學者指出，其價值仍應值得肯認<sup>388</sup>。

## 第五目 表現證明與事實說明自己法則之異同

表現證明與事實說明自己法則，在舉證責任減輕之要件下，有其類似之處，例如，前者係依據典型事象經過之經驗法則下進行推論，後者亦是要求原告需證明「如無被告之過失行為，系爭損害通常不會發生」之經驗法則，故二者均要求須具有一般經驗上之典型性。但在法律效果上，如事實之認定之主體與證明度的要求，則顯有差異<sup>389</sup>。

首先，在事實認定之主體上，德國係由法官認定事實，主要是對於經驗法則之評價，屬於法官自由心證範圍內對經驗法則之運用，屬於證據評價之

<sup>387</sup> 在德國有統計資料顯示，否定表現證明適用之裁判多於肯定者三倍以上。參閱沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第 127 期，2005 年 12 月，39 頁。

<sup>388</sup> 參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004 年 1 月，427 頁。

<sup>389</sup> 參閱沈冠伶，「民事證據法與武器平等原則」，初版一刷，元照出版社，2007 年 10 月，109 頁。



範圍；而在英美法則係由陪審團認定事實，因而事實說明自己法則乃決定陪審團與法官之責任分工，亦即決定是否有必要交由陪審團認定事實。<sup>390</sup>

其次，於法律效果上，由於兩國在要件事實所採之證明度並不相同，故在事實之推定被予以推翻之難易程度上，亦有所不同<sup>391</sup>。在事實說明自己法則中，英法乃適用優勢證據法則，亦即，只要法院對被告過失事實存在之蓋然性高於百分之五十，即可認定要件事實存在；而德國法的表現證明，對於證明度的要求需達高度蓋然性的程度，實則，法院應就待證事實形成完全確信，被告此時之反對證明，僅須動搖法院原已形成之確信即可，因此，其法效果並非舉證責任轉換<sup>392</sup>。故就證明度的減輕作用而言，美國法上的事實說明自己法則，會產生實質上舉證責任轉換之效果，而使得原告較容易證明過失或因果關係存在<sup>393</sup>。

最後，於適用之法規依據上，有學者主張，表現證明得直接援引我國民事訴訟法第 282 條為依據，事實說明自己法則則可透過解釋之方式，作為民事訴訟法第 277 條但書適用之判斷標準之一，而落實於審判實務中<sup>394</sup>。惟於醫療訴訟之實務上，觀之，台灣台北地方法院 95 年度醫字第 5 號民事判決「產後拔牙麻醉變植物人事件」，法院對於事實說明自己原則及表現證明原則，則是援引民事訴訟法第 277 條但書減輕原告之舉證責任<sup>395</sup>。

## 第二款 病歷資料的證明妨礙情況

病歷是醫療糾紛訴訟中最重要之書面證據，因此，欲證明醫師或醫院於醫療過程中有疏失，必須蒐集完整的病歷，尤其病歷關鍵內容遭醫方竄改之

<sup>390</sup> 參閱姜世明，「表現證明在我國實務上運用之評估—兼論其與事實說明自己原則之區辨民事訴訟法研究會第一百零二次研討紀錄」，法學叢刊，第 54 卷第 1 期，2009 年 1 月，170、179 頁。

<sup>391</sup> 參閱沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第 127 期，2005 年 12 月，40-41 頁。

<sup>392</sup> 參閱姜世明，「表現證明在我國實務上運用之評估—兼論其與事實說明自己原則之區辨民事訴訟法研究會第一百零二次研討紀錄」，法學叢刊，第 54 卷第 1 期，2009 年 1 月，151、170-171、179 頁。

<sup>393</sup> 參閱沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第 127 期，2005 年 12 月，41 頁。

<sup>394</sup> 參閱陳聰富，「美國醫療過失舉證責任之研究」，政大法學評論，第 98 期，2007 年 8 月，244 頁。

<sup>395</sup> 關於本判決之內容摘要如述：「依照美國多數法院見解，原告若能證明以下要件，即得適用「事實說明自己」原則，而推論被告過失行為存在，及被告行為與原告之損害間具有因果關係：(1)若無過失存在，原告之損害通常不會發生。(2)被告對於損害發生之方法，具有排他性之控制力。(3)原告對於損害之發生，並無故意行為或具有任何原因力。從而本院認為，本件原告就其損害與被告之違反從給付義務之間，究竟有無相當因果關係，仍應負舉證責任；但因被告具有豐富之醫學專業知識，而原告則完全欠缺該等知識，故兩造於訴訟上之攻擊防禦地位明顯不平等，且被告診所中所使用之設備及人員配置，均為被告所能掌握，而為原告所不能控制，因此本院認為應適用民事訴訟法第 277 條但書規定，減輕原告之舉證責任，而適用上述表現證明原則。此外被告本於其專業知識，應得以輕易舉出相反事證以動搖本院之心證，因此原告舉證責任之減輕，對被告而言，應無不公平可言。」

新聞<sup>396</sup>時有耳聞。因病歷依法被推定有證據能力，倘主張病歷內容記載不實，即須舉證加以推翻。故臨床上若醫療提供者違反醫師法或醫療法等相關規定，而有塗改、偽造、隱匿、銷毀或丟失病歷等情事，致待證事實陷於真偽不明，此時，於法理上是否可適用證明妨礙理論，以減輕或轉換當事人之舉證責任？不無斟酌之餘地。

## 第一目 證明妨礙之意義與法理依據

### 一、意義

在我國民事訴訟法中，即使於 2000 修正之前，在第 360、362 條<sup>397</sup>等規定早已蘊含證明妨礙之概念，惟未就要件及效果設一般性規定，而在 2000 年民訴法修正之後，於證據通則部分增訂第 282 條之 1，作為證明妨礙之一般性規定：「當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實（第 1 項）。前項情形，於裁判前應令當事人有辯論之機會（第 2 項）。」此乃證明妨礙制度之明文化，其目的在於防止當事人以不正當手段妨礙他造之舉證活動以取得有利之訴訟結果。該條第二項則為保障當事人程序主體權之規定，於法院依證明妨礙之規定課予當事人不利益時，應令當事人有辯論之機會<sup>398</sup>。在我國學說上通常將其定義為：不負舉證責任之當事人，在具備一定主觀歸責要件，於訴訟中或訴訟外之作為或不作為，將證據方法毀損、隱匿或妨害其利用，致使負有舉證責任之當事人因無法利用該證據而無法盡其舉證責任時，此時如依原來舉證責任分配原則使該負舉證責任之當事人承受敗訴判決將產生不公平之結果，從而在事實認定上，法院應如何調整雙方當事人利益之問題<sup>399</sup>。

<sup>396</sup> 最近一則為台北縣英仁醫院涉嫌僱用密醫不當急救害死 2 名病患，並偽造病歷詐領健保費。踢爆醫院黑幕的離職護士 A 解釋，泰山院區不只是病歷、連病人呼吸治療紀錄、每日護理紀錄都派人預先虛構，而檢警在搜泰山院區時，查扣數份疑似台北醫學院呼吸治療系肄業、僅有護士執照的密醫鍾○○填寫的病歷，還發現數十份病患的「未來病歷」……。資料來源參閱蘋果日報，網址：<http://tw.news.yahoo.com/>，查訪日期 2010 年 12 月 13 日。

<sup>397</sup> 第 360 條第 2 項（違反書寫命令之效果）及舊民訴法第 362 條文書妨礙之效果，即民訴法所規定證據妨礙之例。

<sup>398</sup> 本條增訂之理由。

<sup>399</sup> 參閱駱永家，「證明妨礙」，月旦法學雜誌，第 69 期，2001 年 2 月，12 頁；黃國昌，「證明妨礙」，月旦法學教室，第 25 期，2004 年 11 月，36 頁；許士宦，「證明妨礙」，月旦法學雜誌，第 76 期，2001 年 9 月，41-42 頁；姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004 年 1 月，281 頁。

## 二、法理依據<sup>400</sup>

民訴法第 282 條之 1 之立法理由示明：當事人以不正當手段妨礙他造之舉證活動者，例如故意將證據滅失、隱匿或有其他致礙難使用之情事，顯然違反誠信原則；為防杜當事人利用此等不正當手段以取得有利之訴訟結果，並顧及當事人間之公平，爰增設證明妨礙之總則性規定，使法院得審酌情形，認他造關於證據之主張或依該證據應證之事實為真實，以示制裁。由此可見，此條規定主要係以「誠信原則」以及「當事人間之公平」作為其法理基礎，均與「武器平等原則」相關<sup>401</sup>。同時依此規定，不僅對於妨礙文書使用之情形，而且對於當事人有妨礙他造舉證之其他行為者，法院均得審酌情形，認他造關於證據之主張或依該證據應證之事實為真實。

### 第二目 證明妨礙的構成要件

依民訴法第 282 條之 1 第 1 項規定，證明妨礙應具有下列構成要件：一、當事人；二、可歸責性；三、證明妨礙之行為；四、義務之違反；五、因果關係。

#### 一、當事人

關於證明妨礙的適用對象，大部分情形是適用於不負舉證責任的當事人，至於就負舉證責任的一方，可否適用則有爭議。蓋從文義上觀之，法條僅規定「當事人……」，並未特別指明行為主體係非負舉證責任之當事人，因此是否尚包括負舉證責任的當事人，則有疑義。就此，有學者認為於過失之證明妨礙，僅限於不負舉證責任之當事人負有協力義務時，始該當此類型；但在故意的證明妨礙，當事人雖無協力義務存在，惟可能以違反誠信原則，而該當故意證明妨礙<sup>402</sup>。亦有認為若負舉證責任之當事人為證明妨礙行為，導致無法就其所主張之事實為證明者，此時從舉證責任之分配即可解決問題，無須適用證明妨礙之規定<sup>403</sup>。或有主張妨礙使用證據，該證據無論為

<sup>400</sup> 參閱許士宦，「證明妨礙」，月旦法學雜誌，第 76 期，2001 年 9 月，441-45 頁；沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第 38 卷第 1 期，2009 年 3 月，166-167 頁。

<sup>401</sup> 而武器平等原則係源自於憲法上訴訟權保障之要求。就武器平等原則加以解說之學術專論，參閱沈冠伶，「民事證據法與武器平等原則」，初版一刷，元照出版社，2007 年 10 月，92-120 頁。

<sup>402</sup> 參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004 年 1 月，305 頁。

<sup>403</sup> 此可見於最高法院 19 年上字第 1039 號判例以及最高法院 43 年台上字第 377 號判例，參閱沈冠伶，「民事證據法與武器平等原則」，初版一刷，元照出版社，2007 年 10 月，175 頁。

當事人何造所執，如係他造所可使用，亦有證明妨礙的效果發生，惟其僅適用於故意之證明妨礙<sup>404</sup>。或認當負舉證責任之當事人，其所妨害者乃為他造就待證事實所進行之反證，此時是否全無必要適用證明妨礙法理處理舉證責任當事人，所為妨礙他造反證活動之不當行為，似有進一步檢討之步要<sup>405</sup>。

另外，若第三人有證明妨礙之行為，該非負舉證責任當事人亦應負責<sup>406</sup>。此乃基於第三人係雇主之手足延伸，該第三人所發生之經濟交易上之產值為雇主所享有，對其所生之不利益亦應歸由雇主負擔，始為合理；而此基於危險領域或組織歸責理論<sup>407</sup>，亦有相同之推論<sup>408</sup>。

## 二、可歸責性

### (一) 故意之證明妨礙

就故意證明妨礙而言，應注意在此所謂故意，應被理解為雙重故意，亦即，妨礙證明之當事人一方面係知悉且意欲使某一證據方法為滅失、隱匿或礙難使用致令負舉證責任當事人不能利用；另一方面亦明知因該行為而使對造不能舉證或難以使用該證據，排除該證據之證明功能。故證明妨礙之可歸責性之指涉內容，不僅涉及證據標的物之銷毀，且亦涉及證明功能之排除。<sup>409</sup>

### (二) 過失之證明妨礙

由於法條僅規定「故意」之態樣；而就過失證明妨礙則未明定，目前多數承認過失證明妨礙行為<sup>410</sup>，學說上認為即使在過失之情形，基於相同之「訴訟法上之誠信原則」以及「當事人間公平」的立法目的，當事人在訴訟上負有對事實調查的協力解明義務及證據調查上之協力義務，如違背前述義務而具有可歸責時，應負擔不利益之結果，因而過失行為亦應包括在內，而得類

<sup>404</sup> 參閱王甲乙、楊建華、鄭健才，「民事訴訟法新論」，三民書局有限公司，2004年9月，413-414頁。

<sup>405</sup> 參閱黃國昌，「證明妨礙」，月旦法學教室，第25期，2004年11月，36頁，註3。

<sup>406</sup> 參閱沈冠伶，「民事證據法與武器平等原則」，初版一刷，元照出版社，2007年10月，177頁；姜世明，「過失證明妨礙」，法學講座，第26期，2004年3月，74頁；參閱王甲乙、楊建華、鄭健才，「民事訴訟法新論」，三民書局有限公司，2004年9月，414頁。

<sup>407</sup> 參閱本文第3章第3節第3項第4款。

<sup>408</sup> 參閱姜世明，「過失證明妨礙」，法學講座，第26期，2004年3月，74頁。

<sup>409</sup> 參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004年1月，292-293頁，姜氏認為故意要件之該當並不容易，因而過失證明妨礙乃具有較高度之實用性；沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第38卷第1期，2009年3月，173頁。

<sup>410</sup> 惟有反對見解，參閱王甲乙、楊建華、鄭健才，「民事訴訟法新論」，三民書局有限公司，2004年9月，413頁，謂：「……若係出於過失或不可抗力者，則不生此效果，……。」

推適用民訴第 282 條之 1 的規定。<sup>411</sup>

### 三、證明妨礙之行為

證明妨礙之構成要件之一係當事人一造就證據之提出為妨礙行為，即「將證據滅失、隱匿或致礙難使用」。在證據上，就證人之證明妨礙，例如拒絕透露證人之所在；就勘驗物之證明妨礙，如將手術置留之紗布丟棄；就鑑定之證明妨礙，如拒絕將X光記錄提供鑑定<sup>412</sup>。

妨礙行為得以作為或不作為方式為之，至於該行為係在訴訟繫屬之前或繫屬中發生，並不影響證明妨礙之成立。在醫療訴訟上，於訴訟前醫師如未盡醫療紀錄作成及保存義務，或於醫治時，未就在醫學上無疑而重要之病徵予以發現提出與確保，以致事後就醫師醫療行為與病人健康損害間因果關係難以釐清；就訴訟中之證明妨礙行為，如將病歷毀棄。所應注意者，在訴訟前所謂過失證明妨礙行為，被認為行為人應認識該證據方法於將來訴訟將被利用時，始得該當。<sup>413</sup>

### 四、義務之違反

#### (一) 事案解明協力義務

新法將舊法所定「就當事人間法律關係所作者」，改成「就與本件訴訟有關之事項所作者」(民訴第 344 第 1 項第 5 款)，乃擴大當事人之文書、勘驗物等提出義務，使至一般義務，此項義務係訴訟法上義務。當事人在訴訟上不僅就其所執之文書、勘驗物應予供用或開示，即其就案情所具資訊亦應予開示。因為就事實而言，當事人本人通常為最知悉紛爭事實之人，故最有可能提供案情資料，為此，法院認有必要時，亦得詢問當事人，以其陳述作為證據，俾協助法院發現真實及促進訴訟，達到審理集中化之目的。而最高法院於 91 年度台上字第 2373 號判決中亦明白揭示，當事人就證據調查有協助義務：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第二百七十七條前段定有明文。又當事人對於證據之調查亦有協助之義

<sup>411</sup> 參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004 年 1 月，304-305 頁；沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第 38 卷第 1 期，2009 年 3 月，174 頁。

<sup>412</sup> 參閱沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第 38 卷第 1 期，2009 年 3 月，168 頁。

<sup>413</sup> 參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004 年 1 月，290 頁。

務，因此同法第三百四十四條第一項第四、五款明定：商業帳簿、就與本件訴訟有關之事項所作之文書，當事人有提出之義務。」<sup>414</sup>

## (二) 訴訟前之證據保持義務

在訴訟繫屬以前，當事人就將來之訴訟而可能成為證據者，不予以製作或不予以保存（消極不作為）時，是否亦屬協力義務之違背，茲分就一般之訴訟前證據保持義務，及個別之訴訟前證據保持義務予以論述。

### 1. 一般之訴訟前證據保持義務<sup>415</sup>

以醫療訴訟為例，如果是訴訟後才將病歷毀棄，則一定可適用證明妨礙的規定，其並無爭議；但在起訴前，能不能認為醫師應該要將病歷等視為未來可能當作證據，要求其加以製作、保存？就此，學者指出，若在紛爭未發生以前，即要求握有事案解明方法之當事人必須考慮到將來未必會進行訴訟，而保存所有可能之證據方法，似屬過苛。較合理的看法是如手術中已出現併發症或醫療瑕疵，而醫師可意識到未來將會發生訴訟，則當事人的證據保持要求就會被提升，此時醫師對該特定物負有證據保全義務，同時病歷製作之義務亦應予以強化。若當事人於訴訟前未注意保持該物而使之毀損、滅失時，則構成過失之證明妨礙<sup>416</sup>。

### 2. 個別之訴訟前證據保持義務<sup>417</sup>

訴訟前之證據保持義務，亦可基於法律規定、契約約定或習慣而生，不論行為人有無預見訴訟發生之可能性，只需違反法令或契約義務，即應受證據法上之不利益，此屬訴訟前之實體法上義務。有疑義的是，在違反醫療法

<sup>414</sup> 參閱沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第38卷第1期，2009年3月，169頁；許士宦，「證明妨礙」，月旦法學雜誌，第76期，2001年9月，44-45頁。

<sup>415</sup> 參閱沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第38卷第1期，2009年3月，170-171頁。

<sup>416</sup> 在德國，於醫療訴訟之證明妨礙被認為最具有指標性意義之裁判，莫過於「紗布案」。此案例之事實：醫師在第一次手術時將紗布留置在病患體內，後來第二次手術拿出紗布後，即隨手將之丟棄。此案中涉及紗布留置是否有過失之爭執，這就牽涉到紗布的大小、形狀，但因為紗布已被丟棄，自無可考，此時德國聯邦最高法院認為，紗布丟棄之行為雖然在訴訟以前，但因為開第二次刀取出紗布這件事，可預期會產生爭議，所以醫師應該將紗布加以留存，卻因紗布已遭醫師丟棄，而使得原告無法說明、證明該紗布之大小、形狀，此構成證明妨礙。資料來源：醫療法制論文研討會－法律學院邁向頂尖大學計劃活動，沈冠伶發言紀錄，月旦民商法雜誌，第20期，2008年6月，177頁。

<sup>417</sup> 參閱沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第38卷第1期，2009年3月，171-172頁；許士宦，「證明妨礙」，月旦法學雜誌，第76期，2001年9月，46頁。

第 64 條、第 71 條及醫師法第 12 條之規定時，是否在證據法上即屬違反個別之訴訟前證據保持義務，則與該義務之定性有關。假使認為醫院之病歷製作義務不具有證據保存之目的時，則不能僅因為違反此義務即認為構成證明妨礙，而僅有在可期待醫院（或醫師）得預見將有訴訟發生之可能，但仍以不作為方式不作成或保存病歷時，始可認為違背上述之一般證據保存義務，構成證明妨礙。

## 五、因果關係

欲成立證明妨礙，除需有證明妨礙行為及造成要件事實解明不能之結果外，尚須行為與結果間有因果關係始可<sup>418</sup>。若在證明妨礙之法理基礎係採訴訟協力義務違反論者，則須協力義務之違反與待證事實之不能解明，二者間具備因果關係，始可成立證明妨礙，否則，縱然違反協力義務，亦不能逕課以證明妨礙之制裁，例如：病歷上應記載之事項非為爭點，或對於裁判結果不具重要性時，縱疏忽未予以記載，亦不應課以證據法上制裁。<sup>419</sup>

### 第三目 證明妨礙的法律效果

關於證明妨礙之效果有採取<sup>420</sup>：一、「舉證責任轉換說」，認有證明妨礙之情事時，即將舉證責任轉由妨礙者負擔，使其受敗訴判決之危險。二、「證據評價說」，認為有證明妨礙之情事時，法院仍應依一般原則為證據調查，而依調查證據之結果及全辯論意旨，依自由心證認定待證事實的真實性。三、「折衷說」，有證明妨礙之情事發生時，原則上減輕舉證人證明責任，但於妨礙者故意致舉證人不能證明時，則轉換舉證責任。觀之，民訴 282 條之 1 立法理由謂：「……即法院得審酌當事人妨礙他造舉證之態樣、所妨礙證據之重要性等情形，依自由心證認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實，以示制裁」。由此看來，本條係採取證據評價之理論，亦即，就待證事實之客觀舉證責任分配，並未因證明妨礙事實之發生而改變，而由法院綜合訴訟上之各種情況，對於負舉證責任之當事人，在最終之心證上對其

<sup>418</sup> 參閱姜世明，「過失證明妨礙」，法學講座，第 26 期，2004 年 3 月，70 頁；駱永家，「證明妨礙」，月旦法學雜誌，第 69 期，2001 年 2 月，13 頁。

<sup>419</sup> 參閱沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第 38 卷第 1 期，2009 年 3 月，172 頁。

<sup>420</sup> 參閱駱永家，「證明妨礙」，月旦法學雜誌，第 69 期，2001 年 2 月，13 頁；許士宦，「證明妨礙」，月旦法學雜誌，第 76 期，2001 年 9 月，46-47 頁。

為較有利之認定<sup>421</sup>。

#### 第四目 證明妨礙與病歷記載義務

於醫療訴訟最重要的物證莫屬完整的病歷資料之建立，故病歷實屬醫療糾紛訴訟中重要之證據方法之一，而為判決之重要書證。因此，當事人得請求醫師或醫院於訴訟時加以提出或依法請求證據保全。但若於訴訟繫屬前，醫師或醫院未製作完整詳細之病歷並予以保存時，致原告對於醫療過失或因果關係之舉證困難，得否適用證明妨礙之相關規定？

##### 一、病歷記載義務之目的

病歷記載係醫療行為之一種，其必須由醫師親自為之，而此記載並具有法律上之效力<sup>422</sup>。因病歷係回溯醫療過程及發生經過之重要證據，故必須確保其真實性。在德國現階段實務操作上，係否定病歷記載義務之目的具有證據法上之價值<sup>423</sup>，而是適用「重大醫療瑕疵原則<sup>424</sup>」，使原告之證據責任予以減輕。我國則有學者認為病歷的製作不單僅是實體法上的義務，也具有證據法上義務的性質，其從醫療法第68條第2項規定：「病歷或紀錄如有增刪，應於增刪處簽名或蓋章及註明年、月、日；刪改部分，應以畫線去除，不得塗燬。」認為病歷修改之所以有此嚴格規定，主要理由在於其具證明功能，且衛生署80年8月6日醫字第958040號函亦稱：「查病歷除係提供醫師診治病人之重要醫療資訊資料外，且為醫療責任之重要憑據」，顯見病歷製作之目的，亦具有證明作用<sup>425</sup>。

實務見解如台灣高等法院89年度上字第404號民事判決謂：「病歷內容應比病歷摘要詳實、完整，則醫師製作之病歷尤應詳實載明病人主訴、檢查結果、醫師診斷及治療情形。而醫師對病患治療時，牽涉醫療專業及病患個

<sup>421</sup> 參閱沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第38卷第1期，2009年3月，178頁；學者姜世明就民訴282條之1及第345條關於文書提出命令違反之法律效果，二者在立法上顯具體系上一致性。就此規定可知，我國關於證明妨礙之法律效果乃採證據評價之見解，參閱氏著「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004年1月，306頁；許士宦，「證明妨礙」，月旦法學雜誌，第76期，2001年9月，47頁。

<sup>422</sup> 參閱68年4月4日衛署醫字第226906號函之內容。

<sup>423</sup> 關於德國實務對病歷記載目的之見解及相關爭議，參閱沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第38卷第1期，2009年3月，179-184頁。

<sup>424</sup> 參閱本文第3章第3節第3項第3款。

<sup>425</sup> 參閱沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第38卷第1期，2009年3月，183-185頁。



人隱私，通常不容第三人在場聞見，因而於醫療事故紛爭，醫師是否已盡善良管理人注意義務為病患治療，常須藉助病歷記載而為判讀，因而醫師於醫療事故訟爭事件，有提出記載完整病歷義務……，如醫師未能提出病歷或所提出病歷記載不完整，其情形與無正當理由不從提出文書之命相同，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實。」據此，在我國，病歷記載具有證據法上之證明功能，應無疑義<sup>426</sup>。

## 二、病歷記載不完全是否有證明妨礙之適用

醫療紛爭產生後，於進行訴訟時，法院命醫院提出相關病歷，但問題是病歷雖然存在，卻因記載不完全或漏未記載當時病人狀況、相關醫療處置過程及醫事人員連繫情形，致發生病歷雖提出卻無法達到澄清事實的結果，即使鑑定卻無助於發現真實。由於醫師當初製作病歷時，通常尚未發生具體紛爭，所以可能是因疏忽而很難說是其主觀上存有製作不完整紀錄的故意。醫界人士主張，因醫療行為細密如麻，要求醫事人員將所有醫療行為全部紀錄而無所遺漏，實無可能。如果醫療行為漏未記載，即將之視為過失，從而要求醫院或醫師負起舉證責任，難謂公允，另一方面，也會增加防禦性醫療行為以及醫療社會成本。故如果只因過失而漏未記載相關醫療行為，並不適用民訴第 282 之 1 證明妨礙之相關規定。<sup>427</sup>

## 三、病歷未記載是否等同於醫師未施作

病歷未記載是否等同於醫師未施作該醫療行為進而認定醫師有過失？晚近德國聯邦最高法院採「病歷未記載之表見效果」見解，亦即在病歷文件有所欠缺時，病歷上未呈現之醫療處置即推定醫師未為採取之處置，然醫師仍得藉由陳述並證其確有作成病歷上未記載之處置，而推翻上開規定；如醫師不能推翻此規定，則法院得將「未採取一定醫療處置」視為確定之事實<sup>428</sup>。台灣高等法院有一因病患係前往被告醫院進行上下肢整型重建手術，術後陷入昏迷死亡的醫療訴訟案例：該病患的病歷並無記載手術結束後到開始急救的詳細生命徵象及血氧等病程記錄，法院認為病患在手術結束到開始急救時

<sup>426</sup> 參閱陳聰富，「醫療訴訟之舉證責任－最高法院 98 年度台上字第 276 號民事判決評釋」，法令月刊，第 61 卷第 4 期，2010 年 4 月，42 頁。

<sup>427</sup> 參閱吳俊穎、賴惠蕻、陳榮基，「病歷未詳實記載」，當代醫學，第 36 卷第 7 期，2009 年 7 月，564-565。

<sup>428</sup> 參閱沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第 38 卷第 1 期，2009 年 3 月，186-187、207-208 頁。

之詳細生命徵象及血氧等病程記錄乃病歷上應記載事項。該病歷上應記載事項而未記載之事實，亦顯足證醫師未作病人生命徵象及血氧的監測等重要醫療行為，為有過失<sup>429</sup>。但本案上訴至第三審後，原審的見解被最高法院推翻，其理由之一為病患於手術結束後至急救時段，其病歷上雖未記載生命徵象及血氧觀察、檢測之情形，惟未於病歷上記載上開觀測情形，是否等同於未對病患作上開觀測？與對其是否太早拔管有何直接關聯？及與病患死亡間是否具有相當之因果關係？均未經原審調查，因而將該案發回更審<sup>430</sup>。

#### 四、違反檢查義務及檢查結果義務

德國聯邦最高法院認為，醫師基於治療目的而負有「檢查義務」及「檢查結果義務」，違反時，減輕病患之舉證責任。亦即，若醫師曾為某一必要檢查，因果關係即可予以釐清時，則在醫師未為該必要檢查，屬於重大醫療瑕疵且可歸責時，其因而造成因果關係無法釐清的狀態，應由醫師負擔證明上之不利益，而將因果關係之舉證責任轉換由醫師負擔，以減輕病患在因果關係之舉證責任<sup>431</sup>。

#### 五、違背病歷記載義務之法律效果

病歷未記載之事實與損害間是否具有因果關係，依德國實務見解，若病歷未記載事項所表徵出醫療處置瑕疵被評價為重大，或被視為違背特別之檢查義務時，得另依「重大醫療瑕疵原則」或「檢查義務違背原則」以減輕病患關於因果關係之舉證責任；就我國法而言，學說上認為：「違反病歷記載義務因涉及違反證據法上證據保存（做成）義務，於有故意或過失，且病歷記載義務之違反與應證事實之不能解明，二者間具有因果關係時，即該當於證明妨礙之要件<sup>432</sup>。」由於醫師對於病歷記載、保存處於完全可支配之領域，病患通常難以知悉其內容，因此，如具有可歸責性時，視其情形的輕重，而有民訴 282 條的適用，以緩和病人對於醫療過失的舉證責任。

### 第五目 小結

<sup>429</sup> 台灣高等法院 95 年度醫上字第 17 號民事判決。

<sup>430</sup> 最高法院 96 年度台上字第 2467 號民事判決。

<sup>431</sup> 參閱沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第 38 卷第 1 期，2009 年 3 月，182-183 頁。

<sup>432</sup> 參閱沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第 38 卷第 1 期，2009 年 3 月，186-187 頁。

我國 2000 年修訂之民事訴訟法，於新法增訂第 282 條之 1 證明妨礙之一般性規定，使適用於所有種類之證據方法。此項規定，對於加強證據之供用、開示範圍及促使審理集中化，實有必要，且於維護兩造武器對等原則，使得公平接近證據，亦屬正當。雖然條文只規定「故意」，但參看該條之立法理由，沒有特別排除過失，故得類推適用上開規定且訴訟繫屬前之證明妨礙，亦應受該規定所規範。在醫療訴訟，最可能發生證明妨礙之行為，乃病歷之未作成或記載未完全或未為適當保管，造成原告對於醫療過失或因果關係之舉證困難。由於病歷記載具有程序法（證據法）上義務之性質，且基於不負舉證責任之當事人負有訴訟上證據提出之協力義務（事案解明協力義務），故在解釋上應認過失之情形亦得類推適用民訴 282 條之 1 的規定。

最後，由於病歷記載醫病關係的過程以及醫師所提供的醫療給付，但臨床上，由於醫師對於病歷記載、保存處於完全可管領的領域，幾乎偏在醫療提供者一方，非病方得以控制。此時，若要求舉證責任當事人先舉證證明對造現時或曾經持有證據，再證明對照將其隱匿或毀棄，無異是緣木求魚。基於誠信公平原則，得適用證明妨礙法理及依證據法上危險控制理論等考量，適時減輕或調整病患之舉證責任。

### 第三款 重大醫療瑕疵<sup>433</sup> 原則

德國實務就醫療訴訟之舉證責任，以法官造法方式，創造所謂重大醫療瑕疵原則，認為在醫師有重大醫療瑕疵之情形，病人就其所受損害與該醫療瑕疵間因果關係之舉證責任，得為減輕或轉換。在舉證責任轉換之情形，該因果關係即被推定，而應由醫師反證其重大醫療瑕疵與病人之損害無關。<sup>434</sup>

#### 第一目 重大醫療瑕疵舉證責任轉換之要件

德國實務上承認若醫師醫療行為有重大醫療瑕疵者，則可發生有利於病人之關於責任成立因果關係之舉證責任轉換<sup>435</sup>之效果。至因重大醫療瑕疵所

<sup>433</sup> 我國亦有學者譯為「重大醫療過誤」，參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004 年 1 月，435 頁以下。但為避免與主觀歸責性之要件（過失）相混淆，本文均以「醫療瑕疵」稱之。

<sup>434</sup> 參閱詹森林，「德國醫療過失舉證責任之研究」，收錄於朱柏松等 5 人合著，「醫療過失舉證責任之比較」，初版一刷，元照出版有限公司，2008 年 5 月，60-61 頁；詹森林，「德國醫療過失舉證責任之研究」，台北大學法學論叢，第 63 期，2007 年 9 月，70-71 頁。

<sup>435</sup> 在德國實務上創設舉證責任轉換制度之事例頗多。聯邦最高法院歷年來即一再以形成判例之方式，就民法無明文規定之醫療損害、交通事故損害、商品瑕疵損害及公害損害等事件，於適用一般侵權行為規定分配舉證責任之際，另以各種特殊具體事實存在為理由，將上開類型侵權行為損害賠償案件中關於因果事實之存在，自被害人改歸由加害人負舉證責任。此種以判例解釋法律之方法，將舉證責任分配作與通說不

致之舉證責任轉換之要件，包括：(一) 重大醫療瑕疵之存在；(二) 該醫療瑕疵對健康損害造成之合適性；(三) 醫師於此重大醫療瑕疵具有可歸責性。<sup>436</sup>

聯邦最高法院判斷醫師行為是否「重大」，係以其是否已顯然違背一個明確之醫療法則或固定之醫學知識<sup>437</sup>，並不考慮實際上從事醫療行為之醫師個人主觀上之因素，而是根據一般客觀之醫師觀點，依照通常醫師所受之醫學教育及知識，該醫療瑕疵之發生是無法理解與辯白，而看來應由醫師負責，因為該醫療瑕疵不該發生在醫師身上<sup>438</sup>。至於第二要件中所謂的「合適性」，即指醫療過失不需具有引發被害人所受損害的必然性，只要該醫療瑕疵具有造成被害人所受損害結果的可能性即為足已，特別是在病患之損害可能係基於數個醫療瑕疵所共同造成，而難以區別時<sup>439</sup>。故若醫師的醫療行為有重大醫療瑕疵情形，且該瑕疵適合引致損害發生，則應由醫師證明該損害即使未有瑕疵，亦會發生。且此一舉證責任法則不僅適用於契約責任，亦適用於侵權責任<sup>440</sup>。

有學者指出，之所以就因果關係轉換舉證責任<sup>441</sup>，並非對於醫師之制裁，而是因為該重大醫療瑕疵造成相關醫療過程與病人生命、健康所受損害間之因果關係難以釐清，從而使得原本負舉證責任之原告(即病患)陷入舉證困難，因此，依據誠信原則，不得要求病人於此情形仍應負舉證責任，應由造成原告在因果關係上舉證困難之醫師負舉證責任，始符公平。於此，原告雖仍須就醫師之主觀上可歸責性(故意或過失)負舉證責任<sup>442</sup>，但由於醫師

---

同之處理，改由加害人負擔之現象，即所謂舉證責任轉換之概念。參閱蔡永祥，「醫療行為過失推定立法可行性之探討—兼論因果關係舉證責任分配」，2004年國立成功大學法律學研究所碩士論文，133頁。

<sup>436</sup> 參閱姜世明，「醫師民事責任程序中之舉證責任減輕」，月旦民商法雜誌，第6期，2004年12月，25-26頁。

<sup>437</sup> 惟其確定時刻，應以實施診療行為當時之醫學知識狀況為準。若醫師之治療方法，依治療當時之醫學階段，被認為並無疑慮，即使嗣後因醫學進步而對之有另類評價，亦不可指摘醫師之治療行為有過誤。參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004年1月，436-437頁。

<sup>438</sup> 參閱詹森林，「德國醫療過失舉證責任之研究」，台北大學法學論叢，第63期，2007年9月，70-71頁。

<sup>439</sup> 參閱沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第127期，2005年12月，44頁。

<sup>440</sup> 參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004年1月，436頁。

<sup>441</sup> 學者指出，德國聯邦最高法院於認醫師有重大醫療瑕疵之情形，過去係採取較為彈性之做法，創設一所謂「舉證責任減輕乃至轉換舉證責任」之舉證責任減輕制度，但招致欠缺法定性之批評，近來則明確表示，應為「舉證責任轉換」，參見沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第127期，2005年12月，43頁。

<sup>442</sup> 蓋所謂重大醫療瑕疵原則，係指病患已主張並證明存在有「重大醫療瑕疵」，而該醫療瑕疵適足以造成損害時，則關於因果關係無法解明之不利利益，歸由醫師負擔，而發生舉證責任轉換之效果，並非對於醫師歸責事由之舉證責任。換言之，重大醫療瑕疵原則僅為因果關係之舉證責任轉換，而非關於過失之舉證責任轉換。此與表現證明原則、事實說明自己原則、證明妨礙及危險領域理論，對於過失及因果關係均發生

如已為必要之注意，通常即可避免重大醫療瑕疵，因此，原告如能證明存在有重大醫療瑕疵時，通常就醫師可歸責性之證明，亦無困難<sup>443</sup>。

## 第二目 適用類型<sup>444</sup>

重大醫療瑕疵原則之適用，業已成為德國醫療訴訟舉證責任之最主要實務，可分為以下類型：一、診斷上的瑕疵，例如未診斷出病人小腿有栓塞；忽視病人不尋常之高血壓；切除病人肺葉前，未先作快速切片；未對早產兒進行視網膜脫離檢查；未測量保溫箱嬰兒之血液氧氣分壓力；未將病人即時轉診大型醫院進行必要之檢查；或未對病人之腦膜炎進行診斷。二、治療上的瑕疵，例麻醉中之病人呼吸困難，麻醉師卻先行離去；在外科手術時，未採用血栓形成預防方法；產婦有流產徵兆卻開給瀉藥服用；未按時測量早產兒之溫度，致其失溫過久。三、傳染或感染上之瑕疵：未為抗生素治療；針孔消毒後未等待即進行注射；手部未先自行消毒即進行注射；懷疑孕婦感染風疹，卻未對其進行必要檢查。四、生產之瑕疵，例如遲延進行剖腹產；產婦已破水卻未催生，致產程延遲十二小時以上；產婦已進入產程，醫師仍未確定胎位；產婦生產時已有血栓現象，醫師卻仍未採取超音波檢查。五、組織之瑕疵，如醫師被指派出勤，卻完全未出勤；開刀房之鑰匙不知放在何處；由訓練不足之醫師處理生產過程。

以上從其行為分析得知，不作為與誤診之情形實佔多數。另應注意的是法院於認定醫療瑕疵是否重大，乃屬法律上評價之問題，雖因涉及醫療專業之論斷，而不免進行鑑定，惟最後仍應由法官為價值判斷。縱使其他專業醫師已經做出該瑕疵係屬或非為重大之認定，但法官可不受其拘束，仍應斟酌個案之特殊情形，指出相當之理由以為不同之判斷。

## 第三目 德國實務上的運用

近來在重大醫療瑕疵原則之適用上，於醫師不作為（未為適當檢查）或誤診的情形，德國聯邦最高法院傾向於有利於原告之解釋，而擴大該原則之

---

舉證責任減輕或轉換之情形，並非相同。參閱陳聰富，「醫療訴訟之舉證責任—最高法院 98 年度台上字第 276 號民事判決評釋」，法令月刊，第 61 卷第 4 期，2010 年 4 月，48 頁及註 56。

<sup>443</sup> 參閱詹森林，「德國醫療過失舉證責任之研究」，台北大學法學論叢，第 63 期，2007 年 9 月，70-71 頁；沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第 127 期，2005 年 12 月，44 頁。

<sup>444</sup> 參閱詹森林，「德國醫療過失舉證責任之研究」，收錄於朱柏松等 5 人合著，「醫療過失舉證責任之比較」，初版一刷，元照出版有限公司，2008 年 5 月，61-65 頁。

適用。亦即，一個單純檢查上之疏忽，本來未必可認為是重大的醫療瑕疵，但醫師如曾為檢查，即可能有一非常明顯且重大的檢查結果出現，以致於對該結果之誤認不識，而不採取任處理，可被認為是具「重大」瑕疵。故醫師未為本應進行之檢查，雖然該不作為並非重大錯誤，但卻如重大之醫療瑕疵一般，使得因果關係之歷程產生解明上之困難，原則上即應將因果關係之舉證責任轉換由被告負擔。<sup>445</sup>

茲就德國法上重大醫療瑕疵原則適用之案例，以不作為及誤診二則聯邦最高法院之判決說明如下：

### 一、不作為案例：手術後疏未觀察病患血循反應且未採取適當處置案<sup>446</sup>

被告為整型外科醫師，原告之手指罹患Dupuytren氏萎縮症。被告對原告手指實施開刀手術完畢後即離開醫院，直至 32 小時始再回院探視病人。其間原告開刀之手指膚色變為紫色且疼痛嚴重，原告雖請護士通知被告處理，被告卻一直未出現。迄被告醫師回院對原告手指採取補救措施時，已無法阻止其壞死及部分麻痺情形，爰將已壞死之手指切除。本案由於鑑定人認為原告手指壞死原因，以第二種原因即開刀位置之靜脈後來出血，壓迫動脈血管，致血液無法流通之可能性最大，高等法院乃依重大醫療瑕疵原則，判命被告應負損害賠償責任。德國聯邦最高法院亦支持此一判決，蓋以醫師因醫療重大失誤致發生病人身體健康之損害時，就其因果關係不明狀態應負舉證責任，此為聯邦最高法院固定之判例見解。醫師重大違反其應遵守之技術規則以致產生因果關係不明狀態時，醫師應較毫不知情之病人更為接近該項證據資料，故舉證責任之不利益應歸於醫師。原審法院將醫療過失之因果關係，利用舉證責任轉換於被告負擔，此舉完全正確。又原審法院認定被告之醫師有重大失誤之事實，亦為正確。因為除去手指Dupuytren氏萎縮症並非簡單之手術，醫師應注意手術後之出血，若醫師能及於手術後最初 8 小時內，做適當之止血治療措施，則有補救可能。醫師竟於 32 小時內，未為檢查，亦未對護士具體指示其最起碼之因應措施，或以電話向值班醫師詢問病人狀況，此等不作為行為難辭過失之責。病人手指壞死原因，依鑑定人之鑑定意

<sup>445</sup> 參閱沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第 127 期，2005 年 12 月，44-45 頁。

<sup>446</sup> BGH.NJW.1967,1508.本例轉引自蔡永祥，「醫療行為過失推定立法可行性之探討－兼論因果關係舉證責任分配」，2004 年國立成功大學法律學研究所碩士論文，134 頁。

見，由於手術後靜脈出血壓迫動脈血液流通之可能性最高，此應為醫師未及時採取適當措施所致之結果。

## 二、誤診案例：手術前未診斷出病人有內出血<sup>447</sup>

被告醫師為原告之夫進行盲腸炎手術，該手術之實施符合醫療水準。然而在術後，病患死於內出血。根據專家證言，病患於死亡前，即已出現內出血之典型徵兆，但是被告醫師卻未為正確診斷。如果被告醫師正確診斷病患為內出血並給予治療，病患應有存活之可能性。本案之爭點為：被告醫師若為正確診治，原告之夫是否就不會死亡？法院認為：被告醫師未依原告之病症做出正確判斷構成醫療過失。關於因果關係，原則上原告必須舉證若無被告之誤診，其夫將不會死亡。但是，由於被告醫師之行為嚴重違反醫療常規，故本案應適用重大醫療瑕疵原則改由被告醫師負擔因果關係不存在之舉證責任。

### 第四目 我國實務見解

於判決理由中提及重大醫療瑕疵之實務見解，在我國尚屬少見，在此例舉台灣台北地方法院 95 年度醫字第 14 號民事判決一則：

#### 一、案例事實與原告主張

原告病患於 93 年 9 月 23 日下午因身體不適送往被告台大醫院求治，經收治入院轉加護病房診治。其 ETT（氣管內插管）於 9 月 28 日上午 7 時前已滑落多時，嗣於上午 7 時發現後經急救（CPR）及重新插管，但已遲誤黃金時間導致病患因缺氧而生缺氧性腦病變的傷害結果。被告已是當日凌晨 2 時至 7 時 15 分負責原告護理照顧之值班護士；惟依護理記錄顯示，是日清晨 3 時至 7 時無任何記錄，顯見病患之 ETT 早已脫落，被告護士未適時發現通知醫師重新插管，有應注意、能注意而不注意之過失。原告復主張，證人乙醫生只是新手，在病情危急之加護病房，遇此急難情況，不請示其主治醫師，就逕自確定病患是自己拔管，並且確定是不需要插管的一半，而不是需要即時將氧氣管插回的另一半。至發現病患的狀況不對，生命垂危，則急

<sup>447</sup> NJW 1968, 2291. See Bee Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Bernhard A. Koch, Reinhard Zimmermann (eds.), *supra* note 39, at 548. 本例轉引自李小芬，「醫療民事責任因果關係之研究」，2008 年國立台灣大學法律學研究所碩士論文 161-162 頁。

忙動用各種方法急救，延至 7 時 50 分才將氧氣管插回去，故從發現脫落時間計算已歷時達 50 分鐘，貽誤寶貴醫療時間，致使病患之腦部因長時間缺氧而受到最嚴重的傷害，明顯是有醫療上的嚴重錯誤。

## 二、判決理由

本案法院首先敘明舉證責任分配的一般原則，認醫療訴訟之請求權無論為不完全給付責任或侵權行為責任，依規範理論，均應由原告就權利發生要件負舉證責任。至於是否適用舉證責任減輕，法院採取德國實務見解，認為：「醫療訴訟上，德國的所謂『重大醫療瑕疵原則』可供參考。而所謂『重大醫療瑕疵原則』，係指原告如已主張並證明存在有『重大醫療瑕疵』，而該醫療瑕疵適足以造成損害時，則關於損害賠償責任成立之因果關係，應由被告證明其不存在，而轉換舉證責任。故『重大醫療瑕疵原則』的建立，可說是在考量醫療行為的特殊性下，就舉證責任之分配，企圖平衡醫病間之利益。在因果關係之舉證責任分配上，既不一概由原告負舉證責任，而對其過於嚴苛，亦避免完全不加任何要件即一味要求醫師負舉證責任，而過於加重其負擔，致生防禦性醫學。關於醫療瑕疵或醫療錯誤是否『重大』，係根據一般客觀之醫師觀點，依照通常醫師所受之教育及醫學知識，該醫療瑕疵（包括診斷上錯誤及治療上錯誤）之發生，是不可理解的，而看來應由醫師負責，因為該醫療瑕疵不該發生在醫師身上。且該醫療瑕疵通常適足以造成損害之發生，於此僅需具有造成損害之可能性即足，尚無須如『表見證明』之要件，須達到『典型性』之程度。又『醫療瑕疵』是否重大之判斷，係涉及系爭醫療行為在客觀上是否顯然違背一個明確且有效之醫學認識與經驗，而與醫師個人主觀上之可非難程度無觀。由於在評價該醫療瑕疵是否『重大』時，並不考慮實際上從事醫療行為之醫師個人主觀上因素，因此，之所以就因果關係轉換舉證責任，並非對於醫師之制裁，而毋寧是因為該重大醫療瑕疵造成醫療處置行為與健康損害間之因果關係難以釐清，而使得原本負舉證責任之原告陷入舉證困難，因此，應由造成原告在因果關係上舉證困難之醫師負舉證責任，始符公平。於此，原告雖仍須就醫師之主觀上可歸責性（故意或過失）負舉證責任，但由於醫師如已為必要之注意，通常即可避免重大醫療瑕疵，因此，原告如能證明存在有重大醫療瑕疵時，通常就醫師可歸責性之證明，亦無困難。醫療瑕疵是否『重大』，乃屬法律上評價之問題。故涉及醫



學專業上之判斷，而須進行鑑定。另護士照護上之瑕疵，亦應比照上開醫療瑕疵之準則來處理。」

由於重大醫療瑕疵原則係於醫師進行之醫療處置有重大瑕疵，且可歸責時，使得就因果關係之舉證責任予以轉換，此時，原告仍須就醫師之主觀上可歸責性（故意或過失）予以舉證證明，即被告醫師之醫療行為有何過失可言。但因乙醫師對於處理病患氣管內管脫落之處置不當有過失，涉及醫學專業上之判斷，而須進行鑑定，始能得知是否有重大醫療瑕疵，即對於乙醫師處理病患氣管內管脫落之處置是否不當有過失，須進行鑑定。然原告卻不聲請鑑定，自無法證明醫師之醫療行為有過失或有可歸責性。

#### 第四款 危險領域<sup>448</sup>理論

德國聯邦最高法院認為，如果醫療行為中之危險係完全來自於醫師或醫院，是由醫師或醫院所能完全控制之危險，而與人體組織之差異性無關時，此時，病患不論是契約或侵權行為之損害賠償請求權，於損害結果發生時，均應由醫師就其已盡相當注意義務，並控制危險以避免損害結果之發生，而無過失或不具因果關係，負舉證責任<sup>449</sup>。德國法上的風險控制原則，主要適用於醫療設備與器材之使用，及醫院組織所生之醫療事故二種類型。

##### 第一目 醫療科技設備之使用

例如病人於股關節手術時，施行全身麻醉，卻因連接之橡皮管脫落，而產生缺氧，致使腦部嚴重受損，於兩年後死亡。德國聯邦最高法院認為，醫師對於麻醉儀器之使用，係處於可完全掌握之狀態，而必須提供適正且無危險之操作與使用。如因使用麻醉儀器而發生損害，須就其不可歸責負舉證責

<sup>448</sup> 危險領域亦被稱為領域、責任領域或組織領域，此一理論乃係德國學者試圖用作取代規範理論所建立之舉證責任法則之一。學者 Prölss 就聯邦最高法院判決予以研究，而將危險領域說予以體系化及一般化。依其見解，若損害原因係存在於加害人之危險領域，則加害者應負舉證責任。且將危險領域定義為「被告所掌握之空間性、物體性之領域，即其所直接占有之動產與不動產之全部。」參閱姜世明，「醫師民事責任程序中之舉證責任減輕」，月旦民商法雜誌，第 6 期，2004 年 12 月，7 頁。

<sup>449</sup> 參閱沈冠伶，「民事證據法與武器平等原則」，初版一刷，元照出版社，2007 年 10 月，115 頁。在德國，對醫師民事責任訴訟中關於侵權行為可歸責性之舉證責任分配問題，在新債法施行後，關於醫師民事責任中侵權行為請求權之可歸責性，在危險係醫師（醫院）所能掌控者（如組織、人事或儀器等），乃得將可歸責性要件依民法第 280 條第 1 項但書轉換由醫師負擔之。參閱姜世明，「醫師民事責任程序中之舉證責任減輕」，月旦民商法雜誌，第 6 期，2004 年 12 月，23 頁。

## 第二目 醫院組織不完善

組織錯誤的責任類型是德國針對醫院侵權行為責任漏洞之填補，透過法官造法所發展出醫院自己獨立負賠償責任的責任類型，而非只是對第三人過失行為負連帶錯誤。鑑於大型醫療機構的人事組織龐雜與醫療儀器設備眾多，經常會有組織性錯誤的行為產生，而此等錯誤，非僱用人對受僱人過失的責任類型所能包括。因此，德國學者同時也是聯邦法院法官的Giesen，認為醫療機構的組織錯誤本身，應與商品製造人同列，視為重大錯誤，有舉證責任倒置的適用，而由醫療機構負責人負舉證責任。<sup>451</sup>

就醫療機構負責人之組織歸責內容<sup>452</sup>，涉及技術性醫學設備的管理或維護之缺失、尚未完整受訓助理醫師的分配與監督之缺失、新手醫護理人員的配置、教育訓練與工作之缺失及醫院醫師、人員的水平或垂直分工或整合上不良之合作聯繫缺失等，均會造成病人潛在的危險。故醫院應盡可能排除此等危險，如產生損害，醫院應就醫事人員之選任、指揮、設置及監督並無過失負舉證責任。蓋由於病人無從知悉醫療機構的組織結構與監督情形，更遑論能監督醫院的組織錯誤，在一個本身由他人行為（醫院不完善的組織行為）導致，而不是因病患本身所產生的危險，自無令其承擔此風險之理，也就是舉證責任應屬於醫療機構負責人。例如：在專科醫師之訓練課程中，一名助理醫師為檢查目的而摘除病人之淋巴結。對該病人負責之主治醫師將淋巴結摘除手術分派給該助理醫師進行，並向其指示注射局部麻醉之位置，但該名尚未受充分訓練之助理醫師於手術時傷及病人之組織神經，致手術後病人出現右上臂麻痺現象。德國聯邦最高法院認為，將手術交由助理醫師處理一事，不論是否屬於重大醫療瑕疵，但此乃醫院可完全控制之風險。且正因為由助理醫師進行手術，特別造成醫療事故回溯上之困難，蓋由於助理醫師欠缺經驗而未注意到也許已經出現之併發症，既然未注意到，也就未記載在病歷上，而造成原告在訴訟上之舉證困難，此不利益不應由原告負擔，而應將

<sup>450</sup> 參閱沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第127期，2005年12月，46頁。

<sup>451</sup> 德國實務與學說中的通說也傾向此看法，以期重新分配病人與醫療機構負責人對醫療危險之承擔。參閱侯英冷，「醫療行為的民事上賠償責任（下）—從德國醫師責任法(Arzthaftungsrecht)切入探討」，月旦法學雜誌，第73期，2001年6月，113頁。

<sup>452</sup> 參閱姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004年1月，432頁；沈冠伶，「民事證據法與武器平等原則」，初版一刷，元照出版社，2007年10月，116頁。

過失及因果關係之舉證責任轉換由被告負擔。<sup>453</sup>

### 第三目 本國案例—新光醫院產前遺傳診斷事件

#### 一、案例事實

原告朱小姐是高齡產婦，為避免生出先天性缺陷兒，乃慎選醫院，特地自住處遠至新光醫院做產前檢查，由該院之門診主治醫師吳醫師安排下，於民國 82 年 7 月 12 日接受羊膜穿刺篩檢術，並由該院婦產科設置之「不孕症及試管嬰兒研究室」黃姓實習技術員從事培養、固定、染色及判讀之檢驗工作。不料，嗣後因檢驗資料分析判讀上的失誤，未檢驗出胎兒染色體異常，卻仍宣稱胎兒染色體正常，朱女在誤認為胎兒是正常的情況下，未依優生保健法第 9 條施行人工流產手術<sup>454</sup>，且一再安胎，結果於同年 12 月 1 日，產下患有唐氏症、無肛症、動脈導管閉鎖不全等具有多重重度障礙之男嬰。

就法律依據部分，原告主張新光醫院基於醫療契約當事人地位，應依民法第 224 條規定，就黃主任與黃技術員的行為，對原告負不完全給付之債務不履行責任。另黃主任及黃技術員在系爭羊水分析判讀處理流程上有重大瑕疵，違反善良管理人應盡的注意義務，具有過失，應依民法第 184、185 條規定，共負侵權行為損害賠償責任。而新光醫院為黃主任與黃技術員的僱用人，則依民法第 188 條規定，則其受僱人連帶負損害賠償責任。

#### 二、判決理由

本案經最高法院 92 年度台上字第 1057 號判決原告勝訴終告定讞，其中就「由未具專業資格的檢驗人員進行染色體判讀是否有過失」，理由摘要如下：產前遺傳診斷中，羊膜穿刺篩檢術中之羊水分析是十分複雜及高深之技術，並非一般婦產科醫師均有能力操作，故羊膜穿刺篩檢術中抽取羊水檢體部分可由婦產科醫院診所執行，但羊水分析部分須先由技術人員負責檢視送到實驗室之羊水檢體，經仔細核對後，在無菌工作檯下，完成細胞培養的建

<sup>453</sup> BGH, NJW 1984, 655.轉引自沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第 127 期，2005 年 12 月，46 頁，註 36。此時，應由醫院（或有權限將手術交由資淺醫師進行之負責醫師）就其無過失，以及手術失敗與醫師欠缺經驗之間不具因果關係一事，負舉證責任。

<sup>454</sup> 優生保健法第 9 條第 1 項人工流產情事之認定：「懷孕婦女經診斷或證明有下列情事之一，得依其自願，施行人工流產：一、本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。二、本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者。三、有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。四、有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者。五、因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。六、因懷孕或生產，將影響其心理健康或家庭生活者。」

立，嗣觀察羊水細胞在培養皿下細胞分裂之情況，當有足夠分裂活性細胞時，開始進行細胞收成及染色體染色及分析，此乃一項精密之檢驗，需要一整體的完善之作業過程，最後由對細胞遺傳學及染色體分析有專門研究者進行解讀。本件被告新光醫院未曾向行政院衛生署申請評鑑設立羊水分析中心，然仍對前往該醫院就診之孕婦實施羊膜穿刺篩檢術，抽取羊水並做羊水分析，此為新光醫院所不否認，而原告前往新光醫院就診，依民法第 535 條後段之規定，應認其與該院成立有償之醫療契約，新光醫院應負善良管理人之注意義務。經查：被告醫院實施羊膜穿刺篩檢術，係由婦產科醫師抽取羊水後，交由該院婦產科設置之「不孕症及試管嬰兒研究室」的黃實習技術員，由其培養、固定、染色並判讀，並由其將判讀結果登錄於登記簿上，以便婦產科主治醫師查詢；惟黃技術員僅畢業於私立專科學校之「醫務管理科」，所修習之學分中並無細胞遺傳學或染色體分析者，且其亦未具備檢驗師資格。再者，之前從事染色體分析之工作經驗，僅係於省立桃園醫院任職期間擔任染色體分析之助理一職，再以行政院衛生署於 83 年 8 月 25 日，以衛署保字第 83047944 號函公佈之「產前遺傳診斷—臨床細胞遺傳學檢驗單位評估要點」中有關檢驗單位工作人員之規定，認助理技術員須具有專科以上相關科系學歷，技術員須具有 B·S 或相等學歷，並具有 1 年臨床遺傳學工作經驗，資深技術員須係 M·S·遺傳學或相關學科之學歷具 2 年細胞遺傳學工作經驗，或 B·S 具 5 年細胞遺傳學工作經驗。而本案黃技術員並無前開學經歷，其自無單獨從事羊水之染色體培養、分析及判讀之能力。

故新光醫院依法雖然可以為求診病患作羊膜穿刺檢驗手術，但其在從事此等工作時，仍必須與其他經行政院衛生署評鑑合格設有羊水分析中心之醫療院所一樣，以其專業知識、專業訓練、專業設備，善盡與經行政院衛生署評鑑合格之醫療院所相同之注意義務，然卻未為之，違反善良管理人之注意義務，具有過失。

### 三、醫院行政或組織管理上之過失

本案事發當時，遺傳基因之產前檢查，法令並未禁止未經行政院衛生署評鑑合格設有羊水檢驗中心的醫療院所從事羊膜穿刺篩檢手術，因考量此項檢驗工作具高度複雜且專業性，特別是羊水分析判讀工作，應由曾受細胞遺傳學特別訓練的專業醫師或博士，在設有細胞培養、染色體分析及染色體照

相等專業設備的環境下為之。然而，被告新光醫院不是經評鑑合格設有羊水檢驗中心的醫院，亦未聘請專業資格符合、具有足夠經驗能力的人員負責檢驗工作，或將羊水檢體送交合格的羊水檢驗中心分析判讀，或將病患轉介至其他核可之醫療機構，卻仍依賴其現有附設於婦產科下的「不孕症及試管嬰兒研究室」，在專業設備不足的環境下，由專業資格不合且經驗能力不足的實習技術員負責檢驗工作。即便該技術員如新光醫院所稱，其所提供之判讀結果僅供參考，最終仍由門診主治醫師親自判讀或作確認工作，但由於一般的婦產科門診主治醫師並無足夠之專業能力從事此項工作，可見新光醫院在醫療人力之組織調整、相關設備配置以及檢驗作業之流程上，欠缺一定之醫療水準與品質，顯然具有過失。陳忠五教授認為，此種疏失，乃由來於醫療行政或組織管理上的缺失，應該認為即是債務人自己履行債務上的疏失。因此，嚴格而言，被告新光醫院不是依民法第 224 條規定，就其債務履行輔助人的過失而負責，而是其自己未依醫療契約本旨履行債務<sup>455</sup>，違反善良管理人注意義務，應就自己的過失行為負責，而不必在程序上浪費勞力、時間、費用進行事實認定或調查證據，以探求被告新光醫院所屬醫護人員中，究竟「何人」具有過失。<sup>456</sup>

本文以為，於實際發生醫療糾紛時，醫療院所等僱用人往往以民法第 188 條第 1 項但書，主張就其選任之醫事人員及監督上並無過失而免責，或僱用人於先行賠償病患損害後，對於為侵權行為受僱人，再依民法第 188 條第 3 項之求償權，向醫護人員請求損害賠償。導致醫療事故之論斷焦點，由醫院是否提供足夠之人力配置、在職訓練；符合安全或適當之儀器（械）設備、環境及轉診義務等，轉變成醫事人員之有無過失行為。從而，使創造高額獲利卻不用對組織管理疏失所致醫療事故之法律風險負責之醫療財團可以置身度外，因此，德國醫療機構的組織錯誤責任的類型，應值得我國參考。

#### 第四章 我國醫療鑑定制度現況之介紹

醫療糾紛案件主要之爭點通常在於醫師、護理師、藥劑師、檢驗師等醫療人員或醫療院所在為病人治療、給藥或檢查過程中是否有過失而致病人有

<sup>455</sup> 本案法院判決認為，新光醫院是系爭醫療契約當事人，黃技術員與黃主任為新光醫院的履行債務輔助人，依民法第 224 條規定，新光醫院自應就其債務履行輔助人的過失，與自己的過失負同一責任。

<sup>456</sup> 參閱陳忠五，「產前遺傳診斷失誤的損害賠償責任—從『新光醫院唐氏症事件』論我國民事責任法的新課題」，國立台灣大學法學論叢，第 34 卷第 6 期，2005 年 11 月，131-135 頁。

傷亡情形發生。不論被告是否應負過失責任或無過失責任，亦不論何方當事人應負舉證責任，在實務上，法院常將相關資料送請醫療專業機關或機構，就被告是否有過失、其傷害是否係由被告之醫療行為所造成等事實加以鑑定並表示意見。故醫療糾紛鑑定在醫療糾紛法院判決中扮演著非常重要的角色，即協助法官在具體個案中判斷醫師是否違反注意義務；然而，法官的專業訓練只及於法學方面，由於其本身不具醫療專業知識，是必需借重專家的鑑定意見以為判斷的基礎，爰鑑定結果對於欠缺醫學背景的法官有重要影響力，往往左右醫療訴訟的勝敗<sup>457</sup>；惟鑑定報告的真確性、公平性以及效率，卻存在著許多爭議，不僅控方的病患多所指責，質疑「醫醫相護」，而身為被告的醫師在結果不利於己的情況下，亦有不滿，怨言連連，司法機構對於鑑定內容常因橫跨法律以外之專業領域，對於醫療糾紛的處理陷於父子騎驢、左右為難的困境進而延宕訴訟程序，徒增訴訟資源浪費。

## 第一節 民事鑑定概說

### 第一項 鑑定在訴訟程序上之地位

我國民事訴訟法第2編第1章第3節第3目設有「鑑定」專目，為有關於鑑定制度之規定。所謂「鑑定」，係指以具有特別知識經驗之第三人，在訴訟程序上陳述關於特別法規或經驗定則之意見，而以其陳述，為證據之用者而言<sup>458</sup>。而「鑑定人」即指在他人之訴訟中，依法院、受命法官或受託法官之命，就指定之鑑定事項，以其特別知識陳述意見之第三人<sup>459</sup>。關於鑑定人於民事訴訟上之地位為何？觀其立法理由明言，鑑定乃由當事人以外之第三人，就法院所指定之訴訟資料，陳述意見之謂，陳述意見之鑑定人，一方面為補助法官專業知識之不足，另一方面為一種證據方法。故鑑定即為證據方法，同時鑑定人亦為法院之輔助機關<sup>460</sup>。我最高法院民事判例亦認為鑑定

<sup>457</sup> 有學者甚至大膽直言，訴訟勝負的關鍵不在於法條的適用，而是繫於醫事責任鑑定委員會的認定。參閱黃<sub>乙</sub>，「消保法第七條與民法第一九一條之三對醫療行為適用之研析」，政大法學評論，第75期，2003年9月，77頁。

<sup>458</sup> 參閱王甲乙、楊建華、鄭健才，「民事訴訟法新論」，三民書局有限公司，2004年9月，443頁。

<sup>459</sup> 參閱姜世明，「淺談民事程序中之鑑定—著重於實務見解發展及其問題提示」，月旦法學雜誌，第190期，2011年3月，20頁。

<sup>460</sup> 我國民事訴訟上鑑定人之地位，與德、法、日等國鑑定人之地位相同，屬於法官輔助者型，而非屬於英美法系之專家證人型。參閱許士宦，「鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上）」，台灣本土法學雜誌，第66期，2005年1月，56-58頁，70頁；王甲乙、楊建華、鄭健才，「民事訴訟法新論」，三民書局有限公司，2004年9月，444頁。

為一種調查證據之方法<sup>461</sup>。鑑定既同時為證據方法，故關於證人之規定，於鑑定人亦準用之<sup>462</sup>。

## 第二項 鑑定人之公正性確保

### 第一款 鑑定人之積極資格<sup>463</sup>

對於鑑定人之選任雖為法院之職權，但為使法院妥適選任適當之鑑定人，並使當事人對於鑑定結果信服，法院於選任鑑定人前，得命當事人陳述意見，以供法院選任鑑定人之參考。民事訴訟法第 326 條第 2 項規定：「法院於選任鑑定人前，得命當事人陳述意見；其經當事人合意指定鑑定人者，應從其合意選任之。但法院認其人選顯不適當時，不在此限。」同條第 3 項規定：「已選任之鑑定人，法院得撤換之。」故鑑定人之選任及撤換均由法院為之。另民事訴訟法第 328 條規定：「具有鑑定所需之特別學識經驗，或經機關委任有鑑定職務者，於他人之訴訟，有為鑑定人之義務。」，故不「具有鑑定所需之特別學識經驗，或經機關委任有鑑定職務者」，得拒絕與自己專業知識經驗不符之鑑定工作。故上述規範，間接也使鑑定人之資格限定在「具有鑑定所需之特別學識經驗」及「經機關委任有鑑定職務者」之範圍內，若受囑託機關或團體欠缺鑑定能力，或雖有鑑定能力而任意指定第三人鑑定者，均為法所不許<sup>464</sup>。

### 第二款 鑑定人之消極資格<sup>465</sup>

鑑定人必須具備專門知識經驗，以協助法院判斷特定待證事項之真實情況，故鑑定人之鑑定意見對於待證事實之釐清具有重大影響，其無論將其視為證據方法或法院輔佐人，均有要求其於鑑定時保持一公正無偏私之立場。而為確保鑑定人之中立性及公正性，參酌有關法官應自行迴避事由之規定，民事訴訟法第 330 條第 1 項規定：鑑定人有第 32 條第 1 款至第 5 款法官應自行迴避情形之一者，不得為鑑定人。此為鑑定人之消極資格。同時不

<sup>461</sup> 最高法院 19 年上字第 2189 號民事判例。

<sup>462</sup> 民事訴訟法第 324 條規定：「鑑定，除本目別有規定外，準用關於人證之規定。」

<sup>463</sup> 參閱許義明，「我國醫療鑑定之現況與檢討」，萬國法律，第 151 期，2007 年 2 月，56 頁。

<sup>464</sup> 參照最高法院 67 年度台上字第 1721 號民事判決，轉引自姜世明，「淺談民事程序中之鑑定—著重於實務見解發展及其問題提示」，月旦法學雜誌，第 190 期，2011 年 3 月，24 頁。

<sup>465</sup> 參閱許士宦，「鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上）」，台灣本土法學雜誌，第 66 期，2005 年 1 月，56-57 頁；許義明，「我國醫療鑑定之現況與檢討」，萬國法律，第 151 期，2007 年 2 月，56 頁。

問訴訟程序進行至如何程度，於訴訟終結前，當事人均得隨時聲明拒卻。

### 第三款 鑑定人之拒卻<sup>466</sup>

鑑定人鑑定之結果，恆足影響法院之裁判，是為確保鑑定人之公正性及不偏倚性，於一定情形足認其鑑定有偏頗之虞者（民事訴訟法第 33 條第 1 項），賦予當事人對於鑑定人之拒卻權。應注意者係，所謂鑑定執行職務有偏頗之虞之認定，係採客觀標準，參照最高法院 86 年度台上字第 3051 號民事判決：「至當事人得依聲請推事（法官）迴避之原因拒卻鑑定人，固為民事訴訟法第三百三十一條第一項前段所明定。惟鑑定人已就鑑定事項有所陳述或已提出鑑定書後，不得聲明拒卻，同條第二項前段亦定有明文。又以鑑定人執行職務有偏頗之虞，聲明拒卻鑑定人者，應以鑑定人對於訴訟標的有特別利害關係，或與當事人之一造有密切之交誼或嫌怨，或基於其他情形客觀上足疑其為不公平之鑑定者，始足當之。」另最高法院 95 年度台抗字第 458 號民事判決亦指出：「本件抗告人聲明拒卻鑑定人，雖稱中科院資通所不具備本案爭議所需之專業知識，不得擔任鑑定人云云。惟鑑定人是否具鑑定能力，屬法院職權審酌事項，非拒卻鑑定人之法定事由。其次，聲明人拒卻鑑定人，應以鑑定人對於鑑定事件，與當事人之一造有特別利害關係，或有密切之交誼或嫌怨，或基於其他情形，客觀上足疑其為不公平之鑑定，而有偏頗之虞為其原因事實，若僅憑當事人之主觀臆測，則不得謂其有偏頗之虞。」此外，最高法院 98 年度台上字第 1079 號民事判決認為：「而關於鑑定人之規定，除第三百三十四條及第三百三十九條外，於法院囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定者，準用之，同法第三百四十條第一、二項亦有明定。是上述有關拒卻鑑定人之規定，於法院囑託機關、團體為鑑定時，自亦在準用之列。又『拒卻鑑定人之聲明，是否正當，依同法第三百三十三條所示，自應由受訴法院或受命推事（法官）、受託推事（法官）明予裁定，不得僅以進行訊問或廢止訊問，默示其以拒卻為不當或正當，否則即不得遽以該鑑定之結果為判決之基礎』，本院著有四十三年台上字第六四二號判例可資參照；故當事人向受訴法院聲明拒卻法院囑託為鑑定之機關、團體時，法院應就其聲明是否正當，明予裁定，否則，即不得以該項鑑定之結果為判決之基礎。」故為增加當事人對於事實認定之信賴，於機關、團體實施鑑定

<sup>466</sup> 參閱姜世明，「淺談民事程序中之鑑定—著重於實務見解發展及其問題提示」，月旦法學雜誌，第 190 期，2011 年 3 月，23 頁。



或審查鑑定意見有偏頗之虞情形，當事人亦得準用民事訴訟法第 331 條規定聲明拒卻，例如在醫療過失訴訟上醫生為被告情形，囑託其所受僱用之醫院為鑑定人，即有偏頗之虞，因其具有法律上利害關係，可能負僱用人之連帶賠償責任<sup>467</sup>。

### 第三項 鑑定人之義務與權利

鑑定人之義務，是屬於對於國家而存在的義務，屬公法上之義務。義務可分為具結義務、到場義務和陳述義務三者。<sup>468</sup>

#### 第一款 具結義務

民事訴訟法第 334 條規定：「鑑定人應於鑑定前具結，於結文內記載必為公正、誠實之鑑定，如有虛偽鑑定，願受偽證之處罰等語。」若囑託機關或團體鑑定，除民事訴訟法第 334 條及第 339 條外，關於證人具結之規定，於機關或團體鑑定並不準用之（民事訴訟法第 340 條第 2 項）。因而囑託機關或團體為鑑定時，無庸踐行具結之程序。參照最高法院 28 年滬抗字第 104 號民事判例：「法院囑託公署或團體陳述鑑定意見或審查之者，毋庸踐行具結之程序。」及 84 年度台上字第 2170 號民事判決<sup>469</sup>：「法院囑託機關或團體陳述鑑定意見，無庸踐行具結之程序，此觀民事訴訟法第三三四條之規定，未為同法第三四〇條所準用，即可明瞭。上訴論旨，猶就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘原判決對其不利部分為不當，求予廢棄，非有理由。」可知對於機關鑑定，實務上認為其不須於鑑定前具結來擔保其鑑定之真實性。

倘法院認為機關或團體提出之鑑定書有不明瞭或內容矛盾之處，得命該機關或團體所指定之人到場以言詞說明之（民事訴訟法第 340 條第 1 項）。有學者認為到場說明之人係該機關團體之代表，並非鑑定人，關於具結之規定，不準用於機關團體之鑑定人<sup>470</sup>；但亦有實務界以民事訴訟法於民國 89 年修正時增訂第 2 項規定：「本目關於鑑定人之規定，除第三百三十四條及

<sup>467</sup> 參閱參閱許士宦，「鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下）」，台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，22 頁及註 44。

<sup>468</sup> 參閱王甲乙、楊建華、鄭健才，「民事訴訟法新論」，三民書局有限公司，2004 年 9 月，446-447 頁。

<sup>469</sup> 參閱姜世明，「淺談民事程序中之鑑定－著重於實務見解發展及其問題提示」，月旦法學雜誌，第 190 期，2011 年 3 月，24 頁。

<sup>470</sup> 參閱陳榮宗、林慶苗合著，「民事訴訟法(中)」，條訂 四版，三民書局，2005 年 3 月，513 頁。

第三百三十九條外，於前項情形準用之。」認民事訴訟法第 334 條鑑定人應於鑑定前具結之規定，雖於機關鑑定時不適用，然於機關團體指定之人到法院陳述報告說明時，仍應依民事訴訟法第 324 條準用第 312 條證人具結之規定，於陳述前具結之<sup>471</sup>。

## 第二款 到場義務

鑑定乃為證據方法之一，以鑑定人之陳述，供作證據之用。法院命鑑定人以言詞報告或說明鑑定之經過及結果時，鑑定人即有到場說明之義務，但若鑑定人不到場，對於鑑定人不得予以拘提（民事訴訟法第329條）。經合法之通知而不到場者，則可依準用於證人之相關規定（民事訴訟法第303條第1、2項規定），除不得拘提外，視情節輕重不同處以罰款。

## 第三款 陳述義務

「鑑定」乃是以鑑定就鑑定事項陳述意見以供作證據之用，因此鑑定人到場後，得依民事訴訟法第335條第1項規定，對於受訴法院、受命法官或受託法官之訊問，有陳述之義務。鑑定人就鑑定事項陳述意見，原則上應以言詞為之，但受命法院、受命法官或受託法官得命鑑定人具鑑定書陳述。對於鑑定書之製作，我國實務見解大多認為：「按鑑定人乃係以自己之特別知識，於他人之訴訟，就特定事項報告其判斷意見之人；受訴法院得依民事訴訟法第335條之規定命鑑定人具鑑定書陳述意見及到場說明。而所謂鑑定書，法律雖未規定一定之程式，惟必須將其鑑定意見作成書面，至鑑定書之內容，自應將其鑑定經過及所為判斷之理由一併載明，倘未說明其獲致結果之具體理由，其鑑定難謂無瑕疵。」<sup>472</sup>

## 第四款 鑑定人得拒絕鑑定

基於鑑定人得由他人代替，不需強制其鑑定之法理，如被選任之鑑定人不願鑑定，自得另選他人。故除得準用民事訴訟法第 307 條第 1 項之規定而拒絕鑑定外；鑑定人如有其他正當理由，亦得拒絕鑑定。如鑑定人謂其能力不足勝任，而法院認為其理由正當者，亦得免除其鑑定義務（民事訴訟法 330

<sup>471</sup> 參閱許義明，「我國醫療鑑定之現況與檢討」，萬國法律，第 151 期，2007 年 2 月，59-60 頁。

<sup>472</sup> 最高法院 88 年度台上字第 585 號民事判決。相關判決另有最高法院 85 年度台上字第 3072 號民事判決及最高法院 98 年度台上字第 868 號民事判決。

條第 2 項)。

### 第五款 請求相當報酬之權利

鑑定人之權利，於民事訴訟法中，規定於第338條：「鑑定人於法定之日費、旅費外，得請求相當之報酬（第1項）。鑑定所需費用，得依鑑定人之請求預行酌給之（第2項）。」蓋因鑑定人完全本於其特別知識為技藝或勞力之提供，故對於鑑定人所具之權利，普遍認為其除具有請求日費、旅費外，尚得請求相當之鑑定報酬，及償還其因鑑定所支出之各項費用，並得依鑑定人之請求預行酌給<sup>473</sup>。

### 第四項 鑑定意見之拘束力

鑑定人既為法定之證據方法，自然與職掌審判工作的法官有別。雖然，鑑定人係本於專業知識輔助法院認定事實，惟其不能取代法官的角色，因認定事實、適用法律，係法官行使審判權的核心領域，若法官未審查鑑定意見之當否，即遽以鑑定意見作為認定事實的依據，無異放棄行使審判權，而有違其憲法上之義務<sup>474</sup>。故法官得對於鑑定之結果，自得為全面性的審查。依我國實務現況，參照最高法院 89 年度台上字第 603 號民事判決：「按法院固得就鑑定人依其特別知識觀察事實，加以判斷而陳述之鑑定意見，依自由心證判斷事實之真偽。然就鑑定人之鑑定意見可採與否，則應踐行調查證據之程序而後定其取捨。倘法院不問鑑定意見所由生之理由如何，遽採為裁判之依據，不啻將法院採證認事之職權委諸鑑定人，與鑑定僅為一種調查證據之方法之趣旨，殊有違背（本院七十九年台上字第五四〇號判例參照）。原審僅以英國蘇富比公司為眾所週知於全球素富盛名之專家古物鑑定拍賣公司，即認其所出具之鑑定證明書為可採，而未說明其鑑定意見所生之理由，殊屬可議。」另最高法院 96 年度台上字第 2279 號民事判決表示：「法院固得就鑑定人依其特別知識觀察事實，加以判斷而陳述之鑑定意見，依自由心證判斷事實之真偽。然就鑑定人之鑑定意見可採與否，則應踐行調查證據之程序而後定其取捨。倘法院不問鑑定意見所由生之理由如何，遽採為裁判之

<sup>473</sup> 參閱陳榮宗、林慶苗合著，「民事訴訟法(中)」，儻訂 四版，三民書局，2005 年 3 月，511 頁；吳明軒，「中國民事訴訟法(中)」，修訂六版，三民書局，2004 年 6 月，923 頁；王甲乙、楊建華、鄭健才，「民事訴訟法新論」，三民書局有限公司，2004 年 9 月，450 頁。

<sup>474</sup> 憲法第 80 條，法官依據法律獨立審判，不受任何干涉。

依據，不啻將法院採證認事之職權委諸鑑定人，與鑑定僅為一種調查證據之方法之趣旨，殊有違背。本件原審採取國立台灣科技大學營建系鑑定報告，為其判斷之基礎，惟未就鑑定人之鑑定意見可採與否，踐行調查證據之程序而後定其取捨，亦有未洽。」此外，最高法院 97 年度台上字第 1318 號民事判決亦認為：「……（本院七十九年台上字第五四〇號判例參照）。本件原審採取台灣省台中市區車輛行車事故鑑定委員會及台灣省車輛行車事故覆議鑑定委員會鑑定意見書，為其判斷之基礎，惟未就鑑定人之鑑定意見可採與否，踐行調查證據之程序而後定其取捨，亦有未洽。」承上可知，實務上對於法院得審酌鑑定人依其特別知識就鑑定事項所陳述之鑑定意見，依自由心證判斷事實之真偽，然就鑑定人之鑑定意見可採與否，仍應踐行調查證據之程序而後定其取捨，此一原則，可謂係最高法院之定見。<sup>475</sup>

故在認定事實的範圍，法官就鑑定人之鑑定意見，應如同證人之證詞，必須審查其是否可採，而不能全盤接受鑑定結果，直接採為裁判之基礎。亦即，法官即使要採納鑑定意見，須在判決理由交待鑑定意見如何可採；反之，法官如不採納鑑定意見時，仍須在判決理由交待不採之理由<sup>476</sup>。如最高法院 80 年度台上字第 1941 民事判決所述：「中華企業委員會鑑定結果，與台北市電機技師公會之鑑定報告完全相反，原審自應通知該二鑑定機構派人到庭陳述鑑定意見，就不明瞭之處逐一澄清以為取捨之依據，乃原審未遑詳查，遽謂：中華企業委員會之鑑定主其事者學識經驗不足，鑑定結構粗糙。台北市電機技師公會之鑑定則權威、客觀而可採。然鑑定意見之可採與否，應以是否符合真實為斷，鑑定意見是否粗糙、權威或客觀，應具體說明其理由，以求詳盡。」<sup>477</sup>

## 第二節 我國醫療鑑定制度

### 第一項 醫療糾紛鑑定現況

醫療糾紛鑑定之目的，主要在確定行為人（醫師）對人身法益之損害是

<sup>475</sup> 參閱姜世明，「淺談民事程序中之鑑定—著重於實務見解發展及其問題提示」，月旦法學雜誌，第 190 期，2011 年 3 月，26-28 頁。

<sup>476</sup> 參閱王梅英，「專家在法庭上的角色—鑑定或參審？」，律師雜誌，第 253 期，2000 年 10 月，31 頁。

<sup>477</sup> 最高法院 82 年度台上字第 2979 號刑事判決亦持相同見解：「查法院對於鑑定人鑑定報告之取捨，固有自由裁量之權，但鑑定之經過不明或不完備，在究明以前，其鑑定報告是否不足採，尙未可知，除有其他可認為顯無鑑定必要者外，逕予排斥而為與鑑定意旨相反之認定，仍非合法。」

否有過失，其過失與法益之損害結果間有無相當因果關係。醫療糾紛鑑定至少牽涉法律、醫學與行政管理等專業，且醫學日新月異，分科日增，超出一般生活經驗法則，有必要交付專業醫事鑑定機關予以鑑定<sup>478</sup>。我國的醫療鑑定<sup>479</sup>，大多數是委由行政院衛生署醫事審議委員會（下稱醫審會）鑑定。觀察衛生署醫審會接受司法機關委託鑑定案件數統計<sup>480</sup>可知（如下表），從民國76年到95的20年間，醫審會共鑑定5,381件；從76年至95年止，民事案件合計有708件，刑事案件則合計有4,292件<sup>481</sup>。案件數增多，足見醫病衝突愈演愈烈；惟其鑑定之實際情況，外人難窺其究竟。

年 度	76	77	78	79	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	合 計
訴 刑 事	128	130	130	116	116	130	100	104	118	188	238	218	268	308	309	336	399	371	295	290	4292
訟 民 事	4	10	5	7	5	10	16	47	36	18	25	36	47	47	57	65	52	72	78	71	708
性 相 驗	0	0	0	0	0	10	19	30	33	18	11	15	12	21	20	8	8	1	0	3	209
質 其 他	13	24	14	3	9	13	6	10	10	6	2	1	16	13	9	10	4	6	1	2	172
合 計	145	164	149	126	130	163	141	191	197	230	276	270	343	389	395	419	463	450	374	366	5381

## 第二項 醫療鑑定之法律依據

醫療法第98條至第100條為有關醫審會之規定，其中的醫療法第98條第1項<sup>482</sup>第4款即為衛生署設立醫事審議委員會，並以之負責司法或檢察機

<sup>478</sup> 參閱朱富美，「科學鑑定與刑事偵查」，自版，翰蘆圖書出版公司，2004年1月，157頁。

<sup>479</sup> 醫療鑑定，在概念上屬於醫事鑑定之一種。醫事鑑定的範圍包括極廣，舉凡精神鑑定、身心障礙鑑定、DNA、血型或親子鑑定、或一般身體傷害、死亡鑑定等與醫事專業知識有關之鑑定皆屬之。參閱許義明，「我國醫療鑑定之現況與檢討」，萬國法律，第151期，2007年2月。本文所指之醫療鑑定係指因醫療相關行為所生之爭議，而須依賴醫療專業做成事實判斷之鑑定。

<sup>480</sup> 參閱許振東，「醫療糾紛處理程序的現況與困境」，醫事法律專題講座（8），2009年11月4日，講義9。

<sup>481</sup> 刑事案件多於民事案件，且差距甚大。我國訴訟實務上，病患多主張侵權責任而向醫院或醫師請求賠償，僅有少數並依契約責任而主張請求權競合者。探究其原因，多半係因民俗觀念不分民事責任與刑事責任之區別所致，且因侵權責任具有與刑事責任類似之目的，皆具有懲罰及制裁之性質，因此病患面對醫療糾紛之因應方式，以提起刑事訴訟為首要，再附帶提起民事訴訟而主張侵權責任，同時藉由檢察官強大之偵查力量，而得以減輕病患的舉證責任。參閱邱琦，「醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付」，月旦法學雜誌，第164期，2009年1月，38頁。

<sup>482</sup> 醫療法第98條第1項：「中央主管機關應設置醫事審議委員會，依其任務分別設置各種小組，其任務

關委託鑑定之法源。同條第 2 項：「前項醫事審議委員會之組織、會議等相關規定，由中央主管機關定之。」，行政院衛生署依此授權，於民國 94 年 11 月 23 日訂定「行政院衛生署醫事審議委員會設置要點」<sup>483</sup>（以下簡稱醫審會設置要點），委員會下設：一、醫療技術小組。二、醫事鑑定小組。三、醫療資源及專科醫師小組。其中醫事鑑定小組負責醫療糾紛鑑定作業；另衛生署為辦理醫療糾紛鑑定案件，於民國 86 年 11 月 4 日發佈「醫療糾紛鑑定作業要點」（下稱鑑定作業要點）作為有關醫審會辦理醫療糾紛鑑定案件程序之依據。上述有關醫審會組織與運作規範之法律位階，醫審會設置要點屬於依法律授權訂定之行政命令，而鑑定作業要點則應係屬於衛生署的行政規則<sup>484</sup>。

### 第三項 醫審會之鑑定作業及原則<sup>485</sup>

#### 第一款 醫事鑑定小組成員

負責醫療糾紛鑑定之醫事鑑定小組設置委員 21 至 27 人，以其中 1 人為召集人，委員除署長指定兼任者外，並就其他不具民意代表、醫療法人代表身分之「醫事、法學專家」、「學者及社會人士」遴聘之，其中「法學專家及社會人士」之比例，不得少於 3 分之 1<sup>486</sup>。要求鑑定小組之委員的法學專家及社會人士之比例，不得少於 3 分之 1，係為了平衡委員會之組成，避免醫醫相護之質疑。

#### 第二款 被動受理司法或檢察機關委託鑑定

如下：一、醫療制度之改進。二、醫療技術之審議。三、人體試驗之審議。四、司法或檢察機關之委託鑑定。五、專科醫師制度之改進。六、醫德之促進。七、一定規模以上大型醫院設立或擴充之審議。八、其他有關醫事之審議。」此為中央級醫事審議委員會成立之法律依據。至於地方級醫事審議委員會則依醫療法第 99 條第 1 項：「直轄市、縣(市)主管機關應設置醫事審議委員會，任務如下：…三、醫療爭議之調處。…」。同條第 2 項：「前項醫事審議委員會之組織、會議等相關規定，由直轄市、縣(市)主管機關定之。」以台北市政府衛生局為例，該局訂頒「台北市政府醫事審議委員會設置要點」，委員會下設：一、醫療設施。二、收費標準。三、醫療爭議三個小組。參閱 94 年 2 月 18 日，台北市政府（94）府人一字第 09405025000 號函。

<sup>483</sup> 參閱 94 年 11 月 23 日，衛署醫字第 0940223430 號函。

<sup>484</sup> 參閱許義明，「我國醫療鑑定之現況與檢討」，萬國法律，第 151 期，2007 年 2 月，62 頁；李志宏、施肇榮，「醫療法律案例解讀系列 4—診斷證明書與醫事審議（醫療鑑定）」，台灣醫界雜誌，第 52 卷第 7 期，2009 年 7 月，38 頁。

<sup>485</sup> 參閱吳俊穎、賴惠蕓、陳榮基，「醫療糾紛鑑定的未來—由專業鑑定探討醫療糾紛鑑定之興革」，月旦法學雜誌，第 183 期，2010 年 8 月，37-40 頁；楊漢淙，「醫療糾紛鑑定實況」，律師雜誌，第 217 期，1997 年 10 月，44-45 頁。

<sup>486</sup> 參閱行政院衛生署醫事審議委員會設置要點第 3 點。按醫療法第 100 條規定，醫事審議委員會之委員中，法學專家及社會人士之比例，不得少於 3 分之 1。

按鑑定作業要點第 2 點規定，若案件符合下列情形，醫審會將不予鑑定：一、案件非司法、檢察機關之委託者。二、器官、組織或檢體之病理檢查。另從醫療法第 98 條第 1 項規定可知，醫審會僅受理司法檢察機關之委託鑑定，不受理個人或其他單位之申請鑑定。故醫審會係被動受理司法檢察機關委託鑑定。

### 第三款 依司法或檢察機關所提供之卷證作鑑定

醫審會對醫療糾紛案件之鑑定，其鑑定之進行或停止，係依司法或檢察機關（以下簡稱委託鑑定機關）之要求；鑑定項目及範圍，依鑑定作業要點第 3 點規定，係由委託鑑定機關指定，並提供下列相關卷證資料：（一）完整之病歷<sup>487</sup>資料，應並附護理紀錄，X 光片等。（二）訴狀、調查或偵查相關卷證。（三）法醫解剖或鑑定報告。（四）其他必要之卷證資料。故醫審會辦理醫療糾紛鑑定案件，不負責證據之調查或蒐集；悉以委託鑑定機關提供之相關卷證資料為之<sup>488</sup>。

### 第四款 醫療鑑定作業流程<sup>489</sup>

由於醫事鑑定小組置委員 21 人至 27 人，扣除至少 3 分之 1 不具醫療背景之委員，至多僅有 14 至 21 位委員具有醫學背景；惟當今醫療鑑定所牽涉之專門知識類別，早已超過具有專業知識委員的人數，故即使醫審會每位委員皆屬不同醫療專科，也不可能涵括所有科別之專家，爰醫審會接受委託鑑定時，依鑑定作業要點第 4 點第 2 項規定，「……鑑定，得先交由相關科別專長之醫師（以下簡稱初審醫師）審查，研提初步鑑定意見。」先將審查材料交由兩位初審醫師分別獨立初審，由其提供書面意見，復審時，再請初審醫師於醫事鑑定小組會議分別口頭報告<sup>490</sup>。最後由醫審會鑑定小組之委員開會

<sup>487</sup> 除對明顯矛盾或與常理明顯不符之病歷不予採信外，則多以病歷記載為依據，若病歷記載與病人或家屬陳述有所不符之處，或所送鑑定資料未盡完善者，則函請司法機關另行查明後，再作鑑定。

<sup>488</sup> 參閱鑑定作業要點第 9 點規定。故鑑定內容不允許超出司法官請求鑑定的範圍，就算鑑定人發現有竄改病歷之嫌或實際應負責任者另有其人，因鑑定過程不公開，委員發言無紀錄，鑑定結果是否公正，實無從檢驗與監督。

<sup>489</sup> 參閱許義明，「我國醫療鑑定之現況與檢討」，萬國法律，第 151 期，2007 年 2 月，63 頁；葛謹，「醫療糾紛調查－臨床醫師的觀點」，醫療糾紛研討會－向飛安事故調查學習，台北榮民總醫院主辦，2010 年 1 月 20 日，6 頁。

<sup>490</sup> 依鑑定作業要點第 13 點規定，醫事鑑定小組委員及初審醫師對於下列案件應自行迴避：（一）為現職服務醫院之鑑定案件。（二）與本身具有利害關係之鑑定案件。（三）與訴訟事件當事人之任何一方具有利害關係之鑑定案件。但有學者認為此一迴避規定並不明確，會造成當事人無法為妥適的主張，參閱張麗卿，「醫療糾紛鑑定與對質詰問權」，東吳法律學報，第 20 卷第 2 期，2008 年 10 月，9 頁。

審議其書面與口頭鑑定意見，並經委員達成一致之意見時才作成鑑定意見。故該鑑定意見係整個委員一致之意見，而非個人之意見。基於保護鑑定委員及維護鑑定結果之公正性，該會之鑑定過程及委員名單以不公開為原則，其鑑定結果以“醫事審議委員會”之名義作成鑑定書，並由衛生署將該鑑定書函復委託鑑定機關。

## 第五款 鑑定報告應記載事項

按鑑定作業要點第7點規定，鑑定書之作成應載明下列事項：(一)委託鑑定機關。(二)委託鑑定範圍或項目。(三)案情概要。(四)鑑定意見。(五)原送鑑定之相關卷證資料。(六)鑑定之年月日。目前鑑定機關出具之鑑定報告僅是形成法院心證之證據資料，不得作為認定犯罪事實之唯一證據<sup>491</sup>。

## 第三節 現行醫療糾紛鑑定之問題

司法機關目前採用之醫療糾紛鑑定作業方式主要有兩種：委託「醫事審議委員會」鑑定，或交由高檢署法醫中心、法務部法醫研究所、各大醫學中心辦理鑑定事宜；惟實際上大多數的案件中皆交由前者鑑定。當初醫療法規定設立醫事鑑定小組之目的，在紓解對於在此之前由「醫師公會全國聯合會」設立之「醫療糾紛鑑定委員會」之成員因均由醫界人士組成，質疑球員兼裁判，偏袒不公，至病方對鑑定結果多所不滿<sup>492</sup>。但醫審會成立運作後，雖然已盡量朝向公正客觀之方向努力，但然仍存在如下問題，茲分述如下：

### 第一項 鑑定制度面相關之問題

<sup>491</sup> 參照最高法院40年上字第71號刑事判例：「鑑定人之鑑定，雖足為證據資料之一種，但鑑定報告顯有疑義時，審理事實之法院，仍應調查其他必要之證據，以資認定，不得專憑不實不盡之鑑定報告作為判決之唯一證據。」最高法院57年台上字第3399號刑事判例及同院92年度台上字第5019號刑事判決亦分別闡明：「鑑定報告祇為形成法院心證之資料，對於法院之審判並無拘束力，故待證事項雖經鑑定，法院仍應本於職權予以調查，以期發現事實之真相，如鑑定報告顯然存有疑義，於究明之前，仍不得遽採為判決之基礎。」最高法院86年度台非字第388號刑事判決：「犯罪事實固應依證據認定之，惟證據之取捨及證據證明力之判斷，則屬事實審法院之職權，苟其判斷證據力並無違反證據法則，即不能指為違背法令；又鑑定意見乃鑑定人或鑑定機關所為之判斷意見，僅屬證據資料之一種，鑑定意見是否可採，屬證據取捨及其證明力判斷之問題，此為事實審法院之職權，並非案件一經鑑定，審理事實之法院必受鑑定意見之拘束。」

<sup>492</sup> 在民國75年以前，對於醫療糾紛的鑑定，各級司法機關大多委託醫師公會所組成的「中華民國醫療糾紛鑑定委員會」鑑定，由於該會委員均係醫師團體所組成，其鑑定結果時遭批評為醫醫相護，以致公正性受到質疑，糾紛不斷。迄民國76年，衛生署有鑑於醫事鑑定工作的重要，並基於保障醫病雙方之權利，促進醫病雙方和諧的精神下，乃依據（舊）醫療法第73條第1項第4款規定，成立醫事審議委員會，並自民國76年起，受理司法檢察機關委託鑑定事項。參閱楊漢淙，「醫療糾紛鑑定實況」，律師雜誌，第217期，1997年10月，44頁。



## 第一款 大體解剖鑑定未能落實

目前醫療糾紛事件，即使進入訴訟程序，往往欠缺死者的解剖報告。主因在於醫療糾紛事件中，依民間習俗病人家屬通常會先進行入殮，才提起訴訟。而醫院方面，對於醫療糾紛事件大多不會通報進行司法相驗，致使醫療糾紛事件往往會跳過法醫師解剖鑑定此一環節，直接由相關專科的臨床醫師進行鑑定<sup>493</sup>。就醫療過失之鑑定，可分三個階段，包括屍體解剖鑑定、醫療過程鑑定及藥理生化鑑定，如果屍體解剖鑑定不能落實，則醫療過程鑑定及藥理生化鑑定就相對失去意義。所謂的屍體解剖鑑定，係指法醫在檢察官指揮下，對屍體進行解剖，或法官進行屍體勘驗，並判斷死者的死亡原因。因此，法醫所實施的解剖鑑定，雖然不一定能夠清楚地判斷治療的經過及病狀的變化，但卻可明瞭死因，以及屍體各部分的狀態。<sup>494</sup>

猶記得 2009 年底，台中市爆發 7 歲劉小弟疑於同年 11 月 19 日，在學校接種國光生技公司 H1N1 流感疫苗的施打，卻於施打後 33 日不幸死亡，家屬痛心無法接受事實。身為中部婦產科名醫的劉爸爸認為兒子死亡原因與疫苗有關，故對國光生技董事長詹○○提出刑事告訴並同時向監院陳情。而劉小弟的父親原本拒絕法醫解剖，但仍強忍哀痛勉強同意。至解剖鑑定報告出爐，法醫研究所認為其致死原因是因感染好發在幼童的 B19 微小病毒引發噬血症候群，因國光疫苗中並未發現含有該病毒，故據此證明劉小弟死亡與疫苗無關<sup>495</sup>。由於國人普遍仍保有全屍的觀念，有學者認為，當家屬對於死因具有懷疑，為釐清明確死因而認有解剖之必要時，應立法強制解剖，同時檢察機關有義務儘速將遺體送交解剖鑑定，以避免因時間過久相關證據滅失，而造成鑑定上之困難<sup>496</sup>。

## 第二款 醫療專業法庭運作上之困境

法官及檢察官不具有醫療專業能力，是醫療訴訟的一大難題。現行醫療

<sup>493</sup> 王皇玉，「建立法醫鑑定與刑事鑑識複鑑機制」法務部委託研究計畫公聽會說明，於台大法律學院霖澤館 1301 多媒體教室，2010 年 6 月 25 日，5-6 頁。

<sup>494</sup> 參閱李聖隆，「從刑事法觀點論醫糾刑案及醫療鑑定」，律師雜誌，第 233 期，1999 年 2 月，69-70 頁。

<sup>495</sup> 當報告出爐後，台中地檢署立即開庭並請劉小弟父母到場，告知其內容並詢問他們的意見；但劉小弟父母透過台中市議員張耀中表示，「這樣的鑑定報告無法說服專業的醫療人員」。資料來源：中時健康網-醫藥生活館，網址 <http://health.chinatimes.com/>，查詢日期：2011 年 4 月 16 日。

<sup>496</sup> 參閱吳俊穎、賴惠蕓、陳榮基，「醫療糾紛鑑定的未來—由專業鑑定探討醫療糾紛鑑定之興革」，月旦法學雜誌，第 183 期，2010 年 8 月，45 頁。

訴訟實務所呈現的狀況是「蒞庭的檢察官及法官通常不具醫學專業背景」、「醫療專庭法官流動頻繁」及「太少專家進入法庭」。

為了解決醫療訴訟審判上的困境，以及滿足人民對司法公正之期待，醫療法於 2004 年 4 月 28 日經總統公布增訂第 80 條<sup>497</sup>規定：「司法院應指定法院設立醫事專業法庭，由具有醫事相關專業知識或審判經驗之法官，辦理醫事糾紛訴訟案件。」司法院爰依此規定意旨指定台北、士林、板橋、台中與高雄等五處地方法院，台灣高等法院以及台中分院、高雄分院設置民事、刑事醫療專庭，用以審理民事醫療糾紛的損害賠償事件，以及違反醫師法或醫療行為過失致死傷的刑事案件。並透過舉辦相關研討會，邀請醫學專家演講，以協助法官充實醫學專業知識，提升審理醫療訴訟之能力<sup>498</sup>。然而醫療專庭的法官畢竟未受過完整的醫學教育訓練，醫學診斷又太過專業化，所知理論更無法透過實習與臨床診療實務相結合，更遑論熟悉臨床醫療環境及各科之診療流程，故於訴訟過程踐行調查證據程序時，法官根本無法檢視確認是哪一個醫療步驟出了問題，也幾乎無法辨識每一個疾病的鑑別診斷、處理原則及優先順序。如果法官忽略或不知系爭案件的關鍵爭點，偏偏鑑定機關又僅能依其所「委託鑑定事項」的敘述方式來回答，不管「委託鑑定事項」是否為「系爭案件事實」，即使明知交付鑑定事項有錯誤或偏差，也只能被動接受詢問。我國現雖有專家諮詢要點<sup>499</sup>，然而實務上法官卻較少引用專家進入法庭，涉及專業知識之待證事實並未委請專家，大多直接由法官自己認定，現行制度下欠缺輔助法官關於審理醫療糾紛案件相關專業知識之配套設置<sup>500</sup>，法官較難對鑑定報告作出精確的檢驗，僅能依照鑑定人所提出之鑑定

<sup>497</sup> 現行條文第 83 條。

<sup>498</sup> 參閱邱琦，「醫療專庭與專家參審－以德國、法國商事法庭為借鏡」，月旦法學雜誌，第 185 期，2010 年 10 月，80-81 頁。

<sup>499</sup> 專家參與諮詢不同於專家參審。所謂「專家參與諮詢」的制度係中華民國 89 年 5 月 2 日司法院（89）院台廳民一字第 10577 號令訂定「專家參與審判諮詢試行要點」而來，後經中華民國 92 年 7 月 7 日司法院（92）院台廳民一字第 17480 號函修正名稱為「專家諮詢要點」，參閱張麗卿，「刑事醫療訴訟審判之困境與改革－最高法院 96 年台上 4793 號判決評釋」，台北醫法論壇（Ⅲ）實務判決評析，行政院衛生署、台北榮民總醫院主辦，2010 年 5 月 29 日，32 頁，註 23。依專家諮詢要點第 2 點規定：「下列民事事件，第一審或第二審法院認為必要時，得依職權行專家諮詢：（一）因醫療糾紛涉訟者。」及第三點規定：「下列刑事案件，第一審或第二審法院認為必要時，得依職權行專家諮詢：（二）因醫療行為致死或重傷案件。」可知民事醫療糾紛與因醫療行為致死或重傷的刑事案件都能適用專家諮詢。

<sup>500</sup> 雖然司法院於 1999 年全國司法改革會議決議：「為因應社會價值觀之多元化，增強法官法律外之專業知識，並提升國民對司法裁判之信服度，應規劃如何立法試行酌採專家參審制，處理特定類型案件如少年、家事、勞工、智慧財產權、醫療糾紛、行政爭訟及重大刑事等類案件。」司法院並於 2006 年 7 月 24 日完成「專家參審試行條例」草案，送請行政院會銜，因有違憲疑慮，而退回司法院。有實務認為，台灣欲強化醫療專庭之功能，不在於建立專家參審制度，而在於加強訴訟外紛爭解決機制如醫事調解，以及改進現行醫事鑑定制度。參閱邱琦，「醫療專庭與專家參審－以德國、法國商事法庭為借鏡」，月旦法學雜誌，第

意見為心證資料。

當前醫療專庭所面臨之最大困境，在於總體案件負荷太重，以及法官之績效考評係以未結案件數量為主要依據。因醫療訴訟案件過少<sup>501</sup>，而司法資源又極其寶貴有限，若醫療專庭法官僅審理醫療訴訟，將使司法資源過度集中於醫療專庭而發生排擠效應，從而法官仍須兼辦一般案件。再加上司法行政上對法官設有辦案期限之管考限制，法官為求妥速結案，承受極大之時間壓力，工作負擔自然加重，進而壓縮醫療專庭法官處理醫療訴訟的時間與精力。此外，醫療專庭法官的流動率十分龐大，多無法久任，透過台中地方法院林清鈞法官的訪查數據顯示，2005年至2009年更換了75%的專庭法官<sup>502</sup>。由於新的法官赴任，又必須重新熟悉醫療專業法庭的運作以及培養醫療專業素養，這使得醫療專業法官的養成更加不易。除此之外，一旦流動率過高，無法長期留任在醫療專業法庭中接受醫事審判專業訓練，就無法累積珍貴的實務經驗，勢將更難培養出適合審理醫療糾紛案件之專業法官。<sup>503</sup>

### 第三款 囑託外國機關團體鑑定制度無法落實

我國不論官方或民間之醫療糾紛鑑定人通常必須具有醫療專業背景，而國內之鑑定人，縱使與被告之醫學背景無關，亦難免有偏頗情況產生，或縱無偏坦情事，也可能讓當事人有「醫醫相護」之疑慮。雖然國內有少數醫學中心受理委託鑑定，但由民眾直接提出委託辦理的可能性不高，因此，倘若司法機關或訴訟當事人想進一步知道不同專家之意見時，會想請外國專家作鑑定。我國民事訴訟法第340第1項雖明文規定法院認為有必要時得商請外國機關、團體為鑑定，但我國政府或民間團體並未建立國外醫療鑑定機構或醫療專家之相關資訊，而鑑定結果國內司法或檢察機關亦可能不予採用，致該條規定無法落實，在醫療糾紛事件中難有適用之機會<sup>504</sup>。

---

185期，2010年10月，99-100、102頁。

<sup>501</sup> 詳細資料請參閱邱琦，「醫療專庭與專家參審—以德國、法國商事法庭為借鏡」，月旦法學雜誌，第185期，2010年10月，82頁，註2，司法院統計處資料。

<sup>502</sup> 參閱林清鈞，「醫事專業法庭成效初探—刑事庭」，學術研討會面資料，轉引自張麗卿，「刑事醫療訴訟審判之困境與改革—最高法院96年台上4793號判決評釋」，台北醫法論壇（Ⅲ）實務判決評析，行政院衛生署、台北榮民總醫院主辦，2010年5月29日，28頁，註8。

<sup>503</sup> 參閱邱琦，「醫療專庭與專家參審—以德國、法國商事法庭為借鏡」，月旦法學雜誌，第185期，2010年10月，81-82頁；張麗卿，「刑事醫療訴訟審判之困境與改革—最高法院96年台上4793號判決評釋」，台北醫法論壇（Ⅲ）實務判決評析，行政院衛生署、台北榮民總醫院主辦，2010年5月29日，27-29頁。

<sup>504</sup> 參閱高鳳仙，「論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（上）」，萬國法律，第129

## 第二項 鑑定程序面相關之問題

### 第一款 重複鑑定比例過高

民事法院審理民事訴訟時有所謂的爭點整理，但因移請醫療鑑定案件均涉及「醫學專業知識及經驗」，不易掌握鑑定內容，且法官自身欠缺醫事專業背景，於每遇醫療糾紛案件必送鑑定外，在送鑑定過程中，倘未能先就案情予以判斷釐清相關爭點以明確指出請求鑑定之疑點所在，致鑑定作業無法有效執行，造成鑑定結果未必能夠命中核心或鑑定報告答非所問。故當法院囑託鑑定事項不具體，除產生無法鑑定的情況，往往亦導致同一案件送交數次鑑定或補充說明。倘醫學專家們又有難言之隱，不願意一次把話說清楚<sup>505</sup>，致同一案件重複鑑定的比例過高，雖然反覆調查與鑑定工作有助於釐清事實真相，但也加深民眾對鑑定結果公正性之疑慮<sup>506</sup>。另外，法院有時會將同一醫療糾紛案件送請多家鑑定單位判斷，而有重複鑑定之問題<sup>507</sup>。

### 第二款 跨科鑑定之難題<sup>508</sup>

現代醫學高度專科化發展之結果，於醫療糾紛案件，決定醫療鑑定應送哪一種科別的專科醫師鑑定，也是相當專業的問題，有時涉及多科鑑定。例如，有一抽脂手術併發肺血管脂肪栓塞致死判決<sup>509</sup>，依鑑定結論認為手術中應注意足夠之體液補充，以避免產生脂肪栓塞之併發症，醫師應注意而未注意，故認定醫師未盡其注意義務而有過失。然與肺血管脂肪栓塞專業領域最有關係之心臟科醫師則普遍認為，醫學實證並無補充水分可以預防肺血管脂肪栓塞之說法，並對該鑑定報告專業性提出質疑。由此可見，決定醫療鑑定

---

期，2003年6月，70頁；李伯璋、曾平杉，「醫療紛爭－在臨床醫學與法律實務的探討」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2010年1月，127頁。

<sup>505</sup> 參閱邱琦，「醫療專庭與專家參審－以德國、法國商事法庭為借鏡」，月旦法學雜誌，第185期，2010年10月，84頁。根據該文作者彙整其於醫療民事糾紛審判實務中，常見之鑑定意見有四種類型，「斬釘截鐵」、「不問不答」、「暗藏玄機」及「模稜兩可」，詳參邱琦，「台灣醫療糾紛的實證研究」，醫療法制之整合研究計畫（二）實證醫學與法律醫療法研討會，會議論文集，國立台灣大學法律學院頂尖計畫主辦，2009年12月26日，101-131頁。

<sup>506</sup> 參閱吳俊穎、賴惠蕓、陳榮基，「醫療糾紛鑑定的未來－由專業鑑定探討醫療糾紛鑑定之興革」，月旦法學雜誌，第183期，2010年8月，44頁。

<sup>507</sup> 參閱蔡惠如，「台灣醫療糾紛之法律課題」，月旦民商法雜誌，第4期，2004年6月，135頁。

<sup>508</sup> 參閱許義明，「我國醫療鑑定之現況與檢討」，萬國法律，第151期，2007年2月，63頁。

<sup>509</sup> 台北地方法院91年度訴字第730號刑事判決。

應送何種領域的專科醫師鑑定，仍應依該鑑定問題所涉專業決定之。假如鑑定程序一開始就找非鑑定問題所屬領域之專科醫師進行鑑定，不論在初審或複審，初審醫師與委員會委員都不是該領域專家，鑑定意見之品質實值得擔憂。

### 第三款 送交鑑定資料缺漏

醫療發生糾紛而生爭訟時，首要之先在於掌握醫療院所所作醫療過程之全部資料。所謂全部資料，包括完整病歷記錄、護理記錄及各種檢驗報告。但由於「鑑定作業要點」第9點規定醫審會鑑定所依據之資料悉由委託機關提供之，且以其所提供者為限，不負責證據之調查或蒐集工作。故醫審會就司法機關囑託之鑑定，採行不送不理之態度，亦不主動瞭解糾紛之爭點及病歷資料是否完整，徒以囑託機關檢附資料不足，無法作出進一步鑑定結果，即直接發文退回委託機關。因司法機關不知何謂才是完整資料，實務上醫院也不會主動提出完整資料，以致調取之資料經常掛一漏萬，除造成多次鑑定而拖延訴訟外，相關資料也可能因時間經過而有隱匿、缺漏或塗改情形。如此情況，在整個醫療過程資料無法全盤掌握的前題下，鑑定單位僅能就不完整資料及不夠專業之事項進行鑑定，何能期盼鑑定結果正確。<sup>510</sup>

### 第四款 鑑定過程耗日費時

根據統計，衛生署民國90年辦理司法或檢察機關委託鑑定的案子有406件，91年達416件。每件案子流程一般是經過行政程序收發文後，先後送2位初審醫師完成鑑定報告（因案件資料只有1份，所以必須第1位醫師鑑定完成後，才能再送第2位醫師鑑定），之後再由醫審會鑑定小組開會討論。以鑑定小組每週開會1次，每次審理10件案子的進度，民眾等待鑑定結果的時間平均費時6到9個月<sup>511</sup>。可知醫療糾紛案件委由醫審會鑑定後，鑑定時日多半長達半年，甚至1年之久，再加上醫療鑑定結果通常是醫療訴訟中的關鍵證據資料，若醫療鑑定審查時間越久，訴訟進行速度就越慢，除對訴訟雙方是相當大的時間與精神負擔，真相也易隨時間經過而被遺忘。

<sup>510</sup> 參閱監察院，「行政院衛生署接受醫療糾紛之鑑定涉有弊端之調查報告」，全國律師，第2卷第2期，1998年1月，97-98頁。

<sup>511</sup> 參閱「醫療爭議參考手冊」，初版，財團法人台灣醫療改革基金會，2006年12月，29頁。

## 第五款 欠缺覆議機制

在車禍肇事案件中，當事人可以向事故發生地所轄之「車輛行車事故鑑定委員會」申請鑑定，同時還設有「車輛行車事故覆議鑑定委員會」，提供當事人對鑑定委員會結果有異議，可申請覆議<sup>512</sup>。反觀目前行政院衛生署對於醫療糾紛之鑑定制度並未設有覆議或複審制度，且實務上法院為避免鑑定意見相互衝突有難以取捨之困擾，通常不願將相同之事實送請不同之鑑定機關作鑑定，因此，當鑑定意見有偏頗不公之情事時，應採取何種更客觀公正之鑑定意見，即成為困擾法院及訴訟當事人之難題。<sup>513</sup>

## 第六款 欠缺鑑定人/機關與當事人參與程序之設計

民事訴訟法為確保當事人參與鑑定程序之機會，使其居於程序主體地位，就鑑定結果之形成，可提供意見（民訴法第 337 條第 2 項後段<sup>514</sup>）。而為確實保障該意見提供權，自以實施鑑定過程中當事人得在場為前題，始能據以實質、適時賦予提供意見以影響鑑定結果之機會<sup>515</sup>。反觀鑑定作業要點第 11 點規定：「醫事鑑定小組會議不受理訴訟事件當事人之任一方到場陳述意見。」由於鑑定案件均為進入司法訴訟程序之案件，為免涉及調查，衛生署不主動蒐集資料，亦不接受當事人提供之資料，同時在鑑定過程中，並不接受雙方當事人到場陳述說明，當事人如有意見陳述，則需另循司法程序向司法檢察機關提出聲請或陳明，如該司法檢察機關認有鑑定參考之需，再函轉衛生署作為鑑定參考資料<sup>516</sup>。故醫審會在審議時並未讓當事人列席表示意見或提出答辯，當事人如認為醫審會之鑑定有問題，亦無法向醫審會提出理由，使得當事人常有鑑定不公卻無有效直接的申訴管道之感，官方鑑定制度亦因此飽受多方批評。

<sup>512</sup> 車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法第 11 條第 1 項規定：「當事人或甚繼承人或其法定代理人、車輛所有人對於鑑定委員會所作鑑定意見有異議時，得向該委員會轄區覆議委員會申請覆議，對於鑑定覆議不得再申請覆議。覆議案件其已進入司（軍）法程序者，應向審理該案之司（軍）法機關聲請轉送覆議委員會覆議。」

<sup>513</sup> 參閱高鳳仙，「論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（上）」，萬國法律，第 129 期，2003 年 6 月，70 頁；高鳳仙，「論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演（下）」，萬國法律，第 130 期，2003 年 8 月，93 頁。

<sup>514</sup> 當事人於鑑定人進行鑑定時亦得提供意見。

<sup>515</sup> 參閱許士宦，「鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下）」，台灣本土法學雜誌，第 67 期，2005 年 2 月，23 頁。

<sup>516</sup> 參閱楊漢淙，「醫療糾紛鑑定實況」，律師雜誌，第 217 期，1997 年 10 月，45 頁。

### 第三項 鑑定實質面相關之問題

#### 第一款 公正性無法獲得充分肯認

現行醫療鑑定制度最重要之缺點乃在於機關鑑定。目前的實務，醫審會鑑定或醫療機關鑑定之書面報告都以機關的名義作成，受囑託鑑定之機關不必具結<sup>517</sup>也具有證據能力，且鑑定人員在鑑定書上一律不具名，當事人無從得知實際提出鑑定意見之人，形成真正鑑定人躲在機關鑑定的名義背後，不但不須負刑法第 168 條偽證罪之責，也因機關無法出庭，難以傳喚鑑定人到庭接受說明鑑定過程<sup>518</sup>及解答疑惑，形成鑑定是否真實很難認定<sup>519</sup>。再者，由於醫審會之鑑定過程及委員名單係以不公開為原則，除當事人無從行使拒卻鑑定人之權利外，同時參與鑑定者是否具有專門醫學研究學識，亦無從究明。因此，在外界無從知悉醫療行為是否有疏失的討論及鑑定醫師之個人意見之情形下，社會大眾不免對醫審會產生一種「黑箱作業」的認知，而對其鑑定的公信力大打折扣<sup>520</sup>。

#### 第二款 欠缺全國一致性的鑑定判斷準則

按鑑定作業要點第 16 點之規定，醫事鑑定小組委員及初審醫師，對於鑑定案件，應就委託鑑定機關提供之相關卷證資料，基於醫學知識與醫療常規，並衡酌當地醫療資源與醫療水準，提供公正、客觀之意見。我國與英美各國相同，採取醫療常規的注意標準，關於醫療常規之注意義務，我國法院經常以醫審會或醫療機構的鑑定意見，作為醫療行為是否符合注意義務的依據<sup>521</sup>，實務判決如「執行相關醫療行為時，符合醫療常規而無任何過失」或

<sup>517</sup> 實務判決如台灣彰化地方法院 96 年度簡上字第 140 號民事判決：「又鑑定人應於鑑定前具結，於結文內記載必為公正、誠實之鑑定，如有虛偽鑑定，願受偽證之處罰等語。此固為民事訴訟法第 334 條所規定鑑定人應履行具結之義務，惟法院囑託公署或團體陳述鑑定意見或審查之者，毋庸踐行具結之程序，此觀民事訴訟法第 334 之規定，未為同法第 340 條所準用，即可明瞭。最高法院 28 年滬抗字第 104 號判例揭示甚明，本件乃囑託機關為鑑定，並非以自然人為鑑定人，揆諸上述最高法院判例意旨，自毋庸踐行具結之程序，是原審未命鑑定機關即醫審會具結，並無違背訴訟程序之規定，上訴人就該部分指摘原審違背訴訟程序，容有誤解。」

<sup>518</sup> 由於醫審會鑑定係由鑑定小組的委員集體鑑定，到底應指定哪為委員到庭說明，的確有實際上的困難，或許因為這樣，司法實務從未有要求醫審會指定鑑定委員到庭說明或報告的實例。參閱張麗卿，「醫療糾紛鑑定與對質詰問權」，東吳法律學報，第 20 卷第 2 期，2008 年 10 月，10 頁。

<sup>519</sup> 參閱張麗卿，「醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例」，月旦法學雜誌，第 157 期，2008 年 6 月，79 頁。

<sup>520</sup> 李聖隆律師列舉「醫事審議委員會」受託鑑定有：違法、遲滯、草率及不當等四大弊端的現象。參閱李聖隆，「律師如何對抗有偏頗之虞的醫療鑑定」，律師通訊，第 180 期，1994 年 9 月，46 頁。

<sup>521</sup> 參閱陳聰富，「醫療過失之判定標準」，台北醫法論壇（Ⅲ）實務判決評析，行政院衛生署、台北榮

「治療過程符合醫療常規，難認有過失」或「其醫療行為已符合醫療常規，尚難認系爭手術有何疏失」及「確違醫療常規，而有醫療過失」等語，故醫方若能證明其行為符合醫療常規，即無須負擔過失責任。

但我國醫事法規並無「醫療常規」的用語；最高法院判例或判決對於「醫療常規」並未作出解釋；而醫審會對於何謂醫療常規亦無說明<sup>522</sup>。有學者主張，所謂醫療行為之常規診療義務的具體內涵，應以當時之醫療準則為斷<sup>523</sup>。「醫療常規」或「現行醫療常規為不確定概念，採此為鑑定或判決基礎，甚具爭議。況每一醫療個案內容皆不同，是否皆可套入固定之醫療常規框架亦非無疑。其次，我國民法上的「過失」係指欠缺善良管理人的注意（最高法院 19 上字第 2746 號民事判例），即依交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意有欠缺（最高法院 42 台上字第 865 號判例）。職是，使用「醫學常規」一詞作為判決基礎時，是否表示等同於法律上「已盡善良管理人的注意」即有相當爭議：最高法院 94 年度台上 1605 號判決意旨已經將「醫療水準」與「欠缺善良管理人之注意」切割成為兩種不同層次的概念<sup>524</sup>。因此，符合「醫療常規」或符合「醫療水準」（兩者是否可以畫等號？亦有爭議）是否當然可以視為法律上「已盡善良管理人之注意」義務，即非無疑。故醫審會鑑定報告固然指出被告之醫療行為「符合醫療常規，尚未發現有疏失之處」。但未說明被告行為是否已盡「善良管理人之注意而無過失」？且被告所為醫療行為有無「過失」是適用法律之結果，為「法官保留」亦不可能委由「醫審會」行之，即不在「醫審會」鑑定範圍。

### 第三款 過度依賴鑑定結論

依據民事訴訟法第 222 條第 3 項：「法院依自由心證判斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則。」但醫療糾紛案件之判決涉及專業醫療知識與技術，法官不能藉由其法律專業知識認定，也不能從一般教育

---

民總醫院主辦，2010 年 5 月 29 日，174-182 頁。

<sup>522</sup> 「醫療常規」一詞係醫審會鑑定書最末頁「附註」之用語。

<sup>523</sup> 由於醫療準則本身即代表當時的醫療水準，而隨著醫學的進步，此「醫療準則」本身亦時時刻刻不斷作修正。參閱盧映潔、葛建成、高忠漢，「論醫療行為之常規診療義務」，*台灣本土法學雜誌*，第 83 期，2006 年 6 月，102 頁。

<sup>524</sup> 原判決文：「按醫療機構因醫療契約之訂立，負有以盡善良管理人之注意，依當時醫療水準，對病患履行診斷或治療之義務。故為其履行輔助人之醫師於從事診療時，如未具當時醫療水準，或已具醫療水準而欠缺善良管理人之注意，因而誤診或未能為適當之治療，終致病患死亡或受傷者，醫療機構自應負債務不履行損害賠償責任。」



學習而來的知識或日常生活經驗中得知，即使偶有涉獵相關醫療知識，但實際上難能就科技上之鑑定意見形成自由心證，故專業鑑定於醫療糾紛訴訟程序中即有其必要性與重要性，並以倚賴機關鑑定報告作為判斷依據。

從鑑定機關與法院採信的關聯性統計得知<sup>525</sup>，2002年1月1日至2003年4月30日止，法院百分之百採納醫審會及法醫研究所所為的鑑定意見；但醫學中心的鑑定意見，法院僅百分之六十採信，之所以不採醫學中心的鑑定意見，乃因醫學中心所為的報告與醫審會不同，換言之，只要醫學中心所為的鑑定結論與醫審會不同時，司法實務幾乎都以醫審會的意見為主，足見醫審會的鑑定結論幾乎都被法院所採納<sup>526</sup>。故醫審會的鑑定結論成為實際判決的決定者，有論者指出如此似乎行政權的作用左右了法官的判決<sup>527</sup>。由於鑑定證據繫於法院對於該事項專業知識之有無，鑑定結果因往往非法院所能認識之事實，是否即代表事實之真相，裁判者亦非有確切之把握。

## 第五章 最高法院民事醫療訴訟判決之實證分析

本文係整理89年至98年最高法院有關醫療訴訟民事判決，合併相同案件後，再排除第三審判定「不合法」之案件後，共計40件（參閱後附89年至98年最高法院醫療訴訟民事判決一覽表），相關實證分析整理如下：

### 第一節 醫療糾紛判決背景資料之實證分析

- (一) 以「年度」統計：自89年至98年計89年3件、90年2件、91年2件、93年3件、94年2件、95年3件、96年8件、97年7件、98年10件，合計40件，自95年後開始出現上昇之趨勢，顯見進入訴訟程序的醫療糾紛案件數量逐年增加（圖5-1）。

<sup>525</sup> 參閱蘇嘉瑞，「醫療糾紛刑事訴訟之實證與趨勢」，法官協會雜誌，第9卷第1期，2007年6月，58頁以下。

<sup>526</sup> 最近一則報導：新北市一對陳姓夫婦於2008年懷孕後，在板橋國泰醫院做了9次產前檢查，但2009年到其他婦產科生下寶寶後，才發現右手有缺陷，因此指控板橋國泰醫院副院長阮○○，有醫療疏失；纏訟了2年的官司，沒想到法院最後以陳先生無法證明，醫師曾經說過看不到手指是嬰兒的手在動，以及拿不出4D超音波檢查的證明，判定陳先生敗訴，關鍵就在於法院採信醫審會的看法，認為超音波檢查有其極限，無法百分之百保證。只是寶寶已經沒了右手臂，還吃上損害名譽的罪名，除須給付原告1元及並應分別於蘋果日報、自由時報、中國時報之版面刊登道歉啟事，讓陳姓夫婦原本就已經受傷的心靈，恐怕又要再一次遭到打擊。資料來源：<http://tw.news.yahoo.com/article/url/d/a/110413/8/2pql6.html>，查訪日期：2011年4月14日。判決內容詳見台灣板橋地方法院98年度訴字第2439號民事判決。

<sup>527</sup> 參閱邱清華，「醫療、法律、消費者—重建醫病關係」，醫事法學，第7卷第2期，1999年6月，4頁。

- (二) 以「醫療機構層級」分析：從被告的服務單位層級來看，醫學中心最多，有 13 件；其次為區域醫院，12 件；地區醫院有 11 件；屬診所所有 1 件；其他：非醫院 2 件<sup>528</sup>；侵占健保費而歇業 1 件<sup>529</sup>。數據顯示，糾紛的醫方當事人大部分為公、私立大型醫院和區域醫院（圖 5-2；5-3）。
- (三) 以「科別」分析：若以被告的服務單位來看，被告科別則以外科系為最多，共計 17 件，包括：外科 4 件、麻醉科 3 件、神經外科 2 件、眼科 2 件、小兒骨科 1 件、心臟外科 1 件、整型外科 1 件、骨科 1 件、耳鼻喉科 1 件、泌尿科 1 件；次為內科系，共有 12 件，包括內科 9 件、神經內科 2 件、復健科 1 件；其他科別尚有：婦產科 7 件、皮膚科 1 件、精神科 1 件、牙科 1 件；其他 1 件<sup>530</sup>。分析結果仍以外科醫師、內科醫師及婦產科醫師之受告率最高，顯見醫療糾紛仍以傳統 4 大科，即內科、外科、婦產科及兒科為主（圖 5-4；5-5；5-6；5-7）。
- (四) 以「上訴人」類別分析：病方上訴案件有 34 件；醫師上訴有 11 件；醫院上訴有 9 件；其他部分 2 件。病人上訴之案件數，明顯高於醫院或醫師上訴之案件數（圖 5-8）。究其原因，係因病方多為死亡或健康受損嚴重而於法院二審判決多遭敗訴判決，部分案件甚至無法得到賠償，故仍持續上訴。
- (五) 上訴結果：第三審法官確認第二審法官判決之案件，對有過失及有因果關係認同者有：最高法院 89 年度台上字第 1834 號、最高法院 93 年度台上字第 69 號、最高法院 95 年度台上字第 519 號及最高法院 98 年度台上字第 656 號，共計 4 件；對無過失及無因果關係認同者有：最高法院 89 年度台上字第 1286 號<sup>531</sup>、最高法院 90 年度台上字第 2345 號<sup>532</sup>、最高法院

<sup>528</sup> 最高法院 98 年度台上字第 2340 號；最高法院 98 年度台上字第 188 號。

<sup>529</sup> 李○○即華濟醫院。

<sup>530</sup> 最高法院 98 年度台上字第 188 號，有關醫審會鑑定不公之訴訟。

<sup>531</sup> 「上訴人並未能舉証證明其臉部血管擴張之損害係被上訴人之紅寶石雷射醫療行為所造成，亦不能證明被上訴人有詐騙之侵權行為，上訴人依民法第一百八十四條侵權行為損害賠償規定，請求賠償醫療費用，即非有理由。」

<sup>532</sup> 「綜上所述，被上訴人依醫療給付連帶保證法律關係，訴請上訴人給付蘇○和積欠之醫療等費用共計一百四十六萬四千零三十六元本息，及為蘇○和辦理出院手續，並自被上訴人醫院領回或收容，於法有據，均應予准許云云。為其心證之所由得，並說明兩造其餘攻擊防禦方法不足採之理由，爰將第一審所為上訴人敗訴之判決予以維持，駁回上訴人之上訴，經核於法並無違誤。未查，被上訴人是否承諾照顧蘇○和等

93 年度台上字第 1486 號<sup>533</sup>、最高法院 95 年度台上字第 2178 號<sup>534</sup>、最高法院 96 年度台上字第 450 號<sup>535</sup>、最高法院 96 年度台上字第 323 號<sup>536</sup>、最高法院 96 年度台上字第 2738 號<sup>537</sup>、最高法院 97 年度台上字第 741 號<sup>538</sup>、最高法院 98 年度台上字第 188 號<sup>539</sup>、最高法院 98 年度台上字第 999 號<sup>540</sup>及最高法院 98 年度台上字第 1868 號<sup>541</sup>，計 11 件。亦證明病方不易獲得勝訴。

## 第二節 醫療糾紛審判實務之實證分析

### 一、 因醫療過失而引起之醫療糾紛

#### (一) 醫療過失之告訴原因

情，證人既不能證明，上訴人亦不能舉證予以證明屬實，為原審所合法確定之事實，兩造自不成立和解契約。上訴論旨，猶持陳詞，就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非有理由。據上論結，本件上訴為無理由。」

<sup>533</sup> 「被上訴人於病患管理及本事件處理上並無故意或過失等可歸責之處，上訴人依據侵權行為及不完全給付之法律關係請求被上訴人賠償其損害，實屬無據。」

<sup>534</sup> 「綜上所述，乙○○乃具有專業執照之技術人員，長庚醫院聘任乙○○時無任何不當之處。乙○○所為之行爲無任何過失，與上訴人之傷害間，並無相當因果關係，長庚醫院於監督管理上並無任何失當之處。……爰維持第一審所爲上訴人敗訴之判決，駁回其上訴及追加之訴，經核於法並無違誤。」

<sup>535</sup> 「本件被上訴人醫護人員發現上訴人呼吸聲音改變，於查詢調用加護病床前，既先爲上訴人施作電腦斷層檢查及持續進行手術前之準備工作，而無延誤，上訴人復未能舉證證明其成爲植物人之結果，係因被上訴人醫院加護病房管理之缺失或有何醫療疏失所導致。……並無民法第一百九十一條之三之適用。原審因以上述理由，爲不利於上訴人之論斷，經核於法洵無違誤。」

<sup>536</sup> 「惟原審已依上開各醫院之檢查報告認定上訴人已被摘除子宮體，只留下子宮頸；並依柯○○醫師證述避孕器裝在子宮頸管內等情無訛，且說明其餘所用證據已不足影響判決結果而未傳訊，尚不生判決不備理由之違法問題。據上論結，本件上訴為無理由。」

<sup>537</sup> 「上訴人既未能舉證證明被上訴人有過失，即經送鑑定結果，亦認被上訴人之醫療行爲並無過失，而上訴人復未能舉證證明被上訴人之醫療行爲與吳○心之死亡間有相當因果關係，其依侵權行爲及僱傭關係主張被上訴人應負連帶賠償責任，自無理由。」

<sup>538</sup> 「原審認乙○○於發現血液培養有革蘭氏陽性細菌時未予使用第三線廣泛性之抗生素，亦符合醫療慣例而無可歸責之事由。並以乙○○治療行爲與黃○村死亡結果間無因果關係，因而爲上訴人敗訴之判決，經核於法並無違背。」

<sup>539</sup> 「行政院衛生署醫事審議委員會出具鑑定書之行爲並非不法行爲，亦無證據證明被上訴人有何故意、過失；上訴人於彰化地院前案判決獲敗訴之判決與被上訴人之鑑定並無相當因果關係，上訴人向被上訴人請求損害賠償，揆諸前揭法條之規定，非有理由。」

<sup>540</sup> 「被上訴人丙○○於手術後，縱未注意以電腦斷層或核磁共振對於孟○科癱瘓之原因予以探查，亦與孟○科癱瘓之結果間，無相當因果關係。從而，本件被上訴人丙○○於本件之醫療處置並無故意或過失存在。」

<sup>541</sup> 「參酌乙○○被訴過失傷害罪部分復經法院判決無罪確定，尚難令負侵權行爲損害賠償責任。……乙○○於處理高陳○○之腦出血醫療過程中，其處置已遵循醫療規則，且已盡相當之注意義務，使高陳○○免除生命之危險，原難認其有債務不履行之情形；且高陳○○意識不清，係蜘蛛網膜下腔出血，腦內出血和血管痙攣致腦缺氧所致，與有無同時施作腦室腹腔分流術尚無法判斷其關連性，亦無法確定施作該項手術，對其腦部永久性損傷有所助益，既如前述，尤難認其有可歸責之事由，自不負債務不履行損害賠償責任。」

(圖 5-9)

告訴原因	醫療不當	產科相關	延誤治療	未盡說明義務	手術相關	麻醉相關	用藥不當	診斷相關	未告知檢查報告	延誤轉診	檢查錯誤	診療疏失	復健不當	其他
件數	8	7	6	5	4	4	3	3	2	1	1	1	1	1

(二) 各醫事人員所占比例及類型：護理人員之過失 1 件：怠於注意儀器正常操作<sup>542</sup>。

(三) 醫院行政管理措施之過失（醫療制度）：如醫療服務未符合當時科技及專業水準<sup>543</sup>；醫院管理制度上顯有未盡其善良管理人應盡之注意義務<sup>544</sup>。

(四) 醫療過失認定之判斷基準：於日益增多的醫療訴訟案件，病方與醫方之爭執，係以過失的認定為主要爭點，以下諸判決，法院均作過失認定，茲詳述其論定標準如下：

1. 明知注射維他命 B 1 可能產生過敏性休克甚至死亡，卻未盡注意義務，疏未做「皮內敏感試驗」，即貿然施打「乳酸鹽林格氏溶液」混合含維他命 B 1 之「多力維他」，致病患因注射上開「乳酸鹽林格氏溶液」、「多力維他」過敏休克死亡。<sup>545</sup>
2. 對類固醇反應未重新評估，延誤治療時機，致雙眼因黴菌增長而全盲，即有過失。<sup>546</sup>
3. 台大醫院就系爭麻醉，於術後二小時或至遲二十四小時內，未主動積極防制麻醉副作用或併發症可能發生之檢驗措

<sup>542</sup> 最高法院 97 年度台上字第 612 號。

<sup>543</sup> 最高法院 97 年度台上字第 612 號。

<sup>544</sup> 最高法院 98 年度台上字第 2175 號。

<sup>545</sup> 最高法院 98 年度台上字第 656 號。

<sup>546</sup> 台灣高等法院 94 年度醫上字第 8 號；惟最高法院認是否有過失，自有再推求之餘地（最高法院 98 年度台上字第 472 號）。

施，僅循例病人未主張即未予注意，於術後十餘小時即准其出院，就醫療管理制度上顯有未盡其善良管理人應盡之注意義務。<sup>547</sup>

4. 吸器滑脫呼吸道，當時醫護人員並未在場立即重新安裝，顯違反照護義務而有過失。<sup>548</sup>
5. 值班護士，負責點收醫療器材，包括嬰兒甦醒器之正常運作，惟二人均怠於注意嬰兒甦醒器之正常操作，致對新生兒進行急救時無法以嬰兒甦醒器急救，使其腦部缺氧時間過久，造成因腦部缺氧受有永久腦病變傷害，不僅醫院所提供醫療服務，未符合當時科技及專業水準，護理人員應注意得注意卻未注意之行為，亦為造成上訴人所受傷害之共同原因。<sup>549</sup>
6. 未儘早告知病人病理檢查結果記載所罹患者為子宮頸腺癌，致失及時治療之先機，使癌細胞擴散至整個腹腔無法醫治，上開告知義務確有疏失。<sup>550</sup>
7. 血管攝影檢查只勾第十、十一、十二肋間動脈，沒有勾全部肋間動脈，而病人之病灶係在胸椎第六節部位，在當時即已存在，如經適當檢查即可發現，則未能善盡其注意義務，以正確診出上訴人之病灶所在，自有疏失。<sup>551</sup>
8. 開胸術後胸痛難耐，醫師未予置理，亦未進一步即時安排心臟超音波檢查未即時診療致出現心包膜積液填塞現象致喪失及早發現病患因心臟開刀後高達百分之八十五機率發生心包膜積水之危險，並及早排除之先機。<sup>552</sup>
9. 對病人有頭部外傷之病史應進行頸、脊椎之檢查，以排除頸、脊椎、脊髓損傷之可能，並予適當之保護，竟疏未注意，

<sup>547</sup> 台灣高等法院 96 年度醫上字第 5 號；惟最高法院就原審前後所為相反之論斷，難謂無民法第四百六十九條第六款判決理由矛盾之當然違背法令，而發回台灣高等法院（最高法院 98 年度台上字第 2175 號）。

<sup>548</sup> 最高法院 97 年度台上字第 1391 號：「……為原審所認定之事實。」

<sup>549</sup> 最高法院 97 年度台上字第 612 號。

<sup>550</sup> 最高法院 96 年度台上字第 2032 號。

<sup>551</sup> 最高法院 96 年度台上字第 258 號。

<sup>552</sup> 台灣高等法院台南分院 94 年度重上更(一)字第 8 號；惟最高法院認為：「能否遽以上訴人提出之心臟開刀手術後引起心包膜積水比率之醫學報告，責以丁○○與施行心臟開刀手術相同之注意義務，進而為其術後診察應負過失責任之推論？非無研求之餘地。」（最高法院 95 年度台上字第 2950 號）。

依當時之情形亦無不能注意之情事，於進行麻醉、手術過程中改變病患姿勢，造成病人頸椎二次傷害而致四肢癱瘓併呈植物人狀態之重傷害，自有醫療上之過失。<sup>553</sup>

10. 交感神經切除手術術後發現氣胸症，只要及時施行胸部插管引流，不為延誤，即可改善，亦不致發生後遺症。上訴人（醫師）於病患施行第一次手術後，未令麻醉師擠壓換氣球，排出病患胸腔氣體，又遲延發現其氣胸現象，復未及時施行搶救，難辭疏失之責。又上訴人（麻醉醫師）於病患進行第二次手術時，疏未注意其第一次手術所施打之麻醉藥物仍有可能殘存餘量未完全排除，亦未考慮其恢復狀況及生理變化，即對之施以全身麻醉，病人因而呼吸心跳遽變，終致發生缺氧性腦病變，亦有過失。<sup>554</sup>
11. 手術後仍出現右眼眼皮下垂、眼球運動障礙等症狀，可確認醫師對病人施行手術非無過失之原因存在。<sup>555</sup>
12. 本應注意對藥物過敏之病患，不能使用系爭藥物，且不應以靜脈注射而並無不能注意之情形，竟仍疏於注意，其有過失責任。<sup>556</sup>

## （五）病患與有過失減輕賠償之法院判決

與有過失係在討論病患對損害之發生或擴大有無過失。與有過失，於車禍之損害賠償事件最為常見，因為車禍之發生，雙方通常都有不同程度之過失，但醫療行為病患完全是在被動的角色，所以病患要負過失相抵責任案例較少見。與有過失依民法第217條之規定可分為兩種：（一）、損害之發生或擴大，被害人與有過失。（二）、重大之損害原因，為債務人所不知，而被害人未預促其注意或怠於避免或減少損害。經最高法院判定與有過失之案件有：

### 1. 因肩難產及臍帶擠壓或先天性因素：台灣高等法院 89 年度

<sup>553</sup> 最高 95 年度台上字第 519 號。

<sup>554</sup> 最高法院 93 年度台上字第 69 號。

<sup>555</sup> 台灣高等法院台南分院 92 年度上字第 58 號；惟最高法院認為：「原審未斟酌該鑑定意見並詳為深究，逕以上訴人乙○○自陳第二次手術有牽引上直肌即認被上訴人右眼球運動障礙可能肇因於此，亦嫌速斷。」（最高法院 93 年度台上字第 852 號）。

<sup>556</sup> 最高法院 89 年度台上字第 1834 號。

上字第 556 號謂：「惟上訴人所受損害之原因，因肩難產及臍帶擠壓或先天性因素所造成之原因力為最大，依原因力之強弱比例，護理人員之過失情節輕微，其過失對損害之原因力，僅占其餘百分之二十。是以上開減少勞動能力之損害，僅應由丙○○、姜○○及三軍總醫院連帶賠償九十六萬零四百五十三元。」最高法院 97 年度台上字第 612 號亦維持原審見解」。

2. **拒絕住院建議**：最高法院 98 年度台上字第 472 號謂：「因此甲○○未依約於九十一年四月二十三日回診及於同年五月三日回診時拒絕乙○○之住院建議，縱有過失，其比例是否高達十分之七，亦非無疑。」

#### (六) 消費者保護法適用爭議之實證分析

1. **有醫療過失、無消保法之適用**：最高法院 96 年度台上字第 258 號判決、最高法院 94 年度台上字第 1156 號判決，共計 2 件。
2. **無醫療過失、無消保法之適用**：最高法院 93 年度台上字第 1486 號判決、最高法院 93 年度台上字第 2302 號判決、最高法院 95 年度台上字第 2178 號判決、最高法院 96 年度台上字第 450 號判決、最高法院 96 年度台上字第 323 號判決、最高法院 97 年度台上字第 741 號判決及最高法院 96 年度台上字第 2738 號判決<sup>557</sup>，共計 7 件。
3. **醫院場所責任（消保法於醫療機構之適用）**：最高法院 93 年度台上字第 1486 號判決表示：「因醫院乃基於社會福利政策而設立，並無營業行為，與基於營利或其他目的之企業經營者有所不同。是醫院並非消費者保護法第二條第一項第二、三款所稱之企業經營者，自應排除消費者保護法

<sup>557</sup> 「參以現行醫療法第八十二條第二項於九十三年四月二十八日修正時，已明確將醫療行為所造成之損害賠償責任，限於故意或過失，故醫療行為當無消保法無過失責任規定之適用。本事件雖早於上開醫療法修正之前，參酌前開說明及醫療法修正之立法理由，堪認本件醫療行為並無適用消保法規定之餘地。上訴人依消保法之規定，請求被上訴人連帶負損害賠償責任，為無理由。」法院將「本事件雖早於上開醫療法修正之前，參酌前開說明及醫療法修正之立法理由，堪認本件醫療行為並無適用消保法規定之餘地」做為法理，而予適用在醫療法修正前之個案。」

之適用。」

關於醫療行為是否有消保法第7條適用之爭議，自醫療法於93年修訂後，第82條第2項規定明文採過失責任後，實務判決之見解即發生重大之改變，並近乎一致性地認定：「醫療行為適用消費者保護法無過失責任制度，反而不能達成消費者保護法第一條所明定之立法目的，是應以目的性限縮解釋之方式，將醫療行為排除於消費者保護法適用之範圍之列」之理由，指出醫療行為無消保法之適用。

## 二、 因果關係的認定

醫療事故中之因果關係，由於涉及人體的複雜性、不確定性及醫學知識的有限性，導致醫師的過失行為是否確實造成損害結果之發生，常常難以證明或是無法確定。申言之，就涉及醫療的專業，病患並無從得知是否醫師之過失與結果發生的關聯何在，往往只要醫療過程中有些許結果難以預料或是造成結果的原因可能不只一項時，即可作為無相當因果關係的抗辯事由。我國法院就因果關係甚少闡明，判決似乎多採傳統理論說；茲舉有利於病方之見解如下：

### (一) 採傳統理論說：

1. 最高法院 89 年度台上字第 1834 號：本應注意對藥物過敏之病患，不能使用系爭藥物，且不應以靜脈注射而並無不能注意之情形，竟仍疏於注意，其有過失責任。前述過失行為與被害人之死亡結果間，有相當因果關係存在。
2. 最高法院 93 年度台上字第 69 號：交感神經切除手術術後發現氣胸症，只要及時施行胸部插管引流，不為延誤，即可改善，亦不致發生後遺症。上訴人（醫師）施行第一次手術後，未令麻醉師擠壓換氣球，排出病患胸腔氣體，又遲延發現其氣胸現象，復未及時施行搶救，又上訴人（麻醉醫師）於病患進行第二次手術時，疏未注意其第一次手術所施打之麻醉藥物仍有可能殘存餘量未完全排除，亦未考慮其恢復狀況及生理變化，即對之施以全身麻醉，病人因而呼吸心跳遽變，終致發生缺氧性腦病變，可見渠等之過失行為，與病人之缺氧性腦病變致死亡間，有相當因果關係，自得依侵權行為之法律關係，請求其負連帶賠償責任。
3. 最高法院 95 年度台上字第 519 號：對於有頭部外傷病史之病人，未盡注



意義務，並安排頸、脊椎相關檢查，以排除病灶部位之可能性，並予適當保護，復依當時情形亦無不能注意之情事，而於進行麻醉、手術過程中改變病患姿勢，造成其頸椎二次傷害而致四肢癱瘓併呈植物人狀態之重傷害，自有醫療上之過失，且其醫療過失行為，與病人受重傷害之結果間，並具有相當因果關係。

4. 最高法院 98 年度台上字第 656 號：明知注射維他命 B 1 可能產生過敏性休克甚至死亡，卻未盡注意義務，疏未對病患/做「皮內敏感試驗」，即貿然施打「乳酸鹽林格氏溶液」混合含維他命 B 1 之「多力維他」，致病人因注射上開「乳酸鹽林格氏溶液」、「多力維他」過敏休克死亡，其應依對病方等四人負侵權行為損害賠償責任。

## (二) 似採用存活機會喪失理論：

1. 最高法院 96 年度台上字第 2032 號謂：「從而欲判定張吳 0 玲之存活率為何，自應先釐清翁 0 0 應告知而未告知時，即九十一年一月二十六日病理檢查報告送回聯合醫院之相當時間與張吳 0 玲事後發現該病理檢查報告至亡故時，即同年四月二十九日迄同年八月八日間，癌症細胞之分化情形與期別暨其癌細胞之分化如屬良性，早期與後期分化、擴散之速度有無不同，始能斷定張吳 0 玲是否因翁 0 0 疏未儘早告知上開病理檢查結果，致使其存活率降低而提早亡故。乃原審就此未遑詳加調查審認明晰，遽以前揭情詞，認張吳 0 玲之死亡與翁 0 0 未盡其告知病理檢查報告之義務間，無相當因果關係存在，自不無判決理由不備之違法。」
2. 最高法院 96 年度台上字第 258 號謂：「查原審所據醫審會鑑定書及台大醫院覆函雖有：『治癒率不高』、『以八十三年當時的醫療水準，即使在發病住院初期有診斷出來，也不見得就能完全治癒』、『八十三年間對於胸椎動靜脈畸型施行栓塞治療之效果，一般而言皆不夠理想，但治療效果與病灶之大小及血管之複雜性有很大之關係，所以不同的病人間會有很大的差異性』等語，但非全然否定得加以治療之可能性，則上訴人若能及時治療，其效果是否仍成下肢癱瘓，尚難斷定，至少及時發現病灶而加以治療，仍有延長或免除癱瘓之機會。且被上訴人之過失行為與上訴人兩下肢癱瘓間，是否全無相當因果關係，亦非無研求之餘地。」
3. 最高法院 98 年度台上字第 1835 號謂：「醫師並未告知進一步追蹤檢查，

終於九十三年間發現罹患惡性腫瘤，喪失最佳治療時機致難以治癒。江○  
隆人格權之受侵害，與醫師之怠於告知間有因果關係存在甚明。」

### 三、 民事責任請求權基礎及舉證責任之分配情況

#### (一) 請求權基礎於醫療糾紛審判實務的應用

實務上醫療訴訟，關於醫師民事責任之請求權基礎，包括民法第 184 條第 1 項前段、第 184 條第 2 項、第 191 條之 3、第 192-195 條、第 220 條、第 224 條、第 227 條、第 227 條之 1、第 544 條及消保法相關之規定。

台灣高等法院 96 年度醫上字第 5 號認為：「病方主張台大醫院並應負民法第 227 條、第 227 條之 1 債務不履行損害賠償責任，而原審法院因台大醫院就病患所為之系爭麻醉，於術後 2 小時或至遲 24 小時內，未主動積極防制麻醉副作用或併發症可能發生之檢驗措施，僅循例病人未主張即未予注意，於術後 10 餘小時即准其出院，就醫療管理制度上顯有未盡其善良管理人應盡之注意義務。此外台大醫院復未舉證證明其對病患損害之發生，係由不可歸責於其之事由所致，故病人關於醫療契約履行之損害，台大醫院應負損害賠償責任。」<sup>558</sup>，另在最高法院 97 年度台上字第 1000 號有關「醫師或其他醫療人員從事診療時，如未具當時醫療水準，或已具上開醫療水準而欠缺善良管理人注意，因而誤診或未能為適當之治療，終致病患受有傷害時，醫療機構即應與之同負債務不履行之損害賠償責任。」均肯認醫院必須負擔契約責任，又債權人即病患僅須證明債務人即醫院不履行契約為已足，而醫院如欲免除其損害賠償義務，則應舉證證明係因不可歸責於醫院之事由而致債務不履行，如此形同將病患之舉證責任轉由醫院負擔，藉此亦得以促使醫院提高注意程度，為醫病雙方營造更好的醫療環境。

另民法第 191 條之 3 之危險責任不適用於醫療糾紛案件，已見諸如最高法院 96 年度台上字第 450 號：「況醫療行為並非從事製造危險來源之危險事業或活動者，亦非以從事危險事業或活動而獲取利益為主要目的，亦與民法第一百九十一條之三之立法理由所例示之工廠排放廢水或廢氣、桶裝瓦斯廠

<sup>558</sup> 病人對被告醫師及台大醫院請求其右眼喪失視力之損害賠償，雖其主張之法律關係，或係侵權行為，或係醫療契約，惟援引之原因事實，均係台大醫院之僱用醫師乙○○對其施行系爭手術時，所為眼球後麻醉藥注射方式之系爭麻醉不當係其損害發生原因事實。然原審於否定乙○○、台大醫院應負侵權行為損害賠償責任；卻對台大醫院是否應負債務不履行損害賠償責任之問題……有相當因果關係。最高法院認為原審前後所為相反之論斷，自難謂無民法第四百六十九條第六款判決理由矛盾之當然違背法令。（最高法院 98 年度台上字第 2175 號）。

裝填瓦斯、爆竹廠製造爆竹、舉行賽車活動、使用炸藥開礦、開山或燃放焰火等性質有間，並無民法第一百九十一條之三之適用。」及最高法院 95 年度台上字第 2178 號判決：「醫療行為並無民法第一百九十一條之三之適用。」可見實務上認為醫療行為非屬民法第 191 條危險活動之規範中。

## （二）舉證責任之分配

通說對於舉證責任之分配，係採法律要件分類說，亦即原則上均由原告負舉證責任，實務亦持相同見解，例如：最高法院 96 年度台上字第 2738 號判決謂：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。民事訴訟法第二百七十七條定有明文。依前開規定，並無醫院或醫師應就其醫療行為先負無侵權行為舉證責任之情形，如由主張醫院或醫師有過失者，先負舉證之責，尚無違反上開規定或有顯失公平之情形，則上訴人主張本件應由被上訴人先就其醫療行為並無侵權行為負舉證之責，顯係就消極事實先負舉證責任，違反前述舉證責任之規定，自應由上訴人先就被上訴人有過失之事實負舉證責任。」本文整理法院就舉證責任分配，採行有利病方之相關見解如下：

1. 債務人應就損害之發生有不可歸責於己之事由，負舉證責任：有最高法院 97 年度台上字 1000 號判決：「又債務不履行之債務人之所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。若債權人已證明有債之關係存在，並因債務人不履行債務而受有損害，即得請求債務人負債務不履行責任。倘債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，自應由其負舉證責任，如未能舉證證明，即不能免責。本件上訴人除本於侵權行為之法律關係外，併依不完全給付之債務不履行法律關係，訴請被上訴人連帶賠償損害，則依前開說明，關於債務不履行部分即應由被上訴人就其所為不可歸責之抗辯舉證證明，原審認應由上訴人證明被上訴人施作物理治療過程不當，尤欠允洽。」此為最高法院少數就醫療糾紛契約債務不履行舉證責任分配詳細論述之判決。

2. 適用民法第 184 條第 2 項：最高法院 98 年度台上字第 1835 號<sup>559</sup>、<sup>560</sup>；最

<sup>559</sup> 「奇美醫院為履行醫療契約之主給付義務（即完成攝護腺肥大治療程序），於對江○隆實施胸部 X 光攝影（即履行從給付義務）後，不問所實施胸部 X 光攝影與攝護腺肥大之治療是否有（直接）關係，均負有將該胸部 X 光攝影檢查報告之結果及建議，忠實告知江○隆之附隨義務。惟奇美醫院或甲○○，均未將第二次檢查報告中，關於「建議側面照片進一步檢查」之事項，告知江○隆以履行其附隨義務，有債務不履行及違反保護他人法律（醫師法第十二條之一、醫療法第八十二條第一項）之過失侵權行為情事，既為

高法院 96 年度台上字第 2524 號<sup>561</sup>。

3. 肯認民事訴訟法第 277 條但書之適用：最高法院 98 年度台上字第 276 號，現代型糾紛事件嚴守原舉證責任分配之原則，難免產生不公平，故依其情形顯失公平，得為舉證責任轉換。
4. 病歷（證據偏在）：最高法院 98 年度台上字第 276 號，本案因醫療過程之紀錄均在醫護人員手中，認有證據偏在，故應由醫院負舉證責任，始為公平。但亦有請病方負舉證責任，如台灣高等法院 89 年度上字第 556 號謂：「查被上訴人主張上訴人偽造病歷云云，然為上訴人等所否認，依舉證責任分配原則，自應由被上訴人負舉證責任。被上訴人雖提出所謂經塗改過之病歷為證，然亦為上訴人所否認，並辯稱：依正當程序自三軍總醫院所調出之病歷，必定蓋有『三軍總醫院醫勤室』及調出年月日之戳章，並蓋有『經查此本與正本相符』之戳印，有病歷在卷可稽，故上訴人否認被上訴人自行所提出之病歷影本之真正等語。經查被上訴人提出之病歷，僅為影本，被上訴人復自認不能提出原本，而此影本既無三軍總醫院之戳章，又為上訴人否認，顯無任何證據力，被上訴人執此主張上訴人偽造病歷云云，即非可採。」<sup>562</sup>

#### 四、「告知義務」於法院判決之實證分析

原審所認定之事實。」

<sup>560</sup> 最高法院只引用法條但未說明舉證責任分配。

<sup>561</sup> 「精神疾病患者如不願意接受全日住院治療時，應由二位以上專科醫師鑑定，經『書面證明有全日住院治療之必要』，始得強制其在『中央衛生主管機關指定之精神醫療機構』住院治療。以達維持社會秩序之和諧安寧並避免精神疾病患者受不當之強制治療，保障其權益之目的。精神衛生法第二十一條、第二十二條分別定有明文，該規定自屬民法第一百八十四條第二項所定之『保護他人之法律』。則依同項規定：『違反保護他人之法律致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。』，既已明揭違反保護他人法律，致生損害於他人者，除能證明其行為無過失外，應負賠償責任。」

<sup>562</sup> 另於部分醫療糾紛中，病方或法院指控醫院塗改或隱匿病歷的情況；惟法院就此並未改變雙方的舉證責任，如①最高法院 97 年度台上字第 612 號謂：「原審就病歷有修正液塗抹痕跡，該塗抹痕跡究係何人所為？塗抹前之記載內容為何？是否影響鑑定機關對於鑑定結果之判斷？凡此，攸關上訴人本件請求是否有理由，上訴人一再主張辛○○病歷資料，係遭塗，致影響鑑定結果，聲請送請法務部調查局鑑定，即非全然無據，原審對上訴人此項重要攻擊方法，置之不論，遽為不利上訴人之判斷，已難謂無判決不備理由之違法。」②台灣高等法院 97 年度上國字第 12 號謂：「參酌該日病歷並未記載上訴人傷口有紅腫現象，尙未能以證人翟○起證稱上訴人之傷口周圍『有點紅腫』，即認足以影響鑑定結果。」③台灣高等法院台中分院 95 年度醫上字第 12 號謂：「上訴人就被上訴人之病歷資料及吳○心於八十八年八月二十八日中午十二時五十五分之驗血結果資料係偽造一節，並未舉證以實其說，自此部分主張自屬臆測之詞，而難採憑。」④最高法院 96 年度台上字第 2476 號謂：在手術結束至開始急救時是病人醫療上十分重要且關鍵的過程，惟台北榮總鑑定意見明載在手術結束到開始急救時段，並無詳細生命徵象及血氧等病程記錄，故未於病歷上記載上開觀測情形，是否等同於未對病患作上開觀測？與病患是否太早拔管有何直接關聯？及與病患死亡間是否具有相當之因果關係？且對病患施行手術時，醫護人員各有所司，則何人負責對病患拔管？攸關其責任之歸屬。

關於醫師說明義務之履行，為國內醫界最為欠缺也是較易引起糾紛之部分。如在台灣高等法院 87 年度上字第 151 號民事判決（馬偕紀念醫院肩難產案件），法院以醫師於產婦生產前，未向其說明具有發生肩難產之危險因素及本件採自然生產發生肩難產之機率，對胎兒可能肇生受傷，甚或死亡之影響，致其無選擇採用剖腹產或其他手術以防止肩難產發生之機會，亦無從在產前另至其他醫院檢查，尋求其他意見或建議，藉以審慎評估採取何種生產方式為當，直至在產臺上，胎兒頭已娩出，始不得不接受後中位骨盆真空牽引之助產方式。醫院所提供之醫療服務顯欠缺通常可合理期待之安全性，且未盡說明之義務。以下就實務已盡「告知後同意」之判決、爭議態樣、其他說明義務違反之類型及舉證責任，分述如下：

### （一）已盡「告知後同意」之判決態樣：

1. 既以簽立同意書，自然表示對同意書所列載事項瞭解並同意：台灣高等法院 94 年度醫上字第 3 號<sup>563</sup>；台灣高等法院 95 年度醫上字第 22 號<sup>564</sup>；台灣高等法院 96 年度醫上字第 5 號<sup>565</sup>。
2. 曾有相同開刀經驗故對該麻醉方式之採用極可能引致之風險應較一般病人更為了解：台灣高等法院 96 年度醫上字第 5 號。<sup>566</sup>
3. 曾有相同開刀經驗，自知手術有一定之危險性：台灣高等法院台中分院 87 年度訴字第 52 號。<sup>567</sup>

<sup>563</sup> 最高法院 95 年度台上字第 2178 號，原審謂：「足見在產檢時，被上訴人已讓丁○○及其家屬瞭解懷孕與生產相關情事。……是以，上訴人之父丙○○既已簽署手術同意書，並經醫院派醫師詳為說明，自己知悉手術療程可能發生之狀況，並授權醫師得視情況採行最佳方式助產，當認醫師已盡告知義務。」

<sup>564</sup> 最高法院 98 年度台上字第 999 號，原審謂：「手術同意書係因孟○科當時向醫護人員表示背痛，無法起身填寫並簽署，故在孟○科意識清楚之狀況下，而由被上訴人丙○○清楚告知本件手術後可能產生之變化、危險性、及手術原因等後，方由證人許○蓉代其填寫系爭手術同意書，證人周○元見證，並由孟○科於其上蓋手印，並無不妥或違反常理之處。……，系爭手術同意書確為孟○科同意下所簽立，孟○科係對於手術之併發症、相關風險均已知悉下，同意系爭手術之施作，甚為明確。」

<sup>565</sup> 最高法院 98 年度台上字第 2175 號，原審謂：「經查乙○○於甲○○自訴其業務過失傷害刑事案件（下稱刑事案件）中，對是否告知以眼球後麻醉藥注射方式進行麻醉即可能引起之併發症乙節，表示僅告以任何種麻醉均有其風險，未詳盡陳述，然甲○○之父張雲台既已於載有麻醉可能引起之併發症包括短期或長期之神經病變之麻醉同意書上簽名同意，應認其已知悉其所載內容，乙○○當時應已盡其相當注意告知之義務。且甲○○於八十八年二月四日在長庚醫院進行左眼斜視矯正手術亦採局部眼球後麻醉藥注射方式，足認甲○○對系爭麻醉方式極可能引致之風險，較諸一般人更為了解，難認乙○○對此有何違反其注意義務情事。」

<sup>566</sup> 同前註 565。

<sup>567</sup> 「原告前即曾因子宮肌瘤經施行腹腔鏡子宮切除手術，自知手術有一定之危險性，且手術前尚由其夫簽手術同意書載明被告詳細說明需實施手術之原因。手術成功率或可能發生之併發症及危險等，立同意書人已充分瞭解，同意施行本件手術，此有附於病歷之手術同意書可證，原告尚難任意指被告未為告知。綜上以觀，被告郭○○對於自訴人所施行之手術之過程，難認有何疏失之情事，至為明顯。原告依侵權行為

4. 手術同意書，載明詳細說明需實施手術之原因，手術成功率或可能發生之併發症及危險等，立同意書人已充分瞭解，同意施行本件手術，自難謂未為告知：台灣高等法院台中分院 87 年度訴字第 52 號。<sup>568</sup>
5. 告知不予手術所可能衍生之風險，當認已盡其醫療法規定之「告知」義務：台灣高等法院台南分院 95 年度醫上字第 1 號。<sup>569</sup>
6. 不溯及既往：台灣高等法院台中分院 95 年度醫上字第 12 號。<sup>570</sup>
7. 病患已知醫療行為可能發生之不良反應：台灣高等法院 93 年度醫上字第 4 號。<sup>571</sup>
8. 聽從醫師建議：台灣高等法院 94 年度醫上字第 1 號。<sup>572</sup>
9. 告知之對象並非限於患者本人：台灣高等法院 94 年度醫上字第 1 號。<sup>573</sup>

## (二) 爭議態樣

1. 醫療法第 63 條第 1 項規定（舊法第 46 條）就醫師之危險說明義務，並未具體化其內容，能否漫無邊際或毫無限制的要求醫師負一切（含與施行手術無直接關聯）之危險說明義務？已非無疑。<sup>574</sup>
2. 患者「主訴」之病情，影響醫師對危險說明義務之範圍：患者「主訴」病情，構成醫師為正確醫療行為之一環，唯有在患者充分「主訴」病情之情況下，始能合理期待醫師為危險之說明。<sup>575</sup>
3. 手術麻醉時可能引發之合併症，若醫院未列為應告知病患之常規事項，依

---

之法律關係請求被告賠償一百四十一萬元自屬無據，應予駁回。」

<sup>568</sup> 同前註 567。

<sup>569</sup> 詳如判決主文陸、本院之判斷二、被上訴人壬○○、庚○○有無盡其「告知」之義務？（三）。

<sup>570</sup> 最高法院 96 年度台上字第 2738 號，原審謂：「本件醫療糾紛係發生於八十八年八月二十八日，應適用八十九年七月十九日修正前醫療法之規定，並無適用九十三年四月二十八日新增應盡告知義務規定之餘地。縱認本件係屬修正前醫療法第四十六條規定之範圍，即使被上訴人未能舉證證明其有盡告知義務，亦僅為是否應受行政罰鍰之範疇，自難因之即謂被上訴人上開行為有所不當，且與吳○心之死亡有相當因果關係，要可認定。」惟本文以為雖適用舊法但告知義務是否需以法律規定，醫師始有此義務，不無疑問，非無進一步研求之餘地。

<sup>571</sup> 最高法院 96 年度台上字第 2885 號，原審謂：「己○○既已向病患家屬說明楊○富手術之原因及危險性，如未施作腦血管攝影時，手術之風險甚大等，供家屬評估，自難認己○○有違反上開規定情形。」

<sup>572</sup> 最高法院 96 年度台上字第 323 號，原審謂：「上訴人已自承其係聽從被上訴人之建議，同意進行手術，足證被上訴人在手術前已向上訴人表明進行子宮切除術之手術原因及內容，並同意由被上訴人為其進行手術。」

<sup>573</sup> 最高法院 96 年度台上字第 323 號，原審謂：「次查系爭手術同意書係由上訴人之友人謝○生所簽署，並經證人謝○生證稱：八十九年五月十三日甲○○打電話給我，說她要動手術，需要簽署同意書，我就去幫她簽了，我去的時候江女已經在醫院等語，足見證人謝○生係出於上訴人授權，始簽立系爭手術同意書，自應對上訴人發生效力。」

<sup>574</sup> 最高法院 96 年度台上字第 2476 號。

<sup>575</sup> 最高法院 96 年度台上字第 2476 號。

行政院衛生署之規定，應非屬「未盡術前告知義務」或「醫療過失」。<sup>576</sup>

4. 有無盡說明義務，是否僅以有無手術同意書認定？若醫院可舉證當時（術前）確已盡此義務，似不應以有無手術同意書來認定。<sup>577</sup>

### （三）其他說明義務違反之類型：

1. 告知之附隨義務<sup>578</sup>：醫院為了準備完全履行主給付義務（即完成攝護腺肥大治療程序），遂對病患實施胸部X光攝影（即履行從給付義務），以判斷原告之身體狀況是否適合於施行手術及決定用藥種類，確保攝護腺肥大手術及用藥安全，則該項攝影檢查之實施，為從給付義務之履行。將胸部攝影檢查報告結果與建議忠實告知之附隨義務。
2. 違反檢查結果報告義務<sup>579</sup>：最高法院認為醫院之受僱醫師對病患為系爭健檢時發現X光片有異常，即應負告知病患之義務。有學者則是認為被告對原告進行健康檢查之義務範圍，包含檢查出正確結果，及報告病患檢查結果之義務，二項義務在本件健康檢查契約均屬主給付義務之一部分，被告醫院雖進行X光攝影，但未對其進行判讀，即製作檢查報告，且具有過失<sup>580</sup>。本文以為，醫療行為主體為當事人，故告知義務適用範圍不應區分健檢或住院病人。
3. 未閱讀檢查報告<sup>581</sup>：最高法院亦認同原審，醫生疏未儘早告知病人病理檢查結果記載所罹患者為子宮頸腺癌，致失及時治療之先機，使癌細胞擴散至整個腹腔無法醫治，上開告知義務確有疏失。

### （四）舉證責任

<sup>576</sup> 最高法院 96 年度台上字第 2476 號。

<sup>577</sup> 最高法院 91 年度台上字第 1941 號，謂：「原判決竟仍謂無被上訴人乙○○之母於八十五年七月九日手術所簽具之同意書，並逕認上訴人甲○○有違反醫療法第四十六條第一項之過失，已有認定事實不憑卷內所存資料之違法。」

<sup>578</sup> 最高法院 98 年度台上字第 1835 號。

<sup>579</sup> 最高法院 97 年度台上字第 2735 號，原審謂：「兩造間之健康檢查契約既僅約定被上訴人對上訴人施作胸部X光檢查之目的僅限於篩檢肺結核、脊柱側彎、心臟肥大三類病徵，則被上訴人之受僱人或使用人於系爭健檢報告記載上訴人之胸部X光檢查結果『正常』，而未判讀確認上訴人是否有其他肺部異常情形，無過失可言。」

<sup>580</sup> 參閱陳聰富，「醫療法：第六講—告知後同意與醫師說明義務（上）」，月旦法學教室，第 80 期，2009 年 6 月，81 頁。

<sup>581</sup> 最高院 96 年度台上字第 2032 號，原審謂：「本件上訴人係主張張吳○玲因罹患子宮肌瘤，經受僱於聯合醫院之翁○○開刀治療，翁○○疏未儘早告知病理檢查結果記載所罹患者為子宮頸腺癌，致失及時治療之先機，使癌細胞擴散至整個腹腔無法醫治而亡故云云。翁○○於上開告知義務確有疏失，並為原判決確定之事實。」

實務為緩和病患在醫療糾紛中之舉證責任，最高法院 86 年度台上字第 56 號未經病患同意之人工流產手術案件中，首次援引醫師違反醫療法第 46 條第 1 項之規定，認為應適用民法第 184 條第 2 項違反保護他人之法律，在舉證責任上先直接推定醫師有過失。實務見解有最高法院 91 年度台上字第 1941 號，原審謂：「醫院之病歷影本所載，並無黃女之母於八十五年七月九日手術所簽具之手術同意書（僅有八十五年八月八日手術同意書及麻醉同意書），上訴人就其已盡醫療法第四十六條第一項規定說明之義務，復未舉證以實其說，所辯要非可採，上訴人已有違反醫療法第四十六條第一項規定有關保護他人法律之過失。」原審以醫療法第 46 條第 1 項，作為民法第 184 條第 2 項保護他人之法律，舉證責任轉換由醫方負責，最高法院對此亦未採否定見解。

## 五、 醫療鑑定在醫療糾紛應用之實證分析

### （一） 受理委託鑑定案件數量

自 89 年至 98 年，計 89 年 2 件、90 年 2 件、91 年 2 件、93 年 3 件、94 年 1 件、95 年 3 件、96 年 7 件、97 年 5 件、98 年 9 件，委託鑑定判決共有 34 件，占全部案件數 85%；未經過專業鑑定的判決有 4 件<sup>582</sup>，約佔 10%；和鑑定無關者 2 件，約佔 5%<sup>583</sup>。顯見大多數之判決均曾經過專業鑑定。（圖 5-10；5-11）

### （二） 鑑定案件之科別及病患特性

送請鑑定案件之科別以外、內科占最多，分別為 16 件（占 47%）及 10 件，其次為婦產科有 7 件，皮膚科 1 件。又送鑑定案件之病患以死亡者占最多，有 12 件（35.2%），其他則是以病患成為植物人 4 件、雙下肢癱瘓含四肢癱瘓 4 件、腦性麻痺 1 件、新生兒多重障礙 1 件、截肢 1 件、全盲 1 件，以上均屬重症案例。（圖 5-12；5-13）

### （三） 申請鑑定事由

送請鑑定案件之常見申請事由以醫療不當占最高比例，合計共有 30 件；

<sup>582</sup> 未送鑑定案件：最高法院 89 年度台上字第 276 號、最高法院 94 年度台上字第 146 號、最高法院 97 年度台上字第 1391 號、最高法院 97 年度台上字第 2735 號。

<sup>583</sup> 最高法院 96 年度台上字第 2524 號、最高法院 98 年度台上字第 188 號。



與手術相關者為 4 件；醫院管理及服務上之缺失，計 3 件；其他醫事人員之疏失比例則較低。(圖 5-14)

#### (四) 鑑定案件被告之身分

送請鑑定案件之被告，每一案均與醫師有關；其他醫事人員之案件數相較之下明顯偏低。

#### (五) 鑑定案件委託鑑定機關之統計

醫審會醫事鑑定小組 28 件；法醫中心 1 件；法醫研究所 1 件；醫學中心 9 件；少數則是由病方聲請囑託鑑定<sup>584</sup> (圖 5-15)，而接受醫事鑑定案件之鑑定機構仍以衛生署醫審會受理的案件數佔最多。值得注意的是病方請求鑑定，多遭法院恣置不論，惟部分最高法院將之認定屬重要攻擊方法，而將原判決發回更審<sup>585</sup>。然此，是否因此影響鑑定結果，無從得知。

#### (六) 鑑定結果對法院之拘束力

不論是高等法院或最高法院均對醫療鑑定仍有相當程度之依賴，多數司法實務幾乎以醫審會意見為主，但亦有少數不認同者，如最高法院 91 年度台上字第 222 號<sup>584</sup>：「乃原審未敘明有何理由足以認為原法院八十六年度上易字第七七〇號刑事確定判決採證有何瑕疵，亦未敘明有何證據足以認為該確定判決認定事實有何不當，徒以行政院衛生署醫事審議委員會鑑定之結果，即置該刑事確定判決所認定之事實於不顧，而為有利被上訴人之論斷，自屬於法有違。」；此外，亦有未引述醫審會意見，而以經驗法則自為判斷，如最高法院 98 年度台上字第 276 號、最高法院 98 年度台上字第 1620 號；或是採用不同次鑑定書為依據，而為有利或不利於醫、病雙方之認定，如最高法院 90 年度台上字第 709 號、最高法院 91 年度台上字第 1941 號、最高法院 93 年度台上字第 852 號、最高法院 94 年度台上字第 1605 號、最高法院 95 年度台上字第 2950 號、最高法院 96 年度台上字第 2476 號、最高法院

<sup>584</sup> 最高法院 96 年度台上字第 2738 號謂：「再依上訴人聲請囑託台北榮總鑑定結果，亦認吳○心的肺炎應該與鼻胃管的放置無直接相關等語……。」

<sup>585</sup> 如最高法院 98 年度台上字第 2340 號謂：「上訴人聲請將翟○起醫師之證述、上訴人於九十四年九月二日之病歷及其他病歷資料一併送請衛生署醫事審議委員會鑑定，即攸關被上訴人是否延誤送醫致上訴人需行截肢手術，原審未依上訴人之聲請將上開資料送請鑑定。」；最高法院 97 年度台上字第 612 號謂：「上訴人一再主張辛○○病歷資料，係遭塗，致影響鑑定結果，聲請送請法務部調查局鑑定，即非全然無據，原審對上訴人此項重要攻擊方法，恣置不論。」

96 年度台上字第 258 號、最高法院 96 年度台上字第 2032 號、最高法院 96 年度台上字第 2885 號、最高法院 97 年度台上字第 612 號、最高法院 97 年度台上字第 1000 號、最高法院 98 年度台上字第 472 號、最高法院 98 年度台上字第 1835 號，共 13 件。其中高等法院判決病方敗訴，最高法院認病方上訴為有理由之判決有：94 年度台上字第 1605 號、96 年度台上字第 258 號、96 年度台上字第 2032 號、96 年度台上字第 2885 號、97 年度台上字第 612 號、97 年度台上字第 1000 號、98 年度台上字第 1835 號，計 7 件。分析醫審會的鑑定結論幾乎皆為原審法院所採納，可知醫療鑑定仍是判決勝敗的主要依據（參閱後附最高法院對高等法院之判決不認同原因對照表）。

### （七） 鑑定結果標準之爭議

目前司法實務及醫療糾紛的鑑定，判斷醫師的醫療行為是否屬於應注意、能注意、而不注意的疏失行為，通常以醫師的醫療行為是否符合醫療常規、醫療水準、依目前一般醫院流程及處置，醫護人員應已盡力、符合一般醫療專業水準及已盡醫師之注意義務或符合一般治療流程，為鑑定標準判斷準則。

### （八） 請求鑑定事項

我國法院實務，對於醫療過失案件，有時或委任鑑定人直接鑑定「有無醫療過失責任」或「有無應注意能注意而未注意之過失」。若請求鑑定機關鑑定「被告醫師的醫療行為與病人死亡間有無因果關係」，其請求事項已逾越鑑定人之任務，法院應是對於法的因果關係作出斷定才是。

### （九） 重複鑑定類型

針對醫療糾紛訴訟制度與實例，分析出多次鑑定之個案，可類型化為下列七種樣態：1、未進行解剖，死因無法確定；2、無法辨別疾病自然史與醫療過失；3、移送鑑定資料不夠充分；4、病歷記載有誤；5、注意義務標準的判斷；6、未針對病患病情特殊進行鑑定；7、組織醫療責任分配的判斷；8、對鑑定結果不符。

## 第六章 結論及建議

### 一、醫療科別屬性與醫療糾紛案件量多寡密切攸關

醫療糾紛確有逐年上昇的趨勢，亦是法界、醫界近年來熱門討論之議題。統計顯示外科、內科以及婦產科醫師的受告率最高，其中以外科最嚴重，探究其過失原因，不外是病史詢問不詳、不重視病人提示、忽略原有病史資料、檢查不詳細、與病人或家屬溝通不良、術前準備錯誤術中處理失誤、術後照顧輕忽、麻醉準備疏失、專業訓練不足及病人本身體質等。雖然醫師開刀成功，而這些大小不一的醫療環節都有可能造成病患本身的傷害。因此，只要手術出現併發症或復原狀況不佳，極易引致家屬質疑，若再發生生命或健康法益受侵害，則更使家屬無法接受，醫療糾紛衍然而生。爰外科醫師常要比其他科別之醫師承擔較高的風險。

## 二、法院對於醫師在個案是否盡注意義務，應以理性醫師之注意標準綜合評價

觀諸民事判決部分，病患或其家屬絕大部分以侵權行為或債務不履行為損害賠償請求權為請求權基礎，而其敗訴原因均在於無法證明病患之傷害或死亡結果與醫療行為間有相當因果關係，或不足以證明醫師有何過失。足見醫療糾紛訴訟之最大難題即在因果關係與過失有無之認定。而承審法官絕少具有醫療之專業知識，為解決此類專業知識之缺乏，法院實務常囑託醫審會鑑定醫師之醫療行為有何違反醫療常規之處，而被告醫師經常以其醫療行為，符合醫療常規，而無過失，作為抗辯。法院判決，亦多依據衛生署醫審會鑑定意見或參考醫學中心之函示內容，只要被告醫師之醫療行為符合醫療常規的注意義務，即已盡到應為之注意義務，而無過失責任。但是，所謂的「醫療常規」，並不是一個穩定的概念，隨著醫學進步，此「醫療常規」亦時時刻刻不斷作修正。醫療人員在進行醫療決策時，除基本的醫療知識之外，還要加上自己臨床經驗及對病患的判斷，形成自己的決策標準及採行最符合病人利益的醫療方法。而醫療常規、醫療準則及鑑定意見，僅為法院認定之參考，法院對於醫師在個案是否盡注意義務，應以理性醫師之注意標準為綜合評價。畢竟，醫療具高度專業性，沒有實驗性，往往造成生命、身體、健康等重大法益的嚴重侵害，故醫療專業人員應承擔較高之注意義務，以達到保護生命、身體健康法益之機能。

## 三、針對醫療訴訟特性，適度分配醫病雙方之舉證責任

又病患在醫療訴訟程序中主要請求之主要請求權基礎為侵權行為及債務不履行。病患如依侵權行為之法律關係請求損害賠償時，原則上應由主張

權利之人即病患，就醫師所為之醫療行為有何故意或過失負舉證責任；病患若依債務不履行中之不完全給付請求損害賠償時，則只需病患證明雙方契約存在，且醫師（或醫院）具可歸責之事由，病患無須舉證，此時，醫師如要免責，則必須證明損害的發生係不可歸責於己。惟某些實務見解卻混淆侵權行為及債務不履行之「可歸責性要件」，認為病患縱依債務不履行為請求時，亦應由病患就醫師在醫療過程中有何過失之具體事實負「主張責任」，有誤認舉證責任之虞。另外，在我國法之現行解釋論下，於民事醫療訴訟中，由於民法第191條之3及消費者保護法第7條規定，依目前多數法院判決見解，並無法適用於醫療訴訟上。而就民訴法第277條但書，最高法院99年度台字第408號判決，就適用第277條但書的原則，斟酌立法理由及各方學說見解後，作出一個較為具體的闡釋<sup>586</sup>，益發顯示舉證責任的減輕或轉換，與訴訟之勝敗具有極大之關聯。希冀最高法院能夠針對醫療訴訟之特性，適度分配醫病雙方之舉證責任，俾下級審法院遵循，以達到訴訟衡平之效果。

#### 四、宜建立醫療傷害補償基金制度

再者，傳統上，醫療紛爭中的被害人，其所受損害之性質，絕大多數均屬病患生命或身體健康等「人身完整性」的侵害。此等權利的侵害，屬於一種「損害」，且具賠償適格。因我國法院審判實務向來均適用民法契約責任或侵權責任有關規定，以醫療事業機構或醫師人員的醫療行為，是否具有「故意」或「過失」致病患受有損害，決定該醫療事業機構或醫師人員是否須負賠償責任。惟由於「故意」而肇致醫療損害情形，極為少見，絕大多數醫療民事責任的成立，均是基於「醫療過失」。透過審判實務的統計結果，「過失責任原則」下的醫療損害賠償訴訟，普遍存在一個現象：即被害人敗訴機率相當高，其損害不易獲得賠償，被害家屬僅能獨立承擔龐大之生活照顧費。

<sup>586</sup> 「又印章由本人或有權使用之人蓋用為常態，被人盜用或由無權使用之人蓋用為變態，主張該變態事實之當事人，自應就此印章被盜用之事實負舉證責任。查原審本此見解並以前開理由，分別為兩造上述部分敗訴之判決，經核於法均無違背。又尋繹八十九年二月九日修正之民事訴訟法第二百七十七條所以增設但書，規定「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限」，乃肇源於民事舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性之概括規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，為因應傳統型及現代型之訴訟型態，尤以公害訴訟、交通事故，商品製造人責任及醫療糾紛等事件之處理，如嚴守本條所定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則。是以受訴法院於決定是否適用該條但書所定公平之要求時，應視各該具體事件之訴訟類型特性暨待證事實之性質，斟酌當事人間能力、財力之不平衡、證據偏在一方、蒐證之困難、因果關係證明之困難及法律本身之不備等因素，透過實體法之解釋及政策論為重要因素等法律規定之意旨，較量所涉實體利益及程序利益之大小輕重，按待證事項與證據之距離、舉證之難易、蓋然性之順序（依人類之生活經驗及統計上之高低），並依誠信原則，定其舉證責任或是否減輕其證明度，進而為事實之認定並予判決，以符上揭但書規定之旨趣，實現裁判公正之目的。若與該條但書所定之本旨不相涉者，自仍適用該本文之規定，以定其舉證責任。」

若被害人自己無任何過失或原因力，卻造成生命、身體或健康的嚴重損害，且其損害確因受到醫療損害，只因醫療事業機構或醫師人員並無過失，或難以證明其過失的情形下而無法獲得合理的補償。因此，醫事團體是否有必要建立醫療傷害補償基金，就其衍生出的龐大醫療或照顧費用給予合理的救濟扶助，以減緩病方求償上的困難。

## 五、醫事人員確切履行告知說明義務

癌症是國人死亡十大原因之首，談到癌症，人人聞之色變。癌症醫療在法律上疏誤型態之一為「已作檢查發現有癌症」病灶，卻未正確告知檢查解果。觀之，醫療法第63條第1項、第64條第1項、第65條第1項、第81條及醫師法第12條之1規定，均無從認為醫院對該病患有任何告知義務。全民健康保險預防保健實施辦法第10條規定：「辦理預防保健服務之保險醫事服務機構，應將檢查通知保險對象，發現需要追蹤治療之病症，並應通知保險對象接受治療或轉介至適當醫療機構治療。」，然亦未就應如何「通知」有所規範。其實，臨床實務上，發現檢驗報告異常時，均須主動通知開單醫師，醫師也要主動追蹤病患的檢查和檢驗報告，同時也要鼓勵病患主動詢問檢查結果，為自己的健康負責。至於對於施行手術前的常規檢查，如照X光發現陰影、或腹痛照腹部X光檢查協助腸道診斷卻發現有子宮肌瘤，醫師也應一併說明檢查結果，使病患另為追蹤檢查。否則病人因未被告知，致延誤病情而死亡，任誰也無法接受事實。

## 六、健全現行病歷表之相關問題

在目前司法或鑑定實務上，均以病歷或護理紀錄作為判斷醫護人員的業務行為有否疏失的主要依據，故病歷資料是醫療糾紛訴訟中最重要之證據。而且醫院往往保有病歷，而不交予病患，當醫療事故發生時，病歷往往難以取得，甚至有被竄改危險，若未於第一時間採取保全證據的手段，事先防止證據滅失，常造成訴訟中的舉證困難。惟縱使病患取得病歷，倘若病歷記載不全，有所缺漏，亦或加以隱蔽，致難以閱讀，病患還是無從得知完整的醫療過程；即使病歷有所記載，但對於實際執行醫療手段之間，其是否有所過失，因並未加以記錄，仍是難以舉證。故期待病患能從病歷探知醫師是否有過失，實有相當難度。其實，醫院也可檢討現行病歷表的問題，例如在德國慕尼黑大學眼科的門診，醫師採用的是複寫的病歷表，看診完畢醫院保留原本，給病人一份帶走，病人對醫師的信賴感當然就增加了。

## 七、關於醫療糾紛鑑定實務之建議

對於醫療糾紛鑑定實務方面：在醫療糾紛的案件中，為了判斷醫療提供者是否有過失，有無應付之責任，經常需送鑑定；但醫療鑑定沒有所謂的爭點整理，這使得醫療糾紛在進行法律程序時，會產生某些溝通上的落差。再加上跨領域專業知識在理解上的困難，法官與鑑定人對專業領域的問題思考方法不同，形成判決過程最棘手的困境，也加深醫療糾紛處理的難度。雖然醫事專業法庭的設立已逾5年，但現行醫療訴訟實務所呈現的狀況不但「沒有醫事專業背景的法官」且「醫療專庭法官流動頻繁」，而醫審會現行運作又對送鑑案件採不問不答，故仍無法徹底解決目前醫療訴訟所面臨的困境。本文以為，還是需透過制度面來解決：

- (一) 司法院可否考量於招考法官助理時增設「醫療衛生組」，以輔助法官於偵辦此類案件時，減少其對醫療爭議及鑑定意見所可能產生無從判斷的疑惑感及無力感，並可彌補法官實務、理論經驗之不足及強化其批判能力。同時對報考人員資格條件不以醫師為限，可招考專科護理師，並限定臨床實務同科至少10年以上經驗、區域級教學醫院以上等資歷，協助找出事實爭點，相信對訴訟應有正面幫助。
- (二) 目前台灣醫療環境專科分科過細，宜建立「諮詢專家資料庫」，就全國性各專業領域之醫療人才分類歸納，成立人才檔案，以協助法院判斷是否為醫療疏失，有助儘速釐清案情。
- (三) 於進行醫療糾紛鑑定時，不能僅委由臨床醫師進行鑑定，而應設法含納法醫師的參與鑑定。甚至在委託鑑定時，應優先考量委託法醫學會，而非各專科醫學會來進行鑑定。因為法醫學會之成員與涉入糾紛的醫師與病人間，較無利益糾葛問題，其公正性與超然性實更甚於臨床專科醫師。

## 八、透過消保法填補醫療（院）組織疏失之責任

最後，每天在醫療院所發生不少醫療意外，雖然其中不乏醫療人員本身的錯誤，但是醫療人員除了本身的錯誤之外，醫院的組織也可能是原因之一。例如：

- (一) 不合理工作量：下班後得隨時待命；人力不足不得休假。
- (二) 精簡人力：一個值班醫師負責好幾10床還要上刀；一位護士小、大夜照顧20床以上、跨科調度人力專業不熟根本忽視病人安全；檢體多，

檢驗部門人手不足，怎會不出錯。

(三) 人員間聯繫溝通的問題。

(四) 急救體系不完整。

(五) 醫療器材採購的缺失。

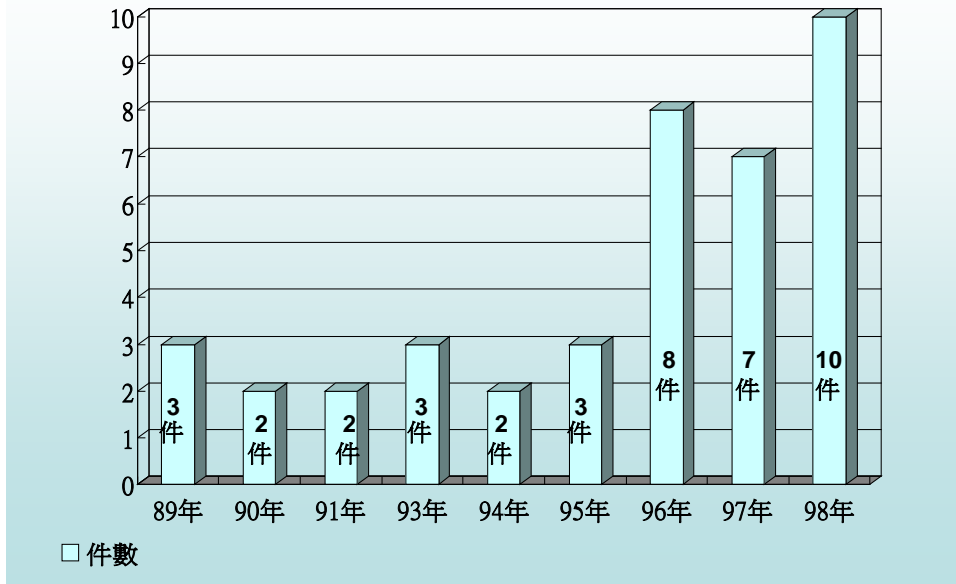
醫療行為不只是醫生跟病人之間的關係，所有的細節都息息相關，醫務管理也是其中一環。若醫療制度與體系設計不良，將深深影響醫療與照護品質。所以，組織錯誤所造成的損害係屬於醫院經營管理者的責任。再加上目前醫院走向財團化、連鎖化、以及速食化，只重視財務績效，若從企業管理學的角度，醫院企業式提供服務，同時透過組織成員獲利，難謂無消保法之適用。是以，本文贊成透過消保法來補此責任漏洞。



# 圖目錄

## 圖 5-1

### 醫療糾紛判決背景資料 「年度」統計實證分析



## 圖 5-2

### 醫療糾紛判決背景資料 「醫療機構層級」統計實證分析

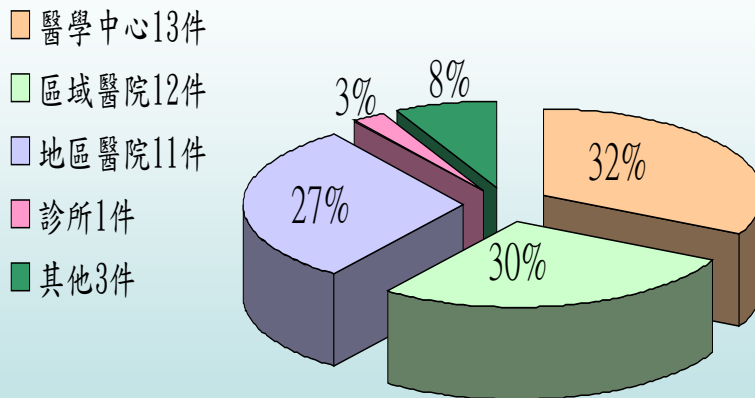




圖 5-3

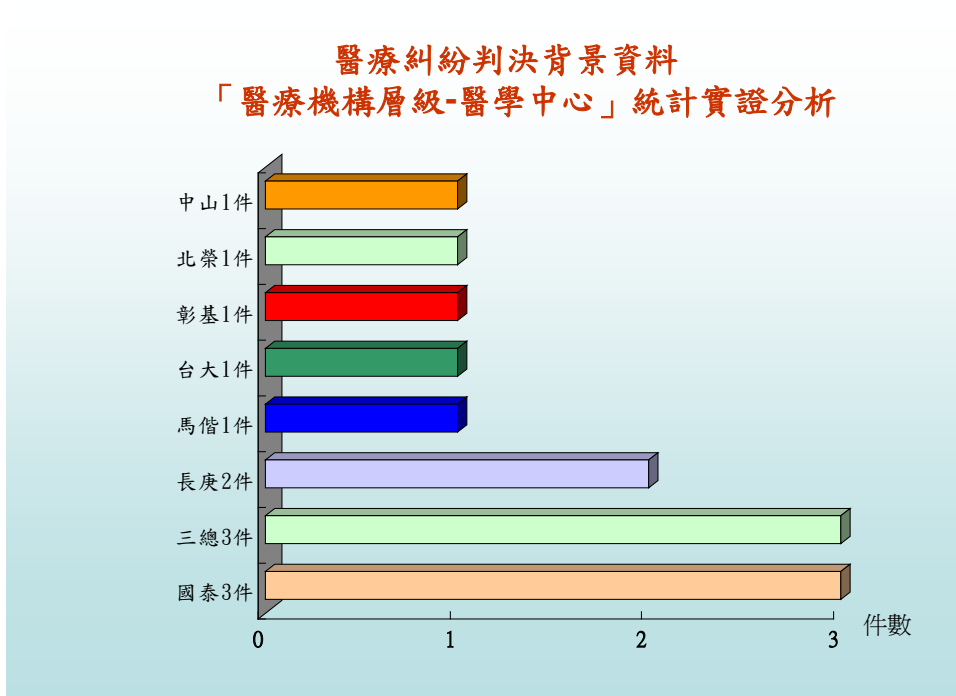


圖 5-4

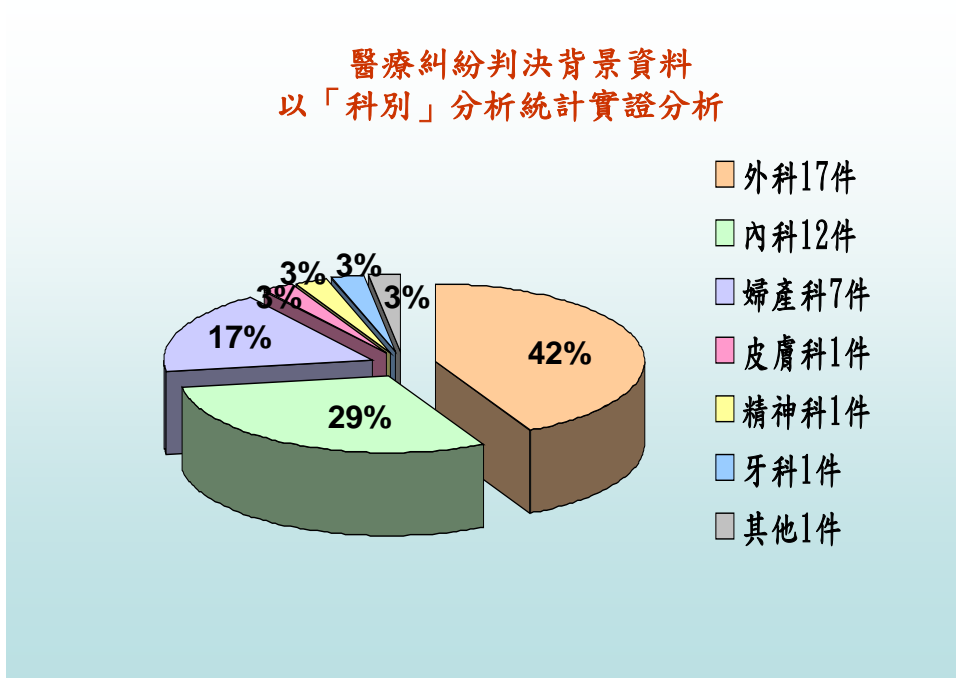


圖 5-5

醫療糾紛判決背景資料  
以「科別-外科」分析統計實證分析

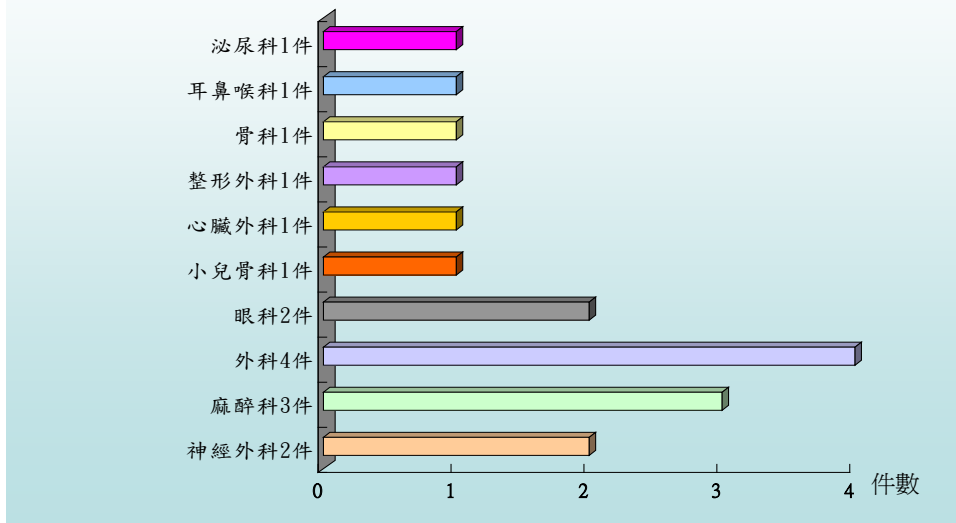


圖 5-6

醫療糾紛判決背景資料  
以「科別-內科」分析統計實證分析

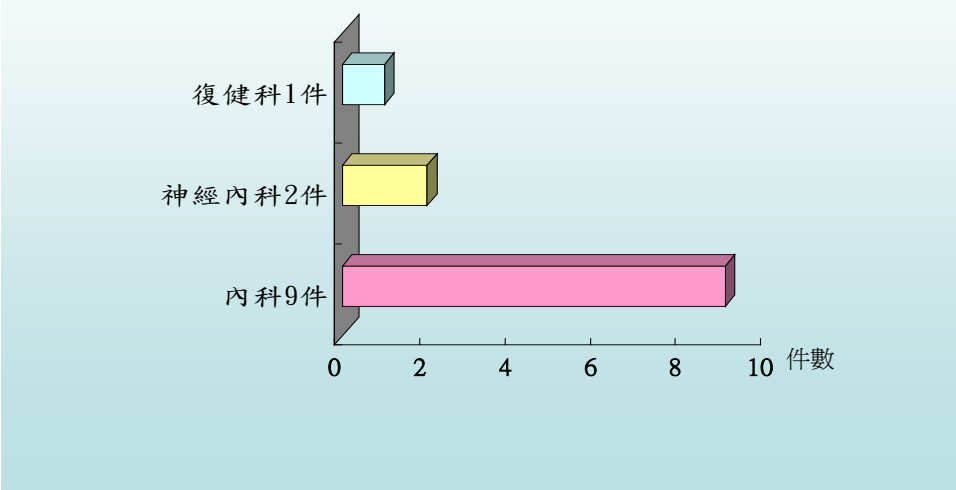


圖 5-7

醫療糾紛判決背景資料  
以「科別-其他」分析統計實證分析

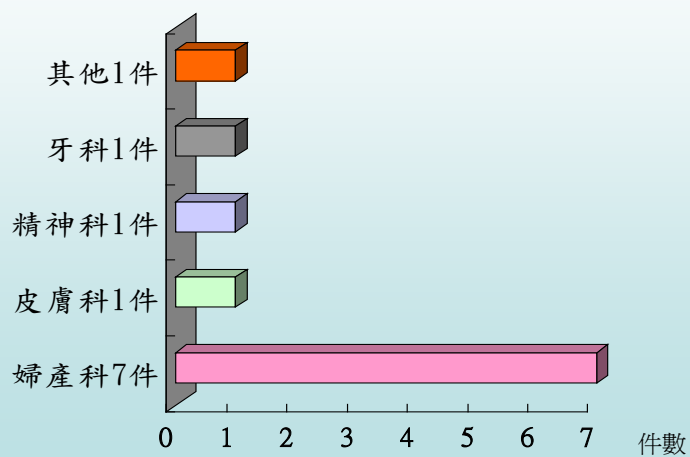


圖 5-8

醫療糾紛判決背景資料  
以「上訴人」類別分析統計實證分析

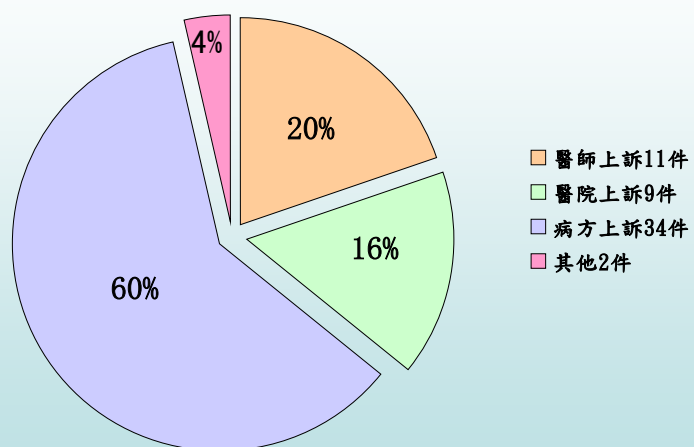


圖 5-9

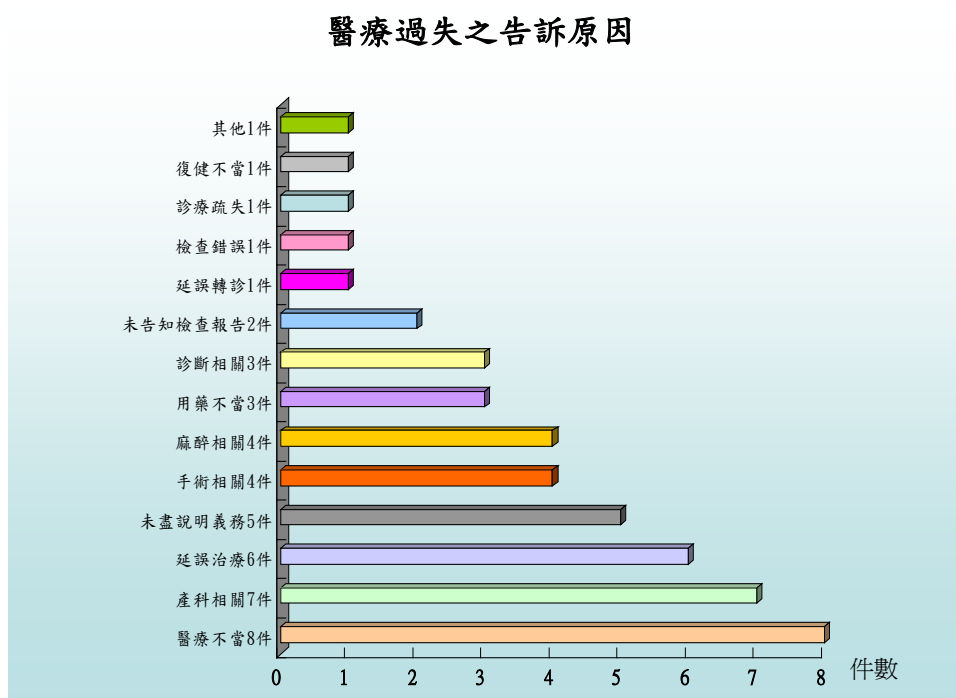


圖 5-10

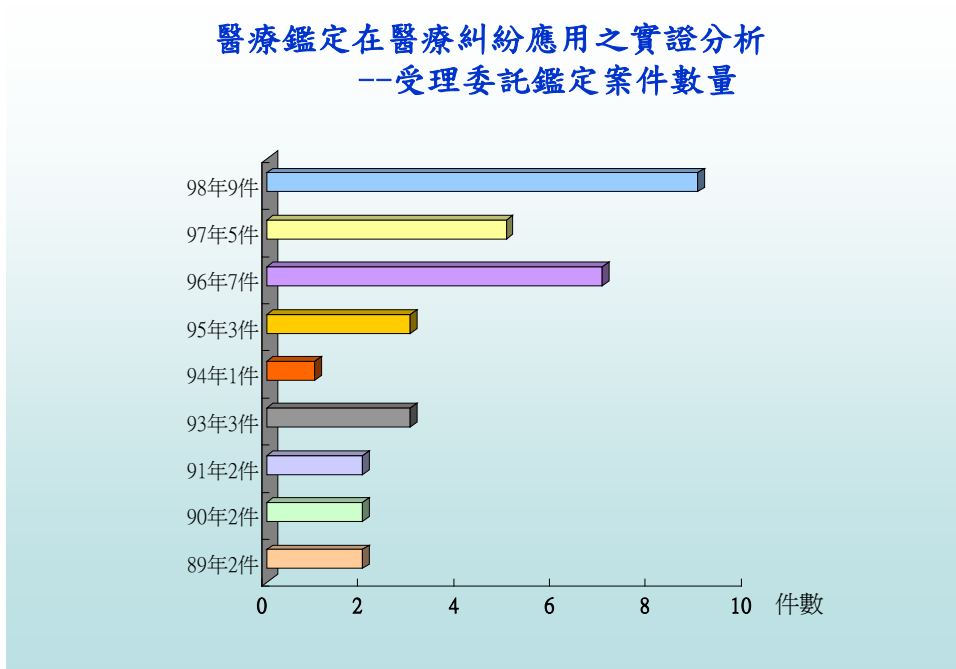


圖 5-11

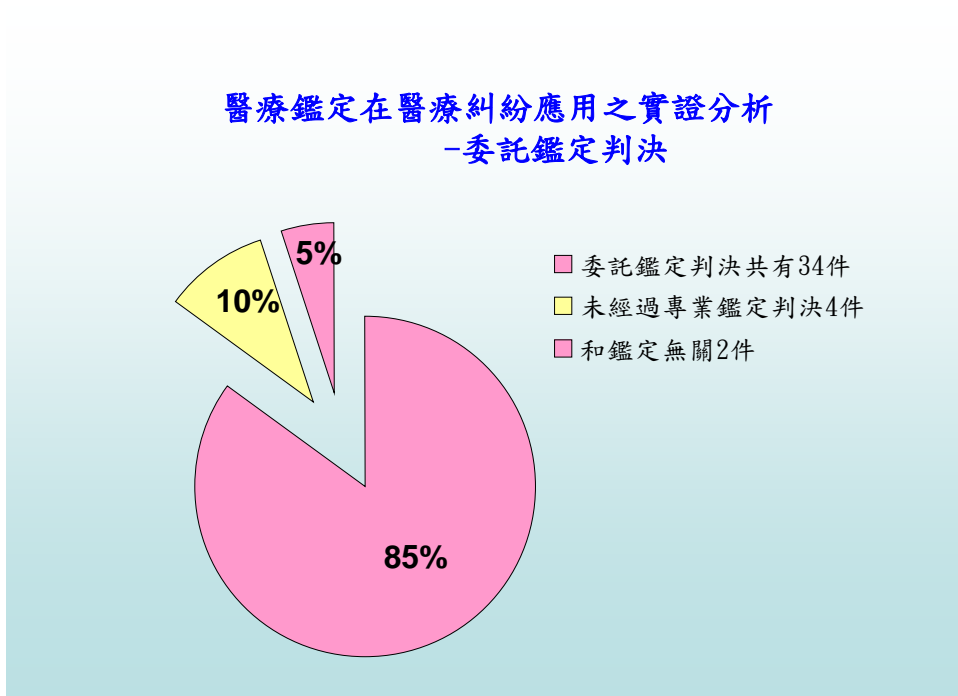


圖 5-12

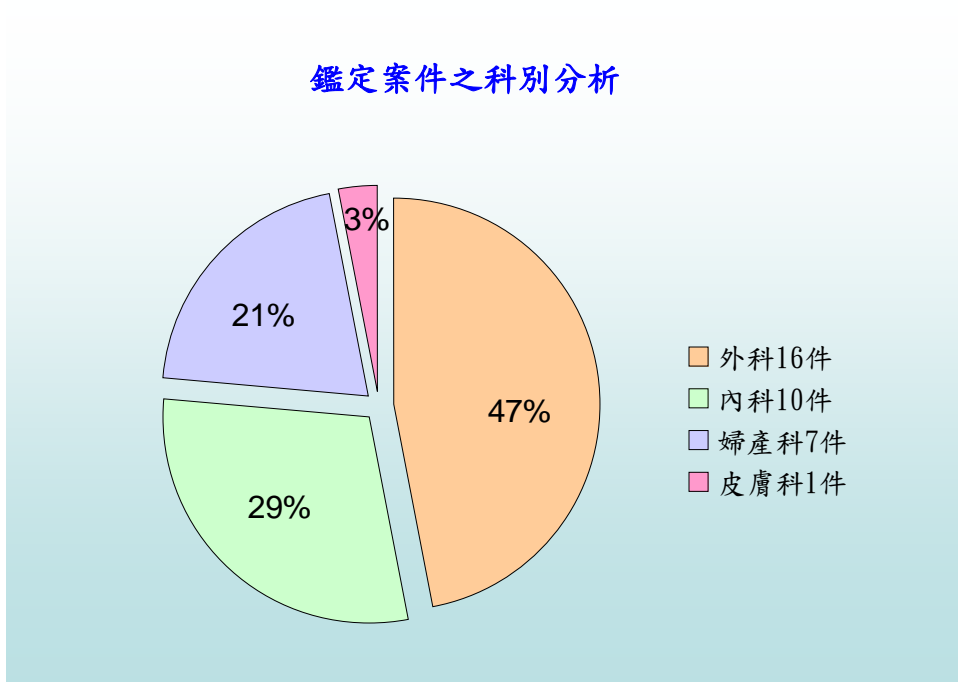


圖 5-13

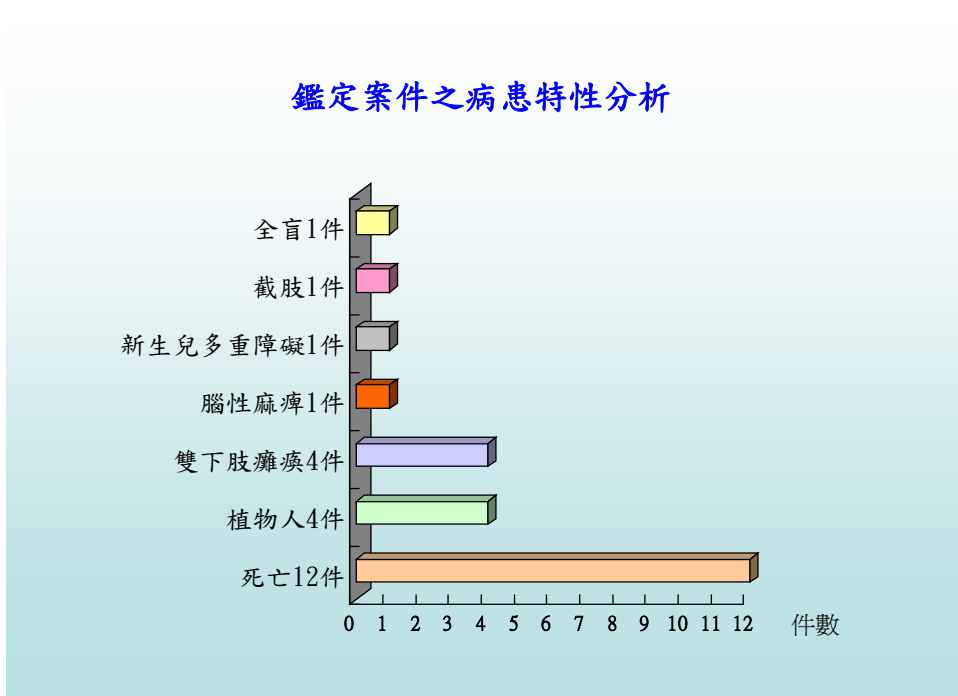


圖 5-14

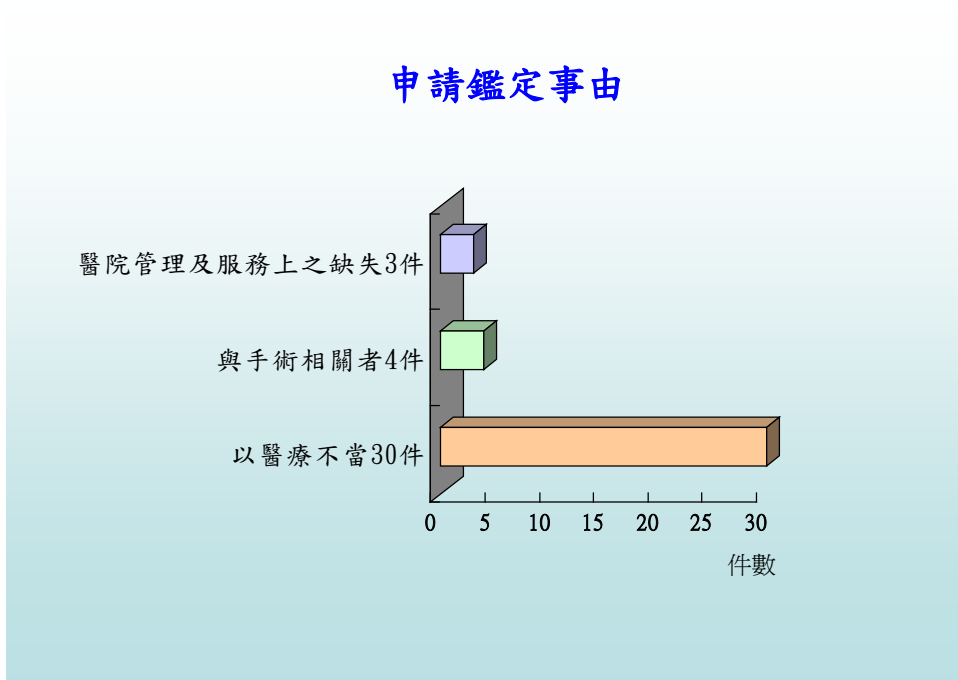
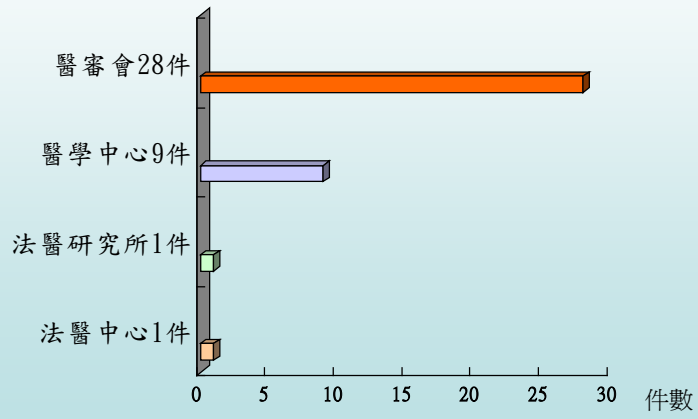


圖 5-15

鑑定案件委託鑑定機關之統計



## 參考文獻目錄

### 一、專書（依著者姓氏筆畫順序）

1. 王甲乙、楊建華、鄭健才，「民事訴訟法新論」，三民書局有限公司，2004年9月。
2. 王澤鑑，「債法原理（一），（基本理論、債之發生）」，再刷，三民書局，2009年9月。
3. 王澤鑑，「侵權行為法」，三民書局台大法學院福利社，2009年7月。
4. 王澤鑑，「民法學說與判例研究（第六冊）」，三民書局，1990年9月。
5. 王澤鑑，「民法學說與判例研究（第八冊）」，三民書局，2006年2月。
6. 史尚寬，「債法總論」，台北五刷，1978年9月。
7. 史尚寬，「債論各論（上）」，自刊，1986年11月。
8. 朱富美，「科學鑑定與刑事偵查」，自版，翰蘆圖書出版公司，2004年1月。
9. 沈冠伶，「民事證據法與武器平等原則」，初版一刷，元照出版社，2007年10月。
10. 吳志正，「解讀醫病關係 I－醫療契約篇」，初版一刷，元照出版有限公司，2006年9月。
11. 吳明軒，「中國民事訴訟法（中）」，修訂六版，三民書局，2004年6月。
12. 林誠二，「民法債編總論（上）」，初版，瑞興圖書股份有限公司，2000年9月。
13. 林誠二，「民法債編總論（下）」，初版，瑞興圖書股份有限公司，2001年3月。
14. 林誠二，「民法債編各論（上）」，修訂二版，瑞興圖書股份有限公司，2003年7月。
15. 林誠二，「民法債編各論（中）」，初版，瑞興圖書股份有限公司，2002年3月。
16. 邱聰智，「民法研究（一）」，二版一刷，五南圖書出版公司，2000年9月。
17. 邱聰智，「新訂債法各論（中）」，初版一刷，元照出版社，2002年10月。
18. 姜世明，「新民事證據法論」，二版，學林文化事業有限公司，2004年1月。
19. 姜世明，「舉證責任與真實義務」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2006年3月。
20. 姜世明，「舉證責任與證明度」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2008年10月。
21. 孫森焱，「民法債編總論（上）」，修訂版，三民書局，2008年8月。
22. 孫森焱，「民法債編總論（下）」，修訂版，三民書局，2009年2月。
23. 黃立，「民法債編總論」，修正三版一刷，元照出版有限公司，2006年11月。
24. 黃丁全，「醫事法」，初版，月旦出版社股份有限公司，1995年11月。
25. 陳聰富，「因果關係與損害賠償」，初版二刷，元照出版有限公司，2007年1月。
26. 陳春山，「醫師病人醫療糾紛」，三版一刷，書泉出版社，2004年11月。
27. 陳忠五，「契約責任與侵權責任的保護客體」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2008年12月。
28. 曾隆興，「現代非典型契約論」，自版，1994年1月。
29. 劉文瑛，「醫事法要義」，初版，合記圖書出版社，1999年11月。
30. 劉春堂，「民法債編各論（中）」，初版一刷，三民書局有限公司，2004年3月。
31. 鄭玉波，「民法債編總論」，二版二刷，三民書局，2004年10月。
32. 戴修瓚，「民法債論各論（下）」，五版，文光圖書公司，1955年。



## 二、論文集、合著（依著者姓氏筆畫順序）

1. 李伯璋、曾平杉，「醫療紛爭—在臨床醫學與法律實務的探討」，一版一刷，新學林出版股份有限公司，2010年1月。
2. 陳忠五，「法國法上醫療過錯的舉證責任」，收錄於朱柏松等5人合著，「醫療過失舉證責任之比較」初版一刷，元照出版有限公司，2008年5月。
3. 陳聰富，「美國醫療過失舉證責任之研究」，收錄於朱柏松等5人合著，「醫療過失舉證責任之比較」初版一刷，元照出版有限公司，2008年5月。
4. 陳櫻琴、黃于玉、顏忠漢，「醫療法律」，四版一刷，五南圖書出版股份有限公司，2007年6月。
5. 陳榮宗、林慶苗，「民事訴訟法(中)」，修訂四版，三民書局，2005年3月。
6. 詹森林，「德國醫療過失舉證責任之研究」，收錄於朱柏松等5人合著，「醫療過失舉證責任之比較」，初版一刷，元照出版有限公司，2008年5月。

## 三、期刊、雜誌（依著者姓氏筆畫順序）

1. 丁中原，「淺談醫療過失訴訟之舉證責任分配」，律師雜誌，第217期，1997年10月。
2. 王澤鑑，「特殊侵權行為（九）—危險工作或活動責任—民法第一九一條之三與侵權行為法的發展」，台灣本土法學雜誌，第74期，2005年9月。
3. 王千維，「侵權行為：第一講—責任成立的因果關係」，月旦法學教室，第23期，2004年9月。
4. 王志嘉，「淺談各類醫事人員病歷記載相關法律問題」，醫療品質雜誌，第4卷第1期，2010年1月。
5. 王志嘉，「論醫師親自診察義務」，軍法專刊，第56卷第1期，2010年2月。
6. 王志嘉，「傳統與發展的刑事責任—論醫師親自診察義務及其相關的法律責任」，台灣法學，第149期，2010年4月。
7. 王皇玉，「整型美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則—評台北地院九十一年訴字第七三〇號判決」，月旦法學雜誌，第127期，2005年12月。
8. 王皇玉，「醫師未盡說明義務之法律效果—簡評九四年台上字第二六七六號判決」，台灣本土法學雜誌，第75期，2005年10月。
9. 王皇玉，「再評邱小妹人球案—醫師親自診察義務之違反/高院九六醫上訴三」台灣法學雜誌，第140期，2009年11月。
10. 王梅英，「專家在法庭上的角色—鑑定或參審？」，律師雜誌，第253期，2000年10月。
11. 甘添貴，「醫療糾紛與法律適用—論專斷醫療行為的刑事責任」，月旦法學雜誌，第157期，2008年6月。
12. 朱柏松，「適用消保法論斷醫師之責任」，國立台灣大學法學論叢，第27卷第4期，1998年7月。
13. 沈冠伶，「武器平等原則於醫療訴訟之適用」，月旦法學雜誌，第127期，2005年12月。
14. 沈冠伶，「證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用」，國立台灣大學法學論叢，第38卷第1期，2009年3月。
15. 李聖隆，「醫療衛生事務與消費者保護法的關係」，律師通訊，第175期，1994年4月。

- 月。
16. 李聖隆，「從刑事法觀點論醫糾刑案及醫療鑑定」，律師雜誌，第 233 期，1999 年 2 月。
  17. 李聖隆，「律師如何對抗有偏頗之虞的醫療鑑定」，律師通訊，第 180 期，1994 年 9 月。
  18. 李志宏、施肇榮，「醫療法律案例解讀系列 4—診斷證明書與醫事審議（醫療鑑定）」，台灣醫界雜誌，第 52 卷第 7 期，2009 年 7 月。
  19. 李詩應，「醫師的多重義務間之衝突」，月旦法學雜誌，第 185 期，2010 年 10 月。
  20. 李壽星，「醫療法—醫療機構的法定義務—」，台灣法學，第 147 期，2010 年 3 月。
  21. 吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基，「告知義務的因果關係」，當代醫學，第 35 卷第 11 期，2008 年 11 月。
  22. 吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基，「病歷事後補登的法律問題」，當代醫學，第 36 卷第 5 期，2009 年 5 月。
  23. 吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基，「病歷未詳實記載」，當代醫學，第 36 卷第 7 期，2009 年 7 月。
  24. 吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基，「醫療糾紛鑑定的未來—由專業鑑定探討醫療糾紛鑑定之興革」，月旦法學雜誌，第 183 期，2010 年 8 月。
  25. 吳志正，「以疫學手法作為民事因果關係認定之檢討」，東吳法律學報，第 20 卷第 1 期，2008 年 7 月。
  26. 吳志正，「存活機會喪失—醫療損害之迷思」，月旦法學雜誌，第 150 期，2007 年 11 月。
  27. 吳光明，「醫療爭議之仲裁——兼評醫療糾紛處理法草案」，月旦法學雜誌，第 169 期，2008 年 9 月。
  28. 吳從周，「醫療過失舉證責任的實務新發展：醫病鬥『法』第二回合—簡評最高法院九六年台上字第二七三八號判決」，台灣法學雜誌，第 109 期，2008 年 8 月。
  29. 吳坤光，「醫療服務業與消保法之適用」，律師通訊，第 175 期，1994 年 4 月。
  30. 宋永魁，「醫療爭議、逆流而上一談病人安全及醫療品質的改善」，醫療品質雜誌，第 1 卷第 4 期，2007 年 7 月。
  31. 邱琦，「醫生沒有告訴我的話—論告知義務與不完全給付」，月旦法學雜誌，第 164 期，2009 年 1 月。
  32. 邱琦，「醫療專庭與專家參審—以德國、法國商事法庭為借鏡」，月旦法學雜誌，第 185 期，2010 年 10 月。
  33. 邱清華，「醫療、法律、消費者—重建醫病關係」，醫事法學，第 7 卷第 2 期，1999 年 6 月。
  34. 林誠二，「醫療行為與消保法之適用」，台灣法學雜誌，第 140 期，2009 年 11 月。
  35. 林欣柔、楊秀儀，「告別馬偕肩難產事件？—新醫療法第八十二條第二項評析」，月旦法學雜誌，第 112 期，2004 年 9 月。
  36. 林瑞珠，「醫療手術實施之說明義務」，台灣本土法學雜誌，第 76 期，2005 年 11 月。
  37. 林大洋，「債務不履行與侵權行為競合適用之基準—實務上相關見解之探索與辯正」，法令月刊，第 61 卷第 3 期，2010 年 3 月。
  38. 林洲富，「醫病關係與瑕疵醫療行為之舉證責任（上）」，司法周刊，第 1414 期，2008 年 11 月。
  39. 林洲富，「醫病關係與瑕疵醫療行為之舉證責任（下）」，司法周刊，第 1415 期，2008 年 11 月。

40. 林四海,「醫療機構病歷管理之法律責任與趨勢」,醫事法學季刊,第9卷第2期,2001年6月。
41. 林昱梅,「緊急病患成人球與國家賠償」,月旦法學教室,第31期,2005年5月。
42. 侯英冷,「醫療行為的民事上賠償責任(上)—從德國醫師責任法(Arzthaftungsrecht)切入探討」,月旦法學雜誌,第72期,2001年5月。
43. 侯英冷,「醫療行為的民事上賠償責任(下)—從德國醫師責任法(Arzthaftungsrecht)切入探討」,月旦法學雜誌,第73期,2001年6月。
44. 侯英冷,「醫療機構、外科醫師與麻醉科醫師之說明義務—最高法院九六年台上字第二四七六號判決簡評」,台灣法學雜誌,第107期,2008年6月。
45. 侯英冷,「從德國法論醫師之契約上說明義務」,月旦法學雜誌,第112期,2004年9月。
46. 侯英冷,「論醫療意外的風險分擔問題——消費者保護法對純粹醫療行為與醫院提供相關醫療服務的企業是服務行為之適用」,法學叢刊,第187期,2002年7月。
47. 侯英冷,「探討醫療無過失責任的適宜性」,月旦法學雜誌,第49期,1999年9月。
48. 姜世明,「醫師民事責任程序中之舉證責任減輕」,月旦民商法雜誌,第6期,2004年12月。
49. 姜世明,「過失證明妨礙」,法學講座,第26期,2004年3月。
50. 姜世明,「淺談民事程序中之鑑定—著重於實務見解發展及其問題提示」,月旦法學雜誌,第190期,2011年3月。
51. 姜世明,「表見證明之研究」,政大法學評論,第104期,2008年8月。
52. 姜世明,「正義之可容許自然耗損—談證明度兼評台北地方法院九十四年度重訴字第五九五號民事判決」,月旦法學雜誌,第152期,2008年1月。
53. 姜世明,「表現證明在我國實務上運用之評估—兼論其與事實說明自己原則之區辨民事訴訟法研究會第一百零二次研討紀錄」,法學叢刊,第54卷第1期,2009年1月。
54. 姚志明,「契約之效力(二)—契約債務之不履行(中)」,月旦法學教室,第80期,2009年6月。
55. 姚志明,「二〇〇二年德國民法債編修正介紹—一般給付障礙與買賣契約」,月旦法學教室,第8期,2003年6月。
56. 范君凱,「注意標準(Standard of Care)在普通法的歷史發展及比較研究」,台灣法學雜誌第153期,2010年6月。
57. 高鳳仙,「論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演(上)」,萬國法律,第129期,2003年6月。
58. 高鳳仙,「論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演(下)」,萬國法律,第130期,2003年8月。
59. 孫森焱,「侵權行為行為人之注意義務」,裁判時報,第1期,2010年2月。
60. 張麗卿,「醫療糾紛鑑定與刑事責任認定—以戒毒致死案為例」,月旦法學雜誌,第157期,2008年6月。
61. 張麗卿,「實證醫學在醫療過失審判實務上的意義—從胃腺癌存活率談起」,東吳法律學報,第21卷第2期,2009年10月。
62. 張麗卿,「醫療糾紛鑑定與對質詰問權」,東吳法律學報,第20卷第2期,2008年10月。
63. 張家琦,「醫療糾紛民事責任與訴訟實務」,法官協會雜誌,第9卷第1期,2007年6月。
64. 黃茂榮,「醫療契約(一)」,植根雜誌,第25卷第1期,2009年1月。

65. 黃茂榮,「醫療契約(二)」,植根雜誌,第25卷第2期,2009年2月。
66. 黃立,「醫療糾紛處理條例草案解析」,月旦法學雜誌,第164期,2009年1月。
67. 黃立,「消費者保護法對醫療行為的適用」,律師雜誌,第217期,1997年10月。
68. 黃立,「我國消費者保護法之商品與服務責任(一)」,月旦法學教室,第8期,2003年6月。
69. 黃立,「消保法第七條與民法第一九一條之三對醫療行為適用之研析」,政大法學評論,第75期,2003年9月。
70. 黃立,「重新檢討民法的因果關係理論—台北地院八十八年重訴字第一一二二號判決評釋」,台灣本土法學雜誌,第28期,2001年11月。
71. 黃翰義,「論醫療行為之本質—兼評日本實務上幾則代表性案例」,法學叢刊,第49卷第2期,2004年4月。
72. 黃國昌,「證明妨礙」,月旦法學教室,第25期,2004年11月。
73. 陳忠五,「醫療糾紛的現象與問題」,台灣本土法學雜誌,第55期,2004年2月。
74. 陳忠五,「產前遺傳診斷失誤的損害賠償責任—從『新光醫院唐氏症事件』論我國民事責任法的新課題」,國立台灣大學法學論叢,第34卷第6期,2005年11月。
75. 陳忠五,「醫療事故與消費者保護法服務責任之適用問題(上)—最高法院九〇年度臺上字第七〇九號(馬偕紀念醫院肩難產案)判決評釋」,台灣本土法學雜誌,第36期,2002年7月。
76. 陳聰富,「醫療法:第六講—告知後同意與醫師說明義務(上)」,月旦法學教室,第80期,2009年6月。
77. 陳聰富,「醫療法:第六講—告知後同意與醫師說明義務(中)」,月旦法學教室,第81期,2009年7月。
78. 陳聰富,「醫療法:第六講—告知後同意與醫師說明義務(下)」,月旦法學教室,第82期,2009年8月。
79. 陳聰富,「醫療法:第五講—醫療侵權之歸責原則(上)」,月旦法學教室,第75期,2009年1月。
80. 陳聰富,「醫療法:第五講—醫療侵權之歸責原則(下)」,月旦法學教室,第76期,2009年2月。
81. 陳聰富,「醫療法:第四講—醫療契約之法律關係(上)」,月旦法學教室,第72期,2008年10月。
82. 陳聰富,「醫療法:第四講—醫療契約之法律關係(下)」,月旦法學教室,第73期,2008年11月。
83. 陳聰富,「美國醫療過失舉證責任之研究」,政大法學評論,第98期,2007年8月。
84. 陳聰富,「醫療事故之因果關係—最高法院96年度台上字第2032號民事判決評析」,法令月刊,第60卷第10期,2009年10月。
85. 陳聰富,「醫療訴訟之舉證責任—最高法院98年度台上字第276號民事判決評釋」,法令月刊,第61卷第4期,2010年4月。
86. 陳子平,「醫師違反緊急救治義務之刑事責任—與日本法之比較」,月旦法學雜誌,第158期,2008年7月。
87. 陳自強,「民法侵權行為法體系之再構成(下)民法第一九一之三之體系地位」,台灣本土法學雜誌,第17期,2000年12月。
88. 陳琬渝,「論建立符合強制醫療責任保險制度之醫療鑑定及舉證責任制度」,萬國法律,第162期,2008年12月。
89. 許正順,「從實務理論探討醫療關係之改善」,台灣法學雜誌,152期,2010年5月。

90. 許士宦,「證明妨礙」,月旦法學雜誌,第76期,2001年9月。
91. 許士宦,「鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障(上)」,台灣本土法學雜誌,第66期,2005年1月。
92. 許士宦,「鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障(下)」,台灣本土法學雜誌,第67期,2005年2月。
93. 許振東,「醫療糾紛處理程序的現況與困境」,台灣法學雜誌,第142期,2009年12月。
94. 許義明,「我國醫療鑑定之現況與檢討」,萬國法律,第151期,2007年2月。
95. 郭吉助,「論醫事法律上之醫療行為(一)——由法制面談起——」,法務通訊,第2379期,2008年2月。
96. 曾育裕,「醫療糾紛民事過失責任之專題探討」,台灣法學,第140期,2009年11月。
97. 詹森林,「德國醫療過失舉證責任之研究」,台北大學法學論叢,第63期,2007年9月。
98. 楊秀儀,「美國『告知後同意』法則之考察分析」,月旦法學雜誌,第121期,2005年6月。
99. 楊秀儀,「告知後同意法則之司法實務發展——最高法院九四年度台上字第二六七六號判決評釋」,台灣本土法學雜誌,第73期,2005年8月。
100. 楊秀儀,「法定急救義務?強制締約義務?——醫師法第二一條、醫療法第四三條性質解析」,台灣本土法學雜誌,第49期,2003年8月。
101. 楊秀儀,「論醫療糾紛之定義、成因及歸責原則」,台灣本土法學雜誌,第39期,2002年10月。
102. 楊秀儀,「論健全病歷制度之建立及健康資訊隱私權保護」,全國律師,第10卷第8期,2006年8月。
103. 楊秀儀,「誰來同意?誰作決定?——從『告知後同意法則』談病人自主權的理論與實際:美國經驗之考察」,台灣法學會學報,第20期,1999年11月。
104. 楊秀儀,論病人自主權——我國法上『告知後同意』之請求權基礎探討,國立台灣大學法學論叢,第36卷第2期,2007年6月。
105. 楊秀儀,「告別馬偕肩難產事件?——新醫療法第八二條第二項評析」,月旦法學雜誌,第112期,2004年9月。
106. 楊漢源,「醫療糾紛鑑定實況」,律師雜誌,第217期,1997年10月。
107. 寧紅麗,「大陸法系國家的醫療合同立法及其對中國大陸的借鑒意義」,月旦民商法雜誌,第4期,2004年6月。
108. 廖建瑜,「論醫師說明義務之發展——兼評最高法院94年台上字第2676號判決」,成大法學,第10期,2005年12月。
109. 監察院,「行政院衛生署接受醫療糾紛之鑑定涉有弊端之調查報告」,全國律師,第2卷第2期,1998年2月。
110. 蔡惠如,「台灣醫療糾紛之法律課題」,月旦民商法雜誌,第4期,2004年6月。
111. 劉宜廉,「醫學教育——病歷記載相關法律問題」,醫療品質雜誌,第1卷第2期,2007年3月。
112. 劉盈宏,「醫療服務責任之研究」,軍法專刊,第54卷第1期,2008年2月。
113. 劉玉中,「證據保全之認知與運用」,玄奘法律學報,第2期,2004年12月。
114. 駱永家,「證明妨礙」,月旦法學雜誌,第69期,2001年2月。
115. 盧映潔、施宏明、劉士煒,「癌症與因果關係之探討」,台灣本土法學雜誌,第83期,2006年6月。

116. 盧映潔、葛建成、高忠漢，「論醫療行為之常規診療義務」，台灣本土法學雜誌，第83期，2006年6月。
117. 盧美秀，「護理給付不公平病人安全誰人顧記者會」，全聯護訊，第77期，2010年10月，2頁。
118. 謝瑞智，「醫療行為與刑事責任」，法令月刊，第51卷第10期，2000年10月。
119. 薛瑞元，「醫療契約與告知義務」，月旦法學雜誌，第112期，2004年9月。
120. 薛瑞元，「從新制醫院評鑑談病歷書寫—法律觀點」，醫療品質雜誌，第2卷第2期，2008年3月。
121. 羅俊璋，「略論醫療糾紛(上)」，立法院院聞，第27卷第2期，1999年2月。
122. 蘇嘉瑞，「醫療糾紛刑事訴訟之實證與趨勢」，法官協會雜誌，第9卷第1期，2007年6月。
123. 醫療爭議參考手冊，財團法人台灣醫療改革基金會，初版，2006年12月。

#### 四、學位論文及研究計畫（按年份排序）

1. 江順雄，「醫療意外侵權責任歸責原則之探討與分析」，1994年國立成功大學法律學系碩士班碩士論文。
2. 吳建樑，「醫師與病患醫療關係之法律分析」，1994年東吳大學法律學系碩士論文。
3. 曾淑瑜，「醫療過失與因果關係」，1997年臺灣大學法學博士論文。
4. 林洲富，「探討消費者保護法對醫療行為之適用」，2002年國立中正大學法律學研究所碩士論文。
5. 黃鈺嫻，「我國婦產科醫療糾紛裁判之實証研究—理論與實務之檢討」，2004年臺灣大學法律學研究所碩士論文。
6. 鄭明輝，「臺灣地區醫療糾紛刑事敗訴判決實証分析」，2004年長庚大學管理學院醫務管理研究所碩士論文。
7. 蔡永祥，「醫療行為過失推定立法可行性之探討—兼論因果關係舉證責任分配」，2004年國立成功大學法律學研究所碩士論文。
8. 吳俊穎，「實證醫學對於醫療糾紛鑑定制度可能影響之實証研究」，行政院衛生署委託研究計畫，計畫編號：DOH94-TD-M-113-009，2005年1月1日～2005年12月31日。
9. 吳澤誠，「從病患觀點探討引起醫療糾紛產生的原因與類型」，2006年臺灣大學醫療機構管理研究所碩士論文。
10. 蔡佩玲，「醫療糾紛中民事過失之認定—論醫療水準與醫療常規」，2007年國立政治大學法律學研究所碩士論文。
11. 宗志強，「民事醫療糾紛舉證責任之研究」，2007年銘傳大學法律學系碩士班碩士論文。
12. 郭仙和，「侵權行為法上因果關係之研究—以我國實務案例為中心」，2007年國立中正大學法律學研究所碩士論文。
13. 王復堯，「醫療訴訟之實証分析—以最高法院民事判決為依據」，2008年東海大學工業工程與經營資訊研究所碩士論文。
14. 李小芬，「醫療民事責任因果關係之研究」，2008年國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
15. 張永輝，「論民事舉證責任分配發展在我國之發展」，2009年國立臺北大學法律學系碩士論文。
16. 陳文清，「非治療性醫學美容民事法律關係之研究」，2009年國立中正大學法律學系碩士論文。

## 五、研討會書面資料（按年份排序）

1. 黃立、嚴嘉雯，「醫療法修正後醫療糾紛之解決」，載行政院衛生署醫事處、財團法人中華民國消費者文教基金會聯合主辦「醫療糾紛研討會」，2004年8月31日。
2. 黃立，「醫療糾紛處理法及實務判決評析」，醫學倫理與醫療法律學術研討會，台北縣醫師公會、國立政治大學法學院主辦，2008年5月3日。
3. 呂俊儒，「病歷記載與使用之形式案例分析」講義，台北縣基督教耕薪醫院(新店分院)主辦之演講會，2009年7月11日。
4. 吳俊穎，「臺灣醫療糾紛的實證研究」，醫療法制之整合研究計畫（二）實證醫學與法律醫療法研討會，會議論文集，國立臺灣大學法律學院頂尖計畫主辦，2009年12月26日。
5. 邱琦，「臺灣醫療糾紛的實證研究」，醫療法制之整合研究計畫（二）實證醫學與法律醫療法研討會，會議論文集，國立臺灣大學法律學院頂尖計畫主辦，2009年12月26日。
6. 曾品傑，醫療法制之整合研究計畫（二）實證醫學與法律醫療法研討會，會議論文集，國立臺灣大學法律學院頂尖計畫主辦，2009年12月26日。
7. 葛謹，「醫療糾紛調查—臨床醫師的觀點」，醫療糾紛研討會—向飛安事故調查學習，臺北榮民總醫院主辦，2010年1月20日。
8. 任爾崇，「從醫療糾紛實例—談醫事專業人員應具備的倫理與法律觀點」，護理倫理與法律研討會，行政院衛生署北區醫療網、長庚醫院財團法人林口長庚紀念醫院護理部、桃園縣護理師護士公會、桃園縣政府衛生局主辦，2010年5月18日。
9. 姚念慈，「從司法判決實例—談傳統與發展的醫療糾紛類型與因應」，護理倫理與法律研討會，行政院衛生署北區醫療網、長庚醫院財團法人林口長庚紀念醫院護理部、桃園縣護理師護士公會、桃園縣政府衛生局主辦，2010年5月18日。
10. 陳聰富，「醫療過失之判定標準」，臺北醫法論壇（Ⅲ）實務判決評析，行政院衛生署、臺北榮民總醫院主辦，2010年5月29日。
11. 張麗卿，「刑事醫療訴訟審判之困境與改革—最高法院96年台上4793號判決評釋」，臺北醫法論壇（Ⅲ）實務判決評析，行政院衛生署、臺北榮民總醫院主辦，2010年5月29日。
12. 王皇玉，「建立法醫鑑定與刑事鑑識複鑑機制」法務部委託研究計畫公聽會說明，於台大法律學院霖澤館1301多媒體教室，2010年6月25日。
13. 李淑如，「醫療行為與消費者保護法適用之爭議」，99年度消費者保護理論與實務研討會，臺北市政府法規委員會主辦，2010年9月24日。

## 89 年至 98 年最高法院醫療訴訟民事判決一覽表

編號	案 號	原 審 法 院
1	89 年度台上字第 276 號	台灣高等法院 87 年度上更(一)字第 87 號
2	89 年度台上字第 1286 號	台灣高等法院 86 年度上更(一)字第 36 號
3	89 年度台上字第 1834 號	台灣高等法院台南分院 88 年度訴更(一)字第 1 號
4	90 年度台上字第 709 號	台灣高等法院 87 年度上字第 151 號
5	90 年度台上字第 2345 號	台灣高等法院台中分院 88 年度上字第 671 號
6	91 年度台上字第 222 號	台灣高等法院台中分院 87 年度訴字第 52 號
7	91 年度台上字第 1941 號	台灣高等法院 89 年度上字第 641 號
8	93 年度台上字第 852 號	台灣高等法院台南分院 92 年度上字第 58 號
9	93 年度台上字第 1486 號	台灣高等法院高雄分院 89 年度重上國字第 5 號
10	93 年度台上字第 69 號	台灣高等法院 88 年度重訴字第 30 號
11	94 年度台上字第 146 號	台灣高等法院高雄分院 92 年度重上字第 53 號
12	94 年度台上字第 1605 號	台灣高等法院台中分院 92 年度上字第 264 號
13	95 年度台上字第 519 號	台灣高等法院台南分院 93 年度重上字第 67 號
14	95 年度台上字第 2178 號	台灣高等法院 94 年度醫上字第 3 號
15	95 年度台上字第 2950 號	台灣高等法院台南分院 94 年度重上更(一)字第 8 號
16	96 年度台上字第 450 號	台灣高等法院 95 年度醫上字第 3 號
17	96 年度台上字第 2476 號	台灣高等法院 95 年度醫上字第 17 號
18	96 年度台上字第 258 號	台灣高等法院高雄分院 93 年度上字第 35 號
19	96 年度台上字第 2032 號	台灣高等法院高雄分院 95 年度醫上字第 1 號
20	96 年度台上字第 2738 號	台灣高等法院台中分院 95 年度醫上字第 12 號
21	96 年度台上字第 2885 號	台灣高等法院 93 年度醫上字第 4 號
22	96 年度台上字第 323 號	台灣高等法院 94 年度醫上字第 1 號
23	96 年度台上字第 2524 號	台灣高等法院台中分院 95 年度上國字第 6 號
24	97 年度台上字第 280 號	台灣高等法院 95 年度醫上字第 2 號
25	97 年度台上字第 612 號	台灣高等法院 89 年度上字第 556 號
26	97 年度台上字第 741 號	台灣高等法院台中分院 95 年度醫上字第 8 號
27	97 年度台上字第 1368 號	台灣高等法院台南分院 95 年度醫上字第 1 號
28	97 年度台上字第 1391 號	台灣高等法院 96 年度醫上字第 10 號
29	97 年度台上字第 2735 號	台灣高等法院 94 年度上更(一)字第 124 號
30	97 年度台上字第 10000 號	台灣高等法院 93 年度上字第 909 號
31	98 年度台上字第 188 號	台灣高等法院 97 年度上易字第 344 號
32	98 年度台上字第 276 號	台灣高等法院台中分院 97 年度醫上字第 5 號
33	98 年度台上字第 472 號	台灣高等法院 94 年度醫上字第 8 號
34	98 年度台上字第 656 號	台灣高等法院 97 年度醫上更(三)字第 3 號



35	98 年度台上字第 999 號	台灣高等法院 95 年度醫上字第 22 號
36	98 年度台上字第 1620 號	台灣高等法院台南分院 97 年度重上字第 39 號
37	98 年度台上字第 1835 號	台灣高等法院 96 年度醫上字第 19 號
38	98 年度台上字第 2340 號	台灣高等法院 97 年度上國字第 12 號
39	98 年度台上字第 1868 號	台灣高等法院 95 年度醫上字第 21 號
40	98 年度台上字第 2175 號	台灣高等法院 96 年度醫上字第 5 號



## 最高法院對高等法院之判決不認同原因對照表

裁判字號	高等法院	最高法院
89 台上 276 號	<p>被上訴人丙○○於協助丁○福進食後，轉往協助其他病人進食，隔五分鐘後復巡視丁○福自行進食狀況，有護理紀錄可稽，丁○福之呼吸道及食道內有十二至十五片之食物，應與其進食之速度有關，不能因此即認被上訴人丙○○有相當時間未曾巡視丁○福。而被上訴人丙○○於發現丁○福表情有異狀，即緊急通知醫院急救小組施予救治，其急救之處理措施要無不當。丁○福雖因呼吸道梗塞死亡，惟既非被上訴人丙○○未盡注意義務所造成，即難認其有過失。</p>	<p>查上訴人在事實審主張：甲○○之子於當日上午十一時十分前往丁○福病房探望，才發現丁○福因食物哽於氣管，不能言語，經通知院方，被上訴人丙○○方知已發生事情等語。攸關被上訴人丙○○是否已盡照顧丁○福之注意義務，係屬重要之攻擊方法，原審恣置不論，已有未合。</p> <p>次查事發時，丁○福之呼吸道及食道內有十二至十五片之食物，為原審認定之事實。而上訴人於事實審主張：丁○福半身不遂，肢體動作不靈活，全身活動配合失常，吞嚥不順，證人陳○隆於刑案調查中亦證稱丁○福因一手中風，常吃得亂七八糟等語，並提出訊問筆錄影本乙件為證，倘非虛妄，丁○福進食之速度似非常緩慢，有否可能於被上訴人丙○○轉往巡視其他病人之五分鐘間隔內食入上開食物，亦非無疑。原審未詳加推求，徒依護理紀錄之記載，即認被上訴人丙○○僅隔五分鐘即再巡視丁○福，並嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由。</p>
90 台上 709 號	<p>惟該鑑定書同時指明，容易造成肩難產的產前因素為：「1、母親肥胖，根據 Johnson 等人一九八七年報告產婦體重超過二百五十磅，肩難產機會是百分之五·一，相對於體重小於二百磅，機會是百分之〇·一。2、巨嬰症，根據 Spellacy 等人一九八五年報告超過九十公斤之產婦生產二千五百至三千五百公克之嬰兒，肩難產機會是百分之八·二，四千五百至五千公克之嬰兒，肩難產機會是百分之三十三，而五千公克以上之嬰兒，機會是百分之五十。3、母親糖尿病，</p>	<p>查鑑定書業已載明：「本案例從產婦及胎兒產前的資料，選擇陰道自然生產是屬合理」等語，原審未說明上開鑑定意見何以不足採，已有未恰。</p> <p>次查鑑定書另記載，容易造成肩難產的產前因素為：「1. 母親肥胖，根據 Johnson 等人一九八七年報告產婦體重超過二百五十磅，肩難產機會是百分之五·一，相對於體重小於二百磅，機會是百分之〇·一。……」等語。果爾，被上訴人之母譚○蘭於八十三年十二月一日做最</p>

因為會增加巨嬰之機會」。可見易發生肩難產之危險因素，屬於婦產科醫師專業之知識，且依當時科技水準所得測知。

被上訴人之母譚○蘭於八十三年七月一日第二次產前檢查，尿糖3+，情形異常，惟鄭醫師於其後產檢時並未追蹤檢驗，確認其有無糖尿病，已有疏忽。

鄭醫師未注意譚○蘭產檢顯示之重要訊息，復未盡說明之義務以避免肩難產之發生，此非不可或不易預防，逕行採取自然生產方式，與造成被上訴人右臂神經叢拉傷間，有相當因果關係。

後一次產前檢查時，體重為九十·八公斤，即一九九·七六磅，小於二百磅，造成肩難產機率似非極高；又鑑定書雖記載巨嬰症亦為容易造成肩難產的產前因素，惟僅記載：根據 Spellacy 等人一九八五年報告超過九十公斤之產婦生產二千五百至三千五百公克之嬰兒，肩難產機會是百分之八·二，四千五百至五千公克之嬰兒，肩難產機會是百分之三十三，而五千公克以上之嬰兒，機會是百分之五十。……」等語，並未提及體重超過九十公斤產婦，生產四千至四千五百公克之嬰兒，肩難產機率究為若干。原審援引上開鑑定書之記載，以譚○蘭於做最後一次產前檢查時體重九十·八公斤，及被上訴人於四十週足月時，體重會超過四千公克，為可預見之事，認依婦產科之專業知識及一般科技水準，應可預測譚○蘭生產時發生肩難產之機率極高，亦有可議。

未查上訴人於事實審聲請向周產期醫學會等機構，查詢關於產婦身高一五八公分，產前體重九〇·八公斤，懷孕三十八週胎兒經預估體重為三千五百公克，產婦就醫時宮底至恥骨聯合的距離為三十四公分之情形，是否為預防肩難產，醫師應一律為其做剖腹產等事項，攸關鄭醫師對譚○蘭採取自然生產方式，於醫療服務上，是否具備通常可合理期待之安全性，係屬重要之防禦方法，原審恕置不論，並有疏略。上訴論旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由。

91 台上 222 號

況上訴人前即曾因子宮肌瘤經施行腹腔鏡子宮切除手術，自知手術有一定之危險性，且手術前由其夫簽手術同意書，載明被上訴人詳細說明需實施手術之原因，手術成功率或可能發生之併發症及危險等，立同意書人已充分瞭解，同意施行本件手術等情，自難謂

按刑事判決所認定之事實，雖無當然拘束獨立民事訴訟判決之效力，然刑事判決認定犯罪所由生之理由，如經當事人引用，則民事法院即不得恕置不論。查上訴人既主張：被上訴人業務過失傷害業經刑事法院判決過失傷害罪刑確定云

	<p>被上訴人未為告知。</p> <p>末被上訴人雖經台灣高等法院台中分院八十六年度上易字第七七〇號刑事判決處罪刑確定，惟刑事判決所為事實之認定，於獨立民事訴訟之裁判時本不受其拘束，上訴人提起之附帶民事訴訟，既經裁定移送而為獨立之民事訴訟，經多次送行政院衛生署醫事審議委員會鑑定均認被上訴人無疏失，斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，依自由心證而為判斷事實，與刑事判決為相異之認定，即無違法之可言。被上訴人對上訴人所施行手術之過程，難認有何疏失，至為明顯。</p>	<p>云，被上訴人對此並不爭執，可見上訴人引用刑事判決認定被上訴人犯罪所由生之理由，揆諸首揭說明，原審不得恣置不論。乃原審未敘明有何理由足以認為原法院八十六年度上易字第七七〇號刑事確定判決採證有何瑕疵，亦未敘明有何證據足以認為該確定判決認定事實有何不當，徒以行政院衛生署醫事審議委員會鑑定之結果，即置該刑事確定判決所認定之事實於不顧，而為有利被上訴人之論斷，自屬於法有違。</p> <p>次查上訴人一再主張：被上訴人一再延宕，未據實告知病情並及早治療，致其受腎病變之傷害，並否認拒絕服藥云云，原審就此上訴人重要之攻擊方法，未於判決理由項下記載其取捨之意見，難謂無理由不備之違法。</p>
91 台上 1941 號	<p>惟查上訴人所辯曾向被上訴人說明並將載明截骨之手術同意書由黃女之母簽名同意，此觀諸上訴人榮總醫院之病歷影本所載，並無黃女之母於八十五年七月九日手術所簽具之手術同意書（僅有八十五年八月八日手術同意書及麻醉同意書），上訴人就其已盡醫療法第四十六條第一項規定說明之義務，復未舉證以實其說，所辯要非可採，上訴人已有違反醫療法第四十六條第一項規定有關保護他人法律之過失。且依行政院衛生署醫事審議委員會第八八二三九號鑑定書「鑑定意見欄」一、二、三、四所載及證人黃○智、金○慧醫師之證言，足認被上訴人乙○○於接受上訴人甲○○手術前，腓神經應屬正常無疑，乃甲○○於施行手術後造成黃女腓神經麻痺，另有腳腫痛、肌肉色差、傷口部分皮下脂肪壞死及血液循環不良等現象，歷經三次清創術病況仍一路惡化，終至肌肉壞死纖維化、腓神經麻痺永久不能恢復，上訴人甲○○對是項醫療行為，與有過失，尚堪認定，上訴人上開抗辯自均非可取。</p>	<p>惟查上訴人甲○○業於原審具狀表明被上訴人乙○○之截骨手術確經簽署手術同意書暨於手術前之說明本係必然之程序云云，並提出手術前一日即八十五年七月八日經乙○○之母林娜簽名之手術同意書為憑，復經被上訴人於八十九年三月七日原審行準備程序時表示該同意書之簽署不爭執。乃原判決竟仍謂無被上訴人乙○○之母於八十五年七月九日手術所簽具之同意書，並逕認上訴人甲○○有違反醫療法第四十六條第一項之過失，已有認定事實不憑卷內所存資料之違法。</p> <p>且原審僅以被上訴人乙○○手術前腓神經正常，手術後黃女竟造成腓神經麻痺、肌肉壞死並纖維化之結果，即臆測上訴人甲○○有醫療上之過失，並未說明上訴人甲○○手術過程或手術前後因何過失行為致生該結果，遽為上訴人不利之論斷，亦有未合。</p> <p>又上訴人於原審曾抗辯稱：「依第四次</p>

		<p>鑑定報告（即上述衛生署醫審會第八八二二九號鑑定書），其內容仍肯認本次手術並無腔室症候群之發生，而且更進一步說明系爭手術有百分之四點九之傷口感染發炎之可能性，亦即系爭手術確實有其危險發生之不可避免性……因此上訴人於本案實無何可歸責之過失之存在」、「本件醫療糾紛，經送請衛生署醫審會鑑定，該會先後之三次鑑定意見，亦均認上訴人實施醫療行為無任何故意或過失」各等語，原審對於上訴人此項重要之攻擊方法，恕置不論，復未於判決理由項下說明其取捨意見，徒以上開理由而為上訴人敗訴之判決，尤有判決不備理由之違法。上訴論旨執以指摘原判決不利於己部分為不當，求予廢棄，非無理由。</p>
<p>93 台上 852 號</p>	<p>觀之財團法人嘉義基督教醫院函與北醫診斷證明書所載，亦知被上訴人至其他醫院就診前，已出現右眼眼球運動障礙之症狀，若非乙○○於手術過程對於上直肌之處理不當，被上訴人為何會有此症狀，其間難謂無相當因果關係。</p> <p>上訴人乙○○固稱第二次手術有移除部分之腫瘤，然由被上訴人所提之斷層掃瞄照片及醫審會第八九〇三六號鑑定書所載：「依據華濟醫院術後所翻拍之電腦斷層片及病理報告與北醫之病理報告，研判林醫師並未切除到腫瘤……」云云，均顯示第二次手術並無移除部分腫瘤，既無施行腫瘤移除，即不應有併發症之產生，此與一般正常手術施行時可容許之危險無關。乃被上訴人竟於手術後仍出現右眼眼皮下垂、眼球運動障礙等症狀，可確認上訴人乙○○對被上訴人施行手術非無過失之原因存在。上訴人乙○○上開抗辯其對被上訴人之手術後併發症，已盡合理注意義務亦無法避免發生等情，均不足取。故上訴人對被上訴人右眼眼皮下垂、眼</p>	<p>惟查上訴人乙○○於第一審及原審即一再抗辯稱：其第二次手術有為被上訴人切除部分腫瘤，摘除不到百分之三十，) 而據被上訴人提出之華濟醫院病理組織檢查報告，載明「組織柔軟，位於眼眶內，右側，手術摘除之活體切片，血管瘤」、「所提供組織包括一×一×〇.五公分之組織碎片」，如無切除腫瘤，何以有該檢體而作出病理報告？與上述斷層掃瞄照片及醫審會第八九〇三六號鑑定書所載為何不同？原審未遑進一步釐清並詳為調查明晰，徒以該斷層掃瞄照片及掃瞄照片及鑑定書即採為上訴人乙○○未摘除腫瘤並無「可容許危險」之依據，已有未洽。</p> <p>且該醫審會第八九〇三六號鑑定書鑑定意見二並載稱：「在未切除腫瘤之情況下，如何傷及提眼肌、上直肌及視神經，無法從病歷紀錄中推斷」。原審未斟酌該鑑定意見並詳為深究，逕以上訴人乙○○自陳第二次手術有牽引上直肌即認</p>

	<p>球運動障礙傷害之過失行為，應連帶負損害賠償之責無疑。</p>	<p>被上訴人右眼球運動障礙可能肇因於此，亦嫌速斷。</p> <p>又上訴人乙○○就被上訴人右眼已否喪失正常功能一節，曾於原審抗辯稱：被上訴人之手術後併發症並非無法挽救，可藉由肌肉整型手術加以恢復，健保亦有給付。被上訴人之視力於手術後亦有改善，並未達失明程度。而上開鑑定書對此亦稱：「……一般而言，此種腦神經之損傷的恢復是可能的，但常是不完全的，通常等待時間為一年，超過一年之後，視力受損部分屬於不可恢復且無法以任何藥物或手術使其改善。但甲○○女士於第三次手術後，只到長庚紀念醫院就診一次，至今已逾六個月，其間之變化無資料可查，故無法判斷其眼睛是否可以恢復。因此，建議病患應再至醫學中心眼科門診檢查，方可斷定是否有恢復之可能性，如已恢復，即無所謂傷害，亦無疏失可言」等語。原審對此項重要之攻擊方法，恣置不論，復未於理由項下說明其取捨意見，遽以上訴人乙○○未舉證以實其說及難謂其已盡舉證之責等由，進而謂被上訴人右眼已達喪失勞動能力百分之六一·五二，尤有可議。本件上訴人乙○○究有無上述醫療過失行為及被上訴人右眼喪失勞動能力之程度等事實，既均未臻明瞭，本院自無從為法律上之判斷。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。</p>
<p>94 台上 1605 號</p>	<p>鑑定意見書記載：「……病患（即陳○和）於八十九年九月十三日到被上訴人處求診時，主訴有胸部緊迫感、呼吸困難、胸骨下和上腹部痛及乾咳，判斷為心肌缺氧及心臟衰竭，應符合病徵。胸部X光顯示心臟擴大及肺部鬱血，亦符合心衰竭之推斷。病患接受心衰竭及心肌缺氧藥物治療後顯有改善，應可佐證此一臨床判斷，醫師張○光之醫療</p>	<p>按醫療機構因醫療契約之訂立，負有以盡善良管理人之注意，依當時醫療水準，對病患履行診斷或治療之義務。故為其履行輔助人之醫師於從事診療時，如未具當時醫療水準，或已具醫療水準而欠缺善良管理人之注意，因而誤診或未能為適當之治療，終致病患死亡或受傷者，醫療機構自應負債務不履行損害賠</p>

過程應無疏失。病患於同年十月四日因上腹痛及噁心現場，再至被上訴人急診室就醫，由急診室值班醫師給予肌肉注射非類固醇抗炎鎮痛藥後，約一小時後症狀改善，建議轉至胃腸科門診續治療，而離開急診室。但病患有心肌梗塞病史，急診室值班醫師此時宜給予心電圖檢查，或抽血檢查後，以排除心肌梗塞的可能性，再轉介門診續治療。直接建議病患至胃腸科門診做胃鏡檢查，是有不妥之處。醫師林○平診療後即安排胃鏡檢查，宜評估病患是否病情穩定，及是否確為必要之檢查，一般而言，相關胃鏡檢查之併發症多在檢查時及數小時內出現，病患於同年十月五日下午四時二十七分被送至中國醫藥學院附設醫院急診室，主訴呼吸急促，皮膚發青，胸部有囉音，醫師判定為心衰竭。綜觀十月五日之病程，以心臟衰竭為其最後致死原因應合病情，是以尚難認定林醫師有疏失。」

償責任。查陳○和於八十九年九月間業經被上訴人所屬醫師診斷其罹患陳舊性心肌梗塞，其於同年十月四日至被上訴人處急診，經醫師認係腸胃問題，將之轉至胃腸科門診做胃鏡檢查，為原審認定之事實。而依行政院衛生署醫事審議委員會鑑定意見書記載：「鑑定意見：……三、病患（即陳○和）於八十九年十月四日因上腹痛及噁心，再至被上訴人急診室就醫，由急診室值班醫師給予肌肉注射非類固醇抗炎鎮痛藥後，約一小時後症狀改善，建議轉至胃腸科門診續治療，而離開急診室。但病患有心肌梗塞病史，急診室值班醫師此時宜給予心電圖檢查，或抽血檢查後，以排除心肌梗塞的可能性，再轉介門診續治療。直接建議病患至胃腸科門診做胃鏡檢查，是有不妥之處」等語。且上訴人於事實審主張：陳○和於八十九年十月四日上午至被上訴人處急診，主訴噁心及上腹痛……，心肌梗塞症狀中常伴有弱感、出汗、噁心……。沒有胃腸病史的患者如果突然上腹痛，應把心肌梗塞列入鑑別判斷等語，並提出剪報影本一件為證。果爾，陳○和於被上訴人處已有心肌梗塞之病史，倘陳○和於急診時所主訴噁心及上腹痛等症狀，依當時醫療水準應可判斷係屬心肌梗塞症狀，被上訴人所屬醫師因疏未查看病歷，或經驗不足誤認係腸胃問題，將之轉至胃腸科門診做胃鏡，因而未能及時就陳○和所患心肌梗塞病症為適當之治療，致陳○和心臟衰竭死亡，能否謂被上訴人履行醫療契約已提出合乎債之本旨之給付，尚非無疑。原審未查明陳○和究係何原因導致心臟衰竭死亡，徒以被上訴人所屬醫師已為陳○和診治，且無法證明陳○和之死係因施做胃鏡之併發症所

		致，即認被上訴人給付之醫療並無疏失或可歸責之處，不無可議。
95 台上 2950 號	<p>按心臟手術係指心臟（含各腔、室、瓣膜、冠狀動脈），與大血管（主動脈、肺動脈）之手術。胸腔手術係指胸腔內部與縱膈腔內部非心臟與大血管之組織器官之手術乙情，有中華民國心臟學會（下稱心臟學會）九十四年十一月二十四日函可參。查上訴人丁○○於八十五年八月十三日為李○發施行之手術，雖係因胸腔良性腫瘤而施行，惟於手術中，將包覆心臟之心包膜切除一部分，除據丁○○自陳係為預防積水原因而將心包膜部分切除外，並有李○發病歷表足憑；是丁○○施行之手術既已觸及心臟部位，顯非單純之胸腔手術而已，應屬於心臟手術至明，自應注意因此可能產生心臟之相關併發症問題。</p> <p>就同年九月十日門診時，李○發已主訴心臟疼痛，丁○○自 X 光片已獲知其心臟擴大，有相當多之表徵足令人相信李○發之心臟出現心包膜積液現象，此為具有醫學專業之人輕易可得獲知，並應作出如上懷疑之推論。對照李○發於翌日凌晨至嘉基醫院急診時，經急診室醫師由李○發之 X 光片，即研判可能是心包膜積液問題，而電召心臟外科值班醫師黃○琮到場乙情，更是如此。醫審會八八〇八四號鑑定書並明確指明：「依附表連續 X 光心臟心包膜與胸廓比之漸次上升，是一個很明顯的症候，是慢性心包膜積液急性惡化的例子。……，【當時如果有查證，就不會只當作手術後心臟心包膜影子稍有增大來解讀】」，乃丁○○竟未予置理，亦未進一步即時安排心臟超音波檢查，致無法早期發現，其對於此部分之醫療行為顯有過失至明。</p>	<p>查心臟學會前開函旨僅係就原審查詢「心臟手術」與「胸腔手術」之不同，提供醫學專業之抽象判準，而病患李○發係因罹患胸腔良性腫瘤由上訴人丁○○施行開刀手術，按成大醫院鑑稱……。則丁○○對李○發施行之本件開刀手術，與心臟學會前開醫學專業判準之「心臟手術」是否相同？已非無疑；且上訴人一再抗辯係對李○發施行開胸手術，並未使用心臟手術必備之人工心肺機，……。果爾，能否遽以上訴人提出之心臟開刀手術後引起心包膜積水比率之醫學報告，責以丁○○與施行心臟開刀手術相同之注意義務，進而為其術後診察應負過失責任之推論？非無研求之餘地。再依成大醫院上開鑑定意見所載，李○發於施行胸腔腫瘤開刀手術前，已有心包膜積水和兩側肋膜腔積液現象，都是續發於腫瘤嚴重之浸潤沾黏等語，則上訴人抗辯開胸手術可能發生之併發症，並無包括心包膜積水，倘非虛妄，是否仍得推論丁○○就李○發術後出現心包膜積液填塞現象猶應負術後診察過失之責任？亦待釐清。</p> <p>末查，成大醫院鑑定意見亦載，李○發八十五年九月三日胸部 X 光片顯示心臟稍為變大，但此種開胸手術後之變化係在允許之範圍之內，依同年月十日之門診記錄，患者主觀上自認生活品質有進步，則上訴人抗辯並無證據顯示李○發當時有心包膜積液填塞之現象，亦無胸痛要求住院之情形，是否全然不可採信？攸關上訴人有無不即時對李○發施行心臟超音波檢查之情事，非無再詳為斟酌審認之必要。且李○發之所以成植物人之原因何在？與丁○○之診斷行為</p>



		<p>或未於八十五年九月十日即為心臟超音波之施作，有何因果關係？亦未據原審調查審認，乃原審並未說明上開門診記錄何以不足採之理由，亦未敘明上開兩名證人是否有上訴人指摘證述矛盾或與事實不符之意見，徒以上開兩名證人僅係被上訴人之鄰居朋友，無刻意迴護被上訴人之必要等詞，遽為不利於上訴人之論斷，尚嫌速斷。上訴論旨，執以指摘原判決於其不利部分為不當，求予廢棄，不能認為無理由。</p>
<p>96 台上 2476 號</p>	<p>甲○○自承於事後問蔣○彥之同事始知悉蔣○彥有習慣性乾咳之情，顯見其於手術前應未警覺到蔣○彥具有引發前述各項併發症之特殊體質，而未告知蔣○彥有關其特殊體質所可能引起之各項併發症及猝死症之高危險性，致蔣○彥在不知其接受系爭整建手術有引發上開各項併發症及猝死症之高危險情況下，而輕易同意接受手術，終因其從事空軍戰鬥機之維修工作，長期接觸油污、吸入各種有機溶劑及戰鬥機廢氣所造成之特殊體質，致其手術麻醉甦醒後發生嚴重嘔吐，引發心室纖維顫動，再造成腦缺氧後之血流再灌注後，併發腦水腫及疑似蜘蛛膜下出血而死亡。足認甲○○顯已違醫療法第四十六條第一項規定對蔣○彥所負之術前告知義務，應有過失。至上訴人提出之手術同意書、一般或上下肢整形重建手術說明、麻醉同意書、麻醉術說明書面，僅於「一般或上下之整形重建手術說明」(八)及「麻醉術說明」(十五)及(十六)之記載，與蔣○彥之特殊體質所可能引發之術後嘔吐、心室纖維顫動、缺氧性腦病變及猝死症等有關，但均屬籠統，尚難為有利於上訴人之認定，自難僅以蔣○彥簽署上開手術同意書及麻醉同意書，即謂甲○○已盡應盡之術前告知義務。在手術結束至開始急救時是病人醫療上十分重要且關鍵的過程，依醫師法第十二條及醫</p>	<p>按對人體施行手術所為侵入性之醫療行為，本具一定程度之危險性，醫療法第四十六條（現行法為第六十三條）第一項前段規定。惟法條就醫師之危險說明義務，並未具體化其內容，能否漫無邊際或毫無限制的要求醫師負一切（含與施行手術無直接關聯）之危險說明義務？已非無疑；患者「主訴」病情，構成醫師為正確醫療行為之一環，唯有在患者充分「主訴」病情之情況下，始能合理期待醫師為危險之說明，足認患者「主訴」之病情，影響醫師對危險說明義務之範圍。蔣○彥曾否向甲○○「主訴」因長期接觸油污、吸入各種有機溶劑及戰鬥機廢氣致身體有何不適或因而曾有就診之情形？尚欠明瞭，依台北榮總鑑定意見所載，可認蔣○彥從事空軍戰鬥機之維修工作，非當然即已生身體器官之功能障礙。原審既未調查審認蔣○彥有無上述職業上之病史，則能否僅以甲○○於初診蔣○彥時知其因公受前述手指之傷，遽謂甲○○於系爭整建手術外一切蔣○彥所未「主訴」之病情均有說明之義務？即值推敲。況台北榮總鑑定意見亦明確表示並未將「長期接觸及吸入噴霧劑、染劑、油污清潔劑、黏著劑及噴射機燃料廢氣等，於手術麻醉</p>

療法第四十八條第二項規定，上訴人應將手術後病人血氧、其他生命象徵的觀察、檢驗及數據記錄，及拔管後之呼吸、血氧病程記錄等記載於病歷。乃供判斷術後嘔吐及無呼吸可能原因之依據，惟台北榮總鑑定意見明載「在手術結束到開始急救時段，並無詳細生命徵象及血氧等病程記錄」等情，足證上訴人對蔣○彥此項重要醫療行為之生命徵象及血氧，未作觀察、檢測，即貿然在手術結束後之上述短暫時間執行拔管，非無應注意、能注意而不注意之過失。益證蔣○彥係於拔管後因缺氧性腦病變而有嘔吐等現象，而非因嘔吐致嘔吐物阻塞氣管呼吸導致腦缺氧。

時可能引發心律不整、心室纖維顫動及猝死等後遺症」，列為應告知病患之常規事項，依行政院衛生署之規定，應非屬「未盡術前告知義務」或「醫療過失」。果爾，上訴人一再抗辯甲○○並未違反手術前之危險說明義務，是否逾越合理期待之可能性而全無可採？非無進一步查明之必要。次按，損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。本件蔣○彥於手術結束後至急救時段，其病歷上雖未記載生命徵象及血氧觀察、檢測之情形，惟未於病歷上記載上開觀測情形，是否等同於未對蔣○彥作上開觀測？與對蔣○彥是否太早拔管有何直接關聯？及與蔣○彥死亡間是否具有相當之因果關係？均未經原審調查，且對病患施行手術時，醫護人員各有所司，本件原審既認手術結束後拔管太早為蔣○彥缺氧性腦病變之近因，則何人負責對蔣○彥拔管？攸關其責任之歸屬，原審未經查明，遽認對蔣○彥施行系爭整建手術之甲○○應負其責，進而命長庚醫院負僱用人之連帶侵權行為責任，尚嫌速斷。

96 台上 258 號

綜合醫審會之鑑定意見及國立台灣大學醫學院附設醫院（下稱台大醫院）函文內容，足認上訴人之病症應屬天生之疾病，其治療並不因早期發現而可獲得較佳之治療結果，且當時縱能診斷出第六節胸椎為病灶所在，並進行手術、電療或栓塞治療等療程，依當時醫療技術而言，仍存有危險性，並非能完全治癒。故乙○○等縱未能於八十三年七月間之診療期間內診斷出上訴人之正確病灶所在，應與上訴人嗣後下肢癱瘓之損害間，並無相當因果關係存在，洵堪認定。

次查原審所據醫審會鑑定書及台大醫院覆函雖有：「治癒率不高」、「以八十三年當時的醫療水準，即使在發病住院初期有診斷出來，也不見得就能完全治癒」、「八十三年間對於胸椎動靜脈畸形施行栓塞治療之效果，一般而言皆不夠理想，但治療效果與病灶之大小及血管之複雜性有很大之關係，所以不同的病人間會有很大的差異性」等語，但非全然否定得加以治療之可能性，然原判決卻依上述鑑定及覆函即逕認「上訴人應無從避免兩下肢癱瘓之結果」，自有認定事實與卷證資料不符之違誤。

		<p>再者，上訴人於原審所援引當代醫學第二十九卷第五期「脊髓血管病變（I）：脊髓動靜脈畸型」一文之結語「脊髓AVM雖然不是一個常見的疾病，但是臨床上卻很重要，因為它是一個可以治療的疾病，如果不加以處理，常會產生嚴重的神經病變」，再參照台大醫院之上揭覆函說明，則上訴人若能及時治療，其效果是否仍成下肢癱瘓，尚難斷定，至少及時發現病灶而加以治療，仍有延長或免除癱瘓之機會。且被上訴人之過失行為與上訴人兩下肢癱瘓間，是否全無相當因果關係，亦非無研求之餘地。故原審認定上訴人「無從避免兩下肢癱瘓之結果」而將上訴人兩下肢癱瘓認為係此疾病之必然結果，即嫌速斷。</p>
<p>96 台上 2032 號</p>	<p>參酌證人林○南醫師、簡○儀醫師之證詞及向高雄榮民總醫院函詢結果，暨張吳○玲於九十一年四月底發現該病情經治療後，仍於同年八月間亡故，期間不足四個月等情狀，可認於九十一年一月底翁宏仁為子宮切除手術時，該癌症之細胞已有轉移之現象，並屬化學治療效果較為不佳之情形。則翁○○此項未及時告知之疏失或有減少張吳○玲治癒機會之可能，但該治癒機會之減少在客觀上並無從就張吳○玲個人之病情於實質上予以量化計算其機率，且縱經告知，亦無從就張吳○玲所採用之實際治療方法研判治癒之機率，則此項疏未告知病理檢查報告與張吳○玲死亡間之因果關係即難明確認定，亦無所謂因治癒機會減少而受有損害之情事。</p>	<p>按癌症細胞之分化情形及期別，與病患之存活率所關至鉅，從而欲判定張吳○玲之存活率為何，自應先釐清翁○○應告知而未告知時，即九十一年一月二十六日病理檢查報告送回聯合醫院之相當時間與張吳○玲事後發現該病理檢查報告至亡故時，即同年四月二十九日迄同年八月八日間，癌症細胞之分化情形與期別暨其癌細胞之分化如屬良性，早期與後期分化、擴散之速度有無不同，始能斷定張吳○玲是否因翁○○疏未儘早告知上開病理檢查結果，致使其存活率降低而提早亡故。乃原審就此未遑詳加調查審認明晰，遽以前揭情詞，認張吳○玲之死亡與翁○○未盡其告知病理檢查報告之義務間，無相當因果關係存在，自不無判決理由不備之違法。</p>
<p>96 台上 2885 號</p>	<p>醫審會之鑑定意見固載明：依死者當時病況，主要是顱內壓升高症，如施與該手術摘除腦血腫，可得降顱內壓之效果。其危險性可能發生手術後出血、手術後腦血腫及顱內感染等併發症。至於致死率一般是小於百分</p>	<p>己○○於同月二十七日會診後指示：倘若昏迷指數急性下滑，即便沒有血管攝影，請呼叫伊作手術治療。……準此以觀，於楊○富昏迷指數低於十分時，雖未作腦血管攝影術，似亦應實施緊急開</p>

之十等語，惟經函詢所謂致死率一般是小於百分之十係何意時，醫審會覆稱係指手術摘除腦血腫本身的危險性低於百分之十。換言之，此僅指摘除腦血腫手術時，其危險性低於百分之十，並不表示手術後不會發生任何併發症，即非指病患楊○富手術後無法痊癒之危險性低於百分之十。而一般腦部手術本身即存有風險性，手術後可能發生出血、腦血腫及顱內感染等併發症，亦據該鑑定報告載明。如二十八日下午己○○對楊○富實施腦部手術，楊○富亦不必然不生死之結果，是己○○未施做腦部手術，此一不作為與楊○富之死亡結果間，即無相當因果關係存在。

刀。而九十年一月二十八日楊○富昏迷指數急降至三、四分，己○○以楊○富未作腦血管攝影術，手術危險性高而未予實施緊急手術，是否無疏失，原審未予查明，不無可議。

次查前揭醫審會之鑑定意見略以：依死者楊○富當時之病況，主要是顱內壓升高症，如施與該手術摘除腦血腫，可得降顱內壓之效果，該手術本身之危險性低於百分之十云云。果係如此，則僅施與摘除腦血腫手術，而非施與腦動靜脈畸形切除手術，是否亦應先作腦血管攝影，首待澄清，倘僅施與腦血腫摘除手術，無庸先作腦血管攝影，則己○○為負責操刀之神經外科醫師，辛○○為神經內科醫師，庚○○為值班醫師，未妥善安排楊○富先行施作腦血腫摘除手術，以降低顱內壓，是否與醫療法第六十條第一項之規定無違，即待探求。未查原審未詳究被上訴人未及時對楊○富實施上開腦部手術，與楊○富死亡之間是否有相當因果關係存在，竟以被上訴人縱對楊○富施行手術，亦不必然不生死之結果為由，認定上開不施行手術與楊○富之死亡結果間無相當因果關係存在，亦難謂當。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

96 台上 2524 號

而被上訴人醫院乃行政院衛生署所轄之地區醫院，設有精神科，上訴人住院期間，係由合格之精神科專科醫生為其主治，並以醫療團隊觀察診斷輔之，經評估上訴人有繼續治療之需要，方對上訴人提供專業之醫療，即難認有何故意或過失造成上訴人損害之情事。且上訴人亦未舉證證明被上訴人有何故意或過失之侵權行為。至被上訴人非為中央衛生主管機關指定之（強制治療）精神醫療機構，其未將上訴人轉送至法定精神醫療機構，僅不符精神衛生法第二十一條、第二十

按「嚴重病人如有明顯傷害他人或自己之虞，或有傷害行為時，經專科醫師診斷有全日住院治療之必要者，……。前項嚴重病人不接受全日住院治療時，應由二位以上專科醫師鑑定，經書面證明有全日住院治療之必要者，應強制其住院；其強制住院，應在中央衛生主管機關指定之精神醫療機構為之。……」、「警察機關於發現或接獲通知，罹患精神疾病或疑似罹患精神疾病者，有明顯傷害他人或自己之虞，或有傷害行為

	<p>二條之規定，殊難憑認其係以故意或過失不法侵害上訴人之權利。</p>	<p>時，除本法或其他法律另有規定外，應即護送前往中央衛生主管機關指定之精神醫療機構診療，……前項病人經專科醫師診斷屬嚴重病人，有全日住院治療之必要時，依前條規定辦理。」精神衛生法第二十一條、第二十二條分別定有明文。準此，精神疾病患者如不願意接受全日住院治療時，應由二位以上專科醫師鑑定，經「書面證明有全日住院治療之必要」，始得強制其在「中央衛生主管機關指定之精神醫療機構」住院治療。以達維持社會秩序之和諧安寧並避免精神疾病患者受不當之強制治療，保障其權益之目的。該規定自屬民法第一百八十四條第二項所定之「保護他人之法律」。則依同項規定：「違反保護他人之法律致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」，既已明揭違反保護他人法律，致生損害於他人者，除能證明其行為無過失外，應負賠償責任。上訴人就此於原審主張被上訴人違反上揭精神衛生法規定，應依民法第一百八十四條第二項規定負損害賠償責任，揆諸前開說明，是否全然無據？非無進一步研求之餘地。乃原審竟予恕置不論，徒以被上訴人違反精神衛生法之規定難認為有故意或過失，上訴人又未舉證證明被上訴人有故意或過失等詞，逕為不利於上訴人之判斷，自嫌疏略，不無理由不備之違法。</p>
97 台上 280 號	<p>按因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自有侵權行為時起，逾十年者亦同。民法第 197 條定有明文。而民法於 88 年 4 月 21 日修正新增第 227 條之 1，明定債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用同法第 192 條至第 195 條及第</p>	<p>惟按債權人依民法第二百二十七條不完全給付之規定請求債務人賠償損害，與依同法第二百二十七條之一之規定請求債務人賠償人格權受侵害之損害，係不同之法律關係，其請求權各自獨立，且其消滅時效各有規定，後者之請求權，依民法第二百二十七條之一規定，固應</p>

	<p>197 條之規定，負損害賠償責任。且其立法理由亦明示同一事件所發生之損害分別適用不同之規定，理論上尚有未妥，則其意旨係欲使關於同一事件所生人格權之侵害，不因其請求根據之不同，而有相異之效果，極為明顯。而本件上訴人係主張其因病就診，因醫療過程之疏失，致成其身體（人格權）之嚴重傷害，從而，上訴人即使合併依不完全給付請求權主張損害賠償，依上開說明，仍應準用民法第 197 條關於侵權行為損害賠償請求權時效之規定，上訴人主張本件不完全給付之損害賠償請求權，應適用民法第 125 條之 15 年通常時效期間，尚非可採。</p>	<p>準用民法第一百九十七條二年或十年時效之規定，前者之請求權，則應適用民法第一百二十五條一般請求權十五年時效之規定。原審謂上訴人之不完全給付損害賠償請求權，應準用民法第一百九十七條二年時效之規定，其請求權已罹於消滅時效，進而為上訴人敗訴之判決，尚有未合。</p>
<p>97 台上 612 號</p>	<p>又查被上訴人主張上訴人偽造病歷云云，然為上訴人等所否認，依舉證責任分配原則，自應由被上訴人負舉證責任。被上訴人雖提出所謂經塗改過之病歷為證，然亦為上訴人所否認，並辯稱：依正當程序自三軍總醫院所調出之病歷，必定蓋有「三軍總醫院醫勤室」及調出年月日之戳章，並蓋有「經查此本與正本相符」之戳印，有病歷在卷可稽，故上訴人否認被上訴人自行所提出之病歷影本之真正等語。經查被上訴人提出之病歷，僅為影本，被上訴人復自認不能提出原本，而此影本既無三軍總醫院之戳章，又為上訴人否認，顯無任何證據力，被上訴人執此主張上訴人偽造病歷云云，即非可採。</p> <p>據證人證稱，顯見被上訴人在生活上並未完全欠缺自理能力，不需要全日看護，否則被上訴人於學齡前豈能進入幼稚園，學齡後又何能進入普通班就讀？況被上訴人自出生之嬰兒期至學齡前，本即應由母親負責教養照顧，而被上訴人現已進入普通班就讀，被上訴人之母辰○○自無可能與必要全天候隨伺在側。從而被上訴人主張依全天候之看護費用每日 1800 元計算被上訴人此部分損失，顯有超額填補被上訴人實際損失之不當利得，而有違民法第 216 條損害填補之意旨，被上</p>	<p>惟依原法院於八十九年七月十七日、九十五年七月三十一日送請台大醫院鑑定之辛○○住院病歷首頁及上訴人所提出辛○○住院病歷首頁資料，其診斷出院時欄下半段同有修正液塗抹痕跡，且右側復有於修正液塗抹處記載「666」「v270」字樣，該塗抹痕跡究係何人所為？塗抹前之記載內容為何？是否影響鑑定機關對於鑑定結果之判斷？凡此，攸關上訴人本件請求是否有理由，上訴人一再主張辛○○病歷資料，係遭塗，致影響鑑定結果，聲請送請法務部調查局鑑定，即非全然無據，原審對上訴人此項重要攻擊方法，恣置不論，遽為不利上訴人之判斷，已難謂無判決不備理由之違法。</p> <p>又不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此增加生活之需要者，應負損害賠償責任，為民法第一百九十三條第一項所明定。所謂增加生活上之需要，係指被害以前並無此需要，因被害以後始有支付此費用之必要者而言。是以身體、健康被害，因治療期間僱人看護及請人照顧家庭所支出之費用，如確屬必要者，非不得請求賠償。原審先則依馬</p>

	<p>訴人此部分之請求，即無理由，應予駁回。</p>	<p>醫院之鑑定報告及證人張○瑜之證詞，認上訴人在生活上並未完全欠缺自理能力，不需要全日看護，似未全然否定上訴人仍有看護之必要。嗣則認上訴人主張依全天候之看護費用每日一千八百元計算損失，顯有超額填補實際損失之不當利得，而全部駁回上訴人該部分之請求。究竟上訴人是否有看護之必要？如有看護必要，則合理之看護費用認定標準究係若干？凡此與上訴人該項增加生活上需要用之費用及其金額；所關頗切，原審疏未明確認定，遽為不利於上訴人之判決，亦有可議。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。</p>
<p>97 台上 1368 號</p>	<p>被害人丁○親至若瑟醫院就診經被上訴人壬○○診斷為右側腹股溝疝氣、良性攝護腺肥大後，因表示希望疝氣與良性攝護腺肥大能一併手術，遂拒絕單獨接受「剖腹探查手術」，依上，再參諸被上訴人壬○○於九十二年十一月三日急診時，已於「會診請求單」記載：「建議立即剖腹探查術，病人拒絕手術。」，且為避免醫療爭議，又在括號內再寫下病人拒絕理由：「希望疝氣與良性攝護腺肥大一併手術。」另其於九十二年十一月三日上午九時再度至外科病房探望被害人丁○親，並向其與其配偶再度解釋接受「剖腹探查手術」之必要性，惟被害人丁○親仍堅持拒絕手術，遂於病情進展記錄表上予以記載，被上訴人壬○○辯稱：被害人丁○親至若瑟醫院就診時，確有拒絕接受手術治療等語，尚非虛妄，應堪採信。</p>	<p>查原審認定被上訴人乙○○診斷丁○親為右側腹股溝疝氣、良性攝護腺肥大，即建議立即剖腹探查手術，果爾，丁○親當時情況應已危急。而上訴人主張丁○親顯親未拒絕開刀，只是要求就攝護腺部分一併處理，被上訴人乙○○乃開具會診請求單請求泌尿科醫師黃○彬會診處理等語，並提出會診請求單乙件為證。倘非虛妄，被上訴人乙○○似已同意丁○親之要求，則在此危急情況下，乙○○理應速與黃○彬醫師聯繫會診，俾使丁○親能儘快獲得手術治療。惟證人黃○彬證稱未看過會診請求單，乙○○未與伊討論過丁○親病情等語。丁○親如係因上開延誤，導致病情惡化，終因腸穿孔造成敗血症併發多重器官壞死死亡，能否謂被上訴人乙○○無醫療上之過失行為，尚非無疑。原審就此未詳加審究，徒以丁○親要求疝氣與攝護腺一併手術，即認其拒絕被上訴人乙○○建議之手術治療，已嫌速斷。</p> <p>次查，上訴人主張被上訴人丙○○於九十二年十一月四日凌晨二時並未親自診察丁○親，致丁○親未獲必要之救治等</p>

		<p>語，提出錄音帶及譯文等為證，攸關被上訴人丙○○是否亦有醫療上之過失行為，係屬重要之攻擊方法，原審恕置不論，並嫌疏略。上訴論旨，指摘原判決駁回其上訴部分違背法令，求予廢棄，為有理由。</p>
<p>97 台上 1391 號</p>	<p>張○新之呼吸器於脫落之前，既然仍在加護病房接受持續照護，且於當日仍然使用第二線抗生素，顯然生命徵象極不穩定，雖張○新之白血球數值與血液酸鹼值於呼吸器脫落前後有所變化，尚難據此證明縱呼吸器未脫落，張○新即必然不會發生死亡之結果。張○新之呼吸器脫落時間，距其死亡時間既達六日，足見呼吸器雖曾發生脫落，並影響張○新之身體狀況，且經國泰醫院之醫護人員急救後，張○新已能繼續維持生命徵象，自難遽認系爭呼吸器之脫落與張○新之死亡結果間，有因果關係。縱呼吸器並未脫落，張○新年邁體衰，加上因有疾病，亦可能因自然惡化，而發生死亡之結果。上訴人既不能證明呼吸器之脫落與張○新之死亡結果間有因果關係，被上訴人抗辯二者間並無因果關係，自屬可信。</p>	<p>查張○新係於九十四年五月二十四日因肺炎、呼吸困難至國泰醫院急診住院治療，同年五月二十五日因感染情況惡化，有呼吸衰竭情形，而插入氣管內插管，並使用呼吸器，同年六月八日並施以氣管切開術，而張○新之呼吸器於同年六月十日下午六時四分滑脫呼吸道，當時醫護人員並未在場立即重新安裝，醫護人員顯違反照護義務而有過失，為原審所認定之事實。惟原審就張○新呼吸器脫落後醫護人員之處理情形，竟又認定張○新之呼吸器脫落後，醫護人員隨即加以急救，使張○新之血壓、呼吸、血中氧氣濃度均告復原云云，其理由前後顯有矛盾。</p> <p>又張○新既因呼吸困難而有使用呼吸器之必要，則張○新之呼吸器脫落時間之長短，對於張○新身體機能自會造成不同程度之影響，張○新呼吸器脫落後至醫護人員發現予以處理時，其時間究竟有多久？張○新之身體機能因而受有何影響？上訴人主張張○新因該呼吸器脫落醫護人員未立即處理，致使張○新出現低血壓、心跳下降、低血氧、心室纖維顫動、昏迷、大腦病變受損等現象是否真實？如張○新於呼吸器脫落後，確有發生上開現象，依醫學專業知識判斷，該現象是否亦為造成張○新死亡之原因？上開事項均與判斷醫護人員未立即處理呼吸器脫落與張○新之死亡結果間有無因果關係有關，原審未詳為調查審認，遽為上訴人敗訴之判決，未免速</p>



		<p>斷。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。</p>
<p>97 台上 2735 號</p>	<p>是被上訴人於判讀新生胸部 X 光片，依與輔大間之委任契約，僅負判別有無肺結核、脊柱側彎、心臟肥大三項病徵，於判讀是否有此三類病徵尚有疑問時，始應對該新生作進一步檢查，並於發現有重大異常者，安排進行後續治療服務。至醫療法第五十八條之規定，係適用於醫療機構對求診病人進行診斷、治療之階段，與兩造間僅存在健康檢查契約關係無涉，自不得據以解釋被上訴人應負之給付義務範圍。</p> <p>兩造間之健康檢查契約既僅約定被上訴人對上訴人施作胸部 X 光檢查之目的僅限於篩檢肺結核、脊柱側彎、心臟肥大三類病徵，則被上訴人之受僱人或使用人於系爭健檢報告記載上訴人之胸部 X 光檢查結果「正常」，而未判讀確認上訴人是否有其他肺部異常情形，無過失可言，亦不違反兩造間之約定。上訴人主張被上訴人之受僱人或使用人判讀伊之胸部 X 片，未發現伊有肺腺癌病徵，致伊喪失即時發現肺腺癌病徵加以治療之機會，顯有過失，應負侵權行為及債務不履行之損害賠償責任，暨依消保法第七條第三項規定負賠償之責，洵非可採。</p>	<p>惟按醫療行為係指凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為之處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部之總稱，迭經行政院衛生署函釋。健康檢查既以預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷行為，自屬醫療行為。查兩造間成立有償、提供健康檢查之契約關係，為原審所認定；稽諸九十三年間修正前醫療法第五十八條規定：「醫療機構診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針及預後情形」，則於醫療機構對於健檢人施行診察、診斷等醫療業務時，要非不應向健檢人或其家屬告知其健檢情形。原審遽謂：醫療法第五十八條規定係適用於醫療機構對求診病人進行診斷、治療之階段，與兩造間僅存在健康檢查契約關係無涉云云，為不利上訴人之論斷，非無可議。</p> <p>次按健康檢查之契約為醫療契約，屬勞務性契約，其受有報酬者，性質上即類似有償之委任關係，依民法第五百二十九條及第五百三十五條後段規定，醫療機構應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對健檢人或病患履行診察、診斷或治療之義務。本件被上訴人於八十八年九月十八日對上訴人健檢所拍攝系爭 X 光片發覺當時該 X 光片上已有肉眼清晰可見之肺部腫瘤異常，經原審記載為兩造不爭執事項在卷；上訴人並屢稱：被上訴人為伊進行之新生健檢目的在於早期發現學生之疾病，俾行追驗矯治；且通常腫瘤大於一公分即可由 X 光片上發現，被上訴人於輔大同年</p>

		<p>六月八日八十八學年度健康檢查招標說明會時，亦表示學生健檢之重大異常個案可安排其就診之後續服務；被上訴人之受僱醫師對伊為系爭健檢時發現X光片有異常，即應負告知伊之義務；又以八十八年間醫療水準，系爭X光片判讀醫師對該X光片內容是否在醫療上得進行肺部「無明顯異常」之診斷結果，聲請原審致函台大醫院腫瘤部詢問等情，凡此均與系爭X光片檢查是否明顯可見大於一公分之陰影？其可疑為腫瘤時是否屬重大異常個案？及被上訴人是否應以善良管理人之注意盡其告知義務所關頗切。原審未遑詳查究明，遽為上訴人不利之認定，亦嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由</p>
<p>97 台上 1000 號</p>	<p>且患者（即上訴人）接受肘關節手術後之物理治療，先以被動關節活動之方式，隨之以關節鬆動術之治療，合乎醫療常理，亦為醫事審議委員會所是認。  丁○○未對上訴人作骨質疏鬆症診斷或為骨質密度檢測之建議及未指示乙○○另為復健動作，難認有何過失。  上訴人執丁○○未警覺伊復健有疼痛情形，並查明原因，適時糾正乙○○之錯誤，反給予止痛藥，應有過失云云，要無足取。  上訴人就乙○○於事故發生時復建施力超過一百公斤之有利於己事實，未舉證以實其說，遽指乙○○用力不當，造成系爭傷害，自難採信。  上訴人既未能證明丁○○等三人有何過失行為，及過失與損害間具有相當因果關係存在，即無由本於侵權行為法律關係，請求丁○○、乙○○、丙○○、陳○民連帶賠償損害。上訴人主張之損害既與陳○民提供之醫療行為間無相當因果關係，上訴人依不完全給付之法律關係，訴請被上訴人連帶賠償損害，亦屬無據。</p>	<p>上訴人係因曾發生車禍，左上肢骨折，經治療後有癒合不正之情形，致左手肘伸展及彎曲功能不全、肌肉攣縮等現象，而至中山醫院就醫，由丁○○施以肘關節成形術之手術後，再由同院復健科施作物理治療，為原審確定之事實。丁○○於另件刑事案件審理時陳稱：物理治療師僅對年長者、婦女或骨折後之患者懷疑有骨質疏鬆情形，而為骨質疏鬆之檢測等語，原審未查明上訴人既係骨折後之患者，因何被上訴人未懷疑其有骨質疏鬆情形而為是項檢測即施作物理治療之復健，徒以上訴人年僅三十，非骨骼疏鬆症之高危險群，及其X光片無法判讀出有骨質疏鬆情形，遽認丁○○等三人未判斷上訴人為骨質疏鬆症之高危險群，並為骨密度檢測之建議，難謂有何過失，自不免速斷。  次按法院依自由心證判斷事實之真偽，不得違背論理及經驗法則，亦為民事訴訟法第二百二十二條第三項所明定。所謂經驗法則，係指由社會生活累積之經</p>

驗歸納而得之法則，凡日常生活所得之通常經驗及基於專門知識所得之特別經驗均屬之。本件原審既認被上訴人自九十年三月五日起對上訴人施作物理治療之復健，迄同年五月十日發生系爭傷害時止，其間共施作四十餘次，均未發現異狀。果爾，則事故發生時，被上訴人若係施以相同之方式、姿勢或力道之物理治療，依吾人經驗，應不致發生系爭傷害。乃原審未探究上訴人發生系爭傷害之原因為何，竟認乙○○辯稱伊於系爭傷害發生時，係以正常力量、姿勢為上訴人實施復健一節，與常情相符，堪予採信。依上開說明，亦不無違反經驗法則。

又債務不履行之債務人之所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。若債權人已證明有債之關係存在，並因債務人不履行債務而受有損害，即得請求債務人負債務不履行責任。倘債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，自應由其負舉證責任，如未能舉證證明，即不能免責。本件上訴人除本於侵權行為之法律關係外，併依不完全給付之債務不履行法律關係，訴請被上訴人連帶賠償損害，則依前開說明，關於債務不履行部分即應由被上訴人就其所為不可歸責之抗辯舉證證明，原審認應由上訴人證明被上訴人施作物理治療過程不當，尤欠允洽。未查醫療契約係受有報酬之勞務契約，其性質類似有償之委任關係，依民法第五百三十五條後段規定，醫院既應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對病患履行診斷或治療之義務。故為其履行輔助人之醫師或其他醫療人員（即醫療團隊）於從事診療時，如未具當時醫療水準，或已具上開醫療

		<p>水準而欠缺善良管理人之注意，因而誤診或未能為適當之治療，終致病患受有傷害時，醫療機構即應與之同負債務不履行之損害賠償責任。本件被上訴人為中山醫院之負責人或該院聘請之醫療人員，負責上訴人之診療及復健，自應盡善良管理人之注意義務。是以丁○○等三人是否均為陳○民即中山醫院對上訴人為醫療行為之履行輔助人及渠等為上訴人醫療復健時，是否已盡其善良管理人之注意義務暨渠等未查明上訴人有無骨質疏鬆情形即施作復健，是否有所疏失？在在與上訴人得否請求被上訴人連帶賠償損害攸關，原審就此未詳加調查審認明晰，本院尚無從為法律上之判斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。</p>
<p>98 台上 276 號</p>	<p>上訴人無法舉證證明被上訴人醫院對林○香實施的手術過程有疏失，及該手術與林○香死亡有相當因果關係，是上訴人依民法第 184 條第 1 項前段…，請求被上訴人負侵權行為之損害賠償責任，自屬無據。</p> <p>上訴人亦未能提出其他積極事證證明被上訴人之受僱人就上開手術有疏失，或其手術與林○香成為植物人及其死亡間有相當因果關係，上訴人主張被上訴人有債務不履行之事實，自無可採。</p> <p>按當事人主張有利於己之事實者，就其事實負舉證責任，民事訴訟法第二百七十七條前段定有明文。</p> <p>惟就麻醉部分，該鑑定意見已載明：在全身麻醉下接受手術，在整個手術麻醉過程順利，無特殊異常狀況發生等語。上訴人主張本件係因被上訴人麻醉不當造成林○香腦部缺氧過久致成為植物人云云，屬上訴人臆測之詞，難以採信。本件並無積極事證堪認被上訴人之手術過程有過失，且林○香於七十九年四月間成為植物人後，直至九十五年三</p>	<p>查上訴人於起訴時主張：林○香於七十九年四月間，因中耳炎至被上訴人中港院區耳鼻喉科就診，經醫師蘇○○診斷施行手術加以治療，然於手術過程中，因麻醉不當造成腦部缺氧過久，變成植物人。另謂醫師蘇○○及麻醉醫師麻醉疏失造成林○香變成植物人，進而導致死亡，且林○香之死亡結果與醫師蘇○○及麻醉醫師之行為有因果關係，請求被上訴人依侵權行為及債務不履行負損害賠償責任等語；復謂七十九年四月本件醫療事故發生後，被上訴人即將林○香安置於院區住院照護，持續至九十五年三月二十四日林○香死亡時止。由被上訴人免費照護之行為，足證被上訴人所提供之醫療行為具有過失等語（見第一審卷(一)第二至五頁）。則上訴人主張被上訴人或其受僱人蘇○○及麻醉醫師究於何時有過失？上訴人係僅請求林○香變成植物人之損害賠償，抑包括林○香死亡之損害賠償？均有未明，原審</p>

月二十四日始因心肺衰竭、敗血性休克併急性呼吸窘迫症而死亡，其間相隔約十六年之久，林○香因心肺衰竭、敗血性休克併急性呼吸窘迫症等病狀而死亡之結果，既非手術後隨即發生，自難認定林○香之死亡與被上訴人所實施之手術間具有相當因果關係。

審判長未令上訴人為必要的敘明或補充，遽而判決，訴訟程序已有瑕疵。又按八十九年二月九日修正公布施行前之民事訴訟法第二百七十七條僅規定：當事人主張有利於己之事實者，就其事實負舉證責任。就一般訴訟事件言，固可依此項舉證責任分配之原則性概括規定為其適用標準。惟關於舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，尤以關於公害事件、交通事件、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守原來概括規定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則，故該次修正乃於同條增訂但書，規定：但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。以適應實際之需要。查本件林○香係於七十九年四月十七日因中耳炎至被上訴人中港院區耳鼻喉科就診，由醫師蘇○○施行手術治療，於該日即成為植物人，此為被上訴人所不爭執，而被上訴人於九十五年六月八日所出具之林○香診斷證明書僅記載：患者因患右側慢性中耳炎併膽脂瘤，於七十九年四月十七日在本院接受右側中耳顯微鏡手術（於全身麻醉之下），術後送麻醉恢復室觀察，在術後麻醉醫師觀察中，病人突然發生呼吸困難，麻醉醫師立即施予急救，急救後，病人成為植物人等語（見第一審九十五年度醫字第一九號卷（一）第一二頁），並無關於醫師蘇○○如何為林○香施行中耳炎顯微鏡手術、麻醉醫師又如何為林○香實施全身麻醉之紀錄。如有此紀錄亦應由被上訴人保管。查林○香在被麻醉及手術過程中，全程均在被上訴人醫護人員之照護中，竟成植物人狀態，倘無此醫療過程之紀錄，或被上訴人難以

		<p>取得此項紀錄，而必欲令其負舉證責任。是否有違公平原則，非無斟酌之餘地。上訴論旨，指摘原判決不當，求為廢棄，非無理由。</p>
<p>98 台上 472 號</p>	<p>行政院衛生署醫事審議委員會鑑定書（下稱衛生署醫審會）及中華民國眼科醫學會（下稱眼科學會）九十六年四月二十六日中眼台（96）字第七四號函，乙○○在甲○○未接受眼睛手術或外傷及於眼前房及玻璃體採樣檢查均無異樣之情形下，將其病情依臨床經驗應考慮之眼內炎排除，診斷為個人體質關係所引起之急性葡萄膜炎，而給予類固醇治療，雖合乎醫療常規，且導致甲○○眼睛失明之黴菌感染，亦非乙○○給予類固醇治療始產生，尚難以乙○○未立即診斷出甲○○係黴菌感染及給予類固醇治療，認為有過失。但衛生署醫審會鑑定書記載病情對類固醇反應不如預期，應重新評估，而甲○○於九十一年四月十七日依約至三軍總醫院內湖院區回診並接受類固醇注射後不適，既聯絡乙○○，並於同年月十九日回診時告知乙○○其兩眼幾乎看不到，可見病情已有顯著變化，甚至已危及左眼，則乙○○當時應予重新評估，進行必要處置，卻未重新評估，延誤治療時機，致甲○○雙眼因黴菌增長而全盲，即有過失。</p>	<p>惟查文獻上一般認為葡萄膜炎治療三個月後，係重新評估急性問題是否改善之合理時機（見原審卷第一三〇頁之眼科學會函說明二、1），證人即馬偕紀念醫院醫師陳○仁亦證稱：給予類固醇治療後，應於何時重新評估有無效果，並無定論，但伊會以四至六週為一個單位等語（見同上卷一六七頁背面），而乙○○於九十一年三月十四日甲○○住院後，對其施予類固醇治療，至同年四月十九日甲○○回診時，既未逾上開文獻及證人所謂之三個月或六週，甚至原審認定乙○○當日與甲○○約定四日後即同年月二十三日回診，則乙○○於九十一年四月十九日未重新評估類固醇治療方式，是否有過失，自有再推求之餘地。法院因被害人與有過失而酌減賠償金額時，應斟酌雙方原因力之強弱及過失之輕重。陳○仁醫師及九十一年四月十九日陪同甲○○就診之陳○佩分別證稱：以類固醇治療無法達到預期效果時，伊會先取樣檢驗，住院與否並非重點；當日乙○○告知甲○○須長時間吃藥及點眼藥水，非短時間能痊癒，眼睛失明沒那麼容易各等語（見同上卷一六八頁正面及第一審第三卷第二八頁），且甲○○於九十一年五月三日回診時拒絕乙○○住院建議後，仍依約於同年月六日回診抽血檢查，嗣並積極前往台灣大學醫學院附設醫院、馬偕紀念醫院就醫，因此甲○○未依約於九十一年四月二十三日回診及於同年五月三日回診時拒絕乙○○之住院建議，縱有過失，其比例是否高達十分之七，亦非無疑。乃原審就上開</p>

		<p>各項未予細究，遽以前揭理由，而為兩造各一部敗訴之判決，自屬可議。兩造上訴論旨，分別指摘原判決於其不利部分為不當，求予廢棄，均有理由。</p>
<p>98 台上 1620 號</p>	<p>胎盤早期剝離並不常見，發生時確實也不易確實診斷此與丙○○護理專科為何無關，亦不能就此苛責於被上訴人醫護人員應負醫護疏失之責。</p> <p>業經醫審會鑑定第六次鑑定意見認腦性麻痺後遺症，以缺氧性腦病變引起之可能性較大。又胎兒監視器之胎心音急速下降係七時四十五分，胎盤早期剝離乃在七時四十五分，與產婦八時進開刀房施行剖腹產，發現積了二百 CC 血塊相互一致，可認產婦胎盤早期剝離乃突然、急速發生，無法預測與預防，應屬不可歸責之突發情況所致。</p> <p>依目前一般醫院流程及處置，醫護人員應已盡力，尚未發現有疏失之處等情。</p> <p>上訴人自其母體娩出所受前述傷害，既不能證明係因慈濟大林分院醫護人員應負何醫療疏失之行為所造成，則上訴人以被上訴人應負醫療疏失責任，依債務不履行及侵權行為之法律關係，請求被上訴人連帶負損害賠償責任，自非有據。</p>	<p>惟查證人即護理師江○或於嘉義地方法院系爭刑事案件九十三年九月三十日審判筆錄筆錄中，被詢以產婦如於生產當日凌晨二點時腹痛，該如何處置時，即稱應先裝胎心音監視器（九十三年度醫易第一號卷一第二一九頁），本件產婦占○蓉及其夫丁○○指稱自生產當日凌晨二點三十分起至產前護理前，產婦持續處於腹痛之症狀，產婦因此於二時三十分至婦理站請求丙○○以電話通知丁○○前來醫院，此為兩造所不爭執，其既於深夜仍請護理人員以腹痛為由請其夫前來，當有不尋常情事發生，則何以丙○○未為產婦裝上胎心音監視器照護之，是否依當時情況並無需要？本件如能早期裝上胎心音監視器，能否早期發現有胎盤剝離之可能，因此減輕上訴人所生之損害程度？原審就此有利於上訴人之主張，未予說明其採否之理由，自有判決不備理由之違誤。</p> <p>又查，原審以上訴人前曾與乙○○及丙○○達成和解，各賠償上訴人一百二十萬元、六十萬元，簽有系爭和解書一紙，依和解書第六條約定，如訴訟結果，法院判決其二人應與陳○斌、慈濟大林分院連帶賠償上訴人時，上訴人同意拋棄對其二人之民事賠償請求等語。依此，若上訴人勝訴如其請求而違反約定再向乙○○及丙○○求償，亦非如原審所謂顯然欠缺權利保護之要件，僅係上訴人之請求有無理由之問題，原審就此部分遽以欠缺權利保護之要件駁回上訴人之訴，而未為實體有無理由判決，亦有未合。上訴論旨，執此指摘原判決不當，</p>

		<p>求予廢棄，為有理由。</p>
<p>98 台上 1835 號</p>	<p>醫審會之鑑定意見，認定依江○隆於九十一年五月、十二月間所作之胸部 X 光攝影，尚無法判斷其當時已罹患肺癌。而上訴人又迄未舉證證明於被上訴人對江○隆作胸部 X 光攝影時，江○隆已罹患肺癌，且確因被上訴人之未告知始延遲就醫治療等情。顯見不論奇美醫院或甲○○之債務不履行或侵權行為，均與上訴人指稱江○隆所受身體、健康之損害間，無相當因果關係存在。</p>	<p>查上訴人之被繼承人江○隆與被上訴人奇美醫院間所成立之系爭醫療契約（以被上訴人甲○○為履行輔助人），涉及包括診斷、攝影檢查、切除手術、處方藥物等多種醫療給付。奇美醫院為履行醫療契約之主給付義務（即完成攝護腺肥大治療程序），於對江○隆實施胸部 X 光攝影（即履行從給付義務）後，不問所實施胸部 X 光攝影與攝護腺肥大之治療是否有（直接）關係，均負有將該胸部 X 光攝影檢查報告之結果及建議，忠實告知江○隆之附隨義務。惟奇美醫院或甲○○，均未將第二次檢查報告中，關於「建議側面照片進一步檢查」之事項，告知江○隆以履行其附隨義務，有債務不履行及違反保護他人法律（醫師法第十二條之一、醫療法第八十二條第一項）之過失侵權行為情事，既為原審所認定之事實。則參酌醫審會鑑定意見書載明：「……臨床上雖然有些肺癌進展甚慢，而可以認為九十一年十二月已罹患肺癌，但因九十一年十二月並未針對此一結節做任何細胞學或組織學檢查，因此無法斷定病人（江○隆）當時已罹患肺癌……」、「……由於並無進一步檢查，單就 X 光影像學來看，是無法判定是否會衍生成惡性腫瘤」等內容（原審卷一九二頁、一九三頁）。似見臨床上個案確存在肺癌進展甚慢之情形。故於（第二次檢查報告後之）九十二年一月間，倘即針對第一次檢查報告所指「結節」，或按第二次檢查報告之建議，就「（江○隆）右側肺門凸出及密度增加，有輕度左上肺纖維鈣化病變」，作進一步細胞學或組織學之檢查，仍非無判斷江○隆當時是否已罹患肺癌，或該「結節」是否有衍生成惡性腫瘤之可能。果爾，上訴</p>



		<p>人據以主張：肺結節為早期發現肺癌之重要線索，肺臟長結節應立即處理。據醫療臨床近五年統計數據，約三百例術前未確切診斷之肺部單一結節，經證實有六成七為肺癌或轉移癌。被上訴人既於九十一年五月間之第一次檢查，即發現江○隆胸（肺）部長結節，可認已隱含肺病灶。嗣於九十二年一月間（九十一年十二月間檢查）之第二次檢查報告，更清楚記載江○隆右上肺有邊緣不規則肺結節，建議側面照片進一步檢查，堪認距第一次檢查僅半年餘，江○隆之肺部已產生病變。詎甲○○並未告知進一步追蹤檢查，終於九十三年間發現罹患惡性腫瘤，喪失最佳治療時機致難以治癒。江○隆人格權之受侵害，與甲○○之怠於告知間有因果關係存在甚明等語（原審卷四五頁、四六頁），並提出「肺結節是早期肺癌重要線索 肺臟長結節應立即處理」，及「單一肺部結節」等醫療文章（同上卷四八頁、四九頁）為證，應屬重要之攻擊防禦方法。原審未於判決理由項下說明其取捨意見，遽為上訴人敗訴之判決，自有判決不備理由之違誤。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。</p>
98 台上 2340 號	<p>九十四年九月二日上訴人之傷口周圍「有點紅腫」，傷口上有分泌物，但不是膿，是屬於組織液在傷口上等語。參酌該日病歷並未記載上訴人傷口有紅腫現象，尚未能以證人翟○起證稱上訴人之傷口周圍「有點紅腫」，即認足以影響鑑定結果。綜上所述，上訴人並未證明被上訴人機關執行職務之人員於行使公權力時有何過失致其須接受截肢手術，上訴人依國家賠償法第二條第二項規定，請求被上訴人賠償二百七十七萬零四百二十九元本息，為無理由，不應准許。</p>	<p>按取捨證據、認定事實，固屬事實審法院之職權，惟其採為認定事實之證據，必須對於應證事項有相當之證明力者，始足當之。否則，即難謂與證據法則無違。查台北榮民總醫院鑑定結果認為上訴人之截肢手術難認係因延誤送醫診治所致，係依據被上訴人於九十四年九月二日病歷記載沒有描述上訴人之右腳外足踝之傷口有紅腫情形，據此推斷此傷口尚未引起週邊皮膚組織之發炎。惟據於九十四年九月二日為上訴人看診並記載前開病歷之翟○起醫師證稱：該日上</p>

		<p>訴人之傷口周圍「有點紅腫」，傷口上有分泌物等語。則台北榮民總醫院鑑定結果就「被上訴人於上訴人傷口已有紅腫發炎之情形未立即戒護外醫是否係延誤上訴人就醫之黃金時期而有過失」之應證事實是否具有證明力，即非無疑。次查證人翟○起醫師既證稱上訴人於九十四年九月二日看診時，傷口周圍「有點紅腫」，傷口上有分泌物等語。則上訴人聲請將翟○起醫師之證述、上訴人於九十四年九月二日之病歷及其他病歷資料一併送請衛生署醫事審議委員會鑑定，即攸關被上訴人是否延誤送醫致上訴人需行截肢手術，原審未依上訴人之聲請將上開資料送請鑑定，遽為上訴人不利之判斷，亦有判決不備理由之違法。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由</p>
98 台上 2175 號	<p>乙○○於甲○○八十九年六月七日回診時告以其視力模糊，隨即安排眼底攝影及視野檢查，於確定視神經病變後，於同月二十日再度回診時，安排住院以高劑量維他命及改善血管血流方式治療，醫審會並認定乙○○在處理上並無不當之處，符合一般醫療常規之注意義務，難謂有過失。而乙○○於八十九年六月七日經告知視力模糊時，縱使即刻安排住院接受檢查及治療，亦早已經過治療之黃金時間，因此雖未即刻安排住院治療，第二次鑑定意見並表示甲○○之病情即使於換藥時予以正確診斷，恐也無法挽救其視力，亦即難認甲○○回診時乙○○未立即為急救措施，係導致喪失其視力之原因，二者間無相當因果關係。乙○○被自訴過失傷害亦經刑事法院判決諭知無罪確定在案，則甲○○依侵權行為法則請求乙○○、台大醫院負連帶賠償責任，不應准許。</p> <p>惟本件甲○○除依侵權行為法則外，併依不完全給付之債務不履行法律關係，請求台大</p>	<p>按民事訴訟法第四百六十九條第六款所謂判決理由矛盾，係指其理由前後抵觸，或判決主文與理由不符之情形而言，有一於此，均足為發回更審之原因（本院五十三年台上字第三五七一號判例意旨參照）。查甲○○對乙○○、台大醫院請求其右眼喪失視力之損害賠償，雖其主張之法律關係，或係侵權行為，或係醫療契約，惟援引之原因事實，均係台大醫院之僱用醫師乙○○對其施行系爭手術時，所為眼球後麻醉藥注射方式之系爭麻醉不當係其損害發生原因事實。然原審於否定乙○○、台大醫院應負侵權行為損害賠償責任時，係以甲○○受系爭手術後，乙○○循例作一般性檢查後准其出院，難認有違失；乙○○在甲○○於八十九年六月七日經告知視力模糊時，縱使即刻安排住院接受檢查及治療，亦早已經過治療之黃金時間，因此雖未即刻安排住院治療，醫審會第</p>

醫院賠償，因債權人關於債之履行而受損害，債務人主張損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致者，應由其負舉證責任，如未能舉證證明，即不能免責。

查甲○○係因右眼斜視至台大醫院診治而成立醫療契約，為受有報酬之勞務契約，性質屬有償之委任關係，依民法第五百三十五條規定，台大醫院應負善良管理人之注意義務，應依當時醫療水準對甲○○履行診斷或醫療義務。倘為其履行輔助人之醫師或其他醫療人員於從事診療未具當時醫療水準，或欠缺善良管理人注意而誤診或未為適當之治療，致甲○○受有傷害時，即應負債務不履行責任，……。台大醫院就甲○○所為系爭麻醉，於術後二小時或至遲二十四小時內，未主動積極防制麻醉副作用或併發症可能發生之檢驗措施，僅循例病人未主張即未予注意，於術後十餘小時即准其出院，就醫療管理制度上顯有未盡其善良管理人應盡之注意義務。此外台大醫院復未舉證證明其對甲○○損害之發生，係由不可歸責於其之事由所致，甲○○關於醫療契約履行之損害，台大醫院應負損害賠償責任。

二次鑑定意見表示甲○○之病情即使於換藥時予以正確診斷，恐也無法挽救其視力，亦即難認甲○○回診時王○哲未立即為急救措施，係導致喪失其視力之原因，二者間無相當因果關係，為其論據。然對台大醫院是否應負債務不履行損害賠償責任之問題，卻以甲○○進行系爭手術所採用之系爭麻醉傷及其視力，屬眼科急症之一，於事件發生後二小時內給予治療極為重要，眼神經傷害之眼神經血管傷害（包括血管阻塞症），會在麻醉注射手術後二十四小時內發生，且病人術後因傷口包紮，若有對醫師提出視力喪失之主訴，非必要等到第二天換藥時，當場立即可由提出種種理學檢查，了解並發現上述眼神經傷害及眼神經血管傷害（包括血管阻塞症）等併發症；台大醫院就甲○○所為系爭麻醉，於術後二小時或至遲二十四小時內，未主動積極防制麻醉副作用或併發症可能發生之檢驗措施，僅循例病人未主訴即未予注意，於術後十餘小時即准其出院，除認為就醫療管理制度上顯有未盡其善良管理人應盡之注意義務外；且對所謂進行系爭手術之系爭麻醉，因其醫護人員（包括實施系爭手術之乙○○）未防制麻醉副作用或併發可能發生之檢驗措施，而造成甲○○視力喪失之損害，似併指其間有相當因果關係。若此前後所為相反之論斷，自難謂無民法第四百六十九條第六款判決理由矛盾之當然違背法令。上訴人甲○○、台大醫院分別就其不利部分之判決，各自指摘其為不當，聲明廢棄，均為有理由。