

東海大學法律學系研究所碩士論文

指導教授：林更盛博士

醫療過失之鑑定制度研究

**Study on the Appraisal System
of Medical Negligence**

The seal of Donghai University is a circular emblem with a scalloped border. It features the university's name in Chinese characters '東海大學' at the top and 'DONGHAI UNIVERSITY' at the bottom. The year '1955' is inscribed at the very bottom. In the center, there are three interlocking rings and a cross-like symbol.

碩士班研究生：王明河

中華民國 二〇一九 年 六 月

論文摘要

近年醫界因為擔憂醫療糾紛刑事責任、醫療鑑定可能疏失結論、及巨額民事賠償陰影等寒蟬效應，而有「內、外、婦、兒及急重症」五大皆空及防禦性醫療情況，茲因醫療糾紛頻傳之現狀方興未艾，相關議題引起各界熱烈討論，每年在台北、台中均有舉辦醫法論壇學術研討會，參與學術座談者包含醫、法與學界均會熱情參與，醫療糾紛可謂新型態之訴訟，其具有以刑逼民方式、任意鑑定制度、重複鑑定現象、訴訟期間延宕，且以鑑定報告判斷有無疏失等特色，實務上通常多採用醫療常規作為判斷是否醫療過失之依據，醫審會之鑑定報告亦然，倘醫師之醫療行為符合醫療常規，原則上則已盡客觀注意義務，因醫療專庭法官並無醫療專業知識，面對複雜之醫療糾紛，僅能藉助於鑑定之專業協助始能釐清真相，依照相關程序法規定，法院可選認自然人充當鑑定人外，或囑託機關鑑定，醫療鑑定的確有其專業性和必要性，但現行鑑定制度卻存在諸多爭議，鑑定之公信力常常遭受批評與質疑，醫療之過失與鑑定是醫療糾紛最基本兩大議題，而鑑定存在的意義，乃藉由其專業以判斷醫療行為是否疏失，而醫療過失之證據評價和因果關係認定，則委由法院依職權審酌決之，實務對於醫療過失之認定時常陷於困境，本文先論研究動機、目的、方法及架構，再論醫療過失相關議題：告知說明義務之落實、相當因果關係之探究、醫療鑑定制度之爭議、鑑定結論之證據評價、最後提出醫療糾紛之展望新思維：善用調解與鑑定、實證醫學之落實、鑑定制度之變更、增修醫療相關法規，以改善醫療糾紛現狀。

第一章 首先論及醫療糾紛實務現況，及實務醫療過失認定之困境，醫療糾紛頻傳導致五大皆空現象惡化，醫病關係由彼此信任轉為對立，醫療糾紛頻傳造成醫界民、刑事壓力，醫界選擇遠離急重科別或採用防衛性醫療行為，若不幸導致醫療訴訟時，除了長期虛耗寶貴時間，醫界可能面對民、刑事困擾，實務界因法官並無醫療專業，影響醫療事故層面太寬廣，且民、刑事醫療與實體法、程序法有關聯外，更與醫療鑑定、訴訟外調解均有議題探究之必要。

第二章 首先探究醫療業務過失之爭議，文中有關民事醫療過失之爭議簡介論述：民事醫療責任之異動，醫療責任的體系構成，侵權行為法之變遷與開展，醫療過失之歸責事由，民事醫療過失之內涵與區分、舉證責任分配、注意義務之判斷標準、告知說明義務等，兼論刑事醫療過失之內涵，結果之預見義務與迴避義務，相當因果關係、醫療過失之判斷標準、告知說明與因果關係之關聯性等，可謂多元又複雜，均為醫療過失必要審酌議題，訴訟期間冗長浪費司法資源，相當困擾醫病雙方當事人。立法院於 106 年 12 月 29 日通過之新醫療法第 82 條修法後，違反醫療上必要注意義務且逾越合理臨床專業裁量，定義了所謂之「過失」內涵，讓過失之判斷標準明確化，本章僅扼要探討過失相關議題，主要用意乃用以突顯醫療過失認定之困境。

第三章 醫療過失範疇與醫療鑑定制度乃一體兩面的相關議題，醫療鑑定最基本之目的，是為了釐清醫療行為是否疏失，現行醫療之機關鑑定存有甚多爭議；醫審會之鑑定期限冗長且又多次重複鑑定、機關鑑定之實際鑑定人無法傳喚、因而無法到庭接受訊問與詰問、不同機關可能鑑定結論有不同結果、甚至醫審會之前後鑑定結論不一，但醫療機關鑑定結論卻為多數法院採為判決核心，但若無鑑定協助釐清是否疏失，醫療過失之認定將無從進行，且因無鑑定即無法釐清真相，必將增加調解之困難度，鑑定影響了訴訟的勝負，也決定調解是否成功。

第四章 則對於醫療鑑定報告，予以法律評價，首先論及鑑定報告之證據能力，其中證據能力之論述最為關鍵，再評價其證明力之有無與高低，因此程序上應屬司法機關所囑託之鑑定，也必須檢驗鑑定之過程與結論，是否符合刑訴訴訟法第 206 條規定，且是否有實證醫學之專業文獻為依據，而釋字第 384、582 號解釋之詮釋，與我國酌予採納英美之傳聞法則，均為了彰顯醫師被告之對質詰問權應落實，醫審會之鑑定報告之初鑑醫師仍應到庭，有必要以言詞說明鑑定之過程與結論，讓鑑定證據接受合法調查，證據資料本應依法定證據方法比如證人、鑑定人…予以調查，且應遵守法定證據程序。

第五章 則對於醫療糾紛之改善，提出展望與建議之新思維，其中有三大議題：一、醫療調解與鑑定先行，民事訴訟法第 403 條第一項所規定之諸多紛爭，於起訴前應先經法院之調解，茲因此法之規範尚屬不足，且原有醫療糾紛處理及醫療事故補償法爭議甚多，無法三讀通過立法，因此尚需期待醫療事故預防及爭議處理法立法完成，先割捨有爭議之補償部分，以醫爭法代替醫糾法，乃訴訟外解決醫療糾紛重要機制，並作為醫療法第 82 條之配套措施，但仍應善用醫療鑑定先釐清真相後，但此法應先立法明文規定鑑定先行，並以道歉、遺憾態度先撫平當事人情緒，再談醫療事故之調解，訴訟前即可收定紛止爭訴訟經濟之效。二、實證醫學之內涵介紹與落實，法院囑託機關鑑定前，應先蒐集醫學資料並確立個案之爭點整理，再囑託機關鑑定審酌是否有醫療疏失，且醫療鑑定時應採用醫學專家見解並佐以實證醫學文獻之必要，實證醫學對於因果關係、真相釐清有其必要性，能協助法院過失之認定。三、我國之機關鑑定制度應予以變動，因為現行鑑定制度確有重複鑑定、期間延宕、公信力不足之疑慮，短期宜採二級二審制度或於醫療法明定專門委員制度，長期應建立自然人複數鑑定制度，分擔醫審會繁雜工作量。除此更應增修醫事相關法規，醫療法第 82 條已修訂公布，應再增訂醫療事故預防及爭議處理辦法，當醫療法修法後仍有不足之處，可讓醫病爭議儘早落幕，重建雙方和諧互信，否則醫療訴訟仍然將繼續進行永不休止，其理由是醫療事故尚未釐清真相輔平當事人之心，善用醫療調解之調處機制與訴訟前之初步鑑定，才能有效降低民、刑訴訟數量。

致謝

自從民國 98 年考進東海法研所碩丙組研讀後，除了仍然忙於公務職場工作外，利用有限的時空，帶著疲倦的身心，幾乎完全不被看好，完成所有法學相關課程，教導刑法之張麗卿教授是帶引進入法學殿堂之恩師，上她的課有必要深入挖寶之感覺，學生應該會感受到有為者亦若是，教導刑事訴訟法的陳運財教授溫文儒雅，足為做人處事最佳典範，教授之教學嚴謹，理論思想可謂享譽學界，其見解常為實務所採，教授以前是我參加碩丙組考試時之口試委員，此次又擔任碩士學位考試委員，真是善緣亦屬巧遇，口考時鉅細靡遺用心指導，在內心深處都能深深感受到教授對學生之期盼，老師特別提醒新增修醫療法第 82 條，應區分民事醫療與刑事醫療之過失要件，體例上必須分別放置於本文第二章，且應民、刑分列清楚，並應注意醫療法第 82 條修法後，因為其第三項與第四項規定與刑事醫療過失有重大關係，醫療法新舊法之適用應注意與刑法第二條第一項中，有利於行為人之規定，讓本文之章節體例構成更加正確完整，蔡振修教授謙謙人格與教學薰陶之緣起下，本文最感興趣研究領域者，乃以法學為基礎之醫療糾紛相關議題，其涉及程序、實體、醫療、醫師法規之適用與解讀，更涉及民事醫療與刑事醫療之實務判決與學說理論之糾纏，換句話說，此研究領域可謂寬廣深奧又難懂；民事訴訟法第 277 條但書規定，有關民事醫療之舉證責任分配，能否由病方減輕或轉移給醫方負擔，或刑法第 14 條之應注意、能注意、而不注意規定，如何與醫療行為之注意水準連結，都曾經困擾本文相當漫長時光而無法突破，但內心煎熬還不止如此，多年尋尋覓覓企求之指導教授，苦求多位教授毫無意願收留，竟然還有留歐學者來自南部之兼任授課老師，還語帶嘲弄本文應找系圖之助教當指導老師，逆增上緣之情況反而變成助長論文寫作之毅力，最終求助林院長幫忙還成為我的指導教授，過程中還經由校務會議討論，與教務長關懷通融允許延長研究期限，院長平常忙於繁雜行政公務，還用心指導這位業務繁忙又髮蒼視茫的研究生，老師的辛苦與用心讓學生點滴在心，終生長存我心不敢忘記，指導內容印象最深刻者，乃討論到法學中之相當因果關係，通說之相當性是否能解

讀為必然性，其實相當性是程度之蓋然率，不必到達毫無例外或必然性之程度，老師法學素養深厚之細膩提問，讓我注意到相當因果關係在實務判決與學說間之區別實益，除此以外，亦叮嚀論文內容除了應充實正確並應注意錯別字外，而且文中所引用最高法院之實務判決應找最新資料，並嚴格要求論文格式之正確性，而目次與內文頁碼亦應相符等注意事項，感恩老師無怨無悔之辛苦指導。

張凱鑫教授雖屬初次見面蒞臨指導，所談及之醫療常規與醫療水準應有高低之注意水準區別，但均屬醫療法第 82 條第五項應審酌過失之客觀要件，老師要求本文應掌握基本法律問題，如侵權行為應先探討行為與結果之因果關係，之後探討有無違法，最後才探討有無主觀可歸責性之故意或過失，雖屬言簡意賅卻均屬重要議題，謝謝老師重點提示，老師並提及本文之參考文獻應重新加以整理。本文除了感恩所有教授之恩典外，有必要感謝最負責又最用心的慧如助教，本人在東海大學就學已經超過 10 多年，慧如助教乃最貼心之助教，應該也是神的信徒無誤，雖然彼此認識不久，她平常仍會不斷叮嚀、幫忙常忘帳、密又老邁的我，關於口試前、後應注意事項，並交代繳交歷年成績單、碩士論文、與五篇教授指導之論文記錄表、電腦比對資料等事項應於期限以前完成，應準時交齊系辦並順利辦理離校手續。最後要感恩的是超有愛心的年輕助理居芸，本文口試前與口試時，她完全參與並檢查電腦設備是否完全正常，而且她並非法學院畢業研究生，竟然也對本文有高度興趣，顯然是神所賦予的智慧所致，坦白說，若無她的不離不棄之鼓勵，並教導使用筆電與電腦格式調整協助，本文絕對無法順利完成，顯然她是神所派遣之愛心天使，享受禱告、主之祝福、神愛世人等感受皆跟她有重大關係，她有談到：喜樂的心乃是良藥，憂傷的靈使骨枯乾，期盼神給予她愛的堅強毅力與智慧，當然我也有義務盡全力幫她，能順利考上公職享受美好人生。法律之生命並非只有邏輯，更要有經驗佐證與實踐，邏輯與經驗缺一不可，本文第五章所論之醫療調解能否成功應該依靠邏輯與經驗為底基，兩者缺一不可即為適例，因此可佐證徒法不足以自行之真理。

目次

論文摘要.....	I
致謝.....	IV
目次.....	VI
第一章、緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第一項 醫療糾紛之現況.....	1
第二項 醫療過失認定之困境.....	2
第二節 研究目的.....	3
第三節 研究方法.....	4
第四節 研究架構.....	5
第二章、醫療過失相關議題.....	8
第一節 醫療業務過失之內涵與爭議.....	8
第一項 醫療業務過失之內涵.....	8
第二項 醫療業務過失之爭議.....	9
第二節 醫療業務過失認定困境與行為責任壓力.....	10
第一項 醫療業務過失認定困境.....	10
第二項 醫療行為責任壓力.....	12
第三節 醫療過失訴訟爭議.....	13
第一項 醫療行為並「無」無過失責任之適用.....	13
第二項 民事醫療責任之異動.....	14
第三項 醫療責任的體系構成.....	16
第四項 民事醫療過失之內涵.....	18

第一款 民法之過失概念.....	18
第二款 侵權行為法之變遷與開展.....	19
第三款 醫療過失之歸責事由.....	21
第四款 醫療過失責任之開展與辯正.....	22
第五款 實務與學者見解.....	24
第五項 刑事醫療過失之內涵.....	25
第一款 過失要件.....	25
第二款 過失要件中的注意義務.....	27
第三款 結果之預見義務與迴避義務.....	29
第四款 過失不純正不作為犯.....	30
第五款 結果之防止義務.....	31
第六款 實務與學者見解.....	33
第六項 醫療過失中的相當因果關係.....	34
第一款 因果關係之沿革.....	34
第二款 條件因果關係.....	35
第三款 相當因果關係.....	36
第四款 相當性之爭議（是否必然性）.....	40
第五款 實務與學者見解.....	41
第七項 因果關係之舉證責任之分配.....	43
第一款 因果關係之舉證責任.....	43
第二款 實務見解.....	45
第三款 本文見解與展望.....	46
第八項 醫療過失之判斷標準.....	47
第一款 醫療行為應善盡醫療上必要之注意.....	47
第二款 外國實務見解之變遷.....	50

第三款 我國實務與學者見解.....	53
第九項 醫療之告知說明義務.....	56
第一款 告知說明義務之意義.....	56
第二款 告知說明義務之範圍.....	58
第三款 告知說明義務與因果關係.....	60
第四款 告知說明義務與鑑定意見.....	62
第四節 小結.....	63
第三章、醫療糾紛之機關鑑定.....	66
第一節 醫療糾紛現況與實例.....	66
第一項 醫療糾紛之現況.....	66
第一款 醫療糾紛頻繁.....	66
第二款 醫療糾紛特色.....	68
第三款 醫療鑑定爭議.....	68
第二項 案例分享簡介.....	69
第一款 車禍暨顱內出血案例.....	69
第二款 植物人案例.....	71
第三款 心因性猝死案例：.....	74
第四款 史蒂文強森症候群案例.....	76
第二節 醫療之機關鑑定：(囑託鑑定)之內涵.....	78
第一項 何謂鑑定.....	78
第二項 醫療之機關鑑定現況.....	80
第一款 鑑定有實質拘束力.....	81
第二款 鑑定人與證人之區別.....	81
第三款 鑑定人與鑑定證人的區別.....	83

第四款 現行鑑定制度與專家證人之區別.....	84
第五款 機關鑑定作業流程.....	85
第六款 醫療鑑定之法律依據.....	86
第三項 醫療之機關鑑定爭議.....	86
第一款 醫療鑑定之公信力.....	86
第二款 重複鑑定之困擾.....	87
第三款 初鑑醫師拒絕到場接受詰問.....	90
第四款 機關鑑定委員具結之爭議.....	91
第三節 小結.....	93
第四章、機關鑑定報告書之證據評價.....	96
第一節、鑑定報告之證據能力.....	96
第一項 鑑定報告與傳聞法則.....	96
第一款 傳聞法則.....	96
第二款 何謂證據能力.....	97
第三款 鑑定報告結論具有證據能力.....	98
第四款 實務見解.....	99
第五款 學者見解.....	100
第六款 本文見解.....	101
第二節 醫療鑑定報告之證明力.....	102
第一項 證明力之爭議與辯正.....	102
第三節 醫師之對質詰問權應落實釋字 582 號意旨.....	106
第一項 大法官釋字 582 號內涵.....	106
第二項 對質詰問權之法理基礎.....	107
第三項 鑑定人與證人均為對質詰問對象.....	108

第四項 本文見解.....	109
第四節 小結.....	110
第五章、醫療糾紛展望新思維.....	112
第一節 善用鑑定與醫療調解制度.....	112
第一項 醫療調解之必要與檢驗.....	112
第一款 醫療調解之本質理念.....	112
第二款 醫療調解之法律依據.....	115
第二項 醫療鑑定與醫療調解.....	116
第一款 臺中地院醫療糾紛處理試辦制度.....	116
第二款 醫療事故補償制度之研討.....	118
第二節 實證醫學之落實與醫療鑑定.....	120
第一項 實證醫學之源起與發展.....	120
第一款 實證醫學之內涵.....	120
第二款 實證醫學與經驗醫學.....	121
第三款 實證醫學與醫療行為準則.....	123
第二項 實證醫學之功能.....	124
第一款 輔助法院判斷有無醫療過失.....	124
第二款 實證醫學對於醫療鑑定之協助.....	125
第三項 實證醫學與法院判決.....	126
第一款 實證醫學輔助醫療重大過失之判斷.....	126
第二款 實證醫學爭點整理之必要.....	126
第三節 醫療機關鑑定制度之變更.....	128
第一項 醫療機關鑑定之現狀與沉痾.....	128
第一款 鑑定結論時間冗長.....	128

第二款 應強化法院輔助機關之協力義務.....	129
第二項 醫療糾紛之解決機制.....	131
第一款 改採二級二審鑑定制度.....	131
第二款 專門委員制度暨自然人複數鑑定制度.....	131
第三項 應增修醫療相關法規.....	132
第一款 增訂醫療事故預防及爭議處理法.....	133
第二款 修訂刑事訴訟法第 206 條與 208 條.....	134
第四節 小結.....	136
附件 一、負面醫療反應.....	139
附件 二、醫療學術鑑定流程圖.....	140
附件 三、鑑定結果與醫方勝訴率.....	141
附件 四、疾病進程與實證醫學對因果關係判斷之重要性.....	142
附件 五、醫療紛爭案件因果關係判斷之流程圖.....	143
第六章、結論與建議.....	144
第一節 結論.....	144
第二節 建議.....	146
參考文獻.....	149

第一章、緒論

本文緒論將自研究動機、研究方法、研究架構，依序詳細說明。

第一節 研究動機

第一項 醫療糾紛之現況

臺灣醫療糾紛現況而言，醫療訴訟案件逐年攀升，家屬除了要釐清真相外，常常採取刑事附帶民事訴訟方式以求高額賠償金，不僅雙方當事人疲於奔命法庭，醫療專庭實務不懂醫療專業，常須借重醫療鑑定輔助判斷醫療是否疏失，茲因病患過去之既往症複雜且多樣，醫療專業性與不確定性，法院囑託機關鑑定時，往往醫療之爭點整理不完整，導致醫審會鑑定報告無法明確指出是否疏失，醫療實務勢必再重複鑑定，造成訴訟延宕，並且遭致醫療鑑定公信力應該再提升之質疑。基本上除了醫療法、醫師法外、民事醫療涉及民事實體法、程序法，刑事醫療涉及刑事實體法、程序法，又與醫療鑑定有重大關聯，足證其牽涉範圍複雜甚廣，實屬新興之訴訟型態，導致保守防衛性之醫療方興不止，醫學院學生則盡量避開急重症、外科、婦科等科別，因此醫療環境五大皆空現象持續惡化，實非患者之福。有學者論及：醫療行為具有社會的有益性、及結果的不確定性與極限性，台灣長期以來，醫療糾紛所產生之法律爭議類型多樣，其所涉及之範圍通常都會涵蓋民事、刑事及公法等領域，在各種相異性質之法律交錯作用下，往往不同法律之角度對於各要件認定之標準不同，而影響案情走向。惟觀察我國過去關於此議題的研究方式，多半都是個別從民事、刑事及公法等其中一個角度切入作為探討，而非以整合比較之方式來作一個有系統的說明。有鑑於此，針對社會變遷下醫療糾紛之處理，亦有必要整合公法、刑事法及民事法等觀點，比較檢討不同法領域間在醫療訴訟案件的構成要件或違法要素、因果關係之認定上的異同¹。學者之見解和本文撰寫之動機可謂不謀而合，也帶動了本文撰寫之契機與研究方向，醫療過失與鑑定制度內容將循此脈絡前進。醫病

¹ 陳運財，信賴原則在醫療訴訟中之適用，東海大學法律學院等主辦，「社會變遷與醫療法制發展國際學術研討會」，2014年5月18日，頁71。恩師之見解是筆者寫作本文之動機與導引。

對立關係早已引起社會高度重視，因為醫療糾紛頻傳，且家屬常先藉由刑事醫療訴訟方式，並附帶民事賠償企圖獲取高額賠償金，造成被告醫師疲於奔命，就算結果檢方給予不起訴處分，或院方判決結果是無罪，但長期訴訟程序已帶給醫師民、刑事不當壓力。實務界亦因不懂各種醫療專業知識，必需藉由醫療鑑定專業幫忙始能釐清真相，此即鑑定之必要性，然而鑑定之公信力卻遭受質疑；所謂的醫醫相護或醫醫相害之說即為適例。

第二項 醫療過失認定之困境

醫療專庭審理醫療刑事或民事糾紛時，因為法官不懂醫療專業為主因外，可能其所繫屬之醫療爭點資料整理不齊全，司法機關將相關卷證資料送交醫事審議委員會（下稱醫審會）後，醫審會依據醫療糾紛鑑定作業要點第九點規定，對於醫療糾紛案件，在法規授權下即可不必負責證據之調查與蒐集；悉以委託鑑定機提供之相關卷證資料為之，對於囑託鑑定問題以外，縱使為重要關鍵事項，採取比法院「不告不理」更嚴格的「不問不理」方式，均不予回答，鑑定報告結論是否疏失或因而無法確定，或造成多次重複鑑定、時間延宕或結論不一等後遺症，法院於因果的判斷、事實的真相、證據的取捨、責任的歸屬與舉證責任分配之審酌不易，導致醫療過失認定之困境。前述醫審會對於鑑定所採取不問不理之鑑定方式，既有法規明文依據，初鑑醫師對於鑑定工作確實比較省事，但不少學者批評機關鑑定所採取之鑑定方式。前述有關醫療鑑定帶來爭議餘慮外，醫療專庭訴訟之審理範圍寬廣糾葛，加上醫療之告知說明義務方興未艾，而醫療之注意義務判斷標準並非僅限醫療常規傳統看法，新增修之醫療法第 82 條第 2、3 項，均以「以違反醫療上必要注意義務且逾越合理臨床專業裁量」，規定原條文所稱之過失，且以同法第 4 項列舉客觀情況以定其範圍，此法將加深實務對於醫療過失之認定困境，尤其現在大型醫學中心林立，醫療行為往往涉及組織醫療方式，民、刑事責任歸屬最難釐清。本文將以最高法院實務見解、參酌學者看法，再提出個人見解詳細說明，醫療訴訟過程不僅帶給當事人身心煎熬顯而易見，醫療事故涉及實體法、程序法，醫師法與醫療法，

醫療鑑定雖有其必要性與專業性，但其公信力卻也長期被學界、醫界及家屬所質疑，前述醫療糾紛實務現況與過失認定困境，乃成為論文研究動機之緣起，醫糾問題的出現總要面對與解決，而有關醫療鑑定制度現況與展望是研究之最終核心重點，雖然筆者樂此而不疲且有高度信心，但本文永遠存在不斷成長空間。

第二節 研究目的

承上文研究動機分析，本文主要的研究目的必須釐清下列爭議：醫療過失如何認定、機關鑑定報告之證據評價、醫療糾紛訴訟外之調解、修正現行鑑定制度之新思維，而所謂調解內涵又包含訴訟中及訴訟外之調解，本文首將釐清醫療過失的概念，醫療過失不應偏重於主觀上必要的注意義務，過失認定之核心重點而言，應在於醫療行為在客觀上是否符合醫療常規、臨床指引及當時當地之醫療水準。且醫療行為注意義務包含手術前之告知說明、手術中之作為義務、及術後之患者之細心照顧與密切觀察，此乃醫療法第 82 條第 1 項所謂應善盡醫療上必要之注意，法規內涵必然涵攝之解讀。至於鑑定報告之證據評價之爭議範圍、主要在於證據能力與證明力之評價，其涉及程序法之明文嚴謹規範。

至於醫療之告知說明義務，其乃屬於醫療過失認定範疇中重要內涵，對於醫療實務過失之認定而言性；若違反實質告知義務可謂幾近於醫療過失，但未必就必然造成醫療過失，就此觀點將於史蒂文強森症候群案例中說明之。在醫師法和醫療法均有明文規範告知說明之主體、客體和範圍，若醫師未真正確實履行告知說明時，其法律效果可能被視為是注意義務之違反，因而實務上就可能存在過失責任之問題，尤其在最高法院 94 年台上 2676 號刑事判決後，重新界定實質告知義務內涵與範圍，在爾後之刑事醫療判決中幾乎已成主要指引，但其說明範圍過大而浮動，所謂的「雖不常發生，但可能發生嚴重後果之風險」之標準為何？應屬醫療與法律之不確定之觀念，其讓法界高度關注與醫界質疑擔憂，但本文認為醫師未盡實質告知義務，應解讀為未善盡醫療注意義務，切莫斷然認定成醫療過失，僅是醫療行為之疏失，其必須與結果之發生之間要有相當因

果關係，才能被評價為過失，甚多學者與最新實務皆採相同看法，告知說明與因果關係兩者之間有重要關聯性，第四章將以實際案例說明醫療告知說明之實務開展。有關醫療過失民事訴訟之舉證責任分配問題，此即民事訴訟法第 277 條新修正之但書規定如何適用，其立法理由所論之醫療糾紛舉證責任轉換乃最新實務重要議題，除了醫療事故預防、爭議、調解目的外，綜前所述過失諸多議題乃論文研究之核心目的，亦屬醫療過失認定與醫療鑑定重要內涵。

第三節 研究方法

一、 文獻分析法

本文關於台灣醫療過失爭議暨機關鑑定爭議研析，主要之文獻來源內容經過多年蒐集後，包含學者之學說著作、研究報告、學位論文、法令規章、實務判決、司法周刊、期刊創作、學術研討（臺北醫法論壇、臺中醫法論壇、東海醫事法研討會），暨學者研究蒐集之實證醫學（Evidence-Based Medicine）相關等最新資料，文獻蒐集與詮釋乃法學研究最重要與最基本的方法，本文將加以整理研析完整呈現，本文涉及法學研究、醫療鑑定、醫糾調解，因此僅就文獻蒐集與詮釋將無助於事，因此尚須將學說文獻與實務判決加以比較、歸納研究。

二、 比較研究法

就同一議題之實務判決而言，就加以比較分析看看判決是否見解相同？就學術界所爭辯議題，也將加以比較分析其異同之處，且若情況允許行有餘力時，本文將比較實務判決和學術論點是否碰撞出美麗火花？同時指出相同議題在醫療實務中前後見解之變遷；比如說纏訟多年之「史蒂文強森症候群案，最高法院 100 年度台上字第 5381 號判決，對於告知義務範圍，雖然仍立於最高法院 94 年台上字第 2676 號判決基礎上，但其也強調告知之範圍應配合個案病症需要，且未告知與結果發生之間是否有相當因果關係？此案經最高法院發回更審，其後高等法院台中分院 100 年度重醫更（二）字第 64 號判決，對於告知說明與因果關係有更深入說明。

三、 歸納研究法

本文歷經前述文獻分析、比較分析後，將醫療過失與鑑定重要議題整理，並以研究心得歸納出成果結論，醫療糾紛之爭議彼此之間具有環環相扣之特徵，除了對於醫療刑責合理化之省思以外，其他尚有至今難以解決之重大爭議；醫療過失認定爭議與建議、如何善用實證醫學理論、如何落實醫師之對質詰問權、醫療鑑定制度現況與展望、如何改善醫療調解以定紛止爭等重大議題，本文基本上將會提出最高法院最新實務見解（含高院更審判決），並佐以各家學者看法，以合理論證及批判評估，並歸納結論及本文孤陋見解於後，關於醫療過失鑑定與醫療糾紛調解，並且提出改善建議，尤其病人自主權利法實施與醫療法第 82 條增修明文後，父權思想之醫療專業裁量更應尊重的是，病人最佳利益與自主權益維護，除此以外也對於醫療過失要件明確定義後，醫療上必要之注意義務且逾越合理專業裁量，雖然表面對於醫療過失提供判斷標準，但實質上對於醫療過失認定之困境是否有所助益，仍有待醫療專業鑑定之協助釐清醫療過失，因此實務判決與學界研討更須歸納研究始能畢竟其功，期盼本文有關醫療調解與鑑定之提出，對於訴訟外之制度有改善醫療事故，足生定紛止爭防患未來之效，可作為將來醫療實務運作，與相關法規修法之參考方向。

第四節 研究架構

本文研究架構分為六章，依序分為第一章序論，第二章醫療糾紛現況與醫療過失內涵暨爭議，第三章醫療糾紛之機關鑑定爭議，第四章醫療鑑定報告之證據評價，第五章醫療糾紛處理新思維，第六章結論與建議。

第一章 緒論主要說明本論文之研究動機，研究目的，研究方法與研究架構。

第二章 醫療過失內涵與醫療糾紛現況，首先論及醫療糾紛之現況，並提出近期之醫療過失之爭議適例（最新案例是 2017 年 3 月最高法院第 227 號民事判決），再探討醫療過失之內涵與區分，醫療過失的判斷係指對於醫師注意義務、告知義務暨相當因果關係之判斷，但前述議題均有其困難度，民事醫療與刑事醫療之過失各自有其不同之判斷標準，並

將淺述舊過失理論、新過失理論、客觀歸責理論等理論。本文將提出個人看法，並認為醫療刑事責任應該嚴格化與民事責任合理化之建議，此章用意主要在於突顯醫療爭議之現況，為何實務會認為醫療過失認定有其困境。

第三章 鑑定之所以存在最主要目的就是要判斷醫療行為有無疏失，其理由是法官並非醫療專家，若無醫療鑑定之專業協助，其難以釐清醫療事故真相，醫療行為有無醫療疏失或與結果有無因果關聯，法院往往均會囑託醫事審議委員會加以鑑定判斷，民事醫療與刑事醫療之過失各自有其不同之判斷標準，並將淺述舊過失理論、新過失理論、客觀歸責理論等理論。但醫療糾紛之機關鑑定卻存在爭議，醫療糾紛之字義而言係指醫病間的一切爭執，但本文限縮僅限於醫病間因為醫療傷害、殘疾或死亡，所造成民事或刑事責任歸屬的醫療糾紛。醫療行為所侵害之法益在刑事法指身體權及生命權，其若在民事法則涉及侵權行為或債務不履行。而現有之機關鑑定制度情況大致如下；機關鑑定規則仍然不完備、法院所提供之爭點資料不完整、醫療知識仍屬變動而不確定、鑑定結果因而可能錯誤、法官過分依賴機關鑑定結論、法官未必能解讀醫學專業之鑑定內容、醫審會之鑑定報告結論可能前後不一、因此再重複鑑定之情況已屬常態，而法院所囑託鑑定事項，法規並明文規定醫審會得再轉委託「醫策會」去執行，刑事訴訟法第 208 條即為適例，可謂醫審會依職權本應鑑定之大權旁落，前述現行機關鑑定制度之爭議應加以改善修正。

第四章 醫療鑑定報告之證據評價，最主要應論述者有三大議題：醫療鑑定報告之證據能力認定、醫療鑑定報告之證明力之評價、醫療鑑定報告與對質詰問權之落實。若就刑事醫療而言，鑑定報告之證據能力與證明力均與程序法有關，就證據能力而言，刑事訴訟法第 159 條第一項（暨其立法理由）、第 198 條、第 206 條，208 條均有關，就鑑定報告之證明力而言，又與第 154 條、第 155 條、第 158 之 3 條有關，就醫師被告之對質詰問權而言，與刑事訴訟法第 166 條以下之交互詰問制度、同法第 159 條以下之傳聞法則、釋字第 384 號和 582 號解釋均有重要關聯。

第五章 醫糾問題的出現總要面對與解決，本章認為應善用醫療鑑定與調解制度、醫療鑑定與實證醫學之運用、醫療鑑定制度應加以變更，以減輕醫審會之機關鑑定制度之沉重負擔，前述三大議題展望是研究之核心重點。醫療調解應效法公開揭露制度，但配套措施仍應多元體制以定紛止爭。醫療鑑定最重要功能乃判斷醫療行為疏失與否，實證醫學之落實，除了對於鑑定提供強而有力佐證資料，也對於法院審酌醫療過失法價值判斷證據，而鑑定應佐以實證醫學（含臨床指引），為了醫療糾紛之訴訟經濟之目的，訴訟中、應善加運用訴訟外之調解用，但醫療糾紛錯綜複雜之調解過程談何容易呢？學者所謂之鑑定先行之用意，主要闡明先有鑑定始有真相，有真相才有調解可能，否則糾紛將沒完沒了或訴訟延宕多年，不僅帶給雙方當事人身心煎熬，更浪費寶貴司法資源，醫療糾紛調解是否成功和醫療鑑定有相當關聯性，更需鑑定證人或專家證人等醫療專家協助法院，文中所提之台中地院成功經驗即為適例，但醫療事故預防及爭議等議題，永遠存在著可探討之成長空間。

第二章、醫療過失相關議題

第一節 醫療業務過失之內涵與爭議

第一項 醫療業務過失之內涵

刑法第 276 條第二項業務上過失致死罪，係基於業務上行為而發生行為人之過失致死，而過失實屬法律評價，過失犯係指行為人依照客觀情況，依其個人情況確有能力，而且可期待其注意，竟然疏於注意本應負有之義務，以致實現犯罪構成要件之行為，或對於結果之發生負有防止義務，不為其應為之防止行為之不作為犯，亦屬過失犯，醫療過失亦然，醫師乃因醫療業務之疏失始造成前述罪責，平常均會繼續而反覆執行之業務，實務多援引最高法院 89 年台上字第 8075 號判例解釋業務，包括主要業務與附隨業務，此附隨業務並非漫無限制，必須與主要業務有直接、密切之關係者，有關醫療、醫師法規甚為龐雜，醫病關係主要以醫療行為為中心，其權利義務均以醫療契約為準，醫療行為係指以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘疾為目的所為之診察、診斷及治療，或基於診斷結果以治療為目的，所為之處方、用藥、手術或處著等行為之全部或一部之總稱²，顯然醫療業務種類繁雜形成醫療團隊組織。有必要將醫療糾紛先區分為非醫療事故與醫療事故兩種，非醫療事故指不可避免性的醫療傷害或死亡，包括一、自然死亡（Natural Death）、二、自然病程（Natural Course），醫療事故指病人因接受醫療行為而發生死亡或重大傷害之結果³，其中而字應解讀為該結果與醫療行為具因果關係，若醫療行為符合醫療常規時，就主觀注意義務而言，需檢驗結果預見可能性與結果迴避可能性，醫療事故可分為醫療過失（Medical Negligence）、醫療不幸（Medical Mishap）、

² 施茂林，醫病關係與法律風險管理防範，五南出版，2015 年 10 月，頁 4-6。

³ 2012 年 12 月 13 日之行政院版之「醫療糾紛處理及醫療事故補償法」條文中對於「醫療事故」的解釋：病人因接受醫療行為而發生死亡或重大傷害之結果。

或醫療意外 (Medical Accident) 三種⁴。醫療糾紛是否可歸責性，應先區別為醫療失敗 (Medical Failure) 與醫療風險 (Medical Risk)，醫療失敗屬於可歸責過失範圍，可分為醫師之積極行為過失與消極不作為過失，醫療風險則屬可容許風險，並非可歸責過失範圍內，其泛指無結果迴避可能性者，其可依有否結果預見可能性，再分為醫療不幸與醫療意外兩種，若有結果預見可能性者者稱之醫療不幸，若無結果預見可能性者稱之醫療意外⁵。醫療行為乃基於病人最佳利益，應以當時當地之醫療常規或醫療水準為患者醫治病症，在本質上有其專業性與高風險性，為期治療病患並防併發症產生，以提升社會之福祉，此類高危險性之醫療行為但又有益人身健康之醫療行為，若非重大過失，應屬可容許的危險。

第二項 醫療業務過失之爭議

醫療業務過失之爭議包羅萬象：醫療過失行為與結果之間是否具有相當因果關係、醫療行為是否已盡善良管理人責任、是否有應注意能注意而不注意之情況、而其應注意義務內涵標準為何、醫療過失到底應如何定義、醫療業務之施行應如何善盡醫療上必要之注意、醫療行為是否已盡實質告知說明義務（包含轉診時之說明義務）、違反實質告知義務時是否即代表醫療過失、應否再研析相當因果關係存在的必要、基本上醫療院所提供之醫療行為是否符合醫療常規、醫療行為是否應符合當時當地之醫療水準，相當因果關係之相當性是否應解讀為必然性，當醫療行為前就先有車禍撞傷時，應如何釐清車禍與醫療責任、法院有關之醫療鑑定爭點整理是否完整，醫療致死時患者是否有解剖、機關鑑定結論應否包含鑑定過程、是否應以最新之實證醫學為佐證資料、醫療疏失是否即應解讀為醫療過失、民事醫療過失之舉證責任分配攸關當事人訴訟勝敗，也相當困擾醫療專庭，醫療過失認定之困境與舉證責任分配有重大關聯性，實務應如何運用民事訴

⁴高添富、高銘佑，醫療風險理論概論，醫事法學，第23卷第1期，2016年，6月，頁3。楊秀儀，醫院之醫療糾紛責任風險預估與因應策略探討，醫務管理期刊，4卷2期，2003年4月，頁43。高添富，該如何快速醫療鑑定，台灣婦產科醫學會會訊—法律信箱，199期，2013年5月，頁32-35。哈佛醫療執業研究將醫療事故分為過失行為與非過失行為，而非過失行為又可分为可預見及不可預見兩種。

⁵高天富、高銘佑，前揭注，頁11。

訟法第 277 條新但書規定，審酌在怎樣的情況條件下，當事人之舉證責任則應減輕或轉換給醫方，才能兼顧當事人而符合公平法院精神，因前述議題影響層面既深又廣，且組織醫療團隊水平或垂直分工之責任歸屬亦應釐清，及信賴原則如何主張。

第二節 醫療業務過失認定困境與行為責任壓力

第一項 醫療業務過失認定困境

因「醫療行為係屬可容許之危險行為，醫療之主要目的雖在於治療疾病或改善病患身體狀況，但同時必須體認受限於醫療行為有限性、疾病多樣性，以及人體機能隨時可能出現不同病況變化等諸多變數交互影響，在採取積極性醫療行為之同時，往往易於伴隨其他潛在風險之發生」⁶，傳統民、刑事之相關學理與實務，應用於具高度專業性、特殊因果認定、有不確定性之醫療事故卻經常有時而窮之窘況，醫療糾紛之審理必然要借助於醫療鑑定，始能釐清是否疏失，但醫療鑑定又會面臨重複鑑定與公信力之批評，經由法院審酌醫療糾紛是否過失，民事醫療實務對於舉證責任如何分配或轉換、醫師之注意義務之內涵、告知說明義務與相當因果關係、組織醫療行為之民、刑事責任如何釐清等爭議，皆屬醫療過失認定困境之主因，學者認為：判斷醫療死傷是否為醫療行為之過失所造成時，應先排除下列四個原因：1. 醫療本身的不確定性、2. 生物體本身的多樣性、3. 病患本身的疾病自然病史、4. 醫療行為本身所不可避免者，最後才能確認係為醫療過失所致⁷，然而要先排除前述原因，法院若無醫療專家之協力，鑑定若無實證醫學之依據，事實上要排除之困難度極高，且同時又要釐清醫療行為與患者死傷間之相當因果關係，新醫療法第 82 條醫療行為過失要件判斷已經明確化，但何謂醫療上必要注意義務，何謂合理臨床專業裁量，仍待**鑑定與實務**見解釐清。醫療行為本質時常伴隨複雜危險性與特殊性，因此容許不確定風險存在，無法保證一定能改善病情，不能逕依醫療結果不如預期，或有後遺症或併發症，即逕以論斷醫療行為違反注意義務，其與真正的

⁶ 最高法院 104 年台上第 700 號民事判決參照。

⁷ 吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基、醫療過失判斷的困境，法學新論，17 期，2009 年 12 月，頁 58-73。

醫療過失之認定上，兩者之間有難以釐清之可能，醫療行為可容許的概念，可利用醫療學術鑑定流程加以說明，學者精闢見解值得詳加論述⁸。醫療領域已被細分化、專業化，組成共同協力之組織醫療，醫療團隊的醫療行為有失誤時，責任歸屬更令實務困擾。

如今大型醫學中心或區域醫院規模逐漸擴大，組織醫療行為已屬常態。醫療行為之醫療分工而言，其組織型態可以分類為水平分工或垂直分工，其間或有信賴原則適用的可能性爭議，其責任如何釐清更對醫療過失認定困境增添困難度，其最主要區別在於是否存在指揮監督權，醫療人員之間若屬水平分工時，醫療團隊中醫療人員間各司其職，則彼此之間責任歸屬、注意義務顯然較易劃分，因此則可以主張信賴原則之適用，責任與風險應由實際行為者承擔，反之彼此之間若屬垂直分工，因為存在上下指揮、監督關係，原則上不可主張信賴原則，衍生醫療過程數個醫療處置分工時，就醫療業務過失之刑事責任，應個別判斷各醫師之過失與病患之不幸結果間，是否具有相當因果關係存在，始能論究其罪責⁹，就民事醫療責任而言，醫療法第 82 條修法前，醫療過失之判斷，無論醫療鑑定之判斷或法律上之判斷，經常使用醫療常規之標準，醫療法第 82 條修法後，有關注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，則應修正為醫療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀條件綜合判斷，且應考慮該醫療領域當時當地之情況，因此法院組織醫療之過失認定與責任分配困境，更加嚴峻而不易釐清。

醫療鑑定結論是否疏失確實造成實務困擾不已，醫療過失的成立，除了行為與結果之間要有相當因果關係外，還要再同時具備之主、客觀要件；醫師對於結果有主觀之預見可能性，以及對於結果應有客觀之迴避可能性之注意義務，醫療專庭實益仍需數據確認。本文所探討數則案例之一即「心因性猝死案」，其所涉及之醫療糾紛多次重複鑑定即為適例。茲因醫療專庭常會藉重其鑑定報告以釐清案情，其中關係錯綜複雜，探究法律與醫療兩者之糾葛領域，針對機關鑑定報告之內涵及證據能力爭議予以論訴，兼論嚴謹證據法則中具結及醫師被告的反對詰問權是否落實，以突顯實務界與當事人是如何困

⁸ 陳運財，臺灣醫療糾紛與醫事刑法之發展，本文發表於東海大學醫事法研究中心主辦之『社會變遷與醫療法制發展學術研討會』，2013 年 5 月 11 日，頁 209—227。

⁹ 最高法院 94 年台上第 4323 號刑事判決參照。

擾與煎熬，茲因醫療訴訟通常會刑事附帶民事求償方式，先求釐清真相再求高額賠償之目的！而法院審理醫療訴訟時通常會藉助於醫療鑑定，除了醫審會之鑑定外，且可能由其他機關鑑定，加上來回鑑定情況經常發生，若院方、檢方各自採用不同機關鑑定報告，而且結論又不相同時，其中複雜程度必然造成醫療實務困擾與延宕！

第二項 醫療行為責任壓力

對於前述醫療實務之困境而言，面對醫療糾紛之民事、刑事訴訟不斷襲來之情況，醫界之困擾可想而知，醫師為了降低風險以避免訟累，將捨棄較有利於治愈患者卻危險性較高之醫療方式，而選擇治療之副作用較少之防禦性醫療行為，不僅延誤救治時機且浪費醫療資源。每年台北榮總所舉辦醫法論壇之有 2 次學術研討會，座無虛席常常爆滿之盛況，而台中所舉辦之醫法論壇於 107 年 12 月 16 日舉辦第六屆研討會，其主題是：病人自主權利法實施暨醫療法第 82 條修法後相關議題，主辦、協辦單位和各界積極參與，此乃關心最新修法動態醫療學術研討。過去醫界盼望刑事除罪化要求聲浪不斷，因此醫界對於醫療過失之刑事責任無法除罪化之批評，如同海嘯般席捲而來，既然刑事實體法及有關之醫療法對於是否除罪化並無明文明確表示，顯然欲完全除罪化可能性甚低¹⁰，且近乎不可能，近年學者倡導修改醫療法第 82 條之聲浪，期盼增修醫療法僅限於於重大過失為限，醫療過失始有刑責，但法務部以刑法並無重大過失條文，且未對於特定行業類別之人，減輕其過失責任為由，在公聽會上堅持反對意見¹¹，資料顯示醫界已放棄醫療訴訟除罪化之訴求¹²，改以刑責「合理化、明確化」取代「除罪化」。因高額民事求償案例時有所聞，民事訴訟時代已來臨，醫界有揮之不去之民、刑事壓力，因此迴避急重症科別，造成五大皆空情況，或採防禦性的醫療行為，這種亂象實非病者之

¹⁰ 林山田 論醫師的醫療過失問題，醫事法學，1 卷 1 期，1985 年 5 月，71—72 頁，對於醫療過失行為能否以民事責任替代刑事責任之爭議？提出五點反對理由，堅持否定見解。相同見解之學者 蔡振修教授，醫事人員過失除罪化的爭議與正見，醫事法學，12 卷 1.2 期，2004 年 6 月，5-6 頁。

¹¹ 法務部「醫療行為刑事責任之探討」公聽會會議資料，法務部發行，101 年 7 月 6 日，頁 1。

¹² 法務部基於維護民眾就醫權利暨維持良好醫病關係，並因應中華民國醫師公會全國聯合會訴求：「醫療刑事責任必須合理化，增訂醫療法第 82 條之 1」，曾於 101 年 7 月 6 日於法務部舉辦公聽會，該場次筆者有幸參與，現場學界、法界、來賓難有交集，立法者亦受邀發表高見。

福。

第三節 醫療過失訴訟爭議

健保制度外與醫療糾紛已成為造成醫療崩壞的主因，學者認為：醫療糾紛進入訴訟案件自 1999 年以來，在數量上有逐年遞增的趨勢。反觀案件和解率及敗訴率的表現，卻呈現遞減趨勢，尤其是敗訴率，從 2000 年的近百分之三十，逐年起伏變化於百分之十至百分之二十間，直至近年來低於百分之五，易言之，逐年來起訴案件數量愈多，原告可得的損害填補率則愈小。而研究中所呈現「訴訟量增」、「有責率減」的結果，是否肇因於「訴訟風險隨就醫量逐年增加」、「歷次有責事件的輿論反應對未來法院心證、鑑定意見的形成產生影響」、或是「病人期待的逐年提升」、「醫病關係並未改善」等因素，實證結果顯示，「醫療有責」的認定比率呈現逐年遞減的趨勢¹³。台灣長期以來缺乏完善之非訟醫療糾紛處理機制（Alternative Dispute Resolution, ADR），民眾又陷於專業資訊不對等、關鍵證據取得難、鑑定諮詢沒管道、協商溝通能力低等等困境，只好選擇訴訟之鑑定資料以求真相並解決紛爭。

第一項 醫療行為並「無」無過失責任之適用

我國侵權行為法針對不同之侵權類型，採無過失責任（危險責任）、過失責任、推定過失責任或衡平責任，其中過失責任主要規範在民法第 184 條第一項前段、後段與第二項，而無過失責任即侵權行為的成立不以行為人之故意或過失為要件，德國法稱之危險責任，英美法稱為嚴格責任，所謂無過失責任（危險責任），係以特定危險為歸責理由。無過失責任的用語指明無過失亦應負責的原則，其危險責任的概念較能積極地突顯無過失責任的歸責原因，我國民法係採過失責任原則，關於無過失責任係在特別法設其

¹³ 芳莉莉，醫療糾紛民事訴訟實證分析—以程序事項為例。月旦法學雜誌，第 267 期，2016 年，12 月，16 日，172-175 頁。該研究以「狹義醫療糾紛」為研究對象，且以判決日為自 2000 年 1 月 1 日起至 2015 年 9 月 30 日止，「醫療糾紛民事判決」案件共計一千三百八十一筆，並以六大地方法院為分析對象，其中經六大地院判決公告者，共計一千零三十三件，其中已確定判決而終結者為九百三十一件，其中經由訴訟判斷者而終結者共有八百二十二件，非經訴訟判斷（和解、調解，撤回、不公開等）有一百零九件，有責率為 0.11，即被告醫院或醫師需負損害賠償責任者平均為百分之十一，若加計非經訴訟判斷，而性質上仍屬被告同意給付一定金額者。則總體賠率共計為百分之二十二。

規定，主要的規定乃消費者保護法¹⁴。實務見解：「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¹⁵」，雖在**早期**實務見解肯定醫療行為**有**消保法無過失責任之適用，但自從93年4月28日醫療法第八十二條第二項修正後，實務界認為應以目的性限縮解釋之方式，醫療行為**並無**消保法無過失責任之適用，學界與實務見解均相同。而過去亦有醫療行為是否有民法一百九十一條之三之適用爭議，但近期最高法院與學者均持否定見解¹⁶；因為醫療行為並非製造危險來源因而獲取利益為主要目的，亦與民法一百九十一條之三之立法理由所列示之事業等性質有間¹⁷，因民法第191條但書之規定，故該條規定屬於推定過失責任，因此醫療行為亦無民法一百九十一條之三之適用餘地。

第二項 民事醫療責任之異動

我國侵權行為法實際上係建立在過失責任及無過失責任二個歸責原則之上，乃在實踐侵權行為法上的平均正義及分配正義¹⁸。按侵權行為法採取過失責任主義，必須加害人具有過失，且與結果之間有相當因果關係，始須負擔損害賠償責任。過失與否之判斷，一般採理性之人的標準。亦即一般具有良知與理性而小心謹慎之人，應有之注意標準。但有關醫療之歸責原則更複雜，學者見解：有論者認為：「近年來最高法院涉及醫療事故之重要判決，發現在**侵權責任法**領域，實務上已從消保法第7條之服務無過失責任，

¹⁴ 王澤鑑，侵權行為法，元照增訂新版，2017年3月，頁10-16。

¹⁵ 以最高法院90年台上字第709號為例：「按消費者保護法第七條第一項規定「從事設計…。」該項所稱之服務應係指非直接以設計、生產、製造、經銷或輸入商品為內容之勞務供給，且消費者可能因接受該服務而陷於安全或衛生上之危險者而言；因之本質上具有衛生或安全上危險之醫療服務，自「有」本法之適用…，可見早期實務持「肯定」見解，但自93年4月28日醫療法第82條修法後，最高法院95年台上字第2178、96年台上字第258、96年台上字第2738、97年台上字第741、102年度台上字第477號、台灣高等法院台中分院100年醫上字第10號等號民事判決參照即為適例，可見實務已全面否定醫療責任適用無過失責任，而學界亦持相同見解。

¹⁶ 最高法院95台上2178、96台上450、96台上2476號民事判決皆持否定看法。

¹⁷ 關於民法191條之3之法律性質（定性），學者有認為是過失推定責任即中間責任，有的認係危險責任者，乃至有認係推定過失之一般危險責任者。

¹⁸ 王澤鑑，侵權行為法，元照增訂新版，2017年3月，頁4。學者認為我國民法設有推定過失責任，並創設衡平性的中間責任，而關於無過失責任（危險責任），則採列舉主義。

回歸到醫療法與民法之過失責任，有關之醫療事故，例如基於院內感染、醫院火災斷電、醫療器材故障，或是因醫院所使用之醫藥用品欠缺安全性，致損害病患之生命、身體、健康者，醫療院所應負無過失損害賠償責任。至於在契約責任法之領域，實務上日趨強調以病患為主體之醫療取向，不但逐步擴大醫療機構之附隨義務，也漸次樹立醫療院所之試驗義務，加上告知說明義務方興未艾¹⁹，內容趨於廣泛，實際上不啻形同從過失責任邁向無過失責任。若最高法院有意透過醫療機構近乎無過失之契約責任，來亡羊補牢醫療行為不適用消保法第 7 條以後的法制缺憾，本文毋寧是樂觀其成。本於病患若欲依醫療民事責任主張權利，則採取醫療機構應負契約責任的救濟途徑，比起追究醫事人員之侵權責任而言，應該較為有利²⁰。」此即侵權責任：從無過失責任回歸過失責任，而契約責任：則從過失責任邁向無過失責任，學者用歸責原則之峰迴路轉值得深思探究，本文完全贊同前述學者見解，契約責任則規範在民法第 227 條和第 227 條之一（關於人格權受侵害時，準用第 192 條至 195 條及 197 條），有助於病人主張醫院或醫師應負契約責任，最受醫界矚目。過去被害人僅以侵權行為主張損害賠償請求，其主因係其得主張非財產上人格權之損害賠償，但此問題已經由債法之修正，增訂民法第 227 條之 1 而解決困擾：此條文已承認債務不履行侵害人格權之賠償，因此即得以不完全給付主張其相關權利，債務不履行的不可歸責事由，應由債務人負舉證責任，因而對醫療糾紛之被害人更有利益。

最高法院藉由醫療取向應以病患整體之疾病治療、保健預防或醫療環境為中心，加上近年告知說明義務之急速興起；有關告知說明義務和契約責任之關聯性，曾有實務判

¹⁹ 醫療法第 63 條第一項、醫療法第 64 條第一項、醫療法第 81 條、醫師法第 12 條之 1，等相關法規均有告知後同意（informed consent）之相關法規。同時為了因應醫療法 93 年 7 月之修法，行政院衛生署於中華民國 93 年 10 月 22 日 衛署醫字第 0930218149 號公告：「醫療機構施行手術及麻醉告知暨取得病人同意指導原則」，其中對於告知程序、告知時應注意之事項、及簽署手術同意書，及其他事項以謀求病人之最大利益。皆有詳細說明。此乃病患自主權與選擇權的表現，可促進醫病和諧以減少紛爭、故除了醫事專業法庭法官皆應深究前述指導原則外，醫療機構之手術醫師更應體會告知說明與知情同意真諦，在尊重病患主體前提下，能事先雙向溝通使醫病糾紛消弭於無形。

²⁰ 曾品潔 我國醫療民事責任之實務發展—兼論法國法對於我國實務之啟發，國立中正大學法學集刊 34 期，99 年 3 月 30 日，第 2 頁。最高法院 98 年度第 276 號、99 年度第 575 號民事判決，認為對於民事舉證責任分配原則與例外，均有詳盡經典解說，尤其對於此新修正之但書『法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限』之立法意旨，此兩號判決對此舉證責任例外規定著墨甚深。

決謂：「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，修正前醫療法第四十六條（現行法為第六十三條）第一項前段並規定：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。醫師對病人之說明告知，乃醫院依醫療契約提供醫療服務，為準備、確定、支持及完全履行醫院本身之主給付義務，而對病人所負之從給付義務（又稱獨立之附隨義務）。此情況下該患者可獨立訴請醫院履行前述義務，以完全滿足給付之利益，倘醫院對病人未盡其告知說明義務，病人得依民法第二百二十七條不完全給付之規定，請求醫院賠償其損害²¹。」此現象顯示醫院之契約責任，其歸責原則卻反而由過失責任又向無過失責任發展。另有學者認為醫療糾紛自 1997 年後之往後 15 年間，法院關於醫療糾紛實務判決脈動，民事責任始終處於過失／無過失／推定過失中的擺動²²。

第三項 醫療責任的體系構成

前述學者對於醫療民事責任之演變論述相當精準掌握核心；侵權責任（無過失責任回歸過失責任）與契約責任（過失責任邁向無過失責任），已完全掌握醫療過失責任歸屬之核心，但本文有必要再予詳加說明，主要以民法和醫療法建構醫療責任之法律結構。「醫療過失」此一概念，成為分配醫療風險的標準，具有雙層功能，不但是醫療機構或醫事人員所以應負醫療責任的正當理由（歸責事由），也是醫療責任成立上必備的積極要件（責任成立要件）。前述所謂的醫療責任而言，主要有行政、民事與刑事責任三種領域，行政責任並非本文所欲探究者，有必要核先敘明之。民事責任旨在填補被害人所受之損害，直接保障被害人之權益損害；刑事責任則准予對犯罪行為科處刑罰，以滿足社會保護之需要，二者間之規範目的迥不相同²³。因此醫療責任的體系所要探究之內涵，最主要者

²¹ 99 台上 2428 號民事判決參照。

²² 楊秀儀，臺灣醫療糾紛之迷失與真相～十五年回顧與展望，月旦民商法雜誌，第 45 期，2014 年，9 月，頁 57-62。

²³ 王澤鑑，損害賠償法之目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁，月旦法學雜誌，123 期，2005 年 8 月，

乃指兼含民、刑事醫療責任之範疇。

本文認為「醫療糾紛之民事責任請求權基礎法源」，就侵權責任而言，其所違反的義務，是一種「法定義務」，不問彼此之間契約關係與否，旨在保護任何人之一般生活利益，除了「民法第 184 條第一項前段」、尚有舊醫療法第 82 條第一、二項分別特別規範：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。」²⁴「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。」本條所規範的係侵權責任（尤其是違法性與因果關係），茲因新醫療法已修正，因此醫療糾紛之「侵權行為」應依新醫療法第 82 條第一、二項與民法第 184 條第一項前段規定相結合。就契約責任而言，其所違反的義務，因為醫療契約係委任或類似委任的契約（民法第 528 條、第 529 條），稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理事務之契約，「契約責任」主要規範在民法第 227 條和第 227 條之一（關於人格權受侵害時，準用第 192 條至 195 條及 197 條），有助於病人主張醫院或醫師應負契約責任²⁴；最高法院 99 台上字第 2428 號民事判決，將告知後同意法則定性為契約上的從給付義務，於此情形，該病人可獨立訴請醫院履行不完全給付責任，醫療院所基於契約責任所負之義務程度，可能高於醫事人員本諸侵權責任所負之注意義務²⁵。而前述之侵權責任（民法 184 條第一項前段與新醫療法第 82 條），契約責任（民法第 227 條與 227 條之 1），而就醫療責任之損害賠償而言，因此侵權或契約責任之規範，即落在民法第 184 條、192 條至 195 條、197 條、213 條至 218 條，與新醫療法第 82 條共同形成**醫療責任的法律結構**。

頁 215 以下。

²⁴王澤鑑，學者認為新增訂之民法第 227 條之 1，其修正理由謂：「債權人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，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損害者，依現行規定，僅得依據侵權行為之規定求償。是同一事件所發生之損害竟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」。未免法律割裂適用，並充分保障債權人之權益，爰增訂本條規定，以求公允。」，就醫療之契約責任而言，學者曾品傑和王澤鑑兩位之看法皆屬相同見解，侵權行為法，增訂新版，2017 年 3 月，320-321 頁。最高法院 99 台上 2428 號民事判決關於契約責任，肯定了未盡告知說明義務，得構成民法第 227 條不完全給付，負損害賠償責任。但學者王澤鑑認為：病人亦得依民法 227 條之一準用 195 條規定，向醫院請求非財產損害的金錢賠償，而與侵權責任發生競合，有利於病人選擇如何主張其權力。

²⁵曾品傑，我國醫療上告知說明義務之實務發展—最高法院相關判決評釋，科技法學評論，9 卷 1 期，2012 年，頁 15。

第四項 民事醫療過失之內涵

第一款 民法之過失概念

民法對於過失之定義法無明文，理論上求諸於學說與實務見解，有實務見解認為：「民法上所謂過失，以其欠缺注意之程度為標準，可分為抽象過失、具體過失及重大過失三種。應盡善良管理人之注意而欠缺者為抽象過失；應與處理自己事務為同一注意而欠缺者為具體過失；顯然欠缺普通人之注意者為重大過失。是以有無抽象過失係以是否欠缺應盡善良管理人之注意定之；有無具體過失係以是否欠缺應與處理自己事務為同一之注意定之，有無重大過失係以是否顯然欠缺普通人之注意定之。苟非欠缺應與處理自己事務為同一注意，即不得謂之有具體過失²⁶。」民法上之過失概念本質，即為注意義務之違反，若依注意程度區分，注意義務可如此區分：「善良管理人之注意義務」與「處理自己事務為同一注意義務」，善良管理人注意義務之違反，即為「抽象輕過失」，與處理自己事務同一注意義務之違反，即為「具體輕過失」，若善良管理人之注意義務之嚴重違反者（顯然欠缺普通人注意義務）即為重大過失。由「善良」及「抽象」二詞即可得知，究竟何為善良管理人注意，亦即是否成立抽象輕過失及重大過失，係依「客觀標準」判斷之，而非依具體、個別義務承擔者之標準判斷之，由「具體」及「與處理自己事務」即可得知，究竟何為與處理自己事務同一之注意，係依具體、個別義務承擔者判斷之²⁷。過去通說與實務經常藉助於刑法第 14 條規定加以援引適用，此即侵權行為之過失係指行為人雖非故意，但按其情節應注意，並能注意，而不注意；或對於構成侵權行為之事實，雖遇見其能發生而確信其不發生者而言²⁸。過失以注意義務之違反作為判斷基礎²⁹。而注意義務係基於法律、契約、法理、或習慣而生³⁰。在學理上以欠缺注意

²⁶ 最高法院 96 台上字第 1649 號民事判決參照。

²⁷ 游進發，最高法院 96 年度台上字第 1649 號民事判決簡析，法令月刊，第五十九卷，第十期。

²⁸ 孫森焱，民法債篇總論（上冊），2005 年 12 月修訂版，頁 242-245。高天富、林建智，〈醫事人員強制責任保險制度之研究〉，政大法學評論，110 期，59 頁。王澤鑑，〈侵權行為法〉，初版 5 刷，15 頁。

²⁹ 游進發，民法之過失概念—以最高法院 96 年度台上字第 1649 號判決為反思出發點，月旦法學雜誌，170 期，頁 259。

³⁰ 陳正昇，〈民事醫療過失之研究〉，東吳大學法律研究所博士論文，2010 年 9 月，頁 95。

之程度，將民事過失區分為抽象輕過失、具體輕過失與重大過失，在過失責任成立之認定上，必須先確定行為人所負之注意義務標準，再決定其行為是否構成注意之欠缺³¹。而醫師之注意義務標準為何之爭議，乃醫療實務多年最困擾之議題；醫師所應遵循之注意義務，依照最高法院實務見解，乃指行之有年之醫療常規和實證醫學所標榜之當時當地醫療水準，倘醫療行為之風險較高者，就有良知與理智而小心謹慎之人應注意之客觀標準，稱之為「內在之注意」，而「外在之注意」則為了達到避免發生構成要件該當結果之目的，所應保持的注意，包括 1.捨棄為危險行為，避免成立超越承擔過失。2.提高注意並為安全措施³²。

第二款 侵權行為法之變遷與開展

關於侵權行為本文採取三階層構造：1.事實要件（行為、權益侵害、因果關係），2.違法性（違法性推定：違法阻卻），3.有責性（故意或過失、識別能力）。其中侵權「行為」得分為作為與不作為，不作為之成立侵權行為以有作為為義務為必要。關於不作為侵權行為之發展，肯定社會安全注意義務（交易安全義務），擴大了作為義務，強化對權力之保護。受保護的權益而言，侵權行為法對於權力與權力以外的利益（純粹經濟損失）作區別性的保護，如何區別權力與權力以外的利益，如何擴大其保護範圍係侵權行為法最具爭論的問題。就因果關係而言，應區分為「責任成立因果關係」與「責任範圍因果關係」，前者存在於行為與權益受侵害之間，比如甲開車撞傷乙，後者存在於權利受侵害與所生損害之間，乙受傷後與因此造成住院支出增加、收入減少，是否成立因果關係應依相當因果關係加以判斷，相當因果關係係由「條件關係」與其「相當性」所構成，其中所謂的相當性最具爭議。就違法性而言，民法係以違法性建構其區別權益保護的規範體系，體現於不法侵害他人權利、背於善良風俗、違反保護他人之法律。民法係採違法性推定原則，即由其侵害權益的行為而認定其違法性，行為人須證明有違法阻卻

³¹ 陳聰富，論侵權行為法之過失觀念一以最高法院 90 年度台上字第 1682 號民事判決評釋，國立臺灣大學法學論叢，33 卷 4 期，2004 年，159 頁以下。

³² 高添富，醫事人員執行醫療業務以故意為限負刑事責任，臺灣醫界，2014 年，vol.57，No.12，頁 42。

事由³³，就有責性而言，民法以故意或過失作違歸責事由的一般原則，使行為人就其侵害行為所生損害承擔侵權責任。

雖然我國針對不同侵權類型採過失責任、推定過失責任、無過失責任或衡平責任，但民法最主要之歸責體系係建立在過失責任及無過失責任二個歸責原則上，本文有關醫療歸責體系之開展即以此為基礎。最高法院曾以侵權行為之法則判斷，而肯定民法第184條規定有三個類型侵權行為³⁴：1.故意或過失不法侵害他人權利（第184條第一項前段），2.故意以背於善良風俗方法加損害於他人（第184條第一項後段），3.違反保護他人之法律（第184條第二項），肯定民法第184條係三個獨立的請求權基礎，明確其要件及適用範圍。第184條第一項前、後兩段為相異之侵權行為類型，關於保護之法益，前段為權利，後段為權利以外之其他法益，而就主觀責任之區別，前者以故意或過失為已足，後者則限制故意以背於善良風俗之方法加害於他人，因此前、後段之要件有別、請求權之基礎相異。原告起訴時，得一併主張前述之請求權基礎，其間可能涉及請求權競合之情況。

侵權行為損害賠償責任其成立要件，以責任原因之事實和結果有損害之發生，並二者之間有相當因果關係，侵權行為基本問題應先探討行為與結果之間的因果關係，之後有無違法，最終才是有無故意或過失之主觀歸責要件。法國侵權行為法上並沒有所謂不法性的概念或要件，其學說雖有提及不法，但未與過失分離，將兩者結為一起，德國民法係以違法性（又稱為不法性）為核心概念，建構了德國民法侵權行為法架構，其特色在於以違法性對權利及利益作區別性的保護，且德國法系國家的立法例多採違法性理論。我民法第184條參照德國民法而繼受其傳統不法性的理論，以建構侵權行為的體系。違法性的意義，係指違反禁止或命令，就狹義而言，指民法第184條第一項前段所稱不法及第二項違反保護他人之法律。廣義而言，則包含第一項後段背於善良風俗方法，違法

³³王澤鑑，侵權行為法，元照增訂新版，2017年3月，頁2-4。

³⁴最高法院100年度台上字第1314號民事判決參照。

性為侵權行為的成立要件，於違法性外，另外提出不當，應無必要³⁵。侵權行為的成立，係指違法以及不當加損害他人之行為，除構成要件、違法性外，尚須侵害行為係出於故意或過失，此屬主觀的歸責，在我國稱為過失責任原則，解釋上應包括故意在內。當有侵害他人債權情況，為了保護債權，無須僅限故意而創設「故意侵害債權」獨立侵權行為的必要，而把過失排除，理由就是民法第 184 條第一項後段就可適用了³⁶。

第三款 醫療過失之歸責事由

就歸責原理而言，民事責任以故意或過失為核心理論，醫療責任不論侵權責任³⁷或契約責任³⁸，均以「醫療過失」為責任成立之要件，醫療過失責任原則成為分配醫療風險的標準，其具有雙重功能，不但是醫療機構或醫事人員所以應負醫療責任的正當化理由（或稱歸責事由），也是醫療責任成立上必備的積極要件（或稱責任成立要件），此一醫療過失責任在民事責任法上，向來如此未受質疑³⁹。就民事責任之歸責事由而言，就學理上有區分主觀歸責事由與客觀歸責事由，主觀歸責事由認為行為人就損害的發生未盡必要注意的心理狀態，其又可區分為故意與過失兩種情況，此即行為人的有責性，但若客觀歸責事由，指侵害權益的責任原因事實為整體法秩序所不容，或違反整體法秩序價值判斷，此即行為的不法性，在此主觀歸責事由下，就主觀歸責事由之功能而言，不管是一般過失責任或醫療過失責任，並無不同，其主要功能：一、醫療過失概念，可作為醫療機構或醫事人員之所以應負責任的理由，二、藉由損害賠償手段，威嚇、教育醫療機構或醫事人員應善盡必要注意義務，三、確保醫療的專業有自由裁量空間，亦足維護其職業尊嚴。行為人的有責性與行為的不法性，規範功能是否應該有所不同，理論上確有爭議，此涉及「不法」與「過失」二者是否可以合而為一，各有不同立場，並無

³⁵ 王澤鑑，同前揭注，頁 301-302。

³⁶ 王澤鑑，同前揭注，故意或過失在德國民法合稱為過咎，頁 328-329

³⁷ 民法第 184 條第一項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任」。即為侵權責任。新修訂之醫療法第 82 條亦同。

³⁸ 民法第 220 條第一項規定：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任」，民法第 227 條及 1999 年修正增訂之第 227 條-1 即為契約責任。

³⁹ 陳忠五，論醫療過失的概念與功能，月旦法學雜誌，第 246 期，2015 年 11 月，5-6 頁。

必然答案⁴⁰。民法第一八四條第一項前段規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者...」，明確區分「故意或過失」與「不法」，即為適例，但之所以創設**違法性**概念，其主要功能在於界定及區別受保護的權益。此即由侵害他人權利**推定**侵害行為的不法性，其理由為權力係受法律保護的重要價值，特推定侵害行為的不法性，加以保護，這種由侵害結果而認定侵害行為的不法性，稱為**結果不法**。至於權力以外的利益，其違法性係就侵害行為本身而為認定，稱為**行為不法**⁴¹。106年12月29日立法院三讀通過醫療法第82條，並於107年1月24日公布施行，其中第二項乃負損害賠償之民事責任新規定與第4項所稱當時當地之五種客觀條件，共同形成民事醫療過失之歸責事由，但若醫療行為對於結果，無「結果預見可能性」及「結果迴避可能性」，則無醫療過失責任之損害賠償事由。。

第四款 醫療過失責任之開展與辯正

因此依照現行法體系，「醫療過失」之歸責事由係指「主觀歸責事由」而言。於此歸責事由觀點下，所謂的「醫療過失」是「對人不對事」的概念；係針對「醫療機構或醫事人員」就損害發生未盡必要注意，在此一主觀心理狀態所為的負面評價。相對而言，但嚴格意義下的醫療過失，不涉及「醫療行為是否不法」問題，因行為不法性是對事不對人的概念，無視於行為人個別主觀心理狀態（故意或過失）。因此在「過失責任原則」下，往往特別強調「過失」主觀歸責事由，卻對於「行為不法」此一客觀歸責事由成為被忽略的一部份，僅存「阻卻違法事由問題」。但事實上歸責事由，不僅是「有責性」層次上的「過失」問題而已，而且是「不法性」層次上的「行為不法」問題，行為人之所以應就損害發生負責，不僅因其「主觀上具有過失」，而且因其「行為客觀上不法」，醫療過失概念亦然，其不應偏重於主觀上是否未盡必要注意，而忽略其醫療行為客觀上是否符合醫療常規、醫療水準或臨床指引等等之醫療行為準則⁴²。當符合醫療常規時，

⁴⁰ 曾世雄，民法總則之現在與未來，二版，2005年10月，234-238頁。王澤鑑，侵權行為法，增訂新版，2015年6月，301-302頁。參照。

⁴¹ 王澤鑑，侵權行為法，增訂新版，2017年3月，302-303頁。

⁴² 陳忠五，論醫療過失的概念與功能，月旦法學雜誌，第246期，2015年11月，6-9頁。

應對於醫療糾紛的可歸責性，必須區別醫療失敗（Medical failure）與醫療風險（Medical Risk），醫療失敗一向屬於醫療糾紛可歸責過失的討論範疇，所謂醫療失敗係指可歸責於醫師之積極行為過失或消極不作為過失⁴³，簡而言之，專業醫師竟然做了不該做的醫療行為稱之積極行為，或未做該做的醫療行為稱之消極不作為，均屬可歸責於醫師之醫療過失，若把醫療失敗聯想至醫療錯誤之概念就比較有清晰概念，而醫療風險概念可以放在「可容許風險」的射程內，但問題是醫療行為之注意程度為何，始能謂之可容許風險，不僅醫療實務存爭議，仍有學理探討與立法形成空間。醫療失敗與醫療風險兩者之差異，均有賴醫療鑑定或專業醫師（專家證人或鑑定證人）加以釐清區分，以實證醫學專業始能辨明何者才屬於在法律上有可歸責之範疇。

傳統上有關醫療糾紛在醫療專庭中，均以過失責任和因果關係為核心爭點，若能將醫療失敗和醫療風險之觀念引進，對於醫師是否有可歸責性將有助於釐清。另有學者認為判斷醫療傷害結果的發生，是否係因醫療過失所致，應先排除下列四個原因；醫療本質的不確定性、生物體本身的多樣性、疾病的自然病史、醫療結果所不可避免者⁴⁴，就理論上本文完全贊同，但在實務上應如何先排除前述原因亦屬難題，就算有醫療鑑定之專業協助，亦難呈現學界與實務有相同見解之判決，實務上往往僅就結果是否有預見可能性，結果是否有迴避可能性而探究。因此學理論述或實務判決普遍上認為醫療過失之認定有其困境；醫療處置若僅依醫療常規是否即已盡善良管理人之注意義務呢？醫療行為與病人死亡之因果關係存否雖然原則上應由被害人負舉證責任，但若醫師之醫療行為有可歸責之重大瑕疵；比如醫療未能施行當時醫療水準（積極作為與消極不作為），導致病人損傷或死亡時，此時應否由醫師舉證證明其醫療過失與結果？96年3月最高法院106台上227號最新民事訴訟見解，此最新判決已經造成醫界恐慌，認為在醫療處置具有可歸責之重大瑕疵，導致與所受損害間之因果關係糾結難與釐清時，醫方必須對於醫療過失與病人死亡之無因果關係負有舉證責任，此判決顯然有必要醫療鑑定之協助，加

⁴³ 張麗卿，過失不純正不作為犯，月旦法學教室，刑事法學篇，2002年3月，頁26-27。

⁴⁴ 吳俊穎等，清官難斷醫務事，醫療過失責任與醫療糾紛鑑定，元照出版社，2012年，頁188-214。

以釐清何謂「醫療處置具有可歸責之重大瑕疵」，因此發回高院更審中，本文一直期待更審結果之回應，並預估若此更審判決一出現後，因為民事醫療舉證責任之轉換，必將引發學界討論與醫界恐慌，本文為了論述醫療過失與因果關係實務認定之困境，乃於本章詳論醫療過失之有關核心議題。

第五款 實務與學者見解

醫療之實務判決認為：「醫療行為係屬可容許之危險行為，醫療之主要目的雖在於治療疾病或改善病患身體狀況，但同時必須體認受限於醫療行為有限性、疾病多樣性，以及人體機能隨時可能出現不同病況變化等諸多變數交互影響，在採取積極性醫療行為之同時，往往易於伴隨其他潛在風險之發。故有關醫療過失判斷重點，應在於實施醫療之過程，而非結果。亦即法律並非要求醫師絕對須以達成預定醫療效果為必要，而係著眼於醫師在實施醫療行為過程中恪遵醫療規則，且善盡其應有之注意義務。醫師實施醫療行為，如符合醫療常規，而被害人未能舉證證明醫師實施醫療行為過程中有何疏失，即難認醫師有不法侵權行為⁴⁵。」因此上訴人本於侵權行為或債務不履行之法律關係，請求被上訴人賠償所受損害，均為無理由，故最高法院認為，原審判決「經核於法並無違誤」，除此以外，最值得注意者，顯然可見最高法院並沒刻意區別主觀注意義務之違反（是否善盡應有之注意義務或有何疏失）與客觀行為義務之違反（是否違反醫療常規、是否恪遵醫療規則、是否有不法侵權行為），同時也不刻意區別侵權責任與契約責任之區別；換句話說，在現行法系結構上雖然將過失與不法分列，但二者卻漸漸趨近或混融，不用嚴格區別，同樣是義務違反，無論是注意義務（主觀歸責事由下之醫療過失），或行為義務（客觀歸責事由下之醫療過失），其義務內容並無實質差異。醫療過失刑事責任爭議：有學者認為，醫療行為有其重要的社會利益，由此所衍生的危險理應被容忍或接納，不只單純意外所致而未符期的醫療結果，絕不能歸糾於醫師，乃至一般過失所引起的醫療事故，也不能苛責於醫護人員，唯有重大過失所引起的醫療疏失結果，才需科以刑事處

⁴⁵最高法院 104 年台上字第 700 號民事判決。

罰⁴⁶。但醫學上何種危險是可受容許的，乃屬不確定法律觀念，要依照社會通念去判斷可受容許危險之範圍，尤其是「利益與危險之衡量」。

第五項 刑事醫療過失之內涵

第一款 過失要件

醫療過失之前提，係指醫療人員違反客觀上必要之注意義務而言，醫療之注意義務內涵，主要含有「結果預見義務」與「結果迴避義務」，醫療過失原則上固以醫療當時臨床醫療實踐之醫療水準，加以判斷是否違反注意義務，醫師此項注意義務之有無，應就法律、契約、習慣、及法理上所發生之義務予以決定，前文已淺述民事醫療過失之概說，既然民事過失之定義法無明文，且通說與實務經常援引刑法第 14 條，而且醫療糾紛之訴訟常態而言，經常以刑逼民方式出現，因此本文有必要介紹刑事過失內涵，始能完整論述醫療過失之真正內涵。過失犯的類型可分為 1、無認識過失 v. 有認識過失，2、一般過失 v. 業務過失，3、作為過失 v. 不作為之過失；醫療過失之刑事責任和民事責任有別⁴⁷，刑法第 14 條第一項(無認識的過失)第二項(有認識的過失)、第 15 條(不作為犯)、第 276 條第 2 項、第 284 條第 2 項乃實務判決業務過失之依據。刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係⁴⁸，第 14 條第一項，即無認識過失，條文中所稱能注意即客觀可避免性⁴⁹；實務上稱為懈怠過失，第二項即有認識過失⁵⁰；實務上稱為疏虞過失，有關過失犯整個評價的核心，仍應置於刑法第 14 條的客觀注意義務。若符合客觀規範上注意義務，應無過失。刑法上之過失犯，必須危害發生，與行為人之欠缺注意，具有因果關係，始能成立。過失作為犯之「客觀構成要件」需要特別檢驗過失犯的特別

⁴⁶ 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，21 卷 2 期，2009 年 10 月，22 頁以下；林東茂，刑事醫療過失探微—從一個案例說起，月旦法學雜誌，176 期，2010 年 1 月，271 頁以下；張明璋，形事過失責任之探討：以美國刑事醫療案例為例，臺大法學論叢，31 卷 1 期，2010 年 3 月，389 頁以下。

⁴⁷ 按民法對於過失定義，法無明文規定，以其欠缺注意之程度可分為抽象、具體及重大過失三種。

⁴⁸ 最高法院 76 年台上字第 192 號判例參照，此判例對於相當因果關係之解讀，是法院審理因果關係時最常提及之判決。但學者對此判例有意見。

⁴⁹ 林山田教授，刑法通論（上冊），增訂 8 版，2002 年，183 頁。

⁵⁰ 刑法第 14 條第二項與第 13 條第二項條文中皆有預見二字，但規範內容不同，前者以過失論，後者以故意論。

要素，亦即「客觀注意義務的違反」與「客觀可預見結果並且能避免」。

茲因實務時常因醫療重複鑑定暨告知說明之困擾，導致醫療過失之認定時有困境情況，因此本文認為應先審酌是否有相當因果關係，再予以評價醫療過失是否存在，以符訴訟經濟之效。但僅此認知還無法含攝醫療過失真正內涵，依新過失理論而言，還要再同時具備有主觀之預見可能性以及客觀之迴避可能性之注意義務，醫療行為人對於結果的發生若不具有客觀預見或迴避可能性者，仍不構成民、刑法之過失⁵¹，換句話說，醫療法學上應注意能注意而不注意之內涵，係指醫療之行為人得預見其行為或不行為的侵害結果，卻而未為避免損害結果之發生而言，因此對於侵害結果的「預見性及可避免性」即為注意的「必要條件」。正如一般行為人違反了注意義務時；若醫療行為違反一般之醫療常規「含實證醫學及臨床指引」，就很可能被解讀成醫療疏失，下文將對醫療過失之注意義務詳加論述。刑事法上已普遍認知，即使行為人已實現刑法明文過失構成要件，但若消極構成要件不成立時，行為人仍不具有過失構成要件⁵²，學者⁵³亦認為「但違反注意義務的判準必須藉助可避免性、可預見性...；至於結果非價，則有賴違法性相關事實的判斷...」，客觀歸責理論可以涵蓋違反注意義務這個判斷要素，行為人如果沒有製造不被容許的危險，當然也就沒有違反注意義務。但醫療之機關鑑定報告所謂之疏失，僅僅是客觀事實之認定而已，和刑法上之過失是具有法價值判斷，醫療專庭法官因不具醫療專業，醫療鑑定意見上所稱之因果關係，性質為醫學自然科學上之因果關係，毋寧是致病機轉或致死機轉上之因果關係，講究嚴謹之客觀證據。法學上稱因果關係者含有法價值判斷，與醫學上對自然科學因果關係之理解迥然不同⁵⁴。因此兩者因果關係理解亦有差異，不具醫療專業法官切莫相混不清。

新醫療法於 106 年 12 月 29 日立法院三讀通過第 82 條，於 107 年 1 月 24 日公布施行，其中第 3、4 項，其修法意旨：醫療過失責任判斷合理化與要件明確化，並為了

⁵¹ 台灣高等法院 96 年度醫上字第 27 號民事判決參照。

⁵² 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，157 期，2008 年 6 月，頁 81。鄭逸則，醫療行為屬攔截另一因果進程的行為，月旦法學雜誌，184 期，2010 年 9 月，頁 251。

⁵³ 林東茂，刑法綜覽，一品文化，修訂六版，98 年 9 月，頁 208-209。

⁵⁴ 吳志正，科際整合觀點下之醫療糾紛鑑定，月旦法學雜誌 (NO.190)，2011 年 3 月，33 頁。

避免本條與刑法第 12 條「行為非出於故意或過失者，不罰，過失行為之處罰，以有特別規定者，為限。」之適用疑慮乃增訂第 3 項，若醫事人員之故意行為，則仍然回歸刑法。所謂的違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者，明確規範了舊法所無之醫療過失之要件，並以第 4 項等客觀情況規定其範圍。醫療上必要注意義務，可謂幾近於醫療常規，而合理臨床專業裁量之內涵指：醫療水準、醫療設施、工作條件、與緊急迫切等客觀條件，但此要件之判斷仍需醫療專業鑑定協助，新法定義了舊法所無之過失要件，且限縮了醫事人員成立過失之可能性，結合刑法第 14 條與醫療法第 82 條之判斷後，將使醫療責任合理、明確及細緻化。當醫療事故預防及爭議處理法草案立法後，將可期待減輕醫師之醫療行為責任壓力，並作為新醫療法第 82 條之配套措施。醫事人員有關之民事與刑事責任之過失要件，其規定雖然內容相同，但其法律評價不同，刑事醫療必須遵照嚴格證據法則規範，檢察官應盡到實質舉證責任，讓法院心證達到無可懷疑的高度確認，始能成立刑事醫療過失責任。

第二款 過失要件中的注意義務

按刑法之過失犯，係指行為人按其情節，對於結果之發生，應注意，能注意而不注意為要件，且是否有預見之可能，為其是否能注意而不注意之先決條件，刑法上之過失犯，以行為人對於結果之發生應注意並能注意而不注意，雖預見其能發生，而確信其不發生，以致發生結果，且必須結果之發生，與行為人之欠缺注意，具有因果聯絡關係，始能成立。又過失責任之有無，應以行為人之懈怠或疏虞與結果之發生，有無相當因果關係為斷，所謂相當因果關係，即以所生之結果觀察，認為確因某項因素而惹起，又從因素觀察，認為足以發生此項結果者謂之。即刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係始得成立，100 年重醫上更(二)第 64 號刑事判決：史蒂文強森症候症案例即為適例，未履行實質告知說明義務即注意義務之違反，但仍需與死傷結果之間具有相當因果關係，否則難追究其相關醫療刑責。過失的概念除了必須是行為人對於侵害事實的發生有預見的可能性以外，還必須是行為人的行為違背注意義務。但在醫療

之注意義務如何認定，是實務過失認定之長期困擾，注意義務為過失犯的中心問題，我國通說與實務見解，認為過失的注意義務，是指行為人結果預見的義務與結果迴避義務。是否能注意，應依當時情況判斷，行為人已採取必要之結果迴避措施，仍不免結果之發生，若無結果迴避可能性，自不負不注意之刑事責任。

刑法第 14 條第 1 項所謂**應注意**，指客觀上有注意之義務，亦即客觀上以避免結果發生之義務，過失就是行為人對於犯罪構成要件的事實可以認識而未認識，或疏於認識導致可以預見以避免危險之結果發生，而具有可歸責性，所謂**能注意者**，指「客觀可避免性」，此即有避免發生之可能性是否能注意，應以行為人之注意能力為判斷。依當時情況判斷，行為人已採取必要之結果迴避措施，仍不免結果之發生，自負不注意之刑事責任。所謂**不注意**，指未為避免的行為，亦即未採取一定的行為避免結果之發生。其標準自應以一般人應注意之標準為標準：善良管理人之注意，這部分作為客觀構成要件要素之過失。行為人對於危險行為之發生，有無主觀的預見的可能，或迴避的可能「即能注意而不注意」而疏於注意的心理存在，導致發生危險之結果，其標準自應以具體個案中有無符合客觀注意義務的行為人個人能力為標準⁵⁵。就醫療行為人之過失而言，所謂之**客觀**於刑事法上係指「一個具有良知與理智而小心謹慎之客觀醫師」，民事法則指「依交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之客觀醫師」處於與個案醫療行為人相同具體情況下，是否能預見並迴避病患不幸結果之發生，此類型過失之審查亦多依賴鑑定意見為之，但鑑定意見縱然認為有醫療疏失，法院仍應進行客觀之預見可能性以及客觀之迴避可能性等審查，倘行為人對於不幸結果之發生，不具有客觀預見或迴避可能性者，仍不構成民、刑法上之過失⁵⁶。醫療照護除了客觀上符合醫療常規、醫療水準外，主觀上仍需就疾病的結果預知可能性及結果迴避可能性加以檢視，此乃對於結果之預見與迴避義務之前提要件。醫師「注意義務」可分為客觀注意義務及主觀注意義務；**客觀**注意義務指的是執行業務必須符合醫療之標準作業流程 SOP；醫師主給付義務主要是診療義務，

⁵⁵ 陳宏毅，論過失不作為犯，元照，2014 年 9 月初版，頁 354-355。

⁵⁶ 邱政惠 主編，吳志正、楊秀儀、王志嘉、遙念慈 著，醫事鑑定與法院之實質審判權，元照，2015 年 7 月初版，頁 21-25。臺灣高等法院 96 年度醫上字第 27 號民事判決參照。

視其是否符合醫療常規而定，主觀注意義務指 1 結果預見可能性 2 結果迴避可能性，行為人之過失行為雖違反客觀之注意，致發生一定的結果，如其結果並無預見或迴避之可能，仍不能令其負過失責任，是必行為人對於因過失行為所發生之結果，既應預見，且得採取適當措施，以迴避其發生，即所謂具有主觀預見可能性及迴避可能性，竟然未預見，又未迴避，始應負過失責任⁵⁷。94 年間著名之邱小妹轉診事件即為適例，被告醫師是否因未進行緊急手術而成立犯罪爭議？醫療法第 60 條第一項與緊急醫療救護法第 36 條規定參照。

第三款 結果之預見義務與迴避義務

有關刑法第 14 條第 1、2 項和刑法第 15 條規定，皆為刑事醫療過失之構成要件內涵，由最高法院實務見解及法條明文規定即可得知，雖然分列為作為與不作為兩個重要法條，而對於刑事醫療事故之因果關係首應釐清者，實務上要先區分是一般作為犯之因果關係或不純正不作為犯因果關係，對於訴訟經濟至為重要，否則判決結果將混淆刑法第 14 條與第 15 條之適用。舊過失理論用結果預見可能性來區分有否過失，凡有結果預見可能性而未能預見即有過失；新過失理論用結果迴避可能性來區分有否過失，凡有結果迴避可能性而未迴避即有過失，就新過失理論而言，醫療過失的成立，除了行為與結果之間要有相當因果關係外，還要再同時具備之主、客觀要件；醫師對於結果有主觀之預見可能性，以及對於結果應有客觀之迴避可能性之注意義務，學者認為若違反預見結果與迴避結果義務者，則可推定主觀上有預見與迴避結果違反認識之可能，乃屬當然之理。

醫師之醫療行為時之預見義務，有下列三點重要觀念，(一) 醫師應具備基本之醫學知識。即危險是否有預見可能，應以一般醫師的醫學知識為判斷標準，不能以醫師自己主觀之醫學知識及經驗作為判斷標準。(二) 醫療過失最典型之態樣，源自醫師對於醫學新知欠缺認識；因此醫師應時時更新自我之醫學知識或技術，使其醫療行為能達於

⁵⁷ 高天富、高銘佑，醫療風險理論概論，醫事法學，第 23 卷第 1 期，2016 年，6 月，頁 6-7。

當時之醫療水準。(三)預見義務在於預見發生結果之可能性。結果是否發生，本質上是機率的問題；發生的機率愈高，應注意的程度也越高。如何判斷，應以科學之合理性為基礎。諸如：醫學上之危險，縱使發生之機會極低，但仍有發生之可能，且為一般醫師所知悉時，即有預見義務；或雖未普遍為一般醫師所知悉時，然若施行醫療行為時，處於能夠知悉之狀態，亦有預見義務。一般而言迴避結果之發生有兩種方式：(一)捨棄為危險行為：例如一般醫師自知不具有某種專科醫師手術能力，竟然貿然行事，終導致病患死傷，則屬客觀注意義務之違反。(二)提高注意並為安全措施：例如護士為病患作青黴素皮膚試驗，經注意觀察反應確為陰性，但注射之後才成陽性反應，病人出現過敏性休克，急救無效死亡，這種特殊的過敏反應，即無從預見結果，且結果無法迴避，也不負任何罪責⁵⁸。

第四款 過失不純正不作為犯

又過失犯之本質是結果犯，若欠缺客觀注意義務可能是作為或不作為，而刑法之過失犯除了刑法第14條作為犯外，尚有刑法第15條不作為犯⁵⁹條文，若以消極之不作為方法，實現犯罪構成要件之不作為犯，有「純正不作為犯」和「不純正不作為犯」之分，應予區別，不純正不作為犯，依刑法第15條第一項規定：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止，與因積極行為發生結果者同。」其係以人之行為發生一定之結果，有因積極行為引起，有因消極不作為引起，無論作為或不作為，法律上的效果相同，但犯罪之成立，除了在客觀上，應有積極作為或消極不作為之犯罪行為外，並且應在主觀上有故意過失，始足當之。而消極行為和積極行為之犯罪，在法律上有同一效果，並非對於犯罪行為之意思要件，特設例外規定⁶⁰。但本文對於「不作為犯」僅

⁵⁸ 審理刑事醫療糾紛案件之研究，司法院印行，司法研究年報第27輯〈刑事類〉第五篇，2010年11月，頁82-83。

⁵⁹ 刑法第15條第一項規定：對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。第二項規定：因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。原條文第一、二項所謂「一定結果」條文，只修改為新法之「犯罪結果」，學者認為，如此法律審議，粗糙顯預，毫無章法。〔林山田，2005年新刑法總評，台灣本土法學，67期，2005年2月，頁84。〕

⁶⁰ 最高法院105年台上88號刑事判決參照。

限縮在「不純正不作為犯」加以討論。學者通說：過失不純正不作為犯之構成要件係綜合過失犯與不作犯之構成要件：(1)構成要件該當結果之發生、(2)不為期待之行為(即未為避免結果發生之行為)、(3)作為可能性(防止結果發生之事實可能性)、(4)不作為與結果間具有因果關係與客觀歸責性、(5)行為人具保證人地位、(6)不作為與作為等價⁶¹。對於具體結果之發生，不作為係其不可想像其不存在的條件，因為該想像中的特定救助行為或防果行為的出現，將會有效地排除結果的發生；倘可想像行為人從事特定救助行為或防果行為(亦可想像不作為的不存在)，而具體結果仍然會發生者，則不作為與結果之間即欠缺因果關係⁶²，簡而言之，行為人具有防止結果發生之保證人地位，能防止而不防止之不作為與結果間具有因果關係與客觀歸責，其前提要件乃假設法律所期待之作為存在⁶³，行為人對於結果之發生，客觀上可預見且可避免發生，才有不純正不作為構成要件該當性審查之必要。

第五款 結果之防止義務

因此刑法上不作為犯之過失犯，係指行為人對於構成犯罪事實之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止之情形。凡行為人對於構成犯罪事實之發生，居於可防止之地位而不防止，其不防止之行為，即與結果間有相當因果關係⁶⁴，然而結果防止義務，乃屬不確定法律觀念，最高法院認為「依刑法第十五條不純正不作為犯之規定，因自己之行為，致有發生犯罪結果之危險者，應負防止該結果發生之義務；違反該防止義務者，其消極不防止之不作為，固應課予與積極造成犯罪結果之作為相同之非難評價。然此所稱防止結果發生之義務，並非課予杜絕所有可能發生一切犯罪結果之絕對責任，仍應以依日常生活經驗有預見可能，且於事實上具防止避免之可能性為前提，亦即須以該結果

⁶¹ 林山田，刑法通論(下)，自版，2008年1月增定10版，頁200-240；林鈺雄，新刑法總論，自版，2009年9月2版，頁527-545；陳子平，刑法總論，自版，2008年9月增修版，頁152-158；張麗卿，過失不純正不作為犯，月旦法學雜誌，第57期，2000年2月，頁9。

⁶² 臺灣高等法院95年醫上訴字第2號判決參照。

⁶³ 許澤天，過失不作為犯之結果歸責一切除腫瘤成植物人案之評釋，月旦法學雜誌，第183期，2010年，頁20以下參照。

⁶⁴ 最高法院85年度台上字第1544號判決意旨參照。

之發生，係可歸責於防止義務人故意或過失之不作為為其意思責任要件，方得分別論以故意犯或過失犯，否則不能令負刑事責任，始符合歸責原則⁶⁵。」因此原因與事故間之因果關係如何？是否行為人能否預見而得加以防止？均攸關業務過失犯行成立與否之認定，基於公平正義之維護，且與被告之利益有重大關係。當違反結果迴避義務之法益侵害結果，過失犯之結果發生與保證人之作為義務產生了等價關係，就如同作為義務違反之違法評價，形成過失之不純正不作為犯，此即表示綜合過失與不作為的觀點，過失不作為犯，行為人在主觀上認識所處的作為義務的地位，怠於為迴避結果發生之義務，在此迴避結果發生之積極義務與不作為之作為義務產生等價關係⁶⁶，患者因車禍送至沙鹿童綜合醫院醫治，所發生之未放置顱內壓監測器，導致顱內出血案例即為適例。前大法官許玉秀她認為「至今沒有任何實務經驗可以告訴我們，究竟哪一種構成要件類型，不作為在什麼條件之下可以和作為等價⁶⁷。」顯然對於所謂的等價關係有不同意見。

不純正不作為犯屬具有「保證人義務」和「保證人地位」的雙重身分犯。不純正不作為過失犯構成要件也具有這樣的特性。過失犯構成要件的適用是以具體於事中所未履行的**特定作為義務**作為適用對象，但「**保證人的作為義務**」並非是「事中」確定的「特定作為義務」，而屬**事前規定的不特定義務**；行為人如果事實上未進入保證人地位，也不會構成不純正不作為犯。客觀上對不純正不作為過失犯構成要件進行適用時，其實是以未為防止事實行為和事實實害發生具有因果關係作為前提。不純正不作為過失犯構成要件，其實是在「將未為事實防止行為與非客觀不可避免的事實實害結果發生之間，具有因果關係的前提下，具有保證人作為義務且實際進入保證人地位者，應注意而不注意，未履行其保證人的建構無漏洞的保全監控網作為義務⁶⁸。」醫療行為屬攔截已先行啟動的另一因果進程，不純正不作為則屬未攔截已先行啟動的另一因果進程，並非啟動因果進程，醫療行為所涉及的二個因果進程，均屬事實因果進程；但不純正不作為構成要件的因果

⁶⁵ 最高法院 96 年度台上字第 2250 號刑事判決參照。

⁶⁶ 陳宏毅，論過失不作為犯，元照出版有限公司，2014 年 9 月初版，頁 210-211。

⁶⁷ 林鈺雄，新刑法總則，元照出版，2009 年 9 月二版，頁 541。

⁶⁸ 鄭逸哲、黃品敘、申哲，台北醫法論壇(XIV)，倫理歸倫理，法律歸法律，104 年 11 月，頁 60~61。

進程，所涉及者，一屬事實因果進程，另一則屬擬制因果進程，應就已先行啟動的因果進程，在客觀上是否具有可攔截性—即該因果進程所造成結果，是否具有「客觀可避免性」加以重視，一旦客觀可避免性難以確定時，就必須**推定**不純正不作為構成要件該當性」的不成文「審查前提消極要件」—客觀不可避免性已實現，**不應**展開不純正不作為構成要件該當性審查⁶⁹。學者想要探究者乃結果迴避可能性是否存在。

第六款 實務與學者見解

按刑法第 15 條規定，本條規定不作為犯，可分為純正不作為犯與不純正不作為犯兩種情況，但最主要的是不純正不作為犯，醫療過失之案例最常出現，最高法院 104 年度台上字第 1835 號刑事判決認為：「刑法上之過失犯，系指行為人依客觀情狀負有義務，而依其個人情況有能力且可期待其注意，竟疏於注意，以致實現犯罪構成要件之行為。又對於犯罪構成要件該當結果之發生負有防止義務之人，不為其應為之防止行為，致發生與以作為之行為方式實現法定構成要件情況相當之不作為犯，亦屬過失犯，此觀諸刑法第 14 條第 1 項及第 15 條規定自明」⁷⁰。由此最高法院見解得知，客觀上負有注意避免發生危險之義務，若因而法益造成危險者，即負有防止危險發生之義務，此等違背義務之危險前行為，即構成不純正不作為犯之保證人地位，此案已經發回台南高院審理中。很顯然告訴醫界重要訊息；有關刑法第 15 條規定亦屬過失之重要規範，下文所提之（頭顱監測器案例）⁷¹即為過失不純正不作為最佳適例。而臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上訴字第 96 號刑事判決也認為：「依刑法第 15 條不純正不作為犯之規定，因自己之行為，致有發生犯罪結果之危險者，應負防止該結果發生之義務；違反該防止義務者，其消極不防止之不作為，固應課予與積極造成犯罪結果之作為相同之非難評價。然此所稱防止結果發生之義務，對於結果有預見可能，且於事實上具防止避免之可能性為前提，亦即須以該結果之發生，係可歸責於防止義務人故意或過失之不作為為其意思責任要件，方

⁶⁹ 鄭逸哲，難以確定「客觀可避免性」就不應展開「不純正不作為構成要件該當性」審查—評析最高法院 100 年台上字第 32 號判決，103 年 5 月 10 日。頁 39-50。

⁷⁰ 最高法院 102 年度台上第 2321 號刑事判決亦同此旨。

⁷¹ 98 年最高法院台上字第 276 號民事判決、99 年醫上字第 11 號民事判決。

得分別論以故意犯或過失犯，否則不能令負刑事責任，始符合歸責原則⁷²。」同時 97 台上 3115 號：「刑法上過失不純正不作為犯之成立要件，係指行為人怠於履行其防止危險發生之義務，致生構成要件該當結果，即足當之。故過失不純正不作為犯構成要件之實現，係以結果可避免性為前提。因此，倘行為人踐行被期待應為之特定行為，構成要件該當結果即不致發生，或僅生較輕微之結果者，亦即該法律上之防止義務，客觀上具有安全之相當可能性者，則行為人之不作為，即堪認與構成要件該當結果間具有相當因果關係。」防止結果發生之義務，最重要之核心概念，乃對於結果要有預見可能及防止避免之可能性為前提要件。下文將淺述醫療過失之幾個重要概念；醫療過失之相當因果關係、因果關係之舉證責任之分配、醫療過失之判斷標準、醫療之告知說明義務、告知說明與因果關係。

第六項 醫療過失中的相當因果關係

第一款 因果關係之沿革

所有過失犯的成立，基本上必須存在違反客觀注意義務的行為，此即注意義務為判斷過失之核心，但若僅有客觀注意義務之違反，尚不足以成立過失犯，其成立要件仍然必需社會之損害結果出現，而義務之違反與結果之間必須要有因果關係，在早期關於因果關係之審查重點，僅審查行為與結果之間是否有『條件因果關係』，在二十世紀中期後，學者還會再進一步審查注意義務之違反是否導致法益侵害，德國學說稱之為「義務違反關聯性」之審查，因此過失犯之因果關係審查，可分為第一層次：自然科學意義下的因果關係或稱為事實上的因果關係檢驗，第二層次：法律意義下之違反注意義務與結果發生之間的因果關係檢驗⁷³，就第一層次而言，德國學界與實務見解，即採條件因果關係理論，就是必須先判斷行為是否為結果發生之不可欠缺的條件，此一條件在我國學說有不同說明詮釋；「造成具體結果所不可想像其不存在的每個條件，倘可想像其不存在，而

⁷² 最高法院 96 年度台上字第 2250 號判決意旨參照。此案經由 96 年更審後將原判決撤銷。

⁷³ 王皇玉，〈德國醫療刑法論述概說〉，月旦法學雜誌，2009 年，170 期，頁 136。

具體結果仍會發生，則非刑法上之原因」⁷⁴。「結果之條件是不能想像它不存在的因素，否則，結果即不會發生」⁷⁵。「若無前行為事實亦無後行為事實」⁷⁶，簡而言之，「如無前行為，即無後結果」或「無如此行為，即無此結果」，就能清楚條件因果之內涵，通說因此認為；如果去除該行為，法益侵害的結果就不會發生，則該行為與結果之間具有條件因果關係，反之，若去除該行為，而法益侵害的結果仍會發生，則該行為即非結果發生之條件，德國學說稱之為『假設之消除程序』⁷⁷：「若無，則不」的程式是一種反證規則，旨在認定『若 A 不存在，B 仍會發生，則 A 非 B 的條件』⁷⁸。」本文試舉三例與醫療有關案例再加以說明如下。

第二款 條件因果關係

例一：護士應為剛出生嬰兒注射 B 肝疫苗，卻誤將肌肉鬆弛劑注射注入嬰兒體內，則打錯針之前行為與嬰兒死亡之後結果，『具有條件因果關係』，因為倘若沒有錯誤注射行為（非 P），則嬰兒就不會有死亡之結果（非 Q）。例二：病人為了作電腦斷層掃描檢查而注射顯影劑，結果病人死了，最初被懷疑死因是顯影劑之過敏反應，但經解剖驗屍後發現死因是心肌梗塞，並無過敏反應，顯然注射顯影劑與死亡並無條件因果關係，因為去除了注射顯影劑此一條件，病人仍會因心肌梗塞死亡，可見注射顯影劑與病人死亡之間不具有（非 P 則非 Q）關係。本文再舉例三說明：甲車撞傷乙，造成乙腿骨折，乙在醫院治療期間，醫院發生大火，結果乙喪生火海中，則（甲車撞傷乙）與（醫院發生大火）均為（乙喪生火海）之條件或原因，這兩個條件均是『不可或缺的條件』，若欠缺一條條件，則乙不會死亡，把足以形成結果之所有原因或條件，均視為等值而平等，不區分各個條件中何者才是造成結果最重要或是相當的條件⁷⁹，因此條件因果關係又稱為『等

⁷⁴林山田，刑法通論(上)，自版，2008年1月增定10版，頁213。

⁷⁵許玉秀，〈最高法院七十八年台上字第三六九三號判決的再探討：前行為的保證人地位與客觀歸責理論初探〉，〈主觀與客觀之間〉，1997年，頁307。

⁷⁶李聖傑，〈因果關係的判斷在刑法中的思考〉，中原財經法學，2002年，第8期，頁134。

⁷⁷王皇玉，醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起，臺大法學論叢，第41卷第2期／vol.41, no.2，2012年6月，733-736頁。

⁷⁸王澤鑑，侵權行為法，增訂新版，2017年3月，頁264-265。

⁷⁹黃庭堅，基礎刑法學(上)，2006年，3版，頁283。

值理論』；把任何『部份的原因』都當成是『獨立的原因』⁸⁰。也造成結果的發生，都和先前的條件有關，因此對於經驗的關連有無限牽扯之缺失，然而條件說的缺點不難克服，因為要評價客觀構成要件的實現，不單憑經驗之因果，仍然要考慮其他的歸糾標準，此即條件因果關係存在之後，應該進一步地探究『結果歸責』問題。醫療過失與結果（死亡或傷害）之間，必須要具備因果關係，客觀構成要件才有該當，依學者見解也認為，因果關係有兩個不同層次，第一層次，行為與結果之間有「經驗上的因果關係」，這關係屬於事實認定或客觀判斷層次，事實層次的認定結果，是客觀可驗證的，依照一定方法，經驗上的因果認定，結論比較可以一致，這是「必要條件」。第二層次，結果可以歸咎於過失行為，有「可歸責性」，屬於有「評價上的因果關係」，這關係屬於價值判斷的層次，「經驗上的因果」是「必要條件」，「可歸責性」則是「充分條件」；沒有經驗上的因果，就不需要討論可歸責性，但具有經驗上的因果，則不必然具備可歸責性，鑑定之主要目的，是在協助澄清經驗上的因果，澄清了這點，才可能接著判斷「可歸責性」⁸¹。本文認為關於醫療過失之法律評價，其先後之程序應該先有醫療鑑定（是否有醫療疏失），其次再審酌因果關係（是否有相當性），最後再討論是否有醫療過失，以收訴訟經濟之效，否則若先審酌是否有過失（因為過失之其前提要件就是法院要先審酌是否有疏失），再審酌是否有因果關係的話，可能後來才發現因果關係並無相當性，或醫療過失的上訴之提起程序不合法：有名之史蒂文強森症案例即為適例，最高法院將上訴駁回，始將歷時超過11年之訴訟終結，豈不浪費寶貴之司法資源。若評價之程序上，若無醫療疏失或無因果關係或無相當性，必然不存在醫療過失，因此不可歸責於醫師，此乃當然之論理法則，下文再詳論相當因果關係，有無因果關係是判斷被告醫師民事上是否應負損害賠償之責，及刑事上是否有罪的關鍵之一。

第三款 相當因果關係

因果關係係侵權行為法實務及理論之核心問題，也是最困擾法院與學者之問題。醫

⁸⁰ 林東茂，刑法綜覽，2009年，9月，六版，頁1-93。

⁸¹ 張麗卿，醫療人權與刑法正義，2014年1月，初版，頁91。

界所理解之因果關係，性質上為自然科學之因果關係，與法界所理解具有法價值判斷之因果關係概念，並不完全等同⁸²，醫療鑑定亦與因果歷程有關，醫師在醫療過程中有無怠於業務上應注意事項，病患之死傷與醫師之醫療行為有無事實上之因果關係，但此因果關係和法官所確認的是規範評價上的相當因果關係(客觀歸責理論)，兩者不可混淆⁸³，比如告知義務及因果關係之間即有重要關連，且又關係著過失行為與結果間之相當因果關係，及舉證責任如何分配之爭議。

最高法院關於醫療訴訟相關判決，有助於更深刻認識法院是如何建構「相當因果關係」理論，並將其適用涵攝於具體案件，因具法學方法上的意義，故文中將詳細的說明論述，並提出學者看法與實務比較。我國實務判決一向採『相當因果關係』，按侵權行為之債，固以有侵權之行為及損害之發生，並二者間有相當因果關係為其成立要件(即「責任成立之相當因果關係」)，惟相當關係乃由「條件關係」及「相當性」所構成，必先肯定「條件關係」後，再判讀該條件之「相當性」，始得謂有相當因果關係⁸⁴，學者王澤鑑教授亦然，其對於相當因果關係解讀如下：侵權行為法上的因果關係分為責任成立因果關係及責任範圍因果關係，所謂因果關係，通說係採相當因果關係，相當因果關係是由條件關係及相當性所構成的，故在適用時應區別二個階段...。我國判例學說亦認知此點(先審就條件因果關係再認定該條件的相當性)，惟未明確加以區分，醫療、公害或商品事故所涉及者，多屬條件關係，概括以相當因果關係稱之，未能凸顯問題的爭點。「條件關係並非僅在觀察自然的、機械的、無價值事務的發生過程，仍然含有一定程度的規範性判斷，故逕以事實上因果關係稱之，是否妥當，容有疑問，至於「相當性」屬於價值判斷，具有法律上歸責的機能，旨在合理地移轉或分散因侵權行為而生的損害⁸⁵。」此

⁸² 吳志正，〈實證醫學數據於醫療事故損害賠償上之意義〉，《國立臺灣大學法學論叢》2011年3月，40卷1期，頁152-159。

⁸³ 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2007年9月，頁386。95年台上字第3884號判決。此判決認為醫療若符合當時、當地之醫療水準，即可認定醫師已盡法律上所要求之客觀注意義務，若仍發生不幸結果時，即因為無(客觀預見可能性)，所以不成立醫療過失之責任。

⁸⁴ 最高法院101年台上字第443號民事判決，94年台上2210民事判決，臺灣高等法院103年醫上字000024號民事判決皆有相同見解參照。

⁸⁵ 王澤鑑，侵權行為法，增訂新版，2017年3月，頁263-264。

等相當因果關係理論，亦與學界爾來之客觀歸責理論相符，該理論謂行為須具備三要件，始具客觀歸責而得肯定其因果關係，即（一）行為係結果之條件，（二）行為與結果間須具備相當（因果）關係，（三）行為人之行為創造出法律所不容許之風險，且於構成要件結果中實現該風險。理論上相當因果關係可再區分為主觀說、客觀說與折衷說，我國實務對相當因果關係之判斷基礎上，係採客觀說，也就是其判斷認定的依據係依「客觀的事後推測」⁸⁶，站在客觀觀察者角度，審查行為當時，依據一般人所能認知的事實是否能在行為前被預見。客觀相當因果關係理論以行為人在行為時所存在的一切客觀事實，作為判斷因果關係基礎。但如果真的將客觀上所有事實皆納入考量，其用以判斷因果關係的條件範圍豈不是無邊無際，而且這時候驗證因果關係就不是在「在一般情形下，有此同一條件存在 ...認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果不相當」，換句話說，相當因果關係理論納入判斷的背景條件其實已是透過經驗法則篩選過的「一般情形下的此一條件」，之後才再檢驗該條件與結果之間的因果關係是否存在，也就是有無「若P則Q」的情形，P是否造成Q的充分條件：P對於Q的造成是否具相當性⁸⁷。相當因果關係說主要在「排除」機率很低之機率（偶然之因素），或純粹意外之客觀可歸責性。

有學者認為：「條件因果乃用以判斷結果之原因；相當性理論乃用以判斷結果之歸責，相當因果關係理論可以說是在肯定具有條件因果的前提下，進行結果責任歸屬的價值判斷，因此相當因果關係理論也被歸類為客觀歸責理論之一。我國一向採取相當因果關係理論，這與德國刑法上的「條件因果關係理論」與「客觀歸責理論」並不相同，然而近年來，在醫療過失案件中，實務判決越來越多的案例，是以「合法替代手段」與「結果迴避可能性」之概念，論斷因果關係之有無，在我國刑法實務運作下，相當因果關係理論的內涵已與原始理論中「以排除異常或反常因果為任務」之見解不大相同，而是藉由「結果迴避可能性」之概念，對相當因果關係進行補充，這個趨勢似乎宣示了相當因果

⁸⁶ 黃榮堅，基礎刑法學（上），2012年3月，頁276。

⁸⁷ 主要作者／盧映潔，共同作者／朱振國等12人；2013年5月，新學林，頁60-61。

關係理論之鬆動，且有逐步向客觀歸責理論靠攏的意思⁸⁸。」相當因果關係理論雖然在德國刑法學說上一再被提起，但德國實務判決始終以條件因果關係作為刑法上之因果關係，德國刑法學界隨後發展出客觀歸責理論，也是建立在條件因果關係的前提下，反倒是民事侵權領域中的因果關係，採行的是相當因果關係理論，其理由主要在於，民事侵權行為之認定，並不區分故意或過失行為。倘若如同刑事法一樣採取條件因果關係來認定侵權行為責任，由於無法像刑法一樣藉由故意或過失之主觀歸責方式，加以過濾過失過廣的責任歸屬，因此必須尋求其他方式比如相當性理論來限縮責任歸屬⁸⁹。

法院有關醫療過失之法律評價，其先後之程序應該先有醫療鑑定(是否有醫療疏失)，其次再審酌因果關係(是否有相當性)，最後再討論是否有醫療過失，以收訴訟經濟之效，否則若先審酌是否有過失，再審酌是否有因果關係時，可能會發生下列情況；(一)已經審酌是否有過失後，其後才發現因果關係並無相當性，或(二)醫療過失的上訴之提起程序不合法：有名之史蒂文強森症案例即為適例，最高法院(101年台上2637號判決)最後將上訴駁回後，始將歷時超過11年之訴訟終結，豈不浪費寶貴之司法資源。程序上若無醫療疏失或無因果關係或無相當性，必然不存在醫療過失，因此不可歸責於醫師，此乃當然之論理法則，關於相當因果關係，最高法院曾對此提出見解，不作為而造成他人損害應負侵權行為責任，除有法律或契約有唯一訂作為義務外，亦須該不作為與損害之造成有因果關係為必要，亦即倘若有所作為即得防止結果之發生，而因其不作為致發生損害，該不作為與損害之間始有因果關係⁹⁰。「倘若有所作為即得防止結果之發生」，此前提條件是否必然存在應先予以釐清，若未必然存在時，則無過失不純正不作為犯構成要件之實現可能。

⁸⁸ 王皇玉，醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起，臺大法學論叢，第41卷第2期／vol. 41, no. 2，2012年6月，頁725。

⁸⁹ 王皇玉，前揭註，頁757—758。黃榮堅，論相當因果關係理論：評最高法院89年度台上字第7823號及臺灣高等法院89年度崇上更(三)字第143號判決，月旦法學雜誌，96期，頁318-319

⁹⁰ 最高法院台上字第2004年民事判決，此乃交通事故與醫療過失競合之經典案例。黃榮堅，論相當因果關係理論：評最高法院89年度台上字第7823號及臺灣高等法院89年度崇上更(三)字第143號判決，月旦法學雜誌，96期。

第四款 相當性之爭議（是否必然性）

韓忠謨教授曾謂「在一般情形下，有同一之條件，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，亦即為發生結果之原因」，這句話，後來成為最高法院 76 年臺上字第 192 號判例所援引⁹¹。王皇玉教授認為：顯然實務和學者之間對於相當因果關係的看法解讀不完全，但此判例會容易讓人誤會「相當性」必須到達行為與結果間具有必然如此與毫無例外的連結關係，其實相當性指的是一定程度的概然率，其實不必到達「必然如此」或「毫無例外」的程度⁹²；實務認為所謂的相當是指前因必然造成後果，而學者則認為前因與結果之間，存在有高度可能性之蓋然率而已。至於「相當性屬於價值判斷，具有法律上歸責的機能的這個看法，則為實務與學說之間之相同見解確定無誤。很顯然實務界對於相當性的解讀和學者見解完全不同，因此有必要加以釐清，本文再引用張麗卿教授見解認為：「相當因果關係說主要在排除機率很低之機率（偶然之因素），或純粹意外之客觀可歸責性。除了違反注意義務之基準外，相當因果關係說是實務上最常引用之過失判斷標準。何種條件對於結果之發生只有（很低之機率），何種條件有普遍之傾向（很高之機率）會引發結果之發生，此乃須借助專家之判斷⁹³。」顯然字裡行間並無將相當性解讀成必然之意思表示，其僅用很低或很高的機率來解讀相當因果關係。

另外學者陳子平教授認為：「相當因果關係說主張，於行為與結果間存有條件關係之前提下，參照社會之生活經驗，而被認為通常從該行為皆會發生該結果（通常皆如此）者，則有刑法上之因果關係，而判斷先行事實與後行事實間是否存有相當性，亦即從該

⁹¹ 最高法院 76 年臺上字第 192 號判例：「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，為客觀的事後審查，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因果關係，反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係。」此判例出現之後即為實務所經常援引，最高法院 97 年度臺上字第 2346 號判決即為適例。

⁹² 王皇玉，前揭註，761-762 頁。

⁹³ 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〉，157 期，2008 年 6 月，頁 82。

行為通常皆會發生該結果，而具有高度可能性⁹⁴。」學者王澤鑑教授對於相當性解讀如下：「以 direct（直接），proximate（接近、密卻、近因）或 foreseeable（可得預見）作為判斷標準。」因此經由前述學者之見解得知，在行為與結果間之條件因果關係之相當性不宜解為必然，所謂之「相當性」指的是一種結果發生的蓋然率或稱為可能性或機率，因此「相當性」的審查應該建立在結果發生的蓋然率之上無誤。因此最高法院 95 台上字第 1723 號民事判決之也從善如流見解違：「所謂相當因果關係，係指無此事實，雖不必生此結果，但有此事實，按諸一般情形，通常均可能發生此結果者而言⁹⁵。」很清楚闡明了相當因果關係所謂之「相當」之意義，其見解顯然和前述學者看法相同，所謂之「通常均可能」僅明示有較高之概率，並無解讀成有必然性之必要，「通常」這二字就已清楚明示了並非「必然」之詮釋，尤其在論述醫療過失與死傷結果時，死傷之前因往往錯縱複雜甚難厘清，故有關之相當性更應慎重其法律評價。如今最高法院此見解已清楚宣示相當性之內涵，其與早期最高法院 76 年臺上字第 192 號判例之間，也做出了正確之宣示與區別，因此實務上若欲援引此判例時，更應細膩論述相當因果關係之相當性是否存在。

第五款 實務與學者見解

實務見解謂：「按侵權行為之債，固以有侵權之行為及損害之發生，並二者間有相當因果關係為其成立要件（即責任成立之相當因果關係）。惟相當因果關係乃由「條件關係」及「相當性」所構成，必先肯定「條件關係」後，再判斷該條件之『相當性』，始得謂有『相當因果關係』，該『相當性』之審認，必以行為人之行為所造成之客觀存在事實，為觀察之基礎，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，始足稱之；若侵權之行為與損害之發生間，僅止於條件關係或事實上因果關係，而不具相當性者，仍難謂該行為有責任成立之相當因果關係⁹⁶。」另有

⁹⁴ 陳子平，刑法總論，2008 年，元照 2 版，頁 167。

⁹⁵ 經最高法院發回更審，95 年重上國更(一)字 00007 號，將上訴駁回後，最高法院 96 年台上字第 001174 號最出回應：上訴不合法，再度將上訴駁回。

⁹⁶ 最高法院 101 年台上字第 443 號民事判決參照

臺灣高等法院 103 年度醫上字第 24 號民事判決亦採相同見解⁹⁷，此判決乃 106 年度台上字第 0000227 號民事判決前審，因不符民事訴訟法第 277 條但書規定：舉證責任分配減輕或轉換，已經最高法院發回更審中，最值醫界關切其更審結果。而學者王澤鑑教授贊同前述此最高法院已提出了**責任成立因果關係**這個重要觀念，是思考方法的突破，但須說明的是，應更明確認識「責任成立因果關係」係存在於侵權的行為及權利受侵害之間，而受侵害而發生的結果損害（比如支出醫藥費）則為**責任範圍因果關係**，學者一再強調認為侵權行為法上的因果關係，分為「責任成立的因果關係」與「責任範圍的因果關係」二種，前者指「可歸責的行為」與「權利受侵害」之間具有因果關係，其所認定的是「權利」受侵害是否因其加害行為（原因事實）而發生，後者（又稱為責任填補因果關係）指「權利受侵害」與「損害」（因權利受侵害而生的結果損害）之間的因果關係，其所認定之是因「權利被侵害」而發生的「損害」，應否予以補償的範圍，易言之，所生的損害何者應歸由加害人負賠償責任。關於此判決應注意者有二：（一）因果關係與過失雖均係侵權行為的成立要件，但其規範階層不同，（二）就思考層次而言，應先檢驗因果關係，責任成立因果關係係屬事實要件，侵權行為是否成立尚須受違法性及有責性（故意或過失）要件的規範，換言之，責任成立因果關係與責任範圍因果關係是建立在事實要件、違法性、及有責性（故意、過失）上，提供了一個判斷何種損害應歸遊行為人負責的思考方法，而最值得強調者，關於因果關係和過失認定時，若已認定其侵害行為與權利受侵害之間無因果關係，則無討論有無過失的必要，又過失的判斷係針對侵害權利的行為，而不及於因權利受侵害而肇致結果損害問題⁹⁸。

本文就以車禍為例，甲開車撞傷乙腳，造成乙之身體健康之權利受侵害，其因果關係謂之**責任成立因果關係**，又可稱為**初始侵害（侵害權利損害）**，而因此權利受侵害後所間接產生的結果損害，比如醫療手術費用、喪失工作機會、乙就醫途中再受車禍撞擊、

⁹⁷ 臺灣高等法院 103 年度醫上字第 24 號民事判決亦採相同見解，此判決乃 106 年度台上字第 0000227 號民事判決前審，因不符民事訴訟法第 277 條但書規定：舉證責任分配減輕或轉換，已經最高法院發回更審中，此更審之頭部滑倒導致顱內出血案例值得探究研討。

⁹⁸ 王澤鑑，侵權行為法，增訂新版，2017 年 3 月，頁 256-259。

乙回家後因腳傷下樓時又遭腦部受傷、或乙至醫院就醫時又因院內失火再受燙傷，其因果關係謂之責任範圍因果關係，又可稱為結果侵害，此處最值要注意的重點乃是，加害人是否有過失係針對初始侵害並不及於結果侵害，但此等結果侵害應否賠償係依因果關係加以認定，換句話說，關於責任範圍之認定，若結果侵害（醫療費用）與身體健康所侵害具有相當因果關係，則應予賠償，前述乙腳傷下樓又遭腦傷時，甲對乙腦傷，雖無過失，仍應負責賠償⁹⁹。童綜合醫院神經外科案例¹⁰⁰，本案經鑑定意見之事實，交通事故之初始損害及醫療過失擴大之損害係可明確劃分，依電腦斷層結構判斷，初級損傷占40%，次級損傷占60%，先有交通事故造成初級腦傷，又因醫療行為未裝置顱內壓監測器，或未再安排電腦斷層掃描，因此無法降低或阻止次即損傷擴大，具有直接因果關係，但涉及交通事故與醫療過失偶然競合時，若彼此間不具備客觀的行為關聯性，行為人僅就其行為與結果間，有相當因果關係之損害部分負責，醫方對於交通事故所造成之初級損害毋庸附責，但交通事故肇事者對於醫療過失所生之次級腦傷是否負責，須視交通事故與此部分損傷是否具備相當因果關係為斷¹⁰¹，以下案例分享再說明之。

第七項 因果關係之舉證責任之分配

第一款 因果關係之舉證責任

「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任。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277條定有明文，所謂舉證責任，乃特定法律效果之發生或不發生所必要之事實存否不明之場合，當事人之一造因此事實不明，將受不利益之判斷，乃必須就該事實提出有關證據，使法院信其主張為真實之謂也。故負有舉證責任之當事人於訴訟上尚未盡其舉證責任時，法院即不得以其主張之事實為裁

⁹⁹王澤鑑，侵權行為法，增訂新版，2017年3月，頁260。學者認為「雖無過失，仍應負責」這法理應予肯定，蓋因所涉及的非屬所謂「一般生活上的風險」，乃是「傷害他人腳部特別危險的實現」。

¹⁰⁰台灣高等法院台中分院99年度醫上字第11號民事判決，最高法院103年度醫上字第706號民事判決、台灣高等法院台中分院103年度醫上更(一)字第1號判決參照。

¹⁰¹吳振吉，論交通事故與醫療過失競合理論—以日本法為借鑑，政大法學評論地150期，2017年9月，頁4-52。

判之基礎，是舉證責任之效果，於訴訟上乃不利益之歸屬，亦即敗訴結果之負擔¹⁰²，因此債權人主張因債務人不完全給付時，而受有權利損害者，應舉證證明債務人之義務違反與損害之間，存在有相當因果關係。諸種案例的因果關係常有不同認定方法，如在醫療事故採用之統計的因果關係、蓋然的因果關係，公害事故則多應用疫學因果關係，醫療過失之舉證責任分配，一向困擾學說與實務¹⁰³，刑事醫療糾紛若公訴時由檢察官負責舉證責任，自訴則由當事人舉證，比較單純容易了解，然而在民事醫療糾紛於訴訟上，對於舉證責任之分配最令實務分歧，依實務見解應以法律要件分類說定舉證責任之分配，亦即主張權利（或法律關係）存在者，原則上就該有利於己的權力發生要件負舉證責任，此即醫療行為有無民事訴訟法 277 條但書規定之適用爭議；否定說則主張；認為醫院或醫師有過失者，原告家屬應先負舉證之責，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，惟因果關係涉及醫療專業、證據力、病歷資料保全等等¹⁰⁴，若全由原告負舉證責任時，將不符侵權行為法要救濟被害人之理念，亦不符新修正之民事訴訟法第 277 條但書精神，因此肯定說主張；合理地減輕原告舉證責任，甚或將舉證責任轉移給被告，已漸為實務和學者所肯定，但最值得注意的重點是在何種情況或前提要件下，始能將民事醫療糾紛的因果關係之舉證責任轉由醫師被告承擔，而折衷說主張；原則上應先由病患舉證證明醫院或醫師有過失，例外情況時（醫療處置具有可歸責之重大瑕疵導致結果發生時），始由醫師由醫師舉證證明其醫療過失與病人死亡間無因果關係。顯然衍生出醫療行為有無民事訴訟法 277 條但書規定之適用爭議問題，因此本文認為有三說；（1）否定說（最高法院 96 台上 2738 號民事判決）、（2）肯定說（最高法院 98 台上 276 號民事判決）、折衷說（最高法院 106 台上 227 號民事判決）為各說代表。醫療行為過失與病患死亡之間，相當因果關係之舉證責任分配之爭議，不僅困擾實務判決，學界亦爭論不休，本文贊同最高法院 106 台上 227 號民事判決之最新見解。

¹⁰² 民事訴訟法研究基金會，表現證明在我國實務上運用之評估，頁 302。

¹⁰³ 刑事醫療糾紛情況比較清楚，依照刑事訴訟法第 161 條、第 163 條規定，公訴案件由檢察官負責舉證責任，而自訴案件則由自訴人負責舉證責任。

¹⁰⁴ 對於病歷之保存，衛福部過去推動電子病歷之建立，最近更鼓勵所謂的雲端病歷，方便醫師了解病患之既往症之查詢，然而有醫界認為在看診時若病患甚多時，時間上恐有窒礙難行之處。

第二款 實務見解

最新關於損害賠償乃 106 年最新案例：(因滑倒硬腦膜外出血案)，最高法院認為：「按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任；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，民法第一百八十四條第一項前段、醫療法第八十二條分別定有明文。醫師為具專門職業技能之人，其執行醫療之際，應盡善良管理人之注意義務，就醫療個案，本於診療當時之醫學知識，審酌病人之病情、醫療行為之價值與風險及避免損害發生之成本暨醫院層級等因素，綜合判斷而為適當之醫療，始得謂符合醫療水準而無過失；至於**醫療常規**，為醫療處置之一般**最低標準**，醫師依據醫療常規所進行之醫療行為，非可皆認為已盡醫療水準之注意義務，又因醫師**未能**施行符合醫療水準之醫療行為（積極作為與消極不作為），而病患嗣後發生死亡者，若其能妥適施行符合醫療水準之醫療行為，使患者仍有生存之相當程度可能性者，即難認該過失之醫療行為與病人之死亡間無相當因果關係。再過失之醫療行為與病人之死亡間因果關係之存否，**原則**上雖應由被害人負舉證責任，惟苟醫師進行之醫療處置具有可歸責之重大瑕疵，導致相關醫療步驟過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係，發生糾結而難以釐清之情事時，該因果關係無法解明之不利益，本於醫療專業不對等之原則，**例外**時則由醫師負擔因果關係之舉證責任：依民事訴訟法第二百七十七條但書之規定，即生舉證責任轉換(由醫師舉證證明其醫療過失與病人死亡間無因果關係)之效果¹⁰⁵。」換言之，「對於若無醫療疏失即不生法益侵害此一事實證明，法官須產生確信心證。而重大醫療疏失從客觀角度來看，已經達到令人無法理解何以發生此種錯誤的程度，或者是身為醫師絕對不允許犯的錯誤，即屬重大醫療疏失。此種疏失會產生舉證責任倒置的效果，因重大過失所導致醫療疏失的情況，醫師要承擔舉證責任可能帶來的敗訴風險，病患仍須就存在重大醫療疏失此一事實負舉證責任，因為其舉證責任減輕

¹⁰⁵過去針對醫療訴訟因果關係舉證責任之轉換一直皆屬棘手問題，最高法院終於對於民事訴訟法第 277 條但書規定作出明確見解，因此 106 年台上 227 號民事判決將是醫療判決指標。

的部分僅限於因果關係的證明¹⁰⁶。」

第三款 本文見解與展望

本最新判決已經造成醫界恐慌及學界注意，顯然本判決釐清並區分「醫療常規」與「醫療水準」之注意義務，已超越過去多數實務審酌時僅依醫療常規之注意，且需醫療鑑定之協助，有關過去多數實務審酌時僅依醫療常規之注意，且需醫療鑑定之協助，有關民事醫療過失之舉證責任分配問題，此即民事訴訟法第 277 條新修正之但書規定如何適用，其立法理由所論之醫療糾紛舉證責任轉換乃重要議題，96 年 3 月最高法院 106 台上 227 號最新民事訴訟見解；認為在醫療處置具有可歸責之重大瑕疵，導致與所受損害間之因果關係糾結難與釐清時，醫方必須對於醫療過失與病人死亡之無因果關係負有舉證責任，此判決之更審顯然又有必要囑託醫療鑑定之協助釐清，何謂「醫療處置具有可歸責之重大瑕疵」，醫療重大瑕疵理應由鑑定機關先行確認，而行為與結果之間相當因果關係及舉證責任如何分配，則應屬法院職責去認定，本案已由最高法院發回仍在高院更審中¹⁰⁷，值得學界與醫界特別去關懷更審之判決結果。關於本案損害賠償乃最新案例：（因滑倒顱內出血案例），最高法院對於醫療民事責任提出重要觀點；再次強調醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人時，醫療損害賠償仍以故意與過失為核心，而其法規依據乃民法第 184 條第一項前段和醫療法第 82 條第二項。而有關醫療糾紛因果關係之舉證責任分配，原則上由被害人負舉證責任，例外情況在醫療行為有可歸責之重大瑕疵，導致行為與損害間難以釐清因果關係時，發生舉證責任轉換，依照民事訴訟法第 277 條但書新規定，始由醫師負「無因果關係」之舉證責任，本文認為前述所謂（醫師進行之醫療處置具有可歸責之重大瑕疵，導致相關醫療步驟過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係），到底應該要如何認定則是本案關鍵之處，因法院不懂醫療專業，完全

¹⁰⁶ 原著 陳汶津／ Gilbert Gorni，譯者 吳淑如／鄭文中 德國醫師責任法，

¹⁰⁷ 本文一直等待臺灣高等法院 106 年醫上更一字 000001 號之更審結果，然而自 106 年台上字 000227 號於 106 年 3 月 29 日結案，再發回更審已經歷一年以上期間，高院尚未做出更審判決之回應。關於此案種種爭議之釐清，鑑定機關與更審法院似乎皆屬難題。

必須藉助於鑑定協助，始能釐清何謂「可歸責之重大瑕疵」？顯然此案必然仍須等候醫事審議委員會鑑定結論出爐後，先釐清了此案何謂「重大醫療瑕疵」內涵後，而且「可歸責」於醫師，更審法院才能正確回應最高法院之見解；醫師未能施行符合醫療水準之醫療行為與病人死亡結果之間有無相當因果關係？若行為與結果之間有相當因果關係，此時即產生舉證責任轉換問題；醫師又將要如何舉證證明其醫療行為和病人死亡間無相當因果關係？這些質疑對於鑑定機關、更審法院和此案醫師，皆屬難題。由此即可知醫療鑑定確有其必要性，換句話說，醫師在具體之情況下，是否未依醫療水準而係可歸責，應依醫學專業標準判斷之，法院不得在未經諮詢鑑定人或機關鑑定專業意見情形下，為醫療水準之調查，並且決定民事醫療糾紛舉證責任分配提及醫療之善良管理人責任，並非僅僅是符合醫療常規而已，理應符合當時的醫療水準之醫療行為（積極作為和消極不作為），隱然宣示刑法第 14 條和第 15 條均屬客觀注意義務之規定，醫師之作為與不作為皆是醫療過失認定之重要內涵。顯然此案必然仍須等候醫事審議委員會鑑定結論出爐後，依據實證醫學理論與當時之醫療水準，務必鑑定先釐清了此案何謂「重大醫療瑕疵」內涵後；林、潘二位醫師之醫療行為未能施行符合醫學中心所應具備之醫療水準，其和病人術後死亡結果之間有無相當因果關係？若重大醫療瑕疵之醫療行為與死傷結果之間有相當因果關係，此時即產生舉證責任轉換問題，應由醫療人員負責舉證，除非醫師能舉證說明其醫療行為和病人死亡間無相當因果關係，而且前提應是醫審會能再作出最新的鑑定意見要對其有利，否則結果將對醫方不利，本文期待 106 年台上 227 號民事判決發回後，更審法院能作出正確回應以釐清核心爭議。

第八項 醫療過失之判斷標準

第一款 醫療行為應善盡醫療上必要之注意

醫療常規係指，臨床醫療上之習慣、條理、或經驗，一般平均醫師依其職業上，通常之醫療實務上所形成之經驗常規。為了保障病人權益，增進國民健康，乃有醫療法之製定，醫療法第 82 條第一項明文規定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意義

務。」，且依醫療糾紛鑑定作業要點第十六點規定：「醫療鑑定應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」，所謂的醫療常規和醫療水準條文分列，但兩者有何差異，而醫療上的必要注意義務亦屬不確定之法律觀念，教學醫院和地區醫院而言，是否因時因地而異，因而造成醫療過失判決上存在困境之前因。醫療常規之爭議：醫療上之必要注意義務，到底應如何解讀呢？已經困擾醫療專庭甚久，「……醫學常規代表者為普通一般醫師所依循的醫療行為模式，而非理性醫師應為之醫療行為。採取醫療常規之醫療標準，無疑降低醫師應有之注意義務。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之鑑定意見，作為判斷之依據。惟查，醫療鑑定意見經常發生意見模糊、規避重要問題、甚至多數意見互為矛盾之情形。醫療鑑定意見固可作為判斷醫師行為是否具有過失的參考，但非可為全然的依據，應甚顯然。法院仍應考察該鑑定機關之組成人員是否適任、鑑定意見作成的過程是否合理、醫學分析之見解是否合乎邏輯，予以判斷鑑定意見是否可採。最佳的方式，係引進專家證人當庭作證說明之方式，更能徹底瞭解醫學上合理的意見。¹⁰⁸」曾有醫師為文批評醫療常規之制定¹⁰⁹：醫療常規是否存在？今日之客觀醫療常規，明日可能就成為醫療舊規，真是一語就見真章。

醫師應善盡醫療上善良管理人之必要之注意，但醫療過失的核心概念，不應完全偏重醫療人員是否未盡必要注意義務，而忽略其醫療行為客觀上是否符合醫療常規、醫療水準或臨床指引等行為準則。因醫療知識涉及高度專業化，醫師關於醫療行為之「客觀注意義務」，基本上應依據醫療常規（慣例）判斷，「醫療常規」是指在臨床醫療上，由醫療習慣、條理或經驗所形成的常見成規；原則上醫師依據一般醫療常規診治，即可推定為已經符合注意義務，司法實務過去常以理性人標準所遵循之醫療常規注意標準，作

¹⁰⁸ 參閱陳聰富，同前揭註 73。

¹⁰⁹ 「醫學文獻以每日幾萬筆的速度在增加，醫學上有常見案例，就會有罕見案例。有較常見的病況，就會有例外。今日你認為的「醫療常規」，明日就會因為新藥物、新證據而過時，成為「醫療舊規」。為何醫療的修習，除了大本的教科書外，更需要臨床的磨練？因為只有磨練過的心智，才能融會貫通課本的知識，並依照臨床狀況的不同，選擇／建議最適合該名病患的檢查與治療。初出醫學院的畢業生，拿了『醫療常規』來看病，會跟臨床做了二十年的老醫師一樣嗎？不要把醫療看簡單了。然而，若民眾、法界期望的是死板板的『醫療常規』，並認定不符『醫療常規』的治療是違法；那醫界，包括我，很樂意提供這樣簡單的醫療。」參閱李佳霖，只要常規不要命，自由廣場，2013年1月10日，<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/645207>，最後瀏覽日：2017年12月2日。

為醫師是否有醫療過失的判定標準，此即被告醫師之醫療行為，與一般具有同樣背景的醫師所共同認定的醫療方法與程序（醫療常規）相符，即可認其已盡到應為之注意義務，而無民事上之過失責任，然而由於醫療常規並非必然代表醫學上，理性醫師應有的注意義務，則以民事上降低注意義務內涵之醫療常規是否違反，作為醫師是否負刑事責任的判斷基礎，是否妥當？鑑於醫療常規本身具高度不確定性與變化性，客觀醫療常規或是注意義務，縱可作為民事過失侵權責任之直接判斷依據，惟於醫療刑事過失責任之判斷上，應只具有輔助功能，應以醫師之醫療行為在主觀上是否對病人忠實遵循常規，是否因冷漠或惡意態度以致忽略應遵循之客觀醫療常規，才有必要對醫師之醫療過失行為，課予刑事責任¹¹⁰。

原則上醫師依據一般醫療常規診治，若該醫療常規為該特定專業，負責的醫療人員認為適當時，醫師即無過失責任。換言之，醫療常規之注意標準，法院所判斷者並非規範的判斷，而是實證的判斷；法院決定醫師行為是否符合醫療常規，而非決定醫師在規範上，應為如何之行為。醫療常規的慣例，僅作為醫療行為規範判斷的一種參考資料。因此符合醫療常規的醫療行為，可推定為已經符合注意義務而無過失¹¹¹。醫療行為是否符合醫療常規最主要之判斷因素為『醫療之適正性』¹¹²「醫療水準」則指醫師「注意義務的標準」，與平均醫師現行從事的「醫療常規」未必一致，此即以診療當時當地臨床醫療實踐上的醫療水準作為判斷標準，既非醫療常規（慣例），亦非固定不變的一致標準，而應相應於個案，探討醫師之診療、檢查是否符合當時，可合理期待之醫療方法，因此「醫療水準」之標準等同於「理性醫師」標準。除了學說論述尚需實務見解予以說明，始能真正了解醫療常規暨醫療水準內涵之區別實益，本文提出 104 年最高法院台上第 700 號民事判決以說明所謂的「醫療常規」的內涵，及最高法院 106 年台上 227 號民事判決以論述「醫療水準」實務最新見解。

¹¹⁰ 張明璋，違反心血管疾病醫療常規之刑事責任，醫事法學，第 22 卷第 1 期，2015 年 6 月，頁 80-81。

¹¹¹ 張麗卿，醫療人權與刑法正義，2014 年 1 月，元照出版，頁 44-47。

¹¹² 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，2008 年 6 月，第 157 期，頁 39 以下。

基於刑法法理及法務部之反對，醫界早已放棄醫療刑責「去刑化」之呼籲，很顯然地在最近之醫法論壇中，醫師公會全聯會之訴求已改以醫療刑責「明確化」取而代之，但醫界所謂的「明確化」本身即為不確定之法律概念，明顯易遭受法界批判圍剿。所幸行政院衛生署在增訂醫療法第 82 條第 3、4 項中明訂為：「醫事人員執行醫療業務致病人死傷者，以故意或違反必要之專業注意義務且偏離醫療常規之行為為限，負刑事上的責任。但屬於醫療上可容許之風險，不罰。前項注意義務之違反，應以各該醫療領域依當時當地之醫療水準及醫療設施為斷。」其中雖然並未使用「過失」一詞，其實即為醫療行為「過失」之內涵，且各該醫療領域依當時當地之醫療水準及醫療設施為斷，即在闡明醫療水準應採之 SOP，而非學術水準而已，立法院於 106 年 12 月 29 日通過之醫療法第 82 條¹¹³，由該法之立法理由得知；乃參酌醫療糾紛鑑定作業要點第 16 條，明確訂定醫事人員民事與刑事責任之過失構成要件，與醫療應裁量事項，可謂營造醫病雙贏局面，對於改善醫療體系與公共利益維護，有重大歷史意義，衛生福利部除了支持此次醫療法第 82 條之修正外，更將納入行政規範以加強、健全全方位醫療體系法制。本文贊同醫療刑事責任僅限於故意及重大過失始負擔罰責，舊的醫療法第 82 條僅限故意與過失始負損害賠償責任，其最主要功能，將醫療事故排除於消保法之無過失責任，可降低醫界餘慮與實務困擾，但對於過失內涵並未加以定義，對於醫療人員醫療行為過失之有無，新增訂醫療法第 82 條增修後，已修正改為是否違反醫療上必要注意義務「且」逾越合理臨床專業裁量，明文規定可讓醫界與實務有所遵循，刑法第 12 條規定：「行為非出於故意或過失者，不罰。過失行為之處罰，以有特別規定者為限。」

第二款 外國實務見解之變遷

按「關於醫師注意義務之判斷，學說與實務上固有主張應以醫學機構制訂之醫療準則作為認定依據，認為符合醫療準則之醫療行為，即無過失責任。違反醫療準則時，除非由醫師舉證證明其行為之正當性，否則應認為具有過失。惟因醫療準則僅為一般共同

¹¹³ 舊的醫療法第 82 條僅列 2 項，其缺失乃醫師醫治越難救的病患就越容易被告，而新法則共列 5 項，其最核心重點乃過失必須符合兩個條件：違反醫療上必要注意義務「及」逾越合理臨床專業裁量。

治療方式之規範，無法針對個別案件予以規定。醫療行為本身是一種技術，也是一種藝術，無法以抽象共通的醫療準則，作為唯一的判斷標準。關於醫師之醫療行為是否具有過失，應回復理性醫師的注意標準，由法院依據醫療常規、鑑定意見、醫療準則之規範等，考察個別病人之特殊情狀，斟酌系爭案件的病人病情、某項診斷治療行為之風險、對於病人未為診斷治療所生之損害大小、損害發生之機率、醫師為病人進行某項診斷治療可能花費之成本，及病人本身之經濟負擔，予以綜合判斷之。總之，醫師之醫療行為應作成對於病人最佳的醫療判斷與採行最符合病人利益的醫療方法。醫療行為是一項技術，也是一項藝術，法律上或醫學上均無法給予精確、一般性的說明，醫師在個案中應有的注意標準，僅能由法院進行個案全面式的綜合評價。醫療常規、鑑定意見及醫療準則，均足為法院判決之參考，但僅止於做為參考而已。最關緊要者為，法院對於個案，所為理性醫師注意義務的綜合評價¹¹⁴。」

外國法院判決已揚棄以醫療常規作為判斷醫療過失之唯一標準，而改採其他標準，諸如英美法院改採理性醫師標準，而日本法院則改採醫療水準理論，因此學說上經常提及的醫療水準理論，來自於日本法¹¹⁵，日本松倉醫師認為，準醫學水準指醫學學術研究上的水準，而醫療水準係指在臨床醫學界經廣泛介紹而獲得共識，且具有實踐可能性的醫療方式¹¹⁶。關於醫療水準，日本已藉由大量累積之判例而在司法實務上形成共識¹¹⁷，日本學界認為醫療水準之判斷，並非全國一致的僵化判斷，而應參酌個案事實背景，就個案之醫療條件，合理決定醫師應負之診療義務水準，日本自昭和三十年代中葉起，實務上經由「東大輸血事件」之判決，進而確立以有無違反醫療水準，作為醫療過失責任

¹¹⁴參閱陳聰富，醫療常規、醫療準則與醫師的注意義務，<http://www.tsim.org.tw/article/A96/B6-03.pdf>，最後瀏覽日：2017年12月2日。

¹¹⁵曾淑瑜，《醫療過失與因果關係》，2007年再版，頁249-263。

¹¹⁶夏芸，《醫療事故賠償法—來自日本法的啟示》，2007年，頁114。曾淑瑜，〈醫療水準論之建立〉，法令月刊，48卷9期，頁32。

¹¹⁷黃鈺英，〈從醫療水準談婦產科醫療責任注意義務之認定〉，律師雜誌，2005年，第308期，頁36。

之認定標準，醫療人員從此不得以其醫療行為合於醫療常規，即謂已善盡注意義務而免責¹¹⁸。

有關前述醫界所關心議題，本文贊同醫療刑責明確化，但其法理論述仍宜回到醫療行為目的性及行為的風險性的觀點，醫療行為具有不確定性，若係因無可預見之風險而造成死傷結果，或醫療人員已盡合理相當注意義務且遵守相關醫療常規，但仍發生不如預期之醫療結果時，自不應課以過失責任。要言之，對於本具醫療目的正當性、醫療行為經病患同意及具可能增加或衍生風險之醫療行為，醫療人員有無該當於過失之違法行為，自應積極適用容許風險之法理，合理減輕醫療人員之迴避義務。而如何處理所謂可容許的風險，必須回到剖析注意義務的內容談起。關於違反注意義務之過失，係因行為人因欠確意識之集中，致無法預見結果與迴避結果之發生¹¹⁹，有關醫師之注意義務，下文試舉護士打錯針案例以探究醫師之注意義務。

在組織醫療團隊行為中是否有適用信賴原則而免責之餘地，是值得探討之嚴肅議題，在附幼醫院誤將麻醉劑為B肝疫苗注射於新生兒而致死傷案例，檢方偵查後基於醫師信賴護士能獨立施打疫苗，僅起訴護士但並未追訴醫師¹²⁰，然而另案孕婦剖腹過程中，護士誤認止血劑為麻醉劑而注射於受害婦女腰椎致死一案，最高法院認為醫師顯有過失且與被害人之死亡有相當因果關係，最終駁回被告提起第三審上訴，無法適用信賴原則而享有免責之餘地¹²¹。但學者指出後案與前案有類似性質，應該同有信賴原則適用的可能¹²²。但本文認為前後兩案情與危險性不相同，因而贊同最高法院關於後案之見解，醫師對於護士所為醫療行為有監督、指揮之權，其應注意且能注意而不注意，以致發生死傷事故，該當其應付之刑責無誤。

¹¹⁸ 朱柏松，論日本醫療過失之舉證責任。朱柏松、詹森林、張新寶、陳忠五、陳聰富：醫療過失之舉證責任之比較。元照，2008年，頁1-31。

¹¹⁹ 陳運財，同前注16，臺灣醫療糾紛與醫事刑法之發展，頁212-213。

¹²⁰ 板橋地方法院92年度矚訴字第1號刑事判決。

¹²¹ 最高法院94年度台上字第1403號刑事判決參照。

¹²² 張麗卿，信賴原則在醫療分工之適用一以護士麻醉致死案為例，東海大學法學研究，33期，2010年12月，頁21、65。

第三款 我國實務與學者見解

實務見解

最高法院（104 年台上第 700 號民事判決）見解：原審認為醫療行為係屬可容許之危險行為，醫療之主要目的雖在於治療疾病或改善病患身體狀況，但同時必須體認受限於醫療行為有限性、疾病多樣性，以及人體機能隨時可能出現不同病況變化等諸多變數交互影響，在採取積極性醫療行為之同時，往往易於伴隨其他潛在風險之發生。故有關醫療過失判斷重點，在於實施醫療之過程，而非結果。亦即法律並非要求醫師絕對須以達成預定醫療效果為必要，而係著眼於醫師在實施醫療行為過程中恪遵醫療規則，且善盡注意義務。醫師實施醫療行為，如符合「醫療常規」，而被害人未能舉證證明醫師實施醫療行為過程中有何疏失，即難認醫師有不法侵權行為。」最高法院經審酌鑑定意後，且認為已盡實質告之義務，但此判決強調醫療常規乃醫療行為之注意義務，並無區別醫療常規和醫療水準有何不同之醫療之注意義務。另有相同實務見解者，如台灣高等法院台中分院 100 年重醫上更（二）000064 號刑事判決認為：行為人（醫師）所應具有之注意程度，應依客觀標準認定之。此之客觀標準係指一個具有良知理性且小心謹慎之人，處於與行為人同一之具體情狀下所應保持的注意程度。就醫師言，應以「醫療成員之平均、通常具備之技術」為判斷標準。在我國實務操作上，則以「醫療常規」名之（醫療糾紛鑑定作業要點第十六點參照），苟醫師以符合醫療常規之方式對病人為診療行為，即難謂其醫療行為有何未盡到注意義務之情形，自不能以過失犯相繩¹²³。顯然前述此二實務見解皆以客觀之醫療常規為醫療善良管理人之注意義務為審酌核心。

然而關於醫療行為之注意程度，最高法院有最新之不同見解，106 年台上 227 號民事判決指出；應以醫療水準為善良管理人之注意義務為審酌核心，醫療常規僅是醫療行為最低的注意義務。另有實務最高法院見解指出：「醫療過失係指醫療人員違反客觀上必要之注意義務而言。惟因醫療行為有其特殊性，自容許相當程度之風險，「應」以醫

¹²³ 台灣高等法院台中分院 100 年重醫上更（二）000064 號刑事判決參照：原判決撤銷，被告無罪。

療當時臨床醫療實踐之醫療水準判斷是否違反注意義務。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。此參諸行政院衛生署所訂醫療糾紛鑑定作業要點第十六條：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，不得為虛偽之陳述或鑑定之規定，亦明即可確知¹²⁴。」而另一實務見解則認為：「按醫療行為之對象係人類之身體，施以相同之醫療行為，有可能產生不同之效果，其未產生預期之療效，因素眾多，除人為之疏失外，人體反應之不確定性，亦係另一重要因素。醫學之有限性與人體反應之不確定性，對病患而言，自是一種不可預測之危險，但相對於治療疾病之目的，應屬可容許之危險，故醫療行為基本上並不包含保證治癒之性質。而疾病治療過程中既有許多不可預測之危險，對於疾病診斷及治療方法之選擇，均有賴醫師之專業判斷及裁量。由於疾病變化無窮，因人而異，加以治療之多樣性、效果之不確定性，因此難有統一之治療標準。¹²⁵。」很明顯得知最高法院此號刑事判決中，並未明確指出醫療之善良管理人之注意義務，究竟應以醫療常規或以醫療水準為審酌核心，值得學界與實務研討回應之，但已明確指出醫療行為有容許不確定風險存在之空間。

學者見解

論者認為；最高法院 104 年台上第 700 號民事判決，並沒區別「主觀注意義務」之違反（是否善盡應有之注意義務或有何疏失）與「客觀行為義務」之違反（是否違反醫療常規、是否恪遵醫療規則、是否有不法侵權行為），同時也不做出「侵權責任」與「契約責任」之區別；換句話說，在現行法系結構上雖然將過失與不法分列，但二者卻漸漸趨近或混融，不用嚴格區別，同樣是義務違反，無論是「注意義務」（主觀歸責事由下

¹²⁴ 最高法院 95 年度台上字第 3884 號刑事判決。

¹²⁵ 最高法院 97 年度台上字第 2111 號刑事判決。

之醫療過失)，或「行為義務」(客觀歸責事由下之醫療過失)，其義務內容並無實質差異。且解釋上一旦優先認定醫療行為具有『不法性』，即應推定『醫療過失』存在¹²⁶。

本文見解

此號判決明確指出醫療善良管理人之注意義務是醫療水準，而且應依當時當地之醫療資源為審酌核心，並『非』一律以醫學中心之水準為判斷標準，顯然其見解相當客觀因而值得肯定，換句話說，此判決認為醫療之注意義務應先區分醫學中心與非醫學中心，若屬醫學中心之醫療規模設備，才適用等級最高之醫療水準，若非醫學中心則適用當時當地醫療資源或醫療常規即可，此號判決見解已經多位學者所援引論述。值得成為下級審之判決參考，「以醫療糾紛事件而言，起因多為病患之身心已非健康或良好，而求助於醫方予以治療，卻發生原未預期之傷亡結果，醫方是否應負刑責，自當就醫方本身所具之專業素養、設備情形、診療作為，與病人己身之身心狀況、自述或家屬告知（即病歷上所載之主訴）之血型、特殊體質、重大病史、家族遺傳基因等資料正確性，暨『治療當時之一般醫療水準等主、客觀條件』，予以綜合判斷，現今醫學縱已發達，但人體發病原因，仍有諸多謎團無解，倘醫方業依當時之一般正常治療作業程序予以處理，即難苛責，不能憑事後之檢驗結果，遽謂先前係誤診¹²⁷。」此號最高法院明確指出醫療水準為醫療之善良管理人之注意義務，和前述之最高法院106年台上227號民事判決相符；教學中心醫院應以醫療水準為醫療之注意義務，而並非以醫療常規為醫療注意義務標準為患者提供醫療診治，綜合前述最高法院見解，但醫療過失不應偏重醫療人員或醫療機構主觀上是否未盡必要的注意，就醫療過失認定之核心重點而言，應在於醫療行為在客觀上是否符合醫療常規、臨床指引及當時當地之醫療水準。有關醫療過失判斷重點應在於實施醫療過程，要非結果，亦即法律並非要求醫師絕對須以達成預定醫療效果為必要，重點是實施醫療過程中應恪遵醫療常規，且善盡其應有注意義務，最謹審理性而言，注意義務應包含手術前之告知說明、手術中之作為義務、及術後之患者之細心照顧與密切

¹²⁶ 陳忠五，論醫療過失的概念與功能，月旦法學，第246期，2015年，11月，頁10。

¹²⁷ 最高法院98年度台上字第610號刑事判決。

觀察。如果符合醫療常規暨醫療水準，且無法舉證證明醫療過程有何疏失，自然難認醫師有不法侵權行為。而本文認為醫療行為之注意標準，應審酌當時當地之醫療水準，且應綜合判斷其他因素之見解相當客觀，足為下級審參酌與學術研討議題。

第九項 醫療之告知說明義務

第一款 告知說明義務之意義

告知說明義務（學說或稱為告知義務、說明義務、告知後同意法則），告知後同意（informed consent）法則，乃源自於英美法系，國內有論者將之分離為醫師告知義務與病人的同意權加以詮釋，晚近始將之運用於醫療法學實證研究上，告知後同意法則主要在說明病人與醫師間一連串的互動行為，藉由醫師揭露的醫療資訊，包括醫療方式的進行、種類，幫助病人做出醫療決定，該法則除於緊急救助、病人的權利放棄、法律特別規定等例外情形外，乃課予醫師對病人有說明義務，病人在獲知並瞭解醫療行為所面臨的風險等一定資訊後，自願地授權同意醫師進行其醫療行為。其立論基礎在於病人自主權、醫學倫理、契約自由、契約正義、預防醫療糾紛等學理論述上。而我國現行法關於醫師的告知義務落實規定於醫師法第十二條之一：「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」、醫療法第八十一條：「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」、第六十三條：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。前項同意書之簽具，病人為未成年人或無法親自簽具者，得由其法定代理人、配偶、親屬或關係人簽具。第一項手術同意書及麻醉同意書格式，由中央主管機關定之。」、第六十四條：「醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之。但情況緊急者，不在此限」，其他相關『特別法』則有安寧緩和醫療條例

第八條：「醫師為末期病人實施安寧緩和醫療時，應將治療方針告知病人或其家屬。但病人有明確意思表示欲知病情時，應予告知」、優生保健法第十一條：「醫師發現患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者，應將實情告知患者或其法定代理人，並勸其接受治療。但對無法治癒者，認為有施行結紮手術之必要時，應勸其施行結紮手術。懷孕婦女施行產前檢查，醫師如發現有胎兒不正常者，應將實情告知本人或其配偶，認為有施行人工流產之必要時，應勸其施行人工流產」等¹²⁸。告知說明義務最核心精神乃尊重病人自主，2019年1月6日才施行之「病人自主權利法」是第一部最新且完整保障病人自主權利醫療法，可促進醫病關係和諧及社會性的權益，實施後增加了告知說明規範，添補了過去最高法院法無明文之判決缺陷，

一般認為，當代臨床醫學倫理的原則是：尊重自主原則、行善原則、不傷害原則、公平正義原則，而病人知情同意的倫理上期待，係來自於尊重自主原則¹²⁹。即告知說明義務（下文簡稱告知義務）之核心法理乃病人『自主決定權』，病人自主（Patient Autonomy），和醫主原則（Medical Paternalism，或譯為父權式醫療），是醫病關係的兩種模式¹³⁰。告知義務是指醫師有法律上的義務，透過各種手段與方式，主動將診療過程中的一切醫療資訊，包括病情、治療方案與選擇、背後的利益與風險衡量以及拒絕治療的後果等，對病人告知與說明¹³¹。賦予醫師告知義務的意義與理由，可能涉及病人接受的診療方案，是否就能獲得自己設想中的利益；同時，在特殊情況下，也會成為操控整體醫療行為結果成敗的關鍵因子，病人之自主決定權乃告知義務之核心法理，病人自主和醫主原則乃醫病關係不同模式；病人自由選擇如何治療與醫師專斷醫療行為。如醫師法第

¹²⁸ 臺灣高等法院臺中分院 99 重醫上更二第 000064 號刑事判決參照。依照最高法院 99 年臺上字第 558 號及 100 年臺上字第 5381 號見解，本判決強調醫師未善盡告知義務，僅屬注意義務之疏失，並非必然就是形事醫療過失，而完全取決於是否有違反客觀上的注意義務（醫療常規、相關法令），及說明義務與結果之間的相當因果關係，才能去評價有無刑法上過失歸咎問題。

¹²⁹ 曾育裕，醫護法規，五南，2010 年，9 月，頁 277-278。

¹³⁰ 楊秀儀，美國「告知後同意法則」之考察分析，月旦法學雜誌，2005 年 6 月，第 121 期，頁 138 以下。

¹³¹ 關於告知義務的詳細說明、參照陳子平，醫療上「充分說明與同意」之法理在刑法上的效應（上），月旦法學雜誌，2010 年 3 月，第 178 期，頁 229。曾淑瑜，醫療倫理與法律 15 講，元照，2010 年 4 月，頁 34 以下。

12 條之 1 和醫療法第 81 條，這兩條文均屬通則性規定，則為醫療法第 63 條與第 64 條，前者規範乃針對實施外科手術前之說明，後者規範則針對侵入性身體檢查前之說明，並獲其同意始簽具手術暨麻醉同意書後，使得為之侵入性的醫療行為，前述相關法律規定為例，都是病人自主決定權挑戰傳統父權醫療決策，更重要的內涵則為充分尊重病人對於生命、身體及人格尊嚴的自主權利，醫師履行告知義務之主要目的，是確保病人能經由知情同意以維護自主決定權¹³²。「有決定能力的病人在被告知有關自己病情、治療的足夠資訊的前提下，有權自己決定是否接受治療、在哪治療、選擇治療方案、拒絕治療等¹³³。」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，醫院實施手術時，醫師應於病人或其配偶、親屬或關係人，簽具手術同意書及麻醉同意書前，向其說明手術原因，手術成功率或可能發生之併發症及危險，旨在經由危險之說明，使患者得以知悉侵入性醫療行為之危險性而自由決定是否接受，以減少醫療糾紛。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¹³⁴，此判決提及醫師法第十二條第二項第三款及醫療法施行細則第四十八條（現行法第五十二條）第一項第二款所定病歷或病歷摘要應載明患者之主訴一項觀察，可認患者主訴病情構成醫師為正確醫療行為之一環，始能合理期待醫師為危險之說明，否則將影響醫師對危險說明義務之範圍。

第二款 告知說明義務之範圍

而關於告知義務之範圍內容為何？茲因法無明文規定，最高法院 94 年台上字第 2676 號刑事判決足為代表（心導管檢查案例）¹³⁵：「醫師應盡之說明義務，除過於專業或細部

¹³² 張麗卿，醫療人權與刑法正義，元照，2014 年 1 月，頁 247-250。

¹³³ 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，臺灣法學雜誌，2008 年 6 月，第 107 期，頁 292 以下。

¹³⁴ 最高法院九六年台上字第二四七六號民事判決。

¹³⁵ 在過去有關之判決認為；未履行告知義務之效果，僅與民事責任有關，普遍不重視告知義務與刑事責任，於未盡告知義務上容有疏失，縱使發生傷害結果時，或與結果無因果關係，或因主觀上欠缺傷害故意，並無傷害罪之構成要件該當，因此僅構成行政處罰或民事賠償責任，因而與罪責無涉。

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。」此判決重新定位告知義務在刑事醫療訴訟中的範圍，所謂的「過於專業或細部療法的」除外情況，即無說明的義務之見解值得肯定，但仍需鑑定協助始能釐清。關於告知說明之標準，充實了醫療法與醫師法中告知說明內涵，可稱為具有劃時代意義，對於「實質告知」與「說明程度」的重視，幾乎成為之後刑事醫療判決的指引，也成為許多醫師執行醫療行為時的困惑與夢魘的開始，因為如此寬幻的說明義務範圍，恐怕太過嚴格，也不夠明確。本文認為仍應參酌該併發症或副作用之嚴重程度，若併發症或副作用屬於罕見而極端，若無結果之預見可能性及迴避可能性，則無法歸責醫師之告知說明是否實質告知患者。關於告知說明之標準，學理上有理性醫師標準說、理性病患標準說及具體病患標準說，本案最高法院見解似乎傾向於具體病患標準說，醫師未踐行此項實質告知說明，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務。前述刑事判決見解中，包含「不接受治療之後果，以及其他可能之替代方案暨其利弊」，其說明義務範圍太廣泛，不僅因法無明文引人批評，其認為違反告知義務幾近於違反注義務，並極有可能成立過失犯罪，且因此常導致下級審解讀偏差，認為違反告知說明即為醫療過失成立，實則過失的認定確有其困境且應再加上因果關係要件始足當之；譬如相當因果關係、客觀歸責理論。本文認為此判決至少留下三大爭議：(一)違反醫療法第 63 條第一項之告知說明義務，依該法第 103 條可科處罰鍰明文規定，沒有必要提升為刑法之罪責評價(二)就算要以刑法歸咎違反告知義務之法效，行為與結果之間若無相當因果關係，亦不能成立業務過失致死或致傷罪(三)此案為自訴案件，程序上若無委託律師代理，即應判決自訴不受理，因此在本文下文中僅就告知說明與因果關係簡要論述之。

第三款 告知說明義務與因果關係

按醫療因屬高度專業，醫療主要行為¹³⁶，乃指「醫療工作之診斷、處方、手術、病例記載、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。」診治病人向來倚賴醫師之專斷，惟醫療所生之危險，均由患者最終承受，是以侵入性之檢查或治療，不可無視於病患自律性之判斷，而有「告知同意」法則之立法，以維護病人之醫療自主權。而我國醫師法第十二條之一固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。醫療法第八十一條亦有醫療機構診治病人時，應為告知之類似規定此乃基於病患自主決定權之尊重；醫師實質告知與說明義務之履行，其法理精神乃源自主決定權的體現。然而前述判決發回更審後，臺灣高等法院台南分院 94 年重上更二字 000278 號，雖然作出回應後，仍然處於無法釐清究竟有無對病人實質告知的履行，案經上訴至最高法院，最高法院 95 年度台上字第 003467 號除了強調實質告知義務重要性，並指摘下級審之經驗法則之推論外，亦提及「延宕將被害人送加護病房與被害人死亡有無相當因果關係」及「縱認被害人發生右側股動脈係因心導管檢查所致，與被害人發生心肌梗塞致死，亦「難」認有因果關係，而可遽認被告實施心導管檢查過程有過失」，顯然最高法院已有質疑但未明示「違反告知義務之疏失時，與病人死亡結果之間應該存在相當因果關係，始有刑法過失之評價歸咎」。此案經最高法院第三度發回更審，此案並非因實體審酌以後而終結，然而卻因程序而終結本案，臺灣高等法院台南分院 95 年重醫上更（三）字 000327 號，作出了回應：原判決撤銷，**本件自述不受理**。其判決主要理由是自訴人逾期並未補正再委任律師為代理人。此案若非前述程序原因而終結時，在前述最高法院 94 年台上字第 2676 號對於告知說明指標性、爭議性指引下，可能導致後續之實體判決沒完沒了，完全呈現醫療過失認定之困境現狀。

¹³⁶ 行政院衛生署 65 年 6 月 14 日衛署醫字第 116053 號函釋參照。

對於告知說明義務與因果關係間之關連性，最值得論述關注者，應當「史蒂芬強森症候群案」，最高法院 100 年度台上字第 5381 號判決認為「tegretol 藥物引起史蒂溫強森症候群之發生率僅約萬分之一點四，發生率低又不可預測，且告知無法避免其發生，則上訴人未告知未善盡其告知 tegretol 副作用之義務，與蔡連壽罹患史蒂溫強森症是否仍有相當因果關係，且上訴人林茂仁餘歷審一再爭執：因罹患史蒂溫強森症候群死亡率甚低？因此第二次發回高院更審¹³⁷，本案關鍵處有三；（一）告知義務的違反僅屬醫療注意義務的疏失，並非必然就是醫療過失，但實質告知義務若能以實證醫學為基礎，應可降低醫療糾紛，（二）醫師之醫療行為有無違反客觀上的注意義務（比如醫療水準、醫療常規、醫療法令）（三）醫師之醫療行為與結果之間有無相當因果關係，其中（一），最高法院 94 年台上字第 2676 號判決強調「醫師若未盡上開說明義務，除有正當理由外，難謂已盡注意義務」，但這論述其實僅能說明「違反實質告知義務之疏失可謂幾近於過失，但未必然即有過失」¹³⁸，此見解很容易為下級審誤解，而（二）與（三）才是判斷有無構成醫療過失之重點。因此告知義務與因果關係皆與醫療鑑定有關，第三章之醫療糾紛案例分享和第四章之醫療鑑定之證據評價，就史蒂芬強森症候群案，對於告知說明和因果關係間之關聯再作說明。

而 108 年 1 月 6 日生效施行之病人自主權利法，回應了衛福部所主導並推廣的兩次病人自主權利法試辦計畫，新條文中第 4 條第一項前段、第 5 條第一項前段與第 6 條，則從新闡述並充實告知說明義務內涵，醫師法第 12 條之 1 與醫療法第 81 條內容，乃現行告知說明義務條文中最為詳盡，但病人自主權利法則增加了「醫療選項及各選項之可能成效與風險預後」規定，最高法院 94 年度台上字第 2676 號刑事判決中，包含「不接受治療之後果，以及其他可能之替代方案暨其利弊」，所提及之說明義務範圍太廣泛，因法無明文引人批評，導致下級審解讀偏差而認為違反告知說明即為醫療過失成立，實

¹³⁷ 台灣高等法院台中分院 100 年度重醫上更二字第 64 號判決，對於告知義務有更深入說明。

¹³⁸ 關於史蒂芬強森症候群案件，經由最高法院 100 年度臺上字第 5381 號判決第二次發回更審，臺灣高等法院台中分院 100 年度重醫上更（二）字第 64 號判決作出回應「告知義務之履行與否，與醫療行為之結果並不必然存有相當因果關係，醫療行為本身違反醫療常規所生之危害，始有被評價為犯罪行為之可能。」

則醫療行為違反告知說明義務，應善盡而未善盡醫療上必要之注意，此乃醫療疏失無誤，但實務上醫療過失的認定，醫療行為與結果之間要有相當因果關係，始足當之，但病人自主權利法通過後即無此顧慮，此新法以病患為主體，確保其有知情、選擇的權力，使醫病雙方之權利義務建構了新關係，並提供預立醫療照護諮商之醫療機構管理辦法。

第四款 告知說明義務與鑑定意見

史蒂文強森症候群此案中，最高法院 99 年台上字第 000558 號認為「醫療過失係指醫療人員違反客觀上必要注意義務而言，原則上固以醫療當時臨床醫療實踐判斷是否違反注意義務，然就醫師告知說明義務而言，醫師於執行處制或治療前，如就可能嚴重引發副作用之藥物，未注意使用該藥物之必要性，並將其利、弊得失及可能引致風險先行告知病患，使評估有無其他選擇之可能性，並因而致病患發生死亡之結果者，能否謂其已盡注意義務而無任何疏懈怠呼之責。」乃第一次發回更審。而兩次醫審會之**鑑定意見**分別認為「許多醫師確曾使用 Tegretol 治療周邊神經病變之疼痛症狀，此即稱為藥物許可適應症以外之使用方法...依一般醫療常規在使用藥物前需特別注意藥物使用的必要性，並應充分向病患說明使用藥物之好處與壞處，且在徵得病患之同意後才可使用...如未告知，且未經病患同意即使用，即難謂無疏失之處」、「醫師於用藥前，是否曾向病患蔡 00 充分說明使用 Tegretol 可能之嚴重副作用及應注意之處」，「由鑑定報告顯示；醫師使用 Tegretol 前，若未充分告知，致病患發生死亡之結果，即為疏失」，「此案之重點乃藥物過敏反應，醫師並無法預防，但是事先是否有告知病人且經其同意使用，則是關鍵」，乃第一次發回更審。此判決除了明示實質告知說明是重要之醫療作為，亦明確指出「免除告知之情形」而不用告知之各種情況，乃告知說明修正期之指標判決，但此判決未明確宣示告知說明與因果關係之重要關聯性，此時醫療行為與死亡結果間之相當因果關係存在與否，則為醫師違反實質告知說明義務時，是否即為等同醫療過失之成立的最關鍵核心之處。

第四節 小結

我國醫療民事責任而言，侵權責任從無過失責任回歸過失責任，但契約責任卻從過失責任邁向無過失責任，歸責原則真的是峰迴路轉，且民、刑事醫療之訴訟時常糾結一起，因此屬於新興訴訟型態，單就告知說明義務論述即足以見證過失認定之困境，醫療法與醫師法均有告知說明義務之相關規定，尋繹上揭有關「告知後同意法則」之規範，旨在經由危險之說明，使病人得以知悉侵入性醫療行為之危險性而自由決定是否接受，以減少醫療糾紛之發生，並展現病人身體及健康之自主權。而 108 年 1 月 6 日才生效施行之病人自主權利法，將對告知後同意理論產生影響新頁，醫師告知義務急速擴張的時代已來臨。醫療過失之認定確有其困境且涉及複雜的因果關係與法律評價，相當因果關係涉及因果關係舉證責任分配之，且應經由醫療鑑定協助以釐清真相與責任。新醫療法第 82 條則於 107 年 1 月 24 日開始施行，醫界期盼此法修正後可以減輕醫師之醫療行為責任壓力，新條文共列 5 項（但舊條文僅列 2 項），其中第 82 條第二項修正前規定以故意或過失為限，負損害賠償責任，修正後第 82 條第二項規定：「醫事人員因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負損害賠償責任。」同條第 5 項新規定「醫療機構因執行醫療業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」顯然醫事人員和醫療機構之過失責任，在修正前和修正後之欠缺醫療注意義務程度，由本來相同修正成不同，其中所謂的違反醫療上必要之注意義務且逾越合理臨床專業裁量所致者，即為醫療過失之要件，代替原條文之過失，且醫事人員所承擔民事責任與刑事責任規定內容雖然相同，但法律評價卻不同。

刑事責任之證據評價將比民事責任較為嚴謹，檢察官應盡實質舉證責任，讓法官達到無可懷疑之高度確信心證，同條第三項：「醫事人員執行醫療業務因過失致病人死傷，以違反醫療上必要之注意且逾越合理臨床專業裁量所致者為限，負刑事責任」，同條第四項：「前二項注意義務之違反及臨床專業裁量之範圍，應以該醫療領域當時當地之醫

療常規、醫療水準、醫療設施、工作條件及緊急迫切等客觀情況為斷」。顯然新規定對於醫療過失之民、刑事要件已詳加明確規範，很顯然提高了醫療之過失之構成要件標準，醫療之注意義務對於可預見且可避免之結果，應有危險防免善盡必要注意義務和合理的專業裁量，而第四項特別強調醫療領域當時當地，顯然是因應最高法院 106 年台上字第 227 號、第 1048 號之最新民事判決見解¹³⁹，並落實醫療糾紛鑑定作業要點第 16 條規定。醫療過失係指醫療人員違反客觀上必要之注意義務，原則上則以醫療當時臨床行為之醫療常規來判斷是否違反注意，過失之認定必需探討注意義務之違反與結果迴避義務之違反，此乃傳統醫療糾紛審酌方式，而最新可歸責性必需先區別醫療風險與醫療失敗，醫療風險屬於「可容許風」，包含固有風險、控制風險與診斷風險三種概念，因醫療本質乃不確定或存有無法預見之併發症，故無法完全避免風險，僅能依 SOAP 方式將風險降低。

醫療失敗則屬於可歸責之醫療行為，係可歸責醫師之醫療行為，可分為積極行為過失或消極不作為過失，對於醫療失敗結果之預見可能性，僅能隨著醫學進步提高或然率，對於疾病診斷與治療選擇均有賴醫師專業與裁量，前提是醫療鑑定如何依據專業判斷醫療行為義務之違反，此乃新醫療法第 82 條增修最主要意義，茲因法官不懂醫療之專業，應如何解讀「違反醫療上必要之注意義務及逾越合理臨床專業裁量」，仍屬不確定之醫學專業。醫療機關鑑定不可僅依醫療常規，判斷有無醫療疏失，應依新的醫療法第 82 條規定，佐以實證醫學來判斷有無違反注意義務，進而法院才能法律評價有無醫療業務過失，及過失行為與死傷結果之間有無相當因果關係，顯然此最高法院判決和 106 年台上字第 227 號最新民事判決內容，關於醫療行為所應善盡之必要注意義務，和新增之醫療法第 82 條第 4 項條文相當雷同，可謂實務見解之明文化，就醫療行為民事過失責任之學理分類，以欠缺注意程度，分為抽象輕過失、具體輕過失及重大過失，而最高法院見解與醫療法第 82 條新條文，將成為醫界與法界關注焦點，此新增醫療法之落實，對於醫療過失之判斷標準，將突顯醫療鑑定與實證醫學存在必要性，醫療法第 82 條修正前、修正後之醫療行為應必要之注意義務，由善良管理人注意義務，已修正為善盡必要之注意義務。

¹³⁹ 最高法院 95 年度台上字第 3884 號刑事判決、最高法院 97 台上字第 2346 號刑事判決。

醫療行為過程中注意義務的違反，必須斟酌醫療當時之醫療專業水準、醫師就個案之裁量、病患特質與既往病歷而為綜合判斷¹⁴⁰。醫療過失要件明確化以後，刑事醫療過失之成立，除了傳統應探討刑法第 14 條或第 15 條學理內涵外，仍須研討醫療法第 82 條第 3 項有關刑事醫療之過失要件，及第 4 項全部客觀條件，始能限縮醫師罪刑可能性，而民事醫療過失之損害賠償，則須探究醫療法第 82 條第 2 項有關民事醫療之過失要件，以及第 4 項全部客觀條件，再與民法第 184 條第 1、2 項規定同時審酌。



¹⁴⁰ 臺灣高等法院臺中分院 102 年度醫上字第 4 號、最高法院 104 年度台上字第 471 號民事判決。

第三章、醫療糾紛之機關鑑定

第一節 醫療糾紛現況與實例

第一項 醫療糾紛之現況

第一款 醫療糾紛頻繁

近十多年來醫療糾紛（Medicial Malpratice）儼然與健保制度（Health Insurance System）¹⁴¹共同成為造成醫療崩壞之主因¹⁴²，自從健保制度施行以來，病患之醫療費用相對降低，使得更多民眾有機會就醫，但面對複雜的診療、手術及新藥的使用，亦可能同時帶來無法預測的副作用，醫療行為之本質上具有高風險、專業性、不確定和侷限性。醫療人員應注意而未注意所造成之併發症，暨無法預見、無法完全防範和救治的併發症，均為外科醫療人員所擔心憂慮之糾紛¹⁴³。而類似併發症也會發生在藥物治療上，當正常使用合法藥物、但是因為患者體質特殊，有時也會引發嚴重或致命的不良反應。民國2000年已立法通過了《藥害救濟法》，當醫療事故發生後，先由醫師幫患者提報，再由專家群評估，此法至今免除了許多醫療糾紛，效益堪稱德政足為醫界讚賞，衛生福利部自2012年1月1日開始實施「鼓勵醫療機構辦理生育事故爭議事件試辦計畫」，優先

¹⁴¹ 醫學中心與區域醫院可謂人滿為患源源不絕，急診之醫療糾紛也相對提高，患者小病也勤跑醫學中心與區域醫院之急診處就醫，不僅浪費寶貴醫療資源，且醫學中心大醫院享盡大部分健保資源，藥品進貨單價亦相對較低，然而相對而言，地區醫院之醫療機構幾乎無法享受均等待遇；健保資源給付較少，藥品進貨單價亦相對較高，求診患者遞減情況下，營運情況幾乎難以再支撐下去，因此對於醫療分級制度之推廣與實踐，亦有其必要性，衛生署有關行政措施勢必要更積極進行，其他配套措施應如何改善與規劃，現有健保分級制度改善以後，始能降低醫療糾紛頻傳之現狀。

¹⁴² 最近立法院之社福及衛環委員會所舉辦公聽會，議題是「推動分級醫療及強化偏鄉醫療」，分級醫療之推展，首要面對的就是健保給付和配套措施等健保制度應如何改善，才能對醫療崩壞有實質助益。

¹⁴³ 高克培教授 外科醫師「心病」誰來解開？一文中提及「一般來說手術併發症可分兩種，第一種是因為該醫療人注意而未注意所造成者，依臨床實務而言，這類的併發症比較少，責任歸屬比較少爭議，醫療人員多勇於承擔。真正讓我們外科系伙伴憂慮的醫療糾紛，倒是那些並非人為因素的併發症，此即那些「無法預見、無法完全防範和救治」的第二類併發症：例如，手術後發生感染、傷口裂開或滲（出）血、血栓或脂肪栓塞、周邊正常的組織粘連導致功能失常、切除腫塊時雖然已盡力保護但附近神經或器官仍然受損、麻醉藥物嚴重性過敏、產後子宮大量失血，等等併發症甚或死亡」。學者企盼醫界有良好機制出現，以保護外科醫師免於因手術併發症所肇致的醫療糾紛，可謂語重心長，中國時報 99年10月5日 A16版。

推動生育事故風險事件救濟，大幅減少生產相關訴訟案件¹⁴⁴，然而醫病關係仍然日趨緊張，尤其病患突因藥物或手術後死亡，若當事人之間損害賠償金無法達成協議時，在過去病患或家屬動輒發動正面衝突，採用抬棺、冥紙、暴力等強制手段相向或訴諸媒體指控時有所聞，近年雖然前述激烈手段比較少見，但出現醫療之高額賠償金額糾紛時，家屬時常利用以刑逼民方式企圖金錢賠償目的，此舉不僅與民刑分立原則背道而馳，更使醫病雙方所爭執之補償問題治絲益棼，毋寧徒增訟累而已。

根據監察院 94 年 1 月出版之人權保障工作彙總報告統計資料顯示，每年約有 5500 件醫療糾紛¹⁴⁵，法院對於醫療糾紛之釐清，依賴醫療鑑定之專業協助絕對有其必要性，因此醫療訴訟頻繁必然也帶動醫療機關鑑定件數遞增，依據政院衛生署於 2004 年所公告資料，自從 1986 年醫療法施行至 2003 年 12 月底，醫審會受理的案件共 4247 件，其中刑事案件占 75%¹⁴⁶，但若加計從 1987 年到 2016 年最新公布資料顯示，則醫審會共受理有 10238 件，其中自 1987 到 2013 年之間刑事案件合計 7020 件，民事案件合計 1498 件，其他案件 182 件，顯然刑事與民事皆呈現逐年成長，其中刑事醫療案件比例更高達 80.7%¹⁴⁷，其中相當因果關係之關聯性認定已屬不易，民事醫療之舉證責任分配對於實務相當困擾，尤其涉及交通事故與醫療過失偶然競合時，若彼此間不具備客觀的行為關聯性，行為人僅就其行為與結果間，有相當因果關係之損害部分負責，造成訴訟資源浪費亦不斷遞增，且法院審理時將可能會面對程序與實體法之規範，且刑事醫療常會附帶民事賠償，因此現行醫療糾紛實屬新興訴訟型態，醫療領域已細分專業化而組成共同協力之組織醫療，當複數團隊醫療之醫療行造成死傷結果時，應該由誰應負擔責任則更令實務困擾，

¹⁴⁴高添富、高銘佑，自「生育事故爭議事件試辦計畫」探討「醫療糾紛處理及醫療事故補償法」之立法走向一醫界觀點：此計畫由 2011 年的 30 件，降到試辦後平均 1 年 85 件（下降約 72%），成效斐然。醫事法學第二十一卷，第二期，2014 年，12 月，頁 23。

¹⁴⁵施茂林，醫病關係與法律風險管理防範，五南出版，2015 年 10 月，頁 80。

¹⁴⁶行政院衛生署公告 醫事法律，12 卷 1、2 期，2004 年 6 月，67 頁。

¹⁴⁷衛生福利部醫事司受理委託醫療糾紛鑑定案件，有關訴訟性質統計下載資料：<http://www.mohw.gov.tw/>（最後瀏覽日期 2018 年 11 月 25 日）。

第二款 醫療糾紛特色

由官方統計資料顯示，全國地方法院醫療訴訟收案件數，民事案件則逐年增至 101 年 288 件，刑事案件則逐年增至 101 年 60 件¹⁴⁸，由前述所公布醫療鑑定數量之統計資料，醫病對立之醫療糾紛頻傳，而臺灣醫療糾紛之特色除了醫療訴訟遞增，加上院方醫療過失認定有其困境，醫療糾紛不斷重複鑑定，醫審會之鑑定有長期化、遲延化及重複鑑定現象¹⁴⁹之現況，平均一件鑑定報告之結論之完程大約 10 個月左右，存有鑑定結論時間冗長之現象，因此，醫療之告知說明方興未艾，醫療法規龐雜、醫病關係惡化，導致保守防衛醫方防禦性醫療方興不止，浪費醫療資源，醫師為了降低風險以避免訟累，將捨棄較有利於治愈患者卻危險性較高之醫療方式，而選擇治療之副作用較少之防禦性醫療行為，不僅延誤救治時機而且浪費醫療資源，醫學院學生則盡量避開急重症、外科、婦科等危險科別，因此醫療環境五大皆空現象持續惡化，實非患者之福、除此尚有病方以刑逼民¹⁵⁰，民事賠償可能天價、但出現檢方低起訴率、院方低定罪率¹⁵¹、法院仰賴鑑定報告造成鑑定對法院有實質拘束力、任意鑑定制度¹⁵²、鑑定有其必要性，但公信力受質疑等特色，可謂醫方、病方、實務三方均深受其害。

第三款 醫療鑑定爭議

顯然多數醫療行為具有專業性、裁量性、侵害性、危險性、不可預期性之特質，法官並無醫療專業素養，當審酌醫療糾紛法律責任歸屬是否有過失時，常常需要先藉助機關鑑定之專業判斷醫療過程是否有疏失，由我國刑事訴訟法第 197 條至第 210 條，以及民事訴訟法第 324 條至 340 條等程序法規定即知，醫療鑑定其本質乃輔助裁判官之

¹⁴⁸陳學德，加強調解解決醫療糾紛功能—從臺中地院試辦醫療調解制度談起，第一屆臺中醫法論壇，總題目：醫療糾紛處理支現在與未來以臺中地院醫療試辦制度為中心，2013 年 9 月 1 日，頁 4。

¹⁴⁹吳俊穎等：台灣醫療糾紛重複鑑定樹狀圖，請參閱科技法學評論，2013 年，收錄於吳俊穎等，實證法學：醫療糾紛的全國性實證研究，元照出版社，2014，頁 270-300。

¹⁵⁰陳榮基，臺灣醫療糾紛的頻率與原因的分類，臺灣醫界，2007 年 1 月，第 50 卷第 1 期，頁 39。

¹⁵¹高添富，醫療業務過失致死的犯罪理論 [http://\(www.drkao.com/paper/paper-9.htm\)](http://www.drkao.com/paper/paper-9.htm)，造訪日期 108 年 2 月 4 日)。蘇嘉瑞，醫療糾紛刑事訴訟之實證與趨勢，法官協會，2007 年 6 月，第 9 卷第 1 期，頁 58 以下。

¹⁵²張麗卿，驗證刑訴改革脈動，五南，2004 年，三版，頁 163。

證據方法，因此鑑定有其專業性與必要性。基於醫學專業之尊重與必要，法院主要委託醫審會之機關鑑定，醫審會則依據病例紀錄、醫療爭點及初鑑醫師意見，作成鑑定結論後再回覆給原來之囑託法院，然而對於複雜之人體醫療情況，因醫學仍然存在有其極限，故醫療行為屬於具有綜合性之事實行為，其評斷基本上要符合經驗醫學之醫療常規外，應依實證醫學為基礎之當時醫療水準而為綜合判斷，醫療疏失與否經常必須重複鑑定、醫審會鑑定機關前、後鑑定或不同鑑定機關鑑定，均有可能出現不同鑑定結論、機關鑑定之實際從事鑑定醫師皆不具名，因此無法被傳喚到庭接受法官之訊問與當事人之詰問、而且鑑定過程不透明、鑑定機關不多元、當事人無權要求機關鑑定、但院、檢方於囑託鑑定前爭點整理卻不完整，導致鑑定事項不明確等爭議。

第二項 案例分享簡介

本文將提出數則近期醫療糾紛¹⁵³案例分享於下，淺述醫療機關鑑定報告對實務之影響，以下則為本文之醫療案例分享，顯示醫療過失之認定困境是如何之錯綜複雜。

第一款 車禍暨顱內出血案例

案例事實

陳。傑於 94 年 9 月 26 日因車禍受傷被送至童綜合醫院治療、期間再因醫療處置未植入顱內壓監測器，且未再予以電腦斷層掃描，以判斷顱內有無持續繼續出血，導致顱內出血損害擴大，三日後轉至台中榮總治療，清除顱內出血，茲因腦部右側出血擠壓至左側腦部持血塊累積，造成二度腦傷以致其腦部壞死左側癱瘓，雙目失明，成為受監護宣告之禁治產人，家屬依侵權行為與債務不履行不完全給付，起訴童醫院與李。鍾等三人連帶損害賠償責任。

¹⁵³ 醫療糾紛之定義，乃指在醫療過程中，病患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而言，援引自行政院版「醫療糾紛處理法草案」(第三條)，院總第 1631 號，政府提案第 10058 號，2005 年，3 月，頁 179-187。

茲因鑑定意見認為本案醫師未裝置顱內壓監測器或未再安排電腦斷層，造成無法阻止或降低次級損傷，確有醫療不足之處與車禍所造成腦傷後遺症，具有條件因果關係，依電腦斷層掃描結果判斷，其損傷比率，初級損傷比例佔 40%，次級損傷比例佔 60%，因此台中地方法院與高院台中分院民事判決結果，皆認定醫療行為有過失，高院認為醫方須就患者之全部損害負責應賠償約 3341 萬元多，但最高法院認為醫方不必負擔車禍受損之責任，廢棄第二審判決發回更審，104 年高院台中分院更一審判決後區分了責任歸屬，僅令醫方負責醫療過失可歸責個別責任，但醫師並未阻卻患者所受腦部顱內壓加劇，而致生遲發性出血之可能，醫師需就腦部損傷中得以醫療行為處置之次級損傷負責，應賠償共計 563 萬元多，但最高法院 104 年台上字第 2004 號民事判決認為：醫方已明知病情變化，卻仍未予電腦斷層掃描，亦未植入顱內壓監測器，亦未即時採取其他進一步之治療方案，醫療行為不符合醫療常規，其後又認為依當時醫療常規，尚非必須置放顱內壓監測器，故原審對於未植入顱內壓監視器，是否為本件醫療行為過失之原因，前後論述不一，並有可議，因不作為造成他人損害應負侵權責任，除了要有作為義務，亦須不作為與損害造成要有因果關係，亦即倘若有所作為時即得防止結果發生，但前審未詳加調查，乃再度發回更審，台中高分院 104 年度更二審第二號判決，最終以 350 萬元調解成立。此案一、二審依過失共同侵權行為判決，當然會造成醫方責任不當擴大，但車禍肇事者之駕駛過失行為，與醫師之醫療過失導致病人傷勢轉劇惡化，不具相當因果關係(僅有條件因果關係，但不具相當性)，因此不成立共同加害行為，經歷三審判決與三次醫審會鑑定，延宕多時未能確定，最終醫方依應負擔之責任比例結果，再經由調解才定紛止爭。

¹⁵⁴ 台中地方法院 97 年醫字 000002 號、臺灣高等法院台中分院 99 年醫上字第 000011 號、最高法院 103 年台上字第 000706 號、臺灣高等法院台中分院醫上更(一)字第 000001 號、最高法院 104 年 002004 號、臺灣高等法院台中分院醫上更(二)字第 000002 號等民事判決。

本文見解

涉及交通事故與醫療過失偶然競合時，若彼此間不具備客觀的行為關聯性，行為人僅就其行為與結果間，有相當因果關係之損害部分負責，法院依據醫審會鑑定報告認為，醫師未裝置顱內壓監視器有醫療過失，但依據神經外科醫學會見解顱內壓監測不一定要用，本案例應再探究者乃：(一)交通事故肇事者與醫師間是否成立共同侵權行為，實務與學說應當意見分歧，(二)交通事故造成之損害與醫療過失擴大之損害，雖然應該明確區分責任，但如何論斷二者之責任分擔？為何前者僅占 4 成比例，後者則高達 6 成比例責任，此鑑定意見（電腦斷層掃描結果）是否有實證醫學佐證依據，(三)判決結論醫療不作為有醫療過失，且與損害結果之間有因果關係，但本文高度質疑者，乃裝置顱內壓監視器或再安排電腦斷層時，就能防免或降低次級損傷之論斷，換句話說，有醫療作為就能防止結果損害應具有佐證資料，以證明實務見解必然與論述相符。

第二款 植物人案例

案例事實

林娥香於民國 79 年 4 月間，因中耳炎至被告之中山醫院中港院區耳鼻喉科就診，經施行手術加以治療，疑似因麻醉問題造成林娥香腦部缺氧過久，導致 79 年 4 月 17 日變成植物人。手術後迄 95 年 3 月 24 日於被告醫院去世，於 95 年 6 月 21 日才提起本件之訴。期間長達 16 年，茲因術後醫護人員術後照顧具未盡善良管理人注意義務，患者發生發紺缺氧，導致患者在 95 年 3 月 24 日死亡，家屬依據侵權責任債務不履行責任等規定請求損害賠償，期間最高法院共有三次發回更審¹⁵⁵。

實務與鑑定見解

台灣台中地院與高院均駁回林婦家屬損害賠償請求，理由略以；家屬無法舉證手術過程有醫療過失，暨手術行為與林婦死亡之間有相當因果關係，故不得依侵權責任及依不完全給付債務不履行規定，請求損害賠償。經上訴後，最高法院發回更審之主要理由：

¹⁵⁵ 侵權責任乃民法第 184 條第一項前段、第 188 條、第 192 條第一項、第 194 條，而債務不履行責任則指民法第 224 條、第 227 條、第 227 條之 1 準用同法第 192 條第一項、第 194 條等規定。

「系爭醫療過失存在時點及系爭損害種類，原審未盡闡明義務，且系爭醫療過失及因果關係舉證責任分配，是否違反公平原則，尚有斟酌餘地」，但台中高院更一審仍然駁回請求，其理由有三：(一)為「林婦手術後送回休息室後，醫護人員未盡善良管理人注意義務，以免林婦術後麻醉未醒而發生發紺缺氧，對於患者之術後照顧顯有「過失」(二)且認定林婦之請求權應自79年4月17日起算，因此已罹於消滅時效，(三)患者自成為植物人至死亡期間長達16之久，衡諸經驗法則，任何植物人未必均會發生心肺衰竭、敗血性休克併急性呼吸窘迫症，醫療過失與林婦死亡結果間，難認有相當因果關係。但最高法院再度發回更審，其主要理由：「原審未依其聲請通知鑑定人到場或送鑑定，遽以前揭理由認死亡之結果與照護過失之行為，無相當因果關係，並謂無鑑定之必要，自嫌速斷」。台中高院更二審審酌鑑定意見後，認為「病人手術麻醉後，於完全恢復清醒前，既有前揭造成病人突發發紺現象之可能原因，醫院即有「防免」之注意義務。且僅需隨時密切注意觀察即可防免，因而認定醫院術後之照護行為應有過失。且由鑑定意見可看出，因為林娥香長期處於植物人狀態，極有可能導致嚴重之併發症，此一結果是可預期的，因此認定成為植物人與死亡之間，存在一定之因果關係。

學者見解：陳忠五教授針對最高法院100年度台上字第1214號判決之評釋；認為第一審及第二審均依一般證責任分配原則，認為林婦配偶及子女就系爭手術過程中有醫療過失，應負舉證責任，進而以其無法舉證證明系爭手術過程中有醫療過失存在為由，駁回其侵權責任部分的請求，然而最高法院基於2000年2月9日民事訴訟法277條修正增訂但書規定的立法意旨，以系爭醫療記錄不完整、中山附設醫院居於掌握控制系爭手術過程或醫療紀錄的地位等考量，對此表示不同意見，最高法院在其第一次廢棄發回判決中，有詳盡的陳述，值得贊同。本件造成林婦成為植物人的關鍵時刻，係手術後送至恢復室觀察期間，因突然發紺、缺氧過久所致，則於此段期間，醫院或其所屬醫護人員有無違反某種醫療注意義務，有待釐清，經最高法院第一次發回指摘「究竟於何時有過失，未見闡明，據為判決」，因此第二審更審判決改變見解，明確認定林婦手術後送至恢復室觀察期間，其後續的監測照護行為」未即時密切注意防免其發生發紺、缺氧

危險，不合當時醫療常規或醫療水準，有醫療過失存在。本見最具爭議的問題，乃是患者死亡與醫療過失間是否具有因果關係，本件先後二次鑑定意見，「僅」就係爭手術與林婦成為植物人有無因果關係論斷，「未」就林婦死亡此一結果與系爭手術有無因果關係作出判斷。因此更審判決雖然認定系爭手術過程中有醫療過失存在，且與林婦成為植物人具「有」因果關係，然而就林婦死亡結果則認為與系爭手術「無」因果關係，其理由就是「任何植物人未必均會發生心肺衰竭、敗血性休克併急性呼吸窘迫症等病狀，故認為死亡結果與醫療過失間，難認有相當因果關係」，上開更審判決後，最高法院認為「更審上開判決純屬法院自己的經驗判斷，並無醫療專業鑑定意見為依據」，此乃最高法院第三次再度發回的主要理由。

本文見解：病人突發發紺現象之可能原因，醫院即有「防免」之注意義務，體外循環急救¹⁵⁶也許可幫助患者，有關發生心肺衰竭、敗血性休克併急性呼吸窘迫症等病狀。本件案發自79年4月時，林娥香接受右側中耳顯微手術後，經最高法院三次發回台中高分院更審。本案纏訟歷經16年實屬少見，浪費很多司法資源，此案涉及民事責任三項基本成立要件：損害、歸責事由、因果關係，暨因果關係之舉證責任，其中醫療過失之因果關係之審酌，於法律評價時應該最優先審理，醫療鑑定之過程與結論，雖然應以實證醫學為依據，始能提高鑑定之公信力，醫療過失之因果關係之審酌，應屬法律評價時應最優先審理之核心，民事醫療事故發生後，若醫療行為與死傷結果之間無相當因果關係；醫師違背注意義務之積極作為，致使死傷結果發生之一般因果關係，或者醫師違背注意義務之消極不作為，致使死傷結果發生之不純正不作為之因果關係，因此即無醫療過失之可能，當然就無需再去審酌醫療行為之過失要件。醫院本來就應於案件發生後，即應審酌允許植物人長期留置院內免費治療，是否有其必要性與正當性，若審酌結果無必要性，則應積極與對方家屬聯繫溝通，請家屬帶回林婦居家照顧，否則醫方若願意繼

¹⁵⁶ 臺灣之葉克膜醫療專家—柯文哲認為：醫療之憂 臺灣三多：洗腎率、植物人、葉克膜；「葉克膜是一種體外維生器，可讓病患額外增加2至2.5L/MIN含氧血，藉此可讓病人血壓提高、組織灌流，進而增加存活機率，但許多人誤以為葉克膜是救命法寶，都要求裝上葉克膜，造成健保給付之沉重負擔，臺灣單就2010/2011這2年多給付18億元，認為「改善無效醫療 路還很長」。

續將該植物人留置院內照護，則仍屬「合法認定」之事實¹⁵⁷，本文認為中山醫院此舉應屬錯誤而不當之行政措施，可謂為善不足而禍生於忽，理應誠懇婉言相勸家屬領回林婦植物人回家照料，始為明智之舉，切莫自願將植物人留置院內醫治，且沒有收取任何醫療暨照顧費用，有違一般之經驗法則及論理法則，且家屬若執意不領回林婦回家細心照顧，顯然涉有遺棄罪嫌或涉強制罪嫌¹⁵⁸，理應動之以情說之以理利用訴訟外調解機制，當情理皆無助爭議時，再訴請法院主動介入解決此醫療事故。

第三款 心因性猝死案例¹⁵⁹：

指出現行之刑事醫療審判制度的困境。甲於二〇〇〇年十二月二十日九時三十五分左右昏倒，被送至嘉義基督教醫院診治。醫師乙對甲進行心電圖、生化檢查、肝功能、腎臟、白紅血球等檢查，於同日中午十二時十五分同意甲出院。翌日甲於自宅內嚴重氣喘、心悸，於急救途中斷氣。嘉義基督教醫院急救後，仍宣告死亡，死亡證明書記載「疑心律不整，心因性猝死」，嘉義地方法院判決被告醫師乙有罪，處有期徒刑一年，被告乙不服，向臺灣高等法院臺南分院提起上訴，二審法院判決乙無罪。案經上訴至最高法院，經發回更審後，於2008年1月30日，臺灣高等法院臺南分院96重醫上更(一)381號判決依舊維持被告無罪的判決。本案歷時將近八年，如此曠日費時的重要原因是囑託鑑定共有七次，其中包含六次醫審會的鑑定，以及一次臺灣大學醫學院的鑑定，而醫審會歷次鑑定意見(第2至4次鑑定)均認為「不確定是否有」心肌梗塞或心肌缺氧的病狀存在，而第五和第六次鑑定意見則明確指出因本案，未進行屍體解剖、病理驗定，故真正死因無法確定，醫審會第6次鑑定意見認為因無屍體解剖，病人之死因並無法確定，除了心肌梗塞外、肺栓塞、腦中風、及主動脈剝離均有可能。但病人無典型症狀，無法

¹⁵⁷ 理由是按民法第一百二十九條第一項第二款所謂之承認，為認識他方請求權存在之觀念表示，僅因債務人一方行為而成立，不以明示為限，默示之承認，亦有承認之效力。因此醫院因治療、照護林娥香所支出醫療及看護費，乃對損害賠償債務之履行，為合法認定之事實。

¹⁵⁸ 刑法第293條的普通遺棄罪與304條的強制罪參照。

¹⁵⁹ 參照：嘉義地方法院91年度訴字第183號刑事判決、台灣高等法院台南分院93年醫上訴字868號判決、最高法院九十六年度台上字第4793號判決，臺灣高等法院臺南分院96重醫上更(一)381號判決，最高法院97年度台上字第002346號刑事判決參照。

正確推論病人發病的時間。」台大醫學院則認為「不能排除有」心肌梗塞的可能性，但是如果有，也屬於陳舊性心肌梗塞的較有可能性。而且醫審會及台大醫院之「鑑定意見」均認為乙醫師並無違反一般急診室之醫療常規，並且對於病患已經盡到告知義務。而最高法院參酌歷年多次鑑定意見後，認為因本案檢察官並未進行相驗及屍體解剖，故病患真正死因尚難遽認確係因急性心肌梗塞所致。學者認為：「之所以發生多次的鑑定，並非案情隨著時間的遞嬗而有不同，而是因欠缺醫療專業的法官，在同樣的議題上面打轉；此即（1）甲接受乙醫師之急診治療時，是否真的有心肌梗塞的症狀存在？（2）乙醫師之急診治療時，是否合乎當時當地之醫療常規？（3）乙醫師之急診治療時，是否盡到實質告知說明義務？（4）乙醫師之急診治療行為與甲之死亡結果之間有無相當因果關係，以致延宕多年。事實上，這也是所有醫療訴訟審判上的困境¹⁶⁰。」

但本文認為除此另有主因：即目前醫審會受理鑑定採取比法院「不告不理」更嚴格的「不問不理」作法，對於囑託鑑定問題以外，縱使為重要關鍵，均不予回答。加上相關卷證中缺少法醫解剖報告書所致，囑託鑑定前之爭點整理不足，因此導致縱有多次機關重複鑑定，亦無濟於事，並非僅僅醫療專業法庭法官欠缺醫療專業知識而已，由此案例可以看出現行鑑定制度之公信力有極大爭議，同樣是醫審會之鑑定結論仍有差異，而不同鑑定機關之鑑定結論也可能不同，會出現重複鑑定之前因樣態甚多，學者以實證研究分析；鑑定維持率指出有疏失的維持率僅四成左右、無疏失維持率則高達九成、重複鑑定樹狀圖之資料值得研究¹⁶¹，且有疏失的維持率僅四成值得省思。

¹⁶⁰ 張麗卿 刑事醫療訴訟審判之實務與改革 月旦法學雜誌(NO.196)2011.9，頁

¹⁶¹ 吳俊穎、楊增暉、陳榮基，醫療糾紛鑑定的維持率：二十年全國性的實證研究結果，科技法學評論，10卷2期，頁203-233。

第四款 史蒂文強森症候群案例

案例事實

患者 A 腳麻經醫師 B 診斷藥物治療後，因病情並無好轉，改以 Tegretol 藥物治療（下稱 T 藥），但醫師未實質告知服用此藥可能導致史蒂文強森症候群（Stevens-Johnson Syndrome）或死亡風險結果，僅告知服用 T 藥的一般副作用，如有不適應立刻回診等語，醫師依據鑑定意見而認為史蒂文強森症候群不常發生，且為了避免患者恐慌，因此不實質告知患者 A。

實務與鑑定見解

鑑定報告意見依實證資料：「此症發生率是萬分之一點四，發生率低且不可預測，且告知並無法避免其產生」，台中高等法院台中分院 100 年度重醫上更(二)字第 64 號判決：「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、死亡率，應包括在醫師告知義務之範疇當中，...。」而最高法院（101 年台上字第 2637 號刑事判決）¹⁶²：「被告未依規定為告知，固然侵害病人之醫療自主權，但醫療自主權之侵害，非屬醫師過失責任之必然。蓋以醫療過失繫於診斷與治療過程有無遵循醫療準則為斷。醫師於診療過程中，如未遵循醫療準則致生死傷之結果，事先縱已踐行告知同意程序，亦無以阻卻違法。反之，如醫師事先未踐行告知同意法則，但對於醫療行為已善盡其注意之義務，仍難謂與病人之死傷結果，有必然之因果關係。觀乎醫事審議委員會意見迭次陳稱：史蒂文強森症候群，其症候之發生應與特殊體質有關，無法預防，亦無法藉由檢查而預測；告知並無法避免史蒂文強森症候群之發生等語。史蒂文強森症候群既無法預防、預測，自無從苛責被告善盡告知之責。告知既無助於危害之防止，或影響危害之發生，自與被害人所患史蒂文強森症候群間，無必然之因果關係，難責被告負過失責任。」

¹⁶² 99 年最高法院台上字第 558 號第一次發回，99 年重醫上更(一)將原判決撤銷判決有罪，100 年最高法院台上字第 5381 號第二次發回，100 年重醫上更(二)字第 64 號將原判決撤銷判決無罪，101 年最高法院台上第 2637 號將上訴駁回，維持無罪判決。

學者見解

「注意義務之本質，就是「可避免風險」的防範裝置。若醫師未能確實履行告知義務，只有在醫師有能力迴避醫療風險的條件下，才有注意義務之違反，以史蒂文強森症候群案為例，萬分之一點四藥害風險，雖然醫師可以預見，惟按現今之醫療水準，終究欠缺避免結果發生可能性，因此只要醫師投藥步驟符合醫療常規，做好自身控制風險的工作，副作用就應歸於人類追求醫療利益所容許的風險範疇，不該由醫師來負擔過失責任。近年實務判決再強調：醫療行為本身是否符合醫療常規的非價判斷才是重要支點¹⁶³。

本文見解

實務對於告知義務見解，乃依據醫師法第 12 條之 1：「可能之不良反應」範疇解讀，本案醫師採用 T 藥乃以藥物許可證以外之方式 (off label use)，並無衛生署核准治療患者 A 周邊神經病變疼痛之功效，醫師 B 使用時應注意必要性，應盡實質告知藥物副作用之義務，依據醫療鑑定報告得知此藥可能副作用，導致史蒂文強森症候群僅萬分之一點四，藥害風險發生率甚低，此症既然無法預見、預防結果之發生，因此就算告知亦無法避免結果之發生，且因醫療行為已善盡其注意之義務，因此若未善盡實質告知義務，與史蒂文強森症候群之結果間，並無相當因果關係，因此無法認定被告應負過失責任。對於結果之預見義務與迴避義務而言，若鑑定意見縱然認為有醫療疏失，法院仍應進行「客觀之預見可能性」以及「客觀之迴避可能性」等審查，倘行為人對於不幸結果之發生，不具有客觀預見或迴避可能性者，仍不構成民、刑法上之過失」，本案自 91 年起訴至 101 年最高法院將上訴駁回，強調實質告知義務之違反與結果間應當具有相當因果關係，而將 94 年度台上字第 2676 號判決見解：「醫師若未盡上開說明義務，除有正當理由外，難謂已盡注意之義務。」可能導致「違反告知義務幾近於違反注意義務，進而可能有醫療過失而有刑責」實務見解加以明確說明；告知義務之違反僅是醫療疏失，與結果之發生未必然產生相當因果關係，因此未必即有醫療過失，醫療行為未符當時當

¹⁶³ 張麗卿，醫療人權與刑法正義，元照出版，2014 年 1 月，頁 283。

地之醫療水準、醫療常規等客觀情況，且與死傷結果之間有相當因果關係，始負損害賠償責任或刑事責任。

第二節 醫療之機關鑑定：(囑託鑑定)之內涵

第一項 何謂鑑定

鑑定種類繁多；筆跡鑑定、飛安鑑定、DNA 鑑定、血液鑑定、車禍鑑定、工程鑑定、親子鑑定、專利侵害鑑定¹⁶⁴、醫療鑑定、精神鑑定、筆跡鑑定、測謊鑑定、指紋鑑定、毛髮鑑定、唾液鑑定、專利鑑定、印文鑑定、尿液鑑定...等專業鑑定，前述專業鑑定除了醫療鑑定外，當事人亦甚少對該鑑定過程與結論有所爭執，也甚少對於鑑定之機關公正性提出質疑，以車輛行車事故鑑定為例，肇事之經過、分析表、當事人意見、法規依據、鑑定結論經鑑定意見書載明後，通常即為損害賠償之調解依據¹⁶⁵。其中最令人矚目者乃醫療鑑定，其與其他專業鑑定互相比較後，顯然前述各專業鑑定均具有專業性與必要性之共同點，但醫療鑑定通常或可能會出現較特殊之情況：醫審會之機關鑑定常有重複鑑定情況、鑑定結論之公信力、鑑定期間延宕、或鑑定經過是否依據實證醫學、實際鑑定人與鑑定委員應否具結、應否到庭接受交互詰問等等爭議，當醫療鑑定結論送回原來囑託機關後，多半不利病方，但不管結論如何，幾乎都很難使醫、病雙方同表贊同：所謂醫醫相護、醫醫相害，甚至連法官亦指摘鑑定意見往往多所隱諱或莫測高深¹⁶⁶，雖然鑑定意見應依病歷資料所獲證據，逐題標號，予以客觀回應，不應實問虛答或閃爍其詞，避免籠統含糊回應，俾委託鑑定機關能完整明瞭真實之真相。但由於鑑定意見採「不問不答原則」¹⁶⁷，此時若委託鑑定事項爭點整理不夠完整，結果必然再重覆鑑定

¹⁶⁴ 最高法院 97 年度台上字第 1938 號民事判決認為：「專利侵害鑑定基準」及「專利侵害鑑定要點」均「僅供」專利侵害專業鑑定之參考，「非屬」具有法律效力之法規命令。

¹⁶⁵ 當事人若對鑑定意見有異議時，得向轄區內之覆議委員會申請覆議，車輛行車事故鑑定及覆議作業辦法第七條第一項第三款、第八條第一項規定參照。

¹⁶⁶ 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》，185 期，頁 82-84。

¹⁶⁷ 王皇玉等，《醫事糾紛鑑定初鑑醫師指引手冊》，4 版，頁 9-10。財團法人醫院評鑑暨醫療品質策進會，對於如何撰寫初步鑑定報告載有「委託鑑定事由以外之問題，不宜隨意添加，以免節外生枝」。

成為常態而受人所垢病。因此學者對於「不問不答原則」，有反對意見¹⁶⁸

為了論述醫療之機關鑑定內涵，有必要先清楚「鑑定」之意義，具有專業特別知識之第三人，在法庭上以其專業陳述作為證據之用者，謂之「鑑定」，而其陳述該項意見之人，謂之「鑑定人」¹⁶⁹，醫療鑑定是指由具有特別知識之鑑定人或機關，就需要特殊知識經驗之事項予以鑑識、測驗、研判及斷定，以其專業醫療知識加以分析判斷，取得證據資料以供作檢察官或法官認定事實之參考，醫學之專家鑑定的最高準則乃客觀性與中立性，此觀刑訴訴訟法第 202 條規定：鑑定人應於鑑定前具結，其結文內應記實必為公正誠實之鑑定，同法第 208 條第一項後段規定「其需以言詞報告或說明時，得命實際鑑定或審查之人為之」，顯然由條文中對於「言詞報告或說明之人」刑訴訴訟法和民事訴訟法有「不同」規定，關於此下文有詳論。但是當自然人鑑定醫療案件是否有疏失時，兩種程序法則均相同均是均應符合具結規定，否則鑑定結論不具有證據能力，不過醫療機關鑑定時，實際鑑定人不必具結，例外言詞說明時才需要具結，卻是產生甚多問題之所在，其表面顯然相當省事，卻也造成當醫療機關鑑定時，實質上仍然「無從」令實際從事鑑定之人到庭、具結、言詞說明及接受詰問¹⁷⁰。但就醫療鑑定而言，鑑定依其性質與目的言之，並不以自然人為限，法人亦得為鑑定人：醫事審議為委員會、法務部法醫研究所、醫學中心等機關即為適例，法定證據方法係指被告、證人（含鑑定人）、書證及物證，在我國大法官釋字第五百八十二號解釋之前完全不區分證據方法之分類，對證據方法完全未有任何限制，遑論『法定』¹⁷¹。此號解釋將刑事被告對證人詰問權、作為訴訟權保障之內容，且屬正當法律程序所保障之權利，對傳聞法則最詳盡的理論說明¹⁷²。

¹⁶⁸ 陳運財，〈醫療刑事訴訟之證明活動〉，〈月旦法學雜誌〉，2010 年 8 月，183 期，頁 15。陳聰富，〈台灣醫療糾紛處理機制之現況與檢討〉，〈月旦民法雜誌〉，2011 年 12 月，34 期，頁 10。

¹⁶⁹ 有關鑑定人之規定，民訴訴訟法第 334 條及第 339 條外，於機關團體為鑑定或審見之情形，得準用之（民訴法三四〇II）；條文第二項的「其需說明者，由該機關或團體所指定之人為之」。而刑事訴訟法第 198 條、208 條亦有關於鑑定人之規定；

¹⁷⁰ 醫療糾紛鑑定作業要點第 15 條規定，以委員達成一致之意見為鑑定意見，故採合議制，並非個人之意見，因此醫審會不可能提供初鑑醫師與鑑定委員之通信地址與姓名。

¹⁷¹ 林鈺雄，蓋上潘朵拉的盒子—釋字第五八二號解釋終結第六種證據方法？月旦法學雜誌，第 115 期，2004 年 12 月，頁 65-68。

¹⁷² 劉秉鈞，傳聞法則與傳聞證據，刑事法學現代化動向，黃東熊教授八秩華誕祝壽論文集，頁 124。

第二項 醫療之機關鑑定現況

而醫療之機關鑑定（或囑託鑑定）係依據刑事訴訟法第 208 條第一項前段，法院或檢察官得基於實務上需要，指定某類特殊案件之等待鑑定事項，囑託某一或某些特定具有該項專門知識經驗之機關，予以鑑定，民事訴訟法第 340 條第一項亦規定，法院認為必要時，得囑託機關或團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見而將其意見書，作為證據之用。機關之囑託鑑定，與一般自然人鑑定不同。關於自然人鑑定之訊問與「具結」之規定，機關鑑均不適用¹⁷³。但若其鑑定經過與結論須言語說明者，應由機關或團體所指定之人：應該即為實際實施鑑定之初鑑醫師為之，則應有具結之義務，到庭接受當事人、辯護人訊問或詰問之，以助真實之發見¹⁷⁴。然而醫療實務尚乏機關鑑定被指派者到場言語說明。「醫療鑑定」可分為三類¹⁷⁵：1、解剖鑑定，2、臨床鑑定，3、藥理生化鑑定，「解剖鑑定」；地檢署所屬法醫藉屍體的病理檢查，釐清病因和死因，基本上由法醫解剖，先由肉眼所見病理加以記錄，再採取、保存有疑慮之病源臟器，送交檢驗試作顯微鏡組織學的病理、生化、藥理學等等檢查，經由這些檢查作成初步的鑑定。「臨床鑑定」；司法機關就醫師治療的經過，以病狀變化做過失判斷。由法官或檢察官委託鑑定機構的專家，根據「醫師所記載的診療記錄」，與「法醫初步的鑑定報告」，查證被告醫師在診斷、治療、手術及用藥上有無疏失？「藥理生化鑑定」；將屍體解剖所得之組織，在實驗室中做藥理、生化檢查，以判斷臨床狀況與死亡結果之間純醫學上因果關係。這個鑑定結果及記錄保存於法院中，院外人士難以得知¹⁷⁶。機關鑑定之鑑定過程、結論與其依據皆是醫療糾紛釐清真相之前提。但就 105 年而言就有 349 件醫療鑑定¹⁷⁷，可謂是醫界永遠揮之不去之惡夢。

¹⁷³ 刑訴訴訟法第 208 條第一項參照。

¹⁷⁴ 刑訴訴訟法第 208 條第二項參照。

¹⁷⁵ 財團法人台灣醫療改革基金會，醫療爭議參考手冊，2006 年 12 月出版。

¹⁷⁶ 蕭敏慧，醫療爭議參考手冊，第 25 頁，財團法人台灣醫療改革基金會編印，95 年 12 月出版。

¹⁷⁷ file:///C:/Users/E/Desktop/受理委託醫事鑑定案件數統計表(至 105 年).pdf，最後造訪日期:2018 年 4 月 15 日

第一款 鑑定有實質拘束力

鑑定之「性質」如何，學者間議論不一，此即所謂鑑定人角色之爭議。有謂鑑定為「證據方法」者，其說係謂鑑定既規定於訴訟法證據一節中，其鑑定結果，法院又得以自由心證判斷之，故應為證據方法。有謂鑑定為「法院之輔助機關」者，其說係謂法院法官對於非有特別智識不能得知之事項，須由專家補其不足，以期裁判正確，故應為輔助機關。就鑑定人陳述特別法規或陳述經驗定則之點觀之，固與證人陳述事實相同，而為證據方法。惟自鑑定人應用特別知識觀察事實之後，並就事實加以判斷陳述鑑定意見之點觀之，則為法院之輔助機關醫療糾紛鑑定於訴訟法上之意義；訴訟法上皆認為鑑定之本質為輔助裁判官之證據方法，無論民事或刑事程序法之法理皆相同，此觀民事訴訟法第 324 至 340 條以及刑事訴訟法第 197 至 210 條之相關規定可知，鑑定之本質既然為證據方法之一，醫療糾紛鑑定就僅能針對事實為之，故鑑定意見只涉及客觀事實之描述、認定與判斷，不應含有法價值成分，此即法律之適用和證據之取捨，仍然由法院審慎決定之。過去醫療糾紛主要專注於實體法「民法和刑法」之問題，最近幾年則更專注重程序法的發展，最高法院實務最近見解：比如 99 年台上字第 1237 號判決及 99 年度台上字第 3277 號判決對於鑑定報告之證據能力皆有深入探討，即為適例。故鑑定人既為證據方法，同時亦為法院之輔助機關。理論上鑑定結論對於法官並無拘束力、其僅為醫療專庭法官釐清真相的輔助證據之一，因為法官不具醫療專業知識，而醫事審議委員會乃隸屬衛生署之官方機構，法官多依醫審會之鑑定結論當作醫療判決依據，依學者實證結果發現有趣現象，實務判決結果有將近九成至九成五之比例和鑑定結論相符，情況很顯然的是行政權左右了司法判決，醫療鑑定結論幾乎成為醫療糾紛中之證據之王，可見鑑定結論具有相當程度之實質拘束力。

第二款 鑑定人與證人之區別

既然鑑定人者在醫療訴訟中，就受指定之鑑定事項，以其特別知識陳述意見之第三人也。以鑑定人之陳述，供證據之用者，鑑定人應為當事人以外之第三人，此與證人「同

為訴訟法上第三人同其旨趣，自不許當事人或與當事人同視之法定代理人為鑑定人。且鑑定人並非不可代替之證據方法。鑑定人經選任後，僅得就法院、受命法官或受託法官指定之事項(鑑定事項)，依所供之訴訟資料陳述其意見，非認鑑定人陳述之範圍漫無限制。鑑定人之陳述所以供證據之用，乃在鑑定人向法院提供特別知識，使法院得藉其特別知識，以為事實上或法律上之判斷。而證人主要在陳述自己所經歷之具體事實，以證明應證事實之有無¹⁷⁸，限於特定人而不得以他人代之。鑑定係依其特別知識陳述自己之意見，具有無不可代替之性質。證人係依其經驗陳述過去之事實，為不可代替之證據方法，是否有沒有替代性為兩者最大之不同之處，然而兩者同為證據方法則為其相同之處，非認鑑定人有超越證人之地位。刑事訴訟法第一百九十七條規定「鑑定除本節有特別規定外，準用前節關於人證之規定」鑑定人亦有到場、陳述及具結之義務。最高法院九十六年度台上字第二二七九號民事判決亦認為：「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，就採為裁判之依據，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。可見鑑定意見之證據能力有無或證明力高低，最後仍然由法院踐行調查證據之程序，依職權審酌決定之」。最高法院九十六年度台上字第二六六號民事判決亦有「相同見解」。鑑定人必須為具有特別知識之人；鑑定人則不限於特定人。鑑定人陳述意見，有為抽象之陳述者，有為具體之陳述。在證人則均係具體報告觀察事實之結果，無所謂抽象之陳述，此亦證人與鑑定人之重要差異。鑑定人之判斷限於在訴訟程序上為之，並陳述其意見。「證人之陳述求其真實可信，鑑定人之鑑定重在公正誠實，因此，刑事訴訟法第一百八十九條第一項、第二百零二條就兩者具結之法定程式分設規定，如有違反或不符，概屬欠缺具結之法定要件，不生具結之效力，依同法第一百五十八條之三規定，其證言或鑑定意見，不得作為作為證據¹⁷⁹。」

¹⁷⁸ 吳明軒 民事訴訟法中冊 98.10 修訂八版

¹⁷⁹ 最高法院刑事判決 99 年台上字第 1237 號判決。參照。

第三款 鑑定人與鑑定證人的區別

刑事訴訟法第 198 條至 207 條均係就選任自然人為鑑定人時，所設之規定，其中第 202 條明定「鑑定人應於鑑定前具結，其結文內應記載必為公正誠實之鑑定」值得注意。但下文討論之機關鑑定實際鑑定之醫師是否應到庭、具結，有重要討論空間。刑訴法第 210 條明文，鑑定證人乃法院或檢察官所指定，兼具鑑定人與證人身份的人，然所陳述者，既係以往見聞經過之事實，且具有不可替代性，自不失為證人；惟如所陳述者或併在始依特別知識，就所觀察之現在事實報告其所判斷意見，仍為鑑定人，比如鑑定人同時也是平時診療被告精神疾病醫生，此時這位醫師即為鑑定證人，因此應具結保證證言真實，又須依鑑定人規定具結保證恪守公正誠實立場，兩者均有刑法第 168 條的適用¹⁸⁰。另依刑訴法第 155 條規定，具備證據能力仍應斟酌證明力之高低，但我國程序法對於鑑定結果之證明力規定，法無明文可謂證據法上的立法缺失。訊問依特別知識得知已往事實之人者，適用關於人證之規定(民事訴訟法 339 條)，學者亦稱此為「鑑定證人」。蓋以鑑定證人得知已往之事實，係本於其特別知識而來。就其特別知識之點觀之，固類似鑑定人，但究「非」如普通鑑定人以其特別知識，陳述「現在事實」之意見。而係依其特別知識，就「已往事實」以為證明，實質上仍為證人而「非鑑定人」。故對其人之訊問，適用證人之規定。因其陳述義務，非他人所能代替，無故不到場者，得用拘提之規定。其他關於具結及拒絕陳述、請求費用等均『不得』與鑑定人同視。惟法院對於此等證人，除命其報告觀察事實之結果外，更命其陳述鑑定意見者，是為證人又兼具鑑定人之資格，除適用人證之規定外，應併適用鑑定之規定。如因被傷害請求賠償損害，於被傷害之病狀有所爭執；其命為被害人治療之醫生，陳述『已往』之病狀。雖因係本

¹⁸⁰ 刑法第 168 條(偽證罪)；「於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處七年以下有期徒刑。」而所謂偽證罪不以結果之發生為要件，一有偽證行為，無論當事人是否因而受有利或不利之判決，均不影響其犯罪成立。但所謂「於案情有重要關係之事項」指該事項之有無，「足以影響於裁判之結果者而言」。

於其特別知識所得之事實；仍為證人而非鑑定人。

第四款 現行鑑定制度與專家證人之區別

醫療糾紛鑑定是指由具有特知識經驗之人或機關，就需要特殊知識經驗之事項予以鑑識、測驗、研判及判斷，以供檢察官或法官認定事實之參考，不論醫療糾紛鑑定實務或甚至審判實務制度如何改革，只要職司審判之法院暨犯罪偵查知檢察官，或原被告之辯護律師不具備醫療專業背景，必然存在法律、醫科之間整合之障礙；更由於此障礙之存在、醫療糾紛鑑定意見不僅無從發揮其輔助法院之功能，可能因為同一機關多次往返鑑定竟然有不同結論，或不同機關亦有不同看法時，因此反而成為醫療糾紛訴訟審判實務上最沉重之負擔。鑑定之本質為輔助裁判官之證據方法，故醫療糾紛鑑定意見僅能針對客觀事實之描述與認定，然而法價值之判斷；比如證據的取捨或法律的適用均係法院之職掌，法、檢雙方或當事人對此應有精確之認知。縱然醫療糾紛鑑定作業以機關鑑定為主，尤其審判實務者更應審慎斟酌。我國刑事訴訟法第 210 條修正草案中，將鑑定證人與專家證人分列，雖然英美之專家證人尚未實務所採納，但兩者之間應有區別之實益，本文將之簡列比較如下；我國現行鑑定制度和英美專家證人法制有三點主要不同；一、**選任主體不同**，我國現行訴訟制度雖然引進當事人對抗制度，但關於鑑定制度仍然保留原有體制，依刑訴法 198 條規定，鑑定人由審判長、受命法官或檢察官就鑑定事項選任或囑託機關鑑定，而專家證人則由當事人委任鑑定。二、**鑑定人適格**，我國之鑑定一經院方、檢方選任、囑託後，即具備鑑定人適格。非如專家證人當事人自行委任專家鑑定者，仍須於訴訟程序中，由當事人詰問、審判長審究專家證人適格與否。三、**鑑定報告之證據能力**，我國刑訴法第 206 條第一項容許鑑定人（機關）以書面報告鑑定經過與結果，僅於斟酌證據證明力之必要，始須到庭說明，顯然與專家證人之法制迥然不同，自不能因鑑定人未到庭陳述或鑑定機關未派人到庭陳述，而將鑑定經過及結果以書面報告，即謂無證據能力¹⁸¹。

¹⁸¹最高法院 97 台上 2741、97 台上 2462、99 台上 4467 等號判決。參照。

第五款 機關鑑定作業流程

而有關台灣醫療鑑定作業流程¹⁸²，有論者認為：為使醫事人員對醫療事故有正確認知，更為了讓鑑定之專家或機構有可遵循的脈絡，應有一定之「鑑定流程基準」，包括「醫療學術鑑定」與「醫療過程鑑定」¹⁸³鑑定之兩種流程基準中，所謂的「醫療學術鑑定」指初鑑醫師依據教科書、醫學期刊文獻，或約定俗成的臨床指引做參照，即以實證醫學之最新文獻加以完成，而所謂的「醫療過程鑑定」，本文將介紹如下，當法院或檢察機關等司法機關「囑託鑑定」衛生署醫事審議委員會函送有關卷證資料時，醫事審議委員會（下文皆簡稱醫審會），必然再委託醫策會找尋各大醫學中心之初鑑醫師撰寫初鑑報告，其必經**行政審查**程序；（一）、檢視檢方獲院方所送鑑定資料是否完備？比如是否完整病歷¹⁸⁴造。其若含有解剖報告資料更能確定死因，因此其檢送資料若不足將被送原來之囑託機關，如此情況必定增加公文往返時間。（二）、送鑑定之爭點問題是否明確？若不具體明確時，再函送原機關詢問，（三）、選擇相關科別專長之（初審醫師）。然後進入**初審**；當第一位初審醫師閱畢後，全套卷證（病歷、X光片、檢驗報告）再轉送第二位初審醫師審閱，然後將兩位初審醫師之「初審書面意見」彙整再轉呈至「醫審會醫事鑑定小組」進入**復審**；其鑑定程序乃先由初審醫師口頭報告，再依鑑定程序：（1）、先查明被告醫師學經歷，再聘請與被告無任何關聯之醫學中心知當科權威醫師，送請鑑定並提供初步鑑定意見，醫學中心應於一月內提出初步鑑定報告，但必要時得延長一個

¹⁸²民事訴訟法第2篇第一章第3節、刑事訴訟法第一篇第12章第3節參照。

¹⁸³盧映潔、周慶東、施宏明等，醫療行為與刑事過失責任，2013年，頁55-178。

¹⁸⁴我國應全面推動數位化電子病歷。醫療法第69條規定：「醫療機構以電子文件方式製作及貯存之病歷，得免另以書面方式製作...」以及依其所制定的「醫療機構電子病歷製作及管理辦法」，實乃衛生署推動醫療院所全面電子病歷化法源依據，該署預計103年達成醫療機構病歷全面電子化目標，以簡少醫療疏失糾紛及提升醫療作業效率，同時建置完成病歷交換系統，若欲達此目標，軟體及硬體均不可或缺，近年衛生署已經從法規面、推廣面、標準面及安全面著手，相關招標案包括醫療院所病歷電子化之現況委外調查，病歷電子化廣為推展宣導，醫療憑證管理中心設置與營運，及衛生資訊安全與隱私保護政策建立推廣，醫療法69條應加以明文規定，或授權衛生署得以行政命令規範之，而我國政府資金之挹注以及溝通協助仍應加強，美國電子病歷機制的實施值得我國省思。行政院衛生署84年11月20日衛署醫字第84070507號函釋：「醫療機構使用電腦製作病歷者，於輸入電腦時應隨即將記錄內容列印，並由診治醫師簽名，對於電腦保存之病歷資料，亦應妥善管理，善盡法令所規定之保密義務。」此乃為保存證據以為醫療訴訟用途，作為囑託鑑定前爭點整理之重要資料。

月再提出。(2)、召開審議會會議，並邀請鑑定醫師列席，提出說明並答覆委員詢問。(3)、經過充分討論後才作成決議。鑑定意見之決議需有過半數委員出席，出席委員過半數表決即可作成，但出席委員意見全數一致決議始可確定，作成鑑定意見之結論。而鑑定會議由 15 位委員組成，其中至少有三分之一以上為法律專家及社會人士¹⁸⁵。最後擬定鑑定報告書，再檢還卷證資料函覆鑑定書給原囑託機關。受囑託鑑定機關雖以醫審會為主，但仍有其他機構；一、醫學教學中心、二、高檢署法醫中心，民眾無法直接申請醫審會鑑定，但當事人若要求檢察官、法官核准則可函送卷證資料加以鑑定。

第六款 醫療鑑定之法律依據

就程序法而言，與本文最有關之條文，民事訴訟法第 324 條規定，鑑定係準用人證之規定。同法第 326 條，同法第 328 條，同法第 334 條，同法第 340 條第一項，同法第 335 條，同法第 336 條，同法第 337 條，同法第 339 條，其中第 334 條之規定未為同法第 340 條所準用，因此鑑定主體免為具結之例外規定。刑事訴訟法第 159 條第一項、第 198 條、第 202 條、第 203 條至 206 條之、第 205 條之 1、第 205 條之 2、第 206 條、第 207 條、第 208 條第一項、第二項¹⁸⁶。其中第 159 條第一項、第 206 條關係著醫療鑑定報告之「證據能力」，與第 208 條第一項、第二項關於機關鑑定亦免為具結規定。

第三項 醫療之機關鑑定爭議

第一款 醫療鑑定之公信力

醫療糾紛因其事實之認定涉及醫療專業性，法院往往須求助於醫學專家意見，方能正確地認定事實而適用法律。此種專業性障礙舉世皆然，因此就如何補足此專業性障礙，

¹⁸⁵ 醫療法第 100 條參照。

¹⁸⁶ 囑託機關鑑定、並無必須命實際為鑑定之人為具結之明文，此觀同法第 208 條第二項，已將該法第 202 條之規定排除，未在準用之列，不難明瞭。75 年台上 5555 號判例參照。因此法院縱然未命機關鑑定之實際為鑑定之初鑑醫師具結簽章，有關之鑑定結論仍有證據能力，並無採證違背法則。但此判例已經 95 年第 9 次刑事庭決議加註：本則判例保留，應注意刑事訴訟法第 208 條已修正，但本文認為此判決仍然值得再商榷。

各國司法制度均有其因應之道，我國法院對於醫療行為是否過失之判斷，本質上存有醫療專業上之障礙，因此必須求諸於專業鑑定意見的協助，臺灣素來倚靠「鑑定」制度；最主要者乃委由醫事審議委員會。然而現行的醫療鑑定制度仍存在著許多爭議，不只遭病家指責為「醫醫相護」，醫方亦抱怨其為「醫醫相害」，甚至連法官亦指摘鑑定意見往往多所隱諱且莫則高深等，醫療糾紛鑑定之公正性遂成為眾矢之的，醫病雙方對於不利於己之鑑定，往往要求再送鑑定，加上法院對於鑑定意見之解讀缺乏信心，於是重複鑑定必然會發生。為了周全判斷事實證據的價值，法官需要鑑定人的意見作為輔助，按理，刑事鑑定人乃具有專業知識的人，其所為鑑定證據應該相當可靠，但為何會發生被質疑鑑定證據有問題，不被法官採納的情形，這是專業訴訟審判的困境。以前述的心臟病猝死案為例，甲的病症是否具有心肌梗塞，由醫療專家的角度觀察，只要有相關的資料就可以為判斷，但是法院卻為此議題來回七次鑑定，顯然鑑定見解也帶來實務過失認定之困境。由鑑定意見不難發現，醫審會與臺灣大學醫學院的態度均相同，就是「有可能，但是不確定」。縱然鑑定有其專業性與必要性，茲因重複鑑定時常成為常態。鑑定的結果可能不確定，甚至不實，下文之心因性猝死案之多次鑑定，足為適例，因此鑑定之公信力之問題常為學界所詬病。

第二款 重複鑑定之困擾

因醫審會鑑定報告無法釐清真相，因此有重複鑑定之延宕問題，本文以心因性猝死案¹⁸⁷說明刑事醫療審判困境。甲於二〇〇〇年十二月二十日九時三十五分左右昏倒，被送至嘉義基督教醫院的急診室進行診治。醫師乙對甲進行心電圖、生化檢查、肝功能、腎臟、白紅血球等檢查，又經留院觀察近三個小時後，於同日中午十二時十五分同意甲出院。翌日上午，甲於自宅內嚴重氣喘、心悸，於送至基督教醫院急救途中斷氣。嘉義基督教醫院急救後，仍宣告死亡，死亡證明書記載「疑心律不整，心因性猝死」。本案一

¹⁸⁷嘉義地方法院 91 年度訴字第 183 號刑事判決、台灣高等法院台南分院 93 年醫上訴字 868 號判決、最高法院九十六年度台上字第 4793 號判決，臺灣高等法院臺南分院 96 重醫上更(一)381 號判決，最高院 97 年台上字第 002346 號判決參照。

審嘉義地方法院判決被告醫師乙有罪，處有期徒刑一年，被告乙不服，向臺灣高等法院臺南分院提起上訴，二審法院判決乙無罪。案經上訴至最高法院，經發回更審後，於 2008 年 1 月 30 日，臺灣高等法院臺南分院 96 重醫上更(一)381 號判決，終於依舊維持被告無罪的判決；本於嚴格證據主義，以及罪疑惟輕原則，應認黃。之死亡結果與被告於急診室所為各項醫療，並無相當因果關係存在。本案歷時將近八年，如此曠日費時的重要原因，是囑託鑑定共有七次，其中包含六次醫審會的鑑定，以及一次臺灣大學醫學院的鑑定，而醫審會歷次鑑定意見（第 2、4、5 次鑑定）均認為「不確定是否有」心肌梗塞或心肌缺氧」的病狀存在，而第五和第六次鑑定意見則明確指出因本案未進行屍體解剖、病理驗定，故真正死因無法確定，醫審會第 6 次鑑定意見認為『因無屍體解剖，病人之死因並無法確定，除了心肌梗塞外、肺栓塞、腦中風、及主動脈剝離均有可能。但病人無典型症狀，無法正確推論病人發病的時間。』台大醫學院則認為「不能排除有」心肌梗塞的可能性，但是如果有，也屬於陳舊性心肌梗塞的較有可能性。而且醫審會及台大醫院之鑑定意見均認為乙醫師並無違反一般急診室之醫療常規，並且對於病患已經盡到告知義務。而最高法院參酌歷年多次鑑定意見後，認為因本案檢察官並未進行相驗及屍體解剖，故病患真正死因尚難遽認確係因急性心肌梗塞所致。學者認為：之所以發生多次的鑑定，並非案情隨著時間的遞嬗而有不同，而是因欠缺醫療專業的法官，在同樣的議題上面打轉」；此即（1）甲接受乙醫師之急診治療時，是否真的有心肌梗塞的症狀存在？（2）乙醫師之急診治療時，是否合乎當時當地之醫療常規？（3）乙醫師之急診治療時，是否盡到實質告知說明義務？（4）乙醫師之急診治療行為與甲之死亡結果之間有無相當因果關係？等爭議，以致延宕多年（本案自嘉義地方法院 91 年訴字第 183 號判決至最高法院 97 年台上字第 2346 號判決將上訴駁回為止，將近 8 年）。這也是所有醫療訴訟審判上的困境¹⁸⁸。

而醫審會在進行鑑定時，對於醫師注意義務的標準，會因具體個案因當時當地環境

¹⁸⁸ 張麗卿 刑事醫療訴訟審判之實務與改革 月旦法學雜誌(NO.196)2011 年 9 月。

不同而有不同之判斷標準。但是為避免前後鑑定所依之標準不一，法院將案件送交鑑定前，應檢視被告醫師所處之醫療場所之等級、被告醫師之身分與科別、患者的過往病史、特殊病情、特殊職業或藥物使用等資訊，並將其透過列表之方式清楚標示。透過此一標準化的作業程序，能讓鑑定機構明確得知系爭個案中，醫師及病患的相關屬性及其特殊狀況，以審酌是否應該適用一般的醫療常規，此即法院囑託機關鑑定前之重要之爭點整理。學者以實證及醫學觀點認為：重複鑑定之事由：包括未進行解剖而無法確定死因、疾病自然死與醫療過失難以區辨，移送鑑定資料有所闕漏、病歷記載錯誤、注意義務的判斷標準不一、未針對特殊病情進行鑑定，及組織醫療責任難以切割等，不一而足，這些情況不僅造成醫療糾紛必須歷經重複多次鑑定，而且也讓有疏失者的鑑定結果難以維持¹⁸⁹。

本文深感贊同前述兩位教授所論及重複鑑定情況，本判決以醫療水準為善良管理人之注意義務為審酌核心，茲因本案例相關卷證中缺少法醫解剖報告書所致，因此導致縱有多次機關醫療鑑定亦無濟於事，並非僅僅醫療專業法庭法官欠缺醫療專業知識而已，但本文認為除此以外，主因尚有三：(一)即目前醫審會受理鑑定依照醫療糾紛鑑定作業要點第9條規定，採取比法院「不告不理」更嚴格的「不問不理作法」：對於囑託鑑定問題以外，縱使為重要關鍵，均不主動加以回答，加上法院所囑託之爭點整理又不完整時，此即醫療重複鑑定之前因，(二)醫審會所採用的醫療標準有過高標準或前後不一，在93年新竹醫院（肺水腫誤診為氣喘案件）中，第一次與第二次之鑑定報告中，鑑定意見相互抵觸，第二次鑑定報告認為第一次鑑定時，採用過高之醫療標準...故尚難認其有疏失，而第四次鑑定報告認為病患死亡之合理原因，係「心臟衰竭合併肺水腫及猝死」，並且和死亡證明書比較後，多出「猝死」之原因¹⁹⁰。(三)醫療之注意義務之具體內容不夠嚴謹，本案中自訴人曾經聲請函詢衛生署；通常醫療行為有無涉及醫療過失，

¹⁸⁹ 吳俊穎、陳榮基、楊曾曄、賴惠蓁、翁慧卿，實證醫學－醫療糾紛暨全國性實證研究，元照，2014年10月出版，頁297-298。

¹⁹⁰ 97醫上訴字第9刑事判決，法院採用醫審會第四次之鑑定意見，醫療行為已盡其注意義務，且與病患之死亡間亦難認有相當因果關係，因此此號判決將自訴人之上訴駁回。

鑑定通常採用何種標準，而判定醫療糾紛案件是否涉及醫療疏失，衛生署答覆：通常以醫師之醫療行為是否符合醫療常規而定。所謂醫療常規的實質內涵，則指：「在臨床醫療上，由醫療習慣、條理或經驗等所形成之常見成規，其中最主要之判斷因素為醫療之適正性，亦即以診療當時當地臨床醫療實踐上之醫療水準作為判斷標準。至具體評量依據，係依醫療機構醫療設備之完善、專業知識之高低、臨床經驗之多寡以及各科會診之可能等等)加以綜合考量。而醫師是否符合當地之醫療水準，則繫於其注意能力之高低，而注意能力之高低，原則上依醫療機構之等級，而以一搬醫師之平均注意能力為準¹⁹¹。」

第三款 初鑑醫師拒絕到場接受詰問

有實務判決認為：法院就鑑定機關所為之鑑定，於踐行調查證據之程序後，即可依自由心證判斷事實之真偽，並「無須」先令鑑定機關指定人員到庭說明之限制。...，其「未令」該鑑定機關指定人員說明，並「不違背」民事訴訟法第 340 條第一項規定。所謂為鑑定，係指囑託機關或團體就「鑑定事項」為鑑定，亦即使就機關或團體執行鑑定人之職務而言，至受被囑託之機關或團體委任為「實際執行鑑定事務之自然人」，係依其與該機關或團體之內部關係提出其工作報告，由被囑託之機關或團體審酌後，向法院提出鑑定書，該執行鑑定事務之自然人「無」向法院提出鑑定書之權利義務¹⁹²。此乃民事訴訟法之規定，下文則接續淺論刑事訴訟法有關規定刑事訴訟法關於鑑定之規定，除了選認自然人充當鑑定人外，另設有【囑託機關鑑定】制度，依同法第一百九十八條、第二百零八條之規定，不論鑑定人或鑑定機關（團體），均應由法院、審判長、受命法官或檢察官視具體個案需要，而為選任、囑託，並依第二百零六條規定，提出記載『鑑定經過及其結果』法定程式之書面報告，「若」具備此兩要件，該鑑定書面始屬於同法第一百五十九條第一項所定「法律有規定」之情形而得為證據。否則所為之鑑定報告仍屬傳聞法則¹⁹³。另外，刑事訴訟法第一百九十八條至第二百零七條均係就選任自然人為

¹⁹¹ 衛生署醫字第 0980200548 函覆 97 醫上訴字第 9 刑事判決。

¹⁹² 最高法院九十五年度台上字第一八四一號民事判決

¹⁹³ 最高法院刑事判決 96 年台上 2860 號判決、99 年台上 1237 號判決。參照。

鑑定時之規定，如法院囑託機關實施鑑定，依第二百零八條第二項規定，除了準用第二百零三條至第二百零六條各規定外，其他法條並不準用之列，此即第二百零二條所定之自然鑑定人之具結義務，對於囑託機關鑑定時，不在準用之列。若然，機關鑑定實際鑑定人不必具結，亦不違程序法規定，同時也因此意謂著機關鑑定之實際鑑定人不必出庭去接受交互詰問或訊問；最高法院的看法¹⁹⁴：「法院或檢察官囑託其他機關、團體為鑑定時，如須以言詞報告或說明時，始得命實施鑑定或審查之人為之，並非一定須命以言詞報告或說明，且機關團體之鑑定如未命實施鑑定或審查之人報告或說明時，並無準用刑事訴訟法第二百零二條鑑定人應具結規定，該法第二百零八條第一項定有明文。」

因此若有上訴意旨認為機關之鑑定未經鑑定人具結，不得採為證據，或認為未傳喚實際鑑定人到庭以言詞報告或說明為違法時，即屬（或均屬）錯誤之認知。刑訴訟法有交互詰問明文規定，因此機關鑑定（或囑託鑑定）應否派人到庭接受反對詰問？一直是醫療爭訟實務中當事人所爭執重要事項，也是學者時常所論述議題。本文認為醫療糾紛之機關鑑定結論，既然程序法已有明文規定，初鑑醫師暨鑑定小組委員而言，原則上均不用到庭接受交互詰問，僅在例外情況必要言詞說明時，才須到庭具結並接受詰問。醫療實務上，許多被委任鑑定的醫師表示，如果實施鑑定之後還要出庭陳述意見，接受詢問或詰問，將拒絕鑑定。衛生署遷就此一現實，向實施鑑定的醫院表示，鑑定人無須署名，鑑定結果以醫院的名義出具即可。故從現行衛生署鑑定實務觀之，可謂完全採行機關鑑定的方式，實際鑑定人不僅不必要具結，也無從在審判庭上接受詰問，顯然成為無法檢驗的證據。

第四款 機關鑑定委員具結之爭議

在刑事訴訟法第一編第「鑑定與通譯」：十二章第三節之鑑定，乃所列法院調查證據的方法之一，其鑑定結論為證據資料之一種。但所謂鑑定，可區別為「鑑定程式」及

¹⁹⁴ 最高法院刑事判決 96 年台上 486 號判決參照。

「鑑定結論」。「鑑定程式」，是指法院、檢察官囑託鑑定之過程，與鑑定人(機關)做出鑑定結論之過程。鑑定結論，則可分為言詞鑑定報告、書面鑑定報告。受囑託鑑定者，若為自然人鑑定時，必須於鑑定前具結¹⁹⁵。這些都是鑑定過程必須履行之法定程式。鑑定結論方面，毋論書面或言詞鑑定報告，均必須詳細記載經過其結果。若僅記載結論而欠缺經過，則屬程式不備，無證據能力(最高法院 92 年台上字第 2282 號刑事裁判意旨參照)。前述刑事訴訟的 208 條第 1 項中提及並準用第 203 條至 206 之 1 之規定，此即機關鑑定之結論因此「不」準用第 202 條規定，因此如為機關鑑定，原則上不須具結，但若法院認為有必要使實際實施鑑定之人為言詞之報告說明時，亦又須先命具結。因同法第二項「第 163 條第 1 項、第 166 條至 167 條之 7、第 202 條之規定，於前項由實施鑑定或審查的人為言詞報告或說明之情形準用之，此即準用第 202 條鑑定前命具結之規定。民訴訴訟法亦規定，法院認為必要時，得囑託機關或團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見而將其意見書，作為證據之用(民訴法 340 I)。囑託鑑定，與一般鑑定不同。關於鑑定人訊問「具結」之規定，均「不」適用。其鑑定書須說明者，應由機關或團體所指定之人為之。此項被指定之人，並非鑑定人，乃係被囑託者之代表，其意見為被囑託鑑定者意見之一部。關於鑑定人之規定，除民訴訴訟法第 334 條及第 339 條外，於機關團體為鑑定或審查鑑定意見之情形，得準用之(民訴法 340 II)。比如醫事審議委員會即屬法院最常見之「囑託鑑定機關」。另外醫學中心、高檢署法醫中心、法務部法醫研究所亦屬囑託鑑定機關。換句話說既然法律有明文規定機關鑑定均不適用一般自然鑑定人具結之規定，因此初鑑醫師暨醫審會委員均拒絕簽名具結，以避免法院傳訊到庭接受交互詰問之困擾，亦屬一般理性人之常情。

但論者認為依刑事訴訟法第 208 條規定，法院官得囑託醫院、學校或其他相當之機關，或審查他人鑑定，...，鑑定之實際實施者設若未能完成任何具結程序，則該一鑑定

¹⁹⁵ 刑事訴訟法第 158 之 3 條規定：證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據。其修正理由：具結以擔保證言係據實陳述或鑑定意見為公正誠實，若未令於供前或供後具結，該等證言、鑑定意見因欠缺程序方面之法定條件，即難認為係合法之證據資料。同法第 202 條亦規定：鑑定人應於鑑定前具結，其結文內應記載必為公正誠實之鑑定等語。

結果可能無法作為證據使用即應已排除，蓋因不論自然人或機關學校等皆應做相同規範，凡事未經原始鑑定人具結過之鑑定報告，依法應認為其不具有證據能力。最高法院迄今所採之態度依然不變，認為機關之鑑定不須有具結之程序，此當然亦意含著法庭中對鑑定人之交互詰問活動，不可能進行，顯然與時代潮流不符，亦有妨礙當事人實施防禦之疑慮。顯然學者與實務見解不同，前述學者見解認為機關鑑定報告結論作成時，應簽名具結並派人到庭接受反對詰問，其看法顯然與刑訴法第 158 之 3 具結規定有關，而且被告本來就享有憲法第 8 條及第 16 條之對質詰問權，以符大法官釋字第 582 號解釋內涵真意，現行程序法雖已有明文規定：刑訴法第 159 條以下至 159-5 條、202 條、206 條、208 條，但前述相關傳聞法則條文，所保障之對質詰問權仍有修法空間，本文樂觀其成。

第三節 小結

客觀醫療常規所代表者為普通一般醫師所依循的醫療方式模式，而非理性醫師應為之醫療行為，本文認為採取醫療常規本身具有高度的不確定，以醫療常規之醫療標準無疑降低醫師應有之注意義務。關於醫療常規之注意義務，長久以來均為醫審會審酌的是否有無醫療疏失之核心，然而我國法院經常以醫審會或醫療機構之鑑定意見，做為醫療糾紛之判斷依據，鑑定報告結論與法院判決結果，兩者之間高達將近 90% 比例相符，鑑定與證人之性質上截然不同，但在我國制定當事人進行主義下，鑑定與證人均為交互詰問之對向，鑑定既為證據方法，同時亦為法院之輔助機關，因此有其必要性，醫療鑑定疏失與否和法院審酌過失與否均應依最新文獻之實證醫學加以佐證，但醫審會之重複鑑定情況卻揮之不去，對於現行鑑定制度未來短期展望，本文建議要建立鑑定分級分工合作避免案件累積：一級鑑定與二級鑑定，每一級再細分為初審（負責醫療學術鑑定）與審議（負責醫療過程鑑定）。茲因法院之爭點整理不夠嚴謹，或因為無屍體解剖導致病人之死因無法確定，若因病患死亡而引起的醫療糾紛，病患死亡後應依照衛生署醫療糾紛鑑定要點第三點之規定：「司法或檢察機關委託鑑定，應敘明鑑定範圍或項目，並提

供下列相關卷證資料：(一) 完整之病歷資料，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。」應及時進行法醫解剖，先釐清是自然病死或醫療過失致死，以保存最確實的直接證據，避免鑑定過程僅能以間接證據作相關推測，否則事後鑑定鑑定之困難度增加，當然就無法鑑定出是否有鑑定疏失之經過與結論，因此法院對於案件有無醫療過失或因果關係更難加以確定。透過解剖證據，並配合臨床病史表現，才能有助於確實釐清病患的死因，若能事先排除病患本身的疾病自然史或其特殊體質所致，再探討抑或醫療行為的過失所致，否則若無法發現病患死亡的真實原因，對於該死亡結果是否為醫療過失之責任將無法確認。有鑑於此，為釐清死因而認有解剖之必要者，且避免因時間上的延遲導致相關證據的滅失，將造成鑑定之困難，本文建議應立法強制及時解剖，死因再鑑定應由法醫研究所執行，但需由醫師被告或醫審會向法院提處。

本文所舉醫療糾紛實例(三)心因性猝死案，最高法院即認為「未解剖」造成無法確定死因，是否因為急性心肌梗塞之心因性而猝死，未進行大體解剖時，死因將無法確定，不僅必然會影響鑑定意見之形成，也是導致重複鑑定之主因，也影響法院對於鑑定報告結論之合法詳盡調查。加上醫糾爭點整理不完整時，必然又是重複鑑定之現況不斷重現，當事人雙方以及將來可能列為被告的證人，有權利參與鑑定之爭點整理，並有權利建議移送鑑定之相關資料，以利鑑定之進行並減少因移送資料不足而造成重複鑑定之情事。當鑑定資料移送鑑定單位後，醫事鑑定小組於必要時，亦應該請當事人以書面方式陳述或補充相關意見，以利於鑑定之進行。醫療之注意義務之具體內容不夠嚴謹，機關鑑定採不問不理作法，醫療標準有過高標準或前後不一，實際鑑定之初鑑醫師並未出庭接受訊問或詰問，且未具結，因此鑑定報告成為無法合法調查之證據，其公信力亦迭受批評，然而鑑定疏失未必就是過失。鑑定制度之改善與實證醫學之落實，對於醫療疏失之釐清與過失之法律評價，確有其必要性，同時也存在爭議性醫療鑑定之過程與結論，應以實證醫學為依據，始能提高鑑定之公信力，醫療過失之因果關係之審酌，應於法律評價時應最優先審理之核心，過失的認定確有其困境且涉及複雜的因果關係；相當因果

關係、客觀歸責理論或疫學因果關係相當複雜、或競合的因果關係，可謂相當複雜。面對問題總要解決，但徒法不足以自行，ADR 訴訟外的調解機制應該善加利用，以收訴訟經濟之效，台中地院調解成效即為適例。



第四章、機關鑑定報告書之證據評價

第一節、鑑定報告之證據能力

第一項 鑑定報告與傳聞法則

第一款 傳聞法則

本文之醫療糾紛之機關鑑定結論之證據能力和傳聞法則息息相關：刑訴訟法第 159 條第一項暨其立法理由和同文第 206 條規定參照，因此本文有必要對於傳聞法則加以論述，我國引進傳聞法則之背景制度強調當事人主義機制，嘗謂：「刑事訴訟法修正復亦加強檢察官之舉證責任，並以之作為重心，降低法院依職權調查證據之比重。在此前提下，酌予採納英美之傳聞法則，用以「保障被告之反對詰問權」，即有必要。況本法第一百六十六條已有交互詰問之制度，此次修法復將其功能予以強化，是以為求實體真實之發現並保障人權，惟善盡傳聞法則，始能克盡其功¹⁹⁶。」顯然我國傳聞法則與交互詰問制度皆植基於當事人主義，由於傳聞證據有悖直接審理主義及言詞審理主義諸原則，影響程序正義之實現，因此應予排除，即原則上排除傳聞證據之證據能力，例外始給予證據能力，此乃傳聞法則之重要精神，而醫療鑑定報告亦與傳聞法則有重大關聯性，自然人或機關鑑定之鑑定結論亦屬被告以外之第三人之陳述，因此本質上屬於傳聞證據因此理論並無證據能力，刑事訴訟法第 206 條乃醫療鑑定報告成為傳聞法則例外而有證據能力之規定¹⁹⁷。其第一項條文中的或之規定，因此機關鑑定報告均得以書面報告送回原來之囑託機關，而第三項條文中的必要時得之規定，並非必要時應之規定，當囑託機關鑑定經提出書面之鑑定報告後，有無必要再命實際為鑑定之人到庭以言詞說明，事實審法院有依法審認之職權，茲因機關鑑定結論報告不必具結簽名，因此法院無法傳喚初鑑醫師暨鑑定委員到庭。

¹⁹⁶ 刑事訴訟法第 159 條 92 年增修理由。參照。

¹⁹⁷ 刑事訴訟法第 206 條第一項：鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。第三項：以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明。但不論鑑定人或鑑定機關，應依同法第 198 條和 208 條由檢方或院方選任、囑託，始符第 159 條第一項所謂法律有規定之情形，而得為證據。

傳聞法則此即英美法諺所謂：Hearsay is no evidence。指排除傳聞證據之證據能力的法則，亦即要先界定該證據是否為傳聞證據或非傳聞證據，非傳聞證據則不受傳聞法則之拘束，而傳聞證據則須視其是否符合傳聞法則之例外（即刑事訴訟法第 159 條之 1 至之 5）；若符合例外之規定，則具有證據能力，若不符合，則回歸傳聞法則排除證據能力¹⁹⁸，其隨著陪審制度發展，已進化為近代之直接審理主義及言詞審理主義，並且認為訴訟當事人有反對詰問權，因此和當事人進行主義有密切關聯，英美法系之所以要排斥傳聞證據，乃為了保障被告之反對詰問權，因其重視當事人與證據關係，大陸法系之所以要排斥傳聞證據，乃因該證據非在法院直接調查之故，因其重視法院與證據之關係¹⁹⁹，茲因醫療鑑定報告與傳聞證據有重大關聯，因此關於傳聞法則之理解與實務操作，首要者應區分傳聞與非傳聞證據之總類，機關鑑定之實際鑑定人並未具結簽名，且未出庭接受反對詰問，造成機關鑑定結論報告原則上雖有證據能力，但其本質上，其可信度有爭議、違背直接審理原則、剝奪被告之反對詰問權、及無法要求實際鑑定人到庭就其認知之事實更為詳細說明，而前述情況剛好是傳聞證據應排除之理由，因而卻成為無法檢驗之證據，其雖屬法所容許，但多位學者和實務者皆批評甚多，機關鑑定（或囑託鑑定）應否派人到庭接受反對詰問？及醫療鑑定之初鑑醫師和鑑定委員應否在鑑定結論上簽名具結等，皆屬爭議之問題，下文將再論述其證據能力與嚴格證明原則。

第二款 何謂證據能力

所謂之證據能力之有無是否存在，乃法院審酌證明力高低、有無之前提要件，刑事訴訟法證據章第 154 條第二項：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定其犯罪事實。」此即證據裁判原則，從反面觀之，被告受到無罪推定之保護，84 年大法官 384 號解釋已經確認證據裁判原則具有憲法位階，而 93 年大法官釋字第 582 號解釋則更進

¹⁹⁸ 最高法院 100 年度台上字第 1708 號判決，此判決對於傳聞證據之定義；1. 審判外之陳述；2. 被告以外之人陳述；3. 舉證之一方引述該陳述之目的係用以證明該陳述所直接主張內容之真實性。

¹⁹⁹ 刑訴訴訟法第 159 條於 92 年 2 月 6 號之修正理由參照，原條文僅規定：證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。顯然原條文太過簡陋，證人擴大為被告以外之人，而陳述二字之前則增修了言詞或書面五字。

一步肯認此原則之核心內容乃嚴格證明法則，而所謂證據能力，簡稱證據資格，係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；此項資格必須證據與待證事實具有自然關聯性，且未受法律禁止或排除（合法性），始能具備此證據資格。如證人須依法具結，其證言始具證據能力，證據能力之消極要件係指證據使用之禁止（證據排除），而積極要件係指嚴格證明法則，必須使用法定之調查程序與調查方法，而這種合法之調查程序乃是獲致證據資料以形成自由心證之前提，與取證時應具備前述之關聯性與合法性的證據能力要件並不相同，因此若係違法取證、欠缺關聯性之證據，縱然經過合法調查程序後，仍然無證據能力，就實務觀點換言之，合法之調查程序並非當然係取得證據能力之要件，證據必須先具有證據能力，再經過法院合法調查，始能取得證據證明力之評價，以作為犯罪事實之證明。前述「被告以外之人」於審判外之陳述（含言詞或書面）原則上無證據能力，例外始有證據能力，乃因為一般人在陳述之過程中，學者認為會產生以下四大瑕疵；（一）知覺上的瑕疵、（二）記憶上的瑕疵、（三）表達能力上的瑕疵、（四）真誠性的瑕疵²⁰⁰。

第三款 鑑定報告結論具有證據能力

過去醫療糾紛主要專注於實體法即民法和刑法間之問題，最近幾年則更專注程序法的發展，傳聞法則規範傳聞證據之禁止與例外之條文；刑事訴訟法第 159 條第一項中所謂的「除法律有規定者外」，依其立法理由所論，即指本法第 206 條規定，而當前司法實務對於實施鑑定流程乃依刑事訴訟法第 206 條為依據，其第一項明文規定：鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。此即法官有權決定選擇鑑定結果如何呈現，第三項規定：以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明，此即若有必要時，才依職權傳喚鑑定人到庭說明或接受訊問及接受對質詰問。而「法院或檢察官得囑託醫院、學校或其他相當之機關、團體為鑑定，或審查他人之鑑定，準用第 206 條第一項規定；其須

²⁰⁰ 王兆鵬，刑事訴訟法講義，三版，頁 699-702。

以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之。同法第 208 條第一項亦定有明文。若具有形式之證據能力者，始予以實質價值判斷，就現在最高法院實務依法裁判觀點而言，換句話說，機關鑑定結論若符合刑事訴訟法第 159 條第一項、198 條、206 條第一項、第三項、208 條第一項規定，即具有證據能力無誤。關於機關鑑定報告之證據能力，下文將舉最高法院與學者見解分別論述之。茲因前述程序法明文規定，雖然法理上賦予鑑定報告結論具有證據能力，但相對的也帶給現行醫療鑑定制度存在爭議；機關鑑定（或囑託鑑定）應否派人到庭接受反對詰問，機關鑑定之初鑑醫師和鑑定委員應否在鑑定結論上具結之問題，針對有證據能力的醫療鑑報告而言，法院應如何合法調查始終困擾事實審之醫療專庭。

第四款 實務見解

最高法院 99 台上 1237 號判決認為：「刑事訴訟法關於鑑定之規定，除選認自然人充當鑑定人外，另設有【囑託機關鑑定】制度，依同法第一百九十八條、第二百零八條之規定，不論鑑定人或鑑定機關（團體），均應由法院、審判長、受命法官或檢察官視具體個案需要，而為選任、囑託，並依第二百零六條規定，提出記載鑑定經過及其結果法定程式之書面報告，若具備此兩要件，該鑑定書面始屬於同法第一百五十九條第一項所定法律有規定之情形而得為證據。法院或檢察官囑託機關鑑定，準用第 206 條第 1 項規定，同法第 208 條亦有明文規定，而機關鑑定之鑑定報告書內容亦「應包含鑑定經過及其結果」，其若僅簡略函覆鑑定結果，而未載明鑑定經過，則屬程序不備，因與第 206 條第一項之法定記載要件不符，法院自應命受囑託機關補正，尤其必要時亦得通知實施鑑定之人到庭報告或說明，否則此類鑑定報告不具備證據資格，當然無證據能力可言²⁰¹，99 年度台上字第 3277 號判決對於鑑定報告之證據能力皆有深入探討，即為適例。醫療糾紛時由法院囑託之機關鑑定報告書亦然，非謂機關之鑑定報告書當然有證據能力。而且實務認為鑑定報告結論縱然不符本法第 159 條之 4 第 1 款之特信文書規定，

²⁰¹ 最高法院 92 年度台上字第 2282 號刑事判決參照。

但經由檢、院方司法機關所囑託鑑定，且符合民法第 206 條規定時則具有證據能力，多數最高法院均有相同見解²⁰²，但有學者持不同見解於下文論之。

第五款 學者見解

學者認為【醫療鑑定報告書非屬特信文書】，「特信文書是公務員職務上製作之記錄文書、證明文書；或...或其他於可信之特別情況所製作之文書，可為證據。因此特信性文書的要件，應著重該文書製作係於例行性的公務或業務過程中，基於觀察或發現而當場或即時記載的類型化特徵，具有高度客觀性、例行性、以及公示性。但是，醫療鑑定報告書不具有例行性、公示性，而是針對醫療訴訟個案審酌後所為的報告書，其與特信性文書的定義迥異。若將之視為傳聞之例外，將有侵害醫師被告對質詰問權的疑慮，其不具有高度可信賴性的特質：一、有錯誤風險，二、有重複鑑定情形三、有無法驗證的困境。然而當前醫療鑑定結論，幾乎成為醫療糾紛案件之證據之王，相當程度排擠其他證據的證明作用，造成實務大都已鑑定結論為判決的唯一依據²⁰³。」，其認為醫療鑑定報告書並非刑事訴訟法例外規定第 159 條之 4 的特信文書。並認違反重鑑定情形嚴重影響實務運作²⁰⁴【94 年台上 785 判決，鑑定 6 次、耗時 11 年，100 年台上 7118 判決，鑑定 4 次、耗時 12 年。顯然學者認為鑑定報告結論不具有例行性與公示性，其非屬特信文書，因此並非當然可視之為傳聞法則之例外，就可評價為具有證據能力。故不應直接成為審判上的證據。因而如何增加鑑定人至法庭接受交互詰問，以及如何在機關鑑定的情形，促使實施鑑定者或審查人到庭接受交互詰問，以保障被告醫師的詰問權，

²⁰² 最高法院 97 年度台上字第 4311 號判決(調查局就扣案毒品所為的鑑定書不屬於刑訴法第 159 條之 4 第 1 款的公文書，但是合於同法第 206 條的規定，所以該鑑定書毋須依傳聞法則規定排除，仍有證據能力、99 年度台上字第 2730 號判決(火災原因鑑定書係針對具體個案所為，不是在公務員例行性公務中所製作，不合於刑訴法第 159 條之 4 第 1 款的規定，不過，由於該報告書：「性質上與檢察官選認或囑託鑑定者無異，應屬傳聞之例外，依刑訴法第 206 條之規定，具有證據能力」參照。此即公文書例外與其他例外規定的競合，最高法院皆持肯定相同見解適例。

²⁰³ 張麗卿，中華法學，第 14 期。台北醫法論壇(VII)實務判決與實證研究，第 156 頁至 181 頁。101 年 4 月 21 日。

²⁰⁴ 張麗卿，與談〈醫師於醫療疏忽的刑事責任〉，台北醫法論壇(VIII)實務判決與實證研究，第 43 頁，101 年 11 月 17 日。

是不容忽視的課題。簡而言之，學者認為鑑定報告結論是傳聞證據，而且鑑定報告並非特信性文書，因特信性文書必須符合公示性、例行性、良心性與制裁性等特徵，因此原則上並無證據能力。顯然學者普遍傾向否定看法，「針對這個爭議，美國聯邦巡迴法院採取了否定的立場，即便係爭公文書合乎其他傳聞法則的例外規定，只要不合於公文書的例外條款，還是應予排除，不得作為認定事實之用」、「當案件所涉及的公文書不合於刑訴法第 159 條之 4 第 1 款的規定時，已足認其不具備有傳聞法則例外所應具備之可信性，就不得再透過其他例外規定，容許該公文書進入審判期日，作為證據調查之用²⁰⁵。」有論者批評關於鑑定報告不應當屬於傳聞法則例外：其有著實際鑑定人未經具結、無須到場，以及不當剝奪當事人交互詰問權利等問題，本身已是極為可議的規定²⁰⁶。

第六款 本文見解

關於傳聞法則之理解與實務操作，首要者應區分傳聞與非傳聞證據之總類，但此為難題選項，國內最常引用的美國聯邦證據法則第 801 條 (c) 對傳聞之定義：「傳聞係指非於審判或聽審中作證之陳述人所為，而被提出作為證明一方主張之事實為真實之陳述」。顯然該證據法則對於傳聞之定義字字斟酌，但相對於我國關於傳聞法則僅僅簡略描述傳聞範圍：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述...」（第 159 條第一項），被我國立法者捨去精髓，致難以確切得知傳聞法則在我國如何運用，審判外陳述是否為傳聞證據，應先確認何者為待證事項，若原陳述主張事實之真實性與待證事項無關，則該陳述即非傳聞，而原始證據與傳聞證據之分類，取決於待證事實。本身具有相對性²⁰⁷。我國引進之傳聞法則茲因文字過於籠統尚有修法空間。雖然書面之鑑定報告結論本質上仍屬傳聞證據，但實務界見解認定鑑定報告為傳聞法則例外，因而仍具有證據能力，其

²⁰⁵ 李榮根，傳聞法則中公文書的例外，刑事法學現代化動向，黃東熊教授八秩華誕祝壽論文集，2012 年 11 月，台灣法學出版股份有限公司，2012 年 11 月，頁 210-213。學者以比較法觀點，認為美國實務亦採否定見解，與我國實務有不同作法。

²⁰⁶ 陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌，97 期，2003 年 6 月，頁 103 以下。

²⁰⁷ 林鈺雄，刑訴訴訟法上冊總論篇，2004 年 9 月 4 元照出版，頁 435-442。學者舉例：目擊證人向 E 描述 A 殺 B 之直接事實，E 乃傳聞證人，但若 E 曾目睹 A 清洗血衣之間接事實，則 E 屬原始證人。

主要依據有二：其一，乃刑事訴訟法第 159 條第 1 項中「法律有規定者」，符合依其立法理由中談及之第 206 條特別規定，且法院依據同法第 208 條第 1 項囑託機關鑑定時則有證據能力；其二，有少部分實務認為鑑定報告乃本法第 159 條之 4 第 1 款特信性文書的規定，而符合傳聞法則例外，而學界對於實務界第二項法律依據卻持不同意見，實務與學者雙方從不同觀點，論述機關鑑定之證據能力，前述問題之起因乃源自傳聞法則例外，公文書例外與其他例外規定的競合問題，鑑定報告結論縱然不符本法第 159 條之 4 第 1 款之特信文書規定，但若符同法第 206 條規定時，具有證據能力，多數最高法院均有肯定且相同見解²⁰⁸。但學者普遍傾向否定看法卻和美國實務有相同見解。本文認為前述最高法院 99 台上 1237 號言之亦有理，因為法律有明文規定；機關鑑定結論若符合刑訴訴訟法第 159 條第一項、198 條、206 條第一項、第三項、208 條第一項規定，即具有證據能力，換句話說，最高法院大都肯認鑑定書結論不屬於公文書例外，但仍然合乎同法第 206 條規定，因此仍有證據能力。至於學者對於醫療鑑定報告書非屬特信文書之看法，本文亦表贊同；醫療鑑定報告只針對客觀事實，若不存有主觀偏見，保護醫師被告權益，仍可作為釐清真相及合法調查之證據。本法第 159 條之 4 第 1 款的規定相當簡單，且文字過於籠統，關於鑑定報告之證據能力，為了避免學理爭議及真正落實傳聞法則對質詰問核心內涵，在將來顯然尚有修法空間，或在醫療法第 82 條之後或在刑事訴訟法第 159 條之後，明文規定機關鑑定之鑑定醫師應到庭、具結，進行言詞報告、接受對質詰問，讓鑑定報告之證據能力爭議落幕。

第二節 醫療鑑定報告之證明力

第一項 證明力之爭議與辯正

有證據能力之鑑定報告必符合待證事實需求者，由法院本於確信自由判斷，於直接

²⁰⁸最高法院 97 年度台上字第 4311 號判決（調查局就扣案毒品所為的鑑定書不屬於刑訴法第 159 條之 4 第 1 款的公文書，但是合於同法第 206 條的規定，所以該鑑定書毋須依傳聞法則規定排除，仍有證據能力。99 年度台上字第 2730 號判決（火災原因鑑定書）係針對具體個案所為，不是在公務員例行性公務中所製作，不合於刑訴法第 159 條之 4 第 1 款的規定，不過，由於該報告書：「性質上與檢察官選認或囑託鑑定者無異，應屬傳聞之例外，依刑訴訴訟法第 206 條之規定，具有證據能力。」參照。換句話說，最高法院大都肯認鑑定書結論不屬於公文書例外，但仍然合乎同法第 206 條規定，因此仍有證據能力。

審理主義及言詞主義前提下，獲得態度證據，經過合法調查證據後形成正確心證，但自由心證主義亦非漫無限制，仍然不得違背經驗法則及論理法則²⁰⁹，始有證明力，證據之證明力雖由法院自由判斷，如證據本身如有瑕疵，則在此瑕疵未能究明以前，遽採為裁判之基礎，即難謂為適法²¹⁰。另外針對機關鑑定具結及出庭問題；最高法院向來見解：「囑託機關鑑定雖未命實際鑑定人具結，其鑑定不得指為無證據能力²¹¹」。但學者認為機關鑑定者仍應具結並出庭接受詰問，因並無任何原因理由可解釋為何自然人鑑定需要命具結並出庭接受詰問；機關鑑定者竟可由於法院不命之情形解除此等義務。由法律規定可知，實務上採取僅求鑑定人出具鑑定報告書為原則，必要時才例外傳喚鑑定人蒞庭，僅於斟酌證據證明力之必要，始須到庭說明，刑訴訴訟法第159條第一項明文規定：被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。其中所謂的「被告以外之人」含共同被告、共犯、被害人、證人、鑑定人²¹²，而所謂之審判包含準備程序與言詞辯論程序，所謂**法律有規定者**，依照刑訴訴訟法第159條修正之立法理由：係指刑訴法第159條之1以下至159條之5、206條等規定，此外尚有其他特別規定²¹³，均屬有關傳聞法則例外規定，依前述立法理由，因而本法第206條乃醫療鑑定報告例外的有證據能力之規定，其第一項明文：鑑定之經過及其結果，應命鑑定人以言詞或書面報告。此條文強調醫療鑑定報告結論必須包含鑑定之「經過」，並非僅有鑑定結論即當然有證據能力，而且條文中用「或」字，因此醫事審議委員會對於法院之囑託鑑定，皆採鑑定結論之**書面報告**回覆法院，而同法第三項明文：以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明。條文中使用「得」字並非使用「應」字，而且有沒有

²⁰⁹ 刑訴法第155條第一項但書明文規定。

²¹⁰ 99年台上字第000558號刑事判決，

²¹¹ 最高法院刑事判決，100年台上字第3886號判決，參照。

²¹² 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第88點（傳聞證據之排除）、89點（傳聞證據排除之例外（一））、90點（傳聞證據排除之例外（二））均明文規定；被告以外之人（含共同被告、共犯、證人、鑑定人、被害人）。

²¹³ 比如性侵害防治法第十五條第二項、兒童及少年性交易防制條例第十條第二項、家庭暴力防治法第二十八條第二項、組織犯罪防制條例第十二條及檢肅流氓條例中有關秘密證人筆錄。

「必要性」也是由法院依職權決定之，當囑託機關鑑定經提出書面之鑑定報告後，茲因機關鑑定結論報告不必具結簽名，因此法院無法傳喚初鑑醫師和鑑定小組委員到庭。醫療機關鑑定真正實施者不必到庭，以言詞說明並接受交互詰問，本法第 206 條形同毫無實益之具文，因法官難以解讀艱澀而專業之醫療鑑定報告，形成無法合法調查之證據，也造成日後將再重複鑑定之主因之一，然而因為法院所採用之證據，基本上應該先有證據能力，尚須經過合法調查，始有證明力之高低或有無，自由心證受嚴謹證據法則所規範限制，證據採為判斷之依據，再由法院本於確信自由判斷證明力之有無高低，但仍不得違背證據法則、經驗法則及論理法則，證據資料之合法調查應該符合直接審理、言詞審理、嚴格證明法則精神，才能採為判斷的依據。

此外鑑定報告結論縱然有證據能力。而我國現行鑑定制度與專家證人法制不同，我國現行刑訴法所採之鑑定制度和英美法之專家證人體制顯然規範完全不相同，證據能力之認定尚有差異，後者乃由當事人舉證，因此專業證人必須到庭，且在庭上陳述意見之前，尚須法官為適格與否審查，其專業意見始具證據能力。但我國刑訴法第 198 條規定有授權選任鑑定人之明文，此即法官或檢察官所選任之鑑定人或鑑定機關即有其適格，僅於適格鑑定人在依法應具結而未具結時鑑定意見才會失去證據能力（指自然人鑑定，機關鑑定除外）。而民事訴訟法第 340 條第一項亦規定：法院認為必要時，得囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見。其須說明者，由該機關或團體所「指定之人」為之。而第二項規定，本目關於鑑定人之規定，除第 334 條及第 339 條外，於前項情形準用之，此乃係醫療鑑定主體免為具結之例外規定，可見刑事訴訟法與民事訴訟法等程序法，皆有醫療機關鑑定免為具結之相同看法，但刑事訴訟法並無其須說明者有指定之人之規定，乃其不同規定。

第二項 實務見解（鑑定報告之法律評價）

為了更清楚論述鑑定報告之證明力有無、高低之法律評價，本章有必要再詳加論述告知說明之法效；有關醫療告知義務與相當因果關係關聯性，論者認為 2005 年到 2008

年乃告知義務之發展期，其中則以 94 年度台上字第 2676 號判決的「心導管檢查案」為代表，這時期的判決特色有二：一是「確認告知義務之履行，必須實際為之，推翻形式告知義務，改採**實質告知義務**；二是「違反告知義務為注意義務之疏失，幾近於過失，極有可能成立過失犯罪」，因此判決強調「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」，不僅強調醫師未來的說明負擔，也逐漸影響下級審判決。自 2011 年以後則屬告知義務之修正期，而最高法院的「史蒂文強森症候群案」則為最經典而值得探討代表²¹⁴，本案經最高法院二次發回更審、最後一次駁回上訴無罪確定，依次為最高法院 99 年台上字第 000558 號刑事判決，100 年台上 5381 號刑事判決、101 年台上 2637 號判決。第一次發回更審理由是「原判決雖維持第一審引用第二次鑑定意見，以被告告知蔡連壽，如服用感覺不舒服或起癢疹，要停藥趕快回診等詞，符合醫療常規，而認被告並無業務上過失等旨。」原判決就上開鑑定結果²¹⁵，如何不足以認定被告犯罪，未詳述其理由，就醫師告知說明義務與防免措施，二者混淆觀察，而將前揭鑑定意見內容予以割裂判斷，認被告並無任何過失可言，亦嫌速斷，第二次發回更審理由是：「Tegretol 藥物引起史蒂文強森症候群案之發生率既僅約萬分之一點四，發生率低又不可預測，且告知並無法避免其產生，則上訴人未善盡其告知 Tegretol 副作用之義務，與蔡連壽罹患史蒂文強森症候群是否仍有相當之因果關係？...原判決未予勾稽釐清，逕謂上訴人未善盡其告知 Tegretol 副作用之義務，而為不利上訴人之認定，即有證據調查未盡及理由不備之違法。」第三次最高法院作出駁回上訴無罪確定之理由是「被告非經常處理史蒂文強森症候群之心臟專科醫師，**無法**於皮膚科及耳鼻喉科卻認為史蒂文強森症候群前，憑上開症狀斷定其病因等情，據以認定被告**無預見**被害人之史蒂文強森症候群係 Tegretol 藥物所引起，**難謂**有懈怠過失。並說明史蒂文強森症候群既屬無法

²¹⁴ ，頁 266-280。

²¹⁵ 第一次鑑定認為：除非有資料證明林醫師（被告），於用藥前曾充分向被告解釋使用該藥物之利弊得失，並徵得病患之同意後方使用該藥物外，否則林醫師對該病患之處置，確實有疏失。第二次鑑定認為：本案醫師於用藥前是否曾向病患蔡。充分說明使用 Tegretol 可能之嚴重副作用及應注意之處...。如未告知且經病患同意即使用，則難謂無疏失之處。」

預防與預測之預見可能，當無從依刑法第 15 條第二項之規定為防免危險發生之措施」，綜而言之，最高法院在本案中強調；當結果之發生率甚低又不可預測時，若「未善盡實質告知義務並不當然就可為不利於被告醫師之認定」，「現今之醫療水準對於結果之發生仍然無迴避可能性」，應再審酌「未善盡實質告知義務與結果之發生之間是否有相當之因果關係」，此乃法院審理時最重要之核心價值。

第三節 醫師之對質詰問權應落實釋字 582 號意旨

第一項 大法官釋字 582 號內涵

一、解釋文：憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。... 刑事審判基於憲法正當法律程序原則，對於犯罪事實之認定，採證據裁判及自白任意性等原則。刑事訴訟法據以規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪；...始足當之。

二、理由書：刑事被告對證人有詰問之權，即屬該等權利之一。...。刑事被告享有此項權利，不論於英美法系或大陸法系國家，其刑事審判制度，不論係採當事人進行模式或職權進行模式，皆有規定（如美國憲法增補條款第六條...亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。...，被告詰問證人之權利既係訴訟上之防禦權，又屬憲法正當法律程序所保障之權利。此等憲法上權利之制度性保障，有助於公平審判²¹⁶及發見真實之實現，以達成刑事訴訟之目的。為確保被告對證人之詰問權，證人（含其他具證人適格之人）於審判中，應依人證之法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其

²¹⁶大法官釋字第三八四、四四二號、第四八二號、第五一二號解釋參照

陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。582 號解釋理由書謂：「至於被告以外之人²¹⁷（含證人、鑑定人、共同被告等）於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者（刑事訴訟法第一百五十九條第一項參照），除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序。」

第二項 對質詰問權之法理基礎

釋字第 384 號解釋文中所謂的「...非依法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」其所稱之依法定程序，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容必須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關條件。」，其立法理由談及：憲法第八條所規定之「實質正當法律程序」在程序法上包括「當事人之對質詰問權」，因此法定程序和對質詰問權有重大關聯，和釋字第 582 號之對質詰問權精神，可謂前後輝映相輔相成。前文為了論證醫療鑑定報告具有證據能力，因而有加以論述傳聞法則之必要，而我國酌予採納英美之傳聞法則及其例外容許規定，除了基於審判時之應有之言詞、直接審理主義，以避免以訛傳訛、模糊焦點以外，其最主要用以保障被告之反對詰問權而設立，在相對人對等原則下並求法院之合理之公平審判²¹⁸，因此本文認為刑事訴訟法第 159 條及 159 條之 1 至 159 條之 5 外，憲法第 8 條、第 16 條、釋字第 384，582 號解釋，均屬對質詰問權之法理基礎，而且其位階不僅屬於法律層次，而且可確認者已屬憲法層次，而能展現公認之普世人權價值無誤。至於醫師被告之對質詰問權之限制，除了應符合法律保留原則外，該法律之變更應符合比例原則之精神，換句話說，若無法律明文規定，法官不得以訴訟指揮權或類推適用加以限制²¹⁹。

²¹⁷ 解釋理由書中，所謂被告以外之人除了含證人外，尚且包括鑑定人。依據法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第八十八條：為保障被告之反對詰問權，並符合直接審理主義之要求，若提出被告以外之人（含共同被告、共犯、證人、鑑定人、被害人）於審判外之言詞或書面陳述，作為證據以證明其所敘述之事實為真實者，該被告以外之人於審判外之陳述應屬於傳聞證據，除法律另有規定外，無證據能力。中華民國 102 年 1 月 29 號最新修正版參照。

²¹⁸ 釋字第三九六號、第四八二號解釋參照。

²¹⁹ 吳巡龍，對質詰問權的保障與限制—釋字第 582 號解釋評析。台灣本土法學第 71 期，頁 105。

第三項 鑑定人與證人均為對質詰問對象

依照大法官釋字 582 號解釋：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在【對審制度】下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公評審判之保障。」²²⁰「被告以外之人（含證人、鑑定人、共同被告等）於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者（刑訴法第一百五十九條第一項參照）除【客觀上不能受詰問】者外，於審判中，仍【應】依法踐行詰問程序」，...。另外，最高法院 101 年 1 月 17 日作出 101 年第二次刑庭決議：「法院應依職權調查之公平正義之維護事項，依目的限縮之解釋，應以【利益被告】之事項為限。」以落實當事人主義精神及無罪推定原則。除此刑訴法第一百五十八之三條具結規定亦應落實。因此本文贊同機關鑑定實際鑑定之人，應該到庭、具結，釋字第五八二號認為反對詰問權是被告憲法上的基本權利，且不論於英美法系或大陸法系，其刑事審判程序，不論係採當事人進行主義或職權進行主義，皆有規定。而國際公約〈歐洲人權及基本自由保障公約、公民及政治權利國際公約〉亦均規定：凡受刑事控訴者均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利乃具普世價值之基本人權。在我國憲法上第十六條之乃訴訟基本權所保障，且屬第八條第一項規定對人民身體自由所保障之正當法律程序之權利²²⁰。基於同一法理，法官應傳喚醫療鑑定之初鑑醫師到庭具結並以言詞詳細說明；機關鑑定之過程與結論在程序上是否符合刑事訴訟法第 206 條規定，醫療鑑定之作成是否依據實證醫學、醫療疏失與病患死傷結果之間是否有因果關係，而醫師刑事被告對於醫療鑑定專家（鑑定人、鑑定證人等等被告以外之第三人），在醫療專庭亦享有憲法所賦予之對質詰問權；鑑定報告結論是否符合刑事訴訟法傳聞法則例外規定而有證據能力，以詰問對其不利之鑑定人。

²²⁰ 釋字第三八四號解釋、第五八二號解釋理由書、暨法務部，人權大步走計畫，落實公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約，98 年 8 月 31 日出版。參照。

第四項 本文見解

本文認為此號解釋最重要之核心有三；(一) 基於法理「被告以外之人」含證人與「鑑定人」，這是非常重要的觀念，但解釋文並未明示，實務多以鑑定報告結論為審判依據，造成被告醫師之對質詰問權遭受侵害，在鑑定結論乃屬審判外的陳述，因此於審判中原則上，仍應接受依法踐行之詰問程序，且若於刑事醫療訴訟案件之準備程序中，若尚未完足醫師被告之對質詰問權時，於審判程序中醫師尚得補正詰問實際鑑定人或不利之其他被告以外之人，被告以外之人於反詰問時（包含覆反詰問）時，就主詰問（包含覆主詰問）所陳述有關被告本人事項，不得拒絕證言²²¹ (二) 在解釋文中所謂的「客觀上不能受詰問者」，值得詳論說明之，醫審會之初鑑醫師和鑑定委員均拒絕具結，依據刑事訴訟法第 202 條、208 條明文規定，因而得以不受傳喚且不可拘提情況下，縱然因此仍然屬於合法時，但是否也算是釋字第 582 號解釋中所容許的客觀上不能受詰問者之情況，但本文認為仍有疑慮 (三) 機關鑑定人或許有各種實際上不願出庭理由，但都不是釋字第 582 號解釋中所謂的「客觀上不能受詰問者」之情況，無論依立法理由或是最高法院見解，本應落實釋字第 384 號、第 582 號解釋精神，醫療鑑定報告都不應該完全取代實際鑑定人之當庭言詞證言。另外釋字第 592 號解釋理由書：「……現行刑事訴訟法第 159 條第 2 項 前段、第 159 條之 1、第 159 條之 2、第 159 條之 4、第 159 條之 5、第 206 條、第 273 條之 2、第 287 條之 2、刑事訴訟法施行法第 7 條之三但書相關部分……等「傳聞證據之例外規定」，均「非」本院釋字第 582 號解釋之對象，自不生就此等規定聲請補充解釋之問題。」換句話說，第 582 號解釋並「非」對於傳聞例外規定，且再增加「除客觀上不能接受詰問者外」必須接受詰問之要件，原則上鑑定報告結論符合傳聞法則例外具有證據能力，但將來應再修法增加對質詰問之明文去除證據能力爭議。

²²¹ 新增之刑訴訴訟法第 181 條之 1 暨其立法理由參照。

第四節 小結

鑑定可區分為自然人鑑定與機關鑑定兩種情況，本文以刑事醫療為例，除了選認自然人充當鑑定人外（刑事訴訟法第 198 條至 207 條），另外設有囑託之機關鑑定（刑訴法第 208 條第 1 項），我國以醫審會之機關鑑定為醫療鑑定為主，醫療糾紛的

形成必然是醫療行為結果無法滿足病患及其家屬，因醫療行為有其不確定性，隨著現代病患及家屬之自主意識提高，因此才須要鑑定以補助事實的釐清，但鑑定結論事關患者與醫師權益至鉅，關於鑑定報告結論之證據能力，確有實務與學界之見解爭議，鑑定書結論縱然不屬於第 159 條之 4 第 1 款之特信文書規定，但應符合合同法第 206 條、第 208 條第 1 項規定。就鑑定報告結論之證明力而言，鑑定結果可能不確定或者法院完全信賴鑑定結果，造成其結論主導裁判，因此現行醫審會鑑定制度下，實際鑑定人未能（或無意願）到庭接受詰問或訊問，既然非屬第 582 號解釋理由文中所謂的「客觀上不能受詰問者」之意旨，論者認為刑事醫療鑑定並未如一般人所想像真實可靠，而是有相當多的疑慮²²²：醫療知識的不確定、鑑定結果可能發生錯誤...等等，鑑定人或許有各種實際上不願出庭的理由，但都不是釋字第 582 號解釋中所說的「客觀上不能受詰問」的情況²²³，行政或立法機關若真有心解決鑑定人無法到庭以言詞說明之困境，藉由立法程序形成空間，必能解決前述實際鑑定人無法到庭並具結之難題，幫助醫療專庭之法官以釐清事實。在正當法律程序下之刑事審判，事實應依證據認定之，即採證據裁判原則。而所謂之證據裁判原則以嚴格證明法則為核心，亦即認定犯罪事實所憑之證據，基本上證據須具證據能力，且經法院合法調查，否則不得作為判斷之依據，刑事訴訟法第 154 條第 1 項規定「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪」明文，係憲法法理中人性尊嚴之具體化，並與刑事實體法的罪責法理，保障了醫師被告之人權，反映了世界人權宣言第 11 條第 1 項無罪推定精神，因此醫審會鑑定之鑑定結論應接受法院訊問與醫師詰問，而完

²²² 張麗卿 醫療糾紛鑑定與對質詰問權，最高法院「刑事證據法」－祝賀呂庭長潮澤榮退、紀庭長俊乾優遇學術研討會，2007 年 12 月 11 日，頁 46 以下。

²²³ 張麗卿 醫療人權與刑法正義，元照出版社，2014 年 1 月，頁 87。

足醫審會鑑定結論之合法調查，否則則有「應於審判期日調查之證據而未予調查之情形」，既然「遠距視訊」亦屬法院所容許，實際鑑定人應可利用此電腦視訊，兩位初鑑醫師若不便出庭，法院應使用電腦視訊²²⁴方式接受訊問與交互詰問，此即憲法第八條正當法律程序、暨第 16 條訴訟權、並落實大法官解釋意旨（含 384 號及 582 號解釋），接受醫師被告之詰問及法官之訊問以完成合法之調查，或修訂或增訂醫療糾紛鑑定作業要點，另行指派客觀之醫療專家代替初鑑醫師到法庭接受訊問與詰問，或修訂醫療糾紛鑑定作業要點。「在英美法制下，在事實認定過程中，凡遇有超乎一般人知識或能力所能分析、判斷的待證爭點，即容許當事人提出專家證人作證。而所提出的專家，只要具有某種專業領域上的智慧、經驗或技術有助於待證事實的發現，即適格充當專家證人，不過專家證人之意見或結論，須具有必要的基礎資料作為依據，才能取得專家證人的適格。至於其憑信性如何，則完全交給陪審團判斷。」美國佛羅里達州證據法第 702 條【專家證言 Testimony by expert】規定：『如科學、技術或其他專業領域，有助於陪審團了解證據或決定事實爭點者，知識、技術、經驗、訓練或教育之專家證人，即得作證，但僅容許以意見證據作證。而專家意見的高度憑信建立在以下三個條件：即 1、須要有可靠的基礎理論。2、須要經過完整的實驗、操作或推理。3、須要透過清楚表達和詳細說明²²⁵』，專家證人如同鑑定證人均依憑特別知識經驗陳述或報告其專業意見，應明文於刑事訴訟法第 210 條中。

²²⁴ 刑事訴訟遠距訊問作業辦法第 12 條：法官、檢察官對鑑定人、共同被告為遠距訊問或當事人、辯護人、代理人對遠距訊問之受訊問人行詰問、詢問時，準用本辦法之規定。

²²⁵ 陳祐治，專家證言與鑑定，檢察新論 第六期

第五章、醫療糾紛展望新思維

第一節 善用鑑定與醫療調解制度

第一項 醫療調解之必要與檢驗

第一款 醫療調解之本質理念

民事爭議發生時，當事人約定互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約(民法第 736 條)，為民法上和解之意義，同時又以終結訴訟全部或一部為目的者，則為訴訟上之和解，但和解僅限雙方當事人參與，故與起訴前為避免訴訟之調解不同，調解則須有客觀第三人參與，台中地院首創醫療糾紛之醫、法雙調委員制度，即為參與定紛止爭最佳適例，醫療糾紛除了訴訟方式，尚有訴訟外之替代性紛爭解決機制(簡稱 ADR)²²⁶，而訴訟外紛爭解決機制有協商、和解、調停，調解、仲裁等替代方案，其中透過中立第三人解決爭議之調解 (Mediation)，乃基於當事人自主原則而設立的紛爭解決機制，係經由雙方當事人合意而成立，比較能符合雙方當事人意願與利益，故調解原則重在自願性原則、中立性原則、當事人自我負責性、資訊透明性及秘密性²²⁷。調解模式有四：即和解式、促進式、修復式、評價式，採取何種調解模式應視調解之爭議事實性質為何而定，社會學者認為調解過程中，過失的事實認定與講求調解成立兩者孰種孰輕？若是前者，調解制度之精神應強化醫療過失鑑定之專業性與客觀性，若是後者，則應強化其斡旋與協調之能力²²⁸。學者認為面對醫療爭議時，與其在訴訟上一直爭論；鑑定結論是否疏失、法律評價是否過失、醫師在醫療行為上之注意程度為何、鑑定報告是否有證據能力、違反告知說明義務是否即屬有過失、醫療行為與結果之間是否有相當因果關係、因果關係之舉證責任是否在醫方或病方等等爭議之議題上，而更重要層面上則應注重調

²²⁶ 日本之 ADR 法亦遲至 2004 年 12 月才制定規範，且更於 2007 年 4 月才開始實施，在此之前除了法院裁判外，亦乏實際有效之醫療糾紛處理機制。

²²⁷ 沈冠伶，「醫療糾紛處理與專家之協力—從行政院版『醫療糾紛處理及醫療事故補償法』草案論醫療糾紛調解與鑑定」，臺灣法學，2013 年 1 月 15 日，第 216 期，頁 23-24。

²²⁸ 朱柔弱、林東龍，醫療公道如何討？臺灣醫療糾紛處理機制弊病之探索，醫事法學，2003 年 12 月，第 11 卷第 3/4 期，頁 55。

解之協調方法、能力，可包含訴訟上之調解與訴訟外之調解。依照台灣高等法院分院民事事件調解利益說明書及調解流程說明，調解成立與訴訟上和解有同樣效力²²⁹。

本文必須強調者，調解前之鑑定制度之有其必要性，且因鑑定之必要，鑑定人得經審判長、受命法官、或檢察官之許可，並簽發鑑定許可書，檢查身體、解剖屍體²³⁰，先確定死因，此即鑑定人得動用強制處分權之法律依據。此乃透過鑑定解剖釐清醫療糾紛之真相之前提要件，再進入調解階段解決醫療糾紛，應盡量避免進入訴訟程序而早日定紛止爭，但必須強調者，調解時應先傾聽雙方當事人之內心訴求，並依和平懇切態度，從當事人情緒支持酌處，對當事人雙造為適當之勸導，能夠各退一步避免爭鋒相對或惡言相向，就調解事件酌擬平允方案，力謀雙方之和諧以達定紛止爭之結果。民事訴訟法第 403 條第一項第七款規定，因醫療糾紛發生爭執者，除有第 406 條第一項各款所定情形之者外，於起訴前，應經法院調解，且依同法第 414 條規定現行醫療調解係依**評價式調解** (Evaluation Mediation)：則係調解人實質介入個案，對案件決定並予以評價，進行調解時，力勸當事人應互為退讓，並直接提供當事人解決方案之建議²³¹。評價式調解應就「是非做判斷」，是以鑑定先行方能判斷是非，因此評價式調解之特色即所稱「鑑定先行再調解」，而常見之調解模式除了評價式調解外，尚有**促進式調解** (Facilitative Mediation)：係指調解人扮演促進者及溝通橋樑的角色，協助雙方整理個別的立場及利益，鼓勵雙方理解或肯認他方之利益，協助各方發展出足以達成和解的結論，調解時不對爭議或任何方案提出評價，通常也避免提出調解方案²³²，不評斷當事人間之是非對錯，如醫療爭議調處作業要點第 9 點規定，調解委員應依案件之性質、爭議內容，雙方期望等情事，引導當事人心平氣和達成調處。

²²⁹但依最高法院 95 年台上第 914 號判決見解：「但調解如僅就訴訟標的以外之事項成立互相讓步，以終止爭執之合意者，亦只可認為民法上之和解契約，不能與訴訟上之和解，發生同一之效力」。

²³⁰因被告以外之人並非案件當事人，若欲對其為檢查身體之鑑定，應認為有相當理由且有必要者為限，以避免侵害人權，刑訴訴訟法第 204 條第一項、第 204 條之 1 第一項參照。

²³¹林瑤，臺灣民間及行政調解之制度與實踐，訴訟外紛爭解決機制，2012 年 2 月，頁 326。

²³²李念祖，「訴訟外紛爭解決機制導論」，訴訟外紛爭解決機制，2012 年 2 月，頁 6。

論者在 104 年 10 月 18 日之第三屆臺中醫法論壇學術研討會時，以改善醫療調解（處）制度芻議—從當事人情緒支持與醫病文化出發之文中，以實務之觀點認為現行「評價式調解」模式之醫療調解仍然必須再修正；因為現行醫療調解雖採「評價式調解」模式，但若未能處理當事人主觀上之認知，忽略了病患和其家屬之主觀上之情緒，而僅僅在處理客觀事實之爭執，無異緣木求魚而事倍功半，是以最有效率而正確之調解模式，除了要真正落實民事訴訟法所規定之評價式調解外，因此宜改為**修復式正義**之精神調整之，或採行**敘事型**調整模式，學者建議就社工介入醫療糾紛處理之實證經驗，亦認為宜加入修復式正義取向（restorative justice approach）：有四大要素；一、以社會、衝突觀點，而並非以法律觀點來看犯罪事件；二、修復式正義是一種回復損害的關係式正義；三強調藉由發現問題、回復損害、治療創傷而進行有意義之社會革新；四、尋求加害人、被害人及社區共同參與修復與治療²³³，以達到醫療傷害賠償與醫療真相的揭露，回應病家發現真相要求。論者提出美國、澳洲之「公開揭露制」（Open Disclosure）²³⁴；當醫療事件發生時，醫療人員應公開坦承的向病患與家屬說明意外事件的原因、可能結果、針對該事件所採取的因應措施，由醫療糾紛當事人雙方直接對話，藉由傾聽當事人看法並對醫療結果而表達遺憾、道歉（apology）、哀傷（regret）之意，以降低醫病對立和後續訴訟之可能出現、對醫病雙方其內在情緒和外在關係產生治療與修補得效果，以及找出醫療體制中錯誤的環節加以改正。自 1990 年以來，美國之莉塔夏隆（Rita Charon）教授提倡**敘事醫學**（Narrative Based medicine）後，將病人之反應納入醫療處置之參考資料，將敘事醫學應用於調解時，此即敘事型調整模式，要先同理當事人之主觀情緒，再滿足病家了解醫療真相，最後再談「經濟上救濟保障」方能促成調解協商成立，並修補醫病之信賴關係²³⁵。因為當醫療事件發生後，當事人間欲藉由調解而定紛止爭，卻反而怒目相視時，醫療糾紛必然無法善了，學者之前述見解值得法院全力推廣施行。

²³³ 許春金，性侵害犯罪被害情境與要素之分析，警政論叢，第三期，2003 年，頁 101-128。

²³⁴ 林東龍、陳郁雯，「他山之石—美國、澳洲執行「公開揭露」機制之經驗與啟示」，臺灣衛誌，第 31 卷第 3 期，2012 年，頁 205 以下。

²³⁵ 陳學德，改善醫療調解（處）制度芻議—從當事人情緒支持與醫病文化出發，第三屆臺中醫法論壇 2015 年 10 月 18 號，頁 28-45。

第二款 醫療調解之法律依據

由前文論述得知，醫療調解有其必要性，調解之作用有省事又省時的特質，是解決民事紛爭方法，但必須有其前提方法存在，調解前鑑定先行始能釐清真相。衛生主管機關之調解功能，也會因為未先送請鑑定再調解，可能因而成效不彰，因為沒真相就難化解家屬心中疑慮與怨懟，糾紛調解時醫、病理性對話、應避免情緒之惡化，若有公正之第三者，比如台中地院醫，法雙調委員之介入，乃調解與談判成功之重要課題。有關醫療糾紛調解之法律依據，醫療法第 99 條第一項第三款，已明訂地方衛生主管機關應設置醫事審議委員會，辦理關於醫療爭議之調處事項，首應強化衛生主管機關之調解功能，調解委員應本平和、懇切之態度」，對當事人雙方為適當勸導，酌擬公正合理辦法，利謀雙方之協和²³⁶，而前述之民事訴訟法第 403 條第一項規範強制調解之事件、第 406 條第一項規範了聲請調解之裁定、同法第 414 條規定現行醫療調解係依「評價式調解」、第 413 條明定調解程序中得審究爭議之所在，而承認得為爭點整理、第 422 條明定「調解程序中，調解委員或法官所為之勸導及當事人所為之陳述或讓步，於調解不成立後之本案訴訟，不得採為裁判基礎」，此即調解之陳述或讓步不得為裁判基礎之明文，因此鑑定人協力為爭點整理亦不得採為本案訴訟之裁判基礎，前揭道歉制度在澳洲與美國已明文規範，不得成為民事責任與刑事有罪之依據，而最受矚目之我國之醫糾法亦應以特別法方式，明文規範相同意旨：調解程序中道歉與深感哀傷於調解不成立後，不得採為本案訴訟之裁判基礎，以補充民事訴訟法第 422 條明文不足之憾，理由是醫療事件之所為道歉、遺憾及深感哀傷等意思，並非法律觀點之過失，其最主要目地與作用，僅為了調解醫療糾紛能夠更早日平息落幕。行政院於 101 年 12 月 18 日所提出之「醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案」，此草案雖然明訂調解時得使用前揭道歉制度，並明訂醫療事故補償制度，但因多條條文於立法院審查時遭保留，尚有折衝思益斟酌空間，故未完成三讀立法。至 107 年 4 月衛福部推出「醫療事故預防及爭議處理法草案」，先割置

²³⁶ 鄉鎮市調解條例第 22 條，2009 年 12 月 30 日。

有爭議之補償制度，衛福部強調此草案有三大原則：醫療事故及時關懷、醫療爭議調解先行、預防除錯提升品質，其中所謂的及時關懷最受本文注目，醫療床位大於 100 床者，內部應設關懷小組，當醫療事故發生時，要即時做貼心的病患關懷協助，說明真相建立互信，以緩和醫療緊張關係以避免發生訴訟爭議。

第二項 醫療鑑定與醫療調解

第一款 臺中地院醫療糾紛處理試辦制度

鑑於醫療行為具有專業、複雜性，及醫療紛爭不明確性，加上法官並非醫療專家，無從以實證醫學觀點作出醫療紛爭之爭點整理，因此對於矚託鑑定之重點提問，往往不正確或資料不完整而訊問失當，而且對於醫療鑑定之結論，既然無從傳喚實際鑑定人，亦無醫療專家之協力，因此亦無法行使司法請求權，而法官依民事訴訟法第 288 條規定，為發現真實認為必要時，得依職權調查證據，因此臺中地院自 101 年 9 月起，依據司法院所頒「專家諮詢要點」開始建置醫療諮詢制度²³⁷，參考德國「無鑑定、無調解」之醫療調解制度，以訴訟外解決紛爭機制（ADR），依民事訴訟法第 403 條第一項第七款而成立，採行醫療調解委員、法律調解委員之雙調解機制，案件來源有四種，「一般調解」：民事醫療訴訟應進行強制調解者。「立即調解」：刑庭法官審判中、檢察官偵查中移付調解者。「移付調解者」：民事醫療訴訟中，法官認為有調解之望者而移付調解者。「轉介調解」：醫師公會、衛生局醫療調處及各醫學中心醫療糾紛有調解成立之望者，且透過中部四大醫學中心參與醫療鑑定制度，自開辦以來至 103 年 7 月止，均於 2 月內提出鑑定報告，較諸醫審會之鑑定報告結論期間必需長達 10 月，顯然已改善了機關鑑定時間長期化之詬病，而且醫療調解成立比例，每月亦高達 50% 左右，茲因醫療專家之協力，已發揮協助法官爭點整理及醫療鑑定之提問功能。

²³⁷臺中地院醫療糾紛處理試辦制度乃前任臺中地院院長指示，由陳學德醫療專庭庭長用心規劃主辦，共有中部地區四大醫學中心：臺中榮總、中山醫院、中國醫藥學院、彰化基督教醫院參與，首辦之臺中地院因試辦制度解決醫療糾紛成效甚佳，不久高雄地區亦接續採行訴訟外醫療調解制度。

台中地院醫療調解統計(醫療調解案件終結原因分析統計表),迄2015年7月止總案件數69件,其中未經鑑定而調解成立者比例僅42.11%(未鑑定57件中,調解成立者24件),經鑑定再調解成立比例高達66.67%(有鑑定12件中,調解成立8件),調解共成立32件,再參酌有鑑定加計無鑑定但有醫療調委調解時之調解成立比例高達51.28%(共39件中,調解成立20件),其具有醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案中之初步鑑定精神,似乎反映出「鑑定先行」之方向正確。該統計資料另外顯示,有醫療調委共同調解成立比例為42.42%(通常係指較難案件,在全部有醫療調委33件中,調解成立14件),無醫療調委調解比例高達50%(通常係指較簡單案件,或檢察官開庭時當場移調案件,在全部無醫療調委36件中,調解成立18件),此資料顯示非醫療調解委員雖無醫學專業知識,但其調解經驗豐富,且對於當事人情緒上更具有經驗,尤其在檢察官轉介調解16件中(僅一件有鑑定),非醫療調委調解8件中成立7件,比例高達87.5%,較諸醫療調委共同調解案件調解成立僅50%,證實了一般調委或法律調委在調解時,雖無醫療調解委員參與或無醫療鑑定時,能成立調解主要原因,在於能滿足病人情感表達的需求²³⁸,否則醫病雙方無法開誠布公、善意面對協調醫療爭端。至於醫療糾紛之調解和訴訟經濟有重要關聯性,依據台中地院學術研討資料顯示,該院經由台中市衛生局居中協調採用雙調委員制度,和中部四大醫學中心合作後,鑑定之時間縮短為兩個月,遠比醫審會機關鑑定報告更有效率,其調解成立件數占終結件數比例已逐年提升,顯然臺中地院有關醫療糾紛調解成效顯著,已成各地院仿效之參考。

但有趣的事實情況顯示出,在2017年8月10日在台中地院所舉辦之研討會之實證資料中,台中地院醫療訴訟之調解成功比例約占5成以上,但對於如此調解高效率,當場有學者卻抱持高度懷疑態度;質疑2015年7月總案件97件中,共有30件有鑑定但鑑定結論乃無過失,為何其中竟然又有高達27件仍須調解成立呢?在場者有台中地院院長暨醫療專庭之庭長亦難自圓其說,但本文認為,縱然醫療行為經過鑑定後並無過

²³⁸ 陳學得,改善醫療調解(處)制度芻議—從當事人情緒支持與醫病文化出發,第三屆臺中醫法論壇2015年10月18號,頁46-49。

失時，仍然會有醫療賠償之高度可能性，其主因是醫療人員面對醫療刑事、民事之煎熬時，身心俱疲已無心力再上法庭，再加上因為醫療業務或教學繁瑣之緣故，因時間因素最後選擇花錢消災了事，亦屬醫界當有醫療糾紛時之常情，筆者有幸參與此次學術研討盛會，可謂受益良多不虛此行。臺中地院率先實施醫療調解試辦制度，其調解成立比例成效顯著相較於德日並不遜色，初步已發揮 ADR 解決醫療紛爭功能。然而就台中地檢署初步鑑定實施成果而言亦不惶多讓，而台中地檢署於 102 年 1 月成立醫療專組後，除了選擇將案件爭點整理後送往衛福部醫審會鑑定外，在醫療糾紛之處理上，可資利用之調解機制有二：1. 為依照鄉鎮市調解條例規定，將受理之醫療刑事案件，轉介給地方之調解委員會。2. 另外亦結合台中地院醫療鑑定試辦制度之資源，於偵查中經當事人同意，直接轉介臺中地院進行調解，臺中地檢署自 2012 年 10 月迄 104 年 4 月，共轉介 21 件試行調整，期中調解成立有 13 件，也發現了有趣現象，若經鑑定係無過失，且病方之要求金額不高，醫方會選擇息事寧人而不願進行訴訟，將有助於調解成立。檢方期盼以訴訟外之制度弭平醫病雙方之歧見，除了可阻絕醫療糾紛進入法院實質訴訟階段，應亦可減少檢方偵查階段結束後；不起訴處分或提起公訴，降低病方仍再向法院提起民事賠償而徒增訟累之意願²³⁹。顯然台中地院與地檢署均有調解顯著成效，但司法院 99 年 2 月 1 日修正發布辦案期限要點中，於第 2 點第 12 款增定民事及家事調解事件之辦案期限為 4 個月，另依司法院公報第 52 卷第 3 期第 172、173 頁公布，雖就現已進行之民事調解事件，已逾 4 個月者，自即日起延長辦案期限 2 個月，但有實務者仍建議適度延長調解之辦案期限，以因地就宜²⁴⁰。

第二款 醫療事故補償制度之研討

為了積極推動「醫療刑責合理化」以代替「醫療刑責除罪化」，醫界曾經期盼以醫療法第 82 條之立法，將醫療刑責限縮在重大過失情況下，並於 101 年 12 月 18 日提出「醫療糾紛處理及醫療事故補償法」草案（下稱醫糾法），以作為醫療法第 82 條之配套

²³⁹ 詹常輝，試論偵查程序中調解與鑑定之機制與成效—以醫糾案件為中心，

²⁴⁰ 司法周刊，中華民國 100 年 1 月 27 日，NO、1528

措施，依據該草案總說明：基於醫療行為之特殊性、侵害性、高風險性及不可預測性，且病患之傷亡結果與醫療行為間之因果關係不易認定，因而以「促進病人權益保障」為核心，納入「強化調解機制」、「提供即時補償」而提出草案。分別列出醫療糾紛處理以及醫療事故補償，強制調解（訴訟前置主義）與調解前之初步鑑定。本草案在一讀時於第 7、16 條通過「初步鑑定」條文，明訂衛生主管機關處理醫療糾紛時，應由醫事專家以「雙向匿名」方式出具書面「初步鑑定」意見，包含醫療行為與不良結果有無因果關係、醫療行為有無符合醫療常規等事項，以供當事人作為是否為調解之參考資料，此項立法係參考德國醫師公會「無真相、無調解」之醫療調解制度，此草案之初步鑑定制度之必要性及性質之功能，可協助整理爭點、初步釐清事實，而學者也認為第七條新訂有當事人可以自費申請初步鑑定之規定，此法若能通過，多年來當事人唯有透過司法途徑，才能得到醫療糾紛之專業鑑定之真相將會改變，自費取得客觀公正之專業鑑定報告，將大幅增進醫糾之法院外解決效率（和解或調解），這種鑑定先行的醫療糾紛處理流程，是否能夠有效化解醫療糾紛，將使臺灣之醫療糾紛帶進新的紀元。健全之鑑定制度才是解決醫療糾紛之良藥，且「初步鑑定」制度如果能夠行得當，不單可以實際達到「去刑化」的目標，也可「去法院化」，讓醫療糾紛當事人在對基本責任成立要件事實爭點有所掌握之後，達成自發性的和解，免去訴訟之苦²⁴¹，但此醫糾法草案最終因爭議不少而無法三讀，結果衛福部再推出醫療事故預防及爭議處理辦法(簡稱醫爭法草案)，經由行政院會議通過，107 年 4 月已呈送立法院審議中，此法將來乃醫療法第 82 條之配套措施法案以降低醫方壓力。

²⁴¹ 楊秀儀，論初步鑑定對醫療糾紛處理之意義—對立法院「醫療糾紛處理及醫療事故補償法」草案第七條之期待與展望，月旦法學雜誌，第 216 期，2013 年 5 月，頁 50-61。

第二節 實證醫學之落實與醫療鑑定

第一項 實證醫學之源起與發展

第一款 實證醫學之內涵

實證醫學 (Evidence based medicine, 以下簡稱為 EMB), 係指「以病人為中心, 以其醫療問題為導向, 結合最新的臨床研究結果與個人的臨床經驗, 為每位病患執行最合理的診斷與治療²⁴²。」, 實證醫學之緣起是 1972 年英國臨床流行病學者 Archie Cochrane 提出「謹慎地、明確地、小心地採用目前最佳的證據, 作為照顧病人臨床決策的參考」之概念而展開, 他認為所有醫療行為都應有嚴謹研究及證實為有效的根據, 才能將醫療資源做最有效的運用²⁴³, 自 1992 以來學者在美國醫學會期刊 (JAMA), 標題為「以實證醫學為中心之醫學教學方法—Evidence based medicine. A new approach to teaching the practice of medicine. JAMA」以後, 醫界已普遍接受而蔚為風潮, 不論醫學教育或臨床醫學均已廣泛接受 EMB, 在最著名之醫學論文資料庫 PubMed²⁴⁴ 資料庫中, 其中收錄有臨床與基礎醫學等醫學文獻已經汗牛充棟。醫界引用實證醫學的方法學與邏輯來處理醫療措施, 並以之找尋最佳的科學證據來決定、引導醫療行為已形成風潮, 其乃融合醫師專業素養、病患最佳利益, 文獻依據證據, 簡言之, 實證醫學又稱為證據醫學或循證醫學, 是一種以病患為中心的診療模式, 借由慎重、準確、合理的使用而成為當今最有效的臨床依據, 對患者採取正確的醫療措施。經由實證方式, 以流行病學和統計學的方法, 從龐大的醫學資料庫中經過研讀綜合分析後, 找出值得信賴的最佳文獻證據, 並結合醫師個人之臨床經驗, 以及最新的臨床研究結果, 為患者設計最合理的診斷和治療模式, 而獲得最佳臨床醫療照顧, 以客觀可信的醫療文獻作為治療的主要依據,

²⁴² 楊培銘、梁繼權、紹文逸等, 實證醫學特輯, 臺灣醫學, 2003 年 7 月, 第 7 卷 4 期, 頁 530-578。

²⁴³ 陳杰峰、蔡宛真、邱文達, 實證醫學於健康照護之應用, 臺灣醫學, 2004 年, 第 8 卷第 2 期, 頁 85。

²⁴⁴ 在 PubMed (美國國家醫學圖書館之美國國家生計資訊中心 (NCBI) 生物醫學相關文獻書目索引摘要資料庫) 中, 以 Evidence based medicine 為關鍵字並限定在標題, 即可搜尋有關大量之臨床與基礎醫學等醫學文獻。

會比較妥適²⁴⁵。對於患者不能僅僅靠過去所謂的「經驗醫學」就能提供最佳醫療服務，下文將對兩者之區別實益有所分析，除此以外，茲因實證醫學之醫學文獻甚多，因此實際上醫療行為臨床上（比如手術時），無法臨時參考眾多醫療文獻再為患者施行醫療行為，因此醫界乃以實證醫學文獻為基礎，發展出最新、簡易而精準的「臨床指引或醫療行為準則」，為病患提供最佳醫療服務，免除醫師在進行醫療行為時，再臨時去搜尋浩如大海的有關醫療文獻之苦，除了提供醫療最佳利益之醫療行為外、另外在醫療糾紛訴訟中，實證醫學的方法學在鑑定過程中，可協助醫療疏失因果關係之判定，並充實告知義務之內涵，本文將分別討論之。

第二款 實證醫學與經驗醫學

以往權威醫師經由過去醫學院所學，加上前人（師長或學長）所授予之臨床經驗知識，加上自身實際診療或進修所得之醫療經驗，經歷了無數次檢驗後，即成為臨床診療方法，此種經驗的累積，可以說是群體智慧的結晶。簡言之，以往醫學界相當重視醫師的權威和經驗，常常依據專家的意見來決定什麼是正確的醫療模式，且醫師在為病患做臨床診療時，也是以自己所做的醫學教育訓練、個人之臨床經驗，以及每個地區的行醫經驗作為治療及診斷病人的依據」這種醫學是經驗的累積，稱之為「經驗醫學」(empirical medicine)，二十一世紀是醫療品質與病人安全最重視的時代，隨著現代醫學資訊發展與醫療儀器的進步，使得臨床醫學逐步從傳統經驗醫療模式轉為以實證醫學為決策的臨床醫療模式²⁴⁶，在過去數十年時代，的確有經驗醫學它存在價值，依靠醫師經年累月醫療經驗事實，但在近代若僅以醫師的個人經驗來面對患者不確定病狀，難免會有偏差導致醫療糾紛，尤其近幾年來民意高漲自我意識提高，醫療行為之本質具有高風險、專業性、不確定和侷限性，無法預知之併發症所帶來之醫療糾紛，顯然僅靠行醫數十年之醫學老經驗，未必能符合通過瞬息萬變的醫療之診治結果，其固有的醫學經驗與知識是有其不足之侷限性，隨著刑事訴訟當事人主義與傳聞法則之引進，在可預見的將來，更

²⁴⁵ 張麗卿，醫療人權與刑法正義，元照，2014年1月，頁165-166。

²⁴⁶ 吳俊穎，由醫療糾紛的觀點看台灣實證醫學未來之發展，台灣醫學，2004年，第8卷第4期，頁573-574。

由於醫界實證醫學之推動，法庭上必然會傳喚更多的醫療專家以實證醫學文獻資料作證，不能僅依靠醫療權威之經驗來判斷醫療行為是否有「過失」，而醫療鑑定報告之結論作成亦然，不能僅靠醫療之經驗醫學來判斷醫療疏失與否，必須採用最新的醫學研究文獻為佐證資料。

實證醫學早期由英國學者 Archie Cochrane 所提出最佳證據作為臨床決策參考，繼由加拿大 Gordon Guyatt 提出此名詞後才廣泛風行全世界，就其醫療資源與醫療服務之精神而言，即一方面醫病雙方溝通計巧應以患者為中心 (Patient-centered communication skills)；比如告知說明義務，另一方面以實證醫學為基礎之醫療專業 (Evidence based medicine)，進而分享醫療決策 (Shared decision making)，最終以追求病患最佳利益之治療選擇 (Optimal patient care) 為其核心內涵，以客觀最新之醫學文獻取代過去個人經驗醫學為中心之醫療常規，這也是 106 年最高法院台上 227 號民事判決中所論及：「醫療常規為醫療處置之一般最低標準，醫師依據醫療常規所進行之醫療行為，非可皆認為已盡醫療水準之注意義務」之主因。既然經驗醫學之累積形成了醫療常規，且因醫療技術不斷更新，若僅以醫療常規作為鑑定結論之形成，有關醫療行為有無醫療疏失之判斷，或行為與結果間有無因果關係，可能形成醫療鑑定結論將會流於主觀現象、忽略不同地域的醫療水準或有多次重覆鑑定之弊病，因此可預見之將來，有實證醫學依據之鑑定報告必然漸漸取代依據經驗醫學之醫療常規，下文之學者之實證統計資料可為佐證資料。然而醫師之醫療行為中，對於實證醫學亦有其「侷限」性，當醫療設備在教學醫院規模等級以下，比如地區醫院、區域醫院或診所的情況，理性之醫療人員若遇到棘手病情患者時，醫療法既然已有明文規定，最佳的醫療行為將會選擇先予適當之急救，再依法採取「轉診」之措施，就沒有必要性依據實證醫學對於重症患者採行危險醫療行為，理由不外就是：既然限於設備不足及專長能力、無法確定病因之前提下，醫療法第 73 條第一項亦有明文轉診適法規定，並可盡量避免可能出現之醫療糾紛，但轉診時醫療院所之醫師亦應盡告知義務，並妥適安排就近而適當之醫療院所，始符合醫療法第 82 條第一項規定：醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。

第三款 實證醫學與醫療行為準則

實證醫學以病患之最佳利益為中心前文已述及，應重視近期最佳之醫療文獻、患者對於治療之期待、及醫師寶貴之臨床經驗，不可僅依靠過去個人醫療臨床經驗，必須再結合最新醫療研究文獻與資源，然而醫護人員本身既有之診斷、門診、手術、研究等繁雜臨床工作，豈有剩餘時間再去廣泛搜尋前述所謂之臨床與基礎醫學等醫學文獻，茲因前述資料龐雜又不斷更新；在 PubMed（美國國家醫學圖書館之美國國家生計資訊中心（NCBI）生物醫學相關文獻書目索引摘要資料庫）中，以 Evidence based medicine 為關鍵字並限定在標題，即可得知，因此醫療專家乃全力篩選最佳、客觀、可信之醫療文獻，作為臨床診療簡易又最佳依據：「醫療行為準則」（包含臨床指引），一般係指醫師在實施醫療行為時，必須依循整套之醫療標準程序（SOP IN MEDICINE），乃藉由統計分析龐大文獻醫學資料後，對於病患最佳利益之臨床指引，也就是醫師行醫時之行為規範，若醫療行為符合醫療行為準則，就應該解讀為並無疏失，反之不符合，則屬醫療疏失，但仍需醫療鑑定之協力與醫療文獻之依據，但是醫療行為準則不同於醫療水準，亦應顧及醫師行醫之時空背景，區域醫院和地區醫院與醫學中心之標準應該有所區隔，專科醫師與非專科醫師的標準也應不同。有美國學者論及：「應將實證醫學所得到之醫療行為準則，作為醫療照顧標準與醫師注意義務之間的橋樑」；「如果醫師完全依照醫療行為準則來診察或醫治病患，一旦發生醫療糾紛時，醫師應受醫療行為準則的保護，不應認為有過失」²⁴⁷。但本文認為藉由實證醫學所形成之醫療行為準則，不僅是醫療行為最佳之規範，亦是醫療鑑定所應審酌之醫療文獻，法院不應受其拘束，但應加以尊重其專業。關於前述之醫療行為處置標準，實務上最高法院 95 年台上字第 3884 號刑事判決認為：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，此見解可與最高法院 106 年台上字第 227 號民事判決前後相互輝映。

²⁴⁷ 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，頁 4—9。

第二項 實證醫學之功能

第一款 輔助法院判斷有無醫療過失

實證醫學可充實告知義務內涵，且實證醫學而形成醫療行為準則，輔助判斷醫療行為疏失與否，法院可藉以認定醫療行為與失敗結果間的有無因果關係，而實質告知說明的內容亦應以實證醫學的研究成果為內涵，本文試舉「胃腺癌存活率」一案，論述實證醫學在醫療過失刑事審判中之重要；被告對於患者一直將其胃腺癌誤診為胃潰瘍，等至 88 年 9 月 3 日才因切片檢查後始確認為胃腺癌，且台中地院與高院均認為：醫師未向病患充分解釋切片檢查之必要性與不檢查之危險性，因此認為顯有疏失，但對於第二期及第三期之胃腺癌 5 年存活率，是否有差異產生爭執，原告提出「馬偕醫院」關於胃癌之說明，認為胃腺癌第二期之胃腺癌「5 年存活率」約為 50%，第三期為 15% 或更少，被告提出日本 Kimio Maruta 醫師之文章，則認為胃腺癌第二期之胃腺癌 5 年存活率約為 39.4%，第三期為 32.4%，及澳洲 Rudolph Pointner 醫師所提之文章，則認為胃腺癌第二期之胃腺癌 5 年存活率約為 25%，第三期為 20%，學者均認為胃腺癌第二期與第三期 5 年存活率有差異，前述醫學文獻皆屬實證醫學之展現，多數學術意見均指出胃腺癌 5 年存活率不及 5 成，確為死亡率很高之癌症，並以此作為判斷因果關係之依據，台中高院認為縱然早於 88 年 5 月間及時發現胃腺癌，患者可以治癒存活之機會仍然難以確認，延遲發現癌症的期間長達 4 月，及以治療胃潰瘍方式治療患者，是否就是造成患者死亡的原因，**難**認有因果關係，台中高等法院認為醫師「**誤診**」為胃潰瘍且違反實質告知義務，是有疏失，但行為與結果間**無**相當因果關係，乃駁回上訴，維持原審無罪判決²⁴⁸，醫療行為疏失和醫療法律評價有過失二者為不同概念。

醫療行為本身具有高度風險性、有限性、與不確定性，旨在表明醫療行為對於患者之治癒功能有其無奈，在此前提理念之下，在客觀上任何醫療行為極有可能伴隨死、傷之風險，再加上醫療處置時**難**以事先預見之併發症威脅，就算醫療行為完全符合醫療常

²⁴⁸ 臺灣高等法院臺中分院 93 年度醫上訴字第 413 號

規、當時當地之醫療水準，也不可能完全迴避前述結果之風險發生，換句話說明醫療行為無法保證必然痊癒，舉例來說，當患者之既往症之疾病進程若已經由「高峰期」進入「不可逆期」²⁴⁹：例如糖尿病腎病變之尿液出現明顯的蛋白尿（高峰期），而尿毒指數（如肌酐酸）開始上升（不可逆期），腎臟功能將會慢慢衰敗，直到尿毒症為止²⁵⁰。換句話說，法院經由實證醫學之協助，若發現患者已進入不可逆期，必然導致身體健康無法回復或死亡，因此醫療行為（作為與不作為）過失與否就與死亡結果間，就不存在相當因果關係之審酌必要。

第二款 實證醫學對於醫療鑑定之協助

實證醫學是經由醫學專家反覆研究後，以醫學研究文獻或醫療行為準則的方式呈現，其精神乃臨床診治皆基於定量化研究（quantitative research）：將最佳、最新之研究結果和經驗醫療、最有利於病人的價值相結合。因醫療鑑定對於醫療疏失與否，的確有其專業性與必要性，否則不懂醫療專業之法官對於醫療訴訟之審理將會滯礙難行，但鑑定之公信力與說服力則須實證醫學之專業協助，最新之實證醫學文獻應為鑑定之過程與結論之依據。在前述胃腺癌誤診為胃潰瘍案例中，對於「未切片診斷」與「死亡結果」之間「有無因果關係」，鑑定人即以原告和被告所提出之實證醫學數據，為其鑑定報告結論之佐證內容：醫審會與台灣大學醫學院附設醫院均認為：病患拒絕切片，乃尊重其自由意願，中山醫院醫師認為：未即時切片檢查對於死亡結果之發生無影響，而胃腺癌不論第二期或第三期，其五年存活率均不及五成，因此本案鑑定意見（機關鑑定暨個人鑑定）傾向於醫師之醫療行為沒有疏失，其理由乃因此案醫療行為誤診且未實質告知確有疏失，但僅能解讀為幾近於過失，因為此疏失與結果之間並無相當因果關係，因為患者病情已進入不可逆期，縱然早期發現亦無法改變結果之發生，因此無醫療過失，此即實證醫學對於醫療鑑定之協助適例。

²⁴⁹參照附件四：疾病進程與實證醫學對因果關係判斷之重要性。

²⁵⁰盧映潔 朱振國等共同作者：醫療行為與刑事過失責任，2013年5月，頁68-69。

第三項 實證醫學與法院判決

第一款 實證醫學輔助醫療重大過失之判斷

因醫療行為充滿高度複雜且專業性，又必須面對患者本身既往症充滿不確定性，因此若將所有醫療糾紛(含普通過失與重大過失)全部歸糾於醫師之行為並加以刑責追訴，不僅與醫療行為在相當程度內屬於可容許之危險法理相違，而且也容易造成防禦性醫療行為成為常態，因此本文贊同醫界所推之刑事醫療僅限「重大過失」之理念，然而刑法中並未區分過失程度之高低，普通過失僅是行為人一時疏忽或缺乏經驗的結果，但「重大過失」行為之心態，則是一種僥倖其可能不會發生而幾近於故意之過失，其值得責難的程度，應該不僅是「有認識的過失」，而已經接近於「未必故意」²⁵¹，比如醫療上有時會有輕率又離譜之行為：打錯針、輸錯血或手術切除部位錯誤而造成死傷案例，而這些輕率又離譜之護理或醫療行為之過失，實際上只要稍加注意就可避免發生，依照德國文獻，認為有兩種不同方向去理解重大過失。(一)重大過失是特殊的不法內涵；(二)重大過失是特殊的罪責內涵，而折衷看法，重大過失必須從不法內涵與罪責的交互關係去判斷，「輕率是重大的違反注意義務，特別是忽略損害發生的高度可能性」，或「輕率是一種高度危險的行為類型，行為人同時具有更高的主觀可非難性」，因而實證醫學所建構的準則，如果標記出疏忽某種準則危險性很高，而醫療人員「忽略危害發生的高度可能性」，解釋上即可認為是重大過失，刑法所應該干涉的，就是這種輕率的醫療行為。實證醫學與醫療過失之除罪化，雖然沒有直接關聯性，但是醫療行為所建構的準則而實施，就不能認為有過失，所以也等於實證醫學提供了除罪化的參照基礎²⁵²。

第二款 實證醫學爭點整理之必要

臺中地方法院於102年1月為了提升法官醫療訴訟之裁判品質，曾邀請臺大陳聰富教授及臺高院邱琦法官演講後，咸認就訴訟實務勝敗之關鍵「爭點整理」仍有加強必要，

²⁵¹ 蔡振修，醫事人員過失除罪化之爭議與正見，醫事法學，2004年，第12卷第1、2期合訂版、

²⁵² 張麗卿醫療人權與刑法正義，元照，2014年1月，頁192。

進而於 3 月邀請高雄聯合醫院蔡秀男醫師講解「醫療行為分析與爭點整理」，蔡醫師以其泌尿科醫師之專業，檢視（醫療行為 10 大流程），將判決個案以時間序列方式，製作診療經過一覽表、醫療事件時間序列線、醫療行為分析圖（以及分析表），一一審視各個醫療行為是否符合（醫療行為 10 大義務），用以確認可能之醫療過錯（加害行為），將非醫療過錯行為排除，以利後續構成要件事實之爭點整理，蔡醫師認為起訴前與起訴後之爭點整理，均有早期引用醫學專家參與之必要，謀其醫病雙方實質武器平等；並活用證據之早期蒐集，早期確立個案之真正爭點，以實證醫學（EMB）所確立特定醫療行為之標準作業程序、客觀的診療義務標準，究明被告醫師是否應負責，並以某醫師施行攝護腺手術為例，該醫師「未」告知病患其肺部 X 光檢查有發現「結節」，而依腫瘤倍增時間（doubling time）之 EMB 文獻報告：非小細胞肺癌之腫瘤倍增時間最長為 221.6 天，最少為 120 天，而被告醫師未履行告知肺部有結節，距離病患肺癌確認時間長達 26 個月，已超過 2 年期限，故「不能」認為醫師之未告知與肺癌之間有因果關係。

除此案例，在醫療事故爭點整理與因果關係三段論方面，蔡醫師再以東京地方法院對於爭點整理為例，採用了三階段爭點整理方式：「個案醫療行為之行為轉機分析、事實與證據上之爭點整理、法律上爭點整理」，並佐以醫療爭議 8 大分析工具：「診療經過一覽表、醫療事件時間序列線、醫療行為分析圖、醫療行為分析表、事實因果分析圖、事實上爭點整理表、法律上爭點整理圖、法律上爭點整理表」而認為 EMB 對於醫療事故過失與因果關係之判定有重要影響，換句話說，即以此個案為例，闡述了實證醫學之運用在醫療事故上之爭點整理，有其必要性，因而對於法院矚託醫療鑑定之進行，有實質上之幫助；判斷是否有醫療疏失之醫療鑑定有了實證醫學之依據、避免多重鑑定帶來時間的延宕，及法院在醫療過失上之法律評價能夠更精準²⁵³。以實證醫學強化爭點整理，對於鑑定之提問將可切入最重要之議題核心，始能符合醫療鑑定作業要點之要求。

²⁵³ 司法周刊，102 年 4 月 19 日，第 1641 期。蔡秀男醫師認為：在醫療行為 10 大流程中（掛號、問診、理學檢查、實驗室檢驗、影像檢查、綜合論斷、手術治療、麻醉、病理檢查、綜合治療），醫師要一一審視各個醫療行為是否符合醫療 10 大義務（親自診療、理學檢查、實驗診斷與影像檢查、會診或轉診、手術處置、安全麻醉、病理檢查、處方給藥、病歷記載、療養指導與告知說明義務）。

第三節 醫療機關鑑定制度之變更

第一項 醫療機關鑑定之現狀與沉痾

第一款 鑑定結論時間冗長

我國醫療實務依照學者研究得知，醫療訴訟一審送鑑定後判決達 79.6%，二審為 34.4%，統計醫療訴訟判決結果與鑑定結論相符率達 90% 以上²⁵⁴，但依據刑事訴訟法第 155 條第一項：「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」、第 163 條之 2 第一項規定：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查之證據，法院認為不必要者，得以裁定駁回之。」換句話說，縱然醫療訴訟涉及醫學專業，法官事實上無法實質行使司法審查權，因此必須高度依賴醫療鑑定來判斷有無疏失。但有關鑑定之決定；從應否鑑定、命何人鑑定、應鑑定什麼、鑑定結果是否採信、應否再命鑑定、乃至應否訊問鑑定人等事項，均屬法官之裁量權，此即所謂的任意鑑制度，實務上常見被告聲請鑑定，法院認為不必要而駁回者，亦有被告未聲請鑑定，而法院認為有鑑定必要而交付鑑定者。然而依據行政院衛生署醫審會接受司法或檢察機關所委託鑑定個案統計²⁵⁵，從 1987 年 4 月到 1998 年 12 月的 12 年間，醫審會總共鑑定了 1859 件案件，另外，為台北醫法論壇付出相當心力之榮總醫師—葛謹亦指出 1987 年至 1999 年，醫審會鑑定小組接獲 2409 件個案，其中有疏失的比率約為 20%²⁵⁶。而本文搜尋醫審會關於「受理委託醫事鑑定案件統計表」顯示出：98 年有 546 件、99 年有 502 件、100 年有 577 件、101 年有 524 件、102 年有 552 件，可見從 98 年到 102 年期間，鑑定情況件數之多已達最顛峰狀態，均超越 500 件以上，直至 103 年有 484 件、104 年有 477 件、105 年有 349 件，有幾年稍稍遞減低於 500 件，但仍居高不下。

²⁵⁴ 沈冠伶、莊錦秀，民事醫療訴訟之證明法則與實務運作，政大法學評論，第 127 期，2012 年 6 月，頁 29。

²⁵⁵ 邱清華，建立醫療糾紛補償制度—「醫難救濟金」，醫事法學，2002 年 6 月，第 10 卷第 2 期，頁 6 以下。

²⁵⁶ 葛謹，醫療糾紛之過失責任—從台灣高等法院台南分院民事 90 年度重上自地 8 號談起（上），台灣醫界，2007 年 1 月，第 50 卷第 1 期，頁 39。

學者從醫療文化切入，探討醫療鑑定長期採取機關鑑定之原因，按諸國情相近之日本，其原因有三：(一)為鑑定人選任困難，如鑑定結論對醫師不利，可能將受醫界排擠，結論若對病患不利，必定遭到嫌棄與反對訊問。(二)係法院為未建立有鑑定人選任系統，由個別法官自行尋找則需時甚久。(三)係鑑定事項不明確，導致鑑定書作成困難²⁵⁷。臺灣亦有此問題，宜從醫療文化探討以解決鑑定問題。醫療訴訟之特性；複雜性、長期性、事實及證據之偏在性，故法官在欠缺醫療專業背景下，對於醫療訴訟涉及之醫學專業知識，實務上均需仰賴醫療鑑定，臺中地院檢察署之醫療研習會中，亦曾經邀請衛福部專員談到，醫審會歷年來受理之醫療鑑定數量呈直線成長，由2008年之470件增至2012年之600件，縱使每周開會、每年開會45次，每次審議8件，其鑑定報告提出時間亦僅能於6至8月內提出²⁵⁸，而且目前醫審會鑑定係採不問不答、不接受詰問，不調查事實原則，茲因法官及病患均欠缺醫學專業知識，無法指出真正爭點，無法為正確提問，致所為鑑定報告認定醫師違反醫療常規比例低於兩成，而醫審會鑑定採合議制，鑑定結果採一致鑑定意見，且未併陳不同意見，使法官無法行使司法審查權，因而醫療鑑定被譏為醫醫相護或醫醫相害，不僅無法發現真實，且導致判決結果與醫療鑑定結論相符比例高達90%以上，情況顯示了，鑑定結論是否疏失變成法院審酌醫療糾紛是否過失之依據，然而疏失與過失是不同概念，而強化法官囑託鑑定前之爭點整理，及提升關於鑑定意見之提問能力，乃解決現行機關鑑定困擾之重要前提與程序，否則長期重複鑑定後，鑑定結論之作成必然冗長，如今臺中地院調解與鑑定機制已將鑑定冗長現象大幅縮短期間。

第二款 應強化法院輔助機關之協力義務

現行醫療訴訟暨醫療鑑定長期化原因之一，為法院囑託鑑定前所提問事項不明確，此部分應強化醫療專家以協助法院之協力義務，因此如何建立法院輔助機關乃當務重要

²⁵⁷沈冠伶，「醫療糾紛處理與專家之協力—從行政院版『醫療糾紛處理及醫療事故補償法』草案論醫療糾紛調解與鑑定」，臺灣法學，2013年1月15日，第216期，頁31。

²⁵⁸周道君，臺中地院檢察署「中部地區醫療專業研習會」講義，2013年5月28日。

事項，而現有之台灣「醫療專家諮詢制度」，乃依據司法院所頒「專家諮詢要點」而來，其角色定位乃為法官之私人顧問，不參與事實認定及法律判斷，僅僅是專家在審判上提供諮詢，民事訴訟法第 278 條乃規定舉證責任之例外，其第二項但書規定：但裁判前應令當事人就其事實有辯論之機會。茲因醫療專家無意願到庭或顯名，因此欲藉由專家諮詢取代鑑定人，顯然無法發揮與當事人共同整理醫療爭點之目地，而當事人亦因此也無法確保其在法庭上之聽審請求權，顯然此制度不適合充當法院輔助機關。另有學者提出「專家參審制度」²⁵⁹；此制度由職業法官與榮譽法官（一般國民），在臺灣之專家參審制度存在之目的，乃在彌補法官醫療專業知識之不足，此制乃師法於德國、法國、丹麥之商事法庭，專家參審制度對事實認定有決定權、可以彌補鑑定制度之缺失，判決結果比較能可以讓當事人折服，對於極需要專業知識的醫療訴訟案件，由專家與法官共同對被告發問，更能切中問題核心，且對於事實背景更清楚掌握。但實務界另有看法：然而醫療訴訟應加強訴訟外紛爭解決機制如醫療調解，及改進現有醫事鑑定制度，因為現行醫事鑑定制度倍受質疑原因，在於鑑定人忌憚同儕壓力，所為鑑定亦多有利於醫師，因認有醫醫相護之嫌²⁶⁰，而法律學者亦多有持反對說者²⁶¹，有論者認為如引進該制度可能造成專業的階級化，新司法官僚或專業壟斷的現象，本質上即違反專業知識仍應透過調查程序接受檢驗之法理，且對系爭專業知識已持特定見解之專家如直接參與審判，亦與審判者儘可能維持空白心證之公平審判精神有違，造成與自由心證抑制機制的內在衝突，並不妥當。需要改革者係鑑定制度本身，並強化醫療專業法庭即可，應透過上揭專家諮詢制度強化爭點整理及爭點擬定審理計畫。對於應強化法院輔助機關之協力義務之議題，既然有前述之不同意見值得再探討，因此在下文中將對醫療機關鑑定制度之改良提出本文之建議。

²⁵⁹ 張麗卿，醫療人權與刑法爭議，元照，2014 年 1 月，頁 33-34。張麗卿，參審制度之研究，刑事法系列研討會（一）「如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度」，新學林，2000 年 4 月，頁 39 以下。

²⁶⁰ 邱琦，「醫療專家與專家參審—以德國、法國商事法庭為借鏡」，月旦法學，2010 年 10 月，第 185 期，頁 80 以下。

²⁶¹ 陳運財，醫事刑事訴訟之證明活動，月旦法學，2010 年 8 月，第 183 期，頁 12-14。黃庭堅，「評參審制度之研究，刑事法系列研討會（一）「如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度」，2000 年，頁 99。

第二項 醫療糾紛之解決機制

第一款 改採二級二審鑑定制度

在現有機關鑑定制度下，多次重覆鑑定造成期間延宕，面對醫療棘手問題，但如何解決問題才是當前首應解決之處，有學者認為應再增設醫事糾紛鑑定的覆議制度，醫審會為初級鑑定機構，覆議委員會為二級鑑定機構，對鑑定委員會的鑑定有異議者，可再送覆議委員會覆議²⁶²，就醫療鑑定而言，本文認為改善方法可分短期和長期解決機制，在短期應修正為二級二審之鑑定制度，但必須強化醫療專家之協力以實證醫學文獻爭點整理，所謂的「二級二審」鑑定制度：在第一級鑑定之「初審」負責「醫療學術鑑定」，再由醫學中心內部成立「初審委員會」覆議，以統一醫學意見，審議則由衛生局之「醫事審議委員會」負責「醫療過程鑑定」，相同爭點才可送上二級鑑定，避免多次重覆鑑定。在第二級鑑定之「初審」負責「醫療學術鑑定」，再由專科醫學會內部成立「初審委員會」覆議，審議則由衛福部之「醫事審議委員會」負責「醫療過程鑑定」，醫審會之機關鑑定則成為上級審，因其不宜永遠成為醫療鑑定最主要之單位，「應」讓鑑定分級後分工合作，以避免醫審會之案件累積，避免同一爭點有太多不同鑑定意見，若對死因鑑定存有疑問時，則應由初審委員會向醫審會提出，再由醫審會向法院提出死因再鑑定要求，死因再鑑定則應由法醫研究所執行，並且鑑定時無論初審或覆議，均應引進最新、最佳之實證醫學文獻資料，輔助釐清醫療糾紛之事實真相，就長期鑑定制度之改善，應效法日本成功經驗，採取專門委員制度與自然人複數鑑定制度。

第二款 專門委員制度暨自然人複數鑑定制度

先進國家之醫療鑑定制度，如美、德、日均如同其他民事事件，採行自然人鑑定，美國因採當事人進行主義，由當事人自行選任專家證人，德國以個人鑑定為原則，機關鑑定為輔，日本則鑑定人必須為自然人，不得命法人或其他團體為鑑定，我國則採醫審

²⁶² 蔡振修，鑑定「放置顱內壓監測器」糾紛奇案，台中市醫事法學會學術研討會，106年6月25日，頁47-48。

會之機關鑑定，顯然異於先進國家自然人鑑定方式，因此關於我國法院鑑定事項所提問爭點不明確之困擾，首應強化醫療專家協助法院，其方式有二：其一必須透過鑑定人之協力幫助法官確立醫療糾紛之爭點整理，並且應依照實證醫學文獻資料與方法進行，其二或建立專門委員制度協助爭點整理及鑑定提問送交鑑定機關，並加以解讀送回之醫療鑑定報告之鑑定意見，基本上法院應以職權調查為中心，應真正落實司法審查權，宜參考台中地院二個月內送回鑑定結論經驗，且在醫學中心集中之北、中、南都會區，採地區醫療網模式，並設立醫審會分會，允許跨區之囑託鑑定，在同一時間有三組人力進行醫療鑑定，若然必可縮短鑑定之時程至三個月以內完成。就長期終極目標而言，除了於醫療法明定專門委員制度外，應參考日本之自然人複數鑑定制度；依案情選出三人以上之醫師為鑑定人，在言詞辯論期日前協助醫療爭點整理、提供鑑定意見協助法官，必要時得聲請法官向當事人調查證據與事實，在言詞辯論期日時採行圓桌法庭方式，接受法官之訊問及當事人之提問，若辯論完畢後鑑定人意見不一，應即時退庭並提出共同之鑑定意見，可解決一人鑑定造成秋後算帳之流弊。此制滿足當事人之需求：適時、公正與聽審情求權，由直接訊問鑑定人之過程中，發現醫療真相並落實司法審查權，有利於醫療調解與訴訟經濟效益。但此制度需要有「選任鑑定人之制度」之配套措施，衛福部應會同司法院建立「醫療鑑定人作業要點」作為法院與醫療轄區之間選任鑑定人之依據²⁶³。

第三項 應增修醫療相關法規

107年1月24日已公布施行新醫療法第82條第3、4項規定，即屬刑法12條文規定「...。過失行為之處罰，以有特別規定者為限」之適例，其中第4項，又和最高法院106年台上字第227號、106年台上字第1048號民事判決相當程度雷同，可謂實務見解明文化，以下簡介醫糾法及醫爭法草案相關資料沿革。

²⁶³ 陳學德，改善法院「民事」醫療訴訟制度芻議—從台中地院經驗出發，第二屆臺中醫法論壇，總題目：臺灣醫事專業法庭暨醫療風險與告知同意，2014年9月21日，頁18-23。

第一款 增訂醫療事故預防及爭議處理法

民事訴訟法第 403 條第一項第 7 款所規定之諸多紛爭，前述醫糾法草案第 10、11 條，均規定於醫療民事事故起訴前應先經法院之強制調解，此民事強制調解制度乃訴訟外（或稱訴訟前）解決醫療糾紛重要機制，但此法之規範尚屬不足，衛福部曾於 101 年 8 月曾經提出了醫療糾紛處理及醫療事故補償法草案（簡稱醫糾法），其中最重要之條文乃第 7 條初步鑑定最受矚目：一、醫療行為與不良結果有無具有因果關係。二、醫療行為有無符合醫療常規。希望建立合理調解補償機制，保障病患權益，明定醫療糾紛時應強制調解為前置主義，而立委亦提案增列第 7 條醫療糾紛時應有初步鑑定，以落實「若無鑑定、即無真相、若無真相、即無調解」之法理精神，這種醫療之強制調解與初步鑑定乃創新思維，其措施顯然值得讚賞並推行以改善醫療糾紛之糾葛，卻引發不少質疑，醫改會認為「醫糾法強制調解 像搓圓仔湯」「病患醫療糾紛發生時選擇興訟，是因現行體制本就對病患不公，才試圖透過刑責要求醫師道歉賠償，醫改會主張衛生署應成立醫療鑑定調解會，在調解醫療糾紛前，應先進行行政調查，並由中央設立專業鑑定機關，只有先求真相再行調解，才能達成醫病雙贏。」醫界認為「醫糾法草案過於傾向醫師輕忽病患，且仍然難杜濫訴、濫調解，應師法新加坡、北歐的不責難補償制度。學界林鈺雄教授直言「沒有專業鑑定的調解，誰能信服?德國行之有年的醫糾處理方法之所以有效率，歸公於不鑑定就沒有真相，沒有真相就不調解的制度精神，但醫糾草案卻完全背離鑑定先行的關鑑前提。」而陳聰副教授認為「醫糾草案條文應修改為民眾申請調解時，就能透過調解委員會將醫療糾紛事件免費提交鑑定，由鑑定先行，民眾就能依鑑定結果，決定訴訟或和解。鑑定醫師應由醫界權威擔任，並進行法律專業訓練。」此草案甚至被學者質疑批評為「毒藥還是解藥」、「偏重補償忽略除錯」，茲因各界對於草案仍有疑慮，當醫療事故發生後無法明確歸糾於醫療行為時，由醫糾賠償基金去補償病患，基金 30% 來自醫療人員，且不排除病方將來再提告興訟，又碰巧北榮發生離預產期不久卻胎死腹中案件，因爭議不少造成醫糾法終究並未能三讀通過。

因此當新醫療法第 82 條（特別法）之公布施行後，衛福部所擬的醫療事故預防及爭議處理法草案（簡稱醫爭法），先將前述醫爭法中補償爭議部分擱置下來，於 107 年 4 月 12 日經行政院會通過，全文共計 42 條，已送請立法院審議中，該法案強調三大重點；「即時關懷適時說明真相」、「醫療爭議均應先經調解」、「預防除錯機制提升品質」以保障病人權益、促進醫病和諧，但調解過程中有關的道歉與讓步陳述，不得成為日後行政處分或司法訴訟證據，才能不違除錯機制之立法用意，並減緩和醫事人員、醫療機構自證己罪之憂慮，始能正本清源以除錯與補償分別為前、後端整體考量，若能落實訴訟外解決機制以收訴訟經濟之效，醫療事故強制調解制度理論上雖然甚為理想，本文認為調解前應有鑑定先行之精神，此立法旨意理應在前述醫爭中有立法形成空間，當鑑定釐清爭點後，醫療糾紛始有真相，有了真相之後之調解始能各退一步達成共識，而且醫療調解成功之法效，其結果又與確定判決有同一之效力（民事訴訟法第 416 條第一項、第 380 條第一項參照），若然必有醫療糾紛定紛止爭之功能顯然呈現，因此醫療糾紛之「調解」又與醫療「鑑定」有重大關聯性。

第二款 修訂刑事訴訟法第 206 條與 208 條

第七章刑事訴訟法第 206 條第三項規定：「以書面報告者，於必要時得使其以言詞說明。」應修正為「以書面報告者，於必要時應使其以言詞說明。」其中條文僅改一字得改為應，理由是原條文所規定得使其以言詞說明，法院亦可不得使其以言詞說明，就將醫審會之鑑定報告結論照單全收，因為只要一、「鑑定人之選任」符合刑事訴訟法第 198 條法院囑託規定，而且二、「鑑定之經過及結果」，應命鑑定人以言詞或書面報告亦符合第 206 條第一項，當這二要件均備齊時，醫審會之書面鑑定報告就當然有證據能力，因此僅僅就報告之書面審查而已，不傳喚實際鑑定人到庭接受訊問與詰問，而且事實上無法傳喚鑑定人到場，造成鑑定報告是無法檢驗的證據，無法合法調查之證據，加上若無醫療專家之協力時，重複鑑定之現象就會常常一再延宕發生。而刑事訴訟法第 208 條第一項中前段，對於法院囑託醫療鑑定之情形僅規定「準用第 203 條至第 206 條

之 1 之規定，而同法第 202 條有關鑑定人應於鑑定前具結之規定，則不在準用之列，換句話說，僅僅自然人才適用第 202 條鑑定前應具結，而機關鑑定時實際鑑定人得以「不」用具結亦屬合法，造成同法第 158 條之 3 有關「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據」之規定，於機關鑑定時即無適用之餘地²⁶⁴，造成法院無法傳喚鑑定人到庭之情況，必然有產生多次重覆鑑定與審判程序延宕之結果。因此應將同法第 208 條第一項前段修正為準用第 202 條至第 206 條之 1 之規定，而同條項第一項的後段規定原為「其需以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之」，條文中應將得字修正為應字，原則上應命實際實施鑑定或審查之人為之，但未修法前應鼓勵多利用自然人鑑定，台中地院雙調解委員成效斐然即為適例。除此以外，醫療糾紛鑑定作業要點之第 9 點「不」負責證據之調查或蒐集，應修正為「應」負責證據之調查或蒐集，為了落實傳聞法則之內涵對質詰問權，與釐清鑑定報告之證據能力爭議、將來應於醫療法或刑事訴訟法第 159 條以下，增修被告醫師對於不利於己之初鑑醫師有反對詰問權之明文，以落實釋字第 582 號解釋反對詰問權之意旨，且讓鑑定報告有證據能力更有說服力，醫審會應為之行政措施乃指派初鑑醫師或專業代理人出庭，以言詞報告機關鑑定報告之結論與經過，若無人願意出庭言詞報告，亦可採用視訊方式接受詰問與訊問，以完足鑑定報告之合法調查程序。

²⁶⁴臺灣高雄地方法院 93 年度易字第 744 號刑事判決，最高法院 75 年台上第 5555 號，亦對機關鑑定未具結之法效明示：「囑託機關鑑定，並無必須命實際為鑑定之人為具結之明文」參照。

第四節 小結

隨著醫療資訊與健保制度的全面普及化，也連帶給病患就醫之自我意識提高，醫病關係已由過去之信賴逐漸轉變成緊張對立，但現有之醫療鑑定制度，有來回重複鑑定、長期時間延宕、或鑑定結論不一之弊端，本文認為鑑定之改善方法，在短期宜修正為二級二審之鑑定制度，讓現行醫事審議委員會機關鑑定應退居第二審，避免因醫療事故案件增加，鑑定與訴訟程序延宕，而長期制度之改善機制，應效法日本成功經驗，採取專門委員制度或自然人複數鑑定制度，面對日增又棘手之醫療糾紛總要解決，訴訟方式企圖定紛止爭之結果案件延宕多年，因此 ADR 訴訟外的調解機制應該善加利用，以收訴訟經濟之效，醫療糾紛之調解乃訴訟外解決紛爭重要制度，台中地方法院首先推動相關措施，並在轄區醫師公會、各大醫學中心、台中市醫療主管單位支持下，自 101 年 8 月間開始推動醫療調解、醫療諮詢、醫療鑑定之試辦制度以來，醫療鑑定後再透過醫療專家協助說明鑑定意見，其成效已經逐步顯現，也是醫療糾紛解決之新思維，台中與台北地院醫療調解成效即為適例，雙調解委員之成功介入，縮短了鑑定所需時間。然而社會學者及醫改團體表示，醫療糾紛之被害人首重真相，其次才是賠償問題，真相之釐清惟有借重醫療鑑定，所謂鑑定先行即此法理，鑑定與調解間有重要關聯，其中實證醫學與臨床指引更是鑑定最佳之佐證文獻資，無論醫療鑑定、過失判斷或醫療調解均需實證醫學與醫療專家協助。本文建議在醫院應借鏡於美國位於 Lexington 的退伍軍人醫學中心成功經驗；該院樹立了完全揭露（full disclosure）處理原則之後，在醫療糾紛之賠償金額大幅降低，就算案件進入訴訟階段，其勝訴率也較高，產生了原本未預期之財務利益。隨後英、加、紐、澳亦紛紛推動公開揭露機制，尤其澳洲整體之政策發展成效已超越美國，其公開揭露準則、均有其相關法律改革與相關配套措施等議題，因此皆值我國醫療糾紛處置時。在行政上衛福部應效法美、澳提出「公開揭露準則」，做為醫療糾紛發生後之優先處理依據，當有醫療糾紛發生後，應該確實保障公開揭露過程中之道歉，道歉乃消除醫病雙方劍拔弩張最有效方法，也是促成調解成立互信基礎，但其陳述不可被視

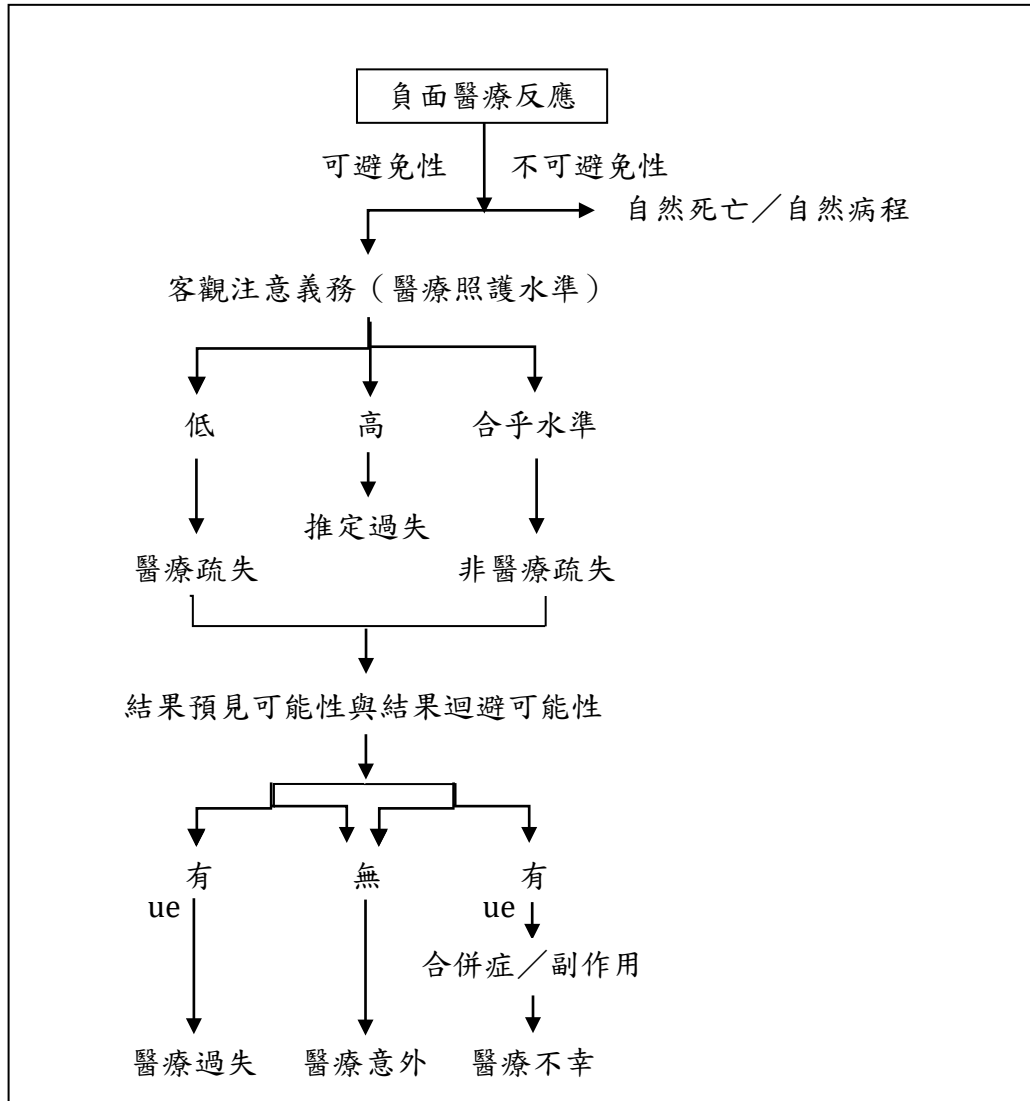
為承認醫療疏失之依據，應避免將來若調解不成而採取訴訟時，變成醫療疏失責任之證據，相關替代性紛爭解決方案是訴訟外重邀機制。

既然醫療過失之認定和鑑定有關是如此困擾實務，醫療之注意義務對於可預見且可避免之結果，應有危險防免善盡必要注意義務和合理的專業裁量，更加突顯醫療專業鑑定協助之必要性，因而醫療訴訟曠日廢時，可謂耗時冗長的噩夢開始，而醫療機關鑑定之疑慮又揮之不去，醫療糾紛縱有千般困境而無法迴避，但棘首問題總要面對，政策與法制均需兼顧始能改善醫療糾紛之沈痾，過去在訴訟中有所謂的評價式調解，但事實上效益尚待評估修正改進，因此更應邁向促進式調解方向前進，以降低醫療訴訟前以達成雙方和解之可能，應落實公平審判並求醫療刑責明確化、合理化。法制上除了前述刑事訴訟法應修訂外，新醫療法第 82 條已經增修，醫療過失的判斷前提要件，乃醫師違反醫療上必要的注意義務，而逾越合理的臨床裁量則是充分條件，而立法院審議中之醫療事故預防及爭議處理法草案，強調道歉法則緩和醫病緊張關係，強化調解機制與提供即時補償並重為核心，若此法三讀以後更屬醫界與社會大眾之福音，因為醫界為了迴避醫療糾紛，而選擇防衛性醫療或遠離五大皆空之科別等情況將會改善，醫療實務將因鑑定先行釐清了真相、進而調解成效顯著時，亦可減輕醫療專庭審判之壓力。但徒法不足以自行，ADR 訴訟外的調解機制應該善加利用，以收訴訟經濟之效，台中地院調解成效即為適例，本文必須強調的事實；有進行鑑定而調解成立比例高達八成，未鑑定者調解成立比例僅約四成，顯然有第三方公正鑑定即有醫療糾紛真相，對於醫療事故之調解有其絕對之必要性，而且醫病雙方當事人也比較能心服口服。除此，相關的多元行政政策與立法配套措施仍應再加強；比如應推動區域級以上醫院門診減量、分級醫療政策亦應確實落實、醫療責任險之立法、知名學者亦提出「多元雙向」解決機制²⁶⁵，於醫療機構內部設立醫療糾紛關懷小組、調解委員會，衛生局或醫師公會調解委員會處理機制，於訴訟程序中仍應再回歸行政機關、醫師公會，接納醫療專家與調解委員處理機制中，此即醫療

²⁶⁵ 吳俊穎，以實證研究，建構醫療糾紛多元雙向解決機制，台中市醫師公會、台中地方法院醫療案件專業課程研習會，2017 年 8 月 10 日，頁 54-88。

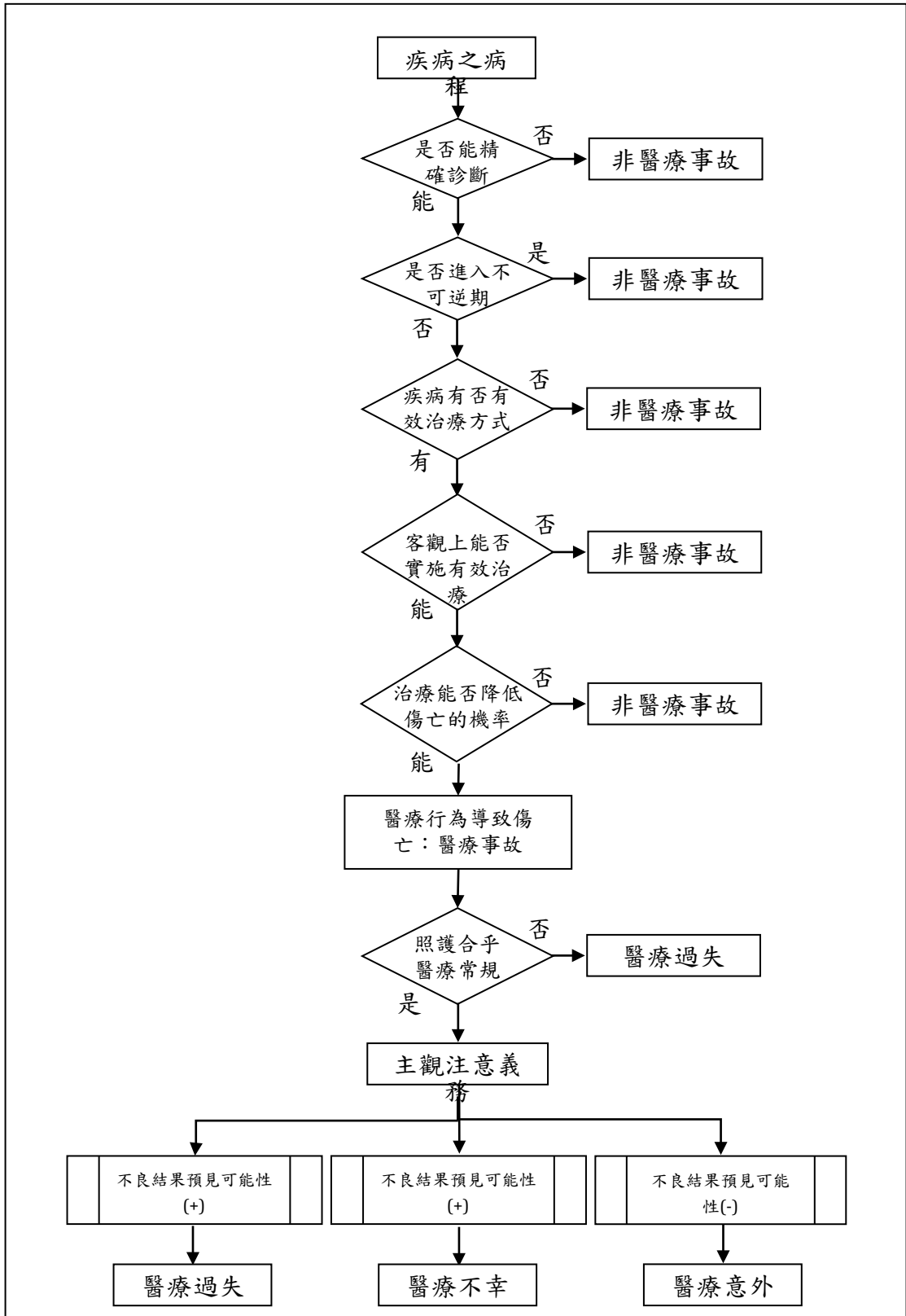
機構內部處理機制、行政機關醫施公會處理機制與司法訴訟程序之間，應有雙向多元解決機制，其中包含病歷資料、兩造爭點、調處意見與專家意見之整理與協助，學者具有醫學背景，本文深感贊同其實貴見解與資料提供。茲因醫療訴訟曠日廢時，耗時冗長的噩夢開始，因此訴訟外之替代性紛爭解決機制（簡稱 ADR）之落實，乃改善醫糾問題之最新思維，不受民、刑程序法與證舉法則之拘束，但醫療業務行為有無過失、應否負責，實屬實體之問題，基於程序從新、實體從舊之法理，新醫療法第 82 修正開始施行前所生之醫療糾紛，就民事醫療案件而言，自然仍應適用事實發生時或行為時所施行之舊醫療法規定，至於刑事醫療案件而言，則應考慮到刑法第二條第一項但書規定：但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。換句話說，雖然醫療行為發生在醫療法第 82 條修法前，但若修法後醫療法第 82 條第三項對於醫師被告比較有利時，基於刑法謙益思想，刑事醫療責任仍應適用醫療法第 82 條第三項最新規定，有關醫療法修法後，民事醫療損害責任與民法關係，刑事醫療責任與刑法關係，於本文第二章小結中已經詳論，於此不再論述以免模糊本章核心焦點。

附件 一、負面醫療反應



註：高添富**、高銘佑***，醫療風險理論概論，2016年6月，第二十三卷，第一期，頁13。

附件 二、醫療學術鑑定流程圖



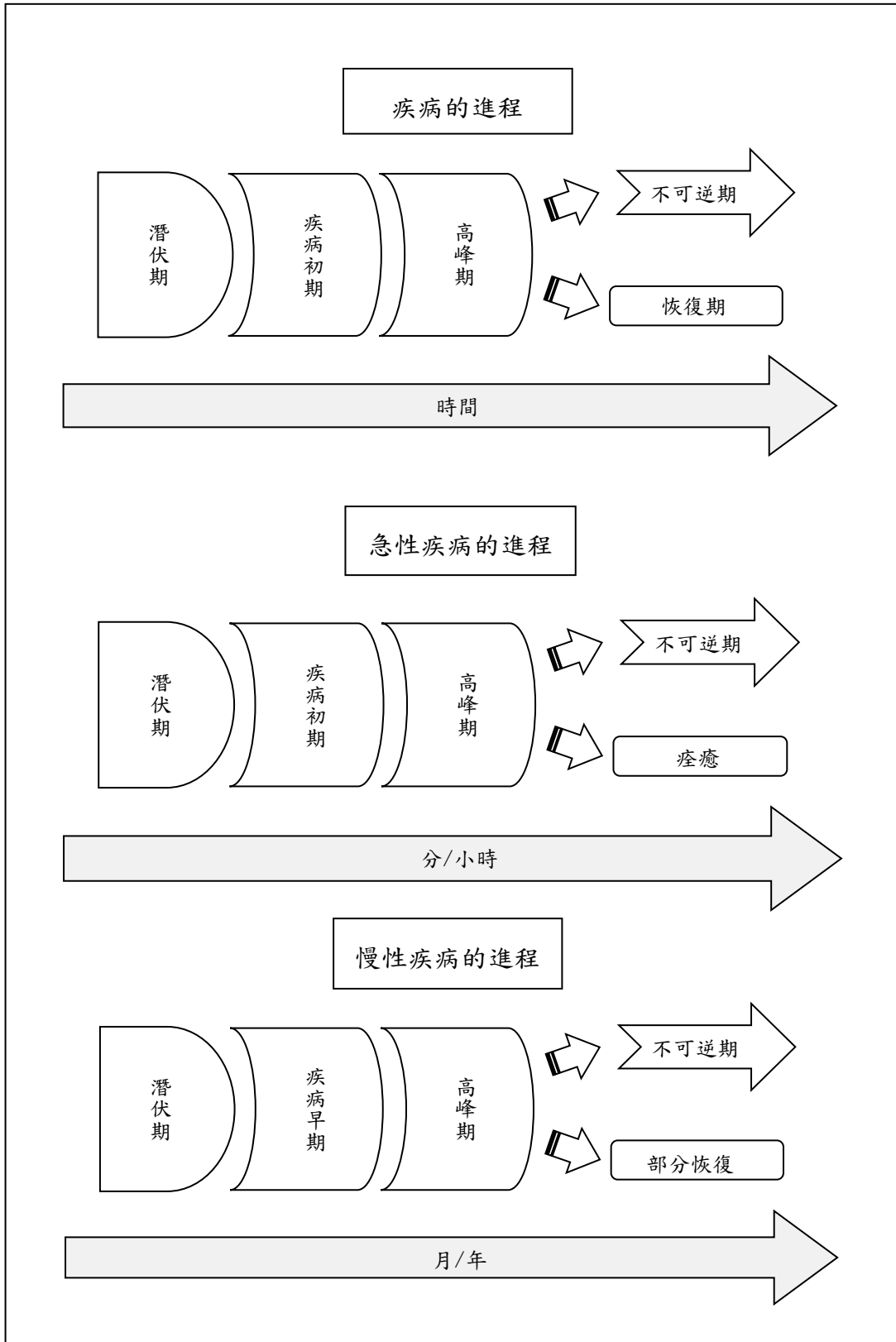
註：鄭希彥**，醫事糾紛鑑定應有的認知基準與流程，2014年12月，第二十一卷，第二期，頁42。

附件 三、鑑定結果與醫方勝訴率

	鑑定結果與醫方勝訴率				
	裁判結果				
	醫方敗訴 (N=280)	醫方勝訴/無罪 (N=972)	勝算比 (OR)	信賴區間 (95%ασ)	P 值 (p value)
引用鑑定(n=1252)					
對醫方不利(n=383)	229(59.8%)	154(40.2%)	1		
對醫方有利(n=869)	51(5.9%)	818(94.1%)	23.85	16.83-33.8	< 0.001*
				1	
民/刑事					
民事					
對醫方不利(n=152)	114(75.0%)	38(25.0%)	1		
對醫方有利(n=668)	43(6.4%)	625(93.6%)	43.60	26.99-70.4	< 0.001*
				6	
刑事					
對醫方不利(n=231)	115(49.8%)	116(50.2%)	1		
對醫方有利(n=201)	8(4.0%)	193(96.0%)	23.92	11.27-50.7	< 0.001*
				7	

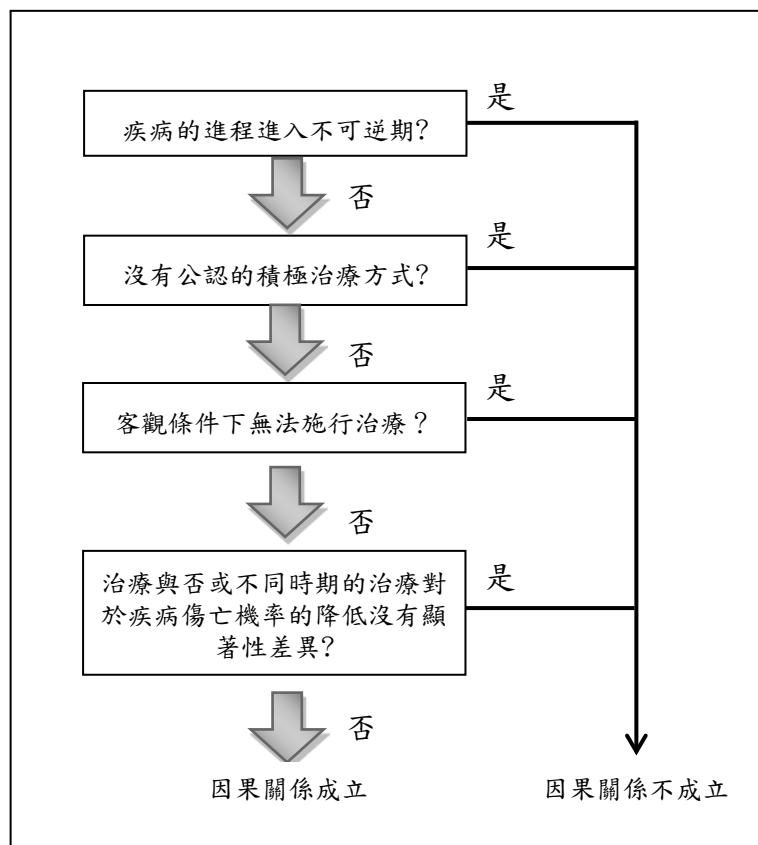
註：吳俊穎 等：科技法律評論，科技法學評論第十二卷第一期，2015 年 6 月，頁 97-138。

附件 四、疾病進程與實證醫學對因果關係判斷之重要性



註：盧映潔 朱振國等共同作者：醫療行為與刑事過失責任，2013年5月，頁69-70。

附件 五、醫療紛爭案件因果關係判斷之流程圖



註：盧映潔，朱振國，·等共同作者：醫療行為與刑事過失責任，2013年5月，頁86。

第六章、結論與建議

第一節 結論

近年醫療糾紛頻傳造成醫病關係緊張，而所謂醫療過失係指同時具備客觀預見結果之注意義務與迴避結果注意義務（其前提必須存在客觀預見可能性與客觀迴避可能性），行為人應注意、能注意、而不注意，卻違反注意義務之謂。但前述注意義務之違反均有賴醫療鑑定以釐清事實，鑑定對於醫療疏失與否確有其專業之必要性，但現行機關鑑定制度之公信力亦倍受學者與實務質疑。對於前述所謂的缺失疑慮，醫療鑑定制度應改採二級二審制度以代替現行醫審會之機關鑑定制度，讓衛福部之醫審會之機關鑑定則成為上級審，讓鑑定分級後分工合作，以避免醫審會之案件累積，並且要引進『實證醫學』加以輔助以釐清醫療糾紛之事實；醫療鑑定在醫療過失案件中扮演相當重要核心證據，而實證醫學是醫學臨床研究的綜合分析結果；是醫療行為最佳行為準則，醫療鑑定報告之作成過程與結論應引進最新之實證醫學，法院對於醫療糾紛之民事、刑事審判程序中，亦應採取實證醫學的方式檢視醫療鑑定報告，然而鑑於法官醫療專業之不足，必要時應傳喚鑑定證人或專家證人到庭，輔助法院對於鑑定報告之解讀，並接受相關當事人交互詰問之檢驗，縱然醫療鑑定報告原則上具有證據能力，但是證據之證明力之合法調查仍屬不可或缺之審判程序，在大法官釋字第 384 號、第 582 號解釋之前提下，以符合刑事證據法第 155 條法規範之要求，醫療專庭在刑事醫療審理中始能符合嚴格證明之精神。探討鑑定之結論有證據能力外，法官更應綜合各種證據依全辯論意旨，在不違反經驗法則、論理法則及醫療常規前題下合法調查公平審判，故鑑定報告並非法官唯一絕對證據。過失的認定確有其困境且涉及複雜的因果關係。立法院於 107 年 1 月 24 日已修正新醫療法第 82 條共列 5 項，新法限縮了過失之要件，強調醫療過失責任要件明確化，可緩解醫病緊繃關係，亦可期待減輕醫師之醫療行為責任壓力，醫療行為有無違反醫療上必要注意義務、有無逾越合理臨床專業裁量，必然需要專業鑑定與醫療專家協助，衛福部也將再積極推動多元非訴訟調處機制，並推出醫療事故預防及爭議處理法之立法草案，作

為醫療法第 82 條之配套措施，避免急重症科別人才流失與防禦性醫療情況發生。

台灣長期以來缺乏完善之非訟醫療糾紛處理機制，民眾又陷於專業資訊不對等、關鍵證據取得難、鑑定諮詢沒管道、協商溝通能力低等等困境，只好選擇法院訴訟以求真相並解決紛爭，茲因醫療訴訟曠日廢時，因而又是另一場耗時冗長的噩夢的開始。近年醫療糾紛頻傳造成醫病關係緊張，醫師所面臨之法律責任最主要是刑事與民事責任；刑事責任需要面對有業務過失致死及業務過失傷害責任，民事責任有可能面對巨額賠償金額，均有賴醫療鑑定程序以釐清事實，鑑定對於醫療糾紛確有其專業之存在必要性，不論從鑑定機關對於醫療疏失與否的認知，或法院對於醫療糾紛是否過失之評價，甚至法院審酌民事損害賠償時，學界亦皆有鑑定先行再調解之呼籲。醫療糾紛影響層面既深且廣，茲因訴訟層面很難釐清過失與否，相當因果關係又牽連舉證責任之分配，訴訟前之調解可降低一病雙方訟累之煎熬，因此就突顯了其重要性，在醫院協商調解時，醫方必須先有降緩醫病緊張關係，表達遺憾、道歉與關懷陳述，除此應善用鑑定先行措施，首應採行美、澳之公開揭露制度之優先處理機制，但配套措施仍應多元體制之整合，比如鑑定制度之改良、政策面之修正、醫療機構內部應設立醫療糾紛關懷小組與調解委員會、醫師公會與衛生局應設立調解委員會、於司法訴訟程序前宜將兩造爭點與專家意見呈送法院審酌、醫療傷害賠償及整體行政與法律改革措施。醫療調解應效法美國與澳洲之公開揭露制度，於醫療糾紛發生之時應優先採用此修復式正義，成為第一個替代性紛爭解決機制：在醫院協商的 ADR 機制，讓醫方公開坦誠傷害真相與道勸，降低醫病雙方對立及後續長期訴訟動機，才能妥善處理賠償暨訴訟前之和解，但配套措施仍應多元體制之整合始能降低醫病之糾紛。醫療專業鑑定其最重要功能乃判別醫療糾紛疏失與否，而鑑定應與實證醫學（含臨床指引）具有重大關聯性，但不具醫學專業知識之法院，如何對之形成醫療過失判斷之心證呢？有關醫師之注意義務、告知義務以及因果關係等過失判斷之困境而言，若引進最新實證醫學在醫療訴訟上，將可輔助法院對於刑事與民事歸責判斷；醫師有無違反注意義務、結果預見義務、結果迴避義務、其前提是結果預見可能性、結果迴避可能性，相當因果關係等議題。

第二節 建議

壹、應增修醫療相關法規

除了已經公布施行之醫療法第 82 條，可以營造醫病雙贏，減輕醫療行為壓力以外，應增訂醫療事故預防及爭議處理辦法，修訂刑事訴訟法第 206 條和 208 條，為了減緩醫療鑑定報告證據能力之爭議，將來亦應明文規定對質詰問之必要，而醫療糾紛鑑定作業要點第九點規定：「本署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。」所謂的「不負責證據之調查或蒐集」，正好是醫審會對於「機關鑑定所送鑑定資料以外，縱然屬於重要關鍵核心問題，採取不問不答方式」之法源依據，但若然長期持續下去，必定造成多次來回鑑定之主力近因。因此本文認為「醫療糾紛鑑定作業要點」第九點僅改一字；將不改成應字，應負責證據之調查或蒐集以避免重複鑑定，以做為醫療法第 82 條配套措施。同時醫審會在進行鑑定時，對於醫師注意義務的標準，會因醫療環境當時、當地不同而有不同之判斷標準。但是為避免前後鑑定所依之標準不一，檢察官或法院將案件送交鑑定前，應檢視被告醫師所處之醫療場所之等級、被告醫師之身分與科別、患者的過往病史、特殊病情、特殊職業或藥物使用等資訊，並將其透過列表之方式，清楚的標示。透過此一標準化的作業程序，能讓鑑定機構明確得知醫療行為及病患病例，審酌醫療法第 82 條第四項醫療常規、醫療水準...等 5 種客觀情況，此即法院囑託機關鑑定前之重要之爭點整理。

貳、善用和解與調解程序。

在醫療糾紛訴訟中，若能妥善利用訴訟繫屬前的調解程序及訴訟上的和解程序，必能有效化解醫病關係的對立，更對訴訟經濟有所助益，尤其要加強訴訟外紛爭解決機制，或立法以保險制度解決醫療糾紛，替代性糾紛解決機制(ADR)在先進國已發展歷史悠久，不受證據法則約束，本文所討論者係指調解而言，程序上與組織上與傳統民事訴訟有相當大之差異，ADR 不受證據法則約束，乃醫療糾紛訴訟外重要機制，當事人可選任專業

領域醫學專家協助調解之進行，在醫療事故預防及爭議及處理法草案中，醫療訴訟前之強制調解機制，應明文規定且實務更應確實落實，但仍須醫療鑑定先行釐清事實，並需依靠醫、法雙調專家協助以收訴訟前定紛止爭之效。

參、應改善現有醫審會之機關鑑定制度

為了改善醫學專家不願到庭接受交互詰問並面對當事人情況，及醫審會採取不問不答之現況，現有之醫審會鑑定制度應改善，否則醫審會無法呈受過多之鑑定數量，短期宜更改為二級二審制度，長期宜改採日本專門委員制度，或改採用自然人復數鑑定制度，除了可以解決法官欠缺醫療專業知識、鑑定意見之提問未能切中醫療真相、法院無法針對醫療鑑定結論行使司法審查權等困境、也保護當事人有聽審、請求鑑定證人或專家證人權利，並避免醫學專家事後遭受醫界秋後算帳，或遭受不利益判決之當事人不明之攻擊，落實對於鑑定結論報告之合法調查，始能發揮促進訴訟經濟及發現真實之目標，才能落實醫療專庭公平審判之真正內涵與理想。

肆、應考慮酌採專家證人或鑑定證人之證言

在醫療訴訟方面，既然確定判決結果與鑑定結論相符程度已達 90 百分比之現況，應加強法院輔助者制度，初鑑醫師訓練計畫與資料必須確實規畫並實踐，應立法並善用專家證人或鑑定證人，即醫療專家之協助和醫療鑑定制度改革，幫助不具有醫療專業知識之法官，能夠順利審酌醫療糾紛之真相，並依職權合法調查鑑定結論報告，否則必然又是多重鑑定困惑醫療專庭，因此本文認為應引進專家證人制度，讓當事人有參與提出醫療專家之機會，除了可減輕醫審會之工作負擔，亦與號稱改良式之當事人進行主義精神相符合。

伍、應給予被告醫師對質詰問權的機會。

目前實務雖然有醫事專業法庭的設置²⁶⁶，但成效似乎不如預期。主要原因之一就

²⁶⁶ 我國於 93 年 4 月修正通過的醫療法第 83 條規定：「司法院應指定法院設立醫事法庭，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。」同年臺灣高等法院依據司法院於 7 月 21 日函示，立即於 7 月 26 日以院信文字第 0930105333 號文號，指定臺灣高等法院、高等法院臺中分院、高等法院高雄分院、臺灣臺北、板橋、士林、臺中、高雄地方法院開始設置醫療專業法庭。

是專庭法官調職相當頻繁，當法官的經驗與專業知識比較成熟時，可能就會他去或高昇。如何讓專庭法官安於其位，是制度設計上必須思考的重點。審判上必須給被告醫師對質詰問的機會與權利。有關於此，最高法院 98 年度台上字第 6890 號判決具有指標意義。該判決指出：「...但書面鑑定報告倘不無疑義或未盡詳明，當事人、代理人或辯護人因此提出具體意見，本於發見實體之真實及保障當事人對於鑑定人之詰問權，自應命實際實施鑑定或審查之人到庭，以言詞報告或說明，踐行書面鑑定報告調查證據程序，始為適法。」此乃相同見解。被告之反對詰問權乃憲法第八條之正當法律程序，同時也是憲法第十六條訴訟權，因此本文認為於醫療糾紛的刑事被告醫生，對於機關鑑定之實際鑑定人有權要求其到庭說明並詰問之，以發現醫療糾紛之真相，可惜我國刑事訴訟法第 166 規定似乎專為普通證人而設，既然章法又欠缺，豈能期待該鑑定人到庭之必要說明？豈能形成正確心證？而且刑事訴訟法第 208 條第一項規定：其須以言詞報告或說明時，得命實施鑑定或審查之人為之，其中得字應修法改為應字，才能合乎大法官第 582 號解釋反對詰問權意旨，保障被告受公評審判，因此機關鑑定之現有鑑定制度與相關法規應加以修正。機關鑑定報告結論作成時，鑑定機關應派人到庭具結並接受詰問與訊問，或以電腦視訊方式，給予被告醫師對質詰問權的機會，才能合乎刑事法交互詰問精神。

陸、應盡力發展實證醫學與醫療行為準則

醫學界積極推動實證醫學，並依照實證醫學所得到之醫療行為準則，作為醫療照顧標準與醫師注意義務之間的橋梁，因為一旦醫療糾紛發生，專家證人在法院接受交互詰問時的證詞，很可能會受到醫療行為準則的挑戰，不僅是醫療行為最佳之規範，也是法院上重要證據，因此法院應該尊重，卻不該受其拘束。本文贊同醫界應該盡力發展實證醫學與醫療行為準則，以作為醫療行為之依據，醫療鑑定報告結論之作成與經過，醫學專家不可僅依據其經驗醫學，應該依據最新醫學文獻，實證醫學為之落實，始能提高鑑定之公信力與說服力，法院在審酌醫療過失之因果關係時，醫療行為準則應屬法律評價時應最優先審理之核心，簡而言之醫方、鑑定、院方均需要實證醫學之協助。

參考文獻

(一) 書籍

1. 王兆鵬，刑事被告的憲法權力，元照出版有限公司，2004年5月。
2. 王澤鑑，侵權行為法，元照，2017年3月。
3. 吳俊穎、陳榮基、揚曾暉、賴慧蓁、翁慧卿合著，實證法學：醫療糾紛&全國性實證研究，元照，2014年10月。
4. 沈冠伶、莊錦秀，民事醫療訴訟之證明法則與實務運作，政大法學評論，第127期，2012年6月。
5. 林山田，刑事程序法 增訂五版，五南圖書股份有限公司，2004年9月。
6. 林山田，刑法通論(上)，自版，2008年1月增定10版
7. 林山田，刑法通論(下)，元照出版有限公司，2008年1月增訂十版。
8. 林東茂，刑法綜覽，一品文化出版社，2009年9月。
9. 林俊益，刑事訴訟法概論(下冊)，學林文化有限公司，2002年3月。
10. 林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，元照出版有限公司，2004年9月。
11. 林鈺雄，新刑法總則，元照出版有限公司，2009年9月二版。
12. 邱玟惠 主編，吳志正、楊秀儀、王志嘉、姚念慈著，醫事鑑定與法院之實質審判權，2015年7月。
13. 施茂林，醫病關係與法律風險管理防範，五南出版，2015年10月。
14. 張麗卿，驗證刑訴改革脈動，五南，2004年。
15. 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南，2007年9月。
16. 張麗卿，刑事醫療判決關於告知義務變遷之研究，東海大學法學研究第三十九期，東海大學法律學系出版，2013年4月。
17. 張麗卿，醫療人權與刑法正義，2014年1月。
18. 許士官，證據蒐集與紛爭解決，新學林出版，2005年，2月。

19. 陳運財，臺灣醫療糾紛與醫事刑法之發展，本文發表於東海大學醫事法研究中心主辦之『社會變遷與醫療法制發展學術研討會』，2013年5月。
20. 陳學德主編、吳志正著、從鑑定意見談醫療過失責任之認定，醫療糾紛處理新思維(二)，2014年9月。
21. 黃東熊、張麗卿、陳運財．．共同作者：刑事證據法則之新發展-黃東熊教授七秩祝壽論文集，學林，2003年6月。
22. 黃朝義，刑事訴訟法《證據篇》，元照出版有限公司，2002年11月。
23. 蔡振修，醫事法律總論，2003年2月。
24. 蔡振修，醫事過失犯罪專論，2005年10月。
25. 曾品潔 我國醫療民事責任之實務發展—兼論法國法對於我國實務之啟發，國立中正大學法學集刊 34期，99年3月。
26. 孫森焱，民法債篇總論（上冊），2005年12月修訂版，曾世雄，民法總則之現在與未來，二版，2005年10月。
27. 曾世雄，民法總則之現在與未來，二版，2005年10月。
28. 吳俊穎等，清官難斷醫務事，醫療過失責任與醫療糾紛鑑定，元照出版社，2012年。
29. 林山田教授，刑法通論（上冊），增訂8版，2002年。
30. 林東茂，刑法綜覽，一品文化，修訂六版，98年9月。
31. 陳宏毅，論過失不作為犯，元照，2014年9月。
32. 審理刑事醫療糾紛案件之研究，司法院印行，司法研究年報第27輯〈刑事類〉第五篇，2010年11月。
33. 陳子平，刑法總論，自版，2008年9月。
34. 陳宏毅，論過失不作為犯，元照出版有限公司，2014年9月。
35. 許玉秀，〈最高法院七十八年台上字第三六九三號判決的再探討：前行為的保證人地位與客觀歸責理論初探〉，〈主觀與客觀之間〉，1997年。

36. 林鈺雄，新刑法總則，元照出版，2009年9月。
37. 黃庭堅，基礎刑法學（上），2006年，3版。
38. 主要作者／盧映潔，共同作者／朱振國等12人；2013年5月。

（二） 期刊論文

1. 吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基、醫療過失判斷的困境，法學新論，17期，2009年12月。
2. 芳莉莉，醫療糾紛民事訴訟實證分析－以程序事項為例，月旦法學雜誌，267期，2017年，8月。
3. 高天富、高銘佑，醫療風險理論概論，醫事法學，第23卷第1期，2016年，6月。
4. 高添富、高銘佑，自「生育事故爭議事件試辦計畫」探討「醫療糾紛處理及醫療事故補償法」之立法走向－醫界觀點，醫事法學第二十一卷，第二期，2014年，12月。
5. 張麗卿，中華法學，第14期。台北醫法論壇（VII）實務判決與實證研究，第156頁至181頁。2012年4月21日。
6. 陳榮基，臺灣醫療糾紛的頻率與原因的分類，臺灣醫界，2007年1月。
7. 蘇嘉瑞，醫療糾紛刑事訴訟之實證與趨勢，法官協會，2007年6月。
8. 高添富、高銘佑，醫療風險理論概論，醫事法學，第23卷第1期，2016年，6月。
9. 高添富，該如何快速醫療鑑定，台灣婦產科醫學會會訊－法律信箱，199期，2013年5月。
10. 楊秀儀，醫院之醫療糾紛責任風險預估與因應策略探討，醫務管理期刊，4卷2期，2003年4月。
11. 施茂林，醫病關係與法律風險管理防範，五南出版，2015年10月。
12. 林山田，論醫師的醫療過失問題，醫事法學，1卷1期，1985年5月。

13. 芳莉莉，醫療糾紛民事訴訟實證分析—以程序事項為例。月旦法學雜誌，第 267 期，2016 年，12 月。
14. 楊秀儀，臺灣醫療糾紛之迷失與真相～十五年回顧與展望，月旦民商法雜誌，第 45 期，2014 年，9 月。
15. 曾品傑，我國醫療上告知說明義務之實務發展—最高法院相關判決評釋，科技法學評論，9 卷 1 期，2012 年，月。
16. 王澤鑑，損害賠償法之目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁，月旦法學雜誌，123 期，2005 年 8 月。
17. 游進發，最高法院 96 年度台上字第 1649 號民事判決簡析，法令月刊，第五十九卷，第十期。
18. 陳聰富，(論侵權行為法之過失觀念—以最高法院 90 年度台上字第 1682 號民事判決評釋)，國立臺灣大學法學論叢，33 卷 4 期，2004 年。
19. 高添富，醫事人員執行醫療業務以故意為限負刑事責任，臺灣醫界，2014 年，vol.57，No.12。
20. 陳忠五，論醫療過失的概念與功能，月旦法學雜誌，第 246 期，2015 年 11 月。
21. 張麗卿，過失不純正不作為犯，月旦法學教室，刑事法學篇，2002 年 3 月。
22. 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，21 卷 2 期，2009 年 10 月。
23. 張明璋，刑事過失責任之探討：以美國刑事醫療案例為例，臺大法學論叢，31 卷 1 期，2010 年 3 月。
24. 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，157 期，2008 年 6 月。
25. 鄭逸哲，醫療行為屬攔截另一因果進程的行為，月旦法學雜誌，184 期，2010

年 9 月

26. 吳志正，科際整合觀點下之醫療糾紛鑑定，月旦法學雜誌 (NO.190)，2011 年 3 月。
27. 林山田，2005 年新刑法總評，台灣本土法學，67 期，2005 年 2 月。
28. 張麗卿，過失不純正不作為犯，月旦法學雜誌，第 57 期，2000 年 2 月。
29. 許澤天，過失不作為犯之結果歸責一切除腫瘤成植物人案之評釋，月旦法學雜誌，第 183 期，2010 年。
30. 鄭逸哲、黃品敘、申哲，台北醫法論壇(XIV)，倫理歸倫理，法律歸法律，104 年 11 月。
31. 鄭逸哲，難以確定「客觀可避免性」就不應展開「不純正不作為構成要件該當性」審查—評析最高法院 100 年台上字第 32 號判決，103 年 5 月。
32. 王皇玉，〈德國醫療刑法論述概說〉，月旦法學雜誌，2009 年，170 期。
33. 李聖傑，〈因果關係的判斷在刑法中的思考〉，中原財經法學，2002 年，第 8 期。
34. 王皇玉，醫療過失中的因果關係：從邱小妹人球案談起，臺大法學論叢，第 41 卷第 2 期/vol.41, no.2, 2012 年 6 月。

(三) 網路資料

1. 高添富，醫療業務過失致死的犯罪理論
<http://www.drkao.com/paper/paper-9.htm>，造訪日期 2019 年 2 月。
2. 衛生福利部 <http://www.mohw.gov.tw/>，造訪日期 2018 年 11 月。

(四) 學位論文

1. 洪侑旻，法庭上的實證醫學：醫療糾紛之實證研究，東海大學法律研究所碩士論文，2014 年 3 月。
2. 陳正昇，〈民事醫療過失之研究〉，東吳大學法律研究所博士論文，2010 年 9 月

(五) 學術研討會

1. 張麗卿，與談〈醫師於醫療疏忽的刑事責任〉，台北醫療法壇（VIII）實務判決與實證研究，第 43 頁，2012 年 11 月。
2. 第六屆臺中醫法論壇，主辦單位：台中榮民總醫院、東海大學法律系醫事法研究中心、台中市醫事法學會、台中市醫施公會，《總題目：病人自主權立法實施暨醫療法第 82 條修法後相關議題》。2018 年 12 月。
3. 陳運財，臺灣醫療糾紛與醫事刑法之發展，東海大學「社會變遷與醫療法制發展學術研討會」，2013 年 5 月。
4. 陳運財，信賴原則在醫療訴訟中之適用，東海大學法律學院等主辦，「社會變遷與醫療法制發展國際學術研討會」，2014 年 5 月。
5. 陳學德，加強調解解決醫療糾紛功能—從台中地院試辦醫療調解制度談起，總題目：醫療糾紛處理之現在與未來，第一屆 臺中醫法論壇，2013 年 9 月。
6. 陳學德，改善法院民事醫療訴訟制度芻議—從台中地院經驗出發，第二屆臺中醫法論壇，總題目：臺灣醫事專業法庭暨醫療風險與告知同意，2014 年，9 月。法務部「醫療行為刑事責任之探討」公聽會會議資料，法務部發行，101 年 7 月法務部，醫療行為刑事責任之探討公聽會會議資料，法務部發行，101 年 7 月。