

# 教育部補助法學教育教學研究創新計畫 成果報告

計畫名稱：醫療與法律課程改革計畫  
報告人：國立成功大學法律系侯英泠

計畫主持人：侯英泠副教授

協同主持人：林炳文教授

執行期程：96年06月至97年01月（10個月）

執行單位：成功大學法律系暨成功大學醫學系

教育補助法律專業教育計劃成果報告  
報告人 國立成功大學法律系侯英冷

目錄

內容 .....	11
壹、報告執行過程簡報 .....	11
一、計畫之進行報告 .....	11
(一)進行方式:.....	11
1.上課方式 .....	11
2.期中報告與教學網站之結合 .....	11
3.案例討論與醫療糾紛實務之結合 .....	12
(二) 課程進行狀況.....	13
(三) 課程會議.....	14
二、檢討 .....	15
(一) 預期效果.....	15
(二) 尙待改進之處:.....	16
1. 首先是案例選擇 .....	16
2. 與計畫未配合之處或不足之處 .....	16
貳、教材設計 .....	17
一、學期報告 .....	17
二、學期分數 .....	17
參、教材內容 .....	17
一、說明 .....	17
二、案例 .....	18
第一單元 醫事法導讀(分三講).....	22
壹、前言 .....	22
貳、參考文獻 .....	22
第一講 醫事相關民事責任 .....	25
壹、醫病關係(以民事為主，且醫療行為非公權力行使，為一私行為)。	25
貳、醫療契約的成立與性質 .....	25
一、 醫療契約的成立：要約與承諾的方式（民法第 153,161 條） .....	25
二、醫療契約的法律上的性質：有不同之可能性（準委任契約、承攬契約、僱傭契約、非典型契約） .....	26
三、 一般治療（二面關係）與保險診療（三面關係） .....	26
四、 契約當事人與契約的關係（利己契約與利他契約）（民法 269 條） ..	27
五、 醫師(或醫院，視誰為契約當事人而定)對病人的契約上義務.....	27
(一) 醫療義務.....	28
(二) 說明義務.....	28
(三) 病歷記載的義務以其他義務.....	28

參、違反契約義務的法律上責任 .....	28
肆、醫師對病人的法定義務 .....	29
一、對病人生命身體完整性的擔保 .....	29
二、親自診療 .....	29
三、轉診義務 .....	29
四、說明義務 .....	30
(一) 一般說明的義務（醫療法第 81 條） .....	30
(二) 手術施行的說明義務與病人的手術同意權（醫療法第 63、64 條） .....	30
(三) 安全說明的義務 .....	30
五、守密義務 .....	30
六、病歷記載之義務 .....	31
七、違反醫病關係中法律上義務的法律上效果 .....	31
八、其他因醫師職業特殊性而產生的職業上的義務及其法律上關係 .....	31
九、無因管理的醫療行為之特質與效力 .....	32
伍、不同醫療基礎下之「醫療過失」損害賠償責任 .....	32
一、醫療契約基礎下「醫療過失」之法律責任 .....	32
二、無因管理下「醫療過失」之法律責任 .....	33
第二講 醫事相關之刑事責任 .....	33
壹、概說 .....	33
貳、「醫療錯誤」與「醫療過失」 .....	34
一、定義 .....	35
二、醫療過失 .....	35
三、發生醫療錯誤與醫療過失之主要可能原因或類型 .....	36
(一) 未具備符合當時醫療水準之知識（所以醫師隨時再進修之義務） .....	36
(二) 未具備符合當時醫療水準之設備 .....	36
(三) 醫療行為因過失而未符合當時醫療水準之基本要求 .....	36
四、醫療過失之類型: .....	37
五、醫療過失的認定基準 .....	37
(一) 醫學分科與醫療過失 .....	38
(二) 醫療注意能力 .....	38
(三) 可得期待之醫療水準：醫師所負的醫療行為必須符合醫療水準。 .....	38
(四) 醫療過失的認定機關與程序 .....	39
參、醫療過失與因果關係之判定 .....	39
肆、醫療過失之否定與歸屬及分擔 .....	40
一、醫療過失之否定 .....	40

(一)被容許之危險理論.....	40
(二)信賴原則.....	40
二、醫療過失之競合.....	40
伍、不同醫療基礎下「醫療過失」之刑事責任.....	40
第三講 醫事相關之行政責任.....	41
壹、前言.....	41
貳、主管機關.....	41
參、處罰對象.....	42
肆、醫療機構.....	42
伍、公法上義務.....	43
一、醫師法上之重要公法上義務.....	43
(一) 管理性質之公法上義務.....	43
(二) 同時保障病人權益之公法上義務.....	44
二、醫療法上之重要公法上義務.....	44
(一) 管理性質之公法上義務.....	44
(二) 同時保障病人權益之公法上義務.....	44
陸、違反公法上義務之行政法律上責任.....	45
一、醫師法.....	45
(一) 應交懲戒委員會懲戒之義務違反.....	45
1. 應交付懲戒委員會之行爲如下.....	45
2. 交付醫師懲戒委員會懲戒(醫師法 25 條).....	45
3.懲戒執行單位.....	46
4.醫師之懲戒方式如下：.....	46
(二) 處以罰鍰(醫師法 27、28-2 條).....	46
1. 處新台幣二萬元以上十萬元以下罰鍰.....	46
2. 處新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰.....	46
二、醫療法.....	47
(一) 對醫療機構之處罰.....	47
1. 處新台幣五萬元以上二十五萬元以下罰鍰.....	47
2. 違反第 85、86 條.....	47
3. 吊銷負責醫師醫師證書.....	47
4. 不得於原址或其他處所申請設立醫療機構.....	48
(二) 對醫事人員之處罰(107).....	48
1. 處以罰鍰.....	48
2. 並依各該醫事專門職業法規規定懲處.....	48
柒、違反公法上義務之民事上責任.....	48
一、交易安全義務.....	50
(一) 法律基礎與規範.....	50



(二) 可能之主要內容.....	51
1. 安全管理義務(參考醫療法第 62 條、醫療法施行細則第 42 條)	
.....	51
(1) 衛生安全感控水準.....	51
(2) 儀器設備水準.....	52
(3) 藥品管理安全水準(包括保存、放置、給付、使用與丟棄)	
.....	52
(4) 醫療器材、儀器以及設施之安全性確保.....	52
(5) 醫護人員之應有專業水準.....	52
(6) 必須有一套醫院內部醫護作業標準指標、指示與規範... 52	
(7) 值夜班後之手術工作之規範.....	52
2. 病人照護組織義務(Pflicht zur Organisation der Patientenbetreuung)	
.....	53
3. 周延人事(醫師與非醫師人事)組織義務.....	54
二、保護他人法律.....	55
(一) 概說.....	55
(二) 保護他人法律之法律基礎.....	56
捌、違反公法上義務之刑事上責任.....	56
第二單元 案例爭點分析與討論.....	57
第四講 醫療過失-維他命過敏案.....	57
判決.....	57
本案實務意義:.....	57
案情摘要:.....	58
本案可能爭議點:.....	58
爭點討論與分析:.....	59
一、診斷是否正確.....	59
爭點.....	59
爭點討論.....	59
相關文獻.....	59
二、乳房根除手術是否必要?.....	59
爭點.....	59
爭點討論.....	60
三、「乳酸鹽林格氏溶液」混合「多力維他」之用藥是否必要?.....	60
爭點討論.....	60
四、用藥是否過量?.....	62
爭點討論.....	62
相關文獻.....	63
相關判決.....	63

五、注意過敏發生之義務:應否為皮下測試?過敏詢問之程度? .....	63
爭點 .....	63
爭點討論 .....	63
相關文獻 .....	64
相關判決 .....	65
六、急救是否失當 .....	65
爭點討論 .....	65
七、請求權基礎 .....	66
第五講 說明義務-案例分析與討論 .....	67
判決: .....	67
本案實務意義: .....	67
案情摘要 .....	68
主要爭點 .....	68
案例分析與討論 .....	68
一、侵權行為所生損害賠償請求權是否罹於時效 .....	68
爭點 .....	68
爭點討論 .....	69
二、原告之診斷是否正確或有延誤診斷,導致原告最後必須中止妊娠與被切除子宮,而喪失生育能力。 .....	69
爭點 .....	69
爭點討論 .....	70
三、被告是否已盡安全說明義務,告知原告避免於剖腹產後六各月再度懷孕?.....	70
爭點 .....	71
爭點討論 .....	71
四、被告是否盡告知後同意義務,子宮切除部分是否有說明並經病患同意?.....	72
爭點 .....	72
爭點討論 .....	73
五、手術過程中是否有疏失,並不當傷及膀胱?.....	74
爭點 .....	74
爭點討論 .....	74
本文疑問點 .....	75
六、請求權基礎?醫院對於原告是否消費者保護法第七條之無過失損害賠償責任與民法第 191 條之 3 過失推定之損害賠償責任? .....	75
爭點討論 .....	75
第六講 人體試驗相關問題-案例分析與討論 .....	77
判決 .....	77

案例之實務意義 .....	77
案情摘要 .....	78
爭點討論與分析 .....	79
一、 診斷是否正確 .....	79
爭點討論 .....	79
關於會診與否之相關判決 .....	80
(二) 醫方使用癩通，治療適應症以外之週邊神經疼痛，是否有不妥?off-label use 之使用，在目前臨床與法律上問題?.....	80
爭點 .....	80
爭點討論 .....	80
相關判決 .....	82
(三)被上訴人乙○○於使用癩通治療前，是否須對蔡連壽作完整之基線肝功能檢測血液計測、尿液分析及B U N檢驗? .....	83
爭點 .....	83
爭點討論 .....	83
相關文獻 .....	83
藥物過敏使用之相關判決 .....	83
(四) 醫師對於藥物說明義務如何?off-label use 使用藥物，醫師對於病人是否應該盡告知義務?.....	83
爭點 .....	84
爭點分析 .....	84
相關文獻 .....	86
(五) 對於病人已出現史蒂芬文生症狀，被告主治醫師未能及時發現，是否有醫療過失?亦即注意義務標準問題?.....	86
爭點 .....	87
爭點討論: .....	87
相關文獻 .....	88
(六)未盡告知義務，與被害人死亡有無因果關係? .....	88
爭點 .....	88
爭點討論 .....	88
相關文獻 .....	89
因果關係之相關判決 .....	89
(七) 光田醫院於蔡連壽住院期間，未將其置於燒燙傷中心或無菌室是否有醫療疏失? .....	90
爭點 .....	90
爭點討論 .....	90
第七講 人工生殖問題-判決分析與討論 .....	91
判決 .....	91

本案之實務意義 .....	91
案情摘要 .....	91
本案可能爭點 .....	92
爭點分析與討論 .....	92
一、本案徐沐琳與己所施行之人工生殖，在目前法律之效果?.....	92
爭點 .....	92
爭點討論 .....	93
二、違法人工生殖所生之子女之法律地位?.....	95
爭點討論 .....	95
三、被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師或己○○是否成立民法第 184 條第 1 項前段的侵權行為？ .....	95
(一)就被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師之行爲.....	95
爭點討論 .....	95
(二)就被告己○○之行爲.....	98
爭點 .....	98
爭點討論 .....	98
相關判決與文獻 .....	98
(三)被告己○○是否成立民法第 184 條第 1 項後段的侵權行為？ .....	99
爭點 .....	99
爭點討論 .....	101
相關判決 .....	102
四、被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師是否成立民法第 184 條第 2 項的侵權行為？ .....	102
爭點 .....	102
爭點討論:.....	102
五、被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師或己○○是否成立民法第 184 條第 1 項後段的侵權行為？（註：原告於二審時追加） .....	105
爭點討論 .....	105
六、本案有無民法第 100 條之適用？（註：原告於二審時追加） ....	106
爭點討論 .....	106
第八講 醫院組織結構之疏失-案例分析與討論 .....	106
判決 .....	107
案例之實務意義 .....	107
案例事實 .....	107
本案可能爭點 .....	108
判決爭點討論與分析 .....	109
一、自動注射系統所設計之使用原則是否有疏失？醫療常規是否可以作為無過失之認定標準?.....	109

爭點 .....	109
爭點討論 .....	109
相關文獻 .....	110
二、醫院行政分工，與決策錯誤之問題與其可能相關之法律上責任，換言之，本案放射部主任與主治醫師之過失，究係醫療行政管理過失抑屬醫療行為刑事上過失？ .....	110
爭點 .....	111
爭點討論 .....	111
相關文獻 .....	113
相關判決 .....	113
三、放射部主治醫師藍 XX 之責任 .....	113
爭點 .....	113
爭點討論 .....	113
四、未對瘧疾帶原者作預防感染之更換注射導管器材防範措施，是否有疏失？放射科醫師之職務範圍為何？以及對於尚未確認之瘧疾帶原者之感控義務何在？ .....	115
爭點 .....	116
爭點討論 .....	116
相關文獻 .....	117
五、住院醫師依部內常規操作自動注射器，能否主張信賴原則而無可歸責？ .....	117
爭點 .....	117
爭點討論 .....	117
相關文獻 .....	119
相關判決 .....	120
六、住院醫師之注意程度 .....	120
爭點 .....	120
爭點討論 .....	120
相關文獻 .....	120
相關判決 .....	121
七、死亡原因 .....	121
爭點 .....	121
爭點分析 .....	121
八、感染瘧疾之結果與注射系統及顯影劑遭受瘧疾原蟲污染間有無相當因果關係？ .....	121
爭點 .....	122
爭點討論 .....	122
相關文獻 .....	123

相關判決 .....	123
九、主治醫師藍 XX 未按使用手冊所載訂立一人一套之操作原則，此與被害人死亡結果間有無相當因果關係？ .....	123
爭點討論 .....	123
十、部主任張 XX 行政管理疏失，與被害人死亡之結果間有無因果關係？ .....	124
爭點討論 .....	124
十一、台北榮民總醫院瘧疾感染事件處理及調查報告及瘧疾感染事件學者討論會會議紀錄得否逕行採為證據？ .....	124
爭點討論 .....	124
十二、證人陳海倫、高玉貞證言之效力 .....	125
爭點討論 .....	125
第九講 放棄治療的有關法律問題與生命的醫療性終止-案例分析與討論 .....	125
案例實務義意 .....	126
案情摘要 .....	126
本案爭點 .....	126
爭點討論與分析: .....	127
一、醫師是否有盡到一切必要之醫療行為？本案病人無放棄急救治療同意書，但在病歷上卻因作業疏失有註明放棄治療，此錯置之同意書是否對於必要之醫療行為之認定有影響?.....	127
爭點討論 .....	128
二、病人或其家屬並無放棄治療同意書，但在病歷上確置有一份由林菊英所簽署之放棄急救同意書，是否有偽造文書問題?.....	133
爭點 .....	133
爭點討論 .....	134
相關判決: .....	136
第十講 健保給付相關之法律問題-案例分析與討論 .....	136
判決 .....	137
案例實務意義 .....	137
案例摘要 .....	137
本案爭點 .....	138
爭點討論與分析 .....	139
一、方百榮在診所所為之行為係屬於核心之醫療行為，還是可以在方進福之指示下進行之醫輔行為?.....	139
爭點討論 .....	139
二、由方百榮之主導之醫療行為包括醫囑行為(打針或給藥行為)可否請求健保局給付?.....	140
爭點討論 .....	140

三、方進福與方百榮是否構成共同侵權行爲?.....	142
爭點討論 .....	142
四、請求權基礎 .....	144
爭點討論 .....	144
第三單元 案例討論與醫療糾紛實務之演講 .....	144
第一場 黃清濱律師 .....	144
第二場 廖建瑜法官 .....	167
第四單元成果報告會會議紀錄 .....	187
醫療與法律課程教學改造計畫 .....	187
◎演講摘要 .....	187
◎座談摘要 .....	188
第五單元期中讀書會演講稿 .....	189
醫療產業複合體：STM 觀點的初探 .....	189
◎演講摘要 .....	189
◎座談摘要 .....	190
藥商、醫院與醫師的處方決策 .....	191
◎演講摘要 .....	192
◎座談摘要 .....	193
醫師、醫療行銷，與污名動員：台灣減重病病人的打造 .....	194
◎演講摘要 .....	194
◎座談摘要 .....	195
當前生物醫學研究出了什麼問題？ .....	196
◎演講摘要 .....	196
◎座談摘要 .....	197
中醫的衰微與科學化 .....	198
◎演講摘要 .....	199
◎座談摘要 .....	200
對醫病關係的基本法律認識 .....	201
◎演講摘要 .....	201
◎座談摘要 .....	202
自助式國際人道醫療援助經驗 .....	203
◎演講摘要 .....	203
◎座談摘要 .....	204
走向「商品化」的醫療服務 .....	205
◎演講摘要 .....	205
◎座談摘要 .....	206

# 內容

## 壹、報告執行過程簡報

### 一、計畫之進行報告

本計畫進行報告大致分課程進行方式、學生建議、計畫檢討與計畫進行中討論會議之進行說明:

#### (一)進行方式:

##### 1.上課方式

為達到科際整合本課程之設計由醫學系學生與法律系學生合上，讓學生主動研讀案例並討論實際案例，希望兩系學生在共同討論中達到兩系間之學術與討論交流，而能互補彼此對對方學門之不足。而課程進行方式先由法律系老師(侯英冷)與醫學系老師(林炳文)各負責三週之導讀，分別就法律與醫學基本知識之介紹，讓學生在未來整理案例可以比較進入案例分析。案例之挑選之進行：先挑選主題，然後依主題挑選本土案例。案例在第一周上課時，先發給同學，讓學生可以馬上準備案例。準備過程中，隨時可以請教計畫助理。學生負責內容，係配合兩系學生之專業背景互補彼此不同，由醫學系同學針對案情說明醫學方面問題，法律系同學整理法律爭議與判決意見。講義負責老師(侯英冷)負責整理案例爭議與主題問題點，以及相關判決及文獻整理，在學生報告當週才發給學生，讓同學事後參考與課堂上討論參考，所以報告同學仍必須事先充分讀判決與討論並分析案例。就學生之討論部份，學生事後之反應有達到互相討論之效果，而彼此也會針對該案例要求對方在課堂上說明，以幫助其他同學對於案例之了解。因此，就此課程目的應該已有初步達成。

##### 2.期中報告與教學網站之結合

此教學網站之設計目的在於提供學生一個課堂外之討論空間。在設計之初，曾經考慮開放給所有人參與討論，但是後來考慮到參與課程之同學之負



荷，所以僅開放給參與課程之學生參與討論。而討論之問題與內容由教學助理參與維護。其進行方式如下：

- a. 網址 <http://myweb.ncku.edu.tw/~u2693117/>
- b. 每周報告的同學，必須將該周的報告，上傳到教學網頁，供參與本課程同學參考。
- c. 每週上完課，一周內非報告組別各組必須對報告組別提出一個問題，報告組別同學對於其他組別提出之問題，必須在同學提出問題之一周內於網頁回答。此部份討論與期中上課報告同時是期中報告分數，佔該學期分數50%，期末報告佔50%。
- d. 每組同學提問時，必須先說明組別與組別成員，然後再提問。若未提問組別，期中報告分數扣10分。提出之問題，不可與其他組別重覆。

就此部分之進行，學生雖然皆有上網討論，但是似乎並未達到主持人當初所欲達到之效果，希望學生可以充分利用此教學網站繼續討論問題。主持人根據學生討論之內容，以及學生之反應，歸結及原因如下：1. 案例討論事實上在課程上因為已經充分讓學生討論，案情可以釐清部分已經都已釐清，未能釐清部分仍未能釐清，主要因為無法取得第一手資料(亦即病歷)以及整個醫療鑑定書，所以學生對於整個案情之討論與思考，仍有不少部分不脫猜想性質，使得討論可能性有限。而且針對同一個案子，可能可以討論之爭點有限，使得可以討論之問題很有限，因此教學網站之討論效果有限。2. 其次，是教學助理對於討論內容之維護並未進到維護工作。這是主持人監督計劃進行不足之處。主持人因為將一切心力都放在案情爭點整理與分析，所以其他皆由教學助理處理，而個人可能分工不清楚，以致這個工作最後並未有人實際負責，因此，屬於整個計畫進行中比較有缺失之部分。若未來教學網站之設計可以朝向，其他相關問題之討論與延伸，或許會更有趣，這是未來可以改進之空間。

### 3. 案例討論與醫療糾紛實務之結合

分別邀請法官與律師分別就不同立場說明目前醫療訴訟實務問題。

1. 廖建瑜法官
2. 黃清濱律師

就此部分，學生之反應非常不錯，也讓學生了解一個案例不同立場之人，可能有不同之解讀與討論空間。由於是法律系學生衝擊很大，因為雖然一個是法官一個是律師，很來差距不一定會很大，若兩者皆是法律人時，但是本次之設計系邀請具有醫師背景之律師，談醫療糾紛訴實務，而另一個是具有醫療法學習背景之法官，讓學生之衝擊非常大，也希望能多邀請不同立場之人參與演講。此部分應該屬於課程設計上，可以繼續加強與維持部份。

## (二) 課程進行狀況

截至目前，參與課程之老師(各個主題，都會不同醫學系老師參與課程)，都非常滿意學生之表現。醫學系學生與法律系學生在課程前都會有積極討論，第一周顯現法律系同學比較鬆散，但經過老師與助理的叮嚀已經改善。而且也事後表示願意再重新補做期中報告，亦即其他組別同學之用攻程度，讓學生自認自己準備之不足，而自主願意重新再做。所以本計劃希望能讓學生主動學習之目的，不僅有達到，同時也達到同儕之刺激，而激發學生自動學生與積極學習，這是過去一般被動式教學無法達到的。學生之報告無形中產生一種競爭，越後面之報告，報告學生越盡心，其報告內容也越完整，兩系之討論與交流也越徹底，因此，學生報告部分與兩系合上之課程設計，可以繼續延續。

對於與一般被動方式課程相較，此課程屬於很重之課程，學生必須研讀案例，有些案例是纏訟多年，必須研讀地院、高院與最高法院，尤其是高院與最高法院間之來來回回之判決，份量不少，但是學生卻對此課程很滿意，也希望能繼續接受此課程之挑戰。這是此計畫當初設計所意外之收穫。甚至當演講律師知道學生之課程報告與期末報告工作，還表示是否拿大學部學生當研究所學生訓練，課程負荷會不會太重?但事實呈現，學生並不反對如此上課方式，也願意接受此方式之挑戰，這應是提供過去傳統上課方式之另一種反思經驗。

主持人自我檢討此課程設計可以成功之點，應該是本土實際案例之討論，讓學生有種本身親臨之臨場感，也深深感受自己(不管是醫學系或法律系同學)也可以遇到之案例，所以討論上比較投入。因為投入，而學到東西不少，從而也忘記課程準備工作之負荷重。而且也發現自己可以主動學習甚至直接接觸實際個案，不同於傳統之被動教學，似乎所學與實務無關，才會如此成功。其次，因為是兩系互補彼此之不足，學生在討論中知道對方之相關知識不足，必須先介紹對方知道，在準備讓醫學系同學知道一些基本法律常識，學生必須重新與了解教科書之內容與意義，使得學生可以學以致用，所以從中取得之成就感，也是可以讓學生忘記課程負荷之點。總結，個人認為未來之教育，尤其是科際整合之教育，學生本來即需要練習將其所得之法律基礎運用在實際案例，所以應該讓學生自主學習，將基本課程所學之理論運作到實際個案，而不同科系之整合可以讓學生更進一步將所學的融會貫通之後，告訴非法律系學生，又是一個更高之挑戰，對於學生之自我學習，可以有很大之幫助。

### (三) 課程會議

本計劃會議主要分三方面：一、課程檢討會議；二、教師間之讀書會；三、助理間之行政會議。

(一)課程檢討會議主要檢討內容為課程實際內容。課程內容之確認主要在計劃開始執行前(五、六月)已經進行，進行內容主要在於主題確認與問題之提出，然後由助理收集案例。因此在課程進行之會議進行，則在每次課堂結束之後，參與課程之老師與主持人做簡短十分鐘或者更長一點之討論(是課堂學生之表現與參與教授之感受)，討論該課堂學生之表現以及課程設計可以改進之空間。基本上對於學生之表現，各參與課程之教師皆很滿意，也很滿意此學期以實際個案做為討論之內容，學生比以前更投入，希望以後還可以再以實例做為上課之主題。基本上參與課程教授認為課程內容可以維持以實際個案為內容，至於一些主題可能沒有很好實例可以在討論，或許也可以從成大本身有之實際個案找看看，這也是未來可以朝向改變之方向。如此或許有一個好處，學生可以有最一手之資料，不至於有無法閱讀病歷之問題，而不能確知當初之實際問題何在?不過醫療與法律之課程目的在哪裡，重點在於法律概念與理論運用之建立，此目的以現有之判決即可以達到，至於實際個案因為病歷無法取得而無法更一部討論，此部分屬於案情釐清部分，並非整個課程之主要目的，所以個人認為屬於可以接受之不足。課程設計重點仍在於理論與實務之結合以及學生自動學習。至於案例之選擇本計劃認為可以再加強，目前考慮增加橫向之結合之實務見解變遷與指標性之判決整理與研讀。

(二)教師間之讀書會。由於本課程為醫療與法律，事實上醫療與法律之領域很廣，如何改進課程以及課程內容，參與課程之教師都需要不斷思考與討論，又加上課程會議之進行以可以完成課程之準備，也屬於前階段之會議，而課程檢討因為鑑於醫學系教授時間不多，都是在課程結束當時馬上討論，一來教授比較有時間，二來對於學生上課之表現記憶清楚，比較能討論。因此，課程檢討部份之會議已經進行。但教師間之隨時充電與腦力激盪之讀書會，卻是需要繼續進行，因此，將當初計畫中專家會議改成教師間之讀書會，邀請學者演講，讓教師們可以充分討論。進行之專家演講如下：

- 1.謝幸燕演講藥商、藥師、醫師與市場
- 2.許甘霖演講醫師醫藥行銷，與污名動員:台灣減重病患的打造
- 3.周成功演講當前生物醫學研究出了什麼問題？
- 4.劉士水演講中醫的衰微與科學化
- 5.曾建元演講中醫的衰微與科學化對醫病關係的基本法律認識
- 6.宋婉瑜演講自助式國際人道醫療援助經驗
- 7.劉梅君演講走向「商品化」的醫療服務

已上演講對於教師間之討論幫助很大，也是不斷思考醫療與法律所需的。以上專家演講事實上若能開放給學生參與，對於學生視野之開拓一定幫助不少，不過基於經費考量，不可能開放給學生。不過在於教師間之學術思考幫助很大，很感謝此次計畫可以資援如此之演講與學術檢討。

(三) 教學助理間之小組會議。本計劃之教學助理負責之工作有：行政工作、輔導參與課程之學生準備報告以及一些主持人所交代處理之工作，鑑於分工。只要分工為助理之工作，教學助理即全權負責，除了教學助理個人必須處理該處理之事，也必須帶領工讀生處理事務，因此，教學助理間也會有一些必須之工作小組會議，以討論完成工作任務。此會議主持人與協同主持人不參與，而是由教學助理與工讀生參與與討論。

## 二、檢討

### (一) 預期效果

本課程預期學生可以在討論過程達到科技整合，以及可以在討論過程中，發現目前纏訟多年案子之癥結，以及同時讓醫學系同學知道法律思維與規定。醫學系同學非常認真，也很盡職，去發現問題，並清楚提出送鑑定書問題不對之處，以第一周為例，一個纏訟十一年(86年至今)，尚未結案，讓醫學與法律彼此的衝突從因不解醫學臨床問題，偏離臨床實務之判斷，使醫學與法律人間從誤解到理解，產生結果似乎醫師無過失，但是整個案子還是有問題，雖然法官也感覺到醫師有急救上好像有問題，但鑑定書卻表示「急救應該是成功，否則病人應該會在幾個小時死亡，不會在急救後一個月才死亡。」。若不清楚，又會有醫醫相護問題。醫學系同學在整個案情討論之後，表示個人意見，「法官問題本來就問錯了。急救當然是成功，因為醫學上急救的定義是生命現象與心跳救回，所以生命現象救回，就是急救成功，問題醫師對於病人之治療不僅是急救，病人之症狀(全身抽筋)症狀還是未解決，還將病人綁起來，等到隔天腦神經醫師會診才開藥，當然已經延誤最佳診治時機」，所以是醫療疏失。但整個個案送鑑定從未離清此點。有些案例討論結果，學生都還會預測可能之下一點待釐清之爭點。整體而言，學生非常認真，有達到計畫人當初想要之效果。

## (二) 尚待改進之處:

### 1. 首先是案例選擇

因為整個計畫案確定通過開始進行的時間有點趕，雖然整個課程準備之進行在計劃通過之前已經在進行了，但因助理有限(因為不知是否會通過，所以僅以現有助理處理搜尋判決)，所以所收集之案例有不足之處，使得有些主題之案例挑選之案例，個人不是很滿意，例如僅有地院與高院，還未到最高法院，所以不僅是老師個人，學生也都有意猶未盡的感覺。其次，也是有些主題雖然重要，但是實際個案並不多，例如安樂死、人工生殖等都屬之。因此，必須思考是以主題選案例，還是區就案例而決定上課主題?但經過成果發表會之討論，大致還是認為主題決定案例比較適宜，因為醫療法不應僅限於醫療糾紛案例，而是應該有更宏觀之角度探討醫療法領域問題，因此，應該還是主題決定案例，但是應該在問題設計上尋求突破，讓學生有更有方向與不同之思維方向，而不僅是醫病間之糾紛討論，應帶引學生有更多之倫理議題思考與討論。這應屬課程設計可以改進之點。

其次，當初之設計在於纏訟多年，而且是針對一個案例追蹤討論，所以在討論上有時比較局限，學生不能跳脫案例思考更多之問題，因此，未來案例之選擇可以朝向橫向之案例，例如對說明義務之實務見解之變遷與具指標性之案例之研讀，或許可以讓學生有更進一步思考醫療法規問題。

### 2. 與計畫未配合之處或不足之處

原先有一個實習法庭辯論之設計，但是後來擔心學生因為負荷太重，而影響選課意願，因為此課程已經比一般法律課程重許多，在加之醫學院學生的實習時間之配合，僅能安排到第十五周，這是計劃主持人計畫設計當時忘記之處。所以最後在許多考量之後，刪除最後一周的實習法庭辯論部份。但是就此部分不僅是醫學系老師或個人都還蠻期待的，或許這是未來可以進行之部分。

教學網站之不足，如前所述教學網站並未達到當初所欲達到之目的，思考其原因，除了教學助理工作分配不清之外，主要原因還是在於討論對象過於狹隘，因為如前所述，本計畫課程所選擇之案例是同一案例追蹤之方式，因為案情有限，包括實際病歷無法取得以及醫療鑑定無法取得之限制，學生可以討論對象有限，而需要討論部分大致在課堂上已經可以充分被討論，使得教學網站並未能完全達到效果，這是未來設計上可以改進之空間。

## 貳、教材設計

### 一、學期報告

本課程學生之報告分期中報告、教學網站討論與期末報告。學生分七組分別負責期中報告，期中報告屬於共同報告，各小組針對每一週主題所發給之案例加以研讀，整理出可能爭點與有待釐清之爭點，並分析本案之爭點，同時醫學系報告同學必須對法律系同學加以解釋與釐清負責案件之醫療糾紛事實，醫師或醫護人員是否有醫療疏失之處，並讓法律學生知道目前相關之醫療臨床實務之運作，而法律系學生則必須針對案例所涉及之法律概念加以說明，讓醫學系同學能粗略了解所涉案例之法律概念而能了解判決基礎與理由。期中報告屬於共同報告。此外屬於期中報告之一部分尚有教學網站之提問與討論之參與。至於期末報告則屬於個人報告。期末報告則針對以報告之案例經過課堂討論與教學網站討論之後，每位參與課程學生必須自己寫一份報告，法律學生寫一份判決書附理由，而醫學系學生寫一份醫療鑑定書。

### 二、學期分數

本課程學生之報告分期中報告、教學網站討論與期末報告。學生分七組分別負責期中報告，報告屬於共同報告，分數也是共同分數，此期中報告分數與教學網站討論屬於共同分數，佔學期分數 50%。此部份分數屬於共同分數，雖然可能會不公平，因為每一個案例報告，有用心之學生，也有比較不用心之學生，但是由於設計上希望學生能共同討論與準備，讓學生未來能組成讀書小組，以及習慣討論之小組工作，所以分數之共同的。但為兼顧學生之個人對課程之用心程度不同，所以又有個人之期末報告，法律學生負責就報告個案寫判決書，而醫學系學生針對報告個案寫醫療鑑定書。個人報告佔學期成績的 50%。

## 參、教材內容

### 一、說明

本教材與課程之設計，以本土案例為主題，誘導學生主動閱讀判決，從判決之研讀過程中，透過共同討論，提出爭點與問題討論。但鑒於法律系學

生(或法律人對於醫學知識之欠缺)，以及醫學系學生對於法律規定、基本精神與邏輯之不懂，而與法律間之誤解很深，因此在課程設計上由兩系學生合上，透過醫學系與法律兩系學生互動，互補彼此之欠缺，加以討論。鑒於醫學系學生對於法律基本概念欠缺，可能無法與法律系同學討論，因此先有導論，以建立基本法律概念。由於課程設計在於誘導學生主動研讀判例、分析判決與評析，本講義都是在課堂上才發給學生，而案例在開學第一周已經給學生，讓學生有充分時間研讀。本講義之重點在於讓學生課堂後可以參考。教材共十講單元，前三講為概論，後七講為實例討論與分析。

## 二、案例

判決:

週數	主題	判決字號	問題	負責教師
第七週 (96.11.01)	醫療過失(醫療疏失、轉診疏失、檢查疏失、急救疏失、藥物過敏問題與病歷記載問題)	87, 訴, 2704 ; 89, 上, 1189 ; 92 台上字第 1453 號 ; 92, 上 更(一), 157 ; 94, 台上, 936 ; 94, 醫上 更(二), 1 ; 95, 台上, 1226	請分析分別原告(病人家屬)與被告(財團法人基督復臨安息日惠台安醫師與被告醫師戊)之主張重點及其理由何在、請醫學院學生分析被告是否醫療疏失(包括診斷、用藥與急救)，法律系學生亦請分析被告是否有醫療過失(包括診斷、用藥與急救)。	林炳文教授、侯英泠副教授
第八週 (96.11.08)	醫師說明義務(醫師說明義務之意義與法律效果、病人同意之意義與法律效果、手術說	91 年訴字 771 ; 93 年上字 124 號	請分析原告(病人)、被告(醫院與醫師)之主張重點(亦即本案主要爭點何在)及其理由何	李伯璋教授、侯英泠副教授

	明、治療說明、婦科內診之說明、麻醉說明、其他可替代治療之說明與醫師專業裁量)		在、請分析醫院與醫師之說明義務之進行是否有瑕疵與改進之處、請法律系同學分析醫院與醫師之說明義務是否瑕疵、醫師之醫療行為是否有疏失之處	
第九週 (96.11.15)	人體試驗相關問題(人體試驗之相關規定、醫師用藥與人體試驗之關係、人體試驗告知義務與風險承擔問題以及仿單適用症以外使用(off-label use)之醫療責任問題)	93 醫 1;95 醫上 3	請分析員被告知主張重點及其理由何在、請分析被告醫師用藥不妥之處(並說明用藥之規則)、並請法律系學生分析醫師之用藥是否有過失以及違反人體試驗之規定、請分析 off-label-use 用藥在法律上之定位與其說明義務	蔡森田教授、侯英泠副教授
第十週 (96.11.22)	人工生殖問題(優生保健法問題、人工生殖與代孕、人工流產以及產檢可能產生之爭議)	94，訴，262; 95 重上 310; 96 台上 1530	請分析原告(被繼承人徐沐琳之繼承人)、被告(已與國泰醫院與人生殖手術施行醫師)之主張重點及其理由何在、原告主張權利受損是否合理、被	郭保麟教授、侯英泠副教授



			告己之行爲不妥之處何在、國泰醫院與被告醫師之行爲有何疏失、人工生殖子女之法律地位如何?	
第十 一 週 (96.11.29)	醫院組織結構之疏失(院內感染問題、急救組織結構問題、主治醫師與總醫師、住院醫師與護理人員之分工問題)	臺灣士林地方法院 85 年度訴字第 251 號，中華民國 85 年 9 月 30 日第一審判決（起訴 案號：台灣士林地方法院檢察署 85 年度偵字第 782 號）；94, 重上更(三),184; 91,上更(二),513; 89, 上 更(一),1135; 96,台上,4631; 94,台上,5332; 91,台上,3279; 89,台上,6755	請醫學系同學分析醫院之分工與監督關係以及本案被告有何不妥之處、請法律系同學以法律立場分析此處被告有何不法之處及其理由、並請醫學系與法律系同學討論醫院對於此案有何疏失之處	林炳文教授、侯英泠副教授
第十 二 週 (96.12.06)	安樂死相關問題(安樂死概念與安寧緩和治療相關規定與適用、病人安寧緩和治療之同意與自殺之區分、病人自主與插管問題)	台灣高雄地方法院 83 年度自字第 528 號; 84 年度上訴第 1249 號; 85,台上, 2945; 86,台上,745	請醫學院同學分析本案醫院與相關醫護人員有何不妥之處，並請分析醫師施急救義務與安寧緩和治療之關係，請法律系同學分析被告有何不法行爲及其理由	謝文彬醫師、侯英泠副教授
第十 三 週	健保給付(健保	87,保險, 13; 89,	請分析被告(醫	蔡森田

(96.12.13)	給付對於醫療行為之影響、健保給付之標準與常規醫療行為之關係、常規用藥與檢查與醫師之注意義務問題)	保險,32; 91 年台上字第 2141 號	學系同學)與健保局(法律系同學)之主張重點何在與其理由,請醫學系同分分析被告之行為有何不妥之處、請法律系同學同法律系長分析被告之行為有何不法之處?	教授、侯英泠副教授
------------	--------------------------------------------------	------------------------	---------------------------------------------------------------------------	-----------

# 第一單元 醫事法導讀(分三講)

## 壹、前言

本講義主要以醫病關係為主軸，醫事人員可能因為醫病間關係而產生之相關民事、刑事、公法上責任，其中又以私法上契約關係與民事損害賠償為主題，而刑事責任部分則以醫事人員因職業關係可能涉及之刑事責任，至於公法責任部分，因為以醫病關係為主軸，主要討論是因醫病間之特殊關係而有之公法上義務，以及違反之後之公法上責任與民事責任上效果。

## 貳、參考文獻

### 一、專論部分(按出版或發表時間排列)

- 1.陳櫻琴、黃于玉、顏忠漢，醫療法律，民國九十六年七月四版
- 2.楊哲銘，臨床案例醫療法律，民國九十六年四月增訂二版
- 3.張益鵠，醫療糾紛、醫療事故與法醫學：如何打醫療官司(簡體版)，民國九十五年八月
- 4.文衍正，看診法門－醫療倫理與法律，民國八十九年一月初版
- 5.黃丁金，醫療·法律與生命倫理，民國八十七年十一月初版
- 6.吳正吉，醫療與法律，民國八十二年一月
- 7.吳志正，解讀醫病關係I，醫療契約篇，元照出版社，2006.09 出版。
- 8.吳志正，解讀醫病關係II，醫療責任篇，元照出版社，2006.09 出版。
- 9.侯英冷，論院內感染之契約責任，正典出版社，2004.06 出版。

### 二、期刊論文(按出版或發表時間排列)

- 1.林義城，臺灣是否該建立強制醫師醫療責任險？，臺灣牙醫界26卷8期，民國九十六年八月
- 2.陳聰富，美國醫療過失舉證責任之研究，政大法學評論，96.08
- 3.劉承武，司法對醫療鑑定之心證形成方法及其他醫療責任 -下-，臺北市醫師公會會刊51卷3期，民國九十六年三月
- 4.劉承武，司法對醫療鑑定之心證形成方法及其他醫療責任 -上-，臺北市醫師公會會刊51卷1期，民國九十六年一月
- 5.詹森林，德國醫療疏失舉證責任之研究，台北大學法學論叢，2007.09，頁

- 47-80。
- 6.盧映潔、葛建成、高忠漢，論醫療行為之常規診療義務，國立臺灣大學法學論叢35卷4期，民國九十五年七月
  - 7.盧映潔、葛建成，評醫療人球事件，月旦法學134，民國九十五年七月
  - 8.盧映潔、葛建成、高忠漢，論醫療行為之常規診療義務，臺灣本土法學雜誌83期，民國九十五年六月
  - 9.吳志正，論緊急專斷醫療之民事醫病關係—緊急避難與緊急管理之競合，萬國法律雜誌第146期，2006年5月。
  - 10.黃清濱，證據能力與證明力之研究--以醫療糾紛訴訟醫事鑑定報告與診斷證明書為例，醫事法學14卷1、2期合訂本，民國九十五年六月
  - 11.游宗憲、楊秀儀，臺灣醫療糾紛自力救濟之實證研究--剪報資料分析，醫事法學14卷1、2期合訂本，民國九十五年六月
  - 12.高添富，醫療糾紛時如何進行醫療仲裁，臺北市醫師公會會刊49卷12期，民國九十四年十二月
  - 13.蘇嘉瑞，簡介仲裁與醫療仲裁，臺北市醫師公會會刊49卷11期，民國九十四年十一月
  - 14.陳忠五，產前遺傳診斷失誤的損害賠償責任--從「新光醫院唐氏症事件」論我國民事責任法的新課題，國立臺灣大學法學論叢34卷6期，民國九十四年十一月
  - 15.王皇玉，醫師未盡說明義務之法律效果--簡評九四年臺上字第二六七六號判決，臺灣本土法學雜誌75卷，民國九十四年十月
  - 16.邱永仁，論合適於臺灣醫界的醫療糾紛處理法草案，臺灣醫界48卷7期，民國九十四年七月
  - 17.黃鈺嫻，從醫療水準談婦產科醫療責任注意義務之認定，律師雜誌308期，民國九十四年五月
  - 18.吳志正，醫療契約之當事人，醫事法學第13卷第3、4期合輯，2005年12月。
  - 19.李念祖、陳仕振、曲以文，我國仲裁與訴訟制度解決醫療糾紛之比較，仲裁73期，民國九十三年十二月
  - 20.林漢強，論醫療行為之說明義務，全國律師8卷12期，民國九十三年十二月
  - 21.譚健民，「併發症」與「醫療事故」的相互關係--著重於導致「醫療糾紛」發生的探討，律師雜誌300期，民國九十三年九月
  - 22.蔡惠如，臺灣醫療糾紛之法律課題，月旦民商法雜誌4期，民國九十三年六月
  - 23.許美麗，醫療法之修正對醫療糾紛民事責任之影響，新竹律師會刊8期，民國九十三年五月
  - 24.侯英冷，從 SARS 談醫院院內感控義務之契約責任問題，月旦法學雜誌93年2月，第105期，頁48-66。

- 25.陳忠五，醫療糾紛的現象與問題，臺灣本土法學雜誌55期，民國九十三年二月
- 26.莊淑君，醫療行為是否適用消保法？--簡介我國法院見解，萬國法律133期，民國九十三年二月
- 27.許純琪，談我國法上醫師告知義務之民事責任，萬國法律133期，民國九十三年二月
- 28.黃天昭，醫療糾紛與防禦性醫療，北縣牙醫115期，民國九十二年十月
- 29.高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演(下)，萬國法律130期，民國九十二年八月
- 30.陳聰富，存活機會喪失之損害賠償，92.11，全國律師
- 31.侯英冷，最高法院民事判決90年台上字第468號判決評析-論「計畫外生育」與非財產上損害賠償，台灣本土法學，第47期，92年6月，頁63-76。
- 32.高鳳仙，論我國鑑定制度與美國專家證人制度在醫療事件之角色扮演(上)，萬國法律129期，民國九十二年六月
- 33.許振東，論醫療糾紛仲裁制度--兼評「醫療糾紛處理法」草案之「仲裁制度」，醫事法學10期3卷合訂本，民國九十二年三月
- 34.牛惠之，論基因治療之科技風險與醫療傷害之救濟--必也新法乎??，生物科技與法律研究通訊17、18期，民國九十二年一月
- 35.楊秀儀，論醫療糾紛之定義、成因及歸責原則，臺灣本土法學雜誌39期，民國九十一年十月
- 36.侯英冷，論「人工生殖受術夫妻手術同意書之法律效果」，成大法學第2期。
- 37.侯英冷，消保法上醫師之安全說明義務-台灣高等法院八七年上字一五一號評析，台灣本土法學，第三十七期，91年，8月，頁63-77。
- 38.侯英冷，談醫療意外的風險分擔問題—消費者保護法對純粹醫療行為與醫院提供相關醫療服務的企業式服務行為之適用，收錄於黃宗樂六十歲祝壽論文集，財產法學篇(一)，頁391-454。
- 39.侯英冷，論「計畫外生育」與「計畫外生命」之民事上賠償責任之爭議，成大法學第四期，91年12月，頁181-120。
- 40.許振東，論醫療糾紛補償制度，醫事法學10卷2期，民國九十一年六月
- 41.許振東，從舉證責任的倒置看醫療糾紛的問題，臺灣醫界45卷6期，民國九十一年六月
- 42.楊秀儀，醫療糾紛與醫療無過失制度--美國經驗四十年來之探討，政大法學評論68期，民國九十年十二月
- 43.侯英冷，醫療行為的民事上賠償責任-從德國醫師責任法切入探討(上)，月旦法學雜誌，第72期，頁116至132。
- 44.侯英冷，醫療行為的民事上賠償責任-從德國醫師責任法切入探討(下)，月旦法學雜誌，第73期，頁112至119。

- 45.楊秀儀，從無過失重回過失--紐西蘭有關醫療傷害補償制度之變遷及對臺灣之啓示，政大法學評論64期，民國八十九年十二月
- 46.謝瑞智，醫療行爲與刑事責任，法令月刊51卷10期，民國八十九年十月
- 47.許淑霞，健康保險制度下特約醫師的醫療責任簡述，法令月刊 51卷2期，民國八十九年二月
- 48.許淑霞，醫師責任法(Arzthaftungsrecht) -1-，中華民國海洋性貧血協會刊1718期合訂本，民國八十八年十二月
- 49.侯英冷，探討醫療無過失責任的適宜性，月旦法學雜誌，第49期，第一百二十七頁至一百三十六頁

## 第一講 醫事相關民事責任

### 壹、醫病關係(以民事爲主，且醫療行爲非公權力行使，爲一私行爲)。

基本上醫師與病人間的法律關係可以透過契約(醫療契約)、法律(主要係公法之規定)或無因管理(醫師對於病人之緊急救助醫療行爲)而成立，又因成立的原因不同，其間的權利義務間的關係也不盡然相同。契約會產生契約義務，而法律上規定會賦予醫師職業上義務，若該義務本身係以他人之個人權利義務之保障爲目的，則該義務之違反也會產生私法上之責任義務，例如醫師依醫師法有義務緊急治療危急，若醫師無故不治療造成病人有損害，則也有可能成立私法上之賠償責任。而無因管理，係指醫師與病人間並未訂立契約但是醫師卻醫治病人(不管是公法上之要求或者私人自願的救助)，則會使醫師與病人之間產生一定之權利義務關係，一來醫師可以對病人請求醫療費用，二來醫師對於病人也產生一定之注意義務。

### 貳、醫療契約的成立與性質

#### 一、醫療契約的成立：要約與承諾的方

## 式（民法第 153,161 條）

契約為雙方當事人以發生債之關係為目的，所為的意思表示，趨於一致的法律行為。契約係雙方的法律行為，亦即由要約與承諾所組成。要約者以訂立契約為目的，而喚起相對人承諾所為的意思表示。要約一經承諾，契約即為成立。通說認為醫療契約之成立通常透過事實行為成立：患者透過前往醫院就醫的行為為法律上所謂的要約意思表示，而醫師則透過接受病人、幫病人治療表示法律上的承諾意思表示。

## 二、醫療契約的法律上的性質：有不同 之可能性（準委任契約、承攬契約、僱 傭契約、非典型契約）

確定契約性質的實益，在於確定醫師與病人間的法律關係，不同的契約關係會導致不同的法律關係。此三說的爭議點在於，不同契約類型會有不同的法律責任。若為委任契約，則醫師對病人不負包醫責任，僅負責醫療行為施行過程中，一切符合當時專業醫療水準之要求。若為僱傭契約，則醫師原則上責任與委任契約不同，但是醫師的獨立性比較低。至於承攬契約，即一般所謂的包醫。醫師對病人必須擔保一定結果產生，否則沒有對病人請求對待給付之權利。國內通說<sup>1</sup>。不過一般實務上若醫師沒有特別標榜一定結果之產生，通說仍認為手術行為或人工生殖手術為委任契約，亦即醫師僅負符合當時醫療水準之醫療受術行為或人工生殖手術行為，至於是否有結果產生並不是醫師所擔保之範圍內，但是也有少數說認為是承攬契約。

## 三、一般治療（二面關係）與保險診療

<sup>1</sup> 戴修瓚，民法債編各論(下冊)，頁 3，台北文光，1955 年 5 版；史尚寬，債編各論，頁 361，自刊；1986 年 11 版；邱聰智，醫療過失與侵權行為，民法研究，頁 413-5，五南圖書，2000 年 2 版；劉春堂，民法債編各論(中冊)，頁 136-7，三民書局，2004 年初版)與實務(台灣高等法院台中分院 92 年度上字第 121 號民事判決、台灣高等法院 91 年重上字第 95 號民事判決；最高法院 92 年度台上字第 1059 號判決)認為醫療契約為委任契約，例如：一般醫療行為；但因為某些特殊之醫療行為，也有學者傾向認為是承攬契約。例如：整型手術、假牙或矯正的醫療行為，甚至所謂人工生殖契約包生一百萬，在解釋上都有解釋為承攬契約之空間(王祖龍，醫師之民事過失責任，法令月刊第 21 卷 1 期，頁 6，1970 年；邱聰智，新訂債法各論(中冊)，頁 203，自刊

## (三面關係)

醫療機構與保險公司間的保險契約的性質，為利益第三人之契約。就其給付而言，已影響一般傳統的醫病關係。目前對於全民健保施行之後，到底醫(此處所言包含醫療機構，重點在於誰與病人訂立醫療契約)病之間成立公法上關係還是傳統私法上醫療契約關係，的確有許多爭議，但個人則比較傾向贊成傳統之私法上關係，亦即醫病仍有契約關係，從而基於契約之基本誠實信用原則也產生許多信賴關係，不僅是醫師對病人，同時也是病人對醫師間也產生一定信賴關係，病人信賴醫師會盡一切並選擇最適宜病人之治療方法治療病人，而醫師也可以信賴病人會誠實回答醫師基於診斷需要所提之問題，並可以信賴病人會遵循醫囑等等一些彼此間合理之信賴關係。此種信賴關係之處理，仍應以有契約關係為宜，且此種信賴也是契約關係成立之基礎，因此醫病間仍有一般私法上契約關係。

## 四、 契約當事人與契約的關係 (利己契約與利他契約) (民法 269 條)

醫師與病人，於通常的情形之下，為契約當事人。但因結構組織的不同，或為醫院，或為開業醫師為病人的契約相對人。a)醫療機構 b)醫師。

另外，因病人的行為能力關係，例如未成年人或精神耗弱者，無法與醫院訂立有效契約，而需要家屬為其訂立契約，即所謂的利益第三人契約的情形。

## 五、 醫師(或醫院，視誰為契約當事人而定)對病人的契約上義務

醫師(或醫院)對於病人之契約上義務，依契約之內容產生主要契約義務(醫療義務)以及依信賴原則成立一些保護義務或行為義務(說明義務、病歷記載義務)。所謂契約義務，係指病人與醫師依醫療契約之內容，本來重點即在於疾病治療，所以主要契約義務在於治療義務。至於基於契約信賴關係所產生之義務，則是指雙方因為彼此契約之訂立，使雙方之權益關係更接近，任何一方都有尊重與保護對方之權益不受自己的不當行為受侵害，例如說明義務(不僅是醫方包括病方)，或者基於契約之執行而產生之附隨義務，例如



病歷記載。以下即說明醫病間之主要契約義務：

## (一) 醫療義務

因醫療契約的成立產生醫師對病人負有擔保病人的義務，擔保其醫療行為符合當時醫療科技水準，並且擔保其會盡應有的注意義務，使醫療行為符合謹慎周延的要求，此外必須正確避免預防危險的發生。這是其基本原則，至於詳細情形則視個案而定。原則上醫師有所謂之醫療自由裁量空間，但並不表示醫師可以恣意決定醫療方式，僅是表示醫師依其專業可以考慮應該選擇何種醫療方式才符合當時醫療水準。而醫師自由裁量的最高指導原則是：病人的最佳利益原則。必要時對病人有轉診義務。

## (二) 說明義務

說明義務與醫師的專業自由裁量空間是相輔相成義務。醫師雖然可以依其專業自由裁量選擇何種符合醫療水準之醫療方式，但是必須尊重病人的自主決定權。在醫病關係中，病人不只是醫療的對象，同時也是醫療進行的主體，因此醫師有說明的義務。其契約法上的法律基礎為民法第五百四十條。另外，為了確保醫療的安全性，醫師對於用藥方式以及應注意事項有說明義務。

## (三) 病歷記載的義務以其他義務

病歷記載有助於醫師日後精確的治療。此外醫生基於病歷之記載又產生守密義務。但是病歷隨著醫療體系之改變，不在僅是幫助醫師記憶的記載。已經成爲一種文書，例如病歷公健保局查閱及申請費用之文書。另外因爲醫療糾紛的增加，也成爲醫病之間他日糾紛的證據之一。甚至，內容涉及病人的個人身體狀況，所以，國內外都認爲病人有權閱讀，國內醫療法第七十一條第一項醫療機構應依其診治之病人要求，提供病歷複製本，必要時提供中文病歷摘要，不得無故拖延或拒絕；其所需費用、由病人負擔。請參考新醫療法。

# 參、違反契約義務的法律上責任

法律責任的法律基礎爲民法第二百二十七條、民法第五百四十四條五百三十五條。民法第二百二十七條之一。民法二百二十七條之一本身賦予病人可以請求精神上損害賠償，將會是他日醫師契約責任的一個重要的條文。

# 肆、醫師對病人的法定義務

除了契約上的義務以外，在醫病關係中醫師對病人尚有法定義務，包括公法上之職業義務以及民法上侵權行為責任。甚至若醫師與病人之間未成立契約關係，彼此之間還是會有法定責任，依公法上規定醫師對於病人有一定之公法上義務，例如親自診斷、手術同意書之執行義務、病歷記載與保存義務、轉診義務、緊急救助義務。由於這些義務本身都是以保障病人基本權益為目的，所以若醫師違反此法定義務，進而造成病人受有損害，則醫師對於病人也有侵權行為法的損害賠償責任。侵權行為法之規定本身係針對所有每一個生活在人類的共同上會裡的成員，必須注意到不傷害他人的生活義務，並包括其他法律賦予之義務維持。例如走路不要撞傷人。但是，社會的型態多樣，一般法治國對於專家在施行專業行為時會要求更高的注意義務。例如：醫師的醫療行為。所以一些職業行為不被嚴謹進行，通常也會成立侵權行為責任。

## 一、對病人生命身體完整性的擔保

此義務不是來自于醫師的職業，而是每一個人對其他人應有的義務，僅是其注意義務，醫事人員因為職業關係會負一個比較高之注意義務。如果違反，則有民法第一百八十四條第一項的責任問題，除此之外還有刑法上的責任問題。因為生命、身體乃每個人的絕對權利，法律有加以保障之義務。

## 二、親自診療

醫師非親自診療，不得施行治療、開給藥方或交付診斷書（醫師法第 11 條）。

## 三、轉診義務

診療行為基於雙方的誠意與信賴，因此醫師為診療行為時，應有最善意 (Utmost good faith) 為之的義務，如果依其職業上應有技能及注意義務程度，足以發現或應發現病人的症狀，已逾其能力或設備之範圍，應將其真實告知病人，並加以轉診，以免延誤病人的就醫時間（醫療法第 73 條）。

## 四、說明義務

因為醫療行為的施行對象為人體，涉及基本人權的問題，而基本人權的保障是法律的基本任務，因此有義務對病人說明其醫療行為施行相關事項。即主要的法定義務有：

### (一) 一般說明的義務（醫療法第 81 條）

每個人有權利也有義務知道自己身體的狀況，因此醫師對病人的病情有說明的義務。

### (二) 手術施行的說明義務與病人的手術同意權（醫療法第 63、64 條）

手術的施行對象是身體，因此對身體的完整性會有必要性的短暫性侵害。另外，手術的施行帶有一定的危險性，危險若發生，病人是危險的承受者，所以必須病人知道手術的利弊，決定是否願意接受此風險。也就是所謂的病人的同意權的表現。

### (三) 安全說明的義務

因為醫療行為施行的對象為活的人體，縱使醫師的診斷正確且使用的醫療方法與用藥，皆符合當時的醫學水準的要求。病人是否可以治癒，仍具有許多人為或自然的變數。自然的變數非醫師之能力所能可避免的，但是人為因素，例如病人需配合的部分，醫師可以透過對病人的說明避免危險的發生。譬如：用藥方法。（醫師法第 13,14,19 條，醫療法第 66 條）。如果醫師未盡應的說明義務，造成病人的損害，醫師的醫療行為仍屬醫療錯誤且有過失。

## 五、守密義務

醫師也有可能因醫療行為知悉病人個人的隱私。個人隱私為每個人的人格權之一，基本上醫師不應讓病人以外的第三人知悉，法律對其有明文規定（醫師法第二十三條、醫療法第 72 條）。醫師之間常會彼此討論病情，原

是無可厚非，但是有時不小心會將病人的個人隱私傳出去，例如在電梯間的討論。

## 六、病歷記載之義務

醫師執行業務時，應製作病歷，記載病人姓名出身年月日、性別、住址、職業、性別、病名、診斷及治療、診療之年月日等情形（醫師法第十二條、醫療法第 67-70 條）。

## 七、違反醫病關係中法律上義務的法律上效果

1. 民事上責任：民法第一百八十四條第一項、第二項。民法第一九一條之三？
2. 刑事上責任：生命法益侵害的責任刑法第二百七十一條（不真正不做為犯）第二百七十二條。  
身體法益的侵害的責任，刑法第二百七十七、二百七十八、二百八十四條。  
告訴乃論罪。  
變更病歷的法律上責任：偽造變造文書罪？刑法二百一十條以下。

## 八、其他因醫師職業特殊性而產生的職業上的義務及其法律上關係

1. 醫師行使公權力的救助義務：醫師法第二十四條  
醫師行使公權力的醫療行為，不因公權力的行使而降低應有的專業注意義務，但是若導致病人損害時，因為公權力的行使，所以會有國賠之問題。例如強制治療或隔離不當所導致之傷害。
2. 醫師的一般緊急救助義務：醫療法第 60 條、醫師法第二十一條、緊急醫療救助法第三條等。其違反時的法律上責任刑法第二百九十四條（真正不做為犯）
3. 行使公權力的醫療上的行政處分：精神衛生法（第二十一條以下）與傳染病防治條例（第二十九條）的強制治療

## 九、無因管理的醫療行為之特質與效力

醫師對於喪失意思表示能力或無意識能力的病人，而其家屬又無法立即到達，在施行醫療行為急迫性之下所施行的醫療行為為民法上所謂的無因管理。其間的法律關係原則上依無因管理法之規定（民法第一百七十三條至第一百七十五條）。而醫師可以依民法第一百七十六條向病人請求其所支出的費用。至於醫師的診療費其法律基礎比較有爭議，不過一般仍認為因為醫師之醫療行為本來即屬於經濟活動，基於工作而行使之無因管理，應該也可以請求診療費。其實此問題在全民健保制度下，問題不大，但是若是游民，本來即無健保身分，可能就會有此問題。

## 伍、不同醫療基礎下之「醫療過失」

### 損害賠償責任

#### 一、醫療契約基礎下「醫療過失」之法

#### 律責任

1. 醫病間醫療契約
2. 各種保險契約下之醫療約款——第三人利益與第三人負擔之醫療契約
3. 醫療契約基礎下「醫療過失」法律責任之相關問題

(1) 「故意或重大過失不得預先免除」原則與免責約款的關係：原則上，雖然是契約自由原則，但是醫師不能透過契約免除其重大或故意的法律上責任。至於，醫師或醫院可否依民法第二二四條第二句與第二二二條的規定與病人透過契約免除輕過失的法律上責任？對此國內學說有爭議，雇用人（亦即醫院）對其契約上責任，可否透過契約約定，免除輕過失的法律責任？通說可以，因為此約定僅是免除契約上的責任，但是法定的侵權責任並不受影響。另有一說認為不可以，醫師對病人應仔細小心治療病人乃是醫師的公法上義務，公法上義務不能透過契約免除。

(2) 契約責任與侵權責任能否競合或併存之問題：原則上有三說，通說

與實務見解認為兩者可同時存在，但病人應擇一有利的請求權基礎請求其損害賠償。

(3) 損害賠償範圍的問題：契約與侵權行為法責任依新法（民法二二七條之二）的規定已經沒有差異。有非精神上與精神上的損害賠償的問題。理論上有損害才有賠償，而以填補損害為原則。但消保法有懲罰性賠償金。

## 二、無因管理下「醫療過失」之法律責任

- (一)無因管理與侵權行為責任能否競合或併存之問題
- (二)有益費用之償還與加害行為之賠償問題
- (三)本於法令或處分基礎下「醫療過失」之法律責任

## 第二講 醫事相關之刑事責任

### 壹、概說

刑法是立法者針對一些維持社會秩序所要求必要行為規範，要求每一各社會份子必須遵守之不作爲(作爲犯)或一定作爲(不作爲犯)。因爲刑法會影響受罰個人之行為自由，所以基本原則爲罪刑法定主義，只要行為人之行為符合法定構成要件，而其行為人之行為具有違法性與有責性，則行為人之刑事責任有可能成立。專業職業者對於其執行業務之行為除與所有一般權利主體同，接受一般刑法之規範外，特殊行業會因一定職業規範也可能會有特殊刑事責任。尤其是醫事人員因其工作性質常會與個人或社會秩序或公益有關而有特別刑事責任，散佈在職業法規中之特殊規範，而屬於例外情形<sup>2</sup>，但其相關規定不多，原則上各相關職業規範仍以行政罰爲主。因爲若屬於個人重要法益之保護，則回歸刑法規定，也屬於一事不二罰原則，毋庸爲重複規定，除非有正當理由認爲有必要加重處罰，不然還是回歸刑法規定即可，因此各職業法規大多規定行政罰，附規定若行為人之行為有違反刑法規定，移送司法單位處罰。然仍有些屬於重要公益問題，而刑法本身並未規範，則在

<sup>2</sup>例如醫師法第 28 條、人工生殖法第 30、31、36 條。

相關職業規範有規定，這比較會出現在新型科技領域，在我們未能完全預見其危險性，但又有需要其繼續進行，對於一些重要公益可能會未來人類之情形會有比較嚴苛之規定，像人工生殖法中對於胚胎處理與使用與買賣，則有比較嚴苛之特別刑法規定。因此刑事責任仍以刑法規定為主。胚胎處理與違法使用之刑事責任（公益性質）：人工生殖法第 30 條<sup>3</sup>。

1. 一般刑事上責任：

a. 生命法益侵害的責任刑法第二百七十一條（不真正不做為犯）、第二百七十二條。

b. 身體法益的侵害的責任，刑法第二百七十七、二百七十八、二百八十四條。告訴乃論罪。

c. 變更病歷的法律上責任：偽造文書罪？刑法二百一十條以下。

2. 特別刑事責任：密醫之刑事責任，醫師法第 28 條

## 貳、「醫療錯誤」與「醫療過失」

從上述說明可知一般醫師施行醫療行為比較可能涉及刑法，應屬一般刑事責任，亦即過失致人於死或過失傷害之情形。因此，醫師之刑事責任與民事責任同，都需要有醫療過失存在為前提。但在判斷是否醫療過失之前，必須先有醫療錯誤存在。如果醫師有醫療錯誤時，而該錯誤失產生違反醫學上所承認的醫療方法或醫療水準，則其醫療錯誤可以斷定其醫療行為有錯誤。因此，在判斷醫師是否有民法或刑法上責任時，醫療錯誤的認定非常重要。當時之醫療水準在醫事責任法中，通常有雙重意義。其一，當時醫療水準為判斷醫療錯誤之標準。醫師對於病人有法律責任的前提之一，必須有醫療錯誤。醫師的醫療行為若不符合當時醫療水準時，則有醫療錯誤。其二，當時醫療水準為判斷醫療過失之標準。由於注意程度客觀化，醫師被要求一切符合該科當時的醫學水準的醫療行為，是客觀上被要求應注意能注意而未注意，而何謂應注意能注意，就醫師的醫療行為而言，因為屬於專業行為，所以所謂應注意能注意，則依當時醫療水準所達之醫療技術與品質為判斷標準作為要求醫師之準則，既然當時的醫療水準屬於可以注意到危險，也屬於可避免之危險，即是應該注意能注意。若醫師未能達到此標準，即為未注意。所以醫療行為若未符合當時醫療水準時，即屬於應注意能注意而未注意之情形。即指依當時醫療水準應注意能注意該能注意到的。如果醫師有醫療錯誤的情形，也就是醫師在治療病人時，能注意而未注意當時的醫療水準的要

<sup>3</sup>例如違法為禁婚親之精卵子結合、以專供研究之生殖細胞或胚胎為人工生殖、以無性生殖為人工生殖、無遺傳醫學理由選擇性別之人工生殖、使用培育超過七日之胚胎之人工生殖、每次植入五個以上胚胎之人工生殖、使用混合精液之人工生殖、使用境外輸入之捐贈生殖細胞等，或者中介買賣精卵生殖細胞。

求，所以通常也有醫療過失的情形。

## 一、定義

所謂醫療錯誤係指醫療關係存續中，所有不符合當時醫療常規要求之醫療行為。至於是否符合醫療常規要求，以當時的該專科所應有的醫學水準為判斷標準。但並不是所有未對症下藥之醫療行為即是醫療錯誤。所以認定醫療行為是否有錯誤，則應由病人主訴之症狀，以及相關之檢驗結果，依當時醫療水準醫療一般該專科醫師會為之標準治療，雖然不一定對症下藥，但是若為當時標準治療行為，仍為符合醫療水準之醫療行為。但是若該醫療行為未能幫病人減輕症狀，而依當時醫療常規應該為進一步之檢查或診斷時，若該醫師未為進一步檢查或檢驗個人之診斷時，即有可能有醫療錯誤之問題。

原則上，醫師應該選擇最有利於病人的醫療方法。亦即，醫師應該衡量醫療行為的治癒可能性與可能帶來的後遺症，選擇最有利於病人的方法為之。如果醫療行為的施行越具緊迫性，病人因不治療所需承受的痛苦更多，而其他方法得成功率更低，則該醫療行為雖然具有更高的風險，但醫師仍可以冒此風險為病人治療。

## 二、醫療過失

所謂醫療過失，係指醫師依當時醫療水準，應注意能注意未注意之情形。所謂注意義務在於避免可預見之危險發生，所以應注意能注意未注意，即指依當時醫療水準可以預見之危險，醫師應該注意避免危險發生。但並不是所有能預見或已預見之危險，醫師都有義務避免發生，有些危險屬於醫療行為本來之風險，例如藥物之副作用，屬於已經預見之危險(除非是新藥未知之副作用)，這時醫師之注意義務在於依當時醫療水準能避免之危險有義務避免，若無法避免之危險，則無法要求醫師有避免危險之義務，因此應注意能注意而未注意之情形始有過失之成立。因此已預見之危險若真的產生，醫師如果已盡該有的注意與預防的工作，仍不能避免該危險的產生，醫生的醫療仍沒有醫療過失之情形。

但醫事責任法中要求醫師的是一個專業客觀的注意義務，個人的主觀上的能力，原則上在民事責任沒有意義，例如新手醫師。新手應有的醫療水準與其他有經驗之同科醫師一樣。但是如果個人注意能力比一般專科醫師高，則可能提高其注意義務例如教學醫院的教授被要求的水準，可能比較



高。至於刑事責任，雖然以行為人主觀注意義務為主，亦即以醫師個人之注意能力為斷。但是也不是完全以個人之注意能力為斷，由於為專業行為，所以其判斷上仍以一般當科醫師之平均注意能力為斷，僅可能在特殊情形對於新手醫師部分，可能會有所不同，只要該危險避免屬於應注意且能注意之情形，而未避免，則仍可以成立過失。

### 三、發生醫療錯誤與醫療過失之主要可能原因或類型

(一)未具備符合當時醫療水準之知識（所以醫師隨時再進修之義務）

(二)未具備符合當時醫療水準之設備

(三)醫療行為因過失而未符合當時醫療水準之基本要求

(1)違反注意義務（預見義務與迴避義務）：醫師應仔細診斷與為必要的檢查。在醫療過程中醫師有義務迴避一切能預見的危險。

(2)違反說明義務：原則上醫師有醫療自由裁量權，也就是選擇他認為安全有效以及他比較有把握的醫療方法。但是醫師必須對病人說明其所選擇的醫療方法，尤其是如果個個方法各有不同的可能危險性，應該讓病人知悉，以便病人依自我決定權為之。例如沒有特殊理由，一般醫師可決定自然生產讓孕婦生產，如果醫生決定剖腹生產，則應告訴病人另一種生產可能性。例如胎兒有可能過大，以致一般產科醫師會考慮剖腹採生產方式，若醫師未注意仍選擇自然生產方式，若危險發生則醫師可能即會有醫療錯誤與醫療過失之情形。不論醫師依專業裁量選擇之醫療方式如何，醫師都有義務對病人說明，即告知義務，以便病人行自我同意權。

(3)違反轉診義務：雖然醫師可以選擇自己最有把握的醫療方法，但是前提是不違背病人的最佳利益原則。如果其他方法對病人最有利，而自己能力不足或設備不足，醫師必須將病人轉診，否則有違反轉診義務之情形，即所謂之轉診過失。

(4)違反應招義務：對於一般病人之應召義務，醫師法並無規定，基於私法自治醫師當然也可以選擇病人。對於急診病人，則醫師法第 21 條規定，醫師無論如何有先急救的義務。當然此急救義務之成立，也需醫師知（知病人需要被急救）而客觀上可能（例如當好在場）。因此若於非門診時間，急診病人求診，醫師只要在場，而當時客觀上可能施行急救，即應須施行必要緊急措施，然後再幫忙轉診（醫師法第 21 條 「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救至或採取必要措施，不得無故拖延。」。若非門診時間，若有病人求診，原則上醫師必須先幫忙看診，為急救措施，然後再為轉診措施）。例如：邱小妹案。

## 四、醫療過失之類型:

依違反法規之規定，吾人大致可以將醫療過失大致分為

1. 行政過失。雖然行政罰亦以過失為原則，但是行政罰重點在於遵守規定，若有違反規定，則推定義務違反者有過失，除非行為人能證明無過失，否則即有行政罰問題。
2. 民事過失：民事上過失以各該專科醫學水準上客觀注意可能性為判斷標準。相較於刑事責任，民事責任不在於對於行為人個人之行為非難，而是損失之合理分配與在分配，亦即風險分散問題，因此要求醫事人員一個比較嚴苛之注意義務，可以重新分配風險，對於病人之損害填補比較有保障。
3. 刑事過失：則以個人的注意能力為判斷標準。以主觀注意能力為判斷。如此之標準也會比較適宜，因為刑罰涉及對於個人行為之非難，所以應以主觀注意能力為標準為宜。

## 五、醫療過失的認定基準

醫療過失之認定標準基本上又可依個別醫師之科別、所處區域、醫院之層級而有不同:

## (一)醫學分科與醫療過失

1. 醫療體制與專科醫師
2. 專科醫師之過失
3. 非專科醫師之過失

## (二)醫療注意能力

1. 預見能力（臨床經驗累積之預見能力）
2. 迴避能力（醫學上不安全或尚不穩定技術或藥品使用之迴避）
3. 醫療裁量之妥當：原則上醫師有裁量上的自由，亦即有醫療上自由裁量權，但原則上必須選擇對病人最有利最安全的醫療行為。配合醫師的自由裁量權，醫師對病人有說明義務。
4. 醫學新知及其欠缺：醫師有隨時接受再進修之義務。
5. 醫療意外或併發

## (三)可得期待之醫療水準：醫師所負的醫療行為必須

符合醫療水準。

1. 當時與當地之醫療水準：醫療水準的判斷以醫療行為施行的當時為判斷標準，另外，醫療行為施行的所在地，有時也是考慮的原因，例如地處偏僻，當地的醫療設備常有事實上不可能與大城市的醫院相比。因此，在判斷醫師所應負的醫療水準常會考慮，醫療當時的醫療設備，醫師依此醫療設備能盡到如何程度的醫療水準。但是如果所有的醫療設備不足以為適當的醫療行為，醫師必須先做一些緊急必要的措施，然後將病人轉診。

2. 醫院分級與醫療水準：醫療水準雖然是以一般該專科醫師的醫療水準為標準，原則不考慮醫師個人的能力問題，所以新手不能以其為新手經驗不足為理由，主張其已盡其能盡的注意。但是如果施行醫療行為的當事人有高於一般醫師的注意能力時，則醫師應負更高的注意義務，例如，教學醫院的教

授，大型醫院的主治醫師等等。

3. 醫師分科與醫療水準：醫療水準是以一般該專科醫師的注意能力為標準。
4. 醫師執行業務時之裁量性

## （四）醫療過失的認定機關與程序

由於醫療錯誤或醫療過失皆以當時醫療技術與水準為判斷標準，所以其成立之認定通常也會藉由專業之醫療鑑定為判斷。基本上法官為判決時會尊重專業之醫療鑑定結果，除非該鑑定結果不符合心證法則，無法說服法官，此時法官原則上必須送第二鑑定。

# 參、醫療過失與因果關係之判定

醫師無論是民事上的損害賠償責任，或是刑事上的業務過失致人於死罪（結果犯）的法律上責任，皆以結果與其行為有因果關係為責任成立的前提要件。因此，因果關係的確定在醫師法律上責任非常重要，也常是決定醫師是否負法律上責任的決定因素。

- 一、 不同醫療責任是否適用不同之因果關係標準（條件說或可能說、原因說、相當因果關係說、因果關係不要說、危險關係說、重要說、因果關係中斷說、禁止溯及、客觀歸屬理論、疫學的因果關係理論……）
- 二、 法律上之因果關係理論與（自然）科學上之因果關係理論：法律上因果關係會加以價值判斷認定，依當時經驗法則判斷，加害行為對於結果之發生是否有相當因果關係存在。

以邱小妹案為例。醫院之醫療行為介入時，是否中斷因果關係，應視情形而定，倘被害人所受傷害，原不足引起死亡之結果，嗣因醫療錯誤為死亡之獨立原因時，其因果關係中斷，如被害人係因行為人之傷害行為引發疾病，嗣因該疾病致死，縱醫師有消極之醫療延誤，而未及治療，乃醫師是否應另負過失責任問題，與其行為無影響，其傷害行為與死亡結果仍有因果關係。（95年台上第219號）。

在病人疾病與醫師延誤治療間之因果關係，也是最難認定之部分，醫師之延誤治療或因錯誤診斷而延誤治療之醫事責任，常因因果關係無法確認而不負刑事上責任。

## 肆、醫療過失之否定與歸屬及分擔

### 一、醫療過失之否定

(一)被容許之危險理論

(二)信賴原則

### 二、醫療過失之競合

1. (一行爲人之) 複數過失
2. (同一醫療行爲人之) 過失競合
3. 監督過失 (民法第 188 條第一項)
4. 複數醫療之醫療過失 (共同過失、複數醫師之醫療過失、醫師與醫療輔助人員之共同或接續過失)
5. 患者或其家屬與醫療過失之競合：此問題的實益性只在於民事上的損害賠償責任。刑事上重點只在懲罰行爲人的違法行爲，至於被害人的過失不是罪是否成立的決定因素，僅可能法官在量刑上參考的因素。

## 伍、不同醫療基礎下「醫療過失」之 刑事責任

醫療過失在刑事責任上的法律問題 (一)：業務過失之認定

醫療過失在刑事責任上的法律問題 (二)：業務過失責任加重問題

# 第三講 醫事相關之行政責任

## 壹、前言

醫療法律基本體系屬於行政管理性質，乃主管機關基於子促進健全國內醫療環境與醫療事業之發展，合理分配醫療資源，提高國內醫療品質，保障病人之管理規範。因此，基本上醫療相關法規可謂以公法上之規範為主。由於屬管理性規範，並非所有規範接有法律上責任效果，僅在重要之公法上義務違反時，在各法規之後訂有行政責任之規範。由於範圍很廣，在此謹以醫療法與醫師法之相關行政責任說明加以說明。謂方便說明醫事行政責任，以醫療法與醫師法所規範之公法上義務加以說明。而公法上義務違反之法律效果可分三方面說明：一、公法上之行政上罰鍰與懲戒規範；二、公法上義務違反之民事上法律效果；三、公法上義務違反之刑事上法律效果。

## 貳、主管機關

醫療法規之對象主要為醫療院所，而醫師法之規範對象為醫師，皆屬於屬於醫政事項。其主管機關中央為行政院衛生署，在直轄市為直轄市政府；在縣(市)為縣(市)政府，此即為衛生行政主管分立，由中央與地方衛生機關掌理。中央衛生主管機關行政院衛生署，依「行政院衛生署組織法」規定，衛生署掌理全國衛生行政事務，對於直轄市及縣(市)衛生機關執行本署主管事務有指示、監督之責(行政院衛生署組織法第2條)。就主管事務，對於直轄市及縣(市)政府之命令或處分，認為有違背法令或逾越權限者，得報請行政院廢止或撤銷之。行政院衛生署設醫政處，掌理下列事項(組織法第4、6條)：

- 一、關於醫事法令之研擬、解釋及督導執行事項。
- 二、關於醫事人力之規劃、控制及協調事項。
- 三、關於醫事人員資格之認定、給證事項。
- 四、關於醫事人員管理、輔導、獎懲及繼續教育督導事項。
- 五、關於各類醫事專科分科、甄審事項。
- 六、關於醫事團體目的事業之監督、輔導事項。
- 七、關於醫事機構設置許可之調節事項。
- 八、關於各類醫事業務之管理、輔導及獎懲事項。

- 九、關於醫事品質、醫事倫理之促進事項。
- 十、關於醫事技術之促進、管制及輔導事項。
- 十一、關於緊急醫療救護制度之規劃、推動事項。
- 十二、關於精神醫療、心理衛生與藥癮戒治之規劃、推動事項。
- 十三、其他有關醫事管理事項。

此外，為加強醫政管理諮詢功能，有效解決醫事爭議事項，明定中央及地方衛生主管機關應設置「醫事審議委員會」，負責：

- 一、醫療制度之改進。
- 二、醫療技術之審議。
- 三、人體試驗之審議。
- 四、司法或檢察機關之委託鑑定。
- 五、專科醫師制度之改進。
- 六、醫德之促進。
- 七、一定規模以上大型醫院設立或擴充之審議。
- 八、其他有關醫事之審議。

醫療法中所規定之罰鍰，於財團法人由財團法人負責，非財團法人之私立醫療機構(主要為一般私立醫院或診所)，處罰其負責醫師。醫療法所規定之罰鍰、停業及撤銷開業執照，基本上由地方衛生主管機關處罰之，即由直轄市衛生局或縣市衛生主管機關處罰之。

## 參、處罰對象

醫療法處罰對象包括公立、私立及財團法人之醫療機構，有關醫療廣告之處罰對象，如屬於私立之醫療機構，尚包括負責醫師(醫療法第 115 條)。至於醫療機構依醫療法第 3-7 條之規定，分公立醫療機構、私立醫療機構、財團法人醫療機構及教學醫院。至於軍事機關所屬醫療機構，設有民眾診療機構者，依醫療法第 118 條規定，亦受醫療法之規範。

## 肆、醫療機構

所謂醫療機構，係指係指供醫師執行醫療業務之機構，包括公立醫療機構、私立醫療機構、財團法人醫療機構及教學醫院(醫療法第 2 條)。公立醫療機構，係指由政府機關、公營事業機構或公立學校所設立之醫療機構(醫療法第 3 條)。私立醫療機構，係指由醫師設立之醫療機構(醫療法第 4 條)。例如

一般私人診所或私立醫院。醫療機構必須設置醫療機構應置負責醫師一人，對其機構醫療業務，負督導責任。私立醫療機構，並以其申請人為負責醫師。(醫療法第 18 條)。

醫療法人，則包括醫療財團法人及醫療社團法人。所謂醫療財團法人，係指以從事醫療事業辦理醫療機構為目的，由捐助人捐助一定財產，經中央主管機關許可並向法院登記之財團法人。至於醫療社團法人，係指以從事醫療事業辦理醫療機構為目的，經中央主管機關許可登記之社團法人。

此外，還有所謂法人附設醫療機構，法人附設醫療機構係指下列醫療機構：

- 一、私立醫學院、校為學生臨床教學需要附設之醫院。
- 二、公益法人依有關法律規定辦理醫療業務所設之醫療機構。
- 三、其他依法律規定，應對其員工或成員提供醫療衛生服務或緊急醫療救護之事業單位、學校或機構所附設之醫務室。(醫療法第 6 條)

最後醫療機構尚包括教學醫院，教學醫院係指其教學、研究、訓練設施，經依本法評鑑可供醫師或其他醫事人員之訓練及醫學院、校學生臨床見習、實習之醫療機構。

目前實務之醫療機構類型主要有：有病床收治病人之醫院(包括綜合醫院、醫院、專科醫院、慢性醫院、精神科醫院、中醫醫院、牙醫醫院)、僅應門診之診所(專科診所、一般診所、中醫診所及牙醫診所、聯合診所，但門診得設置九張以下之觀察病床，婦科診所得設置十張以下產科病床)、其他醫療機構(捐血機構、病理機構以及其他非以直接診治病人為目的而由醫師辦理醫療保健業務之機構)。

## 伍、公法上義務

### 一、醫師法上之重要公法上義務

#### (一) 管理性質之公法上義務

職業、歇業、停業登記義務(8I、10)、職業區域限制義務(8 之 2)、繼續教育義務(8II)、加入公會義務(9)、遵守醫療倫理義務(內容包括不利用業務機會為違法行為、維護醫療品質、避免過度用藥與治療行為，參考醫師法第 25 條)、遵守收費規範義務(20)、聽從指揮義務(24)



## (二) 同時保障病人權益之公法上義務

1. 說明義務(告知後同意 12-1，安全說明義務 14)
2. 親自診斷義務(11)
3. 依法開立證書義務(17)
4. 病歷義務(12)
5. 保密義務(23)
6. 緊急救助義務(21)
7. 鑑定忠誠義務(22)
8. 適當使用藥物，避免濫用管制藥品及毒劇藥品(19)

## 二、醫療法上之重要公法上義務

### (一) 管理性質之公法上義務

接受主管機關管理義務(12-20 包括開業申請(15)、設立及擴充申請核准(14)、名稱使用核准(17)、設置負責醫師(18、19)、停業歇業(23)、依收費標準收取費用義務(22)確保醫療環境義務(24)意外防免之安全措施義務(25)向主管機關報告義務，並配合主管機關檢查及資料收集義務(26)醫療法人財務報告義務(34)社會義務(77)避免不當醫療廣告義務(第五章規範)

### (二) 同時保障病人權益之公法上義務

- 適當硬體軟體設備(56)
- 醫事人員監督義務(57)
- 健全人事組織義務(58、59)
- 緊急救助義務(60)
- 醫療品質管控義務(62)

說明義務(手術及麻醉告知後同意義務(63)、侵入性檢查及治療告知後同意義務(64)、病理檢查結果告知義務(65)、安全說明義務(66、81)病歷義務(製作義務(67)、病歷製作監督義務(68)、保存義務(70)、病歷交付診治醫院義務(74)

- 病人閱讀病例權益保障義務(71)
- 保密義務(72)

轉診義務(73)  
出院追蹤義務(75)  
證書給付義務(76)  
遵守人體試驗規範義務(78、79、80)  
醫療業務必要注意義務(82)

## 陸、違反公法上義務之行政法律上責任

### 一、醫師法

#### (一) 應交懲戒委員會懲戒之義務違反

##### 1. 應交付懲戒委員會之行爲如下

- a. 業務上重大或重複發生過失行爲。
- b. 利用業務機會之犯罪行爲，經判刑確定。
- c. 非屬醫療必要之過度用藥或治療行爲。
- d. 執行業務違背醫學倫理。
- e. 前四款及第二十八條之四各款以外之業務上不正當行爲。

##### 2. 交付醫師懲戒委員會懲戒(醫師法 25 條)

違反醫師法第 25 條交付醫師懲戒委員會懲戒。醫師懲戒委員會應將移付懲戒事件，通知被付懲戒之醫師，並限其於通知送達之翌日起二十日內提出答辯或於指定期日到會陳述；未依限提出答辯或到會陳述者，醫師懲戒委員會得逕行決議。被懲戒人對於醫師懲戒委員會之決議有不服者，得於決議書送達之翌日起二十日內，向醫師懲戒覆審委員會請求覆審。

### 3.懲戒執行單位

由主管機關執行醫師懲戒委員會、醫師懲戒覆審委員會之懲戒決議，應送由該管主管機關執行之。

### 4.醫師之懲戒方式如下：

- 一 警告。
- 二 命接受額外之一定時數繼續教育或臨床進修。
- 三 限制執業範圍或停業一個月以上一年以下。
- 四 廢止執業執照。
- 五 廢止醫師證書。

前項各款懲戒方式，其性質不相牴觸者，得合併為一懲戒處分。(25-1)

## (二) 處以罰鍰(醫師法 27、28-2 條)

### 1. 處新台幣二萬元以上十萬元以下罰鍰

- a. 除了罰鍰之外，並限期改善，屆其未改善，得連續處罰
- b. 義務違反項目:8I 職業登記、8II 繼續教育、8-2 職業區域之限制、9 加入公會義務、10I,II 違反歇業、停業及變更執業處所或復業之規範；違反親自診斷義務(11)、非親自檢查交付死亡證書(11-1)、病歷義務(12)、依規定交付及製作醫療處方(13)、違反安全說明義務(14)、違反證書交付義務(17)、不當使用管制藥品或毒劇藥品(19)、違反收費標準(20)、違反緊急救助義務(21)、違反鑑定忠誠義務(22)、違反保密義務(23)、違反聽從指揮義務(24)

### 2. 處新台幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰

- a.除罰鍰之外，得並處限制執業範圍、停業處分一個月以上一年以下或廢止其執業執照
- b.情節重大者，並得廢止其醫師證書:
- c.處罰行為:
  - 一 執行中央主管機關規定不得執行之醫療行為。
  - 二 使用中央主管機關規定禁止使用之藥物。
  - 三 聘僱或容留違反第二十八條規定之人員執行醫療業務。

- 四 將醫師證書、專科醫師證書租借他人使用。
- 五 出具與事實不符之診斷書、出生證明書、死亡證明書或死產證明書。

## 二、醫療法

醫療法主要規範對象為醫療機構，但醫事人員相關行為也在規範範圍

### (一) 對醫療機構之處罰

#### 1. 處新台幣五萬元以上二十五萬元以下罰鍰

15I 違反開業申請登記義務、17II 非醫療機構使用醫療機構或類似名稱、22II 違反收費標準，超額或擅立收費項目收費、23II 遷移未依設立或開業之規定、23III 復業違反開業之規定、57 應監督所屬醫事人員，依各該醫事專門職業法規執行業務、61 不得以不正當方式招攬病人、63I 違反手術麻醉告知後同意義務、64 違反侵入性檢查醫療行為之告知後同意義務、72 違反保密義務、85-86 違反醫療廣告規定、62II 未建立完善醫療品質制度、93II 違反使用具有危險性醫療儀器之管理規定

#### 2. 違反第 85、86 條

違反第 85、86 條醫療廣告之規定者，處罰鍰醫外，並得處一個月以上一年以下停業處分或廢止其開執照，並由中央主管機關吊銷負責醫師之醫師證書一年

##### a. 規範行為

- (a) 內容虛偽、誇張、歪曲事實或有傷風化。
- (b) 以非法墮胎為宣傳。
- (c) 一年內已受處罰三次。

#### 3. 吊銷負責醫師醫師證書

受廢止開業執照處分，仍繼續開業者，中央主管機關得吊銷其負責醫師之醫師證書二年。

## 4. 不得於原址或其他處所申請設立醫療機構

受廢止廢止開業執照處分者，其負責醫師於一年內不得在原址或其他處所申請設立醫療機構。

### (二) 對醫事人員之處罰(107)

#### 1. 處以罰鍰

61II 利用業務機會，獲得不當利益、62II 違反特定醫療技術、檢查、檢驗或醫療儀器，規定其適應症、操作人員資格、條件及其他應遵守事項、64I 違反告知同意義務、64I 違反侵入性治療之說明義務、68 違反病歷記載義務以及增刪規定、72 違反保密義務、78 違反人體試驗規定以及 79 告知後同意、93II 違反危險遺棄之管制規定。

#### 2. 並依各該醫事專門職業法規規定懲處

除處以各該條罰鍰之外，若有觸犯刑事法律者，並移送司法機關辦理。並依各該醫事專門職業法規規定懲處之。

## 柒、違反公法上義務之民事上責任

違反公法上義務之民事責任，在民事責任中，主要顯現在侵權行為。而侵權行為類型主要有三種：第一種是狹義侵權類型；第二種是背俗侵權類型；第三種是違法侵權類型，其中第二種背俗侵權類型，因為須以背俗為方法，侵害他人利益，並造成他人受有損害，由於醫療糾紛通常涉及是醫療疏失問題，比較無故意傷害之情形，所以在醫療糾紛中比較少見。但是第一種與第二種，則是非常可以想像的。由於醫療糾紛通常會有對世權受到侵害，所以第一種狹義侵權行為為主要責任基礎。但是公法對於醫療體系之行政管制屬於多且繁細之情形，這麼多的行政規範或職業規範要求，不乏同時以保護個人權益為目的，因此民法第 184 條第 2 項也可能是醫療院所之侵權行為責任法律基礎。

其次，醫院所提供的是，不是單純醫療行為，而是組織，醫院以組織獲取利潤，而不是單純提供醫療行為，醫療行為僅是其營業活動（提供醫療環境組織）下之進行過程與結果，但其真正營業活動在於提供組織，所以醫院

真正應該負責之不僅是對於醫療疏失行為負連帶責任，而是對於自己的獨立營業行為負賠償責任，而且醫療疏失，背後真正原因經常是醫療組織問題。而從醫療法之規定，吾人也可以發現，醫療法賦予醫療機構之義務重點也在於組織義務。因此，個人認為在侵權行為之法律效果，也可能是交易安全義務。若果真可以建立醫療院所之交易安全義務，則可以相當抑制醫療意外發生，例如北城醫院事件，雖然拿錯針劑之護士有個人疏失問題，但是若醫院對於藥物使用三校五對制度確實監督與執行，護士在標準作業程序，本來即須進行，醫院不能以三校五對是護理基本教育，不用講也知道，問題是醫院之制度是否有貫徹之監督制度？(醫療法第 57 條)若醫院有，一個新手護士大概不至於犯此錯誤，在其詢問時，另一個有經驗護士也會確實三校五對，當初的悲劇就不會發生。我國未來實務惟有確實承認醫院之組織服務為其真正營業行為，才可能扭轉今日如此多之醫療疏失。

交易安全義務之建立其中一部分係由其他法律或規範之規定，今日社會公法上法令之規定幾乎深入所有領域，尤其是職業領域，例如醫事責任，可謂其中之代表。若所有公法上規範都成為違法類型之侵權行為，將會使違法侵權行為過度膨脹，另一點問題，即是會產生責任義務人之賠償範圍過於大，擴及純經濟損害。因此個人也比較傾向將交易安全義務定位在民法第 184 條第 1 項。所以醫療法上對於醫療機構所賦予之組織義務，將之定位為一般侵權行為比較適合，因為組織義務，亦即所謂交易安全義務之內容，不全是法條規定，法條規定僅是其中一部份，交易安全義務之重點還是在於一般侵權行為之基本原則，「不應傷害他人原則」。而且交易安全義務除了法規上可能有相類之規定外，其成立基礎還在雙方之信賴基礎上，認為若雙方之接觸比一般人之密度更高，應賦予持有危險源或可控制危險之人，更高之危險控制義務，因此，此義務基本上也不待法條之規定，僅是法條規定使得交易安全義務之建構更有其法律基礎。交易安全義務因責任義務人範圍清楚，同時也屬於過失責任，所以基本上仍可以維持合理之行為自由空間，賦予責任義務人交易安全義務，對於責任義務人不至於有不合理之期待與要求。而且，交易安全義務可以隨者危險源類型分別發展其義務內容，使其義務內容更周延，以達危險避免之目的。所以將醫療院所之組織義務直接定位為交易安全義務而為一般侵權行為類型，可以隨著案例類型增加，而類型其義務內容，可以補充周延公法上不足之規定。

因此，基本上可以將醫療法與醫師法主要分為兩種類型，一種是交易安全義務，主要是一個概括的義務內容，可以透過案例之發展而周嚴其義務內容；另一個是保護他人法律，若該規定屬於比較各別之規定，係立法者基於職業倫理以及對於個人之利益特別保障而規定，無法將之歸於交易安全義務內容者，屬於民法第 184 條第 2 項之範圍。

# 一、交易安全義務

## (一) 法律基礎與規範

對於醫療院所之組織，必須能確保病人就醫權益、醫療品質與安全醫療環境，此組織義務之要求，在醫療法有第 56 條周延硬體設備組織義務、第 57 條醫護人員之任用與監督義務、第 58 條之不得置臨床助理人事組織義務、第 59 條周延人事組織義務、第 61 條品質管理義務、第 66 條安全說明義務，以及醫療法施行細則第 42 條醫療品質管理制度、第 43 條院內感控制度、第 44 條醫師檢驗及血庫安全作業管理制度、第 45 條病人安全制度以及第 46 條自主查核制度，甚至對於教學醫院有更高之醫療品質與安全管理制度之要求，醫療法第 95-97 條與施行細則第 62-64 條等必須接受醫療評鑑等。以上之規定都在於確保病人就醫安全，亦即醫療院所對於接受其治療之病人有義務透過完善之組織，必避免所有可以與治療有關且可預見避免之危險。

由上述規定吾人可以發現，醫院基本上必須擔保病人一個符合當時醫療水準之醫療品質與安全之就醫環境，其規定不少，也可能越來越多。因為面對社會意識之變遷，人民對於個人之生命、身體、健康權越來越重視，國家對於醫療提供者之規範與管制也就越來越嚴密，目的在於確保病人一個安全就醫環境，以及確保國內醫療品質。

醫院的完善組織義務的基礎，在於醫院管理人應該對病人擔保一切人為危險的避免。申言之，醫院管理人必須對病人擔保一個完善安全的醫院組織（不論是人事或硬體設備等一切組織），亦即透過完善組織即能提供病人安全仔細的醫療行為的施行與護理人員的護理工作。這裡只要求醫院管理避免所有的人為危險，並沒有要求醫院管理人也對病人疾病與身體器官變化的不可控制的危險。醫院管理人的完善組織義務是危險避免控制義務(Gefahrenabwehrpflicht)，避免一個能完全能避免的危險控制義務。而且醫院的完善組織義務所應避免的危險，基本上是屬於醫院的經營風險範圍。因為醫院管理人正好透過醫院組織達到擴大個人的經濟活動範圍，所有因組織不完善所導致的危險，正是存在於醫院管理人希望擴大個人經濟活動範圍的組織內。另外，病人也無從知悉醫院的組織結構與監督的情形，更遑論能監督醫院的組織錯誤。一個不是因病人本身的身體，而由他人行為（醫院不完善的組織行為）所導致的危險，病人本身無法控制，自然沒有承擔此風險之理，也就是舉證責任應屬於醫院管理人<sup>4</sup>。

<sup>4</sup> 請比較 Laufs, NJW 1997, 1609, 1612; Brüggeimer, AcP 191 (1991), 33; Bergmann, VersR 1996, 810; auch BGH NJW 1994, 1594.

## (二) 可能之主要內容

以下茲就其可能內容與類型分述如下：

### 1. 安全管理義務(參考醫療法第 62 條、醫療法施行細則第 42 條)

所謂安全管理義務，係指醫療院所就醫療行為提供面，必須周延組織，讓在醫療院所提供之治療與診治之進行(包括方式、途徑與環境)，能將任何一個可避免之危險避免在病人身上發生<sup>5</sup>。其主要內容有如下：

#### (1) 衛生安全感控水準

例如醫院負責人應該在組織上與技術上避免所有能預見之感染源之避免措施(參考醫療法施行細則第 43 條)。醫院之感控可謂醫院之最基本組織義務，必須避免醫院成為病菌傳染之根源，必須擔保病人一個衛生乾淨之就醫環境，例如：完整消毒與無菌之器械、確實篩檢之血液(參考醫療法施行細則第 44 條)。醫院或診所對於病菌存在之預見可能性並非不存在，而疾病傳染也的確是就醫治療之風險，且屬於典型風險，縱使在嚴格的院內感控之下，也無法擔保病人不會被疾病傳染。因此，雖然不能賦予醫院一個嚴格的避免病人被感染之交易安全義務(亦即擔保病人不在醫院被感染病毒)，但是期待醫院或診所做好基本之院內感控依誠信原則應具有合理正當性。從而，醫院或診所提供空間供病人前往掛號就醫，即負有義務提供一個安全就醫環境，而此安全就醫環境應包含典型風險之預防，亦即醫院或診所之交易安全義務包含院內感控義務，如此要求應該不致於不具合理正當性，而且醫院的院內感控義務本身也屬於公法上義務(醫療法第 56 條)，這更證明病菌傳播與疾病傳染屬於就醫之典型且可預見之風險，醫院本來即有院內感控之義務，但是無法擔保病人不被傳染之絕對安全。所以，醫療院所有院內感控之交易安全義務，但是無擔保不被疾病傳染之交易安全義務。所謂院內感控應該是醫院是否有進行基本感控，除了一些基本消毒工作之外，對於發現患有嚴重性傳染疾病之病人就醫時，應該馬上控制可能被污染之空間以及進行適當之消毒工作與組織感控工作，病人出院時作終局消毒，但是無法要求就醫病人或其家屬不被傳染疾病。

<sup>5</sup> Vgl. OLG Koeln, VersR 90, 1240 ; vgl.auch Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2004, S.285 ; Neu/ Petersen/ Schellmann, Arzthaftung, 2001, S. 437.



## (2) 儀器設備水準

醫院必須注意其醫院儀器設備之水準，足以支持其院所進行之醫療行為能符合當時醫療水準。

## (3) 藥品管理安全水準(包括保存、放置、給付、使用與丟棄)

## (4) 醫療器材、儀器以及設施之安全性確保

提供安全無虞之住院硬體設施(安全無虞病床，台灣高等法院 95 年度醫上易字第一號民事判決)

## (5) 醫護人員之應有專業水準

不得任用無執照醫護人員、手術專助（臨床助理）執行醫療業務（參醫療法第 57、58 條）。

避免新手外科醫師手術時，無專業熟悉之幫忙與監督

醫院門診不能由新手醫師一人獨立進行門診

醫護人員應有之專業水準必須在夜間值班與假日值班之人員必須具有同樣水準(參考醫療法第 59 條)

## (6) 必須有一套醫院內部醫護作業標準指標、指示與規範

如北城事件。

## (7) 值夜班後之手術工作之規範

目前醫院機制經常是值完夜班，隔天照常上班與上手術台，人非機器，值完夜班，通常都會很累，若馬上上班，都是製造錯誤之可能機會，因此應

該有一套值夜班後之工作規範。

必須有一套醫院危機管理機制規範:處理醫院面對突發事件，人事或儀器設備有問題之處理基本作業機制，以應變危機。

上述醫護人員應該之專業水準，以 90 年重上更(二)220，該案整個案子前後都僅是針對實習醫師之疏失討論，直到高等法院才表示「台中醫院值班分配表，被告身為實習醫師，竟以住院醫師身分予以排班輪班，台中醫院有無以實習醫師替補住院醫師工作之行政管理上疏失，非無疑問，附此敘明」。就此案例，雖然被告為行為人，未即時向上呈報是其疏失，但在整個行為責任體系中，吾人皆僅注意行為人之疏失，但是醫院之疏失卻是也很清楚的，第一使用實習醫師獨立值班，實習醫師未能及時向上呈報，是否是因為醫院指導與呈報體系對實習醫師不友善，導致實習醫師有動輒向上呈報之恐懼，或者呈報也不一定叫得動指導醫師，邱小妹案，也是類似情形。實習醫師本來經驗就不足，不應獨立進行醫療行為，實習醫師並非住院醫師已經有醫師執照，有醫師執照之住院醫師尚須經驗豐富醫師指導，其次對於「實習醫師執行醫療業務過程，對於所為之診察、診斷、處方、應經指導醫師確認，始可執行」(參考實習醫師制度實施要點第三點)。一個完善之組織應該分一般醫療業務與急救業務，急救業務經常是時間爭取對於病人而言非常重要，不應僅是消極由下往上呈報，而是上對下積極指導監督，且指導醫師確認實習醫師所為之醫療業務，不應與一般醫療行為同，而是應處於隨時指導、監督與糾正狀態，因此個人認為在此醫院已經違反其組織義務，對於病人死亡也有因果關係，若該院之指導系統嚴密，可能就不至於造成病人之延誤治療情形。

## 2. 病人照護組織義務(Pflicht zur Organisation der Patientenbetreuung)

病人生病就醫，可能接受門診治療，也可能因為病情需要而住院接受治療。不管是門診病人或住院病人，病人接受醫院所提供之服務不僅是單純醫療行為而已，尚包括整個醫療進行過程中之安全照護服務，尤其是住院病人醫院不僅提供繼續之治療，還提供病人所需之相關醫療、照護、住宿與伙食等等，換言之醫院應提供一個專業照護(Fachliche Obhut) — 對病人住院醫療期間身體健康，包括心理方面之保護照顧。換言之，醫院必須擔保所提供之專業醫療、照護與住宿的品質符合當時之醫療水準，因此所有會影響醫療照護之因素，都屬於醫療照護系統之組織義務內容，避免危險因素發生。

就此義務德國實務認為除了醫院必須有完善組織讓病人之病情不因治療或手術過程受到不當外力而惡化(這應是病人就醫之主要目的之一)，亦即

一個完善照護系統<sup>6</sup>。其次而且包括醫院之告知義務，包括情緒不穩定之重病患之告知病情義務，亦即告知義務履行也在醫院組織義務之內<sup>7</sup>，但醫院不應以定型化告知說明進行，而是應確實特別說明，定型化之說明書僅是一個備忘錄，具提醒功能。目前國內經常是僅給一份書面說明書，但是並未個別仔細說明，病人或家屬僅能在家仔細閱讀，能懂與否就不是醫院或醫師所關心的。而且告知義務既同時也是醫院之告知義務，為何當醫院未盡告知義務時，其法律效果卻僅發生在醫護人員之侵襲性醫療行為上，亦即行為人之行為上，而不在醫院之組織義務違反上(更何況對於說明義務之規定，對於醫療院所之規定與要求與醫師法相比較，甚多於對醫師之要求)。除此之外，德國實務更積極肯定醫院對於精神病患之照護義務，尤其是心理照護，避免自殺意外等發生<sup>8</sup>。綜合言之，醫療院所所負之照護系統之組織義務，不僅是醫療行為之進行系統，尚包括病人身心照護，因此，除了專業之醫療照護提拱，也包括非醫療之身心照護，而關於非醫療之身心照護，包括說明義務(因德國之說明義務同時意涵者對於病人之啓蒙)，尤其對於可能影響病人情緒之病情說明。但這裡必須說明的，這裡強調的是組織，亦即醫療院所在於組織醫院如何確實執行醫療照護，包括確實執行對病人之說明義務，其義務重點在於如何履行之組織，以及一個完善監控系統，與互補分工制度，以確實執行對病人說明，例如，一個詳細之書面說明書(為說明備忘錄)、醫師之履行(第一線說明)、護理人員之互補說明(第二線)、確實執行醫療行為人之說明(第三線之隨時說明)等等，這是醫院之照護組織義務。

### 3. 周延人事(醫師與非醫師人事)組織義務

醫療院所之義務可分三個層面:第一個層面是醫護人員之專業水準與維持(執照與在職繼續教育)、第二層面是工作分工，各科間之分工(水平分工)與醫護人員(垂直分工)間分工之聯絡系統，避免連絡問題限病人於危險中、第三層面之各科間之會診系統，國內許多病人被誤診，或延誤就醫，經常是會診上之延誤或欠缺，若國內每個病人能得到完整之醫療團隊如邵曉玲所接受，醫療疏失一定更少。

<sup>6</sup> OLG Hamm, AHRS 3010/14, 6562/4, 引自 Quaas/ Zuck, a.a. O., S. 286。

<sup>7</sup> Vgl. Quaas/ Zuck, a.a. O., S. 286。

<sup>8</sup> BGH NJW 1994, 794。

## 二、保護他人法律

### (一) 概說

從八十八年債編修正後，關於民法第 184 條第 2 項，究屬舉證責任導致之規定，還是為獨立侵權行為類型之爭議，可謂塵埃落定，透過修訂理由之說明，第 2 項明文為獨立侵權行為類型。所以關於對於病人權益之保障，也可以從保護他人法律著手，尤其在舉證責任上對於病人也比較有利。

目前通說大致肯認直接或間接任何以保護個人或特定範圍之人權益為目的之公私法規，可視為保護他人法律，但專以保護國家公益或社會秩序為目的之法律則不包括在內<sup>9</sup>。但是學說也擔心，公法上規定幾乎深入每個領域，若都可以透過第 184 條第 2 項而有民事法上賠償效果，可能會使侵權行為責任從過失責任變成過失推定責任，而有須加以限縮之必要<sup>10</sup>。就如多數學者所言，民法第 184 條第 2 項之功能在於轉介其他規範之規定，而賦與民事賠償上效果，以調和公私法價值的衝突，並填補非對世權保障之漏洞，不應為了取巧避免過失之認定，而浮濫使用，而破壞侵權行為責任體系，其同時具有保障個人行為自由之功能<sup>11</sup>。因此，皆認為有必要加以限縮。因此，目前民法第 184 條第 2 項之成立要件：一該強制或禁止規定必須具有行為規範(Verhaltensnorm)或命令性格(Befehlsqualitaet)，而行為人之行為違反此規範；二、被害人必須屬於該法所要保護之人的範圍，亦即原告必須為該法規所欲保護之特定範圍之人；三、被害法益應屬於該法所要保護之「物」的範圍，亦即原告遭受之損害必須為系爭法律目的所欲避免者<sup>12</sup>。其次，目前國內對於過失是否僅需存於違法行為，還是在結果發生也應存在？大致有二說，一說受德國通說之影響認為僅需存於違法行為即可<sup>13</sup>；另一說則認為應該也存於結果，僅視為反效果會產生過失推定，由加害人證明對於損害發生，以盡一般理性謹慎之人所應為之注意義務<sup>14</sup>。

<sup>9</sup>參閱最高法院 77 年台上 1582；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任，「民法學說與判例研究」，第二冊(2004 年版)，頁 196；陳聰富，同前註 19，頁 6；孫森焱，同前註 15，頁 248。

<sup>10</sup> 陳聰富，同前註 19，頁 3。

<sup>11</sup> 蘇永欽，同前註 18，頁 166, 172, 199；簡資修，違反保護他人法律之過失推定：經濟功效與司法仙丹，政大法學評論，第 75 期，頁 82, 114。

<sup>12</sup> 蘇永欽，前揭註 18，頁 175；陳聰富，前揭註 19，頁 6-7。

<sup>13</sup> 史尚寬，債法總論，頁 114-115；楊佳元，論違反保護他人法律之侵權責任，月旦法學雜誌，第 58 期，2000/3，頁 118。

<sup>14</sup> 王澤鑑，侵權行為法，第一冊，2005.01，頁 348；陳聰富，同前註 19，頁 9-12，14。

## (二) 保護他人法律之法律基礎

1. 出具不實證書之責任（醫師法第 28-4 條）
2. 以不當方式招攬病人(醫療法第 61、103 條)
3. 利用業務機會獲得不當利益(醫療法第 61 條第 2 項、107 條)
4. 不當之廣告誤導病人(醫療法 85、103 條)
5. 違反病歷記載義務以及增刪規定(醫療法第 68 條、107 條)
6. 違反保障病人對於病歷之閱讀權(醫療法第 71 條、102 條)
7. 違反保密義務(醫療法第 72、103 條)

## 捌、違反公法上義務之刑事上責任

依醫療法第 107 條之規定，違反該條規定，除了有行政罰之外，若行為人行為觸犯刑事法律者，並移送司法機關辦理。亦即該違反行為若同時符合刑事犯罪之構成要件，同時亦可成立刑事上責任。依醫療法第 107 條之規定，其可能涉及之刑事責任有，可能會成立：

偽造變造文書罪(刑法第 210 條私文書、第 211 條公文書、醫療法第 68 病歷製作義務與增刪之規定、107 條)；

洩漏業務秘密罪(刑法第 316 條、醫療法第 72 業務保密義務、107 條)

普通詐欺罪(刑法第 339、醫療法 61II 利用業務機會獲取不當利益、107 條)

身體傷害罪(刑法第 284II、醫療法第 64I 違反侵入性治療或檢查之告知後同意、63I 違反告知後同意、78 違反人體試驗計畫申請、79 違反人體試驗告知後同意、93II 違反危險儀器之管制規定、107 條)

過失致死罪(刑法第 276 條、醫療法第 64I 違反侵入性治療或檢查之告知後同意、63I 違反告知後同意、78 違反人體試驗計畫申請、79 違反人體試驗告知後同意、93II 違反危險儀器之管制規定、107 條)、業務登載不實罪(刑法第 215 條、醫師製作證明書義務醫師法第 11-1、17 條)。

## 第二單元 案例爭點分析與討論

### 第四講 醫療過失-維他命過敏案

負責教師:林炳文教授、侯英泠副教授

#### 判決

- (一) 台北地方法院 87 年訴字 2704 號
- (二) 台灣高等法院 89 年上字 1189 號
- (三) 最高法院 92 年台上字 1453 號
- (四) 台灣高等法院 92 年上更(一)字 157 號
- (五) 最高法院 94 年台上字 936 號
- (六) 台灣高院 94 年醫上更(二)字 1 號
- (七) 最高法院 95 年台上字 1226 號

#### 本案實務意義:

本案自 85 年 6 月 19 日案發至今，尚未結案。但是本案在我國醫療糾紛之醫療實務上，卻有一定之代表性，屬於非常經典之本土案例。本案係因依藥物過敏而引發之糾紛。本案地院判決一出爐之後，即引發醫界對於法界強烈不滿，因為法界對於藥物過敏不熟悉，而有不合醫療臨床之見解，引發醫界許多文章之批評，但本案可以發現醫界與法界從彼此衝突到彼此意見漸趨一致。醫界了解必須與法界人士溝通，讓法界人士知道醫療臨床運作與可行之處，而法界不再僅以法律角度看醫療糾紛，知道面對專業糾紛領域，必須先知實務運作，才不至於做出不解專業之凸兀判決。本案也顯現法界漸漸了解也接受所謂醫療常規之概念，作為醫療疏失判斷之標準之一。但是本案還是纏訟多年，主要仍顯現法界仍欠缺一些醫療知識基礎，導致雖然直覺認為有醫療疏失問題，但是不知從何處著手。

過去判決經常不附理由或理由不清楚，但因為被賦以法律責任者，常屬於社會邊緣人物，也不知如何反駁，而使我國判決品質提升速度不快。但是在醫療糾紛日增，而醫界並不屬於社會邊緣人物，不再默默承受粗略之判決理由，而引發本案彼此之爭議。本案可以清楚呈現法律人不熟醫學常識而不知如何審判之窘困，而使得本案纏訟多年至今尚未結案。因此，本課程之案例已此案例作為本土案例研讀之第一個案例。

## 案情摘要:

病人李旻馥於 85 年 6 月 19 日上午十時許，因罹患零期乳癌腫瘤，至被告醫院台安醫院就醫，經被告醫師戊診斷，以肉眼觀察及觸診方式，認為李旻馥之腫瘤可能是良性瘤，俟至李旻馥之乳房切片病理報告結果，診斷為乳管內原位癌，屬於零期之癌症，被告戊○○則建議採取切除手術，再於乳房切除手術中，懷疑李旻馥併有淋巴轉移，因此實行改良式廣泛性乳癌根除手術，並將所摘除之組織與淋巴送病理檢查，後至病理檢查報告結果，證實淋巴已有癌細胞轉移，屬第二期乳癌。

戊醫師為病人施行手術後，安排病人接受「乳酸鹽林格氏溶液」(500c.c.) 加上「多力維他」(5 c.c.)(維他命 B1 10 毫克)之補充，施打前並無作任何過敏測試，但有過敏史之詢問並於病歷內記載。病人經注射後，因藥物過敏發生全身發癢、抽筋、口吐白沫，漸失去知覺等現象，經心肺復甦術急救，並使用抗過敏及急救藥物維那、腎上腺素及類固醇，病人血壓趨於穩定，轉入加護病房，於加護病房中抽筋症狀持續，經會診同院腦神經外科己醫師，建議使用 Dilantin 及 luminal 等要控制。病患經急救後一個月死亡。

## 本案可能爭議點:

1. 診斷是否正確?
2. 手術擴張，乳房根除手術是否必要?手術擴張、診斷正確性與說明義務之關係
3. 「乳酸鹽林格氏溶液」混合「多力維他」之用藥是否必要?非必要用藥(過度用藥)之使用問題與說明義務?
4. 用藥是否過量
5. 可能會產生藥物過敏現象之藥物使用正當程序
6. 急救是否失當
7. 請求權基礎問題

# 爭點討論與分析:

## 一、診斷是否正確

### 爭點

醫師戊對於病人之初步診斷為良性瘤、乳房切片報告為零期乳癌腫瘤、建議採取切除手術，再於乳房切除手術中，懷疑李旻馥併有淋巴轉移，因此實行改良式廣泛性乳癌根除手術，並將所摘除之組織與淋巴送病理檢查，後至病理檢查報告結果，證實淋巴已有癌細胞轉移，屬第二期乳癌。

### 爭點討論

醫學診斷常規上本來即容有初步診斷與切片檢查之誤差，其次手術前之診斷與手術後之真實病情也經常可以產生誤差，基本上只要在手術前依病人之主訴與檢查結果之診斷符合當時醫療水準之判斷，即屬無疏失診斷。就此部分本案法院台北地院 87 訴 2704 與台灣高院 89 上 1189 皆肯認目前臨床上對於診斷上可能之誤差無過失。因此，不再是本案爭點。

請林醫師說明目前臨床上手術前與手術中之情形。

應注意之點:通常擴張原手術同意之手術範圍比較會產生之問題不在事前之診斷不準確，而是說明義務問題以及續行擴張手術是否可被接受，不至於有欠缺病人同意之手術之情形。(請參爭點 2)

### 相關文獻

李太正，從最高法院八十六年度臺上字第五十六號判決--談錯誤診斷及醫師說明義務，司法周刊，1997 年 11 月。

## 二、乳房根除手術是否必要？

### 爭點

手術前之診斷僅是建議採取切除乳房手術，於手術中懷疑李旻馥併有淋巴轉移，因此實行改良式廣泛性乳癌根除手術。



## 爭點討論

病方雖主張診斷錯誤，認為李旻群實施左側乳房徹底根切除術，為不必要手術，但不為法院所接受(台北地院 87 訴 2704、台灣高院 89 上 1189)。手術必要與否之認定，法院之認定基本上仍依醫療客觀認定。本案擴張之手術不具爭議性，在於病人之病情屬於緊急情形，因屬於乳癌擴散之情形，為病人利益觀之，有進行手術同意範圍外之擴張手術的必要，從而醫師擴張手術之決定無疏失，剩餘需判斷的僅是手術之施行是否有疏失。反之，若手術中發現之狀況並非會危及病人生命，則擴張到手術同意書範圍之手術，即可能產生問題。因為侵襲性手術依醫療法第 63 條之規定醫師與醫療院所於手術前必須先取得病人之同意，因此擴張手術比較會產生之問題，不在於是否當初之診斷正確，而在於醫師之說明義務問題。其次，若擴張之手術對於病人可能產生之副作用或風險幾乎為零，基於病人最佳利益原則，則亦可以同時繼續進行手術，事後對病人說明並取得其事後之同意。因為基於病人利益觀之，若能畢其功於一役，即屬對病人有利之事。須要有病人同意之考量，原因在於若擴張之手術，可能產生原先告知後同意之風險外風險，而對於病人可能產生之衝擊大，或者會影響病人同意之情形，例如整個子宮或卵巢切除會影響病人術後之生育能力之情形者，則有必要再進行一次手術後同意。

目前國情:皆在手術房外取得病人家屬同意。國外仍以先取得病人同意為原則，尤其與屬於個人基本機能問題如生育能力者，還是以病人之同意為原則。因此，基本上擴張手術，醫師必須在手術中為病人利益為利益衡量；其次，必須思考擴張之手術是否會產生一些嚴重副作用或危險，可能會影響病人同意之意願，若會，則應以先取得病人同意為原則。

請林醫師說明目前臨床情形。

## 三、「乳酸鹽林格氏溶液」混合「多力維他」之用藥

### 是否必要？

## 爭點討論

對病人施打乳酸鹽林格氏溶液混合多力維他，造成病人過敏。若該用藥屬於必要用藥，若發生過敏，則可能屬於治療本來之風險，但本案之問題在於該藥使用屬於非必要用藥，因非必要用藥造成病人過敏，是否可以認為屬

於疾病治療本來之風險，即屬有爭議之處。如病人所主張主張乳酸鹽林格氏溶液屬於電解質溶液複方產品之一，一般用來輔助治療營養障礙、脫水、嚴重灼傷、外傷和其他緊急狀況，多力維他乃是綜合維他命複方產品，一般用來治療多種維生素缺乏症，然李旻馥無前述症狀。依病歷所記載，並未發現病人有維生素缺乏症，因此醫師之用藥可能會涉及兩個問題。一個問題爭議藥物之給予是否屬於適應症外之用藥，亦即所謂 off-label-use 之問題。Off-label-use 本屬於有爭議之問題，雖然不見得違法，但是若是適用症以外之用藥而醫師有試圖尋求另一個新的療效，則有可能屬於老藥人體試驗之問題。但本案事實上醫師並非試圖尋找另一個新療效，所以應不屬於真正 off-label-use 之問題。而是國內目前常發生之過度用藥問題。因為病人雖無維生素欠缺之情形，但此用藥仍期待之療效達到補充維生素，讓病人之回復更順利。因此，本案之主要爭議仍在於過度用藥之安全性問題。當該藥物之使用屬於非必要用藥時，若因此產生無法避免之過敏現象，雖然過敏現象屬於無法預見之情形，但是若無過度用藥，該風險本可避免，若醫師不過度使用該藥，過敏現象即可以避免。這就是台灣高院 92 上更（一）157 之見解「在無法確認李旻馥是否會對維他命 B 1 注射產生過敏或無試驗維他命 B 1 注射是否會產生過敏之適當方法下，豈可爲了對病情無甚差異之目的，而使李旻馥因此陷於可能發生過敏休克致死之危險？輕重緩急，不言可喻。」

對於過度用藥，最高法院 92 年台上 1453 判決曾認爲「應是當時病人身體之情況與意願而定」，換言之，醫師應依其專業判斷是否對於病人有幫助，其次是病人是否同意。由於醫師未事先詢問病人，而認定醫師用藥有過失。因此，台灣高院(台灣高院 92 上更（一）157)根據最高法院之見解，認定醫師之用藥有過失「乳酸鹽林格氏溶液加上含維他命 B 1 成分之多力維他混合靜脈注射，在病患手術後確有補充水分及電解質功能，然點滴當中如不填加維他命 B 1 成分之多力維他混合注射，對病患之病情亦無甚大差異，則本件戊○○對於李旻馥手術後指示護士混合注射含維他命 B 1 成分之多力維他，是否確屬醫療上必要之行爲，即堪置疑。。。醫界在八十九年二月一日以前，確有維生素 B 1 使用浮濫之情況存在，否則健保局何需「基於保障民眾用藥安全，並引導臨床醫師合理用藥」之理由而對維生素 B 1 藥品之健保給付有所限制？。。。未見李旻馥之病歷資料有所記載。且李旻馥之病歷上亦無手術後倦怠、食慾不振，或體力恢復緩慢，或需減輕手術後神經切除之疼痛，或維他命欠缺等情況之記載，況依前開鑑定意見，戊○○如認李旻馥手術後有補充水份及電解質之需要，注射乳酸林格氏乙注射液即爲已足，並無再混合含維他命 B 1 之多力維他注射液之必要。」基上述理由台灣高院認爲醫師之用藥「堪屬醫療上無絕對之必要性，於時間上亦無急迫性」而有過失。

事實上此類用藥，若以病人同意與否做爲認定，並無法解決國內目前臨床上問題。此類用藥在臨床上經常是病人主動要求，若依高院之見解，是否

只要病人同意，即可對病人施行，如此醫師之專業將會被破壞，而且用藥安全性與必要性，病人無專業基礎，如何透過病人同意使用？因此，基本上應該讓用藥回歸醫師專業，而且事實上醫師用藥只要該藥之治療非屬破壞性療法(參醫療法第 64 條)，臨床上無法也無須逐一進行病人是否使用之詢問(台灣高院 94 醫上更(二)1)。因此用藥與否仍應回到醫師之專業判斷上，以及判斷是否用藥不當應依當時醫療水準判斷，醫師之專業裁量是否有疏失來判斷。因此，最高法院 94 年台上 936 號認為「病患李旻馥施行乳房切除手術，給予系爭維他命點滴補充，並無不當，更非過失，核屬重要之攻擊防禦方法，未據原審於判決理由項下說明其取捨之意見，自嫌疏漏。」。就此對高院之認定認為不妥，發回更審。高院也接受最高法院之見解，而於台灣高院 94 醫上更(二)1 表示「乳酸鹽林格氏溶液加上含維他命 B1 成分之多力維他混合靜脈注射，在病患手術後確有補充水分及電解質之功能。至於在病患手術之後是否給予維他命 B1 成分之多力維他混合靜脈注射，為臨床醫師個人經驗判定，此乃身為醫師者秉於專業知識之裁量及判斷，並非錯誤處置。」。因此目前臨床上發生之過度用藥，依實務之看法又回到醫師專業裁量認定之。這應屬正確而符合臨床之見解，對於未來臨床上用藥之認定之問題，回歸醫師專業，不宜以健保是否給付，認為非必要用藥，而認定醫師用藥過失使否過失，回是回歸醫師專業與目前醫療水準認定之。

但此處仍須說明，最高法院 92 年台上 1453 判決曾認為「應是當時病人身體之情況與意願而定」並非完全不足取，本案醫師用藥無過失或最後並非本案爭點，係因本案醫師所用之藥屬於安全用藥，非侵襲性或危險性用藥，若屬此類情形，醫師雖然依專業裁量是否有需要使用，但同時依醫療法第 64 條，也須對病人說明，屬於風險告知後同意之說明。其次，國內用藥的確有過度問題，醫師用藥是否妥當應回到醫療專業裁量與醫療專業，醫師使用也應衡量藥物對病人可能帶來之好處以及可能產生之風險，作一衡量，才屬基於病人最佳利益之用藥。

## 四、用藥是否過量？

### 爭點討論

成人每日維他命 B 1 之需要量為 3 mg，但五西西多力維他中含維他命 B 1 五〇mg，因此醫師用藥是否過量，為須釐清之爭點。因高院對此未審查，即為不利於上訴人之認定，而駁回更審。高院根據最高法院之見解，重新更審。台灣高院 94 醫上更(二)1 於更審中之意見「維他命 B1 注射為相當安全之營養補充，並非醫療上不當用藥，可能產生過敏性休克甚至死亡之情形發生機率甚低，本件上訴人戊〇〇使用之劑量為 50 毫克(50mg：多力

維他每 1 毫升” ml” 含維他命 B1 10 毫克，上訴人開給 5 毫升，共為 50 毫克)，並已經點滴稀釋來慢慢滴注，因此更具安全性。」，因此此爭點，到此亦已釐清。

## 相關文獻

謝炎堯，藥物相關醫療糾紛，律師雜誌，1997 年 10 月。

## 相關判決

最高法院 83 年台上字第 335 號

## 五、注意過敏發生之義務：應否為皮下測試？過敏詢問

### 之程度？

### 爭點

用藥產生過敏現象一直屬於醫療糾紛之爭點。其整點有：1.醫師用藥前是有先過敏測試之必要？2.關於過敏史詢問，在用藥過程中之意義，是否足以避免過敏現象產生？3.過敏現象屬於何種風險，應由人承擔？屬於單純醫療意外？還是用藥疏失之意外？4.過敏用藥與說明義務關係。

### 爭點討論

本案可以清楚看出法院實務對於過敏之立場改變。從最初認為單純詢問過敏史不足，對於可能產生過敏之藥物，必須先進行過敏測試，若僅是詢問過敏史，未進行過敏測試，則認定醫師有過失(從台北地院 87 訴 2704 到 92 年上更(一)157 號判決，都還是此見解，認為醫師應選擇其他更安全之替代方法，或就李旻馥對維他命 B1 之注射是否會過敏加以測試，始符合其應盡之義務)，到最後不再強調醫師必須對於所有可能產生過敏之藥物必須先進行過敏測試，而接受目前醫學臨床上之運作，最高法院 94 年台上 936 號判決，認為：

1. 決定施以維他命 B 1 之注射前，除依過敏史顯現病人曾對維他命 B 1 注射過敏外，臨床上以口頭詢問為已足，尚無於事前做皮下測試之必要，亦無其他適當之檢驗方法。

2. 如果護士張幼君確已詢問李旻馥本人之過敏史，而得知李旻馥前曾接受剖腹生產手術，並未有過敏之現象發生，能否遽以戊○○「忽略」李旻馥護理病史紀錄上之附記，於未再詢問護士或李旻馥本人以確認對維他命 B 1 之注射無引發過敏之可能前，施以系爭注射，即認定其係濫用藥物漠視病人生存權，應負過失之責？非無斟酌之餘地。
3. 李旻馥因其個人特異之體質而過敏死亡，尚非現今醫療專業科技水準所得避免或預防，是否全無足採？原審疏未說明何以不可採之理由，遽為不利於上訴人之認定，即屬難昭折服。

台灣高院最後也接受最高法院之見解而從新更審(台灣高院 94 醫上更(二)1)，對於過敏測試認為只要護士依目前醫療常規，事前已先詢問病人是否有過敏史並記載於病歷紀錄上，並由醫師檢視即可，若醫師之用藥與劑量依醫療常規都屬於安全用藥，即已盡應盡之注意義務，若病人仍發生過敏現象，乃純屬病人特異體質問題，現今醫療水準無法預見，因過敏反應造成死亡結果，非醫師所得預見，固醫師用藥無故意或過失可言。

本案發生之後，事實上造成醫界很大的反彈，也有學者(謝炎堯)著文說明藥物相關醫療糾紛，律師雜誌，1997 年 10 月。加上醫界之說明，讓法界知悉，藥物過敏並無所謂確切有效之測試，以防引起過敏性反應，依目前醫療常規，只要有過敏病史詢問即可。因此，對於可能引發之過敏之注意義務，依目前實務見解若屬安全性用藥，僅需有事前之過敏史詢問即可。

其次，就可能產生過敏危險，是否有說明必要並取得病人同意，在最高法院 92 年台上 1453 判決，曾認為醫師知悉施用維他命 B 1 有危險性，但既未告知病人，亦未獲得病人同意，即率爾命護士輸注，致李旻馥因藥物過敏休克死亡，其行為自有過失。但做後台灣高院 94 醫上更(二)1 已經修改此見解，而認為若醫師之用藥屬於安全用藥，非屬任何破壞性療法，並無就所使用之藥物逐一進行詢問病人是否使用之必要，況醫療實務上亦向無就所有使用之藥品逐一訊問病人之可能。所以認為醫師對此並無說明之義務。如此見解，應是比較符合醫學臨床之運作。

## 相關文獻

1. 曾淑瑜，醫療水準論之建立，法令月刊 第四十八卷九期，1997 年 9 月。
2. 侯英冷，從德國法論醫師之契約上說明義務，月旦法學雜誌第 112 期，2004 年九月。
3. 陳子平，醫療上「充分說明與同意」(Informed Consent) 之法理，東吳法律學報，12 卷 1 期，2000 年 2 月。

## 相關判決

- 1.台灣高院 91 年上字第 215 號
- 2.最高法院 82 台上字 3157 號
- 3.最高法院九十一年度台上字第一七〇一號判決

## 六、急救是否失當

### 爭點討論

整個過敏爭議，實務從主張醫師在使用可能引起過敏反應之藥物前，應有過敏測試，到接受醫療常規之運作，改由著重於醫院是否注意注射後萬一發生過敏現象，應如何急救之措施與設備，醫院應建立一安全迅速有效之機制，為相關人力安排，及預備必要之藥品、器材。因此，本案之最後爭點在於醫院之急救措施是否有過失。

關於急救措施是否妥當，台大醫院 88 年 8 月 13 日之鑑定意見表示「病患發生口吐白沫、抽搐及休克狀態，應是嚴重的過敏休克，病患經急救後一個月後死亡，基本上急救算是成功，否則病患將因過敏性休克於數小時內死亡。至於救活率，目前並無此方面之文獻報告」。基此鑑定書台北地院 87 年 2704 號判決認為醫院之急救措施並無失當之處。台灣高院 89 上 1189、最高法院 92 年台上 1453 號判決、92 年上更(一)，157 皆維持相同見解。直到 94，醫上更(二)，1 已經確定醫師用藥無疏失與僅以詢問過敏史為以足，才又回到急救是否有疏失之爭點上。94，醫上更(二)，1 認為：

1.本件醫療過誤不在於開始救治之後經一月才死亡為斷，而應觀察有無延誤進行救治演變成救治不及，最終導致被害人死亡，合先敘明。

2. 因注射後被害人開始發癢，由發癢、昏迷，進而呈現抽搐，係逐一漸進，則被害人陳述發癢時，台安醫院相關醫護人員拖延未即時進行處理，待嗣後進行救治時竟仍未判斷係藥物過敏反應，單只是予以調整姿勢，未馬上拔掉點滴，19 日晚上 11 時 50 分已經發現病人發生抽搐現象及量不到血壓情況下，在開始量不到血壓再聯絡醫師，依據前述臺大醫院鑑定書所載「病患發生口吐白沫、抽搐及休克狀態，應是嚴重的過敏休克」等語，可以證明當時被害人是在嚴重的過敏性休克反應中，竟相隔 20 分，在 20 日零時 10 分才給予急救藥物腎上腺素（Epinephrine）（見本院卷第 83 頁），再依據證人蔣淑芬證述 20 日凌晨 2 時才插管等語（見本院更一卷第 190 頁），已經延誤 2 小時，又無腦神經科醫師參予診治，李旻群因大抽搐，過敏休克腦缺氧過久，終致急救無效而死亡。

3.按上訴人台安醫院對於注射系爭乳酸鹽林格氏注射液混合含維他命 B1 之多力維他注射液，雖因引起過敏休克之百分比甚低，而於事前不對各個被注射者進行皮下敏感測試，但注射後仍應注意萬一有此情形時為如何急救之舉措，建立一安全迅速有效之機制，為相關人力安排，及預備必要之藥品、器材，台安醫院能注意而不注意，致相關醫護人員延誤急救時間，並未採取最有效之急救方法，致李旻馥因缺氧，造成大腦缺氧性病變，台安醫院事後再施行氣管插管建立呼吸道為時已晚，台安醫院於本件所為之救治處置，並未盡善良管理人之注意義務，對於李旻馥之死亡結果原可避免，因台安醫院之急救措施有疏誤之處，終造成不可挽回之結果，對結果的發生不僅有相當因果關係，且有可歸責。

最後最新之判決最高法院 95 年台上 1226 號判決，認為「李旻馥係經急救救活，嗣於一個月後之八十五年七月二十日始死亡，李旻馥死亡後有無經解剖鑑定以查明其真正死亡原因為何？及其死亡與急救措施間是否有相當因果關係？原審未予調查審認，徒以李旻馥業已死亡，即謂台安醫院之醫護人員有延誤急救時間之情事，台安醫院應負損害賠償責任，並有未合。」

目前本案尚未終結，仍待因果關係之認定。

請林老師說明何謂急救成功？

## 七、請求權基礎

### （一）契約上責任

契約責任之主體為契約當事人，亦即醫療院所(台安醫院)，而醫療人員之疏失，不管是用藥不當或急救有誤，都屬於債務履行輔助人，台安醫院依民法第 224 條之規定，對於債務人之使用人或代理人之故意或過失，債務人應與自己之故意或過失負同依責任，所以台安醫院對於醫護人員之疏失相對於病人家屬有債務不履行之損害賠償責任(民法第 227、227 條之 1)。但本案之用藥基本上已確認無過失，就過敏問題也確認醫師無過失，僅是過敏史之詢問也符合目前醫療常規。因此，本案最後決定在於醫院之急救措施是否有失當或造成延誤治療之情形，以及是否有因果關係存在。

### （二）侵權行為責任

侵權行為責任基本上也屬於過失責任體系，因此，本案是否成立侵權行為責任，仍以作後之認定醫院或醫師之急救措施是否有失當之情形。假設急救措施有過失，則醫療院所與醫師之侵權行為責任主要會如下：

1. 侵權行為責任屬於個人對於所有第三人之行為責任，因此，行為義務人為行為人，造成傷害之人，若整個急救主治醫師有過失時，則主治醫師對於病人會有民法第 184 條第一項之侵權行為責任。而醫院(台安醫院)對於醫師之過失行為依民法第 188 條第 1 項負連帶賠償責任。

2. 2.另外一個可能可以思考之責任:台安醫院之緊急急救體系之疏漏問題。若本案最後認為醫院之急救體系不完整，如 94，醫上更(二)，1 所要求醫院應建立一安全迅速有效之機制，為相關人力安排，及預備必要之藥品、器材，則醫院本身也未有違反交易安全義務之問題，亦即醫院之組織有疏失，醫院應有獨立之賠償責任，其法律基礎在民法第 184 條第 1 項。(但本案之病人家屬對此並未主張，所以法院對此請求權基礎不會主動審查是否存在)。但是此責任，個人認為應該是未來應該著重之點，以建立醫院之獨立侵權行為責任。若醫院之獨立侵權行為責任成立，則醫院與醫師之間可能也會成立第 185 條共同侵權行為人之問題。
3. 3.消費者保護法第七條  
本案由於在消費者保護法施行後新醫療法施行之前所發生之案子。基本上是否有消費者保護法之適用及有爭議。對於消費者保護法第七條是否適用於醫療行為，在實務與學說之見解皆有不同之見解與爭議。

## 第五講 說明義務-案例分析與討論

負責教師 李伯璋教授、侯英泠副教授

### 判決:

嘉義地方法院 九十一年度訴字第七七一號判決  
台灣高等法院台南分院 九十三年度上字第一二四號判決

### 本案實務意義:

本案為產檢與分娩時之典型風險案例，目前關於婦科之醫療糾紛部份發生在分娩時意外，其爭點常在於醫師於產檢時是否有發現此問題存在？許多屬於產檢時無法預先發現之問題，而分娩之後發生嬰兒意外，例如腦性麻痺等，但期待新生兒之喜悅，因為突來之意外，而無法接受，因此也屬於醫療糾紛中之典型案例。這也是為何國內婦科會督促成立生產意外保險機制。而本案主要希望法律系學生能透過案例了解生產之風險，此外此案尚有依各很重要之義務在於說明義務，懷孕風險不能避免但是醫方之說明義務如何，則是必須注意的，以及何時可以肯認說明義務之例外情形。此外本案判決也有一個指標性見解認為一般婦科醫師之專業醫療水準與國內權威之專業水準應有區分。



## 案情摘要

原告為產婦，共計懷孕兩次。第一次懷孕時，有「前置胎盤」現象，因胎位不正，於民國 88 年 10 月 1 日採取剖腹生產，由被告為其生產主治醫師。該產婦並於民國 89 年 5 月 5 日再度懷孕，自六月二日起即有陸續出現陰道出血，被告於病歷上記載「Planning: arranged surgical treatment」，但囑咐原告臥床休息及給予支持性療法(給予點滴補充)，出血狀況及停止，第二天即安排出院。原告於懷孕第十三週時，曾詢問是否需要為人工流產，為被告基於診斷認為胎兒正常而拒絕原告之詢問。八月九日產檢高度懷疑有植入性胎盤現象，建議原告中止懷孕。原告於八月十日至十八日之間曾三次到嘉寶診所、德珍診所求診，兩位醫師接見一中止妊娠，八月二十日原告羊水破了，到聖馬爾定醫院掛急診，被告診斷植入性胎盤住院，八月二十一日受術終止妊娠。中止妊娠手術結果，原告之整個子宮被切除，同時可能有傷及膀胱(有爭執部分)。手術過程中曾會診泌尿科醫師為原告為膀胱修復相關治療。

## 主要爭點

1. 侵權行為所生損害賠償請求權是否罹於時效
2. 原告之診斷是否正確或有延誤診斷，導致原告最後必須中止妊娠與被切除子宮，而喪失生育能力。
3. 被告是否已盡安全說明義務，告知原告避免於剖腹產後六個月再度懷孕?
4. 被告是否盡告知後同意義務，子宮切除部分是否有說明並經病患同意?
5. 手術過程中是否有疏失，並不當傷及膀胱?
6. 請求權基礎?醫院對於原告是否消費者保護法第七條之無過失損害賠償責任與民法第 191 條之 3 過失推定之損害賠償責任?

## 案例分析與討論

### 一、侵權行為所生損害賠償請求權是否罹於時效

#### 爭點

##### 1. 被告主張

被告乙醫院主張如依原告所述，侵權行為發生於 89 年 8 月 21 日，但在 91 年 12 月 17 日追加起訴被告乙醫院，不論以 89 年 8 月 21 日起算，或原告 89

年 12 月取得病歷資料起算，二者均已時效消滅，故原告對被告聖馬爾定醫院的請求權消滅。

## 2. 原告主張

原告於 89 年 12 月陸續取得全部病歷，請教專家後，於 90 年 2 月初，才發現被告甲醫師 89 年 8 月 21 日手術切除原告子宮及膀胱有所疏失，而被告乙醫院係被告甲醫師之僱用人，原告知悉被告乙醫院為賠償義務人後，於 91 年 12 月 17 日追加起訴被告乙醫院，故請求權時效並未消滅。

## 爭點討論

依民法第 197 條第一項規定侵權行為損害賠償之請求權時效之計算，從侵權行為時起，計算十年內為可能之請求權期間(為侵權行為損害賠償請求權之最長時效期間)，但是若被害者對於所受之損害確實知道因他人侵權行為所致，從其知道之時點起算，二年內為其請求權行使期間。從知道之時點起算二年內必須行使其請求權，縱使十年之請求權除斥期間尚未屆滿，其請求權仍應消滅。因此，對於被告之抗辯，一審法院認為原告於民國 89 年 12 月取得全部病歷，經請教專家後，於民國 90 年 2 月初，才發現被告甲醫師於手術進行中有疏失，依民法第一九七條第一項前段規定，二年消滅時效應自請求權人確知賠償義務人時起算。

\* 注意：依民法第一四四條第一項：「時效完成後，債務人得拒絕給付」，係採抗辯權發生主義，即消滅時效完成後，權利自體本身不消滅，其訴權亦不消滅，僅使義務人取得拒絕給付抗辯權而已<sup>15</sup>。

## 二、原告之診斷是否正確或有延誤診斷，導致原告最後必須中止妊娠與被切除子宮，而喪失生育能力。

### 爭點

原告第一胎胎位不正與前置性胎盤現象，於八十八年十月一日採剖腹產方式分娩，又於八十九年五月五日懷孕，於產檢過程中第十三週胎盤有覆蓋在子宮頸口，被告未診斷出原告有前置胎盤之現象，同年八月九日經產檢與超音波檢查未及時診斷前置性胎盤，亦未告知原告有緊急住院處理，導致原告繼續懷孕而最後於同年月二十日羊水破了，因前置胎盤之緊急狀況，而喪

<sup>15</sup>參王澤鑑，民法總則 2001 年版，581 頁。

失子宮。

## 爭點討論

正確診斷是成功治療之前提，但依目前醫療臨床經常無法保證百分之百正確之診斷，無法正確診斷並不一定意味醫療疏失，但若被告未即時正確診斷依當時醫療水準屬於可以被要求的，而被告卻無法及時診斷，即有醫療疏失之問題。若被告有醫療過失，則原告因未即時診斷而陷入緊急狀況進而喪失子宮，則被告對於原告之主訴必須負責任。依目前醫學技術，產婦是否屬「前置胎盤」，需至二十八週以後方能確定，在此之前，胎盤蓋在子宮頸口，隨著週數增加，子宮變大，有可能附著子宮向上移動，胎盤前置的情況會改善，惟一般醫生為解釋上方便，即便在二十八週以下有胎盤前置的情形，可能會向產婦說明「前置胎盤」之可能性或口語化表示胎盤較低。原告懷孕十九週以前，被告甲醫師雖已懷疑有前置胎盤現象，而無法確實診斷出，但曾向原告敘述，並繼續追蹤。至原告懷孕十九週時，此時，即高度懷疑有植入性胎盤現象，當時為保護孕婦安全，遂建議原告進行終止手術。另原告爭執於懷孕期間即有大量出血，以及原告前一胎之情形同時採剖腹產，依學理應該懷疑原告有前置胎盤之現象，但依多次驗血檢查，其血紅素均屬正常範圍，並未大量出血。所以一、二審法院接受鑑定報告之意見，前置胎盤屬於懷孕之風險，為極難預測之問題。必須特別說明，本案醫療水準之認定，依目前判斷醫療過失之標準為當時醫療水準，屬於一個客觀之判斷標準，為當時醫師之平均水準做為認定，但各醫院之醫師水準，或者城鄉醫師之水準，或有差別，當有醫療糾紛認定醫師之醫療行為是否有過失時，其判斷標準對於爭執雙方當事人即有決定性之影響，本案二審法院與刑事審理法院同，參酌鑑定人之意見，及原告在嘉義市佳寶診所、德珍診所三次門診判斷結果，接受目前國內醫療常規狀況「國內很少有人做此方面之診斷與手術，單憑系爭之超音波片，無法判斷出原告是有也植入性胎盤，又彩色超音波醫療行為，未成為醫療臨床實務上普遍之醫療規則，被上訴人為地區性醫院之婦產科醫師，尚難以國內婦產科植入性胎盤權威學者之標準要求，從而認定被告無過失」。這是一個指標性判決，實務接受醫院間因為其程級不同，不能要求區域醫師之水準與國內權威醫師同醫療水準，而最主要認為若此技術水準，在目前國內屬於尚未普遍之技術，尚屬於國內該專科權威醫師之技術層級，則被告醫師之爭議能力不應以國內權威醫師之能力判斷之。

因此，前置胎盤在第二十八週之前，在目前國內尚屬於不易於確定之情形，若醫師在判斷上與檢查無疏失，若仍然發生，依目前實務之見解，尚屬於懷孕內含風險，由病人自己承擔風險。

### 三、被告是否已盡安全說明義務，告知原告避免於剖

## 腹產後六各月再度懷孕?

### 爭點

#### a. 原告主張

被告甲明知原告第一胎因前置胎盤而剖腹生產，若和第二胎懷孕間隔過短，胎盤極可能會沿上次剖腹產舊傷口植入，造成「植入性胎盤」，卻未告知原告此種危險，竟向原告表示不必避孕，具有疏失。

#### b. 被告主張

剖腹產後多久可以懷孕，原則上間隔六個月再行懷孕較妥，原告民國88年10月1日進行剖腹產，89年5月5日再度懷孕，間隔已逾六個月。至於第一胎前置胎盤，第二胎不一定會前置胎盤。

因此，本案爭點在於醫師是否違反安全告知義務，而導致病人陷於前置胎盤而最後狀況緊急而切除整個子宮，造成喪失生育能力之重傷害。

### 爭點討論

醫師對於病人之說明義務主要有兩部分：一為告知後同意，為保障病人自主權，對於具有侵襲性之手術、醫療行為或檢查行為，都應事先對病人告知可能之風險以及可能之預後問題，並取得病人之同意。另一為安全說明義務，屬於與醫療行為結合之說明義務，亦即當醫師對於病人為醫療行為時，縱使其當時之醫療行為屬於正確之行為或無疏失之手術行為，但是若一些相關之注意措施避免危險發生之注意事項未對病人說明，導致病人無知而遭致危險發生，則屬於前述之醫療行為之疏失，為醫療過失之行為。但此安全說明義務之前提，當然必須屬於必要可能發生且可預見之危險，醫師有說明之義務，反之則無。依目前醫療鑑定之見解以及目前之臨床醫學，認為第一胎剖腹生產且為前置胎盤，第二胎應隔多久才能懷孕？主要是看剖腹產的子宮傷口癒合情形而論，而且是第一胎剖腹產，而第二胎希望自然產之情形，一般教科書或醫學雜誌所載，婦科醫師會建議間隔六個月較適宜，但此與第二胎是否會造成前置胎盤或植入性胎盤無關，而是與分娩時之風險有關，若未足六各月復懷孕，則須在足月(醫學上滿三十七週)未俟子宮疼痛，即應安排剖腹產，癒後效果較佳，以防陣痛時，子宮收縮導致子宮破裂之危險。至於是否會前置胎盤與二胎之間隔無關，蓋受精卵在子宮內著床，屬於隨機的，著床之位置如果比較低，接近子宮頸，爾後發展出來之胎盤就有機會蓋在子宮頸上，形成前置胎盤。第一胎前置胎盤，第二胎不一定會前置胎盤，如前所述受精卵著床屬於隨機的。若本案原告並無特別希望第二胎以自然產方式

分娩，則病人何時懷孕並不會對病人產生懷孕相關之危險或分娩危險，醫師自無違反安全說明義務之情形。而且本案爭執之前置胎盤發生與何時懷孕無關，縱使醫師未曾說明「最好兩胎之間間隔六個月」，亦未違反醫療告知義務(嘉義地方法院，91 年訴字 771 號)，且未說明與結果間亦無因果關係存在(台南高院，93，上字，124)。

## 四、被告是否盡告知後同意義務，子宮切除部分是否有說明並經病患同意?

### 爭點

#### a. 原告主張

同年 8 月 20 日，上訴人因羊水破裂進入聖馬爾定醫院急診，被告甲醫師未進行醫療法第 46 條（現為第 63 條）規定之告知同意程序，隱瞞原告實際情形，向原告表示須進行終止妊娠手術，翌日即進行手術，有違告知義務。且被告甲醫師均未在手術前或簽系爭同意書時在場親自向病人或是其配偶說明手術原因，手術成功率，可能的併發症及危險，僅由護士將同意書交由原告填寫，被告甲醫師並不在場。另外不能以病人或其配偶已簽署同意書即表示醫師已有所告知說明，此一認（推）定不符日常生活經驗定則。

#### b. 被告主張

89 年 8 月 20 日護理紀錄上記載，病人擔心明天手術可能切除子宮，予心理支持，手術採 A T H(全子宮切除手術)。倘事前醫師未告知病患相關風險，怎可能在手術前一天的記錄上即已記載要進行子宮切除？且上訴人丈夫簽下手術同意書，該同意書上亦載明實施 A T H；另證人林錫宏（聖馬爾定醫院婦產科主診醫師）於原審審理亦證稱，被上訴人在開刀前有向病患解釋開刀手術的風險性，可見在手術確有告知上訴人、其家人手術過程及後果，在術前已善盡告知義務，並無疏失可言。縱認為被上訴人未盡告知後同意程序，關於告知後同意之法律性質，各國主要見解，認為必須證明醫師違反說明義務和患者承諾醫療行為之進行，兩者間有因果關係。在本案中，縱使醫師未告知病患終止妊娠手術相關的風險，事實上任何一個理性的病患不會拒絕此一手術，故醫師是否有告知與病患同意手術間並無因果關係，無須對病患負賠償責任。就子宮切除部分，當時如果不立即將上訴人子宮切除，上訴人會有立即的生命危險，基於法益權衡之原理，應可例外不適用告知後同意之法則。

本項爭點有幾個重點:

1.目前之手術前之說明義務，若主治醫師未在手術前或簽系爭同意書時，在場親自向病人或是其配偶說明手術原因，手術成功率，可能的併發症及危險，僅由護士將同意書交由原告填寫或僅由護士說明，是否已盡告知同意？  
2.告知違反之爭議，經常在事後發生，發爭議時，通常是些病人所不欲承擔之風險發生，因此，都會有事後諸葛之現象，病人會爭執若當初醫師有說明，即不會接受此手術行為或轉診，解決此事後爭執，不在於病人是否有簽同意書，而在醫師是否有說明，以及是否有證據可以證明醫師有說明，其次，若該手術行為屬於緊急況狀，不進行會危急病人生命，則屬於說明義務之例外（醫療法第 63 條）。最後還有一個重要之點，若醫師在事前曾經說明，而病人之後又到其他醫院接受門診與諮詢，病人最後回到原主治醫師接受手術行為時，原主治醫師對於之前已經說明之部分是否有必要再重複說明，亦即在病人簽署同意書時，親自在場？

## 爭點討論

1.手術說明義務人為誰？以及說明方式如何？若醫師依醫師法第 12-1 條對病人有說明義務，因此對於自己之醫療行為對於病人有說明義務，但是除了醫師之外，若有其他人(例如護理人員)再對於病人為說明，或接受病人之詢問與必要與適當補充說明是否有為醫師之說明義務？事實上對於說明義務之規範，重點在於醫療院所之說明義務，醫師法對於醫師要求醫師之說明義務，但是醫療法對於醫療院所於施行侵襲性醫療行為或檢查或手術與麻醉醫療行為都有義務對病人為說明義務與取得告知後同意之義務。因此對於告知後同意之說明義務規範在醫療法，醫療法之規範對象主要為醫療院所，因此醫療院所應該組織其醫護人員對病人盡到告知後同意之說明義務，但是基於專業上差距，當然醫療院所對於病人說明義務之履行，第一線通常會是醫師，其次，醫院也可以由其他醫輔人員再進一步為說明。因此，本案若醫師在當初告知病人有終止妊娠之必要也對於終止手術可能發生之危險已盡說明義務，病人事後經過思考，接受手術同意，再簽寫手術同意書時，醫師並不需要親自在場，重要在於醫師是否事前已對病人為清楚說明，讓病人有足夠時間思考是否接受手術醫療行為，若有則醫師已盡說明義務，而護理人員所作之補充說明不影響醫師之說明義務，在醫院組織上，技術上也可以想像由專門訓練之個別手術護理人員對於病人在做仔細說明與接受病人之詢問，若能力不足之處再由主治醫師補充即可。

反之，若醫師未曾對病人為必要之說明，僅由護理人員將手術同意書交由病人簽署，則縱使病人或其家屬已經簽署同意書，該同意書仍不具任何法律上同意之效力。手術行為及屬於違反告知後同意之手術行為。因此，本案之爭點則在於醫師對於病人是否曾為必要之說明？以及是否有任何說明義務之例外情形？

2.本案原告主張主治醫師未曾說明，但是被告主張已經說明，而病歷(記載病人擔心手術整個子宮切除以及可能大量出血)與相關證人也證明醫師已經對病人說明，因此，本案就物證與人證都證實，主治醫師已經在手術前對於病人為必要說明。因此，病歷之記載經常屬於可以還原當初事實之物證，病歷之記載非常重要。

因此，第一審與第二審法院皆接受被告之抗辯，不認為主治醫師有違反說明義務之情形。其理由:告知後同意之法律性質，通說認為必須證明醫師違反說明義務和患者承諾醫療行為之進行，兩者間有因果關係。依原告之病情，其終止妊娠乃必須、確定，此經鑑定醫師曾志仁於鑑定意見載明，台中榮總醫師周明明亦持相同見解，加上其於 89 年 8 月 10 日至 18 日之間曾三次到佳寶診所、德珍診所求診，兩位醫師均建議其終止妊娠，縱使被告甲醫師未告訴病患終止妊娠手術相關的風險，事實上一個理性的病患，應不會拒絕此項終止妊娠手術，以免發冒生命危險，是以醫師是否有告知病患，與病患能否不同意手術間即無因果關係。另外因當時情況已甚急迫，亦應有告知例例外之適用（楊秀儀等合著，告別馬偕肩難產事件，第 29 頁，月旦法學第 112 期），自不能以此認定被告甲醫師有違反告知後同意之義務。

注意:此處與前一週之擴張之受術之告知後同意問題同(請參考前一周講義)

## 五、手術過程中是否有疏失，並不當傷及膀胱?

### 爭點

原告之主張認為 1.被告在整個產檢之診斷上有過失，對於前置胎盤之診斷延誤，導致原告繼續懷孕，最後因為手術過程中有被切除之問題。若產檢之診斷有過失，當然後來之緊急手術包括前面之子宮切除與這裡之膀胱之部分切除爭議，都屬於前面加害給付之瑕疵結果損害，則被告對於原告所受之損害負損害賠償責任。2 若被告在產檢之診斷上無過失，則剩下之問題在於被告手術過程中，對於膀胱之切除是否有過失?

### 爭點討論

1. 首先是原告主張被告之產檢診斷有過失，但此點就醫療鑑定之認定，不認為有過失，因此，此處可能涉及不是加害給付之瑕疵結果損害問題，而是此處手術行為之問題。是否此處手術行為對於膀胱之切除是否有疏失之處?
2. 就膀胱之切除，法院接受被告之抗辯與醫療鑑定之意見，認為被告甲醫師手術過程應無疏失，此有衛生署醫審會及台大醫院鑑定可證。另外經

過嘉義長庚醫院婦產科主任曾志仁鑑定，亦認為被告甲醫師無醫療過失。關於是否確實有切除膀胱，不單純以病歷與人證作為判斷，以最客觀之病理組織作為確認，因為病理組織檢查中，並未發現有膀胱組織，而認為並未切除到膀胱。其次，在手術過程中，膀胱之所以受損，實因嚴重沾黏剝離所致。而認為對於原告膀胱之受損，被告無過失。

3. 小結:綜上所述，不論一審法院或二審法院，均認為被告甲醫師就本件醫療行為在手術前之診治及手術過程中，均無醫療疏失，故，原告主張被告甲醫師於診治其懷孕、施行終止妊娠手術，有過失一節，不足採矣。

## 本文疑問點

1. 若膀胱之受損係因與子宮沾黏，亦即膀胱組織與子宮已經產生沾黏，所以在切除子宮時必須將膀胱與子宮剝離。則切除子宮應該可以驗出有膀胱組織，若沒有膀胱組織，不就表示當初沒沾黏?
2. 若當初沒沾黏，則膀胱之受損，雖然可能未切除，但破損，是否有過失之處?
3. 若依鑑定人周明明於刑事庭証述:「若有一部分胎盤已經侵入到膀胱的內部，所以就要做部分切除」，手術後之病歷報告並未表示子宮與膀胱有沾黏，亦未表示胎盤已經穿入膀胱，而被告自己在病歷上亦表明有切除膀胱，雖然事後表示僅在為提醒病理科醫師做病理切片時，仔細尋找子宮上是否有膀胱組織而做。但是手術過程中無法看出胎盤是否已經侵入嗎?若無法確定，又如何確定是否對膀胱做部分切除呢?因此病理檢驗之進行與檢驗範圍如何?會對整個切除之組織做整理檢查嗎?不會有疏漏嗎?
4. 雖然鑑定人曾志仁在鑑定報告中表示，膀胱受傷後的處置也合理，但是問題是膀胱受傷是否無過失?

## 六、請求權基礎?醫院對於原告是否消費者保護法第七

## 條之無過失損害賠償責任與民法第 191 條之 3 過失推

## 定之損害賠償責任?

## 爭點討論

- (一) 就被告乙醫院有無消費者保護法第七條第一項規定適用部分



### 1. 原告主張

依消費者保護法第七條第一項規定，被告乙醫院提供原告之醫療服務，未具通常合理期待安全性，造成伊損害，亦應負損害賠償責任。

### 2. 被告主張

醫療行為非消費行為，亦非消費者保護法所規範之服務行為，並無消費者保護法第七條之適用。另，現行醫療法第八二條已規定醫療機構就故意或過失為限，負損害賠償責任，此條文之規定，顯係針對先前醫療責任有無消保法無過失責任之爭論，所做之補充性解釋。

### 3. 一審見解

醫療行為屬於消費行為的一種，消費者以消費為目的而接受服務（消保法第二條第一款參照），自然希望獲得安全有保障的醫療品質，而醫療是個人經驗及科學技術的累積，本身充滿不確定性及不安全性，但它卻與國民衛生健康、生命安全息息相關，依消保法第一條第一項規定：「為保護消費者權益，促近國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法」，消保法立法目的既是為了促近國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，而消保法又未針對「服務」加以定義，從消保法的立場，沒有理由特別排除醫療行為而不予適用，因此，醫療行為屬於服務的一種，應有消保法第七條的適用。被告乙醫院是企業經營者，雖未實際醫治原告，但依消保法第七條規定，仍需負無過失責任。惟被告甲醫師因無醫療疏失，依消保法第七條第三項但書規定，被告乙醫院已證明其無過失，所以酌減被告乙醫院五分之一賠償責任，因此，被告應負五分之四損賠責任。

### 4. 二審見解

二審法院在參酌實務見解（台灣高等法院九十年度上字第六三六號判決參照）、學說意見<sup>16</sup>及醫療法第八二條第二項規定後，認為醫療服務應無消保法第七條第一項規定之適用。

\* 就醫療行為是否適用消保法無過失責任，早期實務見解存有爭議，採肯定說者有：台北地院 85 年度訴字第 5125 號（馬偕醫院肩難產案）、高等法院 92 年度上字第 596 號、板橋地院 91 年度重訴字第 285 號；採否定者有：台北地院 87 年度訴字第 4511 號、台北地院 87 年度訴字第 1521 號。

近期實務判決則採否定見解，如最高法院 93 年度台上字第 2302 號、96 年度台上字第 258 號。

## （二）就醫療行為有無民法第一九一條之三規定適用部分

### 1. 原告主張

被上訴人所從事的婦產科醫療行為，有民法第一九一條之一之適用。

<sup>16</sup>侯英冷，探討醫療行為無過失責任的適宜性，月旦法學雜誌第 49 期，127-136 頁。

## 2. 被告主張

醫療行為無民法第一九一之三規定之適用。蓋醫療行為並不屬於現代科技危險行為，醫療行為雖皆具有一定之危險性，但此並非因現代科技之發展而致之。且醫師對醫療行為之危險，並無法管領，亦不因其管領使用而獲利。

## 3. 法院見解

就此部分，一審法院並未表達看法。二審法院則認為：在參酌實務與學說意見後<sup>17</sup>，認為醫療行為所生民事責任，並無民法第一九一條之三之適用。上訴人據此請求被告乙醫院、被告甲醫師賠償損害，並無所據。

\* 實務見解採否定說者有：高等法院 92 年度上字第 893 號、台北地院 92 年度字第 6 號、台北地院 95 年度醫簡上字第 2 號。(目前最高法院並無相關見解)

# 第六講 人體試驗相關問題-案例分析

## 析與討論

負責老師:蔡森田教授、侯英泠副教授

## 判決

台中地院 93 醫 1  
高院台中分院 95 醫上 3

## 案例之實務意義

本週主題為人體試驗，由於人體試驗之實際個案不多，因此，本週選擇 off-label use 之案例作為人體試驗之案例。Off-label use 雖然在醫療規範上不屬於人體試驗之規範範圍，但是在臨床上之實際意義仍屬於人體試驗之性質。因此，在進行過程中，依醫療倫理仍要求如人體試驗一樣，應有嚴格之說明義務，讓病人知悉，尤其若醫療意外發生，此意外既不屬於人體試驗之意外，受到意外損害賠償之保障，又不屬於一般合法用藥，不在藥害救濟法

---

<sup>17</sup>陳自強，民法侵權行為法體系之再構成（下）-民法第一九一條之三之體系地位，台灣本土法學第 17 期，38-40 頁；蘇惠卿，自危險責任之生成與發展論民法第一九一條之三，民法研究會第一九次學術研討會，法學叢刊第 181 期。

之救濟範圍。但適應症外用藥在醫師處方中，屬於非少數之情形，近來越來越問題發生，例如前些日子爆發之以胃藥引產，導致嬰兒嚴重腦性麻痺事件。以胃藥引產幾乎國內所有醫院使用，因為健保給付之成本問題。依美國之統計 off-label use 大約佔醫師之處方的四分之一。因此，對於一個在醫師處方非屬少數情形，但又不被主管單位完全開放之使用，應有如何之標準，的確是屬於藥物使用之重點問題。

另外，本案有一個特殊點值得注意。如前所述，off-label use 在醫療法規之規範上不屬於人體試驗之規範範圍，但在實際臨床上卻屬於人體試驗，所以送醫療鑑定時，醫療鑑定認為醫師因欠缺說明而有醫療疏失。但是法院卻因為欠缺此方面之常識，而認為不屬於說明義務之範圍，而認為無醫療疏失，此判決又再次顯現欠缺醫療常識與專業知識，法官常會做出不何臨床實務之判決。

## 案情摘要

原告等之被繼承人蔡連壽於 90 年 12 月 12 日至被告醫院求診，病患蔡連壽因主訴「兩腳麻木」已有數日，在懷疑神經根病變之狀況下，被告開立三環抗鬱劑治療，91 年 1 月 9 日複診時，因疼痛症狀仍持續，被告醫師改開立癩通藥物，共給予 28 日份之藥量。91 年 2 月 6 日回診時，蔡連壽主訴有發燒及畏寒 3 至 4 天，並有眼睛紅腫、乾咳及流鼻水等症狀，經抽血檢查發現白血球數目略低，帶狀中性白血球及單核白血球比率略高後，被告繼續再開立癩通四週之份量，並加上四日份之非類固醇類抗發炎止痛藥物、止咳藥物及眼藥膏。91 年 2 月 11 日蔡連壽因全身多處皮膚水泡式出疹及口腔潰瘍併膿樣分泌物及眼睛行總有四天之久，加上持續之發燒及畏寒、血尿及黃疸，而至光田醫院掛急診，經住院接受治療，至 91 年 2 月 16 日轉院至台中榮總，經毒物科醫師會診，方知蔡連壽係因服用癩通藥物後所導致之藥物過敏，即史蒂文生氏—強生症候群 (Stevens-Johnson syndrome, 下稱史蒂文強森症候群)，並於同年二月二十五日不治死亡。本案可能之爭點

1. 診斷與所開處方是否正確
2. 醫方使用癩通，治療適應症以外之週邊神經疼痛，是否有不妥?off-label-use 之使用，在目前臨床與法律上問題?
3. 被上訴人乙○○於使用癩通治療前，是否須對蔡連壽作完整之基線肝功能檢測血液計測、尿液分析及 BUN 檢驗?
4. 醫師對於藥物說明義務如何?off-label use 使用藥物，醫師對於病人是否應該盡告知義務?
5. 對於病人已出現史蒂文生症狀，被告主治醫師未能及時發現，是否有醫療過失?亦即注意義務標準問題?

6. 未盡告知義務，與被害人死亡有無因果關係？
7. 光田醫院於蔡連壽住院期間，未將其置於燒燙傷中心或無菌室是否有醫療疏失？

## 爭點討論與分析

### 一、 診斷是否正確

#### 爭點討論

蔡連壽為痛風、高血壓、心臟病等痼疾之病患，自民國 89 年間起即至被告醫院接受被告醫師(心臟科醫師)例行性之門診治療。病患於 90 年 12 月 12 日到光田醫院為例行性門診治療，因主訴「兩腳麻木」，並向被告稱三、四年前亦曾發病過一次等語，被告先開立 Tofranil(三環抗鬱劑)治療，91 年 1 月 9 日複診時，又主訴兩腳麻木現象未改善，被告改用 Tegretol(癲通)治療。由於該藥依我國衛生署及美國食品藥物管理局所核准者，主要係針對癲癇症以及三叉神經與舌咽神經之神經痛之治療，被告將之用於原告之兩腳麻木之治療是否因診斷錯誤或者使用藥物有誤？

爭點討論與分析:診斷正確與否幾乎是每個醫療糾紛之第一個待釐清問題。此問題也是本案第一個需要釐清之問題，因為醫師之藥物使用，屬於適應症以外之使用，而使人懷疑醫師之藥物使用，是否係因為診斷錯誤或者是因為藥物使用錯誤?但因為從病人就醫之主訴、就醫之病史、檢查結果與藥物服用之結果，兩次之鑑定結果，都不排除病人兩腳麻木係屬於神經症狀，或對於病患罹患周邊神經病變之診斷提出不同見解，因此地院與高院都接受鑑定結果，認為醫師之診斷無誤，就如原告之抗辯，就醫學臨床診斷而言，麻木為神經症狀，非血液循環不良亦與痛風無關，且腰椎第五皮節神經若受壓迫則會直接導致腳掌、腳背麻木與感覺失常，有醫學文獻資料可稽。而依據病患蔡連壽於 83 年所作之腰部脊髓攝影檢查結果，可知病患腰椎第五皮節神經明顯有受壓迫之現象，足證其兩腳麻木係神經症狀；甚而病患蔡連壽前次腳麻發病時，曾服用 Persantin（倍興寧）治療半年多均未見改善，益徵其腳麻非血液循環不良所致；再者，病患過去未曾有中風病史，更顯其腳麻非心血管疾病之症狀，是以被告認定病患蔡連壽之兩腳麻木為神經症狀，並無診斷上違誤（台中地院 93 醫 1、高院台中分院 95 醫上 3）。甚至認為對於原告抗辯，被告醫師非神經科醫師，故其診斷之前應該先會診神經科醫師，高院認為，被告之診斷，依據兩次之鑑定，鑑定書對於被告醫師診斷蔡連壽罹患周邊神經病變，未曾提出不同看法，從而，被告醫師於治療蔡連壽前，應否

會診神經科醫師之問題，並不影響蔡連壽罹患周邊神經病變之事實。因此，雖然心臟科醫師非神經科醫師，所診斷之內容非屬其本身之專業內容，只要其診斷正確，會診與否，並無影響診斷結果。蓋醫師本來即可以就其專業診斷與決定是否在診斷上能力不足而需會診，只要決定為客觀之衡量，而診斷正確，即無會診疏失(無欠缺會診而過失)之問題(高院台中分院 95 醫上 3)。因此，本案之主要問題在於 off-label-use 之問題。

## 關於會診與否之相關判決

高等法院臺南分院刑事判決 95 年度醫上更 (一)字第 273 號

### (二) 醫方使用癲通，治療適應症以外之週邊神經疼

痛，是否有不妥?off-label use 之使用，在目前臨床與法

律上問題?

### 爭點

「TEGRETOL」藥物，又名卡巴氮 (Carbamazepine)，為抗癲癇之第一線用藥，該藥主要係用在 (即適應症)癲癇大發作、神經運動性癲癇發作、癲癇性格及附隨癲癇之精神障礙、三叉神經痛等四項。醫師將之使用於治療三叉神經痛及神經系統病變，在使用上是否有疏失，以及劑量使用是否妥當，亦即該藥物使用是否符合一般用藥之常規?因此本案涉及是適應症外用藥之標準何在。

### 爭點討論

本案之判決法院，地院與高院對於適應症用藥之判斷不同，地院採比較嚴謹之標準。對於使用上雖然肯定醫師之專業，以及常規上之使用，但是相對要求醫師使用前，不僅是專業衡量之外，應該基於病人利益思考衡量該藥之使用對於病人是否屬於必要之用藥?而且，適應症外用藥所產生之藥害，並不受藥害救濟法補償，故醫師更應謹慎以病人利益衡量。台中地院 93 醫 1，認為醫師用藥不符合醫療常規之要求。

但高院(高院台中分院 95 醫上 3)對於適應症外用藥顯然採取一個比較寬鬆之立場。而著重醫學學理上之運用與裁量，而認為雖然被告醫師藥物之使用為適應症外之運用，但是當時臨床醫學上卻已有不少醫師也使用癲通治療周邊神經病變，而。再參以哈里遜之內科學原理第十五版第一卷第五十九至六十頁記載：「神經病變之疼痛乃顯示神經損壞之證據，如感覺障礙．．．」、「抗癲癇劑及抗心律不整藥物：此些藥物原係對神經性疼痛病人施用者，P h e n y t o i n ( D i l a n t i n ) 及 C a r b a m a z e p i n e ( T e g r e t o l ) 」，另英國刺絡針雜誌第三五三卷第九一六八期第一九五九、一九六一、一九六三頁、新英格蘭醫學雜誌第三四八卷第十三期第一二四三、一二四八、一二五〇頁，對於卡巴氮平可用於治療周邊神經病變所引起之神經痛，且第二次鑑定書亦記載：「卡巴氮平 ( C a r b a m a z e p i n e ) 可治療神經痛。」。復如坊間阿斯匹靈之仿單原載為止痛藥，但後來常被用於抗凝血藥劑，又如威而剛仿單原為治療心臟疾病，後來也被用來治療性功能障礙，此乃公眾周知之事實，且頗具醫療效果，足證藥物之使用，並不全然以其適應症為主，亦證被上訴人乙○○原以三環抗鬱劑藥物治療蔡連壽所罹患之周邊神經病變病症，且其嗣後改用癲通治療時機並無違背用藥之醫療常規。

本案地院與高院之見解都有其理由，為兩院之判決皆未掌握到適應症外用藥，亦即所謂 off-label use 之主要問題點。所謂 off-label use 亦即所謂的老藥新用，老藥新用之情形大致有四：1.藥品適用於非屬仿單中所核准之適應症；2.藥品用於非屬仿單中所核准之劑量；3.藥品用於非屬仿單中所核准之患者群；4.藥品用於非屬仿單中所核准之給藥途徑。基本上老藥新用，若從藥品管理與安全上觀之，皆屬於人體試驗之範圍。但是鑒於臨床上之實際運作、醫學上發展以及經濟上考量，除了依藥事法上第七條之定義，新使用途徑，可能因為安全性尚屬不清楚之狀況，為安全起見，依規定屬於人體試驗範圍，其餘之情形，可由藥商自由決定，是否申請新藥規定辦理新適應症之適用(行政院衛生署藥字第 86030776 號)，亦即若欲辦理新適應症之增加，則需透過人體試驗過程始可變更增加，反之，若藥商認為商機不大，可能就不願意增加此程序。這種情形就是目前臨床經常發生之老藥新用之情形，依行政管理上之規定，醫師之使用並未違法(公法上規定)，因此，當然就可以回歸醫療專業判斷適應症之使用之對與錯。就此點觀之，可以發現高院之見解並無不當之處。

但是，off-label use 在實際臨床上仍不脫其人體試驗的色彩，這也是為何醫療鑑定書認為應該先說明並經病人同意，因為人體試驗之說明義務本來就與一般醫療行為與用藥行為不同。這是專業鑑定人從其醫學倫理上認為應有說明之必要，這也是符合法律精神之要求。因為，對於老藥可能之新用若藥商不選擇變更仿單而為進行人體試驗之申請與執行，而直接由醫師專業裁量範圍讓該藥物之新適應症取得學理上確認，但整個臨床過程，仍是先有學理

發現與證據證明可能之新療效，後有所謂實驗階段，經過一定個案累積之後，才會在臨床上成爲標準治療。因此，整個過程中仍具人體試驗色彩，在前階段屬於完全實驗性質，性質上無異於人體試驗，若是屬於後階段標準治療階段，從臨床上而言其療效性之確定仍是比已經核准上市之藥品不確定。經過人體試驗核准上市之藥物，其安全性雖然在某種程度屬於確實，但是整個藥物之安全性仍是非完全被掌握，通常藥物上市後，仍有所謂之監測觀察期間，很多藥物之副作用確實是在上市後才被大量之臨床使用而發現，因此很多藥物在上市後又下架。又如本案系爭藥物之副作用亦係後來大量臨床個案才被發現其嚴重之副作用，所以衛生署才對此現象爲通知與告知，非適應症之使用而造成之藥害，不在藥害救濟法之補償範圍。因此，off-label use 之藥物使用，在臨床上放任藥商自主決定是否有意變更仿單，對於醫師之使用，又承認有所謂的醫師專業裁量空間，只要當時醫學學理可以支持該藥之使用或有相當文獻支持該藥可能之新療效，並不認爲醫師之使用有過失，但是當發生嚴重副作用時，又因爲非適應症使用，不在藥害救濟範圍。但當風險發生，卻由病人獨立承擔，誠屬不公平現象，因此在衡量醫師之專業裁量空間與病人權益之保障，應該必須肯任醫師之裁量不應僅以醫療對於療效之使用是否有學理之支持，同時必須充分衡量病人預治療之可能利益(必要治療或非絕對必要治療)、病人個人身體狀況、以及已經認識之可能風險之嚴重性，爲整體衡量，以病人最佳利益做爲醫師專業裁量之輔佐原則，再配以醫師對於病人之說明義務，才屬於尊重病人之權益。因此，就整體而言，雖然地院與高院同未能掌握本案之問題重點，但是對於醫師使用之有無疏失之認定，認爲「自應謹慎衡量病患病情之嚴重程度，該藥副作用之程度，及發生副作用案例之多寡等情而開立，非僅以藥物對該病症是否具有療效而開立，始爲適當之處置」之原則，應該比高院更能符合對於病人之利益保障，也符合 off-label use 之實際臨床之運用情形。

Off-label use 處方之使用之說明義務，理論上應該類比人體試驗，須對病人確實說明，包括非適應症之使用情形、不在藥害救濟範圍、可能風險以及其他可能替代藥物等等，並經病人同意，才屬於完整之說明，而不能類比一般藥物之說明義務(請參考臺灣臺北地方法院民事判決 九十年度訴字第三四〇六號)。

## 相關判決

- 1.臺灣臺北地方法院民事判決 九十一年度訴字第四二九一號
- 2.臺灣臺北地方法院民事判決 九十年年度訴字第三四〇六號

### (三)被上訴人乙○○於使用癩通治療前，是否須對蔡連壽作完整之基線肝功能檢測血液計測、尿液分析及BUN檢驗？

#### 爭點

病人家屬(原告)主張對於病人可能產生之過敏現象，醫師應該使用之前對於做完整之基線肝功能檢測血液計測、尿液分析及BUN檢驗，以確實用藥之安全。醫方之抗辯一來此現象屬於過敏現象，目前臨床上很來即無所謂絕對安全測試之方法，其次對於可能產生之過敏現象，醫師已盡告知義務以及注意義務，亦即對於病人回診時，縱使病人外觀上無過敏現象，但仍為血液檢查，結果顯示病人並無過敏現象發生。整個爭點即在過敏風險之控制與誰承擔之問題。

#### 爭點討論

對此問題，如前幾週之結論，目前法律實務基本上已經接受過敏風險控制不可能以及風險由病人承擔。因此，高院(高院台中分院 95 醫上 3)認為，只要醫師所為之醫療行為符合醫療常規之使用時，此種因藥物過敏反應之風險，即不應由醫師承擔。：

#### 相關文獻

王皇玉， 整型美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則——評台北地院九十一年訴字第七三〇號判決，月旦法學雜誌第一二七期，2005 年 12 月。

#### 藥物過敏使用之相關判決

臺灣高等法院民事判決 93 年度上字第 401 號

### (四) 醫師對於藥物說明義務如何?off-label use 使用藥



## 物，醫師對於病人是否應該盡告知義務？

### 爭點

病人家屬爭執醫師在使用系爭藥物時，並未對病人為完整說明，若當初醫師有說明，因為腳麻並非絕對必要治療之症狀，病人可能即不同意此藥物之使用，而且醫師之安全說明內容亦不足，若醫師當初有更清楚之說明，包括可能之過敏現象，如「出現發熱、喉嚨痛、潮紅、口腔潰瘍、容易淤傷、出現紫點或出血性紫癍等現象之一，應立即通知醫生」病人可能即時發現過敏現象，而即時中止藥物之使用。醫方則反駁，一般藥物之使用，臨床上醫師不可能一一對病人說明也無必要，而且醫療法或醫師法對於醫師皆無此規定要求。至於安全說明義務，擇鄰床上鑑於病人對於醫學上外行，醫師通常皆表示「若有任何不適，即應回診」即已足。

### 爭點分析

本案關於說明義務之問題，有兩部分問題：一個是 off-label use 之說明義務（屬於人體試驗之說明義務以及對於病人自主權尊重之說明義務）以及安全說明義務，前者在於對於病人自主權之尊重，後者在於安全說明義務，屬於醫療行為之一部分，若醫師有違反，應屬於醫療疏失之問題。

第一個問題是：off-label use 的說明義務，如前所述，off-label use 目前法規對於老藥新用並無強制申請人體試驗後再執行，主要係因為其安全性基本上已經確認，但是療效方面仍不脫人體試驗之性質，因此其說明義務並非一般藥物使用之說明義務，而是對於病人（老藥新用之受試者）之自主權之尊重，尤其是使用該藥所產生之藥害並不受藥害救濟法之保障，因此病人必須自己承擔用藥風險，醫師在使用之前更應說明。在依法執行之人體試驗，基於赫爾辛基宣言所揭示之尊重原則與行善原則，其施行首要必須尊重受試者之自主權，因此在申請人體試驗時，其告知內容都屬於審核之內容，除了試驗本身之風險、預後以及其他可替代治療之方式，其主要重點在於不誤導病人，僅此試驗用藥對於病人有利，尤其醫師不能以醫者身分誤導參與試驗對於是絕對好的，更不利用病人對於醫師之信賴或依賴，而誤導或引誘病人參與受試，更必須告訴病人隨時可以退出之權利，也必須清楚告訴病人風險發生時，損害賠償之負責人，讓病人自主思考是否參與，因此，既然老藥新用性質屬於人體試驗性質（有如藥品人體試驗之第二階段，療效之確定階段），對於病患之告知後同意當然必須非常重視，與人體試驗相比，老藥新用之受試者，面對風險發生之承擔更是處於無保障知狀態，醫師對於病人之說明更是

需要加強。因此，本案如醫療鑑定之看法，認為：「在 91 年當時，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式(off-label use)。依 91 年 1 月 9 日及 2 月 6 日當時 off-label use 之原則，雖無法令規定，但依一般醫療常規在使用藥物前須特別注意藥物使用之必要性，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，且醫師應注意使用藥物後之結果如何，並告知病人要注意。Tegretol 此一藥物，於 90 年以前曾有其他醫師多次用癲通藥物後，導致史蒂文強森症候群，因而申請藥害救濟的案例。因此，衛生署藥政處於 90 年 3 月 6 日，還為此特別發函給各醫師團體，提醒此一藥物可能的嚴重危害，及使用該藥物於非核准適應症將不予救濟的規定。本案乙○○醫師於用藥前，是否曾向病患蔡連壽先生充分說明使用 Tegretol 可能之嚴重副作用及應注意之處，病歷中並無相關之記載(如病患簽名之同意書)，此點疑問，有待貴署進一步查明事實。如未告知，且未經病患同意即使用，則難謂無疏失之處。」而地院(台中地院 93 醫 1)對於醫師使用該藥之說明義務之判斷「被告乙○○對蔡連壽之病症使用癲通治療時，應注意並能注意癲通藥物之特殊性，而有詳盡告知說明之義務，並徵求同意後使用，被告乙○○既未詳盡說明並徵求同意即逕自開立癲通予蔡連壽，其就病患蔡連壽之處置，顯未盡善良管理人之注意，具有過失。」屬於比較正確之判斷。而高院(高院台中分院 95 醫上 3)對於此部份之見解「醫師開立藥物給予病人，尚不屬於侵入性檢查或治療之項目，此亦經行政院衛生署九十六年五月二十一日衛署醫字第 0000000000 號函覆本院在案。是故，本件系爭案件既非侵入性醫療行為，自無上開規範之適用。至於行政院衛生署醫事審議委員會第一次及第二次鑑定意見雖認被上訴人乙○○「於病患之診治過程中，確有不符醫療常規之處；而有關藥物 Tegretol 之使用時機，亦不符合該藥物核准之適應症」，其論證為「以如未告知，且經病患同意即使用(Tegretol 癲通)」，而認被上訴人乙○○有疏失等語，惟癲通藥物為口服治療，並非屬侵入性治療，被上訴人乙○○因先前開立三環抗鬱劑治療而無效果，始改用癲通藥物為病患蔡連壽治療上開疾病，已符合醫療常規，已如前述，本件縱依九十三年四月八日修正後之醫療法第六十四條規定，亦無須得病患蔡連壽或其家屬同意，……鑑定書所載須「徵得病患同意才可使用」等語，顯見此部分乃屬鑑定人個人之推測意見，難謂可採。」，顯然並未掌握到 off-label use 之本質。

第二個問題屬於安全說明義務之問題，安全說明義務在於能對提醒病人正確配合治療之行為以及可能避免危險之提醒與避免。因此個人比較認為，雖然病人外行不容易之了解，但是攏統以「若有不適情況未改善，需立即回診複查」，病人很難了解或警覺到何種不適必須回診，尤其生病本來就有不舒服之現象，而若有不適情況未改善，係指主訴症狀未改善，還是何種不適症狀，尤其若有些症狀可能與感冒症狀會相適，病人並無從警覺可能有過敏現象發生，而以為是感冒，因此，

醫師之安全說明義務之內容應該包含兩部分，一部份之清楚之危險症狀，以其提醒病人之警覺心，如本案「「史蒂文生氏—強生症候群」，其初期之毒性徵兆為何（如血液、皮膚、肝臟）及若有出現發熱、喉嚨痛、潮紅、口腔潰瘍、容易淤傷、出現紫點或出血性紫癍等現象之一，應立即通知醫生，」，一部份之概括之說明，例如本案「若身體有任何不適反應時，須立即停止用藥並回診檢查」以避免疏漏未說明部份特別說明哪些。整個的安全說明義務才算是完整，醫療行為才屬於無過失之情形。因此對此本案之判決，地院(台中地院 93 醫 1)之判決標準「按醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知病情、治療方針、處置用藥、預後情形及可能之不良反應，為醫師法第 12 條之 1 之明文規定。是被告乙○○醫師開立 Tegretol 癲通藥物予病患蔡連壽，依上開醫師法規定，原本即應向病患蔡連壽或其家屬告知 Tegretol 癲通藥物可能引起藥物不良反應產生史蒂文強森症候群，並告知史蒂文強森症候群之徵兆為何，及罹患史蒂文強森症候群之後果為何，以促使病患蔡連壽或其家屬注意此一病症，而能及早發現、治療，避免病情嚴重時導致喪命之虞，始得謂已盡醫師之告知義務。」亦比較能掌握安全說明義務之本質與內涵。高院(高院台中分院 95 醫上 3)對於此部份之判斷標準「醫療機構及醫師於從事非侵入性醫療行為之說明義務，究應以何種方式為之，法律未為明確規範，惟依上開之立法意旨言，應認醫療機構及醫師之說明及告知義務，以醫療實務上所採認之「理性醫師標準」。所謂「理性醫師標準」係指將說明義務的範圍、內容交由醫療專業來判斷，而哪些事項應告知病人端視個別醫療專業之醫療慣行 (c u s t o m a r y p r a c t i c e s) 而定。換言之，係以「一個理性的醫師，在系爭個案的情況下，都會告知病人的資訊」為判斷標準。本件被上訴人乙○○辯稱於系爭診療過程中，確實已對蔡連壽為完善之告知，並以白話方式告知蔡連壽等語，經本院於九十六年四月九日行準備程序時，證人庚○○時，證稱：「(乙○○開藥時，有無告知病人用藥注意事項?) 有的，初診病人，他會問有無對藥物、針劑過敏的狀況，如果服藥有不舒服，要停藥，馬上回院。」、「(乙○○於本件開藥時，是否也有如上的告知?) 有的，他有跟病患的太太說，如果用藥之後不舒服，要停用藥，馬上回診。」…等語，而認為醫師已盡安全說明義務，顯然比較未切入安全說明義務之本質與內涵。

## 相關文獻

- 1.林漢強，論醫療行為之說明義務，全國律師雜誌第八卷 12 期，2004 年 12 月，頁 66。
- 2.陳子平，醫療上「充分說明與同意」(Informed Consent) 之法理，東吳法律學報，12 卷 1 期，2000 年 2 月。

## (五) 對於病人已出現史蒂芬文生症狀，被告主治醫師

## 未能及時發現，是否有醫療過失？亦即注意義務標準問題？

### 題？

### 爭點

若醫療行為有疏失，但醫師及時發現，而避免結果發生，最後因為醫療意外未發生，醫師對於有疏失之醫療行為並無法律上責任，頂多可能有違反公法上之行政規範。反之，縱使醫師之用藥無疏失或者也無違反安全說明義務而無過失，病患發生史蒂文生症，單純是過敏現象，但倘若醫師及時發現，即可避免結果發生，則醫師若未能及時發現避免結果產生，仍是會有過失之問題，因為醫師不僅負正確之醫療行為義務，而且也有預見危險之可能防免義務，若違反可能之防免義務，最後仍難逃非難之結果。因此，本案另一個爭點在於被告是否已盡其危險發生之防免義務？

### 爭點討論：

被告對於其可能防免義務，基本上有預見並有進行，如被告所承述的雖然病患蔡連壽於91年2月6日複診時，表示「服藥期間穩定，腳麻好一點了，但有咳嗽、流鼻水、發燒等感冒現象」等語，又雖病患外觀正常並無紅斑等藥物不良反應現象，被告為求慎重仍予以「抽血檢查」。惟經血檢液查後，其結果顯示病患之血紅素及血小板正常，但白血球數稍低，又嗜伊紅性球、淋巴球、中性球比例正常，但單核球比例較高，病患白血球數稍低可能為感冒或病毒感染所致，而嗜伊紅性球及淋巴球比例正常，為無藥物過敏之客觀證據，有相關醫學文章可資佐證。因此，基本上被告已經有預見且已進行。至於預見且已進行，並非毫無疑問即意謂無疏失，就如醫師已經完成醫療行為，並無意味無疏失，必須進一步判斷其預防行為本身是否符合當時之醫療水準。對此過失部分判斷標準，高院採取被告醫師之該科醫師對於發生系爭過敏現象之預見能力，作為判斷被告醫師是否有過失之標準，換言之高院認為「除非專科醫師（如皮膚科專科醫師）並經常處理史蒂文強森症候群，否則難於前驅期之症狀聯想到此症狀，而被上訴人乙○○既為心臟科醫師，而上訴人丁○○等人又未舉證證明被上訴人乙○○為經常處理史蒂文強森症候群之專科醫師。於此之前，即同年一月九日、二月六日回診時，因無史蒂文強森症候群之症狀，則病患蔡連壽於同年二月二十五日出院時雖診斷為史蒂文強森症候群，而被上訴人乙○○使用癩通藥物係為引起史蒂文強森症

候群之主要藥物之一，然因被上訴人乙○○於醫療過程中，尚無法確定病患蔡連壽係因服用癩通而引發史蒂文強森症候群之患者，則對其產生發燒及畏寒症狀，依醫師專業判斷而為治療及後續之檢查，應符合醫療常規，心臟科醫師並非本案系爭過敏症狀之專科醫師，所以其判斷標準應該以心臟科醫師對於此過敏症狀之前驅症狀是否有預見可能性。因此，就此標準之採取，基本上應無置喙之需，尚屬合理之標準。

但此處必須說明的，若當初醫師有盡安全告知義務，則病人可能會有警覺心，而不至於在主訴病情，將之主訴為感冒症狀，而誤導醫師之情形。倘若醫師當初有盡安全說明義務，使得病人即時警覺，而主訴病狀時不至於將之主訴為感冒症狀，是否會使醫師當初對於血液檢查結果之判讀不同，不無探討之必要。

## 相關文獻

曾淑瑜，醫療水準論之建立，法令月刊 第四十八卷九期，1997年9月，頁36。

※ 專科醫師與非專科醫師之醫療水準之標準相關判決  
最高法院刑事判決 九十五年度台上字第三八八四號

## (六)未盡告知義務，與被害人死亡有無因果關係?

### 爭點

前述已經肯定醫師之安全說明義務有欠缺，其在法律上意義表示醫師之醫療行為有過失，但有過失之醫療行為必須對於被害人死亡有因果關係，加害人對於被害人之死亡才有法律上責任。因此本案責任成立的另一個爭點在於未盡告知義務，與被害人死亡有無因果關係?

### 爭點討論

本爭點有三點必須澄清：第一若醫療行為無疏失，而導致「史蒂文生氏一強生症候群」，應該屬於過敏現象，非醫者所能避免。但過敏現象發生無法避免，若及時發現可以避免傷害擴大，甚至到死亡結果之可能避免，則醫師若未能及時發現，若有疏失，則如前述之邏輯，若及時發現、停藥與治療可以避免結果發生，則會有因果關係。二、若醫療行為有疏失，如本案在安全說明義務有違反，屬於醫療行為本身有疏失之結果，則必須釐清，「史蒂文生氏一強生症候群」之症狀，是否及時發現、停藥與治療可

以避免結果發生，若是，則有因果關係，若完全無法避免，則僅能屬於完全無法控制與急救之過敏現象，無法避免，則無因果關係。但本案是否屬於後者，則須待醫療鑑定。不過，若該現象並非像一般急性過敏現象，而是藥物使用到一定期間才因病理機轉發生，是否絕對無法及時避免，不無討論空間。三、是本案被告所抗辯問題民刑事責任之非難點何在？首先法律上之非難屬於罪責問題，亦即故意或過失之問題，而非因果關係問題。但被告爭執，因無過失，所以對於被告之死亡，自無因果關係可言。高院對於被告所爭執部份之見解是「所謂告知義務履行之不足或違反，僅係行政罰之規範範圍，應非民刑事責任之非難重點。申言之，就民刑事責任認定之範疇而言，其評價非難之重點不在於該未說明可能伴生之危險及副作用之不作為部分，而在於醫療行為本身不符合醫療常規之非價判斷。」如本課程一開始即說明，說明義務主要可以分為兩部份，一部分屬於病人自主權尊重部份，一部分屬於安全說明義務。前者之非難與醫療行為無關，而是病人自主權保障與尊重不傷害之問題，後者因為屬於醫療行為之一部分，因此若有違反，即屬醫療行為有過失之情形，因為屬於應有之醫療行為未進行之問題，亦即醫療行為未完整執行，所以有過失問題。所以並非所謂民刑事責任認定之範疇而言，其評價非難之重點不在於該未說明可能伴生之危險及副作用之不作為部分，而在於醫療行為本身不符合醫療常規之非價判斷。若可能伴生之危險或副作用之即時防免屬於可能，只要病患能即能警覺，而成為病患自己必須配合注意與提防之行為義務，則屬於安全說明義務範圍，若醫師未說明，則屬於醫療行為未完全執行，就如結紮手術完美執行完畢，但未告訴病人在前一個月仍有安全措施之必要，病人配偶仍懷孕，即屬於醫療行為未完整執行完畢。因此被告與高院對於安全說明義務都陷入將告知後同意之自主權說明義務與安全說明義務混淆之境。

## 相關文獻

- 1.蘇巧慧，我國實務對醫療訴訟中因果關係之認定，萬國法律雜誌第 133 期，2004 年 2 月。
- 2.陳子平，醫療上「充分說明與同意」(Informed Consent) 之法理，東吳法律學報，12 卷 1 期，2000 年 2 月，頁 26。

## 因果關係之相關判決

臺灣高等法院民事判決 九十三年度上字第 65 號

## (七) 光田醫院於蔡連壽住院期間，未將其置於燒燙傷

### 中心或無菌室是否有醫療疏失？

#### 爭點

病方抗辯蔡連壽於九十一年二月十一日因全身皮膚紅疹、口腔潰瘍併膿樣分泌眼睛紅腫有四天之久，加上持續之發燒及畏寒、血尿黃疸，而至被上訴人光田醫院急診室就診，並於當日住進該院肝膽腸胃科，隨後會診皮膚科醫師，並開始接受藥物治療，於住院期間，被上訴人光田醫院未將其置於燒燙傷中心或無菌室應有醫療疏失。醫方抗辯蔡連壽於九十一年二月十一日住院之時，因其症狀僅出現皮膚紅疹、口腔潰瘍之狀況，在此情況下，並無立即需住進無菌病房之需要，且依臺中榮總轉診回覆單所示，蔡連壽自被上訴人光田醫院轉至臺中榮總之時，並未出現任何併發症，是無論被上訴人光田醫院究有無燒燙傷中心或無菌病房等設備，蔡連壽於被上訴人光田醫院住院期間，並未受有任何感染。

#### 爭點討論

此部分應該屬於純醫療專業判斷部份，高院依醫療鑑定書之意見認為：依費茲巴屈克之一般醫學之皮膚科第五五五、五五六頁記載：「在燒灼傷治療單位對 T E N（毒性表皮壞死裂解）病人治療理論得被適用於燒灼傷害理論治療法（亦即強硬調整液、蛋白質與電解質平衡、感染控制、及早對皮膚病害早期外科擴創數），惟此一理論仍被質疑，因為儘管臨床上類似，S J S - T E N 在病理機轉上係全然與燒灼傷情形不同。主要不同係在 S J S - T E N 情形全然沒有血管損傷。因而，水腫與進入間隙組織之液體損失，仍非主要徵候。」，再參之行政院衛生署醫事審議委員會第二次鑑定意見亦認病患蔡連壽於九十一年二月十一日回光田醫院急診時，尚不須送至燒燙傷中心，即為相同之認定，此有上開第二次鑑定書可稽，足見史蒂芬氏症候群之患者，在症狀出現之初期，並無需一定要住入燒燙傷中心或無菌病房。又依上開第二次鑑定書記載：「原則上皮膚病變面積大於體表百分之二十至三十，即可考慮送入燒燙傷中心。不過是否進燒燙傷中心仍由主治醫師判斷，患者再住院時醫師已開立相關藥物治療，所以並無法確定其處置不當」、「是否要送入燒燙傷中心有其專業認定的考慮，但無法證明因沒住進燒燙傷病房導致其後病情惡化。」，輔以臺中榮總急診室出院病歷摘要（即轉診回覆單）

所示，蔡連壽自被上訴人光田醫院轉至臺中榮總之時，並未出現任何併發症，從而，被上訴人光田醫院縱未將蔡連壽置於燒燙傷中心或無菌室，尙難認有醫療疏失。

## 第七講 人工生殖問題-判決分析與討論

負責老師郭保麟教授、侯英泠副教授

### 判決

新竹地方法院民事判決 94 年訴字第 262 號判決

台灣高等法院民事判決 95 年重上字第 310 號判決

最高法院民事裁定 96 年台上字第 1530 號裁定（裁定上訴駁回，理由為：上訴人依前揭法文規定，請求被上訴人賠償損害，除已確定部分即命戊○○（即己○○）賠償甲○○○（即原告丙○○○）三十萬元本息部分外，均不能准許等情，指摘為不當，並就原審命為辯論及已論斷者，泛言謂為違法，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，更未具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。）

### 本案之實務意義

本週主題為人工生殖相關問題。人工生殖雖然屬於醫療法規中一個重要主題，尤其涉及許多倫理問題與社會問題，但是真正產生醫療糾紛之案例尚不多。人工生殖係不孕夫妻為了生子而施行之人工醫學輔助生育方式。其可能容易產生之爭執在於人工生殖生育之子女之健康，另一個問題就是家庭親子關係問題。本案涉及即是人工生殖技術所涉及之親子關係，以及醫師是否確實依照人工生殖法規定施行人工生殖技術問題。

### 案情摘要

被繼承人徐沐琳已婚，有三個女兒，卻膝下無子，為有子傳宗接代，遂與本案被告己○○私下協議為其傳宗接代，於民國 86 年 6 月 4 日由被告財



團法人國泰綜合醫院（下稱國泰醫院）之受僱人陳樹基醫師為雙方進行人工受孕手術（精子植入術），被告己○○並於民國 87 年 3 月 9 日生下一女賴沛芸。由於為女嬰，並未馬上辦理認領而書立協議書，雙方於民國 88 年 9 月 15 日書立一協議書，協議內容大致記載關於賴沛芸自出生後撫養費用之事項。嗣，被繼承人徐沐琳於民國 93 年 1 月 18 日死亡，賴沛芸對其繼承人提起確認繼承權存在之訴，並由新竹地方法院 93 年度家訴字第 22 號判決其勝訴。其後，原告丙○○○（即徐沐琳之配偶）及原告乙○○、丁○○、戊○○（即徐沐琳之女兒）認為其權利或利益受有損害，即針對被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師所為之醫療行為，及被告己○○自被繼承人徐沐琳懷胎受孕之行為，向新竹地方法院起訴，請求其負侵權行為損害賠償責任。

## 本案可能爭點

- 一、本案徐沐琳與己所施行之人工生殖，在目前法律之效果？
- 二、違法人工生殖所生之子女之法律地位？
- 三、被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師或己○○是否成立民法第 184 條第 1 項前段的侵權行為？
- 四、被告己○○是否成立民法第 184 條第 1 項後段的侵權行為？
- 五、被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師是否成立民法第 184 條第 2 項的侵權行為？
- 六、被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師或己○○是否成立民法第 184 條第 1 項後段的侵權行為？（註：原告於二審時追加）

## 爭點分析與討論

一、本案徐沐琳與己所施行之人工生殖，在目前法律之效果？

### 爭點

本案爭執，雖然在於被告醫師、醫院與己對於原告有何侵權行為，但整個糾紛之源頭在於人工生殖技術之施行，醫師與被告所施行之人工生殖屬於何種人工生殖，以及依此方式所產生之子女之地位如何，才能確認整個權益

侵害之成立可能性。

## 爭點討論

首先必須先確認本案所爭執之人工生殖是何種人工生殖。徐某與己在外觀上與被告醫師主觀上所認定係施行配偶間之人工生殖，而非人工協助生殖技術管理辦法第 11 條第 2 項之「涉第三人之捐贈(精/卵)行為」，但事實上徐某與己所進行以及醫師所施行卻是代孕人工生殖，因為雙方並不是為彼此生育下一代，所以也非單純精卵捐贈問題，徐某係需要己為其生育傳宗接代，所以客觀上係借腹又借卵之代孕人工生殖。所以就法律而言，雙方以及醫師所進行就是代孕人工生殖。至於被告醫師主觀上之認定，僅在於徐某與己刻意所營造錯誤假象，讓被告醫師陷入錯誤認識，而被告醫師陷入認識錯誤自己是否有過失問題，亦即其是否有積極確認事實義務。

首先要確認代孕人工生殖是否屬於違法之人工生殖，就行為當時(86 年)之規定，僅有 1994 年 3 月 4 日所公告施行之「人工協助生殖技術管理辦法」，該辦法第六條基本上僅可以不孕夫妻間始可施行人工生殖手術，其次，禁止代孕人工生殖(所謂代理孕母)，而不孕夫妻間可施行人工生殖手術又因為是否需要接受生殖細胞之捐贈而有不同之規定，若不須接受他人捐贈生殖細胞，依第四條但書規定並不需要報請中央主管機關核准始可施行人工生殖技術。但是這些規定之規範對象為醫師與醫療機構，而對於預施行人工生殖技術之當事人，因為屬於個人生育權之限制，基於法律保留原則，必須透過法律規定始可限制，所以當事人並不在限制範圍內。亦即屬於無法律明文禁止之情形，法律無規定，並不當然表示私人可以進行該行為，若該行為違反善良風俗，仍屬於無效之法律行為。所以，不孕夫妻所進行之人工生殖技術內容是否合法，即屬於有待釐清之問題。若以後來人工生殖法案以及代孕人工生殖法草案，若從法律之規範應符合社會需求與當時社會倫理之要求原則觀之，應該在法案中所允許之人工生殖技術雖然未有明文規定都屬於合法無違反善良風俗之問題。或者代孕人工生殖技術若屬於不孕夫妻間之不借卵之代孕人工生殖，應該不當然屬於違反善良風俗之情形。但是這兩個法案都建立在不孕夫妻自由無瑕疵之同意下之進行始屬之。這也是法律之基本要求，而本案當事人進行代孕且借卵之人工生殖，依當時社會觀之，尤其在徐某配偶不知情下進行，應該屬於違反善良風俗之行為。

其次，在此必須確認醫師對於施行借卵借腹之代孕人工生殖是否有過失。醫師是否有過失在於醫師是否有一定注意義務，而有違反之情形。基本上醫師之注意義務，亦即是否有注意該人工生殖屬於不違反善良風俗之人工生殖或者行政命令規定之人工生殖之義務，換言之，確認所施行人工生殖手術為合法之人工生殖手術，如此積極事實確認義務，通常其建構之法理基礎可能是透過契約建構導出，也可能透過公法上行為義務。透過契約建構基礎

在於信賴原則，亦即醫師必須有義務避免有意為人工生殖契約他方當事人因不懂法律規定(違反善良風俗)或行政規定，而違反規定，但此義務之成立之前提必須該規定係一般人不易知道，僅醫師因為資訊不對等而知道，從而醫師既然提供人工生殖技術，就應該熟知相關之規定以及確認所進行之人工生殖是否符合規定，而有義務確認是否合法，但是當時之人工協助生殖記事管理辦法屬於為有公告之命令，應該有意為人工生殖之當事者，都有義務去知悉相關之規定，且也由可能有能力與查知之可能性，因此醫師就此並無法導出醫師有積極義務確認；但是，若依醫師已經清楚知道涉及違法人工生殖，而且發現對方不知道，而有提醒之義務，則醫師也有義務防止違法人工生殖技術之施行。但本案係反過來，係他方可能已經知道法律規定，而故意製造假象讓醫師陷於錯誤，所以基本上就本案吾人並無法導出醫師有何契約保護義務，有確認與避免預施行人工生殖手術之他方當事人因不懂規定，而違反規定。由於醫師與徐某和己所進行之人工生殖手術，是徐某與己積極刻意營造一些錯誤假象，從而此處被告醫師並無契約上之保護義務或注意義務問題。其次，是被告醫師是否有公法上之行爲義務，確認人工生殖技術之施行無違反規定之情形。當時人工協助生殖技術管理辦法規定，就其法之位階雖然無法規範欲施行人工生殖技術之不孕夫妻，但是卻可以規範醫師，而該規範清楚規範醫師或醫療機構之執業規範，若欲施行人工生殖技術，必須在符合特定條件下之夫妻，始可在允許之行政規定下進行。但該規範並無直接規範醫師或醫療機構有任何一個積極確認義務，所以醫師就公法上之規定，也無直接確認之行爲義務，但是該規定清楚規範醫師施行人工生殖之要件，所以本案之被告醫師欲施行人工生殖技術前應該確認，前往接受人工生殖夫妻是否有符合規定，否則其所施行之代孕人工生殖技術仍屬於違反行政規定之行爲，而被告醫師未進行任何確認，應該仍屬有過失違反規定之行爲。雖然被告醫師抗辯縱使查證身分證，因為我國採儀式婚，有些人之身分證欄位並未有登記配偶，但是此處所要求之確認，並非要求醫師必須確實積極查證，但是必須做到基本確認，一般社會上之確認行爲，亦即口頭上詢問或身分證之對照，若身分證上未填寫配偶，若當事人可以提供任何文件證明為配偶，醫師並不需要查證身分證獲當事人所提供之文件之真偽，但基本之確認行爲卻是必須的，因為此為其可施行人工生殖技術之前提要件。而且依該規範第十六條，醫療機構施行人工生殖技術，應製作病歷，並記載受術夫妻之姓名、國民身分證統一編號、出生年月日、性別、身高、體重、膚色、血型等等。本案被告醫療機構與醫師皆有違反之情形，所以本案系爭之人工生殖技術之施行有過失。

## 二、違法人工生殖所生之子女之法律地位？

### 爭點討論

如前所述本案之代孕人工生殖之施行，客觀上依當時之社會屬於違反善良風俗之行爲，而醫師就其公法上之規定亦屬於違反規定之行爲，亦即該代孕爲違反規定之代孕。但是任何一個違法之人工生殖所生殖而孕育之子女，仍是一個權利主體，應受到法律之保障。其身分上地位因法無特別規定，所以回歸民法親屬篇之規定。由於己懷孕時，徐某與己並無婚姻關係，所以己之受孕並非在婚姻關係存續中，其因人工生殖所生育之子女，爲非婚生子女(民法第 1063 條)。但非婚生子女，可以透過認領、準正取得婚生性(民法第 1065 條、1064 條)。本案徐某與己並無事後結婚，所以系爭子女僅有透過認領取得婚生性。認領有任意認領、事實認領或強制認領。依目前之通說認爲，己在徐某同意下進行人工生殖，而進行期間以及懷孕期間若徐否對於己已有盡到照顧行爲，事實上對於以當時所懷之人工生殖子女已經有扶養照顧之意以及照顧之事實，而且本案徐某與己於事後也有扶養照顧費用之協議書，所以徐某已經有肯認人工生殖所生育之子女爲其子女，僅是未爲自由認領，但有照顧之事實，所有事實認領之情形，事實照顧依民法第 1065 條第二段之規定爲擬制認領，所以人工生殖所生育之子女在本案爲徐某之婚生子女，對於徐某有繼承權(民法第 1138 條)。

## 三、被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師或己○○是否成

### 立民法第 184 條第 1 項前段的侵權行爲？

#### (一)就被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師之行爲

### 爭點討論

#### 1.原告主張

##### a. 其行爲應具有過失

被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師施行本件人工受孕前，並未詢問被告己○○與徐沐琳之關係，而有過失。按有關權利之受侵害，所謂之權利包括

財產權及非財產權，而非財產權又包括人格權及身分權，身分權包括配偶權、監督權、其他身分法益及慰撫金請求權。是以被告國泰醫院受僱人陳樹基醫師違法為被告己○○與原告等之被繼承人徐沐琳施行人工受孕，侵害原告等之身分權，被告國泰醫院自應依民法第 184 條第 1 項前段及第 188 條第 1 項規定就其受僱人陳樹基醫師之違法行為負侵權行為損害賠償責任。

2. 被告主張

- a. 施做人工手術之時，原告等人即已知悉並默許之。
- b. 被告國泰醫院受僱人陳樹醫師基於被告己○○和徐沐琳同到診所之事實並相信其等所言之內容，給予施作配偶間之人工受孕，自無違法之處。徐某與己在診間故意以言詞陷醫師於錯誤，才使醫師未對雙方之夫妻身分為確認，醫師應無過失。且人工協助生殖技術管理辦法全文，並無任何條文規定醫師需如何查證該二人之關係。

3. 地院見解

- a. 侵權行為法上權利之意涵，民法第 184 條於 88 年 4 月 21 日修正(89 年 5 月 5 日施行)前，學者間就前開法條係採概括條款說或類型規定說，本有廣義、狹義、最狹義之爭，採廣義說者，認為權利乃私法體系所保護之法律上利益(包括利益)；採狹義說者，認為權利係指既存法律體系所明認之權利(不包括利益【利益係指權利以外為法規及公序良俗所保護之一切利益】)；採最狹義說者，則認為權利係指支配權而言(不包括其他權利及利益)。而修正後之民法第 184 條一般侵權行為之規定，已明白採取類型理論之觀點，將之區分為權利侵害類型(第 184 條第 1 項前段)、利益侵害類型(第 184 條第 1 項後段)、違反保護法律類型(第 184 條第 2 項)，各自均為獨立之請求權依據，是關於權利之意涵，當僅能採狹義或最狹義之見解，以資與「利益」之概念作一區別。
- b. 再者，與本件案情相近可以之作為參考之與有配偶之人通姦，對於他方之配偶，是否可認為權利受侵害，而得請求損害賠償。地院認為不問所侵害係何權利，對於配偶之他方應構成共同侵權行為，婚姻係以夫妻之共同生活為其目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿安全及幸福，而夫妻互守誠實，係為確保其共同生活之圓滿安全及幸福之必要條件，故應解為配偶因婚姻契約而互負誠實之義務，配偶之一方行為不誠實，破壞共同生活之圓滿安全及幸福者，即為違反因婚姻契約之義務而侵害他方之權利。惟最高法院 55 年台上字第 2053 號判例所稱之受侵害者為夫妻間「共同生活之圓滿安全及幸福」，究係狹義說所指之權利？抑或僅係利益？學者間有認為此為最高法院肯認「婚姻圓滿維持權(配偶權)」之例證，惟本院認為最高法院前開判例揭諸之所謂「共同生活之圓滿安全及幸福」，並非狹義說所指之權利，而係基於配偶關係所生之利益。
- c. 民法債編於 88 年 4 月 21 日修正時，雖增訂第 195 條第 3 項規定：民

法第 195 條第 1 項、第 2 項之關於得請求非財產上損害賠償之規定，於不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者，準用之。然此僅係損害賠償效力之規定，至於請求權依據，仍應回歸侵權行為成立要件之規定，亦即是否合於民法第 184 條規定之構成要件以爲斷，而通姦行為所侵害者，既係配偶間「共同生活之圓滿安全及幸福」之利益，並非「婚姻圓滿維持權」，是僅得以民法第 184 條第 1 項後段作爲請求權依據。是原告主張被告國泰醫院應依民法第 184 條第 1 項前段及第 188 條第 1 項規定，就其受僱人陳樹基醫師之違法行為負侵權行為損害賠償責任，及被告己○○之行為應成立民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為，即與法律規範之意旨不符，難予採信。

4. 高院見解

- a. 二審法院基本上均肯認上述一審法院 a、b、c 之見解。
- b. 上訴人（即原告丙○○○）主張：「（己○○主張人工受孕不該當於通姦有何意見？）兩者破壞之法益相同，除配偶權外，還有夫妻間共同圓滿生活之法律上利益」云云（本院卷第 154 頁背面），其意係指己○○系爭人工受孕行為該當於通姦，縱不該當，然二者破壞之法益亦屬相同。就此，二審法院認爲：「己○○與徐沐琳間未具法律上之夫妻關係，卻以夫妻身分委請醫療機構爲其等施行人工生殖技術生育子女（詳後所述），此人工受孕行為當非通姦行為，然通（相）姦行為僅侵害徐沐琳與配偶即上訴人乙○○○（間共同生活之圓滿安全及幸福之利益，而非侵害上訴人乙○○○之配偶權，則舉重以明輕，國泰醫院或其受僱人陳樹基之系爭醫療行為、己○○系爭人工受孕行為，至多亦僅侵害徐沐琳與配偶即上訴人乙○○○間共同生活之圓滿安全及幸福之利益，而非侵害上訴人乙○○○之配偶權，亦僅得依民法第 184 條第 1 項後段之規定爲請求。否則如依上訴人主張配偶權涵蓋於同條項前段所稱之權利範疇，則依侵權行為之規定而請求損害賠償者，均得據此請求賠償，民法第 184 條第 1 項後段之規定將屬贅文。」
- c. 另上訴人甲○○等 3 人（即原告乙○○、丁○○、戊○○）主張國泰醫院或陳樹基系爭醫療行為、己○○系爭人工受孕行為致其等身分權遭侵害，身分權包括配偶權、監督權、其他身分法益及慰撫金請求權云云（原審卷第 308、310 頁），然甲○○等 3 人對徐沐琳言，無所謂配偶權、監督權，而國泰醫院或其受僱人陳樹基之上開醫療行為、己○○自徐沐琳受孕產女之行為，非屬侵害甲○○等 3 人之身分權（子女權或親權），至多僅侵害徐沐琳與甲○○等 3 人間共享天倫之安全及幸福之利益（至是否致甲○○等 3 人該等利益受有損害，詳如下述），甲○○等 3 人亦僅得依民法第 184 條第 1 項後段之規定爲請求，理由同上所述。
- d. 上訴人另主張其等繼承徐沐琳財產金額減少額度云云，似指其等繼承權亦遭侵害，至少受有其等原得繼承之額度與嗣因繼承人多賴沛芸後得

繼承額度差額之損害，然上訴人繼承權或繼承之額度不因賴沛芸之出生而受有影響，詳如後述，亦不得認國泰醫院或其受僱人陳樹基上開人工生殖醫療行為、己○○上開人工受孕行為，侵害上訴人之繼承權或繼承之額度。」

## (二)就被告己○○之行爲

### 爭點

原告主張繼承權被侵害。

#### 1. 地院見解

被告己○○之行爲應認係侵害徐沐琳與配偶即原告丙○○間共同生活之圓滿安全及幸福之利益，而非侵害原告丙○○之配偶權，是原告主張被告己○○之行爲應成立民法第 184 條第 1 項前段之侵權行爲，即與法律規範之意旨不符，難予採信。理由請參前述一、(一)、3 地院見解部分。

#### 2. 高院見解

與一審法院採相同見解，理由請參前述一、(一)、4 高院見解部分。

### 爭點討論

本案之爭點，此案爲何種人工生殖，其討論如前一。其次，非配偶間之人工生殖行爲是否爲通姦行爲？然後是通姦行爲是否侵害「配偶權」？關於非配偶間之人工生殖是否屬於通姦行爲，依通姦行爲之定義在於非被配偶間之性行爲，但人工生殖技術係透過醫療行爲進行，彼此間並無事實之性行爲進行，所以事實上並非通姦行爲。但是非配偶間人工生殖之結果與情形卻是與通姦行爲相類，而非配偶間人工生殖之結果，甚至可能會比一般通姦行爲對於婚姻之影響更大，會有非婚生子女之孕育。因此，在此案法院將之類比，並無不當之問題。其次，在於通姦行爲是否有侵犯到配偶權之爭執點，而必須負損害賠償責任？

### 相關判決與文獻

一由台中地院兩則判決談起，參劉昭辰，法令月刊，民國 96 年 6 月，頁 33 至 44：

\*台中地方法院 92 年度訴字第 1483 號判決—否定配偶權之存在  
(節錄)

茲有疑問者，乃係最高法院五十五年台上字第 0 五三號判例所稱之受侵害者為夫妻間「共同生活之圓滿安全及幸福」，究係狹義說所指之權利？抑或僅係利益？學者間有認為此為最高法院肯認「婚姻圓滿維持權（配偶權）」之例證，惟本院認為最高法院前開判例揭諸之所謂「共同生活之圓滿安全及幸福」，並非狹義說所指之權利，而係基於配偶關係所生之利益

\* 台中地方法院 93 年度簡上字第 95 號判決－肯定配偶權之存在  
（節錄）

按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者，亦同。民法第一百九十五條第一項、第二項之規定請求非財產上之損害賠償，於不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者，準用之。民法第一百八十四條第一項及第一百九十五條第三項分別定有明文。又婚姻係以夫妻之共同生活為其目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿安全及幸福，而夫妻互守誠實，係為確保其共同生活之圓滿安全及幸福之必要條件，故應解為配偶因婚姻契約而互負誠實之義務，配偶之一方行為不誠實，破壞共同生活之圓滿安全及幸福者，即為違反因婚姻契約之義務而侵害他方之權利，最高法院五十五年台上字第 0 五三號著有判例。足認基於身分關係而生之配偶權亦屬應受保護之權利，倘配偶之一方行為不誠實，與他人發生足以破壞夫妻共同生活之圓滿安全及幸福之行為者，則該第三人與不誠實之配偶即為侵害配偶權之共同侵權行為人。

### (三) 被告己○○是否成立民法第 184 條第 1 項後段的侵

### 權行為？

#### 爭點

原告主張被告己○○自有婚姻關係之人懷胎生子之行為，均顯然違背善良風俗。

地院見解：

1. 就被告己○○是否成立民法第 184 條第 1 項後段：

首先地院不接受被告之主張而認為被告之行為有違常情，且有意陷醫師於誤認被告與死者間有夫妻關係，而為其施行人工生殖手術，並提供自己之卵子為徐沐琳生育子女，顯係故意以背於善良風俗之方法，侵害徐沐琳之配偶即原告丙○○對於夫妻間應有共同生活之圓滿安全及幸福之利益，此參諸較本案情節為輕之代理孕母制度，即接受夫妻之精子、卵子或胚胎植入其生殖



器官並代為孕育生產胎兒之情形，目前尚無法為現行社會倫常所接受，違論本案之情節亦與代理孕母係以治療不孕為目的，屬於醫療行為的一種方式迥異，是原告丙○○○主張被告己○○以違背善良風俗之方法，加損害於他人，其自得依民法第 184 條第 1 項後段之規定，請求被告己○○負賠償責任，即屬有據。至原告乙○○、丁○○、戊○○既為徐沐琳之子女，惟對於父親之生育權，既非子女所得任意加以干涉，且父親未與母親生育子女，子女可否違背倫理秩序指摘父親行為不當，進而請求父親賠償所生精神上之痛苦既有疑義，違論，原告亦未具體說明其父與他人進行人工受孕，侵害子女法律上所欲保護之利益內容，是原告乙○○、丁○○、戊○○主張被告己○○亦有以違背善良風俗之方法，加損害於徐沐琳之子女，其等自得依民法第 184 條第 1 項後段之規定，請求被告己○○負賠償責任，核屬無據，難予准許。

2. 就原告丙○○○主張被告己○○應賠償其所受財產上之損害，是否有理由：（此部分原被告之主張可參一、部分）

按繼承人於被繼承人死亡前，固有將來可以繼承其遺產之期待權，惟繼承人對於被繼承人生前處分其財產，既不得為任何之異議，自不生其期待權被侵害之問題(最高法院 88 年度台上字第 1662 號判決意旨參照)。被告己○○與原告之被繼承人徐沐琳施行人工受孕時，徐沐琳既尚健在，顯無繼承情形發生，即難認原告有因此取得徐沐琳財產上權利減少情事。況非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。其經生父撫育者，視為認領，亦為民法第 1065 條第 1 項所明定。查本件被告己○○與原告之被繼承人徐沐琳施行人工受孕後雖生育一女賴沛芸，賴沛芸非係由婚姻關係受胎而生之子女，惟因徐沐琳撫育被告己○○所生育之子女，此有上開協議書足稽，而被視為認領，方認賴沛芸視為原告被繼承人徐沐琳之婚生子女，取得繼承徐沐琳財產之權利。

3. 原告依照民法第 195 條第 3 項的規定請求被告賠償原告所受非財產上的損害是否有理由？（此部分原被告之主張可參一、部分）

本件被告己○○之侵權行為行為既經認定，已如前述，即屬不法侵害原告丙○○○基於婚姻關係而享有之夫妻身分法益，致原告丙○○○精神上感受莫大痛苦，自屬情節重大，被告己○○自應負損害賠償責任。

## （二） 高院見解

1. 一審認定己○○所為構成同法第 2 項之侵權行為，侵害上訴人乙○○○對於與徐沐琳夫妻間應有共同生活之圓滿安全及幸福之利益，足以破壞其等夫妻間之共同生活，命己○○依民法第 195 條第 3 項之規定賠償 30 萬元本息部分，因己○○未提起上訴而告確定。

2. 上訴人甲○○等 3 人主張己○○系爭人工受孕致其等基於子女之身分法益受有損害部分，己○○明知徐沐琳為有配偶之人，竟共同與徐沐琳以

夫妻間之身分，委由國泰醫院之陳樹基醫師為其等施行系爭人工受孕行為，自屬故意以背於善良風俗之方法為系爭人工受孕行為。然甲○○等 3 人為徐沐琳之子女，其等對於父親之生育權，原無得任意干涉之權利，再其等 3 人與徐沐琳間，固有共享天倫之安全及幸福之利益，然該等利益不因徐沐琳另與己○○以系爭人工受孕行為產下賴沛芸而受影響，換言之，縱徐沐琳與己○○產下賴沛芸，徐沐琳與甲○○等 3 人父女間原有共享天倫之安全及幸福之利益均不受影響。甲○○等 3 人復未就其等尚有何其他因子女身分在法律上所欲保護之利益，因其等父親與他人進行人工受孕而受有何損害，甲○○等 3 人依民法第 184 條第 1 項後段之規定，請求己○○負賠償責任，於法無據，不應准許。

3. 就上訴人乙○○○主張己○○應賠償其所受財產上之損害部分，二審法院亦肯認一審法院之見解，認為其請求應屬無據。理由請參二、(三)、3。

## 爭點討論

\* 被告己與徐某無婚姻關係，且未經其配偶之同意進行代孕人工生殖，如地院與高院之見解，應屬違反善良風俗行為，無誤。因此此處主要爭點在於，原告有何權益受到侵害，子女對於生父之生育權無置可否之權利，所以無法院之見解，並無被侵害之情形。比較有爭議在於是否有繼承權受到侵害。繼承權有雙重意義：一是繼承前之繼承權利(亦即將來成為繼承人之權利)，民法第 1140、1145；二是繼承於繼承開始後之所有權利，民法第 1146、1147。本爭執人工生殖手術係在繼承開始前所進行，所以，首先必須思考原告之繼承權利是否有被侵害，亦即為繼承人之地位是否有因己之人工生殖受到影響。如前二、所述本案人工生殖所生之子女，依本案之事實屬於徐某之婚生子女，則依法本有繼承權，而與原告共為繼承人。原告等之繼承地位並未受到影響，仍為法定繼承人。而繼承開始後，己僅以其女兒之名義請求繼承，因其女兒依法即為徐某之法定繼承人，所以主張繼承權，並無侵害原告繼承開始後之權利。所以本案無繼承權侵害之問題。

\* 關於繼承開始前之繼承權(參戴炎輝、戴東雄合著，繼承法，頁 18 至 20)。繼承開始後之繼承權為權利，毫無疑問。至繼續開始以前之繼承權，其性質如何，即有疑問。我國通說認為其性質應為「期待權」，所謂繼承期待權，雖亦為權利，但其效力薄弱，其主要表現在：

1. 各推定繼承人之地位，非確定的；
2. 推定繼承人之應繼分未確定；
3. 各推定繼承人之權利，非支配的；

4. 各推定繼承人，縱有特留分權利，但被繼承人之生前贈與，不為扣減之標的物。
- 本案例之爭點表現在第 3 點，詳言之，於繼承開始前，繼承人不得主張權利，他人縱加以侵害，亦不得對該人請求損害賠償。

## 相關判決

最高法院 22 年上字第 799 號判例

繼承人自繼承開始時，始承受被繼承人財產上之一切權利義務。在繼承開始前，對於被繼承人財產上之權利，不過有因繼承開始而取得之期待權，並無所謂既得權，對於被繼承人財產上之義務，亦屬無須負擔。

## 四、被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師是否成立民法

### 第 184 條第 2 項的侵權行為？

#### 爭點

此處主要爭點在於人工協助生殖技術管理辦法是否為民法第 184 條第 2 項規定之保護他人之法律，若是屬於該項所謂之法律，則必須進一步認定該規定之保護法益，是否有包括對於原告等所主張之私利益或權利。

#### 爭點討論：

1. 人工協助生殖技術管理辦法，是否為民法第 184 條第 2 項規定之保護他人之法律為審斷：

按違反保護他人之法律者，係指以保護他人為目的之法律，亦即一般防止妨害他人權益或禁止侵害他人權益之法律而言<sup>18</sup>。又所謂違反保護他人之法律，包括任何法律規範，即含形式之法律及任何法律授權制訂之行政命令，這也是地院所肯認的。從而人工協助生殖技術管理辦法，亦屬於民法第 184 條第 2 項中所謂之法律。但地院雖然肯認行政命令亦屬於民法第 184 條

---

<sup>18</sup>最高法院 86 年度台上字第 3076 號判決意旨參照。

第 2 項中所謂之法律，為否認人工協助生殖技術管理辦法為民法第 184 條第 2 項中所謂之法律，其理由為人工生殖管理相關規範之沿革係行政院衛生署於 75 年 7 月間，在當時尚乏法律可資規範之情形下，先行制定「人工生殖技術倫理指導綱領」，提供醫事人員有所遵循，社會大眾有所共識，嗣因考量人工生殖技術在我國社會已有相當規模之發展，而法律之規範尚付闕如，乃參酌優生保健法、醫師法，及醫療法之相關規定，於 83 年 11 月 23 日訂定「人工協助生殖技術管理辦法」，該管理辦法並分別於 86 年 3 月 23 日及 88 年 4 月 28 日作兩次修正。後鑑於「人工協助生殖技術管理辦法」之法效較為薄弱，衛生署於 85 年即委請法界學者草擬完成「人工生殖法」初步草案，惟因代理孕母是否開放議題未有共識，致該草案一直無法順利通過立法。業經本院依職權向行政院衛生署函詢「人工協助生殖技術管理辦法」之訂定依據及目的，經行政院衛生署於 95 年 1 月 17 日以署授國字第 0000000000 號函覆本院上開資料明確。且人工生殖法草案中亦說明「人工協助生殖技術管理辦法」之規定，均屬職權命令或行政規則，性質上不宜涉及人民之權利義務事項，既不足以保障受術夫妻及人工生殖子女之權益，亦不能充分規範人工生殖技術之施行，為健全法制並因應實務需求，乃有擬具人工生殖法之必要，亦據被告國泰醫院提出人工生殖法草案總說明一紙附卷可稽，足見人工協助生殖技術管理辦法係主管機關即行政院衛生署為確保人工協助生殖技術之正確使用，在缺乏法律授權之依據下，所制訂之行政命令，是原告主張被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師為原告之被繼承人徐沐琳與被告己○○進行人工受孕，應成立民法第 184 條第 2 項規定之侵權行為損害賠償責任，亦屬無據，難予採信。

地院所給的理由並不是非常具有說服力。因為目前通說大致肯認直接或間接任何以保護個人或特定範圍之人權益為目的之公私法規，可視為保護他人法律，而法律，包括任何法律規範，即含形式之法律及任何法律授權制訂之行政命令，但專以保護國家公益或社會秩序為目的之法律則不包括在內<sup>19</sup>。但是學說也擔心，公法上規定幾乎深入每個領域，若都可以透過第 184 條第 2 項而有民事法上賠償效果，可能會使侵權行為責任從過失責任變成過失推定責任，而有須加以限縮之必要。就如多數學者所言，民法第 184 條第 2 項之功能在於轉介其他規範之規定，而賦與民事賠償上效果，以調和公私法價值的衝突，並填補非對世權保障之漏洞，不應為了取巧避免過失之認定，而浮濫使用，而破壞侵權行為責任體系，其同時具有保障個人行為自由之功能。因此，皆認為有必要加以限縮。因此，目前民法第 184 條第 2 項之成立要件：一該強制或禁止規定必須具有行為規範(Verhaltensnorm)或命令性格(Befehlsqualitaet)，而行為人之行為違反此規範；二、被害人必須屬於該法所要保護之人的範圍，亦即原告必須為該法規所欲保護之特定範圍之人；三、

<sup>19</sup>參閱最高法院 77 年台上 1582；王澤鑑，違反保護他人法律之侵權責任，「民法學說與判例研究」，第二冊(2004 年版)，頁 196；陳聰富，同前註 19，頁 6；孫森焱，同前註 15，頁 248。

被害法益應屬於該法所要保護之「物」的範圍，亦即原告遭受之損害必須為系爭法律目的所欲避免者。從而本案被告可能違反之公法上規定有兩項，一個是代理孕母之禁止，一個是違反施行人工生殖技術之病歷作業。前者因為本案當事人雖然以夫妻身分為人工生殖，事實上所為的既不是原告所爭執的捐贈生殖細胞之問題，因為己並非為其婚姻生子而為人工生殖，且依其陳述已經有小孩，事實上係為徐某傳宗生子，但兩者並無婚姻關係，所以屬於借卵借腹的代孕。依當時人工協助生殖技術管理辦法，屬於禁止之行爲。所以被告醫師與醫療院所違反禁止的行爲規範。因此，在此必須思考當時違反代理孕母所欲保護之對象為誰？依當時代理孕母之禁止原因，原因多重，主要有可能子宮工具化、過去傳宗接代父權心態甦醒而女性團體反對、子女婚生性無法解決、增加法律爭議(如當代孕者不願意交小孩交出時，如何處理)以及宗教團體對於代孕之質疑等等多重因素，但並不是未特定私人利益而禁止，主要係因對於代孕開放與否國內尚未有共識，倫理上爭議也尚未處理，若真有私人利益保障，應該重點在於代孕者與人工生殖子女的保障，以及委託夫妻如何取得子女之利益，但與本案所爭執之權益無關，因此本案就違反代孕人工生殖手術，並無民法第 184 條地 2 項之適用。就如高院之見解認為：「人工協助生殖法草案案由（本院卷第 66 頁）明確揭示『．．．為確保不孕夫妻、人工協助子女及生殖細胞捐贈人之權益，且顧及女性作為生育主體，其權益與需求，並使人工協助生殖健全發展．．．』，顯見人工協助生殖法草案之前身即本件系爭之人工生殖管理辦法所欲保障者，係不孕夫妻、人工協助子女、生殖細胞捐贈人、女性作為生育主體之權益與需求、人工協助生殖之健全發展，上訴人顯非人工生殖管理辦法所欲保護之特定範圍之人，其等自不得主張人工生殖管理辦法係保護他人之法律。」

其次，醫療機構與醫師施行人工生殖手術病歷記載義務，其目的在於對於國內人工生殖之管理，以及未來若有必要供人工生殖子女查證以避免禁婚親，所以也不是被告等特定人之私益之保障，而是屬於公益保護之規定。從而本案醫療機構與醫師雖然有違反當時人工協助生殖技術管理辦法之規定，甚至違反禁止規定，但應無民法第 184 條第 2 項之損害賠償責任。

## 五、被告國泰醫院之受僱人陳樹基醫師或己○○是否成立民法第 184 條第 1 項後段的侵權行爲？（註：原告於二審時追加）

### 爭點討論

#### （一）上訴人主張

上訴人於二審法院另追加依同法第 1 項後段之規定請求國泰醫院負侵權行爲損害賠償責任。

#### （二）高院見解

按民法第 184 條第 1 項後段係以故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人爲構成要件，即須行爲人有出於故意之主觀意圖，其行爲又屬背於善良風俗之方法，行爲人始須負侵權行爲損害賠償責任。經查己○○於原審陳述「（當時到台北國泰醫院作人工受孕時有無跟醫師說你剛結婚曾經作此項手術失敗？）．．．第四次在台北國泰醫院作才有成功，當時我沒有跟醫師說我剛結婚，我在國泰醫院作人工受孕手術的時候是徐沐琳跟醫師談作手術的事，才決定要做」等語（原審卷第 244 頁），另徐沐琳陪同己○○到診，己○○向陳樹基陳述其「先前生有二男二女」、「現在再婚，要再生小孩要求作人工受孕，並且之前已在新竹其它院所作過一次試管嬰兒，但失敗」云云，此觀己○○病歷上載：「Para 4, 2 ♂ 2 ♀」、「Remarried Ask fory。Cycle usually regular.Except last cycle =40d, Failed GiFT x 1 at 新竹」自明（原審卷第 91 頁），以己○○向陳樹基表示其再婚，又由徐沐琳以配偶身分陪同到現場要求作人工受孕，則陳樹基根據己○○之陳述、徐沐琳陪同到場之現狀觀之，認其 2 人爲配偶而以「配偶間人工受孕（精子植入術）」（原審卷第 17 頁國泰醫院 93 年 11 月 1 日（93）管歷字第 14338 函參照）爲己○○與徐沐琳施作系爭人工受孕行爲，陳樹基縱因誤信己○○之陳述，有未驗證己○○、徐沐琳之身分證明文件之過失行爲，亦難謂有故意以背於善良風俗之方法而加損害於他人，不構成民法第 184 條第 1 項後段之侵權行爲，自無依同法第 185 條之規定與己○○加損害於上訴人乙○○部分負連帶賠償責任之餘地。另陳樹基系爭醫療行爲非故意以背於善良風俗之方法而加損害於他人，不構成是民法第 184 條第 1 項後段之侵權行爲，上訴人主張國泰醫院應依同法第 188

條第 1 項前段之規定，就其受僱人陳樹基醫師之系爭醫療行為負侵權行為損害賠償責任，於法無據。

## 六、本案有無民法第 100 條之適用？（註：原告於二審時追加）

### 爭點討論

#### （一）上訴人主張

上訴人於二審追加主張「惟上訴人等既為徐沐琳之繼承人，就徐沐琳之財產應享有相當之期待權，而依照民法第 100 條意旨觀之，法規範上就相對人所應得利益若有損害者，亦有相關之賠償損害責任」。

#### （二）高院見解

然上訴人自繼承開始時，始承受被繼承人徐沐琳財產上之一切權利義務，於繼承開始前對於徐沐琳財產上之權利，不過有因繼承開始而取得之期待權，無所謂既得權，有如上述，國泰醫院或陳樹基之系爭醫療行為、己○○之系爭人工受孕行為，非謂即侵害上訴人於法規範上應得利益，理由同前所述。況民法第 100 條係規定「附條件之法律行為當事人，於條件成否未定前，若有損害相對人因條件成就所應得利益之行為者，負賠償損害之責任」，本件上訴人主張國泰醫院或其受僱人陳樹基之系爭醫療行為、己○○之系爭人工受孕行為，均係事實行為，非法律行為，與民法第 100 條之規定有異，且繼承權之發生，乃本於一定事實，與附條件法律行為全無關涉，上訴人前揭主張，於法無據。

## 第八講 醫院組織結構之疏失-案例

### 分析與討論

負責老師 林炳文教授、侯英泠副教授

# 判決

- 一、士林地方法院 85 年訴字 251 號刑事判決
- 二、台灣高等法院 85 年上訴字 5409 號刑事判決
- 三、最高法院 89 年台上字 6755 號刑事判決
- 四、台灣高等法院 89 年上更（一）字 1135 號刑事判決
- 五、最高法院 91 年台上字 3279 號刑事判決
- 六、台灣高等法院 91 年上更（二）字 513 號刑事判決
- 七、最高法院 94 年台上字 5332 刑事判決
- 八、台灣高等法院 94 年重上更（三）字 184 號刑事判決
- 九、最高法院 96 台上字 4631 號刑事判決

## 案例之實務意義

本案是 84 年發生之榮總瘧疾感染案。這是一個典型的組織疏失問題，醫療意外發生也是基於組織問題，而不是醫療技術問題。本案顯示在強勢組織下之醫護人員對於不當之組織反抗之能力很有限，但是當意外發生時，會受到法律責任，尤其是刑事責任之壓力者，則是行為者。事實上為非常不公平之現象，也是我國醫院組織責任應加強之處，也是醫療責任法應改進之處。因此，特選此例，讓學生認識組織好壞與否，同時決定醫療意外是否可以避免與發生，因此，在思考醫療責任時，應該重視醫院負責人之責任。

## 案例事實

民國 84 年間，臺北榮民總醫院為提昇電腦斷層掃描之影像品質及縮短檢查之時間，自國外引進超快速電腦斷層攝影機（U F C T）一部，安置於放射線部第 46 檢查室，因該新型機器能快速重組影像，除可作為頭部、胸部、腹部之檢查外，對於心臟之檢查尤有助益，放射線部主任張 XX 乃指派該部主治醫師藍 XX 負責該部機器之使用、規劃、改進及協調事宜，並於 84 年 5 月初開始試機。該新型機器因掃描速度極快，病患如須注射顯影劑，則須借助電子自動注射機，將顯影劑打入體內，利用顯影劑在血液中有有效濃度期間內掃描，以獲得較佳品質之影像。而該自動注射機之原廠設計，係先經由裝有顯影劑之注射筒，連接螺旋導管、三向接頭、延長線、小針筒、留置針，將顯影劑打入病患體內，進行電腦斷層之掃描，以達診斷效果。因顯影劑之靜脈注射屬於侵入性之醫療行為，對於病患有可能造成感染，故於該機



器所附使用手冊已明確記載注射筒及螺旋導管，屬於丟棄式器材，不可連續及重複使用。詎因當時該機器檢查費受限於無法請領健保給付，放射部乃以使用消毒方式代替「一人一套」之使用原則，就機器之使用規範則明定每半天，每日上、下午由護士更換一次，如遇損壞或特殊狀況時，由第一線操作之醫師臨時決定更換之原則。

嗣於 84 年 10 月間有自非洲奈及利亞感染瘧疾傳染病返國之病患李春風至臺北榮民總醫院急診，當時李春風已呈現忽冷忽熱、黃疸等病情，但尚未被判定感染瘧疾前，於同月 5 日 13 時 20 分許，被安排至放射部第 46 室接受肝臟、腎臟之電腦斷層掃描檢查，由當時輪值之住院醫師羅 XX 負責檢查。而於李春風實施電腦斷層檢查時，因含有瘧原蟲之血液回流至注射筒，連接螺旋導管，因而污染注射系統及顯影劑，羅 XX 於為李春風檢查後，沿習該部所定之機器操作原則，未立即指示護理人員更換注射器材，致其後繼續使用該儀器室之另一住院醫師賴○○（於 87 年 4 月 13 日注射氯化鉀中毒自殺死亡）於同日先後以該感染有瘧原蟲之注射器材，依序為病患張文強、周增森、周銘生、徐在、黃李琇、吳志勳作電腦斷層掃描檢查，因使用同一組注射器材注射顯影劑，而感染瘧疾，其中周增森、周銘生、徐在、吳志勳四人因而不治死亡

## 本案可能爭點

1. 自動注射系統所設計之使用原則是否有疏失？醫療常規是否可以作為無過失之認定標準？
2. 醫院行政分工，與決策錯誤之問題與其可能相關之法律上責任，換言之，本案放射部主任與主治醫師之過失，究係醫療行政管理過失抑屬醫療行為過失？放射部部主任張 XX 之責任，行政主管對於原則性之指示，而下一層級行政負責者根據原則性指示而為之錯誤決策，行政主管是否要負責？
3. 放射部主治醫師藍 XX 之責任
4. 未對瘧疾帶原者作預防感染之更換注射導管器材防範措施，是否有疏失？放射科醫師之職務範圍為何以及對於尚未確認之瘧疾帶原者之感控義務何在？
5. 住院醫師依部內常規操作自動注射器，能否主張信賴原則而無可歸責？
6. 住院醫師之注意程度
7. 死亡原因
8. 感染瘧疾之結果與注射系統及顯影劑遭受瘧疾原蟲污染間有無相當因果關係？
9. 主治醫師藍 XX 未按使用手冊所載訂立一人一套之操作原則，此與被害人死亡結果間有無相當因果關係？

10. 部主任張 XX 行政管理疏失，與被害人死亡之結果間有無因果關係？
11. 台北榮民總醫院瘧疾感染事件處理及調查報告及瘧疾感染事件學者討論會會議紀錄得否逕行採為證據？
12. 證人陳海倫、高玉貞證言之效力

## 判決爭點討論與分析

### 一、自動注射系統所設計之使用原則是否有疏失？醫療常規是否可以作為無過失之認定標準？

#### 爭點

本案發生不幸之原因，主要原因在於榮總放射科基於經費考量，將設計上屬於一人一套的注射針筒(原廠說明書上已明確指示，當體外壓力與造影劑壓力相等時，細菌有可能經由導管從體內到造影劑內，這是肉眼所無法看到的，因此必須一人一套，才能貫徹無菌觀念)，決定重複使用注射筒、螺旋導管方式注射顯影劑。如此之使用方式並不符合「無菌觀念」，而當時國內醫學中心，也有重複使用消毒後無破損變形之導管，雖然已感染管制的觀點不同意這種作法，但在經費考量下仍有器材重複使用之情形發生。亦即本案決定重複使用，依當時醫療常規觀之，似乎並非絕對不可之事，而榮總負責者如此決定，是否有過失可言？

#### 爭點討論

雖然醫療常規在醫療過失判斷上，經常為判斷有無過失之標準，但是不是絕對之標準，因此符合醫療常規，並不當然表示該行為符合醫療水準之要求，如果對特定疾病依當時醫療技術水準，對於有一定之標準治療流程。若醫師之治療方式與程序若符合當時醫療水準所要求之一定標準治療流程，或許可謂符合醫療常規，不應馬上認定醫療行為有疏失，除非特殊情形已經可以認定因病人之特殊情形已經顯示病人之狀況不適合醫療常規之治療方式，而醫師仍無顧病人之特殊性，而單純因襲常規治療，這時仍有可能成立醫療過失。反過來不符合醫療常規之治療，亦不表示該治療有過失，若是醫

師基於病人之特殊性，而為修正之治療，未根據醫療常規，只要其能證明病人之特殊性，以及其治療方式有其醫學理論根據時，仍為無過失之醫療行為。但是若當時之醫療常規在醫學上屬於不妥之情形，僅是基於經費考量而產生之常規，仍屬於錯誤之醫療行為，不能因為其行為符合當時之醫療常規，即認為其行為無過失。如本案，依鑑定書所表示，當時國內醫學中心亦有同樣之重複使用之情形，從感控立場觀之屬於不當之措施，但基於經費考量，仍有此現象，表示該常規自始即屬於錯誤之常規，因此，不可因其符合當時常規即認定無過失。

因此法院基本上並不以其重複使用符合醫療常規，而認定其決定重複使用無過失，而是從該機器之設計，以及廠商之特殊說明，去認定決策者有無認識過失之問題，換言之，決策者依其醫學專業知識及經驗，理應考量注射器材重覆使用可能危及病患健康之風險，原則上應遵循使用手冊所載及供貨廠商交代之使用方式，注射器材於使用一次完畢後即須加以丟棄，不可重覆連續使用。所以決定重複使用，未考慮到血液回流無法百分之百由肉眼加以發現(廠商說明書有特別說明)，屬專業知識或思慮不及之疏失(士林地方法院 85 年訴字 251 號、台灣高等法院 89 年上更(一)字 1135 號)。而且決策者在施行之後，不顧護理人員之反應，應一人一套始安全之建言，卻忌憚遭受部主任未節省器材耗費之責難，不敢堅持醫療良知向部主任力爭，不察納屬下錚言，立即更張易弦，確實遵循使用手冊所載之上開「不得重複使用」規定，採取適當之防範措施，以確保病患之安全，仍因循苟且，沿習既有方式每天上下午各更換一組注射筒、螺旋導管替病人注射顯影劑做電腦斷層檢查，終致釀發病患感染死亡之不幸事件，彼有關注射器材之使用設計規劃，顯然違背該機器之使用原則及謹慎醫療之目標，彼有違反注意義務而不得謂無過失(台灣高等法院 89 年上更(一)字 1135 號、台灣高等法院 91 年上更(二)字 513 號)。

## 相關文獻

王皇玉， 整型美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則——評台北地院九十一年訴字第七三〇號判決，月旦法學雜誌第 127 期，2005 年 12 月。

## 二、醫院行政分工，與決策錯誤之問題與其可能相關

之法律上責任，換言之，本案放射部主任與主治醫師

之過失，究係醫療行政管理過失抑屬醫療行為刑事上

過失？

爭點

此問題在於大型醫院，行政及醫療業務均透過分層負責處理以便醫院業務順利運轉，通常各臨床醫療部部主任，負責該部政策、學術研究發展、部際協調及執行上級交辦與院務會議決議事項等行政性業務，專業醫療業務係由部內各次專科之科主任領導，以主治醫師為主軸，住院醫師則負責第一線執行，並由負責之主治醫師及住院醫師依其專業知識、臨床狀況自行決定處理。本案即在於醫院有一個經營方向與考績方向，使得放射科有控制經費之必要，負責行政之放射科主任表示應該開源節流之指標性指示，而被授權之負責人依其指標性指示，而有本案爭議之重複使用針筒器材造成病人感染死亡之錯誤決策。此錯誤性決策，導致住院醫師臨床執行時，造成病人感染瘧疾之死亡事件。簡言之，指標性之指示之主管，以及實際決策之負責人依其指標性指示而有錯誤決策，兩者對於後來所造成之不幸事件，是否有刑事上責任問題？

爭點討論

首先必須肯定的行政上之過失行為，並不馬上等於有刑事上過失行為，亦即主管並不一定要對於下級之錯誤決策負責，雖然其行政上之管理監督有疏失，但是若其有具體之指示，而該指示是錯誤，對於該指示若有過失，也因此造成刑事上處罰結果產生，就有可能會有刑事上過失責任問題。而且行政上過失之認定主要是過失推定，只要有公法上義務違反即推定有過失成立，而過失之認定經常是以其工作上之分工與監督關係認定是否有過失成立，只要有監督分工關係，屬下之過失成立通常主管也會同時也會有行政過失成立，但是刑事過失則重於個人主觀上之過失，因此行政上過失並不馬上等於有刑事上過失行為。基於電腦斷層室並無科主任之編制，該放射科張主任乃於八十四年四月十二日決定及宣佈委派藍 00 負責快速電腦斷層攝影機之使用、規劃、改進及協調之業務。因此，在分工上放射科主任已經將相關事宜委派藍 00 負責，基本上若放射科主任僅是單純指標性之指示，因為已經授權由藍 00 決策，也未具體指示藍 00 應為之內容，所以藍 00 之決策並不當然是放射科主任之決策。事實上在此對

於藍 OO 的錯誤決策，放射科主任是否要負同一過失責任，個人認為應該從授權是否完全授權或是未完全授權，僅是分工由藍醫師負責決策，再由張主任決定是否可行之不完全授權。若今天是完全授權，則放射科主任僅是指標性指示，並無具體指示，而全權由藍 OO 決定，放射科主任對於藍 OO 之錯誤決策並無同一過失之問題，但是若為不完全授權，放射科主任仍有最後裁決權，則對於藍 OO 之錯誤決策，可能即屬於共同決定之情形，亦即經其背書之決策，則有可能必須對於藍之錯誤決策，負同一過失責任。依本案之情形，似乎已經完全授權由藍 OO 全權處理，僅是有指標性指示而已，而藍有具體決策，對於電腦斷層進行之方式與程序，應該已經有具體行為之問題，所以其錯誤決策，不僅是如其所抗辯為消極不作為問題，而是有積極作為。

若本案真的是完全授權，放射科主任僅為指標性指示，雖然並不對藍之錯誤決策負同一過失責任。但是，本案之情形，王副護理長在對於藍 OO 之建言無功之後，曾經向其反應，目前使用方式之不妥。因此，放射科主任可能知道其先前之指標性指示(開源節流)，似乎已經影響到病人之安全，亦即前行為已經造成危險時，若張 OO 在有人反映不妥後，而有所知情後，卻未進一步確認目前醫院對於電腦斷層操作流程是否有感染之虞，這時放射科主任因其前行為對於避免危險發生應該處於保證人地位，而有積極作為義務，所以若其不作為，不確認操作流程是否有感染之虞，已經符合刑法上之不作為情形。從而放射科主任是否對於此事件之結果完全無刑事上責任，則有待釐清。對此士林地院(士林地方法院 85 年訴字 251 號)認為被告張 XX 係放射部之主任，則對在該部檢查病患之安全，自應負督導、注意之責，如有所屬反應或本其職務知道檢查過程中有何足生危害安全之情事，當應特別注意、瞭解、改進，如疏於注意，且又無不能注意之情事，自當負過失之責。而最高法院(最高法院 89 年台上字 6755 號判決)，亦認為「是否知悉或同意藍 XX 所設計之未遵循一人一套，使用後即丟棄之原則，此與張 XX 是否應與藍 XX 同負過失責任攸關」，如前所述若已經知悉，可能即會產生其有積極避免危險之保證人地位。從而放射科主任對於結果是否要負同一責任，即在於是否知悉藍醫師之決策不妥，因此，法院對於其責任之認定多在於其對於此錯誤決策是否知悉，如台灣高等法院判決 89 年上更(一)字 1135 號亦改採與最高法院同一見解。台灣高等法院 91 年上更(二)字 513 號、台灣高等法院判決 94 年重上更(三)字 184 號。

其次，雖然張主任指示用後消毒方式以代「一人一套」使用原則，但其對於確實消毒之要求，卻未落實執行，亦經證人林醫師、及已死亡之賴醫師分別供證在卷，所以台灣高等法院判決 94 年重上更(三)字 184 號認為是張 XX 亦難以曾要求所屬行消毒方式而卸免責任。

不過台灣高院(台灣高等法院判決 85 上訴字 5409 號)，則認為「張 XX 擔任放射線部主任，僅職司行政事項之處理，對於實際醫療行為，並無指揮、

監督之權，況醫療行為乃一專業技術之判斷，醫師執行業務為病人實施醫療行為須賴執業者之知識與經驗而獨立判斷，不受他人監督，此稱之為醫師業務之「自主性」，公訴人及原判決以張 XX 職司台北榮總放射部主任，對該部之行政、醫療均負有監督及決策之責，並據以認定被告過失致人於死罪，洵非有據，且不無將刑事責任與行政責任混為一談之嫌。」

## 相關文獻

院內感染與醫療管理過失，蔡墩銘，法令月刊第四十七卷二期，1996 年 2 月。

## 相關判決

臺灣高等法院刑事判決 93 年度醫上訴字第 6 號

## 三、放射部主治醫師藍 XX 之責任

### 爭點

放射科主治醫師藍 oo 在案發當天並非臨床主治醫師，未負責第一線做醫院醫師之臨床督導與影像判讀，因此當天之重複使用而造成感染並非在其負責監督之情形下發生。但是本案其對於結果是否發生之爭點則在於藍主治醫師是否有被授權，以及對於避免危險之發生，是否有預見與避免可能性？

### 爭點討論

藍主治醫師是否為榮總醫院當時未遵守使用手冊及供貨廠商之交代使用，而決定重複使用之決策者？若有經事實授權，由其主要負責者，則對於醫院之操作除了應謹慎參考廠商對於儀器使用之說明以及基於醫療無菌之要求，做出正確之操作「一人一套」。所以其錯誤之決策，且直接示範院內臨床操作人員如何使用，以及直接運作在榮總醫院之臨床，應該屬於有積極之錯誤造成結果之行為。其次，縱使不論其錯誤決策已經有積極造成結果之行為，而其先有錯誤決策在前(前行為)，而在執行人員(護理人員)反映重複使用之安全疑慮，後有廠商之特別說明與強調可能產生感染之警訊，在知悉決策之危險性時(知悉前行為可能造成之危險時)，已經對於避免因該錯誤決策產生危險處於保證人地位，若未確認應有積極確認之義務，若其未有確認安全性之行為，即有而造成，日後發生感染事件，即有過失責任。因此此處之

主要爭點在於藍主治醫師是否有被授權，以及對於避免危險之發生，是否有預見與避免可能性？就此事實法院認定如下

1. 士林地方法院 85 年訴字 251 號

(1) 台北榮總自國外引進超快速電腦斷層攝影機，因電腦斷層室並無科主任之編制，該部主任張 XX 乃於八十四年四月十二日該部之週三晨會中宣布「Ultra Fast Ct 即將運轉，主要由藍功堯大夫負責……」，另八十四年八月八日之正式啓用該機器前之操作示範，係由藍 XX 商安張 X 基醫師及陳 XX 護士擔任示範之工作，事後並由藍功堯請同仁吃中餐，且依其他醫護人員之證言亦皆稱藍 XX 爲該機器之主要負責人。

(2) 因此其對該機器如何使用之過程、方式所產生之問題，自應擔負解決、改善之責，若非其所能解決或決定者，亦負有向部主任反應或探討之責，如有疏失而發生事故，仍難辭過失之責。

2. 台灣高等法院刑事判決 85 上訴字 5409 號

雖其非台北榮總編制上之主管，然其既受張政彥之委任而主司其事，對於該部機器即有管理監督之權責，依委任契約即負有避免事故發生之注意義務。

3. 最高法院 89 年台上字 6755 號判決

經行政院衛生署醫事審議委員會鑑定結果，似認本件應由負責之主治醫師及住院醫師依其專業知識、臨床狀況及當時注射器之實際狀況，以決定是否更換注射筒及螺旋導管。但依台北榮總放射線部於八十四年十一月十一日提出之「報告」記載，藍 XX 似非本件發生感染事件應在現場負責之主治醫師。此部分係對其有利之證據，何以不能採取，原判決並未敘明其證據取舍之理由，亦有未當。

4. 台灣高等法院判決 89 年上更（一）字 1135 號

台北榮民總醫院放射線部於八十四年十一月十一日提出之「報告」雖記載，本件發生感染事件之現場負責工作人員配置之情形爲：全責醫師—科主任王家槐，惟依經驗法則及論理法則，藍 XX 參與程度極深，而王家槐則否，故該報告記載該部機器專責醫師爲王家槐云云，與事實不符。且該機器對於心臟之檢查有非常大之幫助，藍 XX 恰好對於心臟有興趣，所以指派爲機器之負責人，故藍 XX 爲機器之負責人應無疑。

5. 最高法院 91 年台上字 3279 號判決

藍 XX 辯稱張 XX 並未於晨會中宣布「ULTRA FAST CT 即將運轉，主要由藍大夫負責……」，且張 XX 所提出之八十四年四月十二日「放射線部週三晨會宣布及討論事項」紀錄，係嗣後臨訟製作，該會議紀錄之檔名爲「840412.DOC」，已於案發後之「00-00-00 00:42」更改內容，有磁片上之檔案資料可稽，該更改後之紀錄，不得採爲證據。上開辯解是否屬實，原審未予調查審認，復未說明不予採納之理由，亦有疏漏。

6. 台灣高等法院 91 年上更（二）字 513 號

(1) 被告藍 XX 確係該超快速電腦斷層攝影機之主要負責人，雖彼非臺北榮民總醫院編制上之主管，亦未正式受有派令，然彼既受部主任之指示而主司其事，彼身為放射線部成員之一，依照臺北榮總醫院所頒放射線部「員工之職掌與權責」主治醫師權責（五）：上級指派或臨時交辦任務之規定，彼對於該部機器即有管理監督之權責，並負有避免事故發生之注意義務，因此彼對該機器如何使用、管理，使用過程所產生之問題，自應擔負解決、改善之責。

(2) 雖其辯稱上揭"84年4月12日放射線部周三晨會宣布及討論事項"一紙業經證人即放射線部主任辦公室之一般行政人員甲○○到庭證稱該周三晨會宣布及討論事項存檔記錄經列印出來後並無指定負責人記載，係張 XX 事後更改補充藍 XX 為該部機器負責人等字句云云。姑不論證人甲○○證詞是否真實，亦僅在證明該記錄係於何時記載，有無虛偽填載之事實而已，並不能據此證明於 84 年 4 月 12 日週三晨報究有無宣布丙○○為該機器負責人之事實。況上揭放射線部週三晨會宣布及討論事項尚無證據證明其係偽造，自難否定其記載內容之真實性，則藍 XX 所辯更改紀錄云云，尚難為其有利之認定。

#### 8. 台灣高等法院判決 94 年重上更（三）字 184 號

(1) 王家槐係擔任放射線部泌尿生殖放射線科主任，其雖於案發當日輪值 46 檢查室主治醫師，負責為實行第一線操作醫院醫師之臨床督導，與影像判讀。有關該機器之管理與使用方式之行政管理部分，既屬藍 XX 權責範圍，已如前述，則此一行政管理發生責任部分，自與王家槐無關。癸○○以其非在現場負責之主治醫師而主張免責，究非可採。

(2) 是被告藍 XX 於本件不幸事件發前，早對於該注射器具之正確使用方法應為使用一次即丟棄之情形應有所認識，且身為主治醫師，本彼醫學專業知識及經驗，理應考量注射器材重覆使用可能危及病患健康之風險，原則上應遵循使用手冊所載及供貨廠商指示說明方式使用器材，注射器材於使用一次完畢後即須加以丟棄，不可重覆連續使用之規定，詎彼任令使上、下午各使用一套成為該機器操作注射器之常規。又於自承張主任指示以消毒方式使用可重複使用時，卻未見要求護理部門落實執行。彼容任該部裡同仁「重複」使用應丟棄之有感染可能之注射器材，且「連續」使用之，終釀成本案不幸事件，彼自難辭醫療行政管理過失之責。

## 四、未對瘡疾帶原者作預防感染之更換注射導管器材

防範措施，是否有疏失？放射科醫師之職務範圍為何？



## 以及對於尚未確認之瘧疾帶原者之感控義務何在？

### 爭點

當天有李姓病人醫病歷記載有為「發冷發熱及黃疸」，並懷疑肝臟感染，乃經安排前去放射線部作肝臟及腎臟電腦斷層進一步檢查。羅姓住院醫師依檢察官起訴以及法院之爭點在於若其有高度注意，李姓病人自各種傳染病橫行肆虐之非洲地區感染有傳染性疾病返國，且又有「發冷發熱及黃疸」之記載，自應有警覺有感染之虞，而屬於特殊情形應更換針筒之情形。若其當初有更換即可避免後來檢查病人感染之情形。此處之爭點在於放射科住院醫師對於李姓病人感染瘧疾之情形，是否有預見之可能性以及應預見警覺義務，而有應注意能注意而未注意之情形。

### 爭點討論

就此爭點法院之見解若羅 XX 能有危機意識，對於是項檢查施予高度注意義務，即不難知悉李春風可能自衛生條件不佳，各種傳染病橫行肆虐之非洲地區感染有傳染性疾病返國。則被告羅 XX 於為李春風實施電腦斷層掃描時，因李春風申請檢查基本資料所載當時之病情為「發冷發熱及黃疸」，並懷疑肝臟感染，乃經安排前去放射線部作肝臟及腎臟電腦斷層進一步檢查，則被告羅 XX 依照李春風所呈現出之病情與瘧疾所呈現之病情相同及李春風自述由非洲返國之情，已足疑有感染瘧疾之可能，竟疏於提高警覺，作預防感染之更換注射導管器材防範措施(台灣高等法院 89 年上更(一)字 1135 號)。台灣高等法院 91 年上更(二)字 513 號、台灣高等法院 94 年重上更(三)字 184 號與前述判決同見解。而認為羅住院醫師對此有過失。

事實上就此問題，應該必須從醫院分工制度觀之。放射科基本上屬於檢查科，除非是屬於放射治療科，而有治療診斷病人之工作，否則此處之重點僅在於執行各科醫師轉來之檢查，作為各主治醫師診斷之依據。因此，法院之見解，又再次顯現法院對於醫院專業分工不熟悉之處，認為放射科醫師對於李姓病人感染瘧疾之情形應有預見，而認為其有過失。本案李姓病人在接受電腦斷層檢查時，其主治醫師尚未確認其感染瘧疾。則施行檢查之放射科住院醫師並未直接面對病人之主訴與診察病人之症狀，對其科以如此高之預見義務，是否合宜？除非李姓病人就診時，已經有懷疑感染瘧疾，而送放射科檢查，屬於確認診斷之檢查，亦即該處之檢查結果即可以對於李姓病人是否感染瘧疾做決定性之診斷時，因為檢查科之檢查結果會有對於所欲檢查之事項為診斷，所以若施行放射檢查在於確認瘧疾之感染，則羅姓住院醫師依其

專業在檢查之後，應該有一定之警覺心，而未注意，則有過失可言。反之，送放射科檢查，僅是醫師診斷參考，換言之僅是診斷之參考之一，亦即檢查項目多，因為主治醫師也尚未知道與掌握病人之可能病情，而希望透過檢查找出可能病情方向，如此若執行檢查工作之住院醫師未能發現或警覺其有感染瘧疾之情形，應無過失可言。若接觸病人之主治醫師都尚未能確認其是否有感染瘧疾，或者根本尚未懷疑其感染瘧疾，又如何要求負責檢查項目其中一項之檢查人員應有超越主治醫師之可能警覺心與注意能力？

## 相關文獻

院內感染與醫療管理過失，蔡墩銘，法令月刊第四十七卷二期，1996年2月。

## 五、住院醫師依部內常規操作自動注射器，能否主張

### 信賴原則而無可歸責？

#### 爭點

羅住院醫師(另一位賴姓住院醫師已經自殺死亡)，為甫到榮總任職三個月之第一年住院醫師，其臨床經驗不多，仍屬於尚待學習經驗之醫師，醫院分工上屬於輔佐地位，其自主性基本上會隨著其時間加長而獨立性增強，但是其為才剛開始之住院醫師，基本上自主性不高。而且超高數速電腦攝影機並非一般儀器，僅有少數較學中心始具備，伊甫任三個月，也無機會接觸廠商之說明書，其操作之方式，完全依醫院之指示為之，是否可以主張其依醫院之指示為之，信賴醫院之指示應該符合所謂無菌觀念？若其可以主張，則可能免除其對於危險發生之預見義務，無預見可期待性，從而對於依部內常規操作自動注射器，無用負責任。

#### 爭點討論

信賴原則乃德國法院因交通事故事件中所發展出來的。後來有擴大到其他社會上的必要行為上，而且為其他國家所接受，亦即適用在於可容許之危險範圍內，可以有信賴原則之適用。此一理論在於調和一般公眾在交通活動中的安全，與交通事業在社會上的效用，認為凡從事交通活動者與一般行人皆負有預防危險發生的義務，並適當分配交通活動從事者間所應負擔的危險

及注意義務。亦即行為人可以信賴其他人均能遵守生活上所應共同遵守的法則，則行為人即無須超越此一社會生活上所應盡之注意義務而為注意，其既無此預見，則當然不必進而負迴避結果發生之義務，故其行為即無過失可言，此說目的在於免除行為人對於危險發生的預見可能性，但並不免除行為人的預見義務。但後來也適用於其他領域，醫療行為亦為適用之領域，其適用範圍主要在於水平專業分工上，由於醫療專業分工很細，由於醫學之發展越來越細，以及為了醫療行為進行之流暢，醫療分工屬於勢在必為之分工，其間的獨立性很高，所以學者與實務皆認為在醫師水平分工間，對於對方專業上危險注意彼此間有信賴原則(Vertrauensgrundsatz)的適用。在醫療行為中最典型的類形是外科醫師與麻醉醫師之間的信賴關係。外科醫師與麻醉醫師應各自對自己的領域盡應有注意。至於對於他方的醫療行為，原則上可以相信對方的能力以及他方會遵守應盡的義務，對於他方可能犯的出錯，基本上沒有預見可能性。其次，信賴原則也可以適用於下對上之指示監督上，在上位者具有醫學知識的優越性，在下位之護理人員或其他在醫師(如實習醫師或新手住院醫師對於主治醫師之指導)指導監督下進行醫療行為者，自可信賴指導監督醫師所為之醫療指示，亦可以主張適用信賴原則。信賴原則之適用必須有其相當性，不能盲目信賴，如果被信賴的人員已有不正常的情形出現，則行為人應予特別注意，不可盲目繼續信賴他方所實施的醫療行為，符合醫療專業的要求。例如下對上之指示監督，雖然可以信賴，但是若依其經驗與累積之專業已經可以發現上對下之指示有問題，在病人安全至上之原則上，自無絕對服從之必要，從而無法主張信賴原則。因此本案住院醫師對於重複使用針筒之歸責問題，原則上可以分為兩部份討論，因為根據榮總之使用方式指示，原則上是半天更換一次，若有特殊情形，則執行第一線之住院醫師可以決定是否更換。所以首先必須確定此次造成感染之事件，是屬於住院醫師所被授權確認之特殊情形發生，其應注意未注意，而未即時更換進而造成感染，因為其個人有過失，則無法主張信賴原則，因為不屬於其可主張信賴範圍之危險發生，無從主張信賴原則之適用，但是若屬於非其可以發現之危險產生造成感染，亦即該感染在根據院方所指示之使用方式下，無法注意與預防的，則屬於其可主張信賴原則之危險發生，則其爭點則會在於住院醫師對於更換針筒之上級指示，是否自主性可以決定不遵守，以及其個人醫學訓練中基於無菌觀念，是否對於此指示是否有認識該指示為錯誤，若有，而且有自主性可決定不遵守，則無信賴原則之適用。對於此問題，法院之見解如下：

#### 1. 士林地方法院 85 年訴字 251 號

羅 XX、賴 XX 均屬第一年之最資淺住院醫師，其等依照八十四年八月八日示範操作之方式替病患檢查，乃係基於對該部其他先進醫師之信賴而遵行操作。其既未參與該機器使用之籌設、設計等工作，亦對機器之使用無何決策權，且該部機器係由部裡之醫師輪班使用，在無其他醫師提出質疑，

亦無護士對其反應不妥之情況下，尙難認其有注意之能力而科其二人以需堅持每人使用一套之注意義務，應認其二人對此不幸事件並無過失之處。

#### 2.台灣高等法院判決 85 上訴字 5409 號

台北榮總為大型醫學中心，有關專業醫療業務係由部內各次專科之科主任領導，以主治醫師為主軸，住院醫師則負責第一線執行，並由負責之主治醫師及住院醫師依其專業知識、臨床狀況及當時注射器之實際狀況自行決定是否更換，一般而言，在操作超快速電腦斷層掃描儀檢查時，執行醫師應全程監督檢查之進行，若發現注射筒及螺旋導管有污染或損毀，應立即更換，此有行政院衛生署醫事審議委員會之鑑定意見可參。故台北榮總放射部操作自動注射機之常規雖每半天更換一次，但此項常規並非一成不變而不得更換，被告身為該項檢查之執行醫師亦非奉行此項常規不渝，即可免除一切法律責任。

#### 3.最高法院 89 年台上字 6755 號判決

依台北榮總瘧疾感染事件處理及調查報告、台北榮總瘧疾感染事件學者討論會會議紀錄所載，造成污染顯影劑導致感染事件之發生，係無法辨識之血液回流。所載如果屬實，羅 XX 有無應注意而不能注意之過失情形？並非無疑。

#### 4.台灣高等法院判決 89 年上更（一）字 1135 號

(1)注射顯影劑之行爲，係屬於「侵入性」之醫療動作，產生感染之可能性甚高，當時本於所受醫學訓練，已知悉並明瞭該部四六檢查室當時所實施之連續重複使用注射器材之舉措並不符合「無菌觀念」，對於病患之安全將可能造成危害，即此伊當更應注意器材感染問題，尤其對於病狀奇異之病人，更應仔細觀察以瞭解是否有感染可能而於檢查完畢後隨即指示護理人員馬上更換注射器材，避免接續使用該套器材進行注射之病患產生感染。

(2)本院既認定被告庚應注意注射器材一人使用一次即須更換，且無不能注意之情事，爲其應負過失責任之原因，則血液回流是否係肉眼所得辨識，以及被告使用留置針注射有無回抽動作，要屬無關緊要，亦即並不影響其過失犯行之認定。

#### 5.台灣高等法院 91 年上更（二）字 513 號

同台灣高等法院 89 年上更（一）字 1135 號

#### 6.台灣高等法院 94 年重上更（三）字 184 號

同台灣高等法院 89 年上更（一）字 1135 號

## 相關文獻

1.信賴原則在醫療過失中之適用，曾淑瑜，月旦法學雜誌第 28 期，1997 年 9 月。

- 2.王皇玉， 整型美容、病人同意與醫療過失中之信賴原則——評台北地院九十一年訴字第七三〇號判決，月旦法學雜誌第一二七期，2005 年 12 月。
3. 論醫療行爲之特殊性與刑法結構，黃翰義，律師雜誌第 298 期，2004 年 7 月。

## 相關判決

最高法院八十四年度台上字第五三六〇號判例

## 六、住院醫師之注意程度

### 爭點

被告抗辯超高速電腦攝影機並非一般儀器，僅有少數教學中心始具備，伊甫任職台北榮總三個月，為第一年住院醫師，並非合格之專科醫師，在醫療團聚中僅居於輔佐之地位，並無專業能力判斷僅更換接近病人該端之注射及導管，是否符合無菌之要求。因此在此在於確認，新手住院醫師之注意能力是否可以減低。

### 爭點討論

依目前之通說見解，並不因為新手而可以降低應有之注意能力。因此法院之見解如下：

1.台灣高等法院 85 上訴字 5409 號

不論係住院或專科醫師，其負有注意義務之程度並無不同，何況，注射器材應否更換及如何更換，乃第一線醫護人員本於「無菌觀念」應執行之鐵律，本無住院醫師或專科醫師之分，更無入院時間長短之別。

2.台灣高等法院 89 年上更（一）字 1135 號

同台灣高等法院 85 上訴字 5409 號

3.台灣高等法院 91 年上更（二）字 513 號

同台灣高等法院 85 上訴字 5409 號

## 相關文獻

- 1.從醫療水準談婦產科醫療責任注意義務之認定，黃鈺瑛，律師雜誌第 308 期，2005 年 5 月。

2.曾淑瑜，醫療水準論之建立，法令月刊 第四十八卷九期，1997 年 9 月。

## 相關判決

最高法院刑事判決 九十五年度台上字第三八八四號

## 七、死亡原因

### 爭點

此部分主要在於確認因果關係，亦即被感染病人死亡是否係因為感染瘧疾死亡。

### 爭點分析

在此確認死因，在於確認死亡與錯誤決策或住院醫師之疏失間是否有因果關係。對於被感染者之死亡原因，基本上屬於無爭議之問題，因此法院之見解都很一致。

- 1.士林地方法院 85 年訴字 251 號
- 2.台灣高等法院 85 上訴字 5409 號
- 3.台灣高等法院判決 89 年上更（一）字 1135 號
- 4.台灣高等法院 91 年上更（二）字 513 號
- 5.台灣高等法院判決 94 年重上更（三）字 184 號

台北榮總瘧疾感染事件處理及調查報告、台北榮總瘧疾感染事件學者討論會會議紀錄綜合死亡原因為：（1）病患受檢時可能因手臂彎屈上舉緊握固定橫槓，使力而引起靜脈壓升並造成少量無法查覺之血液回流，進而造成瘧疾原蟲污染導管，因顯影劑比重較重，紅血球被瘧疾原蟲寄生後會變得更輕，浮滲而上導致污染注射系統及顯影劑，衍生隨後受檢病患意外與不幸。（2）導管的長度及段數與污染無關。（3）國外的醫學中心，也有重覆使用消毒後無破損變形之導管，雖然以感染管制的觀點不同意這種做法，但在經費的考量下仍當有此類情況發生。由上開報告顯示，上開被害人之死亡係因使用自動注射系統不當，注射系統及顯影劑遭受污染，致隨後受檢病患得到瘧疾而導致死亡，堪可認定。

## 八、感染瘧疾之結果與注射系統及顯影劑遭受瘧疾原

# 蟲污染間有無相當因果關係？

## 爭點

前面爭點在於確認死因，在確認病人死亡係因感染瘧疾死亡，以下各爭點即在討論，各個過失行為對於病人死亡結果是否有因果關係。具有因果關係，才須負刑事責任。

## 爭點討論

在確認因果關係過程中，首先必須確認是感染瘧疾之結果與注射系統及顯影劑遭受瘧疾原蟲污染間有無相當因果關係。法院之見解如下：

### 1. 最高法院 94 年台上字 5332 判決

若周增森、周銘生、徐在、吳志勳等四人之死亡係因使用自動注射系統不當，注射系統及顯影劑遭受污染，致隨後受檢病患得到瘧疾而導致死亡，何以緊接其後之受檢查病患馮照林，卻未因已污染之注射系統而感染瘧疾，則注射系統及顯影劑是否受到瘧疾原蟲之污染？若有之，緊接於其後之受檢查病患馮照林，卻未因已污染之注射系統及顯影劑而感染瘧疾？張文強、周增森、周銘生、徐在、黃李琇、吳志勳等六人感染瘧疾之結果是否係因注射系統及顯影劑遭受瘧疾原蟲污染所致，因果關係何在？原判決未就行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，於判決內說明其在一般情形下，有此環境，有此行為之同一條件，均可發生同一之結果，則該條件即為發生結果之相當條件，其行為與結果間即有相當因果關係之理由。

### 2. 台灣高等法院 94 年重上更（三）字 184 號

(1) 最後接受顯影劑注射之馮照林，係在當天下午 20 時 40 分，與前一接受顯影劑注射之患者相距約一小時，因各該被告及相關護理人員均稱不記得當天下午 18 時 30 分以後有無更換注射器材，因此無法判定注射器材已被更換，使馮照林免遭瘧疾之感染；另一可能係遭受污染之注射器材內之瘧疾原蟲所污染之顯影劑因注射數人，因一次填 200cc，每人檢查注射約 60cc，已據子○○供述在卷，則注射至第七位馮照林時，已是第二次填充新顯影劑，加上前六次注射對於受污染之注射導管產生沖刷結果，則原附著於注射導管之瘧疾原蟲亦已於為前患者注射時沖進血液中而沖洗乾淨，馮照林因而免於瘧疾感染。應係注射時間差距，器械可能更換或注射導管已洗淨感染原蟲之特殊情況產生所致。

(2) 其餘六人，未曾出國，而我國已屬瘧疾絕跡國家，自不可能發生自體感染，是被害人顯因注射顯影劑感染自李春風之瘧疾原蟲所致。又瘧疾雖非不治之

症，但本件因罹患惡性腫瘤者，受此感染，均發生死亡結果。又周培森等四人均由瘡疾感染導致死亡，其等感染瘡疾又係被告過失行為造成，是被告等過失行為與被害人死亡結果間顯有相當因果關係，因此被告等抗辯稱顯影劑之注射導致瘡疾感染而發生死亡之結果，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一節，自難採信。

## 相關文獻

論醫療行為之特殊性與刑法結構，黃翰義，律師雜誌第 298 期，2004 年 7 月。

## 相關判決

臺灣高等法院刑事判 95 年度醫上訴字第 1 號

### 九、主治醫師藍 XX 未按使用手冊所載訂立一人一套

之操作原則，此與被害人死亡結果間有無相當因果關

係？

## 爭點討論

#### 1. 台灣高等法院 85 上訴字 5409 號

本案之發生，其主因實係第一線執行醫師未嚴格遵守「無菌觀念」所致，被告藍 XX 既非實際執行醫療行為之人，當與被害人之死亡並無相當因果關係，實難令其擔負過失致死之罪責。

#### 2. 台灣高等法院 89 年上更（一）字 1135 號

藍 XX 未確實遵循使用手冊所載之上開「不得重複使用」規定，採取適當之防範措施，以確保病患之安全，仍因循苟且，沿習既有方式每天上下午各更換一組注射筒、螺旋導管替病人注射顯影劑做電腦斷層檢查，終致釀發病患感染死亡之不幸事件，彼上揭業務上之過失與被害人之死亡間，有相當因果關係存在。

#### 3. 台灣高等法院 91 年上更（二）字 513 號

同台灣高等法院 89 年上更（一）字 1135 號



## 十、部主任張 XX 行政管理疏失，與被害人死亡之結果間有無因果關係？

### 爭點討論

#### 1. 台灣高等法院判決 85 上訴字 5409 號

如醫護人員遵循榮總向來之方法，將使用過之器材清洗後消毒再行使用，即使未遵循一人一套，使用後即丟棄之原則，亦不致發生本件之感染事故，故本案之發生，其主因實係第一線執行醫師未嚴格遵守「無菌觀念」所致，被告既非實際執行醫療行為之人，當與被害人之死亡並無相當因果關係，實難令其擔負過失致死之罪責。

#### 2. 台灣高等法院 94 年重上更（三）字 184 號

雖被告羅 XX 因操作該自動注射器發生回血致注射導管與顯影劑感瘧疾原蟲，未警覺感染及堅持無菌注射之原則致接續檢查等四人感染瘧疾發生死亡結果，而應負過失致死責任。惟其操作自動注射器，恪於院內規定「一人一套」原則，致在隨機應變上發生欠缺危機意識有以致之，是張 XX 此一行政管理疏失，自不因羅 XX 之醫療疏失而生影響。對於被害 4 人死亡自應負過失責任。本件感染事件之發生，應係張 XX、藍 XX 在醫療行政管理上加上羅 XX 在醫療行為上一連串之疏失所造成。因此被告三人之過失均同為被害人周增森等四人發生死亡結果之原因並有相當因果關係，絕非偶然之事實。

## 十一、台北榮民總醫院瘧疾感染事件處理及調查報告及瘧疾感染事件學者討論會會議紀錄得否逕行採為證據？

### 爭點討論

#### 1. 最高法院 94 年台上字 5332 判決

刑事訴訟法第一百九十八條規定：「鑑定人由審判長、受命法官或檢察官就下列之人選任一人或數人充之：一、就鑑定事項有特別知識經驗者。二、經政府機關委任有鑑定職務者」。又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，復為刑事訴訟法第二百零二條所明定。上開調查報告、會議紀錄之製作人及參與者，既非由審判長、受命法官或檢察官予以選任，亦未經具結，則渠等作成之調查報告、會議紀錄是否有證據能力，即堪質疑。原判決逕行採用上開證據，遽認周增森等六人感染瘧疾之原因係使用自動注射系統不當注射系統及顯影劑遭受污染，致隨後受檢查病患得到瘧疾而導致死亡，其採證是否與一般證據法則無違，併有再行斟酌之餘地。

## 十二、證人陳海倫、高玉貞證言之效力

### 爭點討論

#### 1. 最高法院 94 年台上字 5332 刑事判決

刑事訴訟法第一百六十條規定：證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據。原判決理由以證人陳海倫、高玉貞均證稱：「原設計之方式不安全，向藍大夫反應，他說規定就是這樣，該種注射方式，藍大夫『應』會向張主任說才對」；而證人即醫師林志文亦稱：「該種機器之操作及附屬器材之使用，張主任『應該』知道」云云，認定注射筒之使用方式，護士、醫師、部主任確有不同之意見表達。但上開證人之陳述，均係其個人之個人意見或推測之詞，似無證據能力，原判決逕以該等證詞，遽採為張 XX 不利之證據，並未說明其採證之理由，復有判決理由欠備之違誤。

## 第九講 放棄治療的有關法律問題

### 與生命的醫療性終止-案例分析與討

### 論

負責老師 謝文彬醫師、侯英泠副教授

〔業務過失致死案〕

高雄地方法院刑事判決 83 年度自字第 528 號判決

高雄分院刑事判決 84 年度上訴字第 1249 號判決

最高法院 85 年度台上字第 2954 號判決

〔偽造文書案〕

高雄地方法院刑事判決 84 年度自字第 800 號判決

高雄分院刑事判決 85 年度上訴字第 440 號判決

最高法院 86 年度台上字第 745 號判決

## 案例實務義意

本週主題為放棄治療的有關法律問題與生命的醫療性終止，主要重點在於醫師之緊急救助義務以及治療病人之義務與病人自主放棄治療間之關係如何？醫療法律實務基於病人自主權要求醫師對於病人有一定之說明義務，而病人對於醫師之治療也有說不之權利。而放棄治療之主題即在於病人表示不願繼續接受治療時，醫師是否有繼續治療病人之義務。通常比較會有爭議在於病人自殺時，是否有治療義務？或者病人已經很清楚表明不願治療，而一而再，再而三自殺，自殺之意非常堅固時，醫師是否救助義務？已經插管可否再拔管？如何才是有效之放棄治療之同意書？本週之案例雖然並未直接涉及上述問題，主要原因在於安寧緩和治療之案例不多，而本案主要涉及在於醫師有治療義務，而當病人未有任何放棄治療之意願時，醫師之救助義務何在？程度如何？才是符合醫師之治療義務，否則醫師會有違反其職業上義務，而有過失致人於死之問題？其問題在於何謂積極治療與消極治療？而消極治療是否屬於安樂死之類型？而我國所謂安寧緩和治療何指？都是在本案中必須釐清的。

## 案情摘要

病人康鄭珠品（為自訴人康弼堯之母、康華光之妻）患有癌症，因休克、呼吸困難於民國八三年四月六日經急診住進高雄長庚醫院，其主治醫師為被告林尚穎，而被告蘇德慶係該院共同診治康鄭珠品之住院醫師。在將近一個月之治療後，於同年五月三日病情惡化，並於當日死亡。自訴人認為被告林尚穎、蘇德慶於病患住院期間並未採取積極治療，而於病患病危之時，當日值班醫師即被告陳漢祥無法聯絡，而趕至病房之住院醫師即被告賴炳文並未予以急救，以致康鄭珠品死亡，遂提起本件訴訟。

## 本案爭點

一般而言，醫師與病人之間訂立醫療契約，醫師基於契約對於病人應為

一切必要之醫療行為，而當病人生命身體處於緊急狀態時，不論醫病間是否有醫療契約醫師對於處於緊急狀態之病人，如病危病人，依法都有緊急救助義務，除非病人病情符合安寧緩和治療，而經病人同意放棄積極治療行為時，醫師之急救義務才能免除，否則醫師即違反其急救義務，若進而造成病人死亡，則可能有過失致人於死之問題。本案之案情比較單純與簡單，主要爭點在於負責與第一線執行治療行為之醫師對於病人是否有盡一切必要醫療行為(包括積極或消極治療)。若有，則醫師之所為醫療行為無違反其必要之醫療義務，若其醫療行為且無疏失，則無醫療過失問題。但是若無，醫師則未盡必要之治療行為，醫師可能會有醫療疏失之問題，其次，因為本案病人在死亡之前曾陷入病危情形，醫師是否有盡積極急救行為，也是必須確認之點。就此問題，尚有一個有待確定之問題，病人是否符合安寧緩和治療以及病人是否同意放棄治療。本案另一個爭點即在於病人或其家屬未曾同意放棄治療，但病人病歷上確有由林菊英所簽署之放棄急救同意書，林菊英屬於案外人，因此，本案病人家屬對於被告醫師提起偽造文書罪。本案自始病人家屬有兩各自訴案與上訴案在進行，一個是被告醫師殺人罪，一個是被告醫師等的偽造文書罪。兩個案子係分開進行的。因此本案幾個主要爭點為：

1. 醫師是否有盡到一切必要之醫療行為？本案病人無放棄急救治療同意書，但在病歷上卻因作業疏失有註明放棄治療，此錯置之同意書是否對於必要之醫療行為之認定有影響？
2. 病人或其家屬並無放棄治療同意書，但在病歷上確置有一份由林菊英所簽署之放棄急救同意書，是否有偽造文書問題？

## 爭點討論與分析：

一、醫師是否有盡到一切必要之醫療行為？本案病人無放棄急救治療同意書，但在病歷上卻因作業疏失有註明放棄治療，此錯置之同意書是否對於必要之醫療行為之認定有影響？

## 爭點討論

醫師對於病人本於醫療契約應該盡一切必要醫療行為，但若病人符合安寧緩和治療，且有放棄治療之同意書，則醫師之積極治療行為義務，會轉為消極之支持性治療義務。本案病人之病人已經符合安寧緩和治療條例中所謂末期病人之條件，亦即罹患嚴重傷病症，經兩位醫師診斷證明不可治癒，而且其病情已持續惡化，亦即病情進展至死亡已屬不可避免之結果。(安寧緩和醫療條例第一條)。基本上本條並不侷限於癌症病人，根據第三條對末期病人的定義，係指罹患嚴重傷病，經兩位醫師診斷證明不可治癒，病人的死亡已經不可避免。不僅是放棄治療會導致死亡，而是以目前之醫療技術縱加以積極治療仍無法改變病人即將死亡之結果，而積極治療僅是延長病人極為有限之生命時間。但無法治癒之疾病並不同時等於可以施行安樂死，只要積極治療仍可以延長病人相當之生命，仍不符合安寧緩和治療之要件，必須該疾病已是末期，任何積極治療仍無法扭轉即將死亡之結果，才屬於安寧緩和治療之對象。而嚴格而言，我國之安寧緩和治療基本上不可謂是安樂死，因為對於目前臨床上任何積極治療都無法治癒或延長生命跡象之病人才有適用之情形，而目前臨床上對於此類病人本來即無任何可以治療方式，依目前各國之實證醫學之指標性治療方式也是以消極治療方式為之，亦即對於病人之治療方式是減輕不舒服之症狀，亦即僅治療症狀而不再治療疾病之消極治療。而我國之實際臨床上被運作意義大多在於心肺復甦術之施行與否以及在病人家屬同意下回家臨終。另外一個意義僅在於健保給付，而健保對於願意進入安寧緩和治療之病人之給付有限制，以日計費的，所以一般會使用比較便宜之藥物，而不願安寧緩和治療之病人在一般病房，可能會以比較好之藥物治療以及可能會有一些藥物必須自負額的。因此在臨床意義上我國之安寧緩和治療，不能算是安樂死。本案病人因為已經為癌症末期病人，且已經併發骨、肺轉移，無復原可能，所以理論上符合安寧緩和治療之病人。符合安寧緩和治療之病人，對於必要醫療行為有兩種選項，一是放棄治療之同意，一是放棄心肺復甦術，亦即放棄急救同意。前項，必須由病人或由病人所選任之醫療代理人同意放棄治療，始可對病人為放棄積極治療行為，轉為消極治療。合法之同意書，有完全行為能力的病人可以在兩位在場的證人見證之下，簽署安寧緩和醫療同意書，對於此同意之意願，病人可以隨時以書面撤回同意的意思表示。後者，則除了病人可以施行同意外，若病人意識昏迷或無法清楚表達意願時，可以由其最近親屬，在不違反病人之意願下出具同意書。因病人的同意書，尊重其意願放棄對病人的積極醫療，醫師可以免除其對病人的治療救助義務，而使其不救助(如前所述目前臨床實務在於心肺復甦術)之行為(放棄應有之治療行為)不違法(刑法第二十二條業務上正當行為，不罰。)

本案雖然在病歷上有林菊英放棄急救同意書，但是該同意書非病人或其最近親屬所為之放棄急救同意書，乃屬於錯置之同意書，因此基本上並無任何安寧緩和治療中之同意書之效果。因此，本案之爭點就在於醫師是有無盡一切必要之治療與及急救行為，其一是必要之積極治療行為，其二是積極之心肺復甦術。其爭執與法院之判決如下：

#### 1. 自訴人主張

被告林尚穎係自訴人康弼堯之母（康華光之妻）康鄭珠品因癌症住進高雄長庚醫院就醫之主治醫師，而被告蘇德慶係該院共同診治康鄭珠品之住院醫師，明知康鄭珠品係因血壓降低及呼吸不順暢病徵住院，而原先所施用之治療藥物，確具控制病情成效，卻未經任何嚴密檢查即貿然停用，以致康鄭珠品病情轉趨惡化，又產生呼吸急促情形，當此之時，被告林尚穎、蘇德慶竟不約而同數度向自訴人等表示，請提早為康鄭珠品準備後事之意思，甚且詢問自訴人等，於情狀危急時，是否同意急救之問題，然自訴人等已表明請盡一切所能，予以救治之請求，被告林尚穎方積極表示先謀求使康鄭珠品病情穩定，再行開刀治療，並交代自訴人康華光購買ALBUMIN（白蛋白）供為注射，但被告林尚穎、蘇德慶竟忽略該藥劑具有危險性，須謹慎使用，於未嚴密檢查及診治情形下，即率然對康鄭珠品注射該藥劑，致康鄭珠品病情更加惡化，並達陷入昏迷狀態，被告林尚穎、蘇德慶見此情事，不思採一切必要救治措施，反而命自訴人等簽下「自動出院書」，謂可讓康鄭珠品在家中自然死亡，然為自訴人等拒絕，被告林尚穎、蘇德慶此後即以難有治癒希望為由，拒絕進一步為積極之治療行為，致使康鄭珠品病情加速惡化，經於提早在八十三年五月三日晚上八時許，在該院直肛科D區九七六病房B床，因意識昏迷而呼吸困難，自訴人緊急要求當日值班醫師陳漢祥立刻進行急救，但陳漢祥當日竟擅離職守，致無法聯絡，乃由被告賴炳文偕同另一不詳姓名醫師（此部分經原審裁定駁回）臨時進行急救處理，詎賴炳文與該不詳姓名醫師趕至病房後，既未將康鄭珠品送入加護病房，亦未進行必要急救，竟將自訴人等家屬全數趕出病房外，並對自訴人等稱「若不趕快辦理自動出院手續，待會兒將不准領回遺體」；因認被告等共犯刑法第二百七十六條第二項業務過失致死罪及同法第二百七十一條第一項之不作為殺人罪等情。

#### 2. 被告主張

訊據被告林尚穎、蘇德慶、陳漢祥、賴炳文均否認有過失致死及不作為殺人犯行，辯稱：康鄭珠品因休克、呼吸困難於四月六日經急診住院後，被告林尚穎即延請胸腔內科吳詔乾及胸腔外科謝敏璋醫師緊急會診，期能減輕改善呼吸困難之症狀，謝敏璋醫師曾兩次為康鄭珠品作開胸手術，其於會診時意見為：病人不適合外科手術的積極治療所為，因癌病已擴散多處，故僅能依吳詔乾醫師之意見加強胸部的照顧及呼吸治療。康鄭珠品由於加強呼吸治療，於四月八日無法平躺呼吸，進步到四月十五日可平躺睡覺呼吸順暢，

非如自訴人所謂於八十三年四月六日以後加速惡化。四月廿一日，康鄭珠品因大量肛門出血，呈休克危害狀態時，經馬上請麻醉科醫師給予放置中心靜脈導管，以利大量輸血急救，經大量輸血，病情始告穩定，被告等已盡力治療康鄭珠品，均載明於病歷，非如自訴人所稱放棄治療情事，至五月二日因癌病末期惡病體質，於下午八時再次呼吸困難，經值班醫師給予抽血，並提高氧氣濃度，給予加藥以控制其呼吸困難，而撤走點滴控制器乃護士依其病情需要而作之處置，非醫師所下之命令，且並非所有藥物注射均須點滴控制器，一般護理人員執行醫囑上之點滴輸液量，即可撤走點滴控制器，自訴人指用藥銳減及撤走點滴控制器，係病患加速死亡之原因，並非事實，又被告賴炳文係住院醫師，非實習醫師，為康鄭珠品作急救時，首先給予清除呼吸道及氣管內管輔助呼吸及心電圖監測器，因心臟並未停止，故不適合人工心臟按摩三十分鐘之條件，及未發現心室顫動故不能給予心臟電極治療，而所用之強心劑，因病患有靜脈注射管道，不適合直接心內注射，以免心肌刺傷出血或氣胸之併發症，另因非心跳停止，故不適合直接注射，以免併發心跳過速或心臟顫動之併發症，為預防心跳停止，故給予慢速加入點滴靜脈輸注，至病歷中所附林菊英所簽署之病患家屬放棄急救同意書，乃係四月廿二日隔壁病房病危家屬所作，因護理人員放錯病歷本所致等語。

### 3. 地院見解

因地院判決過於久遠，於司法院判決資料檢索系統並無法取得關於本案詳細之判決，礙於能力所限，僅取得高雄地方法院刑事判決 83 年度自字第 528 號判決，茲附上判決內容如下：「一、按起訴之程序違背規定者，應諭知不受理之判決。又自訴狀應記載被告之姓名、性別、年齡、職業、住所，或其他足資辨別之特徵。刑事訴訟法第三百零三條第一款及同法第三百二十二條第二項分別定有明文。查本件自訴人於追加自訴狀中僅泛言『八十二年五月三日與賴炳文一起至九七六號病房之醫師』，並未有任何被告姓名、年籍資料，依該文字敘述亦非有足資辨別之特徵，而本院訊諸同案被訴被告林尚穎、蘇德慶、陳漢祥、賴炳文，均稱不知自訴人所指為何人，事實上，自訴人原自訴對象為『八十二年五月三日直肛科D區病房值班醫師』，嗣經本院調查結果，該日所謂值班醫師為陳漢祥，有外科輪值表一紙附卷可稽，是自訴人立即追加陳漢祥為被告，俟陳漢祥出庭應訊後，自訴人又稱其所告對象除陳漢祥外再追加上開不明確之人，而當日急救之人多人，且除輪值之人有資料可查外，其餘之人除非其餘被告確明知並願配合提供資料（事實上同案被告均稱不知其所指為何人）否則唯自訴人自行另循他途指認明確後再行提起自訴，並無其他必要調查方法以利自訴人確認被告對象，是本院於八十三年九月九日庭訊中，當庭命自訴人七日內補正被告姓名、年籍資料，自訴人逾期後迄未補正，揆諸首開說明，自應就此部分為不受理之諭知。二、同案被告林尚穎、蘇德慶、陳漢祥、賴炳文均已經本院另為無罪判決，附此敘明。」

### 4. 高院見解

(一) 查「病人康鄭珠品，於七十九年九月間因直腸癌手術，手術後定期追蹤檢查，一年半後，八十一年三月發現肺轉移，由原主治醫師轉介胸腔外科醫師切除肺部轉移病灶，其後再度因肺轉移，再度手術，再因骨骼轉移，轉介腫瘤科做化學抗癌藥物治療，八十三年三月十日至八十三年三月廿二日期間，尚在該院腫瘤科住院接受化學抗癌藥物及支持療法，病人於八十三年四月三日住院，至八十三年五月三日死亡，期間亦足有一個月等情，有病歷表一份附卷可按，並為自訴人所自承。綜觀病人之病情發展，病人自七十九年九月因直腸癌入院至八十三年五月三日死亡，其間四年之間，曾因陸續多處轉移住院治療，經該院醫師給予適當必要治療，病人在患有如此複雜病灶之下，方得以延續四年之久，實屬不易。癌症至今仍屬預後差之疾病，癌症病人併發骨、肺轉移，形成惡病體質後，病況惡化死亡乃屬不可避免之事，病人之病情如此發展，醫師之醫療行為並無不當之處；而末期癌症病人具惡病體質，給予ALBUMIN（白蛋白）來提昇血漿之滲透壓，維持有效血液循環，減少肺部水腫，並無不當；至末期癌症病人因未有復原可能性，基本上應不具送加護病房之適應症。綜言之，對末期癌症具惡病體質之病人實無賴以維生之藥劑」等情，經原審法院檢卷及高雄長庚醫院所作康鄭珠品之病歷等，送請行政院衛生署醫事審議委員會鑑定，而為上開之認定，有該會八十四年一月五日編號第八三一五五號鑑定書一份附卷可稽（原審卷第一二〇、一二一頁）。該鑑定意見並無瑕疵，自堪採為被告等並無醫療過失認定之依據。

(二) 至證人謝敏暉醫師於會診時在病歷上簽註意見表示不要試任何努力，其用意係指站在胸腔外科立場，不能再開刀治療，開刀對病人沒有好處，因病人肺部兩側癌細胞，已多處轉移，故又記載只能做支持性治療等情，已據證人謝敏暉到庭具結證實（本院卷第一二七頁），並有康鄭珠品之病歷影本附卷足憑（原審卷第六六頁）。自訴人認為病歷上有「不要試任何努力」之記載即謂被告等對病人未作積極性治療，顯係未就病歷表上所載之醫療措施，為通盤檢討所生之誤解。

(三) 綜上所敘，被告林尚穎、蘇德慶及賴炳文，就康鄭珠品之病狀，自住院以迄急救之醫療措施，經專業醫療機構鑑定並無不當之處，而又無具體積極證據可認定就康鄭珠品之死亡，有故意或過失之犯行。至被告陳漢祥當日值班未及時參予急救，惟據供稱其於該醫院規定之二分鐘內趕到，賴炳文醫師已處理好等情，且無證據可證明康鄭珠品之死亡，係因醫療行為延誤所致。

## 5. 最高法院見解

### (一) 上訴第三審理由

1. 原判決未就被告等四人是否涉有不作為殺人及業務過失致人於死等待證事項依職權加以調查，而僅以行政院衛生署醫事審議委員會之鑑定報告作為判決之唯一依據，有刑事訴訟法第三百七十八條及第三百七十九條第十四款之違背法令。



2. 被告林尙穎、丁○○與案外人謝敏暉醫師會診後，即決定對被害人康鄭珠品之醫療措施採取拖延、放任，甚至拒絕積極治療之行為，此從事後在用藥明顯銳減及將點滴控制器撤走可知，上訴人於原審聲請傳喚證人康弼亮、康玲琦與被告林尙穎、丁○○對質，原判決未為調查，亦未說明無調查之必要，於法有違。
3. 被告丙○○與另一不詳姓名之醫師於被害人康鄭珠品病危時，未依心肺復甦術進行急救，僅象徵性插入氣管內管輔助其呼吸，加以被告乙○○擅離職守，致未能積極救治下，提早死亡，從醫囑單及護理紀錄單可知，原判決對於此部分之疑點未調查審酌，並說明取捨之理由，應屬判決不備理由。
4. 依當時之值班護士賴麗萍測量被害人康鄭珠品之心跳、呼吸及血壓時，發現已呼吸停止、脈博消失，亦無血壓，可見被告丙○○於原審供稱被害人康鄭珠品當時尚有心跳云云，顯係事後卸責之詞。而被告乙○○所供未擅離職守，於短短二分鐘內趕到，當時丙○○已處理好。但依規定醫師至少要經三十分鐘之急救後，始可停止施救，豈是被告乙○○所云短短二分鐘內即可急救完成，其所供亦係諉卸刑責之詞。原判決未經詳查，採信彼等二人之供述作為裁判之基礎，當然違背法令。
5. 被告四人於第一審審理時竟共同偽造被害人家屬放棄急救同意書，以逃避法律責任，致第一審將被害人之病歷送鑑定後，認定被告等均無故意或過失，上訴人於原審請求調查偽造被害人家屬放棄急救同意書與該鑑定意見書之間瑕疵關連性，原判決未詳加調查，亦未於判決中說明無調查之必要，自有刑事訴訟法第三百七十九條第十款之違背法令等語。

## （二）最高法院見解

最高法院就當事人間之爭點，所持見解均與高院見解相同，附此說明。至於上訴人之上訴是否有理由，最高法院之見解如下：

1. 行政院衛生署醫事審議委員會之鑑定意見，原判決既審酌調查證據之結果，認該鑑定意見並無瑕疵，而採為判決之基礎，難認於法有違，而原判決已敘明被告與謝敏暉醫師於會診後，依實情做支持性治療，上訴人認為病歷上有「不要試任何努力」之記載即謂被告等對病人未作積極性治療，顯係未就病歷表上所載之醫療措施，為通盤檢討所生之誤解。而傳喚證人與被告對質，乃原審得依職權裁量之事項，上訴意旨第一、二項所云，未具體指摘原判決採證，究竟如何違背法令，且徒憑己見，仍執陳詞，就原判決明白論斷之事項及認事採證職權之行使，任意指摘，自非合法之第三審上訴理由。
2. 而上訴意旨第三、四項所云，乃純為事實之爭執，亦非適法之第三審上訴理由。
3. 至上訴意旨第五項指被告等於第一審審理時，共同偽造被害人家屬放棄急救同意書云云，姑不論所指是否屬實，與認定被告等於行為時是否

有業務過失致人於死及殺人行爲無關，原判決未調查審酌與判決之結果不生影響。

4. 此外，上訴意旨未依據卷內訴訟資料對原判決究竟如何不適用法則或適用不當爲具體之指摘，徒憑己見就原判決已說明事項或屬原審採證認事職權之適法行使，任意指摘爲違法，且仍爲單純事實之爭執，均不得據爲第三審上訴之合法理由。其上訴違背法律上之程式，應予駁回。

◎ 刑法將過失區分爲一般過失與業務過失，而設一般過失致死罪（第二七六條第一項），與加重處罰之業務過失致死罪（第二七六條第二項）。前者爲一般人之過失致死行爲，後者則指從事業務之人在從事業務活動時之過失致死行爲。稱業務系指反覆持續而用以營生之經濟活動，只要實際上持續某特定之營生活動，而非偶而爲之或臨時客串者，即爲已足。而醫生或實習醫師即足以構成業務過失致死罪之從事業務之人。（參林山田，刑法各罪論上冊）

◎ 最高法院二五年上字第六九二五號判例：

上訴人充當醫生，於決定施用手術之際，對於病人某乙之心肺各部有無病症，未予嚴密檢查，率爲施行全身麻醉，致某乙體力不支，僅五十五分鐘氣絕身死，自不能免除業務上過失致人死之罪責。

◎ 最高法院二八年上字第一三〇二號判例：

上訴人雖係實習醫生，但既在醫院從事治療之業務，因怠於醫術上之注意，以致病人死亡，顯應成立刑法第二七六條第二項從事業務之人因業務上過失致人於死之罪。

## 二、病人或其家屬並無放棄治療同意書，但在病歷上

確置有一份由林菊英所簽署之放棄急救同意書，是否

有偽造文書問題？

### 爭點

本案病人病歷中有一由案外人林菊英所書寫之放棄急救同意書，其內容爲「八十三年四月二十二日病人危急時同意放棄任何急救措施，同意人林菊英」，惟自訴人表示並不認識林菊英，而認爲此放棄急救同意書乃被告爲前

案殺人行爲脫罪所爲，遂提起本件訴訟。而被告則表示此乃護理人員錯置同房病人家屬所爲放棄急救同意書。

## 爭點討論

本案爭執點在於被告是否有偽造文書問題。刑法文書分公文書與私文書。所謂公文書，謂公務員職務上製作之文書(刑法第10條第3項)，故行爲人所偽造或變造的文書，若非屬立法定義上的公文書者，即屬私文書。本案放棄急救同意書，並非公務員職務上所爲之文書，不屬於公文書，所以屬於私文書。稱偽造私文書乃指無製作權之人，而假借或捏造他人名義，製作虛偽的私文書而言。所謂虛偽的私文書乃謂非出自私文書上所示的作成名義人的私文書，亦即對外足以詐騙作成名義人的同一性的私文書。因此，偽造私文書即指假借他人名義，而製作在外形上足以使人認爲係出自作成名義人的具有不真實性的私文書。從而本案之偽造私文書罪之認定，在於該文書是否爲林菊英本人所爲，是否有人以林菊英名義爲放棄急救同意書?其次，若爲林菊英親自所爲，則該文書對於本案病人是否有放棄急救之同意書之效果?本案病人依其病情已經符合安寧緩和治療，也經醫院說明並詢問其意願，所以就其病情應無問題，屬於死亡不可逆之末期病人，依安寧緩和治療條例，此處之放棄急救同意書係爲心肺復甦術放棄同意書，依規定原則上由病人親自同意，若病人處於意識昏迷或無法爲同意時，由其最近親屬爲之，其最近親屬之範圍爲：1. 配偶；2. 成人直系血親卑親屬；3. 父母；4. 兄弟姐妹；5. 祖父母；6. 曾祖父母或三親等旁系血親；7. 一親等直系姻親等。因此，本案所爭執之同意書簽署之權利人，爲病人或其最近家屬，對於本案病人才有放棄急救之同意效果。而林菊英並非病人本人，亦非其最近家屬。因此，若該同意書爲本案病人之放棄急救之同意書對於本案病人無效。醫師對於病人之醫療行爲，只要積極醫療行爲仍有進行可能，仍須盡一切可能爲治療，才符合醫師對於病人之醫療契約責任與法定急救義務(就此點爭議，有另一案進行審理中)。最後，本案爭議點僅在於，是否有偽造文書之問題，關於此部分也是雙方爭執點，對此法院之事實認定與判決如下：

### 1. 地院見解

經函查高雄長庚醫院本件同意書之同意人林菊英係何人，據覆：「康君(指康鄭珠品)於八十三年四月三日至九日住於本院九七八B病房，而後於同年四月九日至五月三日轉至九七六B病房。其病歷表內之『八十二年四月二十二日病人危急時同意放棄任何急救措施，同意人林菊英』。查係康君移住九七六B病房後接替其九七八B病房之病危病人李乙金(病歷號碼六三〇二八一六)之媳婦林菊英於四月二十二日所寫。因兩人病情相似，皆因癌症併發大量消化道出血，接受大量輸血急救，而且互爲隔壁病房，護理人員於忙碌中將其電腦列印之姓名標籤貼錯，導致歸錯病歷。而該同意書之歸錯並無妨

害對病患康君之繼續積極治療。嗣後李君之媳婦林菊英於四月二十四日要求病危出院」等情，有該院八十四年八月二十九日（八四）長庚院高字第一六八九號函附卷可稽，並有病患李乙金之護理記錄單，自願出院聲明書各一紙在卷可憑（詳八十四年度偵字第八四三五號卷第十至十一頁、第十三頁、第十六頁）。又證人林菊英亦到庭結稱：該放棄急救同意書係伊簽名，伊婆婆李乙金因胃癌轉大腸癌而住院，斷氣之前才辦理出院，李乙金當時住九樓，病房號碼好像有一個B字，放棄急救是伊婆婆意思，她說急救很痛苦，伊才寫同意書等語明確（詳八十四年度偵字第一九六四七號卷第十五至十六頁）。是本件放棄急救同意書係證人林菊英本人所書立，尚非被告等所偽造至明，從而自與偽造文書罪，以偽造他人名義之文書之構成要件有間，尚難以該罪相繩。此外，復查無其他確切證據足資證明被告等有何右揭犯行其犯罪即屬不能證明，自應為無罪之諭知。

## 2. 高院見解

高院之判決理由除與地院均相同者外，尚認為：

- (一) 證人即高雄長庚醫院之護理人員林淑芬，於本院到庭證稱，上開「放棄急救同意書」是李乙金的家屬簽的，是和康太太隔壁病房，但病歷都放在一起，是護理人員（護士或護佐）在整理時，未注意而放錯了等語；另證人亦係高雄長庚醫院之護理人員羅春蘭，於本院到庭證稱，病歷是於病人出院時，誰有空誰就去整理，因而無法查出是誰整理的等語。
- (二) 依高雄長庚醫院之函文，被告等三人之辯解，及證人林菊英、林淑芬、羅春蘭等人之證詞以觀，足證上開夾於康鄭珠品病歷內之「放棄急救同意書」，係住於康鄭珠品隔壁病房之病患李乙金，其家屬林菊英所書寫的，高雄長庚醫院之護理人員，在整理病歷時，將之誤放於康鄭珠品之病表內，甚為明確，顯見被告等並無偽造文書及業務上登載不實之行為，並無疑問；再，該「放棄急救同意書」，既係高雄長庚醫院之護理人員將之誤放於康鄭珠品之病歷表內，足見被告等三人，並無偽造文書之故意；何況被告林尚穎於本院辯稱，衛生署有公文，不能因為病人家屬書寫放棄急救而未施以急救，彼等急救過程，與此一「放棄急救同意書」無關等語；又被告陳漢祥於本院亦辯稱：「我是當天值班醫師，我從頭到尾未見所謂切結書」等語；另證人林淑芬亦於本院證稱，急救時沒有先看病歷表，都是先看病人，先看病歷就來不及了等詞。足見該「放棄急救同意書」，雖放入康鄭珠品之病歷表內，惟與有無急救不生影響，因而此一「放棄急救同意書」放入康鄭珠品之病歷表內，對康鄭珠品亦不足以生損害。
- (三) 綜上所述，本件並無積極之證據，足以證明被告等三人，對於上開「放棄急救同意書」，放入康鄭珠品病歷表內之事件中，有何偽造私文書，或業務上登載不實之犯意與行為，尚難以該罪相繩。其他又查無確切

之證據，足以證明被告等三人，有何偽造文書，或業務上登載不實之  
犯行，自屬不能證明被告等三人犯罪。

### 3. 最高法院見解

#### (一) 上訴第三審理由

1. 上訴人等之自訴狀及上訴理由狀內，均提及被告等之行使變造私文書罪刑，原審未就行使部分審判，自有刑事訴訟法第三百七十九條第十二款之違法。
2. 被告等變造「放棄急救同意書」，致被害人康鄭珠品病危時有不受急救之危險，自足以生損害於他人，原判決認無此之虞，適用法則顯有不當。
3. 原審未就何人故意錯貼姓名標籤而變造該放棄急救同意書及有無受被告等之指使加以調查，證據調查亦有未盡云云。

#### (二) 最高法院見解

1. 經審理結果，認該放棄急救同意書係案外人林菊英應其婆婆病危病人李乙金所求而書立，因李婦原與康鄭珠品同病房，工作人員將該同意書誤訂於康婦之病歷內等情，迭經證人林菊英、林淑芬、羅春蘭供證甚詳，並有高雄長庚醫院覆函為證，因以被告等並無偽變造文書之犯行，自屬不能證明犯罪，而維持第一審所為無罪之判決，駁回上訴人在第二審之上訴，已詳。其憑以認定之理由，從形式上觀察，原判決並無任何違背法令之處。

按刑法上之偽變造私文書罪，以無權制作之人假他人名義制作文書為要件，該同意書既係林菊英本人所立，並已為具名，並無假冒名義可言，其錯植於康鄭珠品之病歷內，一望即可分辨，原判決認無足生損害，核無不合。且就何人錯植病歷，經原審質諸護理人員，均以時日已久，無從查究，自己盡調查之能事。另原判決既認定被告等無偽變造私文書情事，自更無行使罪責，其已就上訴人所訴部分為審判，難指違法。上訴意旨徒憑己見，空泛指摘，與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合，此部分上訴違背法律上之程式，應予駁回。

## 相關判決:

### ◎ 最高法院四九年台上字第四九五號判例：

上訴人所指被告偽造文書，即攤位讓與契約，既經該文書作成之名義人到庭承認其事，則無論其內容是否確實，權利有無瑕疵，皆為該文書之效力問題，要難成立偽造文書之罪。

# 第十講 健保給付相關之法律問

# 題-案例分析與討論

負責教師 蔡森田 教授 侯英泠副教授

## 判決

士林地方法院 87 年度保險字第 13 號民事判決

臺灣高等法院 89 年度保險上字第 32 號民事判決

最高法院 91 年度台上字第 2141 號民事判決

## 案例實務意義

健保給付制度施行以來，除了將我國之健保與國民之健康權帶往另一個境界，台灣幾乎享有最低費用，高醫療品質之健保給付制度之美譽。但是我國健保給付制度除了經費與健保給付一直是問題之外，有讓我國醫師成為我國民眾職業群中，犯罪率最高之一個職業族群。這是一直受有民眾尊重之醫師族群不曾預見也是民眾無法想像之結果。因此，搜尋健保給付案件，幾乎都是醫師個人之刑事責任問題，而非醫病糾紛之刑事責任問題。因此，本週案例，即是一個典型例子，一念之間已經讓醫師陷入刑事責任。此案例也是讓醫學系學生可以因此了解法律之規定，以及應注意之處，不要因為為了與不當健保給付周旋，而陷入刑事責任。本週案例雖然簡單，但是可以讓法律學生學習如何對醫學系學生說明刑事責任相關之規定與概念。

## 案例摘要

方進福（八十七年十二月三日死亡）具有醫師資格，在臺北縣八里鄉華峰新村三三號開設八里診所，於民國八十四年三月二十八日聲請加入全民健康保險特約診所。惟自八十二年間起，明知被告方百榮未取得合法醫師資格，卻由其執行醫療行為，卻以方進福名義開具診療記錄單、醫療費用收據向原告申領健保醫療給付，自八十四年三月間起迄八十七年一月間止，致原

告陷於錯誤，共給付健保醫療費用新台幣(以下同)三百零三萬一千一百元。該二人違反醫師法部分，業經臺北縣政府移送臺灣士林地方法院檢察署以八十六年度偵字第一二三三三號、八十七年度偵字第二六二三號偵查起訴，嗣鈞院以八十七年度易字第九九〇號刑事判決科刑確定。健保局依此提起民事侵權行為責任與不當得利之民事賠償責任。

## 本案爭點

本案主要爭點關係存在健保局與特約診所間之問題，如前所述健保制度介入醫病契約後，被保險人生病持健保卡就醫，醫師接受門診治療，醫病間仍存在一個醫療契約，僅是透過健保制度，在健保給付之範圍內，由健保局付費，而非病人自己付費。但醫師因為同時與健保局有特約關係，醫師必須在施行治療行為時，注意其與健保局間之特約內容，依全民健康保險醫療辦法及健保局給付相關之規定治療病人，健保局才會依約給付其所為之醫療行為之費用，否則其必須自行吸收費用，或者向病人收取，但是向病人收取部份必須注意到非自立明目收取費用，換言之，只要健保給付之範圍，病人並無給付之義務，若是醫師個人之行為導致健保局不予給付，則屬於特約醫師必須自行吸收之費用，而非病人給付之內容。特約診所與健保局簽約之前提必須符合全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法，尤其在申請特約時，必須依該辦法第 16 條，提出申請為特約醫院或診所。雖然私人診所之負責醫師與實際施行醫療行為之人不需要同一個人，但是若非同一人，依規定所聘醫事人員之執業執照及身分證明文件，在申請時必須同時附上申請。換言之，健保局給付依法承辦全民健保，必須確保全民之醫療品質，必須具有醫師資格所施行之醫療行為，而醫輔行為必須在醫師之指示下進行，且醫輔人員也必須具備其應該之執照，健保局才給付相關費用。

本案方進福向健保局申請為特約診所，以其自己為負責醫師同時為執行醫療行為之醫師申請為特約診所。健保局給付之前提，必須該特約診所之醫療給付符合規定，以及醫療相關之規定。方進福特約診所之醫療給付，必須在其指示下進行，因此本案可能爭點如下：

1. 方百榮在診所所為之行為係屬於核心之醫療行為，還是可以在方進福之指示下進行之醫輔行為？
2. 由方百榮之主導之醫療行為包括醫囑行為(打針或給藥行為)可否請求健保局給付？
3. 方進福與方百榮是否構成共同侵權行為？
4. 健保局之請求權基礎

## 爭點討論與分析

一、方百榮在診所所爲之行爲係屬於核心之醫療行爲，還是可以在方進福之指示下進行之醫輔行爲？

### 爭點討論

被告主張方進福年紀雖大體力較差，但身體尚硬朗，故本身亦尚有在看病，被告方百榮係在父親需要休息時始代替一下而已，被告雖亦有看病，但是均在方進福之指導下，故該診所亦從未發生誤診之情事，且深獲當地民眾之信賴，故如謂無照者之醫療費用不能申報。由於醫療行爲之進行，包含核心之醫療行爲與可由醫輔人員在醫囑下與監督下進行醫輔行爲，並非完全無法由他人進行。因此，此處必須區分，何謂醫療行爲與醫輔行爲？所謂醫療行爲係指醫療行爲中的最核心、高度專業、高度危險，且具有治療目的性之行爲。由於此種行爲通常具有高度危險性，因此應由醫師親自爲之，包括醫療診斷或具有高度危險之治療行爲。例如診斷、醫囑、開立處方箋、手術等行爲均是。此種行爲係最狹義的醫療行爲，且爲專屬醫師執行權限，因此醫師不得以輔助醫療行爲之方式，將此種行爲交由不具醫師資格者爲之，例如不具醫師資格之醫師助理不得代替醫師爲診斷、手術等醫療行爲。依我國衛生署之解釋，醫療主要行爲係指，診斷、處方、手術、病歷記載及施行麻醉等五項醫療行爲，應由醫師親自執行，其他醫事人員即使在醫師指示下一不得爲之，否則即和指示之醫師共同成立違反醫師法第 28 條之「擅自執行醫療業務」之罪。對於醫療輔助行爲，雖然醫師法或醫療法並未設有定義規定，但一般認爲所謂醫療輔助行爲，係指醫師應親自執行之診斷、處方、施行麻醉、手術、病歷記載的行爲除外，其他可以在醫師的指導之下或依其指示由其他醫護人員所爲的行爲（請參考醫師法第二十八條、第十一條第一項但書的規定；護理人員法第二十四條第二項）。所謂醫療輔助行爲應在醫師的指示下行之的情形有二：一爲事前必須經醫師指示始得爲之；一爲醫師在醫療過程中因負有指揮監督的責任，醫輔人員經其指揮而執行的醫療輔助行爲。而依衛生署最新公告，醫療輔助行爲，係指

(一)輔助施行侵入性檢查



- (二)輔助施行侵入性治療、處置
- (三)輔助各項手術
- (四)輔助分娩
- (五)輔助施行放射線檢查、治療
- (六)輔助施行化學治療
- (七)輔助施行氧氣療法(含吸入療法)、光線療法
- (八)輔助心理、行為相關治療
- (十)病人生命徵象之監測與評估
- (十一)其他經中央衛生主管機關認定之醫療輔助行為；護理人員除執行前項醫療輔助行為外，對於住院病人仍應依病人病情需要，提供適當之護理服務(衛署醫字 0900017655) 近年來衛生署配合各醫院既有之專科助理制度，而建構管理醫療專科助理制度，其與醫師之分工。其法律依據:護理人員法第七條之一增修條文關於專科護理師之規定與甄審即在於專業助理制度(內科、外科與其他經中央主管機關指定之分科)之建立。而所謂專科護理師係指由機構聘請之職業進階護理師(Nurse Practitioner, NP)，其主要的任務在於與醫師共同提供連續性及整合性的護理及醫療照護，扮演以下角色:一、病人直接之照護者。二、健康教育者。三、醫療照護之協調者。四、病人照護品質監測者。

因此，可知醫療行為之進行，分核心之醫療行為與醫輔行為，前者僅醫師可以施行，必須親自為之，後者可以在醫師之指導下進行。本案被告主張方進福也有看診，除非在其需要休息之下，由方百榮在其指導下進行。但本案之問題在於所謂醫療行為與醫輔行為之進行通常都在醫師之主控下進行，醫師必須先親自為診斷行為，診斷結束之後續非核心醫療行為才由醫輔人員在醫師之指導下進行，但是本案係由方百榮直接進行診斷行為，因此，兩人已經共同構成醫師法第 28 條之擅自執行醫療業務之密醫行為。

## 二、由方百榮之主導之醫療行為包括醫囑行為(打針或給藥行為)可否請求健保局給付?

### 爭點討論

被告抗辯被告本身係高農獸醫科畢業，本身亦有相當之醫學知識，且有藥劑生之資格，故八里診所亦從未發生醫療糾紛，從未發生誤診，查據八十

七年四月七日中國時報第十九版報導「密醫能治病不論詐欺罪」，內容有云「…最高法院認為假如密醫的醫術低劣，冒充合格醫師之醫療品質，使療患陷於錯誤而就診，即應負詐欺罪責，換言之，若密醫有合格醫師之醫療水準，或其祕方確實有療效，即只違反醫師法，而無詐欺罪責。」此處必須分別說明，若密醫冒充合格醫師為醫療行為，病人對於不具醫師資格之事實不知，則會詐欺之情形。若病人自始知道其無醫師資格，但因為其個人之醫療技術或祕方，而自願前往就醫，應無刑法詐欺之情形。因此，若前往就醫之病人自始知道該診所之看診係由方百榮為之，且其無醫師資格，仍願意前往就醫，應無詐欺之情形。但是病人自始不知方百榮並無醫師資格之情形下就醫，則可能會成立詐欺之事實。縱使該醫療行為之進行無詐欺之實，但密醫所從事之行為若仍是醫療行為之內涵時，仍屬於密醫行為。至於密醫行為與病人之間是否會成立民事上之醫療契約，進而對於病人有診療費用之請求權，則是本案應釐清之點。

密醫行為與病人之間是否會成立民事上之醫療契約，則是一個有趣之問題。目前對於醫療疏失之認定方面，不管是由誰為之，不具資格者為之，只要其行為符合醫療水準，依目前醫療水準判斷若無任何疏失，仍無過失可言，僅是該密醫行為仍為違法行為。若無過失可言，當然不損害賠償之問題。但是本案之問題不在醫師與病人間之損害賠償問題，而是健保局與密醫間之健保給付問題。對此問題醫療契約是否成立問題仍是前提問題。前述說明僅是說明醫療過失之認定，不是以行為人之資格做判斷而是實際行為應醫療品質，亦即不管醫療契約是否有效成立，只要提供醫療行為，就必須具備有醫療水準之醫療行為。醫療契約是否成立，仍是回到契約有效成立之判斷認定。法條若無特別規定，通常醫病之間若對於醫療契約之訂立，疾病就醫與疾病治療有合意，契約應該就成立了，但契約成立(民法第 153 條第 1 項)，並不一定契約就有效，例如所約定之內容違反一定之要式規定(民法第 73 條)法律規定、法律規定(民法第 71 條)或公序善俗(民法第 72 條)，都可能無效。所謂契約有效即是，雙方所訂立之契約，對於雙方產生醫療契約應有之法律效力，其中對主要其是醫療行為之給付與對價(醫療費用)給付。本案方百榮不具醫師資格，依醫師法第 28 條未具醫師資格者不得擅自執行醫療業務，亦即為密醫行為。因為該規定係為了保障國內之醫療行為具有一定之基本醫療品質，改進以前之密醫行為現象，並賦予特別刑罰，性質上屬於法律之強制規定，並非一般之宣示規定。因此，違反該規定醫療契約應屬無效。若該醫療契約無效，則雙方原則上都無醫療契約之拘束，醫師無對病人治療之義務，而病人對於醫師之治療行為亦無支付之義務。不過若無照醫師仍施行醫療行為，則其醫療行為必須具有一般醫師之醫療品質，否則則有醫療過失。不過，若病人仍給付醫療費用，則屬於對於不法行為(密醫行為)之給付，為不法行為若僅存在於受領人一方，則雖然對於不法之行為之給付，仍可以依

不當得利請求返還(民法第 180 條)。因此，本案病人到方進福診所，卻由方百榮進行密醫行為，其與診所所訂立之醫療契約應屬無效。病人所接受之醫療行為並無給付之義務。但若病人自始知道係由方百榮治療，且其無醫師資格，仍願意接受其治療，則其對於所接受之醫療行為，仍屬於不法行為，而其基本上並無給付醫療費用之義務，但若其仍給付費用，則不可以依不當得利請求返還。全民健保制度係在於承擔病人接受醫療行為之醫療費用。由於病人並無給付費用之義務，從而健保局亦無支付醫療費用之義務。而依全民健康保險醫事服務機構特約及管理辦法第 16 條規定，欲申請特約為特約診所或醫院時，必須依該辦法第 16 條，提出申請為特約醫院或診所，必須將負責醫師與所聘醫事人員之執業執照及身分證明文件，在申請時必須同時附上申請。換言之，與全民健康保險局（以下簡稱健保局）簽約成為特約之保險醫療服務機構，自應由具備醫師資格之人為全民健康保險之保險對象為醫療行為，始得向全民健康保險局申領醫療費用，如由未具醫師資格人員為全民健康保險之保險對象診療或處分之醫療行為，依上開立法及特約之精神，自不得就此部分申領醫療費用。而且依原告與方進福即八里診所所簽訂之全民健康保險特約醫事服務機構合約第二十六條亦明文約定有其他因可歸責於乙方（指方進福即八里診所）之事由者，乙方申請之醫療費用，應由方進福即八里診所負責，經甲方（指原告）查核發現已核付者，應予追扣。查八里診所以有醫師資格之方進福名義與原告簽約為全民健康保險特約醫事服務機構，依上開說明，自應以具有醫師資格之人為全民健康保險之保險對象為醫療行為，始得就該醫療行為向原告請領醫療費用。

但此處尚需澄清一點是，給藥之費用，可否請求給付，而且方百福據有藥劑生資格。基本上對於藥品調劑，除了麻醉藥品之外，藥劑生亦有調製藥品(藥事法第 37 條)，因此方百福的確具有調製藥品之資格。為八里診所所給的藥品，係根據不具醫師處方效力之處方給藥，因此仍屬於對於不法之給付，而且自己給付時，即已知道，仍無請求給付藥費之權利。

### 三、方進福與方百榮是否構成共同侵權行為？

#### 爭點討論

依民法第 185 條：「數人共同不法侵害他人權利者，連帶負賠償責任，不能知其中孰為加害人者亦同」之規定，應負連帶損害賠償責任。至於數人中是否有意思聯絡之共同為必要，抑或只要有行為共同，即客觀之共同，即成為共同加害人而應負連帶損害賠償責任？學說上有意思共同說與行為共

同說。所謂依斯共同說認為共同侵權行為之成立非但加害人間須有共同之行為，且須有共同之意思，至少須有共同認識，否則不成為共同加害人，亦即不成立共同侵權行為。而行為共同說則認為共同侵權行為之成立，以加害人間有共同行為已足，無共同認識之必要。依目前實務之見解，大致是刑事責任重主觀犯意，所以基本上要求有意思聯絡為必要，而民事責任重在填補被害人之損害，如損害之發生係由行為人之共同行為所引起者，縱無意思聯絡，亦應使負連帶賠償責任。雖然本案被告主張診所為方進福所有，其如何申請健保給付，其無法置喙，然如前所述，縱使彼此無犯意聯絡，但其行為上仍有共同之情形，由其執行應由醫師始可執行之醫療行為，應無礙其共同侵權行為之成立。法院之判決如下：

#### 1. 士林地方法院 87 年度保險字第 13 號民事判決

(1) 被告與方進福名之被告之醫療行為不得請領醫療給付，竟基於共同意圖自己不法所有之犯意聯絡，向原告申請，使原告一時不察陷於錯誤，因而給付，致原告之財產權受有損害，是方進福與被告共同詐領健保給付之行為與原告所受損害顯有因果關係，方進福與被告甲應係共同侵權行為人。

(2) 本件之醫療給付契約雖存在於方進福與原告之間，而原告亦係將費用給付予方進福，然被告甲與方進福為父子，由具醫師資格之方進福以八里診所名義與健保局締約，嗣由無醫師資格之被告方百榮從事醫療行為，並以方進福名義開立診療記錄單請領健保費，二人明知密醫不得從事醫療行為，及與健保局締約者係方進福而非被告，竟以上揭手法向原告陸續詐領健保給付，顯有意思聯絡及行為分擔，自應成立共同侵權行為，自與以何人名義請領健保費無涉。

#### 2. 臺灣高等法院 89 年度保險上字第 32 號民事判決

同士林地方法院 87 年度保險字第 13 號民事判決

#### 3. 最高法院 91 年度台上字第 2141 號民事判決

同臺灣高等法院 89 年度保險上字第 32 號民事判決

## 四、請求權基礎

### 爭點討論

1. 本案被告對於健保局所成立之共同侵權行為之肯認，所以對於被告有侵權行為之害賠償責任。至於方進福已經死亡，則繼承為概括繼承，概括繼承被繼承人之債權與債務，此為一般債務無專屬之情形，自應由其繼承人共同繼承方進福之債務。至於其侵權行為所成立之類型應屬違反善良風俗之類型。因為此處被告對於健保局無權利之侵害，而健保局對之所為之給付，屬於純粹財產上之給付，所以為純粹財產上之損害，因此其請求權基礎不是民法第 184 條第一項前段之不法侵權行為之類型。惟被告以詐欺之行為(詐欺已經刑事法庭認定)讓健保局陷於錯誤而為醫療給付，詐欺造成他人之純粹財產上之損害，則屬於以倍於善良風俗方式使人受損，所以其請求權基礎為民法第 184 條第 1 項後段背於善良風俗類型成立侵權行為。所以被告雙方對於健保局依民法第 184 條第 1 項後段與民法第 185 條共同負連帶賠償責任。

2. 有本案被告與病人所成立之契約無效，因此，其所取得之利益為無法律上原因，且彼此所成立之契約因為違法行為而無效，因此，屬於僅存於受領人(被告)一方之行為，所以健保局仍可以依民法第 179 條請求返還被告所受領之利益。

## 第三單元 案例討論與醫療糾紛實

### 務之演講

## 第一場 黃清濱律師

今天是跟大家分享一下這個心得的部份，侯老師是我們這方面是我很敬重的學者，我們很多看過侯老師很多文章。那這個地方，因為我自己走實務比較久，那我們今天就是說我今天的 topic 定的是醫學與法律，醫學與法律這個東西我是說我是從一個臨床醫師學法律的角度切過來看，大家如果等一下有要討論的東西大家再來討論。

那我自己現在是東海大學法律學研究所博士班的學生，學位還沒拿到，然後我自己在雲林科技大學科法所有擔任助理教授的部份，我是在教醫師法律的，然後在中山一學大學我自己也有在授課的部份。那首先我很簡單的跟大家講一下，這個侯老師應該都跟大家講過了，不過這個我今天再很簡單的跟大家講一下，醫師法他的體系其實是還蠻龐雜的，那侯老師有跟我講說你們這學期的課是用案例分析的部份，我覺得非常好，案例分析是從我們實務上的 case 嘛，好像我們這邊有很多醫學系的同學，你們好像是大五了嘛，你們現在大五是 clerk 還是 intern？是 clerk 嘛？你們現在當 clerk...我自己大學念的是陽明醫學大學的，然後我畢業很久了，我七十九年就畢業了，所以很資深，我很多同學都在當主任了、當 VS 了，我開始唸法研所的時候就開始當 VS 了，我是當 VS 之後才去唸的，那我自己有內科和家庭醫學專科的醫師資格，那等下會有提到這個部份...我目前實務上操作我都是當被告，我大概都是接醫療院所和醫師的案子，所以當被告的經驗我最多，那我每次去大該都是做被告席的這個部份。那這個部份醫師法律的體系，醫師法律的體系不是只有一個醫療糾紛，其實醫療糾紛只是裡面的一個小點，那醫療糾紛他涉及了很多，醫療糾紛有民事的部份，有刑事的部份，其實大家如果要把這一塊搞熟，就是說大家要把法學的概念真的要好好的學習，大家要把民法上的概念和刑法上的概念搞清楚，不然醫師法律的體系這裡我們有講到說醫療衛生法規，醫療衛生法規有哪些？譬如我們常常在說，很多醫師人員要問說”我對這個法律有興趣，要從哪裡著手？你要懂得是什麼？”像我常常很多人像我們附設醫院的醫師很多或其他醫院的醫師說我要了解法律要從哪邊切入？這就是從醫療衛生法規裡面。最重要的是什麼？醫療法。醫療法是規範醫療機構的根本大法，很多人你在醫院上班，你不懂的醫療法。等下我們講到我們民法 184 條第二項有個違反保護他人法律的這部份，阿你在醫院裡面上班，你自己有哪些法律規範到你，你都不知道，好像我們這個醫學系的同學醫師的業務範圍是什麼，你說老師我不知道。很多護理人員，我說，我的學生很多是護理人員，你們的法定業務範圍是什麼，他說老師我不知道，我說你不知道？他說沒有阿，阿我們就在醫院學習阿，四年級的時候我們就從實習開始做，畢業後去考證照，證照以後就開始做阿，我們就從 N1、N2 這樣一直做上來阿，阿我們住院醫師也是 R1、R2、R3，一直做上來，做 CR，做 fellow，做 VS，做到主治醫師了，那這中間沒有出事就好了，阿出事咧？根本就不知道規範在哪個地方。我舉個例子，像我民國 77 年，我在台中榮總實習的時候，那時候醫院定了一條陋規，那時候真的是很黑暗，現在想起來就很黑暗，大家都知道你們當現在當 clerk 以後當實習醫師當 intern 的時候很忙很累喔，我們那時候榮總規定護士不能抽血不能打針，護士不能抽血，你們可以想像嗎？那時候榮總的護理部還有醫療部跟我們說護士不能抽血不能打針。榮總有多少住院的病人？結果我們在那裡兩年，我們每天四點要起來抽血，然後那個點滴車是一車一車的，現在去病房看到那個護士打的針，老師在實習的時候那兩年都是我們打的，所以我畢業後就想說以後一定要找一個醫院，護士可以打針的醫院，簡直都快累死了你知道嗎！你打那個針，那

榮總不是打頭鼻針，他是打那種軟針，打那個管子的，所以哪時候他跟我們講說法律規定護理人員不可以打針，那時候我們根本不知道法律，就被他唬住了。我後來念了法研所，就回去把他回溯一下，真的是，那時候要是懂得法律就少受苦兩年。所以說法律很重要，我們法律有規定護士不能打針嗎？你知道我們那時候護士好輕鬆喔，護士再上班的時候就拿著一本時報刊，阿病人有 condition 有情況的時候就打通電話”欸！那個第幾床有事情來看一下！”有沒有，阿那”點滴漏了你來幫他弄上去”，半夜耶！有沒有！那時候就覺得怎麼會這樣子，那時候不懂法律，想想法律真的很好用，他如果跟你說法律規定他不能做什麼，去查一查，欸，報告副主任，哪有這一條阿那你自己說的喔！自己講的！爲什麼會這樣子咧？阿所以醫師法、醫療法規的東西很多，剛才侯老師有在講說他在研究人體實驗這一塊，人體實驗真的是一個很新的東西，規定在哪裡？這在醫療法裡面就有了，醫療法裡面就有人體實驗的部份，關於他受試者保護的規定，醫療法裡面都有，阿人家常講我們等下會講到的，關於安寧緩和條例、器官移植條例、人體器官移植條例，這些都是屬於醫療衛生法規的，非常非常多喔，傳染病防治法，傳染病防治法從哪時候開始就變得很紅？從 SARS 得時候，從 SARS 開始之後，因爲那個 SARS 案我是辯護律師，那個案子整整搞了兩年，檢察官起訴醫師、傳染科的人、感染科的人、主任和院長，都是求刑八年，最後都是判無罪，一審二審都判無罪，這個部份，傳染病防治法怎麼規定、後來怎麼修，後來最近你看，台中有一個很有名的案子，一個公衛護士去幫小朋友打預防針，結果被起訴了，起訴是起訴公衛設施和誰，和衛生局局長，那護士就跳腳啦，他說我打預防針預防注射已經打了二三十年了，我怎麼都沒有事，怎麼到了你這個檢察官手裡給我起訴了，檢察官說他什麼違反醫師法 28 條密醫罪，這涉及到說護士能不能在醫師不在場的時候直接打預防注射？我們有公文喔，衛生署也有一個公文喔，衛生署也有一個公文說公衛護士在施行預防注射的時候不必有醫師在場，可是大家都學法律的嘛，上了侯老師的課後都會很清楚，我們法律的位階是什麼？像一個金字塔，行政命令，衛生署的函式是什麼？行政命令，它上面有什麼？有法律嘛！他就任爲你行政命令抵觸法律，無效，我認爲你就是密醫罪，就提起公訴了。那這個案子怎麼解決？趕快修傳染病防治法，把它定在法律裡面，後來一審才判無罪。那很嚴重耶，非常非常嚴重，所以說這個醫療衛生法規是這樣，那醫師人員的法規呢？我常常在講說醫師你當然要懂醫師法，護理人員要懂護理人員法，我們還有什麼？藥師法，阿其他有什麼驗光師、醫檢師這種都是醫師人員的法規的法規的這個部份，還有一個大家不可避免將來出來一定會有一個全民健康保險這個法規的部份。這個體系很嚴重，這個是一個很大的 topic，以後有機會再來跟大家 share，自從施行全民健保之後，我們目前全台灣單一職業，職業就是你的職業，像我的職業醫師、我的職業是律師、我的職業是工程師、可能是護士，單一職業人口，犯罪比例最高的是什麼？醫師喔，最近光一個門前藥局，門前藥局就是關於全民健保的，被移送地檢署的醫師，全國一共有 1275 個，阿然後衛生署健保局又有一個應援專案，就是說對於有一些病患他是出國的然後他請

家裡的人來拿藥，這種被移送到地檢署的光台中就有 43 個，你說我們去地檢署開庭，哇，怎麼都是醫生阿！法院都是醫生來的。你知道嗎，嚴重到什麼程度，嚴重到檢察官都對這種案子最後都緩起訴，緩起訴他會叫你做什麼，緩起訴大家知道有一些會去做義務服務啦，或是做什麼像義診啦，我們台中地檢署到最後沒有地方義診耶！都滿了！都要義診，檢察官就想，義診？滿了耶！觀護人說已經沒有地方一診了，怎麼辦？就問你說你會不會講笑話？去育幼院講笑話給那些小朋友聽，問你會不會算數學，去教那算數學。很嚴重哪！全民健保法規變成兩套，我問大家，有一個病人，今天我常常舉一個例子，我們現在是一國兩制，今天有一個人有一個媽媽來，你今天想想你現在是醫師，有一個媽媽來就跟你說，欸，侯醫師，拜託上次我兒子開的那個藥很有用，他今天要其中考，拜託你比照上次，我再拿三天。醫師要不要給他藥？大家都看過病喔！這我們每天日常生活都影響喔！以後你當醫師喔，你媽媽打電話在鄉下打電話給你，欸寶貝兒子阿，媽媽今天不舒服寄個藥回來給我吃吧！當然就寄藥給他吃阿，你會說”媽那你健保卡寄來”甚至你老媽的健保卡就在你的口袋啦有沒有。那今天這個，他兒子今天要期中考，你就照藥開三天給他，我跟你說，開了三天之後你就到地檢署去了，就被檢舉了。地檢署去想說這種怎麼會到地檢署？有沒有犯罪？檢察官說你犯什麼詐欺，詐欺什麼？詐欺健保。我們醫師法第十一條醫師非親自診療，不得診斷、處方、開與方劑與交付診斷書。他認為，這個又變成兩個，這個病人如果是自費的，你沒有親自診療你就是違反醫師法，違法醫師法什麼？行政法嘛！要罰多少錢？兩萬。這個病人如果是健保的，如果是健保的病人，你就是詐欺，詐欺多少錢？兩百塊。你要跟檢察官說檢察官不是兩百塊，是兩百點，我們是浮動點值還要乘以 0.8，只有一百六。他才不理你，這個就是詐欺，起訴達多少？六個月。大家有沒有看刑法？我說以後全世界最高的刑期會是怎樣創立？創下的就是醫師。我們連續犯已經廢掉了有沒有？優待條款已經沒有了，連續犯廢掉，你如果斷斷續續一天看五十個病人，看一個月，看好幾個這中間有三層是用來度藥的就是照這樣拿藥的，我跟你說它可以一罪一罰我告訴你，一個六個月就好我看你要定多久的執行期，多可怕多可怕阿！那這種法律規定不合理阿！你想說這病人只是因為他的身分不一樣為什麼我看的刑責會不一樣？一個自費的就行政法，健保的就刑法，一國兩制，太可怕了！怎麼會這樣子呢？我以前看病我那個時代都是這樣看阿，我去開庭的時候我就跟法官辯，我說這個沒有詐欺阿！高院的法官說：對阿我也覺得沒詐欺阿！因為一審已經判完六個月了。高院的法官說我也常常教人拿藥、我也常常教人寄藥。這很可怕！這有沒有共犯的問題有沒有？我很多醫師朋友叫他寄藥給我，這個東西，他說，你們這一件是真的要有拿回去嘛？對阿！真的有拿藥嘛！真的有拿回去了，那這怎麼有詐欺的問題？他說，那不然我就幫你們在調查看看，法院就發函到衛生署到健保局，結果這兩個單位的長官就回函來，他說，按，醫師會親自診療...醫師法第十一條訂有明文，按醫療，病人的病情充滿不確定性.....所以醫師一定要親自診療才能親自掌握病情。哇，法官就說，欸你們的那個長官說不可以耶。他說藥費不要算好了，可是這個診療費



你沒有看到保健怎麼可以要診療費？你就說報告法官，我們診所裝的都是什麼，都是套裝軟體阿！那個診療費沒有辦法把他踢掉阿，所以就把它報上去，這個部分沒有過失、沒有故意的問題阿！詐欺要故意阿！主觀犯意阿！檢察官想說，嗯？可以引用這一條嘛！可是人家一審判六個月耶！後來談條件他說不然給你們判拘役好不好，五十九天。我也很同情，大家都嚇得在那邊等，醫師是度藥給人家、開藥給人家。我那一天下午要去看門診我媽也是叫我寄藥給他，我口袋也是擺我媽的健保卡，那法官可能也想說叫人家寄藥給他，一堆犯罪的人坐在裡面開庭，你看嚴不嚴重。那全民健保法規體系跟我們整個法規真的有很多運作上有很多，就是衝突的地方，這個要很注意。一個在我們醫療糾紛，等一下我的重點會稍違法醫療糾紛帶一次。在一個倫理的難題，大家修過很多倫理的課嘛，醫學院的學生、現在包括法律系的學生現在在上什麼法律倫理，國考要考，歹勢喔法律系的同學以後要考倫理，你看倫理現在有多重要。然後我問大家，倫理，我們以前常常在說，倫理就是倫理，什麼叫倫理，以前就是說很簡單只要我不違法，我違反倫理頂多被人家吐口水而已，現在不是喔，現在很多倫理的議題已經都是什麼？法律實證化。像告知，以前會不會告知病人病情是什麼？最簡單的，病情是什麼？就是倫理的議題阿！因為醫師考量很多阿！我如果告訴他了，他出去撞牆壁死了，阿他如果說我不想活了有沒有，剛好你的診間就有一個釘子他的頭就去掛釘子給你看，你怎麼辦？阿以前說，我們醫師會在討論說要不要告知他？阿病人有沒有不受告知的義務？我們倫理討論的很多嘛，線在法律上，我跟你講，告知變成一種議題喔！不是，我常常說，違反告知的法律效果是什麼？是什麼？是刑事責任還是民事責任還是什麼？我告訴大家，最高法院最近的見解只要違反告知義務就有刑事責任，就有刑事責任喔。很嚴重喔，這個部份，所以這個部份在法理上是怎麼推出來的，其實還很可以討論，但是目前已經定的這麼厲害，告知就很簡單就幾條，醫師法第十二條之一醫師要告知病人在診治病人的時候要告知他病情、治療方針、他的預後、副作用...一共有六個，那醫療法裡面八十一條也是這樣寫，醫療機構在診治病人的時候應該告知病人的病情、治療方針、預後...那就是六大項，那大家如果有興趣，有個最典型的案例，最高法院台上字 2676 號，那個實在是，2676 號判決，看那個法官裡面他把告知義務寫得很清楚，他而且創設了很多法律所沒有的規定，他除了我們醫療法醫師法那六種以外他還加了一個，只要你醫師告訴病人足以影響病人醫療動態的事項全部都要告知。它裡面還有說到你包括醫院的設備、成功率你都要講，那是法院的判決那個可以研究。我們常常在開玩笑，如果以後你當個 VS 了，在座很多醫學系的同學，你一定會從岸，你一定會媳婦熬成婆，你一定醜小鴨會變天鵝，有一天你會變成我們成大的 VS，結果你走 CVS 你走心臟血管外科，你明天很高興明天 12 月 21 號冬至除了吃湯圓以外還是你的大日子，為什麼，明天你要動生平第一台心臟血管的刀。可是我們最高法院的判決說要告訴病人說，你手術你曾經做過幾台這種手術、你的成功率是多少，所以明天要開刀，你今天晚上就要去跟病人講在他寫手術同意書之前，你要去跟他說你是我的第一次，你是我的第一次。你有病阿，先

生，我是你的第一次，阿你是會還是不會？這告知義務的範圍要到哪裡，我們實務上操作要怎麼操作？你說，另外一個學長去跟他說，哎你這第一次去旁邊，我告訴你先生，他那是第一次我告訴你你是我的第二次，病人就很高興，那上一個呢？上一個是 expire，上一個是死掉的。要怎麼辦？我們最高法院的法官說你要告知大眾明細，法律有沒有規定這種東西？沒有。當你做任何步驟你要告訴他的時候，告訴你，你覺得病人的接受度能到什麼程度？糟糕了，這是法院的見解喔，我們現在地檢署有的檢察官把那一篇影印下來，去，醫師只要被告就丟給病人：有沒有告知病人？有。你看一看，這幾樣你哪幾樣有告知的？法律也有告知義務喔，我們法律人也有告知義務。刑事訴訟法第九十五條大家常常看電影警察兩個碎碎唸，你可以保持緘默不必為違背自己的意思而為陳述，緘默權，所以我們去地檢署或去法院的時候法官都會跟你說「哎，某某人！你叫什麼名字？身分證字號、住哪裡？」然後開始就法官碎碎唸給你，告知義務來：你可以保持緘默不必為違背自己的意思而為陳述，你可以選擇調查也可以選擇辯護人。檢察官就問完之後，問完「欸你到底有沒有殺人？你真的不說？不說就是默認喔！」他才告知你有緘默權，後面他說你不講就是默認，你真的不講嗎？你真的不要講嗎？我給你機會辯明你真的不要嗎？你說「我真的沒有阿！」「沒有！你那天去哪裡？」就掉到他陷阱裏面，後面一大堆。你怎麼行使緘默權？所以很多法學院的教授光一個緘默權說兩小時，我們就跟他說「老師，你講那麼久我們一進去就破功了啦！」有沒有？檢察官說「你真的嗎...？」「我知道法律讓你有緘默權，可是你真的不要稍微說明一下嗎？」要不要？你們如果去要不要？你不要說你不講，你一定會講。我等下會舉個例子跟大家講。我們刑事訴訟法常常講的，不自證即無罪，乾無影？在醫療糾紛有嗎？就這樣子不是很好擋嗎？公訴人怎麼可能會舉證什麼？有沒有？我們不要講。這倫理的議題現在很多阿！包括做一做什麼安寧緩和條例裡面，我要簽一個什麼 DN 阿，簽什麼拒絕 CPR 的，什麼可以簽？然後關於死亡定義的問題，其實衍生都是醫師法律出來的阿！我們傳統法律上的死亡是什麼？呼吸停止心跳停止還是什麼瞳孔放大？那我們有醫學上採的都是什麼？腦死，那很多醫院就「啊！你病人死了，腦死了腦死了」就趕快辦出院。你會不會被人抓去關？絕對被抓去關。為什麼？你說腦死是我們醫學界的通識阿，他說對阿，可是法律有規定嗎？有沒有規定腦死？有，只有一種人阿，他願意做器官移植的，大家把人民器官移植條例看清楚，腦死的定義只用在這裡，所以就是說你如果不要器官捐贈你就不得好死阿有沒有，都插滿了管子，你要用腦死來判定你就器捐阿，你就把器官捐贈出來，你不是自己想當然耳說這個腦死了就給他拔管喔，那你就掰掰了喔。所以這個議題醫師法律的東西其實是很多，大概先跟大家介紹一下。然後我們講到這個醫師類型的責任類型化，大概很簡單啦，有民事、刑事還有一個行政責任。民事責任這個部份你們要把侯老師的這個 paper 去印出來看，我們這個台灣月旦法學雜誌裡都有，老師講的很清楚啦。我們主要有兩個，侵權跟債務不履行。阿刑事責任咧？就是業務過失傷害、重傷害跟業務過失致死。還有一個大家常常忽略的。醫師人員其實常常有個問題，就是一個懲

戒的問題，懲戒是什麼？懲戒就是把你會把你廢除醫師執照，停止執業這問題。在和平案的時候，大家如果印象還深刻的話，一爆發的時候院長馬上執照就被廢止掉了喔，醫師執照廢止掉，當然現在已經恢復了啦已經恢復了。可是那時候衛生署很麻煩，我們打刑事無罪的時候跟他說「阿這個東西無罪了為什麼還被廢止？」他說「這個刑事責任跟行政責任要分別以觀，我們才可以廢止」我們說「你們可不可以自己直接撤」他說不行。後來要去打什麼行政訴訟耶！還要去打個行政訴訟才把那東西又弄掉，後來又變成他跟你說不能不處罰，停業三個月，就停業三個月。變成這樣子，有行政懲戒的問題喔，懲戒其實很嚴重。醫師法第二十五條他有規定要項，第一個你有犯罪行為，第二個有業務上重大過失行為。所以只要醫療糾紛的話或是亂開懲戒書，你會不會被送懲戒？有可能阿！真的是有可能。你違反健保法令你有詐欺的時候會不會被送懲戒？有阿，很多醫師不知道，那如果一去我就認罪了阿，我不敢去法院，一去檢查官：「你要不要認罪？」「要要要要要...」「你要幹什麼？」「我要講笑話」就緩起訴，緩起訴的第一條檢察官就怎麼寫：業經被告坦承犯罪不諱，.....。坦承不諱了，他除了把你的緩起訴處分書寄給你以外還會寄給誰？寄給衛生局喔，寄給公會喔，我們檢察官有的會寄去喔。衛生局一看到這個人坦承犯罪不諱，接下來你就接到醫師懲戒委員會叫你停業。你說「蛤？我這間才剛裝潢，剛裝潢而已就要停業喔？」有的醫師就停業，有的醫師很可愛，停業不敢講，停業就掛個牌子說要去美國哈佛進修有沒有？進修三個月，結果就老是窩在家裡也不對阿，就去逛街，遇到認識的，「阿方醫師你怎麼在這裡？不是去哈佛？」「阿...我昨天才剛回來啦，昨天晚上才回來，明天又要去了」怎麼辦？這真的是很糗。這種東西、法律的關係大家了解清楚就是。不小心就被停業。有些東西更好玩，開出診斷書，我們有一個醫師開診斷書，檢察官去就給他提示個「你看一看，這診斷書是不是你寫的？」他看一看「恩...這個名字是我的字」「我就問你是不是你寫的？」他說「是」，「我告訴你，你已經犯罪了！」嚇到皮皮挫。「你要不要認罪？」「要...要」要認什麼都不知道。偽造文書，為什麼？他開精神科的診斷書，然後病人他開說他有精神病，結果後來病人再去鑑定說沒有。我問大家，當你在看病人的時候，尤其精神科，大家以後有的要走精神科的，你很多病人評估的時候你能夠絕對正確嗎？如果是病人詐欺你的時候怎麼辦？你如果真的沒有跟他犯意聯絡的時候你會有問題嗎？是病人的主述阿，你根據他的症狀來做的你緊張什麼？一去就亂認罪一通，後來被人家停業了又要去進修了才緊張了有沒有，又要去哈佛啦史丹佛啦，要是停三次全美國的名校都遊遍了。還有的更慘的，停健保還沒有停業的，停健保的時候，停健保就是不能看健保的病人而已，但是還是可以看自費的，但是他也不敢跟病人講阿，違反健保法令被停約了有沒有，他照看，健保卡拿來劃下去，他都沒有報、他都自行吸收耶，你看醫師的耐性有多強有沒有，看三個月都看免錢的，都在做義診還不敢講。一大堆阿，所以我們在實務上遇到的問題真的很多，這種法律的規定其實很重要。這裡我常常在講說我們講到其實過失、醫療訴訟的過失其實很多。我常常在講，疏失和過失有什麼不一樣？今天我們要講，今天如果一個鑒定

報告下來，我問你喔大家以後會去當 intern、大家會到醫院裡面，你的病例沒有寫的很清楚有沒有疏失？還是有的根本更懶，你的老板叫你每天要寫 profession note、每天都要寫病例，那你就一個禮拜才寫一次因為很忙，那時候又要看洋基隊又要跟女朋友去約會、女孩子要跟男朋友去約會，沒時間寫阿，我問你，沒有寫病例有沒有疏失？老師這邊辦過一個案子很好玩，那一件本來監獄一個毒犯就暴斃了，暴斃了家屬第一件事是什麼？告刑求，告監獄刑求。後來是怎樣？變成醫療糾紛，為什麼醫療糾紛？他告刑求，當然就解剖，解剖出來是什麼？PPU，胃穿孔。就胃穿孔阿，阿胃穿孔不知道有沒有刑求，就死在胃穿孔，然後檢查官就把它整個卷丟個醫師審議委員會，然後回來，醫師審議委員會的報告寫什麼？這個病例全無記載。有的醫師看病從來不寫，只有開藥有病例，SOP 都不寫，就病歷記載非常不清楚顯有疏失。出來了，檢察官看到這個，去開庭就丟給醫師說「來！鑑定報告你自己看一下，他說你有疏失喔，前面不要看喔」鑑定報告在那邊「翻翻翻翻翻！」就叫法警，「把前面遮起來！偵查不公開！」我等一下要跟大家討論一下什麼叫偵查不公開。偵查不公開，遮起來。看看看...「有沒有看到最後四個字？唸出來給我聽！」「顯有疏失」「對！顯有疏失，我要把你起訴有沒有聽到？」顯有疏失我要把你起訴。病人是死在什麼？胃穿孔，他說我沒寫病例有疏失...我舉手「報告檢座！」「大律師你要幹什麼？」「能不能讓我去前面看一下？」「偵查不公開你要怎樣？」「死也要死的瞑目一點，讓我們看一下嘛」一看，「報告檢座！他是說我們沒有寫病例，有疏失，他說我們醫療沒有過失。」「你亂講，拿來拿來我再重新看一次。」他前面都沒看。「沒差啦！既然有疏失就是要起訴啦！」怎麼辦？我問你喔，大家都牽涉本案醫療糾紛的，我沒寫並力病人會死嗎？這就玄了。他說我們寫病例有疏失，我也可以承認我沒寫病例有疏失阿，醫療法有規定病例的記載要詳實、清晰、確實，你沒寫病例本來就要罰錢罰兩萬塊。怎麼辦？你這時候就要舉證阿，你不要說「檢察官我不自證即無罪」「罪疑唯輕原則」，這個要罪疑唯輕，我跟你說天下沒這種事。你說「檢察官我看病人從來不寫病例的！」這麼懶惰。我常常跟很多醫師講，你要臭屁是什麼時候，很多醫師自己不寫病例都要說自己寫的很詳細，你去法院就要越謙卑越好，臭屁是醫學會的時候：我開過多少刀、什麼什麼...，我跟你說等下我們會講到，你醫術越高明你的責任越重。你說我本來就飯桶了有什麼關係...「我從來不寫病例的！」「嗯？」「可是我的病人大部分都活著阿！」他是一個標準的 XX。這時候我們檢察官眼睛就一亮，我們的法律人其實受過很嚴格的訓練喔，他的法律邏輯很快很強，「欸！你都沒有寫病例可是你的病人都活著喔？這應該沒有因果關係吧」他突然就想到因果關係這四個字。「嗯...不過...我想還是要給你起訴啦，不過...我回去考慮一下。」回去想一想，後來就不起訴了有沒有。這跟那有什麼關係阿，所以有時後檢察官在做，我們法律人的邏輯會讓它回到正軌來。我常常在講說疏失跟過失，所以我們常常有時候去開庭，我們說我們承認這個地方有疏失，有行政疏失、或有什麼，就好像我們跟檢察官或法官跟...老是講的，我有做錯可是我沒有罪。哼哼，你有做錯還沒罪嗎？好像就沒有疏失...我沒寫病例是疏

失阿，我沒去看病人，我當住院醫師的時候半夜小姐叫我可是那個 A-rod 要打了有沒有，要看一下有沒有，等他打完，一直說界外球一個球打十幾分鐘，都要 CPR 了有沒有，剛開始是說 fever 過不久就 CPR，怎麼辦？這有沒有疏失？有疏失阿，小姐一定跟你說我 call 你沒有回，再 call，又來。有疏失，這要不要去判他有沒有因果關係？我看過很多案子，半夜急診室，我們都覺得很多醫師很迷糊，半夜竟然不去看病人，可是那是事後推的，你有沒有想像說他今天當值班醫師，今天晚上他 care 四百床耶，到處都是在點火，很多東西在阿，所以有時候我現在辦很多案子就覺得說我以前當 intern 的時候我能這樣活過來都覺得自己真的很幸運，以前我們都在值班室，「黃大夫，病人 fever」「幾度阿」「38」「阿現在在打什麼」「現在在打點滴」「觀察啦觀察」我們觀察都沒事，現在很多住院醫師觀察觀察，一下子就 CPR 了。CPR 的時候怎麼辦？會不會一定就有問題？檢察官一定會把你起訴，為什麼？檢察官只要有合理的懷疑他就把你起訴了。可是你判決的時候又不一樣了喔，等下我們會討論到。然後第一個，疏失跟過失差在一個什麼？差在因果關係。那醫療糾紛要很注意的就是說你要有注意義務的違反，我們常常說注意義務的違反，第二個是結果迴避的義務你違背了。注意義務，所以你的注意義務是什麼？就是說你在研究醫師法規的時候要很清楚你自己職業的法規是什麼，不然根本不知道你的注意義務是什麼。注意義務很多喔，我們等下會講到作為與不作為，用很簡單的話來講就是積極與不...等一下作為與不作為我們等下講，就是說你應該做的事你沒有做，或是你做了你不應該做的事，那夠清楚吧？做了不應該做的事，有過失；應該做而沒有去做，也是有過失這個部份。還有一個就是結果迴避，你說我真的就有疏失，可是這個東西我沒有辦法避免，這就跟我剛才在跟侯老師討論的，她拉到一個風險的概念，你這結果能不能迴避，我們醫學上任何一個處置任何一個步驟叫做什麼？叫做 comprehension，comprehension 你可以避免嗎？絕對可以避免嗎？不行阿，可是你如果出了事情，每個這個都要歸責給醫師，這樣公平嗎？所以這到底是個醫療疏失還是醫療風險，這個就很重要，你一定要把那個東西把它劃分出來。有的學者會說這到底是個醫療過失、醫療失敗，還是他只是單純是一個醫療風險、是不可避免的？我們在臨床實務上很多，像羊水栓篩、像嬰兒猝死症，這個幾乎都是沒有過失的、幾乎都不必賠的，以後如果要走婦產科的同學，如果遇到羊水栓篩很多老醫師會跟你說「哎呀小夥子阿，這兩百萬給他賠就好了」你說「報告老前輩，我現在做好幾年我只存兩百塊沒有兩百萬」怎麼辦？以前的我們老前輩他們的收入比較高，所以兩百萬很 OK，我有一個學長剛出來羊水栓篩人家叫他賠兩百萬，隔了三年又碰到一件，他想說現在健保很難做有沒有？想說自己 discount，就給病人一百五，結果病人就生氣了。我跟你說病人他們也很厲害，他們會有一個 group 就是不知道，他們會跑來說「欸黃醫師我告訴你，上一個病人賠三百萬我賠一百五，是怎樣我太太的命比較不值錢喔？我跟你說，上次那個四十二歲喔今天這個三十五歲喔」你說「可是這個怎樣怎樣...」下次出殯的時候棺材就抬到你那裡去了，給你繞一繞、招魂什麼一大堆的。有沒有？很多醫師就趕快先給了。我們等

下會講到，他既然死亡了，也經過解剖了，這你和解完了有沒有用？案子會不會進行？會阿！我常常跟當事人講說你要把事情先釐清，尤其病人死亡的時候不是你錢給他就沒事了，業務過失致死是什麼罪？公訴罪，我們學法律的同學，他又不是告訴乃論罪，我們很多病人說我們病人死了你錢拿來我就把你撤回告訴，撤有用嗎？他會撤回告訴狀給你啦，大家不要傻傻的，公訴罪可以撤嗎？檢察官就叫你去開庭，你有過失他還是要偵辦阿，只是說你已經和解了他作為量刑的依據、作為緩起訴什麼的，但你就喪失了所有抗辯的機會了，有的玩玩玩，鑑定最後羊水栓篩沒有過失，沒有過失就不起訴，那醫師說「黃醫師，我可以把那兩百萬要回來嗎」我說「可以，這可能要委託討債公司，阿你要注意他給你打喔」這個部份有沒有？就很多不必太緊張的東西阿，很多遇到醫療糾紛它是一個風險還是過失你先判斷清楚，包括病人的情況、這是不是告訴乃論之罪，包括很多技巧上的問題，還有一個就是可預見性，我們常常在法律上遇到的，我們常常就是一個可預見性、可苛責性、可歸責性，這個醫療的過失這個醫療結果，它是不是可預見性，它是不是可以苛責、可以歸責，這個等一下我們案例會再講。那最高法院的判決喔，不是我講的，其實法院對於醫事人員是非常仁慈的，所以它法院的判決大家看一下，他說「醫療過失是指醫療人員違反客觀上必要之注意義務」，這個我們剛才講的，就客觀注意義務的部份；你看，「惟因醫療行為有其特殊性，自容許相當程度之風險，應以醫療當時臨床醫療實踐之醫療水準判斷是否違反注意義務」，有沒有，法院已經講到了喔，醫療行為可以容許相當的風險，出來了！如果是風險可不可以容許？是可以容許的喔！法律絕對容許這個界線，不是今天病人死亡、發生重傷結果就一定要賠償。我們常常在說，好不容易醫療法經過好幾年的修正終於修正在醫療法第八十二條第二項，把無過失賠償責任又改成什麼？又回到民事的基本規則原則有沒有？他現在是醫事人員以故意或過失為現才負損害賠償責任，有沒有無過失的部份？沒有，現在根本沒有無過失賠償責任這件事情。可是很多醫療機構一出事就看那個分貝，五十分貝的五十萬、六十分貝的六十萬、兩百分貝的兩百萬，還有道具的還加一些附屬費用。這個東西無過失賠償責任是醫界自己造成的，法律給大家的保障很多醫界都沒有在主張這個部份。來你看一下，這個也是實際上的案例喔，被告，就是指一個醫師在診治病人的時候，你看，病人那時候沒有出現腸梗塞、大腸桿菌感染及敗血症的症狀，這個病人後來是死在腸梗塞、大腸桿菌的感染還有 XX 值還有敗血症，他就去告醫師，「你這烏龍醫師誤診，說我什麼感冒腸胃炎，明明是大腸梗塞明明是大腸桿菌感染敗血症你都不知道，你真是烏龍」有沒有？病人死了一解脫，從結果往前推當然是阿，他說他腸梗塞你一定從頭到尾不曉得，你給我說妳從頭到尾有想過長梗塞嗎？當然沒有，腸梗塞是什麼？開玩笑，大家醫學系的同學要努力學習有沒有？我們在醫學院教書的時候都說你們醫學的東西要學好，他當然沒有想過腸梗塞阿，這個腸梗塞是什麼東西他也不清楚，還要打電話問一下學長這個腸梗塞是腮到哪一條血管？是塞動脈還靜脈？想說腸梗塞會不會死阿？你都不知道你怎麼可能會想到這種事情？不過還是要鎮定一下，就讓他罵：「你看！那明明是

大腸桿菌感染」欸奇怪，大腸桿菌我看你的眼睛就知道他有沒有依摳愛，我又沒有做 culture 我怎麼會知道？「他有 XX 值你怎麼沒看出來？你很烏龍喔！我告訴你我明天叫壹周刊蘋果日報就來刊你」嚇到要死。你看這是最高法院的判決：「被告自無從查知上開病症...」他在看診的時候是一個時間點，你來看診的時候病人當時的症狀沒有這些症狀，所以他有講說這個地方你看「...在客觀上非被告當時所能遇見或注意」有沒有？這是一種風險阿，他來看病的時候他的主述還有當時後表現的徵狀並沒有這些症狀，「...自無從查知...投對藥石或建議轉診」這醫師有沒有開對藥？沒有，有沒有轉診？也沒有，有沒有過失？沒有。我們法律上是這樣子，我們最法院寫出很多很漂亮的見解，你醫師又不是神。因為今天時間不夠不是在上課，我其實有帶，我有把白色巨塔的片斷剪成一段一段的。醫師是不是神？不是神阿，你的主述跟你的客觀症狀都沒有我怎麼去猜？你肚子痛，那我們就知道，很多醫師都被告完之後就每個病人都「你有沒有腸梗塞」，肚子痛就一直想腸梗塞，哪有那麼多腸梗塞？不要因噎廢食，回去看一下課本，腸梗塞幾萬人才一個，你每一個來都把他當作腸梗塞，要不要做 CP？所以我們常常在法院上講說「報告庭上，你們的判決對醫界的實務有很重大的影響」他們說「是這樣喔是真的嗎？」「真的」「爲什麼」因為我們醫師很怕死、很怕關，你說這個不能做我們一定不敢做，你說這個要轉診大家一定趕快轉診，你只要說轉診，我昨天看報紙，不知道哪個國家說酒後駕車判死刑，嚇死人誰還敢酒後駕車阿。像韓國，你沒有醫藥分業要判三年以下有期徒刑，你敢不醫藥分業嗎？所以這種東西法律，其實我覺得法律非常重要，法律系的學生非常重要，難怪我們的總統什麼的都是法律系的學生，一個法律可以扭轉所有的生態耶！你知道嗎，再沒有全民健保之前我們的四大科是內外婦兒，全民健保之後四小科叫內外婦兒。我記得我在念醫學院的時候唸到大二，想說成績都不好，班上厲害的那麼多，慘了以後不可以選內外婦兒科了，結果唸到大六就你成績那麼爛，不選內外婦兒科也不行你就一科都沒了。所以就如願了，陰差陽錯就如願了，以前外科要前三名，現在外科就一定...今年的臺大，前幾天遇到一個台大外科的主任「我們今年外科部不錯耶，今年住院醫師進來有一個十八名的」最好的進來有十八名，跌破眼鏡。我就想說「十八名你那麼開心」「很久沒遇到啦」。所以你看大家現在是錢多事少離家近還要風險少，大家會把那個東西想到很重，覺得法律對醫師苛責很多，其實不是阿，最高法院對大家真的很好，這都有寫出來。接下來我想侯老師會一直跟大家講風險的觀念，風險非常重要，風險是可容許性的它不是醫療過失的概念。這裡有，大家現在都在當 clerk 嗎？醫療過失的認定標準有沒有不一樣？常常很多人在問我是 intern、我是 R、他是 VS，很多 VS 都會把責任推給我，大家以後去職班就知道。我當 intern 的時候我們那時候沒有手機，你們現在很好命，不過有也很歹命，我們以前都 b.b. call 看一看不回就算了，現在你們不接...有沒有。我們以前跟國防醫學院一起實習，他們那時候很先進很可怕，我們還背 b.b. call 他們不知道背什麼東西，還會發出聲音：「你再不回就給你送軍法！」嚇死人了，我們都說你站旁邊一點，聽到那個嚇死人了，你們那個帶那什麼東西還會講



話的，好像對講機那種東西，值班還帶對講機嚇死人了。我們以前都帶 b . b . call ，看的很討厭不要理他、假裝沒收到。我以前當 intern 的時候一次就背五顆，爲什麼要背五顆？你今天要輪到值班了，然後你的 R 就來了「欸黃大夫，我今天要去約會我 b . b . call 放你這裡」想說一顆糟糕了怎麼辦，然後接著就跟你說「阿那個總醫師跟 VS 的都在我這邊，所以你晚上遇到事情我們這一科沒有人你就不必找我們了，趕快找你同學看他們那一科的 VS 還在不在」怎麼辦？你怎麼辦？以後會遇到這種東西，那要看你的責任到什麼地方，實務上操作很多。你的 R 要出去你敢不讓他出去約會，「我告訴你你今天不罩我，我這女朋友追丟了你也不要留在我們科內了」怎麼辦？這也是最高法院的判決：「原則上醫學中心的醫療水準高於區域，區域又高於地區，一般診所最後，專科醫師高於非專科醫師」很多醫師看到這跳腳，尤其開診所的：「這在說啥？我是醫學中心我是成大出來的，現在成大那些主任都是我的學弟，我醫術好多了，要不是成大薪水太低我哪會出來開業？你這樣去說我醫術很差？」大醫師，現在是醫療糾紛，你如果在醫事會你就說你醫術很專精、你是一流的、你當時後成大第一把交椅；大家有沒有看到財前被判有罪的時候他有沒有打那個桌子？打得氣胸。「什麼叫做國立大學的教授要負更高的責任？」這一句的台詞，剛好我們最高法院有判決，財前就是沒看最高法院的判決，本來國立大學的教授就要負更高的注意義務，「不得一律以醫學中心之醫療水準資爲判斷」所以說醫學中心的注意義務一定更高，你如果說只是診所的醫師、我們的設備就很差、我們的醫師診所的醫師就要用診所醫師的標準來判斷，都沒有事喔。「這樣會不會太慫阿黃律師？你會瞧不起我嗎？」「我說你先閃過去再說吧」瞧不起你？我一定說你很厲害的。我遇到一個案子是這樣，我們有一個小兒科開業醫師，一個人，跟他老公吵架，小兒科的人來因爲常常帶他小孩子來給這小兒科醫師看，所以就順便幫他看，說腹脹、想吐，他說想吐那就幫他打個止吐的，結果病人一走到門口就倒了、死掉了，想說看小孩子好不容易看到小孩子的媽媽竟然把他打死了。他說那時候他有心悸，來有給他做心電圖阿，後來這個病人解剖是什麼？主動脈剝離。主動脈剝離的病，診所醫師看的出來嗎？然後他就趕快把那個心電圖拿回去給他們台大醫學院心臟內科的教授，「老師，這個心電圖你可以看出是主動脈剝離嗎？」那個教授拿來看半天「主動脈剝離喔，我跟你講啦，這不是很明顯，有沒有？在這個 lead 2 的地方注意看一下，這個地方一小格有沒有？你再回想一下你在醫學院的時候我有沒有教過你們？這個東西要稍微留意一下，這個東西就可以現出端倪」的確仔細看是沒有錯，你說慘了、有過失了，心電圖有主動脈剝離我竟然沒看出來，我給他打止吐劑！我說你拿來給我看一下，喔，就拿來，我說在哪裡阿？我看是正常阿！他說黃醫師你死了，你跟我一樣，我還是沒有看出來我看不出來，可是我們教授說有阿！我說你們教授你已經跟他說主動脈剝離了，你忘記跟他說教授這是什麼病，你都已經告訴他了他當然不能漏氣阿！他總也要找出任何蛛絲馬跡在這個地方給你。我是一個診所的開業醫師，我能不能用台大醫學院心臟內科教授的水準來評斷我？可以不可以？你跟檢察官講，他說我理你咧還不都醫生，你跟他講這你



們最高法院的，他就會說「真的嗎？拿來我看看... 嗯，最高法院都這樣講了，你這兔崽子不錯，就是這樣」我就去問一下，這個診所醫師這個看不出來有沒有過失？沒有，當然就不起訴。診所醫師看不出來當然是理所當然的，鑑定報告這種連心臟內科專科的醫師以及心臟科的教授都很難看得出來，一般醫師看不出來無可歸責。所以我說到法院是越笨越好，不要太臭屁。這個東西是有的，真的是有這個東西。所以說你那個東西職責的話，住院醫師主治醫師有沒有？有，主治醫師的部份當然要負的責任是比較大一點。我們最高法院有一個判決，大家在成大我一講以們 VS 又要跳起來了。住院醫師要抗辯其實很簡單，他不管如果不小心... 真的會有耶，我畢業那麼多年了我上次遇到一個學弟問說「學弟你第幾屆的」他說「我第二十七屆的」我說「我第九屆的，不錯不錯這麼年輕就有醫療糾紛，這樣成長比較快，R1 就有了，這個經驗不錯，學長這麼老了還沒遇過醫療糾紛」有沒有？但去走兩次就知道了。住院醫師的部份很好講尤其是成大，你要說我是在成大，我們成大是教學醫院，什麼叫教學醫院？教學醫院就是要教導我們這些就是因為不懂才要當住院醫師，他就會說你的主治醫師是誰，主治醫師就跳腳，其實主治醫時有時候講的都太恐怖，其實不會阿，醫師有一個不正確的觀念，很多醫師都會覺得說檢察官問有沒有過失，大家推來推去不是你就是他，都沒有想過說可能是兩個都沒有問題，最多的情況就是兩個都沒有問題的，所以遇到醫療糾紛其實很簡單，就是要確定我常常說一個原則，就是所有醫事人員一定要鎮定下來，你自己開會，有沒有過失其實內部討論後就知道了，有過失的時候要把損害降到最低，沒有過失的時候要堅持。積極作為與消極不作為，我們以前常常有句成語多作多錯少做少錯不做不錯，不適用在醫療人員喔，你做也錯不做也錯。大家學過法律都知道消極不作為、不純正不作為犯，可憐阿，從小老師說少做少錯不做不錯，現在不做就錯了有沒有？這裡你看，這個地方是最高法院的刑事判決部分，他就把犯罪的部份拿去分給作為跟不作為的部份，這作為跟不作為我等一下再講一下好了。這裡要看一下，這個第二項的部分違反保護他人法律，致生損害於他人者，負損害賠償責任，所以我們一直在提醒說所有醫事人員在執業的時候，什麼是保護他人的法律自己要知道，當然這裡會有爭議，這裡有沒有涉及個人法益？純粹是個人法益的問題？有沒有涉及公共法益？其實我研究過那個判決，我們高等院，就是台灣高等法院，有認為醫療法他不是保護個人法益的，所以不能用這一個，不過這單純一個法官的見解，我們有看過。所以醫療法有沒有保護病人的那個？是不是保護他人的法律？我想大部分的法官都會認為是，但是有這個地方他認為不是的，因為這個地方我們在學理上探討「違反保護他人法律」「保護他人法律」，是哪一種法律？如果純粹是公共利益的話，很的學者認為他不適用，如果是在醫師法規的話那適不適用？大家可以從裡面再去探討。來，這裡一個作為與不作為的部份，這作為不作為定義的部分我們就不講了。這裡你看。還有一個就犯意的問題，最高法院有講到犯意的問題。這是什麼？這是馬英九在用的。我們就客觀構成要件事實出來的時候，他當然現在覺得不能只打犯意，客觀構成要件事實他到底是不是變相加薪那也要講一下，萬一客觀歸責要件

都出來了，那主觀的犯意是不是還要再找？是有沒有故意跟過失的部份。我們刑事的部份是有的喔，等下再舉個例子給大家看。這是刑法第十五條不作爲犯，你看這裡「對於犯罪結果的發生，法律上有防止的義務，能防止而防止，與因積極行爲發生結果者相同」有沒有？還有「因自己之行爲，致有一定結果之危險者，負防止其發生的義務。」這個很多對於說很多醫師說這個對我的苛責太大了吧，比如說我是一個外科醫師我給他割下去我今天要割腫瘤，我的行爲會不會導致這種結果，有可能、有這這個危險阿，我要負防止其發生的義務，有沒有辦法？所以這個一定要實務上來操作。這裡我們最高法院又有一個東西喔，剛才我們除了講到可歸責性，這裡你看「刑法上的過失犯是指行爲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」你看，出來了，這是大家的護身符，尤其是住院醫師的時候。你看「依個人的情況有能力期待其注意」你一個住院醫師有沒有可能期待你注意到很艱深的東西？很難，所以我們說把前後的判決拉一拉，法律對醫事人員的苛責其實是沒有的，法律人他們其實都會想到這種問題，有一個期待可能性的問題，你對一個住院醫師、實習醫師你怎麼去期待他做一個像教授的工作？做一個教授的判斷？這是很難的。不是你今天出了事情就會有問題，每個 intern 都會出錯，但是就是要好好去學習。我記得我當 intern 的時候第一天去很害怕，可能你們現在的師長很和藹可親，我們以前都說去也不要問太多，不要被揍，learning by doing，從做中學。結果有一次去查房，去查房總醫師就要去開刀了，他說你去把病人的管子拔下來，那哪一床去拔掉，然後他們就去開刀了，主任跟 VS 就去開刀了，主治醫師去上刀。簡單，拔管子，一去，哇，病人有 NG、有鼻胃管、有導尿管還有打點滴，那肚子還插一根管子，死了，是要拔哪一支？把管子拔掉，他說病人好很多了。好很多也可能不必打點滴阿，還是鼻胃管不要？那時候剛去當 intern 沒幾天，想說鼻胃管是幹麻的？鼻胃管是餵食的，沒這一條會餓死阿，所以這條不能拔，自己就在那邊推。那點滴...這個營養不足，拔掉點滴就不能加藥了，搞不好會死，不能拔。導尿管，這個拔了等會尿不出來膀胱炸了，這個不能拔。錯錯消去法，ABCD 錯的刪去剩下這個 C，C 這條管子是什麼的？放在肚皮上面，外面還綁著塑膠套，還是乾的，看起來好像沒什麼用，沒錯！總醫師就是叫我拔這根，「啾！」就抽起來了、蓋上紗布沒事了，九點就去把他拔掉了。開到下午五點半就差不多這個時刻，總醫師出來「阿！誰拔的誰拔的！」就叫我去，我說「你不是叫我拔掉嗎」「我真的叫你拔這根嗎？我沒有講清楚嗎？我真的叫你拔這根嗎？」我說「應該是阿」他說「真的嗎？我們有講清楚嗎？你所有的管子都可以拔就這根不能拔」我心裡想，我就是覺得所有得管子都不能拔只有這根才能拔...爲什麼會這樣子呢？怎麼會差那麼多？他是做什麼的？他是做膽結石的，大家知道膽結石他有先做 scope 進去夾，然後還要有個管子把他撐開，以後不必因爲他結石裡面還有很多拿不乾淨，他以後就從那個管子直接夾不必再開刀了，你把他拔掉怎麼辦？天下沒有解決不了的事情，就說「阿完了！害他掉下來，總醫師我對不起你，我死了」「沒關係沒關係推進去」我說要幹麻，「跟我去跟我去，這拔了，再把他放進去就好」爲什麼？你要是拔

掉很多天就長成他就阻礙了嘛，管子剛拔掉那個洞還在阿，他就很快再把他放回去就好，我說你把他放回去就好不要把我嚇死，嚇到心臟都會裂掉。可是這個就是要問阿，有些東西像這個我印象就很深刻，我覺得通通可以拔的不能拔，不能拔的全部可以拔，這個東西很奇怪。所以我們當 intern 的時候，老師給你們建議真的就是要多問，真的要多問，不是不要問，問清楚了才去做，這是 intern 的職責，你覺得他講的怪怪的回去翻課本，覺得怎麼跟上課的不一樣？回去翻一翻，真的要翻一翻，因為有時候會有口誤的部份。你看這期待可能性的部份，我們講到這個侵權行為因果關係，因果關係是一個很重要的，所以因果關係我們用刑法裡面的東西。你看：「共同侵權行為的損害賠償固不以加害人有意思聯絡為要件」這是 185 條的部份，共同侵權行為有沒有？最高法院的決議，這個考試常考的，要不要有犯意聯絡的部份，那對於最高法院的判決也有：「不以意思聯絡為要件...但是必須有客觀的共同關聯性，必須損害的發生跟有責任原因的事實兩者之間有相當因果關係為要件」一樣要有因果關係，這法院拉的很重要當然在醫師法律上因果關係要採哪種因果關係，很多學者有不一樣的看法，向什麼易學因果關係、相當因果關係，可是我們最高法院等下我會跟大家看一下，在法院的判例沒有變之前，我想都是採相當因果關係。實務啦，實務永遠落後在學者之後，學者有提易學關係理論但其實易學關係理論是對醫界比較不利的。相當因果關係我等下會跟大家講一下就是大概是若 P 則 Q，非 Q 則非 P 的概念，那個很重要。你看，因果關係這個東西我都會叫學生背起來，你看，這是最高法院 76 台上字第 192 號判例，什麼是判例？大家都學過法律的，什麼是判例？判例等同法律的，就是說法官判決的時候要依據法律，所以判例有沒有拘束性？有拘束性喔！所以法院如果不照這個判例來做有沒有違法？應該是有違法，應該啦，雖然很多法院不照這個做。大家看一下，你看，刑法上的過失，過失行為和結果間在客觀上有相當因果關係才可以成立喔，何謂因果關係？「所謂相當因果關係是依經驗法則綜合行為當時所存在的一切事實，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，均可發生同一之結果者」才叫做因果關係喔，大家這個東西看清楚，我用客觀的審查，在這個條件、在這個環境，有這個行為的這個條件都可以發生的，如果不是每一個條件都可以發生的是什麼？他認為是什麼？偶然的事實，就沒有相當因果關係喔，這個大家如果以後考國家考試的時候這個東西就很重要。所以我們等下就會有實際案例來看。你看，這是另外一個案子，這案子就是病人一進來的時候他有敗血症，那鑑定報告說有沒有疏失？有，說醫生有疏失，疏失是在哪裡？抗生素打的太晚。他認為你抗生素應該四點就打了你怎麼拖到六點才打呢？有疏失，其實法官根本不知道說抗生素要幾點打，可是就是說鑑定報告說你抗生素打的太晚，可是這個法官很英明喔，你看，「依據病人感染的病原和道院時的病症表現判斷，即便其在四點之前接受抗生素治療，仍可能因敗血症休克而死。生命是否可以得到延續而不至於過早死亡，並不完全倚賴抗生素的投予」出來了。這個案子我們在打的時候就說，那個抗生素怎麼會那麼神奇？傑克真是太神奇了。那法官說：「奇怪，這抗生素六點打會死

那四點打就不會死喔？」不可能阿，不可能有這個情況阿，結果法院做出來的判決你看，他說「依據病人感染的病原和道院時的病症表現判斷，即便其在四點之前接受抗生素治療，仍可能因敗血症休克死亡」他認為說、法院認為說以生命是否可以得到延續而不是以過早死亡，過早死亡的原因很多，造成他死亡的原因因素很多，並不完全倚賴抗生素的投予，「在通常經驗的觀察下，無法排除病患死亡之結果，所以這項疏忽」你看，他還是認為有疏忽喔，「對於病患事後發生之死亡結果，難認有相當因果關係」這是我們法院寫的很漂亮喔，高等法院的判決，這一件已經得到最高法院的支持，三審定讞的案子，他認為，你有沒有疏失？有，就跟我剛才講的疏失等不等同過失？不等同。他認為你抗生素打，還是太晚打，因為他不知道法官不知道幾點打才識正確的，鑑定報告說你晚打就是晚打，重點是說我這個晚打跟他死亡結果有沒有因果關係？沒有，這是一個判決。這是另外一個判決大家看一下，這是不同法院的法官判的，這個被告這個醫師在十月一號接到會診，這是一個病人是腹部膿瘍，他多次前往訪視病患並做必要的處置，例如引流管的沖洗、更換引流管。你看，突然就迸出一句喔，「十月七號到十月九號間為手術較佳時機，若能提早手術病患或許有存活機會」你看，又來了，這個判決我要先跟大家講我跳著講一下。看一下，這是無罪推定，我們在刑事法學上的無罪推定，九十二年台上字第 128 號判例，寫的很清楚：「檢察官對於起訴之犯罪事實應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定原則自應為被告無罪之判決」還有這裡：「犯罪之事實應依證據認定之，無證據不得認定其犯罪事實，不能證明被告犯罪者要諭知無罪之判決」這都是法院講的喔！下面一個很重要：「犯罪事實之認定，應憑真實之證據，倘證據是否真實尚欠明確，自難以擬制推測之方法，為其判斷之基礎。」有沒有？最高法院的判決怎麼講？他說證據是否真實或尚欠明確，就不能用擬制推測之方法，作為判斷基礎，阿有罪的判斷你看，「刑事訴訟法上的資料，不論是直接證據或間接證據，均須達於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，始得據為有罪之認定」這是七十六年的 4986 號判例，有沒有看到？這裡跟大家強調一下就是說我們刑事訴訟法上對於證據是非常嚴格的，採嚴格證據主義，他不管是直接證據或間接證據，都要什麼，不可以用推測或擬制的方式作為判決的依據，而且判決的依據要達到一般人均不致懷疑他。大家來看這個案例，被告，這是刑事案喔！剛才那是民事案，民事庭的法官有拉到相當因果關係，寫的很漂亮喔！我們民事庭都是採什麼？優勢證據主義喔！其實民事庭被判有過失的比率應該很高，反而你看，刑事是採什麼？嚴格證據主義，你看他就寫「十月七號到九號之間應為手術較佳時期」”應”是指什麼？推測。「若能提早...」”若”是什麼？「若能提早手術病患或許有存活機會」這是什麼？推測或擬制，這是確實的證據嗎？開刀時間最好是十月七號到九號之間，我問你，是七號還是八號還是九號？這個病人很好玩，這個病人是十號開刀，開完兩個禮拜後死亡，二十四號死亡，結果鑑定報告回來竟然跟他說你十號開刀太晚了，應該是七號到九號之間開刀，

哇，這個醫生傻眼了，趴在地上喘。這個二審被判有罪喔，這是判決文喔你看，法官判決「十月七號到九號之間應為手術較佳時期」因為這鑑定是這樣寫的嘛，「若能提早進行手術病患或許有存活機會」欸，差一天哪有差那麼多？如果是七號到九號那到底是七號還八號還九號？是早上還是下午還是晚上？你刑事是採什麼？嚴格證據主義嘛，那我們趕快看下面這裡，你看，「犯罪事實之認定，應憑真實之證據，倘證據是否真實尚欠明確，自難以推測擬制之方法作為判斷基礎」你說這法官有沒有違法？我個人是覺得蠻違法的，交相參照，這寫的比民事判決還要糟糕，你看他那個因果關係怎麼論「足見被告亦知悉依當時被害人之病情，手術乃挽救被害人生命之必要手段」他是寫必要手段阿，因為腹部膿瘍了他給他插管子，引流可不可以？可以阿，但他最後是手術，因為引流的效果不好，他是說必要手段，是不是唯一手段？這裡有個問號喔！所以你看當時被害人的身體其實是很虛弱，醫師為什麼沒有那時候開刀？因為他不能接受麻醉的風險。你看法院怎麼寫：「當時被害人的身體狀況縱有欠理想，身為主治醫師之被告仍應即時告知手術之必要與風險，俾由被害人自行決定是否接受手術」他認為你違反告知義務。就算他那時候的身體狀況很差，但你還是要告訴他手術之後的風險，讓他自己決定要不要開刀，「然被告卻未為此項告知，因後腹腔膿瘍併敗血症及多重器官衰竭而死亡，自有疏失」被告沒有為此項告知怎麼就跳到說後腹腔膿瘍併敗血症還有 multiple organ failure，怎麼跳出來的？跳躍式的。「然被告卻未為此項告知，導致後腹腔膿瘍併敗血症及多重器官衰竭死亡，自有疏失」不知道他在寫什麼。這是刑事法，這有判罪耶！雖然判的很輕判兩個月，把一個人弄死了判兩個月，他可能內心想一想判太重也不對，判無罪又判不下去。這個東西你看，我們看一下這個判例，他全部都是推測擬制，他因果關係有沒有推論？這病人來住院就是後腹腔膿瘍了阿，後腹腔膿瘍本來就有敗血症，抗生素也一直有在打，我沒有給他告知為什麼會導致他後來死亡？他有沒有寫說我沒有告知為什麼會造成病人突然死掉？有沒有？沒有阿，它可以作為判決的依據喔，我們判決有這樣判決的喔！這件當然還在上訴最高法院，要燒香拜拜看最高法院的見解怎麼樣，他是這樣跳的，我們是覺得不當，你看他這個地方講的「要達到一般人均不致懷疑」，連法官都不確定，我們問他說是七號八號還九號，他說我怎麼知道？我們醫師就是時候開刀，差一天而已，「或許有存活機會」這很奇怪，這法律上的判決其實有可以研究和學者討論的地方。還有我們講到什麼？無罪推定、舉證責任，舉證責任的東西很多。民事有舉證責任倒置的問題，這個地方其實侯老師也在這裡，我們覺得這個部份不對，他剛說的立法理由是什麼？他認為醫療訴訟、環保，還有一些商品的案件、商品瑕疵的部份，為什麼要舉證責任倒置？因為這些資料都掌握在加害人的手裡，被害人無從得知阿！可是醫療法修正之後有沒有改變？醫療法修正之後病人隨時都可以 COPY 全本病歷喔，全本喔不是病例摘要喔，以前醫療法修正之前只能 COPY 病歷摘要，所以現在病人他隨時都可以來拿病例，他有沒有舉證困難的問題？沒有阿。我們遇過一個案子，我們是 A 院的醫師，這病人來看過五家醫院 ABCDE，結果他就告我們 A 院的醫師，A 院

的醫師你在法律上傳統的觀念你是強勢阿，你要舉證你無過失阿！我們姑不論這舉證責任倒置是民事法，檢察官也用這一條，「你舉證責任倒置阿」，叫你舉證。好，你說「報告檢察官，病人現在病情怎樣？」「偵查不公開」你說「我們只有 A 醫院的病例、我是 A 醫院的醫師，BCDE 的病例我拿得到嗎？」BCDE 的病例拿得到嗎我問大家？病人的病例你拿得到嗎？你是 A 醫院的醫師你拿得到 BCDE 的病例嗎？以前可以啦，自從胡自強案件之後就拿不到了，以前拿不到叫同學幫你 COPY 就好了，現在沒有一個同學敢幫你 COPY，你認識的也不敢，因為只有病人本身才可以來了解，這是病人的隱私權。所以我是 A 醫院的醫師，他來看完病後 BCDE 最後結果都不知道我怎麼進行抗辯？這樣還要叫我舉證責任倒置，不要說這在刑事裡，在民事庭我也沒辦法舉證阿！我怎麼舉證？你說「老師，我們跟你申請保全證據」，保全證據，你有沒有看過醫師去扣病人病歷？通常都是病人在扣醫師病例的。所以這一條，我現在一直覺得說其實現在最弱勢的是醫師，在這裡要跟侯老師請命，侯老師講話份量比較重，我們這種醫師講話，人家都說你們醫師都醫醫相護，我們自己說醫師是最弱勢的，只聽到那個法官的痰的聲音很大，好像要給我們吐口水。但真的阿！我什麼病例都不知道連現在病人情況是什麼都不知道，他現在到底為什麼要告我我都不知道，我怎麼舉證？你在民事庭還可以透過閱卷叫他提出文書，偵查庭怎麼辦？檢察官就跟你說偵查不公開，「你應該心裡有數吧？」「報告檢察官，就是沒有什麼數」「你看！連自己做錯什麼都不知道，這個還沒有過失？事情都到這樣了你還一點感覺都沒有？」真的沒有感覺阿！真的不知道阿！BCDE 病例都沒有，我怎麼去？怎麼去舉證？能不能病例給我們看一下？偵查不公開。我也一個庭現在卡在那裡，婦產科醫師，生完之後，小孩子那時候生下來阿趴使購三分，然後把他救起來了就轉診了，轉之後他繞了好多家醫院了，現在他告我們，我們就問檢察官說他為什麼告我們？檢察官說偵查不公開，大家回去看，偵查不公開是不是對被告偵查不公開？誰告我？小孩子現在病情怎麼樣？偵查不公開。檢察官能不能病例借我們看一下？偵查不公開。你怎麼去抗辯？被告有沒有防禦權？那個案子我們臉都綠了，「報告檢察官，這樣我們無從防禦」「無從防禦？不會吧？你們應該心裡有數吧？」討論了半天開過四次庭了，現在心裡還無數。沒有數，怎麼辦？你說遇到這種東西怎麼辦？所以舉證責任倒置這一條我覺得要改，真的我講的是真的，病人看過這麼多醫師，你手頭上有的就你這家的病例其他的都沒有，你怎麼去防禦？以前說病人的資料都掌握在加害人手裡，現在病人每一本都有，他每一本都可以去 COPY 出來，誰是弱勢？不是醫師是弱勢那是什麼？我們每次講都被吐口水，我再講一次你們應該不會吐我口水，這個東西可以寫。環保案件我認為可以適用，商品瑕疵我也覺得可以適用，因為工廠這種資料本來就在工廠裡面，一般民眾怎麼去拿資料？一般工廠、機器工廠的商品瑕疵本來所有的...他們還有什麼？他們還有營業秘密法可以保護，法官叫他提他還不提，我們營業秘密法主張營業秘密法，這個東西你不叫他舉證責任倒置怎麼可以？那我們醫療法規定說我們醫生的病例都要拿出來，我武器都沒有了，我都比他還少了還要叫我舉證責任

倒置，這個真的我個人是覺得還蠻扯的，這個學理上還可以探討，因為醫療法都修正了，民事訴訟法也應該要修正，民事訴訟法是在醫療法之前就修正了，這個地方立法理由我覺得已經不對了，我個人覺得啦！好，這個東西當然 191 之 3 有老師是一直有主張有適用，像我們政大黃老師就一直有但法院是不採，這個部分因為時間有限就跳過去。來，舉證責任的部分我們最後還要用一個實際案例跟大家講一下，他無罪推定，無罪推定我們很簡單，他刑事訴訟法第 161 條 12 第一項推定，檢察官就起訴的事實負舉證責任，實質舉證責任。醫療糾紛的官司最多公訴人都是說如起訴狀，然後法官就要叫被告醫師說檢察官說你有過失，你開始舉證說你沒有過失。刑法有沒有自證的問題？我幹麻自證己無罪？當律師的第一天我就說：「報告庭上，被告是依照無罪推定的原理，我們不負自證己無罪，請檢察官負舉證責任」法官就涼涼說一句：「你到底在說什麼？你到底要不要舉證？」我說「要要要要要...」「你多久要把證據提出來？」「兩個禮拜」。我跟你說，書寫的是歸書寫的，你敢去跟法院講，法官會說「我不知道有這一條嗎？我告訴你刑事訴訟法第九十六條還有第一百六十三條，你被告固然沒有負舉證的責任，可是根據刑事訴訟法第二條我們法官要審酌有利根不利的證據，我現在只是說你對於你自己有利的證據要提出來阿」你是在提有利的證據還是在負自證己無罪我問你？他說我不是在用 163 條，我不是在叫你舉證大律師你不要誤會喔！我是行使闡明權喔！我是叫你提出自己有利的證據喔！怎麼辦？我說法官是法律的專家嘛！好厲害。你趕快翻，翻所有學者的書，但怎麼會這樣？我們想說這一庭躺著打，去就叫公訴人舉證就好，看，沒有證據清單，哈笑死人了，檢察官都沒有證據就起訴，濫行起訴，請法院把他駁回。法官說「你是在說什麼」，結果不是躺著打是被人打得躺回來，趕快回來就趕快蒐證。所以這個是理想啦！所以大家既然在目前的局勢之下，不只民事上的舉證責任倒置，刑事上的舉證責任倒置也不適用於醫師喔，沒有這回事醫師都是有罪推定，大家拚命舉證自證己無罪，目前一定，大家還要努力。你說法律對殺人犯好好抗辯喔，「你有沒有殺人？」「沒有」接下來行使緘默權，那檢察官你要證明我有殺人阿！我用什麼刀、穿什麼衣服、刺了幾刀，我是刺屁股還刺胸部？左手還右手？亂抗辯一通有沒有，這種為什麼到醫療要你自己舉證你無過失？一點人的尊嚴都沒有。我是覺得啦，對醫師很不公平，尤其是刑事的部份。所以我們一直在推說醫療責任要刑事除罪化，沒有意義阿，因為只要採相當因果關係的判例所有醫師都應該無罪。之前和法官在座談，我說你們只要刑事判有罪全部是都判錯的，他們就說「喔！你好獨斷」我說，我們在醫學院唸書只有一個原則，就是天下沒有絕對的，那因果關係就是一定要絕對，那醫師怎麼可能會有罪？我今天沒有去看病人，我去看他就會活嗎？我去看他還是會死，那我應該無罪阿，照相當因果關係的判例來講，對阿！本來我去看他還是會死，搞不好我沒去看他還多活了三分鐘，一去一針斃命。對不對？這個東西絕對沒有相當因果關係阿！我說只要你們最高法院判你還是採相當因果關係，刑事責任不應該成立，他們就說「喔！你好獨斷喔」我也說「你們好獨斷喔」。你知道法官有時後在問案很可怕耶，風險跟什麼...我今天如果是



開刀房的醫師、外科的醫師，然後有個病人是內出血死掉的，我就問你「某某醫師，你是外科醫師對不對？你執業幾年了」「十年」「我問你喔，開刀會不會造成內出血？」「嗯...」「會或不會？」「會」會是什麼？會你就有預見。開刀會造成內出血是什麼？你說會，那你就預知有這種可能性了嘛。我們本來是在打不可預見，很多內出血其實是不可預見，他就問你會不會內出血？會，那我問你喔，病人如果出血之後你可以容忍的血壓是多少？就是說你血壓到什麼程度你要做處理？恩...80/50，80/50？好，翻一翻，阿！寫的是70/40你說80/50，回去就給你判罪了，很好寫阿，你對於內出血已經有預見的可能性，你又自承血壓在80/50之下你就必須前往處理，今天病人的血壓是70/40猶未前往處理，顯有疏失。有沒有？犯後態度猶未與被害人達成和解、犯後態度惡劣，寫一大堆有的沒的，你怎麼辦？所以這回答的技巧，我就跟那醫師說你遇到這種假設性的問題，這法官這個是不是假設性的問題？是阿，開刀會不會內出血？你說老師那我不是跟他說不會？我說你真是睜著眼睛說笑話。你說不會他就拿課本給你看，開刀會不會內出血不一定，他有一定的比例。你要說會，但是我這一台絕對沒有，為什麼？因為我開完以後我已經 check bleeding check 的很清楚，我關肚子的時候確定絕對沒有，如果有那是後來不知道怎麼發生的，那是不可預見的，趕快說明一下。阿血壓多少你容許？這不一定阿，我們醫學上要綜合、要向法官一樣要綜合各種情狀加以比較分析，這不能單一單純的數據來論斷，這樣就沒罪了阿。所以這種東西大家把法律好好學、把判例多看幾次，到法庭上就知道要講什麼話，很多誘導性的問題。有的醫師更好笑，「我能不能跟他異議？」「異議什麼？」「我自己有學法律，誘導性問題我可以跟他異議！」我說「那是公訴人跟律師在問，法官依職權在問你敢給他異議看看」他就給你追殺了我跟你講。最後我們看一個很奇怪的案子。這個案子已經結案了，很可惜，一審的時候醫院敗訴賠了六百多萬，然後醫院就跟他索賠，為什麼索賠？這病人欠了醫院七百多萬，剛好合算喔！抵一抵就好醫院沒有了。後來這案子給我看，我看了昏倒，我說醫院這叫沒有了？醫院了了六百多萬不算了，可見他是暴利有沒有？病人欠醫療費用七百多萬，法院判六百多萬，他就給他抵了，沒有上訴了，一審就這樣確定了。來看這案子：病人畏寒、發燒，去看急診，急診問完病情就改掛泌尿科，就看他左腎腎餘有發炎，就說住院做進一步檢查。住院的時候值班醫師就依照主治醫師的指示幫他打 Cefazolin 和 gentamycin，這是兩種抗生素，一種是頭孢子素，一種是 gentamycin 這種藥，結果這個病人打完之後，病人就產生局部麻木，他打完之後手麻麻的，就告訴護士護士就趕快叫醫師，這醫師很勤勞就趕快跑去看，立刻看是不是藥物過敏？看一看也沒有明顯皮膚紅疹，也沒有搔癢、黏膜水腫、呼吸困難，只有手麻麻的，所以這個醫師就認為他沒有過敏，可是醫師還是覺得說這打完麻麻的不舒服，所以醫師就把 Cefazolin 換掉了，換成一種比較好的、另外一種同種類的藥。換了這種抗生素，結果這次不得了了，這個護士就去打，驚魂記就兩次，第一次打麻麻的，這次打就抽搐、眼睛上吊、口吐白沫、小便失禁、失去生命現象，嚇死了，立刻 CPR，結果變成植物人。案例事實就這麼簡單：病人住院了來打



抗生素，一開始打麻麻的，接下來問題就出來了，病人如果打針造成休克、過敏休克的現象，醫師有沒有責任？藥物過敏是屬於風險還是醫療失敗？在這裡就出來了，我打要有沒有辦法保證病人永遠不過敏？我們有個護士是護理人員喔，他連打 B 康、吃 B 康都會過敏，有沒有？台北有一間 B1 的，打了病人就休克了，打盤尼西林休克的很多阿，法院判無罪的機率很大喔，很多都判無罪。你看這一件原告的爭執，病人就是原告，「第一次為原告施打 Cefazolin 已有過敏反應，被告所雇醫師卻仍未加注意繼續使用顯有過失」你看，他就抓準你了，他會不會承認這是風險？絕對不會。他說第一次就是藥物過敏，手麻麻的就是藥物過敏，你第二次還用同種類的藥，你就是已經有重大過失了，這是原告的主張。那被告就醫師這邊來講，依病歷記載病患僅有身體不適、手麻木之主訴，身體無任何變化，皮膚無紅疹，我們打的藥沒有過敏阿！過敏會有什麼？藥物疹阿，還有一些水腫阿，眼睛會腫起來像金魚，講話聲帶會腫起來...這些東西，依現存的醫學文獻及過往之臨床經驗，均無法判定係使用抗生素所造成之過敏反應，你看醫師這就自證已無罪喔，把所有 textbook 和 paper 就拿出來喔，所有的書都沒有說手麻麻的就是過敏反應，而且他沒有說有過敏反應，你看，只有這一件為什麼會告？這件其實一開始病人也能夠接受是藥物的關係，結果醫院就幫病人申請藥害救濟，結果藥害救濟審回來就是怎樣？你看，藥害救濟基金會回來就是不予以救濟，為什麼？這個地方就是「依病歷記載個案原用 cefazolin 已產生過敏不適症狀」，有沒有？這一件就是在這裡。這個地方你看，「個案用 cefazolin，」這個是藥害基金委員會的話，「個案用 cefazolin 已產生過敏不適的現象，但仍使用頭孢子菌素同類藥品 cephaloxinsodium 而引起過敏性休克，故不符合藥害救濟之要件」。藥害救濟法裡面有，如果有可歸責之人的話藥害基金會就不賠。他是不是藥物過敏？是，但是他認為第一次打的時候就是過敏反應，第二次你又用同種類的藥？所以不符合藥害救濟，他認為就是誰造成的？醫師。出來了。這邊有幾個問題，藥害救濟委員會能不能認定臨床過失的問題？他不賠就不賠他幹麻寫了這一句？所以病人立刻就告了就是說這個地方，不然病人怎麼那麼厲害？他就抄藥害救濟的公文。你看，第一次為我們打的時候已有過敏反應，未注意繼續施打顯有過失。抄藥害基金會的公文，你看。然後被告就進行抗辯，拚命抗辯，所以你看這藥害救濟基金會看這病例、用這個東西「顯係誤判，不足為論斷本件醫療行為之證據」，然後又拿了一本出來，依 principle 權威著作的說明，他用 infection disease 權威著作就是聖經的部份來用，cefazolin 引起之過敏反應一發生率是 1-3%，1-3% 他是會引起過敏反應，這算是可容許的風險了吧？他有斑狀的丘疹、蕁麻疹、搔癢，1-7% 為嗜伊紅性白血球增高，極少為全身性過敏性反應或血管性水腫，其中並無手麻刺之陳述，這醫師這時候又很辛苦，為什麼？你拿這本權威著作一定是原版的，你抱去法官一定說「醫師阿，你就把這個地方全部翻譯成中文好了」你一定會說「全部嗎？」他說「可以的話就全部好了。」兩千多頁你給他翻譯，你不要開玩笑了。所以現在醫師抗辯的時候就是把重要的影印出來，重要的部份用螢光筆畫一畫，這一段翻譯就好，你不要整本都抱去，整本都去的時候法官如

果說「這個部份你們是比較強你們是專家阿，我們法院對這個原文的資料跟沒提出證據是一樣的，你既然提出來你就富有舉證責任要把它翻譯成中文。」你說那我就去跟合技簽約翻譯完給我版權好了，被告一件還翻譯一本書出來。所以這種東西你就把重要的畫線畫一畫就好，註明一下，不要太大、越大越好這樣，印完兩頁就好了。你看，這個醫師舉證阿！我把 textbook 都給你看，手麻麻的真的不是過敏反應阿，又拿出一本現行通行 Text book of drug reaction 藥物反應的部份，引起周圍神經病變的藥物有數十種，他認為手麻麻的就是神經病變了，但 cefazolin 沒有列名其中喔，所以無從推斷這個東西是不是藥物引起的。你看，我受訓多嚴謹，我們這些教科書我都看了有沒有。結果這藥害救濟的部分他是自己寫的，藥害救濟基金委員會只有寫那一段沒有附醫學文獻，沒有，他就發個函說我不賠，然後你這個可能是第一次就有過敏了這樣子。那這醫師打的要死，你看法院怎麼判？依照卷附財團法人藥害救濟基金會發的文「..個案用 cefazolin 已產生過敏不適現象，但仍使用頭孢子菌素同類藥品 cephaloxinsodium 而引起過敏性休克，故不符合藥害救濟之要件」已足知悉，「原告產生過敏反應並非單純藥物過敏，」這法院的推論，他從哪一個來推論？「而是第一次施用藥物有過敏現象，被告方面再為原告施用同類藥物所致。」法院的判決理由，他認為他的過敏性休克不是藥物引起來的，是你有過失，是你已經用了一次過敏了第二次又給他打同樣的。然後你看他有送鑑定，送鑑定的時候怎麼寫？你看我們有的鑑定書就寫成這樣真的很扯，「人的體質本來就會隨著時間而改變，以前沒有發生過敏病不表示多年後一定不會發生過敏」為什麼？這病人的病例醫師一定會問說你以前有沒有藥物過敏？沒有。你知道我們醫審會怎麼寫？「人的體質本來就會隨著時間而改變」。這句有沒有醫學的依據？你寫出來是機關鑑定要附文獻阿，「以前沒有發生過敏病不表示多年後一定不會發生過敏但機率不高」我跟你說照這樣寫醫生不要做了。問了沒有用阿！你看「而就本案而言，...一般醫師在施打頭孢子菌素類時不需施行過敏測試，但如施打一種頭孢子素有類似藥物過敏現象時，最好不要再施打另一種頭孢子素。」他是說什麼？「但是」喔，他講的話對不對？對嘛，假如你施打一種藥的時候會有過敏反應你最好不要再打另外一種 A 藥，這是廢話。重點是我到底是不是過敏反應？鑑定能不能用 if 的？假如他本來就有過敏他就不應該再用同種類的藥，主治醫師在用藥選擇上有待商榷，法院就這樣判，就認為說...等內容亦不認同被告醫院為原告實施之醫療行為均無可歸責事由存在，他就這樣認定，這種鑑定可以作為判斷的依據嗎？「被告提供原告之醫療行為竟導致原告成為植物人，所為給付自屬加害給付....負損害賠償責任即屬有據」有沒有？法院的判決就這樣，他這整件有沒有釐清？到底手麻麻的是不是過敏反應？判決理由都沒寫喔，完全都沒有寫喔。醫師審議委員會有沒有說醫師有過失？沒有，他說「假如」阿！「假如」你第一次打藥的時候有過敏反應最好第二次就不要打同種類的。重點是我的抗辯你有沒有在聽？我的抗辯就是說這個不是過敏阿，你有沒有針對這個東西認為我講的不可採？有沒有？法院就判了，拚了六百多萬喔！這一件我們一直覺得說他應該上訴，釐清第一次到底是不是過敏反

應，如果不是過敏我第二次用這個藥就沒有過失可言，如果第一次是過敏我第二次接續著用，這樣才有過失可言嘛對不對？所以這件案子就結掉了。所以這個東西一直懸案很多，就變成說他沒有主張這個東西，他沒有主張。那因為今天時間很短、大家時間很寶貴，今天老師給我這個題目實在也很大，只能做個 overview 的部份，就是說我們醫師法規的部份很多，那整個醫療糾紛裡面從過失的部份，什麼叫過失？什麼是疏失？然後因果關係是怎麼樣？他有沒有可預見性，又沒有所謂可歸責性的部份，就一一來列舉，從刑事跟民事的相當因果關係理論，跟他們研究證據的嚴格證據法則。其實很多判例上都值得再研究。今天再次感謝侯老師，也感謝大家今天有這個機會在這邊跟大家交換心得，謝謝大家。

## 提問

我昨天跟同學討論了一個醫療的問題，他是說他用那個關於催生的藥物，然後他們醫院說照理來講催生的藥物一顆要三百多塊，他說他們用那種胃藥下來做接生的話，一顆只要十幾塊。可是他說他在那個個案發生的時候他就是使用那個胃藥，就是催生藥物，然後導致說出生的時候那個胎兒在子宮裡面因為子宮收縮窒息，然後生出來就變植物人。那就這個案子來講的話，如果要針對醫生到底有沒有過失、或是他的過失跟損害造成有沒有因果關係的話，要怎麼來論斷？

其實這個案子的部份就是很典型 off paper use 的部份，off paper use 在論的話，到底我們在法院庭案上...我覺得這個判決還是有瑕疵，因為這個東西我們這個胃藥在台灣經過衛生署的核准他是作為胃藥，但是這個醫師有提出證據來喔，在美國醫學會、甚至婦產科醫學會已經推薦這種藥物，而且在美國他們有作為引產的藥，所以他把那方法引進來，他一定是看到 paper。重點是在這個地方，我們如果這個藥在台灣沒有經過核准，他要在這裡用的話要不要經過人體實驗的這個部份？法院的判決是認為說你這個是 off paper use，常常我們以前在討論 off paper use，就是說我今天核准這個藥物的適用證，適用證只能用在這種作法，你如果用在其他的用途的話有沒有違法的問題？像很多喔，減肥，減肥的藥全部都是 off paper use，減肥都吃什麼？利尿劑、甲狀腺素，女孩子不要去減肥啦，雞尾酒療法都吃一堆什麼藥？瀉劑啦，不然就利尿劑，讓你脫水你不會瘦嗎？甲狀腺素增加你的新陳代謝，甲殼素、仙殼素...一大堆東西。這些藥物他本來就是...利尿劑我本來就用來利尿的，我可以用來減肥嗎？那我這些甲狀腺素我本來就用來治療甲狀腺功能的，我拿來吃這個藥，可以嗎？但是我用這個東西如果出事的時候怎麼辦？有的是有文獻依據有的是沒有，像他這個東西他提出來，就是說外國的文獻、外國操作的臨床經驗能不能夠作為證據？顯然法院不採。法院還是很堅持說我們衛生署既然核准這種藥只能作為胃藥，而且還沒有任何可以被作為引產的藥物，這樣一用你就是有過失。所以那一件他因果關係他沒有下去論，其實跟你講，就算法院認為說用這個藥是 off paper use、是不對的，因果關係法院有沒有下去論？用這個藥就一定造成？因為我們都知道生產的過程他有第一產

能、第二產能的部份，卡在那邊過久的部份因為造成他後來 CP，可能會造成腦部缺氧的原因其實是很多的，他沒有在主張，他不一定生產過程太長就一定會有腦部缺氧的現象，這是一個很重要的。因為我們在生產過程我們在監測的時候可能他的胎繫面會往下掉，這時候可能說我給他左側臥躺，給他氧氣的部份，他沒有說必須緊急開刀的情況之下，我沒有給他做 CS 沒有給他做剖腹產，還是自然產的情況下應該都沒有過失，所以這一件的話應該因果關係的部分還可以去論斷。我覺得你提出來的很好就是說，第一個，法院會說你這個注意義務有沒有違反？有沒有過失的部份、有沒有疏失的部份？法院認為有疏失；第二有沒有因果關係？他跳過去了，就是因為你用這個藥造成他產程過長、造成他小孩子腦部缺氧，重點出來了，產程過長會不會一定是腦部缺氧？這不一定喔。婦產科醫師還有專科醫師就都知道喔，你產程過長，長到什麼程度？那這個東西我產程過長的時候，你判決理由不一定要用這個藥物阿，因為我只是引產的作用而已，我不一定是說有讓它 delay 的作用，那我要不要再開緊急做剖腹產的部份？法院在那個論述的理由還要再加強，就是說我用這個藥物，到底說我這時候產程過長這醫生的疏失是用了這顆藥，還是我沒有採取緊急的措施例如剖腹產？不是說我用了不能用的藥，病人最後有結果就全部歸責給我，那很可怕，那很多人連引產都不要吃藥了，我有沒有消極不作為的問題？所以這部分我覺得這論述還是可以再加強。不過那個 off paper use 的部份很好玩，美國惠勒藥廠的 off paper use 的案子他後來是用和解的，和解好像賠了一百多億台幣，但是 off paper use 到底有沒有違法，我們台灣剛好有一件，就一直希望說法院作出正確的判決出來，因為 off paper use 的藥太多了，有沒有？威而鋼是不是？威而鋼以前他本來是要治心臟血管的，結果治不好反而該治的沒治，治到不該治的地方；禿頭藥也是，很多副作用都還可以來救人，現在 B 型肝炎的藥、C 型肝炎的藥就是拿來治愛滋病的藥，只是劑量減輕而已，你說他是不是 off paper use？其實都不一定，老師的課可以在研究這個。Off paper use 應該我個人覺得還蠻好玩的，這個案子很有趣。因為因果關係他沒有論述到，因為我們如果從法院的架構是先問有沒有過失，有過失在論有沒有因果關係，不是有過失就直接跳損害賠償、不是有疏失就要損害賠償，這很重要，我們覺得那邏輯要一直下來才可以。而且這個東西他產程延長，他認為醫師有過失到底是有使用這顆藥，還是我認為說產程太長的時候你應該採取剖腹產作緊急的處置，你卻讓他還是自然產，這個部份應該都是還要再研究的。再次謝謝各位。

## 第二場 廖建瑜法官

各位同學好，因為侯老師有事耽擱了，然後因為內容有點多，所以先行向同學報告，我是高雄地方法院的法官，現在在成大法研所就讀博士，這次的報告是蒐集目前實務的研究，我想對法律系同學很有幫助，醫學系的也可

以知道發生什麼事會進到法院。統計的資料大概是從司法院所謂的判決書上以來，我能找到的一些判決的整理，給各位做一個參考。那首先，把法院時實證研究。首先給各位先介紹一種東西，就是人的實證研究，我是不曉得各位有沒到過法院，這邊有幾件東西，跟醫師袍一樣，就是說，袍子可以看出來人的角色有點不一樣，這件是…這個法官袍，為什麼法官袍長這個樣子呢，各位有沒有聽過青天大老爺，你看，這個中間的顏色是青色的吼，所以，這個各位可以看一下大概是法官在庭上會穿的，法院大概就是這個最大，以這個為核心，法院大部分的人都是繞著這個在走，這個有點這個…沒有辦法，這個如果從金字塔來看大概就是最頂端。第二件，各位也常常看到，各位常常之前的國務機要費，有看到一些檢察官，這就是檢察官袍，我們台灣的制度沒有像日本說設計一種勳章，比如說什麼烈日秋霜阿，台灣的大概就紫色的，根據個人的考察，就是認為是說紫色，就之前王者，以前舊的朝代，才有這種紫色的這種袍子，那代表在朝的一些官方的色彩，那他主要的職司也是代表國家來起訴犯罪，所以就是那個。

那過來各位另一個也常見的，是這個，大家看到那黑底白邊就知道了，在法庭上黑百講的就律師，所以他就穿這種袍子，那這個另外的考據呢，大家有沒看過國劇，國劇內黑白的就是代表奸人，所以這個，律師也常常被外界認為是魔鬼的代言人，所以這個就是律師穿的，那過來呢，這個還有一個，各位比較少看到的，是綠色的喔，那這個綠色袍子是各位在刑事案件上可能看得到的，這是公設辯護人的袍子，公設辯護人就是國家請的律師啦，是為了那些比較窮的，或者是特定案件的，比如說有期徒刑三年以上的罪，重罪的，他請不起律師，就由國家幫他請，他就穿這種綠色的袍子，那這個袍子呢，現在越來越少機會穿了，國家越來越少考公設辯護人，這個其實薪水還蠻高的，工作也還蠻輕鬆的。再來這個，全身黑的這個，最近常常會被那個詐騙集團所利用，這個是書記官，各位有時候常常接到電話，說這是某某書記官，書記官就是穿這種全身黑的，那因為書記官比較常接觸一般大眾，那也就常常會被人家拿來利用當詐欺集團的主角，那所以各位認清了這個袍子的顏色有什麼好處呢，第一個就是如果接到詐金電話的時候你就可以問他說阿~你是不是穿綠色袍子的那個，阿他如果說書記官的時候，對啦對啦我就是昨天那個穿綠色袍子的，你一看就知道是詐欺集團的，那其實也是一種辨別的方法。那另外一種好處就是說，妳進來法院，大概就只有這幾種人啦，超過這幾種人以外的，大多都是詐欺集團的比較多啦，因為法院大約就只有這幾種人。

另外還有兩種人是，各位比較少見的，但將來各位可能會知道的，一個就是叫司法事務官，在明年的大約一月的時候開始出來，那另外一種司法事務官已經出來蠻久的，各位可以如果是醫學系的學生或法律系的學生，其實事務官是一個蠻不錯的工作，薪水八萬多，工作還蠻輕鬆的，這個工作是值得做的。人的實證介紹完了再來是事的實證，給各位看這個法務部的起訴書

吼，資料大概是從八十六年至九十六的年四月查的一些資料，這些都是起訴的案子，那總共查的到的案件是六百多件，大概是六百多件然後查到的起訴的案子大概是有九十多件，比例大概是十到十三左右，就是起訴率大概是十三，那大概有六百多件進來法院由檢察官來進行處理。

那各位可以稍微來看一下案件數最多的是過失致人於死，那其他的有的沒有的，醫生其他會犯的什麼酒駕啦、通姦我都排除了，所以在這可能都是和業務比較有關的，那各位可以稍微看一下這個統計資料，如果各位需要我也可以給各位，起訴的百分比畫成圖大概是這個樣子，那現在是九十四件左右，那過來是起訴的身分別來做分析，那醫師是最多，大概有一百零二，護士五個人，物理治療師一個人，那所以，從這個來看起來，醫事人員原則上大約有十類人，那看起來醫生和護士涉入醫療糾紛是佔大多數。那再來把他分成科別來看，婦產科大概是二十五件，那外科其實蠻多的，拆開來看更細一點的，一般外科其實也是蠻高的，那還有過來就是急診室的，大概有十一件，急診也是蠻常見的，再來中醫也漸漸多了起來，那跟我們的就醫習慣可能也有一點點關係，另外還有另外一個比較特別的，就是上訴大部分都是教學醫院或大型區域醫院也蠻多的，其實診所出事的機率野蠻高的，台灣人的就醫習慣往大醫院跑，其實或許也跟診所的醫療素質有一點點關係的。那這個是起訴的科別吼，把這個幾個分幾個比較大的，其他小科的沒有分出來吼，婦產科大概是最多的，過來是外科，再過來是急診、內科其他的，那過來給各位看一下起訴後被判有罪的 94 件裡頭，過來被判有罪的就是有二十二件、四件、兩件，那等一下也會給各位統計一下刑度，就是二審，就是二審維持有罪的，那大概是七件，所以其實二審也是會翻盤的，像明天有一個大案子，大家也在賭二審會不會翻盤，就是馬英九的特別費的案子，大家等一下也可以看看吼，就是二審的翻盤機率會是多少，各位可以從醫療訴訟，等一下也可以稍微看一下。那這是有罪可以確定的，就是九十四件裡面有罪確定的是十二件左右，被判有罪已經確定，那再有罪確定大家也可以看一下就是刑度確定的，最重被判十個月，然後有緩刑四年，那大部分其實都有緩刑啦，平均刑度大概是六個月到緩刑兩年，其實這個刑度我本來是想跟托啦庫司機撞死人做比較，其實是差不多的，因為托啦庫司機沒有和解所以緩刑比率比較不高，但刑度其實是差不了多少，那這個給各位參考一下，如果各位有興趣的話，這只是一些統計數據，那一審被判無罪的比率其實也是很高的吼，一審有罪二審無罪翻盤的情形，所以其實會翻盤的機率還蠻高的，並不是不會翻盤，所以各位可以猜猜看明天到底是什麼結果，那各位還可以看看，其實一審無罪二審有罪的也是有，並不是沒有，那這個比例的話下面這邊可以給各位看一下，那無罪的件數大概十件、三件、一件、一件，起訴後撤回告訴的，那這個大多都是和解之後的結果，大概都是撤回告訴，那各位可以稍微看一下，以九十四年來做範本的話，有罪的比率大概是佔三成，無罪大概是兩成四，那後來起訴以後撤回告訴的大概有十七，也就是說起訴之

後會跟人家和解大概佔這麼多，起訴後醫生就跟被害人和解，那起訴後有罪的比例，大家也可以看一下，起訴後有罪的比例總個來統計，大概是一成三吼，無罪的比例大概是百分之十六，不受理案情就是撤回告訴之後，那不確定的，大家可以看一下，比例蠻高的，就是打了很久還沒有確定的，那沒有辦法確定的是佔最大多數，那各位也可以再看一下，大概確定的時間大概要多久，也就是說如果你被人家告了那你要預期大概會跑法院要跑多久，平均下來是四年五個月又十八天，也就是說如果你被人家告了，常常跑法院的時間大概是要四年五個月又十八天，那最長的話大概是十年兩個月，最短大概也是要十二個月將近一年左右，那各位可以看一下過來確定的判決的民事賠償，這邊是附帶民事賠償大概有十三件，也就是他告了刑事賠償後附帶告了民事，大概有十三件，那提起附民後，他自己跟人家和解的大概會有三件，那另外有勝訴的。那這邊有一個平均賠償的金額，那就是你預期要跟人家和解最初可能的金額大概是多少，那大概就是一百九十萬八千九百一十七元，所以說如果你發生一個醫療訴訟的話如果你要跟人家提金額的話，提這個數字，可能是比較恰當的，那私下和解的，就是說自己和解的，沒有經過法院判決或怎麼樣，大概就是，各位可以看一下，這個金額的落差非常大，最高到五百一十萬，最低卻只要賠五十萬，所以你看死掉一個人的話，其實有可以要到五百一十萬的，也有只能要到五十萬的，那平均起來的金額大概是兩百九十四萬左右，那所以各位可以發現說，如果你是要投保，或者是想要跟人家談判和解的話，這個其實是你可以參考的金額，就是說你投保的責任險可能要保到三百萬，這是比較妥當的地方，這是第一點，第二點的話，私下和解，那就是代表說你的談判技巧要很重要，有可能妳談判的結果只要付出五十萬，那所以其實我蠻贊成法律人或者是醫院就是說至少專門組一個這種談判的小組，可能可以把賠償金額壓到很低，像這個只要賠五十萬就達成和解，所以說其實是蠻厲害的。那另外還有就是透過鄉鎮里調解委員會的，到那個鄉市公所，那個地方士紳就會幫你們進行這個和解動作。

那再過來要跟各位談的大概就是也是醫療訴訟中蠻關鍵的，就是送鑑定，那這邊各位可以看一下，就是大部分的送鑑定單位是審議委員會，那最多大概是送七次，那最少沒有送大概是三件，平均起來一個醫療訴訟大概要送二點五六次，那鑑定所需的時間平均起來大概是要一年兩個月，那鑑定的那個意見吼，常會有相矛盾的，總共統計出來大概也有四件，那法院不採，改採其他鑑定的大概是七件，那其實我們國家醫事審議的鑑定吼，其實是醫事審議所承攬，其他的幾乎法院很少送，那幾乎都是由這個單位，那這個單位大多都是合意制的，就是這個單位就是送去鑑定究竟是由誰來做鑑定他也無法公佈，所以其實這個，大家都說其實是黑箱後，就是從這裡來的，就是說醫事委員會除了提供鑑定，並沒有提供鑑定人，這個是被稱為黑箱的原因，其他的鑑定機構，最多的其實是台大，法醫研究所也很多，法醫研究所是法務部下轄的一個單位，法醫研究所裡面有專門的法醫，各位最近比較常



聽到的應該就是南迴搞軌案，這個法醫研究所的鑑定報告其實跟其他醫院的報告其實是有矛盾，有衝突的，就是這個死者究竟是受到注射蛇毒，提到的其實跟台大有所歧異，但是他因為是政府機關，所以蠻常受到檢察官或者是法官委託來鑑定，台大其實也蠻多的，然後再來就是最近也有一個趨勢就是送到學會鑑定，送學會專門去鑑定，那另外鑑定證人這個也是比較少，大概是四件，就是鑑定人直接到法院來做一個證人的身分接受兩照還有法院的詰問，那還有送消基會的，消基會也有幫人家做這個鑑定，只不過這個消基會的鑑定不是很牢靠的。那，比較一下美國醫療訴訟的現況，就是平均起來每六年會有一件，所以其實比例蠻高的，特別是外科跟產科，那訴訟結果大概是百分之七十，那我們剛剛看，想一下剛才大概是我們這邊比美國還高一點，敗訴的比率大概是一成多，有一成多的醫生會敗訴，所以其實大概有八成多的醫生會勝訴，那在台灣有很多人喜歡告醫生，我們李主任也是常對法官說法院不友善醫生，其實從實證結果來看其實還蠻友好醫生的，因為大概八成多到九成都會判醫生勝訴，所以李醫生不要再每次說我給醫生很多的責任吼，其實並不盡然，那敗訴的他們賠償金額其實差不多是五十萬美金左右，他們的保費，大家可以稍微看一下，她們每一個月大概繳的保費包括責任險的保費，大概從三仟到三十萬，這個是美金，所以你就知道他們其實耗費蠻多這個，以開業醫生或者是一般醫生來說，在這保險費用上面其實是一個很大的負擔，那在台灣，這個醫生的保險，第一個金額過低啦，只有兩三家在投保這個醫療保險，而且投保金額過低，大概是一百五十萬左右，所以其實好像是不太夠賠，但醫生其實好像也是不太願意再另外負擔這個保費的，再統計一下就是說，醫療糾紛可能發生的階段，那這邊我有做幾個統計吼，是問診的時候，這個是問診的蠻大的一個實例，就是這個處女膜破裂的事情，大概是之前好像是水果報蠻常報這種類似的新聞，那這個是有遭到起訴的，台北地檢的 92 偵字 19931 這個案子，大概就是沒有問診有沒有性經驗，起訴的經驗大概就是問診的過程沒有問清楚就是加以內診，那就是拿所謂的鴨嘴器，導致處女膜破裂，所以他就來告訴，所以這個案子是有被起訴的，這是問診蠻明顯的例子。那這個是蠻火燙的例子，就是台大雲林分院的副院長，就是這個陳淳先生，前幾天新聞還吵的蠻大的一個案子，就是九十三年醫字第三號的這個案子，那這個案子是怎樣呢，就是說他沒有問清楚，給各位看一下案子的情形，法院認為說，他認為病患沒有告訴他曾經罹患過子宮頸癌，並曾經做過放射性的治療，法院認為說這個情形到地是醫生應該要問就是說陳淳先生應該要問還是病患要自己講，法官有做一個判斷就是說患者本身已經有跟你講了，他曾經有子宮頸迷爛並有割過子宮及卵巢，那這個副院長也沒有否認他的確有跟他講，那所以呢，妳要求病患應該要把曾經得過病患要把曾得過子宮頸癌這件事跟你講，實難苛求吼，就是說這個責任應該由醫生來擔，就是說醫生具有長期的…如果認為他講的有不詳細的地方，那所以你應該，醫生應該，陳淳醫生應該本於專業的知識，應該要問，



結果你沒有問，他所謂的放射性膀胱炎，就是陳淳醫生幫他做的所謂結石要那個，要取出結石的手術，那因為放射性膀胱炎導致骨頭其實是比較脆弱的，所以他在做這個手術的時候，導致骨頭穿刺出去，所以他認為陳淳醫生其實是有過失的，那就是前一陣子水果報也是登在頭條還是，就是這個案子，這個陳淳醫生，在我們的司法官訓練所有擔任那個醫學講座，所以他在上課的時候，就一直吐他的苦水，就是說我怎麼會知道他曾經有得過子宮頸癌，然後他也沒有講，她也沒有講他當然就不曉得說她有這個放射性膀胱炎的可能，所以她忽略了這點，所以導致了這整件的醫療糾紛，所以其實她也是覺得她自己很冤枉。

那第二個案子，也就是最近蠻常見的案子，大概就是在檢查這個部分，這個是九十四年在桃園的一個案子，就是去長庚醫院，然後九十一年去做檢查的時候，她其實在苗栗檢查的時候就是好像覺得有怪怪的，他後來才做 x 光還有電腦斷層，結果有發現有腫瘤，那但是呢，發現腫瘤後，她就跑到林口長庚醫院，由這個周俊良醫師來進行診治，那結果就是有發現有這個腫瘤，但是他並沒有幫她做這個病理切片，所以他沒有辦法區分是良性或者是惡性，所以她就只有單純的叫他用追蹤的方式，那法院就認為說你當初發現的時候，那應該要做更詳盡的檢查，如果你沒有做詳細的超音波和電腦斷層，切片，所以就無法做一個詳盡的病理檢查，那所以後來在這個情形之下，她就只有幫她做所謂的胸部 x 光和肺功能檢查，檢查項目不全，所以他後來就是告訴她說三個月來檢查一次就好，那大概就是檢查過程這樣，結果過一陣子之後，他又覺得胸痛，然後就回去做那個電腦斷層，結果就是發現胸部有二點七大小的那個腫瘤，然後並且有轉移到淋巴腫大的情形，所以才判斷是肺癌，結果是肺癌第四期，那耽誤到她的治療，結果長庚有繼續幫她治療，但是還是沒有辦法，發生過後幾個月後就往生了，然後就是因此而來起訴。那各位可以看一下，大概檢查出來還有進行化療大概進行了半年，然後他就走了。

那另外一個案子，檢查完大概就是用藥的情形，那用藥大概比較明顯、比較常見的就是用藥過敏，那這個案子是高雄的案子，他主要是在苛責一點就是他沒有備有急救用藥，起訴的因素就是這一點，疏未注意在診所內放置急救用的腎上腺素用藥，那故事大概就是他感冒，她就給他開抗生素，但是就是含盤林西林的抗生素，那結果就是護士就打針，五到六 cc 的時候她就說她想吐吼，然後護士繼續不信邪，就繼續給她打兩 cc，那她就說非常不舒服，那護士就是有點被嚇到，所以就馬上找來醫生處理，那醫生來的時候，病人就已經有氣喘然後嘔吐然後呼吸急速眼睛紅腫的過敏現象，結果他的急救措施的時候，她打了一個抗過敏針但是沒有含腎上腺素的，但結果打了之後還是沒有效果，所以就送醫院，送醫院後就不治死亡，所以這個是用藥過敏的情形。那過來這個手術，另外常見的過失情形就是發生在手術時候的情形，那這個手術的部分，那個李醫師大概在上我們法律系的報告的時候有

講，就是說到底要做怎樣的手術過程，就是說這兩個手術，你大概要選擇哪一個手術才是對的，納在這個案件中，就是發生這樣一個問題，手術方法不對的時候造成的一個過失的情形，那這個情形就是有一個人跌倒了，那結果就是腹部裡面有出血然後臟器破裂，那他這一個過失就是在這裡，就是說不宜使用止痛劑，因為他沒有辦法用理學檢查，就是壓痛或反彈痛來測試他到底是怎麼樣的情形吼，就是說他腹部…內部受傷的情形到底是怎樣，她一開始錯誤的情形就是，第一個他打了一個止痛藥物，這是他第一個，第二個錯誤是，他說法院判斷結果是認為說他應該要注意的是他應該使用的是，所謂的小腸的造口手術，而不是用這個小腸的端對端吻合手術，那所以結果就是這個醫生又錯誤的選擇了這個所謂的小腸的端對端吻合手術，結果導致呢，這個病人產生了癒合不全還有滲漏的情形，那結果後來就是之後結果因為敗血症，所以後來就是敗血症然後往生了，這是手術的例子。再來就是這個術後照護，這個案子，後來就是打了非常非常非常非常的久，到現在還在繼續當中，那其實我就是一直搞不清楚就是說，這兩個名稱到底差異有多大，到底就我法律系的人來講，其實是很難理解的，他這個案例是這樣的，榮總的那個醫生吼，結果他在動手術的時候發現他有這個所謂的主動脈瓣，這個光看著唸就很困難吼，僧帽瓣閉鎖不全，那這個 case，就是這個 case 我已經講過很多次，但就是每次總是無法把這個病因講的很順口，那結果就是給她做這個雙瓣膜的置換手術吼，然後就是在手術中發現她這個主動脈瓣有這個感染的情形，後來她就是被認為是亞急性的細菌的心內膜炎，那他當初的診斷是這樣，那法院是根據他的診斷吼，他認為說術後應該要施予抗生素的治療，否則會造成復發的情形，結果他可能是為了住房週轉率還是怎樣，就叫她出院然後給了她一個口服的抗生素，那結果這個要並不是治療這個疾病的所謂常規用藥，所以導致吼就是他出去了這個大約一個多月，就復發了所謂的亞急性的細菌的心內膜炎，結果他就回到醫院去治療，然後再開一次心臟手術，後來其實還是沒有辦法，然後就敗血症死掉了。那這個案子打了這麼久的原因吼，就後來他們一直在討論說就是這個疾病是說，到底診斷有沒有錯誤，到底是不是這個亞急性的細菌心內膜炎，結果他這個鑑定了很多個單位，就發現每一家都發現很難認定是這個，有幾家說是有幾家說不是，光是鑑定就花了好幾年，到現在還沒有一個結論，你看這個案子已經多久了，到現在還沒有結論，其實是蠻對不起的，就法院其實蠻對不起這個雙方當事人，因為沒有辦法在法院這邊做一個了結。那在過來是這個院內的瘧疾感染，那這個其實我們是八十五年發生的，但其實最近我看那個 NHK 也有相似的例子，只是他不是瘧疾，是那個 C 型肝炎，案件的類型其實是差不了多少，也是儀器的重複使用導致這個血液迴流然後重複感染，這個案子就是，當初在做這個顯影的時候她們重複使用這個器材導致有一點血液回流，然後導致有四名病患，因為感染瘧疾然後死掉，那這邊法院的判斷就是認為說你在操作的時候應該就是要用拋棄式的而不應該重複使用以達避免

血液迴流的情況，那第一個就是放射部的主任，放射部的主任，當初就是爲了減少材料費，沒有經過衛生署核可，所以他沒有辦法聲請健保之類的給付吼，所以她爲了減少使用，就叫下面的主治，大家也可以看的出來，就是這個案子裡面大概也有出現了有白色巨塔的劇情，一個放射部的主任，過來一個主治，然後過來一個住院醫師，一個是 R1 一個 R2，所以整個過程了一個 TEAM，那最後就是起訴，是整個 TEAM 被起，不是只有住院醫師可以免責，所有的都被起訴了，那就是起訴之後，那個 R1 的醫師就自殺了，那就自己自殺，聽說是自己注射鉀然後死掉了。那他認爲主治醫生也應該要怎樣呢，他認爲主治醫生，住院醫生應該要基於他無菌的觀念，堅持這個應該要丟棄，那其實這個在實務上有困難的原因是，你在一個主治底下，就是當你在這個主治底下，在放射部主任的底下，她們叫你做你有沒有辦法拒絕的這個問題，也就是說在這個組織管理嚴密的這個組織裡頭，有沒有辦法就是說去反抗放射部或是主治的這個指示，好像是這有一點點困難，但這個困難歸困難，就是如果出事的時候，法院不會管你困不困難，你應該要本於你的醫療專業知識，應該要置換，所以全部的人都起訴了，那現在就是這個案子還在打，已經打了很久了，但是還是在打。

那各位可以看一下，就是有六個感染然後有四個不治死亡，那現在就是日本的那個也是一樣，日本好像就是造成 C 型肝炎…也好像蠻多人這個造成 C 型肝炎的吼。那過來是跟各位稍微介紹一下就是那個法律基礎，大概就是法律系的人可能會比較了解，從這個主體來看吼，他應該要負的責任，大概就是這些可能會構成民事裁判的請求權基礎，那這個比較枯燥，有興趣的可以直接拿電子檔去看，那這個是比較形式的。那我接下來其實要比較要講的是這個部分，就是說醫療訴訟，她從之前到現在其實有一些改變，就是說單純的侵權行爲，他漸漸的有一點點改變的部分就是從侵權行爲漸漸的改成契約責任和債務不履行兩者並行，就是說他不單單純純只是一個侵權行爲責任吼，通常也會主張的就是契約上的債務不履行，來並行主張，那所以她的請求權基礎是越來越多。那另外一個要跟各位講的就是那個桌面上的損害賠償吼，就是說，以前，只認爲是要身體或生命上的損害，那現在就是說損害的客體變成病人的自主決定權受到侵害，就是告知後同意的問題，那這個裡面要跟各位介紹的判決就是，這個最有名的九十四年台上字 2676，這個 CASE 是我們台南市立醫院，是一個心導管的手術，那這個患者，就是我們所稱的老婦人，他的家屬就是我們比較農村的民眾，所以她就是沒有辦法知道說醫生跟她說的危險內容，導致說患者死亡後來告說就是沒有告訴他所有的內容，然後就是最高法院判說就是，你除了醫生應該盡的義務吼，有八拉八拉這麼多吼，那這個判決下來吼，就是說蠻多的醫生都認爲說就是不太有可能講那麼詳細，那後來我跟其他醫生也有稍微討論，就是他講的內容，最高法院講的內容，如果全都要說大概就是這個一個醫生要看一個患者吼，可能講了一個多小時還講不完，那所以就是實際上是有一點點困難吼，那這個

判決就是非常的前衛，那就是也不曉得爲什麼最高法院有些說明的內容已超過法條所規定的範圍，那就是最高法院已下了這個判決，那所以其實是一個蠻有前瞻性的判決。那特別的就是各位可以看一下，他特別要講的就是說醫院的設備，還有醫生的專業能力，也都要講，就是說我這個醫院的設備沒有辦法治你的病阿~或者是我這個意願的設備沒有別人的好阿~也都要講，否則就是患者有拒絕醫療的可能性就要詳細告知，像如果說我知道成大醫院很爛，我就不會在成大醫院治療，像這個都要講的話，那你可能就要講的蠻詳細的就是說，就你這個疾病好像還有某家醫院有那個設備可以治好或者是說我這個醫院的設備可能沒辦法治好你的病，那我想也是說大部分的醫院的醫生都不太會講這種事情，那這個也是最高法院認爲說醫生應該要講的項目，會不會誠意過高，各位就自行判斷一下。

那這邊另外還要講的就是，還有一個重要觀念就是實質說明的必要吼，就是我剛有講，就是假使他的知識水準比較低的一點，不能說就是你拿了一個上面有寫的叫她簽名就是有達到實質說明的程度吼，你應該就是有實質說明的必要，要讓她能理解的程度，這是最高法院的見解，那這部分的見解其實是蠻正確的，而且就是說將來醫院在盡這個說明的責任的時候，可能要盡更多的責任才行。

那接下來要跟各位講的就是所謂的機會喪失理論的應用，那所謂的機會喪失理論這邊，這邊要跟各位講的就是這個案子，剛也有跟各位講，這個案子就是也是肺癌沒有被檢查出來的案子，但這個案子是已經獲得賠償的一個首例，那就是一個律師，他悲慘時期的經過，但是他還在啦就是，那他是我大學的學長吼，所以對於這個案子，我深表同情，每次演講都會拿他這個例子來說明，那我也覺得蠻對不起他的，那他大概就是考上研究所，那研究所就是告訴他說你要去做這個健康檢查，那他就去做健康檢查，那這家 XX 醫院就是告訴他說你很好、你很壯，那一切都很 OK，阿他其實也是蠻壯的啦，大概是可以打橄欖球隊的那種身材，那大概就是一切正常，也沒有異狀，那他考上了研究所後，隔了一年他又很高興的考上了律師，那考上了律師，考試院也就是說那你就去做一個健康檢查，做了健康檢查後才能來領取考上律師的證書，那他又去做了一個健康檢查，到那個三重醫院做，他就說你有發現有陰影喔，而且很大一坨，然後三重醫院就告訴他說很有可能是惡性喔，然後他就在跑去台大做一個穿刺檢查，然後就告訴他說你已經得了那個肺腺癌三期 B 了這個案子，那這個案子後來打了…他自己去打了官司，那現在還在做健康檢查，那法院的判斷就是一開始的時候，就是八十八年他考上研究所的時期，他去做的那個健康檢查時後是第一期，那生存的機率是三十六到七十一，最低是三十六，那 XX 醫院沒有查到這個，到了八十九年的時候已經變成三期 B，存活機率變成五，所以就是造成他三十六減五，百分之三十一的損害，那這個案子爲什麼就是蠻特殊普遍的，就是前一陣子那個萬芳醫院也有相同的健康檢查的 CASE，就也是肺癌然後沒有檢查出來，那

一樣就是同樣的情形，等到確定的時候就是差不多也是肺癌末期了，那所以他認為說呢，就是計算完他的損害後，認為說剝奪了他的生存權，認為說對他的生存權造成了侵害，也是屬於一個人格權的侵害，那現在各位也會發現一件奇怪的事就是，他現在是一個活著的人，然後他來請求死掉後的人格權侵害，也就是說活著的可以請求死掉的損害賠償，所以這件事就是一個很弔詭的地方就是他還活著但還可以請求損害賠償，所以對方的律師就是緊咬著這一點說，你就是還活著阿~怎麼可以請求死掉的損害賠償，那這個案子就是現在也還在打，我那個學長也就是說希望有結果出來，那法院上也就是說怕說如果結果出來，我那個學長可能會失去生存的動力，所以一直都還沒有結果出來吼，抗拒當中，法院也不知道是不是基於考量這個利益，所以一直都還沒有結果出來，可是他一直沒有出來，對方的律師就一直緊咬著，你看，你從八十八年要到現在九十六年，你還活著阿，那你怎麼還能請求死掉的損害賠償，所以這就是這件事蠻弔詭的地方，這件事情更弔詭的是，從生存機會，現在又漸漸的變成是有點改變，就是說他治癒的機會能不能來請求損害賠償，那就是說就是我接受某種治療，就是很明顯的說我接受的話能治癒的機率是百分之七十，那結果你用錯治療的方式然後造成治癒率的降低，這樣是否可以請求損害賠償，所以現在就是最近最高法院又有一個案子，也是相同的情形，然後就是叫我們高等法院的回去研究研究，看是不是可以就是請求損害賠償。這其實是蠻可怕的一件事情，那如果各位將來是去做律師，勝訴的機率原本是百分之七十，結果被你搞成輸的時候，那是不是也可以去請求說就是我這個案子原本的勝訴率還有百分之七十，結果被你搞輸了，那你是不是也要賠償我這個七十的損害賠償。那這時候就是為什麼會從醫學演變出來這個概念，就是說因為醫學裡面太多的這個資料比較大的這個資料庫可以去搜尋，搜尋說這個機率的降低大概是多少，那如果說哪一天，律師的職業也可以統計出這樣一個資料庫的時候，我認為是蠻有可能像這個醫療的行為這樣子去處理。那就是現在並沒有這個統計的數據，當律師的還可以輕鬆一陣子。這邊就是如何來計算損害的問題吼，就是說用三十六減百分之五，所以就是造成百分之三十一的損害賠償，那各位就是說可以看一下就是百分之三十六到百分之五這樣的一個損害賠償，那金額是五百多萬，那二審這個案子就是改判是四百多萬，改判的原因是因為認為說生存的機率不一樣，就是說改判他的生存機率是百分之七，所以各位也可以看的出來這個舉證是很困難的吼，那他至少還可以活多久，生存機率到底是怎樣計算的其實也是個很大的問題。那另外一個新興的問題是 off label use 的這一個問題，這個案子，我們一般的藥物過敏，剛剛也有介紹，大概就是以前的這個藥物的部分，大概就是主要的都是在處理在藥物有沒有過敏阿，你有沒有問診阿這樣，那現在越來越進步就是說你是不是有使用合署的用藥的問題，那這個案子跟大家介紹一下就是，催生用藥的問題，就是認為說他使用的這個藥不是衛生署核准的藥，然後就適用在催生的時候導致他的胎兒重度的腦性麻痺的一個傷

害，那這時候這個他請求的金額還蠻高的，總共請求大概三千多萬到四千多萬，那醫生這邊有答辯，就是說在台大榮總都同意，這是一個可以在生產時候的用藥，而不是一個試驗用藥吼，他認為說使用這個要跟這個傷害並沒有因果關係，那法院的看法就是說你必須要證明其他國家是否同樣也有核准，那法院先是認為說其他國家，其實都沒有核准這個催生的用藥吼，結果他也沒有辦法舉證吼，他認為說這樣子的安全性是有問題的，這是法官第一個看法，那第二個看法就是說法官說他沒有適應，申請適應証，而且他有去問過這個醫生，那這個醫生是跟他說危險性是有差異的，你使用這個藥和平常正規所使用的這個藥，B1，B2，兩個的安全性是有一些差異吼，所以你使用這個藥是因為價格便宜才使用，那另外也有作者函覆是說，這不應該是第一線的用藥吼，所以他認為說就是合署和非合署是一件很重要的事，那你不可以把一個非合署的用藥拿來第一線上使用，這是一件非常重要的事。那這邊的看法有一個就是醫院蠻嚴格的地方就是在這裡，他特別有打出來就是說，如果台大真的把他當作第一線的用藥的話，那只能證明就是台大對於這個人的訓練是有問題的，所以他就是說，這個就是說你不能因為台大用這個藥吼，就認為這個藥是合法的，那就是說台大這個學校，訓練是有問題的，那所以其實醫院把關其實還蠻嚴格的，那其實這個法官，後來我有去查，就是說這個有出一本書，專門在討論所謂的醫療糾紛，他以前是一個律師啦，後來就是應該是轉任的，變成法官，所以他辦了蠻多醫療的案件，那所以其實他是對醫生比較嚴格的吼，那他所受的損害他大致上有算了一下，他只有請求五百萬，所以他大概是一部請求。那現在要跟各位講一下，現在蠻多患者蠻聰明的，他都會先請求一部分，簡單來說就是來先試一下水溫，看法院會準他多少吼，大概就是先請求一部分，那法院當然都會幫他算說你大概會有多少損失吼，那他後來請求完五百萬後，在把法院幫他算的損失，在拿去請求，這樣他可以少繳一點裁判費，而且因為法院已經幫他算好了，所以他可以比較容易獲得全額的勝訴，所以他就，你就看現在蠻流行就是一部請求，就是說法院先幫他算一下可以賠多少，然後他就先請求這其中的一部分就好，就是說這邊就請求五百萬而已，那所以後來他就是全額都準，那他全額都準就是他後來之後就是依法院幫他算的他大概有七百多萬的損害賠償，那他就再把剩下的兩百多萬，再一次的請求，那現在在法院有允許這樣子的情形吼，就是說你先來一部請求，再來比如說損害額是一千萬來說，你可以先來向法院請求一百萬的損害額，看法院覺得有沒有道理，如果說法院認為有道理，那剩下來的九百萬就可以再一次的來請求，那這樣子或得勝訴的機率就高很多。那過來再要跟各位討論的，就是舉證責任的部分，舉證責任的部分大概現在在法院上的看法是說，本來都是要由病患來舉證吼，那現在漸漸的都是要求由醫生來舉證，這是第一點，那第二點大概就是歸責的問題吼，那就是傳統的歸責大概是故意或過失，到後來消保法的過失，那現在就回到了醫療法的八十二條，這個過失責任。那過來再跟各位介紹一下就是法院在

醫療過失上的處理的過程，大概有可能是先一般的調解，這個調解大多都是事後審查吼，像這個調解委員，調解過後再送來法院，那還有消保法吼，消保法也有一些調解的規定，那就是事前的調解就是按照民事訴訟法中的調解吼，那過來就是進入訴訟，就一般的民事訴訟還有一般的刑事訴訟附帶民事訴訟吼，那這兩個的差別就是一個要繳裁判費一個不用繳裁判費，過來大概就是檢察官起訴，那刑事訴訟這個部分原則上就是檢察官起訴比較多，被害人自行請律師來自訴的事越來越少，那過來就是告訴人交付審判，也就是說檢察官不起訴之後呢，告訴人可以自行再申請法院交付審判，那，調解的問題吼，就是可以跟各位講一下，就是一般的使用會比較低，那因為是調解的專業素質的問題啦，那還就就是進行的程序也比較鬆散，那以尊重雙方的意願為主，那法院不強制的介入吼，那所以各位吼，醫學系的同學，將來有醫療糾紛的時候，其實應該盡可能在這一個階段處理掉會比較好，因為他進行的程序會比較鬆散，那比較鬆散的意思就是可以自己來喊價，那可能就是在金額的這個上面，會比較調解的比較成立吼，那如果你要進來法院的時候，那雙方大概都已經撕破臉了，那有時候為了奇摩子的問題，大概就是不太願意和解。我最近就是遇到一個問題，一個案子就是，雖然跟醫療糾紛沒有什麼關，大概就是，因為我現在在旗山簡議庭嘛，那那個案子就是對方砍了我兩棵的香蕉樹嘛，那我就是請求一棵五千塊的損害賠償，那我去盤查嘛就是一棵香蕉樹只要四十四塊，那我就是問他說那八十八塊你要不要嘛，那對方就是說那我不要了，但是呢我要砍你兩棵來作為賠償就是，所以你就會發現到後來她們已經是所謂的意氣之爭了，就是說他已經不在乎那個錢是多了，結果就是說如果你要給我四十四塊那我當然就是不要了，我寧可砍你兩棵來作為賠償就是，那所以你就會發現，走到了法院那通常大家就是都撕破臉了吼，那所以其實盡可能避免來法院其實是沒有錯的。那就是跟各位分析一下訴訟的缺失，那大概就是，我剛也有跟各位說過，大概就是因為你，就是幾乎法院的裁判者吼，就是大概醫療知識也不太行，裁判者大概也都不知道自己胃長在哪裡吼那你怎麼來處理像我們剛剛講的亞急性的那個什麼，到現在還是不會講，反正就是那個什麼很奇怪的一種什麼，比如說生理現象或疾病，那所以幾乎通常都是要送鑑定，那送鑑定大概就是通常都是由醫事審議委員會來包攬這樣的一個情形，那但是其實，法醫師法通過後有要求教學醫院應該要強制設置這種法醫師這樣一個制度，那其實是方便法院可以把這個鑑定，送給法醫師去做，那目前就是好像他沒有列入那個所謂的醫院評鑑，那所以各家醫院，也都是愛用不用的，那法律的規定雖然是這個樣子的，但是你愛用不用，那所以就是還是沒有辦法，就是頂多只能送醫事審議委員會去鑑定。那法律常常更新，就是我剛有講到的，比如說我們剛剛常常看到吼，比如說責任常常變動的原因，經常也都是法律不斷常常在變動所造成的。那在普通法，也就是說醫生該適用的究竟是醫療法呢，還是說醫師法呢這個特別法，還是說是一般的民法，還是一般的所謂的消費者保護法



呢？這種情形吼，就是說同一個社會行爲，卻有多種的法律規範，那另外還有一個吼，就是剛才已經跟各位講過的，最高法院他通常都沒有辦法發揮法院見解的功能吼，就是他通常都是發回，然後雙方當事人就會受不了，受不了後就會自行和解，和解這個案子就結束了，那所以其實一件案子要打很久其實是很常見的。那過來就是說吼，我昨天有跟幾名醫師談到，就是說引外國學說的適用，是不是適合我們的法體系，另外還又說就是我們的就醫習慣，我們剛才講到的所謂的醫師的說明，在美國，可以就是看一個醫生，看久一點，那所以就是他說明的時間多一點，那可是就是在台灣，你幾乎不可能就是做這樣一個動作，醫生也沒辦法跟你講，大多都是護士來跟你講，像我個人的就醫經驗，在台大吼就是大多都是經由護士來說明，來跟你說就是明天要做什麼阿~可能會有什麼樣的風險之類的，那醫生就只有過來跟你說什麼，明天要開刀喔，知道嗎，喔，知道，點頭，然後他就走了，那他也幾乎沒有什麼時間來跟你說喔~開刀會有什麼樣的風險阿，那除了開刀有沒有什麼方式阿，等等的，或是開刀完後你要注意什麼阿，也很難就是跟你講這些吼，那所以跟我們的醫療化也是有很大的關係，那所以其實就是那外國的學說是不是可以也適用在我們的醫療體系上，其實我現在是蠻沮喪的，因為你會發現，你所學的你所主張的學說，其實跟實務是相當的背離，那後來就是我後來住完院，就是把我所寫的碩士論文，丟進了垃圾桶，那就是發現吼，完全跟實務沒有辦法完全的契合，就只是紙上談兵而已。那另外還有就是醫療過失的認定標準不一吼，這個部分是在講說，有時候，就是說我們是採所謂的理性醫生一般的標準，還是說是客觀的病患的標準，有時候這樣產生出來的注意義務其實是不一樣的，那但是法院吼其實並沒有針對這一點去做一個很合理的說明。那另外還有一個就是舉證責任的問題，那大概就是到底是要由患者來舉證還是要由醫生來舉證，其實法院有時候就是也常常初一十五不一樣，那這個過失這個剛剛也稍微有講到，那我這邊的建議大概就是，所謂的醫療法，就是專業的醫療法院，各位如果知道的話，就是我們所謂的智慧財產權吼，在今年，阿是在明年吼，在明年我們會成立一個所謂的智財法院，所有的智慧財產權的案件，就是說牽扯到專利商標，就是由所謂的智財法院來處理，那我覺得就是吼所謂的醫療案件，應該也是要用相同的方式來處理，那就是也可以來跟各位介紹一下，就是我們現在，根據醫療法的規定，就是我們必須要來設定一個醫療專庭，但是這個醫療專庭，很弔詭的就是大多都是有我們所謂的 R1 跟 R2 的法官來做的，就是最菜的法官大多都是待在這個醫療專庭，那爲什麼會這樣，就是各位也都知道，有的案子就是會一拖然後拖的非常久，那法官也是有業績的壓力，就是會說你一個案子怎麼會辦這麼久還沒有辦完，那大概是一般的案子要一年四個月就要辦完，就是那種一般的案件大概是一年四個月要辦完，那我們剛才也有看到就是一個醫療的案件，平均要兩年多才能辦完，所以他勢必會變成就是我們法院上再說的所謂的遲延的案件，那遲延的案件一多，我們法院也會有考績，那你考績就



會吃乙等，你就會吃鴨，那法官對於自己是一個乙等法官的這件事情其實是非常的在乎，那所以沒有人會願意會想來就是醫療專庭來辦所謂的醫療案件吼，他的原因在這裡，所以通常在法院吼，就是由最菜的法官來接這個醫療專庭，那最菜的法官，他本來的經驗就不太夠，不管是其他的案件，他都是經驗不太夠的，那所以這樣你還要叫他去辦所謂的醫療案件的話，那其實對他來說其實是一件極為困難的事情吼，那其實也是一個很大的折磨吼。那所以你有一個所謂的醫療專庭，其實沒有什麼用阿，你要看醫療專庭的成員大概是屬於哪一些，那我相信各位對 R1 跟 R2 的醫生信任度當然也是不太夠的，那醫院的 R1 跟 R2 的醫生，最大的特色就是他有熱忱有體力，那法院的 R1 跟 R2 的法官也是一樣有熱忱有體力，那所以通常就是適合賣命的那一種吼，通常就不是賣智慧的那一種，那所以就是如果你要提一個所謂的醫療訴訟吼，品質要好一點的時候，通常醫療專庭是沒有辦法解決這樣的一個事情，那還不如比照智財的案子，建立一個像這樣的法院可能會好一點。那另外第二個建議大概就是，所謂的鑑定機構的問題，就是說你如果沒有多餘的鑑定機構的話，那常常就是獨尊一家，那獨尊一家的時候就是往往當事人都不太信任，他認為就是說，譬如說像剛剛講的醫事審議委員會都有黑箱的情形，那他可不可以就是不要送醫事審議委員會，可不可以就是送其他的像法醫師阿，法醫研究所，那像這樣的一個情形。那另外一個就是鑑定機關的透明度，就是你至少要告訴我是誰鑑定的，你不能跟我講說是醫事審議委員會出的報告，那沒有鑑定人我要問誰？你沒有辦法問，那就是說，我要提出質疑就是說，鑑定人的資格這個夠不夠，他有沒有那個資格可以審查這個案子，那我們能確定的就是，醫事審議委員會在鑑定的時候，他們是採外包制的，那期中就是由某一個醫事審議委員他包某一件案子回去，然後他包這個案子回去，那他當然是大老級的醫生，所以他當然就是再把案子給他底下的門徒嘛，像主治醫生，那主治醫生在下包給比如說他下面的總醫生阿、或者是更往下包譬如說是住院醫生，就說各位你們研究研究然後跟我講一個報告。那所以就這樣一層一層的上來，那像這種外包制的鑑定，就是說後來到底是誰鑑定的，那是不是也有可能是 R1 鑑定的，都有可能，那這個醫界當然就不可能承認有這樣的一個情形，那其實我是認為其實可能性還是存在的吼，因為你也不曉得外包到哪裡去了，就像我們常常在工程上常常看到就是大包然後再來是小包然後再過來就是打臨工這樣子的情形，也都是有這樣子的一個情形，那最後，就譬如說小包就倒閉了阿什麼的，這種是常常有的一個情形，那鑑定機關也是，就是如果你是採這種外包機關的時候，你的透明度不高的這個情況，在之後的訴訟時候就很難受到訴訟當事人的一個信賴。那過來，司法院這個…最近，應該也是說推了好幾年了，就是說專家參審制的這樣的一件事情，那專家參審制在講什麼，就是叫醫師來當法官，那也就是說怎麼呢…就是說三個醫生，喔是三個法官當中其實有一個是醫生，然後由他來負責醫療案件的審判，那其實有一個困難點就是說如果有一個醫生跟

兩個法官的意見不一致的時候那就是醫生一票然後兩個法官兩票吼，那這樣產生的一個問題就是專家人數的問題，然後另外一個問題就是，專家不負責寫判決，那他只出意見吼，那所以有時候法官就會覺得說你就只出一張嘴，反正你就只要講，那寫都是我在寫，阿我就是寫不出來阿，我沒有你的專業素養，那所以其實就是會變得很紊亂，而且另外一點就是說，醫生要來當法官的意願有多強，也就是說其實就是醫生一來就要被綁在法院綁兩年多吼，然後付給你的薪水又只是只有車馬費六百塊再加一個停車費再加一個停車位，那哪有一個醫生願意去，那所以就變成說你的專家可能變成就是退休的醫生阿，退休的大老，那他就是閒閒沒事做嘛，那他可能就是說說其實來當法官也是不錯的，但是這些退休的醫生阿，他們年紀大了，體力也是有限吼，所以這個專家參審制吼，其實在我們司法界，我們實務界，其實是蠻感冒的，那所以其實到現在，也不是很敢正式的使用。那最後給大家就是醫療契約的概念，那其實各位在就醫的時候就是很少做比如就是說人家拿契約給你簽阿，這其實現在是很少見的吼，大概就是告訴你說明天要手術阿什麼的，給你什麼手術的同意書阿什麼的，那其實醫療契約的概念其實就是說雙方能不能心平氣和的坐下來，就你的醫療行為是不是符合雙方面的這樣一個需求吼，比如說就是你有特殊的需求，特別是在美容契約的時候，在美容整形的時候，你跟他說你要劉德華的鼻子，然後他給你澎恰恰的鼻子，像這種，就是如果概念不是界定的很清楚，比如就是說你認為的劉德華的鼻子應該長什麼樣子，你沒有做一個很明確的規範，雙方沒有做一個很明確的規範，甚至是拿三D來做一個就是說我要符不符的這個鼻子，或者就是說我要達到一個怎麼樣程度的美容效果，那如果就是你沒有雙方界定的很清楚的時候那有時候雙方就是會出現問題吼，這是在整形美容的這一個部分。那，所以醫療契約的推廣主要就是在讓雙方了解彼此的需求，那有一個比較見諸於文字的一個規範，那就是對一個將來的醫療行為的效果比較不會有這樣的一個期待然後有落差，那而且也就是可以比較的保障雙方的當事人。那其實就是醫療契約其實在台灣其實是沒有那麼的普遍，像在日本，各位其實可以上網去查詢的時候可以看就是，你會發現他有很多的醫療契約，拔牙啦，其實蠻多的，他其實有蠻多有見諸於文字上的形式，我覺得其實是還蠻不錯的一個概念，那各位其實可以蠻推廣的就是說這個醫療契約的存在然後就是可以其實他的醫療行為有比較多的保障。那我大概就是講到這裡，那不曉得就是各位有沒有怎麼樣的一個意見，有沒有人就是對這樣的一個報告有沒有什麼樣的意見要那個或者是有沒有問題要提出來？

侯老師：那個，你剛剛講的那個所謂那個喪失生存機會就是你可不可以跟大家說明一下計算那個損害賠償的，就是你剛剛有講可是我覺得不是很清楚是怎麼樣算出來的。廖法官：喔其實他的那個算法是這個樣子的其實… 侯老師：像第一個是百分之三十一嘛，是三十一%，那他的那個額度是怎麼樣

算出來的，就是說最後乘以三十一，廖法官：他就是以這個算法就是說，我們剛才看到這個案子他說第一期的存活機率是三十六到七十一，推回去給各位看，本來是三月發現的，就是說如果他是八十八就發現的話，機率是三十六到七十一，那到了八十九年三月的時候變成百分之五，那他的算法就是說把你平均的死亡年齡，平均一命就是七十~七十二歲，那這樣先算出一個損害賠償的額度，然後再去計算他的損害賠償是多少，那他的損害賠償就是說你本來的你本來就發現的話你會死的機率是三十六，但是因為你沒有發現，所以變成五，三十六減五是三十一，用這個三十一去乘你死亡的時候原本我們一般的計算，大概可以賠多少然後再乘以這個百分之三十一。也就是說把你算到死亡的，如果你現在就死了那到你平均一命還差多少年然後去算譬如說你基本工資，然後算出來一個金額，那我其實不是造成你全部的死亡嘛，我只有降低你百分之三十一，所以就是由三十一下去乘，得到一個數字這樣。侯老師：我蠻好奇的就是說，那個判決確定了，那後來他真的死了，那這種情形呢，能不能再提？廖法官：如果在他死之前…侯老師：已經確定了。廖法官：對。侯老師：那他也沒爭執了，就結束了？廖法官：對，那他錢就是會領到了然後就會變成就是遺產了，所以其實我也沒有辦法處理這個案子。所以在美國法，他的那個生存機率降低的請求，一定是等他死亡以後，但是因為在我國，又有一個很奇怪的看法就是說，我們沒有一個所謂的你死掉的人的繼承者不能請求對他的這個生命權的侵害，因為他的權利主體已經不存在了，那所以他又不能請求這樣一個損害，所以我們國家就是變成了這樣一個例外的情形，沒有像美國是允許，阿不是允許，是限制說一定要等他死了才能提起他這個生存機率降低的損害賠償。那所以在我們國家就會變成這樣一個很奇怪的案子，活著的人請求死掉的損害賠償。侯老師：就是提早提？廖法官：對，就變成提早提，你就明明看到那個人一直活著，那就是很弔詭這個樣子。那有可能，他有可能活超過七十幾歲，或他還是活著，也有可能嘛，那現在問題就是他這個判決還是允許這個樣子的請求方式。侯老師：還有一個問題就是：剛剛有提到說，有講到說，現在以後會導向治癒率…廖法官：對。侯老師：那可是這個治癒率的問題跟存活率的問題，那是不是完全相同？像我們一般說醫療，那醫療本來就不能保證說你有病來看我就一定把你治癒這個樣子，那如何因為一個病他沒有被治癒，來請求一個治癒率的…但那個治癒率是說把一個病所治好，並不是說是生存的機率增加或死亡的降低，那這種情形來請求損害賠償，怎麼請求呢？我真的蠻懷疑的，因為變成這樣的一個情形的話，不就變成會是這個訴訟要…就像說其實在德國也有這樣子的情形，就是說律師如果說一個案子，本來是說別人打都會贏但是你打就是輸了，我們可不可能反過來告這個律師，他不是已經走到了這一步了，那我就是在想這個情形吼，律師的訴訟我們可以說他是一個承攬，反過來就是說別人打都可以，…也不能講他是承攬，應該是委任啦，但是他性質上比較可以說應該有沒有可以請求，那醫療行為本來就是不能保證的，那他

怎麼去這樣的請求？廖法官：那現在就是變成這樣吼，他是用風險來看吼，就是說你採取這樣的治療本來的風險可能百分之七，但是你選擇了一個錯誤的治療方法結果風險變成就是百分之…差很多好了，比如說差五十或六十…

侯老師：那就是說他選擇的治療方法是錯誤的。廖法官：對對對，是變成就是這個樣子，那所以，但那問題就是說，有所謂的標準治療，但你沒有選擇標準治療的時候，常常就變成是他請求的案件大概就是變成這樣。侯老師：那有沒有可能說就是，A、B、C三種標準治療，那我可能選擇其中一樣，但他三個之間雖然說都是標準治療，但彼此間就是治癒率或是風險都有差，那我可不可以事後說你當時如果選擇A我的風險就沒這麼高阿，那所以該怎麼處理？廖法官：對，那所以就是有時候變成，就是這個生存機率的降低其實跟說明義務是嵌在一起的，他就會變成說，也許他不是一個生存機率降低的問題，而是他是一個說明義務的問題，就是說這個你有這個機率跟治療方式有差的這個差別的時候，如果你沒有告知，那就是用這樣的一個方式去做損害賠償，但是也有人進一步的認為說，其實是要用這個生存機率的降低來計算損害賠償，就變成這樣，因為那個說明義務的違反，的請求的損害賠償通常都適用所謂的非財產上，也就是所謂的慰輔金的方式來給付會比較多一點，比較少說跟身體權受侵害連在一起。那他認為說如果你要跟身體權連在一起的話，就是要用生存機率的降低來計算。對，就變成是這樣。侯老師：好，那同學有沒有問題要問的？沒有嗎？廖法官：各位都沒有問題喔？那各位如果都沒有問題的話我就在講一個實務的八卦好了，我們剛才看到吼，就是我拿出來的制服吼，那可以跟各位稍微講一下的就是說像法官的薪水大概是，痾…出來大概是八萬多到九萬，那接下來的檢察官也差不多是這個數字，那公設辯護人大概是八萬，那另外我剛才跟各位講的大概檢察事務官和司法事務官也大概是八萬，然後書記官大約是四萬多，那所以各位可以看的出來就是說，很多，就是法律人吼，為什麼會很想當這個法官或者是檢察官，一定要一直考上為止，其實就是在這裡，那法院其實以前比較少見的在這裡就是審判沒有很獨立的時候，行政權其實是比較大的，就是說你的審判的內容可能常常會受到比如說院長阿，庭長的指揮，比如說他叫你說要怎麼判你就要怎麼判，更可能也有上面的，譬如說總統下條子來叫你怎麼辦吼，那現在變成不是這樣子吼，現在變成最大的其實就是法官，那所以就是整個法院的制度吼，都是繞著法官在走的，所以就是說在法院的人阿就常常說，在法院吼，只有法官才是人其他的都不是人，就是這樣，那所以就是現在有很多法官吼，就是會做出奇怪的判決，或是什麼，通常都是因為其實獨立以後的結果。就是它變成幾乎沒有人可以拘束的了，那所以就是他會做出一些奇怪的判決，各位也不要覺得奇怪，法院常常會有那種就是說摸兩秒鐘就是猥褻阿，那摸一秒就不是阿什麼的，這其實也一點都不奇怪，這其實是因為審判獨立的結果，所以每個人都有一些他自己的生活經驗，那生活經驗就常常會造就他判決的內容，那所以，你不太可能就是要求就是說，一個沒有生過

病的人阿，或什麼他真的只能存脆想像醫院裡大約是什麼樣的一個情形，他很難就是說做出比較貼近於一個真正在醫院工作的人，那到底是一個什麼樣的心情或者是一個什麼樣的工作環境，比如說我們剛才講的，剛才有提到說在放射科裡面放射科主任要求你這個東西要回收使用，那你認為你是一個剛進去的 R1 或 R2，有辦法說喔不，這個主任，你這個不能這樣回收使用喔，這樣子根據我的醫療知識判斷這樣是有問題的，我相信吼，沒有人敢這樣講吼，那所以就是身在這樣一個工作環境下吼，他能發揮所謂的道德阿，良知阿，跟工作的所謂的上級的指示有所違反的時候，我覺得其實是蠻困難的吼，所以如果沒有設身處地的為現今的醫療工作環境和在裡頭工作的人是怎麼運作怎麼想的吼，我們常常會做出來的判決是很前衛，他也許在理論上是很正確的沒錯，但是能不能落實就是一個很大的問題，但是我們法院現在就越來越有這樣的一個問題，就是說我們高度的理想化，那其實是跟我們的社會吼，是有很大的背離的。比如說我們之前的那個走路工的事情來說好了，就是說他的想法認為說參加造勢或是什麼的要收錢這是他的工資，他不是所謂的走路工或什麼的，可能就是他自己本身的生活經驗告訴他說我去參加人家造勢我當然要收錢阿什麼的，這收錢跟投票就是兩回事，那是就他的生活經驗告訴他就是這麼一回事，那但是就是你去問這個附近的人，她們就會說你看啦，這個法官都不懂這種事情，那會常常就是這樣，那我們法官吼，其實沒有錯，是比較封閉的一群人，我們交往的，老公阿或是男朋友女朋友可能也是法官或檢察官，那所以就是其實是蠻封閉的，那其實就是跟外界不常接觸，因為多接觸人家可能就會說你這個法官可能生活不檢點阿或是什麼的，常常會有這樣的情形，那我們常常就是，開完庭，然後開完庭寫案子，寫案子後宣判，宣判完後回家這個樣子，然後隔一天又是過一樣的生活，看卷子開庭寫判決，每天就是這樣過，所以你說有太多的機會跟外界接觸嗎？或是怎麼的，其實都是很困難的，所以我其實常常說我自己是一個宅男，常常就是打判決阿，幾乎也沒有什麼時間出去，大概都是利用電腦在跟外面的人接觸什麼的，所以我說有一些人寫 MAIL 給我，我通常就是在幾秒鐘後就回給他，因為我都是盯著電腦，然後有信來我就回很高興然後就趕快回給他，那他都會變成這樣的情形，法官的思想窄化或怎麼的其實也是，就是如果你了解了實務的環境，就會知道這個，除非就是有其他的途徑或什麼的網路阿，或其他的方式，接觸一些外界的事務，否則他其實是真的是一個很封閉的團體。那所以有時候如果我們法院有做出一些比較奇怪的判決，各位應該要…ㄟ聽完我今天講完應該要能諒解這個樣子，不曉得各位還有沒有什麼感興趣的八卦要聽什麼的，如果你要我預測明天的案子，我是沒有辦法。

侯老師：那還有沒有問題要問的？那個首先我們很感謝我們的廖法官來給我們上這樣一堂演講課，那其實剛剛有講到的就是我們要諒解法官，那我想醫學系的同學應該會覺得說如果可以對法官諒解，那為什麼不能對醫生諒解，像我們上這個醫學系的課，同學阿或是醫學系的老師教授，都會說法院

有所謂的三審制嘛，那如果說前一次的判決跟後一次判決不一樣，那前一次的判決是錯誤嘛，那爲什麼前一次的法官不用對這個判決負責？但我們醫師的這個一個疏失到最後送鑑定的時候，有錯誤我就要對行爲負責，那如果就是我們能對法官諒解吼，那可能每個各行各業都會要求諒解，那當然我們沒有辦法避免的就是說，的確在我們法官培養的制度過程裡面，其實我們都有很多的這樣的不足點，這些不足點不只是在我們台灣發生，我在德國的時候我甚至有位德國的朋友跟我說他要移民，大家都想說欸德國的制度應該不錯，那事實上，制度是一樣的，所有的法官都會受到案子送員的這個業績的壓力吼，那我這個朋友，他爸爸是一個耳朵有一邊重，一邊還好但就是說跟他講話要很大聲這個樣子，那就是有一天晚上吼，他們家的對岸，就是他們家中間有隔著一條小河，一條小淺溪，對岸有人開 PARTY 非常吵，那就是說那天晚上有一個人持槍，持槍然後告訴他們說你們在吵我就要開槍，然後那個持槍的人是滿臉大鬍子吼，然後就是報警，那後來他們就是指認說那是我朋友的爸爸拿槍過去的，那警察就是來了，來到他們家，那他們家就是說他媽媽出來應門，因爲他爸爸真的是重聽，因爲我跟他爸爸很熟，我在跟他講話都要用喊的這樣，那他就說你先生在嗎？在阿，他就把他找出來，他們就是不太可能是，他爸爸根本沒聽到那個聲音吼，不會去，那他在辯解的過程就是說從報案到過來的時候大概是只有三分鐘，那他真的是一個很胖，很重的一個爸爸吼，他走路也不是很快，他們認爲說他是跨那個溪這樣走過來，那他們家的院子也蠻大的吼，從他們家的院子到那個溪就我來走也要三分鐘，還要橫跨那個溪到對岸這個樣子，其實是不太可能的，那她們也一再的指稱說那天不是他爸爸，而且剛好也就是那天他也刮了鬍子，那爲什麼也刮了鬍子就是說，他們家是屬於一個小鎮，然後他爸爸是小鎮裡的老師，那他們都有固定…各位不知道有沒有經驗就是說就是我小時後我們常常會有一個理髮師，他固定大概一個月來一次，到我們那邊剪頭髮什麼的，然後大家就都會去這個樣子，他們那個小鎮也是有一個理髮師會去那個小鎮然後幫他們所有的老師剪頭髮刮鬍子什麼的，那那天他也就刮了鬍子剪了頭髮，他也舉出了証人就是說他那天真的刮了鬍子，他真的沒有鬍子那麼多，那他們家的確有槍，因爲她們那邊並不是禁止而且那是把獵槍，那她們就是一直希望法院能過做一個就是實際的調查就是說以他那麼胖的體型就是沒有辦法走這麼快過來這個樣子，那事實上是沒有辦法，我不知道是三分鐘還是幾分鐘，反正是沒有辦法，那就是法院一直都不願意調查，因爲他們案子很多然後他們就覺得你這個案子很簡單，我又沒有要判你關，我是要你緩起訴兩年，法官對於這種緩起訴的案子，反正最後也是沒事也是緩起訴這樣，你不要那麼擔心嘛你只是緩起訴，反正你也不會在做嘛，對不對，最後也是沒有嘛，那到最後也就是說二審就確定了，那她們全家就是很不能…就是說這件事怎麼可以在我們德國發生，她們很想移民，那其實我現在講就是說我們期待法官有一定的職業道德跟職業熱忱，那我們也要去做思考，就全世界還有

我們也都一樣，就像美國爲什麼法官都會希望她們去做訴前調解和解，也是希望把案趕快結束，那這個事就是可能是全世界都要去思考就是在一個司法體系裡面，就是說在一個訴訟程序裡面我們是要執行我們社會的一個爭議一些糾紛，但如果這個制度本身有這樣的一個問題產生，導致說我們本來的訴訟制度和法律本來是要透過一個糾紛的解決來達到社會的公平正義，那如果就是說你的制度沒有達成，必須大家一起來討論吼，我覺得這是這個最大的問題嘛吼，那所以當然我們還是期待各位多給法官一點同情心但是我們還是期待說法官本身還是要有熱忱啦，不過像我們剛才講的醫療專庭，又是以那種最菜的，我那個時候剛聽到其實是對我們的醫療訴訟其實是蠻悲觀的啦，其實醫療糾紛的發生吼，就我剛才講的…嗯…包括我們剛才廖法官所講的，其實是在實務上有很多的問題就包括說我們在執法者的審判者他也是有個人經驗上的一個不足，但是一個醫療行爲的進行，卻是一個社會大眾所期待且需要進行的，但是在一個…嗯…我們不要講所謂的刑事，單純講民事來講，他也是一個損害賠償一個全賠的制度，那一個小疏失可能造成像剛才講的他可能有上千萬上百萬的一個損害賠償，那其實以現在法官八萬多，醫師其實也沒多少，現在其實也沒多到哪裡去，而且大部分都是受雇醫師，也沒多到哪裡去，一旦要賠可能也要不吃不喝好幾年才賠的起那麼大一筆錢吼。那我個人其實爲什麼會這樣講的原因就是說我最近常在思考就是一個醫療的意外發生之後我們真的只能從醫病之間來看誰來承擔風險嗎，還是說有一個隱藏的機制來就是說來承擔這個風險，雖然說我們這一個學期都在上的是這個醫病之間誰來承擔這個風險上的問題，但我還是蠻期待我們法律系的同學可以去做另外一個思考就是說我們真的只有這一條路有沒有其他方式可以把這個醫療的風險的處理做到符合這個社會所需求的，那大概課就到這裡，那大家還有沒有什麼問題，如果沒有的話我們今天還有這學期就到這裡，謝謝大家。廖法官：那剛才侯老師講到的那個，我突然又想到說各位在打訴訟，不管是醫療訴訟或者是其他訴訟也好，千萬不要在，記得不要在年底的時候打，因爲年底的時候就會有像老師講的那個，他不太會管你吼，你要傳什麼，他都不管你，因爲他年底到了他要結案。那因爲法官有考績的壓力，那他就會想辦法要把案子結束。那除了十二月不要打那再來就是八月也不要打，因爲八月是法官調動的關係，他也要把案子清倉，所以在這個時候呢，如果就是法官通知你開庭，你就是說你請假，你出國也好，或是怎樣也好，反正就是不要在這個時候結掉你的案子，不然你的這個案子可能結的非常的粗糙，或者是你會覺得莫名其妙，怎麼這樣子就給我結案了，爲什麼。所以記得，八月和十二月不要打案子。侯老師：好，謝謝大家。



# 第四單元成果報告會會議紀錄

主講者：侯英泠（成功大學法律系助理教授）

時間：2007/1/18（五）16:30~17:30

地點：成功大學醫學院 11 樓 微免所研討室

## 醫療與法律課程教學改造計畫

### ◎演講摘要

96 年度的第一學期，個人新開一門課程，將法律系及醫學系兩系學生結合的課程。課程中希望兩系的學生能以不同立場，對一些相關案子作出不同的分析及討論，以求將來能用更多的思考面去考慮案情。此課程有三個方向，分別是期中報告、教學網站及邀請不同立場的人來演講，而針對這門課所衍生出的問題，我希望藉由 TGIF 與大家作一系列的討論。

首先，課程進行六週的導讀。導讀分兩方面，一個是醫學系的導讀；另一個是法律系的導讀。導讀的目的，是讓醫學系的學生能夠對法律的基本定義有所了解，讓他們實際去看醫療糾紛，比較能夠了解判決書裡面討論的問題。對法律系的學生而言，因為法律系的學生在看案子的時候，常會從法律系的立場去看問題，可是對醫院的臨床運作、組織分工都不甚了解，所以希望在課程中，為了使法律系的學生了解相關的制度，並配合臨床上的運作，使法律能與實際情況結合，以達到法律在臨床上進行實際運作的效果，方能真正保障病人的權利。

為了讓學生進行期中報告，故於最初建立了七個主題，再從這七個主題中尋找相關並且纏訟多年的案例及所衍生之問題供學生研讀與討論。尋找纏訟多年的案例，主要是因為從這些案子中，可看出法界跟醫界如何從起初的各說各話，到現在慢慢的有所共識，並從中了解對一個案子，該用什麼樣的立場去了解，也反映出法律本身是否能清楚抓到問題的重點。在課程中，不同立場的學生反應一些不同的問題，例如醫學系的學生覺得自己的立場被邊緣化，因為有些像人工生殖、人體試驗等等問題，不易找到相關的案子作討論，而且訴訟的重點也不在糾紛，因此醫學系無法討論到實際的問題。另外，課程設立初始，原本希望醫學系學生能針對案情說明醫學方面的問題；法律系學生則整理法律爭議及判決疑點，最後醫學系及法律系學生再分別交出一份鑑定書及一份判別書。課後卻有些醫學系的學生則反映，原本以為能多學一些關於法律的問題，但後來在課程中卻發現實際上還是在做一些自己已經會的東西，覺得自己在法律上學得不多，所以如何在把兩個系結合，同時讓兩系的學生都覺得他們自己是主體，就成了很重要的問題。

關於教學網站的部分，本來設計是要讓學生在網站上發問，然後讓相關組別



的同學針對問題作出回答。但因有學生覺得在網站上的討論不激烈，所以雖然在網站上發問，但是討論並不熱烈，而且表示一些重要問題，已經在課堂上討論過，造成討論焦點太少；也有要解釋的學生覺得發問的問題不是重點，因此對問題隨便回答，使得網站內容不夠吸引學生參加討論。故希望日後能有一更好的教學網站介面，來增加學生在網站上的參與度。

另外，對於邀請不同背景的人來演講，我發現學生的反應很好，更有學生希望能夠把演講擴展到整個醫院。但事實上在演講中，聽講的學生與演講者討論的情況沒有很興盛。我思考原因大概是台灣的大學生比較內向，會視情況去做發問，這方面得從社會開始進行教育起才能漸漸的改變。

透過這樣的一個課程，我原本的想法是讓兩系的學生互相去討論彼此的不足，以達到互補的作用，大部分的組別都有討論。但也有學生私下表示，在學生們分組後，系跟系之間就變得沒有交集，造成法律系跟醫學系的人無法討論，產生了各自為政的現象。改進的方向在於這種技術整合的課程中，就必須思考學生到底應該知道的內容是什麼。應該要選主題，再去選案子？還是直接以纏訟多年的案子做討論？以我個人而言，認為醫療與法律的課程應該不只局限在醫療糾紛上。而且我認為主題是比較重要的；可是也些比較重要的主題，卻找不到適合的案例供學生研讀與討論，如何取舍是這個課程上重要的一個思考點。

此課程最主要目的在於透過本地案例的討論，希望讓學生有臨場感，進而讓兩系學生對實務有進一步的了解。但在實際個案討論時發現，法律系的學生不夠宏觀，只考慮到案子的攻防，沒有想到更深入的醫療問題，無法抓到事情的重點。所以在設計課程時，要設法讓法律系及醫學系的學生知道醫療法有其特殊的處理方式，必須清楚的了解處理的重點何在。

就技術層面來說，有學生針對課程提出修課人數太多的問題。讀書會的成員表示，因課程只有半學期，加上修課人數眾多，可以先將基本的東西盡力而為地教導學生，如法理及醫學倫理，再針對案子的思考做說明，最後在案子的問題出現時再說明如何解決，領導學生思考。

## ◎座談摘要

Q：在人工生殖等的問題中，倫理跟法律若是無法同時存在時，請問你想要選擇哪一個？

A：這是一個很大的問題。基本上法律是一個最基本的道德要求，有些東西只要在社會中沒有影響社會運作時，是可以給予一些空間，不予法律規範的。所以當一個人的行為合法，不一定代表他是符合道德的，何況有時候道德的觀念非常主觀，我們無法將道德放在一個客觀的立場去要求人的行為。所以實際上是視情況去拿捏，去取得事情的最佳平衡。

Q：修這個課是為了讓醫學系的學生了解法律，同樣也是要让法律系的學生來了解醫學。可是我們有必要讓醫學系的學生了解法律，讓法律系的學生了解醫學嗎？

A：像我們提到纏訟多年的案子，很多都是因為法官不知道案子的重點在哪裡。雖然大部分的法官都會接到和醫療相關的案子，不過卻因為醫療法的確是很難的領域，讓許多法官在這個領域中感到英雄無用武之地，也因此有許多元老級的法官都不會選這類的案子。這些案子最後就會落在新任法官的手上，所以現在法律系的學生都必須要涉獵醫療知識。

Q：上課時，原先為了不加重醫學系及法律系學生的課業負擔，只會請他們就自己的專業進行相關分析；但後來有學生反映，希望在課程上能學習彼此領域中的相關知識，事實上要真正學習彼此的知識並不是件容易的事。究竟要如何讓學生在課堂上學習到法律與醫療間的真正關係呢？

A：也許在向學生說明討論主題時，要刪去一些主題，以醫學系學生們畢業時，所必須要具備的基本法律常識為首要考量。在第一堂課先讓學生討論，然後在第二堂課時再去請相關的老師，針對這樣的 topic 做演講，或實際做出一個判決，去強化學生對這方面的概念。

## 第五單元期中讀書會演講稿

### 醫療產業複合體：STM 觀點的初探

主講者：吳挺鋒（開南大學通識教育中心助理教授）

時間：2007/11/16（五）16:30~17:30

地點：成功大學醫學院 11 樓 微免所研討室

#### ◎演講摘要

在 1960 年代的批判性知識運動中，有兩個曾經深信不疑的啟蒙知識信條受到質疑：(1) 啟蒙以降的「客觀」信念——其客觀性的保證源於方法論的操作與確保；(2) 科學（必然）淑世的歷史進步主義預設。這二者對立於宗教、意識型態、文化、傳統、習俗等「主觀偏見」。在 1960 年代各項事件發生之後，大家開始質疑科學家的知識信條，因此 STM 開始集結自然科學之外的學科。

以 DNA 之父 James Watson「失言」風波為例，有人認為這段話是 James Watson 在進行科學的種族歧視，用科學語言包裝種族歧視。由這個例子，可以了解科學

與整個社會息息相關，科技政策是 STS(M)基本上共通的關心。德國社會學家 U. Beck 提出「風險社會」的概念，民眾與科學家基本上都不了解科技的風險。STS 不是反科學主義，而是認為科學應該為一般人所了解並運用。此外，還必須去了解整個廣泛政治、社會、經濟的歷史。有學者認為社會的不平等是來自先天的不平等，因此，過去認為社會制度上的問題，必須透過後天來修正。

現在社會的各種活動，都脫離不了財政資源的分配。舉例來說美國 1950 年代所打造的軍事產業複合體，是美國在財政上有系列、計畫的作為。軍事產業複合體打破政治、經濟及學術的界線，形成一個相互餵養的龐大體制。將軍事產業複合體做為出發點，可以探索醫療產業複合體。在探索的一開始，必先有一個市場，市場化的程度就取決於國家，賦稅政策跟企業也有很大的關係，保險在利潤分配上的協調，都可能影響到醫療。

回到台灣來看，1980 年代醫療市場的創造對台灣的影響很大。「醫療網計畫」便涉及藥品、醫療器材的進口採購，同時還涉及藥品專利的回溯爭議。由於醫療市場化的刺激，台灣開始擴大醫療產品內需。財政思維改變與醫療市場的擴張，可以從醫療保健預算的大調整來看。最明顯的表現在公衛預算因其非營利性質而被邊緣化，相對地，醫療化與醫療商品化傾向愈見明顯。組織層次方面，即醫療的產業化與大型化。以長庚醫院為例，既是醫療產業的先聲，也是日後的醫療產業領導者。「財團法人醫院」的壯大，賦稅誘因不可忽略。台灣的醫療組織型態從以前到現在有很大的轉變，1970 年代之前，公立醫院佔支配性地位，餘為小診所，當市場化與產業化趨勢介入之後，必定會促使整個組織的理性化，於是醫療財務、醫院管理等因此成為一門重要的規訓技術。與之對應的競爭結果則是普羅化，診所的規模小無法組織化，也無法理性化地去計算利潤跟成本之間的關係，於是越來越多的醫生成為受雇者，這也形成貢獻評估上的衝突，造成醫生自主性的喪失。台灣全民健保的開辦，使得國家扮演第三者的角色，疾病、用藥、技術及療程等，在第三者的介入之後，慢慢被釐清範圍。

最後，我認為私人贊助者的角色，往往成為特定醫療科技的推動者。而國家扮演醫療科技的創投角色，開始擔任先期的風險承擔者與研究資源的提供者。過去台灣對於特定產業獎勵並不多，而今國家提供賦稅誘因讓相關業者免稅，這幾個現象，都是 21 世紀台灣醫療產業複合體的實際表現。

## ◎座談摘要

Q：複合體之後的方向可能會偏離，例如醫療複合體也可能走向負面，有沒有一套方法可以修正複合體？

A：這就是 STM 中心設立的目的，但怎麼去控制它，台灣尚未討論到。STM 中心的任務便是去反省跟批判，新的學術社群要先出現，才能找出新的行動策略。行動的第一步就是分析、了解，要是沒有分析，便不可能去行動。

Q：法律、國家對於社會發展而言，是個怎樣的角色呢？針對現今法律的不平等，該如何改善？

A：科技發展已經是個檯面上競爭的東西了。國家扮演的角色是透過法律來推動或是限制，法律是唯一可以修改的辦法。現在缺乏的是更平等的法律，針對這些不合理之處，應透過標準立法程序，讓彼此有利害關係的人，可以參與其中修正。但法律沒辦法即時反應整個社會的發展。社會的改變是長時間而非短期的，我覺得在這樣的面相看來，知識分子是非常重要的，唯有引起思考，be aware 然後才能激起更多人的行動。

Q：請問 STS(M)中心成立的目的為何？

A：STM 中心成立的目的就在於提高 STM literacy，對於複合體，最好的監督者便是社會大眾，但現在大眾不懂科技的風險，STM 應該有義務去教育、去喚醒一般人對於生物科技的了解。

Q：針對醫療教育，STM 是否有自己一套的學程呢？未來又有什麼樣的打算？

A：目前在教育部的鼓勵之下，STM 有機會跟經費，的確是有想要有自己的學程，規劃是重要的。STM 有一個 condition，是要成為知識的傳遞中心，以短程計畫來說，是要把想法觀點去散布。長期來講，它有可能會成為一個資料庫。

Q：STM 可以透過哪些管道來進行？

A：例如國科會的期刊有一些專欄可以運用，另外社區大學以及一些較不固定的講座，都是不錯的管道。博士班的學生除了自己的研究以外，也可以舉辦一些講座，老師也需要多跟社會學習，社區大學就是一個很好的平台。

Q：對 STM 的研究遭遇困難時，可以如何解決？

A：現在 STM 中心沒有足夠的人力，但會量力而為，如果透過義工及老師的參與，那麼這個中心就能有跨領域的溝通，例如透過與臨床醫師共同指導學生，可讓醫師更加了解社會學對於事件的看法，透過這種交流，也可讓關於醫師的一些研究不受到拒絕。

## 藥商、醫院與醫師的處方決策

主講者：謝幸燕（義守大學醫務管理學系助理教授）

時間：2007/11/30（五）16:30~17:30

地點：成功大學醫學院 11 樓 微免所研討室

## ◎演講摘要

首先，我提出幾個關於用藥方面的疑問。我認為看診醫師的背景，通常會對醫師的用藥有很大的影響；而學術界進行的不是藥的用法，反而是藥價的控制。如果醫學有類似科學嚴謹的標準，那麼針對病症的用藥便會有共識，但事實上在控制了所有變項之後，醫師之間變異性依然很高。其實，針對開藥差異大的現象，可以歸納為三個主要原因：醫學知識的有限性、醫學知識的傳播範圍有限、醫師有自己的開藥習慣。

在專業內較容易接受的講法是，醫師用藥受到實習階段所帶領的主治醫師影響；另一種則是因為醫師程度不夠，知識無法隨著新資訊進步；還有一種是醫師被病人所影響。在其他的非專業因素方面，以健保給付對用藥產生較大的影響。

在採購藥物方面，藥委會會限制醫師所挑選的廠牌，通常是權力大的醫師才能夠使用新藥，或是醫師選擇藥物的空間受到成本考量而壓縮。在這些情形下，加上國產藥取代進口藥等因素，使醫師開藥的差異性變小。

在藥廠促銷方面，藥商影響醫師的處方決策主要有兩大方面：再社會化理論及代理理論。「再社會化理論」認為資訊對醫師很重要，醫師需要藥商來更新知識，所以為了專業上的考量，醫師會接受藥商的促銷。再社會化又分為專業及非專業。因為醫學知識本身有不確定性，醫師可以有自己的開藥風格，而病人的意見也可能影響醫師的處方，所以這種再社會化不會影響醫師的專業；而非專業的再社會化中，藥商非中立的新知來源則會影響醫師的處方決策。藥商提供的資訊，可能是基於利益的立場，經篩選後的資料，導致醫師也因此受到不完整訊息的影響。另外藥商可能會贊助各種研究及學術活動，或是影響醫療界的意見領袖，以達到促銷的目的。

在代理理論方面，健保給付及醫院的管理制度，會造成藥商對醫師處方決策的影響。過去的論量計酬導致消費過度，到了現在的總額預算制，則導致醫師選擇進貨價較低的藥品。除此之外，醫院的薪資管理制度也會受到健保制度的影響，所以藥商基本上是因應以上二者來促銷。而不同等級的醫院之間，金錢往來也有差異，因此藥商的促銷方案也會不同。

專業跟非專業因素的混合，造成了幾個很混淆的促銷途徑，在此出現以下四種讓醫師跟 PROP（藥廠業務）更緊密的制度：藥品輸入的臨床實驗制度、專科醫師制度、醫院評鑑制度與教學醫院醫師的升等制度、醫院採購新藥的提藥制度。這幾個制度都可以讓醫師跟藥商保持良好的合作關係。

藥師的資訊來源雖然較為中立，但藥師的權力低，加上藥師主要是以統計用藥成本為主要考量，在這些前提下看來，藥師比醫師更接近醫院管理者的立場。

總結來說，目前病人拿到的藥通常不是最好的選擇，反而是醫師基於自利動機後做出的最好選擇；而代理理論太簡單，醫師沒拿錢不代表沒問題，醫師在專業的誘因下還是會和 PROP 合作；藥廠的專業促銷手法也符合醫師的自利動

機。所以就目前看來，藥師還不能具體影響醫師處方的專業水準。

## ◎座談摘要

Q：病人最關切的是治療效果，演講內容當中提到的各種因素，是否真的會影響呢？

A：新制評鑑對藥師的權力來說很薄弱，總額預算制也讓醫院的成本壓力越來越重，我想這都會影響治療效果。用低價藥代替醫師原本的選擇，雖然對患者沒有危險性，但醫師不曉得這會不會影響患者的平均餘命。這是沒有辦法做大規模的統計，也沒有很多的量化資料，但有醫師承認現在所開的藥不是對病人最好的選擇。

Q：針對目前台灣的醫療體制有什麼想法？

A：與其改變醫療體制，不如找出方法來反省、面對問題，明白內部該如何自律，這是醫療專業人員要共同思考的。如果公民素質能力提升，這時會有相對平衡的作用。我想這篇文章應該還是可以提醒醫院的主管，看似專業的部分還是要小心，或者身為一個醫師，在接受訊息時是否具備敏感度。

Q：結論之中，「藥廠的專業促銷手法也符合醫師的自利動機」一句，是否會讓人產生一些誤解？假設第三句話改成「藥廠的專業促銷在符合醫師的自利狀況下，不得有妨礙到病人權益的認可」，會不會更恰當？

A：自利動機在此應該是要非常中立的解釋，有可能指廠商蒐集資料，而非單指在錢方面的。藥廠銷售藥時，他們自有一套方法，不是完全不倫理，但也沒有到可以爆料的程度。我覺得專業主義跟利益的區分在於人權。有些開藥不是基於專業的考量，也不是拿了藥廠的錢，而是因為人情，這是很難確切去界定的。利益本身沒有錯，而是當利益產生衝突時，才是有問題的。就醫師的立場來說，獲取的知識對病人也是有利的時候，就可能比較沒有問題存在。

Q：健保制度的改變，對社會的影響為何？

A：我們應該比較全世界的健保系統，台灣的健保所涵蓋的很多，但是人民對於健保的調整會有不滿。論量計酬的時代，浪費不少醫療資源。現今總額預算也有缺點存在。可以建議總額預算制的品質指標該如何訂，讓好醫師有更多的保障。

Q：藥師跟醫師的關係，到底要怎麼才能有最好的平衡？

A：我們可以先檢討：醫師門診與處方問題、藥師與醫師之間的溝通不良，如果能改善這種現象的話是較好的。其實藥師跟醫師是相互合作的關係，藥師可以提醒醫師而不是藥師要去牽制醫師。在座有人提出在成大，藥師很重要，

很多時候醫師都仰賴藥師來提醒用藥，且在採購用藥時，也需要藥師的意見，所以藥師是很重要的角色。我想這可能是跟私人醫院比較不同的地方，當然，醫師和藥師若能有如此的合作關係，對病人來說是最好的。

## 醫師、醫療行銷，與污名動員：台灣減重病人的打造

主講者：許甘霖（成功大學公衛所助理教授）

時間：2007/12/07（五）16:30~17:30

地點：成功大學醫學院 11 樓 微免所研討室

### ◎演講摘要

我在某一天看到了報紙上刊登著關於減重的相關報導，從中對減肥病患的議題產生了濃厚的興趣，因此才會針對「醫師、醫療行銷，與污名動員：台灣減重病人的打造」為主題，進行今天這場演講。

過去台灣曾經出現許多的瘦身美容事業，但經過一波又一波的政治約制，美容、美體市場開始消失，取而代之的是減肥門診的出現。但是憑經驗發現，單憑著「減肥」這個名詞，並不能有效的讓真正肥胖的人來減重，而是必須要有公關公司利用所有傳媒形式，系統性的對一般公眾知會、教育或傳達相關議題，才能達到讓「瘦」的形象，在他人觀點中更易理解並且贊同的目的，才能真正有效地吸引人群參與；不過，這也因此慢慢產生了污名動員的問題。所謂「污名動員」，就是商品宣稱的主要效用，不足以吸引潛在消費者，轉而訴諸與潛在使用者有關的社會污名，並暗示商品之移除污名的效用，藉以刺激目標對象的購買動機的行銷策略。

爲了更深入去解釋以上的問題，我以三個利用醫療行銷公關所舉辦的減肥活動作為實例。第一個減肥活動名稱爲「10-20-30 戰勝肥胖 職場成功大挑戰」。活動中，公關公司先以醫療人士作號召，而後藉由邀請媒體採訪欲瘦身的人士在職場上，因爲「胖」而導致的種種不便，例如肥胖的人動作上會比較笨拙……等，進而使大眾對肥胖人士產生一種負面的看法，讓肥胖的人以爲肥胖會造成職場失利的錯覺，進而主動求診。第二及第三個活動分別是「親愛的～我把它變長了」及「失戀陣線聯盟 全台胖妹大募集」。這兩個案例則是以男性因肥胖而性能力較爲不足，以及及女性因肥胖而感情較易受挫的理由，鼓吹肥胖人士減肥。

就這三個案例來說，可看出醫療行銷銷售的不只是醫療，還包括社會間的關係、社會制度，它整個是一整套的東西。第一個公關活動剛開始是醫療化，演變到後面則成爲污名化的操作。事實上它是把社會污名給動員起來，把這些高危險

群當作是其潛在的對象。第二個活動則是利用肥胖的缺點，除了在男人的外觀、健康產生不利影響之外，與性功能表現也是息息相關，這是利用肥胖會影響性能力的論點，將比較不重視肥胖問題的男性吸引進減肥市場。第三個活動則是污名動員的實例，因為公關公司知道，單只有訴求肥胖並不足以影響肥胖者減重，且醫學減重市場的一個最重要的要素就是減重病患，所以公關活動就動員這些相關的社會污名，減重病患就這樣被「打造」出來。

由以上三則案例可知道，第一、醫療行銷銷售的不只是醫療；第二、所謂的污名動員，單是健康危害和健康風險，並不足以說服肥胖者成為減重病人，故醫療行銷轉而訴諸肥胖者的社會污名，並暗示醫學減重與移除污名的關係，以刺激目標對象的購買動機；第三、醫療專業涉入污名動員的行銷活動，不但強化疾病的社會污名，也強化醫療解決社會問題的權威。

## ◎座談摘要

Q：在一開始有提到，這些人並沒有進入醫療體制去接受減肥門診的幫助，那這些原來在美容瘦身市場的人後來去哪？

A：我不知道他們跑去哪，但我之前有訪談過一些醫師，他們跟我強調說一開始因為大家都看到這塊大餅，覺得肥胖醫學或是減重醫學會是一個被看好的市場，但幾年之後卻發現需求並沒有那麼多。像影片中那些現場的女孩子，有減重經驗的人不少，但是真的有去減重門診的人卻不多，這是因為我們不習慣當自己是病人。其實很多減肥門診剛開始的主要病人，是來自其他科的病患，如新陳代謝科等等。這些在減肥門診的病人並不是真的想減重，而是他們就診的科別醫生，覺得他們只要經過減重就可以緩和疾病，因此建議他們去看減重門診。不過，真正想要改善身材和減重的人，才是減肥門診真正的病人。

Q：假設本來有減肥意識的人，因為政府規定不能在非醫療的場所進行減重，因此減重市場的人數已被去掉一半，那剩下的這一半應該回歸到醫療門診上，可是顯然這一半的人並沒有回到醫療門診，而這些人沒有去醫療門診是為什麼？

A：衛生署之前有個「減重請到醫院找專科醫師」的宣傳廣告，用來呼籲想減重的人最好去減肥門診，可是為什麼這些人就是不去醫院呢？就廠商的立場來說，他們會希望肥胖者能來門診求助，所以才產生出這樣的公關活動。亞培就曾委託公關公司計劃這樣的活動，再找相關的醫師來講解，消費者就是透過這種方式找來的。

Q：以一般人的角度來看，除了用藥物來控制體重外，我們都知道用生活習慣去控制，除非有特別疾病的就另當別論，不然我相信去看了減肥門診後，醫師



一定也這樣的告訴我，那為什麼還要去減肥門診呢？

A：根據我學生的碩論，論文中探討過去原來在美容中心，後來到減肥門診的人。研究顯示肥胖的人通常不會覺得肥胖是一種病，但是對於藥廠來說，他會希望不管你是不是病人，你都能夠來門診看病，所以藥廠就要想如何讓一個覺得自己沒有病的病人來門診，而且因為現在的減肥市場不夠大，因此藥廠就會向大眾去宣導所謂的正確觀念，讓肥胖的人來門診看病。

Q：在傳統的觀念中，當一個人想要減肥時，第一個念頭應該會是先找營養師，因此減肥門診應該如何從營養師這一塊拉人過來看門診呢？還有我們食品科學系將來是可以去考營養師的，可是我們學妹中有人曾經購買不合法的減肥藥，然後因為服用後有問題而去求診。那如果連我們這種學營養的人也會去買這種東西的話，是不是他們的行銷策略有某些特殊的地方，能讓我們從中學習些什麼？

A：事實上有很多人會去找營養師多是受到朋友推薦，但其實營養師就是提供你營養諮詢。就我的論文而言，我的回答是藥廠要的就是沒有得到預期成果的人，所以他們採取某些策略吸引那些人過來，這是我論文中所需要回答的。因為其它的問題很多，包含許多不同的環節，所以我論文中能夠回答的問題有限。我的結論是：不論他們跑去哪裡，藥廠因為沒得到所預期的人，就會透過公關公司想辦法拉這些人過來。

## 當前生物醫學研究出了什麼問題？

主講者：周成功（長庚大學生命科學系教授）

時 間：2007/12/14（五）16:30~17:30

地 點：成功大學醫學院 11 樓 微免所研討室

### ◎演講摘要

去年十一月，中央研究院爲了慶祝分子生物研究所成立二十週年，舉辦了一場研討會，邀請許多海外的知名教授，一同前來討論有關「希望未來分子生物學走向」的議題。

分子生物學的領域，漸漸從 biology 轉移到 system biology，在這種轉變下，應把研究的重心移轉到，掌握系統的變化及注意變化後的產出。當時有個學者提到對科學家「膽子大一點」的期許。所謂的「膽子大一點」，即是拋開現有的外在規範，從事較有意義且核心的研究。在台灣現今的科學研究環境下，有許多的外在規範，例如：外在強迫性及威脅利誘（五年五百億即是一利誘的例子）。在這種情況下，威脅利誘逐漸成爲研究方向的前提，例如：研究者將焦點放在 paper 上了哪種期刊，就是這個現象的一個證據。

一個重要的問題：研究方向及目標可否有何不同？當今，對於生命這個黑盒子的研究，研究者們到底觸及了多少核心的部分，這個仍為存疑的。科學家們致力於研究分子中間的關係，而這個研究是否有掌握到 reality，答案是否定的。physiology 是 reality，但現在研究分子生物的目標要吻合 physiology 仍有一段距離。生物反應是由一點一點的變化，整合為大的反應。而如今的研究，以為有接觸到生命黑盒子核心的部分，但實質上，僅為研究生命這個大型機器所反應出來的東西，離真正的核心部分尚有一段距離。

「教育學生」在生命科學的領域裡，也是一個重要的議題。大多數的大學生，他們所擁有的知識，都只是吸收課本上所給予的，並未實際去探索其背後真正的意涵及來由。所以我們應教育學生探討背後的脈絡，這才是知識的菁華。尤其在現在生命科學領域的危機下，培養學生思考更是一重大課題。現今台灣的生命科學，是一個與社會及產業脫節的領域，沒有產業在生命科學的周圍發展，對這個領域而言是一大危機。而台灣的教育並沒有使學生認清這點，只是一味的鼓勵學生進入研究室，沒有讓學生們有探索自己興趣的空間。這樣的制度下，容易造成為了配合培養學生進入實驗室的能力，就開始擠壓課程，學生們也會因為這樣的安排，無法按部就班的學習每一門課程，無法穩紮穩打的學習，這對於未來生物醫學的發展也是一大問題。

另外還有一個重要的問題，即是大學跟中研院的關係。這個問題牽涉到資源的分配。因為大學及中研院在資源分配下的起步不平等，更容易造成大學的空間受到擠壓。因為資源分配的問題，大學容易過分強調研究，結果造成忽略大學最重要的目的——教育，學生們的利益及大學存在的主要目的，也因此有了些犧牲。

台灣目前仍處在開發中的社會，我們可能會效做一些已開發社會好的一面，學習他們的制度、經驗。但在學界中，普遍存在一個問題，即學界對於已開發社會制度、經驗的學習，皆著重在跟隨形式的層面上，對於其實質內容、背後思維、實際脈絡及文化的掌握，不僅沒有全盤及透徹的理解，也沒有致力於學習實質的內容，僅為「形式移植」而已。

## ◎座談摘要

Q：上述演講提出課程及一味學習他國而沒有自己思考的問題，應歸因於台灣學術界中，無論是學者或學生，皆未有用頭腦謹慎思考的習慣。

A：剛所言之思考習慣，即為演講中所提的文化。國內學界重視的僅為形式。舉個例子：某教師受邀到某學校教授「醫學倫理」，當他問及教授的內容為何時，得到的答案即是「教授實際的例子」；但「醫學倫理」的精髓應為探討與醫學有關的倫理，而並非教授實例。由此例便可窺知國內學界確有種形式的弊病。

Q：針對學術界中，研究活動受到「威脅利誘」的牽制，是否應該有革命性的活

動來改善？

A：革命性的活動，恐怕效果不大。如前所述，此為一文化的問題。台灣學界所為的僅為形式移植，並非真正學習到經驗的精髓。要改善這個問題，必須潛移默化，逐漸將其建立在文化的傳統上，這並不是革命可以達成的。而是需要花費很長的一段時間，漸漸培養、改變。

Q：國內許多學生，在上了研究所後，反而對科學的熱情漸漸被澆熄；老師們也像忙於研究計畫的機器。這樣的問題該如何改善？

A：對於這個問題，所有的科學人，都應有不要忘記理想的觀念，在督促自己不要忘記理想的同時，也在任何場合中，盡量將好的影響帶給他人。

Q：是否應該要建立一個，適合科學存在於這個社會的制度，讓大家可以投入更多的熱情在科學上。

A：主要的方法是大家要更勇於發表自己的聲音，仔細的思考一個科學人還可以做些什麼事。若是要以制度性來建立，恐怕會比較困難。社會上每個人的思考、想法都不太相同，而且這個社會太多元，若要以有強迫性質的制度來推行科學化的社會，有其困難。

Q：目前，科學人被生產論文研究束縛是既定的事實。但有沒有可能，在生產的同時，仍保有興趣，持續探索興趣。

A：這是每個老師上課時都該注意的問題，在引導學生的同時，順道適切的表達對科學的熱情，熱情是可以被感染的。師者，傳道、授業、解惑。這些工作中，解惑最為困難。首先，老師不見得有答案，有了答案也不見得可以肯定是正確的，在給答案的同時，又擔心會誤導學生，也不能忽略學生的看法。所以，在教學的同時，傳達熱情，循循善誘，是每個老師必要的責任。

Q：台灣的學生較沒有自主性，很容易顧慮其他人的看法，例：怕提出的問題不夠好，以免別人留下不好的評價，便不發言。

A：這是普遍台灣學生的問題，容易隨波逐流，跟隨他人的腳步。忽略「了解自己的方向」這個重要的問題。因此，學生們在任何時候，都該了解、探索自己的興趣所在。

Q：對於現今，所謂的威脅利誘，是否有改變的可能？

A：要改變目前的學界生態，有其困難點，研究者能做的是在其中找平衡點。

## 中醫的衰微與科學化

主講者：劉世永（中研院台灣史研所助理研究員）

時 間：2007/12/21（五）16:30~17:30

地 點：成功大學醫學院 11 樓 微免所研討室

## ◎演講摘要

台灣很早就看到中醫的活動，但台灣的中醫活動跟中國大陸內陸有許多不同，其中就是在台灣的中醫學理跟流派都非常的多，不容易有統一的解釋。

明末清初的時候有一些大陸的中醫師，因中國內陸戰亂而渡海到台灣。但因為這些醫師是以避難的心態到台灣，只考量如何在這個地方謀生，留下的紀錄很少，有心留下醫學專門著作的人更少。

清代在台的漢醫不被當時的人信賴，幾乎所有來台灣的官員每逢疾病，必定回內陸養病或巡訪名醫，大陸上來的官員都不信任台灣的醫療。

黃玉階對漢醫如何轉向西醫的過程扮演很重要的角色。他不僅配合日本警察與公醫以及軍醫來共同防止霍亂，還自備印刷霍亂吊腳痧的小手冊並分送全台，也跟台灣總督府合作成立黑死病治療所，派出自己的學生接受西醫的公衛訓練。漢醫接受西醫的訓練是漢醫跟公醫制度結合的基礎。他認為相對於中國大陸的醫療與技術，台灣中醫更需要學西醫來截長補短。因此黃玉階鼓勵他的學生及台灣漢醫去了解西醫，並主動擔任殖民政府的公醫。這也和殖民政府的醫療體制有相當大的關係，因為當時醫生必須在公醫和衛生警察的監管下才能合法運作。

而漢醫的數量也有變化，1902 年臺灣總督府舉辦醫生執照考試，取得醫生資格共有 1,223 人，其中 200 多人是洋醫；到了 1942 年下降至 97 人，每個醫生要服務的病人比例很大，這是醫療惡化的現象。在總督府大力推廣醫療教育下，1920 年西醫成為台灣醫療的主力。由於醫生數量不足，所以傳統藥庫在台灣民間依舊扮演重要角色。也因為漢醫的人數越來越少，施藥開方的大夫因此游移在西式醫療體系所未能觸及的角落裡。漢醫在日治時期的社會影響越來越小，漢醫理論也就不被當時社會所看重。

對於新興西醫來說，模糊的中醫理論不如研究中藥材更有吸引力。1920 年後，漢藥方成為實驗室研究的材料，而漢醫的思考與理論，以不科學為名遭遺棄。由於當時西方發生經濟大恐慌，日方進口西醫的藥材不足，因此需要其他來源以滿足日本民間的用藥需求，於是發展定性定量或膠囊包裝化的傳統複方處方。日本總督府只關心如何把中醫藥材分離成有效成分的單方，作為西醫可以應用的藥材。簡言之，日治時期的漢醫治療原理不再被提起，而只有通過科學檢驗的漢藥，才有保存發展成西藥的保存價值。科學醫學的價值也在此時被奠定下來，從此漢醫與漢藥，因與現代醫學科學結合之深淺而被分離，這也造成今日台灣中醫醫理的發展落後於中藥材的研究，而中藥材在西醫實驗室中甚至有明日救星的姿態。

由於只有能在實驗室裡被重複解離、複製過程的知識與材料，才符合科學醫學標準，而難以在實驗室操作的中醫，就容易被打成民俗醫療與草藥、食補同列，加上民眾以模糊的觀點認知傳統醫學，使得中醫變成一種民俗治療，卻也是昂貴

西醫的替代品。

## ◎座談摘要

Q：請問現在中國醫藥學院的中醫系還是這麼傳統或者已改變？

A：早期的中醫系學生被兩樣問題綁住，一是能否打針，二是能否看 X 光片，這個問題是被實驗室醫學主義切割，並沒有從醫理角度去看待。中醫有雷同打針的針灸存在，但不像是西醫有注入人體，經過衛生署一次次開會後還是決議不能打針跟看 X 光片。長庚大學曾經研究另類療法，從大陸聘請很多名醫，利用歸納的方式，將中醫的診療方法製作成儀器實際運用，這是個象徵直接面對中醫診療的原理。整體是有一點點的改變，但不能全然用藥材和醫理看待，因為已經有人觸及到醫理的部份。

Q：我想請問關於長庚大學的另類研究的失敗問題。

A：本來長庚是有意發展脈象的儀器，但脈象更複雜，所以才研究舌象，但由於舌象只有五象，且對照圖很不穩定，面對同一個對照組，不同醫生有不同解讀方式。現在的中醫是要研究出可以應用的儀器，而非統合中醫醫理，所以研究失敗其實不只是技術上的問題，還有其他精神層面的關係存在。

Q：我不太能理解之前提到的中醫科學化。在台灣的中醫科學化走兩個方向，一是複方有效成分的成分抽離變成單方，這是標準西方藥材發展方式；二是驗證標準化，例如脈象儀那類透過標準化過程應用的儀器。這樣就說是科學化，我認為是矛盾的，好像中國人穿西方的衣服，然後就說自己科學化。

A：其實應該要說的是如何把中醫科學化。科學化的過程和存在主義的價值觀有關係。科學化必須承認有存在的功能性，所以才會用西方的科學方法去發覺中醫的存在價值，例如 92-95 年有人研究針灸和物理學的關係，但其實台灣普遍存在科學主義懷疑論，所以在每項研究的背後都會探討有用無用、是否能夠分離，若是無用或不能分離的研究，那就是沒用的知識。

Q：最後想請問關於皇漢復興運動的後續發展。

A：現在已經走向民間組織。這是以市場經濟的角度來看，在 1936 年日本政府因推行生命保險受到極大衝擊，沒有將中醫納入考量，因此研究中醫的人數驟降，市場也跟著萎縮。而在 70 年代，因為有民間保險公司與中醫合作才又恢復一點生機。而在日本有很多學會持續對中醫的醫理研究討論，甚至有大學允許能以研究中醫醫理取得博士學位。

# 對醫病關係的基本法律認識

主講者：曾建元（中華大學行政管理學系助理教授）

時間：2007/12/28（五）16:30~17:30

地點：成功大學醫學院 11 樓 微免所研討室

## ◎演講摘要

每項醫療行為，主要以醫護人員和病人之間的關係為其核心而展開，並且形成醫病關係。醫病關係成立有相應而來的權利和義務，如果醫病關係中的任何一方違反了他所應當履行的義務，就要受法律的制裁。

醫療行為涉及許多民事法、刑事法和行政法的法律規範，醫病關係的各個當事人都要就這三類規範來考察其法律責任。在民事法領域，醫療行為涉及醫護人員對於病人身體的侵入，也涉及醫療費用的問題，此時要依賴醫病之間關於一般醫療契約內容的先前約定，或者參照醫療契約內容所建立的無因管理關係。否則就會構成侵權行為。若醫療行為出現違反醫療契約和不適當的無因管理的情況，就會變成對別人人格權的侵權行為，發生損害賠償的問題。醫療行為也可能涉及刑事法所禁止的行為，如殺人罪和傷害罪等。非法的醫療行為可能遭受到司法部門的刑事裁罰。而國家對於醫療行為有許多行政法規，非法醫療行為可能涉及到醫護職業倫理的問題。

在正常情況下，醫療行為必須得到病人的同意才能實施，若在緊急的情況下，也應以得而推知的病人意思為之。但在急迫的情況下，人不可能有充分的時間掌握各種訊息，做出完整而正確的判斷，法律不能強人所難，要求人對他自身無法充分掌握的情況負責，因此有所謂的阻卻違法事由，使原本應該違法的行為成為合法，使人不必為其所造他人的損害來負責，或受法律的制裁。

以民法的觀點，醫病關係的成立，可能不是出於醫病契約關係，而出於非契約的無因管理。醫護人員和病人本人之間並沒有權利義務的關係，但法律為了使幫助他人的行為，不會因為行為人同時造成干涉他人或損害他人權益，而變成侵權行為，就賦與無因管理的行為阻卻違法的效果。醫療倫理要求如果病人無法清楚表達他的意願，醫護人員不能以不存在契約關係為由見死不救，還是要對病人進行醫療行為，此則構成無因管理，醫護人員對於病人身體的侵襲，完全不會被視為侵權行為。

刑事領域的法定阻卻違法事由，有依法令之行為、公務員之職務行為和業務上之正當行為三種情況。強制醫療之行為因強制醫療法令而得以阻卻違法；刑法也規定凡是在公立醫療機構服務的醫護人員，若應上級公務員命令進行強制醫療也同屬之。而醫病關係發生之後，其醫療行為，則由「業務上之正當行為」給予合法化。另外，當病人喪失意識或其法定代理人不在場，或是事起緊急，醫療行

為無法取得病人的同意，法律則將從客觀上推測被害人的同意或承諾，此「推測之承諾」也可以阻卻違法。

最後，超法律的阻卻違法事由，還包括可容許之危險行為。醫療行為本來就具有風險，診斷和治療都是基於對於病情的預測，不可能百分之百掌握所有情況，所以只要醫療行為符合法定程序，且醫護人員也盡到專業上的注意義務，縱使產生原先預期可能發生的結果，這種高風險的醫療行為對於病人事實上所造成的傷害甚至死亡，仍然可以阻卻違法。

## ◎座談摘要

Q：醫療糾紛的責任歸屬由誰來判定？

A：衛生署有成立委員會來認定醫療糾紛的事實，其調查的結果送至法院後，法官會以此當做參考資料，且極度重視。不過由於委員會大都由醫界人士擔任，不免被人批評「醫醫相護」，使得法官除了委員會提交的資料，還要同時考慮其他因素。因此如果要提升委員會的公信力，必須要加入非醫界人士的成員，例如法律專業人士或者家屬等等。

Q：如何讓非專業的人了解專業的人的判斷？

A：專業的人必須要用一般語言轉化專業知識，讓一般民眾也能理解，法律相信，一般人只要有明辨事實的能力，就能判斷是非對錯，這是一種溝通，一項審議的過程，也是民主國家的必經之路，畢竟最後的決定還是要由社會檢視，因此讓一般民眾，也就是所謂的非專業人了解，非常重要。

Q：專業知識用一般語言轉化難道不會有問題？

A：專業人士必須非常了解本身的知識，才能正確的用一般語言表達，這是種說服力，假設轉化的過程不完善，使得非專業人士一知半解，可能會造成社會大眾反抗，無法使決議獲得認同。這也是種專業與非專業的調和。而讓一般非法律專業的民眾參與法律判斷，是所謂的「參審制度」——即是將非法律專業的人納入法官的體制。台灣對於美國所謂陪審團的實現還有一段距離，但參審制度是法院無法抵擋的趨勢，也是種民主精神。

Q：在面對所謂同意書的時候，病人之同居人是否具有家屬的效力？

A：由於同意書是定型化契約，所以完全看醫院本身是否同意同居人具有家屬的效力。若醫院有相當謹慎的考量因素，那麼同居人是否具有家屬的效力還有待商量，但其實同居人可努力爭取，畢竟契約是由雙方自由協定。但由於無因管理的因素，醫院可能以病人的利益作為優先考量，此時不需要有所謂的同意人同意，就可以開始進行救助手段，因此如果一味探討由誰同意執行同意書，在實務上沒有很大的用處。

Q：很多法律都是根據以往的經驗而制定，那是否有法律能以未來為制定的方向？

A：現在社會已經有很多法律是未來式的法律，超前現代社會而先設想可能將會發生的事情，以制定法律防範未然，保護人類福祉。當然未來式的法律也有可能阻礙社會發展，以醫學的例子來說，複製人的研究就是被法律限制，而在發展過程中遇到瓶頸。

## 自助式國際人道醫療援助經驗

主講者：宋婉瑜（高雄醫學大學醫學系六年級）

時間：2007/01/04（五）16:30~17:30

地點：成功大學醫學院 11 樓 微免所研討室

### ◎演講摘要

在我們學校，一群相同興趣的人組成一個名叫 Taiwan Student Without Borders (TSWB) 的團體，我們常常會聚集在一起討論在社會上很少被討論到的問題，如緬甸的人權問題……等。在學生的暑假中，我們更會到第三世界試圖去做一些服務的工作。在一些經驗中我們發現，許多學生團體到第三世界的國家幫忙，美其名說是台灣人去幫助需要幫助的國家，就實際而言，在這趟旅程中成就自己會比成就別人來得多。學生團體在那邊只停留短短 2 個月的時間，長遠來說，對那個國家是沒有太大的幫助的，甚至有可能會替他們帶來麻煩。所以，有機會到這些國家的人，能夠真正到這些國家走走的人，這趟旅程其實就是學習之旅。

我參加一個去烏甘達服務的「箕管修復」計畫。烏甘達在非洲是一個地廣人稀、經濟落後、出生率高的地方，當地的醫療設備不充足，箕管的問題相對也很多。當地很多婦女都在家生產，遇到難產就請產婦幫忙，而該地區的生產年齡很低，嬰兒容易卡在骨盤，造成這些地方組織缺血，因而使直腸和陰道間產生一個通道，形成箕管，使人無法控制尿液、糞便的排放。這裡的婦女大部分都有箕管，而箕管也造成婦人在胃方面的疾病，或者與丈夫的生活產生了問題，慢慢地被社會遺棄，難以在村子裡生活。所以我們到當地想辦法預防箕管的產生，呼籲產婦在接生時注重衛生的問題，呼籲女孩子不要在年紀還很小的時候生產。

這次計劃除了宣導箕管的預防之外，還探討這個疾病是如何引起？這些生病的婦女在哪？並調查這個疾病的盛行率有多少？以及如何投入資源去協助她們？過程中，我們針對 19 個患有這類疾病的女性做調查，在對這些女性做完調查後，將把他們送至烏甘達的教會醫院做一個免費的治療。

其實世界很大，不只有歐洲、美國等等渡假勝地才是我們可以旅遊的地方。



我建議大家可以往比台灣還落後的國家旅行，因為去這些地方不只是坐一趟飛機而已，而是去看世界上還有一個地方用不同的生活方式生活，這會讓人們對自我重新思考，並改變看事情的角度，也會特別珍惜自己所擁有的東西，發現自己的生活其實也可以過得很簡單。

要談醫學教育，我以兩個相關的例子來說明。報載瑞士某城市政府在考慮捷運和輕軌的利弊後，最後決定捨捷運來建造輕軌，因為他們希望能夠把環境留給依賴環境、對環境友善的人，如老弱婦孺之類；而不是留給開汽車污染環境的人。由此可見，他們是以人為中心來決定城市中的公共建設。

另外在巴黎也有一個類似的政策。巴黎當地政府推出自行車的計畫，主要是把自行車放在路邊供民眾使用，鼓勵民眾少使用污染環境之交通工具，讓大家共同為環境而努力，減低二氧化碳的使用。但相對的，計程車司機等以交通工具為生的人，利益就受到相對的衝擊。

醫學教育也應該要以人為中心，而教育的起點應該從社會做起。從以上的自行車政策中可發現，真正要以關懷人為主軸去做一件事，其實是要犧牲掉許多其他的東西，但是這並不是不以人為本的藉口。所以，說到醫療教育，並不是在學校裡上課教學就好，而是要在社會中真正感受。

最後，我以《牡羊少年之旅》中的一句話，當作在經歷這些事後的感覺：如果你真的想做一件事情的話，你真的去實行的話，會發現有許多人、許多的資源出現來幫助你。

## ◎座談摘要

Q：說到烏甘達這樣的地方，小孩子感染的機率比其它來得多，主要的原因是什麼？

A：就我的觀點來看，我覺得是在醫療的部分。在台灣，感冒可以把病人帶去看病，但在烏甘達這樣的地方，許多小孩可能因為反覆感染，最後因為過於嚴重而死亡。問題出在他們經濟的缺乏嗎？其實也不是。因為在那邊就算有錢也不一定能買到藥跟醫療服務，我想，這背後還存在著很多原因。

Q：烏甘達的醫療制度大概是如何？

A：其實他們有一些公家醫院，但他們還是需要許多國外的援助或私人的補助。基本上像是公制的，但去那邊的醫院是需要自己付掛號費，所以並無法確定他的醫療制度是哪一種。大概就是要自己想辦法的醫療制度吧！

Q：學生能做的東西有限，以你自己的經驗來看，要如何提高學生能做的事？

A：我們現在想的方法是解散學生團體。因為學生團體還是需要依附在一個長期的田野計畫裡面，但台灣目前正缺乏這樣的政策，所以我們必須打破這種界限。這個「簞管計畫」，就是我就直接去參加美國的志工計畫，他們是一個

長期在烏甘達運作的團，參與此類的團體計畫，就能把你對他們帶來的打擾跟傷害減到最小，同時你得到的收穫不會少於參加學生團體。所以我希望台灣學生可以更加獨立一點，直接去和這些的組織聯繫，這些組織希望各個背景的人加入，不一定要具備醫療背景或學生身份。而政府若想要補助話，應該要打破鼓勵團體出去的想法。

Q：在你的經驗裡，你遇到最大的挫折是什麼？

A：最大的挫折是，去那邊最大的目的就是想要幫助他們，但在醫療經費方面，可能就會被他們佔便宜。通常我們會花許多時間告訴他們什麼能提供，什麼不能提供，不過，也常常會被當地人兇。所以要積極的為自己的醫療經費把關。發生這種事時，我就會想到底問題出在哪裡？當我們努力想服務當地的村子時，有時候他們也都不幫自己，這種時候就會覺得有點挫折。所以自己還在調適。

Q：你在高醫的時候，你覺得有多少人跟你有同樣想當志工的想法？

A：我覺得很多，只是大部分的人剛開始都是想要去玩，這點我覺得無妨；但是當你去玩回來了，你不能還把自己停留在玩的部分，應該要做點什麼事情。所以我們現在有建立讀書會，儘量在大家出去之前，拉近大家的想像與實際的距離，所以這個過程就會剔除掉一些人，他們可能會因為不夠勇敢或其他考量，而打退堂鼓。

## 走向「商品化」的醫療服務

主講者：劉梅君（政治大學勞工研究所教授）

時間：2007/01/11（五）16:30~17:30

地點：成功大學醫學院 11 樓 微免所研討室

### ◎演講摘要

商品化與醫療服務的相關議題是現在醫療人員最常面臨的問題。

台灣社會現行資本主義。所謂資本主義概括來說，就是企業的利潤最大化，所有的東西常被商品化或者物化，貨幣當作衡量價值的依歸。在資本主義下，台灣的醫療體系也趨向企業式的經營，很多醫院開始走向績效化與大型化，尋求利潤，為了獲取利潤常使用各種手法在醫療方法與病人間壓榨，醫療行為於是趨向商品化。而管理及經營醫院者，為了達到利益最大或因制度的不健全等因素，面對利益的誘因，常會造成醫療人員在道德上的掙扎，時常陷入天人交戰的困境，這些都是對醫療人員的迫害。除此之外，也造成病人的福利損失，例如病人無法獲得首選的藥，或是常被醫生開一些不必要的藥，而演變成藥物氾濫。常常在藥

廠、醫院、大學研究機構間因為利益關係，使得公眾利益與病患福祉被擺在最後。

西方國家已經提出以「病人為本」的議題，這項原本是原則性的理念卻被提出討論，表示該項問題已經嚴重干擾醫病關係。而台灣也不例外。醫院與藥廠的勾結，常會影響病人的手術與開藥處方；另一方面，面對攀升的藥價，健保局屢次實施壓低價格的手段，但醫院卻將利潤的損失留給藥廠承擔，而藥廠為了彌補成本於是降低藥材品質，使得藥價降低的後果最終還是讓病人承擔。而在台灣，醫院集團化的經營也出現問題。首先是壓低人力成本以提高利潤，醫療人員雖然不減薪，但採取減少醫療人員人數，尤其是醫護人員最為嚴重，每位醫護人員看護的病床上升，藥劑師的處方籤數增加，人力不足使得出錯機率提高，造成醫療品質下降。財務方面，醫院的盈餘最終會流回集團的母公司，使醫療人員福利遭受損害，這一切都起因於財務報表的不透明化。甚至有些醫院採取醫療人員無底薪的制度，薪資由看診數量決定，使得醫生們過量看診以衝「業績」，損害病人的診療品質。最近也興起特定醫療族群，例如醫療觀光或是美容外科，服務較高階層的人們賺取更多利潤，但就醫療的基本面，如照護生命沒有做到，反而直接走向醫療精緻化，這些都是醫療上的本末倒置。台灣還有一個獨特的現象，就是醫院賣場化。有些醫院附設美食街或是商場，雖然使病人生活更方便，但考慮到假設有類似 SARS 的傳染病發生，那麼在人多雜亂的情況下，可能會造成更大的醫療問題。

雖然醫療的做市場行為使得醫療變成一種盈利工具，醫療倫理在市場行為中難以保持，但若從健保制度的改善或是要求醫院財務透明化的角度來看，最重要的是，醫療人員本身要自我爭取權利以及呼籲制度的改善，這才是效率之道。

制度是影響醫療行為重要因素，如何制定更完善的健保防止醫院謀利，是台灣現今的重要課題，但台灣也不能用資本主義來推託現在的醫療制度問題。以美國來說，雖然奉行資本主義，但其國家有百分之九十五的醫院是由政府經營，醫療照顧與福利還算完備，這一切有賴法律跟社會以及醫療多方面的努力。

## ◎座談摘要

Q：台灣健保制度的問題在於？

A：台灣的健保最大問題在於服務範圍太廣，一般民眾過於使用大醫院的資源。由於民眾普遍認為醫院醫療最好，不管大病或小病直接到醫院門診，使得專科醫師要花很多時間，看沒有必要到醫院檢查的病人，醫院門診等候時間過長，專業沒有花在刀口上，造成醫療浪費。因為台灣並沒有像美國有所謂的 Gate Keeper，此機制可以評估民眾應當到一般診療所或是到醫院求診，加上台灣民眾沒有充足的疾病資訊來評估，在徬徨的心理之下，只好直接到大醫院看診。另一方面，很多醫療院所用各種手法向健保局不實申報，也造成資金浪費；然而因為健保局沒有公權力對各醫療院所查帳，需要仰賴檢調單位的介入，加上政府對醫療單位的監督工作已經外包給外面機關，如果對監督

機關沒有確實監督的誘因，也會造成監督無效的後果。我們需要比照西方國家，採取某種機制或制訂新法律新制度，加強非營利監督機關的嚴格程度，以確實把健保的資源用在真正需要的地方。

Q：醫療的商品化有多嚴重？

A：台灣的醫療商品化持續惡化當中，現在政府還沒有針對此現象提出相關政策。

Q：商品化現象是否已經成為全世界普遍事實？

A：醫療商品化是無法避免的，只是要靠制度規範。畢竟醫院並不是慈善事業，需要有其他誘因去激發醫療人員的熱情，所以適當的利益是必要存在的。但是醫師的薪水幾乎等於醫師的醫療熱情，這卻也是種 Moral Hazard，我們只能期待有更完善的制度去平衡這項問題。

Q：整個社會的醫療商品化不是問題，而是制度才有問題嗎？

A：我們可以說是健保制度加深醫療商品化的現象，如同前面提到，雖然醫療最好不要商品化，但現在已經不能避免了。我們期望制度在面對各種問題與挑戰後，會逐漸完備，把資源有效率地用在需要的地方。而大眾不應該一味抱持悲觀的想法，應該努力瞭解醫病關係與醫療體制，這些問題最終只能靠民眾主動呼籲與爭取，靠社會大眾平衡，才能有更美好更妥善的醫療機制。