

醫療暴力之犯罪型態——以司法判決為中心

毛鈺榮*

近日醫療暴力新聞頻傳，如何避免醫療暴力，成為醫事人員在救護病患生命之外之另一課題。筆者於 111 年 3 月 24 日有幸參與楊坤仁醫師（高雄榮總急診科主治醫師）授課之「以報制暴——你不可不知的制暴自保課程」（線上課程），與來自全國各地之醫事人員共同進修，課程中講座提及常見之醫療暴力犯罪，引發筆者想進一步探究各項犯罪之動機，筆者茲就常見之醫療暴力犯罪簡述如下，佐以司法實務見解及實際案例，期盼能協助讀者了解此類犯罪之要件並進一步瞭解如何蒐證，以有效打擊「醫療暴力」：

一、性騷擾——性騷擾防治法第 25 條第 1 項規定

* 性騷擾有刑責？

性平三法中，僅有性騷擾防治法第 25 條第 1 項規定，有涉及刑事處罰，法定刑為「處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金」。而該規定所處罰之性騷擾罪，係指性侵害犯罪以外，基於同法第 2 條第 1、2 款所列之性騷擾意圖，以乘被害人不及抗拒之違反意願方法，對其為與性或性別有關之親吻、擁抱或觸摸臀部、胸部或其他身體隱私處之行為，是所謂「性騷擾」，係指行為人對於被害人之身體為偷襲式、短暫性之不當觸摸行為，而不符合刑法強制猥褻罪之構成要件者而言¹；亦即「性騷擾」指帶有性暗示之動作，具有調戲之含意，讓人有不舒服之感覺，行為人具有性暗示而調戲被害人之意，以滿足調戲對方之目的²。

* 何一身體部位是屬於性騷擾防治法第 25 條第 1 項規定之範疇？

性騷擾防治法第 25 條第 1 項規定例示

禁止觸及他人身體部位如臀部、胸部，且為避免對被害人就其他身體部位之身體決定自由保護之疏漏，另規定以「其他身體隱私處」作為保護被害人身體決定自由客體之概括性補充規範，此所謂「其他身體隱私處」為不確定之法律概念，於客觀上固包括男女之生殖器、鼠蹊部等通常社會觀念中屬於身體隱私或性敏感部位，然因性騷擾犯行處罰之目的在於因行為人所為破壞被害人所享有關於性、性別等，與性有關之寧靜、不受干擾之平和狀態，是所謂「其他身體隱私處」，解釋上當非僅以該身體部位是否外露為斷，而係以該等身體部位如遭行為人親吻、擁抱或觸摸，該等作為是否與性有關，而足以引發被害人與性有關之寧靜、不受干擾之平和狀態遭受破壞以為認定，而此等認定應依社會通念及被害人個別情狀，並參酌個案審酌事件發生之背景、環境、當事人之關係、行為人之言詞、行為及相對人之認知等具體事實綜合判斷之（性騷擾防治法施行細則第 2 條法條參照），此由如上司、部屬間偷襲摟腰、親吻嘴唇等接觸身體外露部位之行為，因帶有性暗示而屬調戲他人，且在該等身分關係下，因足以引發被害人有不舒服之感覺，依一般社會通念，應屬構成性騷擾之行為，觀之亦明。

再者，衡諸我國當前之兩性相處社會通念，女性之大腿、肩膀、手臂等部位，非我國一般正常禮儀下所得任意撫摸之身體部位，如他人以性騷擾之犯意，未經本人同意而刻意以手，甚至以男性生殖器直接碰觸，適皆足以引起本人嫌惡之感，客觀上亦應認

* 本文作者係執業律師。

1. 參最高法院 98 年度台上字第 6645 號、100 年度台上字第 4745 號刑事判決。

2. 參最高法院 96 年度台上字第 6736 號、99 年度台上字第 2516 號刑事判決。

係前揭法律條項所指之「其他身體隱私部位」³。

另有法院有肯認「腰部」非屬正常禮儀下所得任意撫摸部位。縱令女性腰部，雖因其穿著而未顯露於外，然亦非得由他人隨意碰觸、撫摸。如以性騷擾犯意，未經本人同意，刻意手捏、碰觸，皆足以引起本人嫌惡之感，客觀上亦應認係身體隱私部位；另「胸骨」之位置，亦已相當接近胸部，且於穿著低胸服裝時，更可直接觸碰到皮膚，故仍應認並非他人得任意觸摸、撫摸，而屬身體隱私部位甚明⁴。

惟亦有法院認為「肩膀」、「腰部」非「其他身體隱私處」，蓋男女生理結構上並無大異，女性於夏天衣著，亦常有露肩、露腰之情形，自難與臀部、胸部之隱私性等量齊觀，性騷擾防治法對於較輕微之性騷擾，亦僅依同法第 20 條規定課以行政罰鍰，則基於刑法謙抑思想，肩膀、腰部尚難認定係屬本條所定之身體隱私處⁵。

* 案例事實及判決結果

• 案例一：

(一) 本件被告為某牙醫診所之牙醫師，告訴人為該診所之牙醫助理，在工作場合中，被告乘告訴人不及抗拒，以姆指及手掌捏告訴人之腰部，並以手環搭告訴人之肩膀⁶。

(二) 本案之證據：告訴人、同事之證述。

(三) 本案判決結果：被告(牙醫師)犯性騷擾防治法第二十五條第一項之性騷擾罪，處有期徒刑伍月。

• 案例二：

(一) 本件被告為某牙醫診所之牙醫師，告訴人為該診所之牙醫助理，在工作場

合中，擁抱該牙醫助理、搭腰、觸摸其臀部及環抱其胸骨⁷。

(二) 本案之證據：告訴人、縣政府社會處勞資關係科約僱人員(受理申訴之職員)證述、配偶之證述、精神科醫師證述

(三) 本案判決結果：法院判決被告(牙醫師)有三行為觸犯性騷擾防治法第二十五條第一項之性騷擾罪，分別處拘役伍拾日、拘役肆拾日及拘役肆拾日。應執行拘役柒拾日。

二、妨害名譽(公然侮辱、誹謗)： 刑法第 309、310 條

* 公然侮辱與誹謗之不同

按刑法第 309 條第 1 項公然侮辱罪所稱之「侮辱」，係指行為人所為抽象之謾罵或嘲弄等客觀上被認為是蔑視或不尊重他人之言詞或行為，而足以貶損他人人格及社會評價者而言；刑法第 310 條第 1 項誹謗罪所稱之「誹謗」，則係指對於具體事實有所指摘及傳述，而足以損害他人名譽者而言⁸。亦即，公然侮辱罪與誹謗罪之區別，在於是否指摘或傳述具體事實，倘僅為抽象謾罵，並未指摘具體事實，應評價為公然侮辱行為，然若已指摘或傳述事實，則屬誹謗罪之範疇。

* 案例事實及判決結果

• 案例一：

(一) 某病患因不滿現場醫療人員之處置，竟基於公然侮辱之犯意，在不特定多數人得以共見共聞之上開醫院急診室內，公然以「幹你娘(台語)」等語辱罵護理師⁹。

(二) 本案之證據：證人即護理師之證述、被告自白、護理人員工作時間表及案

3. 參臺灣高等法院高雄分院 110 年度上易字第 462 號刑事判決。

4. 參臺灣南投地方法院 103 年度易字第 74 號、臺灣高等法院臺中分院 104 年度上易字第 1063 號刑事判決。

5. 參臺灣高等法院 99 年度上易字第 823 號刑事判決。

6. 參臺灣臺南地方法院 101 年度易字第 1324 號、臺灣高等法院臺南分院

103 年度上易字第 145 號刑事判決。

7. 參臺灣南投地方法院 103 年度易字第 74 號、臺灣高等法院臺中分院 104 年度上易字第 1063 號刑事判決。

8. 參最高法院 107 年度台上字第 2402 號刑事判決。

9. 參臺灣橋頭地方法院 111 年度簡字第 313 號刑事判決。

發現場監視器畫面翻拍照片 4 張。

- (三) 本案判決結果：法院判決被告犯公然侮辱罪，處拘役貳拾伍日。

• 案例二：

- (一) 某病患辱罵護理師「賊」、「小偷」、「你們在偷情、約砲」及「賤人」¹⁰。
- (二) 本案之證據：證人即護理師之證述、被告自白、監視器畫面擷取照片。
- (三) 本案判決結果：法院判決被告三行為分別犯誹謗罪，處拘役拾伍日；犯誹謗罪，處拘役拾伍日；犯公然侮辱罪，處拘役拾伍日。應執行拘役肆拾日。

• 案例三：

- (一) 被告 PO 文傳述、指摘之內容：「我建議妳不要去吳鳳 X 婦產科生小孩，我親戚去產檢，5 個月了說小孩死在肚子裡，她媽媽爸爸，自己她本人擔心要怎麼辦，要怎麼辦，老公也擔心，後來全家討論後，說走馬上去長庚醫院，若長庚醫院說小孩死在肚子裡，就把死去的小孩拿掉，結果長庚醫師在罵哪裡死掉，活動力很強，可惡的吳鳳 X 婦產科醫師。」，經診所經營者提出刑法第 310 條第 2 項加重誹謗之告訴。
- (二) 法院判決理由：「被告 PO 文傳述、指摘之內容或屬客觀真確之事，或有堅強之實據為恃，復以醫療院所之醫療品質與國民身體健康甚或生命安全等群體公益之牽連至鉅，自非唯只攸關個人之私德而已，是此品質之良窳、好壞，更屬可受公評之事。其次，將正常成長、茁壯，孕期屆滿即可順利誕生之胎兒診斷為已然不保而須人工引產，若此錯誤倘係出諸另有所圖乃而私心自用之故意，為屬極端『可惡』

之舉，毋庸置疑，又縱係誤診，惟此過失之情節亦屬重大，再循此所彰顯其行醫態度之草率怠忽、醫術之差勁及醫療品質之低劣，要已不言可喻，況更險些釀成殘害生命之嚴峻後果，但詎仍膽於行醫而藉此虛博『懸壺濟世』之美名，因之，執此逕以『可惡』乙詞斥之，尤不為過，則被告對此界予如是之評價，當屬合於社會通念，備具社會相當性且為恰如其分之『合理評價』」，因而判決被告無罪¹¹。

三、妨害信用罪：刑法第 313 條

* 妨害信用罪所保護之內容及法益

刑法在第 313 條訂有「妨害信用罪」，其規定：「散布流言或以詐術損害他人之信用者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。以廣播電視、電子通訊、網際網路或其他傳播工具犯前項之罪者，得加重其刑至二分之一。」。該規定所保護者，為他人在社會上之經濟評價，不以對於他人支付能力或支付意思之評價為限，亦包含履行契約之誠信表現，例如販賣產品之品質、售後服務良窳等一切履行經濟上義務之評價。進言之，名譽與信用均為對人（包括自然人與法人）所為之社會評價，前者為一般性，後者則重在財產方面，故對人所受社會之評價有所妨害，得構成妨害名譽或妨害信用罪，或兼而有之。如以一行為同時損害他人之信用及名譽，應予雙重評價，論以該二罪，故屬於一種想像競合犯，應依刑法第 55 條規定，從一重處斷¹²。

* 案例事實及判決結果

- (一) 某病患在網路上對某診所評價：「還是那邊只是家左邊坑年輕女孩錢，弄莫名其妙的藥讓人一次排 40 顆卵子…

10. 參臺灣士林地方法院 110 年度易字第 395 號刑事判決。

11. 參臺灣桃園地方法院 109 年度審易字第 1362 號刑事判決。

12. 參最高法院 87 年度台上字第 3663 號、88 年度台非字第 21 號及臺灣橋頭地方法院 107 年度簡字第 2477 號刑事判決。

然後右邊騙想受孕夫婦的錢，反正不會生有很多原因，可是看診跟療程就是很貴…」¹³。

(二) 本案之證據：被告自白、網路貼文截圖及批踢踢實業坊八卦版網頁擷取畫面。

(三) 本案判決結果：法院認為該病患犯妨害信用罪，處拘役伍拾日。

四、恐嚇罪：刑法第 305 條

* 要件解析

刑法第 305 條之恐嚇危害安全罪，係以使人生畏怖心為目的，而將加惡害之旨通知被害人為其成立要件；其表示將加害之意思固不論直接或間接；恐嚇方法為言語、文字或舉動亦非所問；惟被害人受惡害之通知雖不以發生客觀上之危害為必要，然必因其恐嚇行為而有不安全之感覺始足當之。而當今社會日常生活中，與他人意見不合、各執己見或難以協調時，情緒既起，動輒譏諷、嘲弄、斥罵，針鋒相對，於此等情境下之對話，多因未經慎思熟慮，言語或流於尖酸刻薄，或使用強硬語彙，甚屬常見，然此舉是否構成刑法之恐嚇危害安全罪，除應依一般社會標準考量該言語、文字或舉動是否足致他人心中生畏怖之外，並應審酌當時之客觀環境、全部對話內容、行為人主觀上有無使人心生畏怖之犯意，以及相對人是否因此心生畏怖等節，綜合判斷¹⁴。

* 妨害醫事人員執行醫療或救護業務罪修法沿革及對司法判決之影響

106 年 5 月 10 日公布醫療法第 106 條第 3 項已將「恐嚇」列入保障處罰要件，故若被告有恐嚇醫事人員或緊急醫療救護人員，致妨害其執行醫療或救護業務者，即屬一行為觸犯醫療法第 106 條第 3 項妨害醫事人員

執行醫療業務罪，及刑法第 305 條恐嚇罪，為想像競合犯，應依刑法第 55 條，從一重論以醫療法第 106 條第 3 項之罪；惟若未達成妨害其執行醫療或救護業務之程度，仍論刑法第 305 條恐嚇罪¹⁵。筆者觀察到自修法後，多半以「妨害醫事人員執行醫療業務罪」論處，僅有少數幾件因認未符合法定要件，認為僅成立恐嚇罪。

* 案例事實及判決結果

(一) 被告於某醫院之美沙冬櫃檯，對護理師及個案管理師稱「我要燒金紙給你們」並摔桌上之筆筒，使其等均心生畏懼，致生危害於生命、身體安全。翌日又至該院，被告自包包內取出菜刀 1 把朝個案管理師揮舞，並稱「刀拿給你啦」¹⁶。

(二) 本案之證據：被告自白、護理師及個案管理師之證述、員警職務報告、扣押筆錄、扣押物品目錄表及現場暨扣案物翻拍照片。

(三) 本案判決結果：被告兩行為均犯恐嚇危害安全罪，分別處拘役參拾日、有期徒刑肆月。

五、傷害罪：刑法第 277 條

* 傷害罪修法前後之影響

按刑法第 277 條規定：「傷害人之身體或健康者，處五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金。犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。」。值得注意的是，立法者考量本條為對身體實害之處罰，原第一項之法定刑為「三年以下有期徒刑，拘役或一千元以下罰金」，與第三百零二條妨害自由罪、第三百二十條竊盜罪等保護自由、財產法益之

13. 參臺灣苗栗地方法院 105 年度苗簡字第 128 號、臺灣苗栗地方法院 105 年度簡上字第 32 號刑事判決。

14. 參臺灣高等法院 107 年度上易字第 1656 號刑事判決。

15. 參臺灣桃園地方檢察署檢察官 108 年度偵字第 14518 號起訴書。

16. 參臺灣臺中地方法院 109 年度簡字第 1434 號刑事判決。

法定刑相較，刑度顯然過輕，且與修正條文第二百七十八條第一項重傷罪五年以上十二年以下有期徒刑之刑度落差過大。又傷害之態樣、手段、損害結果不一而足，應賦予法官較大之量刑空間，俾得視具體個案事實、犯罪情節及動機而為適當之量刑。爰將第一項法定刑修正為「五年以下有期徒刑、拘役或五十萬元以下罰金」(民國 108 年 05 月 10 日修正，民國 108 年 05 月 29 日公布)，故於修法前，被告之傷害行為，係一行為觸犯醫療法第 106 條第 3 項之妨害醫療罪及刑法第 277 條第 1 項之傷害罪，為想像競合犯，應依刑法第 55 條前段規定，從一重論醫療法第 106 條第 3 項之妨害醫療罪¹⁷。

惟修法後，傷害罪之法定刑已提高至五年以下有期徒刑，是若被告之傷害行為，係一行為觸犯醫療法第 106 條第 3 項之妨害醫療罪及刑法第 277 條第 1 項之傷害罪，為想像競合犯，應依刑法第 55 條前段規定，從一重之傷害罪處斷，並依同法第 55 條後段規定，不得科以較輕罪名即妨害醫療罪所定最輕本刑有期徒刑以下之刑。

又刑法第 277 條第 1 項之傷害罪為「告訴乃論」之罪(參刑法第 287 條規定)，可經由雙方和解，依刑事訴訟法第 238 條規定，於第一審言詞辯論終結前撤回告訴，而醫療法第 106 條第 3 項之妨害醫療罪屬「非告訴乃論」之罪，縱使雙方和解，法院一般認為傷害罪與妨害醫療罪有想像競合犯之裁判上一罪關係，將逕依妨害醫療罪論處¹⁸。

* 案例事實及判決結果

• 案例一：

- (一) 病患毆打醫院之保全人員¹⁹。
- (二) 本案之證據：證人證述(包括告訴人、現場見聞之醫事人員)、被告自白、警

員製作之偵查報告、現場錄音譯文、新竹市警察局第一分局受理醫療院所(含急診室內)各類糾紛案件通報單、診斷證明書、監視錄影畫面截取照片。

- (三) 本案判決結果：被告犯傷害罪，處有期徒刑肆月。

• 案例二：

- (一) 病患王○○於民國 106 年 6 月 15 日，在臺北市立聯合醫院和平院區，欲使用服務台電話辦理退掛號手續時，因迭遭護理師沈○○勸阻，心有未甘，竟基於傷害他人身體之犯意，揮拳朝沈○○攻擊，致其因此受有左上臂 6 乘 6 公分紅腫之傷害，法院認為護理師沈○○係於服務台擔任醫療諮詢工作，並非執行醫療法第 106 條第 3 項之醫療業務或救助業務，故僅成立傷害罪²⁰。
- (二) 本案之證據：被告自白、告訴人、志工之證述、驗傷單、醫院(診所)暴力通知單、告訴人傷勢照片。
- (三) 本案判決結果：被告犯傷害罪，處拘役參拾日，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日，緩刑貳年。

六、 強制罪：刑法第 304 條

* 以妨礙他人意思決定或身體活動之自由為已足

按刑法第 304 條規定：「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使利者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或 9000 元以下罰金。前項之未遂犯罰之。」，此規定為強制罪，其保護之法益，在於個人之意思自由，其罪質乃以強暴、脅迫之手段，而使本罪之行為客體之意思決定自由或身體活動之自由遭受妨礙，而為一定之作為或不作為，因此強暴、

17. 參臺灣高等法院 103 年度上易字第 2536 號刑事判決。
18. 參臺灣臺中地方法院 110 年度簡字第 1316 號刑事判決。

19. 參臺灣新竹地方法院 110 年度訴字第 681 號刑事判決。
20. 參臺灣臺北地方法院 106 年度審簡字第 2225 號刑事判決。

脅迫行為之程度，只須達於足以妨礙他人意思決定或身體活動之自由為已足，並不以完全喪失自由為必要²¹。

* 妨害醫事人員執行醫療或救護業務罪修法沿革及對司法判決之影響

103 年 1 月 29 日公布之醫療法第 106 條第 3 項：「對於醫事人員執行醫療業務時，施強暴、脅迫，足以妨害醫事人員執行醫療業務者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣三十萬元以下罰金」，為維護醫療環境與醫護人員執業安全，期能改善醫病關係，立法者斯時已參酌刑法第 135 條第 1 項妨害公務罪及第 304 條強制罪之法定刑，筆者觀察到自修法後，多半以「妨害醫事人員執行醫療業務罪」論處，僅有少數幾件因認未符合法定要件，認為僅成立強制罪。

* 案例事實及判決結果

- (一) 某病患於醫院以手大力甩門發生巨響，並大聲咆哮，護理師莊 OO 聽聞聲響前往查看，見狀乃持手機欲錄影蒐證，而引發病患林 OO 不滿，竟以身體持續逼近護理師莊 OO，並大聲質問「錄完了沒？」、「怎樣！怎樣！怎樣」等語，將護理師莊 OO 由診間門口往後退至診間外走道，以此脅迫方式妨害護理師莊 OO 使用手機錄影之權利²²。
- (二) 本案之證據：證人即在場之醫師證述、告訴人之證述，醫院 1 樓門診走道監視器畫面、告訴人手機錄影畫面翻拍照片。
- (三) 本案判決結果：法院判決被告犯強制罪，處有期徒刑貳月。

七、毀損器物罪：刑法第 354 條

* 僅處罰故意犯

按刑法第 354 條規定：「毀棄、損壞前二條以外之他人之物或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或 1 萬 5 千元以下罰金。」，此一規定係以行為人有毀壞同法第 352 條、第 353 條以外之他人之物、或使之喪失效用之故意，為成立要件，如行為時主觀上欠缺上開故意，縱於客觀上有毀損他人之物、或使之喪失效用，自難以該罪相繩。換言之，刑法上僅處罰故意犯，若於過失犯之情形，即殊難以該罪相繩²³。

* 「毀棄、損壞」之意義

刑法第 354 條之毀損罪，以使所毀損之物，失其全部或一部之效用為構成要件²⁴。所謂毀棄，係指根本毀滅物之存在；所謂損壞，則指損傷破壞物體，而改變物之外形，使其功能、效用全部或一部喪失；所謂致令不堪用，乃係行為人以毀棄、損壞以外之其他方法，雖未毀損原物，然業使其物之功能、效用全部或一部喪失²⁵。

* 「致令不堪用」之意義

刑法第 354 條之毀損罪，所謂「致令不堪用」，指除毀棄、損壞物的本體外，以其他不損及原物形式的方法，使物的一部或全部喪失其效用者而言。有法院認為住家牆壁及地磚是否清潔美觀，為是否堪用之要素之一，如於其上潑灑油漆、水泥，勢必改變其外觀，減損該物之用益價值及失去美觀功能，而需要修繕及重新油漆，始能回覆正常功用，即符合「致令不堪用」²⁶。

* 案例事實及判決結果

• 案例一：

- (一) 某病患因不滿醫院護理師處理繳費及

21. 參最高法院 28 年上字第 3650 號刑事判例、臺灣高等法院高雄分院 91 年度上易字第 42 號刑事判決。

22. 參臺灣高雄地方法院 109 年度易字第 70 號、臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 515 號刑事判決。

23. 參臺灣高等法院 93 年度上易字第 51 號刑事判決。

24. 參最高法院 47 年台非字第 34 號刑事判例、86 年度台上字第 323 號刑事判決。

25. 參臺灣高等法院 104 年度上易字第 2478 號刑事判決。

26. 參臺灣高等法院 109 年度上易字第 1520 號刑事判決。

領回健保卡之作業速度，即在醫院內恣意毀損告訴人放置於醫院櫃臺、放置供眼力不佳民眾使用之眼鏡架，致令不堪使用，致醫院受有損害²⁷。

- (二) 本案之證據：證人即護理師之證述。
- (三) 本案判決結果：法院判決被告毀損他人物品罪，處拘役伍拾玖日。

・案例二：

- (一) 某病患於急診治療室更換尿管後，因更換過程身體不適而心生不滿，竟基於毀損他人器物之犯意，徒手丟擲診療室內之超音波探頭（飛利浦牌，型號：HD11XE），致該探頭毀損而不堪使用²⁸。
- (二) 本案之證據：證人即副院長、護理師及被告之子之證述、台灣飛利浦股份有限公司維修服務紀錄表、超音波探頭毀損後照片、監視錄影畫面翻拍照片及光碟。
- (三) 本案判決結果：法院判決被告犯毀損他人物品罪，處有期徒刑參月。

・案例三：

- (一) 病患認護理師態度不佳，於醫院急診護理站處，徒手推倒一旁之醫療工作車，致令該工作車倒地，其上裝設之垃圾集中桶因此脫落、上蓋破損而不堪使用，足以生損害於醫院²⁹。
- (二) 本案之證據：證人即護理師之證述、監視錄影畫面翻拍照片及固定資產財產目錄。
- (三) 本案判決結果：法院判決被告犯毀損他人物品罪，處拘役拾伍日。

八、妨害醫事人員執行醫療或救護業務罪

*醫療法第 106 條第 3 項規定之要件解析

- (一) 按醫療法第 106 條第 3 項係規定：對於醫事人員或緊急醫療救護人員以強暴、脅迫、恐嚇或其他非法之方法，妨害其執行醫療或救護業務者，處 3 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 30 萬元以下罰金。本法最初於 103 年訂立時，其立法要旨為：在為維護醫療環境與醫護人員執業安全，期能改善醫病關係，參酌刑法第 135 條第 1 項妨害公務罪及第 304 條強制罪之法定刑，增訂第 3 項。而刑法之妨害公務罪，係規定對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫，是本罪之成立必須在醫療人員執行職務之時。又於 106 年 5 月 10 日修正通過本條，依照提案說明認為因醫事人員執行醫療業務行為所具之公益性質濃厚，其所涉及者包含當下不特定需求醫療資源者之權益。為保障醫事人員於執行醫療業務時之專業性、公益性、重要性，應避免醫事人員受不當之干擾，尤其以羞辱之方式妨害其執行業務，爰增訂第三項，明訂罰則。又本條屬公共危險罪之立法體例，故其目的應係為保護社會大眾之就醫權，其保護法益則係一般病患之身體法益或生命法益，故本罪在規範上不應僅侷限於「醫療暴力行為」，而係應以「妨害醫療行為」之行為為規範對象。因之並非只要在醫院發生傷害等暴力行為，即認構成本罪，而需行為人對醫護人員之暴力行為係在醫護人員正執行醫療業務之時。而所謂執行醫療業務應係醫護人員對於病人為一定之診察、用藥、施術或處置等，可能使病人之病況產生變化，而與醫療行為有關業務之執行³⁰。

27. 參臺灣苗栗地方法院 109 年度苗簡字第 687 號刑事判決。
28. 臺灣桃園地方法院 110 年度審簡字第 255 號刑事判決。

29. 參臺灣桃園地方法院 109 年度桃簡字第 186 號刑事判決。

(二)所謂「脅迫」，係指以侵害生命、身體、自由、名譽、財物之不法為目的之意思，通知對方足使其生恐怖之心之一切行為而言³¹。

(三)又按，刑法上之恐嚇，係指以危害通知他人，使該人主觀上生畏怖心之行為，且此危害之通知，並非僅限於將來，其於現時以危害相加者，亦包括在內。故所謂「恐嚇」，係指凡一切言語、舉動足以使人生畏怖心者，均包含在內。而該言語或舉動是否足以使他人生畏怖心，應依社會一般觀念衡量之，如行為人之言語、舉動，依社會一般觀念，均認係惡害之通知，而足以使人生畏怖心時，即不失為恐嚇，且僅以受惡害之通知者心生畏懼而有不安全之感覺為已足，不以發生客觀上之危害為要件，即所稱之加害，不須果有加害之事，亦不必真有加害之意。因是，恐嚇之手段，並無限制，其以言語、文字為之者無論矣，即使出之以強暴、脅迫，倘被害人尚有相當之意思自由，而在社會一般通念上，猶未達於不能抗拒之程度者，仍屬本罪所謂「恐嚇」之範疇。至於危害通知之方法，亦無限制，無論明示之言語、文字、動作或暗示之危害行為，苟已足使對方理解其意義之所在，並足以影響其意思之決定與行動自由者均屬之³²。是行為人客觀上將加害生命、身體、自由、名譽與財產等事項通知他人，而該通知事項，依其所通知之方法、態樣、內容，足以使受到惡害通知之人心生畏懼，致危及其在社會日常生活之安全感，即應成立本罪³³。

(四)再者，該規定所指之其他要件：

1. 「醫事人員」，依照醫師法第2條、第3條、第4條及醫療法第10條等規定，係指領有中央主管機關核發之醫師（包括中醫師及牙醫師）、藥師、護理師、物理治療師、職能治療師、醫事檢驗師、醫事放射師、營養師、助產師、臨床心理師、諮商心理師、呼吸治療師、語言治療師、聽力師、牙體技術師、驗光師、藥劑生、護士、助產士、物理治療生、職能治療生、醫事檢驗生、醫事放射士、牙體技術生、驗光生及其他醫事專門職業證書之人員；不包括醫療院所之「保全人員」³⁴及「個案管理師」³⁵。
2. 「緊急醫療救護人員」，依緊急醫療救護法第4條規定，係指醫師、護理人員、救護技術員，有法院認為包括「救護車司機」³⁶；
3. 「醫療業務」，係指包含醫療之主行為及附隨行為在內³⁷，即凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為之診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為處方、用藥、施術或處置等行為之全部或一部的總稱³⁸；惟有檢察官認為所謂「醫療」，所重者顯在於「醫治」或「治療」等直接涉及可使病情變化之行為而言。至於單純之抽血檢驗及量血壓之行為，如未與「診斷」或「治療」之行為相結合時（例如登打病人之病況紀錄），顯難認係「醫療行為」，法院審理後亦維持此一認定³⁹。
4. 「救護業務」，依救護技術員管理辦法第9條、第10條及第11條規定，應包含檢傷分類及傷病檢視、病患生命徵象評估、血氧濃度監測、基本心肺復甦術及清除呼吸道異物、使用口咽、鼻咽人工呼吸道、給

30. 參臺灣高等法院 109 年度上易字第 1248 號刑事判決。

31. 參最高法院 82 年度台上字第 608 號、84 年度台非字第 333 號刑事判決。

32. 參最高法院 81 年度台上字第 867 號、84 年度台上字第 813 號刑事判決及 80 年度第 4 次刑事庭會議決議意旨。

33. 參臺灣臺南地方法院 110 年度易字第 123 號刑事判決。

34. 參臺灣桃園地方法院 109 年度審簡字第 293 號刑事判決。

35. 參臺灣臺中地方法院 109 年度簡字第 1434 號刑事判決。

36. 參臺灣宜蘭地方法院 111 年度簡字第 86 號刑事判決。

37. 參臺灣高等法院高雄分院 108 年度上易字第 751 號刑事判決。

38. 參最高法院 109 年度台上字第 742 號刑事判決。

39. 參臺灣臺北地方檢察署檢察官 108 年度偵字第 21231 號聲請簡易判決處刑書及臺灣臺北地方法院 108 年度簡字第 3112 號刑事判決。

予氧氣、止血、包紮、病患姿勢選定及體溫維持、骨折固定、現場傷患救出及搬運、送醫照護、急產接生、使用自動心臟電擊器、血糖監測、灌洗眼睛、給予口服葡萄糖、周邊血管路徑之設置及維持、給予葡萄糖（水）、乳酸林格氏液或生理食鹽水、使用喉罩呼吸道、協助使用吸入支氣管擴張劑或硝化甘油舌下含片、依預立醫療流程執行注射或給藥、施行氣管插管、電擊術及使用體外心律等項目。

- （五）此罪所保障之法益，為醫療人員執行業務時的身體與意志自由及臨床醫療現場之公共安全，故若被告所妨害執行業務之醫事人員為兩人以上，仍為單純一罪⁴⁰。又因本規定是著眼於「整體醫療環境的維護」，故無法只因醫事人員個人不想追究，就可以認定行為人犯罪所造成的損害已經獲得圓滿的填補⁴¹。

* 案例事實及判決結果

- （一）被告於民國 107 年 3 月 21 日某時許，與姓名年籍不詳之男性友人陪同蔡姓女病患，前往「阮綜合醫院」身心內科就診時，以自備麥克風大聲以「幹你娘、幹你娘雞歪」等語辱罵林○○醫師，嗣警員經通報到場處理並陪同被告於診間內看診時，被告復在特定多數人均得共見共聞之診間內，大聲以「幹你娘」等語辱罵林○○醫師，足以貶損其社會人格評價，並以手持續大力拍打桌面之強暴方式，妨害林○○醫師醫療業務之執行。
- （二）本案之證據：被告自白、告訴人即林○○證述、證人即護理師吳○○之證述、臺灣高雄地方檢察署受理醫療暴力通報紀錄單暨傳真附件、警員之職務報告、員警密錄器擷取畫面、醫院監視器擷取畫面、高雄市所轄醫療機構暴力事件通報表及扣案物品照片等。

- （三）本案判決結果：法院判決被告二行為觸犯妨害醫事人員執行醫療業務罪，分別處有期徒刑貳月、有期徒刑參月，應執行有期徒刑肆月。

九、毀損醫療設備罪

按醫療法第 106 條第 2 項規定「毀損醫療機構或其他相類場所內關於保護生命之設備，致生危險於他人之生命、身體或健康者」。本罪目前尚查無實務判決，或係因本條規定之要件，不僅須毀損「保護生命設備」，且須因此「致生危險於他人之生命、身體或健康者」，要件較為嚴苛，難以成立，若病患毀損醫療院所之設備，通常均僅以刑法第 354 條之毀損罪論斷。

十、結論：

醫療暴力所涉犯罪，依目前法制設計，部分為告訴乃論（性騷擾、妨害名譽、妨害信用罪、毀損器物罪、傷害罪等），部分為非告訴乃論（恐嚇罪、強制罪及妨害醫療罪）。而其中醫療法於 106 年 5 月 10 日修正將醫療暴力行為納入刑事處罰之範疇，且列為非告訴乃論之罪，除擴大保護對象，更加重法定刑責，是縱使行為人之後與受害之醫事人員和解，仍須接受司法之制裁，此一設計自可避免醫療院所通常傾向「息事寧人」、「和平落幕」，而此一「善意」往往係阻礙受害者追求正義及防止「下一次」、「下一位」的悲劇。是目前法制設計已較先前完善。然遺憾的是，醫療暴力風險應無消失之可能，反而日益增加，僅能透過案例資料的累積分析，發展預防方案，最後筆者想引用楊坤仁醫師所述：「遇到醫療暴力，報警就對了」，為了醫療環境之友善，尚請勇於提出告訴，嚇阻不法。

40. 參臺灣臺中地方法院 111 年度中簡字第 245 號刑事判決。

41. 參臺灣高等法院高雄分院 109 年度上易字第 515 號刑事判決。

42. 參臺灣高雄地方法院 107 年度簡字第 4061 號、臺灣高雄地方法院 108 年度簡上字第 142 號刑事判決。

醫療糾紛之民事案例淺析

楊宜樑*

壹、前言

辦理醫療糾紛案件，由於律師多半不具醫療專業知識，故而如代理醫師、醫院方，可仰賴醫方提供相關證據及文獻，相對輕省，但如代理病家（兼指病人或其家屬），則只能憑病家所述內容提起訴訟，而訴訟之成敗又多取決於衛生福利部醫事審議委員會鑑定意見，致律師對於辦理醫療糾紛案件多有瞎子摸象之感嘆。筆者透過醫療糾紛民事案件有利病家見解之幾則判決，提供諸位代理病家時不妨嘗試之主張論據。

貳、舉證

一、舉證責任

早前最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決略以：「過失之醫療行為與病人之死亡間因果關係之存否，原則上雖應由被害人負舉證責任，惟苟醫師進行之醫療處置具有可歸責之重大瑕疵，導致相關醫療步驟過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係，發生糾結而難以釐清之情事時，該因果關係無法解明之不利益，本於醫療專業不對等之原則，應歸由醫師負擔。」，雖明載過失醫療行為與病人死亡間之因果關係存否，原則上仍應先由被害人負舉證責任，於因果關係無法解明時，方由醫師負擔舉證責任，然此判決當時遭斷章取義，曲解為相關醫療步驟過程及因果關係均應由醫師負擔舉證責任，而引發醫界譁然。

晚近最高法院民事判決就醫療糾紛之舉證責任，見解已漸趨一致，咸認「醫療行為為具有相當專業性，醫病雙方在專業知識及證據掌握上不對等，法院衡量病患請求醫療專業機構或人士損害賠償之訴訟，由病患舉證有顯失公平情形，而減輕病患之舉證責任時，病患仍應就其主張醫療行為有過失存在，先證明至使法院之心證度達到降低後之證明度，獲得該待證事實為真實之確信，始得認其盡到舉證責任。」¹，亦即病患之舉證責任僅係減輕，並非免除。而病家只要能證明係在醫療人員控管範圍內接受醫療處置，醫療人員之過失行為與損害事故發生時點最接近，而為損害事故最可能之解釋者，即可推定醫療人員之過失行為與損害事故間有因果關係²。蓋病患接受診察治療過程或涉及多個科別，或診療過程長達數月甚至數年，如病家未先舉證說明被告係何醫療處置有過失，導致病患受有傷害或導致死亡之結果，被告將無從具體抗辯，法院亦無法聚焦審理，而實務上通常病家只要提供病歷資料說明醫護人員有做何處置，而該處置導致病患發生傷亡之結果即可。例如，術中撕除膠膜造成病患受有皮膚撕裂傷，即可認醫師撕除系爭膠膜行為與病患傷口之形成，已具備條件因果關係³。或如，病患入院當日醫師給予第三代抗生素治療，翌日醫師指示對病患滴注葡萄糖酸鈣，護理師依醫囑先以靜脈點滴方式為病患施打第三代抗生素，後又為病患點滴輸注葡萄糖酸鈣，嗣護理師因見點滴速度較慢而調整加快點滴速度，病患隨即出

* 本文作者係執業律師。

1. 最高法院 109 年度台上字第 2747 號、109 年度台上字第 1915 號民事判決。

2. 最高法院 108 年度台上字第 1436 號民事判決。

3. 最高法院 109 年度台上字第 1915 號民事判決。

4. 同註 2。

現抽搐等現象，經急救後轉診，仍因缺氧性腦病變致兩側肢體癱瘓，即可推定醫師之醫囑及護理師施打藥劑之過失行為，與病患發生兩側肢體癱瘓之重傷害有因果關係⁴。

二、證明方法

如何查悉並證明醫護人員有過失，顯係醫療訴訟之重要爭點，由於病家舉證責任減輕，不妨上網搜尋醫院網站之衛教資料，是否有相關病症之處置建議，如有違反處置建議即可嘗試主張有過失，或搜尋類似病症之相關判決案例，但須強調衛教資料、相關判決案例僅得以作為起訴時舉證之參考佐證，個案處置是否符合醫療常規、醫療當時之醫療專業水準等，仍可能須送鑑定方得認定。

實務上曾有衛生福利部醫事審議委員會鑑定結果認醫師之處置符合醫療常規，但二審法院據藥品仿單，認為醫師未注意藥品仿單警語，未提出醫學學理證據或相關醫學文獻佐證，違背藥品「仿單核准適應症外的使用」原則，認定醫師違反當時之醫療常規⁵。同案經最高法院兩度發回，並經更審法院再次送請鑑定，最高法院仍認醫師不知藥品仿單提醒事項，是否已盡醫療常規處置之注意義務，尚非無疑⁶。就此觀之，如有違反藥品仿單警語之醫囑，亦有可能遭認定違反醫療常規，然此案件尚未判決確定，是否得以藥品仿單警語推翻醫審會鑑定結果，容有待觀察。

參、告知義務

一、告知後同意法則

醫療處置是否違反醫療常規實非律師在

醫療糾紛案件中所獲得充分掌握之爭點，而醫療糾紛民事損害賠償案例，在醫師處置未違反醫療常規，但因違反告知義務而須負賠償責任者，並非少見。

有關「告知後同意法則」之規範，於醫療法第 63 條第 1 項本文、第 81 條及醫師法第 12 條之 1 定有明文，尤其對人體施行手術所為侵入性之醫療行為，法院見解咸認應使病人得以知悉侵入性醫療行為之危險性而自由決定是否接受，以減少醫療糾紛之發生，展現病人身體及健康之自主權，兼作為醫療行為違法性之阻卻違法事由⁷。

二、手術同意書及麻醉同意書之簽名

醫療法第 63 條第 1 項本文明定：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。」。準此，如手術同意書及麻醉同意書未經病患簽名，難認醫師已盡醫療法上之告知說明義務，醫師如爭執其已盡該義務，即應由其負舉證責任⁸。又，手術同意書上有醫師之聲明欄位，由醫師勾選告知項目並簽名，如醫師未於該告知欄位簽名，其是否踐行告知義務即有可疑⁹，而應由醫師負舉證責任。

又，告知義務以實質上說明為必要，若僅令病人或其家屬在印有說明事項之同意書上，冒然簽名，尚難認已盡說明之義務¹⁰。且告知義務之踐行應由負有說明義務之醫院及醫師舉證，倘有怠於說明者，其義務或責任不因手術同意書或手術說明書之簽署而免

5. 臺灣高等法院高雄分院 101 年度醫上字第 9 號民事判決。

6. 同註 2，最高法院 108 年度台上字第 1436 號民事判決。

7. 最高法院 109 年度台上字第 2278 號、105 年度台上字第 89 號、103 年度台上字第 774 號民事判決、臺灣高等法院高雄分院 100 年度醫上字第 8 號民事判決。

8. 最高法院 109 年度台上字第 2278 號民事判決。

9. 最高法院 103 年度台上字第 774 號民事判決。

10. 臺灣高等法院 101 年度醫上字第 17 號民事判決、最高法院 94 年度台上 2676 號刑事判決。

除；如醫院及醫師已盡舉證責任，病患或家屬仍主張未履行說明義務，即應就其確未履行之情事，負舉證責任¹¹。

另按，醫療法第 63 條第 3 項規定：「第一項手術同意書及麻醉同意書格式，由中央主管機關定之。」，故而如若醫療機構提供給病人簽名之手術同意書及麻醉同意書並非衛生福利部當時公告之版本，可比對同意書內容，如有未能完全涵蓋衛生福利部公告之同意書格式所列各點內容者，即得主張醫事人員未踐行完整之告知程序，涉違反醫療法第 63 條規定。

三、告知義務之內容範圍

醫療法第 63 條第 1 項本文規定之告知內容僅有手術原因、手術成功率或可能發生之併發症，然此告知範圍顯然不足以使病家充分了解評估手術風險及利弊，惟受限病患或其家屬知識、理解事理程度、醫療行為高度專業性及複雜性、醫師判斷及裁量餘地及時間等等情狀，如命醫療機構為鉅細靡遺之告知，亦有窒礙難行之處，故而實務上認告知義務之範圍以涉及醫療自主權者為限，至少應包括手術之風險、替代方案及其利弊分析，且須使病患或其家屬因該告訴、說理，而知悉、明白將進行手術之風險、有無替代方案暨各該方案之利弊¹²。

而醫療法第 81 條所定告知義務之核心乃疾病之情狀及病灶所在，故醫療機構負有告知及說明義務之範圍，不僅條文內容明定之病名、病情、治療方針、處置、用藥、預後情形、可能之不良反應，尚包括各項檢查結果、檢查結果之涵意、不接受治療之後果、

是否需為追蹤檢查及後續之治療等。因此，如病人於檢查報告產出前離院，醫療機構就檢查報告結果應進行追蹤，若檢查報告結果異常即應通報並通知病人回診治療，醫療機構如未履行此告知義務，即有疏失¹³。

另，醫療法第 63 條第 1 項本文及第 81 條負告知義務之主體均為「醫療機構」，故踐行告知義務之人並非僅限於醫師本人，由手術醫師以外之適當人選即醫療機構內之成員對病患或其家屬為合乎醫療法規定之告知說明亦可。¹⁴

四、違反告知義務之損害賠償責任

由違反告知義務遭判決應負賠償責任之民事案例觀之，通常係不具急迫性或必要性之手術（例如醫美），雖然醫療處置符合常規，但病家因術前未獲詳細說明告知手術相關資訊（尤其未告知嚴重併發症或其他替代方案之風險評估），導致病人手術後死亡或受有重傷（臟器遭全部摘除或失明等），此類案例較容易讓法院審視告知義務之踐行。

二審法院就告知義務之違反，有認醫師術前未告知其他替代治療方法，致病患在醫師未完整揭露資訊之情況下，勉為同意接受摘除臟器之手術，已逾越同意權範圍而有不法，醫師施行手術係侵害病患身體健康，屬民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為¹⁵；有認如告知義務之違反尚不足構成醫療行為責任，且與病患身體權損害之因果關係並不相當，應認僅屬侵害病患自主權，而病患自主權應屬病患決定醫療決策之自由權或重大人格法益，依民法第 195 條第 1 項前段規定，得請求賠償非財產上損害¹⁶。

11. 臺灣高等法院 104 年度醫上字第 26 號民事判決。

12. 最高法院 103 年度台上字第 774 號、102 年度台上字第 192 號、臺灣高等法院 103 年度醫上字第 38 號、臺灣高等法院高雄分院 103 年度醫上字第 3 號民事判決。

13. 最高法院 107 年度台上字第 1593 號民事判決。

14. 最高法院 102 年度台上字第 192 號、臺灣高等法院 100 年度醫上字第 1 號民事判決。

15. 臺灣高等法院高雄分院 100 年度醫上字第 8 號民事判決。

16. 臺灣高等法院臺中分院 104 年度醫上易字第 4 號民事判決。

目前最高法院見解認為告知義務係醫院對病人所負之從給付義務，病人可獨立訴請醫院履行以完全滿足給付之利益，倘醫院對病人未盡其告知說明義務，該項侵害不僅侵害身體健康之自主決定權，尚具有人身及財產上利益之保護功能，病人之身體健康如因而受有損害，病人即得依民法第 227 條不完全給付之規定，請求醫院賠償其損害。¹⁷ 此見解讓病家得以不受侵權行為損害賠償短期時效之限制，直接依債務不履行規定向醫院求償，亦曾有第二審法院據此見解判命醫院賠償¹⁸。

然應注意告知義務僅係讓病家了解醫療處置之選擇及風險評估，並非一旦發生手術併發症，即得主張係醫療機構未盡告知義務致病家未於術前審慎評估所致。蓋曾有案例判決認「倘醫師於手術前為告知說明，病患及其家屬，或者可選擇其他替代手術之治療方式，不需要進行開刀手術，即可避免病患死亡之結果，是醫院之履行輔助人違反告知說明之義務，與病患之死亡結果間，具有因果關係。是以，病患之家屬依債務不履行之法律關係，請求醫院負損害賠償責任，於法有據。」¹⁹，案經上訴，經最高法院以「倘醫院已由該名手術醫師以外之適當人選對患者或其家屬為合乎醫療法第 81 條規定之告知說明，能否謂醫院未盡其告知說明義務，非無進一步推求餘地。」發回後²⁰，經更一審法院調查告知義務之踐行狀況，認醫療行為具有高度專業性，不可能單純藉由醫師說明，即足以使不具醫學專業之病人正確評估

風險並選擇最佳治療方式，而本件病患施行系爭手術前，經醫師專業判斷，向病患及家屬說明治療之選擇，與系爭手術、替代治療方案之風險、利弊後，經病患決定願意承擔手術治療疾病的風險，即不得以事後發生手術併發症，指稱如事前詳加說明風險即不會選擇系爭手術，否則形同於將併發症風險完全移轉由醫師負擔²¹，改判醫院免賠，後經最高法院判決維持²²。

肆、結語

醫療糾紛礙於專業知識及證據掌握上不對等，進行訴訟程序過程之相關舉證、甚至判讀鑑定報告，常令律師感到吃力。筆者辦案經驗中，深感許多醫療糾紛實肇因於醫病溝通不良，而高雄市政府衛生局之醫療爭議調處程序，不僅申請程序簡便，無需申請費用，且調處時設有律師調解委員及與案件同科別之醫師調解委員各一名，可使醫病雙方得於圓桌上溝通協調，醫師調委通常會提供其醫學專業之看法，在醫法雙管齊下的評析解說，常得使原本針鋒相對之雙方獲圓滿成果。另如醫療糾紛類型涉及產婦、胎兒及新生兒因生產所致之重大傷害或死亡結果，符合生產事故救濟條例相關規定，目前生產事故救濟作業辦法第 7 條規定產婦死亡給付最高新臺幣四百萬元，胎兒或新生兒死亡給付最高新臺幣三十萬元，也是協助當事人儘速獲償之選項。以上訴訟外解決紛爭機制，亦不失為協助當事人解決醫療糾紛之妥速方式，一併提供各位先進參考。

17. 最高法院 99 年度台上字第 2428 號、103 年度台上字第 774 號、108 年度台上字第 2607 號、109 年度台上字第 2278 號民事判決。
18. 臺灣高等法院臺南分院 103 年度醫上字第 5 號民事判決，經最高法院 107 年度台上字第 820 號民事判決維持。

19. 臺灣高等法院 100 年度醫上字第 1 號民事判決。
20. 最高法院 102 年度台上字第 192 號民事判決。
21. 臺灣高等法院 102 年度醫上更（一）字第 1 號民事判決。
22. 最高法院 104 年度台上字第 1944 號民事判決。

當美麗無法兌現——短評隆鼻後鼻樑歪斜案

林若馨*

壹、前言

猶記得 2019 年下半年，筆者剛從臺北回到高雄執業，適逢高雄律師公會與高雄醫學大學醫學研究所碩士班積極洽談，為南部地區首度開設醫療法律學分班。由於筆者對此領域也甚感興趣，加上李玲玲律師力薦，有幸成功報名 108 學年度醫療法律學分班。本文承蒙副理事長劉思龍律師邀稿，筆者自認能力不足，難以深入淺出地專文分析，惟盛情難卻，謹就筆者當學期課堂報告案例¹撰文拋磚引玉、就教於諸位道長。

貳、爭議經過

一、原告主張

- (一) 原告於民國 103 年 3 月 25 日進行系爭隆鼻手術，手術以墊高鼻頭、鼻翼變尖為目標，施作內容為鼻樑上半部「goretex」、下半部「異體肋軟骨」、「人造骨」之異體肋軟骨隆鼻手術（下稱系爭手術）。術後原告認為鼻翼並無縮小，且屢感鼻填充物晃動、位移致鼻樑向右側歪斜，影響外貌甚鉅，乃另覓診所於 104 年 4 月 30 日以自體肋軟骨隆鼻手術（下稱第 2 次手術）為其重建鼻型。
- (二) 另以被告於術前並未告知系爭手術風險、預後情形及後遺症，又原告事後始知異體肋軟骨並非活人捐贈，故其在資訊不完整之情況下同意接受系爭手術，亦得依債務不履行及侵權行為請求賠償。
- (三) 倘認被告手術並無可歸責之事由，然因系爭手術契約之完成應使原告鼻樑

不歪斜，故被告契約給付並不完全，原告曾請求被告調整修補，且被告既允諾原告支付其他醫生重新施作之費用，仍應給付修補費用。

- (四) 爰依系爭手術契約、民法第 544 條、第 227 條、第 227 條之 1、第 184 條第 1 項前段、醫療法第 82 條委任關係、不完全給付、侵權行為、醫療法之法律關係請求。

二、被告主張

- (一) 原告鼻樑並無明顯歪斜之情形，此為原告主觀認定，不得認被告手術具有過失。
- (二) 又，原告於 103 年 3 月 13 日、103 年 3 月 21 日進行諮詢時，被告即已告知將進行之相關診療及說明，原告於同年月 25 日進行系爭手術時亦簽立手術說明書，顯見原告已接受相關說明，佐以原告先前有隆鼻手術之經驗，自己知手術相關風險。且被告從未告知異體肋軟骨是活人捐贈，且該異體肋軟骨乃經衛生福利部核准用於系爭手術之用，係屬合法。
- (三) 原告片面主張有鼻樑歪斜之情形，要求被告重做隆鼻手術或負擔另為隆鼻手術之費用，惟當時被告已否認有歪斜，僅係提供幾個解決之方向，並非同意支付重做隆鼻手術費用，雙方並未就必要之點達成合意。縱認被告曾為上開要約，惟原告之後申請高雄市衛生局調處時，曾允諾 3 萬元和解，

* 本文作者係執業律師。

1. 臺灣高雄地方法院 104 年度醫字第 15 號、臺灣高等法院高雄分院 106 年度醫上易字第 5 號。

亦應已發生推翻前要約之效果。

參、衛生福利部醫事審議委員會鑑定摘要

- 一、被告施行系爭手術均符合該手術之醫療常規。
- 二、鼻整型手術後需使用鼻部外固定夾板 1 至 2 週，避免植入物位移歪斜。如於術後 1 至 2 週進行觸摸、按壓鼻樑，可能會導致位移。
- 三、鼻整形手術術後變形及歪斜，有可能是手術後手術部位傷口癒合過程中，因疤痕攣縮導致。

肆、判決摘要

一、一審判決理由

- (一) 依系爭手術、第 2 次手術，手術中所拍攝之照片，認定原告鼻樑於系爭術後確有向右歪斜之情形。
- (二) 以現今醫療水準而言，被告已盡避免產生歪斜或位移；另依文獻報告鼻整形手術術後變形及歪斜，有可能是手術後手術部位傷口癒合過程中，因疤痕攣縮導致，有醫審會鑑定書可稽。故系爭手術在術後傷口癒合時，本即存在因自身體質復原時具有鼻樑歪斜之風險性，又經鑑定結果被告所為手術之方式及評估均已盡當今最大醫療技術之努力，難認被告就系爭手術有何過失或未予評估之情事。
- (三) 雖手術同意書上未具體明確記載鼻樑歪斜之風險，惟可自隆鼻同意書上所載「鼻整形手術因為有植入義鼻式軟骨…，如有植入物移位之情形，應馬上回診接受調整…」知悉，顯見被告確有告知術後可能有植入物位移而導致歪斜之可能。又，異體肋軟骨大體

捐贈，此為普遍知識亦可隨時查知，難認如此被告未盡告知義務。且鼻樑歪斜與是否使用異體肋軟骨無關，是原告以此作為重為隆鼻手術之主張，亦欠缺因果關係。

- (四) 惟依兩造醫療契約（隆鼻同意書上表示植入物歪斜時提供免費修補），顯見契約之意旨乃系爭手術之約定，係於手術風險發生時，仍應提供鼻樑不致歪斜（排除一般人不能接受美觀）之修補義務，故被告有應提供鼻樑不致歪斜之修補義務。而原告於系爭手術後，鼻樑向右歪斜，顯見被告尚未就系爭手術之醫療契約履行完成。

二、二審判決理由

- (一) 適用民事訴訟法第 277 條但書減輕被上訴人（即原告）之舉證責任：
醫療行為具有相當專業性，醫病雙方在專業知識及證據掌握上並不對等。而本件為整型美容，其係以改善接受者之外貌為訴求，故接受者往往是在生理健康之基礎上，決定進行外貌之調整，目的在於滿足其自身對美感的追求，客觀上原缺乏醫療介入之必要性，此與以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘疾等為目的之醫療行為，在本質上存有相當之差異。又整型美容接受者在進行療程前，往往對於所欲達到之效果有所想像；而醫師於諮詢過程中，因無急迫採取醫療行為之壓力，故可藉由來回充分溝通，在掌握接受者主觀之期待後，憑藉其所具備之醫學專業知能和經驗，提供意見，雙方皆有選擇是否提供、或是否接受整型美容之空間，與以治療為目的之醫療行為中，醫師拒絕、或終止施作

醫療行為之空間受到相當的壓縮亦明顯不同。況整型療程並非健保所給付之項目，接受者皆須自費，從事此項活動之醫療服務提供者往往可從中賺取高額利潤，故整型療程乃側重商業利益考量，與治療型之醫療行為亦不相同。故認本件適用民事訴訟法第 277 條但書規定，減輕被上訴人（即原告）之舉證責任。從而，若被上訴人就上訴人之整型醫療行為有診斷或治療錯誤之瑕疵存在，已證明至使法院之心證度達到降低後之證明度，獲得該待證事實為真實之確信，即應認其已盡到舉證責任。

- （二）由於醫審會鑑定報告及上訴人之均未能指出尚有其他因病患個人因素可能導致鼻樑位移之情形。則被上訴人鼻樑位移並非因其個人因素所致之事實，即堪認定。
- （三）被上訴人進行鼻部整型手術固為滿足其個人對美感的追求，然施作手術後鼻樑不歪斜應為鼻部整型手術最低程度之標準，並為對整型醫師最基本之要求。且上訴人並無法針對「在醫材、手術方式及病患個人均無問題之情況下，何以被上訴人仍會出現鼻樑位移之結果」一事提出合理之說明。
- （四）另，被上訴人有告知先前曾取耳朵及鼻中膈軟骨做過鼻尖整型術，則上訴人就被上訴人鼻中膈可能因曾遭取用過軟骨而有支撐不足之情形乙節，應有預見可能，並於術中為適當處理。佐以上訴人事後有作重建鼻樑左側支撐，足認其原先評估並決定之鼻中膈支撐之方式並非適當。
- （五）綜上理由，二審判決認被上訴人於系爭手術後，產生鼻樑向右歪斜之結果，

而鼻樑歪斜並非被上訴人個人因素所致，上訴人亦未能合理說明在使用適當醫材、手術方式之情況下，何以被上訴人仍會出現鼻樑位移之結果？故認依被上訴人所舉事證已足令獲致上訴人施行手術確有疏失之有利心證。是被上訴人主張上訴人有醫療疏失之不法侵害行為，即堪採信。

伍、解析與討論

一、首先，就「舉證責任」部分：

- （一）我國實務一般民事醫療糾紛案件，由於醫病雙方在專業知識及證據掌握上原則並不對等，故可見幾種調整舉證責任之方式，例如民事訴訟法第 282-1 條「證明妨礙」之法律效果、或本件二審法院所稱「降低證明度」，此外，亦有採影響較鉅者一舉證責任倒置之方式等予以處理。而本件一審法院並未特別論及舉證責任有何調整之必要，惟二審法院則認為本件適用民事訴訟法第 277 條但書之規定，以看似採取「降低證明度」之調整方式，減輕原告之舉證責任。
- （二）惟細繹二審法院之判決理由，係認定醫療行為人無法針對「在醫材、手術方式及病患個人均無問題之情況下，何以病患仍會出現鼻樑位移之結果」一事提出合理之說明，因此認定醫療行為人仍有疏失。此二審法院實際採用的標準，似並非僅是降低證明度之方式，而是已近似於美國法上「事實說明自己法則」此一舉證責任倒置之效果²。又，如本件醫師之處置已符合現今醫療常規，則其客觀上能否就「在醫材、手術方式及病患個人均無問題

2. 程欣儀，〈民事醫療訴訟舉證責任之研究〉，《司法新聲》，第 102 期，頁 29-30。

之情況下，何以病患仍會出現鼻樑位移之結果」一事再提出合理之說明，亦屬有疑。

- (三) 除上述外，筆者更為好奇者，乃因「美容醫學」領域並非以治療疾病為目的，其目的在於滿足其自身對美感的追求，客觀上亦欠缺醫療介入之必要性，與一般以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘疾等為目的之醫療行為，存在本質上之差異。是否適合將一般醫療行為所應適用何種舉證責任分配套用於美容醫學領域，而在適用上作相同的認定？換言之，在美容醫學領域與一般醫療行為間，有無再依其本質上之差異，進一步就醫療瑕疵、醫療過失、責任成立因果關係與責任範圍因果關係之舉證責任分配予以類型化、細緻化之空間。惟囿於篇幅及研究能力之不足，筆者無法就此議題進一步提出具體意見，僅僅拋磚引玉，就教於各位先進，並提供上開想法以供參考。

二、又，倘在侵權責任成立階段，認定無醫療疏失而不成立過失，則其與契約責任債務不履行中「可歸責」之要件，兩者關係為何？標準是否相同？又，是否因美容醫學契約之本質為何有異？

- (一) 本件原告除以侵權行為法律關係請求外，另以系爭手術契約、民法第 544 條等契約關係請求。而一審法院雖認本件被告並無醫療疏失而不成立侵權責任，惟另以兩造醫療契約之給付內容包含有「應提供鼻樑不致歪斜之修補義務」，故被告有應提供鼻樑不致歪斜之修補義務。惟倘兩造醫療契約內容並無約定「應提供鼻樑不致歪斜之修補義務」，則原告還有其他法律上主張可請求嗎？此涉及筆者另欲探究者，即美容醫學契約之本質為何。

- (二) 誠如前述，筆者以為美容醫學領域乃為滿足其自身對美感的追求，故其本質上毋寧最為重視成果之重要性，更甚於其他；且通常約定具體明確之給付內容及完成結果，因此筆者認為美容醫學契約似有定性為承攬契約之空間，而非如一般醫療行為，普遍認為係委任或近似於委任關係。

- (三) 故，如本件隆鼻手術得定性為承攬契約，則美容醫學之結果與契約當事人約定之成果、效果有所落差，即有民法第 492 條瑕疵擔保責任之問題，此項承攬人之瑕疵擔保責任係無過失責任，不以承攬人具有過失為必要。則本件中，縱兩造醫療契約內容並無「應提供鼻樑不致歪斜之修補義務」，或可透過民法第 492 條無過失瑕疵擔保責任之方式請求。

- (四) 然而，縱使美容醫學契約是以追求特定美感為目的，也非每種美感之追求都有相應具體特定之成果。故，是否將所有美容醫學契約都定性為承攬契約一體適用，筆者亦未有定論。

陸、結論

筆者以為美容醫學與一般醫療行為不同，美容醫學毋寧係以追求一定的成果為目的。則此等本質上的差異，在舉證責任的分配上，是否有異於一般醫療行為舉證責任理論之空間。又，美容醫學契約之本質，雖筆者認為近似於承攬契約，然而，是否所有美容醫學契約之給付內容，均能定性為承攬，亦屬有疑。故為避免在追求美麗的過程中，發生對於雙方都不樂見之醫療糾紛，建議雙方宜就手術之內容、成果細項條列溝通，完整磋商後使契約雙方之權利義務更加明確後再加以施行。

臺灣高等法院臺中分院 106 年度醫上字第 3 號民事判決評釋——以最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決揭示之重大醫療瑕疵理論為中心

陳韋樵*

壹、前言

就醫療過失之事實認定、法律適用與舉證責任問題，經常困擾醫療訴訟之兩造。又當最高法院於民國 106 年 3 月 29 日作成最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決，並揭示：「過失之醫療行為與病人之死亡間因果關係之存否，原則上雖應由被害人負舉證責任，惟苟醫師進行之醫療處置具有可歸責之重大瑕疵，導致相關醫療步驟過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係，發生糾結而難以釐清之情事時，該因果關係無法解明之不利利益，本於醫療專業不對等之原則，應歸由醫師負擔，依民事訴訟法第二百七十七條但書之規定，即生舉證責任轉換（由醫師舉證證明其醫療過失與病人死亡間無因果關係）之效果。」該判決並未一味要求醫師應就「無醫療疏失」負舉證責任，仍隨即引發中華民國醫師公會全國聯合會發表聲明強烈批評：「上開最高法院之特殊見解認為，『醫師被告，還得自己證明沒有疏失、沒有因果關係』，儼然是要逼使台灣醫師無視對病人最有利的醫療措施，而都採取最保守、對醫師最有保障的醫療方式？醫者仁心，均盼望病人在其治療下能重拾健康身體，但面對醫療方式的選擇，醫師必須要考量當下所面臨的狀況，以及擁有的醫療資源；無奈者是，司法是事後觀看整個醫療流程，而非當下的臨危判斷。且最高法院的法律審，主要針對法律的適用是否合宜進行書面與法理見解審查，無法瞭解真實與重要的醫療環節，在認知有限的狀況下，以及對醫師專業判斷的資訊不足，若非對醫療環境或專業有足夠概念的專業法學人士，恐怕容易忽

略重要的醫療環節與專業，甚而只會看到告訴人悲情訴苦的片段，進而讓醫師受到不白之冤。」¹則究竟現行實務上，如何操作前揭最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決揭示之醫療過失舉證責任之法律解釋與法律適用，厥為本文有意探討之議題。

本文以下乃選擇臺灣高等法院臺中分院 106 年度醫上字第 3 號民事判決（下稱系爭判決），及該案後續定讞判決即最高法院 109 年度台上字第 1916 號民事判決為討論之醫療糾紛案例。

貳、系爭判決案例之案例事實

- 一、病患甲君，於 101 年 8 月 1 日因腰痛至中國醫院大學附設醫院（下稱中醫大附醫）急診，當時甲君年紀約為 79 歲。
- 二、經急診室醫師診斷為「肺炎，未明示病原體者」，而發給住院通知單，再經中醫大附醫血液腫瘤科醫師 A 診治後，診斷為「其他特定之白血病，未提及緩解」，甲君於急診後即於 101 年 8 月 2 日辦理轉床及住院手續，住在普通病房。又 A 醫師為本案甲君之主治醫師，於甲君住院後，安排甲君進行骨髓穿刺檢查，該檢查後甲君之身體狀況並無出現喘、發燒症狀；復於同年 8 月 8 日安排甲君進行電腦斷層檢查，該檢查後甲君亦無出現喘、發燒，且能下床走動。
- 三、惟於 101 年 8 月 9 日經安排甲君進行纖

* 本文作者係執業律師。

1. 引自中華民國醫師公會全國聯合會 106 年 6 月 5 日聲明稿，https://www.tma.tw/meeting/meeting_info.asp?/7232.html，最後瀏覽日：2022 年 3 月 9 日；「重大醫療瑕疵醫師須舉證，醫界痛心病友支持」，自由時報電子報，106 年 6 月 6 日，<https://news.ltn.com.tw/news/life/paper/1108193>，最後瀏覽日：2022 年 3 月 9 日。

維支氣管鏡檢查（下稱系爭檢查），並由中醫大附醫胸腔科 B 醫師實施檢查，該檢查後卻發現甲君出現喘、高燒、呼吸困難情事。再中醫大附醫於同年月 10 日發出病危通知，並將甲君轉入加護病房急救，狀況陸續增加為急性呼吸衰竭、急性心肌梗塞合併肺水腫、急性腎衰竭、急性肝衰竭，嗣後於同年月 15 日過世。

參、上訴人主張

上訴人即本案原審原告乙（下稱上訴人），亦為訴外人甲君之配偶；上訴人丙、丁（下亦稱上訴人）為甲君之子女。

上訴人於本案主張 A 醫師、B 醫師等二人（下稱 A、B 醫師等二人）為甲君安排或施行系爭檢查時，有違反醫療常規及醫療疏失之情形如下：

1. 違反告知義務之一：系爭檢查為侵入性檢查，且施行系爭檢查時，必須打生理食鹽水，進入體內，生理食鹽水可能無法完全抽淨等，非但未告知家屬，且未評估甲君已屆 79 歲高齡，是否適合進行系爭檢查，致使甲君及家屬即上訴人未能充分了解，而決定是否接受系爭檢查。
2. 違反告知義務之二：未告知甲君及家屬即上訴人，施行系爭檢查並同時實施切片，亦未告知施行切片生檢時，會造成甲君出血的情形。
3. 違反告知義務之三：未告知甲君及家屬即上訴人電腦斷層相關檢查結果，而該電腦斷層檢查結果，呈現胸部兩側都有病兆，因此相關檢查，是否要灌水、切片，及其所產生之併發症為何？又灌水、切片是否會導致原有病灶惡化，致使甲君及家屬無法及時告知醫師應有之醫療處置？
4. 被上訴人應負不完全給付之瑕疵損害賠償

責任：肺部切片屬手術，須告知家屬並取得同意，被上訴人未履行醫療法第 63 條、第 64 條、第 81 條，及醫師法第 12 條之 1 之告知義務，違反醫療契約之附隨義務而為不完全給付，且此不完全給付與甲君之死亡間，亦有相當因果關係，A、B 醫師等二人應負損害賠償責任。

5. 醫院應依民法第 188 條負擔僱傭人連帶責任：101 年 8 月 9 日甲君接受系爭檢查（包括灌水及肺部切片）後，出現呼吸喘、血氧飽和度下降，急性呼吸衰竭、急性心肌梗塞合併肺水腫、肺炎、急性腎衰竭、急性肝衰竭，此係因肺葉之水未抽乾淨或不排除有出血情形，A、B 醫師等二人受雇於中醫大附醫，故依民法第 188 條規定，中醫大附醫就 A、B 醫師等二人之醫療疏失，亦應負連帶賠償責任。
6. 衛生福利部醫事審議委員會之鑑定報告之鑑定內容有誤：上訴人主張，本件雖經囑託行政院衛生福利部醫事審議委員會作成鑑定報告，認肺部灌水不需要告知云云，然此僅係該鑑定報告自行認知之結果，完全無憑。況且對切片乙情，完全沒有告知甲君及其家屬，而醫審會竟認被上訴人無醫療疏失，並符合醫療常規，實有錯誤。再者，鑑定報告就甲君病情開始惡化之原因，鑑定報告中並未表明其並非是由左側灌水及切片部位產生，而且甲君之病情一開始惡化，是由灌水及切片的部位開始，因此系爭檢查無法排除與甲君病情惡化原因因果關係，且甲君並不是僅由於右側的病灶急速惡化造成。

肆、被上訴人主張

甲君於 101 年 8 月 1 日至中醫大附醫就診時，已 79 歲，且當時患有慢性單核球白血病牙細胞惡化期、嚴重肺炎併呼吸衰竭、急

性心肌梗塞合併肺水腫、慢性腎衰竭併急性惡化、肝衰竭、陳舊性肺結核、血癌惡化等多重病況。若不積極檢查，查明原病菌以對症治療，依病程之發展，病況可能發生更嚴重。惟慮及甲君年齡、病況、醫療可能性，及當時甲君呈現症狀，與治療效果，A 醫師於檢查前即清楚與甲君討論，經甲君考慮同意後，始進行系爭檢查，且交付予甲君之纖維支氣管鏡檢查說明書即有記載「執行氣道與肺組織之刷洗及切片生切」，並無上訴人指摘之未盡告知義務等情。又甲君係因其原有疾病肺炎惡化，併呼吸衰竭導致心臟功能損傷等併發症而致死亡，此實不可歸責於被上訴人。

又進行爭檢查需注射生理食鹽水，此現醫療技術水準，並無法將生理食鹽水完全抽乾，然殘存之生理食鹽水，會被人體自然吸收，並不會產生不良反應或影響，且交付予甲君並經其簽名之「纖維支氣管鏡檢查說明書」，亦載明「執行氣道與肺組織之刷洗及切片生切」，及「殘留少量生理食鹽水」之情形。因不會產生不良反應，縱未就此特別說明，亦無違反醫師法或醫療法問題。

而甲君於加護病房 X 光片之病況，係因其敗血症惡化及原有冠心症造成肺積水，方導致肺葉全白，此與系爭檢查無關，系爭檢查與甲君死亡實不具因果關係。據此，被上訴人對甲君之醫療行為，並無違反醫療常規，甲君亦未因此發生副作用，不得以被上訴人未盡告知說明義務，即認 A、B 醫師等二人之醫療行為與甲君死亡有因果關係。

又本件並無上訴人指稱之醫療過失情形，故中醫大附醫並無侵權行為或債務不履行之情形。

再兩造同意就 A、B 醫師等二人所為之醫療照護，是否符合醫療常規，有無醫療疏失等囑託醫審會進行鑑定，衛福部醫審會就兩造爭執事項已於系爭鑑定報告加以釐清說

明，並認定 A、B 醫師等二人對甲君之相關醫療處置，均符合醫療常規，且系爭檢查與甲君死亡並無因果關係等語，資為抗辯。

伍、與本案相關之醫療知識簡介

一、骨髓穿刺檢查²

骨髓穿刺檢查是利用骨髓穿刺針，刺穿骨頭到骨髓，抽出少量看起來像血液的骨髓送檢驗，是一項安全、方便且能迅速檢查骨髓功能的方法。又骨髓位於疏鬆骨質的內部及長骨中央空腔，它佔全體重約 4～5%，其中的紅骨髓為人體主要之造血器官。在幼兒時期，大部份的骨髓都是紅骨髓，而成人的紅骨髓則僅位於肋骨、脊柱及扁平骨中。許多其他部位的骨髓多被脂肪細胞取代，因為骨髓是造血器官，隨時都在造血以提供新血替代衰老的血球細胞，所以抽取少量骨髓來做檢驗對身體並無大礙。

骨髓穿刺檢查之目的在於：

1. 當週邊血液發現白血球、紅血球、血小板有異常情形，懷疑白血病或骨髓病變時，必須抽取骨髓檢體做進一步細胞形態、血液標誌及一些特殊染色體或去糖核酸之檢查，以瞭解骨髓造血組織的變化，做為血液疾病的診斷及治療的依據。
2. 評估其他惡性腫瘤如淋巴瘤、神經母細胞腫瘤、橫紋肌肉瘤等是否侵犯骨髓，以決定癌症之分期，做為治療的依據。
3. 評估原發性血液惡性病對治療的反應。
4. 評估骨髓鐵之含量、細胞密度、造血細胞成熟過程及比例。
5. 臨床上懷疑血液疾病，例如發現無法解釋的肝脾腫大、骨骼疾病或不明熱等時，必須檢查骨髓來進一步確立診斷。

2. 關於骨髓穿刺檢查之說明，引自烏日林新醫院衛教網站，<https://wlshosp.org.tw/%E8%A1%9B%E6%95%99%E5%9C%92%E5%9C%B0/%E8%A1%80%E6%B6%B2%E8%85%AB%E7%98%A4%E5%85%A7%E7%A7%91/%E9%AA%A8%E9%AB%93%E7%A9%BF%E5%88%BA%E6%AA%A2%E6%9F%A5/>，最後瀏覽日：2022 年 3 月 9 日。

骨髓穿刺檢查之過程為：

1. 先在準備穿刺部位進行皮膚消毒，並蓋上無菌洞巾。
2. 在穿刺部位的皮內、皮下、骨膜局部麻醉，減輕疼痛。
3. 將骨髓穿刺針在穿刺部位垂直骨面逐層刺入，直達骨面，然後旋轉進針，再進入骨質 1～2cm 後到達骨髓腔，抽取少量的骨髓液（約 0.5～1c.c.）送檢。
4. 穿刺過程可能仍會有酸麻或疼痛不適情形，請您盡可能維持姿勢並保持不動。
5. 穿刺完畢後，醫師會將針拔出，在傷口上以紗布及寬膠加壓固定即完成骨髓穿刺檢查。

骨髓穿刺檢查之術後注意事項：

1. 以手掌心或加壓袋直接壓在敷料上方 10～15 分鐘，採腸骨脊穿刺者亦可將加壓袋壓在敷料上方，並採坐姿或仰臥姿勢約 1 小時幫助加壓，並隨時觀察紗布是否有滲血情形，若持續滲血時應持續加壓並通知醫護人員處理。
2. 傷口處會以紗布及寬膠覆蓋，當天洗澡勿移除敷料，隔天即可將敷料移除。
3. 若穿刺部位有紅腫熱痛的情形，請立即回門診處理（上述情況在臨床上極少用）。
4. 穿刺部位可能會有痠痛情形持續約 2～3 天，當您疼痛不適時，可依醫師處方服用止痛藥物緩解疼痛。
5. 骨髓穿刺的合併症：極少數病人可能併發傷口感染、蜂窩性組織炎或骨髓炎。

二、支氣管鏡檢查³

藉由支氣管鏡檢查，可以直接看到支氣管內部的正常構造及異常病變；通常會因下列幾種情況來評估是否需作此種進一步的檢查：

1. 不正常的胸部 X 光發現。
2. 慢性咳嗽、咯血、局部喘鳴、肺葉塌陷。
3. 需要再做切片來確認診斷。
4. 治療性支氣管鏡，如移除異物或電燒氣管

腫瘤切除、肺泡灌洗、冷凍治療等。

5. 肺腫瘤診斷、困難之氣管內插管。
6. 氣管或支氣管狹窄擴張術和支架置放。

施行檢查前會先將局部麻醉劑噴於病人的喉嚨中，再用軟式內視鏡，經由鼻腔、口腔或氣切內管進入氣管，做詳細的檢查，於必要時可採集呼吸道分泌物和切片送檢。

支氣管鏡檢查之術後注意事項：

1. 檢查完畢後 2 小時，麻醉藥效會慢慢消失，試喝水後如果沒有不舒服的感覺，或發噎，之後才能試著進食。
2. 檢查後 2 小時，若喉嚨有疼痛的感覺，可喝少許溫開水以減輕不適。
3. 檢查後痰液中可能含有血絲，為正常的現象，但如果大量咯血、呼吸困難、胸痛等不適症狀，則立即就近醫療院所檢查。

陸、系爭判決臚列之五大爭點

- 一、依甲君當時於中國附醫之臨床症狀，有無施行系爭檢查之必要性？
- 二、A、B 醫師等二人實施系爭檢查前，是否告知甲君或其家屬須灌注生理食鹽水，且無法完全排光生理食鹽水？甚至施行切片，有無書立同意書？
- 三、A、B 醫師等二人為甲君實施系爭檢查及相關醫療處置行為，有無違反醫療常規？
- 四、系爭檢查後，甲君出現喘、高燒、呼吸困難等開始惡化症狀，A、B 醫師等二人是否進行避免病情惡化之醫療處置或治療？
- 五、系爭檢查、相關醫療處置行為與甲君之死亡是否具有因果關係？即上訴人得否就甲君死亡依侵權行為之法律關係（民法第 184 條第 1 項前段、第 184 條第 2

3. 關於支氣管鏡檢查之說明，引自中國醫藥大學附設醫院衛教網站，<https://www.cmuh.cmu.edu.tw/HealthEdus/Detail?no=5606>，最後瀏覽日：2022 年 3 月 9 日。

項、第 185 條、第 188 條第 1 項、第 192 條、第 194 條參照），及債務不履行之法律關係（民法第 224 條、第 227 條、第 227 條之 1 參照），請求被上訴人負連帶損害賠償責任，有無理由？

柒、系爭判決對於舉證責任分配之認定

按系爭判決之作成時點為 108 年 4 月 3 日，係於醫療法第 82 條於 107 年 1 月 24 日修正公布後而作成，惟系爭判決卻未注意中央法規標準法第 17 條規定之後法優於前法原則：「法規對某一事項規定適用或準用其他法規之規定者，其他法規修正後，適用或準用修正後之法規。」而僅於判決中適用舊醫療法第 82 條：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。（第一項）醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。（第二項）」此屬判決論理上可再斟酌之處⁴。

就舉證責任而言，系爭判決稱：「過失之醫療行為與病人之死亡間因果關係之存否，原則上雖應由被害人負舉證責任，惟苟醫師進行之醫療處置具有『可歸責之重大瑕疵』，導致相關醫療步驟過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係，發生糾結而難以釐清之情事時，該因果關係無法解明之不利利益，本於醫療專業不對等之原則，應歸由醫師負擔，依民事訴訟法第 277 條但書之規定，即生舉證責任轉換（由醫師舉證證明其醫療過失與病人死亡間無因果關係）之效果，就此即最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決所認。至所謂『瑕疵』，自應包括：

1. 重大醫療瑕疵之存在；

2. 該醫療瑕疵對健康損害造成之合適性；
3. 醫師於此重大醫療瑕疵具有可歸責性。

而瑕疵『重大』如何判斷？是從一般客觀醫師觀點出發，違反醫療法則或固定醫學知識，是不可理解的，並且該瑕疵有足以發生損害可能性，無須達到表見證明之典型性之程度；是在評價時，並不考慮醫師個人主觀因素，也非對醫師之制裁，僅是因醫療瑕疵造成其與所受損害之因果關係難以釐清，而使得原本負舉證責任之病人陷入舉證困難，因此，應由造成病人在因果關係上舉證困難之醫師負舉證責任。」

系爭判決係延續知名判決即最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決意旨所揭示之德國法上「重大醫療瑕疵理論」⁵，該理論闡釋就醫療訴訟之病患或家屬，若有意對進行手術之被告醫師提起醫療訴訟，原則上仍由病人負舉證責任，僅在醫師進行之醫療處置具有「可歸責之重大瑕疵」，始基於醫療專業不對等之原則，將病患死亡與醫療手術之因果關係如何不可歸責於被告醫師，由被告醫師負擔舉證責任，而非由病患家屬舉證系爭手術究竟如何造成病人死亡⁶。

惟病患對醫師之醫療過失，並非從不負舉證責任，其至少仍須就被告醫師發生有「可歸責之重大醫療瑕疵」盡舉證責任⁷，是以臺灣高等法院臺中分院 110 年度醫上字第 4 號民事判決稱：「醫療行為係屬可容許之危險行為，醫療之主要目的雖在於治療疾病或改善病患身體狀況，但同時必須體認受限於醫療行為有限性、疾病多樣性，以及人體機能隨時可能出現不同病況變化等諸多變數交互影響，在採取積極性醫療行為之同

4. 亦有論者認為 107 年 1 月 24 日修正公布之醫療法第 82 條，僅是判決實務將醫療常規、醫療裁量等關於「醫療過失」之判斷予以明文化，故無所謂之新舊法差異或新舊法適用的問題，參吳振吉，醫療民事訴訟之舉證責任分配—我國近年實務見解評析，註 194，收錄於姜世明主編：醫師民事責任之實體與程序法上問題之研究，新學林，2019 年 7 月，初版，頁 189；楊秀儀，論醫療過失：兼評醫療法第 82 條修法，月旦醫事法報告，第 16 期，2018 年 2 月，頁 80。

5. 關於德國法上「重大醫療瑕疵理論」，可參德國民法第 630 條之 8 第 5

項規定：「醫療提供者有重大醫療錯誤，且該重大醫療錯誤原則上會引起生命、身體或健康之損害者，且該損害發生時，推定該重大醫療錯誤為損害發生之原因。醫療提供者未適時採用或記錄醫療上必要之檢查結果，而該檢查結果得以促使進一步醫療處置具有充分確定性，但未進行該醫療處置將構成重大醫療錯誤者，前項規定適用之。」相關討論可參陳聰富，醫療責任的形成與展開，臺大出版中心，2 版，2019 年 12 月，頁 395-397；黃立，醫療糾紛處理的過程與發展—以德國民法為中心，高大法學論叢，第 11 卷第 2 期，2016 年 3 月，頁 63-64。

時，往往易於伴隨其他潛在風險之發生。故有關醫療過失判斷重點，在於實施醫療之過程，而非結果。亦即法律並非要求醫師絕對須以達成預定醫療效果為必要，而係著眼於醫師在實施醫療行為過程中恪遵醫療規則，且善盡注意義務。醫師實施醫療行為，如符合醫療常規，而被害人未能舉證證明醫師實施醫療行為過程中有何疏失，即難認醫師有不法侵權行為（最高法院 104 年度台上字第 700 號判決意旨參照）。又醫療手段之採取係為救治病人之生命及健康，就特定之疾病，醫師原係以專業知識，就病患之病情及身體狀況等綜合考量，選擇最適宜之醫療方式進行醫療。醫學理論如同其他科學般存有各項討論空間，且人體非機械，醫學乃經驗科學，醫界係經由臨床醫療經驗之累積，為求診病患進行符合當時醫療科技水準之治療，因此，判斷臨床醫療處置是否得當，應以病患就醫當時所有狀況為整體之討論，不應脫離臨床症狀而僅執著於單一症狀或藥物，或以單一或少數個案報告，論斷醫療處置行為是否符合醫療當時之水準，或有無失當（最高法院 101 年度台上字第 1623 號判決意旨參照）。」；臺灣高等法院臺南分院 108 年度醫上字第 4 號民事判決更澄清：「重大醫療瑕疵原則，係指醫師顯然違反明確之醫療法則或固定之醫學知識。重大醫療瑕疵原則之目的，非在於懲罰醫師之重大醫療過失，係因該醫療瑕疵程度重大，導致相關醫療過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係，發生難以釐清之情形，造成證明之困難，故不得要求病人於此情形負舉證責任。」近期最高法院 110 年度台上字第 2239 號民事判決亦說明：「病人依侵權行為法律關係請

求醫師或醫院賠償損害時，原則上仍應就醫療之瑕疵、醫師或醫院或其履行輔助之過失、瑕疵與損害之因果關係負舉證責任。雖因醫病之不對等地位，於符合可完全控制風險原則、表見證明原則、重大醫療瑕疵原則、或醫師或醫院有證明妨礙等情形時，固得依前開但書規定，適度減輕及合理轉換病人之舉證責任。惟倘無上開特別情事，病人仍應就其主張負舉證責任，非謂醫療事件之舉證責任一律轉置於醫師（醫院），而改由醫師（醫院）舉證證明其無過失。」前揭判決均認定，如醫師實施醫療行為，如符合醫療常規，而被害人未能舉證證明醫師實施醫療行為過程中有何疏失，即難認醫師有不法侵權行為，當事人因無法舉證醫師有任何「可歸責之重大醫療瑕疵」，係對於醫師之醫療過失未盡舉證責任，故應負擔敗訴之不利益。

捌、爭點一：依甲君當時於中國附醫之臨床症狀，有無施行系爭檢查之必要性？

系爭判決主要援引衛福部補充鑑定報告而謂：

「本院囑託衛福部補充鑑定，經該部醫審會鑑定認：

1. 前因：甲君於 101 年 8 月 1 日至中國附醫急診室之主訴為咳嗽有痰持續二天後，合併雙側肋骨下疼痛，經身體診察發現血氧飽和度（SpO2）偏低（僅 92%），肺部雙側喘鳴聲；血液檢查報告顯示白血球（WBC）異常升高，胸部 X 光檢查結果顯示兩側下肺葉（尤其是左下肺葉）有浸潤性病灶，建議住院治療，住院診斷為肺炎及慢性骨髓單核球白血病（CMMoL）。

6. 又關於「重大醫療瑕疵」，學說上又細分為重大診斷瑕疵（例如對於咳嗽吐血之病人，未進行診斷；未將病人轉診至大型醫院進行必要診察）與重大治療瑕疵（例如在外科手術，未採用血栓形成預防方法；未瞭解手術部位即對該部位進行手術），相關討論詳參陳聰富，醫療責任的形成與展開，臺大出版中心，2 版，2019 年 12 月，頁 395-397；沈冠伶，

重大醫療瑕疵與因果關係之舉證責任—最高法院 106 年度台上字第 227 號判決簡評，月旦醫事法報告，第 10 期，2017 年 8 月，頁 96-110。

7. Gilbert Gorning、陳玟津著，吳淑如、鄭文中譯，德國醫師責任法，高大法學論叢第 10 卷第 1 期，2014 年 9 月，頁 251。

2. 系爭檢查之必要性：甲君於 101 年 8 月 7 日（經抗生素 Tazocin 治療六天後）胸部 X 光檢查結果顯示左下肺葉之病灶並未消散，且檢驗報告亦未發現任何可能之致病菌，遂於 8 月 8 日安排胸部電腦斷層掃描檢查，結果顯示左下肺葉之病灶已有開洞（cavitary lesion），感染（特別是黴菌感染）之可能性最大，惟亦無法完全排除非感染性發炎（inflammation）或腫瘤（neoplasm）之可能性，但腫瘤之可能性較低。另外，除左下肺葉病灶外，其右上肺葉、右中肺葉、右下肺葉及左上肺葉亦有 X 光檢查（CXR）不易察覺之毛玻璃樣病灶（ground-glass opacities），顯示甲君肺部問題並非僅侷限於左下肺葉，而係擴及左右兩側所有肺葉之瀰漫性病變。由於胸部電腦斷層掃描檢查結果報告指出感染（infection）之可能性最高，為進一步確認感染之致病菌，醫師乃為甲君安排系爭檢查。又 101 年 8 月 9 日預定進行系爭檢查，當日 08：30 病人出現輕度發燒（體溫 37.8℃）現象，脈搏過速（脈搏 116 次/分），惟未出現發抖或畏寒等不適症狀，亦未出現呼吸過快之現象（呼吸 16 次/分）。08：40 病人呼吸平順，無喘鳴，呼吸速率仍為 16 次/分，未使用外加氧氣之情況下血氧飽和度為 96%。09：55 病人體溫又略微上升（37.6℃），惟無不適之主訴，醫療團隊遂照原定計畫將病人送往支氣管鏡室準備接受檢查。就甲君當時之情形，為高齡及有多重慢性疾病，且經胸部電腦斷層掃描檢查結果顯示兩側所有肺葉均有瀰漫性毛玻璃樣病變；按肺炎病況瞬息萬變，有時會快速惡化，需儘早確診致病菌，以把握時間治療，準此，安排系爭檢查有其必要性及迫切性。
3. 其他治療方案之評估：（甲）系爭檢查有替

代性之處置，即電腦斷層掃描指引切片。纖維支氣管鏡檢查由胸腔內科醫師施行，電腦斷層掃描指引切片一般由放射線科醫師施行。肺部病灶之檢查，該採取纖維支氣管鏡檢查或電腦斷層掃描指引切片，取決於病灶位置與特點及該院胸腔內科醫師及放射線科醫師之人力配置。依中國附醫所提供之『纖維支氣管鏡檢查』說明書（第二頁），其『替代方案』內容記載：『當接受支氣管鏡檢查的適應症為肺部腫瘤的診斷時，另外可以考慮接受電腦斷層掃描指引的切片方式，其餘適應症則多只能採用此種方式來檢查或治療』；本案胸部電腦斷層掃描檢查報告指出腫瘤之可能性較低，以甲君當時狀況而言，系爭檢查優於電腦斷層掃描指引切片。因此，本案選擇系爭檢查，符合醫療常規。（乙）胸部 X 光檢查觀察發現不明原因肺炎或不明原因浸潤性病灶，即符合系爭檢查之適應症，而胸部 X 光檢查結果顯示異常，未必在臨床上一定會出現症狀。（丙）甲君於 101 年 8 月 1 日 08：58 至中國附醫急診室就診，主訴為咳嗽有痰，持續二天後合併兩側肋骨下緣疼痛，血氧飽和度僅 92%，經身體診察發現雙側肺部喘鳴聲，胸部 X 光檢查結果顯示兩側下肺葉（尤其是左下肺葉）有浸潤性病灶，以主訴、身體診察及胸部 X 光檢查等內容，均指向甲君肺部有問題。因此，住院診斷其中一項為肺炎，殆無疑義。肺炎確實為甲君住院原因之一，故本案為甲君所進行之胸部 X 光、胸部電腦斷層掃描及系爭檢查等之安排，均有其必要性且符合醫療常規（見本院卷第二宗第 8 至 9、11 頁反面至 12 頁）。」

系爭判決於確認衛福部出具之醫療補充鑑定報告已稱系爭檢查有其必要性之後，因而認定：「基上，甲君因咳嗽有痰及下腹

痛而至中國附醫就診，經該診斷疑似『其他特定之白血病，未提及緩解；肺炎，未明示病原體者』，建議甲君住院檢查。又甲君經胸部 X 光檢查發現心臟後面左下肺葉有腫塊（mass），且疑似有開洞（cavity），經 Tazocin 治療後仍未消散，是 A 乃與 B 會診討論甲君病情，B 建議安排胸部電腦斷層掃描，及系爭檢查等，以確定病灶，乃屬必要，且合於醫療常規，而系爭補充鑑定書亦同此認定」故不採信上訴人有關系爭檢查屬於多餘措施之主張。

玖、關於爭點二，即被上訴人未告知進行纖維支氣管檢查，將會灌注生理食鹽水，是否違反醫療告知義務？

系爭判決首先就醫療告知義務闡釋：「按醫療機構實施中央主管機關規定之侵入性檢查或治療，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明，並經其同意，簽具同意書後，始得為之，醫療法第 64 條第 1 項前段定有明文。又行政院衛生署（現改制為行政院衛生福利部，下同）於 93 年 8 月 27 日以衛署醫字第 0930022696 號函釋，稱：

『按侵入性醫療行為，係指醫療行為步驟中，採用刺穿（puncture）；或採用皮膚切開術（incision of skin）；或將器械、外來物置入人體來從事診斷或治療之行為，均屬之』等語。從而，行政院衛生署以 93 年 10 月 22 日以衛署醫字第 09302218149 號函公告『醫療機構施行手術及麻醉告知暨取得病人同意指導原則』，以為規範侵入性醫療行為，並確保甲君接受醫療資訊說明與告知之權利。又關於甲君接受醫療資訊說明與告知之權利，醫療法及醫師法分別設有醫療機構及醫師之說明義務，即醫療法第 81 條規定：

『醫療機構診治病人時，應向病人或其法定

代理人、配偶、親屬或關係人告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。』；91 年 1 月 16 修正之醫師法第 12 條之 1 亦規定：『醫師診治病人時，應向病人或其家屬告知其病情、治療方針、處置、用藥、預後情形及可能之不良反應。』，均有相同之規定，而醫療機構自包括從業醫師及其他醫護人員，故有關醫療人員對於甲君接受醫療資訊自應盡說明及告知之義務。惟醫療機構及醫師於從事侵入性醫療行為之說明義務，除依上開醫療機構施行手術及麻醉告知暨取得病人同意指導原則為之外，醫療機構及醫師究應以何種方式向病人或家屬說明，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』，而所謂『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（customary practices）而定。亦即，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。」

系爭判決接續論述：「至就關於甲君接受醫療資訊說明與告知之權利，醫療法及醫師法分別設有醫療機構及醫師之說明義務，惟醫療機構或醫師未善盡告知說明義務，屬注意義務之疏失，是建立在『受告知後同意（Informed Consent）』之法律概念上，揭櫫醫師應為其未盡說明義務負責。然就民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。蓋醫療既係以人體治療、矯正、預防或保健為直接目的之行為，乃取向於患者利益之過程，自不能以醫師完全未為說明或說明不完全其處置暨後效，即遽認其所行之醫療行為具有可歸責性（即故意或

過失)。換言之，說明告知義務之未踐行，並不能直接反應或導致醫療行為本身之可非難性，醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價具有故意或過失之可能。」

系爭判決再論述，依被上訴人所提出之纖維支氣管鏡檢查說明書、纖維支氣管鏡檢查同意書，分別載明：「1. 治療目的：檢查氣管、支氣管之異常。2. 應用於呼吸道及肺組織之生檢、擦刷、沖洗、異物移除或電燒氣管腫瘤切除等檢查及治療。檢查說明：纖維支氣管鏡是一種軟式內視鏡，經鼻腔、口腔、氣管內管或氣切內管進入氣管，可直接看到氣管及支氣管，並可清洗和採集呼吸道分泌物、執行氣道與肺組織之刷洗及切片生檢，以提供進一步檢查……第二意見之獲得途徑：您可以詢問您的家庭醫師、常就診的胸腔專科醫師、其他醫學中心胸腔專科醫師，或上網搜尋其他相關醫療網站。」、「一擬實施之檢查/治療：疾病名稱：異常胸部X光。建議檢查/治療名稱：纖維支氣管鏡檢查。建議檢查/治療原因：異常胸部X光。」

故系爭判決引用衛福部醫審會補充鑑定報告稱：「

1. 生理食鹽水作為醫療上最基本之沖洗液，其完全回收與否，不會增加或減少系爭檢查之風險。未告知病人及家屬生理食鹽水無法完全抽淨一事，並未違反醫療常規。肺部切片檢查會破壞肺部組織結構，若同時要進行切片檢查，必須告知病人或其家屬，並且獲得病人或其家屬同意，始得為之。未告知病人纖維支氣管鏡檢查過程必須注入生理食鹽水，以及未告知生理食鹽水無法完全抽淨，並未違反醫療常規；惟切片檢查必須知情同意，此為各級醫院均須遵守之規則。
2. 依病歷紀錄所附檢查同意書及其內容，可得知進行系爭檢查之目的、檢查說明、

治療效益、風險、注意事項、檢查原因、步驟與範圍、成功率、可能出現之暫時或永久症狀及併發症與可能處理方式等，且醫師病人雙方皆有簽名，推測應已向甲君及其家屬說明。本案依中國附醫所提供之『纖維支氣管鏡檢查』說明書（第1頁），其『治療目的』第2條記載：『纖維支氣管鏡是一種軟式內視鏡……並可清洗和採集呼吸道分泌物、執行氣道與肺組織之刷洗及切片生檢，以供進一步檢查』；101年8月8日病人簽署「纖維支氣管鏡檢查」說明書及『纖維支氣管鏡檢查同意書』。

3. 臨床上，支氣管肺泡灌洗術每次注入肺泡之生理食鹽水，大約為100～150cc，可沖洗一百萬個肺泡，占肺泡總面積1.5～3%。就健康受試者而言，其注入生理食鹽水約有60～70%可回收；就有肺部疾病的病人而言，特別是患有慢性阻塞性肺病的病人，其回收率會較低；一般而言，可接受之最低回收率為5%。滯留在肺泡裡之生理食鹽水，於胸部X光影像上會呈現實質化病灶（consolidation），但會於24小時內消失，就此自限性（self-limited）之胸部X光影像變化可知，未被抽乾淨之生理食鹽水會在24小時內被肺部組織吸收，並不會造成肺部損傷。因此，未告知病人必須注入生理食鹽水及未告知生理食鹽水無法完全抽淨，並未違反醫療常規（見本院卷第二宗第9頁正反面、12頁反面）。」

系爭判決遂結論稱：「A、B醫師等二人為甲君實施系爭檢查前，即向甲君說明系爭檢查之目的，並交付前揭說明書、同意書予甲君及其家屬，且甲君對A、B醫師等二人前揭說明亦表示瞭解系爭檢查之必要性、步驟、風險、成功率之相關資訊，是A、B醫師等二人於系爭檢查過程中，對於甲君已善盡醫療上必要之注意為說明，尚無違反說明與告知

之義務，而系爭補充鑑定書亦為相同認定。從而，上訴人主張 A、B 醫師等二人未向甲君或家屬說明實施系爭檢查時，需灌注生理食鹽水，且無法完全抽淨云云，要無可採。」

系爭判決關於甲君未受告知醫療手術之討論，包括未告知手術過程將灌注生理食鹽水，並不違反醫療上說明與告知之義務，因生理食鹽水作為醫療上最基本之沖洗液，其完全回收與否，並不會增加或減少系爭檢查之風險。系爭判決並說明「說明告知義務之未踐行，並不能直接反應或導致醫療行為本身之可非難性，醫療行為本身違反醫療常規致生危害者，始有被評價具有故意或過失之可能。」係在一定程度上澄清「告知義務之範圍」、「何謂告知義務未踐行」、「告知義務未踐行不一定等同於違反醫療常規」。故系爭判決關於醫療上說明與告知之義務的闡釋與論述，值得肯定。

壹拾、關於爭點三、四、五之綜合討論，即系爭檢查、相關醫療處置行為與甲君之死亡是否具有因果關係？系爭判決就「重大醫療瑕疵理論」之舉證責任究竟如何安排？

又系爭判決雖然引用最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決意旨所揭示之德國法上「重大醫療瑕疵理論」，仍逕以衛福部醫審會鑑定報告認定：「

1. 肺炎是系爭檢查可能發生併發症之一，發生率為 0.64%（參考資料 6）。甲君於 101 年 8 月 8 日經胸部電腦斷層掃描檢查結果已顯示右側肺部上葉、中葉及下葉已有毛玻璃樣變化，表示肺部兩側皆有活動性發炎反應（active inflammation；參考資料 4），臨床上，無法排除 8 月 8 日即已存在之肺部發炎性病灶快速進展。而 8

月 9 日之系爭檢查，其灌注生理食鹽水、刷拭及切片等侵入性檢查步驟，係由左側 LB6 執行，其檢查範圍並未包含右側肺泡。因此，右上肺葉及右下肺葉之新病灶與系爭檢查無關。又臨床上，雖無法絕對排除系爭檢查造成肺炎擴散之可能性，惟本案依病歷紀錄，並無證據顯示肺炎係由系爭檢查所造成。甲君原即存在之肺部病灶急遽惡化，始為主要因素。

2. 甲君即有一些慢性疾病，包括慢性阻塞性肺病（chronic obstructive pulmonary disease）、冠狀動脈性心臟病（coronary artery disease）合併急性心肌梗塞（acute myocardial infarction）、鬱血性心臟衰竭（congestive heart failure）及慢性腎衰竭等。本次住院又發現慢性骨髓單核球白血病有合併芽細胞急變（chronic myelomonocytic leukemia with-blastic transformation，芽細胞比率達 15～20%）。101 年 8 月 8 日甲君經胸部電腦斷層掃描檢查結果顯示肺部病灶遍及所有肺葉：右上肺葉、右中肺葉、右下肺葉、左上肺葉及病灶最明顯之左下肺葉，臨床上，醫師高度懷疑為感染所致；感染性病灶擴及所有肺葉，其病情有迅速惡化之可能。甲君於接受完成系爭檢查後，其病情迅速進展為多重器官衰竭，最主要之原因是肺炎進展為敗血症引發嚴重發炎反應，而甲君原存在心肺疾病及腎功能不良，因為嚴重發炎反應導致器官衰竭；而慢性骨髓單核球白血病合併芽細胞急變或許會造成免疫功能變差，亦為發炎反應如此嚴重的原因之一（見本院卷第三宗第 10 至 11 頁）。

3. 甲君多重器官衰竭係於轉進加護病房之後始發現，故甲君於 101 年 8 月 9 日接受系爭檢查後，並於 8 月 10 日發生肺炎併發敗血症及多重器官衰竭，此並非事先所能預

料，因此無法預先施行任何處置，以避免多重器官衰竭之發生。從而，甲君接受系爭檢查後，病情雖有惡化，但病情嚴重程度遠超過目前所認知系爭檢查之併發症。」

系爭判決最後再參考該鑑定報告而於判決結論稱：「基上，A 為甲君實施胸部電腦斷層掃描檢查結果已顯示其右側肺部上葉、中葉及下葉已有毛玻璃樣變化，並有活動性發炎反應，嗣 A 與 B 會診討論甲君病情，而 B 建議安排胸部電腦斷層掃描，及系爭檢查等，以確定病灶，並向甲君說明實施系爭檢查之必要性，是 A 安排系爭檢查，及 B 施行系爭檢查之過程，均符合醫療常規，已如上述。又 B 實施系爭檢查時，其灌注生理食鹽水、刷拭及切片等侵入性檢查步驟，係由左側 LB6 執行，其檢查範圍並未包含右側肺泡，故甲君原即存在之肺部病灶因急遽惡化，而致其出現喘、高燒、呼吸困難等情事，自與系爭檢查無關。再甲君係因呼吸衰竭，被轉入加護病房，之後相關檢查結果發現出現急性心肌梗塞合併肺水腫、急性腎衰竭、急性肝衰竭等多重器官衰竭情況，而前開多重器官衰竭與肺炎及敗血症有關，亦與原即有之慢性疾病（慢性阻塞性肺病、冠狀動脈性心臟病、心肌梗塞、鬱血性心臟衰竭、慢性腎衰竭）有關；另與慢性骨髓單核球白血病合併芽細胞急變亦可能有關，是甲君接受系爭檢查後，發生肺炎併發敗血症及多重器官衰竭，此乃係甲君因個人疾病症狀而致身體狀況產生變異，超乎 A、B 醫師等二人對此病程演化不可逆性之預期，A、B 醫師等二人自無從事先加以預見。況醫師之診斷、治療行為若係依照一般醫療準則進行合理之檢查、診斷與治療，即應認為無過失。從而，甲君之死亡，尚難認 A、B 醫師等二人為其所實施之系爭檢查，有直接因果關係。」

然而，系爭判決雖大費周章地援引大量

的醫學鑑定結果，卻未就本件上訴人有無盡舉證責任，或被上訴人是否存在所謂「重大醫療瑕疵」而為論述，僅以被上訴人所為之緊急醫療處置行為符合醫療常規，且甲君因個人多重疾病症狀而致身體狀況產生變異，已超乎被上訴人對此病程演化不可逆性之預期等語，而認定被上訴人對甲君自無從對於因肺炎併發敗血症及多重器官衰竭加以預見，當對於甲君之死亡無過失可言而為論斷。則系爭判決雖詳細論述所謂「重大醫療瑕疵」理論，最終卻對於該理論究竟如何適用於本案、究竟係上訴人舉證不足、或被上訴人已成功舉證本案無重大醫療瑕疵，或被上訴人已成功舉證其無違背醫療常規等重要醫療法學問題，未見詳細論述，此屬系爭判決可惜之處。

綜上所述，雖系爭判決係延續知名判決即最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決意旨所揭示之德國法上「重大醫療瑕疵理論」，惟系爭判決卻未再繼續討論究竟本件被上訴人於救治甲君時，有無所謂之重大醫療瑕疵，使得上訴人得以舉證責任轉換，而要求「舉證責任倒置」即被上訴人應證明其於救治甲君時，並無所謂之重大醫療瑕疵，更與甲君之死亡無因果關係。系爭判決似乎傾向傳統的醫療糾紛之判決論述方式，即大幅度參考衛福部醫審會鑑定報告，並論述醫師之醫療行為無違背醫療常規、無注意義務之期待可能性後，即認定本件被上訴人之診治行為，對於甲君之死亡未違背醫療常規、因不可預見而無過失，從而甲君之死亡與被上訴人之醫療行為並無因果關係。是未來在判決實務上，就兩造間之舉證責任，究竟是否得減輕、得倒置、有無德國法上「重大醫療瑕疵理論」之適用，值得再為著墨。

壹拾壹、代結論：醫療訴訟之判決實務應就舉證責任之部分再為

細緻化論述

系爭判決關於舉證責任之運用，應係一定程度澄清最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決意旨所揭示之德國法上「重大醫療瑕疵理論」並無前揭中華民國醫師公會全國聯合會發表聲明稿強烈批評之「醫師被告，還得自己證明沒有疏失、沒有因果關係」，反而係在醫師進行之醫療處置具有『可歸責之重大瑕疵』，導致相關醫療步驟過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係，發生糾結而難以釐清之情事時，該因果關係無法解明之不利益，本於醫療專業不對等之原則，始歸由醫師負擔，依民事訴訟法第 277 條但書之規定，產生舉證責任轉換（由醫師舉證證明其醫療過失與病人死亡間無因果關係）之效果，系爭判決亦未要求本案醫師先證明自己沒有疏失、對於病家死亡結果沒有因果關係。臺灣高等法院臺南分院 108 年度醫上字第 4 號民事判決亦澄清：「重大醫療瑕疵原則，係指醫師顯然違反明確之醫療法則或固定之醫學知識。重大醫療瑕疵原則之目的，非在於懲罰醫師之重大醫療過失，係因該醫療瑕疵程度重大，導致相關醫療過程及該瑕疵與病人所受損害間之因果關係，發生難以釐清之情形，造成證明之困難，故不得要求病人於此情形負舉證責任。」然而，系爭判決雖係延續德國法上「重大醫療瑕疵理論」而作討論，惟系爭判決卻未再繼續討論究竟本件被上訴人於救治甲君時，有無所謂之「重大醫療瑕疵理論」之適用，仍舊大幅度參考衛福部醫審會鑑定報告，並論述醫師之醫療行為無違背醫療常規、無注意義務之期待可能性後，即認定本件被上訴人之診治行為，對於甲君之死亡未違背醫療常規、因不可預見而無過失，從而甲君之死亡與被上訴人之醫療行為並無因果關係。又最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決雖揭示

德國法上「重大醫療瑕疵理論」，卻未受該案發回之下級審即 110 年 4 月 21 日作成之臺灣高等法院 106 年度醫上更一字第 1 號判決維持該法律見解或展開相關論述，致令該最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決揭示之舉證責任，在未來在判決實務上，就兩造間之舉證責任，究竟是否得減輕、得倒置、有無德國法上「重大醫療瑕疵理論」之適用，又究竟該如何解釋及認定「可歸責的醫療瑕疵」，至今無法確定。近期最高法院 110 年度台上字第 2239 號民事判決雖再度提到重大醫療瑕疵理論：「病人依侵權行為法律關係請求醫師或醫院賠償損害時，原則上仍應就醫療之瑕疵、醫師或醫院或其履行輔助之過失、瑕疵與損害之因果關係負舉證責任。雖因醫病之不對等地位，於符合可完全控制風險原則、表見證明原則、重大醫療瑕疵原則、或醫師或醫院有證明妨礙等情形時，固得依前開但書規定，適度減輕及合理轉換病人之舉證責任。惟倘無上開特別情事，病人仍應就其主張負舉證責任，非謂醫療事件之舉證責任一律轉置於醫師（醫院），而改由醫師（醫院）舉證證明其無過失。」而駁回二審上訴人之上訴，惜未說明該重大醫療瑕疵理論得如何適用於該案。

又系爭判決雖亦有「可歸責的醫療瑕疵」之相關論述，反而本件的定讞判決即最高法院 109 年度台上字第 1916 號民事判決，卻未就法律層面卻再如最高法院 106 年度台上字第 227 號民事判決雖揭示德國法上「重大醫療瑕疵理論」，殊為可惜。則究竟為何本件之定讞判決即最高法院 109 年度台上字第 1916 號民事判決，及近期最高法院 110 年度台上字第 2239 號民事判決，不願再揭示德國法上「重大醫療瑕疵理論」或「可歸責的醫療瑕疵」究竟如何適用於個案，實值得再為著墨。

臺灣高等法院高雄分院 100 年醫上訴字第 6 號 刑事判決評釋

淺談醫療刑事案件之過失

劉思龍*

壹、前言

現今醫療發達，但醫療行為本質上仍有風險，具不可預測性及有限性，基於醫學知識、病患病情資訊有限，診療無法完全正確，或病患於治療中可能出現併發症、副作用，此種醫療上之風險為刑法中所容許，然其界線為何，實務上常以「醫療常規」作為認定醫療行為有無疏失之判斷標準，參最高法院 103 年度台上字第 2070 號民事判決：「按醫療行為具有其特殊性及專業性，醫療行為者對於病患之診斷及治療方法，應符合醫療常規（醫療準則，即臨床上一般醫學水準者共同遵循之醫療方式）。所謂醫療常規之建立，係賴醫界之專業共識而形成，如醫界之醫療常規已經量酌整體醫療資源分配之成本與效益，就患者顯現病徵採行妥適之治療處置，而無不當忽略病患權益之情形，自非不可採為判斷醫療行為者有無醫療疏失之標準。」。本文以臺灣高等法院高雄分院 100 年醫上訴字第 6 號刑事判決，探討醫療刑事訴訟上之過失構成要件。

貳、被害人病程

- 一、96 年 12 月 11 日、18 日及 25 日 3 次至門診追蹤，被害人出現指關節及肘關節疼痛及破皮、肝功能異常，臆診為皮膚炎復發，於同年 12 月 26 日住院。
- 二、97 年 1 月 12 日上午發燒，被告 A 醫師囑暫勿出院，進行感染相關檢查，未給

予任何抗生素。

- 三、97 年 1 月 13 日被害人再度發燒，仍未給予任何抗生素。
- 四、97 年 1 月 14 日胸部 X 光檢查結果，發現左肺有新實質化塊狀陰影，臆診為院內肺炎感染，考慮肺囊蟲肺炎或黴菌感染，於同日下午開立抗生素治療肺囊蟲肺炎、院內肺炎感染。
- 五、97 年 1 月 15 日加上抗黴菌藥物，但被害人於同日晚間 9 時仍發燒。
- 六、97 年 1 月 17 日飽和血氧值偏低，經給予氧氣面罩，被害人家屬於同日簽署病危通知單，同日下午 5 時 30 分由麻醉科醫師完成插管。

參、自訴意旨

- 一、民國 97 年 1 月間，被告 A 及 B 均擔任長庚紀念醫院風濕過敏免疫科住院醫師；被告 C 為長庚紀念醫院風濕過敏免疫科實習醫師；被告 D 及 E 為長庚紀念醫院內科病房護理人員。
- 二、被害人（病患）因於 96 年 11 月間疑患有皮膚疾病，前往長庚紀念醫院風濕過敏免疫科看診，經當時門診醫師即被告 A 及 B 先後均診斷為皮膚炎（免疫系統疾病），復給予口服類固醇作為診斷處置，服用近 1 個月，未見明顯成效。
- 三、後因多發皮膚紅疹（multiple skin rash）

* 本文作者係執業律師。

經被告 B 告知有住院診療之必要，遂於 96 年 12 月 26 日辦理住院手續，前往長庚紀念醫院高雄高雄院區開始接受治療。前揭被告共同為被害人因罹患皮膚炎，前往長庚紀念醫院住院診療時，擔任臨床醫療照護人員。

四、被告 A 醫師除未於進行感染檢驗時，即行給予抗生素治療，更未於檢驗報告完成時，立即給予被害人抗生素治療，反而於 97 年 1 月 12 日及 13 日，均仍僅維持原處方給予退燒藥及其他皮膚症狀緩解用藥，不僅未給予任何抗生素以為因應，更遑論對被害人投以敗血症療程中，急需施予之廣效型抗生素，且被告 A 亦未告知住院醫師及其他醫療人員應當注意被害人敗血症之發展，並投以相應之抗生素，顯未善盡主治醫師應當注意被害人病情演變，並給予及時治療之注意義務。嗣遲至同年月 14 日下午 2 時 15 分，始由住院醫師同案被告李岳庭（業經原院決諭知無罪確定），對被害人投以抗生素治療，被告 A 有延誤治療之重大醫療過失。

肆、 本案共同被告及被訴事實

被告 A：主治醫師，未告知住院醫師及其他醫療人員應當注意被害人敗血症之發展，並投以相應之抗生素等。

被告 B：主治醫師，未告知住院醫師及其他醫療人員應當注意被害人敗血症之發展，並投以相應之抗生素等。

被告 C：實習醫師，怠於通知其他合格醫師診治病患，自行做成囑予觀察之醫療判斷，妨害治療。

被告 D：護理人員，於被害人發燒時未積極通知醫師處理，僅以繼續觀察為護

理方式。

被告 E：護理人員，發現被害人發燒等症狀，僅告知實習醫師 C，且僅依 C 指示繼續觀察。

被告 F：住院醫師，於知悉被害人有少尿等嚴重症狀，未給以體液監測、未主動放置靜脈導管。

被告 G：住院醫師、病程記錄記載人員，病程記錄原載有院內感染，然記載後卻以手寫方式登載可能性極低（lesslikely）之內容，使病程記錄，出現全然不同之判讀結果，目的為排除院內感染，脫免責任。

伍、 本案爭點

本文探討刑法上醫療行為之過失要件，遂針對主治醫師被告 A 之醫療行為進行研析。本案判決主要爭點在於被害人死因是否為敗血症、何時可認定已出現敗血症症狀、應使用何種抗生素治療，及被告 A 使用抗生素之方法與時機，是否符合醫療常規。

陸、 本案中醫審會之鑑定結果

一、被害人（病患）死亡原因確有可能為敗血症，然而由於各種培養未能確定病原，復未接受解剖鑑定，實無法確認真正死因。縱使提早投以抗生素之治療及監測體液出入狀態，然如無法及時診斷出究係細菌、非典型細菌、黴菌或病毒感染，給予有效抗生素治療，恐亦無法避免死亡結果發生，是以被告 A 所為醫療行為，尚難認定有疏失而致被害人於死。

二、依被害人之病歷及護理紀錄觀之，尚難推論被害人於 97 年 1 月 12 日、13 日已全身發炎並罹患敗血症，又縱推論被

害人當時已罹敗血症，惟因病情複雜，即便早日給予抗生素治療，仍難有效避免被害人死亡之發生；本件醫護人員之醫療處置，尚符合當時國內一般通常應有之醫療水準及技能。

三、被害人治療失敗之主因，係因未能及早診斷引起敗血症之真正原因與無法及時選用適當之多種抗微生物製劑所致，惟被害人自體免疫疾病本身惡化、嗜血症候群及血管炎侵犯重要器官導致死亡之可能性，始終無法排除，是以自訴人所質疑醫護人員未及早投以抗生素、未提早給予被害人輸液治療或觀察體液、暫緩放置中央靜脈導管等節，凡此種種均與被害人之死亡無因果關係。

柒、 法院判斷

法院對於不作為的情事、因果關係的擬制、過失的情狀等進行審查。針對被告 A 於判斷被害人罹敗血症前，即 97 年 1 月 12 日、13 日之醫療行為是否合乎醫療常規，法院認定被害人於長庚醫院就醫期間之各種血液培養結果均呈陰性，致未能確定病原為何，死亡後又未接受解剖，無法確認死亡之真正原因。且被害人因罹患皮膚炎，本身係一自體免疫疾病¹接受免疫抑制治療患者，細菌、非典型細菌、黴菌或病毒感染之可能性都存在，難僅憑臆測，即認定被害人之死因為敗血症。被害人於 97 年 1 月 12 日除上午 9 時體溫攝氏 38.5 度，之後體溫下降，無發燒之現象，無其他全身性發炎反應症候群之情形；97 年 1 月 13 日上午 9 時體溫攝氏 39 度，之後體溫下降，無發燒之現象，晚間 9 時體溫雖為攝氏 38.8 度，然當時被害人剛自

浴室出來，之後體溫也緩慢下降，無其他全身性發炎反應症候群之情形外；97 年 1 月 14 日上午 9 時，體溫攝氏 38.8 度，心跳每分 86 下，經被告 A 囑予胸部 X 光檢查，始發現被害人肺部有發炎跡象，是以被害人除有發燒、心跳略快外，尚有經證實之感染，可認為已出現敗血症症狀，被告 A 係於 97 年 1 月 14 日，始可判斷被害人罹患敗血症。被害人於 97 年 1 月 12 日、13 日之發燒，尚難排除係因本身自體免疫疾病所致，被告 A 維持原處方並給予症狀治療藥物，尚合乎醫療常規，亦難認定有疏失。法院基於醫學之有限性，認定被告於未能確診被害人罹敗血症前予以相關治療，無過失行為。

關於應使用何種抗生素，法院認定造成敗血症之原因眾多，細菌、非典型細菌、黴菌或病毒感染之可能性都存在。被害人就醫期間之各種血液培養未能確定病原，主治醫師自僅能依經驗配合病人情況之發展，給予不同抗生素藥物治療。被害人為免疫危害病人，常同時得到超過一種以上之機遇性感染，其中有些感染不易從臨床檢驗證實，亦有部分感染並無有效藥物可以治療，某些黴菌對常用抗黴菌藥物具抗藥性，使得照護免疫危害病人之嚴重感染有一定程度之困難度。即便使用上所有能用之抗微生物製劑，亦可能未竟成功，難認被害人之病情使用何種特定抗生素即可痊癒。

又被告 A 使用抗生素之方法與時機，是否符合醫療常規，法院認定其所採取之用藥，均符合當時國內一般醫師通常應有之醫療水準及技能，且其繼續使用 Co-trimoxazole² 及 Fluconazole³，應對部分非

1. 自體免疫疾病，是指原本應該是要保護人體免除外來病菌攻擊的免疫系統，因為免疫細胞過強時會出現失衡的情形，導致免疫系統無法分辨敵人還是自己人，進而攻擊自己體內的正常細胞，造成身體的傷害，當有外來病菌入侵時，反而戰力不足，病人容易發生感染，而感染又會誘發

疾病，形成惡性循環。最常見的自體免疫疾病有紅斑性狼瘡、類風濕性關節炎、僵直性脊椎炎、乾癬性關節炎等。

2. 用於治療多種細菌感染。

3. 用於治療多種真菌病。

典型細菌感染及大部分具感受性黴菌感染治療有效，此由被害人於 97 年 1 月 16 日、17 日 2 天未見發燒，更可見被告 A 使用之抗微生物製劑應屬具有療效。免疫危害病人，由於自體免疫疾病本身可能發燒，有時發燒初期確實不易診斷其發燒原因，究竟係自體免疫疾病或敗血症引起，並非一開始發燒即非使用抗生素不可。被害人原罹有皮膚炎，為免疫危害病人，本很有可能同時得到超過一種以上之機遇性感染，其中一些感染可能檢驗結果卻呈陰性反應。縱使被告 A 依當時之檢驗所得結果給予被害人相對應之抗微生物製劑，難謂即可避免被害人死亡結果之發生。

上開法院之判斷，認定本件被害人之所以死亡，主因在於其為免疫危害病人，病情本身即較一般免疫機能正常者複雜，以至於臨床無法確認引起敗血症及肺部病灶之真正原因，進而難以選用適當之多種抗微生物製劑，被害人病史未提供任何非典型細菌感染之佐證，就醫期間各種培養未能確定病原，在無法診斷出究係細菌、非典型細菌、黴菌或病毒感染之情形下，被告僅能配合被害人病況之發展，給予不同抗生素藥物，縱使被告提早自 97 年 1 月 12 日、13 日即開始給予被害人抗生素治療，亦難認定此舉可有效避免被害人死亡之發生，故認定無任何積極證據足認被害人死亡結果與被告醫療行為間有何相當因果關係。

捌、醫師居於保證人地位

刑法處罰的行為包括作為與不作為，作為因觸犯法條而需負刑責，道理甚明；至於不作為，依第十五條規定，「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不

防止，與因積極行為發生結果者同」，所以不作為負有刑事責任的前提是在法律上有防止義務，此乃居於保證人地位衍生出的保證義務，這一項特別的法義務，說明了不作為的行為人對於受保證的被害人負有危害排除的義務。保證人地位是成立不作為犯不可或缺的條件，而且僅限於特定人才具有此項法義務，其內容包括因保護義務與因防害或監督義務而形成⁴。醫師保證人地位來自「自願承擔保護義務」，醫師必須對病患實際上已經開始其醫療行為才居於保證人地位，此與醫療契約是否有效無關，而是當病患事實上接受醫師診治，保護功能及信賴建立時成立保證義務。

玖、結果歸責

本案判決採相當因果關係理論：刑法上之過失，其過失行為與結果間，在客觀上有相當因果關係始得成立，而所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境、有此行為之同一條件，均可發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係，反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係⁵。醫療上過失不作為犯的因果關係認定，雖然也是以事實發生的因果歷程為標準，但相異之處在於醫療瑕疵若是基於醫生的過失不作為而造成時，行為人除了實現過失的構成要件之外，其對於病患必須負保證義務，且若是在符合義務的行為下也同樣會有結果的發生或無法避免結果的發

4. 林山田，刑法通論。

5. 最高法院 76 年度台上字第 192 號刑事判決。

生，則否定違反義務行為的原因。

壹拾、刑法廢除業務過失犯

2019 年刑法重大修正，廢除業務過失致死傷罪，修法前刑法第 276 條、第 284 條區分為「普通」過失致人於死傷罪及「業務」過失致人於死傷罪，依被告於案發時之身分為一般人或從事業務之人而異其處罰。修法後刪除「業務」過失致死傷罪，不再區分被告身分為一般人或從事業務之人，修法理由為：「原過失致死依行為人是否從事業務而有不同法定刑，原係考慮業務行為之危險性及發生實害頻率，高於一般過失行為，且其後果亦較嚴重；又從事業務之人對於一定危險之認識能力較一般人為強，其避免發生一定危險之期待可能性亦較常人為高，故其違反注意義務之可責性自亦較重。因此就業務過失造成之死亡結果，應較一般過失行為負較重之刑事責任。惟學說認從事業務之人因過失行為而造成之法益損害未必較一般人為

大，且對其課以較高之注意義務，有違平等原則，又難以說明何以從事業務之人有較高之避免發生危險之期待。再者，司法實務適用之結果，過於擴張業務之範圍，已超越立法目的。而第一項已提高法定刑，法官得依具體個案違反注意義務之情節，量處適當之刑，已足資適用，爰刪除原第二項關於業務過失致死規定。⁶」。

壹拾壹、結論

關於醫師過失責任，因醫療本身具有高度專業性，法院通常相對欠缺醫療專業知識，故比較仰賴醫療鑑定之專業意見，在過失行為有無之認定，用以判斷是否符合醫療常規。因果關係部分，在「作為」部分，會探討結果是否為醫療行為介入所導致，於「不作為」部分，則討論如為一定醫療行為，是否即可避免結果之發生。「過失要件」加上「相當因果關係」，始成立過失責任。

6. 資料來源：法務部網站立法理由。

