

民事醫療訴訟之證明法則 與實務運作*

沈冠伶** 莊錦秀***

要 目

- | | |
|-----------------|---|
| 壹、前言：研究目的 | (一)勝訴金額 |
| 貳、實證研究之方法及資料基礎 | (二)紛爭發生起至第一審裁判／第一審裁判至第二審裁判／第二審裁判至第三審裁判進行之期間 |
| 一、醫療訴訟裁判之界定 | 三、審理及證據調查程序 |
| 二、判決數與案件數之區別 | (一)爭點整理 |
| 三、地方法院之判決數及趨勢 | (二)過失之舉證責任分配 |
| 參、我國民事醫療訴訟之實證現況 | (三)因果關係之舉證責任分配 |
| 一、案件背景 | (四)醫師之說明義務及其舉證責任 |
| (一)醫療科別 | (五)證明妨礙法則之適用 |
| (二)聲明請求金額 | (六)表見證明或事實說明自己法則之適用 |
| (三)訴訟標的之法律關係 | (七)當事人聲明之證據方法種類 |
| (四)有無委任律師代理 | |
| 二、裁判結果 | |
| (一)勝敗率 | |

* 本文係國科會2007年至2010年三年期研究計畫（編號：NSC96-2628-H-002-075-MY3）之研究成果。

** 臺灣大學法律學院副教授，德國海德堡大學法學博士。

*** 開南大學人文社會學院法律學系助理教授，臺灣大學法學博士。

投稿日期：一〇〇年六月七日；接受刊登日期：一〇〇年九月二十九日

責任校對：林嘉瑛

<p>(八)法院依職權調查證據</p> <p>(九)鑑定程序</p> <p>(十)證明度</p> <p>(十一)損害賠償數額之酌定（民訴法第二二二條第二項之適用）</p> <p>(十二)其他證明法則之採用</p> <p>肆、結論：歸納與分析</p> <p>一、醫療訴訟案件之發展與特色</p> <p>(一)醫療訴訟之增加趨勢</p> <p>(二)醫療訴訟事件集中在大都會區而涉訟醫療行為類型愈趨廣泛</p> <p>(三)當事人之請求以侵權責任為主</p>	<p>(四)醫師說明義務之爭議愈趨增加</p> <p>二、醫療民事訴訟之證據法適用</p> <p>(一)二〇〇〇年新民事訴訟法之影響</p> <p>(二)醫療訴訟之舉證責任分配應向當事人闡明並有待於建立類型</p> <p>(三)醫療民事舉證責任調整之方式具有多樣性</p> <p>(四)鑑定程序必須重新建構以保障當事人之聽審請求權並促進訴訟</p> <p>(五)專業法庭之設置及裁判者專業之提升</p>
---	---

摘 要

為貫徹武器平等原則，我國新修正之民事訴訟法在證據法部分新增諸多規定。證明法則應如何適用始能平衡兼顧原、被告之實體利益與程序利益，向為討論重點。本文立於法釋義學研究之基礎，對民事訴訟法修正十年來之司法實務進行實證研究，探究司法裁判上對於醫療民事訴訟事件之處理現況及新增之證據法規定是否及如何應用於醫療訴訟。

我國民事醫療訴訟事件占全部民事訴訟事件之比例低於百分之一，近來則有持續增加趨勢，但其分布有城鄉之差距。涉訟醫療行為類型愈趨廣泛，不再僅限於傳統固有的醫療行為。醫療科別中又以內科、外科及婦產科等高風險、結果不可預測性高的科別最易涉訟。聲明與勝訴項目金額與其他民事損害賠償事件差異不大，未有索賠過高的現象。就訴訟標的之法律關係多主張侵權行為損害賠償責任，但晚近醫師說明義務有無履行之爭議愈趨增加。

我國法院對舉證責任分配方式多未明白表示，但漸增轉換由被告負擔之案例，惟其認有顯失公平之理由仍不明確，難以歸納類型。有少數個案以降低證明度標準（優勢證明）之方式認定事實，證明妨礙之案例仍為少數，且少有依民事訴訟法第二二二條第二項規定認定賠償金額者。鑑定方法中以鑑定占重要地位，但鑑定證據多為囑託機關鑑定，而未能使鑑定人到庭由當事人直接詢問，對於當事人之聽審請求權保障不足，應強化醫療專庭與醫療專家間之協力，重新建構足以保障當事人之聽審請求權並促進訴訟的鑑定程序。就醫師說明義務違反之舉證責任，實務見解亦存在分歧。

關鍵詞：民事醫療訴訟、訴訟標的及金額、舉證責任分配、舉證責任轉換證明度、鑑定、證明妨礙、醫療專庭、說明義務、契約責任、侵權責任

壹、前言：研究目的

在民事訴訟程序上，必須保障兩造當事人享有地位平等、機會平等，以及風險平等，此係源自於憲法上平等權保障之要求，又被稱為「武器平等原則」¹。為貫徹此項原則，於二〇〇〇年修正之新民事訴訟法在證據法部分新增諸多規定。就醫療訴訟而言，主張權利之原告，通常就醫療事故之發生經過有主張及舉證上之雙重困難；但被告之醫師或醫院對於醫療行為亦無法保證其結果成功，如就醫療結果之失敗，使醫師承擔過高之風險，則可能造成防禦型醫學，而阻礙醫學之進步，亦未必有利於患者之治療。因此，醫療訴訟中之證明法則問題，向來為一項兩難之問題，如何能平衡兼顧原、被告之實體利益與程序利益，在民事訴訟法學上已多有所討論。²

¹ 基於醫療訴訟特殊性，有依武器平等原則調整證明法則之必要，參沈冠伶，武器平等原則於醫療訴訟之適用，載：民事證據法與武器平等原則，頁91-125，2007年10月。

² 沈冠伶，證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用，國立臺灣大學法學論叢，38卷1期，頁163-216，2009年3月；沈冠伶，同前註，頁91-125；黃國昌，階段的舉證責任論——統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東海大學法學研究，22期，頁217-306，2005年6月；姜世明，醫師民事責任程序中之舉證責任減輕，月旦民商法雜誌，6期，頁5-29，2004年12月。從民事實體法角度談舉證責任學者有陳聰富，醫療訴訟之舉證責任——最高法院98年度臺上字第276號民事判決評釋，法令月刊，61卷4期，頁28-55，2010年4月；朱柏松，論日本醫療過失之舉證責任，載：醫療過失舉證責任之比較，頁1-31，2008年5月；詹森林，德國醫療過失舉證責任之研究，臺北大學法學論叢，63期，頁47-80，2007年9月；陳聰富，美國醫療過失舉證責任之研究，政大法學評論，98期，頁183-229，2007年8月；陳忠五，法國法上醫療過錯的舉證責任，東吳法律學報，18卷1期，頁31-60，2006年8月；吳從周，臺灣民法解釋學之發展現況——著重在本土判決實踐的印證，月旦民商法雜誌，30期，頁23-38，2010年12月。

本文立於法釋義學研究之基礎上，主要係為探究新民事訴訟法³施行屆滿十年來，我國司法實務對於醫療民事訴訟事件之處理現況，尤其是新增之證據法諸多規定是否及如何應用於醫療訴訟之處理、進行、立法者之修法意旨能否在實務上予以落實以及實務運作之現況能否有助於保障當事人兩造之實體利益及程序利益，以作為醫療訴訟制度改革之基礎。在資料分析上主要分為三大部分：一、民事醫療訴訟事件之背景脈絡，此包括：醫療科別、請求金額、訴訟標的之法律關係、律師之代理委任等事項；二、裁判結果：此包括兩造之勝敗訴比例、賠償金額及各審級訴訟之審理期間及至判決確定之期間；三、證據調查程序及證據法則之運用：此包括爭點整理狀況、過失、因果關係以及告知後同意之舉證責任分配、當事人聲明之證據方法種類、證明妨礙法則之適用、表見證明、事實說明自己法則或其他證據法則之適用、法院有無依職權調查證據、證明度、損害賠償數額之酌定（民事訴訟法第二二二條第二項之適用）、鑑定進行之狀況及法院認採鑑定結果之情形等事項，此部分為本文之重點所在。

此外，本文僅對循民事訴訟程序救濟管道的醫療民事訴訟事件為質量分析，而不包括訴訟外醫病雙方透過其他管道，如醫院內部的醫療糾紛處理達成和解事件、訴外和解、調解等醫療糾紛事件及刑事訴訟事件。蓋臺灣之醫療糾紛進入民事法庭的比例，已由一九九一年的15.7%增加到二〇〇五年的23%⁴，呈現出循民

³ 民事訴訟法有關調解、簡易及小額事件程序於1999年2月3日修正公布、有關集中審理方式及證據法部分之重大修正於2000年2月9日增訂公布、有關當事人及救濟程序部分之修正於2003年2月7日增訂公布，以上合稱為「新民事訴訟法」。

⁴ Wu Chun-Yin, Lai Huei-Jen, Chen Rong-Chi, *Medical Malpractice Experience of Taiwan: 2005 vs. 1991*, 39 INTER MED. J. 237, 237 (2009).

事訴訟程序漸成解決醫療糾紛的主要選項之一⁵，而有專就此進行實證研究之必要⁶。因此，本文係基於既定研究方向及範圍之界定及選擇，而並非有意取樣偏差之結果⁷。

貳、實證研究之方法及資料基礎

一、醫療訴訟裁判之界定

本文之統計基礎，係以司法院法學資料庫檢索系統所公布之裁判為範圍：⁸最高法院自一九九六年起、高等法院自一九九八年起、地方法院自一九九七年起⁹，至二〇一〇年二月二十八日止，

⁵ 吳俊穎、楊增暉、賴惠蓁、陳榮基，醫療過失的民事舉證責任：法、中及臺灣現況簡介，臺灣醫學，14卷1期，頁72-80，2010年1月。

⁶ 國內目前尚無正式之官方統計資料，司法院所為之司法統計年報，就第一審訴訟事件，關於請求原因僅就「侵權行為」為統計，而無再進一步於侵權行為之發生原因，例如：醫療、交通事故等為分類統計。至於個人所為之研究，參見：Chun-Yin et al., *supra* note 4, 該文內容涉及層面較廣，包括醫療糾紛案件、刑事訴訟案件及民事訴訟案件分析，惟就民事訴訟案件實證研究對象而言，「係從2002年至2007年間地院結案案件為其研究基礎」、檢索日期及關鍵詞均與本文不盡相同，故實證分析結果與本文存有差異，乃研究目的、區間及性質設定不同所致；至於刑事判決之研究，請另參見：劉邦揚、楊秀儀、黃心苑，我國地方法院刑事醫療糾紛判決之實證研究，該文係以醫療刑事判決為對象，與本文基於民事訴訟案件為研究對象，亦存有不同。以上資料參酌國立交通大學科技法律研究所主辦之「2009年第四屆全國法學實證研究研討會」書面資料。

⁷ 針對臺灣醫療糾紛狀況介紹，請自行參閱吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基，臺灣的醫療糾紛狀況，臺灣醫學，13卷1期，頁1-8，2009年1月。

⁸ <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，瀏覽日：2010年3月20-22日、2009年11月16-18日、2008年7月16-18日、2008年2月18-21日、2007年10月16-21日。

⁹ 本文搜尋各級法院的判決起始點不同，係因配合司法院法學資料庫有資料的始點不同所致。

該資料庫內所收錄之醫療民事判決¹⁰。檢索關鍵詞為「醫療 & 損害賠償－交通事故」，初步篩選出12,062筆判決數¹¹，再就此範圍內之判決逐筆檢視實際判決內容，扣除與廣義醫療行為無關而非屬「醫療判決」者，例如單純之病歷洩漏、僅鬥毆地點為醫院、製藥、宗教、保母、名譽毀謗等案件。

所謂「醫療糾紛」，係指「在醫療過程中，病人與醫事人員或醫療機構間，因傷害、殘廢或死亡之醫療事故所生之糾紛」（參見醫療糾紛處理法草案第二條規定）。在醫療過程中之醫療行為，又可分為廣義醫療行為及狹義的醫療行為，廣義醫療行為係與醫學知識和技能有關，會產生衛生上危害的行為；狹義的醫療行為，則是指與醫生執行醫療業務有關之行為，¹²可圖示如下（圖表一）：

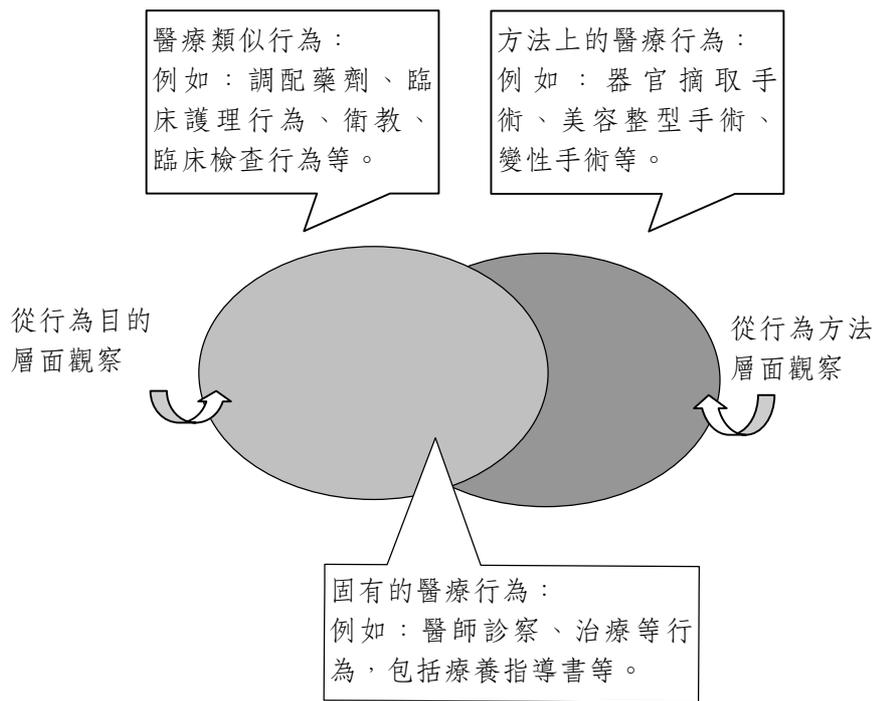
（續接次頁）

¹⁰ 本文為求本文基礎判決資料翔實，曾函詢司法院確認有關在上述查詢時間區段及關鍵詞條件下，民事醫療訴訟判決數量是否一致（函號：國科法字第005號號函）一事。惟獲該院函覆「所需資料已悉數上網，請逕於本院網站裁判書查詢項下查詢」（函號：秘臺資二字第0980002307號函），在此特予說明。

¹¹ <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，最後瀏覽日：2010年6月20日，再次確認。

¹² 菅野耕毅，醫事法學概論，頁125，2004年5月2版，本文作局部調整修正。

圖表一



從圖表一內，行為之目的及方法兩個面向來看廣義醫療行為，即會發現呈現下列圖像，隨醫療科技越發達，會越向左右兩側擴大，而中間固有醫療行為會不會隨之擴大，則須看司法判決、醫療政策及立法策略的浮動，這些均涉及國民社會價值核心領域，會隨著時代背景而變動。¹³所以，當欲將醫療院所之醫療

¹³ 何謂醫療行為，有諸多國內學者或行政院衛生署見解均不盡相同，參行政院衛生署1976年衛生署醫字第10788號函，直接對醫療行為作解釋，認為所謂醫療行為是「以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘廢或健保為直接目

行為排除於消保法服務責任適用範圍之外，不能僅依對「防禦性醫療」杜絕未然或「醫療風險不確定性」云云等語而貿然為之，此亦可從醫療機構附設護理之家內所生醫療問題¹⁴，窺知一二。

二、判決數與案件數之區別

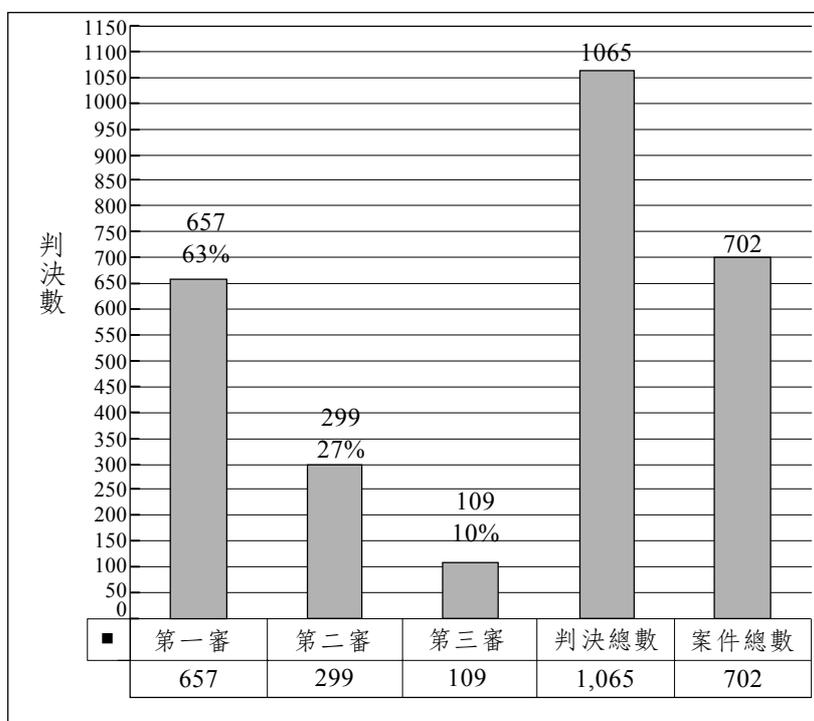
本文所採統計基礎資料之計算方式，區分為「判決數」與「案件數」。所謂「判決數」，係指依水平式觀察，以個別判決則數計算，而不考量各判決間是否屬同一醫療訴訟事件之不同審

的，所為的診察、診斷及治療，或基於診察、診斷之結果，以治療為目的，所為的處方或用藥等行為之全部或一部的總稱。」1993年衛生署醫字第82075656號公告，將特定行為排除在醫療行為之外：「一、未涉及接骨或交付內服藥品，而以傳統之推拿方法，或使用民間習用之外敷藥膏、外敷生草藥與藥洗，對運動跌打損傷所為之處置行為。二、未使用儀器、未交付或使用藥品，或未有侵入性，而以傳統習用之方式，對人體疾病所為之處置行為。」另於2002年衛生署醫字第0910062996號函，將「薰臍療法」認定屬於「醫療行為」。而我國民事法學者對醫療行為的定性相關文獻，請參侯英冷，探討醫療無過失責任的適宜性，月旦法學雜誌，49期，頁128，1999年5月；黃丁全，醫事法，頁127，2000年7月；邱聰智，醫療過失與侵權行為，載：民法研究(一)，頁419，2000年9月；朱柏松，整型、美容醫學之區別及其廣告應有的法規範，月旦法學教室，31期，頁92，2005年5月；吳志正，解讀醫病關係 I——醫療契約篇，頁36-37，2006年9月；陳聰富，醫療行為與犯罪行為(上)——告知後同意的刑法上效果，月旦法學教室，69期，頁61-63，2008年7月。本文認為醫療行為定性，除了用來認定是否受相關醫療法規之規範外，其更重要的問題在於類型化。透過這樣的類型化，對醫師（或醫療機構）的注意義務（或給付義務）作高低或大小程度不同的調整，或是適用傳統契約法、侵權法的過失責任或消保法的無過失責任。本文撰寫重點因不在醫療行為之定性，故針此不予深究，然為求研究範圍完整性考量，此處盡可能將醫療行為範圍放大。

¹⁴ 例如：臺北地院94年度醫字第28號判決（置換鼻胃管照護案）、嘉義地院95年度簡上字第78號判決（膽囊手術留置引流管照護案）、屏東地院94年度醫字第2號判決（氣切口抽痰案）等。惟就此非本文之重點，於此省略。

級判決，此有判決總數為1,065則¹⁵，其中包括第一審判決數為657則，第二審判決數為299則，最高法院判決數為109則，第一審判決數占總判決數63%，第二審判決數占總判決數27%，第三審判決數占總判決數10%（圖表二）。

圖表二 醫療民事事件判決／案件數統計



¹⁵ 此部分判決數不包括實際上有判決存在，但無法檢索到的部分（例如在二審判決書中所記載曾存在該案一審判字號，按圖索驥司法院資料庫卻無此筆判決等情形，如臺北地院86年度訴字第767號判決、86年度訴字2882號判決等）。

至於所謂「案件數」係指，同一訴訟事件（即訴訟標的、訴之聲明及當事人相同）之件數，而為垂直式觀察，因此，同一事件之不同審級判決，仍歸納以一案件數計，此案件總數為702件¹⁶，分別是歷經一個審級案件為416件（59.3%），歷經二個審級案件為193件（27.5%），歷經三個審級案件為93件（13.2%）。由此可見，醫療訴訟案件之上訴狀態呈現一個金字塔型，第一審扮演著解決醫療糾紛之重要角色，將近六成的案件在第一審就終結訴訟之進行，僅有不到一成五的案件之當事人會窮盡審級之救濟。¹⁷

在上訴至最高法院而歷經三審之案件（93件）中，有65件是經駁回上訴確定者，至於被第三審法院廢棄發回者有28件（如以曾遭最高法院廢棄發回判決數則共43則判決），第三審法院就醫療案件之發回率為30%，如以判決數計算則發回率39%，此則較一般民事訴訟事件之發回率略高。

三、地方法院之判決數及趨勢

本文所統計之判決係依「裁判日年度」（即以該判決書上所載「裁判日期」為判斷依據）作為年度分類，依照各地方法院之判決數觀察，臺北地方法院之醫療訴訟已判決數為最多，其次為

¹⁶ 本文檢索日之最終時點為2010年3月20日，檢索裁判日在2010年2月28日以前已上網公布判決，再將所檢索出判決依各判決當事人、訴訟標的、訴之聲明相同者歸納為同一案件所得筆數。不過，因部分訴訟事件之第一審程序為簡易訴訟程序，但簡易訴訟判決未完整收錄於資料庫內，附此說明。

¹⁷ 綜觀圖表二數值，會發現案件數（702件）與第一審判決數（657件）並不一致，理論上雖然第一審案件應與案件數相同，但之所以產生落差因素，係因各審級判決開始建置入司法院法學檢索資料庫始點不同，最高法院之裁判資料庫係先於高院及地院建置。下文僅就地方法院之判決數予以分析，至於高等法院及最高法院則予以省略。

高雄地院，再其次為臺中地院。顯見都會地區因醫療院所較多，所生之醫療紛爭亦多。基於圖表三之判決數結果可知，民事醫療訴訟事件有明顯增加之趨勢，第一審醫療訴訟判決數在二〇〇七年較二〇〇〇年成長五倍之多，所占比例亦曾成長二倍，不過，此在民事訴訟事件中仍然僅占非常少數，相較於地方法院第一審判決數，即連千分之一都不到（圖表四）。¹⁸醫療訴訟之第一審判決數在二〇〇七年達到高峰後，有所下降，此或因與本文統計資料庫有關，蓋如前所述，第一審訴訟平均約三年左右，二〇〇七年以後之訴訟案件有可能係因尚未裁判，而未呈現於資料庫，因此，尚難論斷臺灣的醫療訴訟數量有減少趨勢。相較之下，日本醫療訴訟數量則反而有下滑現象，¹⁹其原因主要可能在於原

¹⁸ 如相較於日本自2004年4月至12月間第一審民事訴訟事件全部有106,553件，其中醫療訴訟事件為719件，約占0.67%，參見：日本最高裁判所統計資料，http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/zinsokuka_kentoukai/11/pdf/hokokusyo5.pdf。此係日本最高裁判所為瞭解實務上訴訟遲延問題所進行之實證調查，實施調查期間係從2004年4月至同年12月共9個月期間，以各地方法院之第一審訴訟事件為對象，並有特別針對醫療訴訟事件為統計。於2007年（平成19年）公布之研究報告中指出，日本醫療訴訟案件亦是逐年增加，參見：日本最高裁判所（平成19年（2005年）7月），裁判の迅速化に係る検証に関する報告書：専門的な知見を要する訴訟等に関する考察，頁69，http://www.courts.go.jp/about/siryojinsoku/hokoku/02/pdf/gaiyo_honbun.pdf，最後瀏覽日：2010年7月6日。

¹⁹ 日本民事醫療訴訟事件在2004年達到高峰後，逐年下降，至2009年止，減少約四分之一。此可參見日本最高裁判所公布之統計數據分析：http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/izikankei/toukei_01.html，最後瀏覽日：2011年1月25日。此外，美國Robert B. Leflar教授於2010年7月6日在臺大法律學院之演講亦指出，日本法院受理醫療案件之數量，從1976年至1992年止案件量呈現逐年遞增，從1976年約220件至1992年約390件呈現逐年不規則波浪成長趨勢，1993年初次成長突破至約420件，1998年首次突破至約620件，2001年首次至約810件，2004年達歷年件數最高點1,100件後，逐

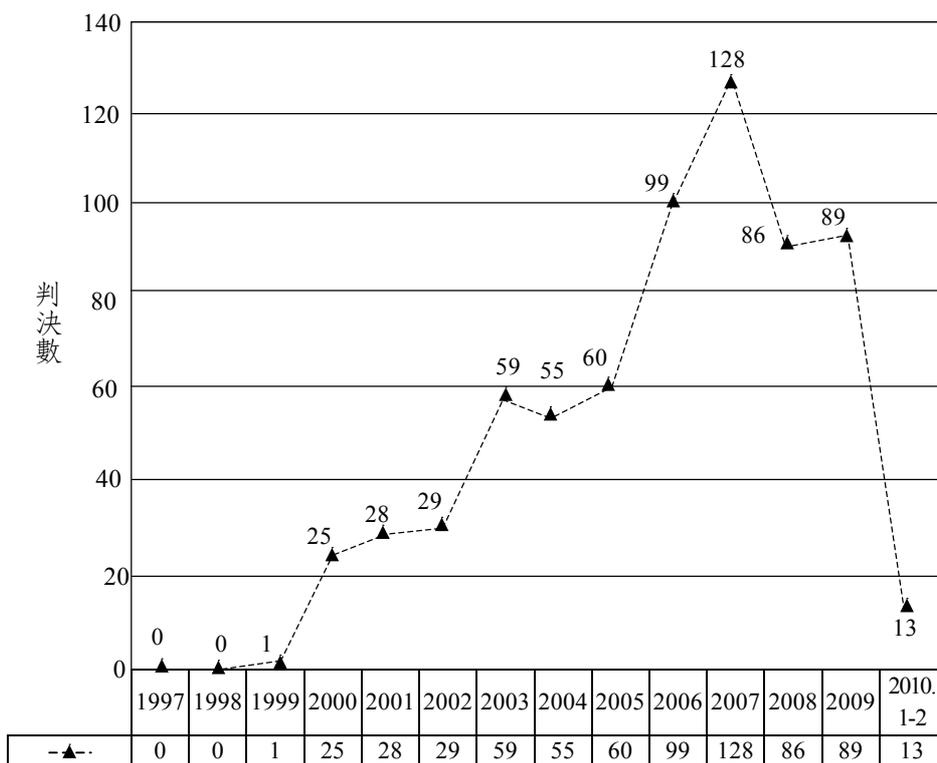
告勝訴比例降低（從二〇〇〇年46.9%、二〇〇四年39.5%、二〇〇八年26.7%一路下降至二〇〇九年25.3%），而使原告審慎起訴；再者，日本之原告勝訴率之所以下降，則與醫院採取先行審查醫療行為之當否，並根據該結果而採取訴訟外和解之政策調整有關。²⁰過去需透過訴訟求償之案件，近來逐漸得透過訴訟外方式得到解決，而無庸起訴。相對而言，堅持起訴之原告亦較難從訴訟得到有利之結果。

（續接次頁）

年下滑緩減2008年約900件，2009年約700餘件。

²⁰ 日本在2005年9月起至2010年3月由厚生勞動省補助，而由日本內科學會為運作主體，進行「與診療行為有關之死亡調查分析模式計畫」。於期間屆滿後，在2010年4月以繼續進行此計畫為目的，成立日本醫療安全調查機構，並在日本全國設立10個分據點，其設立目的在於究明有關診療行為之死亡原因而由中立之專家進行調查（包括解剖），進而希望能避免同類事故再次發生而檢討其因應對策。

圖表三 醫療民事事件地院年度判決數（以裁判年度分類）統計²¹



²¹ 這裡包括地院簡易庭第二審判決數，故總數為672件。

圖表四 地方法院年度民事判決與醫療判決數

事 項 年 度	第一審民事訴訟 判決數 ²²	醫療民事訴訟第 一審判決數	醫療民事訴訟判決占 第一審民事判決訴訟 事件數比率
2000年	103,189	25	0.24‰
2001年	105,013	28	0.27‰
2002年	114,596	29	0.25‰
2003年	129,501	59	0.46‰
2004年	143,644	55	0.38‰
2005年	163,230	60	0.37‰
2006年	221,169	99	0.48‰
2007年	236,470	128	0.54‰
2008年	174,754	86	0.49‰
2009年	131,869	89	0.67‰

參、我國民事醫療訴訟之實證現況

一、案件背景

(一)醫療科別

有關於醫療訴訟所涉之醫療科別統計，係以訴訟事件（案件數）為單位，而非以判決數，以避免同一事件之數審級裁判導致重複計算。²³在統計結果上呈現，最容易產生醫療訴訟之前三科

²² 此數值整理自司法院網站資料：<http://www.judicial.gov.tw/juds/report/sf-1.htm>，最後瀏覽日：2010年6月28日。表格內民事事件不包括強執及非訟事件在內。

²³ 如案件涉及兩科別時，則以主要爭訟的醫療行為所發生的科別，為判斷歸屬依據。

別分別為：內科、外科及婦產科，分別為182件（26%）、170件（24%）及119件（17%），最容易產生醫療訴訟之前三科別合計案件量，占所有案件的67%。²⁴

(二)聲明請求金額

民事醫療訴訟之聲明金額，在第一審，以100萬元至150萬元最多共62件，其次是150萬元至200萬元有56件，再其次是200萬元至250萬元有43件；聲明金額在100萬元至200萬元者，占第一審判決量之24%。然而，在第一審請求金額超過1,000萬元者亦不在少數，1,000萬元至2,000萬元者有63件；2,000萬元至3,000萬元者有7件；3,000萬元以上者則有12件²⁵；其中，聲明金額主張最高

²⁴ 此結果與日本情形類似，依據日本最高裁判所公布資料，涉訟醫療科別列居前三位與臺灣相同，依序分別亦是內科、外科及婦產科。日本最高裁判所，同註18，頁49。有關地院、高院級最高法院各審級各法院醫療科別案件分布詳細圖表，受刊載篇幅侷限，本文特予刪除，請參見本文第一作者之國科會研究計畫成果報告。

²⁵ 1. 臺北地院88年度重訴字第2699號判決。（訴之聲明：39,248,247元，包括3,000萬元慰撫金；獲判一部勝35,642,188元，內含3,000萬元慰撫金。）
2. 臺北地院89年度重訴字第165號判決。（訴之聲明：68,646,319元，包括4,000萬元慰撫金；獲判一部勝21,118,970元，內含慰撫金500萬元。）
3. 臺北地院92年度重訴字第1897號判決。（刑事附帶民事移送民庭；訴之聲明：3億1861萬1492元；全部敗訴。）
4. 臺北地院94年度醫字第7號判決。（訴之聲明：5,705萬5,636元，內包括精神上慰撫金600萬元、懲罰性賠償金1,901萬8,545元；全部敗訴。）
5. 臺北地院95年度醫字第3號判決。（訴之聲明：3,213萬2,677元，內包含1,000萬元慰撫金；全部敗訴。）
6. 臺中地院93年度醫字第9號判決。（訴之聲明42,421,235元，內含包括1,400萬元慰撫金。獲判一部勝訴金額19,743,142元，內含包括慰撫金520萬元。）
7. 臺中地院94年度醫字第13號判決。（刑事附帶民事移送民庭；訴之聲明31,654,288元，內包含慰撫金20,539,985元；獲判一部勝訴金額2,335,225

額在3億1,861萬元1,492元有1件（圖表五）。

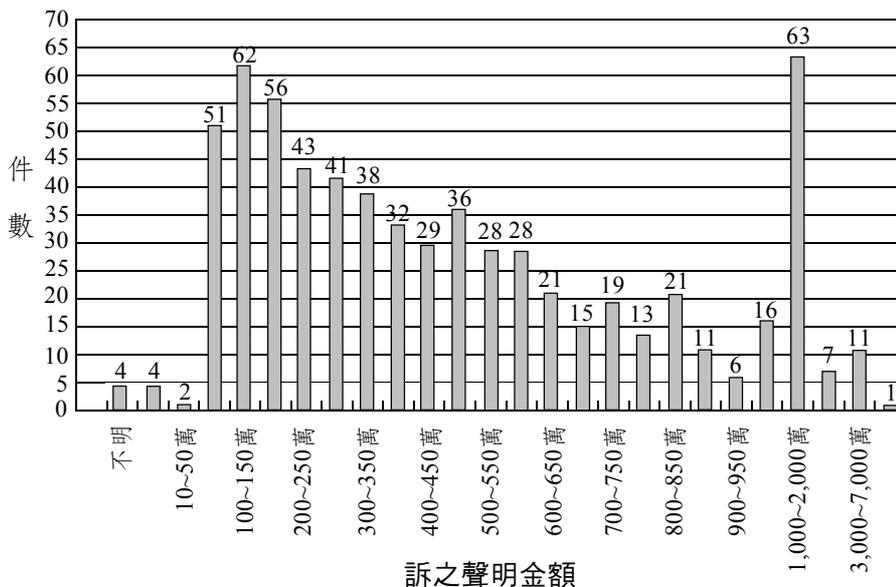
觀察這些高額賠償數額請求之判決，就第一審判決而言，逾3,000萬元聲明請求數額之12件判決中，並無全部勝訴者，全部敗訴者則有6件，一部勝訴6件。訴之聲明金額最高者為臺北地院九十二年度重訴字第一八九七號（急性腎盂腎炎患者微燒入院，抗生素治療3日，發生敗血性休克死亡案），其訴之聲明金額合計為3億1,861萬1,492元，係刑事附帶民事之死亡案件，但獲全部敗訴判決。另則刑事附帶民事請求之案件為臺中地院九十四年度醫字第十三號，原告請求慰撫金2,000餘萬元，但法院判給僅40萬元，此等案件呈現出醫療事件刑事附帶民事請求時之高額索賠現象。再者，此12件中主張慰撫金有10件，慰撫金主張數額最高者為4,000萬元，為臺北地院八十九年度重訴字第一六五號判決（子宮切除術中麻醉誤失致植物人案），但第一審法院僅判給原告500萬元，於第二審判決則減少為400萬元；至於獲判慰撫金數額最高者為3,000萬元，且法院對於原告所主張之慰撫金額係全數判給（臺北地院八十八年度重訴字第二六九九號判決，乳癌病情故

元，內包括40萬元慰撫金在內。）

8. 嘉義地院93年度重訴字第91號判決。（訴之聲明：3,076萬元；全部敗訴。）
9. 雲林地院93年度重醫字第2號判決。（訴之聲明49,630,934元，內包含慰撫金2,000萬元；獲判一部勝訴金額2,273,574元，內包括慰撫金150萬元。）
10. 臺南地院92年度重訴字第423號判決。（訴之聲明50,881,229元，內含包括慰撫金300萬元；全部敗訴。）
11. 高雄地院91年度訴字第3341號判決。（訴之聲明52,260,230元，內包含長期醫療費用39,760,230元＋長期照護456萬元＋特殊教育費300萬＋慰撫金500萬；全部敗訴。）
12. 屏東地院89年度重訴字第214號判決。訴之聲明：33,517,579元，內含包括慰撫金300萬元；獲判一部勝訴金額27,462,579元，內含包括300萬元慰撫金在內。）

不告知延誤救治機會案），此二則判決均非死亡案件。12件高額索賠之案件中，屬於死亡案件者僅有2件，除上述之臺北地院九十二年度重訴字第一八九七號判決外，尚有嘉義地院九十三年重訴字第九十一號判決（心肌梗塞患者昏倒送醫未進一步檢查，不當決定出院致生死亡結果案），但二者均為原告全部敗訴駁回。

圖表五 第一審訴之聲明金額表

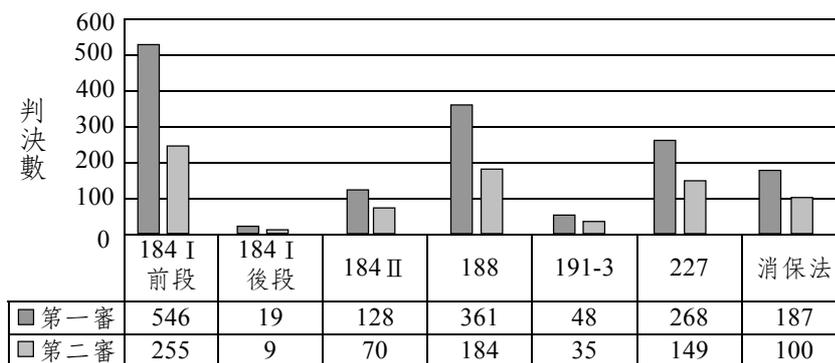


(三) 訴訟標的之法律關係

在醫療民事訴訟程序，原告可能主張之實體法上請求權基礎有民法第一八四條第一項一前段、後段、第一八四條第二項、第一八八條、第一九一條之三、第二二七條、消費者保護法上規定等規範，亦可能同時主張被告應負侵權責任及契約責任。但在實務上，當事人所主張之權利義務法律關係，以侵權責任為多數

(圖表六)，且有未同時主張契約責任之情形。

圖表六 各審級醫療民事訴訟標的法律關係及判決數統計



其中，在**第一審**，原告主張民法第一八四條第一項前段的判決數（共有546件），占全部第一審判決（657件）之83.1%；主張民法第一八四條第一項後段的判決數（共有19件），占全部第一審判決（657件）之2.9%；主張民法第一八四條第二項的判決數（共有128件），占全部第一審判決（657件）之19.5%；主張民法第一八八條的判決數（共有361件），占全部第一審判決（657件）之54.9%；主張民法第一九一條之三的判決數（共有48件），占全部第一審判決（657件）之7.3%；主張消保法規定的判決數（共有187件），占全部第一審判決（657件）之28.4%；主張契約責任之民法第二二七條的判決數（共有268件），占全部第一審判決（657件）之40.8%（圖表六）。

在**第二審**判決中，主張民法第一八四條第一項前段的判決數（共有255件），占全部第二審判決（299件）之85.3%；主張民法第一八四條第一項後段的判決數（共有9件），占全部第二審判決（299件）之3%；主張民法第一八四條第二項的判決數（共有70件），占全部第二審判決（299件）之23.4%；主張民法第一

八八條的判決數（共有184件），占全部第二審判決（299件）之61.5%；主張民法第一九一條之三的判決數（共有35件），占全部第二審判決（299件）之11.7%；主張消保法責任的判決數（共有100件），占全部第二審判決（299件）之33.4%；主張契約責任之民法第二二七條的判決數（共有149件），占全部第二審判決（299件）之49.8%（圖表六）。

如以契約責任及侵權責任之區別統計，在第一審中，原告僅主張民法侵權責任的判決數（共有336件），占全部第一審判決（657件）之51.1%；僅主張民法契約責任的判決數（共有17件），占全部第一審判決（657件）之2.6%。在第二審判決中，僅主張民法侵權責任的判決數（共有110件），占全部第二審判決（299件）之36.8%；僅主張民法契約責任的判決數（共有14件），占全部第二審判決（299件）之4.7%。

如將第一審判決總數（657件），扣除上述僅主張侵權責任的336件判決，及僅主張民法契約責任的17件判決數，會得知同時主張侵權及契約責任判決有304件，占全部第一審判決（657件）之46.3%；同理可推，在第二審判決中，同時主張侵權及契約責任判決則有175件，占全部第二審判決（299件）之58.5%。由此可見，當事人多有在第二審時始再追加主張契約責任之情形。

另就醫療行為是否適用消費者保護法服務責任問題，在二〇〇四年醫療法第八十三條第二項未增訂前，無論是我國學說及實務上，適用與否各有所見，但自該條項增訂後，從二〇〇五年以後所下裁判，一、二審法院態度趨向一致，採否定見解為大多數見解，僅有2則地院判決仍採認消保法之適用²⁶。

²⁶ 例如，士林地院96年度醫字第3號判決（裁判日：2008年2月22日）認為：雖醫療行為適用消保法服務責任，但該案醫療人員所提供服務符合科技水準並

④有無委任律師代理

二〇〇三年民訴法修正後，在第一、二審仍採律師任意代理，²⁷僅於第三審程序採律師強制代理。在本人得自行訴訟之制度下，醫療訴訟因較具有困難性及專業性，故當事人兩造委任律師之比例頗高。在第一審判決中，原告有委任律師之判決數（共有483件），占全部第一審判決（657件）之73.5%；被告有委任律師之判決數（共有536件），占全部第一審判決（657件）之81.6%（圖表七）。

在第二審，原告委任律師之比例比起第一審更提高6.7%，委任律師者（共有240件），占全部第二審判決（299件）之80.2%；被告委任律師者（共有252件），則占全部第二審判決（299件）之84.3%，與第一審之變化不大（圖表七）。此可能係因原告在第一審敗訴後提起上訴時，始意識到委任律師予以協助之必要性。

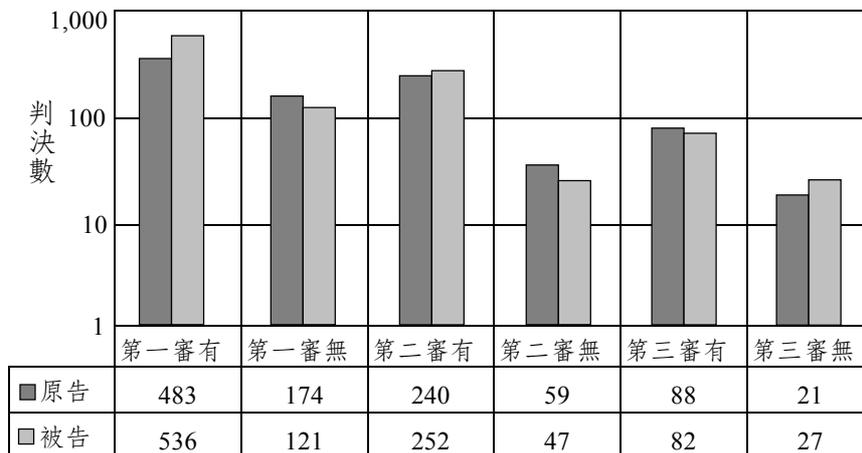
由此可知，在第一審、第二審醫療民事訴訟中，醫方委任律師比率均較病方略高，再加上醫療專業優勢在醫方，因此在實際法庭活動上，法院如何維持當事人間實質武器平等原則，以貫徹憲法保障當事人之訴訟權及平等權等基本權，再再考驗著法官的職業倫理及法律專業。不過，醫療訴訟之原告委任律師之比例在

無過失；臺東地院96年度訴字第156號判決（裁判日：2008年7月10日）認為，照護契約有消保法服務責任適用，照護機關有過失應負賠償。

²⁷ 參見：王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，頁80，2010年6月；楊建華著、鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，頁80，2009年10月。但另有學者認為我國民事訴訟法2003年2月修法前後所採訴訟代理原則相異，修法前採任意訴訟代理主義，修法後採依民訴法第68條第1項前段：「訟代理人應委任律師為之」，故新法原則上改採律師獨占主義。參見：陳計男，民事訴訟法論（上冊），頁130，2010年6月5版。

第二審與被告已頗為接近，而在第一審則有6.7%左右之差距，但如下所述，原告之勝訴率卻僅有20.6%左右（參見下述二、），遠低於被告，此呈現出原告在已有律師作為訴訟代理人協助進行訴訟之情形，二造間在法律能力上之差異應不大，但勝訴率卻仍低，其原因為何，值得探究，是否係因縱然有律師代理，但在醫療專業事實之主張及舉證上，仍然有所困難所致。

圖表七 當事人委託律師情形



二、裁判結果

(一) 勝敗率²⁸

在醫療訴訟，原告（患者方）之勝訴率並不高²⁹，以第一審

²⁸ 以原告之聲明與法院判決主文為比對基礎，區分為原告全部勝訴、原告全部敗訴，以及一部勝訴一部敗訴。原告聲明請求被告二人連帶給付600萬，第二審判決僅對其中一人勝訴，雖金額與聲明金額一致，但仍不填在全部勝訴部分。（例如，臺灣高等法院89年度上字第1132號判決、最高法院93年度臺上字第1191號裁定等。）「不明」：例如發回原審等無法推知勝訴金額多寡。

判決而言，原告全部勝訴者，僅有5件，占全部第一審判決（657件）之0.8%；一部勝訴一部敗訴之判決有130件，為全部第一審判決之19.8%；勝訴率合計20.6%；全部敗訴者有515件，占全部第一審判決（657件）之78.4%。在第二審判決，原告全部勝訴者，僅有4件，占全部第二審判決（299件）之1.3%；一部勝訴一部敗訴者有77件，占全部第二審判決之25.8%；合計約27.1%，較第一審略高；全部敗訴者有212件，占全部第二審判決之70.9%。³⁰

但如以案件數觀察，在歷經一審案件共計416件中，在二〇一〇年二月二十八日前已判決確定³¹之案件為154件，原告勝訴（包括一部勝訴）者有30件，占19.5%，在歷經二審之193案件中，二〇一〇年二月二十八日前已判決確定³²之案件為130件，原告勝訴（包括一部勝訴）者有17件，占13.1%；顯見如以同一醫療紛爭所生之訴訟來看，則原告患者方勝訴之比率更低，且於第二審之勝訴可能性反而降低。

相對於我國，日本醫療訴訟上之和解及勝訴率（二〇〇〇年

²⁹ 此係相較於我國地方法院2009年第一審判決全部131,869件，原告全部勝訴者有111,648件，占86.44%，部分勝訴者有10,712件，占8.12%，參見：司法院司法統計年報資料（7.地方法院民事第一審事件終結情形及訴訟標的金額——按年別分），<http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>，最後瀏覽日：2011年1月28日。相較之下，醫療民事訴訟事件之第一審原告勝訴率顯然較低。

³⁰ 因司法院法學資料庫內所公布判決內容，有些情形是將金額用〇〇〇取代，故呈現出究竟是一部勝訴？或是全部勝訴無法判斷的「不明」情形，此種不明情況的判決數，在第一審占1%左右。

³¹ 此部分案件，因已逾4年6個月尚未出現在高等法院判決中，推測極為可能是歷經一審判決即確定案件的部分。

³² 此部分案件，因已逾2年6個月尚未出現在最高法院判決中，推測極為可能是歷經二審判決即確定案件的部分。

至二〇〇九年)則較高。³³有關和解率部分,分別為二〇〇〇年45.9%、二〇〇四年46.1%、二〇〇八年50.0%至二〇〇九年49.7%,均保持在45至50%左右穩定狀況趨勢;不過,隨著和解率之微幅提升,勝訴率(二〇〇〇年至二〇〇九年)則明顯下降,³⁴從二〇〇〇年46.9%、二〇〇四年39.5%、二〇〇八年26.7%及二〇〇九年25.3%,其原因已如前述。³⁵但如將和解視為一部勝訴解讀,則日本在醫療訴訟上,原告獲得賠償之比率高達七成以上,此與臺灣地院醫療裁判勝訴率僅有20.6%(含全部勝訴及一部勝訴),有顯然之差距。³⁶在德國,訴訟上和解之比例亦達半數左右,近年來伴隨著武器平等原則之落實,原告勝訴比例亦大幅提升,在請求醫院責任之訴訟,原告勝訴之比例約有三分之一,而對於個人開業之醫生所為請求,勝訴率甚至達到二分之一。³⁷

³³ 最高裁判所網頁:日本地方法院醫療訴訟關係事件終局區分別已結案件數及其比率, http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/izikankei/toukei_02.html, 最後瀏覽日:2010年6月15日。

³⁴ 最高裁判所網頁:日本地院民事第一審醫療訴訟關係事件勝訴率, http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/izikankei/toukei_03.html, 最後瀏覽日:2010年6月15日。

³⁵ 在日本亦被批評為醫療訴訟之勝訴率遠低於通常訴訟(超過80%的勝訴率),參見:浦川道太郎、金井康雄、安原幸彥、宮澤潤(編),醫療訴訟・專門訴訟講座(4),頁5,2010年2月。

³⁶ 在臺灣,醫療訴訟上成立訴訟上和解之情形為何,並無正式數據,亦難以獲悉。但經本文作者與60位曾經承辦過醫療訴訟案件之法官及律師進行訪談得悉,少有成立訴訟上和解者。

³⁷ 此係一名醫療訴訟律師之個人估計,參見:Bergmann, Jede zweite Klage gegen Ärzte hat Erfolg, Frankfurter Allgemeine Zeitung FAZ, 2008, Nov. 15, C2: <http://www.faz.net/s/Rub8EC3C0841F934F3ABA0703761B67E9FA/Doc~E65135A79A5D148138EFE5DACECA8649A~ATpl~Ecommon~Scontent>.

(二)勝訴金額

再就勝訴金額而言，法院判決原告全部勝訴之案例，在第一審判決中有5件³⁸。勝訴金額多集中在200萬元至250萬元間，有3件，而最高金額則在1,738萬元餘（桃園地院九十年度重訴字第一四六號）。嗣後僅有一件係上訴歷經第二審、第三審，又發回第二審審理中，目前尚未確定，而有3件係兩造以和解方式終結訴訟，有1件尚未見有第二審裁判（應係未提起上訴），顯見在第一審如原告獲得有利之裁判，較能促成被告願意和解。

在第二審判決中，原告全部勝訴判決件數為3件³⁹，原告在第

Html (last visited: 2010.06.15).

- 38
1. 臺中地院97年度醫字第6號判決。（刑事附帶民事，訴之聲明547,000元，包括50萬元慰撫金；全部勝訴。）
 2. 臺中地院97年度醫字第14號判決。（刑事附帶民事，訴之聲明2,364,000元；全部勝訴。嗣兩造於第二審程序中成立和解。）
 3. 桃園地院90年度重訴字第146號判決。（訴之聲明金額：17,383,850元；全部勝訴，包括100萬元慰撫金在內。嗣兩造於訴訟外在民間公證人處成立和解。）
 4. 士林地院88年度訴字第1373號判決。（訴之聲明金額：2,496,946元；全部勝訴，包括慰撫金200萬元在內。嗣兩造於第二審程序中成立和解。）
 5. 臺北地院95年度醫字第19號判決。（訴之聲明：精神上損害200萬元；全部勝訴，但經被告上訴第二審，第一審判決遭廢棄而駁回原告之訴，再經原告上訴第三審而遭最高法院以判決不備理由廢棄發回第二審法院。）
- 39
- 高雄高分院90年度上字第405號判決。（訴之聲明：100萬元，嗣後訴之追加200萬元，合計300萬元慰撫金，全部勝訴；第一審判決：高雄地院89年重訴字第562號，患者全部敗訴。上訴第三審不合法駁回，全案確定。）
- 高雄高分院90年訴更(二)字第1號判決（原告數人請求之金額各為299,000元、29,000元、40萬元；全部勝訴確定。）
- 臺灣高等法院96年度醫上字第30號判決。（第一審原告一部勝訴一部敗訴；上訴人（原告）就原審判決其敗訴部分僅就後述聲明第2項部分提起上訴，原判決駁回上訴人對被上訴人其餘部分之訴，因未據上訴而確定，而第二審於上訴聲明200萬元範圍內判決全部勝訴。第三審上訴不合法駁回確定。）

二審上訴聲明金額獲判全部勝訴最高金額為300萬元⁴⁰。如相較於原告之訴之聲明金額第一審最高額在3億1,850萬元至3億1,900萬元及第二審在5,350萬元至5,400萬元，可見法院針對醫療訴訟民事損害賠償金額之審酌是審慎的（圖表八）。就第一、二審原告全部勝訴之8個判決而言，其特徵是醫療過失行為明顯、請求賠償數額較低者（集中在50萬元至300萬元間）。

就原告一部勝訴之情形而言，在第一審判決，法院判命之金額多集中在200萬元以下（共76件），占全部第一審一部勝訴判決（128件）之59.4%；第一審一部勝訴獲判最高金額出現在3,500萬元至4,000萬元之間。⁴¹在第二審判決中，多集中在300萬元以下共49件，占全部第二審一部勝訴判決（77件）之63.6%；當事人在第二審訴之一部勝訴獲判最高金額出現在2,300萬元至2,350萬元之間⁴²。如以經第三審確定判決的案件垂直式觀察，上訴到最高法院經上訴駁回而確定之案件共65件中有17件是患者獲判金額者⁴³。其中，獲判賠償金額最高為2,300萬元（婦幼醫院子宮摘除術麻醉過程致病患缺氧為植物人案）⁴⁴，此案亦為慰撫金獲判最

⁴⁰ 高雄高分院90年度上字第405號判決。

⁴¹ 臺北地院88年度重訴字第2699號判決。（訴之聲明：39,248,247元，含3,000萬元慰撫金；第一審獲判一部勝訴金額35,642,188元，內含3,000萬元慰撫金。）

⁴² 臺灣高等法院94年度醫上更(一)字第3號判決。（訴之聲明24,000,857元；一部勝訴金額23,000,857元，內包括慰撫金400萬元。）

⁴³ 此處數據，不包括歷經地院及高院即確定判決的案件數。

⁴⁴ 本案件歷經審級裁判為：臺北地院89年度重訴字第165號判決、臺灣高等法院92年度重上字第111號判決、最高法院94年度臺上字第2128號判決、臺灣高等法院94年度醫上更(一)字第3號判決、最高法院96年度臺上字第1726號裁定駁回上訴確定（醫方敗，裁判日：2007年8月9日）。本案從損害發生時點1996年12月間至第三審裁判日2007年8月，共耗時10年8個月。

高者；最低獲判賠償金額僅有56萬元（吳婦產科診所雙胞胎誤診死胎為人工流產致生子宮角破損切除案）⁴⁵；此17件歷經三審獲賠案件賠償金額多集中在50萬元至100萬元區間，共6件；其次在100萬元至200萬元，共計2件；其餘則是200萬元至300萬元共1件、300萬元至400萬元共2件、400萬元至500萬元1件、500萬元至600萬元共2件、600萬元至700萬元1件、700萬元至800萬元1件、2,300萬元1件；其中慰撫金之金額最高為400萬元1件、200萬元2件、150萬元2件、其餘均未超過75萬元；而在死亡案例，對於父母配偶之慰撫金則為50萬元或60萬元。

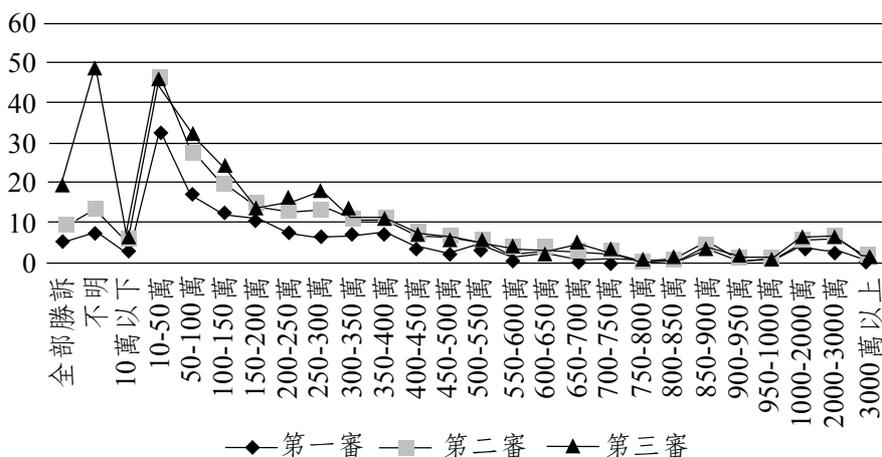
此彰顯出我國現階段在醫療民事訴訟中，大部分案件之原告可能獲得賠償金額（含慰撫金）並不高，亦低於德、日。日本實務在醫療訴訟中參照「交通事故損害賠償算定標準」，考量被害人是否為家庭之支柱，而定2,000萬至3,000萬日幣（約臺幣700萬至1,000多萬元）之死亡慰撫金額。在傷害及後遺症慰撫金情形，雖亦參考上開標準，但在醫療訴訟亦多有考慮醫師與患者間信賴關係等因素而調整金額之情形。⁴⁶在「交通事故損害賠償算定標準」主要係著眼於勞動能力之減少，而在醫療訴訟事件，亦有非涉及勞動力減少之傷害案例，例如：乳房切除或子宮摘除案例，

⁴⁵ 本件案件歷經最高法院86年度臺上字第56號判決、臺灣高等法院84年度訴字第33號判決（此判決資料庫及裁判彙編均無收錄）：本件第三審被上訴人因上訴人之過失，支出臺安醫院及臺大醫院醫療費用新臺幣（以下同）43,120元，並受有工資損失17,102元，非財產上損害50萬元等情，爰依侵權行為之法律關係，求為命上訴人給付56萬222元之判決（被上訴人超過上開金額之請求，業經判決敗訴確定）。

⁴⁶ 參見：東京地判平13・3・21切除子宮案，醫師在進行剖腹產時，未得患者本人之同意，僅基於其夫之同意，即切除患者之子宮及右側卵巢，基於子宮及右側卵巢喪失之理由，判命給付慰撫金50萬日幣（約臺幣170萬元）參見：秋吉仁美編，醫療訴訟，頁450-460，2009年12月。

因此亦有未必均適用上開標準為一致之判定。在德國，亦存在有關於慰撫金金額過低之批評，在德國之慰撫金相較於美國較低之理由主要在於：在德國不以陪審團為裁判、原告如請求較高金額而受一部敗訴，將有訴訟費用負擔上之風險、法官多以固定之標準來斟酌幾種不同傷害類型之慰撫金。近來德國實務裁判中判命給付最高金額之慰撫金為50萬歐元（約臺幣2,000萬元），此係新生兒接生過程中發生醫療疏失而造成身體上及心智上多重傷害之案例。⁴⁷至於在身體上（例如：一眼或一手）之傷害，則慰撫金大多低於4萬歐元（約臺幣140萬元）。

圖表八 法院各審級裁判一部勝訴金額及件數統計表



⁴⁷ Strücker-Pitz, Ausweitung der Arzthaftung für Schmerzensgeld bei Schwerstschäden, VersR 2007, S. 1466.

(三)紛爭發生起至第一審裁判／第一審裁判至第二審裁判／第二審裁判至第三審裁判進行之期間⁴⁸

在各審級中，第一審程序所需時間較長。在第一審，醫療紛爭發生（損害發生時）起至第一審判決日為止，⁴⁹最多集中在3年至3年3季區間（共有214件），占全部第一審判決（657件）之32.6%；其次，集中在4年至4年3季區間（共有151件），占全部第一審判決（657件）之23%；再其次集中在2年至2年3季區間（共有115件），占全部第一審判決（657件）之17.5%；從2年至4年3季的總計判決量（共480件），占全部第一審判決（657件）之73.1%；期間最長達18年1季（1件）⁵⁰，而最短期間則為0年3季（1件）（圖表九）。

在第二審，醫療訴訟紛爭從上訴（依一審判決裁判日時）起至第二審判決日為止，最多集中在0年2季至1年0季區間（共有130件），占全部第二審判決（299件）之43.5%；其次，集中在1年1季至1年3季區間（共有73件），占全部第二審判決（299件）之24.4%；再其次集中在2年至2年3季區間（共有52件），占全部第二審判決（299件）之17.4%；從0年2季至2年3季的總計判決量（共255件），占全部第二審判決（299件）之85.3%；當事人在

⁴⁸ 每3個月為一季，不滿3個月以一季論。以判決為單位，並分開審級，第一審程序以損害發生時點（而非起訴時點）至第一審裁判書記載作成日期為準。第二審程序以第一審裁判書記載作成日期至第二審裁判書記載作成日期為準。第三審判決以第二審裁判書記載作成日期至第三審裁判書記載作成日期為準。欄位呈現上以一季為基準。

⁴⁹ 此一方面係因為從判決書中難以獲悉訴訟繫屬時點，另一方面亦係為瞭解從紛爭發生之時起至第一審判決為止所需時間。因此，實際上第一審訴訟進行之時間應該較上開時間為短。

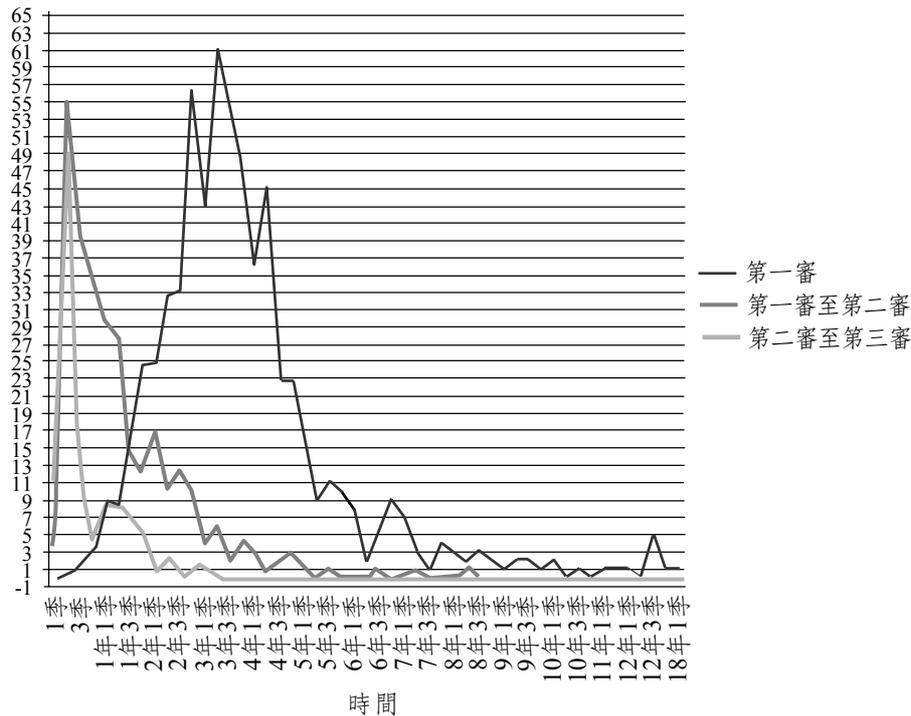
⁵⁰ 臺中地院95年度醫字第19號判決，1990年4月間患者即於手術後昏迷而成植物人狀態，由被告醫院持續照護中，而於患者死亡後始由子女起訴請求。

第二審訴訟期間最長的判決，出現在8年2季（1件），而最短訴訟期間判決，則出現在0年1季（4件）。

在第三審，醫療訴訟紛爭從上訴（依二審判決裁判日時）起至第三審判決日為止，最多集中在0年1季至0年3季區間（共有72件），占全部第三審判決（109件）之66.1%；其次，集中在1年0季至1年3季區間（共有27件），占全部第三審判決（109件）之24.8%；再其次集中在2年0季區間（共有5件），占全部第三審判決（109件）之4.6%；從0年1季至2年0季的總計判決量（共104件），占全部第三審判決（109件）之95.4%；當事人在第三審訴訟期間最長的判決，出現在3年1季（1件），而最短訴訟期間判決，則出現在0年1季（11件）。

（續接次頁）

圖表九 醫療紛爭發生至第一審／第一審至第二審／第二審至第三審
裁判之期間長短及判決數統計表



如基於案件垂直式觀察，在歷經第三審程序已確定案件中共有65件，從損害發生之時至第三審判決駁回當事人上訴為止，僅有9件在5年內確定，其餘56件均超過5年以上，其中最多集中在5年至5年3季區間（共有18件），占全部之27.7%；其次，為6年3季至7年2季區間（共有13件），占全部之20%。

就平均數而言，從紛爭發生到第一審裁判平均為48.2個月，假設當事人是在侵權行為請求權罹於時效前才提起訴訟，則扣除請求權時效2年期間，第一審訴訟至少也進行24個月以上；第一

審至第二審裁判平均為19.2個月，第二審至第三審裁判平均為10.8個月。

相對於此，日本民事醫療訴訟事件，在二〇〇〇年平均審理期間為35.6個月，但逐年下降，至二〇〇六年時為23.6個月，第一審平均審理期間為27.1個月⁵¹，第二審平均審理期間為11.7個月⁵²。其中不進行鑑定程序而終結程序者僅進行19.9個月；如進行鑑定者，則訴訟進行52.2個月，顯然在醫療訴訟造成速度較慢之原因主要在於鑑定。

三、審理及證據調查程序⁵³

(一) 爭點整理

為能促進訴訟，爭點整理及集中審理係民訴法修正之一大重點，在醫療訴訟雖較無複雜之法律關係，但事實上及證據上爭點通常亦繁多，尤其涉及專業上事實之爭點，如能早期予以掌握，亦能有助於訴訟之進行。⁵⁴日本在二〇〇四年四月一日至同年十二月三十一日止之實證調查顯示，醫療損害賠償事件之爭點整理實施率達80%以上，遠高於民事第一審訴訟事件全部之平均值（37.4%）；平均爭點整理期日達6.6次，爭點整理所需期間平均為22.1個月，均是所有事件類型中最高者。⁵⁵此係因醫療訴訟之專門性及複雜度較高所致，但日本法院為使醫療訴訟之爭點整理

⁵¹ 日本最高裁判所，同註18，頁8。

⁵² 日本最高裁判所，同註18，頁147。

⁵³ 有關醫療訴訟事件之證據保全制度運用情形，因司法院法學資料庫中並未就地方法院之證據保全裁定納入，僅能檢索到零星裁判，故予以捨棄。

⁵⁴ 參見：樊家妍，醫療過失爭訟事件爭點整理之研究，臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁17以下，2005年6月。

⁵⁵ 參見：日本最高裁判所，同註18，頁28-29。

程序更有效率、迅速，除設置醫療專業法庭外（醫療集中部），亦命當事人應盡早提出診療紀錄，並作成診療經過一覽表及活用爭點整理表。如相較二〇〇〇年及二〇〇四年之實證資料，平均爭點整理期間從25.1個月降低為22.6個月；平均爭點整理期日間隔從3.2個月縮短為2.7個月；平均人證調查期間則從16.5個月大幅縮短為6.2個月；所需期日亦從4.6次縮短為2.3次；平均審理期間則從35.6個月縮短為27.3個月，顯見有效率之爭點整理將對於訴訟之促進具有正面之影響。

因此，在我國醫療訴訟如何進行爭點整理，實施狀況如何，亦值關注。然受限於訴訟卷宗資料之取得困難，本項「有無進行爭點整理」之判斷標準，僅能以判決書上明白列出「當事人爭點整理如下」，或「當事人有爭執事項」之文字為判斷。因此，與實際實施之狀況，仍恐有落差。儘管如此，從判決書中亦可發現，在事實審進行爭點整理之狀況並不理想。在第一審，依上述標準，有進行爭點整理者（有388件），占全部第一審判決（657件）之59.1%，不到六成；未進行爭點整理者（有269件），占全部第一審判決（657件）之40.9%。在第二審判決中，有進行爭點整理的判決數（共有136件），占全部第二審判決（299件）之45.5%，較第一審為低；未進行爭點整理的判決數（共有163件），占全部第二審判決（299件）之54.5%。

(二)過失之舉證責任分配

舉證責任之概念⁵⁶，具有兩面意義，一為主觀的舉證責任，

⁵⁶ 邱聯恭著、許士宦整理，口述民事訴訟法講義(三)，頁209-210，2010年9月；陳計男，同註27，頁474-475；王甲等，同註27，頁401-402；吳明軒，中國民事訴訟法（中冊），頁876-877，2011年10月9版；楊建華著、鄭傑夫增訂，同註27，頁285-286。

一為客觀的舉證責任。主觀的舉證責任重在何人在訴訟上就何事實有提出證據之責任，蓋在辯論主義下，證據之提出原則上為當事人之責任。法院於進行審理時，即應決定由何造當事人先就何事實提出證據。若未提出，則為敗訴判決。相對於此，客觀的舉證責任係指，當事人雙方已盡證據提出之能事，而待證事實之存否仍不明時之不利結果應由何造負擔之問題⁵⁷。在「現代型紛爭」事件中，如何因應「證據偏在」、「主張及舉證牽涉高度專業知識」之難題，基於武器平等原則，而修正、調整「規範說」之舉證責任分配，為民事證據法之當今課題⁵⁸。換言之，即使採取規範說，將事實區分為權利依據事實及權利消滅事實、權利障礙事實、權利排除事實，分別歸由主張權利存在者及主張權利消滅或爭執權利者負舉證責任，此一分配原則雖合乎攻擊者原理，節制不必要之興訟，或合於實體法上規範之性質或目的，但就醫療或藥害訴訟、產品製造者責任訴訟、公害訴訟等現代型訴訟事件之舉證責任而言，仍應著眼於此類訴訟事件具有事證偏在於被告即加害者之特性，適當減輕或緩和原告即受害者之主張及舉證責任⁵⁹。

如何就舉證責任如何分配，近代學說紛紜，大體可分二大類型。第一類型係專依待證事實之性質加以分析所形成之學說，亦稱「待證事實分類說」（Themenverteilungstheorie）。其代表

⁵⁷ 駱永家，民事舉證責任論，頁44，1972年1月。

⁵⁸ 楊淑文，從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準（上），台灣本土法學雜誌，60期，頁63，2004年7月。

⁵⁹ 許士宦，審判法院之選擇與舉證責任之分配——二〇〇二年司法院大法官解釋、最高法院裁判之一側面，台灣本土法學雜誌，52期，頁170，2003年11月。

性學說有「消極事實說」(Negativtheorin)⁶⁰、「外界事實說」(aussere Tatsachen)⁶¹。第二類型則專就具體個別之法律構成要件之事實，按法律構成要件之事實，依不同價值之標準為分類，凡歸屬於某一類法律構成要件之事實，當事人就該事實負舉證之責。此類學說亦稱為「法律要件分類說」(Tatbestandsverteilungstheorie)，其代表性學說⁶²，有「因果關係說」(Kausaltheorie)或稱原因說、「通常發生事實說」(通常 regelmässig)、「最低限度事實說」(Minimaltheorie)、「特別

⁶⁰ 此說以「主張消極事實者，就該事實不負舉證之責任而其論據：或謂「因消極事實不可能證明，故主張該事實之人不負舉證之責」(Affirmati incumbit, probatis, non negati)，或謂「依因果關係之法則，積極事實可發生結果，消極事實則不發生結果，故一旦發生法律關係，如不生積極之新事實，該法律關係依然存在不變更或消滅，故消極事實不必舉證，主張消極事實之人不負舉證之責」，參陳計男，同註27，頁477；王甲乙等，同註27，頁404-410；吳明軒，同註56，頁877-886；楊建華著、鄭傑夫增訂，同註27，頁286-291；邱聯恭著、許士宦整理，同註56，頁210-215；姜世明，消極事實之舉證責任分配，載：舉證責任與證明度，頁1-56，2008年10月。

⁶¹ 此說謂主張外界事實(aussere Tatsachen)之人，有舉證責任；而主張內界事實(innere Tatsachen)之人，不負舉證責任。因內界事實不能證明之故。例如法律行為中，意思表示為外界事實，故主張之人有舉證之責，而當事人之效果意思、行為能力等則為內界事實，故不負舉證之責。惟內界事實不難依間接事實推知之，且在適用上亦有舉證之必要，例如關於善意與惡意，兩造主張不同時，即必須確定其舉證之分配(例如民法第86、87 I、244 II條)否則何造應受敗訴判決危險負擔，則漫無標準，難期裁判公平。參陳計男，同註27，頁477-478；王甲乙等，同註27，頁404-410；吳明軒，同註56，頁877-886；楊建華著、鄭傑夫增訂，同註27，頁286-291；邱聯恭著、許士宦整理，同註56，頁210-215。

⁶² 以下各說國內文獻中均有介紹，於此茲不贅述，參見：陳計男，同註27，頁478；王甲乙等，同註27，頁404-410；吳明軒，同註56，頁877-886；楊建華著、鄭傑夫增訂，同註27，頁286-291；邱聯恭著、許士宦整理，同註56，頁210-215。

要件說」(Spezialtheorie)、「規範說」(Nomentheorie)。

在修法前，實務上多採法律要件分類說中之特別要件說，定當事人之舉證責任⁶³。民訴法第二七七條增訂但書後，學者間雖仍有主張規範說者⁶⁴，但亦有基於該條之修正而主張應顧及訴訟法上觀點，採取行為責任說，以針對各種事件類型之特性及需求，分別建構舉證責任⁶⁵。在各種學說影響下，反映至實務操作亦呈現見解紛歧現象。特別是關於民訴法第二七七條但書適用於醫療訴訟之舉證責任分配，最高法院之見解並不一致，其中有認為得適用民訴法第二七七條但書者，亦有持反對見解者。相關案例有三(依裁判時間先後序)：

1. 最高法院九十六年度臺上字第二七三八號判決

最高法院維持原審裁判駁回原告之上訴，而不認為得適用民訴法第二七七條但書，其理由略為：「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。民事訴訟法第二百七十七條定有明文。

⁶³ 參見：最高法院48年臺上字第877號判例、最高法院81年度臺上字第2372號判決、83年度臺上字第1946號判決、83年度臺上字第2405號判決、83年度臺上字第2775號判決。

⁶⁴ 參見：姜世明，民事訴訟法基本制度：第三講——部分民事證據法理之變遷，月旦法學教室，106期，頁45-62，2011年7月；姜世明，論客觀舉證責任——評最高法院九九年度臺上字第九八四號民事判決，台灣法學雜誌，161期，頁53-60，2010年10月；姜世明，民事訴訟法第二七七條但書之適用——評最高法院九十九年臺上字第四〇八號民事判決，月旦裁判時報，3期，頁47-53，2010年6月；姜世明，舉證責任分配法則之體系建構，載：舉證責任與真實義務，頁1-44，2006年3月；姜世明，舉證責任分配之一般原則，載：新民事證據法論，頁181-198，2009年11月3版；吳從周，醫療過失舉證責任的實務新發展：醫病鬥「法」第二回合——簡評最高法院九六年臺上字第二七三八號判決，台灣法學雜誌，109期，頁256-267，2008年8月。

⁶⁵ 邱聯恭著、許士宦整理，同註56，頁216、223。

依前開規定，並無醫院或醫師應就其醫療行為先負無侵權行為舉證責任之情形，如由主張醫院或醫師有過失者，先負舉證之責，尚無違反上開規定或有顯失公平之情形，則上訴人主張本件應由被上訴人先就其醫療行為並無侵權行為負舉證之責，顯係就消極事實先負舉證責任，違反前述舉證責任之規定，自應由上訴人先就被上訴人有過失之事實負舉證責任。」

2. 最高法院九十八年度臺上字第二七六號判決

此則認為有民訴法第二七七條但書適用之餘地，蓋：「按八十九年二月九日修正公布施行前之民事訴訟法第二百七十七條僅規定：當事人主張有利於己之事實者，就其事實負舉證責任。就一般訴訟事件言，固可依此項舉證責任分配之原則性概括規定為其適用標準。惟關於舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性規定，未能解決一切舉證責任之分配問題，尤以關於公害事件、交通事件、商品製作人責任、醫療糾紛等事件之處理，如嚴守原來概括規定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則，故該次修正乃於同條增訂但書，規定：但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。以適應實際之需要。查本件林○○係於七十九年四月十七日因中耳炎至被上訴人中港院區耳鼻喉科就診，由醫師蘇○○施行手術治療，於該日即成為植物人，此為被上訴人所不爭執，而被上訴人於九十五年六月八日所出具之林○○診斷證明書僅記載：患者因患右側慢性中耳炎併膽脂瘤，於七十九年四月十七日在本院接受右側中耳顯微鏡手術（於全身麻醉之下），術後送麻醉恢復室觀察，在術後麻醉醫師觀察中，病人突然發生呼吸困難，麻醉醫師立即施予急救，急救後，病人成為植物人等語（見……），並無關於醫師蘇○○如何為林○○施行中耳炎顯微鏡手術、麻醉醫師又如何為林○○實施全身麻醉之紀錄。如有此紀錄亦應由被上訴

人保管。查林○○在被麻醉及手術過程中，全程均在被上訴人醫護人員之照護中，竟成植物人狀態，倘無此醫療過程之紀錄，或被上訴人難以取得此項紀錄，而必欲令其負舉證責任是否有違公平原則，非無斟酌之餘地。上訴論旨，指摘原判決不當，求為廢棄，非無理由。」廢棄原審判決發回高院審理。

3. 最高法院九十九年度臺聲字第二三六號裁定

本件再審聲請，聲請人主張前訴訟程序第一審臺灣高雄地方法院九十三年度醫字第六號及第二審臺灣高等法院高雄分院九十六年度醫上字第五號判決（下稱前訴訟程序第一、二審判決）消極不適用民事訴訟法第二七七條但書舉證責任轉換之規定，命相對人舉證手術紀錄係行為當時製作及其已盡善良管理人注意而無疏失，但原確定裁定卻就上開情形未加糾正，遽以裁定駁回伊上訴，適用法規顯有錯誤等詞云云，最高法院則認為本件並無消極不適用法規之情形，而不該當於民事訴訟法第四九六條第一項第一款所謂適用法規顯有錯誤，駁回再審理由聲請，其理由略為：「……前訴訟程序第二審判決本於其取捨證據及認定事實之職權行使，先行認定相對人之醫療行為並無疏失，嗣以聲請人未舉證證明手術紀錄非當時所作，而不足採，尚無違反舉證責任分配之情形。」如依上開理由可見，最高法院在本件訴訟不認為應轉換由被告負無過失之舉證責任。

最高法院在上開第二則判決以「醫療過程紀錄之欠缺或難能取得」，作為使原告負舉證責任有違公平之具體理由，應可予以肯定，亦可認屬證明妨礙法理之採用。至於其他情形，由於尚乏足夠案例之累積，現階段亦難能歸納出最高法院之類型。

如觀察下級審裁判，就過失或可歸責性之要件事實，在第一審判決中明白表示應適用民訴法第二七七條但書規定轉換由被告

負舉證責任或減輕原告之舉證責任者共有33件⁶⁶，僅占全部第一審判決（657件）之5%。法院明白表示應由原告負過失的舉證責任的判決數（共有139件）⁶⁷，占全部第一審判決（657件）之

⁶⁶ 此又可分為下列情形：

1. 過失及因果關係均轉換者：臺北地院97年度醫字第3號判決、臺北地院96年度醫字第12號判決、臺北地院96年度醫字第22號判決、臺北地院95年度醫字第5號判決、臺北地院90年度訴字第3406號判決、士林地院94年度醫字第8號判決、士林地院95年度醫字第8號判決、士林地院94年度醫字第10號判決、基隆地院92年度醫簡上字第1號判決、桃園地院92年度醫字第6號判決、桃園地院93年度醫字第1號判決、桃園地院93年度醫字第10號判決、臺中地院92年度醫字第1號判決、花蓮地院94年度醫字第1號判決、臺東地院95年度訴字第157號判決。
2. 轉換過失之舉證責任而判決原告勝訴者：臺北地院87年度訴字第1521號判決、臺北地院91年度重訴字第761號判決（但第二審判決被告勝訴，第三審原告上訴駁回，敗訴確定）、士林地院88年度訴字第1373號判決、桃園地院90年度重訴字第146號判決、桃園地院95年度醫字第14號判決、新竹地院97年度重訴字第12號判決、新竹地院88年度訴字第464號判決、臺中地院90年度重訴字第334號判決、臺南地院93年度醫字第4號判決。
3. 轉換過失之舉證責任，但法院仍認定被告無過失而判決原告敗訴者：士林地院89年度訴字第519號判決、士林地院91年度訴字第1144號判決、士林地院93年度醫字第4號判決、板橋地院93年度醫字第2號判決。
4. 認有民訴法第277條但書適用，減輕原告之舉證責任，但未言明是否為舉證責任轉換者：臺北地院97年度醫字第3號判決、臺北地院89年度重訴字第472號判決（依英美法侵權行為法或醫療事件中所謂「*Res ipsa loquitur*」（事實說明自己）之法則，減輕或緩和原告之舉證責任）、宜蘭地院89年度重訴字第44號判決、高雄地院94年度醫字第9號判決、彰化地院94年度醫字第4號判決（但第二審判決被告勝訴）。

⁶⁷ 判決理由中表明原告應先就民訴法第277條本文負舉證責任者，例如：士林地院96年度訴字第19號判決、士林地院96年度醫字第10號判決、士林地院93年度醫字第3號判決、士林地院91年度訴字第232號判決、板橋地院92年度訴字第221號判決、基隆地院97年度醫字第1號判決、桃園地院95年度醫字第7號判決、桃園地院95年度醫字第8號判決、桃園地院93年度醫字第13號判決、桃園地院90年度訴字第2361號判決、新竹地院民事小額判決97年度竹小

21.2%（參見圖表十）。至於未明示者則占73.8%。由於未明示舉證責任之分配，意味著仍採一般舉證責任分配原則，因此，關於過失之舉證責任，在大多數之案件，仍由原告負舉證責任。

在第二審判決亦有類似之情形，法院明白表示應調整由被告負過失的舉證責任的判決數（共有11件）⁶⁸，占全部第二審判決（299件）約3.7%，而明白表示仍應由原告負過失的舉證責任的判決數（共有52件）⁶⁹，占全部第二審判決（299件）之17.4%；

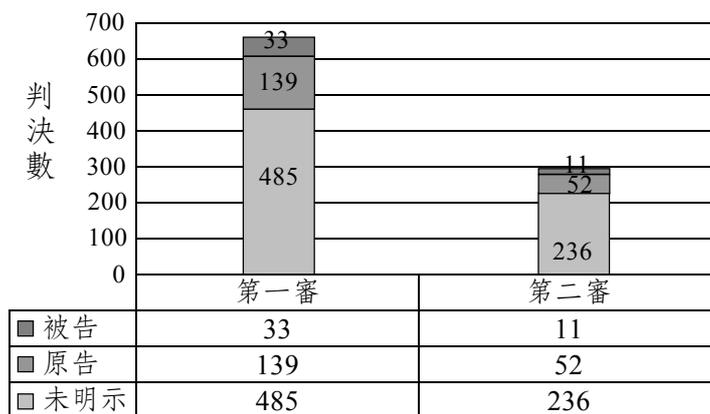
字第93號判決、新竹地院91年度重訴字第176號判決、臺中地院98年度醫字第16號判決、臺中地院96年度醫字第16號判決、臺中地院95年度醫字第12號判決、臺中地院92年度訴字第424號判決、臺中地院92年度醫字第14號判決、彰化地院97年度醫字第4號判決、彰化地院95年度醫字第3號判決、高雄地院95年度醫字第23號判決、高雄地院95年度醫字第25號判決；判決理由中明白表示認為本案無民訴法第277條但書適用者，例如：士林地院91年度重訴字第580號判決、新竹地院94年度訴字第668號判決等。

68 1. 認應就過失或可歸責性及因果關係均轉換者：臺灣高等法院96年度醫上更(一)字第1號判決、臺灣高等法院95年度醫上字第17號判決；2. 僅轉換過失之舉證責任而判決原告勝訴者：臺南高分院96年度醫上字第2號判決、臺灣高等法院96年度醫上字第5號判決（債務不履行請求部分，應由債務人就不具可歸責性負舉證責任，其未能舉證，故判醫院敗訴；但侵權行為責任仍要求由原告舉證其要件，而判醫師勝訴；經兩造上訴第三審，原判決廢棄）；3. 轉換過失之舉證責任，但法院仍認定被告無過失而判決原告敗訴者：臺灣高等法院95年度醫上字第13號判決、臺中高分院93年度醫上易字第3號判決；4. 認有民訴法第277條但書之適用，減輕原告之舉證責任，但未言明是否為舉證責任轉換者：臺灣高等法院98年度醫上字第3號判決（認定有過失，但無因果關係，駁回原告請求）、臺灣高等法院97年度醫上字第11號判決（維持原判決駁回原告請求）、臺灣高等法院97年度醫上易字第4號判決（維持原判決駁回原告請求）、臺灣高等法院97年度醫上易字第6號判決（維持原判決駁回原告請求）、臺灣高等法院95年度醫上字第5號判決（維持原判決駁回原告請求）。

69 例如：89年度重上字第114號判決：惟按民事訴訟法第277條規定，「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」依該條文之規定，原則上應由主張有利於己

未明示者占78.9%（圖表十）。

圖表十 過失之舉證責任分配之判決數統計



(三)因果關係之舉證責任分配

在第一審判決中，明白表示調整由被告負因果關係的舉證責任者共有19件⁷⁰，僅占全部第一審判決（657件）之2.9%；法院明

之事實者，先就其事實有舉證之責任，但在例外情形下如法律別有規定或依其情形顯失公平，始轉換由對造負舉證之責。……而本件上訴人業已取得病歷及就診資料影本，並無不能知悉之情，自亦無舉證上之困難，顯不符舉證責任減輕（或轉換）之要件，故本件應由上訴人負舉證責任，始符法制；高等法院91年度重上字第95號：各該待證事實概以上訴人病歷為認定依據，被上訴人未掌握其他上訴人無法查知之資訊，且可期待上訴人提出醫學文獻，及聲請法院囑託有醫療專業知識之人或機關檢視上訴人之病歷加以鑑定得知，故本院認為無適用民事訴訟法第277條但書規定，減輕上訴人舉證責任之理。

⁷⁰ 除註67中所列因果關係及過失均轉換者外，又可分為下列情形：

1. 僅就因果關係減輕或轉換舉證責任（過失部分事實足堪認定）：臺北地院96年度醫字第27號判決、臺北地院95年度醫字第11號判決。
2. 就因果關係轉換舉證責任，但法院依職權命為鑑定後仍判決原告敗訴者：

白表示仍由原告負因果關係的舉證責任的判決數（共有116件），占全部第一審判決（657件）之17.7%。在第二審判決中，明白表示由被告負因果關係之舉證責任者共有4件⁷¹，占全部第二審判決（299件）之1.3%；判決中明白表示由原告負因果關係的舉證責任者共有40件，占全部第二審判決（299件）之13.4%。

四醫師之說明義務及其舉證責任

在主張醫師未盡說明義務之案例，關於醫師是否已盡說明義務而取得病患之同意一事，如將手術視為對於身體之侵入行為，則具有違法性，而因醫師之說明或告知而取得病患之同意即為阻卻違法事由，具有阻卻違法之抗辯性質。依一般舉證責任之分配，應由醫師就其已盡說明義務而取得病患同意一事，負舉證責任（此稱為「阻卻違法性說」）。⁷²但我國實體法學界關於醫師說明義務之性質，究屬過失要件或是阻卻違法要件，仍有爭論，⁷³此亦使得舉證責任之分配受到影響，亦即，如將醫師未告

士林地院93年度醫字第4號判決。

3. 雖就因果關係援引德國重大醫療瑕疵原則，但過失仍由原告舉證（敗訴）：臺北地院95年度醫字第14號判決。

⁷¹ 臺灣高等法院96年度醫上更(一)字第1號判決、臺灣高等法院95年度醫上字第17號判決、臺灣高等法院96年度醫上字第5號判決、臺南高分院96年度醫上字第2號判決。

⁷² 此亦為德國通說之見解，參見：Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., 2010, § 107 Rn. 18-19.

⁷³ 有關我國民事實體法上之論爭，請參酌：陳聰富，告知後同意與醫師說明義務（上）（中）（下），月旦法學教室，80-82期，頁75-91、77-87、66-80，2009年6月、7月、8月。其他重要文獻尚有吳俊穎，醫師告知義務急速擴張的時代——法界的期待與醫界的臨床實務之間的鴻溝，法學新論，14期，頁87-111，2009年9月；楊秀儀，告知後同意之倫理法律再思考：縮小理論與實務的落差，月旦法學雜誌，162期，頁5-16，2008年11月；吳志

知一事視為過失之要件（此稱為「過失要件說」），則依一般舉證責任分配，原則上係由主張侵權行為損害賠償責任之原告就醫師未盡說明義務而具有過失一事負舉證責任，如於個案中有顯失公平者，再依民訴法第二七七條但書轉換舉證責任。至於關於醫療侵入行為與損害間之因果關係，不論採過失要件說或阻卻違法性說，原則上仍由病患負舉證責任。

在實務上關於醫師是否已盡說明義務之舉證責任，亦存有不同見解之裁判。於第一審，原告有主張醫師違背說明義務者（共148件），占全部醫療訴訟第一審判決（657件）之22.5%。其中，就舉證責任而言，判決理由中表示應由原告（病方）就醫方未盡說明義務負舉證責任者共有2件，⁷⁴占就說明義務有所爭執者（148件）之1.4%；而判決理由中明白表示由被告負說明義務違反之舉證責任者則有12件，⁷⁵占就說明義務有所爭執者（148件）

正，誰來說明？對誰說明？誰來同意？——兼評醫療相關法規，月旦法學雜誌，162期，頁63-85，2008年11月；侯英洽，醫療機構、外科醫師與麻醉科醫師之說明義務——最高法院九六年臺上字第二四七六號判決簡評，台灣法學雜誌，107期，頁291-297，2008年6月；楊秀儀，論病人自主權——我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討，國立臺灣大學法學論叢，36卷2期，頁229-268，2007年6月；楊秀儀，告知後同意法則之司法實務發展——最高法院九四年度臺上字第二六七六號判決評釋，台灣本土法學雜誌，73期，頁212-214，2005年8月；姜世明，同註2，頁5-29；吳從周，同註64，頁256-267。

⁷⁴ 士林地院97年度醫字第4號判決（原告復未提出證據證明病患○○當時係處於心神喪失或精神耗弱中，則被告醫院依病患○○放之意願將其轉送至淡水院區會診精神科，難認有何違反說明義務之情事）、雲林地院93年度醫字第2號判決（原告主張被告未為不手術治療風險之說明，應就該有利於己之事實，負舉證責任）。

⁷⁵ 臺北地院94年度醫字第4號判決（如被告於術前得到病患即原告之同意，則其侵權行為即得阻卻其違法性）、士林地院94年醫字第18號判決（被告就其已盡告知義務之舉證尚不充分，但無因果關係，故原告敗訴）、士林地院93年度醫字第3號判決（被告復未能舉證證明其曾向病患及家屬進行說明，則

之8.1%；法院未明白表示由原被告負說明義務違反的舉證責任的判決數（共有134件），占就說明義務有所爭執者（148件）之90.5%。

在第二審，原告有主張醫師違背說明義務違反者較第一審比

被告此部分空言抗辯即屬無據，但無因果關係，故原告敗訴）、板橋地院96年度醫字第11號判決（被告劉○○就其已盡說明義務之事實，自難認已盡舉證之責任）、板橋地院93年度醫字第6號判決（被告張○○就其業盡告知說明義務，並未舉證以為證明，自難信為真實）、基隆地院93年度醫字第1號判決（被告是否已履行其告知義務，就得以阻卻違法及是否已履行醫療契約義務之角度而言，此項告知義務之履行乃為對被告有利之事實，應由被告負舉證責任）、臺中地院95年度醫字第5號判決（被告二者在為游○○進行系爭手術前，須盡充分告知義務，取得游○○或其家屬即原告無瑕疵之同意，始得阻卻該項侵入性醫療行為之違法性，則有關此項阻卻違法事由存在之事實，乃有利於被告，依民事訴訟法第277條前段自應由被告負舉證責任）、臺中地院90年度重訴字第334號判決（侵權行為損害賠償事件，關於該當於侵權行為之要件事實之一即過失事實之有無，依據一般舉證責任之原則，係須由被害人負主張及舉證之責，惟在本件醫療糾紛之事件，病患王○○與被告周○○間，就醫療專業之認識，處於極不平等之地位，且核以當前之醫療實務，病患之病歷與其他有關之就診資料，均為醫師及醫院所保有，病患難以知悉，且本件原告係主張被告周○○未盡說明義務，屬消極之事實，苟要求原告應就上開過失事實之存在，負舉證責任，自顯失公平，故而關於上開事實之有無之舉證責任，本院認為有民事訴訟法第277條但書規定之適用，即被告應就被告周○○業已盡說明義務而係因病患王○○拒絕始未進一步作病理切片之確定診斷）、嘉義地院92年度醫字第5號（按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責，民事訴訟法第277條定有明文。又主張積極事實者，就其事實應負舉證責任，主張消極事實者，則不負舉證責任。本件原告既否認被告有依手術時醫療法第46條盡說明告知的義務，依上開說明，即應由被告負舉證責任）、臺南地院94年度醫字第1號判決（而其亦未舉證證明其有告知蔡○○懷孕生產可能發生之風險）、高雄地院97年度醫字第5號判決（醫師應負說明義務之舉證責任，而患者應對如醫師告知如此即不會為此決定的因果關係舉證）、高雄地院96年度醫字第2號判決（醫師依該手術同意書之內容所實施之手術始得以阻卻違法）。

率高，共有93件，占全部第二審判決（299件）之31.1%；其中，法院明白表示由原告負說明義務違反的舉證責任的判決數（共有3件），⁷⁶占爭執說明義務者（93件）之3.2%；法院明白表示由被告負說明義務違反的舉證責任的判決數（共有6件），占6.5%；⁷⁷法院未明白表示由原、被告負說明義務違反的舉證責任的判決數

⁷⁶ 臺灣高等法院89年度重上字第114號判決（關於被上訴人張○無善盡告知說明義務，屬有利於上訴人之事實，依法應由上訴人負舉證責任）、臺中高分院90年度上字第55號判決（依前開說明及舉證責任分配原則，自應由上訴人就被上訴人上開醫療行為有過失乙節，負舉證之責）、臺南高分院95年度醫上字第1號判決（上訴人等雖主張被上訴人未為不手術治療風險之說明云云，惟其並無法提出其他確切之證據足資證明，或供本院調查以實其說，且本諸前述規定，其自應就該有利於己之事實，負舉證責任；而本件雖屬醫療事件訴訟，但被上訴人究竟有無將不進行開刀手術治療所可能發生之不利結果向被害人丁顯親或其家屬說明，究之並不涉及專業之醫學知識，賦予上訴人等舉證責任，並無違反武器平等或誠信原則，自無民事訴訟法第277條但書所稱顯失公平之情事，附此敘明）。

⁷⁷ 臺灣高等法院95年度醫上字第10號判決（本件朱○○依據醫療契約，負有向朱○○報告之告知義務，其既無法證明有不可歸責之事由而未能履行其告知義務，致朱○○之子宮遭次全切除而僅剩子宮頸，自屬對朱○○身體之侵害）、臺灣高等法院95年度醫上字第14號判決（張○○辯稱：伊曾指示急診室人員，告知上訴人得轉院以爭取治療時效云云，尙未舉證以實其說，自難憑其空言，即予採信。是故，被上訴人此部分之告知說明義務，尙有未盡，應堪認定）、臺灣高等法院89年度上字第641號判決（被上訴人主張上訴人違反醫療法第46條第1項有關保護他人的法律，依民法第184條第2項規定應推定上訴人有過失乙節，合於法律規定）、臺中高分院96年度醫上字第5號判決（依舉證責任分配之原則，自應由被上訴人即被告負舉證責任，已提出同意書舉證盡告知）、臺中高分院96年度醫上字第4號判決（如果病患或家屬簽署同意書，自然表示對同意書所列載事項瞭解並同意，才會簽署。本件上訴人既已書立同意書，同意書上亦記載經醫師詳細說明已充分瞭解，自應認被上訴人已盡醫療上揭義務）。高雄高分院95年度醫上字第5號判決（被上訴人陳○○未能舉證證明有於蔡○○89年度6月20日、同年度6月27日回診時，告知其肺部有結節，及等傷口穩定要作後續追蹤病因）。

（共有84件），於爭執說明義務之判決（93件）中占90.3%。

如以第一、二審判決垂直觀察，可以發現主張說明義務判決數，從第一審的22.3%，成長到第二審的32%。由此可知，醫師是否盡說明義務一事漸為當事人所意識而主張，而成為訴訟上爭點之一。尤其是原告於第一審如因不能證明醫療行為有過失而受敗訴判決時，在第二審即試圖轉而主張醫師未盡說明告知義務，成為新攻擊防禦方法予以提出。但法院在面對「醫師違背說明義務」之主張時，並未充分掌握說明義務在構成要件上之定性及地位，有依向來之「積極事實說」認應由醫師就其告知或說明一事負舉證責任，亦有依「有利事實說」認應由病患方就醫師未盡說明義務一事負舉證責任。此外，雖有認醫師應就其已盡告知義務一事負舉證責任，但多僅憑手術同意書之簽署即認病患已為同意，以致於在舉證責任之分配上存在有若干歧異。但更多的是，對於舉證責任之分配未為明白之表示。在我國關於說明義務仍具有學說上爭議而實務上尚未形成統一見解之今日，此恐使得當事人因未明確認知到舉證責任之分配而未能為充分之舉證，有致生突襲性裁判之虞。

(五)證明妨礙法則之適用⁷⁸

證據妨礙法則，謂當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者而言。故關於證明妨礙之方法，約有二種類型，一為當事人積極的證明一般妨礙（民訴法第二八二條之

⁷⁸ 判斷標準：分別以：1.判決為單位，且分開審級；2.以案件（含上下級審）為單位，予以統計，檢視該判決是否引用新民訴法第282條之1、第345條、第367條有關證明妨礙之新增修規定，係以該判決有明白援引該條號為判斷依據。

一)；另一為當事人消極的對調查證據的違反當事人對證據調查的協力義務(民訴法第三四五條、第三五三條、第三五七條之一、第三六七條之一、第三六七條之二)⁷⁹。然而，從醫療民事訴訟實證觀察，無論在第一審判決或第二審判決中，法院判決內明白援引民事訴訟法第二八二條之一證明妨礙法則的判決僅有1件(桃園地院九十五年度醫字第四號，患者勝訴)；援引第三四五條者為5件，分別為：嘉義地院九十二年度醫字第五號、臺灣高等法院臺中高分院九十三年度醫上易字第三號、臺灣高等法院八十九年度上字第四〇四號、臺灣高等法院九十一年度重上字第九十五號、臺灣高等法院九十七年度再字第十號，但其中僅有2則是原告患者獲判勝訴(嘉義地院九十二年度醫字第五號判決、臺灣高等法院八十九年度上字第四〇四號判決)。民訴法第二八二條之一及第三四五條之適用均占地院審級判決總數的0.2%，而民訴法第三四五條適用在高院審級則為1.3%。由此可見，在我國醫療訴訟中，適用民事訴訟法上有關證明妨礙之規定而為本案判決者，並不多見。⁸⁰

⁷⁹ 參陳計男，同註27，頁494-495；王甲等，同註27，頁417；吳明軒，同註56，頁910-911；楊建華著、鄭傑夫增訂，同註27，頁294；邱聯恭著、許士宦整理，同註56，頁232-237；姜世明，舉證責任轉換，載：舉證責任與證明度，頁102-105，2008年10月；黃國昌，證明妨礙法理之再檢討——以美國法之發展為借鏡，載：民事訴訟理論之新開展，頁235-285，2005年10月；許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障(上)(下)，台灣本土法學雜誌，66、67期，頁54-72、18-31，2005年1-2月。

⁸⁰ 此與德國實務之發展與現況，顯然不同。關於德國實務上在醫療訴訟適用證明妨礙法理之說明，參見：沈冠伶，同註2，頁163-216。

(六)表見證明或事實說明自己法則之適用⁸¹

所謂表見證明，乃法院利用一般生活經驗，就一再重複出現之典型事象，由一定客觀存在事實，以推斷某一待證事實之證據提出過程⁸²。藉由表見證明法則運用增加法官自由心證之功能，使法官之心證在經驗法則及一定客觀事實之運用下，能就待證事實進行推斷，從而，對當事人有爭執未明之事實狀態獲得一定判斷⁸³。在醫療訴訟上，為減輕原告之舉證責任，德國實務上發展出「表見證明法則」⁸⁴，英美法上亦有「事實說明自己法則」，但在我國醫療民事訴訟之實務上，少見有採納上開法則之裁判。

在第一審判決中有2件、第二審判決中有1件，採用表見證明或事實說明自己法則，均占各該審級判決數的0.3%。這三則判決，分別為臺北地院八十九年度重訴字第四七二號判決、臺北地院九十五年醫字第五號、臺灣高等法院九十六年度再字第七十

81 分別以：1.判決為單位，且分開審級；2.以案件（含上下級審）為單位，予以統計。以判決內容中是否採用表見證明或事實說明自己法則為準。

82 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（中冊），頁496，2009年10月7版。

83 同前註，頁497。

84 在德國實務上，早在帝國法院時期，於醫療訴訟上即已適用表見證明原則，以減輕原告之舉證困難。於此，在已確定原告受有身體健康上損害，而該損害依一般經驗法則或醫學法則乃「典型地」係某一失敗醫療行為之結果，則推定損害及醫療行為間之因果關係。因此，原告無須再就因果關係予以證明。同樣地，如損害係典型地因失敗醫療行為之可歸責性（過失）而生時，則推定該醫療行為之過失。表見證明，並非舉證責任之轉換，而為一種特殊之事實上推定（我國法上於民訴法第282條有明文規定），被告仍得舉反證以動搖之。此時，仍應由負舉證責任之原告再就因果關係或過失予以證明。參見：沈冠伶，同註1，頁112以下；雷萬來，民事證據法論，頁280，1997年8月；姜世明，表見證明之研究，載：舉證責任與證明度，頁307-399，2008年10月。

六號。前二則裁判係對原告為有利之判斷，但高等法院九十六年度再字第七十六判決則僅表示，在醫療訴訟中有表見證明法理適用之可能性，惟在該案中，並未予以適用而為事實之認定，並駁回原告之請求。⁸⁵至於高雄地院九十三年度醫字第六號判決，患者律師雖有主張「違反表面證據（事實說明自己或事情本身說一切）之證據法則，可知鑑定意見不可」，但法院未予採認。

(七)當事人聲明之證據方法種類

在第一審判決中，證據方法以「證人」事項的判決數（共有110件），占全部第一審判決（657件）之16.7%；證據方法以「鑑定」事項的判決數（共有523件），占全部第一審判決（657件）之79.6%；證據方法以「書證」事項的判決數（共有569件），占全部第一審判決（657件）之86.6%；證據方法以「勘驗」事項的判決數（共有3件），占全部第一審判決（657件）之0.5%；證據方法以「當事人訊問」事項的判決數（共有1件），占全部第一審判決（657件）之0.2%（圖表十一）。

在第二審判決中，證據方法以「證人」事項的判決數（共有50件），占全部第二審判決（299件）之16.7%；證據方法以「鑑

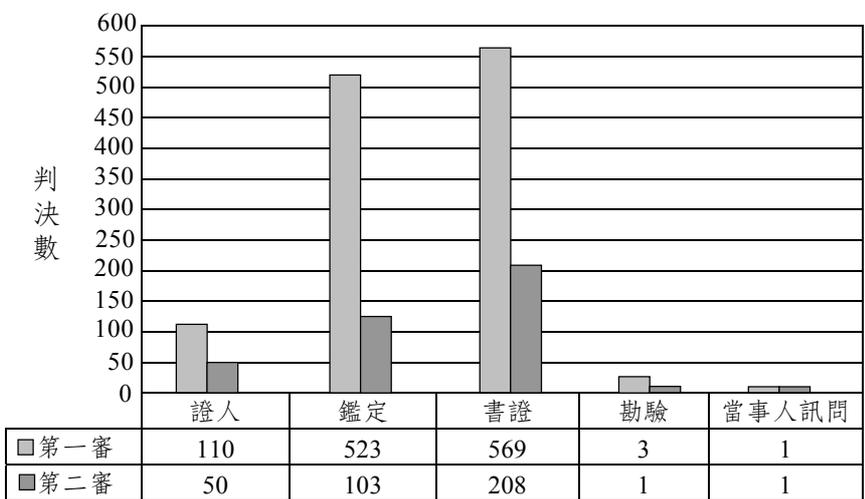
⁸⁵ 其理由謂：就醫療侵權行為構成要件之故意或過失是否存在，不論依醫療法第82條、民事訴訟法第277條本文或一般公認之法理，均認應由主張損害賠償請求權存在者，負舉證責任。即使就醫療糾紛採取構成契約義務不完全履行之責任者，亦因醫療行為之目的係屬提供一定之行為，而非擔保一定結果之完成，因此，判斷醫療給付之提供有無瑕疵，與其有無可歸責事由之認定，實已重合。亦即就醫療行為之不完全給付，仍應由病患方面就醫療給付之提供，具有未達醫療水準之缺失，負舉證責任。至於醫療糾紛中醫病雙方，具有專業知識上之不對等性，於涉訟時病方常處於舉證上之弱勢，固屬事實。惟於訴訟上仍得經由表見證明及其他證明程度減輕法理之運用，以資衡平，並非因此即得主張舉證責任倒置。

定」事項的判決數（共有103件），占全部第二審判決（299件）之34.4%；證據方法以「書證」事項的判決數（共有208件），占全部第二審判決（299件）之69.6%；證據方法以「勘驗」事項及「當事人訊問」事項的判決數（各有1件），占全部第二審判決（299件）之0.3%。

前述證據方法事項，一個審理程序中，可能同時採用數種證據方法，從前述一二審的各證據方法加計百分比超過一百，足以呈現出實務審理程序中，有關所採用證據方法種類是數個以上。

無論第一審或第二審，所採的證據方法以「書證」（病歷）居最多，其次是「鑑定」，再其次是「證人」。由此可見，病歷之記載是否翔實、清晰，對於舉證之結果，應具有重要影響。且鑑定調查亦高達八成以上，因此，鑑定程序是否健全、足以令當事人信服，對於醫療裁判之信服度，亦扮演重要角色。

圖表十一 證據方法



(八)法院依職權調查證據

民事訴訟雖原則上採取辯論主義，但於醫療訴訟中，亦有法院依職權為證據調查，而主要係依職權進行鑑定。全部1,065則判決書中，法院明白引用民訴法第二八八條條文作為依職權調查之依據的判決共4則，分別是最高法院九十六年度臺上字第七五七號、臺灣高等法院九十三年度重上字第二五六號、臺北地院九十三年度再易字第二十四號、花蓮地院八十八年度訴字第二五七號。其中最高法院九十六年度臺上字第七五七號判決及臺灣高等法院九十三年度重上字第二五六號判決為同一醫療糾紛事件，雙方當事人均未聲請鑑定，但最高法院明白表示：「查法院不能依當事人聲明之證據而得心證，為發現事實認為必要時，得依職權調查證據，民事訴訟法第二百八十八條第一項定有明文。鑑定為一種調查證據之方法，若當事人訴訟之原因事實涉及專門知識，而該原因事實之真相影響訴訟結果，法院非藉由專家知識無法依訴訟資料探求或知悉，自得本於職權送請專門機構鑑定解決，無待當事人之聲請，此既為法律明文規定，即無違民事訴訟採當事人進行之原則。上訴人執本件兩造均未聲請鑑定，原審函請行政院醫事鑑定委員會鑑定系爭醫療情形，違反民事訴訟採當事人進行主義云云，容有誤會，附此敘明。」臺北地院九十三年度再易字第二十四號判決亦認為：「再審原告於原審既未聲請向臺北市中醫師公會函詢，則原審為發現真實依職權向再審原告就診之國泰醫院函查，與民事訴訟法第二百八十八條之規定並無違背。」於花蓮地院八十八年度訴字第二五七號判決一案，法院則係基於原告為精神分裂症患者而認原告之智慮無法為完整之訴訟舉證，依最高法院七十一年臺上字第二八〇八號判例之旨：「又民事訴訟法第二百八十八條規定法院不能依當事人聲明之證據而得心證，或因其他情形，認為必要時，得依職權調查證據云者，類因

當事人本身之魯鈍或受外物之牽制，不諳或不敢聲明證據等情形，法院為維持裁判上公平與正義所必要，而後為之。」依職權向被告醫師所屬之玉里榮民醫院查證相關情事。

(九) 鑑定程序

1. 鑑定之進行

於民事訴訟程序中，某事項須以證據證明其為存在或不存在，而使法院得有心證者，該事項即為待證事項。得為待證事項者，除事實外，尚包括經驗法則⁸⁶。有關經驗法則，若涉及專門性之特殊經驗法則，不能期待每一位法官均應知悉，縱令法官基於法官個人之研究或經驗而知悉，仍應以訴訟所呈現之資料為基礎，依此認定事實。申言之，屬專門學識經驗之經驗法則或其適用之判斷，有賴於專家意見之聽取，行鑑定程序。鑑定結果之取捨，雖屬法官自由心證之範疇，但亦應避免發生突襲性裁判。在醫療民事訴訟中，法院常透過送鑑定所取得鑑定意見，來填補審判者對醫療專門性經驗法則經驗欠缺部分。

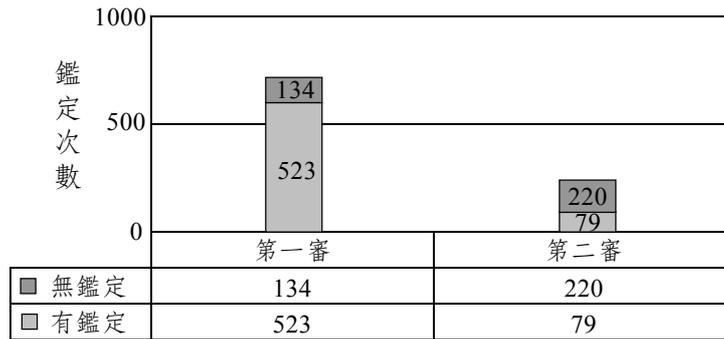
相較於日本在醫療訴訟之鑑定實施率為22.4%，⁸⁷我國法院在醫療訴訟之證據調查更是高度仰賴鑑定。在第一審判決中，經送鑑定而為判決之件數（523件），占全部第一審判決（657件）之79.6%；未經送鑑定之判決數（共有134件），占全部第一審判決之20.4%（圖表十二）。

在第二審判決中，經送鑑定之判決數（103件），占全部第二審判決（299件）之34.4%；未送鑑定之判決數（196件），占全部第二審判決之65.6%。

⁸⁶ 陳計男，同註27，頁471-473。

⁸⁷ 參見：日本最高裁判所，同註18，頁78。

圖表十二 有無鑑定

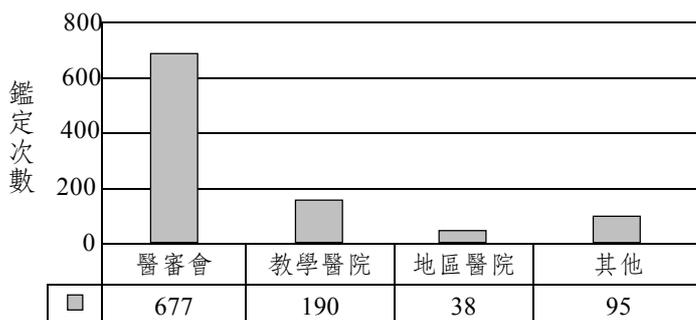


2. 鑑定人之選任⁸⁸

接受法院囑託鑑定之機關，以行政院衛生署之醫審會居首位，占總鑑定次數的67.7%；其次是各教學醫院，占總鑑定次數的19%。少有以醫師個人為鑑定人進行鑑定者（圖表十三）。此與德國及日本多以自然人為鑑定人之情形，大相逕庭。以日本為例，在地方法院設置醫療集中部（即醫療專庭）以後，多選任鑑定醫師三人共同組成鑑定會議進行鑑定，此一方面可提高醫師個人擔任鑑定人之意願，另一方面亦可在法庭上以言詞提出鑑定報告，並接受當事人之詢問，而提高鑑定結果之可信度，並大幅縮短鑑定之時間，而使得醫療訴訟能較為快速地終結。

⁸⁸ 判斷標準：以總鑑定次數為單位，不限於民事法院自行送鑑定的部分（亦即包含刑事法院就該事件曾送鑑定等），以醫審會、教學醫院、地區醫院，及其他為區分。

圖表十三 鑑定機關類別



3. 鑑定事項⁸⁹

在第一審判決中，送請鑑定之事項涉及「通常醫學專業法則」者（共有177件），占全部第一審判決（657件）之26.9%。就該具體個案之事實為鑑定事項觀察，送鑑定事項涉及「過失」者（共有451件），占全部第一審判決（657件）之68.6%；送鑑定事項與「因果關係」有關者（共有180件），占全部第一審判決（657件）之27.4%；送鑑定事項與「安全性欠缺」有關者（共有22件），占全部第一審判決（657件）之3.3%；送鑑定事項與「損害」有關者（共有21件），占全部第一審判決（657件）之3.2%；送鑑定事項列為「其他」者（共有16件），占全部第一審判決（657件）之2.4%（圖表十四）。

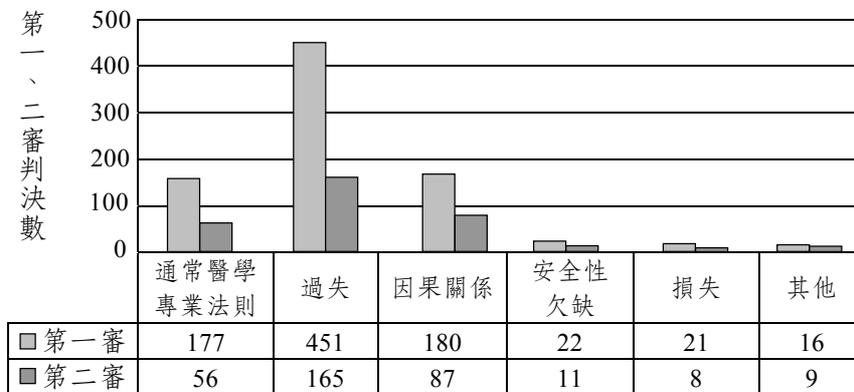
在第二審中，送鑑定事項與「通常醫學專業法則」有關者（共有56件），占全部第二審判決（299件）之18.7%。就該具體個案之事實為鑑定事項觀察，送鑑定事項涉及「過失」者（共有

⁸⁹ 判斷標準：不限於民事法院自行送鑑定的部分（包含刑事訴訟程序中曾為鑑定者），以判決為單位，並分開審級統計。區分為通常醫學專業法則、過失、因果關係、安全性欠缺、損害、其他，並就該個案是否違反之事實鑑定，鑑定結果就該項目表示。若同一判決送多次鑑定，若其中一次鑑定有鑑定特定事項，即計入該項目之欄位。

165件），占全部第二審判決（299件）之55.2%；送鑑定事項涉及「因果關係」者（共有87件），占全部第二審判決（299件）之29.1%；送鑑定事項涉及「安全性欠缺」者（共有11件），占全部第二審判決（299件）之3.7%；送鑑定事項涉及「損害」者（共有8件），占全部第二審判決（299件）之2.7%；送鑑定事項為「其他」者（共有9件），占全部第二審判決（299件）之3%。

法院在送請鑑定時，一次可同時包含數個鑑定事項（即數個鑑定問題），從前述第一審之加計百分比超過一百可知，在第一審中之鑑定事項多是數項，可能同時對過失、因果關係及損害等事項送鑑定。但無論第一、二審，送鑑定之事項均以涉及「過失」有關事實者居最多，可見我國法院在醫療訴訟中關於過失之認定，高度仰賴專業之鑑定。

圖表十四 鑑定事項



4. 法院依鑑定結果為裁判之情形⁹⁰

在第一審中，送鑑定事項涉及「過失」者有530次，其中，法院裁判採認本項鑑定結果者（共有505次）占全部本項鑑定（530次）之95.3%，法院裁判不採認本項鑑定結果者（共有22次）占全部本項鑑定（530次）之4.2%，法院裁判部分採認本項鑑定結果者（共有3次）占全部本項鑑定（530次）之0.6%；送鑑定事項涉及「因果關係」者共有242次，其中，法院裁判採認本項鑑定結果者（共有235次）占全部本項鑑定（242次）之97.1%，法院裁判不採認本項鑑定結果者（共有5件）占全部本項鑑定（242次）之2.1%，法院裁判部分採認本項鑑定結果者（共有2件）占全部本項鑑定（242次）之0.8%。送鑑定事項涉及「安全性欠缺」及「損害」者次數均各20次，法院裁判對該二項鑑定事項結果，均全部採認。送鑑定事項為「其他（鑑定事項不明）」者有18次，法院裁判均採認本項鑑定結果。

在第二審中，送鑑定事項涉及「過失」者有165次，其中，法院裁判採認本項鑑定結果者（共有151件）占全部本項鑑定（165次）之91.5%，法院裁判不採認本項鑑定結果者（共有12次）占全部本項鑑定（165次）之7.3%，法院裁判部分採認本項鑑定結果者（共有2件）占全部本項鑑定（165次）之1.2%；送鑑定事項涉及「因果關係」者共有105次，其中，法院裁判採認本項鑑定

⁹⁰ 判斷標準：區分為：1. 以判決為單位，並分開審級，數次鑑定中只要其中一次有採用即計入該項目「有」之欄位。2. 以鑑定次數為單位，不限於民事法院自行送鑑定的部分。3. 鑑定次數係指，送過幾次鑑定（含刑事、第一審、第二審），例如刑事送過四次鑑定，第一、二審未送鑑定但卻有針對該四次鑑定說明，則還是僅有四次鑑定。第一審送兩次，第二審送一次，則是三次鑑定。因此以鑑定次數為標準統計，就是將一、二審法院意見綜合觀察，有採其一即列入有採。

結果者（共有92次）占全部本項鑑定（105次）之87.6%，法院裁判不採認本項鑑定結果者（共有13次）占全部本項鑑定（105次）之12.4%，法院裁判並無部分採認本項鑑定結果者之情形。送鑑定事項涉及「安全性欠缺」者共有15次，其中，法院裁判採認本項鑑定結果者（共有14次）占全部本項鑑定（15次）之93.3%，法院裁判不採認本項鑑定結果者（共有1件）占全部本項鑑定（15次）之0.7%，法院裁判並無部分採認本項鑑定結果者之情形。送鑑定事項涉及「損害」者共有18次，其中，法院裁判採認本項鑑定結果者（共有16次）占全部本項鑑定（18件）之88.9%，法院裁判不採認本項鑑定結果者（共有2件）占全部本項鑑定（18件）之11.1%，法院裁判並無部分採認本項鑑定結果者之情形。送鑑定事項為「其他（鑑定事項不明）」者共有22次，其中，法院裁判採認本項鑑定結果者（共有20次）占全部本項鑑定（22次）之90.9%，法院裁判不採認本項鑑定結果者（共有2次）占全部本項鑑定（22次）之9.1%，法院裁判並無部分採認本項鑑定結果者之情形。

從上開數據可知，醫療裁判之結果，與鑑定結果具有高度關聯性，不論關於何事項之鑑定，均有高達九成以上之裁判係認採鑑定結果（圖表十五）。尤其是第一審，認採之比例高達95%以上。不過在第二審，認採鑑定之比例則有所降低。於因果關係之鑑定，降低之比例更達10%左右，顯見第二審對於鑑定結果採取更為審慎之態度。不過，第二審法院有無使當事人對法院就證據評價上心證之改變，於裁判前有所認識，而賦予其提出攻擊防禦方法之機會，以避免突襲性裁判之發生，亦值注意，但就此尚難能從裁判之實證分析得知。

圖表十五 醫療民事事件法院裁判送鑑定次數及是否採納鑑定意見統計表⁹¹

法院是否採鑑定意見															
鑑定事項	過失			因果關係			安全性欠缺			損害			其他（鑑定事項不明）		
鑑定次數	695			347			35			38			40		
法院採否	是	否	部分採用	是	否	部分採用	是	否	部分採用	是	否	部分採用	是	否	部分採用
第一審	504	22	3	235	5	2	20	0	0	20	0	0	18	0	0
第二審	152	12	2	92	13	0	14	1	0	16	2	0	20	2	0

⁹¹ 圖表十五：「鑑定次數」部分數值，係依據第一、二審判決書共計956則內，逐筆判讀計算，此數值僅為概估，有時會因法院判決書內未載明係第幾次送鑑定、或其係是採第幾次鑑定意見等因素影響其正確性。且一次送鑑定可能同時鑑定事項是數項，故此處「鑑定次數」與圖表十三「鑑定次數」是指不同事務，圖表十三的「鑑定次數是指送機關鑑定的次數」，而此處圖表十五「鑑定次數是指該項鑑定事項被送鑑定的次數」，例如，一個癌症標靶藥劑治療失敗死亡病例，可能送醫審會、教學醫院二次機關鑑定，分別針對「非基因突變類型癌症患者決定標靶治療方式有無符合醫療臨床指引，是否有過失？」、「該項治療行為是否與患者死亡結果具有關聯性？」、「醫師在患者使用該藥劑後，如是不適症時，是否能從患者臨床何項表徵得知？而此時醫師應為何項處置？如未為該項嗣後處理，會導致患者白血球指數增高而致使患者死亡發生嗎？」，像前述這樣案例，二次機關鑑定中，「過失」鑑定事項數次，「通常醫學法則」鑑定事項數次，「因果關係」鑑定事項數次，「損害」鑑定事項數次。

5. 法院採用鑑定意見有無附理由⁹²

就裁判之理由以觀，在法院採認鑑定結果之情形，採認該鑑定結果有附理由者相較於未附理由情形為少。如以送鑑定次數而言，就該次鑑定結果認採與否有附理由者占37.5%；未附理由者占62.5%；但如就送鑑定之判決總數觀察，法院採認該鑑定結果有附理由者與未附理由者，分別為33.4%及66.6%。其中，第二審較第一審之判決就鑑定意見之採否，附有理由者較多（圖表十六）。

圖表十六 採用鑑定意見有無附理由



⁹² 判斷標準：區分為：1. 以判決為單位，並分開審級，數次鑑定中只要其中一次有附理由即計入該項目「有」之欄位。2. 以鑑定次數為單位，不限於民事法院自行送鑑定的部分。3. 以案件為單位，數判決中只要其中一判決對於鑑定意見有附理由即計入該項目「有」之欄位。4. 「所謂附理由的標準」，係指法院通常直接引用鑑定意見中之內容，並說明該院所採論（如有無過失或因果關係），若僅重複鑑定內容而未註記該鑑定意見何以值得採納，即屬未附理由。若法院就採納或不採納該鑑定意見酌述原因或評斷何以不可信，則屬附理由之情形。圖表十五：「鑑定次數」，依據送鑑定事項次數為計算標準（即依圖表十四），不是依送鑑定機關的鑑定次數計算（圖表十三）；之所以如此採計算標準原因有二，一是因實務上法院採認鑑定意見，通常是擷取數項鑑定事項意見中的一點，如此計算較貼近事實；另一是因為法院判決書內對於哪個單位哪一次鑑定的意見，不知是基於保護鑑定機關避免其受干擾的考量還是其他不得而知因素，常是模糊帶過，如依送機關鑑定次數計算將造成判讀上困難及降低精準度。

6. 第二審法院採原審鑑定意見或自行送鑑定

從第二審之判決（299件）中可見，第二審法院又再自行送鑑定者（共有79件），占全部第二審判決數（299件）之26.4%，明顯較第一審送鑑定之案件為低。第二審法院採用原審之鑑定意見者（共有182件），占全部第二審判決數（299件）之60.8%。由於醫審會之鑑定結果通常需歷時半年以上，因此，在第二審較少行鑑定程序應為第二審程序平均較第一審程序快速之原因之一，由此可見，醫療訴訟程序之進行速度，與鑑定是否實施，具有正相關。

(十)證明度⁹³

法官就某事實主張認為其某程度為真實之判斷稱為心證，而就某事實存否所為判斷過程則稱為心證形成（過程）。又，法官之心證到達何種程度時，在訴訟法上始可認為該事實存在，則屬心證度已否到達證明度之問題。亦即，法官之心證實際上已經到達之程度稱為心證度，此可能因法官之不同而有個人差；而在訴訟法上要認為某事實係真實（存在）從被要求其應該到達之程度（最下限）則稱為證明度，此係不論任何法官均應到達而予以遵守之客觀上標準⁹⁴。

民事訴訟之「原則證明度」（或稱為「通常證明度」）標準

⁹³ 判斷標準：以判決為單位，且分開審級為單位，予以統計。以法院之判決作成之基礎為通常證明度、優勢證明，或其他為區分。就未特別指出者，即歸屬為通常證明度。

⁹⁴ 邱聯恭著、許士宦整理，同註56，頁192；姜世明，證明度之研究，載：舉證責任與證明度，頁117-235，2008年10月。另有關此問題比較法研究，參黃國昌，「證明度」——比較法下之觀點，載：民事訴訟理論之新開展，頁79-121，2005年10月。

為何，在實務上之見解並不一致，有採高度蓋然性說⁹⁵，亦有採優勢證明說⁹⁶。但從最高法院近來採認得以「證明度降低」⁹⁷方

⁹⁵ 實務見解例如：臺灣高等法院90年度上易字第277號判決：「負民事舉證責任之一造僅須就其所主張之事實，舉證證明該事實之存在具有高度蓋然性為已足，毋庸證明至『超越合理之可疑』之程度。」

⁹⁶ 例如：高等法院95年度重上字第347號判決：「……。民事訴訟程序並不相同，負有舉證責任之一造，就主張有利於己之事實所須負擔之舉證責任，以達於足可轉換舉證責任之優勢證據程度為已足，而於他造否認其事實主張者，始改由他造負證明優勢證據瑕疵之責任。而所謂優勢證據，係指證據之證明力，足以使法院對於爭執之事實認定其存在，更勝於不存在，亦即可基於事實之蓋然性，認為符合真實之經驗，而肯定待證事實之存在，而達到蓋然之心證；此時法院即應信該當事人所主張之事實為真，反之則應認該當事人主張之事實為偽。」

⁹⁷ 例如：最高法院99年度臺上字第1264號判決：「按台灣地區祭祀公業，年代咸亙久遠，人物全非，遠年舊物，每難查考，致涉有『證據遙遠』或『舉證困難』之問題。於此情形，當事人自得依民事訴訟法第二百七十七條但書規定，主張以『證明度減低』之方式，減輕其舉證責任。」最高法院98年度臺上字第2096號判決：「按意外傷害保險，對被保險人或受益人而言，因涉有『證據遙遠』或『舉證困難』之問題，固得依民事訴訟法第277條但書規定，主張用『證明度減低』之方式，減輕其舉證責任，並以被保險人或受益人如證明該事故確已發生，且依經驗法則，其發生通常係外來、偶然而不可預見者，應認其已盡舉證之責……」；最高法院97年度臺上字第968號判決：「依營業秘密法規定，僅須因法律行為（如僱傭關係）取得營業秘密而洩漏者，即為侵害營業秘密，不以發生實害結果為必要。惟因鑑於取得侵害營業秘密行為之證據不易，其證明度應可降低，然仍應注意被告對原告所提之證據（以情況證據居多）是否已有提出說明，倘有，並應令其舉證，以平衡兩造間之舉證責任，俾發現真實。」相對於我國，德國聯邦最高法院裁判就原則證明度則多設定在「於實際生活上得適用之明確性程度」（*einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit*），參見：BGHZ 53, 245, 255 f. 至於就原則證明度之降低，則呈現出光譜式的多樣性，從「顯然或充分的蓋然性」、「較高或明顯較高之蓋然性」、「依一般經驗或通常之事物發展可能」到「明顯優越而有確實基礎根據之蓋然性」皆有。另有根據所需認定之事實不同而區別其證明度降低之裁判，亦即，對於既已發生之事

式以減輕舉證人之舉證責任，應可推論得知，關於原則證明度非採取優勢證明說，否則即無降低之可能。

於醫療訴訟之第一審判決中，多數案件均未明示證明度為何，本文將之歸類為採「原則證明度」者（共有646件），此占第一審全部判決數（657件）之98.3%。僅有少數案件降低原則證明度，採優勢證明法則⁹⁸，但亦有裁判否定優勢證明之證明度者，其中有由原告律師主張應採用優勢證明之證明度，而法院明白表示不予採納之案例⁹⁹；亦有法院未明白於判決中論斷而對原告為不利之認定者¹⁰⁰。此外，有由被告律師就因果關係之認定，

實在證明度上要求「高度蓋然性」，而對於假設性事實之認定則僅要求至「較低之蓋然性」即可。此外，亦有根據具體個案中之情況及事實問題之實質重要性以判斷證明度降低之程度。相關裁判之整理，參見：Stickelbrock, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess*, 2002, S. 387-388.

⁹⁸ 在第一審判決中有5則採優勢證明法則：臺北地院95年度醫字第5號、板橋地院91年度重訴字第285號判決、高雄地院94年度醫字第9號、板橋地院90年度訴字第608號、雲林地院96年度醫字第1號判決。除了上述5則判決明白採優勢證明法則，法院降低原則證明度外，尚有4則判決是從第一審判決書內，無法判斷其係採取何種證明度者，該等裁判雖認為應「減輕原告舉證責任」，但並未明白表示如何減輕，是否降低證明度或採優勢證明之方式，故本文將其編列入「其它」項次內。

⁹⁹ 例如士林地院93年度醫字第4號判決：「我國民事訴訟法復未如比較法上採用優勢證據原則，而係於第288條第1項明文規定法官基於發現真實之必要，得依職權調查證據，顯見我國民事訴訟法並非規定法院應純以當事人所提證據之質量優劣而認定何造之主張為可採，而更著重於發現真實以貫徹公平正義；從而，本院基於發現真實之必要，爰依職權函請醫事審議委員會再就本件爭點鑑定而作成0940285號鑑定書。」

¹⁰⁰ 例如：臺灣高等法院93年度重上字第256號判決一案，原告患者律師主張優勢證明之適用，但法院就此並未有所論斷而認為：「故本院將本件醫療過程中兩造所爭執之事項即醫師鄭○○之醫療行為是否有不當或延誤送請醫審會鑑定，然此乃本院依職權所為調查，但就舉證責任之分配而言，主張民法第一百八十四條第一項之侵權行為損害賠償請求權者，以有損害之發生及有責

主張應由原告負舉證責任而提出優勢證據之抗辯者，但法院則更進一步依民訴法第二七七條但書課被告以因果關係之舉證責任（轉換舉證責任），並認為被告未舉證以實其說，難認被告之過失與原告受創成植物人間無相當因果關係一節為真，而對原告為有利之判斷。¹⁰¹

在第二審判決中，採「原則證明度」判決數（共有296件），占第二審全部判決數（299件）之99%，僅有少數法院以「其他（3則）」調整當事人的舉證責任分配，此占第二審全部判決數（299件）之1%。在概念上界定一個所謂被降低之證明度，並固定其程度，於實務之適用上，可能有所困難。因此，關於證明度之降低程度，於不同類型之事件間未必均應一成不變，而宜予以類型化。但更重要的是應避免發生突襲性裁判，並確保當事人對於程序進行之預測可能性，為此，法官應將其所形成之暫時性判斷（例如：關於證明度之見解及心證度是否已達證明度），適時地向當事人予以公開，藉此並可促使當事人整理、協議簡化爭點。法院如擬採優勢證明作為證明度之要求，而當事人間就證明度為何卻未為主張爭執時，應特別注意防止突襲性裁判之發生。¹⁰²

任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件，故上訴人主張損害賠償之債，仍應就上開事項負有舉證證明之責。如上訴人無法盡舉證之責，而被上訴人已舉證證明鄭○○就醫療過程已克盡應遵守之規定並為相當之注意義務，自得主張免責。」仍依第277條第1項由原告負舉證責任，不採優勢證明法則。

臺南高分院97年度醫上字第4號判決一案中，原告律師雖有主張優勢證明法則及德國重大醫療瑕疵原則之適用，但法院未為論斷並認為上訴人（即原告）尚無法證明其前揭主張屬實。

¹⁰¹ 南投地院93年度重訴字第7號判決（車禍急診延誤轉診案）：被告律師提出無優勢證據法則適用仍需鑑定為依據，法院就此未審酌直接依第277條但書轉換舉證責任。

¹⁰² 參見：邱聯恭著、許士宦整理，同註56，頁205。

(四) 損害賠償數額之酌定（民訴法第二二二條第二項之適用）

在二〇〇三年以前，民事訴訟法第二二二條第二項規定在實務上未明顯發生作用，第一、二審判決中均無援引而為賠償數額認定之依據者。但二〇〇三年以後，漸被援引適用而對原告為一部勝訴判決，酌定其損害賠償範圍額度，例如：臺中地院九十年度重訴字第三三四號¹⁰³、士林地院九十六年度醫字第九號¹⁰⁴、臺灣高等法院九十七年度醫上字第五號。¹⁰⁵

¹⁰³ 「本件王○○係因被告周○○於體檢時未正確診斷出胃癌致遲了4個月始發現等情，業如前述，則王○○在體檢當時應已罹患胃癌，已是帶病之身，與一般正常之人有所不同，通常而言，其壽命均較一般正常之人為短，此為眾所周知之事實，故在推算王○○之可能生存期間，自不宜逕以內政部所編之臺閩地區簡易生命表計算之，但目前並無任何文獻提供可推測罹患胃癌之病人可能生存期間之計算公式以供採認，則卻要求原告林○○證明此部分之損害額，即顯有重大困難，故本院依民事訴訟法第222條第2項之規定，參酌前開國內外文獻關於胃癌預後情形之統計，雖有計算2年、3年或5年存活率之別，但多數是以計算5年存活率為統計或研究之基本年數，……。」

¹⁰⁴ 「又按『當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。』復為民事訴訟法第222條所規定。經查上述慈濟醫院之診斷證明書上記載：『需做乳房重建手術費用約10至12萬元』，而鑑定意見就再為重建手術認為：『攣縮放鬆並生理食鹽水袋置換術約新臺幣6萬到8萬元』，兩者所估之費用不同，本院依民事訴訟法第222條規定，審酌上情，認原告此部分請求於10萬元範圍內，較為合理，應予准許，逾此部分者，不應准許。」

¹⁰⁵ 「經本院審酌一切情況，認林○○雖未能就自2002年6月14日起至2003年3月31日止約10個月所支出11,076元之其他居家護理費用舉證以實其說，惟其既已證明因陳○之過失醫療行為而受有支出其他居家護理費用之損失，然因其確切受損之數額尚難以證明，自得依民事訴訟法第222條第2項之規定，認定林○○於自2002年6月14日起至2003年3月31日止約10個月所支出之其他居家護理費用為11,076元（計算式為：1,107.6元×10月＝11,076元）。」參見：沈冠伶，損害額之酌定——以醫療損害賠償事件為例，台灣法學雜誌，179期，頁21-34，2011年7月。

(三)其他證明法則之採用

於全部1,065則判決書中，臺北地院九十五年度醫字第十四號判決參考學說上介紹，援引德國實務及學說上發展之「重大醫療瑕疵原則」，該判決謂：「……(二)在醫療訴訟上，德國的所謂『重大醫療瑕疵原則』可供參考。而所謂『重大醫療瑕疵原則』，係指原告如已主張並證明存在有『重大醫療瑕疵』，而該醫療瑕疵適足以造成損害時，則關於損害賠償責任成立之因果關係，應由被告證明其不存在，而轉換舉證責任。故『重大醫療瑕疵原則』的建立，可說是在考量醫療行為的特殊性下，就舉證責任之分配，企圖平衡醫病間之利益。在因果關係之舉證責任分配上，既不一概由原告負舉證責任，而對其過於嚴苛，亦避免完全不加任何要件即一味要求醫師負舉證責任，而過於加重其負擔，致生防禦性醫學。(三)關於醫療瑕疵或醫療錯誤是否『重大』，係根據一般客觀之醫師觀點，依照通常醫師所受之教育及醫學知識，該醫療瑕疵（包括診斷上錯誤及治療上錯誤）之發生，是不可理解的，而看來應由醫師負責，因為該醫療瑕疵不該發生在醫師身上。且該醫療瑕疵通常適足以造成損害之發生，於此僅需具有造成損害之可能性即足，尚無須如『表見證明』之要件，須達到『典型性』之程度。又『醫療瑕疵』是否重大之判斷，係涉及系爭醫療行為在客觀上是否顯然違背一個明確且有效之醫學認識與經驗，而與醫師個人主觀上之可非難程度無關。由於在評價該醫療瑕疵是否『重大』時，並不考慮實際上從事醫療行為之醫師個人主觀上因素，因此，之所以就因果關係轉換舉證責任，並非對於醫師之制裁，而毋寧是因為該重大醫療瑕疵造成醫療處置行為與健康損害間之因果關係難以釐清，而使得原本負舉證責任之原告陷入舉證困難，因此，應由造成原告在因果關係上舉證困難

之醫師負舉證責任，始符公平。於此，原告雖仍須就醫師之主觀上可歸責性（故意或過失）負舉證責任，但由於醫師如已為必之注意，通常即可避免重大醫療瑕疵，因此，原告如能證明存在有重大醫療瑕疵時，通常就醫師可歸責性之證明，亦無困難。醫療瑕疵是否『重大』，乃屬法律上評價之問題。故涉及醫學專業上之判斷，而須進行鑑定。另護士照護上之瑕疵或照護上之疏失，亦應比照上開醫療瑕疵之準則來處理。」不過，本件判決其實並未為舉證責任之轉換，亦未對原告為有利之認定。援引德國實務上所發展之此項原則，似未發生積極之作用。

肆、結論：歸納與分析

本文就前述參、部分的民事醫療訴訟裁判實證量化現況，作以下的歸納與分析：

一、醫療訴訟案件之發展與特色

(一)醫療訴訟之增加趨勢

如前所述，民事醫療訴訟事件近年來是逐年增加。且在二〇〇四年醫療法第八十二條第二項增訂¹⁰⁶確定醫療責任為過失責任後，對於醫療訴訟亦無明顯之抑制作用。不過，依前述圖表四內容所載，近10年地院審級民事醫療訴訟裁判量占民事訴訟事件裁判量¹⁰⁷平均比率0.29%。如以二〇〇四年之數據相較於日本，日

¹⁰⁶ 醫療法第82條第2項增訂後，實務界大多見解，傾向於醫療行為無消保法服務責任之適用，尤其是最高法院的看法。本文認為這種實務見解，醫療界或認為可能具有發揮抑制醫療訴訟成長之功能，但從實證結果以觀，似乎不然。

¹⁰⁷ 圖表四內的臺灣地方法院一般民事訴訟案件量，依司法院網站司法統計資料

本之醫療訴訟事件約為全部民事訴訟事件之0.7%¹⁰⁸；臺灣則為0.04%，顯然較低。如相較於德國則更少，根據德國責任保險業者之估計，1年保守估計有近4萬件醫療紛爭事件（德國總人口數約8,250萬），其中約有8%即3,200件提起訴訟¹⁰⁹；而根據德國統計部之官方資料，二〇〇八年德國邦地方法院第一審終結之案件有7,375件係醫師責任訴訟，占總終結件數363,132件之2%¹¹⁰，更

所示，民事訴訟事件案件量與強執案件及非訟案件量是分欄個別計算。故此處數字不包括非訟及強執案件量。

¹⁰⁸ 日本民事訴訟事件總數為106,553件，醫療損害賠償事件為719件，參見：日本最高裁判所，同註18，頁23、69。

¹⁰⁹ 德國司法部未為正式統計，此數據係根據醫療責任保險業者之統計，參見：Bergmann, aaO. (Fn. 37), C2; Weidinger, Aus der Praxis der Haftpflichtversicherung für Ärzte und Krankenhäuser-Statistik, neue Risiken und Qualitätsmanagement, MedR 2006, S. 571. 但根據德國明鏡雜誌報導，醫療紛爭事件之實際數字為黑數，估計數字有4萬件至17萬件之差距，參見：<http://www.spiegel.de/gesundheit/diagnose/aerztepfusch-mehr-patienten-durch-aerztefehler-2011-zu-schaden-gekommen-a-839690.html>（最後瀏覽日：2012年7月15日）。而根據德國醫師公會於2011年的統計資料，每年約有四分之一的醫療糾紛案件係透過醫師公會的調解中心予以解決，且逐年增加，2011年約有11,107件，參見：http://baek.de/downloads/Bundeseinheitliche_Statistik_2011_gesch.pdf（最後瀏覽日：2012年7月15日）。有鑑於醫療紛爭事件逐年增加，為能平衡保障醫師與病患之利益，德國聯邦政府在2012年5月25日向聯邦參議院提出「病患權利改善法草案」（Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten）。就有關醫療契約之權利義務、說明義務、病例製作義務、程序上舉證責任等問題予以明文規定，參見：Bundesrat, Drucksache 312/12, 2012, S. 1-46。

¹¹⁰ Bundesamt, Rechtspflege Zivilgericht, 2009, S. 42, 46. 另有關歐盟研究團體針對醫療民事訴訟案件趨增，所提出歐洲醫療契約法草案內容（Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law IV · Part C-Ch.8; 簡稱DCFR IV · Part C-Ch.8）與現行英德醫療民事責任間問題之整合，參莊錦秀，整合中歐洲醫療契約法，臺北大學法學論叢，80期，頁8-9，2011年12月。

遑論與美國相較。換句話說，我國近年來醫療訴訟事件雖有增加，但仍為全部訴訟事件之少數，且可能亦僅為醫療糾紛中之少數。此是否是因為我們的司法審判體系對於病患或其家屬而言，並不是一個便於其主張權利之程序，以致於其望之卻步，仍值省思。

再者，除民事訴訟外，其他裁判外紛爭處理制度是否亦足以發揮解決紛爭之機能，值得併予省思。¹¹¹ 裁判外紛爭處理途徑，例如：調解、仲裁，在我國雖不斷被提及，但就醫療紛爭之處理，目前似乎仍未見成效，以致於受害之病患或其家屬、醫師甚至法官常身陷紛爭之泥沼中，難以脫身。蓋於實證資料中亦可發現有同一原告就同一或相關之醫療事故分別先後不斷起訴之情形，例如：高雄長庚阿茲海默症患者高女士利尿劑使用失當醫療事件¹¹²、婦幼醫院子宮切除麻醉過程不當致生植物人案¹¹³、博全

¹¹¹ 根據吳俊穎醫師所發表之實證研究顯示，撤回或放棄醫療紛爭處理解決者，高達42%，遠高於和解或調處34.9%及司法訴訟23.1%，參見：吳俊穎等，同註7，頁1以下。另有文獻對國內醫療民事訴訟實證現象，提出從傳統民事責任體系調整為解決問題選項思考，詳參莊錦秀，醫療民事責任體系再建構——以契約責任法理為中心，臺灣大學法律學研究所博士論文，2011年7月。

¹¹² 本案患者之子於患者過世後，先後對長庚醫院、醫師王○○、劉○○提起損害賠償請求，進而又對承審法官等提起訴訟，其涉訟經過略如下：1. 原告甲以長庚醫院、醫師王○○、劉○○間使用利尿劑致患者（原告之母）生損害賠償事件提出訴訟（高雄地院90年度訴字第2091號、高雄高分院92年度上字第15號判決、最高法院93年度臺上字第2612號裁定），歷經三審敗訴確定。2. 原告甲又以患者係肝膽問題入院，醫院卻安排以感染科醫師負責治療有過失云云，請求應對原告給付慰撫金之訴訟（高雄地院91年度訴字第469號判決、高雄高分院92年度上字第166號判決）。3. 原告甲又以患者有阿茲海默症，應分歸神經科主治處理，卻以感染科醫師治療，顯有過失，侵害其母之人格權，而受有損害云云，提出損害賠償訴訟（高雄地院90年度訴字第1948號判決）。4. 原告甲將承辦高雄地院91年度訴字第469號判決審理上訴人之母即訴外人高女士與財團法人長庚紀念醫院、醫師王○○、劉○○間損害賠

婦產科診所子宮次全切除術案¹¹⁴。

相較於我國，在德國關於醫療紛爭之法院裁判外處理途徑最重要者係自一九七五年起在各地醫師公會所設置之鑑定委員會及調解會（*Gutachterkommission und Schlichtungsstelle*），全德國共有12個。其所處理的醫療糾紛約有四分之一到三分之一經認定有醫療過失，而多在1年內終結事件之處理。對於該會之處理結果，約有九成左右之當事人會予以信服並接受；其次則為透過健康保險局之協助予以處理或由私人鑑定機構進行評估而提出解決

債事件之承審法官列為被告，其主張之事實及理由略為：未將該案件送請專責機關進行鑑定，擅自引用本事件另案即本院90年度訴字第2091號判決損害賠償事件審理中送請行政院衛生署醫事審議委員會鑑定之編號第910078號鑑定書（下稱系爭鑑定書），遽以作為審理上開案件之認定依據，進而判決上訴人敗訴，指摘法官濫用審判獨立，不法逾權引用證據，依民法第186條起訴云云，經高雄地院94年度雄簡字第4597號判決、高雄地院96年度簡上字第166號判決拒絕賠償。

¹¹³ 本案原業經臺北地院89年度重訴字第165號判決、臺灣高等法院92年度重上字第111號判決、最高法院94年度臺上字第2128號判決廢棄發回、臺灣高等法院94年度醫上更(一)字第3號判決、最高法院96年度臺上字第1726號裁定駁回上訴確定後，原告雖獲得一部勝訴之判決，但因患者受侵害之損害逐漸擴大，對後續所生損害又另訴請求，經臺北地院97年度醫字第16號判決認為侵權請求權已因時效罹於消滅而駁回起訴；第二審臺灣高等法院98年度醫上字第15號判決則認為，就侵權請求權時效而言，由於前案係一部請求，仍有另訴請求餘額之權利，惟餘額請求時效業已消滅。就契約請求權追加部分而言，由於原告在第一審未主張，第二審主張應得被告同意，被告不同意且影響被告重大，不應允許追加，亦駁回該案上訴。可預期的是，本事件後續發展，應會再以契約請求權另訴請求。

¹¹⁴ 臺北地院91年度訴字第4606號判決、臺灣高等法院94年度醫上字第1號判決、最高法院96年度臺上字第323號判決審理中，患者又另提起與該案關係人婦幼醫院醫師不當說明導致患者誤以博全婦產科子宮全切除而對其興訟所滋生之敗訴相關不利益索賠（臺北地院93年度醫字第30號判決）等。

建議。¹¹⁵如依保險業者之統計，在向責任保險人為損害事故通知之醫療紛爭中，約有47%之案件主張醫師責任係有理由，53%為無理由；而經由醫師公會之鑑定委員會及調解會所處理之醫療紛爭占34%，總計以裁判外紛爭處理方式解決醫療紛爭者，達到92%，僅有8%提起民事訴訟。¹¹⁶但在我國，則有約23%的醫療紛爭係使用訴訟方式予以解決，¹¹⁷似仍有充實裁判外紛爭處理制度之必要性，以供當事人有更多程序選擇之機會。

(二)醫療訴訟事件集中在大都會區而涉訟醫療行為類型愈趨廣泛

以地院判決量為例，判決量前三位是臺北地院判決數167件、高雄地院判決數94件及臺中地院判決數80件¹¹⁸。前述三個大都市判決總量共341件，已經超過地方法院判決總數657件之半數以上（51.9%）。若進一步就判決內容觀察，兩造所主張法律關係之複雜度，也呈現出臺北地院之判決中當事人主張法律關係複雜度最高、其次是臺中地院、再其次高雄地院。之所以會呈現上述現象，或與臺北地院轄區的當事人教育水平較高、執業律師具有醫學及法學雙背景者較多、醫療人員醫療水準較高勇於嘗試新式高風險治療方式，但醫療機構管理配套卻欠缺或較消極、重症患者過於集中大都會教學醫院就醫等因素有關。

如前所述，較易發生醫療訴訟之科別，前三位分別依序係內科、外科及婦產科。其原因在於，從醫療臨床觀察，相較於其它

¹¹⁵ 參見：Terbille, Münchener Anwalts Handbuch Medizinrecht, 2009, § 1 Rn. 61 ff.

¹¹⁶ 參見：Weidinger, aaO. (Fn. 109), S. 572.

¹¹⁷ 參見：吳俊穎等，同註7，頁1以下。

¹¹⁸ 有關各地院判決數詳細分析圖表，受刊載篇幅侷限，本文特予刪除，請參見本文第一作者之國科會研究計畫成果報告。

科別，內科、外科及婦產科共同特色是醫療科技高風險性¹¹⁹、醫療結果不可預測性高及對臨床檢查行為或檢查報告依存性高，發生病程進展過快、逸脫醫師的臆診所致，故較容易造成醫療訴訟。如從歷經三審之案件垂直式觀察，歷經三審而發回更審之案件，其所涉科別分別依序為外科、婦產科、內科，顯見其所具之爭議性亦較大而多有判斷上困難。

此外，依本文前述圖表一對於「醫療行為」所為之定義，就司法實證來看，紛爭之態樣也逐漸呈現多樣化趨勢，舉凡美容、雷射脈衝光手術、植牙、藥品服用衛教、臨床檢查行為、植物人照護行為等均納入醫療專庭審理之案件，而非僅侷限於傳統醫師診療、治療行為。因此，將醫療服務行為一概均排除在消保法服務責任適用範圍，將來仍不免仍會再度面臨挑戰與爭議。例如，在二〇〇七年消保會公布護理之家定型化契約範本內容而醫療機構附設護理之家數目亦從二〇〇三年至二〇〇九年增加69.7%¹²⁰，在外觀是同一建築物（某醫院），醫院內部不同樓層，由同樣醫療人員用同樣儀器、提供相類之醫療行為服務，如何判斷有無消保法之適用，勢必將增加其困難度及爭議性¹²¹。

¹¹⁹ 例如臺中榮總心肌梗塞病患採「心導管檢查及冠狀動脈氣球擴張檢查治療」致死案（臺中地院89年度訴字第223號判決、臺中高分院90年度上字第55號判決），病患心導管術檢後20分鐘引發心肌梗塞發作，1小時後死亡。對心肌梗塞患者，臨床上須進行心導管檢查確認阻塞部分後，再進行評估心臟血管支架置放的情形。在進行心導管檢查時，會引起心肌梗塞發生機率或阻塞進而發生病患生命危險，本案即是典型案例。

¹²⁰ 資料來源：行政院衛生署，醫療設施、醫事人力現況及醫療服務，2009年。

¹²¹ 有關醫療行為是否適用消保法之文獻，參見：林誠二，醫療行為與消保法之適用，台灣法學雜誌，140期，頁81-88，2009年11月；吳俊穎，同註73，頁87-111；簡資修，醫師的賠償責任與說明義務——經濟分析與其法院實踐，月旦民商法雜誌，22期，頁38-52，2008年12月；月旦法學教室編輯部，醫

(三)當事人之請求以侵權責任為主

如前所示，在第一審判決中，原告較多僅主張侵權責任（約占51.1%），而僅有少數是單主張契約責任者（約占2.6%），其餘則是同時主張侵權責任及契約責任（約占46.3%）。但於第二審事件中，同時主張侵權責任及契約責任，則超過半數以上（約占58.5%）（圖表六）。若進一步觀察，原告同時主張契約責任與侵權責任者，起訴時點逾九成是在二〇〇〇年五月以後，其原因一方面在於我國民法第二二七之一增訂得依契約責任請求慰撫金；另一方面則在於民訴法第一九九條之一第一項增訂有關數項法律關係之闡明，而有助於促使當事人利用一道程序一次解決紛爭。

基於各審級水平式觀察，依當事人在各審級訴之聲明金額（圖表五）及法院各審級裁判一部勝訴金額（圖表八）所示，聲明金額第一審主張最多集中在100萬元至150萬元、第二審則是集

療行為是否有消費者保護法之適用，月旦法學教室，64期，頁102-106，2008年2月；陳聰富，侵權歸責原則與損害賠償，頁205-253，2008年6月；詹森林，公立醫院之醫療行為與消保法之服務無過失責任——公、私立醫院之差別待遇？——最高法院九三年臺上字第一四八六號判決之商榷，台灣本土法學雜誌，70期，頁223-226，2005年5月；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，頁107-260，2005年11月；林欣柔、楊秀儀，告別馬偕肩難產事件？——新醫療法第八十二條第二項評析，月旦法學雜誌，112期，頁24-34，2004年9月；黃立，消費者保護法：第二講——我國消費者保護法的商品與服務責任(二)，月旦法學教室，10期，頁75-88，2003年6月；侯英冷，論消保法上醫師之安全說明義務——臺灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋，台灣本土法學雜誌，37期，頁63-77，2002年8月；陳忠五，醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決評釋，台灣本土法學雜誌，7期，頁36-61，2000年2月。

中在150萬元至200萬元¹²²；但勝訴金額第一審大致分布在50萬元至100萬元及100萬元至150萬元、第二審則是集中在150萬元至200萬元。由此可見，醫療訴訟民事損害賠償判賠金額，與其他民事損害賠償事件並無太大差異，而大部分之原告也未如媒體報導或醫療團體所指稱，有索賠過高的現象。

四、醫師說明義務之爭議愈趨增加

於醫療民事訴訟中，就醫師說明義務有無履行成為當事人間之爭點者，占第一審判決約22.3%，占第二審判決約32%。此類案件在二〇〇〇年以後醫療訴訟中漸成風氣，至二〇〇五年則大量產生。¹²³形成這種實證現象原因與實體法中新訂告知義務之相關規定有關，例如：一九九九年十二月優生保健法第十一條課予醫師產檢時發現胎兒有優生疑慮時對孕婦或配偶有告知義務、二〇〇〇年六月公布安寧緩和醫療條例第八條醫師為末期病患，實施安寧緩和醫療時對病患或家屬的告知義務、二〇〇二年一月增訂

¹²² 有關第二審上訴聲明金額詳細分析圖表，受刊載篇幅侷限，本文特予刪除，請參見本文第一作者之國科會研究計畫成果報告。

¹²³ 我國實務上首例最高法院醫師說明義務相關民事判決是81年度臺上字第2967號判決（惟最高法院只就原審法院對醫師是否有盡醫療法第46、58條（現行醫療法第64、65條）說明義務，而應負侵權責任或債務不履行，事實尚欠明瞭，發回原審），而最高法院首例認為醫師違反說明義務是最高法院86年度臺上字第56號民事判決，未經病患同意為之進行人工流產手術，係違反醫療法第46條說明義務，適用民法第184條第2項違反保護他人法律，醫師應負損害賠償責任。針對醫療法46條（現行醫療法第64、65條）的醫師說明義務，作進一步解釋的民事判決，是馬偕肩難產案臺灣高等法院87年度上字151號判決，該號判決指出：「……醫療法第46條所謂醫師說明義務，非僅形式上簽署手術同意書為已足，更應有充分告知說明，使病患瞭解所有對其作成決定有重大影響之資訊，有權決定是否接受特定的醫療行為，違反者即構成說明義務之違反。……」。

醫師法第十二條之一課予醫師告知及告知範圍義務，及二〇〇四年四月醫療法大幅度修動，將原第四十六、四十七、五十七及五十八條修正為現行醫療法第六十四、六十五、七十九及八十一條，課予醫療機構對病患針對病情告知、手術告知、侵入性檢查或治療告知、人體試驗之告知、病理檢查報告結果之告知。不過，上開法律雖明訂告知或說明義務，但其界線、範圍則仍有待予以解釋始能具體明確。最高法院九十六年度臺上字第九九九號民事判決認為，醫師為醫療行為時，應詳細對病人本人或其親屬盡「相當」之說明義務，經病人或其家屬同意後為之，以保障病人身體自主權；而最高法院九十六年度臺上字第二四七六號民事判決則認為，醫師說明義務固然法有明文，然就具體範圍並未規範，是否認定範圍上宜漫無限制似有疑義，應以「患者主訴」作為醫師說明義務範圍¹²⁴。在民事法院對於說明義務尚未形成較為

¹²⁴ 最高法院96年度臺上字第2476號民事判決：「……按對人體施行手術所為侵入性之醫療行為，本具一定程度之危險性，醫療法第四十六條（現行法為第六十三條）第一項前段規定，醫院實施手術時，醫師應於病人或其配偶、親屬或關係人，簽具手術同意書及麻醉同意書前，向其說明手術原因，手術成功率或可能發生之併發症及危險，旨在經由危險之說明，使患者得以知悉侵入性醫療行為之危險性而自由決定是否接受，以減少醫療糾紛。惟法條就醫師之危險說明義務，並未具體化其內容，能否漫無邊際或毫無限制的要求醫師負一切（含與施行手術無直接關聯）之危險說明義務？已非無疑；再就醫師法第十二條第二項第三款及醫療法施行細則第四十八條（現行法第五十二條）第一項第二款所定病歷或病歷摘要應載明患者之『主訴』一項觀察，可認患者『主訴』病情，構成醫師為正確醫療行為之一環，唯有在患者充分『主訴』病情之情況下，始能合理期待醫師為危險之說明，足認患者『主訴』之病情，影響醫師對危險說明義務之範圍。……，原審既未調查審認蔣○彥有無上述職業上之病史，則能否僅以甲○○於初診蔣○彥時知其因公受前述手指之傷，遽謂甲○○於系爭整建手術外一切蔣○彥所未『主訴』之病情均有說明之義務？即值推敲。」

一致之見解以前，由於行為義務之不明確，當事人間關於說明義務之訟爭將仍可能持續增加。¹²⁵

二、醫療民事訴訟之證據法適用

(一)二〇〇〇年新民事訴訟法之影響

有關強化法院之闡明義務（民事訴訟法第一九九、一九九條之一、二九六條之一）、當事人之事案解明協力義務（民訴法第二六六至二六八條）、舉證責任調整（民訴法第二七七條但書）、證明妨礙制度之一般規定（民訴法第二八二條之一）、損害額之酌定（民訴法第二二二條第二項）、法院依職權調查證據（民訴法第二八八條）、課持有文書之當事人或第三人負有文書提出義務（民訴法第三四四條第三項、三四五條）、勘驗協助義務（民訴法第三六七條）、鑑定制度之健全化（民訴法第三三〇、三三四、三三七條）、證據保全制度（民訴法第三六八條以下）等新增修民事訴訟法規定，在本文所檢閱之1,065個判決中，僅有民事訴訟法第二九六條之一、三六七、三三〇、三三四、三

¹²⁵ 德國政府在2012年5月間向聯邦參議院所提出之草案（德國民法第630條之5）參考德國司法實務上已建立之標準而對說明義務有所規定，值得參考。依該條規定，醫療處置者負有向病患說明所有與同意有關之重要資訊。此通常包含特別是就診斷或治療所採取醫療處置之方式、範圍、執行、可能之結果與危險，及其必要性、急迫性、適合性與預期結果。如有多數醫療上相同適應且通常之方法可能產生重大不同之負擔、危險或治癒機會，亦應於說明時一併闡明其他替代性之處置（第一項）。說明必須是1.由醫療處置者或將執行醫療處置之重要適格人員以言詞為之；補充說明得以書面文字為之；2.及時為之而使病患就其同意之決定得為充分考慮；3.對於病患可予以理解者。應向病患交付與說明或同意有關所簽署之文件（第二項）。如有基於特別情況，特別是醫療處置不可拖延或病患曾明白放棄說明時，則不需向病患說明（第三項）。

三七條未被明白引用，其餘新增修法條，則或多或少為實務所援用，顯見新民事訴訟法在證據法方面之改革對於醫療訴訟之進行確有一定之影響，尤其是關於舉證責任之分配，於民訴法第二七七條但書增訂後，在實務上已不再是一概由原告就過失或因果關係負舉證責任。

(二)醫療訴訟之舉證責任分配應向當事人闡明並有待於建立類型

民訴法第二七七條但書制定後逐漸被使用，法官意識到依本條規定調整舉證責任之可能性。於全部判決中，認為應由被告就過失或因果關係負舉證責任之第一審裁判，分別占全部第一審判決之5%及2.9%，其中較多數係就二者均轉換舉證責任，但亦有僅就其中之一轉換者。由於本條但書規範制度目的，係於「顯失公平」時，以調整當事人間舉證上不衡平之處，因此，應分別判斷過失或因果關係之舉證責任由何人負擔為適當，有可能均有調整轉換之必要，亦有可能僅就其中之一為轉換調整。再者，由於「顯失公平」為一不確定之法律概念，因此，就醫療訴訟事件之舉證責任調整亦應予以類型化，但迄今實務裁判仍多援引立法理由而一語帶過，判決理由中亦乏進一步之說理論述，以致於尚難為類型之區分。僅有最高法院九十八年度臺上字第二七六號判決較為明確地指明，因病歷紀錄欠缺所生之舉證困難，係該當於「顯失公平」之情形。

為能使當事人對於舉證責任之分配具有可預測性，法院應盡早在爭點整理階段時即向當事人為闡明，尤其是法院認有舉證責任轉換之必要時，更應於程序之前階段或於爭點整理時明確地為此項法律上見解之表明，而非於判決時就事實之認定陷入真偽不明之結果時，逕將不利益之結果課以某一造當事人負擔。換言之，如法官在訴訟之早期階段即能就此予以闡明，而非至裁判時

始為舉證責任之結果不利分配，將對整個訴訟之進行、雙方當事人之攻防、突襲性裁判之避免乃至於對裁判之信服及上訴率之降低，均可能有較大助益。但實務上關於舉證責任分配之闡明，似仍未充分意識、踐行，而將之僅視為係結果不利益之分配。¹²⁶

不過，第一、二審法院對有無過失及因果關係之舉證責任分配，均以未明白表示者居多，且第二審未明示舉證責任分配者又高於第一審。其中，就因果關係之舉證責任應由當事人何造負擔之不明確，又高於過失之舉證責任（圖表十）。其實，觀察民事醫療判決可以發現，法院少有以真偽不明為理由而基於舉證責任分配為裁判，多仍以確定之事實作為裁判依據，此則高度仰賴鑑定之結果。換言之，就過失而言，在68.6%之第一審判決、55.2%之第二審判決中，法院係透過鑑定之結果而為認定（圖表十四及十五所示），且第一、二審法院就「過失」之鑑定意見採用度高達95%以上（圖表十五），如以案件數統計觀察，則高達97%。因此，對於醫療訴訟之改革，與其繼續停留於爭論舉證責任之分配，更重要的毋寧是對於鑑定程序之改革及強化醫療專庭與醫療專家間之協力，此一方面將有助於提升裁判之品質，另一方面亦有助於加速審判之進行。

在面對「醫師違背說明義務」之主張時，法院就說明義務在構成要件上之定性及地位，仍然存在有分歧見解，此亦未因原告主張侵權或契約責任而有所不同。有依向來之「積極事實說」認應由醫師就其告知或說明一事負舉證責任，亦有依「有利事實說」認應由病患方就醫師未盡說明義務一事負舉證責任。但更多的是，對於舉證責任之分配未為明白之表示。此外，雖有法院認

¹²⁶ 參見：士林地院94年度醫字第8號判決、同院94年度醫字第10號判決、基隆地方法院92年度醫簡上字第1號判決等。

為應由醫師就其已盡告知義務一事負舉證責任，但卻多僅憑手術同意書之簽署即認病患已為同意，此種證據評價是否有違經驗法則，於裁判前是否有使當事人認識到法官此種證據評價之機會，並非無疑。在我國關於說明義務仍具有學說上爭議而實務上尚未形成統一見解之今日，法院於裁判前適當地公開法律上見解、表明證據評價上之心證，更有其必要，以避免當事人因未明確認知到舉證責任之分配而未為充分之舉證，有致生突襲性裁判之虞。

（三）醫療民事舉證責任調整之方式具有多樣性

在醫療民事訴訟上調整舉證責任之方式具有多樣性，除上述之轉換舉證責任外，尤其是下級審裁判中，可見有若干裁判在證明度上採用優勢證明、依證明妨礙法理為裁判，或由依法院職權調查證據，甚至是援用學說上所介紹之德國法上表見證明原則、重大醫療瑕疵原則或美國法上之事實說明自己原則，呈現出民事法院企圖嘗試突破之用心，以平衡兼顧醫、病雙方之權利。不過，實務在採用上開原則時，似乎在要件構成上，仍有模糊不清之處，亦有裁判以「減輕或調整原告之舉證責任」方式，然而此語之內涵為何？是否是減輕原告在事實提出之主張責任，或適用表見證明法則，抑或是降低證明度，甚至是轉換舉證責任，並不明確。而判決理由中亦多僅以「顯失公平」一語帶過作為舉證責任調整之理由，未具體表明何以有顯失公平，以致於未能建立具體標準，此均可能增加訴訟程序及裁判之不可預測性，尤其是法院如未於訴訟中闡明或適度地公開有關舉證責任分配或證明度之法律上見解，或就事實認定為暫時性心證之公開，則可能對於當事人造成突襲性裁判。換言之，我國法院於民事醫療訴訟上之證

明法則仍有待建立¹²⁷。

此外，針對現代型民事紛爭，例如：公害、醫療、環境等案件，損害範圍究應如何界定，當事人能否一一證明其金額，如必證明具體金額，是否將致訴訟之拖延或難以證明之困境，亦有可能的情形是，於言詞辯論終結時，損害仍繼續潛在擴大中（例如婦幼子宮切除致生植物人案），如何能使紛爭利用一道程序一次解決，避免一部請求之後續訴訟再開，亦為重要之事。在醫療訴訟中，當事人得善用民訴法第二四四條第四項為賠償最低金額之表明，而法院亦得審酌個案具體情形，援引民訴法第二二二條第二項為判定賠償範圍依據，但就此等規定於醫療訴訟之適用可能

¹²⁷ 有關德國法院在民事醫療訴訟實務上經長期發展所建立之法則，參見：沈冠伶，同註1，頁91-125。德國聯邦政府在2012年5月間向聯邦參議院所提出之「病患權利改善法」中對於涉及處置瑕疵及說明瑕疵之證明問題亦參考德國實務見解而有所規定，重點如下：(1)採取德國實務上所建立之「可完全控制危險原則」而規定，醫療處置之一般性危險如對於醫療處置者而言係完全可控制者，而造成病患之生命、身體、健康損害時，推定有醫療處置瑕疵。(2)關於說明義務履行之證明規定，醫療處置者應證明，其已依德國民法第630條之4取得病患之同意，並依同法第630條之5要求為說明。如說明未符合第630條之5所定要求，醫療處置者得主張，若為符合規定之說明，病患亦會同意該處置。(3)關於病歷記載與證明妨礙之問題規定，醫療處置者就醫療上所要求重要之處置及其結果未依德國民法第630條之6第1項、第2項規定記載於病歷，或未依同條第3項規定予以保存者，推定其未採取該項醫療處置。(4)醫療處置者就其所進行之醫療處置未具適格者，推定其所欠缺之能力對於病患之生命、身體、健康損害具有原因性。(5)採取實務上之重大醫療瑕疵原則，亦即，如有重大醫療瑕疵而此原則上適足以造成病患實際上所生之生命、身體或健康損害時，推定醫療瑕疵就損害之發生具有原因性。此亦適用於當醫療處置者不採取在醫療上所要求之及時診斷及確保，而該診斷結果很有可能促成進一步之醫療處置，且不為該項醫療處置係具有重大瑕疵者。關於此部立法草案之進一步評析，將另行為文。

性，實務上似尚未正視之。¹²⁸

四、鑑定程序必須重新建構以保障當事人之聽審請求權並促進訴訟

從上述實證結果可知，我國醫療訴訟之鑑定實施率高達八成以上，亦有法院依職權命為鑑定者，而法院認採鑑定意見結果之比例更高達九成以上，鑑定制度在我國醫療訴訟之重要性，已毋庸置疑。然而，我國之鑑定程序能否滿足正當程序之要求，仍不無疑問。

在德國，為使鑑定人能負其責任，並使當事人能對鑑定人發問，以個人鑑定為原則。¹²⁹委員會形式之鑑定，僅適用於少數例外，例如：涉及某一重大困難問題必須由多數不同領域科別的專家共同回答之情形。¹³⁰鑑定人如因故意或重大過失而為錯誤不實之鑑定，造成當事人損害，更負有民事侵權損害賠償責任（德國民法第八三九條之一）。

在日本，醫療訴訟改革重點之一即為鑑定制度，一方面建立鑑定人名單推薦制度以確保鑑定人之順利選定，主要方式是由法院先備置有醫療鑑定專家名冊，以便於在具體個案訴訟中，能迅速地選任專家三人組成鑑定小組進行醫療鑑定，該等專家將在法庭上與當事人進行對話，而以鑑定人身分接受詢問並答覆；另一方面則設置醫療專庭且加強其與教學醫院之聯繫，並設有專門委

¹²⁸ 參見：沈冠伶，同註105，頁21-34。

¹²⁹ 在德國一般將醫療訴訟鑑定人分成下列群組，視案情需要而予以選任：1. 大型醫院或大學醫院之院長或主任級醫師；2. 地區性醫院之主任級醫師：此通常涉及與實務狀況密切相關之問題；3. 專科醫院、大型醫院或大學醫院中次於主任級醫師之資深醫師：此最常在鑑定人之選任上受到注意；4. 檢驗鑑定機構之負責人。參見：Stegers/Hansis/Alberts/Scheuch, Sachverständigenbeweis im Arzthafungsrecht, 2. Aufl., 2008, S. 10-11.

¹³⁰ Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl., 2008, Rn. 553.

員制度，以期在程序之早期階段即能藉由專家之參與而偕同法院及當事人整理爭點，經踐行爭點整理程序後，期能在一次期日集中調查證據。此顯然具有相當成效，於醫療鑑定程序改革後，大幅縮短訴訟程序期間達一年以上。

反觀臺灣，民事醫療訴訟案件審理期間較一般民事訴訟為長，其主要原因即在於鑑定。我國民事醫療訴訟之鑑定長期以來多以囑託機關鑑定為主，尤其是衛生署所設之醫事審議委員會為最多，有近七成之案件是由法院囑託醫事審議委員會之鑑定小組為鑑定，從醫事處所提供之資料可見（圖表十七），民事醫療訴訟之鑑定案件亦逐年增加，至二〇〇八年更突破百件。由於案件量增加快速，委員會制之運作模式使得鑑定案件從受理起至完成鑑定，期間需至少六至八個月，此亦使得第一審程序需要較長時間始能終結。再者，在民事訴訟之爭點整理程序進行爭點整理時，由於欠缺具有醫療專業背景之專家協同整理爭點，以致於常有鑑定事項不夠具體明確而造成鑑定書面意見未能具體回答，且當事人就鑑定書面意見如有質疑，亦未能直接在法庭上以言詞詢問鑑定人，必須由法院再次發函使鑑定機關就鑑定書面意見為補充說面，此更拖延訴訟進行。

醫療法第九十八條規定，中央衛生主管機關應設置醫事審議委員會，負責醫療制度之改進、醫療技術及人體試驗之審議、司法或檢察機關委託案件之鑑定。衛生署援上開規定，於一九八七年設置醫事審議委員會¹³¹，並於該委員會下設置一醫事鑑定小組，專司司法或檢察機關委託案件之鑑定業務。就醫事審議委員

¹³¹ 於1987年5月4日修正發布衛生署醫事審議委員會組織規程，依「衛生署醫事審議委員會組織規程」（1997年修訂）第2條第4款規定醫事審議委員會任務之一，是「關於司法或檢察機關委託案件之鑑定」。

會委員組成明訂於醫療法第一〇〇條，而關於醫事鑑定小組成員之組成，則規定於衛生署醫事審議委員會組織規程第四條，關於醫療糾紛之鑑定流程，則訂有行政院衛生署醫事審議委員會醫療糾紛鑑定作業要點。¹³²但該要點中之若干規定，未必能滿足鑑定程序之正當程序要求，例如：1. 醫事鑑定小組會議不受理訴訟事件當事人之任一方到場陳述意見（第十一點），此顯然不符合民事訴訟法第三三七條第二項規定之精神，蓋鑑定人於認有必要時，經法院許可後得直接對於證人或當事人自行發問，而當事人亦有提供意見之權利，均可使鑑定人能直接取得相關資訊，有助於迅速、正確作成鑑定意見，以避免發生「資料不足」或「無法認定」（參見圖表十七）而有再次鑑定導致程序延滯之問題；2. 醫事鑑定小組會議對鑑定案件之審議鑑定，以委員達成一致之意見為鑑定意見，不另作發言紀錄（第十五點），此則使得鑑定人之意見難能完整真實呈現於法院，亦與鑑定人之責任制不符。

（續接次頁）

¹³² 該作業要點是1997年11月4日衛署醫字第86063502號公告。

圖表十七 醫事鑑定案件訴訟性質及鑑定結果¹³³

年度	總數	民事	刑事	其他或不詳	刑事百分比	有疏失	可能疏失	有／可能疏失百分比	無法認定	資料不足
1987	145	4	128	13	88.28%	8	12	13.79%	0	0
1988	164	10	130	24	79.27%	14	12	15.85%	1	1
1989	149	5	130	14	87.25%	7	11	12.08%	2	1
1990	126	7	116	3	92.06%	16	14	23.81%	7	1
1991	130	5	116	9	89.23%	6	17	17.69%	2	5
1992	163	10	130	23	79.75%	22	21	26.38%	5	10
1993	141	16	100	25	70.92%	26	10	25.53%	4	3
1994	191	47	104	40	54.45%	34	3	19.37%	15	4
1995	197	37	117	43	59.39%	25	5	15.23%	24	3
1996	230	18	188	24	81.74%	53	15	29.57%	22	7
1997	276	25	238	13	86.23%	43	18	22.10%	31	4
1998	270	36	218	16	80.74%	39	14	19.63%	19	3
1999	343	47	268	28	78.13%	61	9	20.41%	26	0
2000	389	46	310	33	79.69%	43	29	18.51%	30	2
2001	395	57	309	29	78.23%	27	20	11.90%	16	0
2002	419	65	334	29	79.71%	35	33	16.23%	30	3
2003	463	56	398	9	85.96%	36	31	14.47%	34	5
2004	450	70	375	5	83.33%	34	37	15.78%	25	0
2005	374	79	294	1	78.61%	28	37	17.38%	43	1
2006	412	78	328	6	79.61%	55	32	21.12%	43	0
2007	463	97	362	4	78.19%	67	43	23.76%	47	1
2008	475	102	368	5	77.47%	57	17	15.58%	42	0
合計	6,365	917	5,061	396	79.51%	736	440	18.48%	468	54

¹³³ 此表係摘錄整理自衛生署醫事處所提供書面資料。

鑑定制度之目的在於透過專家來協助法官及當事人整理爭點並釐清事實，¹³⁴以保障當事人之訴訟權。目前由醫事審議委員會之鑑定方式存有鑑定時間過長、意見含混不清、不具名負責、不到庭說明等問題，以致於影響醫療民事訴訟中裁判結果及品質，未能充分保障當事人之適時審判請求權、公正程序請求權、聽審請求權（含證據調查之在場見證權）等訴訟法上之程序基本權利，實必須予以正視。雖然近來隨著法院送鑑定之事項問題愈趨細緻、明確，鑑定意見也越來越多援引本土專業醫學臨床作為根據¹³⁵，而不再是像早期之鑑定意見較含混不清¹³⁶或僅援引國外醫療常規為唯一途徑，值得予以肯定，然而，鑑定報告如何產生，仍不為外人所知，故常被批評為黑箱作業，甚至有判決理由中直接言明「鑑定意見顯為迴護之詞，不足採信」¹³⁷，但亦無人就鑑定報告之作成負一定責任。更重要的是，對當事人而言，難能直接向鑑定人發問，於鑑定意見不足以信服當事人而有疑問時，亦僅能再次透過法院以書面向鑑定機構函詢，甚至聲請再由其他鑑定機關進行進行，以致於訴訟時間多有延宕。而直到證據調查階段，才由法院囑託機關鑑定，則使鑑定人難能發揮在訴訟早期階段協助整理爭點之功能。此對於當事人之聽審請求權、辯論權及

¹³⁴ 參見：邱聯恭，民事訴訟法修正後之程序法學，載：程序利益保護論，頁232-233，2005年4月。

¹³⁵ 例如，士林地院97年度醫字第3號（裁判日：98年5月11日）判決內，鑑定書中明確引出鑑定依據醫審會鑑定結果，係認為：依照我國國家衛生研究院「子宮惡性肉瘤臨床指引」……。

¹³⁶ 例如：彰化地院93年度訴字第329號判決（病方敗，裁判日：95年4月11日），該判決內容所引述醫審會鑑定意見：「除了未診斷出及告知腸病毒感染外，略有瑕疵」一語，對該案鑑定意見是否有無過失，語意不清引起兩造質疑。

¹³⁷ 例如，士林地院96年度醫字第9號判決。

適時審判請求權之保障，均有不足之處。儘管於少許案件中，傳訊訴外人醫師作為證人，當庭為專業意見陳述，但最後卻演變成「公親變事主」¹³⁸，恐或也是醫學專家對於當庭陳述專業意見聞之卻步的主因。不過，此畢竟為少數例外案例，仍值得法界與醫界繼續共同協力改進我國在民事醫療訴訟中醫療專家之參與及鑑定制度。

(五)專業法庭之設置及裁判者專業之提升

現階段醫療專庭之設置，基於各法院法官員額及案件量多寡之考量，並未在全部地方法院均有設置，僅有在較大型之法院，例如：二〇〇八年設有專庭者係臺灣高等法院有二庭8名法官、臺中高分院亦有二庭8名法官；設有專股法官專辦者有高雄高分院2名、臺北地院2名、士林地院6名、板橋地院3名、高雄地院7名，而這些涉有專庭或專股之法院也確是醫療訴訟事件較多者。不過，基於現行實務上各法院之事務分配運作模式，醫療專庭或專股之法官並未能久任以累積經驗，通常因法院調動或年度事務分配即調離原職或原股，以致於雖有醫療專庭之名，但實質上法官之專業性仍有待提升。為能提升裁判者之醫療專業能力，專家參審之方式不失為可值考慮之方向，但專家參審試行條例草案條文於二〇〇三年經司法院專家參審試行條例研究制訂委員會研擬後，迄今遲未能完成立法。

臺灣目前無論是從臨床醫學水準（醫療科技水準、醫療鑑定專家知識水準）及法學專業知識（法官、律師及法學家法學專

¹³⁸ 例如，某醫師在臺北地院94年度訴字第4520號判決案件中擔任證人，竟成為該案原告嗣後以其在「於95年5月30日言詞辯論時為不實之證人陳述」理由，成為臺北地院臺北簡易庭95年度北簡字第47592號判決及臺北地院96年度簡上字第35號判決民事案件的被告。

業)觀察,或就臺灣現行法制(民事實體法及程序法)而論,均已達一定水準,然而,為何醫患間透過目前醫療民事訴訟程序來定爭解紛,總是各方抱怨連連呢?法官的判決中以「願天佑蒼生」¹³⁹一語似難能使當事人信服、鑑定者以「委員會」形式之匿名鑑定亦引發爭議、醫師總是認為患者是「來亂的」、患者總是悲情地「無語問蒼天」,認為長期身陷訴訟仍未能獲得公道。本文所呈現之民事醫療訴訟實態,期待能作為一個改革的起點,使民事醫療訴訟之進行能更具專業性、公平性、透明性及適時性,而能平衡保障當事人兩造之程序利益及實體利益。

¹³⁹ 參見：臺北地院96年度醫字第1號民事判決。

參考文獻

一、中文

1. 月旦法學教室編輯部，醫療行為是否有消費者保護法之適用，月旦法學教室，64期，頁102-106，2008。
The Editorial Department of Taiwan Jurist, Is the Consumer Protection Law Applicable to Medical Disputes? Taiwan Jurist, no. 64, pp.102-106, 2008.
2. 王甲乙、楊建華、鄭健才，民事訴訟法新論，2010。
Wang, Jia-Yi, Yang, Jian-Hua, Zheng, Jian-Cai, New Civil Procedural Code, 2010.
3. 朱柏松，整型、美容醫學之區別及其廣告應有的法規範，月旦法學教室，31期，頁92-104，2005。
Chu, Peh-Sung, The Difference Between Plastic Surgery and Medical Cosmetology and Code for the Advertisement, Taiwan Jurist, no. 31, pp. 92-104, 2005.
4. 朱柏松，論日本醫療過失之舉證責任，載：醫療過失舉證責任之比較，頁1-31，2008。
Chu, Peh-Sung, The Burden of Proof in Medical Negligence in Japan, in Comparative Law of The Burden of Proof in Medical Malpractice, pp. 1-31, 2008.
5. 吳志正，解讀醫病關係 I——醫療契約篇，2006。
Wu, Chih-Cheng, Legal Aspects of Physician-patient Relationship: the Medical Liability I, 2006.
6. 吳志正，誰來說明？對誰說明？誰來同意？——兼評醫療相關法規，月旦法學雜誌，162期，頁63-85，2008。
Wu, Chih-Cheng, Who Informs? Who Is Informed? Who Consents? A Comment on Related Medical Laws, Taiwan Law Review, no. 162, pp. 63-85, 2008.
7. 吳明軒，中國民事訴訟法（中冊），9版，2011。
Wu, Ming-Xuan, The Civil Procedural Code of the People's Republic of China (II), 9th ed., 2011.

8. 吳俊穎、賴惠蓁、陳榮基，臺灣的醫療糾紛狀況，*臺灣醫學*，13卷1期，頁1-8，2009。
Wu, Chun-Yin, Lai, Hwei-Jen & Chen, Rong-Chi, Status of Medical Problems in Taiwan, *Formosan Journal of Medicine*, vol. 13, no. 1, pp. 1-8, 2009.
9. 吳俊穎，醫師告知義務急速擴張的時代——法界的期待與醫界的臨床實務之間的鴻溝，*法學新論*，14期，頁87-111，2009。
Wu, Chun-Yin, An Era of Acute Expansion of Informed Consent: A Wide Gap between Legal Expectation and Clinical Practice, *Journal of New Perspectives on Law*, no. 14, pp. 87-111, 2009.
10. 吳俊穎、楊增暉、賴惠蓁、陳榮基，醫療過失的民事舉證責任：法、中及臺灣現況簡介，*臺灣醫學*，14卷1期，頁72-80，2010。
Wu, Chun-Yin, Yang, Tseng-Wei, Lai, Hwei-Jen & Chen, Rong-Chi, Burden of Proof in Civil Cases of Medical Negligence: Status of France, China and Taiwan, *Formosan Journal of Medicine*, vol. 14, no.1, pp. 72-80, 2010.
11. 吳從周，醫療過失舉證責任的實務新發展：醫病鬥「法」第二回合——簡評最高法院九六年臺上字第二七三八號判決，*台灣法學雜誌*，109期，頁256-267，2008。
Wu, Cong-Zhou, Practice and New Development in the Burden of Proof of the Medical Negligence: Patients vs. Doctors: Round 2: Brief Comments on Supreme Court 2007 Verdict Tai-Shang-Zi No. 2738, *Taiwan Law Journal*, no. 109, pp. 256-267, 2008.
12. 吳從周，臺灣民法解釋學之發展現況——著重在本地判決實踐的印證，*月旦民商法雜誌*，30期，頁23-38，2010。
Wu, Cong-Zhou, Contemporary Development of Methodology Under Taiwanese Civil Law: An Evidence from Court Decisions, *Cross-Strait Law Review*, no. 30, pp. 23-38, 2010.
13. 沈冠伶，武器平等原則於醫療訴訟之適用，載：*民事證據法與武器平等原則*，頁91-125，2007。

Shen, Kuan-Ling, The Application of the Principle of Equality of Arms in Medical Litigation, in *Civil Evidence Law the Principle of Equality of Arms*, pp. 91-125, 2007.

14. 沈冠伶，證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用，國立臺灣大學法學論叢，38卷1期，頁163-216，2009。

Shen, Kuan-Ling, The Application of Spoliation Evidence in the Medical Malpractice Claim, *National Taiwan University Law Journal*, vol. 38, no. 1, pp. 163-216, 2009.

15. 沈冠伶，損害額之酌定——以醫療損害賠償事件為例，台灣法學雜誌，179期，頁21-34，2011。

Shen, Kuan-Ling, Calculation of Damages: An Example on Medical Malpractice Cases, *Taiwan Law Journal*, no. 179, pp. 21-34, 2011.

16. 林欣柔、楊秀儀，告別馬偕肩難產事件？——新醫療法第八十二條第二項評析，月旦法學雜誌，112期，頁24-34，2004。

Lin, Shin-Rou, Yang, Hsiu-I, Say Goodbye to the Medical Care in the Shoulder Dyatocia Case of Mackay Memorial Hospital: Analysis of the New Medical Law § 82 II, *Taiwan Law Review*, no. 112, pp. 24-34, 2004.

17. 林誠二，醫療行為與消保法之適用，台灣法學雜誌，140期，頁81-88，2009。

Lin, Chen-Erh, The Application of Medical Care and the Consumer Protection Law, *Taiwan Law Journal*, no. 140, pp. 81-88, 2009.

18. 邱聰智，醫療過失與侵權行為，載：民法研究(一)，頁409-436，2000。

Chiu, Cong-Jhih, Medical Negligence and Tort, in *Study on Civil Law I*, pp. 409-436, 2000.

19. 邱聯恭，民事訴訟法修正後之程序法學，載：程序利益保護論，頁135-318，2005。

Chiu, Lian-Gong, The Amendment of Civil Procedure Law, in *The Theory of Protection of Interest*, pp. 135-318, 2005.

20. 邱聯恭著、許士宦整理，口述民事訴訟法講義(三)，2010。
Chiu, Lian-Gong, Xu, Shi-Huan ed., Narrated Civil Procedure Law Handout III, 2010.
21. 侯英冷，探討醫療無過失責任的適宜性，月旦法學雜誌，49期，頁127-136，1999。
Hou, Ing-Ling, Discussion on the Suitability of No-Fault Liability of Medical Care, Taiwan Law Review, no. 49, pp. 127-136, 1999.
22. 侯英冷，論消保法上醫師之安全說明義務——臺灣高等法院八七年上字第一五一號判決評釋，台灣本土法學雜誌，37期，頁63-77，2002。
Hou, Ing-Ling, Obligation of Doctor's Duty of Care in Terms of the Consumer Protection Law: Comment on Taiwan High Court Judgment 1998 No. 151, Taiwan Law Journal, no. 37, pp.63-77, 2002.
23. 侯英冷，醫療機構、外科醫師與麻醉科醫師之說明義務——最高法院九六年臺上字第二四七六號判決簡評，台灣法學雜誌，107期，頁291-297，2008。
Hou, Ing-Ling, Obligation of the Medical Institutions, Surgeons and Anesthesiologists' Duty of Care: Comment on Supreme Court 2007 No. 2476, Taiwan Law Journal, no. 107, pp. 291-297, 2008.
24. 姜世明，醫師民事責任程序中之舉證責任減輕，月旦民商法雜誌，6期，頁5-29，2004。
Jiang, Shih-Ming, Reduction the Doctor's Burden of Proof in Civil Procedure, Cross-Strait Law Review, no. 6, pp. 5-29, 2004.
25. 姜世明，舉證責任分配法則之體系建構，載：舉證責任與真實義務，頁1-44，2006。
Jiang, Shi-Ming, Systematic Structure of the Allocation of Burdens of Proof, in the Burden of Proof and Real Obligations, pp. 1-44, 2006.
26. 姜世明，消極事實之舉證責任分配，載：舉證責任與證明度，頁1-56，2008。

- Jiang-Shi-Ming, Allocation of Burdens of Proof for Passive Facts, in *Burden of Proof and Standard of Proof*, pp. 1-56, 2008.
27. 姜世明，舉證責任轉換，載：舉證責任與證明度，頁102-105，2008。
Jiang-Shi-Ming, Shift the Burdens of Proof, in *Burden of Proof and Standard of Proof*, pp. 102-105, 2008.
28. 姜世明，證明度之研究，載：舉證責任與證明度，頁117-235，2008。
Jiang, Shi-Ming, Study of Standard of Evidence, in *Burden of Proof and Standard of Proof*, pp. 117-235, 2008.
29. 姜世明，表見證明之研究，載：舉證責任與證明度，頁307-399，2008。
Jiang, Shi-Ming, Study of Prima Face Proof, in the *Burden of Proof and Standard of Proof*, pp. 307-399, 2008.
30. 姜世明，舉證責任分配之一般原則，載：新民事證據法論，頁181-198，3版，2009。
Jiang, Shi-Ming, General Principles for Allocation of Burdens of Proof, in *Theory of New Civil Evidence Law*, pp. 181-198, 3d ed., 2009.
31. 姜世明，民事訴訟法第二七七條但書之適用——評最高法院九十九年臺上字第四〇八號民事判決，月旦裁判時報，3期，頁47-53，2010。
Jiang, Shi-Ming, Applicability of Article 277 Proviso of Civil Procedure Law – Supreme Court 2010 Civil Verdict Tai-Shang-Zi No. 408, *Court Case Times*, no. 3, pp. 47-53, 2010.
32. 姜世明，論客觀舉證責任——評最高法院九九年度臺上字第九八四號民事判決，台灣法學雜誌，161期，頁53-60，2010。
Jiang, Shi-Ming, Objective Burdens of Proof – Supreme Court 2010 Civil Verdict Tai-Shang-Zi No. 984, *Taiwan Law Journal*, no. 161, pp. 53-60, 2010.
33. 姜世明，民事訴訟法基本制度：第三講——部分民事證據法理之變遷，月旦法學教室，106期，頁45-62，2011。
Jiang, Shi-Ming, Basic System of the Civil Procedure Law: Part 3 – Transition of Civil Evidence Law, *Taiwan Jurist*, no. 106, pp. 45-62, 2011.

34. 莊錦秀，整合中歐洲醫療契約法，臺北大學法學論叢，80期，頁1-78，2011。
Ching-Hsiu Chuang, Integrating European Treatment Contracts, Taipei University Law Review, no. 80, pp. 1-78, 2011.
35. 莊錦秀，醫療民事責任體系再建構——以契約責任法理為中心，臺灣大學法律學研究所博士論文，2011。
Chuang, Ching-Hsiu, Reconstruction of Civil Liability System for Medical Malpractice A Focus on Contract Liability, Doctor's Thesis, Graduate Institute of Law College, National Taiwan University, 2011.
36. 許士宦，審判法院之選擇與舉證責任之分配——二〇〇二年司法院大法官解釋最高法院裁判之一側面，台灣本土法學雜誌，52期，頁151-177，2003。
Xu, Shi-Huan, Selection of Jurisdiction Court and Distribution of Burden of Proof: Comment of Council of Grand Justices on the Super Court in 2002, Taiwan Law Journal, no. 52, pp. 151-177, 2003.
37. 許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（上），台灣本土法學雜誌，66期，頁54-72，2005。
Xu, Shi-Huan, Litigious Position of Survey Experts and Protection for Parties (I), Taiwan Law Journal, no. 66, pp. 54-72, 2005.
38. 許士宦，鑑定人之訴訟地位與當事人之程序保障（下），台灣本土法學雜誌，67期，頁18-31，2005。
Xu, Shi-Huan, Litigious Position of Survey Experts and Protection for Parties (II), Taiwan Law Journal, no. 67, pp. 18-31, 2005.
39. 陳忠五，醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決評釋，台灣本土法學雜誌，7期，頁36-61，2000。
Chen, Chung-Wu, Medical Practices and Appliance of the Service Liability of Consumer Protection Law: Comment on the Shoulder Dytocia Case in Mackay Memorial Hospital, Taiwan Law Review, no. 7, pp. 36-61, 2000.

40. 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，頁107-260，2005。
- Chen, Chung-Wu, Civil Liability for Error of Prenatal Genetic Testing — New Challenges of Taiwan's Civil Liability Law, *National Taiwan University Law Journal*, vol. 34, no. 6, pp. 107-260, 2005.
41. 陳忠五，法國法上醫療過錯的舉證責任，*東吳法律學報*，18卷1期，頁31-60，2006。
- Chen, Chung-Wu, The Burden of Proof in Medical Negligence in France, *Soochow Law Review*, vol. 18, no. 1, pp. 31-60, 2006.
42. 陳計男，*民事訴訟法（上冊）*，5版，2010。
- Chen, Ji-Nan, *Civil Procedural Law (I)*, 5th ed., 2010.
43. 陳榮宗、林慶苗，*民事訴訟法（中冊）*，7版，2009。
- Chen, Rong-Zong, Lin, Qing-Miao, *Civil Procedural Law (II)*, 7th ed., 2009.
44. 陳聰富，美國醫療過失舉證責任之研究，*政大法學評論*，98期，頁183-229，2007。
- Chen, Tsung-Fu, Research on the Burden of Proof in Medical Negligence in U.S., *Chengchi Law Review*, no. 98, pp. 183-229, 2007.
45. 陳聰富，醫療行為與犯罪行為（上）——告知後同意的刑法上效果，*月旦法學教室*，69期，頁61-74，2008。
- Chen, Tsung-Fu, *Medical Care And Crime (I)*: The Effect of Informed Consent in Criminal Law, *Taiwan Jurist*, no. 69, pp. 61-74, 2008.
46. 陳聰富，*侵權歸責原則與損害賠償*，2008。
- Chen, Tsung-Fu, *The Rule of Tort Responsibility and Compensation for Damages*, 2008.
47. 陳聰富，告知後同意與醫師說明義務（上），*月旦法學教室*，80期，頁75-91，2009。
- Chen, Tsung-Fu, *Informed Consent and Obligation of Doctors' Duty of Care*

(I), Taiwan Jurist, no. 80, pp. 75-91, 2009.

48. 陳聰富，告知後同意與醫師說明義務（中），月旦法學教室，81期，頁77-87，2009。

Chen, Tsung-Fu, Informed Consent and Obligation of Doctors' Duty of Care (II), Taiwan Jurist, no. 81, pp. 77-87, 2009.

49. 陳聰富，告知後同意與醫師說明義務（下），月旦法學教室，82期，頁66-80，2009。

Chen, Tsung-Fu, Informed Consent and Obligation of Doctors' Duty of Care (III), Taiwan Jurist, no. 82, pp. 66-80, 2009.

50. 陳聰富，醫療訴訟之舉證責任——最高法院98年度臺上字第276號民事判決評釋，法令月刊，61卷4期，頁28-55，2010。

Chen, Tsung-Fu, The Burden of Proof in Medical Litigation: Comment on Supreme Court 2009 No. 276, The Law Monthly, vol. 61, no. 4, pp. 28-55, 2010.

51. 黃丁全，醫事法，2000。

Huang, Ding-Quan, Medical Law, 2000.

52. 黃立，消費者保護法：第二講——我國消費者保護法的商品與服務責任（二），月旦法學教室，10期，頁75-88，2003。

Huang, Li, The Consumer Protection Law: Part 2: The Liability of Product and Service II, Taiwan Jurist, no. 10, pp. 75-88, 2003.

53. 黃國昌，「證明度」——比較法下之觀點，載：民事訴訟理論之新開展，頁79-121，2005。

Huang, Guo-Chang, "Standard of Proof": In Perspective of Comparative Law, in New Development of Civil Procedure Theories, pp. 79-121, 2005.

54. 黃國昌，階段的舉證責任論——統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範，東海大學法學研究，22期，頁217-306，2005。

Huang, Guo-Chang, Stage of the Burden of Proof: Integration of Referee Norm Under the Substantive Law Policy and Behavioral Norm Under the Procedural view, Tunghai University Law Review, no. 22, pp. 217-306, 2005.

55. 黃國昌，證明妨礙法理之再檢討——以美國法之發展為借鏡，載：民事訴訟理論之新開展，頁235-285，2005。
- Huang, Guo-Chang, Reflection on the Legal Basis for Spoliation of Evidence – Development of American Law, in New Development of Civil Procedure Theories, pp. 235-285, 2005.
56. 楊秀儀，告知後同意法則之司法實務發展——最高法院九四年度臺上字第二六七六號判決評釋，台灣本土法學雜誌，73期，頁212-214，2005。
- Yang, Hsiu-I, The Development of Principle of Informed Consent in Judicial Practice: Comment on Supreme Court 2005 No. 2676, Taiwan Law Journal, no. 73, pp. 212-214, 2005.
57. 楊秀儀，論病人自主權——我國法上「告知後同意」之請求權基礎探討，國立臺灣大學法學論叢，36卷2期，頁229-268，2007。
- Yang, Hsiu-I, Patient Autonomy—Cause of Action of Informed Consent in Taiwan's Tort Law, National Taiwan University Law Journal, vol. 36, no. 2, pp. 229-268, 2007.
58. 楊秀儀，告知後同意之倫理法律再思考：縮小理論與實務的落差，月旦法學雜誌，162期，頁5-16，2008。
- Yang, Hsiu-I, Rethinking Legal Ethics About Informed Consent: Narrowing The Gap Between Theory and Practice, Taiwan Law Review, no. 162, pp. 5-16, 2008.
59. 楊建華著、鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，2009。
- Yang, Jian-Hua, Zheng, Jie-Fu Ad., Essential Theory of Civil Procedure Law, 2009.
60. 楊淑文，從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準（上），台灣本土法學雜誌，60期，頁49-63，2004。
- Yang, Shu-Wen, Criteria for Determining Allocation of Burdens of Proof (I), Taiwan Law Journal, no. 60, pp. 49-63, 2004.
61. 詹森林，公立醫院之醫療行為與消保法之服務無過失責任——公、私立醫院之差別待遇？——最高法院九三年臺上字第一四八六號判決之商榷，台

- 灣本土法學雜誌，70期，頁223-226，2005。
- Jhan, Sen-Lin, The Medical Care of Public Hospital and No-Fault Liability of Service in Consumer Protection Law: Differential Treatment Between Public and Private Hospitals: Comment on Supreme Court 2004 No. 1486, *Taiwan Law Journal*, no. 70, pp. 223-226, 2005.
62. 詹森林，德國醫療過失舉證責任之研究，臺北大學法學論叢，63期，頁47-80，2007。
- Jhan, Sen-Lin, Burden of Proof in German Medical Negligence, *Taipei University Law Review*, no. 63, pp. 47-80, 2007.
63. 雷萬來，民事證據法論，1997。
- Lei, Wan-Lai, *Civil Evidence Law*, 1997.
64. 劉邦揚、楊秀儀、黃心苑，我國地方法院刑事醫療糾紛判決之實證研究，第四屆全國法學實證研究研討會，交通大學科技法律研究所主辦，2009。
- Liu, Pang-Yang, Yang, Hsiu-I, Huang, Nicole, An Empirical Study of Judgments of Medical Negligence in District Criminal Courts in Taiwan, Paper Presented at the Conference of Fourth National Empirical Legal Studies, Institute of Technology Law, National Chiao Tung University, 2009.
65. 樊家妍，醫療過失爭訟事件爭點整理之研究，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2005。
- Pan, Jia-Yen, Study of Contention in Lawsuits of Medical Negligence, Master's Thesis, Department of Law, National Taiwan University, 2005.
66. 駱永家，民事舉證責任論，1972。
- Luo, Yong-Jia, *Theory of Civil Burdens of Proof*, 1972.
67. 簡資修，醫師的賠償責任與說明義務——經濟分析與其法院實踐，月旦民商法雜誌，22期，頁38-52，2008。
- Cheng, Tzu-Hsiao, Doctor's Liability for Damages and Duty of Care: Economic Analysis and Judicial Practice, *Cross-Strait Law Review*, no. 22, pp. 38-52, 2008.

二、日 文

1. 日本最高裁判所，裁判の迅速化に係る検証に関する報告書：専門的な知見を要する訴訟等に関する考察，2005。
2. 秋吉仁美編，医療訴訟，2009。
3. 浦川道太郎、金井康雄、安原幸彦、宮澤潤（編），医療訴訟・専門訴訟講座(4)，2010。
4. 菅野耕毅，医事法学概論，2版，2004。

三、外 文

1. Bergmann, Karl-Otto, Jede zweite Klage gegen Arzt hat Erfolg, Frankfurter Allgemeine Zeitung FAZ 2008, Nov. 15, C2.
2. Bundesamt, Statistisches, Rechtspflege Zivilgericht, 2009.
3. Chun-Yin, Wu, Huei-Jen, Lai & Rong-Chi, Chen, *Medical Malpractice Experience of Taiwan: 2005 vs. 1991*, 39 INTER MED. J. 237 (2009).
4. Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas, Medizinrecht, 6. Aufl., 2008.
5. Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., 2010.
6. Stickelbrock, Barbara, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess, 2002.
7. Strücker-Pitz, Helga, Ausweitung der Arzthaftung für Schmerzensgeld bei Schwerstschäden, VersR 2007, S. 1466-1469.
8. Stegers, Christoph M./Hansis, Martin L./Alberts, Martin/Scheuch, Silke, Sachverständigenbeweis im Arzthaftungsrecht, 2. Aufl., 2008.
9. Terbille, Michael, Münchener Anwalts Handbuch Medizinrecht, 2009.
10. Weidinger, Patrick, Aus der Praxis der Haftpflichtversicherung für Ärzte und Krankenhäuser-Statistik, neue Risiken und Qualitätsmanagement, MedR 2006, S. 571-580.

Evidence Law and Empirical Study in Medical Malpractice Litigation

Kuan-Ling Shen* Ching-Hsiu Chuang**

Abstract

To realize the principle of equality, the newly amended Taiwan Code of Civil Procedure includes many new rules for evidence law. How the burden of proof should be applied to balance the substantial and procedural interests of both the plaintiff and the defendant has always been an issue. This article is an empirical study of judicial practice regarding the Code as amended over the past ten years. It explores how medical civil procedure is handled according to jurisdiction, and whether and how the new evidence law is applicable to these lawsuits.

This article finds that in the past such lawsuits accounted for less than 1% of all civil lawsuits but the percentage has been steadily increasing recently; however, geographical distribution shows urban and rural differences. Litigious medical behavior is becoming more diversified and is no longer limited to conventional medical

* Associate Professor, College of Law, National Taiwan University; Ph.D., Heidelberg University (Germany).

** Assistant Professor, The Department of Law, School of Humanities and Social Sciences, Kainan University; Ph.D., School of Law, National Taiwan University.

Received: June 7, 2011; accepted: September 29, 2011

procedures. Internal medicine, Surgical and OB/GYN, for example, are particularly susceptible to lawsuits due to their high risks and unpredictable medical results. Their statements, suit sums and items do not vary much from other civil damages suits. There have not been extravagant claims, either. As far as suit target is concerned, most assert tort liability; however, a recent increase in disputes over whether or not informed consent is obtained has been noted.

In general, Taiwan's courts do not have a specified stance on allocation of burdens of proof, and an increasing number of cases show a shift of the burden of proof to the defendant. Nevertheless, reasons supporting a lack of fairness in this trend are unclear so categorization is difficult. Facts have been determined through reduced standard of proof (advantageous evidence) in a few cases and spoliation of evidence is rare. In addition, few damages are determined according to Article 222(2) of the Civil Procedure Law. Expert Witness plays an important role in lawsuits, but evidence is mostly surveyed by an authorized organization or institute instead of having the survey expert appear in court and questioned by the party, and this undermines the party's right to a fair hearing. Practical opinions on the burden of proof in the case of violation of physician's disclosure obligation remain disparate.

Keywords: Medical Civil Procedure, Suit Target & Sum, Allocation of Burdens of Proof, Shift in the Burdens of Proof, Standard of Proof/Probabilistic, Survey, Spoliation of Evidence, Medical Court, Disclosure Obligation/Informed Consent, Contract Liability, Tort Liability