

醫療事故民事責任之過失判定

陳 聰 富*

要 目

- | | |
|---|------------------|
| 壹、序 言 | (一)美國法 |
| 貳、兩則法院判決 | (二)英國法 |
| 一、臺灣板橋地方法院九十五年度
醫字第二號民事判決(院內感
染案) | (三)日本法 |
| 二、最高法院九十七年度臺上字第
一〇〇〇號民事判決(骨質疏
鬆案) | 五、小 結 |
| 三、法律爭議 | 肆、醫療水準與理性醫師的注意標準 |
| 參、醫療慣例(醫療常規)與理性醫
師的注意標準 | 一、醫療水準說之源起 |
| 一、英美法上醫療慣例或醫療常規
之意涵 | 二、醫療水準與醫療慣例 |
| 二、我國法院實務見解 | 伍、醫療準則與醫療鑑定意見 |
| 三、對醫療慣例之質疑 | 一、醫療準則與醫師注意義務 |
| (一)醫療慣例是否存在? | 二、醫療鑑定意見與法院之判斷 |
| (二)醫療慣例是否符合病患利益? | 三、小 結 |
| 四、外國法院實務發展 | 陸、醫療過失責任之判斷 |
| | 一、專業人員之過失概念 |
| | 二、理性醫師的標準 |
| | 柒、結 語 |
| | 一、醫療過失之判定 |
| | 二、本文前揭案例評述 |

* 臺灣大學法律學院教授，美國紐約大學法學博士。

投稿日期：一〇〇年二月十四日；接受刊登日期：一〇〇年九月二十九日

責任校對：黃甯

摘 要

侵權行為法採取過失責任主義，必須加害人具有過失，始需負擔損害賠償責任。關於醫療事故，由於醫療行為涉及高度專業性、實驗性與不確定性，無論國內外之法院實務上，均發展出醫療常規的注意標準。然而，醫療常規係指普通一般醫師所依循的醫療行為模式，而非理性醫師應為之醫療行為。採取醫療常規之醫療標準，無疑降低醫師應有之注意義務。

日本法上所謂醫療水準之判斷標準，並非固定不變的一致標準，而應相應於個案，探討醫師之診療、檢查是否符合診療當時，可合理期待之醫療方法。在概念上，亦屬斟酌病患之風險與利益的衡量標準，與理性醫師之標準並無不同。

醫學界使用之醫療準則，僅為一般共同治療方式之規範，無法針對個別案件予以規定。醫療行為本身是一種技術，也是一種藝術，無法以抽象共通的醫療準則，作為唯一的判斷標準。

本文認為，關於醫師之醫療行為是否具有過失，應適用理性醫師的注意標準，由法院依據醫療慣例（醫療常規）、鑑定意見、醫療準則之規範等，考察個別病人之特殊情狀，斟酌系爭案件的病人病情、某項診斷治療行為之風險、對於病人未為診斷治療所生之損害大小、損害發生之機率、醫師為病人進行某項診斷治療可能花費之成本，及病人本身之經濟負擔，予以綜合判斷之。

關鍵詞：醫療事故、醫療常規、醫療慣例、醫療鑑定、醫療準則、理性醫師注意標準、漢德公式、專門職業人員、侵權過失責任

壹、序 言

醫療法第八十二條規定：「醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」本條規定係於二〇〇五年二月間修訂新增。在本條規定後，發生醫療法與消保法之間，何者為特別法而應優先適用之爭議。最高法院九十六年臺上字第四五〇號民事判決明白表示：「因醫療行為之醫療過程充滿危險性，治療結果又充滿不確定性，醫師係以專業知識，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，設若對醫療行為課以無過失責任，基於自保之正常心理，為免於訟累，一般醫師寧可採取任何消極的、安全的醫療措施，以爭取「百分之百」之安全，而選擇性的對某些病患以各種手段不予治療。醫師為降低危險行為量，過度採取防禦性醫療措施，實不能達成消保法第一條第一項之立法目的，自應以目的性限縮解釋之方式，將醫療行為排除於消保法適用之範圍之列。況醫療法第八十二條第二項既明定醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任，就醫事行為之損害賠償責任，非採無過失責任，與消保法規範之無過失責任體系相悖，足證醫療行為應排除在消保法之適用。」至此，醫療行為應適用過失責任主義，在實務上已成定論。

我國醫療糾紛在社會上經常引起大眾注意，醫師與病患之間，由於過多醫療糾紛之新聞報導，而逐漸喪失相互信賴關係。醫療糾紛發生訴訟時，法院經常採取醫療鑑定意見，而判決原告敗訴，致使病患經常抱怨「醫醫相護」，而無法信賴醫師。反之，敗訴之被告醫師則經常批判，法官為醫學的門外漢，因不瞭解而課予醫師過

高的注意義務，而與醫療現實脫節，並與醫學原則不符¹。

法院作為醫療糾紛之裁判者，如何在醫病關係之間，作成公平判斷，以彌平醫病關係互不信任之缺憾，當屬其重要職責。民事責任上的過失概念，屬於規範性概念，無法在不同事件中，擬定一個通則，作為共同遵守之規範。此在交通事故如此，在醫療事件亦然。惟因交通事故，一般人均屬汽車駕駛人，具有豐富駕駛經驗，因而在法院訴訟中，無論當事人或法官，均得以自己之經驗，作為雙方攻防及法院判斷的基礎。反之，在醫療訴訟中，無論法官或病患，相較於被告醫師，均屬醫學之門外漢，對於醫療過程與醫學判斷，均乏經驗，而有賴於醫學意見作為原告主張權利與法院判決之參考。

然而，基於醫療案件之特性，是否應使醫師之注意標準，與一般理性之人應有之注意程度有所不同，在實務及學說上爭議甚鉅。英美法上提出醫療慣例、我國法院通常使用醫療常規或醫療水準，作為判斷醫師是否具有過失之標準。在若干案例，醫病雙方爭議者為醫療準則之遵守，是否符合注意義務之標準。我國法院判決，更經常以醫療鑑定意見，作為裁判依據。以上諸多概念，有必要予以澄清說明，以釐清醫療過失判斷時，應有的判準。

¹ 在2010年8月30日，國泰醫院醫師被高等法院認定延誤診斷，導致病患罹患瘧疾死亡，判決過失致死罪成立，且不得緩刑。醫界人士認為：「本案於兩、三天內即診斷出瘧疾，並無延誤之情。如果要求就診後，當天就做檢驗或確定診斷的話，所有醫師都要坐牢了。」「本案有肝膽相關症狀，所以醫師一開始判斷可能有膽道病變的推測當屬合理。判案原則應該根據病情，評估診斷臆測與處置是否合乎邏輯，而非苛求所有可能的檢查都要馬上做到。」「一名不幸個案的死亡，以自由心證認定是診斷與治療太慢致死，並不符醫學原則。」參見，林奏延、李秉穎，24小時確診？醫師不是神！，聯合報，<http://www.taiwanenews.com/doc/20100901102.php>，最後瀏覽日：2010年9月9日。

是以，本文首先提出兩則法院判決，指出判決相關之法律爭議。其次檢討醫療慣例（醫療常規）作為醫師注意義務之標準，是否妥當。其後，檢討所謂的「醫療水準」說，與理性醫師標準有何不同。再者，本文並探討醫療準則及醫療鑑定意見，可否作為判斷醫師注意義務之依據。最後針對醫療行為過失責任之認定，尤其理性醫師之標準的判定予以說明。本文認為，無論醫療常規、醫療準則或醫療鑑定意見，均屬法院裁判之參考資料而已。至於醫療水準的標準，實際上與理性醫師的標準，並無不同。法院在醫療事故案件，應就其個案，依據理性醫師的注意標準，審酌病患之病情、醫療行為之價值與風險，及避免損害發生之成本等，綜合判斷醫師是否盡到應有之注意義務，而非單純以醫療常規作為認定之依據。

貳、兩則法院判決

一、臺灣板橋地方法院九十五年度醫字第二號民事判決（院內感染案）

本案病患至被告醫院神經內科門診求診，發現有頸椎退化性脊椎炎及腰椎滑脫之症狀，在九十四年十月二十三日施行「椎間板切除及內固定術」手術，使用二個鈦合金椎體支撐架，但嗣後卻有發燒及不明原因之感染發生，而於同年十一月十二日惡化急救無效死亡。

原告主張，被告醫師及醫院對於病患住院及進行手術，違反醫療常規，且未盡感染防免義務，致病患因敗血性休克併多重器官衰竭死亡，顯然未善盡醫療上必要之注意，應負賠償責任。

被告則抗辯，病患之身體狀況並無不適合進行系爭手術之情形，且依據病患之出院病歷摘要，其於住院期間，有多次之生化檢驗、血液檢驗、尿液檢驗、放射免疫分析、血清免疫檢驗、體液檢

驗、細菌一般檢驗、血清免疫特殊檢驗及細菌培養檢驗，顯見被告已盡心盡力尋找感染源。且被告醫師曾就病患術後傷口之引流管進行細菌培養，結果並無細菌存在，代表其術後感染與系爭手術及留置引流管無關。

本案法院判決：「按侵權行為法之規範目的，在於合理分配損害，因此過失之認定應採客觀標準。就醫療事故而言，所謂醫療過失行為，係指行為人違反依其所屬職業，通常所應預見及預防侵害他人權利之行為義務。從而行為人只要依循一般公認之臨床醫療行為準則，以及正確地保持相當方式與程度之注意，即屬於已為應有之所有注意；但行為人若違反該等醫療行為準則，亦未保持相當方式與程度之注意，則應認為具有過失。」

本件衛生署醫事審議委員會提供鑑定意見略以：「顏醫師對病人決定手術治療時機而言，並未違反醫療常規。因為病人脊椎磁振造影檢查顯示腰椎滑脫合併神經壓迫，並不會因為延緩手術或作其他治療而改善。又病人術後發生感染之結果，與手術治療時機並無因果關係，因病人當時住院時並無明顯感染跡象，亦無任何身體生理機能狀態可能因手術而引發嚴重感染之情況存在。」等語。法院據此認為：「足認就病患黃金蒼病情而言，雖無立即進行手術急迫性，但就醫療常規而言，手術決定時機無法認定為不當，是故尚難認被告庚○○所作椎間盤手術之醫學決定有違反醫學常規之過失，其手術之決定與黃金蒼死亡結果間並無相當因果關係。」

至於被告是否違反感染防免義務，法院認為：「行政院醫事審議委員會97年3月14日鑑定報告中，亦說明被告醫療團隊術後持續對於病人可能發生感染之狀況進行護理照護、血液常規檢查、生化檢測、微生物培養及抗生素微生物敏感測試，並有照會感染科及其他專科醫師作專家會診，被告庚○○對於病人進行手術過程及手術後照護過程，並無未盡感染防免之注意義務，而導致術後感染之情

形」，是以病患手術後之感染，非因被告未盡感染防免義務所引發，而判決被告無須負賠償責任。

二、最高法院九十七年度臺上字第一〇〇〇號民事判決（骨質疏鬆案）

本案丁○○、丙○○、乙○○依序為陳福民經營之中山醫院特約醫師、復健科主任、物理治療師。上訴人於八十九年十一月間至中山醫院就診，主訴左手肘因十年前受傷致肘內彎之症狀後，經該院醫師陳福民診斷認上訴人之左手肘活動度（ROM）僅30至100，並為上訴人之左肘關節施作X光檢驗。嗣於九十年一月十九日由丁○○以電腦斷層掃描後，診斷出上訴人有創傷性關節病變、左手肘攣縮，於同年二月二十五日施作左手肘關節成形手術後，開具檢驗單（處方箋），交上訴人持至該院復健科，由丙○○安排乙○○為上訴人施作物理治療。迄同年五月十日上訴人於進行物理治療中發生左手尺骨閉鎖性骨折之傷害前，丁○○等三人均未判斷上訴人患有骨質疏鬆症。翌日中山醫院對上訴人施作骨密度檢查，始發現其為第一級骨質疏鬆症患者，其骨質密度相當於80歲之男性華人。

高等法院認為：上訴人至中山醫院就診時，係年約30歲，不抽煙、不酗酒、行動正常、無骨質疏鬆症之家族病史，無特殊用藥習慣之男子，乃正值骨質高峰期之人。依其生活型態、性別、年齡、體質、遺傳、使用藥物及其本人所陳情形，均難認係骨質疏鬆症之高危險群患者。而上訴人於八十九年十一月及九十年二月十二日間曾於中山醫院施作X光檢驗、電腦斷層掃描，檢驗結果，均未發現骨質病理病症。上開X光片及電腦斷層掃描片經鑑定，無法判斷上訴人是否罹患骨質疏鬆症。上訴人主張其左手前臂尺骨骨質疏鬆可經由X光片判讀，尚非可採。

又病患經X光診斷，未發現有骨質疏鬆症情形，即無須進行骨

密度檢查。丁○○未對上訴人作骨質疏鬆症診斷或為骨質密度檢測之建議及未指示乙○○另為復健動作，難認有何過失。丙○○為中山醫院復健科主任，乙○○為依法領有物理治療師證書之物理治療師，依物理治療師法第十二條規定，物理治療師之業務僅限於物理治療，並不包括屬醫師範疇之診斷業務。上訴人發生系爭傷害前，未經醫師發現有骨質疏鬆之症狀，即上訴人本身亦不知悉，自難期丙○○、乙○○在為上訴人安排或施作術後復健之物理治療前，能判斷而知悉上訴人患有骨質疏鬆症。參酌丁○○於另件刑事案件審理時所陳：物理治療師僅對年長者、婦女或骨折後之患者懷疑有骨質疏鬆情形等語。足認乙○○、丙○○未判斷上訴人為骨質疏鬆症之高危險群，並為骨質密度檢測之建議，難謂有何過失。

關於復健治療之方法，高等法院認為：上訴人接受肘關節手術後之物理治療，先以被動關節活動之方式，隨之以關節鬆動術之治療，合乎醫療常理。上訴人謂關節鬆動術不包括牽張活動，主張乙○○未依照醫囑對伊實施復健項目，且在醫師未指示作關節鬆動術前，即擅自作較危險之牽張動作云云。依成功大學覆函記載，牽張運動並無固定操作手法；中山醫學大學覆函，亦未認定乙○○為上訴人左手肘關節所施作之復健治療動作有何違反醫療常規之處。上訴人主張乙○○未依丁○○之醫囑復健項目及時程為伊施行復健，擅自施作牽張術，所為與醫學常規之姿勢不同，造成伊骨折，顯有過失云云，亦屬無據。

最高法院發回原審判決，認為：「原審未查明上訴人既係骨折後之患者，因何被上訴人未懷疑其有骨質疏鬆情形而為是項檢測即施作物理治療之復健，徒以上訴人年僅三十歲，非骨骼疏鬆症之高危險群，及其X光片無法判讀出有骨質疏鬆情形，遽認丁○○等三人未判斷上訴人為骨質疏鬆症之高危險群，並為骨密度檢測之建議，難謂有何過失，自不免速斷。」

至於醫療機構之責任，最高法院認為：「查醫療契約係受有報酬之勞務契約，其性質類似有償之委任關係，依民法第五百三十五條後段規定，醫院既應負善良管理人之注意義務，自應依當時醫療水準，對病患履行診斷或治療之義務。故為其履行輔助人之醫師或其他醫療人員（即醫療團隊）於從事診療時，如未具當時醫療水準，或已具上開醫療水準而欠缺善良管理人之注意，因而誤診或未能為適當之治療，終致病患受有傷害時，醫療機構即應與之同負債務不履行之損害賠償責任。本件被上訴人為中山醫院之負責人或該院聘請之醫療人員，負責上訴人之診療及復健，自應盡善良管理人之注意義務。是以丁○○等三人是否均為陳福民即中山醫院對上訴人為醫療行為之履行輔助人及渠等為上訴人醫療復健時，是否已盡其善良管理人之注意義務暨渠等未查明上訴人有無骨質疏鬆情形即施作復健，是否有所疏失？」

三、法律爭議

在上開「院內感染案」，原告主張被告醫師及醫院對病患進行「椎間板切除及內固定術」手術，具有過失；且被告未盡術後防止感染之義務。對此，法院依據醫審會之鑑定意見，認為就醫療常規而言，手術決定時機無法認定為不當，因而難認被告醫師所作椎間盤手術之醫學決定有違反醫療常規之過失。至於病患院內感染，法院亦依據醫審會鑑定意見，以被告醫師已經對病患進行多項生理檢查及會診感染科醫師，認為被告並無未盡感染防免之注意義務，而導致術後感染之情形。

本案應檢討者為：(一)施行手術之決定是否具有過失，與醫療常規之違反，是否為同一概念？(二)被告醫師在術後對病患進行多項生理檢查及會診感染科醫師診斷，是否即可認為被告已盡感染防免之注意義務？(三)醫審會之鑑定意見，對於法院具有何等效力？

在上開「骨質疏鬆案」，原告主張被告醫師未對病患作骨質疏鬆症診斷或為骨質密度檢測之建議，具有過失；且被告物理治療師對病患所為之復健方法不當，具有過失。對此，原審法院認為，骨質疏鬆無法經由X光片判讀，病患經X光診斷，未發現有骨質疏鬆症情形，即無須進行骨密度檢查，因而被告醫師並無過失。至於復健科主任及物理治療師，則因其不知病患有骨質疏鬆症狀而免責。

至於物理治療師施作復健之方法是否具有過失，原審認為，其所施作之復健治療動作並無違反醫療常規之處，而無過失。

最高法院則認為，原審法院僅以病患年僅30歲，非骨骼疏鬆症之高危險群，及其X光片無法判讀出有骨質疏鬆情形，即認為被告未建議病患為骨密度檢測，並無過失，不免速斷。

再者，最高法院強調，醫療團隊於從事診療時，如未具當時醫療水準，或已具上開醫療水準而欠缺善良管理人之注意，因而誤診或未能為適當之治療，終致病患受有傷害時，醫療機構即應與之同負債務不履行之損害賠償責任。

本案應檢討者為：(一)被告未診斷病患具有骨質疏鬆症，是否具有過失？原審法院一方面認為「骨質疏鬆無法經由X光片判讀」，他方面又認為「病患經X光診斷，未發現有骨質疏鬆症情形，即無須進行骨密度檢查」，並據以認定被告無過失，是否可採？(二)被告物理治療師施作之復健方法是否因其未違反醫療常規而無過失責任？(三)最高法院所謂「未具當時醫療水準，或已具上開醫療水準而欠缺善良管理人之注意」，究何所指？「當時醫療水準」與「醫療常規」或「欠缺善良管理人之注意」有無不同？

綜合上述，我國法院認定醫師是否具有過失，經常以其行為是否符合醫療常規作為認定之依據，則「醫療常規」之意義為何？是否為判定醫師注意標準的適當依據？又最高法院在「骨質疏鬆案」提出「醫療水準」之判斷標準與善良管理人之注意標準，且有前

者，未必有後者。二者究竟有何不同？

參、醫療慣例（醫療常規）與理性醫師的注意標準

一、英美法上醫療慣例或醫療常規之意涵

所謂醫療慣例、醫療慣行或醫療常規（professional custom）²，係指在臨床現場，一般平均的醫師之間廣泛從事之醫療方法，亦即醫師之間依其職業上通常之實務運作（ordinary practice），所形成的醫療慣行。在十九世紀，英美法院認為，醫師未盡通常注意義務，致生損害者，應負過失責任，並無醫師行為符合醫療慣例或醫療常規，即得免除責任之特權。然而，英美學說及法院逐漸認為，醫療專業人員應自行建立其注意標準。醫師關於醫療過失之注意義務，應依據醫療慣例判斷，而非由法院基於合理性標準予以判定。醫師僅應遵循其職業上通常之實務運作，即無須對損害之發生負責。從而，在醫療過失案件，原告應證明醫師行為不符合醫療慣例或醫療常規。反之，被告若證明其行為符合醫療慣例，即無須負擔過失責任³。

醫療過失之認定，採取醫療常規的注意標準，其理由約有以下數端：（一）職業常規係已存在的可預見標準，可以作為一個較為客觀的過失判定基準。在個案中，職業常規可以避免法院對原告過於憐憫，而產生不公正之裁判結果。（二）職業常規可以提供符合實務需求的判斷標準，而非抽象無法達成的準則，因而可以避免法院因不瞭

² 關於professional custom，本文依據行文所需，多譯為「醫療慣例」或「醫療常規」，係指同一概念。日本文獻則稱之為「醫療慣行」。

³ Theodore Silver, *One Hundred Years of Harmful Error: The Historical Jurisprudence of Medical Malpractice*, 1992 WIS. L. REV. 1193, 1211-13 (1992).

解醫學專業，而設定超越實務所能達成的標準。(三)依據職業常規，專門職業人員將依據一個中等以上的標準而行為，足以促進醫療人員隨時注意其他成員的職業進展⁴。

關於醫療常規之法院判決，英國最重要者為 *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* 乙案所揭示的 *Bolam Test*⁵。本案原告為精神病患，在被告醫師為其進行腦部電動抽搐治療時，未給予肌肉弛緩藥物，致原告於治療中，因劇烈抽搐而骨盆骨折。法院在該案中宣示：「醫師依據一般醫療常規診治，若該醫療常規為該特定專業、負責的醫療人員認為適當時，醫師即無過失責任。若醫師符合一般醫療常規診治，即使有不同意見採取不同觀點，醫師仍然不負過失責任。⁶」

*Bolam Test*的判決意旨，等同於將法律上的過失與否問題，交由醫學界自行判斷。醫師只需符合醫療常規，即無醫療過失可言。此項判決並建立起「醫學上不同流派，均應尊重」之理論。誠如嗣後法院判決所稱，*Bolam Test*等於宣示：「注意義務是法律所賦予的，但注意標準則是一個醫學判斷問題。⁷」

醫療慣例之注意義務標準，在美國許多州法予以採取。例如，許多州法規定：醫療人員應盡到「其他處於相同情境之醫療人員，在相同職業中，一般所具有及行使的合理注意、技術與勤勉的程

⁴ Clarence Morris, *Custom and Negligence*, 42 COLUM. L. REV. 1147, 1163-67 (1942). 我國學說認為，醫師施行醫療行為應達到的標準，應適用常規診療義務。參見盧映潔、葛建成、高忠漢，論醫療行為之常規診療義務，國立臺灣大學法學論叢，35卷4期，頁164、166，2006年7月。

⁵ [1957] 2 All E.R.118. 關於本案判決之中文介紹，參見趙西巨，英美法中的「兩種流派」原則，月旦民商法雜誌，29期，頁117-120，2010年9月。

⁶ [1957] 2 All E.R.118, 121.

⁷ *Sidaway v. Governors of the Bethlem Royal Hospital* [1985] AC 871 (HL), at 881, per Lord Scarman.

度。⁸」或「在該領域或專業中的醫療人員，在相同環境下，通常行使的知識或技術程度。⁹」

採取醫療慣例的注意標準，其前提假設有二：第一，醫師不應僅因病患遭受不良醫療結果而負責。蓋醫療事故責任並非無過失責任，醫師行為必須不符合正常標準，始應負責。單純醫療結果不佳，不得認定為醫療過失。蓋在某些個案，縱使醫師善盡注意義務，仍可能發生醫療不佳之結果。因而，在Hancke v. Hooper乙案，法院即認為：「外科醫師並非保險人，而只需展示其職業上充分的技術與知識。由於某種意外事故發生或特殊病人的個人因素而發生損害，並非醫療人員的過錯。……原告必須證明，損害係因醫師技術欠佳而發生，而不得任意推論之。¹⁰」

第二，醫師不應僅因其遵循一種專業上合理可接受的醫療方式，而未採取其他醫療方式，而負擔過失責任。換言之，醫師在多數醫療專業認可的不同醫療方式中，具有裁量選擇的自由¹¹。在Hunter v. Hanley乙案，法院認為：「在診斷與治療的範圍內，應容許不同意見存在。醫師不應因其所為之結論與其他專業人員不同，而負過失責任；亦不應因其技術或知識低於其他專業人員可能的表現，而負過失責任。醫師的診斷與治療是否構成過失責任，在於其被認定，具有通常技術的醫師，依據通常的注意義務，不會發生其相同的失誤。¹²」

⁸ Ala. Code § 6-5-542(2) (1993).

⁹ Alaska Stat. § 09.55.540(1) (Michie 1998). 其他州法相關規定，參見Joseph King, *Reconciling the Exercise of Judgment and the Objective Standard of Care in Medical Malpractice*, 52 OKLA. REV. 49, 52, n.11 (1999).

¹⁰ (1835) 7 C. & P. 81, 84.

¹¹ King, *supra* note 9, at 57.

¹² 1955 S.C. 200, 204-5.

基於上述假設，醫師不應僅因病患之醫療結果不良而負賠償責任，且基於醫師的醫療裁量權，醫師採取多數醫療方法之其中一種，縱使醫療效果不佳，仍無須負責。此等前提假設，固然無誤，但是否即足以說明醫師的注意標準，應以醫療慣例為限，不無疑問。蓋醫療結果不良時，醫師是否善盡注意義務至為重要，至於注意義務之標準，未必採取醫療慣例之標準。此外，醫師對於醫療處置，固得採取自己認為妥當的方式，但醫療裁量權之行使，並非毫無界線，仍然不得違背醫師應有之注意義務，最終而言，如何決定醫師之注意義務標準，仍然甚為緊要，醫師不得僅以「屬於醫療裁量範圍」而免除責任。從而，以醫師具有醫療處置之裁量權，推論醫師之注意義務標準需採醫療慣例，尚有疑問。

二、我國法院實務見解

在我國法院實務，關於醫療行為是否具有過失，醫師經常抗辯，其行為符合醫療常規而無過失。例如在最高法院九十五年度臺上字第二一七八號民事判決，原告主張，其母懷孕，至長庚醫院，由該院受僱之婦產科主治醫師協助生產，並無使用具有危險性之真空吸引術之必要，被告醫師未確認其母是否破水超過24小時，即決定以真空吸引方式協助其母生產，其行為顯有過失，致原告出生時有頭部血腫，且因永久性腦部病變致罹患腦性麻痺。被告則以其所實施之醫療行為，未違反醫療常規，並無過失，而為抗辯。

本案法院認為，原告之母於8時30分子宮口已經開啟4公分，至11時21分原告頭部外露時，此狀態已近3小時，其身心已呈俱疲狀態，若仍期待以自然方式生產恐非易事，且卡在陰道口亦將增加原告遭受感染及窒息之危險。是以被告醫師決定以真空吸引方式協助生產，以降低原告可能發生之危險，屬合理舉措。且被告醫師使用真空吸引器，時間短暫，壓力值在常規設定正常範圍內，並無違背

技術成規，胎兒亦在短時間之內產出，手術療程並無錯誤，而判決原告敗訴。

再者，在醫療事故案件，我國法院送請專業機構鑑定時，經常強調鑑定機構應依據醫療常規作成鑑定結果。例如，最高法院九十三年度臺上字第一六二八號民事裁定謂：「經將上訴人所有之病歷資料送請行政院醫事審議委員會基於醫學知識及現行醫療常規鑑定結果，被上訴人林景坤診療上訴人之過程及使用活性維他命D3靜脈注射，其藥劑量及頻率均未超過治療副甲狀腺亢進所建議之用量，每月亦定期監測其血中鈣、磷值，並追蹤血鈣值及調整用藥，包括停用鈣片、使用低鈣透析，或暫時性停用維生素D，已盡用藥之定期監測及適時調整藥物劑量之能事，無法認定林景坤對上訴人之治療行為，有何故意侵權或不當之醫療疏失。」

此外，我國法院通常以被告醫師之醫療行為是否符合醫療常規，作為判決被告是否應負過失責任之標準。例如，在最高法院九十五年臺上字第一二二六號民事判決，被害人在臺安醫院，由其醫師實施左側乳房徹底根切手術。手術後，醫師對被害人注射「乳酸鹽林格氏溶液」及「多力維他」，因被害人對「多力維他」內含之維他命B1成分過敏，致全身發癢、口吐白沫、抽搐並陷入昏迷狀態，急救無效而死亡。

原審法院認為：「多力維他」內含之維他命B1為相當安全之營養補充品，臨床上使用維他命B1注射前，僅須詢問病患無過敏病史，除非有過敏病史，否則毋庸進行測試，目前亦無適當之檢測方法。被害人就醫時並未表示其對維他命B1過敏，護士並將其無過敏病史情事登載於護理病史記錄，由被告醫師檢視後，指示護士為被害人注射內含維他命B1成分之「多力維他」，符合醫療常

規，無任何疏失¹³。

值得注意者為，我國法院無論判決被告醫師是否應負過失責任，均以其行為是否符合醫療常規為判定標準。例如，在最高法院八十六年度臺上字第一七三一號民事判決乙案，原告於七十三年間在臺大醫院眼科診斷為右眼視神經萎縮，左眼白內障，而於七十三年十一月由被告醫師施行左眼白內障囊內摘除術。術後左眼無水晶體，而於同年十二月由被告醫師施行左眼前房人工水晶體植入術。原告嗣後因手術併發症而眼虹膜撕裂、瞳孔缺損。被告醫師於七十六年二月再次施行左眼人工水晶體植入術，於三個月後，左眼眼壓再上升並出現角膜水腫。於七十六年八月再將人工水晶體取出，此後左眼合併青光眼，難以藥物控制，最後施行眼角膜移植。左眼最終眼力為僅餘光覺，雖尚不致於視能完全毀敗，但已達社會盲或法律盲之程度。

本案鑑定意見認為，就當時之醫療常規，白內障手術盛行囊外摘除術，併同時植入後房人工水晶體，如此可減少術後合併症。但被告醫師卻將白內障摘出與人工水晶體植入分兩階段施行，而選擇前房人工水晶體，引起角膜代謝失償症，原審法院因而判決被告醫師應負賠償責任。

然而，最高法院認為：被告醫師一再抗辯：「伊于民國七十三年十一月十三日為被上訴人治療白內障時，囊外摘除術並不盛行，一般醫院仍採囊內摘除術。」又鑑定意見記載：「白內障囊內摘除術併植入人工水晶體手術，在國內是於六十五年榮民總醫院施行首

¹³ 本案原審法院雖然認為，醫師為病人注射系爭「多力維他」並無過失，但認為被告醫院未設置完善之急救醫護機制，致其醫護人員延誤急救時間，造成被害人死亡之結果，具有過失，而判決被告應負擔損害賠償責任。最高法院則認為，原審法院關於急救無效之責任認定，尚有疑義，而發回更審。

例。之後，漸漸有其他醫院加入此種手術的行列。早期人工水晶體植入手術，以『囊內摘除術』併植入『前房人工水晶體』為之，近期則以『囊外摘除術』併植入『後房人工水晶體』為大宗。民國七十三、七十四年為『轉型期』。七十五年以後，施行『囊內摘除』併植入『前房人工水晶體』的病例就很少，而大部份病例皆施行『囊外摘除術併植入後房人工水晶體』。據此，被告醫師以囊內摘除術併植入前房人工水晶體治療被原告眼疾，是否應負過失侵權行為責任，尚有疑問。

本案在原審法院，係依據鑑定意見所認定之醫療常規，而判決被告醫師應負責任。反之，最高法院則採取被告之抗辯，認為在本案施行手術時之民國七十三年，一般醫院對於本件手術採取囊內摘除術，被告醫師之所為，符合病人治療當時之醫療常規，而判決被告毋庸負過失責任。質言之，法院無論判決被告醫師是否應負過失責任，均以醫療常規為標準，應可認定。

自上述判決可知，在我國醫療事故訴訟中，被告醫師經常以其醫療行為，符合醫療常規，而無過失，作為抗辯。法院送請鑑定機構進行醫療鑑定時，鑑定機構通常依據醫療常規，判斷被告醫師之行為是否具有過失。至於法院之判決，無論醫師之手術或用藥，亦常以被告之醫療行為，是否違反醫療常規，作為認定過失存否之標準。

三、對醫療慣例之質疑

依據醫療慣例之注意標準，醫師只需遵循醫師專業的實務運作，即無須負責，縱使欠缺理性之人通常應有之注意標準，仍不負過失責任。是以，在醫療慣例之標準下，醫療專業人員並非因其未盡注意義務而負責，而是因其未能符合醫學專業慣例而負責。然而，應探討者為，醫療慣例是否存在及醫療慣例是否符合病患利益？

(一)醫療慣例是否存在？

依據醫療慣例的注意標準，其前提假設為，醫學專業人員團體對於特定醫療行為，具有約定成俗、共同依循的慣例。所生疑問者為，「醫療慣例」是否確實存在？所謂慣例，係指社會上一群人，對於某項活動，無意識地具有集體性的同意。就醫療行為而言，對於個別病患之診斷、治療，是否具有集體性同意的可能性，尚有疑問。

首先，在個別醫療案件，即使病患的病名或受傷情形相同，依據病患個別情形，如年齡、性別、體重、甚至病人信仰，未必採取相同的治療過程，而無法予以標準化。果爾，如何達成醫療慣例？再者，現代醫學技術種類繁多，且日新月異。對於同一病狀，基於不同成本、危險及利益考量，可能採取的醫療方式顯不相同。如何在醫師決定過程中，具有團體共識，而形成醫療慣例？醫學新技術的發展，代表著有人正在吸收並應用新技術，但有人則固守舊的醫療方式，其間的差異與分歧，對於共識的形成，甚為不易。

尤其在現代醫療診治過程，十分重視病人自主權，強調病人對於醫療過程的參與。換言之，病人成為最終醫療方式的決定者。果爾，病患的個別決定，尤其對於醫療方式所生危險的偏好程度，及個別經濟能力不同，對於形成醫療慣例的共識，更為困難。

在危險偏好方面，多數病患係屬危險厭惡者，病患基本上不願意冒著自己生命危險，而採取有危險性的診療方法。但醫療人員則屬危險偏好中立者，是以，病患對於醫師選擇的醫療手段，未必認為可以接受。二者之不同，將使醫療慣例更難形成。對於享有醫療保險之病患，基於避免危險，可能寧願浪費醫療資源，使用貴重診療方式，以求取永恆的生命。對於資源成本的無限使用，可能已經超越社會上最佳程度的醫療照顧。

在經濟能力方面，經濟能力之良窳，足以影響醫療品質，甚為顯然。病患經濟能力之不同，選取之診斷或治療方式必然差距甚大。經濟富裕者，必然選取高品質、昂貴的治療方式。經濟不佳者，有時只能放棄醫療。經由病患選擇的醫療方式，使醫療慣例難以形成¹⁴。

基於上述，現代醫療之特色，無法產生可信賴的醫療慣例。醫療問題十分複雜，具有個別化的特性。解決醫療問題之方式種類繁多，且醫療技術不斷發展，診治方式的決定者，無能力也欠缺誘因，從事適當的選擇與判斷。此種醫療個別化的特色，導致醫療訴訟中，難以形成醫療專業人員共同的醫療慣例。

依據美國實證問卷分析得知，多數醫療人員對於如何處理同一疾病，很少具有「共識」。對於他人如何診斷治療疾病，多數醫師並無所悉。多數醫師對於醫療準則，亦毫無知悉，或未加以遵守。從而，所謂醫療慣例，無非係專家證人個人之職業經驗，並將自己之職業經驗，視為職業慣例。實質上，所謂醫療慣例，無非係專家證人一己之偏見¹⁵。

(二)醫療慣例是否符合病患利益？

除上述醫療慣例之形成困難外，醫療慣例若僅取決於醫師團體的意見形成，則該等醫療慣例是否可採，不無疑問。蓋醫師如同一般人，難免具有自利、自我防衛的心態。尤其目前醫療事業，幾乎

¹⁴ 上述關於醫療慣例難以形成之說明，參見James Henderson & John Siliciano, *Universal Health Care and Continued Reliance on Custom in Determining Medical Malpractice*, 79 CORNELL L. REV. 1382, 1390-94 (1994).

¹⁵ Tim Gramm, Arthur Hartz & Michael Green, *Ascertaining Customary Care in Malpractice Cases: Asking Those Who Know*, 37 WAKE FOREST L. REV. 699, 711-12 (2002).

為醫療機構所控制。醫療機構基於成本考量，所設立的醫療常規，未必符合病患之最大利益。

美國著名法官**Leaned Hand**曾說：「〔一個行業〕不得設定自己的規範，無論該慣例多麼具有說服力。法院最終應表示何者為法律所要求。有些預防措施，甚關緊要，縱使〔該行業〕普遍上不予關注，仍不得作為免責的理由。¹⁶」在醫療過失案例，採用醫療慣例作為判斷醫師是否具有過失的標準，是「讓醫療專業人員享有他人無法享有的特權，而由醫療人員採用自己的實務運作，自己設定法律上的行為標準。¹⁷」據此，在醫療慣例的注意義務標準下，法院所認定者，並非醫師應該如何從事醫療行為，而是醫師是否符合醫療人員通常所為之行為。法院本身具有的價值判斷，由醫療人員取代。法院的工作，僅止於決定，被告是否符合醫療專業規範。換言之，遵循醫療慣例原則，「將使醫療專業凌駕於法律之上。¹⁸」

實則，法院實務上採取醫療慣例的注意標準，無非來自於二個基本信念：1. 對於醫療專門職業人員的信賴；2. 基於市場機能，醫療慣例符合效率化要求。

首先，法學上一直對於醫療專業人員具有信賴感，認為醫療專業人員的內部力量，足以設定適當的注意標準，以保護病患之利益，而不需要外部的法院壓力。法院一再認為，法官應尊重醫師的集體智慧；法官應信任，醫療專業人員具有自我認知，需維持一定自我標準的責任¹⁹。

然而，對於醫療專業人員的信賴，是否仍然可靠，不無疑義。

¹⁶ The T.J. Hooper, 60 F.2d 737, 740 (2d Cir. 1932).

¹⁷ See PAGE KEETON ET AL., PROSSER AND KEETON ON TORTS 89 (1984).

¹⁸ Philip Peters, *The Role of the Jury in Modern Malpractice Law*, 87 IOWA L. REV. 909, 913, 917 (2002).

¹⁹ *Id.* at 950.

醫療人員如同一般人，不免於自利、疏懶或其他財務上或職業上的偏好。根據研究結果顯示，在醫師自行擁有某種醫學儀器設備時（如實驗室檢查或X光檢查），比其他醫師更容易使用該儀器設備。當醫師一在接受某個藥廠宣傳藥品時，醫師比較可能使用該藥廠之藥品。很少醫療診斷方法係基於科學證據而來；且當下的醫學研究僅對於一小部分的診療決定發生作用。醫師甚至很少遵循專門職業團體建議的醫療準則（*guidance*）²⁰。果爾，則法院如何依賴醫師的集體醫療常規，顯有疑問。正如美國一位醫師兼政策分析人員宣稱：「鑑於社會上普遍存在高比例未盡注意義務之案例，果真依據醫療人員實務上之行為，作為決定注意義務之標準，則吾等將冒著以不適當的醫療實務，作為注意義務認定標準的高風險。此在過度使用子宮切除術、抗生素、心臟繞道手術及剖腹產等案例，可以得知。²¹」

就市場機能而言，依據傳統經濟學理論，在交易成本甚低時，慣例符合效率化的要求。原因是，在交易成本甚低時，服務提供者（醫師）具有誘因，提供消費者願意支付對價之注意程度。在加害人與受害人具有事前契約時，雙方均願意協調出雙方所期待之義務，因而市場機能將逐漸產生慣例。醫師與病患之間，正如市場規則之運作，醫師團體將形成反應大眾期待、具有安全措施的醫療服務。

然而，現實上醫療服務市場，並未具有正常市場機能所應具備的資訊透明化及談判能力對等之要求。消費者（即病患）欠缺足夠的選擇機會；病患亦無足夠訓練，足以評估醫療診斷與治療人員的

²⁰ Peters, *supra* note 18, at 952-53.

²¹ David Eddy, *The Use of Evidence and Cost Effectiveness by the Courts: Can It Help Improve Health Care?*, 26 J. HEALTH, POL., POL'Y & L. 387, 396 (2001).

能力。醫師與病患的談判能力，並不對等。醫療消費通常係在緊急、壓力、甚至無可奈何下接受。病患對於成本與品質關聯的談判，幾乎不可能。從而，醫療服務之提供，幾乎由醫師決定。而醫師基於各種利益衝突考量，所為之醫療決定，未必符合病患之最佳利益。是以，依賴市場機能，而信賴醫療慣例，純屬想像²²。

綜合上述，醫療慣例是否存在，在醫療實踐上，尚有疑問。在醫療商業化的時代，醫療人員之醫療行為，是否形成有利於病患之慣例，足以支撐傳統上對於醫療人員之信賴，不能無疑。由於醫病雙方擁有醫療資訊的地位不對等，在市場機能上，醫療慣例是否能達成效率化的要求，亦生疑問。是以，以醫療慣例作為判斷醫療過失是否存在之基準，不僅未必具有明確的醫療慣例足以為憑，且將法律上的過失判斷，交由醫師群體自行決定，未必符合病患利益與市場機能之要求。

四、外國法院實務發展

基於上述對醫療慣例作為注意義務認定標準所生之疑慮，原本採行醫療慣例作為過失認定標準的各國法院，逐漸放棄醫療慣例的標準，而採理性醫師的注意標準。

(一)美國法

美國越來越多州法，對於醫療慣例原則，採取保守態度。在二〇〇二年之前，已有十一個州及華盛頓特區明白反對，將合理的注意義務等同於醫療慣例，而改採理性醫師的標準。在許多未明白採理性醫師標準的州法，法院則明白拒絕遵循醫療慣例原則，而由審判團決定醫師是否從事合理的醫療行為，而非醫師是否符合醫療

²² Peters, *supra* note 18, at 954-57.

慣例。專家證言之內容，不再是醫師通常之行為如何，而是醫師「應該」如何行為²³。

美國法院第一個廢棄醫療慣例原則，而引起重大爭議的案件為 *Helling v. Carey* 乙案²⁴。該案原告在24歲時，由被告眼科醫師進行眼睛例行檢查，七年後再由被告檢查時，發現罹患青光眼。經查，原告罹患青光眼，大約已經十年，但尚未具有明顯症狀。原告主張，被告於其24歲例行檢查時，未從事青光眼測試，具有過失。被告則抗辯，依據眼科醫學慣例，青光眼檢查一般僅對40歲以上之病患檢查。蓋40歲以下之病患，青光眼之發生機率低於二十五萬分之一。因而被告未對原告進行青光眼例行檢查，符合醫學慣例而無須負責。由於原告無法舉證被告偏離醫學慣例，第一審法院判決被告勝訴。

然而上訴法院認為，專業慣例不足以作為醫師注意義務之判斷標準，「對於40歲以下之病患進行青光眼檢查，縱然與眼科醫師職業標準不合，但法院仍有義務宣示，該項檢查屬眼科醫師之義務，以期避免病患遭遇青光眼之損害結果發生。因而就法律而言……未進行此項檢查，被告具有過失。²⁵」法院之理由係，此項診斷檢查方法本身甚為安全，且並非昂貴。縱使青光眼之罹患率甚低，但適當之檢查實務運作，應將青光眼檢查作為所有病患之例行性檢查項目。法院認為：「在40歲以下之人，僅有25萬分之1會罹患青光眼，機會固然甚低。但任何人均享有與40歲以上之人同樣的保護，可以獲得青光眼及時檢查得知，以避免該疾病導致重大破壞性的結

²³ Peters, *supra* note 18, at 913-16.

²⁴ 519 P.2d 981 (1975).

²⁵ 519 P.2d at 983.

果。該項檢查僅為簡單的眼壓檢查，相對便宜。²⁶」

本案法院判斷被告是否有過失的標準，否定醫療慣例原則，而斟酌損害的嚴重程度及避免該損害之成本高低，顯係採取理性醫師的標準。

美國法院其後一再重申理性醫師的注意義務標準。例如，在 Hall v. Hilbun 乙案²⁷，病患因肚子不舒服至醫院看診，被告醫師診斷可能為小腸阻塞而進行探查性剖腹術。在手術進行完畢後，於下午1時35分進入恢復室。被告醫師於2時50分離開病人後，病人於14個小時後，因心肺衰竭死亡。

病患之夫起訴主張，被告醫師對於病患之術後照顧有疏失，且對於醫院護理人員對病患術後照顧之監測與照護，未給予適當指導，亦有過失。但被告醫師則抗辯，在其離開醫院後，護理人員未曾通知其關於被害人之任何病情，在受通知後回到醫院，病患已經死亡，因而其並無過失。

關於注意義務之標準，本案最高法院認為：適格之醫師，並非因單純的判斷錯誤、錯誤診斷或不良結果而負責。基於「適任醫師的注意標準」（competence-based duty of care），「對於任何醫師，得以合理及公平地期待，其擁有（或具有合理的途徑獲得）一般最低合格醫師所通常擁有（或合理可獲得），該專科醫師或一般醫師所具有之醫學知識、瞭解其知識或能力之限制、並進行最低適當的醫療判斷。」「醫師提供之專業服務，須符合客觀上所得確定之最低可被接受的能力程度。²⁸」

²⁶ *Id.*

²⁷ 466 So. 2d 856 (1985).

²⁸ See BARRY FURROW, THOMAS GREANEY, SANDRA JOHNSON, TIMOTHY JOST & ROBERT SCHWARTZ, LIABILITY AND QUALITY ISSUES IN HEALTH CARE 124-25 (3d ed. 1997).

關於醫療慣例與醫師注意標準之關係，本案最高法院強調：「醫療慣例因不同醫療區域而有差異，隨著地區不同而不同。符合特定區域、既已存在之最低能力醫師的醫療慣例，對於是否符合注意義務而言，並非絕對符合上述標準。注意義務之內容，需參酌醫療與實務知識，在相同或類似病患的醫療處置中，在相同或類似的環境條件下，考量可以獲得的設備、資源及選項中，依據相同領域之最低能力的醫師之所為，客觀地予以決定。注意義務之內涵，可以參酌地區醫療慣例，但並非遵守之。²⁹」

是以，美國醫療法學者指出，醫師之注意義務，係在相同或類似環境下，理性謹慎醫師之注意標準。就專科醫師而言，其需對於其所處理之特殊器官或身體部位、特殊疾病或特殊病人，具有高度的知識與能力，並實施與其他相同醫師通常具有之技術與注意程度，以治療病患³⁰。

綜上，美國法院已經揚棄以醫療慣例作為醫師行為過失與否之認定標準，醫療慣例至多僅為認定醫師行為是否具有過失的參考因素而已，至於醫師行為是否具有過失，仍應回歸一般過失認定之標準，亦即以理性謹慎之醫師的注意程度，依據個案判斷之。

(二)英國法

在英國，法院同樣放棄醫療慣例原則³¹。例如，在 *Clarke v. Adams* 乙案，原告因腳後跟纖維性組織炎由被告物理治療師治療。被告僅警告原告，不要感到「不舒服的溫熱感」即可。實際上原告

²⁹ *Id.* at 125. 本案原審法院基於原告之專家證人不適任，而判決原告敗訴。但最高法院採取不同見解，而發回重審。

³⁰ GEORGE ANNAS, *THE RIGHTS OF PATIENTS* 342, 344 (2004).

³¹ 關於醫師注意標準，在英國法的變遷，參見 *JACKSON & POWELL ON PROFESSIONAL LIABILITY* 916-26 (John Powell et al. eds., 2007).

受到灼傷性傷害，最終導致膝蓋以下截肢。法院認為，被告對於原告之警告，不足以使原告傷害受到安全照顧。縱使依據被告所學，僅需為系爭警告，仍應為其警告不適當而負責³²。

英國法院在另一則案例Hucks v. Cole中，對於產後熱病症，被告醫師施以相對便宜的四環素（tetracycline）治療，而非施以較佳抗生素的盤尼西林治療。專家證言證稱，醫學上值得尊重的意見支持，在此情況下，可以施以四環素。但法院判決：「當證據顯示，在執業實務上發生腔隙（lacuna）時，應知悉病患正在冒著重大損害之危險，無論該風險機率多麼微小，法院必須積極地檢視該腔隙，尤其在該風險可以容易且非昂貴地予以避免時。法院對於被告何以不採防範措施之理由予以分析後，基於當前的專業知識，若法院發現，並無正當理由足以發生系爭腔隙，且原告冒著如此風險，絕非合理時，法院的功能即在於，陳述該事實，且說明在何種情況下，該行為構成過失。此時，醫療常規無疑地應相應於病人之利益，而予以改變³³。」

本案法院基於被告行為具有重大損害發生之高危險性，且避免損害風險發生之成本較低，而明白認為醫療常規應予以改變，顯係採取理性醫師的標準。

英國法採取法院積極介入立場的重要案例為Bolitho v. City and Hackney Health Authority乙案³⁴。原告為2歲兒童，接受哮吼性支氣管炎治療，因支氣管空氣通道受阻，引起心搏停止，導致腦部受損。被告醫院承認，醫師受召請多次而未進行診治，具有過失。再者，若對原告進行插管，清除空氣通道後，原告可避免腦部受損，

³² (1950) 94 S.J. 599.

³³ Hucks v. Cole (1968), [1993] 4 Med. L.R. 393, 397.

³⁴ [1997] 4 All E.R. 771.

亦無疑義。惟在此情況下，是否適合進行插管，有二派見解。受召請之被告醫師抗辯，若他及時應診，仍然不會採取插管，因而原告之心搏停止及腦部受損，均屬無法避免。被告之專家證人證稱，在此情況下，他不會進行插管。反之，原告的五名專家證人則證稱，原告應該插管，而且插管是使原告免於受害之唯一方法。

原審法院認為，依據Bolam Test，多數不同派別之學理，被告只需遵循其中之一，即無須負擔過失責任。英國貴族院則採取原告之主張，認為被告之專家證言縱使認為原告之診斷或治療符合醫療常規，法院仍無須即認為被告不負過失責任。被告舉證之專家證言，必須具有符合邏輯的基礎，包含危險與利益的衡量，始具有說服力。蓋多數專家意見固然符合合理性的要求，但某項醫療行為之採用，涉及相關危險與利益評估時，專家證言必須對該危險與利益進行評估，始得認為具有合理性。是以，若專家證言不符合邏輯分析時，法院即應宣告該意見不合理而不予採取³⁵。

本案法院認為，專家證人之證言，必須進行危險與利益的衡量，始具有說服力，顯然不再單純以專家證人從事之醫療慣例，作為認定過失與否的標準，而係採合理性醫師的注意標準。

綜上，英國法院在判斷醫師行為是否具有過失時，經常斟酌損害發生之危險性、避免發生損害之成本及危險與利益之衡量，而排除醫療慣例之適用，改採一般過失判定之標準。法院斟酌醫療行為之危險性、醫療處置對於病患利益之大小及損害之多寡，即為理性醫師的注意標準。

(三)日本法

日本法關於醫療過失之認定標準，在醫療水準理論提出之前，

³⁵ [1998] A.C. 232, 243.

係以「通常醫師標準」為依據，亦即以醫療慣例作為判斷標準，探討醫師實施之醫療行為，是否符合醫療專業團體中的醫師平均水準。

日本法以醫療慣例作為醫師責任認定基礎之傳統見解，在一九六一年的東大醫院輸血梅毒事件³⁶，為法院所廢止。在東大醫院輸血梅毒事件，原告因子宮頸瘤切除手術住院，接受輸血而感染梅毒，因而離婚並發生梅毒感染後遺症，而請求國家賠償。本件提供血液之人（賣血者）於供血前十三天與應召女郎發生性行為，但於本案採血之際，提出一個月前在血液檢驗所檢驗之檢查證明書，證明其梅毒反應為陰性。本件採血醫師僅詢問其「身體是否安好」，而未詢問是否從事具有感染梅毒高危險之性行為。

本件採血醫師抗辯，本案供血之人既有梅毒陰性的檢查證明書，在無特殊情事下，詢問其「最近有無與女性遊樂」，已侵入個人隱私範圍，因而本件採血醫師之問診程度，已符合醫療現場之慣行，而無過失。

最高法院否決被告醫師之抗辯，認為醫師對於持有證明文件的賣血人，固有省卻問診之習慣，但「注意義務之存否，係屬法律判斷決定之事項，縱使所述的慣行確實存在，但所謂習慣，僅係作為判定過失輕重及其程度之參酌事項而已，因而不得直接以之否定其注意義務。³⁷」法院據而認為，被告醫師對於梅毒感染之危險性，具有具體詳細之問診義務，其怠於詢問，具有過失。

在本案，法院對醫師職業責任揭示一項重原則，亦即「從事之業務，在於管理人之生命及健康者（醫師），依據其業務性質，為

³⁶ 昭和36年2月16日判決。民集15卷2號，頁244；判時251號，頁7。

³⁷ 引自金光秀明，醫療水準と醫療慣行，載：醫療訴訟，頁221，2009年2月。

防止危險發生，必須盡到實驗上必要之最完善的注意義務。³⁸」從而，被告醫師不得以其問診行為符合醫療慣行而免責。

日本法院之另一則關於醫師過失認定之重要案例為「水蟲放射線案件」³⁹。本案原告為大學生，在國立醫院治療水蟲病（即腳癬病），因醫師於三個月內使用放射線照射44次，致照射部位出現黑色斑點，併發皮膚癌，最後原告之雙腿均被切除。被告抗辯，X光照射並非導致皮膚癌發生之原因，且本件X光照射是否過量，仍待證實。

本案法院判決醫師具有過失，理由係：「醫師對於病患之病情，應給予充分注意。對於病患之治療方法內容及程度等，必須基於診療當時之醫學知識，考慮治療結果及其副作用等所有情事，給予萬全的注意，以實施其診斷治療。」據此，法院認為，被告醫院實施過量之X光照射，醫師違反注意義務而有過失。本案法院提出「診療當時之醫學知識」，作為醫師注意義務之標準。

據上所述，日本法院對於醫師之注意義務，並非以醫療慣例作為認定標準，而係以「最完善的注意義務」，或「診療當時之醫學知識」，作為醫師注意義務之標準。至於醫師之行為符合醫療慣例，僅係作為判定醫師過失輕重及過失程度之參酌事項而已。

雖然上開判決對於「最完善的注意義務」並未予以釐清，有待於日後日本法院繼續提出「醫療水準」之概念，但日本法關於醫療事故中，醫師注意義務之認定，放棄醫療慣例之標準，足可認定。

五、小 結

按採取醫療慣例之注意標準或理性醫師的注意標準，在侵權責

³⁸ 參見醫療過誤訴訟實務研究會編，醫療過誤と訴訟，頁1-3，2005年3月。

³⁹ 昭和44年2月6日判決。民集23卷2號，頁195；判時547號，頁38。

任上具有重大不同意涵。依據醫療慣例之注意標準，法院探求者並非被告是否從事與理性之人或理性醫師相同之行為，而是被告行為是否符合實務慣例。法院的判斷，並非規範的判斷，而是實證的判斷。法院只決定何者為醫療實務慣例，而非決定醫療慣例應該如何。法院決定醫師行為是否符合醫療慣例，而非決定醫師在規範上，應為如何之行為。換言之，法律將其規範判斷，交由醫學專業人員決定。醫療人員在醫療常規的保護下，被害人在醫療人員構成過失責任時，仍無法請求賠償；醫療人員僅就其「慣例上行為的過失」，始負責任，與其他侵權責任，顯然不同⁴⁰。

反之，基於理性醫師的注意標準，法院應決定，醫師行為是否符合理性醫師在相同情況下，應有的注意標準。醫療慣例僅作為醫療行為規範判斷的一種參考材料。法院應設定最低的注意標準，醫院基於成本考量而形成的醫療慣例，可能不合理的注意義務。固守舊有醫療慣例之醫師，更容易違反注意義務⁴¹。

綜合上述各國實務發展可知，關於醫療行為之注意義務，英美及日本法院以往採取醫療慣例作為醫師行為是否符合注意義務的標準。只要醫師之醫療行為符合一般醫師採取的醫療常規，即便欠缺理性醫師的必要注意義務，而導致損害，仍然無須負責。但近來則認為，醫療行為應以理性醫師的注意標準為基礎。在判斷醫師行為是否具有過失，必須考量系爭醫療方法的安全性、使用系爭診斷或治療方法的代價、使用系爭醫療行為對病人可能獲得的利益，及系爭醫療行為可能引起之危險。由是以觀，理性醫師的注意標準，與一般侵權行為法在其他領域，包括專業領域（如工程師的注意義務

⁴⁰ Note, *Comparative Approaches to Liability for Medical Maloccurrences*, 84 YALE L.J. 1141, 1148 (1975).

⁴¹ Peters, *supra* note 18, at 920-21.

務)，所適用之注意標準相同。在此注意標準下，醫師不再享有醫療專門職業人員的特權。

肆、醫療水準與理性醫師的注意標準

一、醫療水準說之源起

我國學說上經常提及的「醫療水準」理論，來自於日本法⁴²。我國最高法院亦曾明白採取之。例如，在該院九十五年度臺上字第三八八四號刑事判決謂：「醫療過失，係指醫療人員違反客觀上必要之注意義務而言。惟因醫療行為有其特殊性，自容許相當程度之風險，應以醫療當時臨床醫療實踐之醫療水準判斷是否違反注意義務。原則上醫學中心之醫療水準高於區域醫院，區域醫院又高於地區醫院，一般診所最後；專科醫師高於非專科醫師。尚不得一律以醫學中心之醫療水準資為判斷標準。」所謂「醫療當時臨床醫療實踐之醫療水準」即為日本法上之「醫療水準」說⁴³。

醫療水準理論之討論，源於一九七四年（昭和四十九年）日本的高山日赤醫院關於早產兒視網膜病變之判決。本案早產兒在保溫箱中因視網膜病變，給予酸素等治療，而未施以「光凝固法」治療。在病情惡化後轉院至具有實施「光凝固法」設備之其他醫院，但因轉院遲延以致於雙目失明。

本案法院認為，該院醫師對於當時已存在的有效治療方法「光凝固法」及其他醫院具有該治療方法之專家等資訊，對病患具有說

⁴² 參見曾淑瑜，醫療過失與因果關係，頁249-263，2007年10月再版；黃鈺嫻，從醫療水準談婦產科醫療責任注意義務之認定，律師雜誌，308期，頁36-47，2005年5月。

⁴³ 金光秀明，同註37，頁211。

明義務，其違反義務、遲延轉院之行為，具有過失。

本件判決引起日本醫界強烈反彈，蓋「光凝固法」在當時尚未確立為視網膜病變之有效治療方式，法院之判決無疑係以當時醫學發展之「醫學水準」作為過失認定之基礎。為修正上述法院見解，日本醫師松倉豐治提出「醫療水準」之概念，以與「醫學水準」相區別。松倉認為，「醫學水準」係指醫學學術研究上的水準，而「醫療水準」係指在「醫學水準」下，臨床醫療上已經達到一般醫師普遍實施的治療方法。依據「醫療水準」之診療方法，係廣泛為一般專科醫師所認識，在臨床醫學界經過廣泛介紹而獲得共識，且具有臨床實踐可能性的醫療方式⁴⁴。

在「醫療水準」之概念提出後，日本法院逐漸修正醫師過失認定之標準，在一九八二年（昭和五十七年）三月三十日的高山日赤醫院早產兒視網膜病變判決⁴⁵，認為在「光凝固法」之安全性及療效未經確立前，醫師並無告知病患轉院之說明義務，且醫療過失之判斷，應以「診療當時臨床醫學實踐上之醫療水準」為標準⁴⁶。本案之重要意義，在於確立醫師或醫療機構注意義務之標準為「診療當時臨床醫學實踐上之醫療水準」，嗣後日本法院即據此認為，為符合診療當時醫療水準的治療或診斷方法，即為未盡適當注意義務⁴⁷。

綜合日本多數法院關於早產兒視網膜病變之案例，法院係以日本厚生省於昭和五十年三月公布光凝固法作為醫療基準時點，分別

⁴⁴ 夏芸，醫療事故賠償法，頁114，2007年10月；曾淑瑜，醫療水準論之建立，法令月刊，48卷9期，頁32，1997年9月。

⁴⁵ 昭和57年3月30日判決，判時第468號，頁76。

⁴⁶ 稻垣喬，醫事訴訟理論の展開，頁111，1992年8月。

⁴⁷ 山口齊昭，未熟兒網膜症姫路日赤病院事件，載：醫療事故對應の實踐，頁45，2009年9月。

認定醫師未實施該治療方法是否具有過失。是以，相同案件之醫療行為發生於昭和五十年之前者，認定為無過失，但發生於昭和五十年之後者，則為有過失⁴⁸。此項法院見解，單純以醫療行為之時點作為判斷基礎，與「醫療慣例」之認定標準，甚為類似。從而，醫療水準理論是否使醫療過失之判斷，回復為醫療慣例之標準，乃生疑問。

二、醫療水準與醫療慣例

日本學界認為，醫療水準並非醫療慣例。醫療慣例作為醫師平均行為之標準，具有合理性；在現實臨床醫療上，亦具合理實現可能性。且醫療慣例對於設定一般醫師注意義務之標準，具有重要影響。但醫療慣例並非醫療水準，僅於認定醫療水準之際，醫療慣例被評價為非常重要之間接事實而已⁴⁹。據此，醫療水準並非醫療慣例。

日本法院採此見解。在麻醉藥仿單事件⁵⁰，原告為7歲男孩，接受闌尾切除手術，在進行腰椎穿刺及藥物麻醉後，開始開刀，被告醫師指示，每5分鐘進行一次血壓測量。手術中，原告發生休克症狀，被告乃終止手術，進行急救。原告心跳暫時停止2分鐘後，回復心跳及呼吸。其後完成闌尾手術，但原告無法回復意識，最後成為植物人。

⁴⁸ 稻垣喬，同註46，頁111。

⁴⁹ 參見曾淑瑜，同註42，頁252；曾淑瑜，同註44，頁33；翁玉榮，從法律觀點談醫療水準與醫師之注意義務，警學叢刊，30卷5期，頁323，2000年3月。關於醫療水準與醫療慣例之區辨，日本學說參見西野喜一，醫療水準と醫療慣行，載：新・裁判實務大系(1)醫療過誤訴訟法，頁103-117，2000年10月。

⁵⁰ 平成8年1月23日判決。民集50卷1號，頁1；判時1571號，頁57。

依據藥品仿單記載：「在打入麻醉劑前，應測量一次血壓，在打入之後的10分鐘或15分鐘之內，每隔2分鐘應測量一次血壓。」原告主張，被告醫師違反上述規定應負賠償責任。被告醫師則抗辯，根據當時一般開業醫之慣行，血壓為每5分鐘測量一次，至於藥品仿單之記載，則不得作為過失判斷之基準。

但最高法院否定被告之抗辯，認為「醫療水準乃醫師注意義務之基準，與平均醫師現行從事的醫療慣行未必一致。醫師依據醫療慣行所進行之醫療行為，非可直皆認為業已盡到醫療水準的注意義務。⁵¹」因而廢棄原審法院認定被告醫師不負過失責任之判決。

日本學界亦認為，醫療水準之判斷，並非全國一致的僵化標準，而應參酌個案事實背景，就個案之醫療條件，合理決定醫師應負之診療義務水準。易言之，醫療水準之判斷應作相對性觀察與認定。根據醫療慣例無須進行某種治療方法或檢查，但在個案事實中，基於醫師或醫療機構的專業性、醫療條件或區域醫療品質水準，認為對醫師或醫療機構課予實施該項治療方法或檢查義務，在客觀上係屬合理可期待時，醫師或醫院違反此項義務時，即為違反醫療水準之要求⁵²。

日本法院判決，亦採此見解。在平成七年的姬路日赤醫院早產兒網膜症事件⁵³，法院對於醫療水準，並非採取全國統一之標準。本案原告為三十一週早產兒，在昭和四十九年十二月於被告醫院之新生兒中心住院約一個月，在保溫箱中給予酸素等治療，出院後檢查，原告罹患早產兒網膜症，兩眼視力僅0.06。

⁵¹ 引自金光秀明，同註37，頁221。

⁵² 岡林伸幸，醫療水準論に關する一考察(二)——先端技術と醫療過誤(一)，名城法學，44卷2號，頁88，1994年1月。

⁵³ 平成7年6月9日判決。民集49卷6號，頁1499；判時1537號，頁3。

原告主張，被告醫院未將其轉院至具有可能實施光凝固法設施之醫院，具有過失。被告則抗辯，日本厚生省係於昭和五十年三月始公布光凝固法之醫療基準，而本件之醫療行為係於四十九年十二月至五十年一月間實施，基於當時之醫療水準，醫師並未違反注意義務。再者，為避免不同地區或不同醫院採取不同責任標準，厚生省公布的診斷基準，應作為全國統一標準，而成為臨床醫學之醫療水準。

本案原審法院基於厚生省於昭和五十年三月頒訂光凝固法作為醫療基準時點，認為基於統一及一致的醫療基準，在昭和五十年八月在雜誌刊載之後，光凝固法始確立為有效的治療方法，而本案原告於四十九年十二月十一日出生，因而不得請求賠償。

但最高法院不採被告之抗辯，認為：「在新型療法（光凝固法）存在時，所為之檢查、診斷與治療，是否符合醫療機構，基於醫療契約所要求之醫療水準，必須斟酌系爭醫療機構的性質、所在地區的醫療環境特性等各種情事，而非捨棄上述情事，對於所有醫療機構，就其醫療契約所要求之醫療水準，採取統一標準。從而，關於新型療法之知識，必須在與系爭醫療機構具有類似特性的醫療機構，均有相當程度的普及性，可以期待系爭醫療機構具有該新型療法之知識時，在無特別情事之情況下，該醫療知識應作為系爭醫療機構之醫療水準。⁵⁴」據此，最高法院判決，系爭新型療法可合理期待具有普及性，被告醫院負有使醫師具有上開知識之義務，或欠缺該等設備時，應有轉診的適切處置義務。

依據本案判決，醫療水準係以「可以期待系爭醫療機構具有該新型療法之知識」為標準，依據個別醫療機構，基於醫療機構的類型與醫療地區的特性，足以期待具有該等知識時，無論該醫療方法

⁵⁴ 引自醫療過誤訴訟實務研究會編，同註38，頁6。

實際上在系爭醫療機構是否普及、固定地施行，該治療方法之知識即為醫療水準，從而各個醫療機構具有各自的醫療水準。作為規範性質之醫療水準，係依個別情事而為判斷，而非統一、一致且僵化的固定標準。學說上雖認為其有礙於法之安定性，但適足以表現過失認定之特質。

誠如日本學者指出，本案之眼科醫師對於早產兒視網膜之檢查與診斷並無經驗，亦未受過特別訓練，但仍無妨於醫療水準之建立。據此而論，「『醫療水準』乃自病患或社會的面向觀察，可得獲取的期待，所為之判斷，乃屬極為規範性的概念。⁵⁵」日本學者一再強調，以醫療水準為基礎，判定醫師診療行為是否適當或具有相當性，係以醫療水準作為價值判斷之基準。雖然醫療水準係考慮醫療慣行，依據醫療現場之行為，以當時醫療狀況為基礎。但作為醫師行動準則之醫療水準，在成為法院認定義務違反之標準後，醫療水準成為雙方當事人利益調整之中間概念⁵⁶。

日本學說指出，一般認為之醫療水準係指某項醫療方法具有某種程度之普遍性，且在一定地域內具有固定性，並未考慮病患之具體狀況。然而，就醫療準則應考慮疾病之狀況而採取一定之措施而言，基於病患之特殊條件（如「腎臟不全」、「特異體質」或特別衰弱等），與不同身體條件，醫師應施以不同療法。醫療水準之判定應同時顧及病患之具體狀況，而為個別檢討。醫療水準之判斷並非賦予一般、抽象的診療標準後，單純判斷醫師是否違背此一標準。實際上，醫療水準應作為動態的理解，而非作為全國一致相同之過失判斷標準⁵⁷。

55 山口齊昭，同註47，頁46。

56 稻垣喬，同註46，頁74。

57 稻垣喬，同註46，頁75-78。

據上而論，醫療水準之認定，亦即「診療當時臨床醫學實踐上之醫療水準」，既非醫療慣例，亦非固定不變的一致標準，而應相應於個案，探討醫師之診療、檢查是否符合診療當時，可合理期待之醫療方法。在上述早產兒視網膜病變案例，日本法院最終並非單純以昭和五十年公布光凝固法之時間，作為認定標準。在公布前之醫療行為，可以期待系爭醫療機構具有該新型療法之知識時，該醫療知識仍成為當時之醫療水準，其未為治療，仍應負過失責任。

總而言之，「醫療水準」係屬規範性的概念及當事人雙方利益調整、價值判斷之基準。實際上醫療水準之標準，與理性醫師之標準，並無不同。二者均非固定不變之標準，而係依據個案，考量醫病雙方之利益衡量，在對醫師或醫療機構課予實施該項治療方法或檢查義務，客觀上係屬合理可期待時，即得認為該項療法或檢查，係屬系爭醫師或醫療機構之醫療水準，在醫師違反時，即屬違反醫療水準而負過失責任。

伍、醫療準則與醫療鑑定意見

關於醫師行為是否具有過失，醫病雙方在醫療訴訟中，有時會提出醫療準則或醫療指引，作為病患主張權利或醫師抗辯其無過失之依據。此外，我國法院在醫療訴訟中，經常以醫事審議委員會或醫療機構之鑑定意見，作為認定醫師行為是否具有過失之依據，因而本文以下探討，醫療準則與醫療鑑定意見，得否作為醫師是否善盡注意義務之判準。

一、醫療準則與醫師注意義務

醫療準則或醫療指引（guidelines）是由醫師專家集體依據高度的專門知識，經過討論而形成，且在一定期間後，由專家群依據

近期文獻報告的統合見解，進行修正，並由醫師繼續教育課程，傳授給醫師，作為臨床實際應用的醫療實務執行規範。例如，心臟學會對於急性冠心症、高血脂症、高血壓及心臟衰竭等，均建立醫療準則。我國學說上主張，鑑於醫師應盡到平均的注意義務，以醫療準則作為醫師的常規診療義務標準，應屬合理⁵⁸。

然而，依據美國的醫療訴訟經驗，醫療準則無論作為被告的「防衛之盾」，或作為原告的「攻擊之矛」，均僅為各種證據之一，而非作為決定醫師責任是否成立的唯一標準。醫療準則在美國訴訟上係作為判斷過失的證據資料，而非具有全然決定性標準的規範⁵⁹。

首先，醫師未嚴守醫療準則規範，法院未必對被告醫師作成不利之判斷結果。例如，在Lowry v. Hendry Mayo Newhall Memorial Hospital乙案⁶⁰，原告主張，被告醫師在使用高級心臟維生器時，使用二種藥物，增加心臟跳動率，違反美國心臟協會建立的醫療準則。被告抗辯，醫療準則並非強制命令，基於個別案件的臨場判斷，醫療準則可以不予遵守。本案上訴法院判決被告醫師勝訴，認為醫療準則與案件本身事實或專家證言的證據相比較，並未更具有說服力。

反之，醫師遵守醫療準則，未必使被告醫師因而無須負賠償責任。例如，在Helling v. Carey乙案⁶¹，法院指出，基於醫療準則之醫療常規，所規範之注意標準，法院仍然不受拘束。美國其他法院

⁵⁸ 盧映潔等，同註4，頁5-6。

⁵⁹ Ash Samanta, Michelle M. Mello, Charles Foster, John Tingle & Jo Samanta, *The Role of Clinical Guidelines in Medical Negligence Litigation: A Shift From the Bolam Standard?*, 14 MED. L. REV. 321, 339-40 (2006).

⁶⁰ 229 Cal 620 (1986).

⁶¹ 519 2D 981 (Wash. 1974).

指出，判斷醫師之注意義務，仍須考量其他因素，例如個別醫院規定之程序、醫療政策，及其他自行訂定的標準等⁶²。

實則，醫療準則係針對多數共同臨床醫療行為作成的規範摘要，無法對於個別複雜案例中，個別特殊病情予以規範，而無法替代醫師在個別醫療行為所為之臨床判斷⁶³。在醫療訴訟中，原告經常抗辯，被告雖然遵守臨床醫療準則，但醫療準則僅提供最低要求之注意標準，而非在個別條件下的充分注意義務。例如，在 *Jewett v. Our Lady of Mercy Hospital* 乙案⁶⁴，原告生產時，因被告產科醫師對於生產過程，未適當監控，致嬰兒死亡。原告主張，被告醫師之注意標準雖然符合美國產科與婦科醫師學會之規範，但該醫療準則僅為醫師的最低注意標準，被告應盡到更高之注意義務。此時，應依據專家證人，提供被告醫師應為行為之注意標準。

再者，不同醫療機構可能制訂不同醫療準則，該等不同醫療準則可能發生規範歧異之現象⁶⁵。例如，在 *Levine v. Rosen* 乙案⁶⁶，原告之專家證人以美國癌症協會的建議作為證言基礎；反之，被告之專家證人則以美國產科與婦科醫師學會的建議作為證言基礎。法院承認，二個權威醫療機構可能具有不同意見，若被告行為受到醫療專業人員支持時，可以依據被告提出的醫療準則而為醫療行為。

由於醫療準則僅為最低限度注意義務，且具有規範歧異現象，

⁶² *Denton Regional Medical Centre v. Lacroix*, 947 SW 2D 941 (Tex. appeal 1997).

⁶³ M. Mello, *Of Swords and Shields: The Use of Clinical Practice Guidelines in Medical Malpractice Litigation*, 149 UNI. OF PENN. L. REV. 645 (2000).

⁶⁴ 82 Ohio App 3D 428, 612 NE 2d 724 (Ohio. 1992).

⁶⁵ 依據美國學者統計，美國有1,600種以上的醫療準則，醫病雙方經常引用對自己有利之醫療準則，作為對己有利之主張。參見Gramm et al., *supra* note 15, at 751.

⁶⁶ 616 A.2d 623 (Pa. 1992).

又無法替代醫師個案判斷，醫療準則在醫療訴訟中如何應用，成為美國法學界探討的重要議題，可分為三種模式：第一種模式為，緬因州提案規定，在麻醉、急救、放射線及婦產科四項醫療領域，若醫師願意自動遵守醫療準則，則醫師對於其行為不再負責。然而，由於臨床醫療資訊收集不易及其他原因，鮮少醫師贊成此項模式⁶⁷。

第二種模式為，依據醫師與病人之契約，約定使用醫療準則作為注意標準。然而，由於病人欠缺醫療資訊，無法瞭解醫療知識，且受制於醫療資源（病人之經濟狀況），無法在多數醫療準則中，選取適當的醫療規範。

第三種模式為，由法院聘請醫學專家，參考各種醫療準則，基於擬處理的個別醫療案件，擬定系爭醫療行為可適用之醫師行為準則，作為注意義務之標準。在醫師行為違反法院就該個案制訂之醫療行為準則時，即認為違反注意義務。

第三種模式之疑問在於，各種醫療準則可能並非代表完美的注意標準，而僅為最低限度的注意標準。應用醫療準則於個別具體案件中，係屬醫療判斷與專家決定之問題，而無法由法官自行想像⁶⁸。從而，各種規範模式，似均未使醫療準則成為合理注意義務的認定標準。

醫療準則係各種醫療專家，對於各種醫療行為，集體制訂的醫療行為規範，作為醫師個別執行醫療行為時之參考。醫療行為，無論診斷或治療，千差萬別，徒以概略性、一般性的醫療準則，作為任何類似醫療行為的絕對性規範，誠屬不可能。反之，醫學界既然就個別醫療行為制訂出醫療準則，在訴訟上，不妨作為認定醫師是

⁶⁷ Samanta et al., *supra* note 59, at 340.

⁶⁸ Samanta et al., *supra* note 59, at 345.

否盡其注意標準的參考，但亦僅作為參考而已。醫師偏離醫療準則時，必然抗辯，醫療行為係屬一項「藝術」，無法為醫療準則所取代。反之，醫師遵守醫療準則時，被害人必然主張，醫療準則僅為最低注意標準之規範，醫療準則在個別案件中，不應取代醫師合理的醫療判斷。最終，醫病雙方之爭執仍在於，醫師是否已經盡到理性醫師的注意義務，而表現出醫療行為的「藝術」與合理的醫師判斷。

二、醫療鑑定意見與法院之判斷

如前所述，我國法院實務上通常採取醫療常規的注意標準，多數以醫事審議委員會或醫療機構的鑑定意見，作為醫療行為是否符合注意義務的依據。例如，在最高法院九十五年度臺上字第五一九號民事判決，原告因車禍受傷，至被告醫院治療，被告醫師為原告施行胸腔鏡手術，於手術進行中變換原告之身體姿勢時，疏未注意造成原告頸椎第四、五節骨折脫位，致原告四肢癱瘓呈植物人狀態。

本案醫事審議委員會鑑定意見認為，被告於車禍時可能已造成頸椎損傷，但並未傷及脊髓，於胸腔手術時，因於麻醉狀態下變換身體姿勢，導致二度傷害，造成頸脊完全性損傷產生脊髓休克、心搏變緩慢、血壓下降及腦部缺血性病變，被告醫師於治療過程中，對原告有頭部外傷之病史未能注意其可能之頸椎損傷，未做再確認或採取適當之保護措施而有不周延之處。

本案法院基於鑑定意見之認定，判決：「〔被告醫師〕明知〔原告〕為頭部外傷之患者，應進行頸、脊椎之檢查，以排除頸、脊椎、脊髓損傷之可能，並予適當之保護，竟疏未注意，依當時之情形亦無不能注意之情事，於進行麻醉、手術過程中改變病患姿勢，造成陳吉成頸椎二次傷害而致四肢癱瘓併呈植物人狀態之重傷

害，自有醫療上之過失。」

惟查，我國鑑定機構之鑑定意見，經常發生文義模糊、難以理解，或相互矛盾之處，使法官難解其意。例如，在最高法院九十四年度臺上字第二一二八號民事判決，被害人於被告醫院進行子宮摘除手術，因該醫院之麻醉醫師於手術時麻醉不當，使用長效性肌肉鬆弛劑，於插管失敗，發現被害人缺氧後，未即時做氣切急救措施，導致被害人腦部缺氧，成為植物人。

本案醫審會第二次鑑定書鑑定意見記載：「血氧度降到九十以下，病患沒有呼吸動作，再做氣切手術，時間上是否太遲，端看在血氧下降後多久執行氣切手術。依據所附資料，在第二次插管後，發現血氧監視器發出聲響，即通知耳鼻喉醫師做氣切，合乎程序上並無延誤，但從病人的後果來看，時間上是太遲。」上述鑑定意見所謂「合乎程序上並無延誤，但從病人的後果來看，時間上是太遲」，文義不清，無法理解被告醫師之行為是否違反注意義務。

經法院再次詢問後，醫審會第四次鑑定書鑑定意見說明：「兩者並無矛盾，前一句是指處理的過程，是依據困難插管的標準步驟去進行，延誤是指錯誤。但在插管失敗後，到進行下一次氣管插管期間，應該維持一定的肺部通氣量。但由於病人的會厭軟骨過長蓋住氣道入口（依據麻醉醫師陳述），麻醉醫師未能維持足夠的通氣量，導致病人的缺氧時間過久，後來雖請耳鼻喉科醫師緊急氣切，仍造成病人成為植物人之不幸，所以才說，從病人的後果來看，時間上是太遲。」細譯其義，醫審會似乎認為被告醫師之處理程序符合規定，但時間上進行該程序發生遲延。有疑問者為，醫審會第二次鑑定意見，明白認為「合乎程序上並無延誤」，不無藉詞脫免醫師責任之嫌⁶⁹。

⁶⁹ 本案法院最後判決：「按何維莊在傅世慧以三號喉頭鏡為二次插管行為後，

再者，醫療鑑定意見，不無錯誤、疏漏與矛盾之處。在盧映潔、葛建成及高忠漢合著「論醫療行為之常規診療義務」一文中，即指出兩則法院判決，關於醫療鑑定部分，「很遺憾鑑定機關並未對病歷的記載加以審視，以致於欠缺醫療專業的法院一此很難意識到此一不合理之處。⁷⁰」「此重併發症情形需高劑量的Tetracaine才可能發生，鑑定機關卻沒有把該項前提說清楚，所以法院顯然被誤導，最後做出了『以低劑量Tetracaine→實施硬膜外腔麻醉之局部麻醉……』這樣一連串不符合麻醉醫療常規經驗的錯誤事實認定。⁷¹」

實則，在各種鑑定意見中，經常發生見解歧異之現象，而僅能由法院予以綜合判斷。例如，在花蓮地方法院八十九年度重訴字第六十六號民事判決乙案，被害人至被告開設之婦產科診所接受產前檢查，於八十七年九月因即將生產住進被告之診所。被告為被害人進行剖腹產手術取出嬰兒，因被告於施行剖腹產手術時，未為必要之注意，使被害人兩側下腹部動脈持續出血，未為必要之急救措施，致病重死亡。

本案法醫研究所及臺大醫院之鑑定意見，均認為被害人死因為羊水栓塞，即肺梗塞與全身血液凝結病變，而非被告之任何過失所致。醫事審議委員會之鑑定意見則認為，在解剖中，死者肺臟內並無胎兒的鱗狀細胞，胎脂、胎毛及胎便等物質證明，並無羊水栓塞症發生，因而被告未即緊急處理，顯有疏失。

當時以面罩供給氧氣已有困難，血氧濃度機發出警告聲響，表示低於九十，此時何維莊已陷入無法通氣，無法插管之情況，傅世慧應考慮採取緊急之方式以建立呼吸道，惟傅世慧係再經換四號喉頭鏡插管無效，又經口、鼻人工氣道無效，最後才請黃弘孟醫師進行氣切，顯為時已晚，其有過失至明。」

70 盧映潔等，同註4，頁175。

71 盧映潔等，同註4，頁183。

本案各項鑑定意見既有歧異，僅能由法院予以判斷。法院認為：「醫事審議委員會所為鑑定意見僅以〔被害人〕肺部未察覺羊水栓子即行推斷未發生羊水栓塞症，卻忽略羊水栓塞症所可能導致血管壁遭破壞、〔被害人〕確實發生急性心肌梗塞、腦部缺氧等重要判斷因素」而不採醫審會之意見。

尤有進者，醫事審議委員會或醫療機構之鑑定意見，通常係以被告醫師之行為是否符合醫療常規，作為認定是否具有疏失之基礎。惟如上所述，醫師是否具有過失，應依據理性醫師的標準，而非醫療常規之標準。法院若固守鑑定意見之見解，毋寧係回復醫療慣例原則，而與醫師應盡的理性人的注意義務迥不相侔。

關於醫師行為之過失認定，係屬法院之職權，內含病患利益與風險評估，屬於個案中醫師行為的綜合評價。此項價值判斷，不得以醫界的醫療慣例作為唯一判斷標準，亦即無法以鑑定意見作為具有拘束力的意見。誠如臺北地方法院八十九年度重訴字第九一九號民事判決所言：「該第一次鑑定最後表示『胃鏡報告中已提到胃潰瘍，一般應排除胃癌之可能性，醫師已確實做到『能注意』，『應注意』（在出血狀況下勉為其難作胃切片）。在臨床診斷與病理診斷不吻合，但2個月後的確有再追蹤胃鏡檢查，表示醫師在『應注意』『能注意』也確實『有注意』，以目前醫學的水準而言，已合乎目前的標準，符合一般醫療常規，並無疏失。』等語，雖然該鑑定意見，就被告〔醫師〕是否有醫療過失表示意見，惟認定事實、適用法律是本院之職權，被告〔醫師〕是否有過失，應由本院綜合種種證據、事證來研判，不受醫審會之鑑定意見中之法律見解拘束，故本院援引前揭醫審會之意見，亦僅係做為呼應本院之前揭判斷之佐證，並非本院完全受其法律見解之拘束。」

三、小 結

醫療準則係醫療專家集體制訂之醫療行為規範，對於個別醫療行為，有其一定參考價值，在醫療訴訟上，不妨作為認定醫師是否善盡注意義務之參考。然而，醫療準則無法作為絕對之依據，蓋不同之醫療機構，可能制訂不同之醫療準則；且普遍性之醫療準則，亦無法一概適用於具體個別案例之醫療處置，因而在個別案件之判斷，醫療準則不應取代理性醫師的注意標準。

至於醫療鑑定意見，不僅經常發生文義模糊、相互矛盾，或見解歧異之現象，且幾乎所有醫療鑑定意見，均以醫師行為是否符合醫療常規，作為判斷是否具有醫療疏失之依據。實際上，醫療常規並非判斷醫師行為是否具有過失之決定標準，而僅為醫療處置之一般最低標準而已，從而，以醫療常規作為基礎的醫療鑑定意見，亦僅得作為醫師行為是否具有過失之參考而已，而非無可質疑之醫學專家意見。

陸、醫療過失責任之判斷

關於醫療行為之責任判斷，法院實務或理論上所以出現異於一般過失判斷之見解，而提出醫療慣例（醫療常規）、醫療水準或醫療準則等標準，毋寧係因醫師屬於專門職業人員，基於專業人員之職業特性，而有異於一般人之注意義務標準。職是，首應檢討者為，專業人員之過失概念，是否有異於一般加害人所採取的理性人之注意標準。

一、專業人員之過失概念

行為人之過失，係指行為人之行為，在特定環境條件下，未達到社會上所期待之安全性。行為人必須為其不合理之危險行為負

責，其立論基礎在於：第一，行為人預見或可得預見，其行為具有導致他人遭受損害之危險，且該損害係屬可認為重要之損害。第二，依據該損害危險的大小，行為人應採取更為安全的方式而行為，以避免損害發生。所謂過失，即指行為人之行為，使他人遭遇可能導致損害的不合理危險，所生的一種過錯。行為人在特定環境下，未盡通常之注意義務，以避免損害發生之不合理危險，即為過失。據此，行為人之過失，取決於行為人對於行為危險性的認識，及行為人採取避免損害發生之方法⁷²。

行為人是否具有過失，通說採取理性人的標準，即以一個具有良知與理性而小心謹慎之人，在行為人的特定環境下，是否能夠避免相同損害發生，作為判斷標準。若理性之人在被告之相同環境條件下，仍無法防止相同損害發生，則被告之行為，即被認為已盡到注意義務，而無須負擔過失責任。反之，若理性之人，依其通常之注意程度，足以避免相同損害發生，而被告之行為，卻發生該損害，被告即應負過失責任⁷³。

據此，汽車駕駛人之作為或不作為，導致他人發生損害，是否具有過失，應考察被告在察知危險存在，及避免損害發生時，是否盡到正常人一般所使用或應該使用的注意義務。在考察行為人是否知悉或可得而知危險存在時，應考量行為人是否具有一般公認、應有的技術與知識。至於行為人是否盡到正常人所使用的注意程度，應依據客觀上，基於社會道德價值，一般人應有的注意義務為標準，而非以專業人員的特定慣例，作為衡量標準。

⁷² 楊佳元教授認為：「可認識性及可避免性分別為過失之認知的要素及決意的要素，缺其一者，過失即不成立。」楊佳元，*侵權行為損害賠償責任研究——以過失責任為重心*，頁70，2007年3月。

⁷³ 參見陳聰富，*論侵權行為法上之過失概念*，載：*侵權歸責原則與損害賠償*，頁59-60，2004年5月；楊佳元，*同前註*，頁70-74。

反之，所謂專門職業慣例，依據社會上不同的產品與服務，職業人員對於損害發生，基於其對於損害與利益衡量，而採取一定的防免措施，而形成特定職業人員的行為模式，即為該行業的職業慣例。職業慣例，固然經常與一般人的注意程度相符。但若依據一般人的觀念，衡酌事件發生情狀，某職業行為相較於職業慣例，具有更高的安全可能性時，則符合職業慣例，未必符合理性之人的注意標準。換言之，法院應斟酌者，並非某職業之人通常或習慣上，其所願為之行為。行為人之行為標準，必須基於社會上的道德觀點，認為一個具有社會上共同認知的行為人，所應為之行為標準⁷⁴。這是一種「當為」的標準，而非「實際上所為」的標準。

例如，設若汽車原廠規定，汽車每半年應維修一次，維修時應更換汽車之所有機油。但一般修理廠基於節省成本，以吸引顧客，在進行正常維修時，僅為顧客每一年更換一次機油。若因機油未經常更換，導致汽車引擎運作不良，汽車駕駛人於行駛中，在下坡時因引擎故障，而發生車禍，駕駛人身受重傷。此時，修理廠不得以臺灣鄉下所有汽車修理廠，對於更換機油，均每一年僅更換一次，作為職業慣例，而免除其維修汽車具有瑕疵之過失責任。

對於專門職業人員之過失認定，「知識與技術」經常影響其察知危險存在，及避免損害發生的能力。知識與技術固然因人而異，但得因適當訓練與充足經驗而改善。在過失採取客觀標準之觀念下⁷⁵，任何人均應認識到一般通認、對於特定行為應有的危險。在行為人具有特別知識時，並應利用該特別知識，以盡到應有的危險

⁷⁴ Page Keeton, *Negligence-The Standard of Care*, 10 TEX. TECH L. REV. 351, 353-55 (1979).

⁷⁵ 美國法官謂：過失的程度，不能採取主觀的觀念，否則將如每個人的腿一般，有長有短，難以認定。參見王澤鑑，*侵權行為法第一冊*，頁294，1998年9月。

認知與損害防止義務。

例如，開車新手對於危險認知與避免發生損害之注意義務，與一般具有經驗與能力的駕駛人，並無不同。開車新手不得以其年輕識淺及欠缺駕駛經驗而免除過失責任。反之，職業小客車駕駛人，對於駕駛汽車具有更高之危險認知程度與經驗，即應依據其更高之技術與知識，而認定駕駛人是否具有過失。

據此而論，一般住院醫師，雖為職業新手，但仍應盡到與一般具有知識與經驗的主治醫師相同之注意標準。反之，教學醫院之醫學教授，相較於一般主治醫師，具有更高之危險認知能力與技術，應盡到其個人具有的注意程度，始得免除過失責任。加拿大法院在 *Crits v. Sylvester* 乙案即謂：「任何醫療人員必須具有合理的技術與知識程度。他必須盡到一位具有相同經驗與身分，而正常、謹慎的職業人員，可以合理期待的注意與技術程度。若其為專科醫師時，相對於欠缺特殊訓練與能力之人，其應具備更高之技術程度。⁷⁶」

在社會上提供服務之人，無論木工或水電工，均需具備高於一般人在其職業範圍內所具有的技術與知識。職業人員之行為，是否盡到合理的注意義務，應依據從事相同職業之人，所共同具有之技術與知識予以判斷。例如，水電工人在安裝熱水器時，為避免溫度自動調節器故障，可能發生爆炸，應安裝而未安裝安全裝置，是否具有過失，應考量一位適格的水電工人，是否得以察知危險存在及避免爆炸發生。應再考量者為，被告未安裝系爭安全裝置，基於經濟上成本與避免損害發生的技術困難度，在道德上是否具備正當性。至於水電工人安裝熱水器，依據職業慣例，無須安裝系爭安全裝置，則不得作為免責的理由。是以，所謂職業人員之過失，係指

⁷⁶ (1956) 1 D.L.R. (2d) 502, 508; affirmed (1956) 5 D.L.R. (2d) 601 (S.C.C.). Cited in MICHAEL JONES, *MEDICAL LAW* 192 (2003).

一般與被告從事相同職業行為之人，依據共同具有之技術與知識，應為一定之行為而未為，致損害發生者而言⁷⁷。

二、理性醫師的標準

關於醫師行為之過失認定，應採理性醫師之注意標準，由法院斟酌被告醫師是否盡到理性醫師，在相同情狀下，應盡之注意義務，作為判斷過失責任成立與否之依據。如同曾品傑教授謂：「若有病患至一家區域醫院接受手術卻發生事故，此時認定施行手術的醫師是否有過失，應斟酌現行醫療照護體系對於區域醫院之設備要求，並以一個有經驗專科醫師在合乎區域醫院之人力設備的規範底下，所能善盡之注意義務的程度，作為評價有無過失的基準。」亦即，「以有經驗專科醫師之專業能力來認定是否有過失。⁷⁸」

關於過失之認定，學說上認為應以「理性人」的標準判斷之。誠如本文前揭「院內感染案」法院所稱：「侵權行為法之規範目的，在於合理分配損害，因此過失之認定應採客觀標準。就醫療事故而言，所謂醫療過失行為，係指行為人違反依其所屬職業，通常所應預見及預防侵害他人權利之行為義務。從而行為人只要依循一般公認之臨床醫療行為準則，以及正確地保持相當方式與程度之注意，即屬於已為應有之所有注意；但行為人若違反該等醫療行為準則，亦未保持相當方式與程度之注意，則應認為具有過失。」

英美法院則強調，醫療行為是否具有過失，必須對於醫療行為之風險與利益進行評價。美國著名法官「漢德」（Learned Hand）

⁷⁷ Keeton, *supra* note 74, at 356-57.

⁷⁸ 曾品傑，我國醫療民事責任之實務發展，實證醫學與法律：醫療法研討會，臺灣大學法律學院主辦，頁10，2009年12月26日。

對於注意標準，提出著名的漢德公式⁷⁹，並在Conway v. O'Brien乙案中判決⁸⁰：「任何人在特定情狀下應盡之注意標準，係三項因素考量之結果：行為人損害他人的可能性、損害發生後的嚴重性及行為人為避免危險發生所犧牲的利益。所有這些因素，實際上無法予以量化估計，尤其後二者更是如此。因而，解決方法經常涉及不相容因素間的偏好或選擇，需依賴陪審團決定之，因為他們的決定，最可能符合一般接受的標準，無論該標準是真實的，或是想像的⁸¹。」

漢德公式主要之貢獻，並非提出新而精準之判斷標準，而在於整理過去英美法院判決，提出理性人之注意標準所應參考之因素。從而關於過失判斷標準，上述漢德公式所揭示之因素，可以作為判斷理性醫師標準之參考。是以，行為人是否具有過失，應探討損害發生之機率、損害範圍之大小，及避免損害發生之成本，予以斟酌衡量。在醫療事件，法院宜針對病患危險發生的機率、損害範圍的大小，及醫療行為的成本，就個案斟酌判斷之。

如上所述，在美國，法院斟酌醫師診斷檢查方法之安全性及低成本，以及病患可能遭遇的重大損害，兩相衡量，而認定醫師對於罹患青光眼機率甚低之病患，仍應負損害賠償責任⁸²。在英國，法院斟酌病患之重大損害危險及避免損害發生之成本，從事病患危險與利益之衡量，而認為被告醫師未採取防範危險發生之措施，並非合理，而認定被告醫師之責任⁸³。在日本，法院認為醫師應盡到

⁷⁹ 關於漢德公式，參見王澤鑑，*侵權行為法*，頁311-312，2010年3月；陳聰富，同註73，頁62。

⁸⁰ 111 F.2d 611 (2d Cir. 1940), rev'd on other grounds, 312 U.S. 492 (1941).

⁸¹ 111 F.2d at 612.

⁸² Helling v. Carey, 519 P.2d 981 (1975). 參見同註24-25所附之本文說明。

⁸³ Hucks v. Cole (1968), [1993] 4 Med. L.R. 393, 397; Bolitho v. City and Hackney

「最完善的注意義務」與「醫療水準」的注意義務，亦即應盡到在個案中，可合理期待醫師應採取之醫療方法的義務⁸⁴。上述各國法院見解，均採理性醫師的標準，作為醫師行為是否具有過失的判斷依據。

此外，在英國Marriott v. West Midlands Health Authority乙案⁸⁵（頭部受傷案），原告跌倒，頭部受傷，造成大範圍硬膜外血腫。在血腫清除後，原告陷於癱瘓。原告主張，被告醫師未及早為原告會同其他醫師進行神經病理評估，具有過失。醫學專家證稱，基於原告之病症及臨床過程，被告醫師於病患罹病初期，無須進行此項評估。但法院基於危險評價認為，轉送其他醫學評估，與本件嚴重損害結果之危險相較，醫師有義務進行早期評估。

我國法院雖然通常以醫師行為是否符合醫療常規，作為過失認定之基礎。惟在實務上，法院從事個案分析，對於病患之風險、損害發生之機率，及避免損害之成本予以具體衡量者，亦復不少。

例如，在臺灣高等法院九十五年度醫上字第十四號民事判決乙案（食指切除案），原告於工作時，不慎遭電鋸切斷左手食指，到被告醫院急救，被告醫院未將原告之食指接合，反而將食指剩餘三分之一全數切除。被告醫師抗辯，曾告知原告，其正在進行其他手術，無法為原告進行顯微接合手術，原告若要接合手指，需儘速轉院，以爭取較高的接合成功率。但本案經法院認定，被告醫師實際上並未告知原告應儘速轉院，以進行接合成功率較高的接合手術，因而判決被告醫師未盡醫療法規定之告知義務⁸⁶。

Health Authority, [1997] 4 All E.R.771. 參見同註33-35所附之本文說明。

⁸⁴ 參見同註43-57所附之本文說明。

⁸⁵ [1999] Lloyd's Rep. Med. 23.

⁸⁶ 惟本案法院最後認為，原告之食指並無接回之可能，其被切除食指之損害，與被告未告知轉院之間並無因果關係，被告醫師無須負責。本案法院所未審

本案被告醫師之告知轉院，所需成本甚低，若未立即進行顯微接合手術，病患之損害結果甚為嚴重，被告未為告知，違反理性醫師之標準，應負損害賠償責任。

又在臺北地方法院九十四年度醫字第十三號民事判決乙案（顏面神經腫瘤案），被告醫師診斷原告罹患腮腺腫瘤，進行細針抽吸細胞及電腦斷層掃瞄檢查後，進行手術。原告主張，被告於手術前未施以超音波、核磁共振檢查，而未發現被告罹患顏面神經腫瘤，因而有過失。

關於醫師之注意義務，本案法院謂：「侵權行為法之規範目的，在於合理分配損害，因此過失之認定，應採客觀標準。就醫療事故而言，所謂醫療過失行為，係指行為人違反依其所屬職業（如醫師），通常所應預見及預防侵害他人權利之行為義務。從而行為人只要依循一般公認之臨床醫療行為準則，以及正確地保持相當方式與程度之注意，即屬於已為應有之所有注意；但行為人若違反該等醫療行為準則，亦未保持相當方式與程度之注意，則應認為具有過失。」

對於本案被告醫師未進行超音波等檢查是否具有過失，本案法院判決：「顏面神經瘤是一種罕見的良性神經組織腫瘤，自1930年至1972年止，經Pulec統計全世界僅有98例關於該項腫瘤之報告。……因為被告畢竟僅為醫師而非造物者，客觀上無法就醫療診斷之結果，負擔無瑕疵之保證責任；況且本件屬於臨床上極為罕見之腮腺內顏面神經瘤，亦為原告不爭執，則本院自不能課與被告超出其個人主觀能利之注意義務。從而被告為採行超音波、核磁共振檢查之不作為，即不能認為有何違反注意義務可言。」

酌者為，原告未及時轉院，以期及時進行接合手術，是否造成手術遲延，而使原告食指無法接合，因而其判決尚有斟酌之餘地。

本案法院自損害發生機率考量，認為發生顏面神經瘤之機率甚低，被告醫師無法預見，係屬合理，從而未違反注意義務而無須負責，應屬可採。

對於個案之過失責任進行綜合判斷，而不拘泥於醫療準則之法院判決，可以臺北地方法院八十九年度重訴字第九一九號民事判決乙案（胃癌延誤治療案）為例。本案原告主張，被害人因上消化道出血併休克至被告醫院就診，被告僅施作胃鏡並告以是胃潰瘍。其後至其他診所求診，經胃鏡診斷已罹有末期胃癌。被告錯失早期發現及治療良機，延誤被害人診治時間，致使癌細胞擴散而死亡。

本案爭執點為，依據內視鏡檢查加上胃部生理切片檢查，足以正確診斷胃癌，但被告所做的切片只有胃部組織二片，與「胃腸學手則」所述，欲達到百分之九十五之準確率，必須做六片至八片之胃組織切片不符，被告是否具有過失。

被告抗辯：「一般做多少片沒有定論，要視個案，當然做越多越好，但做胃鏡是侵入性檢查，會造成呼吸不順、嘔噎、流血等症狀，所以要考量病人的安全性。因原告四月二日晚上九點半入院之前在萬芳醫院就診有大量吐血狀況，嘔吐相當厲害，後來轉到本院，我考量其安全，在做胃鏡時我已抽了三百cc的血，她的呼吸也不順，為了她的安全，所以做了三片切片。切片時，她的胃也在出血。我是在她有問題的部分做三片切片。」

本案法院採取被告之抗辯，認為：「查劉花子於八十八年四月二日因上消化道出血發生休克，而入被告中華醫院就診，此時的狀況，是否允許醫師如教科書所載，應以切片六至八片，才能達到百分之九十五之準確率，即非無疑，原告執教科書所定乃針對一般性狀況之記載，而忽略了病患個別病情不同，應有不同處理的模式。」「被告為一內科專科醫師，而劉花子於住入被告中華醫院時之就診情況，已如前述，面對病患之狀況，究竟應採取幾片的胃部

組織切片，應委由醫師依其專業，即當時的狀況為裁量，不能以教科書所揭示的一般性準則來論述其臨床處置的當否，亦不能以事後已無急迫的狀況，來論斷當時醫師臨危受命的處理狀況……劉花子有吐血的狀況而入中華醫院，原告亦不加以否認，而被告在考量病患的安全之病情下，已先做了胃鏡並抽了三百cc的血，故其只做了二片的切片，應可認為其在當時狀況下，已盡其應盡的能力與義務，原告僅以切片多寡為據指摘被告有未盡義務的過失，未考量病患劉花子的承受能力與有出血、嘔吐等症狀，尚無所據」，而判決原告敗訴。

綜合上述法院判決，在英國之病患頭部受傷案及我國之食指切除案，法院均認為，被告醫師具有轉送醫學評估或告知轉診之義務，違反此項義務，應認為具有過失。蓋轉送醫學評估或告知轉診，醫師所花費之勞力甚微，但若未轉送醫學評估或未予轉診，病患可能發生之損害，或為全身癱瘓，或為食指切除，影響病人權益至巨。因而若被告醫師未為轉送與告知，應認為違反理性醫師應有之注意義務。

在臺北地院之兩則案件，均屬醫師未進一步為醫學檢查之案例。在顏面神經腫瘤案，顏面神經腫瘤係屬極為罕見病例，「自1930年至1972年止，經Pulec統計全世界僅有98例關於該項腫瘤之報告」，亦即四十二年間，僅有九十八則案例報告，病患發生該項腫瘤之危險，甚為微小，在法律上似已構成可以忽視的風險。被告醫師未予以注意，而未進行進一步醫學檢查，「不具備客觀上及主觀上之注意義務違反性。⁸⁷」

在胃癌延誤治療案，「胃腸學手則」固然敘明，醫師對病患進行胃部生理切片檢查，胃部生理切片必須六至八片，才能達到百分

⁸⁷ 參見原判決文。

之九十五之準確率，但被告醫師鑑於病患之危急情況，無法採集相當數量之切片。在醫學上病人有大量吐血，嘔吐相當厲害等緊急情況下，若強行採取相當數量之切片，可能反而危及病人之生命。此種危急情狀，增加病患產生損害之危險機率，對於診療檢查手段之採行，應一併考量，始得作為理性醫師注意標準判斷之基礎。

柒、結 語

一、醫療過失之判定

侵權行為法採取過失責任主義，必須加害人具有過失，始需負擔損害賠償責任。過失與否之判斷，一般採取理性之人的標準。亦即一般具有良知與理性而小心謹慎之人，應有之注意標準。此項理性之人的標準，無論在交通事故、汽車修理服務、水電工人服務、甚至醫療服務，均應一體適用。在專門職業人員之提供服務，無論係汽車修理人員、水電工人、會計師、律師或醫師，均應盡到具有該專業之知識與技術，所應具有之注意標準。

由於醫療行為涉及高度專業性、實驗性與不確定性，醫療甚至被認為係屬「不精確的科學」，因而關於醫療事故，無論國內外之法院實務上，均發展出醫療常規的注意標準。只要被告醫師之醫療行為符合醫療常規，亦即符合一般同樣背景的醫師，在執業過程中，共同遵循執行的醫療程序與方法，即已盡到應為之注意義務，而無過失責任。

然而，醫療常規並非必然代表醫學上，醫師應有的注意標準。醫療常規係指普通一般醫師所依循的醫療行為模式，而非理性醫師應為之醫療行為。採取醫療常規之醫療標準，無疑降低醫師應有之注意義務。因而，外國法院判決，均已放棄醫療常規作為醫師

過失判斷的唯一基準，而僅作為過失認定的一項參考而已。

至於醫療水準之判斷標準，並非固定不變的一致標準，而應相應於個案，探討醫師之診療、檢查是否符合診療當時，可合理期待之醫療方法。在概念上，亦屬斟酌病患之風險與利益的衡量標準，與理性醫師之標準並無不同。

關於醫療常規之注意義務，我國法院經常以醫審會或醫療機構之鑑定意見，作為判斷之依據。惟查，醫療鑑定意見經常發生意見模糊、規避重要問題、甚至多數意見互為矛盾之情形。醫療鑑定意見固可作為判斷醫師行為是否具有過失的參考，但非可為全然的依據。法院仍應考察該鑑定機關之組成人員是否適任、鑑定意見作成的過程是否合理、醫學分析之見解是否合乎邏輯，予以判斷鑑定意見是否可採。最佳的方式，係引進專家證人當庭作證說明之方式，更能徹底瞭解醫學上合理的意見。

此外，學說上固有主張應以醫療準則作為認定醫師注意義務之依據者，認為符合醫療準則之醫療行為，即無過失責任。違反醫療準則時，除非由醫師舉證證明其行為之正當性，否則應認為具有過失。惟因醫療準則僅為一般共同治療方式之規範，無法針對個別案件予以規定。醫療行為本身是一種技術，也是一種藝術，因而無法以抽象共通的醫療準則，作為唯一的判斷標準。

綜合言之，本文認為，關於醫師之醫療行為是否具有過失，應回復理性醫師的注意標準，由法院依據醫療慣例（醫療常規）、鑑定意見、醫療準則之規範等，考察個別病人之特殊情狀，斟酌系爭案件的病人病情、某項診斷治療行為之風險、對於病人未為診斷治療所生之損害大小、損害發生之機率、醫師為病人進行某項診斷治療可能花費之成本，及病人本身之經濟負擔，予以綜合判斷之。總之，醫師之醫療行為在於作成對於病人最佳的醫療判斷與採行最符

合病人利益的醫療方法⁸⁸。醫療行為是一項技術，也是一項藝術，法律上或醫學上均無法給予精確、一般性的說明⁸⁹，醫師在個案中應有的注意標準，僅能由法院進行個案全面式的綜合評價。醫療常規、鑑定意見及醫療準則，均足為法院判決之參考，但僅止於作為參考而已。最關緊要者為，法院對於個案，所為理性醫師注意義務的綜合評價。

二、本文前揭案例評述

在本文前揭之「院內感染案」，關於決定病人手術治療時機是否有過失，法院依據醫審會鑑定意見，認為病人之腰椎滑脫合併神經壓迫，無法因延緩手術或其他治療而改善，醫師決定手術治療並未違反醫療常規，而無過失，雖有所據。然而，對於被告是否違反感染防免義務，醫審會及法院僅以被告醫療團對進行多項生理檢查及會診感染科醫師診斷，即認為被告並無過失，尚有疑義。

蓋本案病患確實因手術中或手術後細菌感染而死亡，本案醫師使用二個鈦合金椎體於體內，是否因該「外物」置入體內而發生細菌感染，應有詳查之必要。依據理性醫師之標準，被告醫師對於體內鈦合金椎體可能發生細菌感染，應可得預見，而得以從事確認診斷之行為，其僅從事多項生理檢查，而無法發現細菌感染源，是否並無過失，似有疑義。

在本文前揭之「骨質疏鬆案」，關於被告未診斷出病患具有骨質疏鬆症，原審法院一方面認為「骨質疏鬆無法經由X光片判

⁸⁸ Note, *supra* note 40, at 1163: 「法院在醫療實務上無法提供病患最佳照顧時，應放棄醫療慣例之抗辯。立法者基於集體嚇阻的目的，應避免毫無思索地採取既存醫療慣例的醫療照顧。」

⁸⁹ 關於過失注意義務的標準，無法提出一般性的規範模式，在其他侵權行為案件（如交通事故），亦屬相同。

讀」，他方面又認為「病患經X光診斷，未發現有骨質疏鬆症情形，即無須進行骨密度檢查」，顯有矛盾。至於年僅30歲之病患，在進行物理治療前，是否應進行骨密度檢查，應探討(一)骨密度檢查之成本；(二)未做檢查時，病患可能發生之損害，及(三)曾經骨折之30歲病患進行物理治療時，發生骨折之機率等，綜合判斷之。

參考文獻

一、中 文

1. 王澤鑑，侵權行為法，2010。
Wang, Tze-Chien, Tort Law, 2010.
2. 王澤鑑，侵權行為法第一冊，1998。
Wang, Tze-Chien, Tort Law I, 1998.
3. 夏芸，醫療事故賠償法，2007。
Xia, Yun, Medical Malpractice Compensation Code, 2007.
4. 翁玉榮，從法律觀點談醫療水準與醫師之注意義務，警學叢刊，30卷5期，頁315-331，2000。
Wong, Yu-Rong, On Medical Standards and Physician's Standard of Care From the Perspective of the Law, Police Law Journal, vol. 30, no. 5, pp. 315-331, 2000.
5. 陳聰富，論侵權行為法上之過失概念，載：侵權歸責原則與損害賠償，頁1-71，2004。
Chen, Tsung-Fu, On the Concept of Negligence of the Tort Law, in Tort Culpability and Damages, pp. 1-71, 2004.
6. 曾品傑，我國醫療民事責任之實務發展，實證醫學與法律：醫療法研討會，臺灣大學法律學院主辦，頁1-37，2009。
Zen, Pin-Je, The Recent Evolution of Medical Responsibility in Taiwanese Civil Law, Medical Conference on Evidence Base Medicine and Law, College of Law, National Taiwan University, pp. 1-37, 2009.
7. 曾淑瑜，醫療水準論之建立，法令月刊，48卷9期，頁32-38，1997。
Zen, Xu-Yu, Establishment of Medical Standards, Law Monthly, vol. 48, no. 9, pp. 32-38, 1997.
8. 曾淑瑜，醫療過失與因果關係，再版，2007。
Zen, Xu-Yu, Medical Negligence and Causation, 2d ed., 2007.

9. 黃鈺嫻，從醫療水準談婦產科醫療責任注意義務之認定，律師雜誌，308期，頁36-47，2005。
Huang, Yu-Ing, On the Duty of Care in Medical Liability of Obstetrics From the Perspective of Medical Standards, Taipei Bar Journal, pp. 36-47, 2005.
10. 楊桂元，侵權行為損害賠償責任研究——以過失責任為重心，2007。
Yang, Ja-Yuan, Research on Liability of Tort Damages: Focus on Negligent Liability, 2007.
11. 趙西巨，英美法中的「兩種流派」原則，月旦民商法雜誌，29期，頁107-127，2010。
Zao, Xi-Ju, The “Two Schools of Thought” Principle Under Anglo-American Law, Cross Strait Law Review, no. 29, pp. 107-127, 2010.
12. 盧映潔、葛建成、高忠漢，論醫療行為之常規診療義務，國立臺灣大學法學論叢，35卷4期，頁161-186，2006。
Lu, Ying-Chieh, Ko, CHien-Chen & Kao, Chung-Han, The Diligence Duty of Medical Acts, National Taiwan University Law Journal, vol. 35, no. 4, pp. 161-186, 2006.

二、日 文

1. 山口齊昭，未熟兒網膜症姫路日赤病院事件，載：醫療事故對應の實踐，頁43-48，2009。
2. 西野喜一，醫療水準と醫療慣行，載：新・裁判實務大系(1)醫療過誤訴訟法，頁103-117，2000。
3. 岡林伸幸，醫療水準論に關する一考察(一)——先端技術と醫療過誤(一)，名城法學，44卷2號，頁49-91，1994。
4. 金光秀明，醫療水準と醫療慣行，載：醫療訴訟，頁211-224，2009。
5. 稻垣喬，醫事訴訟理論の展開，1992。
6. 醫療過誤訴訟實務研究會編，醫療過誤と訴訟，2005。

三、英文

1. ANNAS, GEORGE, *THE RIGHTS OF PATIENTS* (2004).
2. Eddy, David, *The Use of Evidence and Cost Effectiveness by the Courts: Can It Help Improve Health Care?*, 26 J. HEALTH, POL., POL'Y & L. 387 (2001).
3. FURROW, BARRY, GREANEY THOMAS, JOHNSON, SANDRA, JOST, TIMOTHY & SCHWARTZ, ROBERT, *LIABILITY AND QUALITY ISSUES IN HEALTH CARE* (3d ed. 1997).
4. Gramm, Tim, Hartz, Arthur & Green, Michael, *Ascertaining Customary Care in Malpractice Cases: Asking Those Who Know*, 37 WAKE FOREST L. REV. 699 (2002).
5. Henderson, James & Siliciano, John, *Universal Health Care and Continued Reliance on Custom in Determining Medical Malpractice*, 79 CORNELL L. REV. 1382 (1994).
6. JACKSON & POWELL ON PROFESSIONAL LIABILITY (John Powell et al. eds., 2007).
7. JONES, MCHAEAL, *MEDICAL LAW* (2003).
8. Keeton, Page, *Negligence-The Standard of Care*, 10 TEX. TECH L. REV. 351 (1979).
9. KEETON, PAGE ET AL., *PROSSER AND KEETON ON TORTS* (1984).
10. King, Joseph, *Reconciling the Exercise of Judgment and the Objective Standard of Care in Medical Malpractice*, 52 OKLA. REV. 49 (1999).
11. Morris, Clarence, *Custom and Negligence*, 42 COLUM. L. REV. 1147 (1942).
12. Mello, M., *Of Swords and Shields: The Use of Clinical Practice Guidelines in Medical Malpractice Litigation*, 149 UNI. OF PENN. L. REV. 645 (2000).
13. Note, *Comparative Approaches to Liability for Medical Maloccurrences*, 84 YALE L.J. 1141 (1975).

14. Peters, Philip, *The Role of the Jury in Modern Malpractice Law*, 87 IOWA L. REV. 909 (2002).
15. Samanta, Ash, Mello, Michelle M., Foster, Charles, Tingle, John & Samanta, Jo, *The Role of Clinical Guidelines in Medical Negligence Litigation: A Shift From the Bolam Standard?*, 14 MED. L. REV. 321 (2006).
16. Silver, Theodore, *One Hundred Years of Harmful Error: The Historical Jurisprudence of Medical Malpractice*, 1992 WIS. L. REV. 1193 (1192).

Determination of Negligence in Medical Malpractice Civil Litigation

Tsung-Fu Chen^{*}

Abstract

Defendants' negligence is required for tort liability under tort law. In medical malpractice suits, many courts around the world create medical customs to be the standard of care for physicians in a tort litigation instead of the reasonable person of the standard of care due to the high uncertainty of the outcome of medical treatments and their experimental nature. The standard of medical customs is lower than that of reasonable person since it endows physicians with more privileges than ordinary defendants.

The so-called "medical level" standard prevalent in Japanese medical law is not a concrete standard of care; it is nothing more than a standard of care that takes into account whether a physician's diagnosis and treatment meets the anticipated medical standard. In theory, this standard is similar to that of a reasonable person, considering the risk and benefits of the treatments offered to patients.

As far as the medical guidelines are concerned, although they are

^{*} Professor of Law, National Taiwan University; J.S.D.; School of Law, New York University, USA.

Received: February 14, 2011; accepted: September 29, 2011

often followed by physicians in their practice, the guidelines are general rules, which are not specifically designed to be enforced in an individual patient's case. These medical guidelines may not be construed to be a unique standard of care since medical treatments are not only techniques but also arts.

This study argues that it should depend upon the standard of reasonable physician when determining the negligence of a doctor, while medical customs, medical review opinions, and medical guidelines are deemed relevant criteria only in so far as to determine the standard of reasonable physician. The standard of reasonable physician is equivalent to that of reasonable person with the specific taking into consideration of medical professionals. The standard of care under a reasonable physician should consider multiple factors such as an individual patient's special circumstances, the risks of treatments, the potential losses, the possibilities of occurrence of risks, the cost of treatments, and the patient's financial burdens.

Keywords: Medical Malpractice, Medical Customs, Medical Review Opinion, Medical Guidelines, Reasonable Physician's Standard of Care, Learned Hand Formula, Professionals, Negligence in Torts