

主題：醫療糾紛的實務與發展

講者：李子聿 律師

日期：104 年 12 月 10 號（四）12：30 至 14：00

會議記錄：

目錄	
一、 大綱.....	2
二、 引言.....	2
三、 醫療行為、醫療風險與醫療糾紛.....	2
(一) 醫療行為觀念的界定.....	2
(二) 醫療法第 82 條修正所產生的法律適用變革.....	4
(三) 醫療糾紛民事爭議案例研究.....	6
1. 醫療過失判斷基準為何？.....	6
2. 告知後同意之法律評價？.....	6
3. 蓋手印代表同意？.....	6
4. 舉證責任之分配？.....	7
5. 損害賠償的界定？.....	7
(四) 未來與展望.....	7
四、 Q&A.....	7

一、大綱

- （一） 醫療行為、醫療風險與醫療糾紛
- （二） 醫療法第 82 條修正所產生的法律適用變革
- （三） 醫療糾紛民事爭議案例研究
- （四） 未來與展望

二、引言

大家碰到醫療糾紛的時候，通常會問：你為什麼要來告我？我也是出於善意出發點。儘管人為理性的動物，但醫療結果導向的「主觀意識認知」將造成醫療糾紛的延伸與續發。有人說碰到這個糾紛我們學習處理它就好，可是，一般案件一個月開一次庭，雖然每次庭期都有進度，可是這樣會大量消磨當事人時間與精力。所以我們最主要也最應做的就是預防紛爭。

除了醫療行為、醫療風險與醫療糾紛。要講的是醫療法第 82 條修正所產生的法律適用變革。最高法院只有排除無過失責任，但是消保法不只有這些責任。那時候為什麼不一刀兩斷？這個非常困難。

醫療糾紛民事爭議案例研究：今天著重在民事案件。刑事案件主要探究的就是兩個部分：因果關係以及過失有沒有辦法認定。法院可能不具有相關專業知識，所以要求法院作認定幾乎沒辦法，只能送醫事審議委員會鑒定。對證明因果關係，也是充滿了許多不確定性。

三、醫療行為、醫療風險與醫療糾紛

（一） 醫療行為觀念的界定

1. 醫療行為沒有辦法如民法或刑法，得以用法源來定義。一般定義只能用衛生署 65 年衛署醫字 107880 號解釋函來做認定。所謂醫療行為，係凡以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘廢，或保健為直接目的，所為之診察、診斷及治療，或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為處方或用藥等行為之全部或一部的總稱。但是醫療行為與醫療「業務」行為¹兩個法律問題是不一樣。針對醫療行為不清楚情況下，是否要進一步探討業務行為。只會增加困難度。
2. 有關「應由醫師親自執行之醫療行為」與「得由醫師診所輔助人員，在醫師指導下執行之醫療行為」，其界定方式經行政院衛生署

¹ 醫療「業務」行為，指以治療、矯正或預防人體疾病、傷害、殘缺為目的，所為的診察、診斷及治療；或基於診察、診斷結果，以治療為目的，所為的處方、用藥、施術或處置等行為的全部或一部，均屬之。（衛署醫字第 0910062996 號）

函示。所謂醫師之輔助人員，係指在醫師指導下協助醫師為醫療行為之人員。醫師在場時，執行應由醫師親自執行之醫療行為，均屬擅自執行醫療業務。²

3. 打針是不是醫療行為？醫療行為只有醫生可以。所以這個模糊不清的定義造成很大的困擾。是以，我們進一步界定“醫療的輔助行為”。65 年衛署醫字第 1009184 號則說，醫師所僱用之輔助人員，在醫師指導下，為傷患做消毒、注射麻醉劑、擦洗雙氧水、食鹽水、包紮等工作尚無不合。縫合傷口應由醫師親自為之，醫師如遇到緊急情況不克分身為病患縫合傷口，臨時指示輔助人員縫合表淺傷口，尚不失為權宜措施。有關醫師所僱用之輔助人員，在醫師指導下從事醫療行為，不視為擅自執行醫療業務，而應視為該指導醫師之行為，由醫師負責。
4. 醫療的定義裡面有一個醫療輔助行為，但是卻沒有醫療行為的定義。醫療是從行為判斷而不從主體判斷，會產生一個問題：非具有醫師資格之人，是否有為「醫療行為」之可能？如果是的話，密醫可能全部無罪。但是另外一個就是我們文化中傳統的民俗療法。³
5. 但是醫療行為一定要儀器嗎？刮痧呢？薰臍療法？屬針灸之「灸法」，未具醫師資格者，如無醫師指示之而為之，則應受醫師法第二十八條規定之約束。⁴好，現在洗牙呢？有沒有侵入性？健保醫字第 87000740 號函重申，「洗牙」乃醫療行為，屬牙醫師業務範圍，應由牙醫師親自執行。
6. 現在假設密醫對某個人說：你患有絕症，不治療會死。好，這個行為本身可能代表其在宣稱療效，那麼密醫的治療行為本身是不是醫療行為？法律只能解決大部分的問題。很多定義根本沒有辦法周延，只能定下讓大部分人信服的規則，其他的則經由訴訟來解決。
7. 那麼，另外一個問題出在人工生殖。人工生殖技術係「慈善性質」之醫療行為⁵。有慈善性質的醫療行為可以使用健保，但是不

² 65 年衛署醫字第 116054 號

³ 衛署醫字第 82075656 號調，不列入醫療管理之行為：未使用儀器，未交付或使用藥品，或未有侵入性，而以傳統習用方式，對人體疾病所為之處置行為。如藉按摩、指壓、刮痧、腳底按摩、收驚、神符、香灰、拔罐、氣功與內之功術等方式，對人體疾病所為之處置行為。

⁴ 衛署醫字第 0910062996 號

⁵ 人工生殖技術倫理指導綱領

具慈善性質的醫療行為則否。至於要如何定義具有慈善性質？這個本身就非常抽象。除此之外，醫師對受術夫妻及「其子女」應負醫療責任。「其子女」未精確定義的話，這個會影響到撫養義務。⁶

8. 一個法學教授對醫療行為作用因素的認定，創造了一個「一定法則下的非法則性」概念：人體結構則可謂具「一定法則下之千變萬化性」，醫療行為既然是以具有此種不規則之作用者為其客體，則醫療行為自然具有「法則下之非法則性」。⁷而且，醫療行為除了具有潛在之危險性（醫療行為之客體具有一定法則下之非法則性，則透過醫療行為之提供，本身即帶有一定之危險），醫療行為多具有實驗性，還有醫療事故的不確定範圍性，使醫療風險充滿高度的不確定性。

（二）醫療法第 82 條修正所產生的法律適用變革

1. 我們想要問：醫療行為有沒有消費者保護法（下稱消保法）的適用？

2004 年醫療法修正前有爭議。行政院版本的草案是排除消費者保護法適用，而高明見版本則將「不適用消保法之規定」文字拿掉。自修正後，醫療法第 82 條規定，醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。（第一項）醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。傳統民法告訴我們，我們必須要故意或不小心才要負責。（第二項）。

2. 我們來看立法過程

行政院版，以故意過失，但是得以舉證推翻。現行法係以高明見委員之版本為其立法架構，但不足之處有二：（1）未明文排除醫療行為適用消保法，將徒增實務操做上之疑義；（2）捨棄專責鑑定機構之建立，實務上不利舉證。就保護法益的概括性及專門性而言，醫療法第八十二條應優先於消保法第七條而適用。基於利益權衡之觀點，吾人則需進一步解決將醫療行為適用消保法之利益與不適用消保法之不利益，在價值上究應如何抉擇之關鍵議題？也就是說，在病人與醫師權利之保護中，究竟何者才是值

⁶ 一般而論，發生糾紛的時候，如果醫生沒有以其專業知識告訴我們事情發生的始末，我們會以我們習慣的價值觀投射在上面，可是這樣子的判斷就會變得很奇怪。

⁷ 這種咬文嚼字的做法，很多都是用負面表列。（如今天天氣不錯，法律人會說成「非難想像今天天氣不好」，訣竅就在於掌握邏輯，就可以知道文字要表述什麼。）

得我們加以保護的對象？而假設此二保護價值卻屬衝突，又應如何調和相關價值之取捨？（不是普通法與特別法的適用）凡此，皆為醫療行為與消保法互動之關鍵所在，而非僅止於特別法與普通法之論證與研究。（非排除說）

3. 實務上怎麼看「醫療行為是否有消費者保護法之適用」？

- (1) 首先我們看到士林地方法院 92 年醫字第 1 號：被告（醫師）向原告保證百分之百安全。經住院醫師審視病歷後告知：此病永遠不會好。原告於手術後行走不便，身體常疼痛莫名，需以止痛藥度日，經其他醫院診斷為「第五節骨滑落、左右骨質疏鬆」，且經原告投書聯合報「病榻經」專欄詢問結果，該專欄醫師亦認被告甲○○為誤診。但是透過報紙來詢問，對方也沒有診斷，就能判斷誤診，拿這個也很厲害。
- (2) 士林地方法院法官認為：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，此為醫療法第八十二條所明定；醫療機構及其醫事人員既僅就其故意過失行為負責，當無消保法第七條關於無過失責任之適用。⁸
- (3) 第二審判決⁹謂：按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，醫療法第 82 條第 2 項定有明文，醫療機構及其醫事人員既僅就其故意或過失行為負責，當無消費者保護法第 7 條關於無過失責任之適用。
- (4) 但是，最高法院九十七年度台上字第七四一號判決：九十三年修正之醫療法第八十二條第二項，已明確將醫療行為所造成之損害賠償責任限於因故意或過失為限，醫療行為自無消費者保護法無過失責任之適用。

4. 這幾個判決所討論的爭議，其差異在哪裡？有兩個：「醫療行為是否適用消費者保護法？」以及「醫療行為是否適用消費者保護法之無過失責任？」兩個。根據最高法院九十七年度台上字第七四

⁸ 理由係，如課與醫師無過失責任，將促使醫師基於「自保」之心理而採行防衛性醫療行為，並將醫師對病患之裁量權限縮至以副作用之多寡與輕重為唯一之判斷標準。醫療行為無過失責任將與消保法第一條提昇國民消費生活安全、品質之目的相違背。

⁹ 台灣高等法院 93 年度醫上字第 2 號

一號判決，「醫療法」本身是「消保法」之特別法。遇有爭議，優先適用「醫療法」。而現行醫療法第八十二條第二項於九十三年四月二十八日修正時，已明確將醫療行為所造成之損害賠償責任，限於故意或過失，故「醫療行為當無消保法無過失責任規定之適用」。¹⁰

（三）醫療糾紛民事爭議案例研究

醫院為了避免未來訴訟後，病人辯稱同意書看不懂。除了要病人一條一條的簽名，甚至進化到要勾是與否。九十七年度台上字第七四一號判決前，醫療法還沒有通過，但是要把醫療行為從消保法裡面拔出來。但是法院會這樣說：以前適用法理，現在適用法律，當然一體適用。我們來看比較細部的部分：

1. 醫療過失判斷基準為何？

如果醫療行為不適用消保法，法院主要看的就是有沒有執行 S.O.P。最高法院九十七年度台上字第七四一號：「醫療行為人注意義務之內容，自須事後觀察該醫療行為人診治行為時必須具備之專業之醫學技術及知識為標準。」必須就診斷時的技術標準，是診斷前與診斷後。就是當代可合理期待的安全性。

2. 告知後同意之法律評價？

最高法院 87 年台上字 151 號判決：「故醫院提供醫療服務所應盡之說明義務，並非僅以形式上簽署同意書為已足，更應有充分的告知說明，使病患瞭解所有對其作成決定有重大影響的資訊，有權決定是否接受特定的醫療行為，違反者即構成醫院說明義務的違反。」就是你需要告訴他們說，在哪裡以及用什麼方式告訴他。這個要證明很難。很容易敗訴。¹¹

3. 蓋手印代表同意？

最高法院九十八年度台上字第九九九號判決表示，以醫療乃為高度專業及危險之行為，直接涉及病人之身體健康或生命，病人本人或其家屬通常須賴醫師之說明，方得明瞭醫療行為之必要、風險及效果，故醫師為醫療行為時，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

¹⁰ 最高法院 96 台上 2738 號判決

¹¹ 從實務來看，原告與被告的對手都是法官，只要能說服法官。一旦只要能說服被告或原告，就不會進法院。不用再法庭上跟對造發生爭執。知道主張以及訴訟過程的氛圍。講法律就好，不要講情緒。

人身體自主權。在孟○○意識清楚之狀況下，而由被上訴人丙○○清楚告知本件手術後可能產生之變化、危險性、及手術原因等後，方由證人許○○代其填寫系爭手術同意書，證人周○○見證，並由孟○○於其上蓋手印，並無不妥或違反常理之處。¹²

4. 舉證責任之分配？

士林地方法院 94 醫字第 10 號：「若依民事訴訟法第 277 條前段規定要求原告舉證被告之故意過失及因果關係，勢將產生不公平的結果，爰認於涉及醫學專業判斷、處置之爭議，應依民事訴訟法第 277 條但書之規定，由被告舉證證明被告於執行醫療業務時並無過失，及原告之損害與被告之醫療行為並無相當因果關係為宜。」舉證責任，就是他主張你有過失，你要證明自己沒有過失。現在大部分都直接用民事訴訟 277 條作判斷。

5. 損害賠償的界定？

民事訴訟法第 244 條規定：「起訴，應以訴狀表明下列各款事項，提出於法院為之：...三、應受判決事項之聲明。...第一項第三款之聲明，於請求金錢賠償損害之訴，原告得在第一項第二款之原因事實範圍內，僅表明其全部請求之最低金額，而於第一審言詞辯論終結前補充其聲明。」損害賠償有其不確定性，很多人會主張一部請求，之後再告其他部分。另外，很多人會引用最高法院 21 年上字 972 號判例：「當事人已證明受有損害而不能證明損害之數額時，法院應斟酌損害之原因及其他一切情事，作自由心證定其數額，不得以其數額未能證明，即駁回其請求。」

（四）未來與展望

主要就兩點：第一點，明確化醫療行為所生之糾紛及範圍，以維彼此間權利義務關係的界定與建構風險分配的基礎。以及，以資訊的傳遞與過程的透明化，稀釋醫療結果導向的偏差主觀意識。

以資訊的傳遞與過程的透明化很重要，除了病歷以及護理人員的報告，很多人都會調閱這兩個來做相互比對。會顯示意識狀態以及對談狀況。留下痕跡避免不必要的風險。現在你負責資料的彙整，如果你沒有按照 S.O.P.，那麼你可能就要負責舉證。這個很累。

四、Q&A

（一）醫護人員在欠缺醫生監督下為醫療行為，或者是受過指令，如何

¹² 蓋指印需要兩個見證人加上見證人簽名，所以盡量不要蓋手印。

釐清權責？

醫療糾紛是沒有討論那麼細。律師：無論受任還是受僱，有很高的注意義務，是以受任律師要負責。（法院有判決）雖然不要求要連帶，但是會發生連帶效果。現在有些公會會幫律師保責任保險。是以建議醫生去(集體)買責任保險，這樣會比零散的買的成本要低很多。