



# 民事醫療訴訟舉證責任之研究

◀◀◀程欣儀\*

## 目次

壹、序言	二、表見證明
貳、民事醫療糾紛舉證責任	三、證明度降低
一、主、客觀舉證責任	肆、舉證責任之轉換
二、契約責任與侵權責任	一、事實說明自己法則
三、醫師違背說明義務之舉證責任	二、重大醫療瑕疵理論
四、民事訴訟法第277條但書	三、可完全控制之危險原則
參、醫療糾紛舉證責任減輕	伍、結論
一、證明妨礙	

## 壹、序言

我隨者病患權利意識抬頭，病患與其家屬在面對失敗的醫療結果時，會利用法律途徑捍衛他們的權利，醫療糾紛案件經由媒體大幅報導後，為我國國人重視的社會議題。一般而言，醫療糾紛產生時，病患及其家屬大多採取刑事訴訟程序附帶民事訴訟之方式解決紛爭，即利用國家優勢的公權力蒐集相關證據，惟此方式可能有浪費國家司法資源之嫌，亦為醫界人士所詬病，故有主張應回歸民事程序來處理醫療糾紛案件<sup>1</sup>。

民事醫療訴訟，屬於典型現代型訴訟，醫院通常為有資力的財團所組成，醫師與病患亦有醫學專業知識的落差，並且病歷與治療相關資料多留存於院方，故有證據偏在的問題；然而相同的診療行為，也可能因病患體質特殊、條件與環境的不同，具有高度不確定性，因此僅單方面要求醫師與醫院負擔舉證責任既不合

理，亦有產生防衛性醫療之虞<sup>2</sup>。是以，本文將對民事醫療糾紛舉證責任加以介紹，以探求在具體個案中合理分配舉證責任之方法。

## 貳、民事醫療糾紛舉證責任

### 一、主、客觀舉證責任

舉證責任可區分為「主觀之舉證責任」與「客觀之舉證責任」。前者係證據提出責任，亦即訴訟當事人在訴訟中為了避免敗訴而自己盡力於舉證活動，證明某項有利於己之待證事實之責任；後者係確認責任，指訴訟當事人已窮盡所有的證據方法，仍然無法令法院對於有利於己之事實存在，產生確信的心證時，應由何造當事人負擔待證事實陷於真偽不明時的不利益結果<sup>3</sup>。

舉證責任應如何分配的問題，即應由原告或被告負擔敗訴判決之不利益，指的是客觀舉證責任。然而從民事訴訟法第277條法條文義出

\* 法務部司法官訓練所第52期學員（L52023）

1 參閱陳忠五，醫療糾紛的現象與問題，臺灣本土法學雜誌第55期，頁1-4。

2 參閱沈冠伶，武器平等原則於醫療訴訟之適用，收錄於民事證據法與武器平等原則，頁92-93，初版第1刷，2007年10月。

3 參閱姜世明，新民事證據法論，頁184-186，三版，2009年11月。



發，我們難以判斷何謂有利於己之事實，因此需要舉證責任分配學說與實務加以補充。我國民事訴訟法學者<sup>4</sup>大多遵循德國學儒Rosenberg所提出「規範說」或「法律要件分類說」，從實體法條結構出發，將法律要件區分為權利發生之要件、權利妨礙之要件、權利消滅之要件及權利排除之要件四，認為「主張權利存在之人，應就權利發生之要件事實存在負舉證之責，否認權利存在之人，應就權利妨礙、權利消滅或權利排除之要件事實存在負舉證之責」。其乃係以民事訴訟法第277條為依歸，加以判斷何種事實對於原告有利，何種事實對於被告有利。

最高法院48年台上字第887號判例意旨認為：「主張法律關係存在之當事人，僅須就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證之責任，至於他造主張有利於己之事實，應由他造舉證證明」，似乎採取了法律要件分類說。在臺灣臺北地方法院95年度醫字第14號民事判決更指明：「舉證責任分配一般原則係指規範理論（即法律要件分類說）而言。亦即，主張權利發生者，應就權利發生要件負舉證責任；而主張權利障礙、權利消滅及權利受制要件者，則應就該障礙等要件負舉證責任」。

## 二、契約責任與侵權責任

民事醫療事故之實體法律關係，區分為契約責任與侵權責任。在民事訴訟中，當病患（原告）向醫師（被告）主張侵權責任時，原告應對被告具有故意或過失與因果關係存在之事實，負舉證責任<sup>5</sup>；而病患與醫院具有契約關係，病患向醫院主張債務不履行責任，應由哪一造當事人就「可否歸責」於醫師負舉證責任則有疑問。

最高法院29年上字第1139號判例意旨認

為：「債務不履行，債務人所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。故債權人苟證明債之關係存在，債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受損害，即得請求債務人負債務不履行責任，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於債務人之事由所致，始應由其負舉證責任，如未能舉證證明，自不能免責」。最高法院90年度台上字第116號判決亦認為：「債權人以債務人給付不完全為由，請求債務人損害賠償，應就債務人有給付不完全之事實舉證，債務人如欲免責，則須就其給付不完全非可歸責於己之事實負舉證責任」。可知一般債務不履行，實務上認為應由債務人就自己不可歸責之事由負舉證責任。蓋其主要考量在於債權人就債務人在契約關係上，應有給付之期待，期待落空時，由債權人負舉證責任，應符合事理；就一般民法感情，就債務人對其違反義務課予說明責任，並無不妥適；另在給付不能與給付遲延，債務人較債務人更能知悉不能給付之原因<sup>6</sup>。

然而在醫療糾紛中之不完全給付時，因醫院所為者為違反保護義務之行為，係加害給付，有論者認為此時仍應由原告對被告是否有歸責，負舉證責任，蓋其與一般侵權行為違反避免侵害他人之行為相似；而且為了避免形成「結果責任」，即在醫療行為不確定性下，不能因失敗的醫療結果推論醫師有行為義務之違反，故仍應由病患負舉證責任<sup>7</sup>。

臺灣臺北地方法院95年度醫字第14號民事判決亦採相同見解：「醫療訴訟請求權基礎主要為不完全給付及侵權行為，而不完全給付責任的成立要件係包括：契約訂立、違反契約義務之行為、可歸責性、損害及因果關係；侵權

4 參閱吳從周，醫療過失舉證責任的實務新法展：醫病鬥法第二回，收錄於民事法學與法學方法（四），頁14，1版，2010年；陳榮宗／林苗慶，民事訴訟法中冊，頁499，修訂6版，2009年；姜世明，同註4，頁195-196。

5 參照最高法院89年度重訴字第472號判決：「侵權行為之被害人應證明行為人之故意或過失、損害之發生及因果關係」。

6 參閱陳聰富，醫療訴訟舉證責任——最高法院98年度台上字第276號民事判決評釋，法令月刊第61卷，頁539。

7 參閱陳聰富，同註6，頁538-540。



行為責任的成立要件係包括：法益侵害及侵害行為、可歸責性、違法性、損害及因果關係等。則依規範理論的前述見解，主張權利發生者，應就權利發生要件負舉證責任，則若被害人主張的法律關係（即請求權）為不完全給付，則其應對違反契約義務（行為）、可歸責性、損害及因果關係等要件負舉證責任。若被害人主張的請求權為侵權行為，則其應對於相關侵權行為請求權的成立要件，即行為、可歸責性、違法性、損害及因果關係等負舉證責任」。

### 三、醫師違背說明義務之舉證責任

規範說可確切說明醫師說明義務。醫師說明義務區分為「診療之說明」與「自我決定之說明」<sup>8</sup>。

「診療說明」是醫師為導引病人採取有助於其健康或行健康之生活，而對病人所為之說明、勸告或指示，是醫療行為之內容，為醫療契約之從給付義務，如有違反構成不完全給付，除非構成「重大醫療瑕疵」（見本文肆、二部分），否則依規範說仍應由原告負舉證責任<sup>9</sup>。

「自我決定之說明」，係指醫師為侵入性醫療行為，以致客觀上構成不法行為，此時應由醫師向病患說明並告知醫療行為內容、方法、過程及風險<sup>10</sup>。而經病患同意後，始能阻卻其違法性，在訴訟法上，阻卻違法事由為妨礙請求權成立之權利妨礙事由，故應由主張抗辯事實存在之被告負舉證責任<sup>11</sup>。

### 四、民事訴訟法第277條但書

然而規範說亦有其缺失：權利發生要件事

實與權利妨礙要件事實，兩者具對立性，即權利發生要件事實不存在時，同時成為權利妨礙之事實<sup>12</sup>。另外，僵化的適用此理論於所有的案件類型，犧牲當事人個案正義，將產生不公平現象<sup>13</sup>。因此民國89年民事訴訟法增訂第277條但書規定，「法別有規定，或依其情形顯失公平者，在此限」。法理由指出：「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、『醫糾紛』等事件之處，如嚴守原概括規定之原則，難免產生公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則」，亦即立法者認為其為訴訟法上規範，應兼顧訴訟法上基本要求，以達成民事訴訟法之目的，視各該待證事實之性質、事件類型之特色，具體衡量所涉實體利益及程序利益，兼顧相關訴訟法上之要求（發現真實、促進訴訟、實質平等），以分配舉證責任予原告或被告<sup>14</sup>，加以緩和原告之舉證責任。

而醫療訴訟具有現代型訴訟之特徵<sup>15</sup>：原告（病患）人數眾多，事件具有集團性與擴散性，而被告主要為具有資力的財團組成；且在訴訟中具有公益與私益之交錯緊張關係，有強烈的證據偏在問題，原告常常舉證困難。從而，應視具體個案類型，加以減輕或轉換原告之舉證責任，以落實武器平等原則。惟條文中所謂「依情形顯失公平」為一不確定法律概念，應由法院在具體案件中，依不同的個案，衡量減輕或轉換舉證責任。惟應如何操作，學

8 參閱詹森林，德國醫療過失舉證責任之研究，收錄於醫療過失舉證責任之比較，頁65，初版第1刷，2008年5月。

9 參閱詹森林，同註8，頁68；沈冠伶，同註3，頁117。

10 參閱詹森林，同註8，頁65；沈冠伶，同註3，頁117。

11 參閱沈冠伶，同註2，頁117-118。

12 參閱姜世明，同註3，頁204。

13 參閱姜世明，同註3，頁205。

14 參閱邱聯恭講述／許士宦整理，口述民事訴訟法講義（三），頁223-224，2010年。

15 參閱小島武司著，陳剛、林劍鋒、段文波等譯自律型社會與正義的綜合體系——小島武司先生七十華誕紀念文集，頁140-141，第1版，2006年6月。



理上則有引進外國學說之判準，以下本文將簡略介紹，冀以作為法官適用法律之參考。

## 參、醫療糾紛舉證責任減輕

### 一、證明妨礙

民事訴訟法第282條之1規定：「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，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實。前項情形，於裁判前應令當事人有辯論之機會」。其立法意旨在於防杜當事人利用不正當手段，妨礙他造舉證活動、違反訴訟誠信原則，以取得有利的訴訟結果。法院得審酌當事人妨礙他造舉證責任的態樣，及其所妨礙證據的重要性等情形，依自由心證認他造關於證據的主張或依該證據應證的事實為真實，以示制裁。

而個別之證據方法，亦有設證明妨礙之特別規定：文書方面，民事訴訟法第345條第1項規定，當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實；勘驗方面，民事訴訟法第367條規定，準用文書相關規定；當事人訊問方面，民事訴訟法第367條之1第3項、第4項規定，當事人無正當理由拒絕陳述或具結者，法院得審酌情形，判斷應證事實之真偽。當事人經法院命其本人到場，無正當理由而不到場者，視為拒絕陳述。

德國法傳統案例，是醫療人員故意或過失將特定具有證據意義之醫療用品或器材無正當理由丟棄，最著名案例為「紗布案」：「醫師於第一次手術時忘記將止血紗布取出，為清除紗布又開第二次刀。醫師將紗布取出後即予以丟棄。在病患所提起之損害賠償訴訟上，由於所遺留紗布大小、形狀對於醫師之過失認定具有

決定性意義，但卻因紗布已遭醫師丟棄而使原告無法說明、證明該紗布之大小、形狀。德國聯邦最高法院認為，此構成證明妨礙」<sup>16</sup>。

另外，在醫療訴訟中，常牽涉的是醫師病歷記載義務之違反，是否構成證明妨礙的課題：病歷保存之目的，除了確保病患後續治療安全性、使病患知悉治療之資訊，得以行使自我決定權外，在訴訟法上有確保病患回溯醫療過程與經過之重要證據得以在訴訟上提出之證據意義<sup>17</sup>。

醫療法第67條第1項、第2項規定：「醫療機構應建立清晰、詳實、完整之病歷；前項所稱病歷，應包括下列各款之資料：一、醫師依醫師法執行業務所製作之病歷。二、各項檢查、檢驗報告資料。三、其他各類醫事人員執行業務所製作之紀錄」。醫師法第12條第1項、第2項則規定，醫師執行業務時，製作病歷內容至少應載明下列事項：就診日期、主訴、檢查項目及結果、診斷或病名、治療、處置或用藥等情形、其他應記載事項，並簽名或蓋章及加註執行年、月、日。由此課予醫師製作病歷之義務，且由醫療標準檢視，具有內容重要性的醫學要素，均應詳實完整記載<sup>18</sup>。

我國法上，病歷為文書證據之一種，醫療人員在訴訟中未提出病歷紀錄，法院得依民事訴訟法第345條規定為裁判。以臺灣高等法院臺中分院93年度醫上易字第3號民事判決為例，其認為在醫院遺失病歷並僅提出原病歷複印本（非完整病歷），有民事訴訟法第345條之適用：「按法院認應證之事實重要，且舉證人之聲請正當者，應以裁定命他造提出文書；就與本件訴訟有關之事項所作之文書，當事人有提出之義務；當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實，民事訴訟法

16 參閱沈冠伶，證明妨礙法理在醫療民事責任訴訟之適用，臺大法學論叢第38卷第1期，頁171。

17 參閱沈冠伶，同前註16，頁179-184。

18 參閱沈冠伶，同前註16，頁185-186。



第343條、第345條第1項分別定有明文，惟上開條文所謂得認他造對該文書之主張為真實，非謂法院得毫無憑據地認定他造就該文書所主張之事實即屬真正，蓋法院得認他造關於該文書之主張為正當，與該文書之證據價值，係屬二事，法院不得僅因負有文書提出義務之一造未提出該項文書，即謂聲請提出文書之一造依該文書應證之事項已經證明，仍須斟酌情形，綜合全辯論意旨，依自由心證判斷要證事實之存否（最高法院88年台上字第446、90年台上字第437號判決參照）。

然而，倘若醫師已提出病歷相關資料，卻偽造或竄改病歷內容或重要性之醫學要素記載缺漏或不完整，此種醫師違反病歷記載義務，造成病患難以本於病歷回溯醫療過程，而生證明上困難，應可直接依我國民事訴訟法第282條之1證明妨礙規定，減輕病患舉證責任<sup>19</sup>。

此外，德國聯邦最高法院承認醫師基於治療目的而有「檢查義務」（Befunderhebung）及「檢查結果確保義務」（Befundsicherungspflicht），假如醫師若曾為某一個必要的檢查，因果關係即可能被釐清，該醫師卻未為該必要的檢查時，則屬重大醫療瑕疵。此時應由醫師負擔無法解明因果關係之不利益，因果關係之舉證責任轉換由被告負擔<sup>20</sup>。而有論者認為，如果醫師此時抗辯其已盡了檢查義務，僅是未於病歷上記載檢查結果，此時醫師違反了檢查結果確保義務，而使醫師是否曾為該項檢查原告陷入舉證困難，此時應該有證明妨礙之適用，認為醫師確未從事該項檢查之事實為真實。倘若醫師從事該項檢查，即可排除病患損害，則得進而推論

因果關係之成立<sup>21</sup>。

## 二、表見證明

表見證明係指「法院基於由一般生活經驗而推得之典型事項經過，由某一定客觀存在事實（不爭執或已得完全確信者），而推論另一在裁判具重要性待證事實之證據提出過程」<sup>22</sup>，亦即依據經驗法則，有特定的事實，經驗上即會發生特定典型的結果，所以當該結果出現，法官得以在不排除其他可能情形下，推論該特定事實之存在<sup>23</sup>。德國實務與通說認為表見證明是法院適用經驗法則之問題，為法官自由心證下之證據評價之規則，其作用在減輕原告之舉證負擔。嗣被告得以舉反證推翻該推論，使待證事實再度陷入真偽不明，由原告繼續負擔舉證責任。因此表見證明並非為舉證責任之轉換，醫療訴訟中，醫師或院方僅需提出反證讓法院動搖其心證即可<sup>24</sup>。

在德國著名的醫療糾紛案例為「遺留止血鉗案例」，事實為原告在施行剖腹產手術數年後，經常感到腹部疼痛，最終導致手腳麻痺。之後由其他醫師在之前開刀處取出止血鉗，而該法院認為無法想像該止血鉗是經由其他途徑進入病患體內，因而推論被告醫師有過失<sup>25</sup>。其他例子尚有認定一定醫療處置之不作為與損害間之因果關係，醫師在病人血液循環不良時，未立刻將治療腿骨骨折之石膏繃帶拆除，而發生組織壞死因而必須截肢，而推定該結果與未拆除繃帶有因果關係<sup>26</sup>。

由於醫療行為之不確定性，從經驗法則來建立典型事項經過並不容易，而且醫師本於其專業容易舉出反於典型性之證據，向來可推翻

19 參閱沈冠伶，同註16，頁212。

20 參閱沈冠伶，同註16，頁182。

21 參閱陳聰富，同註6，頁554-555。

22 參閱姜世明，同註3，頁215。

23 參閱陳聰富，同註6，頁542。

24 參閱沈冠伶，同註2，頁105。

25 參閱雷萬來，民事證據法論，頁282，初版，1997年8月。

26 參閱沈冠伶，同註2，頁106。



因果歷程推定，在德國實務上否定表見證明者多於肯定者高達三倍以上<sup>27</sup>。

### 三、證明度降低

證明度，是指法院綜合審酌所有訴訟資料後，認定待證事實是否為真實之最低限度要求；以蓋然性角度而言，其為對法院形成確信所需蓋然性為特定高度之要求，藉此強化客觀性，作為當事人舉證責任之指引，以防止突襲性裁判<sup>28</sup>。

德國實務與通說要求證明度必須是以一般理性之第三人對待證事實之真實不再懷疑情形下之高蓋然性，即日常生活中所需之信實程度，以數字表示大約為90%至95%<sup>29</sup>。而有論者以為，我國亦應要求法官對待證事實形成確信時，達到90%以上之蓋然性，略低於刑事訴訟法之要求，然維持如此高度，則可貼近事實<sup>30</sup>，亦不會造成原告難以勝訴，蓋法院可針對顯失公平之案件，妥適運用舉證責任減輕或轉換或證明度降低，符合公平正義之要求<sup>31</sup>。

證明度降低亦是一種舉證責任減輕之方法，如果法官依90%高度蓋然性之標準，仍認為待證事實呈現真偽不明狀態時，而予以降低證明度之標準，就可作出待證事實之認定，作為緩和原告舉證責任之困難，藉以實現實體法或程序法上價值決定<sup>32</sup>。然基於法安性之要求，不宜隨意擴張適用，必須有合理之原因。

在醫療案件中，僅有極少數案件可達到表

見證明之典型性經過或事實說明義務要件（見本文肆、一部分）之要求，因此可考慮證明度降低之方式，減輕原告之舉證責任困難，而原告專業能力高，亦為證據偏在之一方，自可賦予較高之反證義務<sup>33</sup>。

## 肆、舉證責任之轉換

### 一、事實說明自己法則

事實說明自己法則，乃起源英國法，美國法繼受之<sup>34</sup>。美國多數法院認為，符合以下三要件：①若無過失存在，原告之損害通常不會發生；②被告對於損害發生之工具或方法，具有排他之控制力；③原告對於損害之發生，必須無故意行為或不具有任何原因力<sup>35</sup>。

此時陪審團「得」認為，雖然原告無法舉證被告具有過失與因果關係，然而只要原告主張事實情況證據，輔以專家證言，陪審團得以普通常識判斷被告之過失，為該損害最有可能之解釋時，即可推論被告對原告之損害具有過失及因果關係存在，原告無庸明確證明，被告何種過失行為導致損害發生<sup>36</sup>。而被告得以提出充分之證據證明原告受損害之原因與其行為無因果關係<sup>37</sup>。

事實說明自己原則之類型<sup>38</sup>有：

①異物留置：子宮切除手術時，將縫針斷裂在被告體內<sup>39</sup>；開刀時，因護士過失，將紗

27 參閱沈冠伶，同註2，頁106。

28 參閱姜世明，證明度之研究，收錄於舉證責任與證明度，頁121-139，2008年。

29 參閱姜世明，同註28，頁178-183。

30 參閱姜世明，同註28，頁211。

31 參閱姜世明，同註28，頁211-213。

32 參閱姜世明，同註28，頁215。

33 參閱吳振吉，醫療民事訴訟之舉證責任——試以醫療糾紛之類型化建構當事人醫療糾紛之分配體系，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，頁271-275，2011年3月。

34 參閱陳聰富，美國醫療過失舉證責任之研究，政大法學評論第98期，頁186-190。

35 參閱陳聰富，同註34，頁204-210。

36 陳聰富，同註34，頁211-216。

37 陳聰富，同註34，頁190。

38 分類方式，參閱沈冠伶，同註2，頁107-108。

39 參閱陳聰富，同註34，頁205。



布留置在病患體內<sup>40</sup>等。

②客體錯誤：醫師認錯病人而進行手術；醫師將病患未罹病器官摘除等<sup>41</sup>。

③異常結果：病患接受手肘手術時，腿部及生殖器受傷；病患在肺部檢查時，心臟暫停，導致神經系統及腦部受損等<sup>42</sup>。

④其他：未於正確時點使用X光檢查<sup>43</sup>；醫師將有自殺傾向精神疾病患者，安排在二樓窗戶旁之床位<sup>44</sup>等。

表見證明與事實說明自己法則均要求具有一般經驗上之典型性，惟其主要相異處有二：1、事實認定之主體不同：在德國，由法官認定事實，而在英美法，則由陪審團認定事實，故事實說明自己原則主要在決定陪審團與法官之責任分工；2、法律效果上在於證明度要求不同：德國法表見證明對證明度要求須達到高度蓋然性之程度，被告只要將法官基於事實推定所形成之心證動搖使法院心證未達證明度之高度蓋然性，而推翻推定；然而美國法採優勢證明原則，除非被告所提出之事證使陪審團認為過失之蓋然性低於百分之五十，否則不能推翻推定，實際上無異將舉證責任轉換於被告，使原告較容易證明過失或因果關係<sup>45</sup>。

臺灣臺北地方法院95年度醫字第5號民事判決同時引用「表見證明」與「事實說明自己法則」，用以減輕原告舉證責任：「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文；因此債權人主張因債務人不完全給付而受有損害者，應舉證證明債務人之義務違反與損害之間，有相當因果關係。惟民事訴訟法第277條但書亦規定，依其情形顯失公平者，不在此限。而就

比較法觀察，在醫療事故因果關係之認定，德國聯邦最高法院係採取表現證明原則，以減輕病人之舉證責任，亦即依據經驗法則，有特定之事實，即發生特定典型結果者，則於出現該特定結果時，法院於不排除其他可能性之情形下，得推論有該特定事實存在；且德國實務運用表現證明原則之重要案例，為傳染與麻醉之情形。又依照美國多數法院見解，原告若能證明以下要件，即得適用「事實說明自己」原則，而推論被告過失行為存在，及被告行為與原告之損害間具有因果關係：(1)若無過失存在，原告之損害通常不會發生。(2)被告對於損害生之方法，具有排他性之控制力。(3)原告對於損害之發生，並無故意行為或具有任何原因力。（參見詹森林教授著，德國醫療過失舉證責任之研究；陳聰富教授著，美國醫療過失舉證責任之研究；均發表於「醫療過失舉證責任之比較法研究」學術研討會，94年12月24日，國立台灣大學法律學院國際會議廳。）從而本院認為，本件原告就其損害與被告之違反從給付義務之間，究竟有無相當因果關係，仍應負舉證責任；但因被告具有豐富之醫學專業知識，而原告則完全欠缺該等知識，故兩造於訴訟上之攻擊防禦地位明顯不平等，且被告診所中所使用之設備及人員配置，均為被告所能掌握，而為原告所不能控制，因此本院認為應適用民事訴訟法第277條但書規定，減輕原告之舉證責任，而適用上述表現證明原則。此外被告本於其專業知識，應得以輕易舉出相反事證以動搖本院之心證，因此原告舉證責任之減輕，對被告而言，應無不公平可言」。

臺灣臺北地方法院89年度重訴字第472號

40 參閱陳聰富，同註34，頁207。

41 參閱沈冠伶，同註2，頁107。

42 參閱陳聰富，同註34，頁205。

43 參閱沈冠伶，同註2，頁108。

44 參閱陳聰富，同註34，頁210。

45 參閱沈冠伶，同註2，頁109。



判決明白適用「事實說明自己法則」，該案案例事實略為：病患主張進行子宮肌瘤切除手術時，因醫師甲○○止血不慎，未裝置引流管將多餘血液及體液排出體外，致其腹腔遭受嚴重感染產生腹膜炎，其左側輸尿管亦遭醫師甲○○器械損傷，嗣由醫師乙○○為其進行輸尿管手術。然而醫師乙○○關閉病患排尿管開關時未注意開啟尿管開關，致原告尿液未排出，顯影劑回流至左腎內而發生尿路敗血症，進而使左腎功能完全退化而遭切除，爰向甲○○訴請損害賠償。並認為：「經本院將本件送交行政院衛生署醫事審議委員會鑑定結果，鑑定意見認定『輸尿管狹窄』係指輸尿管之內徑變窄小，導致腎臟排出之尿液無法順利通過，其為一種疾病型態，有該會九十年九月二十五日衛署醫字第○九○○○五七八三九號書函所附之九○一四三號鑑定書在卷可稽，又依該鑑定書之意見，本件原告左腎摘除之原因，係因左腎皮質嚴重萎縮、慢性腎盂腎炎、腎小管萎縮，造成左腎功能嚴重不足而摘除，再者，鑑定書並認為子宮肌瘤切除手術約百分之一會傷到輸尿管，足見子宮肌瘤手術通常情形並不會傷及輸尿管，詎被告甲○○於手術過程中殊未注意，造成原告輸尿管發生狹窄，進而引發左腎水腫，依上述各節，應認原告已經舉證證明被告甲○○有過失。再自結果以觀，原告係因子宮肌瘤而至被告醫院就醫並接收手術治療，一般而言，子宮肌瘤（或卵巢畸胎瘤）病症之必要手術，或應包括子宮切除及卵巢摘除，然通常情形，其手術結果或產生之影響與泌尿系統之腎臟無關，其竟於手術後發生「輸尿管狹窄」之現象，並因而接受多次輸尿管手術（見原告所提出之手術情形附表），最後進而必須切除左腎，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」或「事情本身說明一切」）之法則，亦應減輕或緩和原告之舉證責任。本件原告已經證明系爭事故之發生，除非係因醫事人員欠缺注意，否則通常情形不會發生，其事故發生之情形又完全在被告之掌控範圍內而無其他因素介入，且原告係因子宮肌瘤病症入院治療，卻因輸尿管狹窄而造成腎臟嗣遭切除，自應認為其舉證責任已經足夠，故原告主張被告甲○○於子宮肌瘤手術過程中具有過失，應可採信」。

## 二、重大醫療瑕疵原則

德國法上「重大醫療瑕疵理論」，係指原告如主張並證明醫師有重大醫療瑕疵之情形，該醫療瑕疵與所受損害之因果關係，應由被告舉證其不存在，即舉證責任轉換由被告負擔<sup>46</sup>。

瑕疵「重大」與否，是從一般客觀醫師觀點出發，違反醫療法則或固定醫學知識，是不可理解的，並且該瑕疵有足以發生損害可能性，無須達到表現證明之典型性之程度；法官評價時，並不考慮醫師個人主觀因素，蓋其非對醫師之制裁，僅是因重大醫療瑕疵造成其與所受損害之因果關係難以釐清，使原告舉證困難，則此時應由被告負舉證之責，方為公平<sup>47</sup>。

德國醫療實務運用此原則案例甚多，學者區分為以下五種類型<sup>48</sup>：

①診斷之瑕疵：忽視病人不正常之高血壓；未對咳嗽後吐血之病人進行鑑別診斷；未將病人及時轉診至大型醫院進行必要之檢查等。

②治療之瑕疵：麻醉病人呼吸困難，麻醉師先行離去；未按時測量早產兒之溫度以致失溫過久；病人流產現象卻開予瀉藥等。

③傳染或感染之瑕疵：未先進行手部消毒即進行注射；針孔消毒未等待30秒即對該部位進行手術等。

46 沈冠伶，同註2，頁112。

47 沈冠伶，同註2，頁113。

48 詹森林，同註8，頁62-65。



④生產之瑕疵：孕婦羊水已破卻未催胎，以致生產延遲12小時以上；婦科醫師將超重胎兒之生產交由無經驗之助理醫師處理；孕婦生產時已有血栓現象，醫師卻未採取超音波或靜脈顯影劑檢查。

⑤組織之瑕疵：注射針筒僅以棉花球保存；醫師執勤時，卻完全未出現。

臺灣臺北地方法院95年度醫字第14號民事判決首次引用「重大瑕疵原則」，案例事實為病患氣管內管已滑落多時，醫療人員嗣後發現時，病患已因氧氣缺乏產生肺氣喘及呼吸不過來導致生命跡象微弱現象，雖經心肺復甦術及重新插管後，已神志不清，血壓升高為200/106毫米水銀汞柱，兩眼雙瞳不對稱，懷疑有腦部缺氧情形，而病患主張護士未及時為護理照顧且值班醫師處置不當，惟本院判決認為重大醫療瑕疵屬於醫學專業上之判斷，因被告未聲請鑑定，以致無法得知醫療人員是否有重大之瑕疵，而駁回原告之訴。

### 三、可完全控制之危險原則

醫師或醫院能完全控制醫療行為中之危險，而該危險與人體組織之差異性無關所造成之損害，不問是契約或侵權行為之損害賠償請求權，均應由醫師就其盡相當注意義務，已控制風險而無過失或不具因果關係負舉證責任<sup>49</sup>。

主要類型<sup>50</sup>有：

①醫療相關事項之組織與協調不完足：臨時欠缺必要之藥物、病患在檢查台上摔倒等。

②醫療設備及器材之使用有缺失，消毒劑純度不符規定或麻醉儀器不符使用狀態等。

③醫院組織不完善，以實習醫師為病人看病或使用過分疲勞之醫師負責手術工作等。」

臺灣臺北地方法院93年度醫字第1號民事判決中，可以觀察到「可控制之危險原則」的蹤跡，案例事實為原告主張醫療人員在急救過程

中，因其他請求支援而離開病床之同時，未拉起床欄，致使原告之母跌落地面，造成顱內出血，並於醫療過程中延誤治療，產生併發症，導致病患死亡，而被告則以該病患者女兒及菲傭當時一直陪伴在旁，但患者因自行躁動，翻身而跌落床邊，造成頭部外傷意外。該判決認為「在急診診間自病房床跌落地面的不良事件（adverse event），屬急診業務中的意外事件，醫院之管理部門理當對於從事醫療業務的場所及設備，提供安全環境，並擬定相關因應計畫。病患臥於急診推床時，所臥推床應具備床欄，醫療人員在離開病患時應拉起床欄，以免跌落意外的發生，雖護理人員的離開是因點滴難打欲請人幫忙為由，但不能因此而忽略對病患的安全維護或委責予家屬。被告醫院對此不良事件的發生，確有疏失。」而推定被告有過失，惟本案中，法院認為該過失與病患死亡無因果關係，而駁回原告之訴。

### 伍、結論

醫療糾紛一般舉證責任分配，無論在不完全給付之契約責任或侵權責任，均由原告對被告過失及因果關係存在之事實負舉證責任。醫師違背說明義務之舉證責任上，「診療說明」是契約從給付義務，如有違反即構成不完全給付，故除非有重大醫療瑕疵，仍應由原告就被告違反診療說明之事實，負舉證責任；至於「自我決定之說明」，為阻卻違法事由，是妨礙請求權成立之抗辯，故應由主張抗辯事實存在之被告負舉證責任。

然而醫療訴訟，病患欠缺醫療專業知識，與醫師、醫院所掌握之資訊不對等。而記錄醫療過程相關證據，如病歷、檢查報告等相關文書，往往存在於醫院，有證據偏在問題；另一

49 沈冠伶，同註2，頁115；詹森林，同註8，頁52。

50 詹森林，同註8，頁52。



方面，醫療行為具高度不確定性、人體與疾病是現今醫學無法完全掌控，為落實個案正義與武器平等原則，在具體個案上，應適當的為舉證責任轉換或減輕，合理的分配醫病雙方的舉證責任。

在民事訴訟法第277條但書「依其情形顯失公平者」為一不確定法律概念，應妥適運用外

國法例中不同類型原則加以補充其內涵，包括德國法上之「表見證明」、「證明度降低」、「重大醫療瑕疵原則」、「可完全控制之危險原則」，以及美國法上「事實說明原則」，並且發展出不同案件類型，以平衡兼顧法安定性與個案正義。



## 評論人講評

## 民事醫療訴訟舉證責任之研究

陳副院長聰富：

所長、各位同學好，今天很高興有這個機會能夠針對程欣儀同學的文章作一些評論，從文章寫作的內容，可看出程同學很認真地把相關文獻、判決都找出來，儘量做整理，在這裡既然以一位老師的身分來作評論，當然要想辦法讓此份文章更有精進的可能性，在論文發表後，可以讓閱讀的人感受更為深刻。

首先，從架構上來說，發現本文的文章脈絡：第一是一般民事舉證責任；第二是民事醫療糾紛舉證責任；第三是說明義務的排除；第四是舉證責任的減輕與轉換。在舉證責任的減輕與轉換下又細分：(一)證明妨礙；(二)第277條但書。在第277條但書提及表見證明與事實說明自己、證明度降低、舉證責任之轉換等。整篇文章架構，將很多的學術論述綜合在一起，難以分辨孰輕孰重，讀完文章會覺得不太好用。我試著把本文的內容重新整理一遍，提供參考。建議可以分成五大架構：

一、序言

二、民事醫療糾紛的舉證責任

A：主、客觀舉證責任

B：契約與侵權責任的醫療舉證是否要區分

C：醫療民事舉證責任，說明第277條但書之規定

三、醫療舉證責任減輕制度

A：證明妨礙

B：表見證明

C：證明度降低

四、舉證責任倒置或轉換制度

A：事實說明自己

B：重大醫療瑕疵因果關係理論

C：可控制風險

五、案例分析

A：事實說明自己原理-過失+因果關係

B：重大醫療瑕疵-因果關係

在案例分析方面，本文舉臺灣臺北地方法院89年度重訴字第472號有關子宮肌瘤切除手術案例，臺灣臺北地方法院判決所適用的「事實說明自己」法理，在美國法適用的非常少。該案法院為何適用此一法理，認為進行子宮肌瘤切除手術的醫師，怎會誇張至將孕婦的腎臟切掉，要不是醫師有過失，並不會發生腎臟被切掉的結果，可見手術是有疏失的，這即所謂「事實說明自己」。但如果仔細觀察該案，可並非如此。該案是婦產科甲醫師開子宮肌瘤，不小心傷到輸尿管，嗣由泌尿科乙醫師進行輸尿管手術。然而乙醫師將輸尿管的開關，關了卻忘了開，使顯影液逆流到臟腎，導致功能完全退化而遭切除。從過程來看，原來的婦產科醫師開第一個刀，泌尿科醫師開第二個刀，腎臟被切除的原因是輸尿管的開關忘了開。試問從此歷程來看，做錯事的是誰？第一位醫師傷到輸尿管，能夠用「事實說明自己」是有過失來認定嗎？似乎不是必然。反而是第二位泌尿科醫師，導致顯影劑逆流，可以適用「事實說明自己」來推定有過失，具有因果關係。為何被告是無辜的婦產科醫師，而不是真正該負責的泌尿科醫師？

本文另外引用一則牙醫師醫療糾紛的案例，是臺灣第一，也是唯一牙醫師被判賠一千萬元的案例。病患在施打麻醉針後癱瘓，推定有因果關係，但問題是真的有過失嗎？因為注射麻醉針打太深，打到了靜脈，試問深、淺差距甚微，因此醫師行為被推定有過失，合理嗎？



建議將論文架構整個重新作調整，會讓論文更清晰。對案例的分析可以靜下心來，問自己，也問法官，運用本文整理的所有理論，假設剛剛所舉的例子不能用事實說明自己原則，不能用其他可控制的風險原則，能不能用重大醫療瑕疵理論？運用不同的理論去檢驗它，也許會得到很有趣的分析結果。評論到此，謝謝大家。

所長：

非常謝謝陳副院長的講評，一言中敝。還有一點點時間，同學可以利用機會，請教陳副院長關於第277條但書的規定，因為此條文引起很大的爭議，似乎立法說明欄已經說明像公害、交通、消保、醫療糾紛，這種情形就是我們但書所指，就我們所瞭解第277條但書，意思就是根據立法說明，醫療糾紛是不是當事人不用舉證，而全部由醫生提出反證？還是立法意思是要給予有斟酌的餘地？

程欣儀：

這是一個很困難的問題，就我所認為大部分情形，的確是要由原告負舉證責任，立法者認為具有現代型紛爭的訴訟，通常原告是集團性、擴散性，較沒有辦法比被告舉證能力來得強，這是法官在具體個案中，應該適用不同具體個案去作裁量。本論文撰寫醫療訴訟，亦具有現代型訴訟紛爭的性質，嚐試搜尋司法院判例做評析，但從100年往回搜尋至99年，得到的案例都是原告敗訴，已有很多研究生論文探討，我試著找案例作評析，但是因為時間的關係，故在本文沒有評論出來。誠如要找到原告勝訴的案例，其實是蠻困難的，所以才轉而探討引進外國學說課題，讓法院可以參考外國的立法例，看這些法則的內涵，是否可以符合具體的個案，以上是我個人意見。

所長：

我們採舉證責任分配的原則是如何？其實，受到日本很多的影響，很多民事訴訟法的書，幾乎都是抄日本的學者最先發明的構成要

件、法律關係、特別要件、普通要件，作很多法律要件的分類，那是當時日本沒有寫出來的原則。現在，我們已明文化，明文化又在立法理由裏占很強，造成很多的困難。例如，在277條文的顯失公平，何謂「顯失公平」？如果從法律的體系來看，顯失公平條文亦出現在其他法律，像民法第247條之1的顯失公平；有關暴利行為也有顯失公平；民事訴訟法第397條情事變更原則，法院可以介入，用的還是顯失公平，可見訴訟法也有顯失公平。

公平交易法有所謂「不公平的競爭」，列舉不公平競爭的行為之後，在第23條規定，還有其他顯失公平之競爭行為及民事訴訟法第277條但書的顯失公平。這些顯失公平到底是什麼意思？這是一個核心，才能夠但書變成實用，這些都沒有把它們釐清，到後來大家光談學說，而不談實定法裡面的規定。舉證責任分配到底原則在那裏？變成法官自說自話，變成法官個人的爭議，而不是法律的論證，所以造成很多紛擾。像我們立法說明用了一句，法院判例上採所謂「誠信原則併舉證責任分配」，如果立法說明寫判例如此採，就要把判例引出來。盡力搜尋結果，沒有一個最高法院的判例舉證責任在以前實務上採誠信原則。誠信原則本來就很抽象，根本沒有這樣的判例，怎麼立法說明騙我們？這就不真實。

用顯失公平是法定用語，用很多層次的法定用語，它的語意是否已有特別意義，還是只是普通用語，像價金過高，說是有失公平，沒有寫顯失公平，但是說「顯失公平」比「有失公平」還要更嚴重，很顯然不待證明，變成是字面上的解釋，但真的是這樣嗎？英文用語公平競爭是用Unfair competition，但是在第274條之1的不公平契約，在英美契約法不稱Unfair Contract，而稱Unconscionable Contract，所以他們有Uncontrollability即所謂顯失公平的理論來架構契約不公平的原則。現在把外國的用語用到我們的中文進來，到底它給我們的指示是



那些原則？像民事訴訟法採取減輕舉證程度，是不是因為各種不同的案子，它有所不同？還是採一例的，所以民事的舉證程度，即證據優勢，跟刑事採**beyond reasonable doubt**，它的**degree**是不是完全一樣？那只是舉證責任分配的問題呢？還是舉證程度要不要把它更降低到以**preponderance of evidence**，這依據到底在那裏？我們的第277條但書是不是這樣的意思？這才是癥結。

因為同學初步談到這麼深的問題，而且感覺實務上是亂用，尤其是第一審有時會抄學者寫的論文，其實原意不是這樣，但會誤引。像剛才陳教授特別提出來的“*Res ipsa loquitur*”原則，在美國的適用非常嚴格，它有它的條件，但是我們只是用以前發生的案例，抽象地

適用過來到底對不對，所以有人就乾脆主張醫療法排除消保法的適用，不採無過失責任，其實趨勢上像這種醫療應該採無過失，就解決掉那些訴訟採用保險的方式。但現在有利益團體，所以沒有辦法合理化，司法便面臨這些問題。但是如何面臨此問題，就要靠舉證責任分配來得到司法正義，但法官不能隨心所欲，要靠原則；如果隨心所欲，即為非法裁判，不依法裁判，就會發生問題。同學欣儀很認真，非常不容易，接受很高度的挑戰，剛才陳教授的指導後，再把論文修改，更有看頭，投載到司法新聲，分享心得。

再次向教授謝謝，也給欣儀表示肯定，謝謝他們。