

# 醫療過失責任之認定

台北醫學院 劉文瑛

## 摘要

醫事紛爭在現今社會層出不窮，該如何認定責任之歸屬？前提是過失認定之標準為何？以及過失責任確定後，又該課以醫事人員如何之法律責任？即成為當前重要課題。

相較於英美先進國家，國人尤其喜歡採取刑事訴訟方式解決醫事紛爭。依我國刑法規定，醫療過失致死是屬於業務過失，依法可處五年以下有期徒刑，相較於普通過失致死處二以下有期徒刑，確實是過重。換言之，一個流氓在路上跟人起衝突，失手將對方打死，最重亦不過是判二年徒刑，但若是醫師不慎將病患醫死，動輒便是五年以下有期徒刑。更何況醫療行為本身極具高風險及不確定之特性，加以醫師之養成教育過程備感艱辛，無怪乎現在許多醫師在診療病患時都相當保守，唯恐下一個被告對象即是自己。醫病關係變得相互猜忌而無法信任，這絕非醫病雙方之福！

證明醫師之診療行為究竟有無過失？其中因果關係之判斷是相當重要之一環。而因果關係之成立與否？可從最高法院許多判例中見端倪：[…無此行為，雖不必生此損害，有此行為，通常即足生此種損害者，是為有因果關係，無此行為，必不生此種損害，有此行為，通常亦不生此種損害者，即無因果關係…]此外，醫療訴訟中，專家證詞經常能左右法官之判決，主要原因是大部份法官缺乏醫學專業知識，只能依靠專家證詞來判斷醫師是否有盡到所謂善良管理人責任，而論斷醫師之過失責任成立與否？

另一方面，如何使醫病關係諧和，讓醫療事故所造成傷害降至最低，是大家所期盼努力之目標。試圖在現有訴訟制度外設立醫療調解委員會、仲裁、互助基金會等方式紓解當前醫療之困境，不失為可行之道；同時亦可避免動輒訴訟，勞民傷財，浪費司法資源！

## 醫療過失責任之認定—英美醫療過失案例之重要原則

### 第一節 醫事紛爭現況及動向

#### 一、從「醫療父權主義」至「說明同意原則」(Paternalism→Informed Consent)

醫療科技進步之同時，醫事紛爭不但未曾停歇，反而有與日俱增之趨勢。醫事紛爭形態更為千奇百怪，小至病患或家屬於日常臨床上提出之請求(claim)，大至足以造成社會問題之醫療訴訟等均是。

眾所周知，先進國家之美國，素有訴訟王國之稱，醫療訴訟多不勝數，值得國人警惕。回溯美國自一九六〇年代後期至一九七〇年初，以及一九八〇年代曾發生兩次醫療危機；即短期間內訴訟量激增及賠償金額高漲，終導致醫療保險陷入危機狀態而引發重大社會問題<sup>1</sup>。面對此一波來勢洶洶之危機，諸多應變政策紛紛出籠，包括政府機關之修法、醫師公會和保險公司共同設置審判前之審查委員會(pretrial screening)、ADR (Alternative Dispute Resolution) System-替代之紛爭解決手段<sup>2</sup>，如調解(Mediation)、仲裁(Arbitration)等醫療事故處理機構；其他如QIO (Quality Improvement Organization)<sup>3</sup> System [其前身為PRO (Peer Review Organization) System-同僚審查制度]<sup>4</sup>、DRG (Diagnosis Related Group) System-設定價格制度等。改善結果，醫事紛爭於一九八七年曾一度減緩<sup>5</sup>，但往後又逐年升高，至今賠償金額更加龐大；相對之，醫療保險金額亦節節高升。影響所至，不僅病患，醫師亦是受害者<sup>6</sup>，其中又以婦產科醫師最為嚴重。

婦產科一向被視為最易引起醫療訴訟之一科，平均每四名醫師即有一名遭遇醫事紛爭<sup>7</sup>。從而美國婦產科醫師學會(American College of Obstetrician and Gynecologist, ACOG)極力呼籲保險市場與醫療司法系統進行改革，以解決這三十多年來第三度醫療過失保險危機<sup>8</sup>。

除保險問題外，近日各大媒體相繼報導另一宗不可思議之活體肝臟移植捐贈者(living liver donor)死亡事故<sup>9</sup>。紐約州衛生廳立刻展開調查並發佈新聞稿說明：手術本身並無問題，但醫事人員工作分配不均，任由一位經驗不足之第一年住院醫師照顧三十四名病患始導致捐贈者死亡<sup>10</sup>。該醫學中心立刻被處罰四萬八千美元，以及至少停止施行活體器官移植手術六個月等懲處<sup>11</sup>。

Mount Sinai Medical Center 向以成人肝臟移植手術名震遐邇。Hurewitz 是首位死於該醫院之肝臟移植手術捐贈者而成為這次州衛生廳主動展開調查之直接原因。由於本案執刀醫師、住院醫師，以及護理人員等均未在病患手術後前往探視，且

未告知手術後不能立刻進食等療養上須知，家屬在不瞭解情況下餵食龍蝦，導致病患嘔吐不已合併胃出血致死。檢視此病例，如果醫事人員事先向病患及家屬說明移植手術前後應注意事項，或許可避免悲劇發生。

這一連串事件報導不但震驚社會，亦令筆者感到錯愕<sup>12</sup>，更足以令人省思，該院為當今醫療科技先進之美國醫學中心，尤其該院曾是全美肝臟移植這項高難度手術之先鋒，尚且醫療事故不斷，遑論其他國家<sup>13</sup>？再者，此一事件亦突顯醫療事故之發生，除醫療科技外，醫事人員工作分配及醫事人員與病患或家屬之間溝通不良，均足以破壞醫病間之信賴和諧關係，醫事紛爭只可能持續增長。

反觀傳統醫療，醫師向以專家身份自居，積極扮演父親角色(Paternalism)<sup>14</sup>以全力照顧病患，醫病關係情同父子般相互信任，縱使有醫療事故發生亦鮮少紛爭。然時代變遷，現今病患權利意識高漲，年輕一代醫師與病患間所追求之醫療理念，多以「說明及同意(Informed Consent)」為主軸之醫療關係，並將醫療行為建立在法律契約之基礎上。有些醫師為期保護自己在法律上利益而避免日後可能產生紛爭，往往在診療過程中過於保守或卻步，而導致喪失許多救治病患之機會，即所謂防禦性醫療(Defensive Medicine)。此誠屬病患之不幸，相信亦非醫師所願。

英美國情及法律體系雖與我國不同，但醫療過失案例之重要原則及學理仍可為借鏡。諸如：醫師之注意義務基準、事實推定法則、因果關係及損害等原則。

筆者期待能藉由此篇文章提出而提醒醫師執行醫療業務時，隨時提高警覺以減少醫療失誤率及不必要紛爭。現階段若要徹底杜絕國內醫事紛爭似乎不太可能，但仍希望醫療不當案件能減至最低程度，並以確保醫病雙方權益為首要任務。

### 第二節 過失責任

#### 一、民事責任

規範醫病關係之私法，原則上有契約責任和不法行為責任；英國醫療屬公醫制，故契約責任所佔比例甚少。

##### (一)契約責任

英國在NHS (National Health Services) 從事診療之醫師，不論是一般醫師或專科醫師，與病患之間無契約關係存在；除非訂立明確之契約條款，醫師即應負履行義務。然美國醫病之間普遍存在契約責任，除非病患先行解除醫療契約而終止僱傭關係<sup>15</sup>，否則醫師不得單方無故(無正當事由或事前合理指示)停止對病患之診療。換言之，醫師如無法明確指示之狀況下，

對急症病患，應負繼續診療之義務<sup>16</sup>。

## (二) 不法行為責任

### 1. 故意 (Intention)

未經同意而對他人身體故意侵害之接觸，原則上已構成不法行為責任。依 Common Law 規定，有同意權者未同意之前提下，推定該治療是違法。原告對於故意侵權之損害不負舉證責任；另一方面，通常保險亦不會給付。

### 2. 過失 (Negligence)

法院在認定醫療過程中有無過失和其他類似案件相同，即被告傷害原告之行為是否已構成未履行應注意之義務？此決定於被告醫師在為病患治療時，注意義務之基準為何？如果醫療照顧之基準是在法律預期之下，即構成過失<sup>17</sup>；除非採取強制無過失責任，過失仍是英美醫療案例中法律理論之支柱。

醫療過失之證明，通常須具備以下要件：第一、被告有適當照顧之注意義務；第二、被告違反前項義務；第三、義務之違反與損害間有因果關係。換言之，被告僅違反義務是不夠，須該義務違反時，行為人有預見損害之可能，且造成之損害又須與行為人之義務違反有因果關係，始負全部損害責任。被告雖可主張過失相抵<sup>18</sup>等原則抗辯，但在英國並無多大成效<sup>19</sup>。原告要求醫師賠償，通常須具備一定法律依據，如 Ashcroft<sup>20</sup> 事件，法官 Lawton 即認為該案之法律基礎薄弱而強烈否決。但法院對原告在醫療訴訟中之困境亦非一無所知，故有過失推定原則之適用，以及在 Clark v. MacLennan<sup>21</sup> 案中，將舉證責任倒置予被告，以減輕原告負擔。

#### (1) 注意義務之基準 (The Standard of Care)

通常英國醫師無須負擔治療成功之義務，但仍須負擔合理有能力醫師在同樣狀況下之注意義務，即所謂善良管理人之注意義務。至於醫師是否盡善良管理人責任，乃委由專家證人判斷<sup>22</sup>。

美國有些法院雖採平均醫師之水準，但判決內容已漸避免使用「平均」(average) 字眼，改採「合理有能力」醫師之水準以判斷有無過失<sup>23</sup>。事實上，約半數美國醫師之技術在平均水準以下，但並非因此即可判定其行為有過失<sup>24</sup>。醫療不當案例中注意義務之基準，通常被定義為：「醫師應具備合理 (reasonable)、通常之注意 (ordinary care)、技術 (skill) 及勤勉 (diligence) ……並與其他鄰近地區之內外科醫師於相同情況下有相同之執業水準 (in the same general line of practice)

……」<sup>25</sup>。多數法院雖支持上述觀點，但各自有不同闡釋，主要是針對以下三個疑點提出不同見解：

第一、誰是合理醫師 (who is the reasonable physician) ?

第二、其他醫師在何處執業 (Where do these other physicians practice) ? 起訴標準是採地區、州或國家標準 (a local, state, or national standard to be applied) ?

第三、其他醫師遵從之學派為何 (What school of medicine do these other physicians follow) ?

#### A. 合理醫師 (The Reasonable Physician)

通常，合理醫師之考量，乃要求醫師之注意義務有如前述「合理及通常醫師之注意義務……」，非以同儕中最高知識、技術等標準判斷。當醫師從其他有資格醫師所能接受之多數治療方法中選擇一個自認為對病患最好且最適合之方法，即無醫療不當。此即所謂尊重少數學派理論 (arespectable minority)<sup>26</sup>。

#### B. 地區、州或國家標準 (Local, State, or National Standard)

第二點考量是，「與鄰近地區之內外科醫師有相同執業水準」之定義中，所謂「鄰近地區」究竟是指社區 (community) 或近處 (vicinity)，抑或州 (the state) 或國家 (nation) ?

傳統上，美國採用地區規則 (locality rule)<sup>27</sup>，即與同一地區內其他醫師之執業水準比較。此理論在美國發展得很早，然徹底執行會產生一些困擾，如醫師缺乏地區或社區，或狹窄地區及封閉社區中要選出可以被接受之醫師作證，有實際困難<sup>28</sup>；加以現代交通發達、資訊頻繁、醫學教育進步，以及醫師訓練機會增加等，致使醫學專業照顧之注意義務標準化 (a standardization of care)，故將「同一鄰近地區 (same neighborhood) 標準」擴大為「國家標準 (national standard)」<sup>29</sup>。然執業環境如低於理想狀況 (ideal conditions)，可用「有理由之環境 (justifiable circumstances)」作為抗辯，即降低國家標準而減輕醫師責任<sup>30</sup>。從而，「……一位醫師在欠缺必要設備或資源狀態下，以致無法提供確定之注意義務，即無注意義務違反可言。」<sup>31</sup> 又如密西西比州最高法院 (The Mississippi Supreme Court) 將此規則解釋為：「……醫師即使未受委任，仍有以下注意義務：醫師應竭盡最大知識、合理、能幹、謹慎之技術照顧每一位處於不同狀況之病患，使其痊癒，……至少與美國其他地區醫師在相同領域，具

備相同設備、服務及選擇……」。

### C. 學派規則 (The School Rule)

第三個考量因素是，決定醫療照顧之基準，是否能與同一線上執業之內外科醫師水準相比較 (in the same general line of practice)？此種規則有時被稱為學派規則，因醫學可以承認不同治療學派。至今醫學已傾向專科化 (specialization)，如要判斷這些專科醫師或學派是否違法，應與同一學派內其他醫師或其他專科醫師比較。判斷這些逐漸增加之專科醫師之責任時，即應超過特定地區之限制 (beyond the confines of a particular locality)<sup>32</sup>。

醫師未及時將病情超過其所接受訓練及經驗之病患轉診至其他專科醫師，即有責任。例如病患在咳血兩天後，死於出血之案例<sup>33</sup>。法院判定該家庭醫師 (general practitioner) 應瞭解病患情況已危急，須立即轉診給胸腔外科醫師施行手術，或許可挽救病患生命。醫師在特定醫學領域內接受訓練並領取執照，但執業時卻超過所受訓練範圍，即應以較高之注意義務為判斷標準。

### D. 合理謹慎標準 (The Standard of Reasonable Prudence)

有些法院認為專業標準並不一定適當而迴避傳統標準 (bypassed traditional standards)，並允許陪審團自己判斷而不經過專家證人，可謂經由事實發現過失。此乃將醫療不當案件視為一般過失案件處理。例如 Favolora v. Aetna Casualty and Surety Company<sup>34</sup> 案，下級法院判醫師勝訴，至上級法院卻推翻一審判決，認為如依社區標準 (community standards)，放射線科醫師未查看病歷並無過失。此情況如發生在教學機構 (teaching institution)，會要求放射線科醫師要查看病歷，否則有過失。此後，華盛頓州亦通過 WASH. REV. CODE § 4.24.290 (1975, as amended 1983) 法案<sup>35</sup>。

### (2) 義務違反之證明 (Proving the Breach of the Standard)

要贏得一場醫療過失訴訟，首先要瞭解及證明醫師應注意之標準為何，並進一步證明醫師已違反前項標準始可。這個證明在英美法體系中經常被要求專家證詞 (expert testimony)，且此口頭證詞通常來自於被告之同儕醫師 (the defendant's fellow practitioners)。專家證人 (expert witness) 之醫師不同於一般外行證人 (lay witness)，不限於僅證明已觀察之事實，尚可提供其他有關疾病或傷害之本質及原因等意見。

由於醫師之間普遍存在「沉默之共謀 (a conspiracy of silence)」<sup>36</sup>，以及認為自己如非當事人，通常不會被迫作證等因素存在，致使原告難以找到足以適任之專家<sup>37</sup>。顯見，在醫療訴訟中，即使論證明確情況下，要求專家證詞，仍是一件困難之事。

醫療過失 (professional negligence) 之證明，除專家證詞外，其他形式之證據亦被允許，甚至被告醫師本人亦可提供相關證詞等。總之，證明方式很多，最常見者為專家證詞。

### A. 專家證詞

要求專家證詞，乃英美法體系中證明醫療過失之標準模式。首先由專家證人提供適當之注意標準，並證明被告醫師已違反該項標準之口頭證詞。又，專家證人之間屢因醫學觀點不同而爭議不斷，此亦為醫療過失訴訟特徵之一。

美國有幾個州案例已放寬同一地區規則 (Same Locality Rule) 而改採國家標準<sup>38</sup>，原告只須證明專家證人之醫師能熟悉該地區醫療業務，即便證人在其他地區執業，甚至不屬於同一專科或學派亦可<sup>39</sup>。

### B. 不須專家證人之情況

#### a. 「一般常識」原理 (Common Knowledge Doctrine)

相對於專家證人之要件，一般常識原理可謂為最重要之例外。例如手術切錯腳，乃非常明顯疏忽，故有些法院允許使用該原理以滿足專家測試門檻。然一般常識之適用仍存在一些限制，如為除去皮膚之神經纖維囊腫所作必要切除手術之範圍，即非一般常識問題<sup>40</sup>；其他如藥品之藥理學效果等複雜問題亦同<sup>41</sup>。

#### b. 被告自白 (Statement) 或證詞

被告醫師本人可能被法院傳證，如其陳述有充分證據力時，原告可基於該陳述委由陪審團判斷。例如 Morgan v. Hill 案例<sup>42</sup>，以及紐約 McDermott v. Manhattan Eye, Ear and Throat Hospital 案例<sup>43</sup>，原告並無推薦專家證詞，反而要求被告醫師自己提出注意之標準及其偏差所在，並為上訴法院接受。

#### c. 違反制定法、規則、條例等

被告如有違反民、刑事法、制定規則、條例等，即使未違反適切之注意水準及其他證據，亦不妨害過失認定之可能；亦即在某些情況下，先以法律推定過失之成立，但仍許被告舉反證推翻。

#### d. 違反專家委員會制定之組織規章、指標 (guideline) 等

醫院制定之醫療守則、指標、政府機關之代理規則或私人代理標準等均可為注意基準之證明。著名之 *Darling v. Charleston Community Memorial Hospital* 案例<sup>44</sup>，即採取醫院內部共同委員會所同意並宣佈之同事守則，以及政府授權之執照等規範，做為判斷醫師有無過失之證據。又如美國全國教學醫院認可立案之「醫學教育鑑定委員會 (Accreditation Council for Graduate Medical Education, ACGME)」最近公佈住院醫師工作時數新準則，以防止還在接受訓練之醫師因睡眠不足而誤診，危害病患安全。這項新準則將於二〇〇三年七月開始實施，是美國第一個限制所有住院醫師工時之全國性準則<sup>45</sup>。

#### e. 醫學文獻

有些法院採用醫師在法庭外陳述當作過失之證據，即使是法庭外傳聞 (hearsay)，以及傳統上已從證據法則中被排除者亦同<sup>46</sup>，如同意原告提出醫學論文 (medical treatises) 當作證據等。

美國大部分州之法院雖認為醫學刊物並非直接證據 (direct evidence) 而限制使用，以免誤為攻擊專家證人之工具<sup>47</sup> 或增強專家在證據上之法律意見<sup>48</sup>。然有幾州法律或判決卻同意使用醫學書籍做為證明注意基準之直接證據。例如威斯康辛州 (Wisconsin) *Burnside v. Evangelical Deaconess Hosp* 一案<sup>49</sup>，判斷一名骨外科醫師 Lewis 在執行脊椎板切除術 (laminectomy) 和椎間盤切除術 (discectomy) 時，即採此原則。值得一提者，這些州在採取威斯康辛州方式之同時，強調醫學論文作者須被證明是公認之專家或其論文曾在有權威性之刊物上登載始可。

#### f. 事實推定法則 (Res Ipsa Loquitur)

相對於專家證詞，事實推定法則或許可謂為最複雜之例外<sup>50</sup>。此法則並非將舉證責任移轉給被告方，而是先推定被告有過失<sup>51</sup>，若被告不能舉反證推翻，原告始贏得訴訟。原告如能適用本法則，通常可輕易獲得勝訴判決<sup>52</sup>。

此法則對於操作機械所致意外事故或原告處於某種特別複雜之過程中所造成傷害尤其有效。換言之，當原告無法辨認造成其損害之過失本質為何，且對於遭遇損害之方式亦無法解釋時，如能適用該法則，將有極大效益。但高難度主動脈 X 光攝影下所造成之神經傷害事件中，此法則卻不被採用，因此種傷害通常被視為使用此

種攝影術本來就可能存在之危險<sup>53</sup>。是故並非所有治療上不好結果均可輕易適用此法則<sup>54</sup>，但一些很明顯之醫療過失案件，如 *Jefferson v. United States*<sup>55</sup> 一案，手術後殘留異物於病患體內，任何外行人基於一般常識均可知該傷害是過失造成。顯然，這類案件經常能適用事實推定法則。

#### (3) 因果關係與損害 (Causation & Damages)

原告僅證明醫師行為有過失並無多大實益，除非能同時證明「醫師未達到注意標準以致病患受到傷害」，始有意義。

在複雜之醫療過程中，有許多不同而獨立之可能性均可解釋為發生損害原因時，想要藉此證明過失行為與損害發生間之因果關係，是極端困難<sup>56</sup>。

又，美國多數法院判斷因果關係或評價時，通常會考量被告行為以外之原因，如外在要因 (force) 及內在要因 (condition) 等因素。考量被侵害利益之價值時，與被害人有密切關係之疾病、內因、外因，以及被告行為所引起之結果等外在因素總稱為先決條件 (preexisting condition)，均應列入考量範圍。處方有過失以致病患死亡，該損害計算與病患潛在癌症所受侵害之事實，顯然會影響賠償結果。

#### A. 因果關係認定之基準

民事上關於因果關係之理論不少，大致可分成兩類型：一是用來判斷「事實因果關係 (cause in fact)」之存否，屬於如何證明、認識事實層次之理論；第二用來評價那些經過證明、認識之步驟，認為確實具有原因力之事實，在法律上要如何加以評價之問題，屬於法評價層次之理論，即經由相當性理論評價後之因果關係，可稱為「相當因果關係 (proximate cause)」。

#### a. 事實因果關係之必要條件測試 (but for test)

或實質原因測試 (substantial factor test)

事實因果關係之存否，傳統上是依據「必要條件 (sine qua non) 測試『but for test』<sup>57</sup>」或「實質原因測試 (substantial factor test) <sup>58</sup>」之基準而判斷。此二基準雖不同，但結果卻一致，主要因文字表現上之差異。通常，必要條件之測試可經由條件公式篩選出，乃機械、自然、中性而不含法價值判斷之條件關係鏈。用此公式可迅速排除大多數和結果顯然無關之因子，是一個極有效率之工具，但由於「牽連太廣」，必須再用「法之評價」限縮，以避免無

限牽連之不合理現象<sup>59</sup>。

#### b. 相當因果關係之性質與義務之界限

此問題通常存在於法院認定之內容上，即被告所引起之損害應否賠償？亦即有無賠償價值存在？所謂相當因果關係之概念，大多以「法之因果關係 (legal cause)」、「損害之「預見可能性 (foreseeability)」、「義務範圍等文字表現。在某種意義上，其前提應被限定在「被告與事實因果關係上之損害有相當程度之責任」。

很多相當因果關係問題是從「義務」分析開始，如討論醫病關係存否或相對應之注意義務及其他依據是否存在等。一旦必要之職業關係上被證明，大部分相當因果關係部分即可依據一般不法行為之規則處理；亦即須根據被告行為之不法行為性所產生之危險或忽視危險性對被害人所產生傷害之範圍而決定。通常，此規則尚須表明合乎「合理預見被害結果」之要件，且只要能預見「結果」而不論損害「種類」即可。被告如因診斷上及治療上之過失而有醫療處置之必要時，對於將來治療上之合併症即有責任。

#### B. 因果關係之證明

基於證據之優越性，因果關係之證明即成為損害賠償責任成立與否之關鍵所在。又，損害原因只要有可能是被告之不法行為引起者 (more likely than not)，原告即有證明之必要，如 *Miles v. Edward O. Tabor, M. D., Inc.*<sup>60</sup> 及 *Harvey v. Fridley Med. Center*<sup>61</sup> 案例。

通常人之常識範圍內如無法明白之狀況下，因果關係之證明即須仰賴專家證詞或被告自白<sup>62</sup>。傳統上，多數法院就因果關係所採納專家意見，乃依據「醫學上合理之確定 (reasonable medical certainty)」理論。此與前述「more likely than not」之結論一樣，僅須證明被告行為所增加之危險性已達到醫學上合理確定即可，無須進一步證明「被告行為乃造成原告目前之損害」。

證明之要件雖稱為「因果關係 (causation)」，但運用在醫療上卻不一定和其他案件完全相同。換言之，醫療過失訴訟原告並不須證明損害在事實上是過失造成，只須有可能性存在即可，且過失亦不須為唯一原因<sup>63</sup>。至於證明是否達到注意之基準，亦不須像刑事證明一般嚴苛<sup>64</sup>。

#### C. 損害 (Damages)

為請求損害賠償而提起訴訟，必須先證明損害之存在。應該賠償

之損害雖包括財產及非財產上損害，但不被法院認為須賠償之損害亦有之。在 *Mckay v. Essex Area Health Authority* 案例中<sup>65</sup>，產婦在懷孕期間感染德國麻疹，要求醫師墮胎卻生出畸形兒，故提起養育費用訴訟。法院認為，評價「出生」是否有損害這件事本身即違反公序良俗。又如 *Undale v. Bloomsbury Area Health Authority* 案例<sup>66</sup>，產婦雖做過避孕手術仍懷孕。法院對於評價懷孕之「痛苦」是否有損害這件事本身，多持否定意見。

值得關注者，傷害之因果關係部分應由原告提出證明該傷害是因被告之過失行為造成，以及受傷程度。是故一個勝訴之傷害訴訟通常是基於實質性或賠償性傷害。

醫療過失訴訟賠償金計算適用傳統規則，即依侵權行為對個人傷害之賠償金計算方式。此賠償為原告在經濟上損失（包括逸失利益），如過去及將來醫療費用、復健費用、薪資損失，以及其他非財產上損失，如身體上疼痛及精神上痛苦等。被告惡意且嚴重傷害他人權利時，會被課懲罰性損害賠償<sup>67</sup>，此種賠償金額可大可小，法官乃視具體情況而定。

#### 二、刑事責任

英、美醫療過失案件向以巨額賠償金聞名於世，致使當事人多傾向於採取民事求償方式進行。近年來，遭到檢察官起訴案件略有增加之趨勢。在一連串控訴下，足以提醒醫師一件事實，即病患死亡有可能會導致刑事方面指控。

類似這樣指控在過去很少見，而今漸增，主要原因除醫事外部法逐漸受到重視 (heightened interest in the external regulation of medicine) 外，應與醫師過去所享有之專業免責權範圍逐漸被限縮 (a diminution in the professional immunity) 亦有關連。這樣轉變之過程堪稱正確，但在某些情況下，尤其刑責部分，較令人感到遺憾。畢竟醫師和其他專業人士均應為疏失之行為負責，如此理論完全可以被醫界接受；但比較令人懷疑是否每一個醫療疏失之案件，均須透過刑事責任相繩？以刑事責任訴追是否確實可以收到遏阻醫療疏失之效？這是法律政策上一個重要課題。基於這樣認知，事實上，大部分英美法系國家咸認在醫療事故應儘量以民事紛爭之處理方式進行，除非是顯然惡意或是重大過失狀況下，方才以刑事處罰處理，否則大部分國家均以儘量減少以刑事責任處理醫事紛爭之政策為原則。因入刑化之最低門檻至少需行為人出於不注意 (recklessness)，始能處罰。



有鑑於前述法律政策，英美國家在追究醫事紛爭中所涉及刑事過失責任之標準均超過民事過失責任。一般而言，較傾向將刑事過失責任限縮在醫療行為上有重大過失 (gross negligence)，或極度過失 (extreme negligence)，方才構成刑事上所謂之業務過失 (criminal negligence)。例如 R v. Bateman 一案<sup>73</sup>中，法官即表示：「為成立刑事責任，必須被告之過失責任不但超過民事賠償問題之階段；且由於輕忽他人生命、身體安全，以致犯下不為國家所容許之重罪，其不法行為應該受到懲罰」。顯見，在英美法體系下，認為刑事上過失程度在事實認定上應遠比民事過失為高，且其可歸責行為必須粗暴到令人憤慨或必須以較為嚴苛之刑事責任懲罰。處罰主觀上不注意 (recklessness) 與處罰客觀上過失不同；在前者之情況下，被告可謂：雖瞭解該危險之存在，以及發生之可能性，然行為人卻加以輕忽，未進行防止該危險發生之必要預防措施等行為；至於後者，被告在主觀上一點都不知道有任何危險存在，對於這樣造成之損害，很可能出於無能力認識危險 (incompetence) 或無知 (ignorance)，是否亦應受到刑事處罰，實值得探討？

在探究是否必須處罰這兩種過失行為時，必須先探討現代國家刑法之刑事處罰原則。現在刑法重在評價行為人之主觀犯意 (故意)，故以處罰故意犯為原則，處罰過失犯為例外。Common Law Crimes 均限故意犯，僅 manslaughter 為例外，有處罰過失犯 (gross negligence)。事實上，從英美案例上顯示，有一些醫療案例即使以殺人罪被起訴，最後大多以無罪為結局。關於重度智障之唐氏症 (Down) 新生兒維生處置之法律問題亦同<sup>74</sup>。如此傾向高刑事無罪率之主要考量是基於醫療行為本身即屬高風險性與不可抗力之特殊性，加以醫療刑事案件中事實關係掌握之困難性及法律判斷基準不明確性等因素存在。雖有學者認為，即便被告方面欠缺不法行為之主觀認識，如一個顯然無能力之醫師仍應被刑事定罪，因法律本來就應該保護社會大眾，刑責追訴與控訴主要是抑制那些連最起碼之專業水準亦無法達到者之一種手段。然英國著名醫事法學者 McCall Smith 卻認為該見解不適當<sup>75</sup>，且沒有人會主張無能力之醫師應該被監禁。但一個成功之控訴包含象徵判刑在內，至少亦須確保相關案件能夠獲得一般醫療評議委員會 (General Medical Council) 注意。是故英國普遍認為由開業醫師懲戒委員會 (Medical Practitioners' Disciplinary Committee) 先行調查後，再予以公正評斷較佳。

又如 People v. Einaugler<sup>76</sup> 案為美國少見之醫療業務過失致死判刑案例之一。該案法官援引紐約州刑法表示，被告之醫療行為是否因此造成對病患構成陷人於危險 (reckless endangerment)，必須有證據證明被告行為引起被害

人嚴重身體上傷害之潛在危險 (created substantial risk of serious physical injury)，且被告醫師之行為必須嚴重背離一個合理正常人之標準所會採行之行為，並其主觀上忽視該潛在及可避免之危險。所謂潛在身體上嚴重傷害危險，依照紐約州慣例是指該行為將有造成死亡或有造成死亡之虞。在主觀犯意上，本案法官認為自被告之醫學訓練背景及被告所敘述之證詞，可以證明被告明知在當時之狀況下如不給予立即適當處理，將會招致病患因而死亡之危險。陪審團認為在主觀認知上，被告醫師確實有過失<sup>77</sup>。

至於醫事紛爭是否構成刑事過失，除前述理論上標準之建立外，在法律事實認定上亦與其他一般傷害或死亡案件不同。一般而言，由於醫事紛爭案件中發生死亡或是傷害結果，在客觀上均是肇因於一個或多個前行之醫療行為，故該醫療行為屬於法律上所稱之「業務過失」，則是醫事紛爭事實認定上之重要問題。而該醫療行為是否構成法律上所稱之「業務過失」，其判斷標準須依醫療行為之水準而定，故在此層面上即涉及醫療之判定。

一般在英美法審理程序當中，醫學專業人員介入醫事紛爭審理即成為必要與常見之步驟。例如判定被告醫師或其他醫事人員之行為是否有違反醫學上應行注意之標準或義務時，通常審理法院必須藉助「專家證人」出庭作證，作為過失認定上之依據。一般而言，該名專家證人須具有該案爭議事實方面之醫學專業上能力，同時必須針對該案被告醫師所被控訴之醫療行為內容，是否違反醫療同業之技術水準或作業常規或判斷準則等進行法庭內之意見提供。是故在醫療業務過失之刑事案件當中，對於被告行為是否構成法律上過失之認定，英美法院非常仰賴醫界專業人士進行醫學專業上認定。此一方面，與我國法院進行相關醫療刑事案件時，必須倚重外部醫學專業鑑定機構，如衛生署醫事審議委員會或教學醫院、專科醫學學會等專業機構進行醫療行為過失與否之認定，有異曲同工之妙。其中不同者，我國刑事訴訟法雖設有「鑑定人」之規定，然在現行刑事訴訟之實務上，仍然以「機構鑑定」之委託鑑定方式較多，較少見由審理法院直接傳訊或指定自然人擔任醫事紛爭案件中，以個人鑑定人之身份到庭陳述鑑定意見。再者，我國刑事訴訟法當中，對於提供醫學意見之人，在其訴訟地位上是以「鑑定人」之身份請求其協助審理，而非以「證人」身份傳訊其陳述親聞親見之事實。此亦與英美法制中專家證人身份有所不同之處。

### 第三節 展望一代結語

醫療過失已明列英國第三大死因，僅次於癌症和心臟病，每年有多達四萬人死於醫療事故，為其他意外死亡之四倍<sup>78</sup>。

美國每年因醫療錯誤致死病患亦高達九萬八千多人，這可能是近年來最令人感到困擾之數據。醫療錯誤已成為美國排行第八位之主要殺手而備受關注<sup>79</sup>。再者，多年來管理式醫療照顧公司均以財務上誘因，鼓勵其系統內醫師降低醫療成本。這個做法已受到許多集體訴訟案挑戰，使管理式醫療公司成為法律訴訟對象。主要爭議是：管理式醫療公司在提高醫師給付以獎勵其降低醫療成本之同時，是否忽略病患之最佳利益，以致違反相關聯邦法律中所規定之義務。

瞭解上述現行醫療體制所產生種種弊端之同時，再回顧美國法院就醫療過失訴訟相關法律之判斷。整體而言，約自三十多年前開始，關於責任部分具有明顯擴大效應。諸如：提高注意義務水準、擴大適用事實推定法則、輸血適用嚴格責任、說明後同意法理之發展，以及緩和嚴格地域性規則（strict locality rule）和專家證詞之適格性問題等<sup>80</sup>。

醫療過失訴訟持續增加之結果，致使很多社會經濟學研究發展跟進；相關法律及社會環境變遷更造成醫療過失訴訟數量及金額均急遽擴大。此一醫療危機不僅出現在美國本土上，繼而影響至歐洲、亞洲各國。

然現階段部分歐洲國家已成功處理醫事紛爭，而美國醫療問題仍持續惡化中。主要原因是，美國醫師占很大比例已捲入醫療訴訟中<sup>81</sup>，醫療賠償金額、醫療保險費用均很高。可以解釋之理由是，第一、美國民事訴訟與保險制度唇齒相關，從某一角度觀之，保險公司是律師之「衣食父母」；第二、英美法律制度同源，收費制度卻不一。美國律師收費方式影響訴訟泛濫。反之，歐洲大部分國家將所謂分帳制度（Contingent Fee System）視為追求正義之障礙物而嚴加禁止。整個歐洲國家均認為該制度違反倫理學，律師應依據正義與衡平法處理事情，且得到報酬亦應採取公正方式。第三、更直接影響可謂歐洲國家之病患，根本不想冒財物上之風險而提起醫療訴訟，以致律師根本無動機可激勵此一活動。

有鑑於此，美國立法者紛紛提案限制律師成功報酬率或制定損害賠償額上限或調整重複補償等規則，藉以間接抑制損害金額。同時，立法言及專家證詞之必要性及再定義專家水準等，甚至聯邦政府亦因應聯邦議會提案而制定各種對策等。

然前述各種立法對策，顯然對於現今醫療過失訴訟之持續成長，似乎無法發生遏止效用。很多對策並無明顯效果或是否違憲尚有疑義，甚至法院對於專家審

查（panelscreening）或訴訟前手續之合憲性判斷亦有不同看法。加以立法改革方向，無論朝那一方前進，均與下述三個思考模式息息相關：第一、何種立法解決方式是眾所期待？第二、這些解決方式中，何者應優先給予立法機會？第三、相關改革有無違憲？

所謂改革，應指在現存不法行為之過失責任制度中進行，或將過失責任全部或一部分以無過失責任之損失分配方法替代。又，不法行為法之內部改革，亦非僅止於排除或減少反作用發生，應試圖完成一種任務，即不破壞現有損失分配或一般性抑制機能。

要維持現狀制度中最好方法之一是企圖限制損害擴大。不論過去或將來，經濟上損失及醫療費用回復均可認定，但關於慰撫金額則應適度限制。例如「痛苦」之慰撫金額應如何算定？由於涉及主觀性因素，難以預估，容易被濫用，應設上限。另一個較明確且合理上限，即設定訴訟提起期間。

更有進者，為制度上根本變更之提案。大部分主張另尋方法而不依賴損害回復之前提，即排除以過失存在為前提之過失責任現狀，但可能產生如下爭議：第一、廢止過失責任要件、簡化損失分配等衍生之營運費用所及範圍為何<sup>82</sup>？第二、醫療事故如採無過失責任或嚴格責任，將造成龐大費用支出<sup>83</sup>；第三、醫療事故如採無過失責任制度，其正當性將產生疑問<sup>84</sup>？第四、事故迴避方法之不確實，以及探究原因、報告方法之困難等，致使醫事人員雖負擔嚴格責任及透過集體訴訟仍無法迴避事故發生<sup>85</sup>；第五、如各別醫事人員雖無過失亦有責任而造成損失，往往因經濟上利害關係而抑制其治療較危險病患。如此可能基於「有問題之醫療行為」之費用與效益考量（cost efficiency）而影響醫療決策目的。

如可能朝無過失方向前進，為求經濟效益利用之可能性與公正性，關於損害，除實質上應設上限外，應克服相關制度在理論性及實際性障礙，以及應盡醫療執業之注意義務，始能有效取代傳統醫療過失訴訟之效益。

前述各種議論均過度單純，且醫療不當問題之解決，絕非容易事。事實上，很多醫療情況根本無法預測及掌控，如課以醫師無限制責任，終究可能破壞醫病關係而浪費更多社會資源，並非病患之福。然值得肯定者，醫病關係中醫師首要注意事項乃誠實提供良質之醫療，且其前提是以病患為主體性之醫療考量，並隨時保持良好溝通，始為解決之良策。

面對日漸增多之紛爭，日前美國醫師甚至走上街頭並喊出口號：Keep good communication-" You can live without your lawyer, but can you live without your doctor?" "Doctors need lawyers, too." 實值得國人警惕！更何況層出不窮之醫事紛爭事件，亦已成為現今台灣社會之新隱憂。新聞畫面經常可見受害者走上街頭抗議而



不尋求司法途徑解決，其中以因果關係在事實認定上之困難，造成訴訟冗長，為相當重要因素之一。

全民健保成立對台灣民眾是一大福音，僅付些許掛號費用即可看病，大幅減輕民眾負擔，但同時亦產生一些始料未及問題。例如中央健保局給付診療費用過低，造成部份醫事人員為業績而縮短病患診療時間，以求在有限時間內能照顧更多病患。一些知名大型教學醫院醫師門診人數，更可能多達數十乃至百人，平均每位病患能夠分配到診療時間只有寥寥幾分鐘，以致醫療品質每況愈下。

如何降低醫事紛爭發生比例，若以台灣目前情況而言，似乎可能性不高，但若嘗試在現有體制內做某些調整，卻不失為可行之道！傷害憾事既已造成，能做之補救動作即將彼此損害降至最低。當事人在最初，因情緒激動，堅持要提訴訟，但在經過一段時間冷靜後，往往會發現訴訟很費時，且心理上多半會受不了那種遙遙無期等待，最後可能會自動放棄或改其他自立救濟方式。

相信沒有一位醫事人員願意看到病患因自己行為而受到傷害，只是傷害既已造成，如何能讓受害者得到最大補償，過失者能盡其應盡責任，是我們要努力之方向。醫療訴訟絕不是唯一解決之道，如能在現行體制外設置醫療調解委員會、仲裁、甚至醫療救濟基金會等制度或許較為可行，同時亦可避免動輒訴訟，勞民傷財，浪費司法資源！

## 參考文獻

1. Scott RW. Health care malpractice, 2<sup>nd</sup> ed. New York: McGraw-Hill; 1999.
2. Southwick AF. The law of hospital and health care administration, 2<sup>nd</sup> ed. Ann Arbor, Michigan: Health Administration Press; 1988.
3. Smith M & M. Law and medical ethics, 4<sup>th</sup> ed. London: Butterworth & Co; 1994.
4. King JH Jr. The law of medical malpractice. 2<sup>nd</sup> ed, 1986; In Search of a Standard of care for the Medical Profession: The "Accepted Practice" Formula. (28 Vand. L Rev. 1214 (1975) ); Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences. (90 Yale L. J. 1353 (1981) )
5. Ian. Kennedy, Treat me Right, 1988.
6. Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal In-

jury, Cmnd 7054, HMSO, 1978. Vol. 2. C. 9. Report of the Task Force on Medical Liability and Malpractice, DHHS, 1987.

7. Journal of American Medical Association JAMA.

## 註釋

- 1 參閱筆者著「醫事法要義」一書，合記圖書出版社，民國八十八年十一月十日發行，第五十八頁以下；「醫療過失 (Medical Negligence) - 英美法案例為中心」一文，醫事法學季刊第七、第八卷合訂本，第二十八頁以下。當時遂被稱為醫療危機 (Medical Malpractice Crisis) 時代來臨。
- 2 參閱筆者著「醫事法要義」一書，第九章各國之對策與訴訟外制度，第三百五十五頁以下。
- 3 The centers for Medicare & Medicaid Services (CMS) announced a name change for PRO to QIO on June 24 2002. The mission of the PRO remains the same for QIO.
- 4 參閱筆者著「醫事法要義」一書，第八章醫療事故之法律責任，第二百九十頁以下。
- 5 美國醫學會於 1989 年公布之數據顯示，1981 年以前每 100 名醫師發生醫事紛爭件數約有 3.2 件，1981-1984 年約有 8.2 件，至 1985 年開始急增至 10.1 件，但 1987 年降至 6.3 件。
- 6 2002 年 3 月 5 日 ABC 新聞媒體曾以 "Crushing Cost of Insurance-Docs Calling it Quits When Malpractice Protection Costs Too Much" 為醒目標題，大幅報導 Malpractice Awards Escalating 情事。「Dr. John Jacobson is a pediatric heart surgeon in Las Vegas and is one of 42,000 physicians losing coverage from one carrier who found it was paying out more in claims than it was receiving in premiums. Other carriers offered Jacobson rates 300 percent higher than what he was paying, he said. "This is very critical", said Jacobson. "Within 60 days we have to give notice to our patients that we may have to close our practice."」
- 7 根據美國醫學會 1989 年報告 St Paul in Minn. 1989，以及一份醫療保險業簡訊，全國婦產科醫師保險費自 1982-1998 年間增 1.67 倍，去年增 12.5%，今年預期會增加 15%。又根據陪審團裁決研究所最新報告，1999 年所有醫療過失賠償額平均是 349 萬美元，比 1993 年增加 79%。

- 8 婦產科醫學會於2002年5月6日公佈陪審團裁決之醫療過失賠償額過高，致使醫師保險費劇增、投保選擇性亦相對漸少，醫師已面臨無法承擔高額保險費或找不到保險之困境，將影響他們照顧婦女及新生兒之能力。
- 9 事件發生在New York Manhattan一家著名醫學中心Mount Sinai Medical Center於今年(2002)1月下旬將57歲Hurewitz約60%之肝臟移植給其弟，手術後3日Hurewitz卻死於該醫學中心。
- 10 State Health Department Press Release"... The Health Department investigation identified no problems during the operation itself. However, the investigation concluded that the patient was neither carefully monitored nor appropriately examined and evaluated post-surgery...Likewise significant changes in his condition on days following his transplant were not communicated to all those responsible for his care.....
- 11 州衛生廳在短短不到一週時間內竟然發現該醫學中心在兩年內所施行41例肝臟移植手術已導致32名病患死亡。又經紐約一號頻道新聞網站於今年5月19日追蹤報導，該院目前已有67件病患死亡案件在接受調查。紐約郵報19日報導現在又增加一案，有關當局正在調查一名61歲病患是否因動心臟手術而死亡。調查人員說，這名病患是因醫師把心臟瓣膜上下倒裝而喪生。州衛生廳正調查這名病患死亡是因錯誤之矯正手術還是其他因素，如該院發言人所堅稱死亡原因是遺傳因素，和安裝心臟瓣膜手術無關。該醫院已因包括62名肝臟病患在內之67名病患死亡而接受調查(2002.6.30截稿前)。
- 12 外子曾以訪問教授身份於1999年9月1日至2000年10月31日期間在此醫學中心研究，筆者有幸數度造訪此設備一流之猶太醫院。
- 13 在此主要針對國內醫師看診人數遠多於美國之情況，醫事人員更是分配不均，難有足夠時間照顧病患。
- 14 此語意指醫病關係如同父子般，有權威者基於善意而全力保護、指導他方，可譯成父權主義或溫情主義，但並不代表絕對不好或不妥當。
- 15 筆者著前揭書第六章醫病間之法律關係，第二百零一頁以下。
- 16 Longman v. Jasien.91 II.App.3283,46I II.Dec.636,441 N.E. 2d 520 (1980) .
- 17 Restatement (2<sup>nd</sup>) of Torts §282 (1965) .
- 18 Contributory Negligence act, 1945.
- 19 M A Jones' Medical Negligence-the Burden of proof (1984) 134 NLJ 7 quoting the Pearson Report Cmnd 7054-1, 1978. ...對原告而言，最感困難之處，是否能提出證明傷害是被告之過失造成。曾有調查指出英國醫療案件中只有30%-40%之

- 案件受償，而一般案件卻有86%受償...。
- 20 Ashcroft v. Mersey Regional Health Authority [1983] 2 All ER 245 at 247, per Kilner Brown J.
- 21 (1983) 1 All ER 416.
- 22 Bolam v. Friern Hosp. Management Committee (1957) 1 WLR 582, 586; Hunter v. Hanley, 1955 S.C. 200, 206....必須提出以下三項證明：第一、通常之治療方法存在；第二、被告不採用此方法；第三、該醫師所採用方法為通常醫師所不採用。
- 23 美國討論醫療不當事件時，因陪審員並不具備必要(醫學)知識、技術或經驗，難以明確判斷醫師之行為是否合理，故法院須另外發展一套特殊標準，即考量被告醫師之行為是否有過失，應與其他認真盡職之醫師比較，而非一般平均人之基準。
- 24 Restatement § 299A.comment e.
- 25 61 AM. JUR. 2D physicians and Surgeons §205 (1981) . See also T. ROADY and W. ANDERSEN, PROFESSIONAL NEGLIGENCE 70 (1960) . (A physician is bound to bestow such reasonable and ordinary care, skill, and diligence as physicians and surgeons in good standing in the same neighborhood, in the same general line of practice, ordinarily have and exercise in like cases.)
- 26 Baldor v. Rogers, 81 So.2d 658 (Fla. 1955) , reh'g denied, 81 So. 2d 661 (Fla. 1955) ; A. HOLDER, MEDICAL MALPRACTICE LAW 47 (2d ed. 1978) .
- 27 Locality can, of course, mean the same community or a wider area which is still in the general vicinity where the physician practices. The term is generally used in contrast to a national standard.
- 28 專家證人在已確定之諸條件當中，除應具備特定經驗和知識外，尚須具備法律判斷能力，故須瞭解過失標準，並能夠區分注意義務和技術之等級。
- 29 At least 18 states have adopted a national standard. See, e.g., Sullivan v. Henry, 160 Ga. App. 791, 287 S. E. 2d 652, 659 (1982) ; Drs. Lane, Bryand, Eubanks & Dulaney v. Otts, 412 So.2d 254 (Ala. 1982) ; Hall v. Hilburn, 466 So. 2d 856 (Miss. 1985) . 但有些案例將「國家標準」只限定在專科醫師(specialists)上，如Buck v. St Clair案，愛達華州最高法院(The Supreme Court of Idaho)判定專科醫師資格考試(for board-certified specialists)在地區之標準應與國家標準相同。108 Idaho 743, 745, 702 p. 2d 781, 783 (1985) . See also Morrison v. Mac-Namara, 407 A. 2d 555 (D.C. Ct. App.1979) ; Ardoin v. Hartford Accident & In-

- demnity Co., 360 So. 2d 1331 (La. 1978), reh'g denied, July 26, 1978.
- 30 Drs. Lane, Bryand, Eubanks & Dulaney v. Otts, 412 So. 2d 254 (Ala. 1982).
- 31 A Texas court noted that "[t]he circumstances to be considered include the state of medical knowledge at the time the complained of treatment was performed." Guidry v. Phillips, 580 S.W.2d 883, 887-88 (Tex. Civ. App. 1979). Hall v. Hilburn, 466 So. 2d 856, 873 (Miss. 1985).
- 32 Holder, supra note 4, at 60. See note 18, supra, and accompanying text.
- 33 Pittman v. Gilmore, 556 F. 2d 1259 (5th Cir. 1977). See also Lewis v. Soriano, 374 So. 2d 829 (Miss. 1979) (general practitioner had duty to refer complicated fracture to orthopedic specialist).
- 34 144 So. 2d 544 (La. App. 1962). 原告(病患)指控放射線科醫師(radiologist)未詳看病歷, 否則可避免骨折發生, 因病歷上有突發性昏厥(sudden fainting spells)記載。
- 35 The Washington legislature later passed a statute, apparently in response to Helling, containing this provision: In any civil action for damages based on professional negligence against a hospital...shall be required to prove by a preponderance of the evidence...but in no event shall the provisions of this section apply to an action based on the failure to obtain the informed consent of a patient.
- 36 In Faulkner V. Pezeshki, 44 Ohio App.2d 186, 193, 337 N.E. 2d 158, 164 (1975), the court noted: 'Locating an expert to testify for the plaintiff in a malpractice action is known to be a very difficult task, mainly because in most cases one doctor is reluctant and unwilling to testify against another doctor. Although doctors may complain privately to each other about the incompetence of other doctors, they are extremely reluctant to air the matter publicly.'
- 37 For this reason attorneys have on occasion named a physician as a defendant in a suit solely for the purpose of obtaining testimony. In one such instance the physician so named successfully sued the attorney for malicious prosecution. See Carlova, 'Shotgun' Malpractice Suits Suffer a Costly Setback, 58 Medical Economics 29 (1981).
- 38 參閱筆者著「醫療過失(Medical Negligence)-英美法案例為中心(上)」一文, 醫事法學季刊, 第七、八卷合訂本, 第三十五頁以下。
- 39 See, e.g., Callahan v. William Beaumont Hosp., 400 Mich. 177, 254 N.W. 2d 31 (1977). The basic requirement is knowledge of the standard of care to be applied.

- The witness need not practice the same specialty or even follow the same school of medicine as long as familiarity with the standard of care can be established.
- 40 Green v. Thomas, 662 p.2d 491 (Colo.App.1982).
- 41 Mielke v. Condell Mem. Hosp., 124I11. App.3d 42, 79I11. Dec.78,463 N.E. 2d 216 (1984).
42. 663 S. W. 2d 232 (Ky. App. 1984).
- 43 15 N.Y. 2d 20, 203 N.E. 2d 469 (1964), aff'd, 278 N.Y. S. 2d 209, 224 N.E. 2d 717 (1966). See Waltz AND INBAU, supra note 22, at 82.
- 44 The name of the Joint Commission on the Accreditation of Hospital was changed in 1987 to the Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations.
- 45 2002年6月12日公佈每週工時80小時, 兩次輪班之間至少間隔10小時, 並不能連續工作超過24小時; 但若證實有教育需要, 最多可再超過8小時。AC-GME亦保留部分1980年制定標準: 住院醫師每週應休息一天, 每三天中只能值班一天(on call)。
- 46 Hearsay is an out-of-court statement offered into evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement. Hearsay, as defined, is not admissible, but there are some notable exceptions, such as the business record exception, which makes medical records admissible under some circumstances. Out-of-court statements are admissible if offered for purposes other than to prove the truth of the statement, for example, to impeach the credibility of the witness.
- 47 Discrediting the testimony of a witness is called impeachment.
- 48 Bergen, Medical Books as Evidence, 217 J.A.M.A. 527 (1971).
- 49 Burnside v. Evangelical Deaconess Hosp., 46 Wis. 2d 519, 175 N.W. 2d 230 (1970).
- 50 The doctrine of res ipsa loquitur means 'the thing speaks for itself.' ...此法則須符合以下要件: 第一、如非出自某人之過失行為, 在正常情況下, 此意外事件通常不會發生; 第二、此意外事件發生很顯然在被告專屬行為控制中; 第三、原告並無參與此意外事件。
- 51 There has been some debate as to the precise effect of res ipsa loquitur, but the current weight of opinion favours the view outlined here: see NG Chun Pui v. Lee Chuen Tat (1988) RTR 298, PC. For discussion, see J Fleming The Law of Torts (8th edn, 1992) p 322; D Giesen International Medical Malpractice Law (1988) p515.
- 52 法諺有云: 「舉證之所在, 敗訴之所在」。如貫徹醫療過失訴訟原則, 原告應

- 負擔證明責任，對原告而言，很嚴苛。
- 53 O' Malley-Williams v. Board of Governors of the National Hospital for Nervous Diseases (1975) unreported, cited in I BMJ635.
- 54 醫師替病患作乙狀結腸切除術 (sigmoidectomy)，且在切口縫合八日後又開第二次手術始將傷口縫合之事件。法院判決不採用事實推定法則理由為，一般外行人並不能瞭解切口縫合失敗，是否為醫師之過失造成？Jamison v. Debenham, 203 Cal. App.2d 744, 21 Cal. Rptr.848 (1962)。
- 55 77 F.Supp. 706 (Md. 1948), aff'd, 178 F.2d 518 (4th Cir. 1949), aff'd, 340 U.S. 135 (1950)。原告 Jefferson 為一名美軍，於 1945 年接受膽囊手術 (a gall bladder operation) 後，經常會有一陣嘔心 (nausea) 和嘔吐 (vomiting)。歷經 8 個月後再次手術始發現十二指腸 (duodenum) 已被一條大毛巾侵蝕，而該毛巾長 30 吋寬 18 吋，且上面印有「Medical Department U.S. Army」。法院認為，手術後殘留異物在病患體內，基於上述事實即可證明被告有過失。
- 56 Fall v. White 事件中，原告認為被告醫師對罹患流行性感胃之冠狀動脈疾病患者開鬱血治療藥方有過失而提起訴訟。由於原告無法就被告之投藥行為與病患之心臟病死因提出有因果關係證明而被法院判定不須負賠償責任。Congestive heart failure 鬱血性心衰竭 (449 N.E. 2d 628, Ind. App.1983.)
- 57 即無此行為雖不必生如此損害，有此行為通常即足生此種損害，是為有因果關係；無此行為必不生如此損害，有此行為通常亦不生此種損害，是為無因果關係。
- 58 Restatement § 431.
- 59 參閱林志六「醫療事故之因果關係」一文，醫事法學季刊第七卷第四期第八卷第一期合訂本，第四十三頁以下。
- 60 387 Mass. 783, 443 N.E. 2d 1302 (1982)。
- 61 315 N.W. 2d 225 (Minn. 1982)。
- 62 First Nat'l Bank of Chicago v. Porter, 141 I 11. App. 3d 1,69 I 11.Dec. 796, 448 N.E. 2d 256 (1983) ; Harvey, supra.
- 63 Restatement of the Law of Torts §430,Comment.
- 64 參閱筆者著 前揭書，第八章 醫療事故之法律責任，第二百九十八頁以下。
- 65 (1982) 2 ALL E.R. 771.
- 66 The Times L.R., Feb. 18, 1983.
- 67 Restatement §908 (2)。
- 73 [1925] ALL ER Rep 45 at 48,19 Cr App Rep 8 at 11, per Lord Hewart L CJ.[In order

- to establish criminal liability, the facts must be such that ...the negligence of the accused went beyond a mere matter of compensation between subjects and showed such disregard for the life and safety of others as to amount to a crime against the State and conduct deserving punishment.]
- 74 Re B (a minor) (1981) W. L. R. 1421。又根據中央社倫敦電 (June 2002) 報導：最近英國法院在審理一件嚴重醫療疏失案件，目前正以殺人罪名審理此案。事件發生於 2002 年 1 月在英國卡瑪森夏爾郡菲利普王子醫院，一位 70 歲韓戰退伍老兵，右腎結石失去功能，在困擾多年後必須割除，熟料兩位替他動手術之醫師竟將他僅存之左側健康腎臟割除而死亡。
- 75 For expansion of this argument, see A McCall Smith 'Criminal Negligence and the Incompetent Doctor' (1993) 1 Med L Rev 336.
- 76 618 N.Y. S. 2d 414 (App. Div. 1994)。
- 77 參閱古清華著「國內外判決介紹 美國醫師醫療疏失刑事責任判決」一文，醫事法學季刊第七卷第四期，第八卷第一期合訂本，第八十四頁以下。
- 78 2000 年 1 月 2 日世界日報轉載法新社倫敦訊。
- 79 主要是醫療照顧系統存在之嚴重問題，包括：第一、醫師忙於診斷病患之同時，要記住之新藥和治療方法太多；第二、醫院藥房及其他部門為節省人力及金錢，不得不提早關門，致使護理人員工作量增加；第三、許多手術被迫在醫院外較小規模地方進行，令病患處於更大危險中；第四、最令人擔心之事態乃醫務界遲遲不採用新科技之緩慢態度。這種情況不僅令病患增加危險，且脫慢醫學界發展步伐。
- 80 參閱筆者著 前揭書，第九章第二節，如何克服過失責任之難題，第三百五十四頁以下。
- 81 美國每年進入法庭之民事案件約有 9000 萬宗 (包括醫療案件)，可謂為全世界訴訟最多國家。
- 82 雖主張純粹無過失責任，但全部醫療如適用於原因之損失，將導出醫原性 (iatrogenic) 界限之問題。例如多數病患在接受醫療行為前已罹患重大疾病，從結論觀之，因治療行為致使損害發生，雖可確定不須為過失舉證，但仍是複雜工作。又如嚴格責任，雖不須過失，但仍須具備「有問題」之行為，可能導致事情複雜化。如何定義「有問題之醫療行為」，頗為困難。
- 83 在美國僅住院病患，即使非過失引起，可預估每年約有 10 萬件以上之醫原性損害。
- 84 Keeton, Compensation for Medical Accidents, 121 U. Pa. L. Rev 590, 609 (1973)

關於經濟上損失之回復，若完全集中在個人身上，等於維持並強化個人在社會經濟狀況之不公平。從而經由醫師之手而偶發事故，即非醫療以外原因造成傷害，如基於個人損害賠償之權利而使其正當化，有困難存在。

85 84 Yale L. J. 1141, 1156-7 (1975).