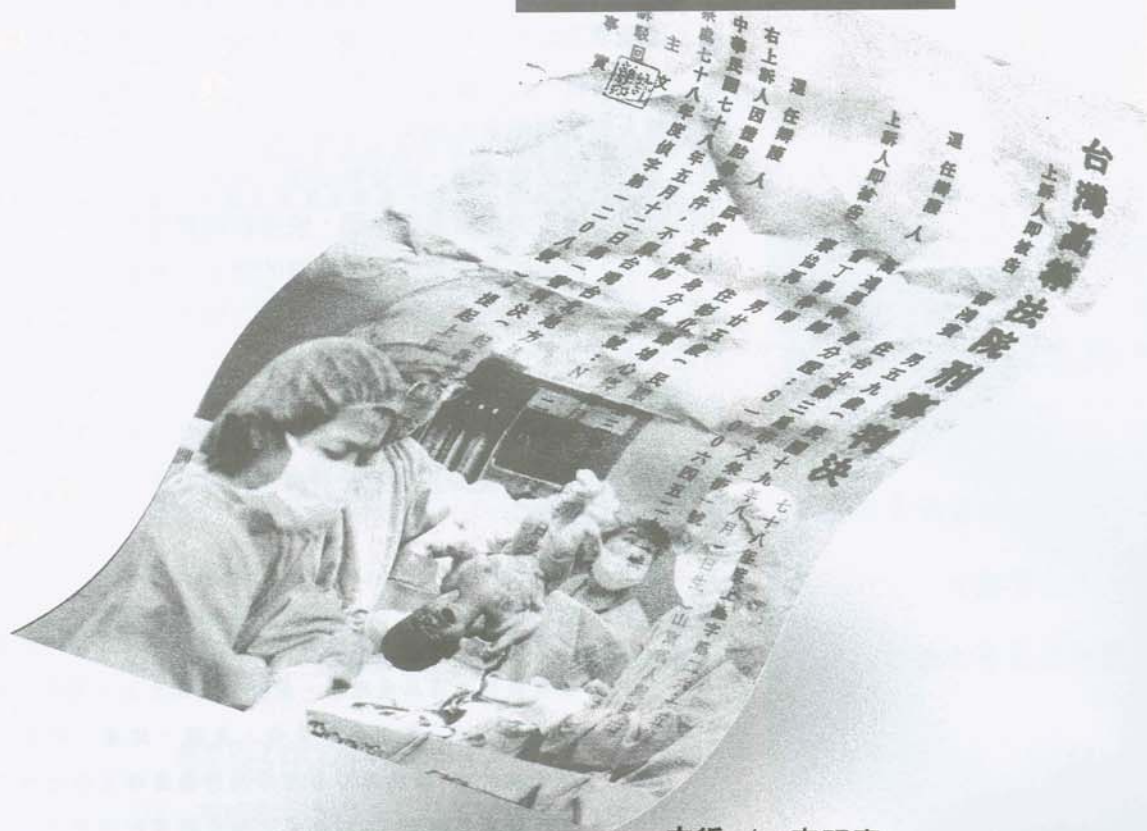


醫療求生守則

過失？無過失？

不是教你 **詐**
是您不可不知的

法律專題



主編 / 李明憲

執行編輯 / 李明憲 · 顏廷珊

顧問群 / Elly · July · Vincent · Nickie · Ant



前言

近幾年來，在台灣社會中，醫病關係正在進行著重大的轉變。醫師已不是處於絕對優勢、權威的地位，而病患的權力也逐漸受到重視、保障，看看先前幾次的醫療糾紛判決，我們可知醫療與法律的關係是越來越緊密了，醫療以無法如過往般就只是醫療，醫療已不再是一個封閉的範圍，它和社會的接觸變多了。對於將來要從事醫療的我們，或許不一定要去修讀法律系，但是一定要懂得法律，因此特別請劉永弘醫師為我們撰文，探討近來熱門的消保法中之無過失賠償，以及整理刑法中的醫療案例，希望能給大家一個法律概念。

消保法中的無過失

消費者保護法（以下簡稱消保法）實施已超過四年，關於所謂無過失的問題爭議始終不斷，尤其是能否適用於醫療相關的服務。法院援用本法的案例並不多見，但最近一則台北地方法院的判決又掀起社會輿論的熱烈討論。本文於此不擬探究醫療服務是否有其適用的問題，僅簡單介紹消保法無過失責任之核心問題與因應之道。

一般而言，民事責任的重點在於賠償，依照傳統的過失理論，必定對他人有某種損害的過失，才會因此負擔賠償責任。這種觀念早已深入人心形成法律感情，即使對法律一無所知者也對此深信不疑。但由於時代演進、消費者意識抬頭，使得新的責任型態在某些特定的領域中出現，美國的產品責任便是顯著的例子，而我國的消保法基本精神亦脫胎於此。但應注意的是，消保法之無過失責任並不是說即使沒有過失卻一定要負責，而是即使沒有過失也可能要對因此造成的損害負賠償責任。問題在於該服務是否有缺陷。



劉永弘醫師 學經歷

- 台北醫學院附設醫院骨科醫師
- 東吳大學法學碩士
- 台北醫學院醫事法老師



消保法

第七條

從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者應確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人



時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。



施行細則

第五條

商品於其流通入市場，或服務於其提供時，未具通常合理可期待之安全性者，為本法第七條第二項所稱安全或衛生上之危險。但商品或服務以符合當時科技或專業水準者，不在此限。前項所稱未具通常合理可期待之安全性者，應就下列情事說明之：

- 一、商品或服務之標示說明。
- 二、商品或服務可期待之合理使用或接受。
- 三、商品或服務流通進入市場或提供之時期。

商品或服務不得因其後有較佳之商品或服務，而被視為有安全或衛生上之危險。

第六條

企業經營者主張其商品於流通進入市場，或服務於提供時，符合當時科技或專業水準者，就其主張之事實負舉證之責任。

病患與醫療服務者之間的關係是否屬於消費關係，存有爭論；醫療提供者是否屬於企業經營者，亦屬有疑。於此必先假設地肯定第一個問題，才能進行以下之討論。法人醫院或所屬醫療院所、開業醫、獨資或合夥非法人醫院或診所之經營者、受聘或受雇醫師等醫療提供機構或個人中，僅最後一類在企業經營者文義範圍之外，可能不適用消保法。

當醫療提供者對某病患提供醫療服務，而後病患卻發生生命、身體、健康、財產等損害，倘若病患欲依消保法請求賠償時，他必須要證明：一、醫療服務有缺陷，二、有損害，三、損害與醫療服務間有因果關係。

缺陷的概念

我國消保法不同於一般國家之產品責任法以缺陷為核心概念，而



代之以「安全或衛生上之危險」，而於討論消保法時，安全上欠缺、危險、瑕疵缺陷名詞均有學者使用。缺陷應該指足以對人類生命、身體健康以及財產加以損害之因素，故可以代表消保法中「危險」之概念。消保法本身對「缺陷」（或「危險」）這個概念並沒有明確定義，只以第七條將危險限縮於有關安全與衛生方面。消保法施行細則第五

條與第六條補充母法「安全或衛生上之危險」的意義，以醫療服務為討論範圍，此種危險之判斷時間點為在服務提供時，判斷標準為是否具備通常可合理期待之安全性。比較具體之認定條件規定於細則第五條之第二項。另由消保法施行細則第五條第一項後段可知，服務若以符合當時專業水準，並非有缺陷之服務，但企業者需負舉證責任，也就是所謂的「科技抗辯」。



合理的安全期待涵蓋通常情形得預期的使用，也包括並非很離譜的錯誤使用，但顯然非理性之濫用無須對其負責，即特定消費者以不合理方式或接受服務，可能排除缺陷之成立。以外傷病人為例，患者接受局部麻醉縫合傷口之際不顧醫師勸告自行離開手術室，以致無法完全處理傷口，引起感染。按理一般人在醫師為其縫合而躺於手術台時，應不致為妨害手術進行之行為，該患者顯已非通常可合理期待之方式接受服務，故此服務並非有缺陷。若住院糖尿病年老病患接受血糖控制治療，不顧醫囑自行實用高糖分、脂肪食物，致血糖控制不良，該行為應屬並非很離譜的利用該服務或背離一般之期待，故此醫療服務是否也缺陷，需賴是否有足夠說明等其他因素判斷。若將細則第五條第二項第一款應用至醫療服務上，對於疾病之危險性、診斷、治療方式及替代方案之風險、預後等因素之說明，應為客觀、正確且足夠之陳述，使接受醫療者能夠得到較具體的瞭解，否則便不具備通常可合理期待之安全性。

判斷缺陷必須有標準時點，細則第五條各項與第六條均有關。依細則第五條第二項第三款，判斷服務是否具有通常可合理期待之安全，及前二款之判斷應以服務提供時為準，無論說明內容是否適當足夠、消費者接受服務是否合理，皆以服務被提供時之一般期待為標準。也因此不得僅因其後有較佳之服務，而被視為有缺陷。至於科技



抗辯(或「發展中缺陷理論」)，判斷是否因此而被判定為無缺陷的標準為當時之科技或專業水準，與前述第五條消費者合理期待之判斷標準並不相同，故於具體判斷時，某種服務已達專業水準，縱其安全性未達消費者合理期待，仍非有缺陷之服務。由於醫療科技日新月異，昨日適當的治療技術今天便可能落伍，倘若因此即認定當時的服務有缺陷，恐將引起醫界行為模式的改變；且依消保法第十條第一項的規定，有事實足以認定服務有危及消費者之虞時，應即停止服務，則會得到所有醫療行為均應停止提供的荒謬結論。故設此發展中缺陷理論規定，或許可增加消保法之可行性。以膝關節炎為例，以往嚴重的病人可能會接受關節固定，解決疼痛、變形與行動困難等問題，但該類手術會造成關節運動限制，而今可以關節置換術來改善這種缺失。若先前所施行之關節固定手術已符合當時之水準，應認為該服務沒有缺陷。

損害的定義

醫療有關之加害行為所造成之後果，可能侵害身體、健康、生命權，因此非財產上之損害，亦可能導致財產上之損害。

因果關係

我國民法對於判斷因果關係的理論採取相當因果關係，簡單來說即「若無甲則無乙，若有甲則往往發生乙，則甲為乙之原因」。倘醫療行為或相關服務與發生於病患身上的不良結果間沒有因果關係，無論在過失或無過失責任制度下，均不必為結果負責。

免責事由

一般被告得主張之與有過失、誠信原則，企業經營者於消保法規範圍內，亦得主張。此外，依本法施行細則第五條第三款與第六條，可主張商品或服務並無缺陷，否定賠償責任。

在他國法例中，關於產品責任之免責或抗辯事由，多有特別規定或判例供引用，值得我國參酌。以美國為例，判例認可的抗辯事由有：不當使用或濫用(MISUSE)、與有過失(CONTRIBUTORY NEGLIGENCE)、自願承擔風險(ASSUMPTION OF RISK)。並承認三種例外免責事由：不可避免的危險(UNAVOIDABLE UNSAFE)之產品，不可預見之缺陷(發展上的缺陷)、無法發現的個別缺陷。歐市產品責任指令於第七條列出六種免則事由，其中值得注意的有：產品的缺陷係因遵守公權單位所頒發之強行規章而生產者。以及按照製





造人支使其產品流通時之科技知識水準，無法發現缺陷之存在（及科技抗辯）。前者應解為政府或其他公權單位所定之強行規章本身具有問題，依該基準所設計製造產品必然含有缺陷之情形。

由於醫療行為之不確定性，使幾乎所有的醫療行為具有危險性。為此種「一般觀念中的危險」應與消保法所謂之危險有所區別，消保法之危險係外國立法例之缺陷，有否缺陷的判斷乃以一般理性的消費者合理期待為標準，並非些許或合理的危險即為缺陷。若加上發展中的「缺陷」並非消保法上有意義的缺陷，使得原本無過失責任實質上傾向於過失責任，僅其注意義務之標準可能比善良管理人為高，成為當時的專業水準。雖然此理論可能逾越母法，但日前肩難產的判決並未拒絕適用。

總合以上，醫事機構和醫師於處理醫療服務相關事項時，應該注意時時進修以保持合乎醫療專業水準，悉心照顧病患，不厭其煩的對病患解釋與說明，並保留以為適當說明之證據，勿隨意保證，即使醫療行為有消保法的適用，衝擊也不會太大。

刑法上的醫療過失

刑法上的醫療過失，認定上其實是非常嚴格的，常見的大概就是下列五點：

違背一般應注意的義務

社會上所有活動，無可避免會有一定的風險，在這個以團隊為重的人類社會中，付出自己的注意以防止危害的產生實屬重要。假若完全沒留意到客觀上應注意的行為，或是有留意但仍顯不夠而對他人造成傷害，則其行為即有可能構成法律上的過失行為。

醫療行為也是一種社會活動，因此醫師在從事診斷、開處方、治療、手術等醫療工作時，當然也需要負擔客觀上應注意的義務。可是人是一個非常繁複的有機體，根據日本醫學文獻的記載，目前人類已知的疾病大約有兩千多種，其中已經找出病因的也只不過一千多種左右；此外醫療技術也正隨著醫療儀器的進步以及新藥的不斷發明而日行萬里，在人類科技與大自然病菌的拉鋸對抗中，範圍不斷的擴大，所以到底何謂「客觀的注意」在浩瀚且瞬息萬變的醫學領域中實難界定。

醫師在醫療行為上是否不當、是否違背客觀上應注意的義務，一





般來說是根據有無「醫術過錯」作為判斷的標準；法學專家與醫學專家所共同認定的醫術過錯乃是指違反「醫療學術上一般公認的醫術規則」，這是在診斷或治療方法上，往往存有不同學派的爭論，這在有嚴格定義範圍的法律中是很令人頭痛的，因此保守的採取一般公認的醫術原則作為衡量；假如醫師的醫療行為違背已無爭論而為醫學上所採用的醫術規則，即被認為有醫療職業上的過失。就以下面的案例來做說明



案情概要

上訴人甲為內科醫師，民國六十年一月二十二日，被害人因感冒咳嗽前去求診，經上訴人診斷結果，認為是患扁桃腺炎，應注射「安比西林」針藥，但疏於注意「安比西林」含有「盤尼西林」成份，對於「盤尼西林」有過敏的病人禁忌使用，又未在注射前詢問被害者是否對「盤尼西林」或其他藥物有過敏反應，即貿然將「安必西林」交助理注入被害人肌肉內，被害人即因藥物過敏，因起休克，當場死亡。

甲辯稱，注射「安比西林」對病人的過敏反應發生率甚少，被害人之死亡可能是因體質特異所致，是出於不可抗力，故其並無過失可言。

法院認為甲身為醫生，在替病人注射「盤尼西林」前，應詢問病人過去對「盤尼西林」有無過敏反應，如病人以前未曾注射「盤尼西林」，亦應查問過去對其他藥物是否發生過敏反應，以上兩點乃上訴人從事醫師業務應注意知識，但上訴人既未詢問該病人過去對斯類藥物有無過敏性反應，亦未做反應測驗，即率爾注射，自然應負業務上之過失責任。

藥物可以治療疾病，也可致人於死地；身為一位醫師應該了解用藥的謹慎，是否病人會對該藥物產生過敏性反應。安比西林是屬於盤尼西林製劑，對於安比西林有過敏反應的病患，應禁止施打，以避免發生危險，這在安比西林的使用說明書中，寫的非常清楚，注意病患是否對此藥物產生過敏，是執業醫師應注意的，否則貿然施打，一旦產生過敏反應，那麼醫師該擔負業務上過失的責任。



此外醫療的過程中，醫師所應注意的並非只有本身的醫術，醫療過失責任也可能是醫術以外，未注意到的行為所造成。例如手術後，誤將手術器具或是棉花球、無菌紗布等東西遺留在病人身體內，或治療中因為助理人員的過失而導致病人的傷亡等等；因此，醫師在挑選助理人員時，即負有相當的注意義務，以及訓練的責任。

醫師必須具備能夠注意的能力

刑法上，行為人必須具備有足夠履行客觀注意的知識、能力，那麼才能討論其是否可能有過失的行為。否則，行為人依其個人的身心情形，並沒有辦法注意到，那麼在法律亦不能強求，則其行為縱然違背客觀注意的義務，也無法成立過失的行為。

誠如前述，醫學的範圍是浩瀚且變動的，醫療的技術會因時間以及空間的不同而有差異。因此判斷醫師是否有醫療過失前必須考慮醫師是否具備有足夠的注意能力，當然必須以同一時代及同一地區的醫師平均醫療技術為準。

醫師如果欠缺診斷、手術或者是治療疾病的必要知識與能力，即屬欠缺注意的能力。在這種情況下就無法認定醫師有醫療過失，但倘若醫師欠缺足夠的注意能力卻仍從事超越其能力範圍的醫療行為，就會形成「超越承擔過失」，所謂的「超越承擔過失」就是行為人對於特定的活動或工作，雖然知道自己的能力無法勝任，卻仍貿然實行，這個行為就可能構成學說上的「超越承擔過失」，而在法律上可因此成立過失犯罪。但這並非絕對的，假若由於病況緊急，而未能做充分的檢查或是本身的醫療能力不夠，但因救人為先，立即進行治療施救，這樣的行為可能構成過失責任，但因為是在緊急的情況，若不趕緊施救則病患恐有立即的生命危險，是以此等救助人命的醫療行為，就不至於構成刑法上的過失行為，也不必擔負過失的責任。以下面所舉的案例為例：



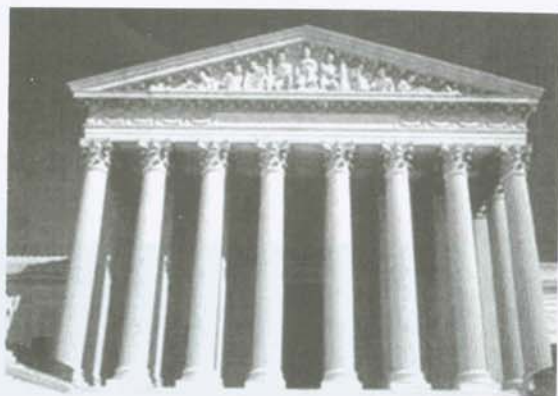
案情概要

甲為外科醫師，上訴人的母親因為發燒發抖，經送醫院診，經該院內科醫師檢查後，以急性腹膜炎轉至外科，由甲醫師主持剖腹手



術，在施行闌尾切除手術後，認為右腎有異而未詳細檢查，可是未請泌尿科醫師一起會診，即自行將右腎血管切斷，造成大量出血無法收拾，始求助於泌尿科，經泌尿科診斷認為無切斷右腎血管的必要，但此時已太遲。數日後，被害人病情加重，經X光檢查發現被害人體內有異物，施行手術後赫然發現是兩塊紗布，因留置的過失，導致內部發炎，而引起敗血症，致使被害人不治死亡。

甲醫師表示，當時被害人送往醫院時，先由該院的內科醫師檢查，該院副院長於迴診時，發現病人有「泛腹膜炎」，乃立即通知甲醫師前往觸診，未確定其病因，經病人家屬同意，即進行手術，開刀後發現卻有「泛腹膜炎」，腹腔內充滿污血，且發現有一腫瘤，腫瘤表面有一破洞，鮮血不斷自破洞中湧出，因腎臟乃泌尿科之專門領域，於是知會泌尿科醫師前來處理，在泌尿科醫師未到前，為救命第一及為了控制出血，以血管鉗間些性夾住腎門部份，才控制住出血，而後便將手術教專門泌尿科醫師處理。



此案最高法院判甲醫師並無過失。這個案例中有兩個應該注意的，第一，上訴人認為甲醫師並非泌尿科的專任醫師，卻擅自以血管鉗夾住腎門；第二，上訴人認為甲醫師手術後未盡注意之責，將兩塊紗布遺留在被害人體內，導致被害人因敗血症而死亡。但經查證，甲醫師雖非泌尿科專任醫師，但當時情況緊急，病患出血不止，隨時有生命的危險，這個因素雖可阻卻甲醫師因「超越承擔過失」，而可能構成的過失責任，況且甲醫師也有會知泌尿科醫師前來。至於第二個理由，經查證將紗布遺留在體內，並不會引起敗血症，前後並無因果的關係，雖說一時可能有行為上的過失，但因其過失行為與傷亡結果並無直接的證據可證明有關係，因此獲判無罪。

結果與醫療行為必須有因果的關係

病人的傷亡結果必須是起因於醫師的不當醫療行為，前後必須具備有因果的關係，才能夠討論是否醫師在醫療過程中有過失。在刑法上，法益破壞的結果與行為人的過失行為之間，必須具備有因果關係，該過失行為始有過失的責任；否則，就算行為人有過失，可是此過失對結果無絕對的關係，那麼行為人仍無須擔負過失的責任。

就如剛剛所云，病人的傷亡結果與醫師的不當醫療行為必須具備有前後因果的關係，倘若不當的醫療行為並不存在，但病人的健康仍會受到傷害，則在法律上就不認為此不當的醫療行為會對結果有影



響，自然無過失可言。例如病患並非因為醫師的誤診給錯藥，而是因為受另一病患的病菌感染而使其健康受損，則醫師並不須為其誤診而負過失責任。就如上面所舉的例子，雖然醫師在開完刀後，誤將兩塊紗布遺留在病患體內，可是經查證遺留在體內的紗布與敗血症並無明確的因果關係，因此縱然醫師有疏失，但仍無法判定其有過失。

傷亡結果是可避免的

刑法上認為行為人雖然違背客觀上應注意的事項，而發生傷亡的結果，但如果以幾近確定的可能性，可以確認即使行為人符合客觀上應注意的要求，但是傷亡結果仍會發生，那麼此傷亡結果即屬客觀上可避免的，行為人自然不構成過失犯罪。



醫師在醫療過程中所犯的過失行為是否應擔負法律上的過失責任，當然亦要就醫學與藥學的專業知識人才來鑑定病患的傷亡結果是否具有可避免性。假若醫師雖然違反了醫術上一般公認的規則，而發生病人的傷亡結果，但如果以幾乎非常確定的可能性，可認定醫師縱使未違背醫術的規則而仍就會發生病患傷亡的結果，則病人傷亡的結果，即是屬於客觀上不可避免的，此種醫療行為，就不會構成過失犯罪。

傷亡結果與其過程是可想像的到的

過失行為所造成的傷亡結果，以及造成過失結果的因果歷程，必須是基於客觀而可以推測、想像的到的，假若具有這樣的特性，那麼行為人的過失行為才有可能要擔負過失責任。否則，縱使行為人有忽略應該注意的事項，但因結果是不可預測的，那麼行為人亦不用擔負過失責任。

醫療糾紛中，醫師是否應當為傷亡結果負責，必須先判定傷亡結果與過程是否是可以預測得到的。假若病患的傷亡結果是一位具有良知而且謹慎的醫師，處在當時的情況下，均可預見其過程所可能造成的後果，那麼傷亡結果與其因果歷程就屬於客觀可預見的。在此情形下，醫師須為其醫療上過失的行為負法律上的責任。但並非因此就不可以採用比較高危險的治療方法，假若使用某具有危險性的醫療方法，但療效較好，雖然其危險結果是可預測到的，但只要能作好充分的準備、檢查，就算傷亡結果真不幸發生，醫師也不必擔負過失的責任。以下面的案例為例



案情概要

甲為某院醫師，被害人因病住進醫院診治，由甲醫師為其治療，治療發現被害人皮膚呈過敏反應，竟然疏於注意檢查防範，而為被害人施打盤尼西林，以至引起過敏性休克，又腎上腺素對心臟病患有副作用，甲明知被害人有心臟病，竟於急救時連續為其注射腎上腺素，誘發心臟瓣膜等症死亡。

甲醫師表示，被害人因腎臟炎住院治療，自住院日起注射盤尼西林，後發現皮膚癢以及略呈紅腫，為過敏性反應，乃立即停用盤尼西林，改用抗組織胺，於次日僅為其注射葡萄糖及維他命BC，後突生病變，亦立即給予人工呼吸、給氧氣、抽痰、做心臟按摩，並注射急救腎上腺素，足告無效死亡。經解剖結果證明被害人副腎臟腫脹溢血、左腎出血，並有一處腫脹，確患有腎臟炎，完全相符，診斷自無錯誤。

這個例子中，病患因腎臟炎住院治療，甲為其注射盤尼西林治療，雖然盤尼西林易引起過敏反應，但對此疾病療效較佳，所以仍採用此療法，甲在為其注射前曾詢問被害人有無過敏反應並且予以試驗，注射後發現呈過敏性反應時即停止施打，改用他種藥物，病患休克也為其施行急救，已盡到防止結果發生的注意義務，因此並無過失責任。



尾語

法律是保護好人嗎？這存疑的空間是很大的，那法律是保護什麼樣的人呢？或許我們都無法下確切的答案，法律的公平性也確實可議，但不管如何，我們需要法律，沒有法律，秩序鐵定更糟，所以我們要了解法律，也不一定是為了狡脫什麼，最基本的是能保障自己吧！醫療是一個走在法律邊緣的危險行業，其實一點也不為過，身為醫學院學生的我們，都應該對法律能有基本的認知，也不為什麼，或許就是為了保障自己吧！！